Tribunale federale
Tribunal federal

{T 0/2}
2A.118/2005 /kil

Urteil vom 4. März 2005
II. Öffentlichrechtliche Abteilung

Besetzung
Bundesrichter Merkli, Präsident,
Bundesrichter Hungerbühler, Wurzburger,
Gerichtsschreiber Feller.

Parteien
1. X._____,
2. Y._____,
Beschwerdeführerinnen,
beide vertreten durch Rechtsanwalt Marc Spescha,

gegen

Regierungsrat des Kantons Zürich,
Kaspar Escher-Haus, 8090 Zürich,
Verwaltungsgericht des Kantons Zürich, 4. Abteilung, Postfach 1226, 8021 Zürich.

Gegenstand
Aufenthaltsbewilligung,

Verwaltungsgerichtsbeschwerde gegen die Verfügung des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich, 4. Abteilung, vom 15. Februar 2005.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:
1.
X._____, geb. 1967, Staatsangehörige der Union Serbien-Montenegro, stellte im April 1996 ein Asylgesuch. Dieses wurde ab- und X._____ aus der Schweiz weggewiesen. Eine gegen die entsprechende Verfügung des Bundesamtes für Flüchtlinge erhobene Beschwerde wies die Schweizerische Asylrekurskommission am 25. Oktober 2001 ab, und das Bundesamt für Flüchtlinge setzte eine Ausreisefrist auf den 30. Januar 2002 an. Am 5. April 2002 heiratete X._____ den Schweizer Bürger A._____, und die Wegweisung wurde in der Folge nicht vollzogen. Da das Migrationsamt des Kantons Zürich das Vorliegen einer Scheinehe vermutete, wartete es jedoch mit einem Entscheid über das auf Art. 7 ANAG gestützte Gesuch von X._____ um Erteilung der Aufenthaltsbewilligung zu; am 23. Februar 2004 wies es das Gesuch ab. Der dagegen erhobene Rekurs an den Regierungsrat des Kantons Zürich, mit welchem geltend gemacht wurde, die Bewilligung müsse aufgrund der echten ehelichen Beziehung zum Schweizer Ehemann gestützt auf Art. 7 ANAG erteilt werden, blieb erfolglos. Der Rekursentscheid des Regierungsrats vom 21. Juli 2004 erwuchs in Rechtskraft. Das Migrationsamt setzte zuletzt eine Ausreisefrist auf den 30. November 2004 an.

Am 5. November 2004 liessen X._____ und die Schweizer Bürgerin Y._____, geb. 1944, eine Partnerschaftsvereinbarung im Sinne von § 2 Abs. 1 lit. d des Zürcher Gesetzes vom 21. Januar 2002 über die Registrierung gleichgeschlechtlicher Paare (RegG) öffentlich beurkunden; dies in der Absicht, sich nach sechs Monaten beim Zivilstandsamt als Partnerschaft im Sinne von § 1 RegG im zuständigen Register eintragen zu lassen.

Unter Hinweis auf diese Partnerschaftsbeurkundung und ein parallel dazu eingereichtes Scheidungsbegehren stellte X._____, welche seit November 2004 mit Y._____ zusammenwohnt, am 29. November 2004, einen Tag vor Ablauf der letzten Ausreisefrist, beim Migrationsamt des Kantons Zürich ein Gesuch, es sei ihr im Hinblick auf die Registrierung der Partnerschaft eine Aufenthaltsbewilligung zu erteilen. Das Migrationsamt wies das Gesuch am 3. Dezember 2004 ab. Es hielt fest, dass die Ausreiseverpflichtung auch bei Einreichung eines allfälligen Rekurses bestehe. X._____ und Y._____ fochten diese Verfügung beim Regierungsrat des Kantons Zürich an, welcher mit Beschluss vom 19. Januar 2005 auf den Rekurs nicht eintrat und das Migrationsamt mit dem Vollzug der Wegweisung beauftragte.
Gegen den regierungsrätlichen Beschluss erhoben X._____ und Y._____ am 11. Februar 2005 Beschwerde an das Verwaltungsgericht des Kantons Zürich, mit den Anträgen, den Beschluss aufzuheben und die Sache zu materieller Beurteilung an den Regierungsrat zurückzuweisen, eventualiter das Migrationsamt anzuweisen, X._____ im Hinblick auf die Registrierung der Partnerschaft die Aufenthaltsbewilligung zu erteilen. In verfahrensrechtlicher Hinsicht stellten sie das Gesuch, das Migrationsamt sei im Sinne einer vorsorglichen Massnahme anzuweisen, bis zum Endentscheid in der Hauptsache Vollziehungsvorkehrungen zu unterlassen. Der Präsident der 4. Abteilung des Verwaltungsgerichts wies das Begehren um Erlass einer vorsorglichen Massnahme mit Verfügung vom 15. Februar 2005 ab.

Mit Verwaltungsgerichtsbeschwerde vom 28. Februar 2005 beantragen X._____ und Y._____ dem Bundesgericht, die Verfügung vom 15. Februar 2005 aufzuheben und die kantonalen Behörden anzuweisen, bis zum Endentscheid in der Hauptsache Vollziehungsvorkehrungen zu unterlassen.

Es ist weder ein Schriftenwechsel noch sind andere Instruktionsmassnahmen (Einholen zusätzlicher Akten) angeordnet worden.

Mit Urteil vom 16. Februar 2005 des Einzelrichters im ordentlichen Verfahren des Bezirksgerichts B._____ ist die Ehe von A._____ und X._____ auf gemeinsames Begehren hin geschieden worden.
2.
2.1 Die angefochtene Zwischenverfügung erging in Anwendung von kantonalem Verfahrensrecht (§ 6 VRG). Weil der Sachentscheid des Verwaltungsgerichts bezüglich der Frage des behaupteten Bewilligungsanspruchs mit Verwaltungsgerichtsbeschwerde anzufechten wäre (vgl. BGE 127 II 161 E. 1 und 2a S. 164 ff.), dürfte dieses Rechtsmittel wohl auch zur Anfechtung der Zwischenverfügung dem Grundsatz nach zulässig sein (vgl. Urteil 2P.82/2004 vom 5. Mai 2004 E. 1.2; 2A.393/1998 vom 11. November 1998 E. 1). Da auch im Verfahren der Verwaltungsgerichtsbeschwerde nur die bundesrechtskonforme (Bundesverfassung, EMRK) Anwendung des kantonalen Verfahrensrechts und damit die angefochtene Verfügung nicht weitergehend zu überprüfen ist, als dies im Verfahren der staatsrechtlichen Beschwerde der Fall wäre, muss die Frage nach dem zulässigen Rechtsmittel nicht abschliessend behandelt werden. Ebenso können weitere Eintretensfragen (Erfordernis des nicht wieder gutzumachenden Nachteils, vgl. Art. 97 OG in Verbindung mit Art. 5 und 45 VwVG) offen bleiben, da die Beschwerde sich als offensichtlich unbegründet erweist.
2.2 Gemäss § 6 Satz 1 VRG, welcher im Verfahren vor dem Verwaltungsgericht zur Anwendung kommt (vgl. § 70 VRG), sind die nötigen vorsorglichen Massnahmen zu treffen. Das Verwaltungsgericht geht davon aus, dass die Notwendigkeit für die Anordnung vorsorglicher Massnahmen nicht gegeben sei.

Ein Entscheid über die Anordnung vorsorglicher Massnahmen setzt Dringlichkeit voraus, d.h. es muss sich als notwendig erweisen, die fraglichen Vorkehren sofort zu treffen; der Verzicht auf Massnahmen muss für den Betroffenen einen Nachteil bewirken, der nicht leicht wiedergutzumachen ist. Erforderlich ist, dass eine Abwägung der sich gegenüberstehenden Interessen den Ausschlag für den einstweiligen Rechtsschutz gibt und dieser verhältnismässig erscheint. Vorsorgliche Massnahmen ergehen aufgrund einer bloss summarischen Prüfung der Sach- und Rechtslage; die zuständige Behörde ist nicht gehalten, für ihren rein vorsorglichen Entscheid zeitraubende Abkärungen zu treffen, sondern kann in erster Linie auf die ihr zur Verfügung stehenden Akten abstellen; Prognosen über den Ausgang des Verfahrens sind zu berücksichtigen, wenn sie eindeutig sind. Schliesslich hat die Behörde darauf zu achten, dass sie mit ihrem Entscheid den Entscheid in der Hauptsache nicht schon weitgehend präjudiziert (BGE 129 II 286 E. 3 S. 289; 127 II 132 E. 3 S. 137 f.; 117 V 185 E. 2b S. 191, je mit Hinweisen). Nimmt schon die für den Entscheid über vorsorgliche Massnahmen zuständige

Behörde bloss eine summarische Prüfung der Sach- und Rechtslage vor, wobei ihr - der Natur der Sache nach - ein erheblicher Beurteilungs- bzw. Ermessensspielraum zukommt, beschränkt sich das Bundesgericht auf Beschwerde hin seinerseits erst recht auf eine vorläufige Prüfung der Akten. Es prüft, ob die Vorinstanz ihr Ermessen überschritten oder missbraucht hat, und hebt deren Entscheid nur auf, wenn sie wesentliche Tatsachen völlig übersehen und Interessen ausser Acht gelassen oder offensichtlich falsch bewertet hat. Besondere Zurückhaltung erscheint geboten, wenn eine verwaltungsunabhängige richterliche Behörde über vorsorgliche Massnahmen entschieden hat (BGE 129 II 286 E. 3 S. 289; Urteil 2A.301/2004 vom 28. Mai 2004 E. 2.1, mit weiteren Hinweisen).

Auch die Verfügung über die Gewährung oder den Entzug der aufschiebenden Wirkung ist ein Entscheid über vorsorgliche Massnahmen, und das vorstehend zur diesbezüglich erforderlichen Interessenabwägung Ausgeführte gilt grundsätzlich auch für Beschwerden gegen derartige Verfügungen. Damit kann offen bleiben, ob vorliegend letztlich über die aufschiebende Wirkung gestritten wird, wie die Beschwerdeführerinnen dies behaupten. Zu beachten ist dabei, dass die Beschwerdeführerin 1 seit Abschluss des Asylverfahrens noch nie über eine ausländerrechtliche Bewilligung verfügt hat. Die Bewilligung eines weiteren Aufenthalts bedurfte einer positiven Anordnung (vgl. dazu Urteil 2A.367/2004 vom 4. Oktober 2000 E. 2b/aa).

An der Sache vorbei geht die Darstellung der Beschwerdeführerinnen, Gegenstand schon des Bewilligungsverfahrens sei bloss eine Anwesenheitsbewilligung bis zum Zeitpunkt des Registereintrags gewesen, sodass die Verweigerung der vorsorglichen Massnahme das Bewilligungsverfahren praktisch gegenstandslos werden liesse; gerade die Gutheissung des Gesuchs um vorsorgliche Massnahmen würde bei dieser Betrachtungsweise den auf diese Weise eingeschränkt verstandenen Bewilligungsentscheid faktisch vorwegnehmen. Im Übrigen wollen die Beschwerdeführerinnen jedenfalls im Endeffekt ein auf Dauer angelegtes Anwesenheitsrecht erwirken. So oder anders hatte das Verwaltungsgericht im vorsorglichen Verfügungsverfahren eine Interessenabwägung vorzunehmen und dabei zu überprüfen, ob die Beschwerdeführerin 1 auch während des Schwebezustandes bis zur abschliessenden Klärung ihres ausländerrechtlichen Status weiterhin ohne gültige Anwesenheitsregelung in der Schweiz bleiben könne oder - vorläufig und je nach Ausgang des Hauptverfahrens bloss vorübergehend - auszureisen habe.

2.3

2.3.1 Die Beschwerdeführerin 1 ist seit bald 9 Jahren in der Schweiz, und es ist nicht von der Hand zu weisen, dass es für sie mit Unannehmlichkeiten verbunden ist, in ihr Heimatland auszureisen, welches sie im Alter von 29 Jahren verliess, obwohl sie alles in die Wege geleitet hat, um eine Aufenthaltsbewilligung in der Schweiz erwirken zu können, und nach dem von ihr eingenommenen Standpunkt einen Bewilligungsanspruch auch definitiv glaubt durchsetzen zu können. Bei der Gewichtung ihres Interesses an der verweigerten vorsorglichen Massnahme ist zu berücksichtigen, dass sie vor Bundesgericht nicht geltend macht, eine bloss vorübergehende Rückkehr in das Heimatland sei nicht zumutbar, sondern sich über den Umstand beschwert, dass sie vorübergehend daran gehindert werde, ihr Privatleben zusammen mit ihrer Partnerin zu gestalten. Dabei kommt Art. 8 EMRK insofern ins Spiel, als nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung gleichgeschlechtliche Partner aus dieser Konventionsnorm, soweit sie das Recht auf Achtung des Privatlebens garantiert, unter Umständen einen Anspruch auf eine ausländerrechtliche Bewilligung ableiten können. Voraussetzung dazu ist eine nahe, echte und tatsächlich gelebte Beziehung zwischen einem Ausländer und einer hier anwesenheitsberechtigten Person, wobei die bisherige Dauer der Beziehung bzw. des gemeinsamen Haushalts eine zentrale Rolle spielt; erforderlich ist grundsätzlich eine stabilisierte, mehrjährige Partnerschaft (vgl. BGE 126 II 425 E. 4c und S. 432 ff.).

2.3.2 Die Beschwerdeführerin 1 ist im Asylverfahren aus der Schweiz weggewiesen worden. Das öffentliche Interesse an der Durchsetzung definitiver asylrechtlicher Ausreiseverpflichtungen ist, im Hinblick auf die Glaubwürdigkeit der Asylpolitik, grundsätzlich gross. Gemäss Art. 14 Abs. 1 AsylG konnte die Beschwerdeführerin 1 bis zu erfolgter Ausreise kein Verfahren um Erteilung einer fremdenpolizeilichen Aufenthaltsbewilligung einleiten, es sei denn, es bestehe ein Anspruch auf Erteilung einer solchen. Gut zwei Monate nach Ablauf der auf den 30. Januar 2002 angesetzten asylrechtlichen Ausreisefrist heiratete sie einen Schweizer Bürger, sodass sie, ohne ausreisen zu müssen, gestützt auf Art. 7 ANAG ein Bewilligungsverfahren einleiten konnte. Bei der Ehe handelte es sich jedoch um eine Ausländerrechtsehe. Nach Eintritt der Rechtskraft des die Bewilligungsverweigerung bestätigenden Rekursentscheids des Regierungsrats vom 21. Juli 2004 wurde der Beschwerdeführerin 1

wiederum eine Ausreisefrist, auf den 30. November 2004, angesetzt. Einen Tag vor deren Ablauf stellte sie ein neues Bewilligungsgesuch, diesmal gestützt auf die kurz zuvor verurkundete Partnerschaftsvereinbarung. Neu wird nun im Zusammenhang mit dieser Vereinbarung ein
Bewilligungsanspruch nach Art. 8 EMRK geltend gemacht, welcher die Einleitung eines Bewilligungsverfahrens trotz nicht erfolgter Ausreise nach asylrechtlichem Wegweisungsentscheid erlaube.
2.3.3 Für die Beurteilung dieses Bewilligungsanspruchs fallen schon die geschilderten auffälligen zeitlichen Abläufe ins Gewicht. Von wesentlicher Bedeutung ist sodann, dass die Beschwerdeführerin zwecks Sicherung ihrer Anwesenheit in der Schweiz eine Scheinehe eingegangen ist bzw. sich rechtsmissbräuchlich darauf berufen hat. Zur Scheidung, die sie schliesslich relativ rasch in die Wege leiten konnte, entschied sie sich erst, als angesichts der Ergebnisse der fremdenpolizeirechtlichen Verfahren keine ernsthafte Möglichkeit mehr bestand, daraus Rechte ableiten zu können. Sie beruft sich nun ausländerrechtlich seit Ende November 2004 auf eine Partnerschaft, deren Wurzeln mehrere Jahre zurückreichen sollen, obwohl sie noch im Frühjahr 2004 - aus ausländerrechtlichen Gründen - die Ernsthaftigkeit der ehelichen Beziehung betont hatte. Angesichts der strengen Kriterien, die nach der Rechtsprechung zur Geltendmachung eines Bewilligungsanspruchs wegen einer gleichgeschlechtlichen Partnerschaft gelten, bestehen im vorliegenden Fall zum heutigen Zeitpunkt Zweifel an der Tiefe und Konstanz der Partnerschaft. Frühestens die Registrierung der Partnerschaft könnte ein Indiz für die geforderte Intensität der Beziehung sein; ob aber die
Registrierung als solche grundsätzlich ausreichen würde, mag schon darum dahingestellt werden, weil selbst die auch vom kantonalen Recht geforderte Wartezeit von sechs Monaten zwischen Verurkundung und Registrierung noch längst nicht abgelaufen ist. Auch vorfrageweise nicht geprüft werden muss daher, inwiefern der kantonale Gesetzgeber verbindliche Kriterien aufstellen kann, die für das Entstehen eines bundesrechtlichen Anspruchs massgeblich wären.

Angesichts des bisherigen Verhaltens der Beschwerdeführerin 1 besteht keine genügend konkrete Anspruchssituation, die sie von der Ausreiseverpflichtung gemäss Art. 14 Abs. 1 AsylG befreite. Jedenfalls spricht die Interessenlage unter den gegebenen Umständen dafür, sie dazu anzuhalten, die weitere Abwicklung des Bewilligungsverfahrens im Ausland abzuwarten. Im Falle eines positiven Ausgangs des Bewilligungsverfahrens wäre die Trennung zeitlich begrenzt, und es erscheint auch unter dem Gesichspunkt von Art. 8 EMRK zumutbar, während deren Dauer Kontakte auf andere Weise zu pflegen (vgl. Urteil 2A.367/2000 vom 4. Oktober 2000 E. 2b/cc). An dieser Interessenabwägung ändert insbesondere Art. 1 Abs. 1 Satz 2 ANAV nichts, besteht doch genügend Anlass für im Einzelfall getroffene abweichende Verfügungen der zuständigen Behörden. Es lässt sich auch nicht sagen, dass die Weiterverfolgung der Bemühungen um das Erhältlichmachen einer Bewilligung und vorerst um das Erwirken des Registereintrags durch eine Ausreise vereitelt würden.
2.4 Das Verwaltungsgericht hat mit seiner Verfügung nach dem Gesagten weder wesentliche Tatsachen übersehen oder Interessen ausser Acht gelassen noch solche offensichtlich falsch bewertet. Unbegründet ist auch der Gehörsverweigerungsvorwurf: Naturgemäss fallen die Begründungen von vorsorglichen Verfügungen summarisch aus. Es genügt, wenn aus dem Kontext klar wird, welche Überlegungen für den Entscheid massgeblich sind. Über das Gesuch hat der Präsident der zuständigen Abteilung des Verwaltungsgerichts entschieden; die Verfügung ist vom Gerichtsschreiber redigiert worden, welcher eine abweichende Stellungnahme zu Papier gebracht hat. Aus dem Verfügungstext als Ganzes, in Verbindung mit dem den Gegenstand des hängigen Beschwerdeverfahrens bildenden Regierungsratsbeschluss vom 19.Januar 2005, wird klar, dass das Verwaltungsgericht die Berufung auf Art. 8 EMRK berücksichtigt, indessen als nicht genügend erachtet hat, um der Beschwerdeführerin 1 vorsorglich den Aufenthalt in der Schweiz zu gestatten. Dies hat es den Beschwerdeführerinnen erlaubt, die Verfügung, wenn auch ohne Erfolg, sachgerecht anzufechten.
2.5 Die Beschwerde erweist sich als unbegründet und ist abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist. Damit wird das Gesuch um Erlass einer superprovisorischen Verfügung gegenstandslos.

Dementsprechend sind die bundesgerichtlichen Kosten den Beschwerdeführerinnen je zur Hälfte unter Solidarhaft aufzuerlegen (Art. 156 Abs. 1 und 7 in Verbindung mit Art. 153 und 153 a OG).

Demnach erkennt das Bundesgericht:
1.
Die Beschwerde wird abgewiesen, soweit darauf einzutreten ist.

2.
Die Gerichtsgebühr von Fr. 2'000.– wird den Beschwerdeführerinnen unter Solidarhaft auferlegt.
3.
Dieses Urteil wird den Beschwerdeführerinnen, dem Regierungsrat und dem Verwaltungsgericht des Kantons Zürich sowie dem Bundesamt für Migration schriftlich mitgeteilt.
Lausanne, 4. März 2005
Im Namen der II. öffentlichrechtlichen Abteilung
des Schweizerischen Bundesgerichts
Der Präsident: Der Gerichtsschreiber: