



Abteilung III
C-7842/2008
{T 0/2}

Urteil vom 23. April 2009

Besetzung

Richter Andreas Trommer (Vorsitz), Richter Blaise Vuille,
Richterin Elena Avenati-Carpani,
Gerichtsschreiber Julius Longauer.

Parteien

A. _____,
Beschwerdeführer,
vertreten durch Dr. iur. René Bussien, Rechtsanwalt,

gegen

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

Gegenstand

Zustimmung zur Verlängerung der Aufenthaltsbewilligung
und Wegweisung.

Sachverhalt:**A.**

Der Beschwerdeführer (geb. 1971) ist indischer Staatsangehöriger. Im Februar 2000 stellte er in der Empfangsstelle Kreuzlingen ein Asylgesuch. Das damals zuständige Bundesamt für Flüchtlinge (BFF, heute: BFM) trat mit Verfügung vom 24. März 2000 auf das Asylgesuch nicht ein und wies den Beschwerdeführer an, die Schweiz unverzüglich zu verlassen. Mangels gültiger Ausweispapiere konnte die Wegweisung vorest nicht durchgesetzt werden.

B.

Am 25. August 2000 verheiratete sich der Beschwerdeführer in Zürich mit der Schweizer Bürgerin B._____ (geb. 1966). Gestützt auf seinen Eheschluss erhielt er im Kanton Zürich eine Aufenthaltsbewilligung zum Verbleib bei seiner Ehefrau. Die Aufenthaltsbewilligung wurde später regelmässig verlängert, letztmals mit Wirkung bis zum 25. August 2008.

C.

Mit Urteil des Bezirksgerichts Zürich vom 15. August 2007, in Rechtskraft erwachsen am 4. September 2007, wurde die Ehe des Beschwerdeführers geschieden. Am 14. Dezember 2007 verheiratete er sich erneut, diesmal mit der indischen Staatsangehörigen C._____ (geb. 1975). Ein gestützt darauf am 20. März 2008 gestelltes Gesuch um Bewilligung des Familiennachzugs wurde mit Verfügung der kantonalen Migrationsbehörde vom 13. Mai 2008 mangels ausreichender finanzieller Mittel abgewiesen. Derzeit ist ein Wiedererwägungsgesuch hängig.

D.

Am 25. Juli 2008 stellte der Beschwerdeführer bei der kantonalen Migrationsbehörde das Gesuch um eine weitere Verlängerung seiner Aufenthaltsbewilligung. Die kantonale Migrationsbehörde überwies die Angelegenheit am 21. August 2008 an die Vorinstanz mit dem Antrag auf Erteilung der Zustimmung.

E.

Die Vorinstanz teilte dem Beschwerdeführer am 19. September 2008 mit, dass erwogen werde, die Zustimmung zur Verlängerung der kantonalen Aufenthaltsbewilligung zu verweigern, und räumte ihm Gelegen-

heit zur Stellungnahme ein. Davon machte der Beschwerdeführer mit Schreiben vom 9. Oktober 2008 sowie Nachtrag vom 14. Oktober 2008 Gebrauch.

F.

Mit Verfügung vom 4. November 2008 verweigerte die Vorinstanz die Zustimmung zur Verlängerung der kantonalen Aufenthaltsbewilligung und wies den Beschwerdeführer unter Ansetzung einer Ausreisefrist bis zum 31. Januar 2009 aus der Schweiz weg.

G.

Der Beschwerdeführer gelangte mit Rechtsmitteleingabe vom 8. Dezember 2008 an das Bundesverwaltungsgericht und beantragt die Aufhebung der vorgenannten Verfügung sowie die Rückweisung an die Vorinstanz zur Einvernahme der geschiedenen schweizerischen Ehefrau und zum neuen Entscheid.

H.

Die Vorinstanz schliesst in ihrer Vernehmlassung vom 2. März 2009 auf Abweisung der Beschwerde.

I.

In seiner Replik vom 20. März 2009 hält der Beschwerdeführer an seinem Rechtsmittel fest.

J.

Auf den weiteren Akteninhalt wird, soweit rechtserheblich, in den Erwägungen eingegangen.

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:

1.

1.1 Verfügungen des BFM betr. Zustimmung zu einer kantonalen Aufenthaltsbewilligung und Wegweisung aus der Schweiz unterliegen der Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht (Art. 31, Art. 32 sowie Art. 33 Bst. d des Verwaltungsgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 [VGG, SR 173.32]).

1.2 Gemäss Art. 37 VGG richtet sich das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht nach dem Bundesgesetz vom 20. Dezember 1968

über das Verwaltungsverfahren (VwVG, SR 172.021), soweit das Verwaltungsgerichtsgesetz nichts anderes bestimmt (vgl. auch Art. 2 Abs. 4 VwVG).

1.3 Der Beschwerdeführer ist zur Beschwerde legitimiert, und sein Rechtsmittel wurde frist- und formgerecht eingereicht (48 ff. VwVG). Auf die Beschwerde ist deshalb einzutreten.

2.

Mit Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht kann die Verletzung von Bundesrecht einschliesslich Überschreitung oder Missbrauch des Ermessens, die unrichtige oder unvollständige Feststellung des rechts-erheblichen Sachverhaltes 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. E. 1.2 des in BGE 129 II 215 teilweise publizierten Urteils 2A.451/2002 vom 28. März 2003). Unter Vorbehalt des Verbots echter Rückwirkung ist in gleicher Weise das zum Zeitpunkt des Entscheids in Kraft stehende Recht anzuwenden. Dessen Übergangsbestimmungen können freilich für gewisse Sachverhalte die Nachwirkung des alten Rechts vorsehen.

3.

3.1 Am 1. Januar 2008 traten das neue Bundesgesetz vom 16. Dezember 2005 über die Ausländerinnen und Ausländer (AuG, SR 142.20) und seine Ausführungsverordnungen 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. Dabei ist grundsätzlich ohne Belang, ob das Verfahren auf Gesuch hin (Art. 126 Abs. 1 AuG) oder von Amtes wegen eröffnet wurde (per analogiam Art. 126 Abs. 1 AuG; vgl. BVGE 2008/1 E. 2 mit Hinweisen). Das Verfahren selbst folgt dem neuen Verfahrens- und Organisationsrecht (Art. 126 Abs. 2 AuG). Altrechtliche Zuständigkeiten bleiben davon unberührt, wenn sie unter der Geltung des alten Rechts begründet wurden (per-

petuatio fori) oder wenn das neue Recht auf das alte materielle Recht verweist, die für dessen Verwirklichung notwendige Zuständigkeitsordnung aber nicht mehr zur Verfügung stellt (Urteil des Bundesverwaltungsgerichts C-3083/2008 vom 9. September 2008 E. 1).

3.2 In casu ist über die Zustimmung zur Verlängerung einer Aufenthaltsbewilligung zu befinden, die letztmals mit Wirkung bis 25. August 2008 verlängert worden war und die der Beschwerdeführer am 25. Juli 2008 beantragte. Insoweit weist die Bewilligungssache Bezüge ausschliesslich zum neuen Recht auf. Dennoch erwägt die Vorinstanz in der angefochtenen Verfügung, gemäss Art. 126 AuG sei das alte Recht anwendbar. Begründend führt sie aus, das ihrer Verfügung "zugrunde liegende Verfahren (Scheidung August 2007, bzw. das damit zusammenhängende Zustimmungsverfahren im Ausländerrecht)" sei vor dem Inkrafttreten des AuG eingeleitet worden. Damit scheint die Vorinstanz die Meinung zu vertreten, die Rechtshängigkeit des Zustimmungsverfahrens sei mit der Scheidung begründet worden, weil diese die Zustimmungsbedürftigkeit einer weiteren Verlängerung der Aufenthaltsbewilligung zur Folge hat. Im weitem untersucht die Vorinstanz, ob der Beschwerdeführer aus Art. 7 Abs. 1 des Bundesgesetzes vom 26. März 1931 über Aufenthalt und Niederlassung der Ausländer (ANAG, BS 1 121) einen Anspruch auf Verlängerung seiner Aufenthaltsbewilligung ableiten kann, und prüft nach Verneinung dieser Frage, ob die Zustimmung im Rahmen der pflichtgemässen Ermessensausübung nach Art. 4 ANAG zu erteilen ist.

3.3 Dem von der Vorinstanz vertretenen Rechtsstandpunkt kann sich das Bundesverwaltungsgericht nicht anschliessen. Das Abstellen auf die Rechtshängigkeit des Verfahrens heisst nicht, dass der Gesuchseinreichung intertemporal keine Bedeutung zukommt. Kann eine Verfügung wie die Erteilung oder Verlängerung einer Aufenthaltsbewilligung nur auf Gesuch hin erlassen werden (zum Begriff der mitwirkungsbedürftigen Verfügung, vgl. etwa ULRICH HÄFELIN/GEORG MÜLLER/FELIX UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 5. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2006, Rz. 897 ff.), ist es der Zeitpunkt der Gesuchseinreichung, der das anwendbare Recht bestimmt. Er tut es nicht nur für die kantonale Bewilligungsbehörde, sondern für alle Instanzen, die sich von der Gesuchseinreichung bis zum rechtskräftigen Entscheid mit der Bewilligungssache zu befassen haben, so auch für die Vorinstanz, die darüber zu befinden hat, ob sie der nachgesuchten Bewilligung ihre Zustimmung erteilen will. Keine Rolle spielt demgegenüber in letzterem

Zusammenhang, wann sich der Sachverhalt zugetragen hat, der die Zustimmungsbedürftigkeit eines kantonalen Bewilligungsentscheids begründet.

4.

Daraus erhellt sich, dass die Vorinstanz mit dem alten Recht die intertemporal falsche Rechtsordnung angewendet hat. Richtigerweise hätte sie die Bewilligungssache auf der Grundlage des AuG und seiner Ausführungsbestimmungen beurteilen müssen.

4.1 Das neue Recht macht den Anspruch des ausländischen Ehegatten eines Schweizer Bürgers auf Erteilung und Verlängerung der Aufenthaltsbewilligung vom tatsächlichen Zusammenleben abhängig und nicht, wie bisher, vom formellen Bestand der Ehe (vgl. Art. 42 Abs. 1 AuG im Gegensatz zu Art. 7 Abs. 1 erster Satz ANAG). Weiter vermittelt es der ausländischen Person neue Ansprüche auf Verlängerung ihrer Aufenthaltsbewilligung nach Auflösung der ehelichen Gemeinschaft. Bereits das ANAG sah vor, dass dem ausländischen Ehegatten eines Schweizer Bürgers nach fünf Jahren ein vom weiteren Schicksal der Ehe unabhängiger Anspruch auf Erteilung der Niederlassungs- und damit a fortiori auf Verlängerung seiner Aufenthaltsbewilligung erwuchs (vgl. Art. 7 Abs. 1 zweiter Satz ANAG; ferner BGE 128 II 145 E. 1.1.4 f. S. 149 mit Hinweisen). Weitere Ansprüche kannte das ANAG nicht. Ergaben sich solche nicht aus übergeordnetem Recht, namentlich aus der Garantie des Privat- und Familienlebens gemäss Art. 8 der Konvention vom 4. November 1950 zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK, SR 0.101) und Art. 13 Abs. 1 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV, SR 101), lag der Entscheid über die weitere Bewilligung im pflichtgemässen Ermessen der Behörde (Art. 4 ANAG; vgl. zum Ganzen etwa Urteil des Bundesverwaltungsgerichts C-1236/2007 vom 2. März 2009 E. 5 mit Hinweisen). Das neue Recht bestimmt in Art. 42 Abs. 3 AuG ebenfalls, dass dem ausländischen Ehegatten nach fünf Jahren ein Anspruch auf Niederlassungsbewilligung erwächst. Daneben führte es in Art. 50 Abs. 1 AuG gegenüber dem Vorzustand neue Anspruchstatbestände ein. So besteht der Anspruch auf Verlängerung der Aufenthaltsbewilligung weiter, wenn die Ehegemeinschaft drei Jahre gedauert hat und eine gute Integration vorliegt (Bst. a) oder wenn wichtige persönliche Gründe einen weiteren Aufenthalt in der Schweiz erforderlich machen (Bst. b).

4.2 Das alte Recht bestimmte in Art. 7 Abs. 2 ANAG, dass die Ansprüche nach Abs. 1 nicht entstehen oder dahinfallen, wenn die Ehe eingegangen wurde, um die Vorschriften über Aufenthalt und Niederlassung von Ausländern und namentlich jene über die Begrenzung der Zahl der Ausländer zu umgehen. Die Rechtsprechung betrachtete den in Art. 7 Abs. 2 ANAG umschriebenen Tatbestand der Ausländerrechts- oder Scheinehe als besondere Form des Rechtsmissbrauchs und setzte ihm unter Rückgriff auf das allgemeine Rechtsmissbrauchsverbot (Art. 5 Abs. 3 BV und Art. 2 Abs. 2 des Schweizerischen Zivilgesetzbuchs vom 10. Dezember 1907 [ZGB, SR 210]) die rechtsmissbräuchliche Berufung auf eine nur noch der Form nach bestehende Ehe gleich (vgl. BGE 130 II 113 E. 4.2 S. 117 mit Hinweisen; vgl. auch Urteil des Bundesgerichts 2C_699/2008 vom 30. September 2008 E. 2.1). Das neue Recht erwähnt weder den einen noch anderen Rechtsmissbrauchstatbestand, sondern stellt in Art. 51 Abs. 1 Bst. a und Abs. 2 Bst. a AuG alle Nachzugs- und Verbleibrechte unter einen allgemein formulierten Rechtsmissbrauchsvorbehalt. Danach erlöschen sämtliche Ansprüche, wenn sie rechtsmissbräuchlich geltend gemacht werden, namentlich um Vorschriften dieses Gesetzes und seiner Ausführungsbestimmungen über die Zulassung und den Aufenthalt zu umgehen. Die Ausländerrechtsehe und die missbräuchliche Berufung auf eine nur der Form nach bestehende Ehe stellen auch nach neuem Recht Rechtsmissbrauch dar, sodass die bisherige Rechtsprechung massgebend bleibt (vgl. ANDREAS ZÜND / LADINA ARQUINT HILL, Beendigung der Anwesenheit, Entfernung und Fernhaltung, in: Peter Uebersax / Beat Rudin / Thomas Hugi Yar / Thomas Geiser (Hrsg.), Ausländerrecht, Eine umfassende Darstellung der Rechtsstellung von Ausländerinnen und Ausländern in der Schweiz – von A(syl) bis Z(ivilrecht), 2. Auflage, Basel 2009, Rz.8.51 und 8.52 mit Hinweisen).

5.

Unterwerfen das alte und das neue Recht einen Lebenssachverhalt, wie das Verbleiberecht nach Auflösung der ehelichen Gemeinschaft, einer derart unterschiedlichen Regelung, wie es Art. 7 ANAG und Art. 50 AuG tun, dann führt die Anwendung der intertemporal falschen (bzw. die Nichtanwendung der intertemporal massgeblichen) Rechtsordnung ungeachtet des Grundsatzes der Rechtsanwendung von Amtes wegen und des Untersuchungsgrundsatzes regelmässig zur Kassation der angefochtenen Verfügung und Rückweisung der Sache an die Vorinstanz zu neuem Entscheid. In casu könnte davon abgesehen werden, wenn die Rechtsauffassung der Vorinstanz zuträfe, wonach

ein Rechtsmissbrauchstatbestand vorliegt; denn der allgemeine Rechtsmissbrauchsvorbehalt von Art. 51 Abs. 1 Bst. a und Abs. 2 Bst. a AuG schliesst die altrechtlichen Rechtsmissbrauchstatbestände der Ausländerrechtsehe und die rechtsmissbräuchliche Berufung auf eine nur der Form nach bestehende Ehe ein (vgl. weiter oben). Diese Frage ist nachfolgend zu prüfen.

5.1 Der angefochtenen Verfügung liegt der folgende Sachverhalt zu Grunde:

Der Beschwerdeführer gelangte erstmals im Frühjahr 1998 mit einem Besuchervisum in die Schweiz. Kurz darauf begab er sich nach Deutschland und stellte dort im Mai 1998 ein Asylgesuch. Nach dessen Abweisung tauchte der Beschwerdeführer im Juni 1999 unter, reiste zu einem unbekanntem Zeitpunkt illegal in die Schweiz und ersuchte wiederum um Asyl, wobei er seinen Voraufenthalt in Deutschland verschwieg. Am 24. März 2000 trat das BFF auf das Asylgesuch nicht ein und forderte den Beschwerdeführer auf, die Schweiz sofort zu verlassen. Mangels gültiger Reisepapiere konnte die Wegweisung vorerst nicht durchgesetzt werden. Am 25. August 2000 heiratete der Beschwerdeführer eine 5 Jahre ältere, von der Sozialhilfe abhängige Schweizer Bürgerin philippinischer Herkunft und erwirkte so die Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung im Kanton Zürich. Auf den 27. August 2002 nahm der Beschwerdeführer mit Einverständnis der dortigen Migrationsbehörde eine Erwerbstätigkeit im Kanton Basel-Landschaft auf und meldete sich dort als Wochenaufenthalter an. Seinen Wohnsitz im Kanton Zürich bei seiner Ehefrau behielt er bei, bis er auf den 1. August 2004 aus der ehelichen Wohnung auszog. Die Ehe des Beschwerdeführers wurde mit Urteil des Bezirksgerichts Zürich vom 15. August 2007, in Rechtskraft seit 4. September 2007, geschieden.

Aus Anlass der Prüfung des Gesuchs des Beschwerdeführers auf Verlängerung seiner Aufenthaltsbewilligung setzte sich die Migrationsbehörde des Kantons Zürich erstmals am 27. August 2004 mit den Ehegatten in Verbindung und stellte ihnen Fragen zur Aufgabe des ehelichen Zusammenlebens. Mit Antwortschreiben vom 6. September 2004 verneinte der Beschwerdeführer, dass Schritte in Richtung auf eine Scheidung unternommen worden seien, und schloss eine Wiederaufnahme des ehelichen Zusammenlebens nicht aus. Als Grund für die Trennung gab er an, seine Ehefrau möchte es so, weil sie sich als Alleinwohnende Vorteile bei der Sozialhilfe erhoffe. Er würde sie ja gern

finanziell unterstützen, seine Ehefrau möchte das Geld jedoch lieber von der Sozialhilfebehörde erhalten. Die Ehefrau ihrerseits führte in ihrem Schreiben vom 22. November 2004 zu den Gründen der Trennung aus, der Beschwerdeführer wohne und arbeite seit der Eheschliessung (recte: seit 27. August 2002) in Basel. An den Wochenenden sei er nur unregelmässig nach Zürich gekommen. Es sei abgemacht gewesen, dass er sie finanziell mit der Übernahme eines Teils der Miete und mit Haushaltsgeld unterstütze. Das habe stets zu Streit geführt. Mittlerweile seien sie wegen kulturellen und religiösen Verschiedenheiten nicht mehr in der Lage, miteinander zu sprechen oder sich zu verstehen. Es werde beabsichtigt, ein Scheidungsbegehren zu stellen.

Ein Jahr später, am 4. Juli 2005, schrieb die kantonale Migrationsbehörde aus demselben Anlass erneut die Ehegatten an und unterbreite ihnen einen Fragenkatalog. In seiner Antwort vom 8. Juli 2005 konnte der Beschwerdeführer nichts Konkretes sagen im Hinblick auf eine Wiederaufnahme des ehelichen Zusammenlebens bzw. die eigenen Bemühungen in diese Richtung. Ausschliessen mochte er die Möglichkeit eine Wiedervereinigung gleichwohl nicht. Weiter meinte der Beschwerdeführer, es sei noch ungewiss, ob er und seine Ehefrau sich scheiden liessen. Entsprechende Schritte seien bisher nicht eingeleitet worden. Seine Ehefrau führte in ihrem Antwortschreiben vom 3. November 2005 aus, mit einer baldigen Wiederaufnahme des ehelichen Zusammenlebens sei nicht zu rechnen. Sie gedenke sich scheiden zu lassen. Mit dem Beschwerdeführer habe sie seit dessen Auszug aus der ehelichen Wohnung keinen Kontakt gehabt. Namentlich habe er sich nie bemüht, das gemeinsame Eheleben wieder aufzunehmen. Weiter führte die Ehefrau aus, der Beschwerdeführer habe sie nach der Heirat im Jahr 2001 (recte: 2000) während zwei Jahren finanziell unterstützt. Das sei aber nur für seine Unterkunft und Verpflegung bestimmt gewesen. Danach habe sie keine finanzielle Unterstützung mehr erhalten.

Am 19. September 2008 eröffnete die Vorinstanz dem Beschwerdeführer, sie erwäge die Zustimmung zu einer Verlängerung der Aufenthaltsbewilligung zu verweigern. In ihrer Begründung bezog sie sich (anders als in der späteren Verfügung) auf das neue Recht und führte aus, eine tatsächlich gelebte eheliche Gemeinschaft, wie sie Art. 50 AuG verlange, habe nach Aussagen der geschiedenen Ehefrau gegenüber der kantonalen Migrationsbehörde zwei Jahre bestanden, nämlich bis zum August 2002, als er im Kanton Basel-Landschaft eine neue Stelle

angetreten habe. Der Beschwerdeführer antwortete am 9. Oktober 2008, es treffe nicht zu, dass er nur bis August 2002 mit seiner geschiedenen Ehefrau zusammengelebt habe. Tatsächlich habe das Zusammenleben bis Juli 2004 gedauert. Zum Beweis reichte er ein Attest des Personenmeldeamts der Stadt Zürich über die Meldeverhältnisse sowie eine Bestätigung seiner geschiedenen Ehefrau vom 6. Oktober 2008 ein, wonach sie bis 31. Juli 2004 mit dem Beschwerdeführer zusammengelebt habe.

5.2 Ausgehend von diesem Sachverhalt stellt die Vorinstanz in der angefochtenen Verfügung fest, der Beschwerdeführer habe die eheliche Gemeinschaft mit der Annahme einer Anstellung ausserhalb des Kantons im August 2002 nach zwei Jahren Dauer aufgegeben. Gestützt auf die Aussagen der geschiedenen Ehefrau steht für die Vorinstanz weiter fest, dass diese nach dem ausserkantonalen Stellenantritt des Beschwerdeführers im August 2002 von diesem keine regelmässige finanzielle Unterstützung mehr erfahren habe. Mit dem Auszug des Beschwerdeführers aus der ehelichen Wohnung im August 2004, fährt die Vorinstanz fort, sei zudem jeder telefonische, schriftliche oder persönliche Kontakt zwischen den Ehegatten abgebrochen. Daraus schliesst die Vorinstanz, die rein ausländerrechtlich motivierte Berufung des Beschwerdeführers auf seine Ehe sei rechtsmissbräuchlich. Darüber hinaus spricht nach Auffassung der Vorinstanz der Eheschluss mit einer von der Sozialhilfe abhängigen Person unter dem Eindruck der drohenden Wegweisung für das Vorliegen einer Scheinehe. Der Beschwerdeführer könne daher aus Art. 7 Abs. 1 ANAG keinen Anspruch auf eine Aufenthaltsregelung ableiten.

5.3 Die Sachverhaltsfeststellungen und ihre rechtliche Würdigung, wie sie in der angefochtenen Verfügung zum Ausdruck kommen, sind teils nicht nachvollziehbar, teils fehlt ihnen im Lichte des massgeblichen neuen Rechts die Relevanz.

5.3.1 Eine Ausländerrechtsehe im Sinne von Art. 7 Abs. 2 ANAG liegt vor, wenn die Ehegatten mit der Heirat nicht eine eheliche Lebensgemeinschaft begründen, sondern die Vorschriften über die Zulassung von ausländischen Personen umgehen wollen. Sofern eine solche Lebensgemeinschaft gewollt ist, kommt es auf die (übrigen) Motive des Eheschlusses nicht an. Namentlich spielt es keine Rolle, dass die Ehe abgeschlossen wurde, um dem ausländischen Ehegatten den Aufenthalt in der Schweiz zu ermöglichen (vgl. dazu BGE 122 II 289 E. 2a

und b S. 294 f., BGE 121 II 97 E. 3b S. 102, je mit Hinweisen). Als einen weiteren Anwendungsfall des Rechtsmissbrauchs betrachtet die Rechtsprechung die Berufung auf eine nur noch der Form nach bestehende Ehe (BGE 131 II 265 E. 4.1 und 4.2 S. 267 f. mit Hinweisen). Ob eine Ehe eingegangen wurde, um die ausländerrechtlichen Zulassungsvoraussetzungen zu umgehen, oder nur noch als blosser Rechtschleier besteht, entzieht sich in den allermeisten Fällen dem direkten Beweis und kann meist nur durch Indizien nachgewiesen werden. Ein Rechtsmissbrauch darf indessen nicht leichthin angenommen werden, insbesondere nicht schon deshalb, weil die Ehegatten nicht mehr zusammenleben oder ein Eheschutz- oder Scheidungsverfahren eingeleitet wurde. Erforderlich sind konkrete und klare Hinweise darauf, dass die Führung einer Lebensgemeinschaft nicht mehr beabsichtigt und nicht mehr zu erwarten ist. Der Nachweis des rechtsmissbräuchlichen Verhaltens ist von den Behörden zu erbringen (vgl. BGE 130 II 113 E. 4.2 S. 117, BGE 128 II 145 E. 2.2 S. 151, Urteil des Bundesgerichts 2A.245/2006 vom 31. August 2006 E. 3.2 in fine, je mit Hinweisen).

5.3.2 Ausreichende Hinweise auf eine Ausländerrechtsehe lassen sich den Akten nicht entnehmen. Dass der Beschwerdeführer eine sozialhilfeabhängige Person heiratete und dass der Eheschluss unter dem Eindruck einer drohenden Wegweisung erfolgte, ist für sich alleine nicht geeignet, die Annahme zu refertigen, die Ehegatten hätten die Ehe zum Schein geschlossen, um die ausländerrechtlichen Bestimmungen zu umgehen (vgl. dazu Urteil des Bundesgerichts 5A.23/2005 vom 22. November 2005 E. 4.2 im Zusammenhang mit der Nichtigerklärung der erleichterten Einbürgerung). Immerhin sind die Ehegatten ungefähr gleichaltrig und führten sie auch nach Auffassung der Vorinstanz zumindest in den ersten zwei Jahren ihrer Ehe einen gemeinsamen Haushalt. Der Schluss auf eine Ausländerrechtsehe liesse sich allenfalls gestützt auf weitere Erhebungen rechtfertigen, etwa zur Dauer der Bekanntschaft vor dem Eheschluss und dem Grad der gegenseitigen Vertrautheit der Ehegatten (vgl. dazu PETER UEBERSAX, Der Rechtsmissbrauch im Ausländerrecht unter Berücksichtigung der Rechtsprechung des Bundesgerichts, in: Jahrbuch für Migrationsrecht 2005/2006, Bern 2006, S. 3 ff., dort S. 9 f. mit zahlreichen Hinweisen).

5.3.3 Zum Tatbestand der rechtsmissbräuchlichen Berufung auf eine Ehe ist vorweg zu bemerken, dass sich nach altem Recht der ihm zugrundeliegende Sachverhalt verwirklichen musste, bevor dem auslän-

dischen Ehegatten nach einem ordnungsgemässen und ununterbrochenen Aufenthalt von fünf Jahren gestützt auf Art. 7 Abs. 1 zweiter Satz ANAG ein zivilstandsunabhängiger Anspruch auf Niederlassungsbewilligung und damit auch auf Verlängerung seiner Aufenthaltsbewilligung erwachsen konnte (vgl. BGE 121 II 97 E. 4c S. 104 f., Urteil des Bundesgerichts 2C_241/2007 vom 12. Oktober 2007 E. 3.2). Dasselbe gilt für das neue Recht, nur dass das letztere andere Anspruchstatbestände kennt. Namentlich lässt das neue Recht den Anspruch des ausländischen Ehegatten eines Schweizer Bürgers auf Verlängerung seiner Aufenthaltsbewilligung weiterbestehen, wenn er sich erfolgreich integriert und das eheliche Zusammenleben mindestens drei Jahre gedauert hat (Art. 50 Abs. 1 AuG). In casu kann zwar willkürfrei angenommen werden, dass die Ehe nach dem Auszug des Beschwerdeführers aus der ehelichen Wohnung im August 2004 nur noch als Rechtschülle weiter bestand. Wollte man einen Verlängerungsanspruch nach Art. 50 Abs. 1 AuG wegen Rechtsmissbrauchs ausschliessen, müsste die Ehe des Beschwerdeführers jedoch bereits vor Ablauf der dreijährigen Frist im August 2003 gescheitert sein. Zu einer solchen Schlussfolgerung jedoch lässt die Beweislage keinen Raum. Dass der Beschwerdeführer im August 2002 eine Arbeitsstelle im Kanton Basel-Landschaft aufnahm und dort als Wochenaufenthalter weilte, stellt klarerweise keinen Hinweis auf eine endgültig gescheiterte Ehe im Sinne der Rechtsprechung dar. Die unregelmässige Rückkehr des Beschwerdeführers während den Wochenenden und die Streitigkeiten in finanziellen Angelegenheiten, auf welche die geschiedene Ehefrau gegenüber der kantonalen Migrationsbehörde hinwies, mögen zwar ein negatives Licht auf die Qualität der ehelichen Beziehung werfen und Ausdruck eines Prozesses sein, der im August 2004 zum Auszug des Beschwerdeführers führte. Den Schluss auf eine Ehe, die bereits im August 2003 nur noch der äusseren rechtlichen Form nach bestand, lassen sie aber nicht zu. Auch hier wären zusätzliche Erhebungen notwendig gewesen, beispielsweise in Gestalt einer Einvernahme der Beteiligten oder Abklärungen bei der zuständigen Sozialhilfebehörde, von der die geschiedene Ehefrau nicht nur wirtschaftlich, sondern offensichtlich auch persönlich betreut wird.

6.

Aus den vorstehenden Erwägungen ergibt sich, dass die angefochtene Verfügung Bundesrecht verletzt (Art. 49 VwVG). Sie ist in Gutheissung der Beschwerde aufzuheben und die Sache – wie weiter oben bereits

dargelegt wurde – an die Vorinstanz zum neuen Entscheid zurückzuweisen.

Die Vorinstanz wird auf der Grundlage des neuen Rechts zu prüfen haben, ob die Voraussetzungen für eine Verlängerung der Aufenthaltbewilligung erfüllt sind. Dabei wird sie zu beachten haben, dass gestützt auf den bisherigen Aktenstand weder von einer Scheinehe ausgegangen noch angenommen werden kann, die Ehe des Beschwerdeführers sei bereits vor Ablauf der Dreijahresfrist des Art. 50 Abs. 1 AuG endgültig gescheitert. Sollte die Vorinstanz dennoch am Rechtsmissbrauchsvorwurf festhalten, müsste sie zusätzliche Abklärungen treffen, die klare Indizien in diese Richtung ergeben.

7.

Bei diesem Ausgang des Verfahrens sind keine Kosten zu erheben (Art. 63 Abs. 1 und 2 VwVG). Dem Beschwerdeführer ist 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 S. 14

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.

Die Beschwerde wird gutgeheissen.

2.

Die Verfügung des BFM vom 4. November 2008 wird aufgehoben und die Sache im Sinne der Erwägungen zum neuen Entscheid an das BFM zurückgewiesen.

3.

Es werden keine Verfahrenskosten erhoben. Der geleistete Kostenvorschuss in der Höhe von Fr. 800.-- wird dem Beschwerdeführer zurückerstattet.

4.

Dem Beschwerdeführer wird zu Lasten der Vorinstanz eine Parteientschädigung von Fr. 1'600.- (inkl. MwSt.) zugesprochen.

5.

Dieses Urteil geht an:

- den Beschwerdeführer (...)
- die Vorinstanz (...)
- das Migrationsamt des Kantons Zürich (...)

Für die Rechtsmittelbelehrung wird auf die nächste Seite verwiesen.

Der vorsitzende Richter:

Der Gerichtsschreiber:

Andreas Trommer

Julius Longauer

Rechtsmittelbelehrung:

Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen nach Eröffnung beim Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten geführt werden, sofern die Voraussetzungen gemäss den Art. 82 ff., 90 ff. und 100 des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (BGG, SR 173.110) gegeben sind. Die Rechtschrift hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschrift zu enthalten. Der angefochtene Entscheid und die Beweismittel sind, soweit sie die beschwerdeführende Partei in Händen hat, beizulegen (vgl. Art. 42 BGG).

Versand: