



Urteil vom 23. Mai 2012

Besetzung

Richter Antonio Imoberdorf (Vorsitz),
Richterin Ruth Beutler, Richter Jean-Daniel Dubey,
Gerichtsschreiber Daniel Grimm.

Parteien

A. _____,
vertreten durch Fürsprecher Sararard Arquint,
Walchestrasse 17, 8006 Zürich,
Beschwerdeführerin,

gegen

Bundesamt für Migration (BFM), Quellenweg 6, 3003 Bern,
Vorinstanz.

Gegenstand

Verweigerung der Zustimmung zur Verlängerung der Aufent-
haltsbewilligung.

Sachverhalt:**A.**

Die aus Ghana stammende Beschwerdeführerin (geb. 1978) beantragte am 13. August 2003 bei der Schweizerischen Botschaft in Accra ein Visum für einen zweimonatigen Besuchsaufenthalt bei ihrem in der Stadt Zürich wohnhaften Schweizer Freund B._____ (geb. 1943). Da sowohl Besucherin als auch Gastgeber kund taten, keine Heiratsabsichten zu hegen, hiess die Schweizer Vertretung das Gesuch am 10. September 2003 gut. Nach erfolgter Einreise wurde das fragliche Visum auf 86 Tage verlängert. Am 13. November 2003 stellte die Beschwerdeführerin beim Migrationsamt des Kantons Zürich daraufhin ein Gesuch um Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung zwecks Vorbereitung der Heirat mit B._____. Diesem Gesuch wurde am 24. November 2003 ebenfalls stattgegeben. Nach der Heirat, welche am 19. März 2004 in Zürich stattfand, erhielt sie vom Wohnkanton Zürich eine entsprechende Bewilligung zum Verbleib beim Ehemann. Die Aufenthaltsbewilligung wurde in der Folge regelmässig, letztmals bis zum 18. März 2008, verlängert.

B.

Im Mai 2007 zog die Beschwerdeführerin aus der ehelichen Wohnung aus. Zu gleicher Zeit reichte der Ehemann ein Scheidungsbegehren ein. Die Ehe wurde mit Urteil des Bezirksgerichts Zürich vom 6. Dezember 2007 (in Rechtskraft seit 18. Januar 2008) geschieden.

Am 14. Februar 2008 gebar die Beschwerdeführerin die Tochter C._____. Vater des Kindes ist der ebenfalls aus Ghana stammende, hierzulande niedergelassene Z._____ (geb. 1961). Der mit einer anderen Frau verheiratete Kindsvater hat C._____ vor dem Zivilstandsamt Y._____ als sein Kind anerkannt. Gemäss Unterhaltsvertrag vom 13. Mai 2008 wurde er verpflichtet, der Kindsmutter an den Unterhalt des Kindes monatlich vorauszahlbare Unterhaltsbeiträge von Fr. 200.- zu leisten. Auf die Festlegung eines Besuchsrechts haben die Parteien verzichtet. Phasenweise lebten die Kindseltern fortan in derselben Liegenschaft, jedoch in separaten Wohnungen.

C.

Am 22. Oktober 2008 erklärte sich das Migrationsamt des Kantons Zürich auf Gesuch der Beschwerdeführerin hin bereit, ihr die Aufenthaltsbewilligung nach Auflösung der ehelichen Gemeinschaft zu verlängern und übermittelte die Angelegenheit der Vorinstanz mit dem Antrag auf Zustimmung.

Das BFM teilte der Beschwerdeführerin am 28. Oktober 2008 mit, dass erwogen werde, die Zustimmung zur Verlängerung der Aufenthaltsbewilligung zu verweigern, und räumte ihr Gelegenheit zur Stellungnahme ein. Der Parteivertreter machte vom Äusserungsrecht am 12. Januar 2009 Gebrauch.

D.

Mit Verfügung vom 26. Januar 2009 verweigerte die Vorinstanz die Zustimmung zur Verlängerung der Aufenthaltsbewilligung. Zur Begründung führte sie aus, aufgrund der vorliegenden Fakten und Indizien (grosser Altersunterschied zwischen den Eheleuten, Abgabe falscher Zusicherungen seitens der Beschwerdeführerin im Vorfeld der erstmaligen Einreise in die Schweiz, Zeugung eines Kindes mit ihrem langjährigen Bekannten Z. _____ ziemlich genau drei Jahre nach der Heirat mit B. _____) sei die Ehe offensichtlich rechtsmissbräuchlich eingegangen worden, was nicht dem Sinn und Zweck von Art. 42 des Ausländergesetzes vom 16. Dezember 2005 (AuG, SR 142.20) entspreche. Die Angaben der Eheleute zur tatsächlichen Dauer der ehelichen Gemeinschaft deckten sich im Übrigen nicht. Ob die zeitlichen Voraussetzungen nach Art. 50 Abs. 1 Bst. a AuG gegeben seien, könne indessen offen bleiben, da ein daraus abgeleiteter Anspruch gemäss Art. 51 Abs. 1 Bst. a AuG bei rechtsmissbräuchlicher Geltendmachung erlösche. Spätestens mit der Scheidung seien die Voraussetzungen zur Erteilung der Aufenthaltsbewilligung denn weggefallen. Gründe, welche gegen eine Rückkehr der Beschwerdeführerin in ihr Heimatland sprächen, seien aus den Akten nicht ersichtlich. Auch ein Aufenthaltsanspruch der Beschwerdeführerin im Hinblick auf die Ausübung des Besuchsrechts ihres Kindes mit dem in der Schweiz niederlassungsberechtigten leiblichen Vater sei hier nicht gegeben, müsse der vereinbarte Unterhaltsbeitrag von monatlich Fr. 200.- doch als unzureichend bezeichnet werden. Die behauptete intensive Beziehung zum Kind sei zudem nicht nachgewiesen. Ausserdem sei der Kindsvater mit einer anderen Frau verheiratet und er wohne nicht mit Kindsmutter und Tochter in einem gemeinsamen Haushalt. Es lägen mithin keine besonderen Umstände für deren Verbleib in der Schweiz vor.

E.

Mit Rechtsmitteleingabe vom 4. März 2009 stellt die Beschwerdeführerin die Begehren, die angefochtene Verfügung sei aufzuheben und die Zustimmung zur Verlängerung der Aufenthaltsbewilligung zu erteilen; eventualiter sei die Streitsache zur weiteren Abklärung und Neuurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen. In formeller Hinsicht ersucht sie um Ge-

währung der unentgeltlichen Rechtsverteidigung. Zur Hauptsache lässt sie vorbringen, seit über fünf Jahren in der Schweiz zu leben, seit jeher berufstätig und finanziell eigenständig gewesen zu sein und nie zu irgendwelchen Klagen Anlass gegeben zu haben. Sie sei folglich in jeder Hinsicht – privat, beruflich, sprachlich und sozial – integriert. Mit B._____ habe die Beschwerdeführerin eine normale Ehe geführt. Es habe über eine längere Zeit eine Haushaltsgemeinschaft bestanden und sich um eine effektiv gelebte Beziehung gehandelt. Entsprechend bestünden trotz dem grossen Altersunterschied keine Anhaltspunkte dafür, dass die Ehe rechtsmissbräuchlich geschlossen worden sei. Die Eheleute hätten bis im Mai 2007 auch an derselben Adresse zusammengewohnt. B._____ habe für ihren Auszug aus dem ehelichen Domizil zwar andere Daten angegeben, durch Befragung der übrigen Mieter der dortigen Liegenschaft wäre jedoch offensichtlich geworden, dass die diesbezüglichen Angaben der Beschwerdeführerin korrekt seien, nämlich dass sie die eheliche Wohnung erst zu Beginn ihrer Schwangerschaft verlassen habe.

Des Weiteren werde seitens des BFM übergegangen, dass die Beschwerdeführerin ein Kind von einem Mann habe, welcher hierzulande über ein gefestigtes Anwesenheitsrecht verfüge. Mit dem Kindsvater pflege sie zwar keine Paarbeziehung, das Vater-Kind-Verhältnis werde indessen intensiv gelebt. Jener bezahle teilweise mehr als den vereinbarten Unterhaltsbetrag von Fr. 200.-. Darüber hinaus betreue er das Kind an zirka vier Tagen pro Woche während der Zeit, in welcher die Kindsmutter tagsüber einer Erwerbstätigkeit nachgehe. Überdies verbringe er sonntags nach dem Kirchenbesuch viel Zeit mit der Tochter. Besagtes Verhältnis falle deshalb unter den Geltungsbereich von Art. 13 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV, SR 101) und Art. 8 der Konvention vom 4. November 1950 zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK, SR 0.101). Unabhängig vom bisherigen Aufenthaltszweck der Kindsmutter und der Dauer der früheren Lebensgemeinschaft mit B._____ bestünden mit anderen Worten wichtige persönliche Gründe. Im Falle einer Nichtverlängerung der Aufenthaltsbewilligung würde die Familienbeziehung Vater-Kind gekappt und in die entsprechenden geschützten Positionen eingegriffen. Ein solcher Eingriff sei in casu keinesfalls gerechtfertigt und würde die verfassungsmässigen Rechte des Kindes, aber auch diejenigen der Beschwerdeführerin und des Kindsvaters, verletzen. Der Tatbestand der wichtigen Gründe im Sinne von Art. 50 Abs. 1 Bst. b AuG sei folglich erfüllt und die beantragte Zustimmung zu erteilen.

Mit Nachtrag vom 4. Mai 2009 legte der Rechtsvertreter im Zusammenhang mit dem Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege zusätzliche Belege vor.

F.

Mit Zwischenverfügung vom 29. Mai 2009 hiess das Bundesverwaltungsgericht das Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung gut und setzte den bisherigen Parteivertreter als unentgeltlichen Rechtsbeistand ein.

G.

In ihrer Vernehmlassung vom 17. Juni 2009 spricht sich die Vorinstanz für die Abweisung der Beschwerde aus und wiederholt ihre Einschätzung, wonach die Beschwerdeführerin die Ehe mit B._____ von Anbeginn weg nicht mit der Absicht geschlossen habe, mit ihm eine eheliche Gemeinschaft zu begründen.

H.

Replikweise hält der Rechtsvertreter am 17. August 2009 am eingereichten Rechtsmittel sowie den Begehren fest. Die Replik war mit einer vom 10. August 2009 datierenden Stellungnahme des Kindsvaters ergänzt.

I.

Mit verfahrensleitender Anordnung vom 31. Oktober 2011 lud das Bundesverwaltungsgericht die Beschwerdeführerin ein, das Rechtsmittel zu aktualisieren.

Der Parteivertreter machte davon am 13. Januar 2012 Gebrauch. Demnach kam am 9. August 2010 die Tochter D._____ zur Welt. Vater des zweiten Kindes sei wiederum Z._____. Dieser habe sich inzwischen von seiner Ehefrau getrennt und lebe seit Frühling 2011 in häuslicher Gemeinschaft mit der Beschwerdeführerin und den zwei gemeinsamen Kindern.

Auf Aufforderung des Bundesverwaltungsgericht hin wurden am 16. April 2012 die entsprechenden Belege zur Aktualisierung (Geburtsurkunde betr. das zweite Kind, vier Wohnsitzbestätigungen) nachgereicht.

J.

Der weitere Akteinhalt – einschliesslich der beigezogenen Akten des Migrationsamtes des Kantons Zürich – wird, soweit rechtserheblich, in den Erwägungen Berücksichtigung finden.

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:

1.

1.1. Gemäss Art. 31 des Verwaltungsgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (VGG, SR 173.32) beurteilt das Bundesverwaltungsgericht unter Vorbehalt der in Art. 32 genannten Ausnahmen Beschwerden gegen Verfügungen nach Art. 5 des Verwaltungsverfahrensgesetzes vom 20. Dezember 1968 (VwVG, SR 172.021), welche von einer der in Art. 33 aufgeführten Behörden erlassen wurden. Darunter fallen Verfügungen des BFM, welche die Zustimmung zur Erteilung bzw. Verlängerung einer Aufenthaltsbewilligung betreffen. Das Bundesverwaltungsgericht entscheidet endgültig, soweit nicht die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten an das Bundesgericht offen steht (vgl. Art. 83 Bst. c Ziff. 2 des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 [BGG, SR 173.110]).

1.2. Gemäss Art. 37 VGG richtet sich das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht nach dem Verwaltungsverfahrensgesetz, soweit das Gesetz nichts anderes bestimmt.

1.3. Die Beschwerdeführerin ist zur Ergreifung des Rechtsmittels legitimiert. Auf ihre frist- und formgerecht eingereichte Beschwerde ist einzutreten (Art. 48 ff. VwVG), soweit sie sich gegen die Zustimmungsverweigerung vom 26. Januar 2009 richtet. Eine Wegweisung wurde bislang nicht verfügt.

2.

Mit Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht kann die Verletzung von Bundesrecht einschliesslich Überschreitung oder Missbrauch des Ermessens, die unrichtige oder unvollständige Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts und – soweit nicht eine kantonale Behörde als Beschwerdeinstanz verfügt hat – die Unangemessenheit gerügt werden (Art. 49 VwVG). Das Bundesverwaltungsgericht wendet im Beschwerdeverfahren das Bundesrecht von Amtes wegen an. Es ist gemäss Art. 62 Abs. 4 VwVG an die Begründung der Begehren nicht gebunden und kann die Beschwerde auch aus anderen als den geltend gemachten Gründen gutheissen oder abweisen. Massgebend ist grundsätzlich die Sachlage zum Zeitpunkt seines Entscheides (vgl. BVGE 2011/1 E. 2 mit Hinweis).

3.

Als Beweismassnahmen werden auf Beschwerdeebene eine Parteibefragung sowie die Befragung des Ex-Ehemannes, des Kindsvaters und nicht

namentlich genannter Nachbarn am früheren ehelichen Domizil beantragt.

3.1. Der Behörde kommt die Pflicht zu, den rechtserheblichen Sachverhalt von Amtes wegen zu ermitteln (Art. 12 VwVG). Gemäss Art. 12 Bst. a – e VwVG kommen als Beweismittel für die Behörde Urkunden, Auskünfte der Parteien, Augenscheine, Auskünfte und Zeugnisse von Drittpersonen sowie Gutachten von Sachverständigen in Betracht. In der Regel werden Auskünfte von Drittpersonen schriftlich eingeholt (PATRICK L. KRAUSKOPF/KATRIN EMMENEGGER, in: Waldmann / Weissenberger [Hrsg.], Praxiskommentar VwVG, Zürich 2009, N. 115 mit Verweis auf N. 104 f. zu Art. 12). Auch was den Antrag auf Parteibefragung anbelangt, so ist festzuhalten, dass das Beschwerdeverfahren grundsätzlich schriftlich geführt wird (vgl. CHRISTOPH AUER, in: Auer/Müller/Schindler [Hrsg.], Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren [VwVG], Zürich 2008, Rz. 34 zu Art. 12, mit Hinweisen; KRAUSKOPF/EMMENEGGER, N.105 zu Art. 12). Im Rahmen der Sachverhaltsermittlung sind die Behörden verpflichtet, die von den Parteien angebotenen Beweise abzunehmen, sofern diese geeignet sind, den rechtserheblichen Sachverhalt zu erhellen. Kommt die Behörde bei pflichtgemässer Beweiswürdigung zur Überzeugung, die Akten erlaubten die richtige und vollständige Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts oder die behauptete Tatsache sei für die Entscheidung der Streitsache nicht von Bedeutung, kann sie auf die Erhebung weiterer Beweise verzichten, ohne durch diese antizipierte Beweiswürdigung den Anspruch auf rechtliches Gehör gemäss Art. 29 Abs. 2 BV zu verletzen (vgl. zum Ganzen BGE 136 I 229 E. 5.3 S. 236 f. mit Hinweisen).

3.2. Der entscheidswesentliche Sachverhalt erschliesst sich, wie nachfolgend zu zeigen sein wird, in hinreichender Weise aus den Akten. Der Kindsvater hat sich bislang zweimal, eine frühere Nachbarin der Eheleute einmal schriftlich zur Angelegenheit geäussert (vgl. die im Verlaufe des Beschwerdeverfahrens eingereichten Stellungnahmen). Auch der geschiedene Ehegatte hat gegenüber der kantonalen Migrationsbehörde Angaben zur ehelichen Beziehung und den Gründen für deren Beendigung gemacht. Es ist mithin nicht davon auszugehen, dass die Schilderungen jener Personen über das bereits Bekannte hinausgehen. Die Beschwerdeführerin ihrerseits erhielt während des Rechtsmittelverfahrens ebenfalls mehrmals Gelegenheit, sich zu den entscheidserheblichen Tatsachen zu äussern. Von den beantragten Beweisvorkehren kann somit in

antizipierter Beweiswürdigung ohne Verletzung des rechtlichen Gehörs abgesehen werden (BGE 136 I 229 E. 5.3 S. 236 f. mit Hinweisen).

4.

4.1. Am 1. Januar 2008 traten die neuen gesetzlichen Bestimmungen des AuG und seine Ausführungsbestimmungen in Kraft – unter anderem die Verordnung vom 24. Oktober 2007 über Zulassung, Aufenthalt und Erwerbstätigkeit (VZAE, SR 142.201). In Verfahren, die vor diesem Zeitpunkt anhängig gemacht wurden, bleibt nach der übergangsrechtlichen Ordnung des AuG das alte materielle Recht anwendbar, wobei es ohne Belang ist, ob das Verfahren auf Gesuch hin – so explizit Art. 126 Abs. 1 AuG – oder von Amtes wegen eröffnet wurde (vgl. BVGE 2008/1 E. 2).

4.2. Der Beschwerdeführerin ist zwar noch unter dem Geltungsbereich des Bundesgesetzes vom 26. März 1931 über Aufenthalt und Niederlassung der Ausländer (ANAG, BS 1 121) eine erstmalige Aufenthaltsbewilligung erteilt worden, da sie jedoch anfangs März 2008 die Verlängerung dieser Bewilligung beantragt hat, gelangt vorliegend neues Recht zur Anwendung.

5.

Gemäss Art. 40 AuG sind die Kantone zuständig für die Erteilung und Verlängerung von Bewilligungen. Vorbehalten bleibt jedoch die Zustimmung durch das BFM. Dessen Zustimmungserfordernis ergibt sich im vorliegenden Fall aus Art. 99 AuG i.V.m. Art. 85 Abs. 1 Bst. a VZAE. Letztgenannte Bestimmung wird präzisiert durch die Weisungen des BFM im Ausländerbereich in der Fassung vom 30. September 2011 (online abrufbar unter: www.bfm.admin.ch > Dokumentation > Rechtliche Grundlagen > Weisungen und Kreisschreiben > I. Ausländerbereich > 1 Verfahren und Zuständigkeiten). Danach ist die Verlängerung der Aufenthaltsbewilligung einer Ausländerin oder eines Ausländers nach der Auflösung der ehelichen Gemeinschaft mit dem schweizerischen oder ausländischen Ehegatten oder nach dessen Tod, falls die Ausländerin oder der Ausländer nicht aus einem Mitgliedstaat der EG oder der EFTA stammt, dem BFM zur Zustimmung zu unterbreiten.

6.

6.1. Nach Art. 42 Abs. 1 AuG haben ausländische Ehegatten von Schweizerinnen und Schweizern, wenn sie mit diesen zusammenwohnen, Anspruch auf Erteilung und Verlängerung der Aufenthaltsbewilligung und – nach einem ordnungsgemässen und ununterbrochenen Aufenthalt von

fünf Jahren – Anspruch auf Erteilung einer Niederlassungsbewilligung (Art. 42 Abs. 3 AuG).

6.2. Vom Erfordernis des Zusammenwohnens kann gemäss Art. 49 AuG abgesehen werden, wenn für getrennte Wohnorte wichtige Gründe geltend gemacht werden und die Familien- bzw. Ehegemeinschaft weiter besteht. Als wichtige Gründe können insbesondere berufliche Verpflichtungen oder eine vorübergehende Trennung wegen erheblicher familiärer Probleme gelten (vgl. Art. 76 VZAE). Erhebliche familiäre Probleme sind beispielsweise dann gegeben, wenn ein vorübergehender Aufenthalt in einem Frauenhaus erfolgt oder wenn ein Ehegatte zeitweise aus der gemeinsamen Wohnung weggewiesen wird (vgl. ESTHER S. AMSTUTZ in: Caroni/Gächter/Thurnherr [Hrsg.], Stämpflis Handkommentar zum Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer [AuG], Bern 2010, Art. 49 N. 25, MARC SPESCHA in: Spescha/Thür/Zünd/Bolzli [Hrsg.], Kommentar Migrationsrecht, 2. aktualisierte Auflage, Zürich 2009, Art. 49 AuG N. 3; AMSTUTZ, a.a.O., Art. 49 N 20 f.). Entscheidend ist jedoch bei all diesen Gründen, dass die eheliche Gemeinschaft weiter besteht, d.h., dass die Beziehung tatsächlich gelebt wird und die beiden Ehegatten den Willen zur Gemeinschaft haben, an den Bestand der Ehe glauben und an ihr festhalten (vgl. AMSTUTZ, a.a.O., Art. 49 N. 29).

6.3. Nach Auflösung der Ehe oder Familiengemeinschaft – mitgemeint ist auch die eheliche Gemeinschaft – besteht der Anspruch auf Erteilung und Verlängerung der Aufenthaltsbewilligung u.a. nach Art. 42 Abs. 1 AuG weiter, wenn die Ehegemeinschaft mindestens drei Jahre bestanden hat und eine erfolgreiche Integration besteht (vgl. Art. 50 Abs. 1 Bst. a AuG) oder wenn wichtige persönliche Gründe einen weiteren Aufenthalt in der Schweiz erforderlich machen (vgl. Art. 50 Abs. 1 Bst. b AuG).

7.

7.1. Wie sich dem Sachverhalt entnehmen lässt, bestehen nach Auffassung des BFM Anhaltspunkte dafür, dass die Beschwerdeführerin nur deshalb einen Schweizer Bürger geheiratet hat, um hier ein Aufenthaltsrecht zu erhalten. Da eine eventuelle Scheinehe eine Berufung auf den Bestand einer ehelichen Gemeinschaft im Sinne von Art. 42 Abs. 1 und Art. 50 Abs. 1 AuG von vornherein ausschliessen würde, gilt es die Angelegenheit vorweg unter dem Aspekt des Rechtsmissbrauchs (Art. 51 Abs. 1 Bst. a und Abs. 2 Bst. a AuG) einer Würdigung zu unterziehen.

7.2. Gemäss Art. 51 Abs. 1 Bst. a und Abs. 2 Bst. a AuG erlöschen die Ansprüche aus Art. 42 ff. AuG, wenn sie rechtsmissbräuchlich geltend gemacht werden, namentlich um die Vorschriften des Ausländergesetzes und seiner Ausführungsbestimmungen zu umgehen. Erfasst wird von der fraglichen Bestimmung in erster Linie die sogenannte Schein- oder Ausländerrechtsehe, bei welcher die Ehegatten von Anfang an keine echte eheliche Gemeinschaft zu führen beabsichtigen. Dazu hat das Bundesgericht in einem neueren Urteil erwogen, dass das Rechtsmissbrauchsverbot unter der Herrschaft des AuG stärker auf seinen Kernbereich zu beschränken sei, d.h. auf eigentliche Machenschaften, um die Behörden zu täuschen bzw. eine Bewilligung zu erschleichen (BGE 137 I 247 E. 5.1.1. S. 252). Zu solchen Machenschaften gehört eine eheliche Haushaltgemeinschaft, die nur dem äusseren Schein nach besteht (BGE 136 II 113 E. 3.2 S. 116 f.), sei es weil die Ehe von Anfang an ausschliesslich ausländerrechtlich motiviert war (Scheinehe, vgl. BGE 137 I 247 E. 5.1.2. S. 252 f.), sei es weil die Ehe mit der Zeit zu einer inhaltsleeren Rechtshülle zerfiel, die ohne Aussicht auf Besserung aufrecht erhalten wird, um eine daran anknüpfende ausländerrechtliche Vorzugsbehandlung nicht zu verlieren (siehe auch Urteil des Bundesverwaltungsgerichts C-7265/2008 vom 24. Januar 2012 E. 4.5). Aufgrund der neuen Bestimmung von Art. 50 AuG, wonach in gewissen Fällen trotz definitivem Scheitern der ehelichen Gemeinschaft der Rechtsanspruch auf Erteilung und Verlängerung der Aufenthaltsbewilligung weiterbesteht, kann letztere Konstellation allerdings nicht unbesehen für das neue Recht übernommen werden (vgl. CARONI, a.a.O., Art. 51 N. 15 f.). Die Frage stellt sich primär im Rahmen der Prüfung der Dreijahresfrist von Art. 50 Abs. 1 Bst. a AuG, d.h. wenn die Eheleute nurmehr der Form halber zusammenwohnen und die Dauer der Wohngemeinschaft deshalb – in Beachtung des Rechtsmissbrauchsverbots – nicht bzw. nicht vollumfänglich angerechnet werden kann (BGE 136 II 113 E. 3.2 S. 116 f.).

7.3. Das Vorliegen einer Scheinehe entzieht sich in der Regel dem direkten Beweis und muss demnach zumeist durch Indizien erstellt werden. Auf Scheinehen hindeutende Indizien sind beispielsweise darin zu erblicken, dass dem ausländischen Ehepartner die Wegweisung drohte, etwa weil er oder sie ohne Heirat keine Aufenthaltsbewilligung erhalten hätte oder sie ihm oder ihr nicht verlängert worden wäre. Weiter können die Umstände und die Dauer der Bekanntschaft sowie die Tatsache, dass die Ehegatten die Wohngemeinschaft gar nie richtig aufgenommen haben, für eine Scheinehe sprechen, ebenso wenn ein beträchtlicher Altersunterschied zwischen den Ehegatten besteht, für die Heirat eine Bezahlung

vereinbart wurde, einer der Eheleute zugleich eine feste Partnerschaft mit einer Drittperson unterhält oder sich prostituiert. Rechtsmissbrauch darf indessen selbst bei Vorliegen einzelner Indizien nicht leichthin angenommen werden. Verlangt werden klare und eindeutige Indizien (vgl. CARONI, a.a.O., Art. 51 N. 11 ff.). Der vergleichsweise grosse Altersunterschied zwischen der Beschwerdeführerin und B._____ sowie die Tatsache, dass sie den Kindsvater bereits kannte, als sie heiratete, genügt in diesem Zusammenhang nicht. Es müssen andere Indizien hinzutreten, die in ihrer Gesamtheit den Schluss zulassen, dass eine eheliche Lebensgemeinschaft hier in Tat und Wahrheit gar nie gewollt war.

7.4. In der vorliegenden Streitsache sind solche zusätzliche Indizien nicht zu erkennen. So sind die Umstände des Kennenlernens (über das Internet) und der Altersunterschied für heutige Verhältnisse (in der Häufigkeit jedenfalls wenn der Mann älter ist als die Frau) nicht gerade ausserhalb jeglicher Norm. Zu bedenken gilt es ferner, dass der geschiedene Ehemann in seiner Stellungnahme vom 6. August 2008 zum Ausdruck brachte, dass er von der Bekanntschaft der Beschwerdeführerin mit Z._____ schon zum Zeitpunkt der Eheschliessung Kenntnis hatte, er jenen aber blauäugig nicht als Rivalen empfunden habe. Im selben Schreiben erklärte er, die eheliche Gemeinschaft habe bis zum 10. April 2006 bestanden, danach sei seine Gattin ihren ehelichen Pflichten nicht mehr nachgekommen. Nach der Rechtsprechung liegt keine Scheinehe vor, wenn die Ehe geschlossen wurde, um dem ausländischen Ehepartner den Aufenthalt in der Schweiz zu ermöglichen, die Ehegatten aber sehr wohl eine Lebensgemeinschaft zu begründen beabsichtigen. Einzig wenn die Ehegatten von Anfang an überhaupt nie den Willen hegten, eine Lebensgemeinschaft zu begründen, kann von einer Scheinehe ausgegangen werden (vgl. CARONI, a.a.O., Art. 51 N. 12 mit Hinweisen). Solche Absichten können den betroffenen Ehepartnern unter den dargelegten Begebenheiten nicht unterstellt werden. Zumindest während rund zwei Jahren (zur Dauer des Zusammenwohnens siehe E. 8 hiernach) haben die Eheleute unbestrittenermassen eine Haushaltsgemeinschaft geführt und die Ehe tatsächlich gelebt. Die offen kommunizierte Bekanntschaft zum späteren Kindsvater hat dem gegenseitigen Ehemillen während dieser Zeit keinen Abbruch getan. Dass es sich auch aus Sicht der Beschwerdeführerin um eine echte und funktionierende eheliche Gemeinschaft gehandelt hat, dafür spricht ferner, dass sie weder während der Schwangerschaft noch nach der Geburt des ersten Kindes eine feste Beziehung mit dem Kindsvater eingegangen ist. Ihre Eingaben vom 16. April 2008 und 13. Juni 2008 wie auch diejenige des Kindsvaters vom 13. August 2008 (verfasst

vom Rechtsvertreter) sowie 10. August 2009 bestätigen dies. Gegenteiliges, nämlich dass Z. _____ während der Ehe und kurz danach ihr Lebenspartner gewesen sein soll, ergibt sich aus den beigezogenen Akten jedenfalls nicht. Im Übrigen war jener damals mit einer anderen Frau verheiratet, mit welcher er bis 2011 auch zusammenlebte. Erst Monate nach der Geburt der zweiten gemeinsamen Tochter folgte denn der Entschluss der Eltern der beiden ausserehelichen Kinder, einen gemeinsamen Haushalt zu führen, was laut den nachgereichten Wohnsitzbestätigungen seit dem 1. Februar 2011 nun der Fall ist. Der Beschwerdeführerin kann daher nicht angelastet werden, eine Scheinehe eingegangen zu sein.

8.

Die Ehe der Beschwerdeführerin wurde im Dezember 2007 geschieden. Damit steht ihr kein Anspruch auf Verlängerung der Aufenthaltsbewilligung gestützt auf Art. 42 Abs. 1 AuG mehr zu.

Aus den vorliegenden Akten ist nicht genau ersichtlich, wann die eheliche Gemeinschaft aufgelöst worden ist. Gemäss Aussagen der Beschwerdeführerin hat sie die eheliche Wohnung im Mai 2007, nach etwas mehr als drei Jahren Ehe, verlassen. Der Ex-Ehemann gibt derweil an, die eheliche Gemeinschaft sei am 10. April 2006 aufgegeben worden. Seine weiteren Erläuterungen in der fraglichen Stellungnahme vom 6. August 2008 lassen allerdings vermuten, dass sich die diesbezügliche Äusserung mehr auf die Qualität der Ehe denn das Zusammenleben als äusseres Kennzeichen einer Ehegemeinschaft bezieht. So war die Beschwerdeführerin laut Verlängerungsgesuch vom 22. Januar 2007 im Februar 2007 noch am eheliche Domizil gemeldet. Der Bestätigung einer Nachbarin zufolge erfolgte der Auszug ebenfalls erst in jenem Frühjahr (siehe Beilage zur Beschwerdeergänzung vom 4. Mai 2009). Ob die Gemeinschaft drei Jahre bestand, erscheint trotzdem fraglich, da die Ehefrau zu fraglicher Zeit (wie erwähnt) mit einem anderen Mann ein Kind zeugte, welches am 14. Februar 2008 auf die Welt kam. Angesichts der nachfolgenden Erwägungen braucht weder die Frage der Dreijahresfrist noch diejenige der erfolgreichen Integration als zweite Anspruchsvoraussetzung von Art. 50 Abs. 1 Bst. a AuG abschliessend geklärt zu werden.

9.

Unabhängig von den in Art. 50 Abs. 1 Bst. a AuG genannten Kriterien besteht der Anspruch auf Verlängerung der Aufenthaltsbewilligung fort, wenn wichtige persönliche Gründe einen weiteren Aufenthalt in der Schweiz erforderlich machen (vgl. Art. 50 Abs. 1 Bst. b AuG). Solche

Gründe können namentlich – so explizit Art. 50 Abs. 2 AuG – vorliegen, wenn der betreffende Ehegatte Opfer ehelicher Gewalt wurde und seine soziale Wiedereingliederung im Herkunftsland stark gefährdet erscheint; beide Bedingungen müssen nicht kumulativ erfüllt sein (BGE 136 II 1 E. 5 S. 3 ff.). Weitere wichtige, im Zusammenhang mit der Ehe stehenden Gründe können sich auch daraus ergeben, dass der in der Schweiz lebende Ehepartner gestorben ist oder gemeinsame Kinder vorhanden sind (vgl. SPESCHA, a.a.O., Art. 50 AuG N. 7 sowie CARONI, a.a.O., Art. 50 N. 23 f.). Auch die in Art. 31 Abs. 1 VZAE genannten, aber nicht erschöpfenden Kriterien können für die Beurteilung eines sogenannten "nachehelichen Härtefalls" herangezogen werden (BGE 137 II 345 E. 3.2 S. 348 f. mit weiteren Hinweisen).

10.

Im Falle der Beschwerdeführerin fällt in Betracht, dass sie zum Zeitpunkt der Beschwerdeeinreichung Mutter eines Kindes war, dessen Vater die Niederlassungsbewilligung besitzt. Aufgrund dessen macht sie geltend, gestützt auf Art. 13 BV und Art. 8 EMRK einen Anspruch auf Verlängerung der Aufenthaltsbewilligung zu haben. Im Verlaufe des Rechtsmittelverfahrens haben sich die Verhältnisse dahingehend verändert, dass am 9. August 2010 eine zweite gemeinsame Tochter auf die Welt gekommen ist und die Eltern mit den beiden Kindern seit dem 1. Februar 2011 nun eine häusliche Gemeinschaft bilden.

10.1. Art. 8 Abs. 1 EMRK und der inhaltlich im Wesentlichen übereinstimmende Art. 13 Abs. 1 BV gewährleisten das Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens. Hat ein Ausländer nahe Verwandte mit einem gefestigten Anwesenheitsrecht in der Schweiz und wird die zu ihnen bestehende intakte Beziehung tatsächlich gelebt, so kann Art. 8 Abs. 1 EMRK verletzt sein, wenn ihm die Anwesenheit in der Schweiz untersagt und damit sein Familienleben vereitelt wird (BGE 135 I 143 E. 1.3.1 S. 145 f. mit Hinweis). Der entsprechende Schutz gilt jedoch nicht absolut; vielmehr gestattet Art. 8 Abs. 2 EMRK einen Eingriff in das von Abs. 1 geschützte Rechtsgut, wenn er gesetzlich vorgesehen und unter den dort aufgeführten Voraussetzungen – insbesondere sicherheits- und ordnungspolitischer Art – notwendig ist. Insofern erfordert der Eingriff eine Abwägung der sich gegenüberstehenden privaten Interessen an der Bewilligungserteilung und den öffentlichen Interessen an deren Verweigerung; diese müssen jene in dem Sinne überwiegen, dass sich der Eingriff in das Privat- und Familienleben als notwendig erweist (vgl. BGE 137 I 247 E. 4.1.1 S. 249 mit Hinweisen). Der Kindsvater ist hierzulande nie-

dergelassen und besitzt deshalb ein gefestigtes Anwesenheitsrecht in der Schweiz. Den beiden gemeinsamen Töchtern wurde gemäss den Wohnsitzbestätigungen der Stadt Y. _____ vom 12. März 2012 noch kein Aufenthaltsstatus zugeteilt. Insoweit ist der Schutzbereich von Art. 8 EMRK tangiert.

10.2. Bei der vorzunehmenden Interessenabwägung fällt es zu Gunsten der um Aufenthalt ersuchenden Person ins Gewicht, wenn diese mit der in der Schweiz anwesenheitsberechtigten Person zusammenlebt. Im Verhältnis zwischen getrennt lebenden Eltern und ihren minderjährigen Kindern gilt dies jedenfalls für den Elternteil, dem die elterliche Sorge bzw. Obhut zusteht (vgl. BGE 137 I 247 E. 4.2.1 und E. 4.2.2 S. 250 f. mit Hinweisen). Der nicht sorge- bzw. obhutsberechtigte Elternteil hingegen kann die familiäre Beziehung von vornherein nur in einem beschränkten Rahmen – innerhalb des ihm eingeräumten Besuchsrechts – ausüben. Hierfür ist regelmässig nicht erforderlich, dass er sich dauernd im gleichen Land wie das Kind aufhält; vielmehr genügt es üblicherweise den Anforderungen von Art. 8 EMRK, wenn er das Besuchsrecht – unter den geeigneten Modalitäten – vom Ausland her ausüben kann. Ein weitergehender Anspruch kann sich dann ergeben, wenn in wirtschaftlicher und affektiver Hinsicht eine besonders enge Beziehung zum Kind besteht, diese wegen der Distanz zum Heimatland des Ausländers praktisch nicht mehr aufrecht erhalten werden könnte und das bisherige Verhalten des Betroffenen in der Schweiz zu keinerlei Klagen Anlass gegeben hat (vgl. BGE 120 Ib 1 E. 3c S. 5, 22 E. 4a/b S. 25 f. sowie Urteile des Bundesgerichts 2C_578/2011 vom 1. Dezember 2011 E. 3.4.3 und 2C_877/2010 vom 17. März 2011 E. 2.2.2 je mit Hinweisen). Die geforderte besondere Intensität der affektiven Beziehung wird in der Regel nur dann bejaht, wenn ein grosszügig ausgestaltetes Besuchsrecht eingeräumt ist und dieses kontinuierlich, spontan und reibungslos ausgeübt wird (Urteil des Bundesgerichts 2C_799/2010 vom 20. Februar 2011 E. 3.3.1 mit Hinweisen).

10.3. Durch Art. 8 EMRK wird mithin nicht in erster Linie rechtlich begründetes, sondern tatsächlich gelebtes Familienleben geschützt. Neben der eigentlichen Kernfamilie werden auch weitere familiäre Verhältnisse erfasst, sofern eine genügend nahe, echte und tatsächlich gelebte Beziehung besteht. Hinweise für solche Beziehungen bilden namentlich das Zusammenleben in einem gemeinsamen Haushalt, ferner eine finanzielle Abhängigkeit, speziell enge familiäre Bande, regelmässige Kontakte oder

die Übernahme von Verantwortung für eine andere Person (vgl. BGE 135 I 143 E. 3.1 S. 148 f. mit Hinweisen).

Den Akten zufolge leben die Beschwerdeführerin, der Kindsvater und die beiden Töchter seit dem 1. Februar 2011 in Familiengemeinschaft. Die Eltern-Kind-Beziehungen werden folglich seit bald eineinhalb Jahren nicht nur im Verhältnis der Mutter zu den Kindern sondern auch in demjenigen des hier niedergelassenen Vaters zu den Kindern vom Zusammenleben geprägt. Z._____ hat die gemeinsamen Kinder denn von Anfang an anstandslos anerkannt (siehe Unterhaltsvertrag vom 13. Mai 2008 bzw. Auszug aus dem Geburtenregister vom 13. März 2012). Aber auch die Kindseltern sind heute ein (unverheiratetes) Paar. Anzumerken wäre, dass zwischen ihnen seit jeher gute bis freundschaftliche Kontakte bestanden haben, sich dieses Verhältnis von der Intensität her aber anscheinend erst nach Geburt der zweiten gemeinsamen Tochter zur Partnerschaft entwickelt hat. Allerdings sah schon der eben genannte Unterhaltsvertrag als Option das Zusammenleben beider Elternteile vor. Aktenkundig ist sodann, dass der Kindsvater für das ältere Kind Unterhaltszahlungen von monatlich Fr. 200.- leistete, teilweise soll er mehr als den vereinbarten Betrag bezahlt haben. Vor allem aber haben er und die Beschwerdeführerin die elterliche Sorge, was die Tochter C._____ anbelangt, während einiger Zeit mehr oder weniger geteilt. So betreute er das Kind bis zum 1. Juni 2009 regelmässig an vier Tagen pro Woche (Dienstag bis Freitag) von 8.00 bzw. 9.00 bis 14.00 Uhr, später reduzierte sich das Pensum auf Dienstag und Freitag. Dies war möglich, weil Z._____ als selbständiger Taxifahrer zur Hauptsache nachts arbeitete. So konnte die ebenfalls erwerbstätige Beschwerdeführerin die Arbeits- und Betreuungszeiten mit ihm abstimmen. Zusätzlich soll er an den Wochenenden (sonntags, manchmal schon von Freitagabend bis Sonntag) viel Zeit mit dem Kind verbracht haben (zum Ganzen vgl. die Eingaben des Kindsvaters vom 10. August 2009 und 13. August 2008 [letztere wurde vom Parteivertreter verfasst] und die Stellungnahme der Kindsmutter vom 13. Juni 2008). Die Handhabung der Betreuung wurde hierbei durch den Umstand erleichtert, dass die Kindseltern bereits damals zeitweilig in derselben Liegenschaft, in gegenüberliegenden Wohnungen logiert haben. Von daher gingen die Beziehungen von Z._____ zu den gemeinsamen Töchtern schon, bevor er mit der Beschwerdeführerin zusammenzog, weit über das übliche Besuchsrecht hinaus. Aufgrund der engen (familiären) Bande und der gegenseitigen Übernahme von Verantwortung ist mithin von einem gefestigten Konkubinatsverhältnis und – unter Einbezug der Kinder – einer faktischen Familieneinheit auszugehen.

10.4. Vor dem dargelegten Hintergrund wird deutlich, dass die in Frage stehenden familiären Beziehungen erheblich eingeschränkt würden, wenn die Beschwerdeführerin mit ihren Töchtern in ihr Heimatland zurückkehren müsste. Damit einhergehend würden auch das Wohl und Familienleben der Kinder beeinträchtigt werden. Das Übereinkommen vom 20. November 1989 über die Rechte des Kindes (UNO-KRK, SR 0.107) und die hier relevanten Vorgaben von Art. 3 und Art. 16 sind zwar nur programmatischer Natur und gewähren keinen unmittelbaren Anspruch auf eine ausländerrechtliche Bewilligung; dennoch sind diese Vorgaben – ebenso wie diejenigen nach Art. 11 BV – bei der Interessenabwägung im Rahmen von Art. 8 Abs. 2 EMRK zu berücksichtigen (vgl. BGE 135 I 153 E. 2.2.2 S. 157 mit Hinweisen).

Im Kontext besagter Erwägungen sind die Interessen der Betroffenen, ihre (familiären) Beziehungen in der Schweiz weiterführen zu dürfen, als schützenswert anzusehen. Es stellt sich lediglich die Frage, ob überwiegende öffentliche Interessen gegen einen Verbleib der Beschwerdeführerin sprächen und den Eingriff in ihr Familienleben sowie dasjenige ihrer Kinder rechtfertigen würden. Als derartige Interessen nennt Art. 8 Abs. 2 EMRK unter anderem – und hier lediglich in Betracht kommend – die nationale oder öffentliche Sicherheit, das wirtschaftliche Wohl des Landes, die Aufrechterhaltung der Ordnung sowie die Verhütung von Straftaten.

10.5. Die Beschwerdeführerin lebt seit mehr als achteinhalb Jahren (teilweise) mit einer Aufenthaltsbewilligung in der Schweiz. Bereits wenige Monate nach der Einreise (am 1. Mai 2004) nahm sie eine Erwerbstätigkeit auf. Seither arbeitete sie in verschiedenen Firmen (u.a. "McDonald's" und "Starbucks") und blieb dadurch auch nach der Trennung und Scheidung von ihrem Ex-Ehemann finanziell unabhängig. Die gute berufliche Integration schlägt sich nicht zuletzt in einem vom 1. Februar 2012 datierenden Arbeitszeugnis von "Starbucks" nieder, einem Unternehmen, für welches sie bis vor kurzem als "Shift Supervisor" (Schichtenleiterin) tätig war. Zusammen mit dem Einkommen des Kindsvaters ist es der Familie weiterhin möglich, ohne Unterstützung durch die Sozialhilfe für den Lebensunterhalt aufzukommen. Auch die Sprachkenntnisse (die Kindsmutter kann sich mündlich wie schriftlich gut in deutscher Sprache ausdrücken) und die soziale Integration sind nicht zu beanstanden. Schliesslich hat die Beschwerdeführerin nie zu irgendwelchen Klagen Anlass gegeben.

10.6. Aufgrund dessen sind keine öffentliche Interessen, die einen Eingriff in das von Art. 8 Abs. 1 EMRK geschützte Rechtsgut der Beschwerdeführerin auf Achtung des Familienlebens erlauben würden, erkennbar. Im Rahmen der Interessenabwägung gemäss Art. 8 Abs. 2 EMRK ist daher festzustellen, dass das private Interesse der Beschwerdeführerin und der Mitbetroffenen die öffentlichen Interessen an einer restriktiven Zulassungspolitik – jedenfalls unter den heutigen veränderten Umständen – überwiegt. Sollte sich die Beschwerdeführerin wieder vom Kindsvater trennen, könnte später gegebenenfalls immer noch eine Nichtverlängerung der Aufenthaltsbewilligung geprüft werden.

11.

Aus den vorstehenden Erwägungen ergibt sich, dass die angefochtene Verfügung vor Art. 8 EMRK bzw. Art. 13 Abs. 1 BV nicht standhält. Sie ist demzufolge in Gutheissung der Beschwerde aufzuheben und der Verlängerung der kantonalen Aufenthaltsbewilligung ist die Zustimmung zu erteilen.

12.

Bei diesem Ausgang des Verfahrens sind der Beschwerdeführerin keine Kosten aufzuerlegen (Art. 63 Abs. 1 VwVG). Bei hinfällig gewordener unentgeltlicher Rechtspflege ist ihr gestützt auf Art. 64 VwVG i.V.m. Art. 7 ff. des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht (VGKE, SR 173.320.2) zu Lasten der Vorinstanz eine angemessene Parteientschädigung auszurichten.

Dispositiv Seite 18

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.

Die Beschwerde wird gutgeheissen.

2.

Die angefochtene Verfügung wird aufgehoben, und der Verlängerung der Aufenthaltsbewilligung durch den Kanton Zürich wird die Zustimmung erteilt.

3.

Es werden keine Verfahrenskosten erhoben.

4.

Die Vorinstanz hat die Beschwerdeführerin für das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht mit Fr. 2'000.- (inkl. MwSt.) zu entschädigen.

5.

Dieses Urteil geht an:

- die Beschwerdeführerin (Gerichtsurkunde)
- die Vorinstanz (gegen Empfangsbestätigung, Akten Ref-Nr. ZEMIS [...] retour)
- das Migrationsamt des Kantons Zürich ad ZH [...] (in Kopie)

Für die Rechtsmittelbelehrung wird auf die nächste Seite verwiesen.

Der vorsitzende Richter:

Der Gerichtsschreiber:

Antonio Imoberdorf

Daniel Grimm

Rechtsmittelbelehrung:

Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen nach Eröffnung beim Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten geführt werden (Art. 82 ff., 90 ff. und 100 des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 [BGG, SR 173.110]). Die Rechtsschrift ist in einer Amtssprache abzufassen und hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschrift zu enthalten. Der angefochtene Entscheid und die Beweismittel sind, soweit sie der Beschwerdeführer in Händen hat, beizulegen (Art. 42 BGG).

Versand: