

# **BGer 2C\_378/2023 vom 13. Februar 2024**

Bundesgericht, 2024-02-13, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger\\_2C\\_378\\_2023](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_2C_378_2023)

FR: TF 2C\_378/2023 du 13 février 2024

IT: TF 2C\_378/2023 del 13 febbraio 2024

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Das Bundesgericht prüft die Eintretensvoraussetzungen von Amtes wegen und mit freier Kognition ( Art. 29 Abs. 1 BGG ; BGE 149 II 66 E. 1.3).

Auf dem Gebiet des Ausländerrechts ist die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten ausgeschlossen gegen Entscheide, welche Bewilligungen betreffen, auf die weder das Bundesrecht noch das Völkerrecht einen Anspruch einräumen ( Art. 83 lit. c Ziff. 2 BGG ). Der Beschwerdeführer macht in vertretbarer Weise geltend, gestützt auf die (frühere) Ehe mit einer Schweizer Staatsangehörigen in Anwendung von Art. 50 Abs. 1 AIG über einen (potenziellen) Bewilligungsanspruch zu verfügen. Die sich daran knüpfenden materiell-rechtlichen Fragen sind in einem Sachurteil und nicht als Eintretensvoraussetzungen zu behandeln ( Art. 82 ff. BGG ; BGE 147 I 268 E. 1.2.7 ; 139 I 330 E. 1).

Da auch die weiteren Sachurteilsvoraussetzungen (Art. 42, 82 lit. a, 86 Abs. 1 lit. d und Abs. 2, 89 Abs. 1, 90 und Art. 100 Abs. 1 BGG ) erfüllt sind, ist auf die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten einzutreten. Kein Raum bleibt bei dieser Ausgangslage für die hilfsweise erhobene subsidiäre Verfassungsbeschwerde ( Art. 113 BGG ). Auf diese ist nicht einzutreten.

### **E. 2.1**

Das Bundesgericht wendet das Recht von Amtes wegen an ( Art. 106 Abs. 1 BGG ), wobei es - unter Berücksichtigung der allgemeinen Rüge- und Begründungspflicht ( Art. 42 Abs. 2 BGG ) - grundsätzlich nur die geltend gemachten Vorbringen prüft, sofern allfällige weitere rechtliche Mängel nicht geradezu offensichtlich sind (vgl. BGE 142 I 135 E. 1.5; 133 II 249 E. 1.4.1). Der Verletzung von Grundrechten und kantonalem Recht geht das Bundesgericht nur nach, falls eine solche Rüge in der Beschwerde vorgebracht und ausreichend begründet worden ist ( Art. 106 Abs. 2 BGG ; vgl. BGE 143 II 283 E. 1.2.2 ; 139 I 229 E. 2.2). Diese qualifizierte Rüge- und Begründungsobliegenheit nach Art. 106 Abs. 2 BGG verlangt, dass in der Beschwerde klar und detailliert anhand der Erwägungen des angefochtenen Entscheids dargelegt wird, inwiefern verfassungsmässige Rechte verletzt worden sein sollen (vgl. BGE 143 I 1 E. 1.4; 133 II 249 E. 1.4.2).

### **E. 2.2**

Seinem Urteil legt das Bundesgericht den Sachverhalt zugrunde, den die Vorinstanz festgestellt hat ( Art. 105 Abs. 1 BGG ). Der festgestellte Sachverhalt kann nur erfolgreich gerügt sowie berichtigt oder ergänzt werden, wenn er offensichtlich unrichtig ist oder auf einer Rechtsverletzung im Sinne von Art. 95 BGG beruht und die Behebung des Mangels für den Ausgang des Verfahrens entscheidend sein kann ( Art. 97 Abs. 1 BGG ; Art. 105 Abs. 2 BGG ; vgl. BGE 142 I 135 E. 1.6; 140 III 16 E. 1.3.1). Offensichtlich unrichtig

heisst willkürlich ( Art. 9 BV ; BGE 141 IV 317 E. 5.4 mit Hinweisen). Rügt die beschwerdeführende Partei eine offensichtlich unrichtige Sachverhaltsfeststellung, haben ihre Vorbringen ebenfalls den Anforderungen von Art. 106 Abs. 2 BGG zu genügen (vgl. BGE 139 I 72 E. 9.2.3.6; 133 II 249 E. 1.4.3).

### **E. 3**

Der Beschwerdeführer rügt eine Verletzung des rechtlichen Gehörs ( Art. 29 Abs. 2 BV ), weil seine frühere Ehegattin im kantonalen Verfahren nicht persönlich angehört wurde, und die kantonalen Instanzen in antizipierter Beweiswürdigung auf die Anhörung der Geschwister der Ex-Ehegattin verzichteten.

#### **E. 3.1**

Das rechtliche Gehör ( Art. 29 Abs. 2 BV ) verlangt, dass die Behörde die Vorbringen des vom Entscheid in seiner Rechtsstellung Betroffenen auch tatsächlich hört, prüft und in der Entscheidungsfindung berücksichtigt ( BGE 143 III 65 E. 5.2; Urteil 2C\_55/2023 vom 3. August 2023 E. 4.2).

Dem Anspruch auf rechtliches Gehör lässt sich keine allgemeine Pflicht der Behörde zur Abnahme aller angebotenen Beweise und zur Würdigung sämtlicher Argumente entnehmen. Das Gericht kann namentlich auf die Abnahme von Beweisen verzichten, wenn es aufgrund bereits abgenommener Beweise seine Überzeugung gebildet hat und ohne Willkür annehmen kann, diese werde durch weitere Beweiserhebungen nicht geändert ("antizipierte Beweiswürdigung"; BGE 145 I 167 E. 4.1 ; 140 I 285 E. 6.3.1; Urteile 2C\_113/2023 vom 27. September 2023 E. 3.4; 2C\_994/2022 vom 22. Juni 2023 E. 3.1).

#### **E. 3.2**

Nachdem die Stellungnahme der früheren Ehegattin im erstinstanzlichen Verfahren zu knapp ausgefallen und ein Antrag des Beschwerdeführers auf persönliche Befragung abgewiesen worden war, wurde sie im Verfahren vor der Sicherheitsdirektion mittels schriftlichem Fragebogen befragt. Die frühere Ehegattin beantwortete die an sie gerichteten Fragen zu verschiedenen Aspekten der ehelichen Beziehung mit Stellungnahme vom 8. Juli 2021, wobei sie zu den insgesamt dreizehn Fragen relativ detaillierte Angaben machte. Der Beschwerdeführer seinerseits erhielt bereits vor der Sicherheitsdirektion Gelegenheit, zu den Angaben seiner Ex-Ehegattin Stellung zu nehmen, was er in der Folge auch tat (Stellungnahme im Verfahren vor der SID vom 10. September 2021). Die Sicherheitsdirektion erachtete den erstinstanzlichen Verfahrensfehler damit als geheilt, wobei sie ihn im Kostenpunkt berücksichtigte. Die Vorinstanz ihrerseits schützte dieses Vorgehen und den Entscheid der Sicherheitsdirektion.

#### **E. 3.3**

Der Beschwerdeführer vermag nicht aufzuzeigen, inwiefern das Verwaltungsgericht durch dieses Vorgehen seine Gehörsrechte verletzt hätte. Zu Recht erwägt die Vorinstanz, die Sicherheitsdirektion verfüge über volle Kognition und habe den Verfahrensfehler - der zwar nicht mehr leicht wiege, aber auch nicht so schwerwiegend sei, dass eine Heilung ausgeschlossen wäre - heilen dürfen (vgl. das angefochtene Urteil E. 2.5; dazu auch BGE 142 II 218 E. 2.8.1 mit zahlreichen Hinweisen) und sei ihrer Untersuchungspflicht genügend nachgekommen. Auch wenn eine mündliche Befragung grundsätzlich möglich gewesen wäre, durfte das Verwaltungsgericht auf die schriftlich eingeholten Auskünfte der Sicherheitsdirektion abstellen und auf eine Befragung der Ex-Ehegattin verzichten, zumal

es sich nicht um Fragen handelte, welche nur im direkten Kontakt hätten geklärt werden können. Insofern der Beschwerdeführer geltend macht, die Bewertung von Indizien in Bezug auf das Vorhandensein des Ehwillens sei persönlichkeitsbezogen und könne nur durch die betroffene Person erfolgen, verkennt er, dass gerade dies mit der schriftlichen Stellungnahme geschehen ist: die Ex-Ehegattin nennt in ihrer Stellungnahme den Seitensprung und die Wohnsituation, und äusserst sich auch dazu, was diese - aus ihrer Sicht - für die Beziehung der Eheleute bedeuteten.

#### **E. 3.4**

Auch durfte die Vorinstanz auf die Befragung der Geschwister der Ehegattin verzichten respektive das diesbezügliche Vorgehen der unteren kantonalen Instanz schützen. So ist nicht willkürlich, wenn die Vorinstanz davon ausgeht, dass Drittpersonen nur beschränkt Aussagen zur strittigen Frage des (Fort-) Bestehens des Ehwillens machen können. Angesichts der vorhandenen Indizien betreffend den Ehwillen durfte das Verwaltungsgericht zudem darauf abstellen, dass sich die Verhältnisse ohne Befragung der Geschwister beurteilen liessen. Auch vor Bundesgericht bringt der Beschwerdeführer nicht vor, welche entscheidenden zusätzlichen Erkenntnisse aus den Befragungen der Geschwister hätten gewonnen werden können. Nur weil er ein gutes Verhältnis zu diesen pflegt (e) ist jedenfalls noch nicht davon auszugehen, dass ihre Aussagen für die Beurteilung des Ehwillens entscheidend sein könnten. Auch der Umstand, dass es sich bei Aussagen der Geschwister möglicherweise um grundsätzlich objektiv taugliche Beweismittel handeln mag, begründet keinen Anspruch auf deren Abnahme, solange die Vorinstanz davon ausgehen durfte, dass die Befragungen die auf der Basis (zahlreicher) erstellter Sachverhaltselemente gebildete Überzeugung nicht hätten umstossen können. Das ist vorliegend der Fall.

#### **E. 3.5**

In formeller Hinsicht ist das angefochtene Urteil somit nicht zu beanstanden. Es besteht entsprechend kein Anlass, die Sache im Sinne des Eventualantrags an die Vorinstanz zurückzuweisen.

#### **E. 4**

Der Beschwerdeführer rügt eine bundesrechtswidrige Anwendung von Art. 49 i.V.m. Art. 50 Abs. 1 lit. a AIG .

##### **E. 4.1**

Gemäss Art. 42 Abs. 1 AIG haben ausländische Ehegatten von Schweizerinnen und Schweizern Anspruch auf Erteilung und Verlängerung der Aufenthaltsbewilligung, wenn sie mit diesen zusammenwohnen. Das Erfordernis des Zusammenwohnens besteht nicht, wenn für getrennte Wohnorte wichtige Gründe geltend gemacht werden und die Familiengemeinschaft weiter besteht ( Art. 49 AIG ). Gemäss Art. 50 Abs. 1 lit. a AIG besteht nach Auflösung der Ehe der Anspruch des Ehegatten auf Erteilung der Aufenthaltsbewilligung nach Art. 42 und 43 AIG weiter, wenn die Ehegemeinschaft mindestens drei Jahre bestanden hat und eine erfolgreiche Integration besteht. Die beiden Voraussetzungen müssen kumulativ erfüllt sein ( BGE 140 II 289 E. 3.8).

Für die Anrechnung der dreijährigen Frist gemäss Art. 50 Abs. 1 lit. a AIG ist auf die in der Schweiz gelebte Ehegemeinschaft abzustellen ( BGE 140 II 345 E. 4.1; 140 II 289 E. 3.5.1; 136 II 113 E. 3.3). Abzuklären ist, ob die eheliche Gemeinschaft rückblickend drei Jahre

Bestand gehabt hat ( BGE 136 II 113 E. 3.2; Urteil 2C\_318/2023 vom 2. August 2023 E. 3.1). Eine (relevante) Ehegemeinschaft liegt vor, solange die eheliche Beziehung tatsächlich gelebt wird und ein gegenseitiger Ehewille besteht. Dabei ist im Wesentlichen auf die Dauer der nach aussen wahrnehmbaren ehelichen Wohngemeinschaft abzustellen. Nicht relevant ist demgegenüber, bis zu welchem Zeitpunkt die Ehe nach Beendigung des ehelichen Zusammenlebens formell noch weiter bestanden hat ( BGE 138 II 229 E. 2; 137 II 345 E. 3.1.2; 136 II 113 E. 3.2; Urteile 2C\_144/2023 vom 6. November 2023 E. 5.2; 2C\_318/2023 vom 2. August 2023 E. 3.1; 2C\_250/2022 vom 11. Juli 2023 E. 5.1). Die zeitliche Grenze von drei Jahren gilt absolut ( BGE 137 II 345 E. 3.1.3; Urteil 2C\_3/2023 vom 5. Juni 2023 E. 4.2).

Bei der Frage, ob eine Ehegemeinschaft besteht bzw. gewollt ist, handelt es sich um eine Sachverhaltsfrage (vgl. BGE 128 II 145 E. 2.3 mit Hinweisen; Urteile 2C\_144/2023 vom 6. November 2023 E. 4.3; 2C\_250/2022 vom 11. Juli 2023 E. 5.1), die nur unter dem beschränkten Gesichtswinkel der Willkür zu prüfen ist (vgl. vorne E. 2.2).

#### **E. 4.2**

Die Eheleute heirateten am 20. November 2015 und waren in der Folge in der Gemeinde U.\_\_\_\_\_ im Kanton Bern angemeldet. Im Januar 2018 meldete sich das Paar gemeinsam in der Gemeinde V.\_\_\_\_\_ an, bevor sie sich im Juli 2018 erneut und wiederum gemeinsam in U.\_\_\_\_\_ anmeldeten. Im Juni 2019 verliess der Beschwerdeführer die gemeinsame Wohnung. Am 8. Juli 2019 unterzeichneten die Eheleute den gemeinsamen Scheidungsantrag, wobei sie festhielten, den gemeinsamen Haushalt aufheben zu wollen, sobald der Beschwerdeführer eine eigene Wohnung für sich gefunden habe. Am 15. Juli 2019 bezog der Beschwerdeführer eine eigene Wohnung in der Gemeinde U.\_\_\_\_\_.

Die nach aussen wahrnehmbare Wohngemeinschaft der Eheleute bestand nach dem Gesagten länger als drei Jahre. Fraglich ist jedoch, ob die Dauer der Wohngemeinschaft vollumfänglich als eheliches Zusammenleben zu berücksichtigen gewesen wäre, oder ob die Vorinstanz zu Recht festgestellt hat, dass der Ehewille der früheren Ehegattin bereits vor dem Auszug des Beschwerdeführers (und vor dem Erreichen einer dreijährigen Ehedauer) erloschen ist und die Ehe trotz des gemeinsamen (formellen) Wohnsitzes nicht mehr gelebt wurde. Das angefochtene Urteil geht dabei mit den unteren kantonalen Instanzen davon aus, dass der Ehewille (wenigstens der früheren Ehegattin) bereits Anfang 2017 weggefallen ist.

#### **E. 4.3**

Soweit überhaupt rechtsgenügend gerügt (vorne E. 2.2), gelingt es dem Beschwerdeführer nicht, eine offensichtlich unrichtige respektive willkürliche Feststellung des Sachverhalts der Vorinstanz in Bezug auf das (Fort-) Bestehen des Ehewillens aufzuzeigen:

##### **E. 4.3.1**

Zunächst ist nicht zu beanstanden, dass die Vorinstanz diesbezüglich - unter anderem - auf Indizien (so namentlich den Seitensprung; die Geburt der ausserehelichen Tochter; die Angaben des Vertreters des Beschwerdeführers im Vaterschaftsprozess) abstützt. Der Beschwerdeführer selber anerkennt, dass es sich beim Ehewillen um eine innere Tatsache handelt, für die kaum ein direkter Nachweis erbracht werden kann. Entgegen den Beschwerdevorbringen ging die Vorinstanz in ihrem Urteil zudem im Zusammenhang mit der Schwangerschaft der Ex-Ehegattin des Beschwerdeführers nicht von einer

"Parallelbeziehung" aus; vielmehr anerkannte sie, dass es sich bloss um einen kurzen Kontakt gehandelt hatte. Dass sie die Schwangerschaft und die Geburt des ausserehelichen Kindes trotzdem als (eines von mehreren) Indizien für die belastete Beziehung mitberücksichtigte, ist unter Willkür Gesichtspunkten nicht zu beanstanden.

#### **E. 4.3.2**

Inhaltlich ist sodann ohne Weiteres nachvollziehbar, dass die Vorinstanz den verschiedenen Stellungnahmen im Vaterschaftsverfahren betreffend die 2017 ausserehelich geborene Tochter der Ex-Ehegattin grosses Gewicht beimass. Tatsächlich hielt der Rechtsanwalt des Beschwerdeführers in der Vaterschaftsklage im Januar 2018 selber fest, dass die Eheleute bereits seit März 2017 getrennt lebten; in einer ergänzenden Eingabe im September 2018 brachte er zudem (gestützt auf eine Bestätigung des Untervermieters) vor, der Beschwerdeführer wohne bei einem Freund in Zürich und suche eine eigene Wohnung. Zudem gab er während des Vaterschaftsverfahrens als Adresse durchgehend Illnau (im Kanton Zürich) an. Schliesslich gab auch die Ehefrau gegenüber der Beiständin ihrer Tochter im Verfahren betreffend Vaterschaftsanfechtung an, dass sich der Beschwerdeführer im Monat der Zeugung der Tochter im Januar 2017 nur etwa einen Tag im gemeinsamen Haushalt mit ihr aufgehalten habe, und dass er die übrige Zeit in der Region Zürich gewesen sei, wo er seiner Erwerbstätigkeit nachgehe. Es ist nicht willkürlich, dass die Vorinstanz alle diese Aussagen (zu verschiedenen Zeitpunkten während des ungefähr zehn Monate dauernden Vaterschaftsverfahrens) als Indizien für ein Erlöschen des Ehemillens bereits in der Periode zwischen März 2017 und September 2018 wertete. Insbesondere muss sich der Beschwerdeführer seine Angaben im zivilrechtlichen Verfahren entgegenhalten lassen, und kann er sich zum jetzigen Zeitpunkt nicht (sinngemäss) darauf berufen, diese seien falsch und nur mit Blick auf das dortige Prozessergebnis vorgebracht worden.

#### **E. 4.3.3**

Auch die weiteren von der Vorinstanz aufgeführten Indizien sind unter Willkür Gesichtspunkten nicht zu beanstanden. So hat sie insbesondere die Aussagen der Stellungnahme der Ex-Ehegattin von September 2021 eingehend und differenziert gewürdigt. Es erscheint nicht willkürlich, dass sie namentlich die von der früheren Ehegattin erläuterte Entfremdung in Folge der berufsbedingten Abwesenheit des Beschwerdeführers ab Herbst 2016, die zusätzliche negative Auswirkung der Schwangerschaft auf die eheliche Beziehung, welche die Ex-Ehegattin als letztlich wohl ausschlaggebend für die Trennung bewertete, oder den Umstand, dass es aus Perspektive der früheren Ehegattin auch nicht zu einer ernst-/dauerhaften Wiederannäherung gekommen ist, nachdem der Beschwerdeführer ab März 2019 nicht mehr in Zürich sondern in Bern arbeitete, als Indizien für den Wegfall des Ehemillens (wenigstens) der früheren Ehegattin wertete. Sodann durfte die Vorinstanz angesichts der differenzierten, sachlichen und respektvollen Aussagen der Ex-Ehegattin Zweifel an deren Glaubhaftigkeit verneinen. Schliesslich hat die Vorinstanz dem Beschwerdeführer vor diesem Hintergrund zu Recht entgegengehalten, es wäre an ihm gewesen, anhand geeigneter Beweismittel (Textnachrichten; plausible Darlegung allfälliger Anstrengungen, die ehelichen Probleme zu überwinden; etc.) darzulegen, dass eine über (eingeschränkte) freundschaftliche Kontakte hinausgehende eheliche Gemeinschaft auch später noch bestand; es ist nicht zu beanstanden, dass sie diesbezüglich auf seine Mitwirkungspflicht verwies ( Art. 90 AIG ; vgl. unter vielen das Urteil 2C\_924/2021 vom 16. März 2022 E. 4.4 mit Hinweisen).

#### **E. 4.3.4**

Schliesslich vermögen auch die beiden gemeinsamen (formellen) Ummeldungen im Jahr 2018 die vorinstanzliche Beweiswürdigung gestützt auf zahlreiche und vielfältige Indizien (vgl. vorne E. 4.3.1-4.3.3) nicht als willkürlich erscheinen zu lassen. Dasselbe gilt für die behauptete "Aufhebung der räumlichen Trennung" nachdem der Beschwerdeführer im März 2019 eine Anstellung im Kanton Bern angenommen hat, zumal er nur kurze Zeit nach seiner Rückkehr und der angeblichen Aufhebung der räumlichen Trennung (endgültig) von der gemeinsamen Meldeadresse wegzog.

#### **E. 4.4**

Nach dem Gesagten durfte die Vorinstanz im angefochtenen Urteil willkürfrei schliessen, die eheliche Gemeinschaft sei in Folge des Wegfalls des Ehewillens (wenigstens) der Ex-Ehegattin des Beschwerdeführers bereits im Frühjahr 2017 faktisch aufgehoben worden. Vor diesem Hintergrund kann der Beschwerdeführer auch aus Art. 49 AIG nichts zu seinen Gunsten ableiten: diese Bestimmung setzt eine

weiterhin bestehende Familiengemeinschaft und damit auch einen weiterhin bestehenden (beidseitigen) Ehewillen voraus.

Somit hat die Vorinstanz die erste Voraussetzung von Art. 50 Abs. 1 lit. a AIG zu Recht verneint. Da die Voraussetzungen von Art. 50 Abs. 1 lit. a AIG kumulativ erfüllt sein müssen, hat das Verwaltungsgericht auch kein Bundesrecht verletzt, wenn es nicht mehr geprüft hat, ob die Integrationskriterien nach Art. 58a AIG erfüllt sind. Schliesslich hält sich der Beschwerdeführer seit weniger als 10 Jahren in der Schweiz auf und kann sich nicht auf eine besonders erfolgreiche Integration berufen, weshalb er auch keinen Aufenthaltsanspruch aus dem Recht auf Achtung des Privatlebens gemäss Art. 8 Ziff. 1 EMRK ableiten kann (vgl. BGE 149 I 207 E. 5.3 ; 149 I 66 E. 4.3 ; 144 I 266 E. 3.9). Etwas Gegenteiliges macht er auch nicht geltend.

Nach dem Gesagten besteht schliesslich auch kein Anlass für die eventualiter beantragte Rückweisung.

#### **E. 5.1**

Die Beschwerde erweist sich somit als unbegründet und ist abzuweisen.

#### **E. 5.2**

Das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege und -verbeiständung ist aufgrund der Aussichtslosigkeit der Begehren ungeachtet der Frage der prozessualen Bedürftigkeit abzuweisen ( Art. 64 Abs. 1 BGG ). Die Gerichtskosten sind dem unterliegenden Beschwerdeführer aufzuerlegen ( Art. 66 Abs. 1 BGG ). Es ist keine Parteientschädigung geschuldet ( Art. 68 Abs. 3 BGG ).

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