Tribunale federale
Tribunal federal

{T 0/2}
2A.522/2006 /leb

Urteil vom 21. November 2006
II. Öffentlichrechtliche Abteilung

Besetzung
Bundesrichter Merkli, Präsident,
Bundesrichter Hungerbühler, Müller,
Gerichtsschreiberin Dubs.

Parteien
X._____,
Beschwerdeführer, vertreten durch
Rechtsanwalt lic. iur. Robert P. Gehring,

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 14. Juni 2006.

Sachverhalt:
A.
X._____ (geb. 1964), Staatsangehöriger des ehemaligen Jugoslawien, wurde am 20. August 2000 in seinem Heimatland von seiner ersten Ehefrau, mit der er eine gemeinsame Tochter (geb. 1995) hat, geschieden. Die Tochter wurde unter die elterliche Obhut der Mutter gestellt. Am 11. November 2000 heiratete X._____ eine in der Schweiz niedergelassene Landsfrau, die zwei Kinder aus einer ersten Ehe hat. Am 6. Juni 2001 reiste X._____ im Rahmen des Familiennachzugs in die Schweiz ein, wo ihm eine Aufenthaltsbewilligung (letztmals verlängert bis zum 5. Juni 2004) zum Verbleib bei der Ehefrau erteilt wurde. Die Ehefrau hat am 5. Dezember 2001 das Schweizer Bürgerrecht erworben. Am **. ** 2002 wurde ein gemeinsamer Sohn geboren.

Vom 1. Oktober 2001 bis zum 1. April 2002 lebten die Ehegatten getrennt, wobei die Ehefrau ein Scheidungsbegehren einreichte, dieses jedoch Ende November 2001 wieder zurückzog. Vom 1. September 2002 bis zum 31. Oktober 2002 lebten die Ehegatten erneut getrennt. Am 12. Januar 2003 musste X._____ wegen übermässigen Alkoholkonsums sowie Agressivität gegenüber seiner Ehefrau und der Polizei in polizeilichen Gewahrsam genommen werden. Am 17. Januar 2003 kam es zu einer weiteren Trennung, nachdem die Ehefrau am Vortag eine Scheidungsklage eingereicht hatte. Am 16. Juni 2003 kehrte X._____ zu seiner Ehefrau zurück, worauf diese die Scheidungsklage wiederum zurückzog. Am 19. Januar 2004 reichte die Ehefrau eine erneute Scheidungsklage ein, die nur mit der Begründung zurückgezogen wurde, wegen des Widerstands des Ehemannes müsse zunächst die erforderliche zweijährige Trennungsdauer abgewartet werden. Am 18. April 2004 wurde die Trennung verfügt, und X._____ zog endgültig aus der ehelichen Wohnung aus.
B.
Mit Verfügung vom 19. April 2005 verweigerte das Ausländeramt (heute: Migrationsamt) des Kantons Thurgau X._____ die Verlängerung der Aufenthaltsbewilligung. X._____ beschwerte sich dagegen erfolglos

beim Departement für Justiz und Sicherheit des Kantons Thurgau und sodann beim Verwaltungsgericht des Kantons Thurgau.

C.
Mit Verwaltungsgerichtsbeschwerde vom 11. September 2006 beantragt X._____, den Entscheid des Verwaltungsgerichts des Kantons Thurgau vom 14. Juni 2006 und die diesem zugrunde liegende Verfügung vom 19. April 2005 aufzuheben, das Gesuch um Verlängerung der Aufenthaltsbewilligung gutzuheissen, eventualiter die Sache an die Vorinstanz oder an das Migrationsamt zurückzuweisen. Zudem stellt er das Gesuch, der Beschwerde die aufschiebende Wirkung zu erteilen.

Das Bundesgericht hat die Akten des Verwaltungsgerichts beigezogen, jedoch keine Vernehmlassungen eingeholt.
D.
Mit Präsidialverfügung vom 13. September 2006 wurde der Beschwerde vorläufig die aufschiebende Wirkung zuerkannt.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:
1.
1.1 Nach Art. 100 Abs. 1 lit. b Ziff. 3 OG ist die Verwaltungsgerichtsbeschwerde auf dem Gebiet der Fremdenpolizei ausgeschlossen gegen die Erteilung oder Verweigerung von Bewilligungen, auf die das Bundesrecht keinen Anspruch einräumt (BGE 130 II 281 E. 2.1 S. 284; 128 II 145 E. 1.1.1 S. 148 mit Hinweisen).
1.2 Im vorliegenden Fall lebt der Beschwerdeführer zwar getrennt von seiner Ehegattin, die Ehe besteht aber formell weiterhin (vgl. BGE 126 II 265 E. 1b S. 266 mit Hinweis). Gemäss Art. 7 Abs. 1 des Bundesgesetzes vom 26. März 1931 über Aufenthalt und Niederlassung der Ausländer (ANAG; SR 142.20) besitzt der Beschwerdeführer somit grundsätzlich einen Rechtsanspruch auf die Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung, weshalb das Rechtsmittel der Verwaltungsgerichtsbeschwerde zulässig ist.

Art. 8 EMRK sowie Art. 13 Abs. 1 BV gewährleisten das Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens. Hat ein Ausländer nahe Verwandte mit einem gefestigten Anwesenheitsrecht in der Schweiz und ist die familiäre Beziehung intakt und wird sie tatsächlich gelebt, dann kann es die erwähnten Garantien verletzen, wenn ihm die Anwesenheit in der Schweiz untersagt wird (BGE 129 II 193 E. 5.3.1). Da sein Sohn Schweizer Bürger ist und der Beschwerdeführer die familiäre Beziehung zu ihm aufrecht hält, kann er sich zudem auf einen (bedingten) Rechtsanspruch auf eine ausländerrechtliche Bewilligung gestützt auf Art. 8 EMRK berufen.

Die Härtefallregelung nach Art. 13 lit. f der Verordnung vom 6. Oktober 1986 über die Begrenzung der Zahl der Ausländer (BVO, Begrenzungsverordnung; SR 823.21) räumt dem Beschwerdeführer indessen keinen Anspruch auf Anwesenheit in der Schweiz ein. Ob dem Bundesamt für Migration seitens der kantonalen Behörde ein Gesuch um Ausnahme des Beschwerdeführers von der zahlenmässigen Begrenzung zum Entscheid unterbreitet werden soll, unterliegt nicht der Überprüfung durch das Bundesgericht. Insoweit ist die Verwaltungsgerichtsbeschwerde somit nicht zulässig.
1.3 Anfechtungsobjekt ist einzig das Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons St. Gallen. Soweit vorliegend auch die Aufhebung der erstinstanzlichen Verfügung verlangt wird, kann auf die Verwaltungsgerichtsbeschwerde nicht eingetreten werden.

Gegenstand des angefochtenen Entscheids ist zudem ausschliesslich die Verlängerung der Aufenthaltsbewilligung. Soweit der Beschwerdeführer geltend macht, er erfülle sogar die Voraussetzungen für die Erteilung der Niederlassungsbewilligung, kann auf die Beschwerde nicht eingetreten werden. Wie sich aus den nachfolgenden Erwägungen ergibt, war die Ehe im Übrigen ohnehin bereits vor Entstehung eines Anspruchs auf die Niederlassungsbewilligung definitiv gescheitert.
1.4 Hat eine richterliche Behörde als Vorinstanz entschieden, so ist deren Sachverhaltsfeststellung für das Bundesgericht verbindlich, sofern diese nicht offensichtlich unrichtig, unvollständig oder unter Verletzung wesentlicher Verfahrensgarantien erfolgt ist (Art. 105 Abs. 2 OG). Ausgeschlossen ist ferner die Überprüfung der Angemessenheit (Art. 104 lit. c OG).

1.5 Der Beschwerdeführer beantragt, er sei zu allen Punkten des Sachverhalts einzuvernehmen. Er übersieht dabei, dass das Verfahren der Verwaltungsgerichtsbeschwerde grundsätzlich schriftlich ist (Art. 110 OG). Zwar kann der Präsident eine mündliche Parteiverhandlung anordnen (Art. 112 OG), doch geschieht dies nur ausnahmsweise. Dies gilt besonders dann, wenn - wie hier - das Bundesgericht grundsätzlich an den durch die Vorinstanz festgestellten Sachverhalt gebunden ist (E. 1.4). Vorliegend geht der wesentliche Sachverhalt mit hinreichender Klarheit aus dem angefochtenen Entscheid hervor und der Beschwerdeführer konnte seinen Standpunkt in der Beschwerdeschrift eingehend darlegen. Es besteht daher kein Anlass, eine mündliche Verhandlung anzuordnen.
2.
2.1 Gemäss Art. 7 Abs. 2 ANAG hat der ausländische Ehegatte eines Schweizer Bürgers keinen Anspruch auf Erteilung der Niederlassungsbewilligung oder auf Verlängerung der Aufenthaltsbewilligung, wenn die Ehe eingegangen worden ist, um die Vorschriften über Aufenthalt und Niederlassung von Ausländern zu umgehen. Dieser Anspruch entfällt sodann auch bei rechtsmissbräuchlicher Berufung auf eine definitiv gescheiterte Ehe.
2.2 Nach gefestigter bundesgerichtlicher Rechtsprechung liegt Rechtsmissbrauch vor, wenn der Ausländer sich im fremdenpolizeilichen Verfahren auf eine Ehe beruft, welche nur (noch) formell besteht oder aufrecht erhalten wird mit dem alleinigen Ziel, ihm eine Anwesenheitsberechtigung zu ermöglichen; dieses Ziel wird von Art. 7 ANAG nicht geschützt (BGE 128 II 145 E. 2.2 S. 151 mit Hinweisen).

Dass die Ehe nur noch formell und ohne Aussicht auf Wiederaufnahme einer ehelichen Gemeinschaft besteht, entzieht sich in der Regel dem direkten Beweis und ist bloss durch Indizien zu erstellen (BGE 130 II 113 E. 10.2 S. 135 mit Hinweis). Feststellungen über das Bestehen solcher Indizien können äussere Gegebenheiten, aber auch innere, psychische Vorgänge betreffen (Wille der Ehegatten); es handelt sich so oder anders um tatsächliche Feststellungen, welche für das Bundesgericht grundsätzlich verbindlich sind (Art. 105 Abs. 2 OG). Frei zu prüfen ist die Rechtsfrage, ob die festgestellten Tatsachen (Indizien) darauf schliessen lassen, die Berufung auf die Ehe bezwecke die Umgehung fremdenpolizeilicher Vorschriften und sei rechtsmissbräuchlich (BGE 128 II 145 E. 2.3 S. 152 mit Hinweisen).
3.
3.1 Das Verwaltungsgericht geht in seinem Urteil von der dargestellten Rechtsprechung zur missbräuchlichen Berufung auf die Ehe aus. Nach drei durch zahlreiche Auseinandersetzungen und mehrmaliges Getrenntleben geprägten Ehejahren haben sich die Ehegatten am 18. April 2004 definitiv getrennt. Wird die Zeit berücksichtigt, während der die Ehegatten bereits vorher getrennt lebten, hat das eheliche Zusammenleben insgesamt weniger als zwei Jahre gedauert. Entgegen der Behauptung des Beschwerdeführers trifft im Übrigen nicht zu, dass nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung rechtsmissbräuchliche Berufung auf eine definitiv gescheiterte Ehe nur bei kurzer Dauer der ehelichen Gemeinschaft angenommen wird (vgl. etwa betreffend eheliches Zusammenleben von drei Jahren und mehr: Urteile 2A.625/2005 vom 23. Dezember 2005; 2A.680/2005 vom 13. Januar 2006; 2A.738/2005 vom 30. Januar 2006). Auf die Umstände, die zum Scheitern der Ehe führten, kommt es nicht an, weshalb es sich erübrigt, auf die diesbezüglichen Äusserungen des Beschwerdeführers näher einzugehen.

Hinweise darauf, dass die Feststellungen der Vorinstanz offensichtlich unrichtig wären, sind nicht ersichtlich und gehen namentlich auch nicht aus den Vorbringen des Beschwerdeführers hervor. Aufgrund der Dauer und der Umstände der Trennung sowie der Tatsache, dass die Ehe für die Ehefrau offensichtlich definitiv gescheitert ist, kann der Beschwerdeführer nicht ernsthaft damit rechnen, das eheliche Zusammenleben werde zu irgendeinem Zeitpunkt nochmals aufgenommen. Dies umso weniger, als die Ehefrau den kantonalen Fremdenpolizeibehörden bereits mit Schreiben vom 5. Februar 2003 und 25. August 2004 mitgeteilt hat, dem Beschwerdeführer sei es offensichtlich von Anfang an nur darum gegangen, durch die Heirat ein Aufenthaltsrecht in der Schweiz zu erhalten, weshalb er sich der Scheidung widersetze. Umstände oder eigene Bemühungen, die darauf schliessen liessen, dass konkret Hoffnung auf Versöhnung bestünde, macht der Beschwerdeführer keine geltend. Im Gegenteil räumt er in der Beschwerdeschrift selber ein, es treffe wohl zu, dass es zur Scheidung kommen werde.
3.2 Bei gesamthafter Betrachtung aller Indizien musste sich für das Verwaltungsgericht der Schluss aufdrängen, dass keine Aussichten auf Wiederaufnahme der ehelichen Gemeinschaft mehr bestanden und dass die Ehe definitiv gescheitert war. Wenn sich der Beschwerdeführer unter den dargelegten Umständen dennoch auf die Ehe

beruft, um die Verlängerung der Aufenthaltsbewilligung zu erwirken, handelt er nach feststehender Praxis des Bundesgerichts rechtsmissbräuchlich.
4.
4.1 Der Anspruch auf Achtung des Familienlebens gemäss Art. 8 Ziff. 1 EMRK gilt nicht absolut (vgl. BGE 120 Ib 22 E. 4a S. 24 f.). In der Regel kann sich im Hinblick auf eine Bewilligungserteilung nur derjenige auf Art. 8 EMRK berufen, der mit der in der Schweiz anwesenheitsberechtigten Person zusammen lebt. Der nicht sorgeberechtigte Ausländer kann die familiäre Beziehung zu seinem Kind zum Vornherein nur in einem beschränkten Rahmen, nämlich durch Ausübung des ihm eingeräumten Besuchsrechts, leben; hierzu ist nicht unabdingbar, dass er dauernd im gleichen Land wie das Kind lebt und dort über eine Anwesenheitsberechtigung verfügt. Ein Besuchsrecht gegenüber einem in der Schweiz anwesenheitsberechtigten Kind verschafft dem ausländischen Elternteil daher im Allgemeinen noch keinen Anspruch auf dauernde Anwesenheit; den Anforderungen von Art. 8 EMRK ist Genüge getan, wenn das Besuchsrecht im Rahmen von Kurzaufenthalten vom Ausland her ausgeübt werden kann, wobei allerdings dessen Modalitäten entsprechend aus- bzw. umzugestalten sind. In ausländerrechtlicher Hinsicht hat das Bundesgericht daraus gefolgert, dass die Aufenthaltsbewilligung nur dann erteilt oder erneuert werden muss, wenn einerseits zwischen dem Ausländer und dessen 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 Verhalten des Ausländers in der Schweiz zu keinerlei Klagen Anlass gegeben hat (vgl. Urteil 2A.423/2005 vom 25. Oktober 2005 E. 4.3 mit Hinweisen sowie BGE 120 Ib 1 E. 3 S. 4 ff., 22 E. 4 S. 24 ff.).
4.2 Der in der Schweiz anwesenheitsberechtigte Sohn des Beschwerdeführers lebt mit seiner Mutter, unter deren elterlicher Sorge er steht. Der Beschwerdeführer macht geltend, er habe ein sehr enges Verhältnis zu seinem Sohn, den er an zwei Wochenenden pro Monat sehe. Seinen finanziellen Verpflichtungen gegenüber seinem Sohn ist er offenbar bis anhin nachgekommen, soweit ihm dies möglich war. Er bringt jedoch nichts vor, was über eine normale Vater-Sohn-Beziehung hinaus geht. Der Schluss der Vorinstanz, zwischen dem Beschwerdeführer und dessen Sohn bestehe keine in wirtschaftlicher und affektiver Hinsicht besonders enge Beziehung, ist somit nicht zu beanstanden. Zudem kann ein entsprechend umgestaltetes Besuchsrecht auch von Serbien aus ausgeübt werden, nachdem gegen den Beschwerdeführer kein Ausweisungsgrund vorliegt. Im Übrigen hat der Beschwerdeführer in Serbien eine Tochter, die erst sechs Jahre alt war, als er in die Schweiz übersiedelte. Damals nahm der Beschwerdeführer die durch die Distanz erschwerte Ausübung des Besuchsrechts freiwillig in Kauf. Warum diese Distanz nun hinsichtlich der Beziehung zu seinem Sohn ein unüberbrückbares Hindernis darstellen soll, ist umso weniger ersichtlich.

Die Voraussetzungen, unter denen einem Ausländer, der ein Besuchsrecht zu einem in der Schweiz anwesenheitsberechtigten Kind hat, gestützt auf diese familiäre Beziehung ausnahmsweise eine ausländerrechtliche Bewilligung zu dauerndem Aufenthalt erteilt werden muss, sind vorliegend nicht erfüllt.
5.
5.1 Nach dem Gesagten erweist sich die Verwaltungsgerichtsbeschwerde als offensichtlich unbegründet und ist im vereinfachten Verfahren nach Art. 36a OG abzuweisen, soweit darauf eingetreten werden kann. Ergänzend kann auf die Ausführungen im angefochtenen Urteil verwiesen werden (Art. 36a Abs. 3 OG).
5.2 Bei diesem Ausgang des Verfahrens wird der Beschwerdeführer kostenpflichtig (Art. 156 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 153 und Art. 153a OG).

Demnach erkennt das Bundesgericht
im Verfahren nach Art. 36a OG:
1.
Die Verwaltungsgerichtsbeschwerde wird abgewiesen, soweit darauf einzutreten ist.
2.
Die Gerichtsgebühr von Fr. 1'500.– wird dem Beschwerdeführer auferlegt.
3.
Dieses Urteil wird dem Beschwerdeführer, dem Departement für Justiz und Sicherheit und dem Verwaltungsgericht des Kantons Thurgau sowie dem Bundesamt für Migration schriftlich mitgeteilt.
Lausanne, 21. November 2006

Im Namen der II. öffentlichrechtlichen Abteilung
des Schweizerischen Bundesgerichts
Der Präsident: Die Gerichtsschreiberin: