

## **BGer 2C\_118/2018 vom 17. Mai 2019**

Bundesgericht, 2019-05-17, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger\\_2C\\_118\\_2018](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_2C_118_2018)

FR: TF 2C\_118/2018 du 17 mai 2019

IT: TF 2C\_118/2018 del 17 maggio 2019

### **Erwägungen**

#### **E. 1.1**

Die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten gegen einen kantonal letztinstanzlichen Endentscheid betreffend Widerruf der Niederlassungsbewilligung ist zulässig, da auf den Fortbestand dieser Bewilligung ein Rechtsanspruch besteht ( BGE 135 II 1 E. 1.2.1 S. 4; Art. 82 lit. a, Art. 83 lit. c Ziff. 2 e contrario, Art. 86 Abs. 1 lit. d und Abs. 2 sowie Art. 90 BGG ). In Bezug auf den Beschwerdeführer 1 sind die Sachurteilsvoraussetzungen damit erfüllt, weshalb auf die Beschwerde als solche in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten einzutreten ist. Sollte der Widerruf der Niederlassungsbewilligung von Beschwerdeführer 1 zu Unrecht erfolgt sein, hat die Beschwerdeführerin 2 gestützt auf Art. 43 Abs. 1 AuG (ab 1. Januar 2019 in revidierter Fassung Art. 43 Abs. 1 AIG , wobei vorliegend gemäss Art. 126 Abs. 1 AIG noch die Fassung von Art. 43 AuG zur Anwendung gelangt) einen Anspruch auf Aufenthaltsbewilligung. Da auch die übrigen Sachurteilsvoraussetzungen erfüllt sind, ist auf die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten auch in Bezug auf Beschwerdeführerin 2 einzutreten (Urteile 2C\_631/2018 vom 4. April 2019 E. 1; 2C\_386/2016 vom 22. Mai 2017 E. 1.1). Bezüglich der Beschwerdeführerinnen 3 - 5 (Kinder) genügt für das Eintreten ein potentieller Aufenthaltsanspruch, welcher sich ebenfalls aus Art. 43 Abs. 1 AuG ergibt ( BGE 136 II 177 E. 1.1 S. 179 f.; Urteil 2C\_276/2011 vom 10. Oktober 2011 E. 1.2). Ob ein solcher besteht, insbesondere ob die Fristen für den Familiennachzug eingehalten sind, ist Gegenstand der materiellen Prüfung ( BGE 136 II 177 E. 1.2 S. 180; Urteil 2C\_386/2016 vom 22. Mai 2017 E. 1.1). Auf die entsprechende Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten ist deshalb ebenfalls einzutreten.

#### **E. 1.2**

Soweit geltend gemacht wird, die Beschwerdeschrift sei auch als subsidiäre Verfassungsbeschwerde entgegenzunehmen, ist auf diese infolge Subsidiarität nicht einzutreten ( Art. 113 BGG ).

#### **E. 2**

Das Bundesgericht wendet das Recht von Amtes wegen an ( Art. 106 Abs. 1 BGG ), prüft jedoch unter Berücksichtigung der allgemeinen Rüge- und Begründungspflicht ( Art. 42 Abs. 1 und 2 BGG ) nur die geltend gemachten Rechtsverletzungen, sofern rechtliche Mängel nicht geradezu offensichtlich sind ( BGE 142 I 135 E. 1.5 S. 144). In Bezug auf die Verletzung von Grundrechten gilt eine qualifizierte Rüge- und Substanziierungspflicht ( Art. 106 Abs. 2 BGG ; BGE 139 I 229 E. 2.2 S. 232; 136 II 304 E. 2.5 S. 314). Das Bundesgericht legt seinem Urteil den Sachverhalt zugrunde, den die Vorinstanz festgestellt hat ( Art. 105 Abs. 1 BGG ). Eine Berichtigung oder Ergänzung der vorinstanzlichen

Sachverhaltsfeststellungen ist von Amtes wegen ( Art. 105 Abs. 2 BGG ) oder auf Rüge hin ( Art. 97 Abs. 1 BGG ) möglich. Von den tatsächlichen Grundlagen des vorinstanzlichen Urteils weicht das Bundesgericht jedoch nur ab, wenn diese offensichtlich unrichtig sind oder auf einer Rechtsverletzung im Sinne von Art. 95 BGG beruhen und die Behebung des Mangels für den Verfahrensausgang entscheidend sein kann ( Art. 97 Abs. 1 BGG ; BGE 142 I 135 E. 1.6 S. 144 f.).

### **E. 3.1**

Der Beschwerdeführer 1 rügt die Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör ( Art. 29 Abs. 2 BV ). Er macht geltend, die Vorinstanz habe die Begründung des Widerrufs der Niederlassungsbewilligung gegenüber den früheren Instanzen nachträglich geändert, indem nicht mehr die angebliche Scheinehe mit F.\_\_\_\_\_, sondern alleine das angebliche Verschweigen der vorehelichen Kinder als Widerrufsgrund angenommen werde. Die Vorinstanz habe dem Beschwerdeführer 1 nie Gelegenheit gegeben, sich zur beabsichtigten Begründungsänderung zu äussern.

### **E. 3.2**

Ein Vergleich des vorinstanzlichen Urteils und des Rekursentscheides zeigt, dass sich beide Entscheide auf denselben Widerrufstatbestand, nämlich falsche Angaben oder das Verschweigen wesentlicher Tatsachen im Bewilligungsverfahren (Art. 63 Abs. 1 lit. a i.V.m. Art. 62 Abs. 1 lit. a AuG [ab 1. Januar 2019 AIG]), stützen. Ausserdem wird auch im Rekursentscheid dem Beschwerdeführer 1 das bewusste Verschweigen seiner Kinder vorgehalten (vgl. E. 10.3 und 10.4 Rekursentscheid). Der Sachverhalt präsentiert sich somit anders als vom Beschwerdeführer 1 dargelegt. Eine Begründungsänderung liegt nicht vor. Die Prüfung der Frage, ob die Vorinstanz den Anspruch auf rechtliches Gehör verletzt hat, erübrigt sich damit, weshalb darauf nicht einzutreten ist.

### **E. 4.1**

Eine weitere Verletzung des rechtlichen Gehörs rügt der Beschwerdeführer 1 mit der Begründung, im Rekurs sei die Befragung von ehemaligen Nachbarn und gemeinsamen Bekannten des Ex-Ehepaars A.\_\_\_\_\_-F.\_\_\_\_\_ beantragt worden, um die Vermutung einer Scheinehe zu widerlegen. Dieselben Beweisanträge hätten auch die Vermutung des angeblich bewussten Verschweigens der vorehelichen Kinder umstossen können. Die Beweise hätten abgenommen werden und die Sache diesbezüglich an die Rekursinstanz zurückgewiesen werden müssen.

### **E. 4.2**

Die Vorinstanz ist der Auffassung, das Vorliegen einer Scheinehe sei nicht rechtserheblich, sodass die Beweisanträge des Beschwerdeführers 1 auf die Erhellung eines nichts rechtserheblichen Sachverhalts abzielten. Die Abnahme der Beweise würde deshalb zu einem formalistischen Leerlauf und einer unnötigen Verzögerung führen, die mit den Interessen der Beschwerdeführer an einer beförderlichen Beurteilung der Sache nicht zu vereinbaren wären, weshalb darauf zu verzichten sei. Allerdings erkannte die Vorinstanz im Umstand, dass im Rekursentscheid zu den gestellten Beweisanträgen überhaupt nicht Stellung genommen wurde, obwohl sich die Rekursinstanz mit dem Vorliegen einer Scheinehe auseinandergesetzt habe, eine Verletzung des rechtlichen Gehörs, welche jedoch nur bei der Auferlegung der Gerichtskosten berücksichtigt wurde.

### **E. 4.3**

Der Anspruch auf rechtliches Gehör beinhaltet das Recht des Beschwerdeführers 1 auf Abnahme der rechtzeitig und formrichtig angebotenen, rechtserheblichen Beweismittel ( BGE 134 I 140 E. 5.3 S. 148 ; 131 I 153 E. 3 S. 157). Beweise, welche geeignet sind, den Entscheid zu beeinflussen, sind zu erheben und der Beschwerdeführer 1 hat das Recht, diesbezüglich mitzuwirken oder sich zumindest zum Beweisergebnis zu äussern ( BGE 140 I 285 E. 6.3.1 S. 299 ; 135 I 279 E. 2.3 S. 282; Urteile 8C\_649/2017 vom 4. Januar 2018 E. 7.6.2; 1C\_1/2015 vom 10. August 2015 E. 2.1; 2C\_110/2015 vom 1. September 2015 E. 4.1; 2D\_54/2014 vom 23. Januar 2015 E. 5.2). Der Anspruch auf rechtliches Gehör umfasst als Mitwirkungsrecht des Beschwerdeführers alle Befugnisse, die einer Partei einzuräumen sind, damit sie in einem Verfahren ihren Standpunkt wirksam zur Geltung bringen kann ( BGE 135 II 286 E. 5.1 S. 293 mit Hinweisen).

Keine Verletzung des rechtlichen Gehörs liegt jedoch vor, wenn das Gericht auf die Abnahme beantragter Beweismittel verzichtet, weil es aufgrund der bereits abgenommenen Beweise seine Überzeugung gebildet hat und ohne Willkür in vorweggenommener Beweiswürdigung annehmen kann, dass seine Überzeugung durch weitere Beweiserhebungen nicht geändert würde ( BGE 140 I 285 E. 6.3.1 S. 299 ; 136 I 229 E. 5.3 S. 236 ; 134 I 140 E. 5.3 S. 148).

Entscheidend ist somit, ob die vom Beschwerdeführer 1 beantragten Zeugenbefragungen geeignet sind, den Ausgang des Streitfalles trotz bereits abgenommener Beweise noch zu beeinflussen.

#### **E. 4.4**

Gemäss bundesgerichtlicher Praxis trifft die ausländische Person im Bewilligungsverfahren ohne ausdrückliche entsprechende Befragung seitens der Behörden keine generelle Pflicht, auf die Existenz von vor- oder ausserehelichen Kindern im Ausland hinzuweisen. Dies ist nur soweit erforderlich, als deren Existenz für den ausländerrechtlichen Status nicht nur potentiell, sondern aufgrund sämtlicher Umstände auch konkret als wesentlich zu gelten hat ( BGE 142 II 265 E. 3.2 S. 266 f.; Urteile 2C\_169/2018 vom 17. August 2018 E. 3.3.1; 2C\_1115/2015 vom 20. Juli 2016 E. 4.2.1). Ausschlaggebend ist demnach nicht das (alleinige) Verschweigen von vor- oder ausserehelichen Kindern, sondern der dadurch indizierte Verdacht, dass im Heimatland eine parallel gelebte Beziehung bestand, die künftig unter Umgehung von Sinn und Zweck der ausländerrechtlichen Regeln zu einem Familiennachzug führen soll (Urteile 2C\_169/2018 vom 17. August 2018 E. 3.3.1; 2C\_1115/2015 vom 20. Juli 2016 E. 4.2.1). Das Verschweigen einer Parallelbeziehung im Ausland ist ein Widerrufsgrund (Art. 63 Abs. 1 lit. a i.V.m. 62 Abs. 1 lit. a AuG [jetzt AIG]), da die ausländische Person damit versucht, die Behörden über den stabilen Charakter ihrer Beziehung zu der in der Schweiz lebenden Person zu täuschen, aufgrund welcher sie gemäss Art. 42 oder 43 AuG (seit 1. Januar 2019 AIG) einen Anspruch auf Erteilung einer Aufenthalts- oder Niederlassungsbewilligung hat ( BGE 142 II 265 E. 3.2 S. 266 f.; Urteil 2C\_169/2018 vom 17. August 2018 E. 3.3.1). Die Geburt von ausserehelichen oder vorehelichen Kindern während des Bestehens der Ehe in der Schweiz bildet ein - nicht allein - entscheidendes Indiz in diesem Zusammenhang. Neben der Zeugung gemeinsamer Kinder sind je nachdem zusätzliche andere Hinweise dafür erforderlich, dass tatsächlich eine Zweitbeziehung bestand. Solche können etwa darin liegen, dass sich die Partner regelmässig wechselseitig besuchen, besondere wirtschaftliche Leistungen an den anderen Elternteil erbringen oder eine De-facto-Ehe in der Heimat aufrechterhalten. Entscheidend ist die qualitative Natur der Beziehung, die - parallel zur hiesigen Ehe - im Ausland gelebt

wird und zeitverschoben den späteren Familienzusammenschluss in der Schweiz bezweckt (Urteil 2C\_1115/2015 vom 20. Juli 2016 E. 4.2.2).

#### **E. 4.5**

Vorliegend ist das älteste Kind rund zwei Jahre vor, das mittlere Kind rund ein Jahr vor und das jüngste Kind während der Ehe in der Schweiz, nämlich rund fünf Monate nach der Heirat des Beschwerdeführers 1 vom 2. April 2002, geboren. Diese Umstände bilden ein starkes, aber nicht allein entscheidendes Indiz für eine Parallelbeziehung im Ausland. Dem entsprechenden Verdacht hätte der Beschwerdeführer 1 entgegengetreten können, wenn wie beantragt die Befragungen durchgeführt worden und Zeugen hätten belegen können, dass doch keine Parallelbeziehung (welche von der Vorinstanz notabene nur als "mögliche Parallelbeziehung" bezeichnet wurde, vgl. E. 4.3 vorinstanzliches Urteil) vorlag, sodass die Existenz der Kinder nicht deshalb verschwiegen wurde, um darüber hinweg zu täuschen. Eine Befragung geeigneter Personen wäre vorliegend umso mehr angezeigt gewesen, als die Kindsmutter und die Kinder anlässlich einer Befragung vom 16. bzw. 18. Dezember 2015 angaben, der Beschwerdeführer 1 sei nur sehr selten zu Besuch gekommen, manchmal ein Jahr lang nicht (vgl. E. 4.3 vorinstanzliches Urteil), erst seit zwei/drei Jahren bestehe wieder eine Beziehung zum Vater (Kinder) und erst seit die Eltern wieder zusammengekommen seien, sprich im März 2014 geheiratet hätten, bekämen sie Geschenke vom Vater ( Art. 105 Abs. 2 BGG ). Ausserdem konnte der Verdacht einer Scheinehe mit F. \_\_\_\_\_ trotz diverser polizeilicher Abklärungen nie erhärtet werden, weshalb deren Vorliegen vorinstanzlich ausdrücklich offen gelassen wurde. Im Weiteren erfolgte die Heirat mit der jetzigen Ehefrau entgegen dem gängigen Muster nicht relativ rasch nach der Scheidung der hiesigen Ehe (17. Dezember 2009), sondern erst rund vier Jahre und vier Monate danach und das Familiennachzugsgesuch nochmals mehr als ein Jahr später.

#### **E. 4.6**

Der Anspruch auf rechtliches Gehör des Beschwerdeführers 1 wurde deshalb vorliegend verletzt. Die Sache ist zur ergänzenden Sachverhaltsabklärung und -feststellung, ob nun tatsächlich eine Parallelbeziehung bestand oder nicht, und zu neuem Entscheid in der Sache an die Vorinstanz zurückzuweisen. Letztere wird in diesem Zusammenhang die geeigneten Zeugen zu befragen haben.

#### **E. 5**

In Bezug auf den Familiennachzug von Beschwerdeführerin 2 enthält das vorinstanzliche Urteil keine Begründung der Abweisung des beantragten Aufenthaltsanspruchs. Ob ein solcher gegeben ist, hängt davon ab, ob der Widerruf der Niederlassungsbewilligung von Beschwerdeführer 1 Bestand hat oder nicht. Im Rahmen des neuen Entscheids in der Sache wird die Vorinstanz deshalb auch über den Aufenthaltsanspruch von Beschwerdeführerin 2 zu befinden haben. Dasselbe gilt in Bezug auf die Beschwerdeführerinnen 3 - 5.

#### **E. 6**

Die Beschwerde erweist sich damit als begründet und ist gutzuheissen. Das vorinstanzliche Urteil ist aufzuheben. Die Sache wird zur ergänzenden Sachverhaltsabklärung und -feststellung und zu neuem Entscheid in der Sache an die Vorinstanz zurückgewiesen.

#### **E. 7**

Dem unterliegenden Kanton Zürich sind für das bundesgerichtliche Verfahren keine Gerichtskosten aufzuerlegen ( Art. 66 Abs. 4 BGG ). Er hat den Beschwerdeführern für das

bundesgerichtliche Verfahren eine Parteientschädigung von Fr. 3'000.-- zu bezahlen ( Art. 68 Abs. 1 und 2 BGG ).

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.