

BGer 2C_491/2022 vom 17. November 2022

Bundesgericht, 2022-11-17, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_2C_491_2022

FR: TF 2C_491/2022 du 17 novembre 2022

IT: TF 2C_491/2022 del 17 novembre 2022

Erwägungen

E. 1.1

A. _____ ist mit dem Schweizer Staatsbürger tunesischer Abstammung C. _____ verheiratet. Sie hat potentiell sowohl einen gesetzlichen (Art. 42 Abs. 1 AIG [SR 142.20]) als auch einen verfassungs- (Art. 13 BV) und konventionsmässigen (Art. 8 Ziff. 1 EMRK) Anspruch darauf, bei diesem und ihren Schweizer Kindern verbleiben zu können (vgl. das Urteil 2C_1170/2012 vom 24. Mai 2013 E. 1.1). Ob sie den Anspruch rechtsmissbräuchlich geltend macht (vgl. Art. 51 Abs. 1 lit. a AIG) - und insbesondere, ob eine Ausländerrechts- bzw. Umgehungsehe (Scheinehe) vorliegt -, bildet eine Frage der materiellen Beurteilung und nicht des Eintretens (vgl. BGE 139 I 330 E. 1.1 ; 137 I 284 E. 1.3; Urteile 2C_855/2020 vom 6. April 2021 E. 1.1; 2C_723/2020 vom 3. Dezember 2020 E. 1.1; 2C_782/2018 vom 21. Januar 2019 E. 1.1). Die form- und fristgerecht eingereichte Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten gegen den kantonal letztinstanzlichen Endentscheid (Art. 90 BGG) ist daher zulässig (vgl. Art. 82 i.V.m. Art. 83 lit. c Ziff. 2 [e contrario], Art. 86 Abs. 1 lit. d und Art. 89 BGG); dementsprechend ist umgekehrt auf die (sicherheitshalber erhobene) subsidiäre Verfassungsbeschwerde nicht einzutreten (vgl. Art. 113 BGG).

E. 1.2.1

In formeller Hinsicht gilt im Übrigen: Soweit die Beschwerdeführerin die Aufhebung der Entscheide des Migrationsamts bzw. der Sicherheitsdirektion beantragt, sind ihre Anträge unzulässig. Die entsprechenden Entscheide wurden durch das angefochtene Urteil ersetzt (Devolutiveffekt); sie gelten als mitangefochten und können im bundesgerichtlichen Verfahren nicht in eigenständiger Weise infrage gestellt werden, da die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten nur gegen Entscheide der in Art. 86 Abs. 1 BGG genannten Vorinstanzen offensteht (BGE 134 II 142 E. 1.4: Urteil 2C_730/2021 vom 19. Mai 2022 E. 1.3).

E. 1.2.2

Neue Tatsachen und Beweismittel dürfen vor Bundesgericht nur soweit vorgebracht werden, als erst der Entscheid der Vorinstanz dazu Anlass gibt (Art. 99 Abs. 1 BGG). Das Vorbringen von Tatsachen, die sich erst nach dem angefochtenen Entscheid ereignet haben oder entstanden sind (echte Noven), ist unzulässig (BGE 143 V 19 E. 1.2 mit Hinweisen; Urteil 2C_906/2021 vom 1. Juni 2022 E. 2.4). Da die Vorinstanz in ihrem Entscheid vom 16. März 2022 davon ausgegangen ist, dass die Beschwerdeführerin keinen DNA-Test bezüglich des - damals noch ungeborenen - Sohnes E. _____ eingereicht habe, weshalb der Ehegatte der Beschwerdeführerin nicht dessen Vater sein dürfte, ist der im vorliegenden Verfahren eingereichte (gegenteilige) DNA-Test, der nach der Geburt vorgenommen wurde, hier zu berücksichtigen.

E. 1.3.1

In Bezug auf die Verletzung von verfassungsmässigen Rechten - und insbesondere von Art. 9 BV (Willkür) - gilt eine qualifizierte Rüge- und Begründungspflicht (Art. 106 Abs. 2 BGG ; BGE 147 I 73 E. 2.1 mit Hinweisen). Das Bundesgericht ist an die sachverhaltlichen Feststellungen im angefochtenen Entscheid gebunden (Art. 105 Abs. 1 BGG), solange diese nicht offensichtlich unrichtig sind (Art. 97 Abs. 1 und Art. 105 Abs. 2 BGG). "Offensichtlich unrichtig" bedeutet "willkürlich" (BGE 147 I 73 E. 2.2; 143 IV 241 E. 2.3.1; 140 III 115 E. 2). Inwiefern die vorinstanzliche Beweiswürdigung und die Sachverhaltsfeststellung klarerweise unhaltbar sein sollen, muss detailliert aufgezeigt werden (Art. 106 Abs. 2 BGG ; BGE 147 I 73 E. 2.2; 144 V 50 E. 4.2 mit Hinweisen).

E. 1.3.2

Die Beschwerdeführerin macht geltend, die Vorinstanz habe die verschiedenen Indizien willkürlich festgestellt und gewürdigt bzw. ihren Anspruch auf rechtliches Gehör verletzt, da sie zu ihren Ungunsten auf Jahre zurück liegende Einvernahmeprotokolle abgestellt habe. Ob und allenfalls inwiefern auf die entsprechenden, teilweise appellatorisch gehaltenen Ausführungen in der Beschwerdeschrift (Wiederholung der Ausführungen aus dem kantonalen Verfahren) einzugehen ist, kann dahin gestellt bleiben; die freie Prüfung der Rechtsfrage , ob die festgestellten Tatsachen (Indizien) hinreichend konkret darauf schliessen lassen, dass die Berufung auf die Ehe rechtsmissbräuchlich erfolgt bzw. sie die Umgehung ausländerrechtlicher Vorschriften bezweckt (vgl. BGE 128 II 145 E. 2.3; Urteile 2C_437/2021 vom 18. August 2021 E. 3.2.2 und 2C_400/2011 vom 2. Dezember 2011 E. 3.5 i.V.m. E. 3.1 3. Abschnitt), ergibt - wie zu zeigen sein wird (vgl. nachstehende E. 3) -, dass dies entgegen der Ansicht der Vorinstanz nicht der Fall ist.

E. 2.1

Für die Annahme, es liege eine Ausländerrechtsehe vor bzw. der Bewilligungsanspruch werde rechtsmissbräuchlich geltend gemacht, bedarf es konkreter Hinweise dafür, dass die Ehegatten nicht eine eigentliche Lebensgemeinschaft zu führen beabsichtigen, sondern die Beziehung

nur aus aufenthaltsrechtlichen Überlegungen eingehen (vgl. BGE 127 II 49 E. 5a mit Hinweisen). Ob im massgeblichen Zeitpunkt zumindest seitens eines Ehepartners die Absicht bestand, keine Ehe führen zu wollen, entzieht sich in der Regel dem direkten Beweis und ist oft nur über Indizien festzustellen (BGE 127 II 49 E. 5a). Solche Hinweise können äussere Gegebenheiten, aber auch innere, psychische Vorgänge (Wille der Ehegatten) betreffen; der Rechtsmissbrauch muss

offensichtlich sein (Urteil 2C_400/2011 vom 2. Dezember 2011 E. 3.1 3. Abschnitt "manifeste").

E. 2.2

Entsprechende Indizien lassen sich nach der Rechtsprechung unter anderem darin erblicken, dass der ausländischen Person die Wegweisung droht, weil sie ohne Heirat keine Aufenthaltsbewilligung erhalte bzw. eine Bewilligung ohne Ehe nicht oder kaum erhältlich gemacht werden könnte. Für das Vorliegen einer Ausländerrechtsehe können sodann die Umstände des Kennenlernens und die kurze Dauer der Bekanntschaft sprechen. Dasselbe gilt bei Vorliegen eines grossen Altersunterschieds oder wenn die Eheleute gar nie eine Wohngemeinschaft aufgenommen haben bzw. aufgrund unterschiedlicher Kulturkreise

Schwierigkeiten bei der Kommunikation haben oder einer von ihnen eine Parallelbeziehung lebt. Als weitere Hinweise für eine Umgehungshehe sprechen die Vereinbarung einer Bezahlung für die Heirat sowie allgemein widersprüchliche Angaben über die Lebensgeschichte des Partners oder der Partnerin, über die Heirat oder das Eheleben und eine fehlende Eingliederung in den jeweiligen (erweiterten) Familienverband des anderen (vgl. die Urteile 2C_889/2021 vom 24. Februar 2022 E. 4.1.2; 2C_855/2020 vom 6. April 2021 E. 4.3; 2C_782/2018 vom 21. Januar 2019 E. 3.2.2 und 2C_400/2011 vom 2. Dezember 2011 E. 3.1 2. Abschnitt [mit weiteren Hinweisen] und 2C_125/2011 vom 31. August 2011 E. 3.4).

E. 2.3

Eine Ausländerrechtsehe liegt umgekehrt nicht bereits dann vor, wenn auch ausländerrechtliche Motive für den Eheschluss entscheidend waren. Erforderlich ist, dass der Wille zur Führung der Lebensgemeinschaft im Sinne einer auf Dauer angelegten wirtschaftlichen, körperlichen und spirituellen Verbindung zumindest bei einem der Ehepartner fehlt (vgl. BGE 121 II 97 E. 3b mit Hinweisen; Urteile 2C_782/2018 vom 21. Januar 2019 E. 3.2.3; 2C_177/2013 vom 6. Juni 2013 E. 3.4 und 2C_125/2011 vom 31. August 2011 E. 3.4 sowie 3.5). Verlangt ist eine Realbeziehung, die minimale Kenntnisse über wesentliche Lebensumstände des Partners bzw. der Partnerin und ein gewisses solidarisches, nicht allein auf Gleichgültigkeit beruhendes Verhalten voraussetzt (Urteile 2C_782/2018 vom 21. Januar 2019 E. 3.2.3; 2C_804/2013 vom 3. April 2014 E. 3 und 2C_808/2013 vom 18. Februar 2014 E. 3.2).

E. 2.4

Lässt die Indizienlage keinen klaren und unzweideutigen Schluss zu, ist das Vorliegen einer Scheinehe nicht erstellt. In diesem Fall ist dem ausländischen Ehegatten trotz allenfalls bestehender Zweifel die Aufenthaltsbewilligung zu erteilen auf das Risiko hin, dass sich die Ehe aufgrund des späteren Verhaltens der Beteiligten (z.B. fehlendes eheliches Zusammenleben) in Verbindung mit den bereits heute bekannten, in diese Richtung deutenden Indizien als Umgehungshehe erweist und die Aufenthaltsbewilligung gestützt auf die dazumaligen Erkenntnisse widerrufen werden muss bzw. nicht mehr verlängert werden kann (vgl. die Urteile 2C_782/2018 vom 21. Januar 2019 E. 3.2.5; 2C_75/2013 vom 29. August 2013 E. 3.4 mit weiteren Hinweisen; konkreter Anwendungsfall zu dieser Praxis: Urteil 2C_400/2011 vom 2. Dezember 2011 E. 3.1 i.V.m. E. 3.5).

E. 3.1

Mit der Vorinstanz ist im vorliegenden Fall davon auszugehen, dass für die mögliche Umgehungshehe die Umstände sprechen, dass die Beschwerdeführerin bereits einmal in der Schweiz eine Scheinehe eingegangen ist und sie einen DNA-Test bezüglich der Vaterschaft von D. _____ in Aussicht gestellt, in der Folge aber nie eingereicht hat, wobei ihre nachgeschobene Begründung, dass das Erfordernis eines entsprechenden Tests unzulässig gewesen sei, nicht überzeugt (vgl. Art. 33 des Bundesgesetzes vom 8. Oktober 2004 über genetische Untersuchungen beim Menschen [GUMG; SR 810.12] ; Urteil 2C_296/2019 vom 31. Juli 2019 E. 4.3.2 mit Hinweisen). Auch bemühten sich die Eheleute nach dem Urteil des Bundesgerichts vom 12. November 2019 um einen möglichst raschen Eheschluss, um den Vollzug der Wegweisung zu verhindern, ohne dass sie die Behörden im Wegweisungsverfahren über ihre seit 2018 vorbestehende Beziehung und die geplante Heirat informiert hätten. Die Beschwerdeführerin und ihr Gatte haben - trotz der

entsprechenden Möglichkeit - vor dem Eheschluss auch nicht zusammengelebt, es besteht zudem ein relativ grosser Altersunterschied zwischen ihnen (15 Jahre) und sie stammen überdies aus unterschiedlichen Sprach- und Kulturkreisen. Die standesamtliche Trauung hat in - so die Vorinstanz - "atypisch schlichtem Rahmen ohne Feier und ohne Gäste" und ohne die vorehelichen Kinder des Gatten stattgefunden.

E. 3.2

Gesamthaft lassen die verschiedenen Indizien - auch wenn die Beweiswürdigung der Vorinstanz nicht als willkürlich gelten kann - den Rückschluss auf eine Umgehungshehe als frei zu prüfende Rechtsfrage im konkreten Fall nicht zu; es besteht keine hinreichend klare und eindeutige Indizienlage (vgl. vorstehende E. 2.4; Urteil 2C_400/2011 vom 2. Dezember 2011 E. 3.1 3. Abschnitt i.V.m. E. 3.5) :

E. 3.2.1

Die Eheleute haben - wie sich aus den Akten ergibt - ihre seit 2018 bis zur Heirat bestehende Beziehung mit Fotodokumenten und WhatsApp-Meldungen (glaubwürdig) belegt. Bei der Kontrolle durch die Polizei konnten sie beide in der gemeinsamen Wohnung angetroffen werden. Gestützt auf ihre Einvernahmen vom 20. Februar 2020 und die eingereichten Beweismittel (Fotodokumentation, Video, WhatsApp-Chat usw.), ergibt sich, dass sie und ihr Gatte tatsächlich seit rund vier Jahren zusammen sind und seit zweieinhalb Jahren auch zusammenwohnen, den Alltag teilen, sich gemeinsam um die Kinder kümmern und enge Beziehungen zwischen den vorehelichen Kindern des Gatten und der Beschwerdeführerin gelebt werden, nachdem sich diese jedes zweite Wochenende bei ihrem Vater und ihrer Stiefmutter aufhalten. Die Eheleute haben nach der hiesigen Ziviltrauung ihre Heirat gemeinsam mit den Kindern des Gatten und dessen Familie im Juli 2020 in Tunesien gefeiert. Sie kennen die jeweiligen Familienmitglieder des anderen und treffen diese auch regelmässig. Sie verbringen die Freizeit gemeinsam und fahren zusammen in die Ferien. Sie haben Termine beim Gynäkologen und der Hebamme zusammen wahrgenommen und stimmen ihre Arbeitszeiten beim gemeinsamen Arbeitgeber, wo sie sich kennen gelernt haben, aufeinander ab.

E. 3.2.2

Bei ihrer Einvernahme haben die Eheleute weitgehend (mit untergeordneten Abweichungen) übereinstimmende Aussagen gemacht bezüglich des Kennenlernens, der Örtlichkeiten der jeweiligen Treffen, zu den Gründen des fehlenden vorehelichen Geschlechtsverkehrs und des Zusammenlebens erst nach der Heirat (religiöse Gründe), zur religiösen Ausrichtung des Partners, zum Heiratsantrag, zum Verlobungsring, zum Abend vor der Einvernahme, zu ihren Geburtstagen und den jeweiligen Geschenken sowie zu den Sprachkenntnissen des Partners bzw. der Partnerin. Trotz des unterschiedlichen kulturellen Hintergrunds bestehen keine Hinweise darauf, dass die Eheleute sich nicht (auf Deutsch) verständigen könnten und diesbezüglich unüberwindbare kulturelle Differenzen bestünden. Dass gewisse Umstände nach hiesigen Werten den kantonalen Behörden allenfalls als schwer "nachvollziehbar" erscheinen oder dem "säkulären Umfeld" widersprechen und allenfalls bloss "freundschaftliche Beziehungen" unter den Eheleuten zu belegen vermöchten, genügt unter diesen Umständen nicht, um annehmen zu können, dass offensichtlich keine Ehe gewollt ist und gelebt wird.

E. 3.2.3

Grundlage für den Familiennachzug bildet praxisgemäss nicht notwendigerweise das Vorliegen bzw. der Beweis einer Liebesheirat, sondern der Bestand einer "Realbeziehung", wovon hier aufgrund der nicht eindeutigen Indizien derzeit auszugehen ist, sollte keine Liebesheirat vorgelegen und die Beziehung sich auch nicht inzwischen nachträglich zu einer affektiven, sexuellen, seelisch-geistigen und wirtschaftlichen Gemeinschaft entwickelt haben (vgl. zum "amor superveniens": Urteile 2C_1008/2015 vom 20. Juni 2016 E. 4.5; 2C_731/2015 vom 19. Februar 2016 E. 2.1; 2C_883/2015 vom 5. Februar 2016 E. 3.4; 2C_1033/2014 vom 29. April 2015 E. 3.2.3; 2A.66/2007 vom 12. Juni 2007 E. 3.7; BGE 121 II 1 E. 2d).

E. 3.2.4

Soweit die kantonalen Behörden auf Widersprüche hinweisen, hat die Beschwerdeführerin hierfür nachvollziehbare Gründe geliefert: Gemäss dem Zivilstandsamt hat sie den Vornamen des Gatten mit etwas, das wie "Jaguar" getönt hat, angegeben, der Vorname des Gatten lautet "Jaouhar", was phonetisch gleich bzw. ähnlich tönt. Bei der falschen Angabe seines Geburtsjahrs hat sie die letzten zwei Ziffern vertauscht. Was den Sohn D. _____ betrifft (fehlende DNA-Analyse), nimmt der Gatte der Beschwerdeführerin zumindest die Rolle des sozialen Vaters wahr, was die kantonalen Behörden nicht bestreiten. Unumstrittenermassen ist er aufgrund des DNA-Tests der biologische Vater des zweiten Sohns E. _____. Da damit ernsthafte Zweifel daran bestehen, dass die Beschwerdeführerin und ihr Gatte eine Umgehungsheirat eingegangen sind, was - wie dargelegt (vgl. vorstehende E. 2.4) - zu ihren Gunsten sprechen muss, ist der Gattin die beantragte Bewilligung zu erteilen. Sie ist allenfalls - sollten sich die Indizien erhärten - später zu widerrufen oder nicht mehr zu verlängern (vgl. das Urteil 2C_400/2011 vom 2. Dezember 2011 E. 3.1 3. Abschnitt i.V.m. E. 3.5).

E. 4.1

Die Beschwerde ist demnach gutzuheissen und das Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich vom 16. März 2022 aufzuheben; das Migrationsamt ist anzuweisen, der Beschwerdeführerin die beantragte Bewilligung im Familiennachzug zu erteilen.

E. 4.2

Dem Verfahrensausgang entsprechend sind keine Kosten zu erheben (Art. 66 Abs. 4 BGG). Der Kanton Zürich hat die Rechtsvertreterin der Beschwerdeführerin angemessen zu entschädigen. Zur Regelung der Kosten- und Entschädigungsfrage für die kantonalen Verfahren ist die Sache an die Vorinstanz zurückzuweisen (Art. 67 i.V.m. Art. 107 Abs. 2 BGG).

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