

# ZH\_VERWALTUNGSGERICHT VB.2019.00596 vom 19. Februar 2020

ZH Verwaltungsgericht, 2020-02-19, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_verwaltungsgericht\\_\\_VB.2019.00596](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_verwaltungsgericht__VB.2019.00596)

FR: ZH\_VERWALTUNGSGERICHT VB.2019.00596 du 19 février 2020

IT: ZH\_VERWALTUNGSGERICHT VB.2019.00596 del 19 febbraio 2020

## Regeste

Aufenthaltsbewilligung EU/EFTA (Widerruf) | Widerruf der Aufenthaltsbewilligung EU/EFTA wegen Verdachts auf Scheinehe sowie wegen Nichterfüllen der Voraussetzungen des nahehelichen Aufenthalts [Der Beschwerdeführer aus Bosnien Herzegowina heiratete mit 18 Jahren eine slowenische Staatsangehörige. Beide reisten kurz darauf in die Schweiz und arbeiteten hier beim Onkel des Beschwerdeführers. Rund 2,5 Jahre später gebar sie das Kind eines anderen Mannes und zog wenige Monate später aus der gemeinsamen Wohnung aus.] Der Beschwerdeführer kann sich spätestens seit der definitiven Trennung von seiner aus Slowenien stammenden Ehefrau nicht mehr auf einen Anwesenheitsanspruch gestützt auf Art. 7 lit. d und e FZA in Verbindung mit Art. 3 Abs. 1 und Abs. 2 lit. a Anhang I FZA berufen. Der naheheliche Aufenthalt ist im FZA nicht geregelt. In Nachachtung des Diskriminierungsverbots von Art. 2 FZA und des Günstigkeitsprinzips von Art. 2 Abs. 2 AIG ist aber zu prüfen, ob der Aufenthaltsanspruch des Beschwerdeführers auch entfallen wäre, wenn er Ehegatte einer Schweizerin gewesen wäre (E. 2.2). Die Scheinehe ist nicht ausreichend nachgewiesen (E. 3). Bejahung der Voraussetzungen des nahehelichen Aufenthaltsanspruchs (E. 4). Gutheissung der Beschwerde.

## Erwägungen

### E. 2

lit. a Anhang I FZA haben Ehegatten von EU-Staatsangehörigen mit Aufenthaltsrecht in der Schweiz ungeachtet der eigenen Staatsangehörigkeit das Recht, bei diesen Wohnung zu nehmen und eine Erwerbstätigkeit auszuüben. Dieses abgeleitete Aufenthaltsrecht knüpft an den formellen Bestand der Ehe an und darf grundsätzlich nicht vom Erfordernis des Zusammenlebens abhängig gemacht werden, sofern nicht rechtsmissbräuchlich zur blossen Aufenthaltssicherung an einer nur noch formell bestehenden Ehe festgehalten wird (vgl. BGE 130 II 113 E. 8 f.; BGE 139 II 393 E. 2.1; EuGH, 13. Februar 1985, Rs. 267/83, Diatta, Slg. 1985, 567 ff., N. 18 ff.).

### E. 2.1

Gemäss Art. 2 Abs. 2 des Ausländer- und Integrationsgesetzes vom 16. Dezember 2005 (AIG, in der bis Ende 2018 geltenden Fassung) gilt dieses Gesetz für Staatsangehörige eines Mitgliedstaates der Europäischen Gemeinschaft (heute Europäische Union [EU]) nur so weit, als das Freizügigkeitsabkommen vom 21. Juni 019 (FZA) keine abweichenden Bestimmungen enthält oder das Ausländer- und Integrationsgesetz günstigere Bestimmungen vorsieht. Gestützt auf Art. 7 lit. d und e FZA in Verbindung mit Art. 3 Abs. 1 und

### E. 2.2

Der Beschwerdeführer kann sich spätestens seit der definitiven Trennung von seiner aus Slowenien stammenden Ehefrau im März 2017 nicht mehr auf einen Anwesenheitsanspruch gestützt auf Art. 7 lit. d und e FZA in Verbindung mit Art. 3 Abs. 1 und Abs. 2 lit. a Anhang I FZA berufen (BGr, 29. November 2017, E. 3; VGr, 18. April 2018, VB.2018.00035, E. 2.2). Der naheheliche Aufenthalt ist im FZA nicht geregelt. In Nachachtung des Diskriminierungsverbots von Art. 2 FZA und des Günstigkeitsprinzips von Art. 2 Abs. 2 AIG ist aber zu prüfen, ob der Aufenthaltsanspruch des Beschwerdeführers auch entfallen wäre, wenn er Ehegatte einer Schweizerin gewesen wäre (BGE 144 II 1, E. 4.7; BGr, 29. Oktober 2018, 2C\_369/2018, E. 2.2, auch zum Folgenden). Indessen ist der Anwendungsbereich von Art. 2 FZA in jedem Fall abhängig von einem Aufenthaltsanspruch des EU-angehörigen Ex-Gatten; hat dieser kein Anwesenheitsrecht in der Schweiz mehr, entfällt logischerweise auch das Diskriminierungsverbot für die Regelung seiner familiären Beziehungen. Angesichts dessen, dass die vom Beschwerdeführer getrenntlebende Ehefrau slowenischer Staatsangehörigkeit derzeit über eine EU/EFTA-Aufenthaltsbewilligung verfügt, ist nachfolgend zu prüfen, ob dem Beschwerdeführer ein Anspruch auf Verlängerung seiner Aufenthaltsbewilligung gestützt auf Art. 50 AIG zusteht.

### **E. 3.1**

Der ausländische Ehegatte einer Schweizer Bürgerin hat Anspruch auf Erteilung und Verlängerung der Aufenthaltsbewilligung, wenn dieser mit ihr zusammenwohnt (Art. 42 Abs. 1 AIG). Nach Auflösung der Ehegemeinschaft besteht gemäss Art. 50 Abs. 1 lit. a AIG ein entsprechender Bewilligungsanspruch weiter, wenn die in der Schweiz gelebte Ehegemeinschaft mindestens drei Jahre bestanden hat und kumulativ eine erfolgreiche Integration besteht. Die Ansprüche aus Art. 42 und 50 AIG erlöschen unter anderem, wenn sie rechtsmissbräuchlich geltend gemacht werden, namentlich um Vorschriften des Ausländer- und Integrationsgesetzes und dessen Ausführungsbestimmungen über die Zulassung und den Aufenthalt zu umgehen (Art. 51 Abs. 1 lit. a AIG). Rechtsmissbräuchlich ist insbesondere, wenn die Ehe nur zur Aufenthaltssicherung eingegangen oder aufrechterhalten wird. Hierbei reicht es aus, wenn zumindest einer der Ehegatten nicht eine eigentliche Lebensgemeinschaft führen will, sondern die Ehe ausschliesslich aus zuwanderungsrechtlichen Überlegungen eingegangen ist oder fortsetzt (vgl. BGE 127 II 49 E. 5a; BGr, 2. Dezember 2011, 2C\_400/2011, E. 3.1).

### **E. 3.2**

Es ist nachfolgend zu prüfen, ob die Ehe nur zur Aufenthaltssicherung eingegangen wurde, da der naheheliche Aufenthaltsanspruch diesfalls zufolge Rechtsmissbrauchs erloschen wäre.

#### **E. 3.2.1**

Das Vorliegen einer Scheinehe oder einer nur aus ausländerrechtlichen Motiven aufrechterhaltenen Ehe entzieht sich in der Regel einem direkten Beweis, weil es sich dabei um innere Vorgänge handelt, die der Behörde nicht bekannt oder schwierig zu beweisen sind. Sie sind daher oft nur durch Indizien zu erstellen (vgl. BGE 135 II 1, E. 4.2; BGr, 17. August 2018, 2C\_169/2018, E. 2.3). Dabei liegt in der Natur des Indizienbeweises, dass mehrere Indizien, welche für sich allein noch nicht den Schluss auf das Vorliegen einer bestimmten Tatsache erlauben, in ihrer Gesamtheit die erforderliche Überzeugung vermitteln können. Als Indizien für die Annahme einer Scheinehe gelten namentlich das

Vorliegen eines erheblichen Altersunterschieds zwischen den Ehegatten sowie die Umstände des Kennenlernens und der Beziehung, wie beispielsweise eine Heirat nach einer nur kurzen Bekanntschaft sowie geringe Kenntnisse über den Ehegatten. Auch der Umstand, dass der Ehegatte ohne Heirat keine Aufenthaltsbewilligung hätte erlangen können, kann zumindest zusammen mit weiteren Indizien auf eine Scheinehe hinweisen (BGr, 17. September 2015, 2C\_770/2015, E. 2.2.1). Weiter können widersprüchliche Aussagen der Beteiligten deren Glaubhaftigkeit herabsetzen und eine Ausländerrechtsehe nahelegen (vgl. BGr, 16. Juli 2010, 2C\_205/2010, E. 3.2).

### **E. 3.2.2**

Ein starkes Indiz für eine Scheinehe bilden aussereheliche Intimkontakte, zumindest wenn diese über vereinzelte Seitensprünge hinausgehen und eine die eheliche Gemeinschaft konkurrenzierende Parallelbeziehung nahelegen (vgl. BGr, 20. Juli 2016, 2C\_1115/2015, E. 5.2; BGr, 24. Mai 2016, 2C\_706/2015, E. 3.2, diesbezüglich auch publiziert in BGE 142 II 265 und in Pr 106 [2017] Nr. 10). Verfestigen sich die Seitensprünge zu einer echten Beziehung, erscheint die Berufung auf einen ehelichen Aufenthaltsanspruch selbst dann rechtsmissbräuchlich, wenn das Eheleben im Sinn einer Dreiecksbeziehung bzw. "Ménage-à-trois" parallel dazu fortgesetzt wird (vgl. VGr, 22. März 2017, VB.2016.00790, E. 2.4; VGr, 10. Juli 2013, VB.2013.00007, E. 2.8; vgl. auch BGr, 18. Februar 2014, 2C\_808/2013, E. 3.4; BGr, 3. April 2014, 2C\_804/2013, E. 4).

### **E. 3.2.3**

Zwar obliegt der Beweis für eine rechtsmissbräuchlich geschlossene oder aufrechterhaltene (Schein-)Ehe grundsätzlich der Behörde. Weisen die Indizien indessen mit grosser Wahrscheinlichkeit auf eine Scheinehe bzw. eine die Ehe konkurrenzierende Parallelbeziehung hin, obliegt der Gegenbeweis dem betroffenen Ausländer (VGr, 21. Februar 2017, VB.2017.00009, E. 4.1.4; VGr, 22. Januar 2014, VB.2013.00586, E. 3.2). Gemäss Art. 90 AIG und § 7 Abs. 2 VRG sind der gesuchstellende Ausländer und verfahrensbeteiligte Dritte zudem verpflichtet, bei der Erstellung des bewilligungswesentlichen Sachverhalts mitzuwirken.

### **E. 3.3.1**

Die Vorinstanz ist zum Schluss gekommen, es handle sich bei der Ehe des Beschwerdeführers und D um eine Schein- bzw. Ausländerrechtsehe, weshalb die Berufung auf Art. 50 AIG von vornherein ausgeschlossen sei. Gemäss den vorinstanzlichen Erwägungen deuten vorliegend insbesondere folgende Indizien auf eine Scheinehe hin: Als volljähriger Staatsangehöriger von Bosnien und Herzegowina habe der Beschwerdeführer mangels beruflicher Qualifikation nur durch Heirat mit einer hier anwesenheitsberechtigten Frau in den Genuss einer Aufenthaltsbewilligung gelangen können. Diesem Indiz komme zwar eine eher geringe Beweiskraft zu. Gleiches gelte auch für den Altersunterschied von acht Jahren, was in so jungen Jahren eher ungewöhnlich sei. Ein gewichtigeres Indiz stelle die Beziehung zwischen D und F dar, aus welcher am 7. November 2016 das Kind E geboren wurde. Ferner deute auch der Umstand auf eine Scheinehe hin, dass D und F gestützt auf einen Arbeitsvertrag mit der G AG der Aufenthalt in der Schweiz ermöglicht worden sei. Es sei anzunehmen, dass diese Arbeitsverhältnisse als Gegenleistung für das Eingehen der Ehe mit dem Beschwerdeführer eingegangen worden seien.

### **E. 3.3.2**

Der Beschwerdeführer lernte D im Dezember 2012 in einer Bar in H, Bosnien und Herzegowina, kennen. Rund zehn Monate später heirateten sie. Im Zeitpunkt der Hochzeit war der Beschwerdeführer 18 und D 26 Jahre alt. Mit der Vorinstanz ist davon auszugehen, dass der Altersunterschied von acht Jahren vorliegend aussergewöhnlich ist, da der Beschwerdeführer bei Heiratsschluss erst wenige Monate volljährig war und es im eher patriarchalisch geprägten Kulturkreis der Ehegatten keineswegs üblich ist, dass die Ehefrau wesentlich älter als ihr Ehemann ist. Wie die Vorinstanz zu Recht erwog, stellt dieser Altersunterschied von acht Jahren allgemein jedoch ein nicht besonders gewichtiges Indiz dar.

### **E. 3.3.3**

Der Vater sowie der Onkel des Beschwerdeführers leben in der Schweiz. Da dem Onkel ein Reinigungsunternehmen, die G AG, gehört, durfte dem Beschwerdeführer bewusst sein, dass ihm sein Onkel in der Schweiz eine Anstellung verschaffen kann. Ohne Heirat mit einer in der Schweiz aufenthaltsberechtigten Person hätte der Beschwerdeführer mangels EU/EFTA Staatsangehörigkeit jedoch trotz Anstellung in der Schweiz keine Aufenthaltsbewilligung erhalten. Nur durch die Heirat mit einer in der Schweiz aufenthaltsberechtigten Person hatte er Anspruch auf eine Aufenthaltsbewilligung. Als EU/EFTA-Staatsangehörige hat D bei Ausübung einer Erwerbstätigkeit in der Schweiz Anspruch auf eine Aufenthaltsbewilligung sowie auf den Nachzug des Ehemannes, unabhängig von dessen Nationalität. Mit der Vorinstanz ist davon auszugehen, dass diese Konstellation den Eindruck erwecken lässt, dass die Eheleute sich gegenseitig zum Erlangen des Aufenthaltsrechts in der Schweiz behilflich gewesen waren; der Onkel des Beschwerdeführers verschaffte D eine Anstellung in der Schweiz, während diese im Gegenzug den Beschwerdeführer heiratete. So waren sowohl der Beschwerdeführer als auch D und F direkt nach ihrer Einreise beide bei der G AG (vormals: I AG) beschäftigt.

### **E. 3.3.4**

D zog nach ihrer Einreise am 1. November 2013 in die Wohnung an der J-Strasse 01 in K ein, wo F bereits seit dem 21. Oktober 2013 wohnte. Zwar nahm auch der Beschwerdeführer nach seiner Einreise im Februar 2014 dort Wohnsitz. Ungewöhnlich ist dabei jedoch, dass das frisch verheiratete Paar fast ein Jahr zusammen mit F dort wohnte, bis dieser am 31. Januar 2015 an die L-Strasse in M umzog. Das Indiz der Wohnverhältnisse wird jedoch dadurch relativiert, dass der Beschwerdeführer und D nach dem Ausziehen von F noch bis kurz nach der Geburt von E im Jahr 2016 in der Wohnung an der J-Strasse 02 in K zu zweit wohnten.

### **E. 3.3.5**

Mit der Vorinstanz ist davon auszugehen, dass das vorliegend gewichtigste Indiz die aussereheliche Beziehung von D mit F darstellt. Seit wann diese Liebesbeziehung besteht, ist umstritten. Die Vorinstanz geht davon aus, D und F seien bereits vor ihrer Einreise in die Schweiz ein Liebespaar gewesen, hätten in Slowenien zusammengelebt und auch während der Ehe von D mit dem Beschwerdeführer eine Beziehung geführt. Dafür spreche, dass beide in ihren Pässen die Adresse "... , N, Slowenien" verzeichnet hätten. Bei D erstaune diese Angabe auch deshalb, weil sie im Zeitpunkt der Passausstellung bereits mit dem Beschwerdeführer verheiratet gewesen sei und seinen Angaben zufolge nach der Hochzeit zusammen mit ihm in seinem Elternhaus in O gewohnt haben soll. Ferner sei sie zu diesem Zeitpunkt auch nicht mehr in Ausbildung gewesen und habe entsprechend keine

Meldeadresse in N mehr benötigt. D und F gaben hingegen übereinstimmend zu Protokoll, sich schon 20–25 Jahre über ihre befreundeten Eltern zu kennen. Ende 2015/Anfang 2016 habe es in der Ehe von D gekriselt und F habe sich von seiner Freundin getrennt. Aus dem gegenseitigen Trösten sei eine Affäre geworden. F gab mehrfach zu Protokoll, die Wohnung an der im Pass abgedruckten Adresse zusammen mit seinen Eltern bewohnt zu haben. D habe nie dort gewohnt. Sie habe die Adresse in N einzig als Postadresse für ihre dortige Schule benötigt. Dass D an der Adresse, welche in ihrem Pass abgedruckt ist, nie gelebt, sondern diese lediglich als Postadresse für ihre Schule angegeben haben soll, erscheint wenig glaubhaft. Sofern sie tatsächlich – wie vom Beschwerdeführer geltend gemacht – zu diesem Zeitpunkt in P und somit ebenfalls in Slowenien gelebt habe, ist nicht ersichtlich, weshalb sie auf eine Postadresse in N für ihre Schule angewiesen gewesen sein soll. Gründe, wie beispielsweise, dass für die Aufnahme an der Schule eine Postadresse in N vorausgesetzt wurde, wurden nicht geltend gemacht und ergeben sich auch nicht aus den Akten. Ferner wurde auch nicht belegt, dass D zu diesem Zeitpunkt in P lebte. Die Vorinstanz hat die Adresse in den beiden Pässen zu Recht als Indiz dafür gewürdigt, dass D und F bereits vor ihrer Einreise in die Schweiz zusammenwohnten und ein Paar waren. Gleichzeitig ist jedoch zu berücksichtigen, dass den Akten keine Hinweise darauf entnommen werden können, dass D und F ihre Anfang 2016 gehabte Affäre auch während der Schwangerschaft und bis zum Verlassen der ehelichen Wohnung im März 2017 fortgeführt hatten. Es kann folglich nicht davon ausgegangen werden, dass D, als sie noch mit dem Beschwerdeführer zusammenwohnte, eine echte Beziehung mit F führte.

### **E. 3.4**

Neben den soeben ausgeführten Indizien für eine Scheinehe können den Akten aber auch die folgenden Argumente dagegen entnommen werden:

#### **E. 3.4.1**

Die Befragungen des Beschwerdeführers und Ds zeigen deutlich, dass sich diese sehr gut kennen und entsprechend viel voneinander wissen. Die Antworten waren meist übereinstimmend. Auch die Tatsache, dass der Beschwerdeführer bei der Geburt von E anwesend und F nicht anwesend war, was von den drei Befragten übereinstimmend zu Protokoll gegeben wurde, spricht gegen eine bloss zur Aufenthaltssicherung eingegangene Ehe. Entgegen der Ansicht der Vorinstanz kann nicht davon ausgegangen werden, dass die zahlreichen vom Beschwerdeführer eingereichten Fotos zur Täuschung der Behörden fabriziert wurden. Viele Fotos stammen aus dem Jahr 2016, als D mit E in Erwartung war. Das migrationsrechtliche Verfahren wurde hingegen erst im Sommer 2017 aufgenommen, als die Eheleute bereits nicht mehr zusammenlebten. Das Ehepaar A/D müsste eine Vielzahl von Fotos somit schon "auf Vorrat" fabriziert haben. Auf einem der eingereichten Fotos ist zu erkennen, wie ein ca. 50-jähriger Mann E stolz in die Luft hält. Der Beschwerdeführer gab zu Protokoll, es handle sich dabei um seinen Onkel, Q, und das Foto sei im Rahmen der Beschneidung von E gemacht worden. Dass der Mann auf dem Foto Q ist, wurde auch von F bestätigt. Auch der Umstand, dass der Onkel des Beschwerdeführers bei der Beschneidung von E dabei war, spricht gegen eine bloss zur Aufenthaltssicherung eingegangene Ehe. Dementsprechend ist nicht davon auszugehen, dass diese Bilder bloss zur Täuschung der Behörden angefertigt wurden.

#### **E. 3.4.2**

Gegen eine Scheinehe und auch gegen die Tatsache, dass der Beschwerdeführer bereits vor der Geburt Kenntnis davon hatte, nicht der leibliche Vater des Kindes zu sein, spricht ferner, dass das Ehepaar direkt nach der Geburt von E in eine kinderfreundlichere Wohnung an der R-Strasse 03 in S umzog. Auch der Mietvertrag lautet sowohl auf den Beschwerdeführer als auch auf D. Wäre die Ehe nur zur Aufenthaltssicherung eingegangen, hätte das Ehepaar A/D kaum einen Umzug direkt nach der Geburt auf sich genommen.

### **E. 3.4.3**

Entgegen der Ansicht des Beschwerdeführers lässt hingegen das Ergebnis der Kontrolle der ehemaligen ehelichen Wohnung vom 18. Dezember 2017 weder auf eine gelebte Ehe noch eine Scheinehe schliessen. Dass im Schlafzimmer noch immer ein Kinderbett stand, obwohl D vor mehr als acht Monaten ausgezogen war und der Beschwerdeführer keine Betreuungsaufgaben übernahm, lässt nicht auf eine gelebte Ehe schliessen. Gleiches gilt für die Tatsache, dass der Schlafzimmerschrank halb gefüllt mit Kleidern von D war, zumal nicht ausgeschlossen werden kann, dass diese Kleider einer anderen Frau gehören.

### **E. 3.5**

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass zwar gewisse Indizien für eine Scheinehe vorhanden sind, insbesondere die Fremdbeziehung, das Zusammenleben des Ehepaars AD mit F sowie die Anstellungsverhältnisse aller Beteiligten beim Onkel des Beschwerdeführers. Indessen sprechen andere Indizien wie die übereinstimmenden Aussagen in den Befragungen, der Bezug der kinderfreundlicheren Wohnung gegen eine Scheinehe. Die Beweislage ist damit nicht eindeutig, weshalb eine Scheinehe derzeit weder klar verneint noch bejaht werden kann. Da eine Scheinehe grundsätzlich durch die Migrationsbehörde nachzuweisen ist und die derzeitige Indizienlage es nicht rechtfertigt, dem Beschwerdeführer den Gegenbeweis hierfür aufzuerlegen, ist eine bloss zur Aufenthaltssicherung eingegangene Scheinehe vorliegend nicht nachgewiesen.

### **E. 4.1**

Da eine rechtsmissbräuchliche, bloss zur Aufenthaltssicherung eingegangene Ehe nicht nachgewiesen wurde, ist nachfolgend zu prüfen, ob der Beschwerdeführer die Voraussetzungen des nahehelichen Aufenthaltsanspruchs gemäss Art. 50 Abs. 1 lit. a AIG (mindestens dreijähriger Bestand der Ehe sowie erfolgreiche Integration) erfüllt.

#### **E. 4.2.1**

Für die Berechnung der Dreijahresfrist von Art. 50 Abs. 1 lit. a AIG ist ausschliesslich die in der Schweiz in ehelicher Gemeinschaft verbrachte Zeit massgebend (BGr, 11. Oktober 2011, 2C\_430/2011, E. 4.1.1; vgl. auch VGr, 14. Mai 2014, VB.2014.00125, E. 6.2 mit Hinweisen). Ein im Ausland oder vorehelich im Konkubinat verbrachtes Zusammenleben wird bei der Berechnung der Dreijahresfrist nicht berücksichtigt (BGr, 9. August 2016, 2C\_218/2016, E. 3.2.1; BGr, 13. August 2015, 2C\_72/2015, E. 2.2, mit Hinweisen). Diese Dreijahresfrist gilt zudem gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung aus Gründen der Rechtssicherheit und der Entscheidung des Gesetzgebers absolut, ohne dass hierin ein überspitzter Formalismus auszumachen ist (BGE 140 II 345 E. 4.1 = Pra 104 [2015] Nr. 75; BGE 136 II 1123 E. 3.3; BGr, 16. Februar 2011, 2C\_781/2010, E. 2.1.3). Dabei ist im Wesentlichen auf die Dauer der nach aussen wahrnehmbaren ehelichen Wohngemeinschaft abzustellen (zum Ganzen BGE 138 II 229 E. 2; BGE 137 II 345 E. 3.1.2). Indessen gilt die bloss Fortführung einer faktischen Wohngemeinschaft bei nicht mehr gelebter Ehegemeinschaft und erloschenem Ehemillen eines Ehepartners praxismässig nicht mehr

als relevantes Zusammenleben im Sinn von Art. 42 Abs. 1 AIG (vgl. BGr, 6. März 2017, 2C\_970/2016, E. 2.4; BGr, 23. Juli 2013, 2C\_137/2013, E. 2.4; BGr, 1. Mai 2012, 2C\_366/2012, E. 2.2; VGr, 21. Februar 2017, VB.2016.00758, E. 2.1). Dies selbst dann, wenn die Ehegatten weiterhin rein freundschaftliche oder sporadische intime Kontakte zueinander unterhalten (vgl. BGr, 18. Juli 2013, 2C\_596/2013, E. 3.1; BGr, 21. Juni 2011, 2C\_231/2011, E. 4.6). Ob die Dreijahresfrist nach Art. 50 Abs. 1 lit. a AIG erreicht wurde, ist damit zwar durch den betroffenen Ausländer nachzuweisen. Jedoch ist eine gelebte und intakte Ehegemeinschaft zumindest solange zu vermuten, als dass eine Scheinehe oder ihres Inhalts entleerte Ehe nicht sehr wahrscheinlich erscheint und der betroffene Ausländer seinen Mitwirkungs- und Offenlegungspflichten vollumfänglich nachgekommen ist.

#### **E. 4.2.2**

Der Beschwerdeführer hat D am 5. September 2013 in Bosnien geheiratet. Am 16. Februar 2014 reiste er in die Schweiz ein, weshalb die Dreijahresfrist von Art. 50 Abs. 1 lit. a AIG ab diesem Tag zu laufen begann.

#### **E. 4.2.3**

Unstrittig ist, dass D weit vor Ablauf der Dreijahresfrist eine Affäre hatte, aus welcher ihr Sohn E hervorging. Unklar ist hingegen, wann der Beschwerdeführer von dieser erfuhr bzw. bis wann die Ehe tatsächlich gelebt wurde. Unbestritten ist ferner, dass die Ehe gegen aussen bis zum 29. März 2017 – als D zusammen mit E aus der ehelichen Wohnung auszog – gelebt wurde. Stellt man für die Ehetrennung auf diesen Tag ab, wäre die Dreijahresfrist gemäss Art. 50 Abs. 1 lit. a AIG knapp erreicht (16. Februar 2014 bis 29. März 2017).

#### **E. 4.2.4**

Die blosser Fortführung einer faktischen Wohngemeinschaft bei nicht mehr gelebter Ehegemeinschaft und erloschenem Ehemillen eines Ehepartners gilt praxisgemäss nicht mehr als relevantes Zusammenleben im Sinn von Art. 42 Abs. 1 AIG (vgl. E. 2.2.2). Fraglich ist, ob der Beschwerdeführer schon vor der Geburt in Kenntnis war, dass er allenfalls nicht der Vater von E ist und die Ehe bis zum Auszug von D nur zur Aufenthaltssicherung fortgeführt wurde. Diesfalls wäre die Dreijahresfrist gemäss Art. 50 Abs. 1 lit. a AIG nicht erfüllt. Ein Anzeichen dafür stellen die Aussagen von F dar. In seiner ersten Befragung vom 18. Dezember 2017 gab er zu Protokoll, D habe den Beschwerdeführer schon während der Schwangerschaft darüber in Kenntnis gesetzt. In seiner zweiten Befragung vom 13. September 2018 sagte er hingegen aus, der Beschwerdeführer sei erst nach der Geburt darüber informiert worden, dass er allenfalls nicht der Vater von E sei. Diese korrigierte Aussage spricht eher dafür, dass der Beschwerdeführer tatsächlich schon während der Schwangerschaft über die Affäre informiert wurde und die Ehe nicht bis am 29. März 2017 gelebt wurde.

#### **E. 4.2.5**

Für die These, dass die Ehe nicht nur gegen aussen, sondern auch tatsächlich bis am 29. März 2017 gelebt wurde, sprechen hingegen die folgenden Punkte: D und der Beschwerdeführer gaben übereinstimmend zu Protokoll, D habe den Beschwerdeführer erst im März 2017 über das Verhältnis mit F informiert, worauf es zum Streit gekommen und sie aus der Wohnung ausgezogen sei. Diese These wird dadurch erhärtet, dass der Beschwerdeführer und D kurz nach der Geburt von E in eine kinderfreundlichere Wohnung umzogen waren (vgl. E. 3.4.2). Auch war der Beschwerdeführer bei der Geburt anwesend und es ist belegt, dass sein Onkel bei der Beschneidung des Knaben dabei war (E. 3.4.1).

Beide Umstände sprechen dafür, dass der Beschwerdeführer erst einige Zeit nach der Geburt über die Affäre informiert und die Ehe bis dahin gelebt wurde. Gleiches gilt für den Erstellungszeitpunkt des DNA-Tests. Hätte der Beschwerdeführer schon während der Schwangerschaft von der Affäre erfahren, hätte er wohl direkt nach der Geburt oder zumindest nicht erst im Juli im darauffolgenden Jahr Gewissheit über seine Vaterschaft haben wollen.

#### **E. 4.2.6**

Da für die Dreijahresfrist grundsätzlich auf die Dauer der nach aussen wahrnehmbaren ehelichen Wohngemeinschaft abzustellen ist, diese vom Beschwerdeführer genügend nachgewiesen ist und die Indizien für eine bereits vorher nicht mehr gelebte Ehe vorliegend nicht ausreichen, ist davon auszugehen, dass die Ehe A/D bis zum Auszug von D am 29. März 2017 gelebt wurde. Damit wurde die Ehe vom 16. Februar 2014 bis am 29. März 2017 gelebt, womit die Dreijahresfrist knapp erfüllt ist.

#### **E. 4.3**

Des Weiteren ist zu prüfen, ob der Beschwerdeführer eine gelungene Integration aufweisen kann.

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

Gemäss Art. 77 Abs. 4 der Verordnung vom 24. Oktober 2007 über Zulassung, Aufenthalt und Erwerbstätigkeit (VZAE) liegt eine erfolgreiche Integration im Sinn von Art. 50 Abs. 1 lit. a AIG vor, wenn die Ausländerin oder der Ausländer namentlich die rechtsstaatliche Ordnung und die Werte der Bundesverfassung respektiert (lit. a) sowie den Willen zur Teilnahme am Wirtschaftsleben und zum Erwerb der am Wohnort gesprochenen Landessprache bekundet (lit. b).

##### **E. 4.3.2**

Der Beschwerdeführer verfügt über eine feste Anstellung bei der T GmbH, hat bislang keine Sozialhilfe bezogen und wurde – abgesehen von einer Widerhandlung gegen das Strassenverkehrsgesetz, welche mit einer Busse von Fr. 300.- geahndet wurde – nicht straffällig. Zudem hat er in wenigen Jahren gut Deutsch gelernt. Der Beschwerdeführer hat sich demzufolge in der Schweiz erfolgreich integriert. Damit erfüllt der Beschwerdeführer die Voraussetzungen des nahehelichen Aufenthaltsanspruchs gemäss Art. 50 Abs. 1 lit. a AIG, weshalb die Beschwerde gutzuheissen ist. Bei diesem Verfahrensausgang erübrigen sich die Befragung von F's Exfreundin, U, und auch von der Edition von Unterlagen zu einer angeblichen Fehlgeburt von D kann abgesehen werden.

#### **E. 5**

Ausgangsgemäss sind die Kosten des Rekurs- und Beschwerdeverfahrens dem unterliegenden Beschwerdegegner aufzuerlegen (§ 65a Abs. 2 in Verbindung mit § 13 Abs. 2 VRG) und ist dieser für das Rekurs- und das Beschwerdeverfahren zur Bezahlung einer angemessenen Parteientschädigung von je Fr. 1'500.- (inkl. MWST) zu verpflichten (§ 65a Abs. 2 in Verbindung mit § 13 Abs. 2 VRG sowie § 17 Abs. 2 VRG).

#### **E. 6**

Das vorliegende Urteil kann mit Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten nach Art. 82 ff. des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (BGG) angefochten werden, soweit ein Rechtsanspruch auf eine fremdenpolizeiliche Bewilligung geltend gemacht wird.

Andernfalls kann lediglich die subsidiäre Verfassungsbeschwerde nach Art. 113 ff. BGG wegen der Verletzung verfassungsmässiger Rechte ergriffen werden. Werden beide Rechtsmittel ergriffen, hat dies in der gleichen Rechtsschrift zu geschehen (Art. 119 Abs. 1 BGG).

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