

# **BGer 2C\_153/2010 vom 10. September 2010**

Bundesgericht, 2010-09-10, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger\\_2C\\_153\\_2010](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_2C_153_2010)

FR: TF 2C\_153/2010 du 10 septembre 2010

IT: TF 2C\_153/2010 del 10 settembre 2010

## **Erwägungen**

### **E. 1.1**

Gemäss Art. 83 lit. c Ziff. 2 BGG ist die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten auf dem Gebiet des Ausländerrechts unzulässig gegen Entscheide betreffend Bewilligungen, auf die weder das Bundesrecht noch das Völkerrecht einen Anspruch einräumt.

### **E. 1.2**

Zwar ist am 1. Januar 2008 das Bundesgesetz vom 16. Dezember 2005 über die Ausländerinnen und Ausländer (AuG, SR 142.20) in Kraft getreten, doch bestimmt dessen Art. 126 Abs. 1, dass auf Gesuche, die vor dem Inkrafttreten dieses Gesetzes eingereicht worden sind, noch das bisherige Recht anwendbar bleibt. Das streitige Gesuch um Erteilung der Niederlassungsbewilligung wurde vor Inkrafttreten des Ausländergesetzes gestellt und beurteilt sich daher noch nach dem inzwischen aufgehobenen Bundesgesetz vom 26. März 1931 über Aufenthalt und Niederlassung der Ausländer (ANAG, BS 1 121) und seinen Ausführungserlassen.

### **E. 1.3**

Nach Art. 17 Abs. 2 ANAG hat der Ehegatte eines Ausländers mit Niederlassungsbewilligung Anspruch auf Erteilung und Verlängerung der Aufenthaltsbewilligung, solange die Ehegatten zusammen wohnen, und nach einem ordnungsgemässen und ununterbrochenen Aufenthalt von fünf Jahren Anspruch auf die Niederlassungsbewilligung.

Die Beschwerdeführerin ist seit dem Jahre 2001 mit dem in der Schweiz niederlassungsberechtigten Y.\_\_\_\_\_ verheiratet und lebt seither ordnungsgemäss und ununterbrochen in der Schweiz. Damit hat sie nach Massgabe von Art. 17 Abs. 2 ANAG im Grundsatz Anspruch auf die Niederlassungsbewilligung. Die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten erweist sich mithin als zulässig (vgl. Art. 83 lit. c Ziff. 2 BGG). Soweit mit der vorliegenden Rechtsmitteleingabe hingegen die Aufhebung der Verfügung der Sicherheitsdirektion vom 7. Januar 2008 und des regierungsrätlichen Beschlusses vom 13. Mai 2009 verlangt wird, ist darauf von Vornherein nicht einzutreten: Diese Akte sind durch das Urteil des Verwaltungsgerichts ersetzt worden (Devolutiveffekt) und gelten inhaltlich als mitangefochten (vgl. BGE 134 II 142 E. 1.4 S. 144).

Die Beschwerdeführerin hat sich im Übrigen in den bisherigen kantonalen Rechtsmittelverfahren darauf beschränkt, die Verlängerung der Aufenthaltsbewilligung zu beantragen bzw. - auch vor Bundesgericht - zu verlangen, es sei ihr "der weitere Aufenthalt in der Schweiz zu gestatten". Ihr könnte allerdings, falls ein Anspruch auf Niederlassungsbewilligung bestünde (was als Rechtsfrage von Amtes wegen zu berücksichtigen ist), die - ein weniger gefestigtes Anwesenheitsrecht gewährende -

Aufenthaltsbewilligung erst recht nicht verweigert werden ( BGE 128 II 145 E. 1.1.4 S. 149 mit Hinweisen).

#### **E. 1.4**

Das Bundesgericht legt seinem Urteil den von der Vorinstanz festgestellten Sachverhalt zugrunde ( Art. 105 Abs. 1 BGG ), es sei denn, dieser sei offensichtlich unrichtig oder beruhe auf einer Rechtsverletzung im Sinne von Art. 95 BGG (Art. 105 Abs. 2 bzw. Art. 97 Abs. 1 BGG ). "Offensichtlich unrichtig" bedeutet dabei "willkürlich" ( BGE 133 II 249 E. 1.2.2). Neue Tatsachen und Beweismittel dürfen nur so weit vorgebracht werden, als erst der Entscheid der Vorinstanz dazu Anlass gibt ( Art. 99 Abs. 1 BGG ). Echte tatsächliche Noven, das heisst solche Tatsachen, die erst nach dem Ergehen des angefochtenen Entscheides aufgetreten sind - wie hier die Geburt des Kindes A. \_\_\_\_\_ - können im bundesgerichtlichen Beschwerdeverfahren nicht berücksichtigt werden (vgl. BGE 134 IV 342 E. 2.1 S. 343).

#### **E. 2.1**

Nach Art. 7 Abs. 2 ANAG hat der ausländische Ehegatte eines Schweizer Bürgers dann keinen Anspruch auf die ihm nach Abs. 1 dieser Bestimmung grundsätzlich zustehende Erteilung und Verlängerung der Aufenthaltsbewilligung, 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. Als Konkretisierung des Rechtsmissbrauchsverbots im Bereich ausländerrechtlicher Bewilligungen ist diese Regel über den Geltungsbereich von Art. 7 ANAG hinaus auch in Bezug auf die Ansprüche gemäss Art. 17 Abs. 2 ANAG in gleicher Weise anwendbar ( BGE 121 II 5 E. 3a; 130 II 113 E. 4.2 S. 117).

#### **E. 2.2**

Rechtsmissbrauch im Zusammenhang mit Art. 7 (bzw. Art. 17) 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 entsprechender Sachverhalt darf allerdings nicht leichthin angenommen werden, entzieht sich in der Regel einem direkten Beweis bzw. ist oft bloss durch Indizien zu erstellen ( BGE 128 II 145 E. 2.3 mit Hinweisen). 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).

#### **E. 3.1**

Das Verwaltungsgericht hat im Wesentlichen erwogen, es sei nicht zu beanstanden, dass der Regierungsrat vorliegend "die Aufgabe der ehelichen Gemeinschaft auf Oktober 2004 gesetzt hat". Aus dem Umstand, dass der Ehemann zusammen mit seiner ausserehelichen Partnerin eine (andere) Wohnung gemietet habe, könne geschlossen werden, dass er auch dort gewohnt habe. Aufgrund der Indizienlage müsse auch der Schluss gezogen werden, dass die eheliche Gemeinschaft seit ihrer Beendigung auch nicht wieder aufgenommen worden sei. Bei Kontrollen der ehemaligen ehelichen Wohnung hätte stets nur die Beschwerdeführerin selber angetroffen werden können und nichts auf die Anwesenheit ihres Mannes hingedeutet. Die Vorbringen der Beschwerdeführerin vermöchten die Indizienlage nicht zu entkräften; es erübrige sich eine Befragung des Ehemannes, der wohl

bloss "die Auffassung der Beschwerdeführerin teilen würde". Der Beschwerdeführerin werde zwar zugestanden, dass sie eine (freundschaftliche) Beziehung zu ihrem Mann pflege, es werde aber verneint, dass sie mit ihm tatsächlich eine Ehe lebe. Aus den angebotenen Beweismitteln sei "kein zusätzlicher Erkenntnisgewinn" zu erwarten (S. 12 des angefochtenen Entscheides).

Die Beschwerdeführerin macht geltend, diese Sachverhaltsfeststellung sei willkürlich und verletze ihren Anspruch auf rechtliches Gehör ( Art. 29 Abs. 2 BV ).

### **E. 3.2**

Das rechtliche Gehör gemäss Art. 29 Abs. 2 BV dient einerseits der Sachaufklärung, andererseits stellt es ein persönlichkeitsbezogenes Mitwirkungsrecht beim Erlass eines Entscheides dar, welcher in die Rechtsstellung des Einzelnen eingreift. Dazu gehört insbesondere das Recht des Betroffenen, sich vor Erlass eines solchen Entscheides zur Sache zu äussern, erhebliche Beweise beizubringen, Einsicht in die Akten zu nehmen, mit erheblichen Beweisanträgen gehört zu werden und an der Erhebung wesentlicher Beweise entweder mitzuwirken oder sich zumindest zum Beweisergebnis zu äussern, wenn dieses geeignet ist, den Entscheid zu beeinflussen. Der Anspruch auf rechtliches Gehör umfasst als Mitwirkungsrecht somit alle Befugnisse, die einer Partei einzuräumen sind, damit sie in einem Verfahren ihren Standpunkt wirksam zur Geltung bringen kann ( BGE 132 II 485 E. 3.2 S. 494 ; 127 I 54 E. 2b S. 56; 117 Ia 262 E. 4b S. 268, mit Hinweisen). Nach der Rechtsprechung kann das Gericht das Beweisverfahren schliessen, wenn die Beweisanträge eine nicht erhebliche Tatsache betreffen oder offensichtlich untauglich sind oder wenn es aufgrund bereits abgenommener Beweise seine Überzeugung gebildet hat und ohne Willkür in vorweggenommener Beweiswürdigung annehmen kann, dass seine Überzeugung durch weitere Beweiserhebungen nicht geändert würde ( BGE 130 II 425 E. 2.1 S. 428 ; 124 I 208 E. 4a S. 211).

Art. 29 Abs. 2 BV vermittelt auch nicht zwingend das Recht, mündlich angehört zu werden. Eine mündliche Äusserungsmöglichkeit kann aber geboten sein wegen persönlicher Umstände, die sich nur aufgrund einer mündlichen Anhörung klären lassen (vgl. Gerold Steinmann, in: Kommentar BV, 2. Auflage 2008, Rz. 25 zu Art. 29 Abs. 2 BV ) bzw. wenn sich eine solche Anhörung für den zu fällenden Entscheid als unerlässlich erweist ( BGE 122 II 464 E. 4 S. 469 f.).

### **E. 3.3**

Vorliegend beruht die Auffassung der kantonalen Richter über die eheliche Situation der Beschwerdeführerin einzig auf der Aktenlage, wie sie sich in den Jahren 2007/anfangs 2008 dargestellt hat. Es erscheint unter diesen Umständen willkürlich und mit einem fairen Verfahren ( Art. 29 BV ) unvereinbar, wenn das Verwaltungsgericht im angefochtenen Urteil den Schluss zieht, aus den von der Beschwerdeführerin angebotenen diversen neuen Beweismitteln sei "kein zusätzlicher Erkenntnisgewinn" zu erwarten. Mit der Beschwerdeführerin ist darin übereinzustimmen, dass es bei der Beurteilung, ob hinreichende Indizien eines Rechtsmissbrauches gegeben waren, auf die Verhältnisse im Zeitpunkt des verwaltungsgerichtlichen Entscheides ankam: Das Bundesgerichtsgesetz schreibt den Kantonen vor, dass die richterliche Vorinstanz des Bundesgerichts oder ein vorgängig zuständiges Gericht den Sachverhalt frei prüft und das Recht von Amtes wegen anwendet ( Art. 110 BGG ). Daraus folgt, dass der Sachverhalt im gerichtlichen Verfahren zu erstellen ist, weshalb diesem Gericht auch neue Tatsachen und Beweismittel unterbreitet

werden können ( BGE 135 II 369 E. 3.3 S. 374). Vorliegend kann nicht ohne weitere Abklärungen ausgeschlossen werden, dass die Eheleute ihre Schwierigkeiten nach der eingegangenen Fremdbeziehung des Ehemannes überwunden und wieder zueinander gefunden haben. Diesbezüglich hätte sich - wie beantragt - eine Anhörung des Ehemannes aufgedrängt, gegebenenfalls hätten auch die inzwischen getrennt von diesem lebende und wieder verheiratete Z.\_\_\_\_\_ oder Personen aus dem geschäftlichen bzw. privaten Umfeld zusätzliche Angaben zur Situation des Ehepaars machen können. Eine polizeiliche Überprüfung der Verhältnisse wäre dabei nicht ausgeschlossen gewesen. Jedenfalls reicht die heute vorhandene Indizienlage nicht aus, um der Beschwerdeführerin vorzuwerfen, sie halte seit dem Jahre 2004 in rechtsmissbräuchlicher Weise an einer bloss noch formell bestehenden Ehe fest, um sich das weitere Anwesenheitsrecht in der Schweiz zu sichern. Das Verwaltungsgericht hat den Sachverhalt offensichtlich ungenügend bzw. unvollständig festgestellt und die Gehörsrüge erweist sich als begründet, was - soweit darauf einzutreten ist (vgl. E. 1.3.) - zur Gutheissung der Beschwerde und zur Aufhebung des angefochtenen Urteils führt.

#### **E. 4**

Heisst das Bundesgericht die Beschwerde gut, so entscheidet es in der Sache selbst oder weist diese zu neuer Beurteilung an die Vorinstanz zurück. Es kann die Sache auch an die Behörde zurückweisen, die als erste Instanz entschieden hat ( Art. 107 Abs. 2 BGG ). Vorliegend erscheint es angezeigt, die Sache an das Verwaltungsgericht des Kantons Zürich zurückzuweisen, damit dieses den Sachverhalt unter Einhaltung der wesentlichen Verfahrensbestimmungen feststellt. Über die Verlegung der Kosten im kantonalen Verfahren wird das Verwaltungsgericht ebenfalls neu zu entscheiden haben.

#### **E. 5**

Bei diesem Ausgang des Verfahrens sind keine Gerichtskosten zu erheben ( Art. 66 Abs. 4 BGG ). Hingegen hat der Kanton Zürich die Beschwerdeführerin für das bundesgerichtliche Verfahren angemessen zu entschädigen ( Art. 68 BGG ). Damit wird das gestellte Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege und Verbeiständung gegenstandslos.

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