



Abteilung III
C-7742/2008

Urteil vom 14. Mai 2012

Besetzung

Richterin Marianne Teuscher (Vorsitz),
Richterin Ruth Beutler, Richter Jean-Daniel Dubey,
Gerichtsschreiber Daniel Brand.

Parteien

F._____,
vertreten durch lic. iur. Pablo Blöchliger, Rechtsanwalt,
Beschwerdeführerin,

gegen

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

Gegenstand

Verweigerung der Zustimmung zur Verlängerung der
Aufenthaltsbewilligung und Wegweisung.

Sachverhalt:**A.**

Die aus der Dominikanischen Republik stammende Beschwerdeführerin (geb. 1963) heiratete am 30. September 2000 in ihrem Heimatland den in der Schweiz niedergelassenen portugiesischen Staatsangehörigen G._____ (geb. 1965). Mit Zuzugsdatum vom 7. September 2001 erhielt sie in der Folge vom Kanton Zürich eine Aufenthaltsbewilligung im Rahmen des Familiennachzuges zum Verbleib bei ihrem Ehemann.

B.

Am 1. Dezember 2001 hatte die Beschwerdeführerin eine Bewilligung zu einer Tätigkeit als Tänzerin erwirkt, um – mit einem einmonatigen Unterbruch im Mai 2002 – bis Ende August 2002 in verschiedenen Nachtclubs in den Kantonen Appenzell Ausserrhoden, Thurgau und St. Gallen aufzutreten. Wegen Ausübens einer selbständigen Erwerbstätigkeit (Prostitution in einem Massagesalon in Zürich) ohne Bewilligung als kontrollpflichtige ausländische Person wurde sie am 28. November 2002 vom Polizeirichteramt Zürich zu einer Busse von Fr. 300.- verurteilt.

C.

Am 29. Oktober 2002 erhielt die Beschwerdeführerin eine bis zum 6. September 2007 und für die ganze Schweiz gültige EG/EFTA-Aufenthaltsbewilligung, nachdem sie im Rahmen von fremdenpolizeilichen Abklärungen gegenüber dem Migrationsamt des Kantons Zürich beteuert hatte, weder sei die eheliche Gemeinschaft aufgegeben noch sei ein Scheidungsverfahren eingeleitet worden; sie lebe (nach wie vor) mit ihrem Ehemann zusammen. Diese Angaben wurden in der Folge vom Ehemann vollumfänglich bestätigt (vgl. Eingabe vom 30. Oktober 2002 an die kantonale Migrationsbehörde).

D.

Am 14. Mai 2005 wurde der Ehemann der Beschwerdeführerin verhaftet und in Untersuchungshaft versetzt. Mit Urteil des Bezirksgerichts Bülach vom 29. November 2005 bzw. des Obergerichts des Kantons Zürich vom 28. August 2006 wurde G._____ wegen qualifizierter Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz zu zweieinhalb Jahren Zuchthaus verurteilt. Am 12. Januar 2007 erfolgte seine bedingte Entlassung aus dem Strafvollzug.

E.

Anlässlich eines weiteren Gesuches um Verlängerung der Aufenthaltsbe-

willigung gab die Beschwerdeführerin in einem – auch von G._____ unterzeichneten – Schreiben an das Migrationsamt des Kantons Zürich vom 31. August 2007 an, ihr Ehemann sei aufgrund eines momentanen Ehestreits im Februar 2007 aus der gemeinsamen Wohnung ausgezogen. Telefonischen und persönlichen Kontakt hätten sie jedoch weiterhin zueinander gehabt. Vor einigen Wochen sei der Ehemann wieder zu ihr zurückgekehrt. Der Eingabe war eine Kopie der Niederlassungsbewilligung von G._____ beigelegt, in welcher als Wohnort die Adresse der Ehefrau eingetragen war (X._____strasse, 8005 Zürich). In der Folge wurde die EG/EFTA-Bewilligung der Beschwerdeführerin um weitere fünf Jahre – bis zum 6. September 2012 – verlängert.

F.

Mit Urteil des Bezirksgerichts Zürich vom 7. April 2008 wurde die Ehe der Beschwerdeführerin geschieden.

G.

Am 16. Juni 2008 erklärte sich das Migrationsamt des Kantons Zürich mit einer "Neuregelung" des Aufenthaltes der Beschwerdeführerin bereit und übermittelte die Angelegenheit dem BFM mit dem Antrag auf Zustimmung.

Am 4. September 2008 teilte die Vorinstanz der Beschwerdeführerin mit, dass erwogen werde, die Zustimmung zur Verlängerung der kantonalen Aufenthaltsbewilligung zu verweigern, und räumte ihr Gelegenheit zur Stellungnahme ein. Mit Eingabe vom 24. September äusserte sich die Beschwerdeführerin zur beabsichtigten Zustimmungsverweigerung und drohenden Wegweisung.

H.

Mit Verfügung vom 3. November 2008 verweigerte das BFM die Zustimmung zur Verlängerung der Aufenthaltsbewilligung. Gleichzeitig wurde die Wegweisung der Beschwerdeführerin verfügt und es wurde ihr eine Ausreisefrist bis zum 3. Februar 2009 angesetzt. Zur Begründung führte die Vorinstanz im Wesentlichen aus, auch wenn die Beschwerdeführerin ihren früheren Ehemann im Gefängnis besucht und dieser ihr Briefe geschrieben habe, könne die Haftzeit nicht als eheliche Gemeinschaft bezeichnet werden, zumal diese nach dessen Haftentlassung nicht wieder aufgenommen worden sei. Vielmehr sei der Umstand, dass die Beschwerdeführerin bereits drei Monate nach ihrer Einreise in die Schweiz eine Tätigkeit im Rotlichtmilieu sowie später als Prostituierte aufgenom-

men habe, mit dem Begriff einer Ehegemeinschaft im Sinne des Schweizerischen Zivilgesetzbuches nicht vereinbar. Die systematische oder gewerbsmässige Prostitution begründe ohne weiteres die Regelvermutung, dass mit der Ehe primär andere Zwecke verfolgt worden seien als die Begründung einer tatsächlich gelebten und auf die Zukunft gerichteten ehelichen Schicksalsgemeinschaft. Im vorliegenden Fall könne daher nicht von einer dreijährigen Ehegemeinschaft vor Auflösung der Ehe ausgegangen werden. Der Vollzug der Wegweisung sei zulässig, zumutbar und möglich.

I.

Mit Rechtsmitteleingabe vom 3. Dezember 2008 beantragt die Beschwerdeführerin die Aufhebung der vorinstanzlichen Verfügung und die Erteilung der Zustimmung zur Verlängerung der Aufenthaltsbewilligung. In prozessualer Hinsicht wird um Durchführung eines mündlichen Verfahrens ersucht. In ihrer Begründung bringt die Beschwerdeführerin im Wesentlichen vor, die Vorinstanz berufe sich in ihrer Verfügung auf vage Hinweise, angebliche Erfahrungen und auf Allgemeinheiten. Damit habe sie den Sachverhalt nicht rechtsgenügend abgeklärt. Es gehe nicht an, im Sexgewerbe arbeitenden Personen von vornweg jegliche Liebes- und Ehefähigkeit abzusprechen. Aus den Einverständniserklärungen der ausserkantonalen Ausländerbehörden gehe klar hervor, dass sie (die Beschwerdeführerin) zwar Bewilligungen zur Erwerbstätigkeit erhalten, jedoch immer bei ihrem Ehemann in Zürich gewohnt habe. Damit sei von einer Ehegemeinschaft im Sinne von Art. 50 des Ausländergesetzes vom 16. Dezember 2005 (AuG, SR 142.20) auszugehen. Dies umso mehr, als ihr die zuständigen Behörden die Aufenthaltsbewilligung in Kenntnis sämtlicher Umstände (Tätigkeit im Rotlichtmilieu, Sozialhilfeabhängigkeit) jeweils vorbehaltlos verlängert hätten. Infolge ihrer erfolgreichen Integration habe sie gestützt auf Art. 50 Abs. 1 Bst. a AuG einen Anspruch auf Verlängerung der Aufenthaltsbewilligung.

J.

Mit Zwischenverfügung vom 10. Dezember 2008 gab das Bundesverwaltungsgericht dem Beweisantrag der Beschwerdeführerin auf Durchführung einer mündlichen Verhandlung (Parteibefragung) nicht statt, räumte ihr jedoch die Möglichkeit ein, eine allfällige Beschwerdeergänzung nachzureichen, wovon sie mit Eingabe vom 7. Januar 2009 Gebrauch machte.

K.

In ihrer Vernehmlassung vom 11. Februar 2009 spricht sich die Vorinstanz

für die Abweisung der Beschwerde aus und vertritt weiterhin die Auffassung, von einer tatsächlichen ehelichen Gemeinschaft könne in casu nicht ausgegangen werden, da die Beschwerdeführerin während ihrer Ehe im Rotlichtmilieu tätig gewesen sei.

L.

Mit Replik vom 17. März 2009 hält die Beschwerdeführerin an ihren Anträgen und deren Begründung vollumfänglich fest. Es verstosse gegen das Diskriminierungsverbot, Arbeiterinnen im Sexgewerbe das Recht auf Ehe nicht zugestehen zu wollen. Ihre Tätigkeit im Rotlichtmilieu sei den zuständigen Behörden immer bekannt gewesen. Diese hätten ihre Aufenthaltsbewilligung anstandslos immer wieder verlängert.

M.

Mit verfahrensleitender Verfügung vom 1. September 2011 lud das Bundesverwaltungsgericht die Beschwerdeführerin ein, allfällige, seit dem letzten Schriftenwechsel eingetretene Sachverhaltsänderungen in das Verfahren einzubringen.

N.

In ihrer Eingabe vom 14. November 2011 weist die Beschwerdeführerin darauf hin, dass ihr Arbeitsverhältnis im September 2010 aufgelöst worden sei. Aufgrund starker Rückenschmerzen sei es ihr nicht mehr möglich gewesen, ihre bisherige Tätigkeit (im Reinigungsgewerbe) weiter zu führen. Seither halte sie sich mit Gelegenheitsjobs über Wasser und falle keiner Sozialbehörde zur Last.

Der Eingabe waren entsprechende Arzt- bzw. Arbeitsunfähigkeitszeugnisse beigelegt.

O.

Nachdem das Bundesverwaltungsgericht nach Beizug der kantonalen Akten sowie nach Konsultation des Zentralen Migrationsinformationssystems ZEMIS festgestellt hatte, dass der Beschwerdeführerin die vom Migrationsamt des Kantons Zürich am 11. September 2007 erteilte und noch bis zum 6. September 2012 gültige Aufenthaltsbewilligung EG/EFTA – ungeachtet ihrer Ehescheidung – offenbar nie widerrufen worden war, sah sich das Bundesverwaltungsgericht veranlasst, die Vorinstanz zu einem weiteren Schriftenwechsel einzuladen.

P.

In ihrer ergänzenden Vernehmlassung vom 16. April 2012 hält die Vorin-

stanz diesbezüglich fest, es sei davon auszugehen, dass das Migrationsamt des Kantons Zürich den Widerruf der am 11. September 2007 für fünf Jahre erteilten EG/EFTA-Bewilligung tatsächlich versäumt habe. Die Absicht dieser Behörde, ein Zustimmungsverfahren einzuleiten, ergebe sich jedoch klar aus einem an die Beschwerdeführerin gerichteten Schreiben vom 23. Mai 2008. Darin habe das Migrationsamt ausdrücklich seine Bereitschaft erklärt, der Beschwerdeführerin nach der Scheidung der Ehe mit einem EU-Bürger – auf entsprechendes Gesuch hin – eine neue Aufenthaltsbewilligung zu erteilen. Im Übrigen beantragt das BFM die Abweisung der Beschwerde.

Q.

Auf den weiteren Akteninhalt (u.a. die beigezogenen Akten des Migrationsamtes des Kantons Zürich) wird, soweit rechtserheblich, in den Erwägungen eingegangen.

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 VGG genannten Ausnahmen Beschwerden gegen Verfügungen nach Art. 5 des Verwaltungsverfahrensgesetzes vom 20. Dezember 1968 (VwVG, SR 172.021), welche von einer in Art. 33 VGG aufgeführten Behörde erlassen wurden. Darunter fallen Verfügungen des BFM betreffend Zustimmung zur Erteilung bzw. Verlängerung einer Aufenthaltsbewilligung und betreffend Wegweisung. Das Bundesverwaltungsgericht entscheidet endgültig, soweit nicht die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten an das Bundesgericht offen steht (vgl. Art. 83 Bst. c Ziff. 2 und 4 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 VwVG, soweit das Gesetz nichts anderes bestimmt.

1.3. Die Beschwerdeführerin ist als Verfügungsadressatin zur Beschwerde legitimiert (vgl. Art. 48 Abs. 1 VwVG). Auf die frist- und formgerecht eingereichte Beschwerde ist somit einzutreten (vgl. Art. 50 und Art. 52 VwVG).

2.

Mit Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht kann die Verletzung von Bundesrecht, einschliesslich Überschreitung oder Missbrauch des Ermessens, die unrichtige oder unvollständige Feststellung des rechtserheblichen Sachverhaltes und – sofern 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).

3.

3.1. 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).

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, welche am 11. September 2007 vom Migrationsamt des Kantons Zürich letztmals – für weitere fünf Jahre – verlängert worden ist. Auch wenn es die kantonale Migrationsbehörde offensichtlich versäumt hat, die formal noch bestehende EG/EFTA-Bewilligung zu widerrufen (Art. 23 der Verordnung über die Einführung des freien Personenverkehrs vom 22. Mai 2002 [VEP, SR 142.203]; vgl. auch Urteil des Bundesgerichts 2C_21/2007 vom 16. April 2007 E. 2.3 mit Hinweisen), ergibt sich deren Absicht, ein Aufenthaltsverfahren einzuleiten, aus einem an die Beschwerdeführerin gerichteten Schreiben vom 23. Mai 2008. Darin wurde der Ausländerin mitgeteilt, dass sie sich aufgrund ihrer Ehescheidung von einem EU-Bürger nicht mehr auf das Freizügigkeitsabkommen berufen könne, das Migrationsamt jedoch bereit sei, ihr eine Aufenthaltsbewilligung gestützt auf das AuG zu erteilen. Die Beschwerdeführerin wurde gleichzeitig aufgefordert, zwecks Neuregelung ihres Aufenthaltes ein neues Aufenthaltsgesuch einzureichen, was sie am 2. Juni 2008 denn

auch tat. In der Folge unterbreitete das Migrationsamt des Kantons Zürich am 16. Juni 2008 dem BFM die Verlängerung der Aufenthaltsbewilligung zur Zustimmung. Vor diesem Hintergrund erscheint es – nicht zuletzt auch aus prozessökonomischen Gründen – als angezeigt, auf eine Rückweisung der Sache an die Vorinstanz zu verzichten, zumal die EG/EFTA-Bewilligung ohnehin in einigen Monaten abläuft.

Dem vorliegenden Verfahren liegt somit die Eingabe der Beschwerdeführerin vom 2. Juni 2008 zugrunde, mit der sie um Verlängerung/Erteilung der Aufenthaltsbewilligung ersucht hat. Die Streitsache untersteht deshalb in formeller und materieller Hinsicht dem neuen Recht.

3.2. Gemäss Art. 40 AuG sind die Kantone zuständig für die Erteilung und Verlängerung von Bewilligungen. Vorbehalten bleibt die Zuständigkeit des Bundes im Zustimmungsverfahren, zu dessen Ausgestaltung der Bundesrat in Art. 99 AuG ermächtigt wird.

Entgegen ihrer Ansicht (vgl. die Eingabe an die Vorinstanz vom 24. September 2008) ergibt sich die Notwendigkeit der Zustimmung durch das BFM im Falle der Beschwerdeführerin aus Art. 85 Abs. 1 Bst. a VZAE. Diese 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. Nichts anderes galt im Übrigen bereits unter der Herrschaft des alten Rechts (vgl. statt vieler Urteil des Bundesverwaltungsgerichts C-6482/2008 vom 17. Oktober 2011 E. 3.2. mit Hinweis).

Das BFM kann die Zustimmung verweigern, den kantonalen Entscheid einschränken oder mit Bedingungen verbinden (Art. 99 AuG, Art. 86 Abs. 1 VZAE). Es verweigert seine Zustimmung unter anderem dann, wenn die Zulassungsvoraussetzungen nicht oder nicht mehr erfüllt sind (Art. 86 Abs. 2 Bst. a und Bst. c Ziff. 2 VZAE).

4.

4.1. Ausländische Ehegatten von Personen mit Niederlassungsbewilligung haben unter Vorbehalt von Art. 51 Abs. 2 AuG einen Anspruch auf Erteilung und Verlängerung der Aufenthaltsbewilligung, wenn sie mit diesen zusammen wohnen (Art. 43 Abs. 1 AuG). Nach einem ordnungsgemässen und ununterbrochenen Aufenthalt von fünf Jahren erwerben sie einen Anspruch auf Erteilung der Niederlassungsbewilligung (Art. 43 Abs. 2 AuG), der vom weiteren Schicksal der Ehe unabhängig ist (vgl. Art. 34 Abs. 1 AuG; vgl. auch das Urteil des Bundesgerichts 2C_241/2009 vom 23. September 2009 E. 3, den ausländischen Ehepartner einer Schweizer Bürgerin betreffend). A fortiori verfügen sie über einen Anspruch auf Verlängerung der Aufenthaltsbewilligung. Wird die eheliche Haushaltgemeinschaft vor Ablauf dieser fünfjährigen Frist aufgegeben, besteht ein Anspruch auf Verlängerung der Aufenthaltsbewilligung weiter, wenn die Ehegatten mindestens drei Jahre in der Schweiz zusammen gewohnt haben (BGE 136 II 113 E. 3.2 und E. 3.3 S. 117 ff.) und eine erfolgreiche Integration besteht (Art. 50 Abs. 1 Bst. a AuG) oder wenn wichtige persönliche Gründe vorliegen, die einen weiteren Aufenthalt in der Schweiz erforderlich machen (Art. 50 Abs. 1 Bst. b AuG). Das kann namentlich dann der Fall sein, wenn der ausländische Ehegatte Opfer ehelicher Gewalt wurde und die soziale Wiedereingliederung im Herkunftsland stark gefährdet erscheint (Art. 50 Abs. 2 AuG). Die Ansprüche aus Art. 43 und Art. 50 AuG erlöschen, wenn sie rechtsmissbräuchlich geltend gemacht werden, namentlich um Vorschriften dieses Gesetzes und seiner Ausführungsbestimmungen über die Zulassung und den Aufenthalt zu umgehen (Art. 51 Abs. 2 Bst. a AuG).

4.2. In ihrer Rechtsmitteleingabe macht die Beschwerdeführerin geltend, die eheliche Gemeinschaft im Sinne von Art. 50 Abs. 1 Bst. a AuG habe mindestens drei Jahre bestanden. Demgegenüber vertritt die Vorinstanz die Auffassung, die Tätigkeit der Beschwerdeführerin im Rotlichtmilieu sowie anschliessend als Prostituierte, bereits drei Monate nach ihrer Einreise in die Schweiz, sei mit einem klassischen Eheverständnis unvereinbar. Die Ehegemeinschaft im Sinne von Art. 50 Abs. 1 Bst. a AuG setze eine bestimmte Qualität der Beziehung voraus, welche die Beschwerdeführerin wegen ihrer Tätigkeit im Rotlichtmilieu nicht erfülle. Die Vorinstanz beruft sich dabei zum einen auf den gesetzgeberischen Willen, der in der Ausgestaltung von Art. 159 des Schweizerischen Zivilgesetzbuchs vom 10. Dezember 1907 (ZGB, SR 210) zum Ausdruck komme, und zum andern auf eine Rechtsprechung des Eidg. Justiz- und Polizeidepartements (EJPD) im Zusammenhang mit der Erteilung bzw. Nichtigerklärung der erleichterten Einbürgerung. Gemäss Art. 159 Abs. 3 ZGB schuldeten

sich die Ehegatten gegenseitig Treue und Beistand. Eheliche Treue bedinge aber eine ungeteilte Geschlechtsgemeinschaft, welche nicht möglich sei, wenn ein Ehegatte der Prostitution nachgehe. Gemäss einer Rechtsprechung des EJPD in Fällen erleichterter Einbürgerung rechtfertige die systematische oder gewerbsmässige Prostitution eines Ehegatten sogar die Regelvermutung, dass mit der Eingehung der Ehe primär andere Zwecke verfolgt worden seien, als eine tatsächlich gelebte und auf die Zukunft gerichtete eheliche Schicksalsgemeinschaft zu begründen.

4.3. Die Vorinstanz übersieht bei ihrer Argumentation, dass in den beiden zum Vergleich herangezogenen Rechtsbereichen unterschiedliche Ausgangslagen bestehen. Art. 27 des Bürgerrechtsgesetzes vom 29. September 1952 (BüG, SR 141.0) stellt insofern besondere Anforderungen an die Qualität einer ehelichen Gemeinschaft, als die Rechtswohlthat der erleichterten Einbürgerung auf die Zukunft ausgerichtet ist und die Einheit des Bürgerrechts der Ehegatten im Hinblick auf eine gemeinsame Zukunft fördern soll (vgl. BGE 128 II 97 E. 3.a S. 99 mit Hinweisen). Entsprechend wird vorausgesetzt, dass die eheliche Gemeinschaft während der ganzen Dauer des Einbürgerungsverfahrens gelebt wird und intakt ist. Die gewerbsmässige Ausübung der Prostitution begründet dabei die widerlegbare Vermutung, dass eine solche intakte und auf die Zukunft ausgerichtete Ehe nicht besteht (anstelle mehrerer vgl. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts C-1171/2006 vom 3. März 2009 E. 3 bis 6). Die Regelung des Art. 50 AuG kommt dagegen nach Auflösung der Ehe oder der Familiengemeinschaft zum Tragen, d.h. sie setzt das faktische Ende der Beziehung notwendigerweise voraus. Schon aus diesem Grund rechtfertigt es sich nicht, den Begriff der "Ehegemeinschaft" gemäss Art. 50 Abs. 1 Bst. a AuG im Sinne der Rechtsprechung zur erleichterten Einbürgerung auszulegen.

4.4. Im Kontext des Ausländerrechts ist die Bedeutung qualitativer ehelicher Elemente dem Ausländergesetz selbst zu entnehmen: Art. 50 AuG regelt die Voraussetzungen, unter denen nach Auflösung der Ehe oder der Familiengemeinschaft Rechtsansprüche aus Art. 42 und 43 AuG fortbestehen. Das ist unter anderem der Fall, wenn die Ehegemeinschaft mindestens drei Jahre gedauert hat und eine erfolgreiche Integration vorliegt (Art. 50 Abs. 1 Bst. a AuG). Der Begriff der "Ehegemeinschaft" ist dabei im Einklang mit Art. 42 und 43 AuG auszulegen. Es trifft somit zwar zu, dass das Ausländergesetz eine tatsächlich gelebte eheliche Beziehung und einen entsprechenden Ehewillen voraussetzt (Urteil des Bundesgerichts 2C_803/2010 vom 14. Juni 2011 E. 2.2.1). Solange jedoch

die Ehegatten zusammen leben, ist von einer solchen Ehegemeinschaft auszugehen, ohne dass die Qualität der ehelichen Beziehung zu prüfen wäre (Art. 42 Abs. 1 und Art. 43 Abs. 1 AuG). Anders verhält es sich – wie noch aufzuzeigen sein wird – im Anwendungsbereich des Art. 49 AuG, wo ein Zusammenleben als äusseres Kennzeichen einer Ehegemeinschaft gerade fehlt. Hier hat die Behörde nebst dem Vorliegen wichtiger Gründe auch zu untersuchen, ob ein Familienleben trotz Trennung weiter besteht und in diesem Rahmen auch qualitative Aspekte der Ehe einzubeziehen. Im Übrigen kann die Qualität der Ehe nur im engen Rahmen des Rechtsmissbrauchsverbots Bedeutung erlangen, das der Ausübung der Ansprüche aus Art. 42 ff. AuG allgemeine Grenzen setzt.

4.5. Gemäss Art. 51 Abs. 1 Bst. a und Abs. 2 Bst. a AuG erlöschen Ansprüche aus Art. 42 ff. AuG, wenn sie rechtsmissbräuchlich geltend gemacht werden, namentlich um Vorschriften des Ausländergesetzes und seiner Ausführungsbestimmungen zu umgehen. Dazu hat das Bundesgericht in einem neuesten 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 Haushaltsgemeinschaft, die nur dem äusseren Schein nach besteht (BGE 136 II 113 E. 3.2 S. 116), 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. Indessen darf Rechtsmissbrauch nicht leichthin angenommen werden. Verlangt werden klare und eindeutige Indizien. Die Tatsache, dass einer der Ehegatten im Rotlichtmilieu tätig gewesen ist, genügt in diesem Zusammenhang nicht. Es müssen andere Indizien hinzutreten, die in ihrer Gesamtheit den klaren Schluss zulassen, dass eine eheliche Lebensgemeinschaft in Wahrheit nicht oder nicht mehr gewollt ist und die Ehe nur aus ausländerrechtlichen Gründen besteht (vgl. zum Ganzen Urteil des Bundesverwaltungsgerichts C-7265/2008 vom 24. Januar 2012 E. 4.3. bis 4.5.).

4.6. In der vorliegenden Streitsache sind solche zusätzlichen Indizien nicht zu erkennen. Aus dem Umstand, dass die Beschwerdeführerin im Rahmen ihrer langjährigen ehelichen Beziehung mit einem Niedergelassenen während einigen Monaten als Tänzerin im Rotlichtmilieu tätig war

und anschliessend für kurze Zeit der Prostitution nachging, kann nach Ansicht des Bundesverwaltungsgerichts für sich allein nicht schon auf einen fehlenden Ehemillen oder gar auf Rechtsmissbrauch geschlossen werden. Zu berücksichtigen gilt es in diesem Zusammenhang, dass es sich bei den fraglichen Beschäftigungen um in mehreren Kantonen anerkannte, bewilligungsfähige Formen der Erwerbstätigkeit handelt. Im Falle der Beschwerdeführerin wurde der Anspruch auf Ausübung einer Tätigkeit als Cabaret-Tänzerin gerade durch ihre Ehe mit einem Niedergelassenen vermittelt (vgl. Art. 46 AuG). Der Kanton Zürich war denn auch von allem Anfang an über die Art der beabsichtigten bzw. ausgeübten Tätigkeit im Bilde und erneuerte die Aufenthaltsbewilligung der Beschwerdeführerin regelmässig, wobei letztere gegenüber der kantonalen Migrationsbehörde wiederholt betonte, die eheliche Gemeinschaft sei nie aufgegeben worden und sie lebe nach wie vor mit ihrem Ehemann zusammen. Diese Angaben wurden auch vom Ex-Ehemann jeweils unterschriftlich bestätigt. Aus den beigezogenen kantonalen Akten geht diesbezüglich hervor, dass die Beschwerdeführerin bis im Verlaufe des Jahres 2007 stets an derselben Wohnadresse wie ihr damaliger Ehegatte gemeldet war (Y._____strasse, 8047 Zürich; ab August 2002: X._____strasse, 8005 Zürich).

Sollte die Beschwerdeführerin, wovon die Vorinstanz auszugehen scheint, während ihrer von den Behörden bewilligten, rund achtmonatigen Tätigkeit als Cabaret-Tänzerin in verschiedenen Ostschweizer Kantonen zeitweise über einen getrennten Wohnsitz verfügt haben (was allenfalls für ihr einmonatiges Engagement in einem Dancing in St. Margrethen/SG zutreffen könnte [vgl. Bewilligung des Ausländeramtes des Kantons St. Gallen vom 30. Juli 2002]), könnte sie sich diesbezüglich auf einen wichtigen Grund im Sinne von Art. 49 AuG berufen. Art. 76 VZAE nennt denn auch als wichtigen Grund explizit berufliche Verpflichtungen, die ein (vorübergehendes) Getrenntleben rechtfertigen. Kommt hinzu, dass sich aus den Akten keine Anhaltspunkte ergeben, wonach die Familiengemeinschaft im damaligen Zeitpunkt nicht weiter bestanden hätte. Dies bestreitet auch die Vorinstanz nicht, ging sie doch in ihrer Verfügung ausdrücklich vom Bestehen einer ehelichen Gemeinschaft von September 2001 (Einreise der Beschwerdeführerin in die Schweiz) zumindest bis im (Früh-)Sommer 2005 (Versetzung des Ehemannes in die Untersuchungshaft mit anschliessendem Strafvollzug) aus.

5.

5.1. Vom Erfordernis des Zusammenlebens kann, wie oben erwähnt, gemäss Art. 49 AuG abgesehen werden, wenn die Familiengemeinschaft weiter besteht und für getrennte Wohnorte wichtige Gründe vorliegen. Diese können sich namentlich aus beruflichen Verpflichtungen ergeben oder bei vorübergehender Trennung wegen erheblicher familiärer Probleme entstehen (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.], Stämpfli 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).

5.2. Das BFM stellt sich auf den Standpunkt, die vom Ex-Ehemann in Haft verbrachte Zeit (14. Mai 2005 bis 12. Januar 2007) könne nicht als eheliche Gemeinschaft im Sinne der genannten Gesetzesbestimmungen bezeichnet werden. Daran vermöge auch die Tatsache nichts zu ändern, dass die Beschwerdeführerin ihren damaligen Ehemann im Gefängnis besucht und dieser ihr Briefe geschrieben habe, da die eheliche Gemeinschaft nach der Haftentlassung nicht wieder aufgenommen worden sei.

Die Beschwerdeführerin stellt diese von der Vorinstanz nicht näher begründete Behauptung entschieden in Abrede. Aus den Akten ergibt sich, dass die Beschwerdeführerin – wie oben erwähnt (vgl. E. 4.6 hievor) – bis im Verlaufe des Jahres 2007 stets an derselben Wohnadresse wie ihr damaliger Ehemann fremdenpolizeilich gemeldet war. Letzterer bestätigte anlässlich einer Befragung gegenüber der Kantonspolizei Zürich, mit seiner Ehegattin an den fraglichen Adressen zusammengewohnt zu haben (vgl. Befragungsprotokoll vom 29. November 2006). Entsprechend gab die Beschwerdeführerin in einem an das Migrationsamt des Kantons Zürich gerichteten Schreiben vom 31. August 2007 an, ihr Ehepartner sei aufgrund eines momentanen Ehestreits im Februar 2007 aus der gemeinsamen Wohnung ausgezogen, vor einigen Wochen jedoch wieder zu ihr zurückgekehrt. Dies lässt den Schluss zu, dass G. _____ nach sei-

ner bedingten Entlassung aus dem Strafvollzug vorerst wieder Logis bei seiner damaligen Ehefrau bezogen hat. Tatbestandsmässig erstellt und von der Vorinstanz auch nicht bestritten sind die regelmässigen Gefängnisbesuche durch die Beschwerdeführerin. So hielt der Ehemann anlässlich der erwähnten polizeilichen Befragung im Strafvollzug fest, seine Ehefrau sowie seine Mutter würden ihn jeden Freitag besuchen kommen. Er wolle auch nach seiner Entlassung mit der Beschwerdeführerin zusammenbleiben.

Zwar hat das Bundesgericht in einem Verfahren, in welchem es um die Verweigerung einer Aufenthaltsbewilligung ging, entschieden, dass selbst bei regelmässigen Gefängnisbesuchen der Ehefrau nicht von einer ehelichen Gemeinschaft im Sinne des damaligen Art. 7 Abs. 1 ANAG (der die grundsätzliche Geltendmachung eines Anspruchs auf Erteilung und Verlängerung der Aufenthaltsbewilligung bei Ehegatten von Schweizerbürgern noch nicht vom tatsächlichen Zusammenleben, sondern allein vom formellen Bestand der Ehe abhängig machte [vgl. dazu etwa Urteil des Bundesverwaltungsgericht C-7842/2008 vom 23. April 2009 E. 4.1]), ausgegangen werden könne (BGE 131 II 265 E. 4.3 S. 268 f.). Dem fraglichen Fall lag jedoch ein gänzlich anderer Sachverhalt zugrunde. Zum einen hatten die Eheleute vor dem Freiheitsentzug des Ehemannes nie einen gemeinsamen Haushalt geführt. Zum andern musste der Ehefrau von allem Anfang an bewusst sein, dass sie mit ihrem zu einer zehnjährigen Freiheitsstrafe verurteilten und psychisch schwer angeschlagenen Ehegatten über viele Jahre hinweg keine wirkliche eheliche Gemeinschaft würde führen können. Entsprechend hielt das Bundesgericht im fraglichen Entscheid fest, ein Gesuch um Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung zur Erleichterung des Besuchs des zu einer langjährigen Freiheitsstrafe verurteilten Ehemannes könne sich nicht auf Art. 7 Abs. 1 ANAG stützen, weil dies nicht dem vom Gesetzgeber gewollten Normzweck entspreche.

5.3. Wie oben erwähnt, kann gemäss Art. 49 AuG vom Erfordernis des Zusammenwohnens abgesehen werden, wenn für getrennte Wohnorte wichtige Gründe geltend gemacht werden und die Familien- bzw. Ehegemeinschaft weiter besteht. Zu beachten ist allerdings, dass Art. 49 AuG nicht darauf abzielt, den Ehegatten ein längerfristiges oder gar dauerhaftes Getrenntleben in der Schweiz zu ermöglichen (Urteil des Bundesgerichts 2C_488/2010 vom 2. November 2010 E. 3.2). Art. 49 AuG trägt den Charakter einer Ausnahmebestimmung, die in besonderen, nicht leichthin anzunehmenden Konstellationen von der grundsätzlichen Notwendigkeit

des ehelichen Zusammenlebens befreit (Urteil des Bundesgerichts 2C_635/2009 vom 26. März 2010 E. 4.4). Allgemein lässt sich sagen, dass wichtige Gründe objektivierbar sein und eine gewisse Erheblichkeit aufweisen müssen. Sie werden umso eher angenommen werden können, je weniger die Ehegatten auf die Situation des Getrenntlebens Einfluss nehmen können, ohne schwere Nachteile in Kauf nehmen zu müssen (Urteil des Bundesgerichts 2C_544/2010 vom 23. Dezember 2010 E. 2.3.1).

5.4. Wie das Bundesgericht festgehalten hat, handelt es sich bei einem Gefängnisaufenthalt – entgegen der Ansicht der Vorinstanz – zweifellos um einen wichtigen Grund für getrennte Wohnorte im Sinne von Art. 49 AuG (vgl. Urteile des Bundesgerichts 2C_474/2011 vom 22. Dezember 2011 E. 1.1 und 2C_723/2010 vom 14. Februar 2011 E. 4.2). Aufgrund des Umstandes, dass die Eheleute während der Inhaftierung des Ehemannes weiterhin regelmässigen persönlichen Kontakt zueinander pflegten, muss in casu von einem Fortbestehen der ehelichen Gemeinschaft auch während des Strafvollzuges des Ehemannes ausgegangen werden. So hielt die Beschwerdeführerin im Rahmen von Abklärungen fremdenpolizeilicher Massnahmen gegen ihren ehemaligen Gatten in Bezug auf ihre Ehe fest, sie müsse ihm wohl ins Ausland folgen, wenn er aus der Schweiz ausgewiesen würde (vgl. Befragungsprotokoll der Stadtpolizei Zürich vom 21. November 2006), was für die Annahme einer tatsächlich gelebten Ehegemeinschaft spricht. An dieser Einschätzung vermag der Hinweis von G._____ anlässlich der (strafrechtlichen) Berufungsverhandlung nichts zu ändern, wonach er sich vor seiner Verhaftung von der Beschwerdeführerin getrennt hätte, führte er doch weiter aus, seiner Ehefrau täte es nun leid, weshalb sie sich entschieden hätten, wieder zusammen zu kommen (vgl. Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich vom 28. August 2006). Die Beschwerdeführerin kann sich daher auf Art. 43 und Art. 49 AuG berufen.

5.5. Aufgrund der Aktenlage steht daher fest, dass die eheliche Gemeinschaft in der Schweiz von September 2001 bis mindestens Ende Januar 2007 – mithin mehr als fünf Jahre – bestanden hat. Die Beschwerdeführerin hat demzufolge einen von der Ehe unabhängigen (selbständigen) Rechtsanspruch auf Erteilung und Verlängerung der Aufenthaltsbewilligung bzw. Niederlassungsbewilligung im Sinne von Art. 43 Abs. 2 AuG erworben (bezogen auf die altrechtliche Regelung gemäss Art. 17 Abs. 2 Satz 2 ANAG vgl. BGE 130 II 49 E. 2.1 S. 51, 127 II 49 E. 3 S. 51 ff., 120 Ib 6 E. 3a S. 9 ff.). Indem die Vorinstanz die Zustimmung zu einer weite-

ren Regelung des Anwesenheitsrechts hierzulande verweigert hat, erweist sich ihre Anordnung als rechtsfehlerhaft (Art. 49 Bst. a VwVG).

6.

Aus den vorstehenden Erwägungen ergibt sich, dass die angefochtene Verfügung Bundesrecht verletzt (Art. 49 Bst. a VwVG). Die Beschwerde ist deshalb gutzuheissen, die angefochtene Verfügung aufzuheben und der Verlängerung der kantonalen Aufenthaltsbewilligung ist die Zustimmung zu erteilen.

7.

Bei diesem Ausgang des Verfahrens sind der Beschwerdeführerin keine Verfahrenskosten aufzuerlegen (Art. 63 Abs. 1 VwVG) und der geleistete Kostenvorschuss ist zurückzuerstatten. Zudem ist der obsiegenden Beschwerdeführerin 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 nächste Seite)

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. Der am 20. Dezember 2008 geleistete Kostenvorschuss im Betrag von Fr. 800.- wird zurückerstattet.

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 (Akten Ref-Nr. [...] zurück)
- das Migrationsamt des Kantons Zürich mit den kantonalen Akten

Für die Rechtsmittelbelehrung wird auf die nächste Seite verwiesen.

Die vorsitzende Richterin:

Der Gerichtsschreiber:

Marianne Teuscher

Daniel Brand

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 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: