[AZA 0]
2A.546/1999/bmt

II. OEFFENTLICHRECHTLICHE ABTEILUNG
****

4. Februar 2000

Es wirken mit: Bundesrichter Wurzburger, Präsident der II. öffentlichrechtlichen Abteilung, Hungerbühler, R. Müller
und Gerichtsschreiberin Müller.

_____

In Sachen

Y._____, Beschwerdeführerin, vertreten durch Rechtsanwalt Marc Spescha, Langstrasse 4, Zürich,

gegen

Regierungsrat des Kantons Zürich,
Verwaltungsgericht des Kantons Zürich, 2. Kammer,

betreffend
Niederlassungsbewilligung, hat sich ergeben:

A.- Die 1971 geborene Y._____, Staatsangehörige der Dominikanischen Republik, heiratete am 12. Juni 1992 in Birr/AG den Schweizer Bürger X._____ und erhielt gestützt darauf am 3. August 1992 eine Aufenthaltsbewilligung zum Verbleib bei ihrem schweizerischen Ehemann. Die eheliche Wohngemeinschaft wurde Ende Juli 1994 aufgelöst. Mit Urteil des Bezirksgerichts Zurzach vom 20. Dezember 1994 wurde die Ehe X._____-Y. _____ - in Gutheissung der Klage des Ehemannes - erstinstanzlich geschieden.

B.- Am 21. Mai 1997 beantragte Y._____ die Verlängerung ihrer Aufenthaltsbewilligung; mit Schreiben vom 29. Mai 1997 ersuchte sie um Erteilung der Niederlassungsbewilligung. Mit Verfügung vom 31. Juli 1997 wies die Fremdenpolizei des Kantons Zürich das Gesuch ab und forderte Y._____ auf, das zürcherische Kantonsgebiet bis zum 31. Oktober 1997 zu verlassen. Am 27. Februar 1998 wies das Obergericht des Kantons Aargau die Appellation von Y._____ gegen das erstinstanzliche Scheidungsurteil ab; dieses Urteil erwuchs am 28. Mai 1998 in Rechtskraft. Mit Beschluss vom 7. April 1999 wies der Regierungsrat des Kantons Zürich den Rekurs gegen die Verfügung der Fremdenpolizei vom 31. Juli 1997 ab. Eine dagegen beim Verwaltungsgericht des Kantons Zürich erhobene Beschwerde blieb erfolglos.

C.- Gegen den Entscheid des Verwaltungsgerichts vom 1. September 1999 hat Y._____ beim Bundesgericht Verwaltungsgerichtsbeschwerde erhoben. Sie beantragt, den angefochtenen Entscheid aufzuheben und die Fremdenpolizei des Kantons Zürich anzuweisen, ihr umgehend die Niederlassungsbewilligung zu erteilen. Zudem ersucht sie um unentgeltliche Rechtspflege und Verbeiständung. Sie beantragt ferner, die Vorinstanz anzuweisen, ihren Rechtsanwalt auch für die vorinstanzlichen Bemühungen entsprechend zu entschädigen.

Die Staatskanzlei des Kantons Zürich (für den Regierungsrat) schliesst auf Abweisung der Beschwerde. Das Verwaltungsgericht beantragt, die Beschwerde abzuweisen, soweit darauf einzutreten sei. Das Bundesamt für Ausländerfragen (für das Eidgenössische Justiz- und Polizeidepartement) schliesst auf Abweisung der Beschwerde.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1.- a) Art. 100 lit. b Ziff. 3 OG schliesst die Verwaltungsgerichtsbeschwerde aus gegen die Erteilung oder Verweigerung von fremdenpolizeilichen Bewilligungen, auf die das Bundesrecht keinen Anspruch einräumt. Nach Art. 7 Abs. 1 des Bundesgesetzes vom 26. März 1931 über Aufenthalt und Niederlassung der Ausländer (ANAG; SR 142. 20) hat der ausländische Ehegatte eines Schweizer Bürgers nach einem ordnungsgemässen und ununterbrochenen Aufenthalt von fünf Jahren Anspruch auf die Niederlassungsbewilligung. Für die Eintretensfrage ist einzig darauf abzustellen, ob während der erforderlichen Dauer formell eine eheliche Beziehung bestand (vgl. BGE 122 II 145; 119 Ib 417 E. 2c S. 419).

b) Nachdem im vorliegenden Fall die Beschwerdeführerin fünf Jahre ordnungsgemäss und ununterbrochen in der Schweiz gelebt hat, bevor die Scheidung ihrer Ehe mit einem Schweizer am 28. Mai 1998 rechtskräftig geworden ist, hat sie grundsätzlich Anspruch auf Erteilung der Niederlassungsbewilligung. Auf die Verwaltungsgerichtsbeschwerde ist daher einzutreten.

2.- a) Mit der Verwaltungsgerichtsbeschwerde kann die Verletzung von Bundesrecht, einschliesslich Überschreitung oder Missbrauch des Ermessens, gerügt werden (Art. 104 lit. a OG). An die Feststellung des Sachverhalts ist das Bundesgericht gebunden, wenn - wie im vorliegenden Fall - eine richterliche Behörde als Vorinstanz entschieden hat, sofern der Sachverhalt nicht offensichtlich unrichtig, unvollständig oder unter Verletzung wesentlicher Verfahrensvorschriften ermittelt worden ist (Art. 105 Abs. 2 OG). Damit können auch nachträgliche Veränderungen des Sachverhalts nicht berücksichtigt werden, bzw. sind neue tatsächliche Vorbringen im bundesgerichtlichen Verfahren ausgeschlossen, soweit sie nicht von der Vorinstanz von Amtes wegen hätten beachtet werden müssen und deren Nichtberücksichtigung auf eine Verletzung wesentlicher Verfahrensbestimmungen hinausläuft (BGE 122 II 299 E. 5d S. 310, mit Hinweisen; 121 II 97 E. 1c, mit Hinweisen).

b) Das Bundesgericht wendet das Bundesrecht bei der Verwaltungsgerichtsbeschwerde von Amtes wegen an, ohne an die Begründung der Parteibegehren gebunden zu sein (Art. 114 Abs. 1 in fine OG). Es kann die Beschwerde daher auch aus andern als den geltend gemachten Gründen gutheissen oder den Entscheid mit einer Begründung bestätigen, die von jener der Vorinstanz abweicht (BGE 121 II 473 E. 1b S. 477; 117 Ib 114 E. 4a S. 117, mit Hinweis).

3.- Nach Art. 7 Abs. 2 ANAG hat der ausländische Ehegatte eines Schweizer Bürgers dann keinen Anspruch auf Erteilung und Verlängerung der Aufenthaltsbewilligung, wenn die Ehe eingegangen worden ist, um die Vorschriften über Aufenthalt und Niederlassung von Ausländern und namentlich jene über die Begrenzung der Zahl der Ausländer zu umgehen. Erfasst wird davon insbesondere die sogenannte Scheinehe, bei der die Ehegatten von vornherein keine echte eheliche Gemeinschaft beabsichtigen. Auch wenn die Ehe nicht bloss zum Schein eingegangen worden ist, heisst dies aber nicht zwingend, dass einem Ausländer, der nicht mehr mit seinem schweizerischen Ehegatten zusammenlebt, der Aufenthalt weiterhin gestattet werden muss. Zu prüfen ist diesfalls, ob sich die Berufung auf die Ehe nicht als rechtsmissbräuchlich erweist. Der alleinige Umstand, dass ein Scheidungsverfahren hängig ist, belegt einen Rechtsmissbrauch nicht. Rechtsmissbrauch liegt indessen dann vor, wenn der Ausländer sich im fremdenpolizeilichen Verfahren auf eine Ehe beruft, welche nur noch formell besteht oder aufrechterhalten wird mit dem alleinigen Ziel, dem Ausländer eine Anwesenheitsbewilligung zu ermöglichen. Dieses Ziel wird von Art. 7 ANAG nicht geschützt (BGE 123 II 49 E.
4 und 5; 121 II 97 E. 2 und 4, insb. E. 4c S. 104 f.).

4.- a) Nach den Feststellungen des Verwaltungsgerichts hat der schweizerische Ehemann am 18. April 1994, rund zwei
Jahre nach der Heirat, die Scheidungsklage eingereicht. Als die Beschwerdeführerin im Mai 1997 bei der Fremdenpolizei des Kantons Zürich um Erteilung der Niederlassungsbewilligung ersuchte, lag die erstinstanzliche Scheidung durch das
Bezirksgericht Zurzach vom 20. Dezember 1994 bereits knapp zweieinhalb Jahre zurück; das Obergericht des Kantons Aargau wies die von der Beschwerdeführerin erhobene Appellation jedoch erst am 27. Februar 1998 ab.

Das Verwaltungsgericht ist zum Schluss gekommen, dass der Ehe schon vor Ablauf der fünfjährigen Aufenthaltsdauer der gemeinsame Wille, sie als Lebensgemeinschaft fortzuführen, und damit ihre innere Grundlage gefehlt habe. Rechtlich geht das Verwaltungsgericht davon aus, dass der Anspruch auf die Niederlassungsbewilligung gemäss Art. 7 Abs. 1 Satz 2 ANAG zumindest voraussetze, dass im Zeitraum der geforderten Aufenthalts- und Ehedauer der übereinstimmende Wille der Ehegatten zur Fortführung der Ehe als gelebtes Institut nicht bereits erloschen ist; der Anspruchstatbestand von Art. 7 Abs. 1 Satz 2 ANAG sei somit dann nicht erfüllt, wenn vor Ablauf der fünfjährigen Aufenthaltsdauer nicht mehr beide Ehegatten die Ehe als Lebensgemeinschaft mit gegenseitigen Rechten und Pflichten fortführen wollen; vorbehalten bleibe einzig der Fall, dass der Ehegatte mit Schweizer Bürgerrecht ungerechtfertigterweise auf die Beendigung der ehelichen Gemeinschaft hinwirke, wodurch dem Niederlassungsanspruch seines ausländischen Ehepartners zu Unrecht der Boden entzogen würde.

b) Diese Rechtsauffassung des Verwaltungsgerichts ist mit der gesetzlichen Regelung und der bundesgerichtlichen Rechtsprechung nicht vereinbar. Der Gesetzgeber hat den Anspruch auf Erteilung und Verlängerung der Aufenthaltsbewilligung sowie auf Erteilung der Niederlassungsbewilligung nach fünfjähriger Ehedauer nicht davon abhängig gemacht, dass die Ehe noch intakt ist. Die Bewilligung kann zwar wegen Rechtsmissbrauch verweigert werden, doch liegt ein solcher nicht schon dann vor, wenn die Ehegatten nicht mehr zusammenleben oder von einem der Ehegatten ein Eheschutz- oder Scheidungsverfahren eingeleitet worden ist (vgl. oben E. 3). Wenn das Verwaltungsgericht einen Anspruch auf Erteilung der Niederlassungsbewilligung bereits verneint, wenn der schweizerische Ehegatte die Ehe nicht mehr will, so würde die Einreichung einer Scheidungsklage vor Ablauf der fünfjährigen Ehedauer ausreichen, dem ausländischen Ehegatten die Niederlassungsbewilligung zu verweigern. Das Bundesgericht aber hat entschieden, dass der ausländische Ehegatte Anspruch auf Erteilung der Niederlassungsbewilligung hat, wenn das Scheidungsurteil erst nach Ablauf der fünfjährigen Ehedauer rechtskräftig wird. Es kommt nicht darauf an, ob das Scheidungsverfahren schon
vorher eingeleitet worden ist. Massgebend ist auch nicht der Zeitpunkt, in dem das Urteil gefällt wurde, sondern der Eintritt der Rechtskraft im Scheidungspunkt (Urteil vom 27. August 1993 i.S. Keles, veröffentlicht in RDAT 1994 I 133). Es ist deshalb unzutreffend, wenn das Verwaltungsgericht davon ausgeht, die Niederlassungsbewilligung sei immer dann zu verweigern, wenn der schweizerische Ehegatte sich vor Ablauf von fünf Ehejahren dazu entschieden hat, die Ehe nicht mehr als Lebensgemeinschaft weiterführen zu wollen. Richtig ist demgegenüber, dass der Erteilung der Niederlassungsbewilligung gleich wie der Verlängerung der Aufenthaltsbewilligung das Rechtsmissbrauchsverbot entgegenstehen kann, was voraussetzt, dass Rechtsmissbrauch schon vor Ablauf der fünf Ehejahre gegeben war (BGE 121 II 97 E. 4c S. 104/105; zum Ganzen: unveröffentlichtes Urteil vom 17. Dezember 1999 i.S. Pulia, E. 3b).

Zu prüfen ist daher einzig, ob sich die Beschwerdeführerin rechtsmissbräuchlich auf eine im massgebenden Zeitraum nur noch auf dem Papier bestehende Ehe beruft.

5.- a) In tatsächlicher Hinsicht hat sich das Verwaltungsgericht auf die Feststellungen des Obergerichts gestützt, wonach die Beteuerung der Beschwerdeführerin, sie sehe für die Ehe nach wie vor eine Zukunft, unglaubhaft und realitätsfremd wirke angesichts der Tatsache, dass sie seit der Trennung der Ehe keinerlei Anstrengungen unternommen habe, die ehelichen Schwierigkeiten zu lösen und das Verhältnis zum Kläger zu verbessern. Daraus hat das Verwaltungsgericht geschlossen, dass es seit dem erstinstanzlichen Scheidungsurteil auch der Beschwerdeführerin am Ehewillen gefehlt habe.
Die Beschwerdeführerin rügt, diese Folgerung stelle eine unrichtige Sachverhaltsfeststellung dar. Sie beruft sich unter anderem auf das - von ihr erst vor Bundesgericht eingereichte - Protokoll der Verhandlung vor dem Bezirksgericht Zurzach und rügt, ihre dort gemachten Aussagen seien falsch interpretiert worden.

Dieses Protokoll hätte ohne weiteres schon dem Verwaltungsgericht vorgelegt werden können; es kann daher im vorliegenden Verfahren nicht berücksichtigt werden (vgl. E. 2a oben). Dazu kommt, dass für die Frage, ob sich die Beschwerdeführerin im Jahre 1997 nach fünfjähriger Ehedauer rechtsmissbräuchlich auf ihre formell noch bestehende Ehe berief, ihre 1994 anlässlich des erstinstanzlichen Scheidungsverfahrens gemachten Aussagen nicht mehr von wesentlicher Bedeutungsind.

b) Das Obergericht des Kantons Aargau - auf dessen Feststellungen sich das Verwaltungsgericht unter anderem stützt - hat festgehalten, dass die Beschwerdeführerin seit der Trennung der Ehe keinerlei Anstrengungen unternommen habe, die ehelichen Schwierigkeiten zu lösen; so habe sie beispielsweise mit dem Kläger seit der letzten Verhandlung vor rund zwei Jahren keinerlei Kontakt mehr gehabt - abgesehen von drei Telefonaten, welche jedoch ausschliesslich geschäftlich bedingt gewesen seien.

Die Beschwerdeführerin behauptet nicht, die Feststellungen des Verwaltungsgerichts bzw. des Obergerichts betreffend der Art und Häufigkeit der Kontakte zu ihrem Ehemann seien falsch. Sie rügt vielmehr, daraus dürfte nicht geschlossen werden, ihr Ehewille sei erloschen; allenfalls sei die Folgerung zulässig, sie habe vor der Realität kapituliert, d.h. aufgegeben, ihren Ehewillen verwirklichen zu wollen; diese Vermutungen reichten jedoch nicht für eine Verweigerung des Rechtsanspruchs im Sinne von Art. 7 Abs. 1 ANAG.

Diese Argumentation geht fehl: Es mag zwar zutreffen, dass die Beschwerdeführerin auch nach fünf Ehejahren grundsätzlich zu einer Wiederaufnahme der Partnerschaft bereit gewesen wäre. Hat sie aber - und davon ist aufgrund der Feststellungen des Verwaltungsgerichts auszugehen - im Zeitraum zwischen der erst- und der oberinstanzlichen Scheidung, und zwar vor Ablauf der fünf Ehejahre, schon vor der Realität kapituliertünd daher keine wesentlichen Anstrenungen für eine Wiedervereinigung mehr getroffen, so kann es nicht mehr darauf ankommen, ob sie rein theoretisch noch einen Ëhewillenġehabt hat: Die Realität bestand eben darin, dass es für ihre Ehe keine Chance mehr gab; dieser Realität trug die Beschwerdeführerin dadurch Rechnung, dass sie seit der vorletzten Verhandlung vor dem Obergericht nur noch telefonisch und einzig aus geschäftlichen Gründen mit ihrem Mann Kontakt hatte. Damit aber berief sie sich, als sie um eine Niederlassungsbewilligung ersuchte, rechtsmissbräuchlich auf eine nur noch auf dem Papier bestehende Ehe. Dass ihr Scheidungswiderstand offenkundig auch unterhaltsrechtlich motiviert war, wie sie in der Beschwerde selber ausführt, ändert an diesem Rechtsmissbrauch nichts.

Nach dem Gesagten hat das Verwaltungsgericht zu Recht einen Anspruch der Beschwerdeführerin auf die Erteilung einer Niederlassungsbewilligung verneint. Die Beschwerde erweist sich damit in der Hauptsache als unbegründet.

6.- Die Beschwerdeführerin kritisiert, dass ihr das Verwaltungsgericht unter Hinweis auf Aussichtslosigkeit ihrer Beschwerde die Bestellung eines unentgeltlichen Rechtsbeistands verweigert habe.

Dass im vorliegenden Fall eine Niederlassungsbewilligung verweigert werden muss, lag nicht von vornherein dermassen klar auf der Hand, dass das Verwaltungsgericht die Beschwerde hätte als aussichtslos bezeichnen dürfen. Der angefochtene Entscheid ist daher im verlangten Umfang, d.h. soweit das Verwaltungsgericht der Beschwerdeführerin die unentgeltliche Verbeiständung verweigert hat, aufzuheben, und die Sache ist insoweit zu neuem Entscheid an das Verwaltungsgericht zurückzuweisen.

7.- Die Beschwerdeführerin hat für das bundesgerichtliche Verfahren um unentgeltliche Rechtspflege und Verbeiständung gemäss Art. 152 OG ersucht. Ihre Bedürftigkeit kann als erwiesen betrachtet werden; ferner erscheint die Beschwerde nicht als von vornherein aussichtslos. Die Beschwerdeführerin ist daher von der Bezahlung von Gerichtskosten zu befreien. Zudem rechtfertigt es sich, der Beschwerdeführerin ihren Vertreter als unentgeltlichen Rechtsanwalt beizugeben.

Demnach erkennt das Bundesgericht:

1.- a) Die Verwaltungsgerichtsbeschwerde wird teilweise gutgeheissen. Der Entscheid des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich vom 1. September 1999 wird insoweit aufgehoben, als der Beschwerdeführerin die unentgeltliche Verbeiständung verweigert worden ist, und die Sache wird insoweit zu neuem Entscheid an das Verwaltungsgericht zurückgewiesen.

b) Im Übrigen wird die Verwaltungsgerichtsbeschwerde abgewiesen.

2.- Das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege und Verbeiständung wird gutgeheissen.

a) Es werden keine Kosten erhoben.

b) Rechtsanwalt Marc Spescha, Langstrasse 4, Zürich, wird als amtlicher Vertreter der Beschwerdeführerin bestellt, und es wird ihm aus der Bundesgerichtskasse ein Honorar von Fr. 1'800. – ausgerichtet.

3.- Dieses Urteil wird der Beschwerdeführerin, dem Regierungsrat und dem Verwaltungsgericht (2. Kammer) des Kantons Zürich sowie dem Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartement schriftlich mitgeteilt.

_____

Lausanne, 4. Februar 2000

Im Namen der I. öffentlichrechtlichen Abteilung
des SCHWEIZERISCHEN BUNDESGERICHTS
Der Präsident:

Die Gerichtsschreiberin: