Tribunale federale
Tribunal federal

{T 0/2}
2A.245/2006/fun

Urteil vom 31. August 2006
II. Öffentlichrechtliche Abteilung

Besetzung
Bundesrichter Merkli, Präsident,
Bundesrichter Betschart, Hungerbühler, Müller,
Bundesrichterin Yersin,
Gerichtsschreiber Klopfenstein.

Parteien
A.X._____,
Beschwerdeführerin, vertreten durch Rechtsanwalt Marc Spescha,

gegen

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

Gegenstand
Verlängerung der Aufenthaltsbewilligung,

Verwaltungsgerichtsbeschwerde gegen den Entscheid des Verwaltungsgerichts des Kantons Thurgau vom 15. Februar 2006.

Sachverhalt:
A.
Die aus dem Kosovo stammende A.X._____, geschiedene Y._____ (geb. 1969), stellte 1996 in der Schweiz erfolglos ein Asylgesuch. Da der Wegweisungsentscheid nicht vollzogen werden konnte, wurde sie am 1. Juli 1999 vorläufig aufgenommen. Am 29. Oktober 1999 heiratete sie den Schweizer Bürger B.Z._____ (geb. 1969).

Nach einem Streit im November 2000 verliess A.Z.-X._____ die eheliche Wohnung und ersuchte um Eheschutz. Nachdem das Ausländeramt des Kantons Thurgau (heute: Migrationsamt) sie mit der Begründung, es liege eine Gefälligkeitsehe vor, am 5. Januar 2001 angewiesen hatte, die Schweiz bis zum 31. Januar 2001 zu verlassen, wurde das Eheschutzbegehren zurückgezogen. Am 23. Januar 2001 erhielt A.Z.-X._____ gestützt auf Art. 7 ANAG eine Aufenthaltsbewilligung für ein halbes Jahr (mit Verlängerungsmöglichkeit).

Am 2. Mai 2002 kündigte B.Z._____ gegenüber dem Ausländeramt telefonisch die Scheidung an, teilte dem Amt mit Schreiben vom 4. Juli 2002 aber mit, dass er mit der Ehefrau wieder zusammenlebe. Im Juni 2003 bezogen die Eheleute getrennte Wohnungen. Mit Urteil des Bezirksgerichts Arbon vom 14. November 2005 wurde die Ehe geschieden.
B.
Bereits vor der Scheidung, mit Verfügung vom 3. Dezember 2004, hatte das Ausländeramt des Kantons Thurgau die Gesuche von A.Z.-X._____ um Verlängerung der Aufenthaltsbewilligung bzw. um Erteilung der Niederlassungsbewilligung abgewiesen. Zur Begründung führte das Amt im Wesentlichen aus, die als Asylbewerberin erfolglose A.X._____ habe den Schweizer Bürger B.Z._____ nur geheiratet, um in der Schweiz ein gefestigtes Anwesenheitsrecht zu erhalten. Die Ehe sei definitiv gescheitert und es bestehe keinerlei Aussicht auf

eine Wiederaufnahme der ehelichen Gemeinschaft.

Ein gegen diese Verfügung erhobener Rekurs beim Departement für Justiz und Sicherheit des Kantons Thurgau blieb erfolglos, und mit Urteil vom 15. Februar 2006 wies das Verwaltungsgericht des Kantons Thurgau die gegen den Departementsentscheid vom 20. Oktober 2005 gerichtete Beschwerde ebenfalls ab. Dem mit der Beschwerde gestellten Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege und Verbeiständung entsprach es nicht und auferlegte A.X._____ eine Verfahrensgebühr von Fr. 800.– .
C.
A.X._____ führt mit Eingabe vom 5. Mai 2006 Verwaltungsgerichtsbeschwerde beim Bundesgericht mit den Anträgen, den Entscheid des Verwaltungsgerichts des Kantons Thurgau vom 15. Februar 2006 aufzuheben und das Migrationsamt (vormals: Ausländeramt) des Kantons Thurgau anzuweisen, der Beschwerdeführerin die Niederlassungsbewilligung zu erteilen. Eventuell sei das Verwaltungsgericht anzuweisen, "in Beachtung des verfassungsmässigen Anspruchs auf Gewährung des rechtlichen Gehörs im Rahmen des fremdenpolizeilichen Ermessens über die Verlängerung der Aufenthaltsbewilligung zu entscheiden".

Gleichzeitig ficht A.X._____ die Verweigerung der unentgeltlichen Rechtspflege und Verbeiständung im kantonalen Verfahren an. Für das bundesgerichtliche Verfahren stellt sie ebenfalls ein Gesuch um Gewährung des prozessualen Armenrechts.

Das Departement für Justiz und Sicherheit des Kantons Thurgau beantragt, die Beschwerde abzuweisen. Das Verwaltungsgericht des Kantons Thurgau schliesst auf Abweisung der Beschwerde, soweit darauf eingetreten werden könne. Das Bundesamt für Migration beantragt Abweisung der Beschwerde.
D.
Mit Verfügung vom 2. Juni hat der Abteilungspräsident der Beschwerde - antragsgemäss - 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. Gemäss Art. 4 des Bundesgesetzes vom 26. März 1931 über Aufenthalt und Niederlassung der Ausländer (ANAG; SR 142.20) entscheidet die zuständige Behörde, im Rahmen der gesetzlichen Vorschriften und der Verträge mit dem Ausland, nach freiem Ermessen über die Bewilligung von Aufenthalt und Niederlassung. Damit besteht kein Anspruch auf Erteilung einer Bewilligung, es sei denn, der Ausländer oder seine in der Schweiz lebenden Angehörigen könnten sich hierfür auf eine Sondernorm des Bundesrechtes oder eines Staatsvertrags berufen (BGE 130 II 281 E. 2.1 S. 284; 128 II 145 E. 1.1.1 S. 148 mit Hinweisen).
1.2 Nach Art. 7 Abs. 1 ANAG (in der Fassung vom 23. März 1990) hat der ausländische Ehegatte eines Schweizer Bürgers grundsätzlich Anspruch auf Erteilung und Verlängerung der Aufenthaltsbewilligung (Satz 1) sowie nach einem ordnungsgemässen und ununterbrochenen Aufenthalt von fünf Jahren auf Erteilung der Niederlassungsbewilligung (Satz 2); der Anspruch erlischt, wenn ein Ausweisungsgrund vorliegt (Satz 3). Vorbehalten bleiben sodann der Fall der Gesetzesumgehung gemäss Absatz 2 sowie die allgemeine Schranke des Rechtsmissbrauchs.
1.3 Die Ehe der Beschwerdeführerin mit ihrem Schweizer Gatten wurde am 14. November 2005 rechtskräftig geschieden. Sie hat deshalb keinen Anspruch mehr auf eine Aufenthaltsbewilligung nach Art. 7 Abs. 1 erster Satz ANAG. Nachdem die Ehe der Beschwerdeführerin jedoch länger als fünf Jahre dauerte und sie während dieser Zeit ordnungsgemäss und ununterbrochen in der Schweiz gelebt hat, bevor die Scheidung rechtskräftig geworden ist, hat sie gemäss Art. 7 Abs. 1 zweiter Satz ANAG - worauf sie sich gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung auch nach Beendigung der Ehe berufen kann - grundsätzlich Anspruch auf Erteilung der Niederlassungsbewilligung (BGE 128 II 145 E. 1.1.5 S. 149; 122 II 145 E. 3a/b S. 146 f.; 121 II 97 E. 4c S. 104 f. mit Hinweisen).
1.4 Auf die Verwaltungsgerichtsbeschwerde ist nach dem Gesagten einzutreten. Die Frage, ob die Bewilligung verweigert werden durfte, weil einer der in Art. 7 ANAG vorgesehenen Ausnahmetatbestände oder ein Verstoss gegen das Rechtsmissbrauchsverbot gegeben ist, betrifft nicht das Eintreten, sondern bildet Gegenstand der

materiellen Beurteilung (BGE 126 II 265 E. 1b S. 266, mit Hinweisen).
1.5 Mit der Verwaltungsgerichtsbeschwerde kann die Verletzung von Bundesrecht, einschliesslich Überschreitung oder Missbrauch des Ermessens, sowie die unrichtige oder unvollständige Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts gerügt werden (Art. 104 lit. a und b OG). Hat - wie hier - eine richterliche Behörde als Vorinstanz entschieden und den Sachverhalt nicht offensichtlich unrichtig, unvollständig oder unter Verletzung wesentlicher Verfahrensvorschriften festgestellt, ist das Bundesgericht an die Sachverhaltsfeststellung im angefochtenen Entscheid gebunden (Art. 105 Abs. 2 OG).
1.6 Das Bundesgericht wendet auf Verwaltungsgerichtsbeschwerde hin das Bundesrecht von Amtes wegen an; es ist an die von den Parteien vorgebrachten Begründungen nicht gebunden und kann die Eingabe auch aus anderen als den geltend gemachten Gründen gutheissen oder abweisen (Art. 114 Abs. 1 OG; BGE 128 II 145 E. 1.2.2 S. 150 f.).
2.
2.1 Gemäss Art. 7 Abs. 2 ANAG hat der ausländische Ehegatte eines Schweizer Bürgers keinen Anspruch auf Erteilung der ihm nach Absatz 1 grundsätzlich zustehenden Bewilligung, wenn die Ehe eingegangen worden ist, um die Vorschriften über Aufenthalt und Niederlassung von Ausländern und namentlich jene über die Begrenzung der Zahl der Ausländer zu umgehen. Erfasst wird davon die sog. Scheinehe bzw. Ausländerrechtsehe, bei der die Ehegatten von vornherein keine echte eheliche Gemeinschaft beabsichtigen (BGE 128 II 145 E. 2.1 S. 151; 127 II 49 E. 4a S. 55, mit Hinweisen).

Das Verwaltungsgericht hat vorliegend zutreffend erwogen, dass im Falle des Ehepaars Z.-X._____ "nicht auf eine Scheinehe geschlossen werden" könne (vgl. S. 7 des angefochtenen Entscheides). Die Beschwerdeführerin hat als vorläufig Aufgenommene ihren ungefähr gleichaltrigen schweizerischen Ehemann nicht unter dem Druck einer unmittelbar drohenden Wegweisung geheiratet. Es liegen damit nicht genügend Indizien für eine Ausländerrechtsehe vor (vgl. BGE 122 II 289 E. 2b S. 295).

Auch wenn die Ehe nicht bloss zum Schein eingegangen worden ist, heisst dies nicht zwingend, dass dem ausländischen Ehepartner der Aufenthalt bzw. die Niederlassung ungeachtet der weiteren Entwicklung gestattet werden muss. Zu prüfen ist diesfalls, ob sich die Berufung auf die Ehe nicht anderweitig als rechtsmissbräuchlich erweist (BGE 127 II 49 E. 5a S. 56, mit Hinweisen), wobei ein entsprechender Sachverhalt - um in der hier zu beurteilenden Konstellation massgeblich zu sein - bereits vor Ablauf der fünf Ehejahre, d. h. vor Erlangung des grundsätzlichen Anspruches auf die Niederlassungsbewilligung (oben E. 1.3) vorgelegen haben müsste (BGE 121 II 97 E. 4c S. 104 f.).
2.2 Rechtsmissbrauch im Zusammenhang mit Art. 7 ANAG liegt vor, wenn der Ausländer sich im Verfahren um Erteilung einer fremdenpolizeilichen Anwesenheitsbewilligung auf eine Ehe beruft, welche nur (noch) formell und ohne Aussicht auf Aufnahme bzw. Wiederaufnahme einer ehelichen Gemeinschaft besteht (BGE 128 II 145 E. 2.2 S. 151 mit Hinweisen). Ein Rechtsmissbrauch darf aber nicht leichthin angenommen werden, namentlich nicht schon deshalb, weil die Ehegatten nicht mehr zusammenleben oder ein Eheschutz- oder Scheidungsverfahren eingeleitet worden ist. Gerade weil der ausländische Ehegatte nicht der Willkür des schweizerischen ausgeliefert sein soll, hat der Gesetzgeber darauf verzichtet, die Erteilung der Aufenthaltsbewilligung vom ehelichen Zusammenleben abhängig zu machen (ausführlich: BGE 118 Ib 145 E. 3 S. 149 ff.). Erforderlich sind klare Hinweise darauf, dass die Führung einer Lebensgemeinschaft nicht mehr beabsichtigt und nicht mehr zu erwarten ist (BGE 127 II 49 E. 5a S. 56 f. mit Hinweisen).
2.3 Dass die Ehe nur (noch) formell und ohne Aussicht auf Aufnahme bzw. Wiederaufnahme einer ehelichen Gemeinschaft besteht, entzieht sich in der Regel einem direkten Beweis und ist oft bloss durch Indizien zu erstellen (BGE 127 II 49 E. 5a S. 57). Feststellungen über das Bestehen von solchen Hinweisen können äussere Gegebenheiten, aber auch innere psychische Vorgänge betreffen (Wille der Ehegatten). In beiden Fällen handelt es sich um tatsächliche Feststellungen (BGE 98 II 1 E. 2a S. 6; vgl. auch BGE 119 IV 242 E. 2c S. 248), welche für das Bundesgericht grundsätzlich verbindlich sind (oben E. 1.5). Frei zu prüfen ist dagegen die Rechtsfrage, ob die festgestellten Tatsachen (Indizien) darauf schliessen lassen, die Berufung auf die Ehe sei rechtsmissbräuchlich oder bezwecke die Umgehung fremdenpolizeilicher Vorschriften.
3.
3.1 Streitig ist vorliegend, ob die Beschwerdeführerin durch die mehr als fünf Jahre dauernde Ehe mit einem Schweizer Bürger einen Niederlassungsanspruch erworben hat oder ob die Ehe schon bei Ablauf der Fünf-

jahresfrist (29. Oktober 2004) definitiv gescheitert war. Das Verwaltungsgericht bejahte Letzteres aufgrund "einiger Indizien". Es erwog, aus den gesamten Akten gehe klar hervor, dass die Ehe Z.-X._____ von Anfang an schlecht gelaufen sei. Dass die Eheleute seit Juni 2003 getrennt gelebt hätten, dass jedes Mal, wenn das Ausländeramt tätig geworden sei, Versöhnungsversuche gestartet worden seien und dass die Ehefrau schon bald wieder einen Lebenspartner gehabt habe, zeige, dass die Ehe schon längst zerrüttet gewesen sei. Die zeitweiligen Kontakte, die offenbar doch noch stattgefunden hätten, könnten über den schlechten Zustand der Ehe nicht hinwegtäuschen (S. 8 und 9 des angefochtenen Entscheides). Damit berufe sich die Beschwerdeführerin in offensichtlich rechtsmissbräuchlicher Manier auf eine damals nur noch formell bestehende Ehe.
3.2 Die aktenmässige Beweislage lässt für einen solchen Schluss nicht genügend Raum: Zwar steht fest, dass die Eheleute seit Juni 2003 in getrennten Wohnungen lebten, nachdem es zwischen ihnen immer wieder zu Auseinandersetzungen gekommen war. Ihre Beziehungen waren damit aber nicht abgebrochen. Gemäss den übereinstimmenden Aussagen der Ehegatten anlässlich der polizeilichen Befragung vom 15. Februar 2005 hatten diese jedenfalls bis zum massgebenden Zeitpunkt (29. Oktober 2004) regelmässig persönlichen (und gemäss Aussagen des Ehemannes auch intimen) Kontakt miteinander, was der Annahme, dass sich die Ehegatten schon im Oktober 2004 definitiv auseinandergelebt hatten, entgegensteht. Wiewohl die Möglichkeit, dass das Verhalten der Beteiligten zum Teil auch fremdenpolizeilich motiviert gewesen sein könnte, nicht völlig ausgeschlossen werden kann, reichen die Indizien für die Annahme eines Rechtsmissbrauchs nicht aus. Zwar führte das Paar von Anfang an eine konfliktreiche Ehe, es kam aber immer wieder zusammen und befand sich noch im Februar 2005 in einer Eheberatung (Aussage des Ehemannes vom 15. Februar 2005, Frage 51). Aufgrund der gesamten Aktenlage erweist sich der Schluss des Verwaltungsgerichts, die Beschwerdeführerin habe in rechtsmissbräuchlicher Weise nur so lange an der längst gescheiterten Ehe festgehalten, um den Anspruch auf die Niederlassungsbewilligung zu erwirken, als bundesrechtswidrig, zumal es nach der Rechtsprechung - wie ausgeführt (E. 2.2) - nicht bloss "einiger Indizien", sondern klarer Hinweise für den von den Behörden zu erbringenden Nachweis eines rechtsmissbräuchlichen Verhaltens bedarf (BGE 128 II 145 E. 2.2 S. 151; 127 II 49 E. 5a S. 56 f.; Urteil 2A.455/2004 vom 13. Dezember 2004, E. 2.1).
4.
Das angefochtene Urteil verletzt nach dem Gesagten Bundesrecht und ist in Gutheissung der Verwaltungsgerichtsbeschwerde aufzuheben.

Hebt das Bundesgericht die angefochtene Verfügung auf, so entscheidet es selbst in der Sache oder weist diese zu neuer Beurteilung an die Vorinstanz zurück; hat diese als Beschwerdeinstanz entschieden, so kann es die Sache an die Behörde zurückweisen, die in erster Instanz verfügt hat (Art. 114 Abs. 2 OG).

Vorliegend erscheint es als richtig, dass das Bundesgericht das Migrationsamt des Kantons Thurgau anweist, der Beschwerdeführerin die Niederlassungsbewilligung zu erteilen. Sache des Verwaltungsgerichts wird es sein, über die Kosten- und Entschädigungsfolgen des kantonalen Verfahrens neu zu befinden; zu diesem Zweck werden die Akten an die Vorinstanz zurückgewiesen.

Die Rüge betreffend Verweigerung der unentgeltlichen Rechtspflege und Verbeiständung wird mit der Aufhebung des angefochtenen Urteils gegenstandslos.
5.
Bei diesem Verfahrensausgang werden keine Kosten erhoben (Art. 156 Abs. 2 OG). Hingegen hat der Kanton Thurgau die Beschwerdeführerin für das bundesgerichtliche Verfahren angemessen zu entschädigen (Art. 159 Abs. 2 OG). Das für dieses Verfahren gestellte Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege und Verbeiständung erweist sich damit als gegenstandslos.
Demnach erkennt das Bundesgericht:

1.
Die Verwaltungsgerichtsbeschwerde wird gutgeheissen und das Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Thurgau vom 15. Februar 2006 aufgehoben. Das Migrationsamt des Kantons Thurgau wird angewiesen, der Beschwerdeführerin die Niederlassungsbewilligung zu erteilen.
2.
Die Akten werden an das Verwaltungsgericht des Kantons Thurgau zurückgewiesen zur Neufestsetzung der

Kosten- und Entschädigungsfolgen des kantonalen Verfahrens.
3.
Es werden keine Gerichtskosten erhoben.
4.
Der Kanton Thurgau hat die Beschwerdeführerin für das bundesgerichtliche Verfahren mit Fr. 2'000.– zu entschädigen.
5.
Das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege und Verbeiständung wird als gegenstandslos abgeschrieben.
6.
Dieses Urteil wird der Beschwerdeführerin, dem Migrationsamt des Kantons Thurgau, dem Departement für Justiz und Sicherheit und dem Verwaltungsgericht des Kantons Thurgau sowie dem Bundesamt für Migration schriftlich mitgeteilt.
Lausanne, 31. August 2006
Im Namen der II. öffentlichrechtlichen Abteilung
des Schweizerischen Bundesgerichts
Der Präsident: Der Gerichtsschreiber: