

# **ZH\_VERWALTUNGSGERICHT VB.2005.00113 vom 11. Dezember 2002**

ZH Verwaltungsgericht, 2002-12-11, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_verwaltungsgericht\\_\\_VB.2005.00113](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_verwaltungsgericht__VB.2005.00113)

FR: ZH\_VERWALTUNGSGERICHT VB.2005.00113 du 11 décembre 2002

IT: ZH\_VERWALTUNGSGERICHT VB.2005.00113 del 11 dicembre 2002

## **Regeste**

Aufenthaltsbewilligung | Art. 8 EMRK/Vorläufige Aufnahme Der Beschwerdeführer bestreitet die ihm vorgeworfene rechtsmissbräuchliche Berufung auf seine inzwischen geschiedene Ehe mit einer CH-Bürgerin nicht, sondern macht stattdessen einen Anspruch auf Verlängerung seiner Aufenthaltsbewilligung gestützt auf Art. 8 EMRK durch seine beiden aus erster Ehe stammenden und in der Schweiz lebenden Kinder geltend, welche im Rahmen der Humanitären Aktion 2000 vorläufig aufgenommen worden sind. Eine vorläufige Aufnahme begründet jedoch kein gefestigtes Anwesenheitsrecht im Sinn der Rechtsprechung zu Art. 8 EMRK, weshalb der Beschwerdeführer daraus keine Ansprüche für sich ableiten kann. Im Übrigen fehlt es an einer sowohl wirtschaftlich als auch emotional besonders engen Beziehung zu seinen Kindern und einem tadellosen Verhalten in der Schweiz, welches Voraussetzung für einen Anspruch des nicht sorgeberechtigten Elternteils aus Art. 8 EMRK ist. Abweisung, soweit darauf eingetreten werden kann.

## **Erwägungen**

### **E. 2**

Der Anspruch ausländischer Ehegatten von Schweizern Bürgern auf Erteilung und Verlängerung der Aufenthaltsbewilligung nach Art. 7 Abs. 1 ANAG hängt – anders als der aus Art. 8 EMRK folgende Anspruch – im Allgemeinen nicht davon ab, ob die Ehe intakt ist und tatsächlich gelebt wird. Nach Art. 7 Abs. 2 ANAG besteht allerdings dann kein Anspruch, wenn die Ehe eingegangen worden ist, um die Vorschriften über Aufenthalt und Niederlassung von Ausländern zu umgehen. Erfasst wird davon insbesondere die so genannte Scheinehe. Auch wenn die Ehe nicht bloss zum Schein eingegangen worden ist, braucht ausländischen Staatsangehörigen, die nicht mehr mit ihrem schweizerischen Ehegatten zusammenleben, der Aufenthalt nicht auf jeden Fall weiterhin gestattet zu werden. Zu prüfen bleibt bei Vorliegen entsprechender Anhaltspunkte, ob sich die Berufung auf die Ehe nicht als rechtsmissbräuchlich erweist (vgl. BGE 128 II 145 E. 2.1; BGE 127 II 49 E. 4a und 5a mit weiteren Hinweisen). Die Vorinstanz hat die Rechtsprechung zum Rechtsmissbrauch zutreffend wiedergegeben, weshalb darauf verwiesen werden kann (§ 28 Abs. 1 in Verbindung mit § 70 VRG).

### **E. 3.1**

Der Regierungsrat ist zum Schluss gekommen, dass sich der Beschwerdeführer rechtsmissbräuchlich auf seine zum massgebenden Zeitpunkt nur noch formell bestehende Ehe mit F berufen habe, weshalb ihm kein Anspruch nach Art. 7 Abs. 1 ANAG auf Verlängerung der Aufenthaltsbewilligung zustehe. Der Beschwerdeführer hat den Vorwurf des Rechtsmissbrauchs in seiner Beschwerde nicht bestritten; die entsprechende rechtliche

Würdigung der Vorinstanz ist aufgrund der konkreten Umstände auch nicht zu beanstanden. Stattdessen macht er einen Anspruch auf Verlängerung seiner Aufenthaltsbewilligung gestützt auf Art. 8 EMRK durch seine beiden Kinder geltend. Diese verfügten durch ihre im Rahmen der "Humanitären Aktion 2000" erteilten Bewilligung F (vorläufige Aufnahme) über ein zumindest faktisch gefestigtes Aufenthaltsrecht, weil die Aufhebung einer solchen Bewilligung im Unterschied zu einer vorläufigen Aufnahme aus medizinischen Gründen oder wegen einer konkreten Gefährdung nach Art. 14a Abs. 4 ANAG praktisch ausgeschlossen sei und die betreffende Bewilligung keiner regelmässigen Überprüfung unterzogen werde, sondern so lange fort dauere, bis sie durch eine Aufenthalts- oder Niederlassungsbewilligung oder Einbürgerung abgelöst werde. Ein Grund für eine Aufhebung der vorläufigen Aufnahme sei nicht in Sicht, vielmehr stehe die Einbürgerung der Kinder kurz bevor. Er pflege zu ihnen eine enge Beziehung, wobei er das Besuchsrecht jeden Sonntag und in den Ferien ausübe.

### **E. 3.2**

Gemäss Art. 14a Abs. 1 und Abs. 4 bis ANAG verfügt das Bundesamt für Flüchtlinge die vorläufige Aufnahme von ausländischen Personen, wenn der Vollzug von deren Weg- oder Ausweisung nicht möglich, nicht zulässig oder nicht zumutbar ist oder zu einer schwerwiegenden persönlichen Notlage führt. Eine solche Verfügung kann auch gestützt auf eine Kollektivregelung des Bundesrats ergehen, wie es im Rahmen der "Humanitären Aktion 2000" vom 1. März 2000 geschehen ist. Diese Aktion bezweckte eine vorläufige Aufnahme von ausländischen Staatsangehörigen, welche bis Ende 1992 in der Schweiz ein Asylgesuch gestellt hatten und sich seither hier aufhielten, weil die Gesuche im Verfahren oder im Vollzug hängig waren. Um den Betroffenen die Ungewissheit über ihre weitere Zukunft nicht länger zuzumuten, wurde eine grosszügige Aufenthaltsregelung getroffen, sofern diese Personen nicht straffällig geworden waren, sich nicht dissozial verhalten hatten, willens und in der Lage waren, sich in der Schweiz zu integrieren, während des Aufenthalts in der Schweiz nie untergetaucht waren und die lange Aufenthaltsdauer durch mangelnde Mitwirkung nicht selbst provoziert hatten (vgl. Marc Spescha/Peter Sträuli, *Ausländerrecht*, 2. A., Zürich 2004, S. 93 f.; Kreisschreiben des Bundesamts für Flüchtlinge über die Behandlung aller bis zum 31. Dezember 1992 eingereichten Asylgesuche, die entweder im Verfahren oder im Vollzug hängig sind [humanitäre Aktion 2000] vom 14. März 2000, [www.ejpd.admin.ch](http://www.ejpd.admin.ch)).

### **E. 3.3**

Auf den Schutz des Familienlebens nach Art. 8 Abs. 1 EMRK kann sich der um eine Erteilung oder Verlängerung der Aufenthaltsbewilligung ersuchende Ausländer berufen, der eine familiäre Beziehung zu in der Schweiz lebenden nahen Verwandten mit einem gefestigten Anwesenheitsrecht unterhält, sofern diese Beziehung tatsächlich gelebt wird und intakt ist. Familiäre Beziehungen, die gemäss Art. 8 EMRK einen Anspruch auf eine fremdenpolizeiliche Bewilligung verschaffen können, sind vor allem solche zwischen den Ehegatten sowie jene zwischen den Eltern und ihren minderjährigen Kindern. Demgegenüber geniessen die Beziehungen über 18 Jahre alter Erwachsener zu ihren Eltern oder anderen Erwachsenen grundsätzlich keinen Schutz von Art. 8 EMRK. Geht es um die Beziehung zu Personen, die nicht der Kernfamilie zuzurechnen sind, setzt eine schützenswerte Beziehung voraus, dass der um eine Bewilligung ersuchende Ausländer vom hier Anwesenheitsberechtigten abhängig ist (BGE 122 II 385 E. 1c; BGE 120 Ib 257 E. 1).

### **E. 3.3.1**

Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts verfügen grundsätzlich nur jene Personen über ein gefestigtes Anwesenheitsrecht, welche das Schweizer Bürgerrecht oder eine Niederlassungsbewilligung besitzen. Eine blosser Aufenthaltsbewilligung vermag dann ein solches Recht zu begründen, wenn sie ihrerseits auf einem festen Rechtsanspruch beruht (BGE 126 II 335 E. 2a). Nicht anspruchsbegründend sind insbesondere Kurzaufenthalts- und Jahresaufenthaltsbewilligungen, auf deren Erteilung kein Anspruch besteht, sowie die humanitären Bewilligungen gemäss Art. 13 lit. f BVO. Auch der nach Art. 14a ff. ANAG vorläufig aufgenommene Ausländer verfügt nicht über ein gefestigtes Anwesenheitsrecht, das ihm unter Berufung auf Art. 8 EMRK erlauben würde, seine Familie nachzuziehen. Dem liegt die Idee zugrunde, dass niemand mehr Rechte übertragen kann, als ihm selbst zustehen, weshalb ein ausländischer Staatsangehöriger, der selber keinen Anspruch auf längere Anwesenheit in der Schweiz hat, einen solchen grundsätzlich auch keinem Dritten zu verschaffen vermag (vgl. BGE 126 II 335 E. 2b/aa und E. 3c/dd; BGE 119 Ib 91 E. 1). Dies entspricht konstanter Rechtsprechung des Bundesgerichts, welches sich mit der in der Lehre verbreiteten Kritik am Erfordernis des gefestigten Aufenthaltsrechts ausführlich auseinandergesetzt und diese verworfen hat (vgl. BGE 126 II 377 E. 2b; BGE 130 II 281 E. 3.1; BGr, 14. November 2001, 2A.318/2001, E. 2c/aa, [www.bger.ch](http://www.bger.ch)). Es sind zum heutigen Zeitpunkt keine Gründe ersichtlich, weshalb davon abgewichen werden müsste. Auch besteht kein Anlass, die im Rahmen der "Humanitären Aktion 2000" gewährte vorläufige Aufnahme mit Blick auf Art. 8 EMRK anders zu behandeln als jene, welche gestützt auf Art. 14a Abs. 1 ANAG aufgrund eines unmöglichen, unzulässigen oder unzumutbaren Vollzugs der Wegweisung erfolgt. Entgegen der Ansicht des Beschwerdeführers verhält es sich insbesondere nicht so, dass die betreffende Aufnahme nicht überprüft wird und praktisch nicht mehr aufgehoben werden könnte. Vielmehr handelt es sich bei der vorläufigen Aufnahme um einen provisorischen Status, der beim Wegfall des Grundes, aus dem die Aufnahme angeordnet wurde, wieder aufgehoben werden kann (Art. 14b Abs. 2 und 2bis ANAG). Dies gilt grundsätzlich auch für eine durch die "Humanitäre Aktion 2000" erfasste vorläufige Aufnahme, auch wenn dort insofern Einschränkungen angebracht sind, als die Aufhebung nur beim nachträglichen Auftreten von Ausschlussgründen – deren Fehlen Voraussetzung für den Einbezug in die Aktion war – möglich ist, also wenn sich die ausländische Person zum Beispiel kriminell oder dissozial verhält. Dies allein rechtfertigt es jedoch nicht, aus einer solchen vorläufigen Aufnahme geradezu ein Anwesenheitsrecht mit festem Rechtsanspruch im Sinn von Art. 8 EMRK, vergleichbar etwa mit einer auf einem festen Anspruch beruhenden Aufenthaltsbewilligung, abzuleiten.

### **E. 3.3.2**

Selbst wenn von einem gefestigten Anwesenheitsrecht auszugehen wäre, würde Art. 8 EMRK dem Beschwerdeführer trotzdem keinen Anspruch auf Verlängerung der Aufenthaltsbewilligung verschaffen. Es gilt nämlich zu beachten, dass es vorliegend nicht um die Vereinigung einer Gesamtfamilie, sondern lediglich um die Erleichterung der Ausübung des Besuchsrechts eines nicht sorgeberechtigten Vaters zu seinen Kindern geht. In der Regel kann sich im Hinblick auf eine Bewilligungserteilung nur derjenige auf Art. 8 EMRK berufen, der mit der in der Schweiz anwesenheitsberechtigten Person zusammenlebt. Die Rechtsprechung macht zwar eine Ausnahme für den Fall, dass die Beziehung eines Kindes zu einem Elternteil im Rahmen eines Besuchsrechts gepflegt wird;

dabei ist aber zu berücksichtigen, dass eine derartige Beziehung bloss eingeschränkt gelebt und ein Besuchsrecht grundsätzlich auch vom Ausland ausgeübt werden kann. Das Bundesgericht hat daraus in ausländerrechtlicher Hinsicht die Konsequenz gezogen, dass ein Anspruch aus Art. 8 EMRK für den nicht sorgeberechtigten Ausländer nur dann besteht, wenn die Beziehung zum in der Schweiz ansässigen Kind in wirtschaftlicher und affektiver Hinsicht besonders eng ist, diese Beziehung wegen der Distanz zum Heimatland des Ausländers praktisch nicht aufrechterhalten werden könnte und dessen bisheriges Verhalten in der Schweiz zu keinerlei Klagen Anlass gegeben hat bzw. tadellos erscheint (BGr, 18. März 2004, 2A.154/2004, E. 2.4; BGr, 4. Dezember 2001, 2A.519/2001, E. 2d, [www.bger.ch](http://www.bger.ch)). Der Beschwerdeführer hat jedoch nicht genügend substantiiert dargelegt oder nachgewiesen, inwieweit eine sowohl wirtschaftlich als auch emotional besonders enge Beziehung zu seinen Kindern besteht. Aus dem Scheidungsurteil geht nur hervor, dass er vorbehältlich einer anderen Einigung mit der Kindsmutter das Recht hat, die Kinder am ersten Sonntag jedes Monats und in den Ferien zu sich auf Besuch zu nehmen. Die ins Recht gelegten "Zeugenbestätigungen" lassen keine Rückschlüsse auf die Art und Intensität der betreffenden Beziehung zu. Ob angesichts des eigenen Angaben zufolge "leicht angeschlagenen Leumunds" – aktenkundig sind unter anderem Verurteilungen wegen Diebstahls, Strassenverkehrsdelikten sowie Verstössen gegen das ANAG – von tadellosem Verhalten gesprochen werden kann, ist ohnehin fraglich.

#### **E. 3.4**

Nach dem Gesagten besteht nach Art. 8 EMRK durch seine Kinder kein Anspruch des Beschwerdeführers auf Verlängerung seiner Aufenthaltsbewilligung. Die daneben angeführte Beziehung zu seinen in der Schweiz niedergelassenen Geschwistern begründet ebenfalls keinen entsprechenden Anspruch, weil diese volljährig sind, nicht zur eigentlichen Kernfamilie gehören und kein besonderes Abhängigkeitsverhältnis ersichtlich ist. Weil auch weder der in der Beschwerde angerufene Art. 36 BVO noch der eventualiter geltend gemachte Art. 13 lit. f BVO einen Rechtsanspruch auf Erteilung oder Verlängerung der Aufenthaltsbewilligung zu vermitteln vermögen, bleibt dem Verwaltungsgericht eine Überprüfung der Angemessenheit bzw. Verhältnismässigkeit der Bewilligungsverweigerung versagt und kann insofern auf die Beschwerde nicht eingetreten werden (vgl. BGE 122 II 186 E. 1a; BGE 130 II 281 E. 2.2). Daran vermag auch die Berufung auf das Willkürverbot gemäss Art. 9 der Bundesverfassung vom 18. April 1999 nichts zu ändern, da sich auch daraus kein Anspruch auf Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung ableiten lässt (BGE 126 II 377 E. 4).

#### **E. 3.5**

Die weiteren Argumente des Beschwerdeführers führen ebenfalls nicht zu einer anderen Beurteilung. So macht er zwar eine Verletzung von Art. 3 Abs. 1 und Art. 9 Abs. 1 der UNO-Kinderrechtskonvention (KRK) geltend, indem seine Wegweisung dem Kindeswohl widerspreche. Laut Bundesgericht lassen sich der Konvention in Bezug auf die Erteilung von fremdenpolizeilichen Bewilligungen jedoch keine gerichtlich durchsetzbaren Ansprüche entnehmen (BGE 126 II 377 E. 5d). Schliesslich wird sinngemäss vorgebracht, die Vorinstanz habe das in Art. 9 Abs. 2 sowie Art. 12 KRK verankerte Anhörungsrecht der Kinder missachtet. Gemäss Art. 12 KRK haben Kinder, die zur eigenen Meinungsbildung befähigt sind, das Recht, in den sie berührenden Gerichts- oder Verwaltungsverfahren angehört zu werden. Diese Bestimmung bezweckt, dass über Kinder nicht wie über Objekte verfügt wird. Allerdings ist ein Kind im fremdenpolizeilichen Verfahren nicht zwingend

persönlich, sondern lediglich in angemessener Weise anzuhören. Die Anhörung kann je nach der zu behandelnden Problematik und den Umständen des Einzelfalles auch schriftlich oder über einen Vertreter vorgenommen werden (Art. 12 Abs. 2 KRK; BGE 124 II 361 E. 3c, mit Hinweisen). Abgesehen davon, dass in der Rekurschrift keine persönliche Anhörung beantragt war, kann davon ausgegangen werden, dass der Wille der Kinder vorliegend über deren Vater bzw. dessen Vertreter Eingang in das vorinstanzliche Verfahren gefunden hat (vgl. BGr, 11. Dezember 2002, 2A.456/2002, E. 3.6, [www.bger.ch](http://www.bger.ch)). Im Übrigen steht lediglich die Wegweisung des nicht sorgeberechtigten Elternteils in Frage, weshalb die Interessen der in der Schweiz lebenden Kinder nur insoweit berührt sind, als ihre Kontakte zum Vater im Rahmen der Besuchsrechtsregelung erschwert werden. Die Anforderungen von Art. 12 KRK müssen demnach als erfüllt gelten. Demzufolge ist die Beschwerde abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist.

#### **E. 4**

Bei diesem Verfahrensausgang sind die Kosten dem unterliegenden Beschwerdeführer aufzuerlegen (§ 70 in Verbindung mit § 13 Abs. 2 Satz 1 VRG) und steht diesem keine Parteientschädigung zu (§ 17 Abs. 2 VRG). Demgemäss entscheidet die Kammer :

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