Urteilskopf

137 II 10

2. Auszug aus dem Urteil der II. öffentlich-rechtlichen Abteilung i.S. X. gegen Sicherheitsdirektion und Regierungsrat des Kantons Zürich (Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten) 2C_478/2010 vom 17. November 2010

Regeste (de):
Art. 63 Abs. 2 AuG; teilweiser Ausschluss des Widerrufs der Niederlassungsbewilligung nach einem 15-jährigen ordnungsgemässen Aufenthalt; Begriff des ordnungsgemässen Aufenthalts.

Für die Berechnung dieser Mindestaufenthaltsdauer gemäss Art. 63 Abs. 2 AuG ist auf den Zeitpunkt abzustellen, in dem die erstverfügende Behörde den Widerruf ausspricht (E. 4.2). Als ordnungsgemäss gilt in der Regel nur der ausdrücklich bewilligte Aufenthalt, nicht hingegen jener einer weggewiesenen Person, auch wenn die Behörden vom zwangsweisen Vollzug absehen und zumindest solange keine vorläufige Aufnahme verfügt wurde. Der bewilligte Aufenthalt gilt dagegen grundsätzlich auch dann als ordnungsgemäss, wenn der Ausländer durch sein persönliches Verhalten Anlass zu Beanstandungen gegeben hat (E. 4.3-4.7).

Regeste (fr):
Art. 63 al. 2 LEtr; limitation des cas de révocation d'une autorisation d'établissement après un séjour légal ininterrompu d'au moins quinze ans; notion de séjour légal.

Pour calculer la durée minimale du séjour selon l'art. 63 al. 2 LEtr, il faut prendre en compte le moment où l'autorité de première instance a révoqué l'autorisation d'établissement (consid. 4.2). D'une manière générale, seul le séjour expressément autorisé doit être considéré comme légal, et non celui d'une personne sous le coup d'une décision de renvoi, même si les autorités renoncent à une exécution forcée, du moins aussi longtemps qu'aucune admission provisoire n'a été décidée. En revanche, le séjour autorisé doit en principe aussi être considéré comme légal, même si, en raison de son comportement personnel, l'étranger a donné lieu à des plaintes (consid. 4.3-4.7).

Regesto (it):
Art. 63 cpv. 2 LStr; limitazione dei casi di revoca di un permesso di domicilio dopo un soggiorno regolare di 15 anni; nozione di soggiorno regolare.

La durata minima del soggiorno giusta l'art. 63 cpv. 2 LStr va determinata nel momento in cui l'autorità di prima istanza ha revocato il permesso di domicilio (consid. 4.2). Di regola dev'essere considerato regolare solo il soggiorno espressamente autorizzato, non invece quello di una persona colpita da una decisione di rinvio, anche se le autorità rinunciano ad un'esecuzione coatta, perlomeno fintanto che non è stata decisa un'ammissione provvisoria. Per contro il soggiorno autorizzato deve, di principio, essere ritenuto come regolare anche quando il comportamento dello straniero ha dato origine a delle denunce (consid. 4.3-4.7).

Sachverhalt ab Seite 11

A. X. (geb. 1975), Staatsangehöriger von Sri Lanka, reiste seinen Angaben zufolge im September 1992 in die Schweiz ein und stellte ein Asylgesuch. Dieses wurde am 10. Februar 1994 abgelehnt und X. aus der Schweiz weggewiesen. Die Schweizerische Asylrekurskommission bestätigte den Entscheid mit Urteil vom 28. Mai 1996. Am 18. November 1996 heiratete X. in A. (ZH) die Schweizer Bürgerin Y. (geb. 1969), worauf ihm eine Aufenthaltsbewilligung für den Kanton Zürich und im Juli 2002 die Niederlassungsbewilligung erteilt wurde. Die kinderlos gebliebene Ehe wurde im April 2007 rechtskräftig geschieden. Im Mai 2007 heiratete X. in seiner Heimat seine Landsfrau Z. (geb. 1976), mit welcher er zwei bereits im Februar 2000 und im November 2002 geborene Kinder hat. Mitte Juni 2007 ersuchte er um Familiennachzug für seine neue Ehefrau und die beiden Kinder. Mit Verfügung vom 8. April 2008 wies die Sicherheitsdirektion des Kantons Zürich das Familiennachzugsgesuch ab und widerrief die Niederlassungsbewilligung von X. Dieser habe den einheimischen Behörden verschwiegen, dass er während der Ehe mit der Schweizer Bürgerin eine Beziehung zu einer Landsfrau aufgenommen und mit ihr die beiden Kinder gezeugt hatte. Die gegen die Verfügung beim Regierungsrat und anschliessend beim Verwaltungsgericht des Kantons Zürich erhobenen Rechtsmittel blieben erfolglos.

B. X. beantragt dem Bundesgericht mit Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten, hilfsweise mit subsidiärer Verfassungsbeschwerde, vom 31. Mai 2010, den im Kanton zuletzt ergangenen Entscheid des Verwaltungsgerichts vom 21. April 2010 aufzuheben. Das Gesuch um Familiennachzug sei gutzuheissen, eventualiter sei die Sache zur ergänzenden Sachverhaltsfeststellung an die Vorinstanz zurückzuweisen. (...) Das Bundesgericht weist die Beschwerde ab, soweit es darauf eintritt. (Auszug)

Erwägungen

Aus den Erwägungen:

4.

4.1 Der Beschwerdeführer macht (...) geltend, Art. 63 Abs. 2 AuG (SR 142.20) stünde dem (auf Art. 63 Abs. 1 lit. a in Verbindung mit Art. 62 lit. a AuG gestützten) Widerruf entgegen. Dieser Bestimmung zufolge kann die Niederlassungsbewilligung von

Ausländern, die sich seit mehr als 15 Jahren ununterbrochen und ordnungsgemäss in der Schweiz aufhalten, nur aus Gründen von Art. 63 Abs. 1 lit. b und Art. 62 lit. b AuG widerrufen werden. Demnach ist nach Ablauf dieser Zeit ein Widerruf gemäss Art. 62 lit. a AuG wegen falscher Angaben oder Verschweigens wesentlicher Tatsachen nicht mehr möglich. Streitig ist, ob sich der Beschwerdeführer auf einen ununterbrochenen und ordnungsgemässen Aufenthalt in der Schweiz von 15 Jahren berufen kann. Das verneint die Vorinstanz. Von der Einreise im Jahr 1992 bis zur Heirat mit der Schweizer Bürgerin im November 1996 sei der Aufenthalt des Beschwerdeführers fremdenpolizeilich nicht bewilligt worden. Daher könne diese Zeit nicht berücksichtigt werden. Ordnungsgemäss sei der Aufenthalt erst ab der erwähnten Eheschliessung gewesen. Bis zum Widerruf der Niederlassungsbewilligung durch die Sicherheitsdirektion im April 2008 seien insoweit aber noch nicht 15 Jahre verstrichen (sondern nur knapp elfeinhalb Jahre). Der Beschwerdeführer ist - wie auch eine Minderheitsmeinung der Vorinstanz - der Auffassung, aufgrund des Anwesenheitsrechts im hängigen Asylverfahren sei der Aufenthalt auch während dieser Zeit rechtmässig und damit im Sinne von Art. 63 Abs. 2 AuG ordnungsgemäss. Das Gleiche gelte für die Periode zwischen der rechtskräftigen Abweisung des Asylgesuchs und der Heirat, da

die Behörden darauf verzichtet hätten, ihm eine Ausreisefrist zu setzen.

4.2 Nicht zu beanstanden ist, dass das Verwaltungsgericht auf den Zeitpunkt der Verfügung des Widerrufs durch die Sicherheitsdirektion als erste Instanz abgestellt und geprüft hat, ob zu diesem Zeitpunkt die 15-Jahresfrist nach Art. 63 Abs. 2 AuG bereits erfüllt war. Angesichts der Verzögerungsmöglichkeiten in mehrstufigen Rechtsmittelverfahren geht es nicht an, auf einen späteren Zeitpunkt - z.B. die Rechtskraft des letztinstanzlichen Entscheids - abzustellen (vgl. zur Einhaltung der Frist zur Nichtigerklärung von Einbürgerungen: Urteile des Bundesgerichts 5A.3/2002 vom 29. April 2002 E. 3; 1C_231/2007 vom 14. November 2007 E. 4 und 1C_421/2008 vom 15. Dezember 2008 E. 2.3).

4.3 Weder das Gesetz noch die Verordnung des Bundesrates vom 24. Oktober 2007 über Zulassung, Aufenthalt und Erwerbstätigkeit (VZAE; SR 142.201) definieren, was unter einem ordnungsgemässen Aufenthalt im Sinne von Art. 63 Abs. 2 AuG zu verstehen ist. Auch die Materialien schweigen sich dazu aus. In der Botschaft zum

Ausländergesetz wird in Bezug auf den Widerrufsgrund der Sozialhilfeabhängigkeit bloss ausgeführt, dass ein Widerruf der Niederlassungsbewilligung nach einem ununterbrochenen Aufenthalt von 15 Jahren unverhältnismässig wäre. Art. 63 Abs. 2 AuG trage der verstärkten Integration Rechnung (BBl 2002 3810 f.; s. auch die Ausführungen von Nationalrätin Leuthard als Berichterstatterin in AB 2004 N 1089). Den Debatten des Parlaments lässt sich vor allem entnehmen, dass die 15-Jahreslimite nach Art. 63 Abs. 2 AuG - in Abweichung des Entwurfs des Bundesrats - vom Widerrufsgrund der Sozialhilfebedürftigkeit nach Art. 63 Abs. 1 lit. c AuG auf denjenigen nach Art. 62 lit. a AuG ausgedehnt wurde (vgl. AB 2004 N 1084 sowie AB 2005 S 313 zu Art. 62 des Entwurfs; BBl 2002 3869). Das Bundesamt für Migration geht in seinen Weisungen zum Ausländergesetz davon aus, dass nach Art. 63 Abs. 2 AuG nur ein Aufenthalt mit einer ordentlichen ausländerrechtlichen Kurzaufenthalts- oder Aufenthaltsbewilligung anrechenbar sei (Ziff. 3.4.6 in fine der Weisungen I Ausländerbereich, 3. Abschnitt "Aufenthaltsregelung", Version/Stand 1. Juli 2009). Die Literatur äussert sich nicht zur Frage, was unter "ordnungsgemässem" Aufenthalt im Sinne dieser Bestimmung zu verstehen ist.

4.4 Andere Regelungen enthalten ebenfalls die Wendung des ordnungsgemässen Aufenthalts. So heisst es in Art. 42 Abs. 3 und Art. 43 Abs. 2 AuG sowie in Art. 7 Abs. 1 Satz 2 und Art. 17 Abs. 2 Satz 2 des Bundesgesetzes vom 26. März 1931 über Aufenthalt und Niederlassung der Ausländer (ANAG; BS 1 121, in der Fassung vom 23. März 1990, AS 1991 1034, 1043) fast übereinstimmend, dass Ehegatten nach einem ordnungsgemässen und ununterbrochenen Aufenthalt von fünf Jahren Anspruch auf die Niederlassungsbewilligung haben. In diversen Niederlassungsverträgen, welche die Schweiz mit anderen Ländern geschlossen hat, wird ebenfalls auf den ordnungsgemässen Aufenthalt abgestellt; wenn ein solcher während einer bestimmten Anzahl von Jahren (meist fünf oder zehn) bestanden hat, wird eine Niederlassungsbewilligung erteilt. Die ständige Praxis geht in diesem Zusammenhang davon aus, dass der Aufenthalt ordnungsgemäss ist, wenn dieser fremdenpolizeilich bewilligt ist. Ob das persönliche Verhalten des Ausländers dabei Anlass zu Beanstandungen gegeben hat, spielt für die Frage der Ordnungsmässigkeit des Aufenthaltes keine Rolle. Dieses ist erst

für den anschliessenden materiellen Entscheid, ob die Bewilligung zu erteilen bzw. zu belassen ist, relevant (vgl. BGE 120 Ib 360 E. 3b S. 367; BGE 122 II 385 E. 1b und 3 S. 388 und 390 f.; BGE 128 II 145 E. 1.1.5

und E. 2 S. 149 ff.; Urteil 2A.238/1994 vom 17. Januar 1995 E. 1c). Als ordnungsgemässer Aufenthalt wird bei in der Schweiz geschlossenen Ehen auch regelmässig die Zeit zwischen Heirat und Bewilligungserteilung betrachtet (vgl. BGE 135 II 1 E. 1.2.2 S. 4; Urteil 2A.221/2005 vom 6. September 2005 E. 1.2). Nicht ordnungsgemäss ist hingegen der Aufenthalt, der aufgrund der aufschiebenden Wirkung eines Rechtsmittels lediglich toleriert wird, wenn der Ausgang des Rechtsstreits zu keiner Bewilligung führt (vgl. Urteile 2A.105/2001 vom 26. Juni 2001 E. 3c und 2A.311/2004 vom 8. September 2004 E. 4.1). Es besteht kein Anlass, diese Praxis nicht auch bei Art. 63 Abs. 2 AuG anzuwenden, zumal davon auszugehen ist, dass sie der Formulierung dieser Bestimmung zugrunde lag (vgl. auch die in E. 4.3 hievor erwähnten Weisungen des Bundesamts für Migration).

4.5 Demnach hat der Aufenthalt des Beschwerdeführers ab der Eheschliessung im November 1996 als ordnungsgemäss zu gelten. Aufgrund der Heirat erhielt er die Aufenthalts- und später die Niederlassungsbewilligung. Die im April 2007 rechtskräftig gewordene Scheidung änderte nichts an seinem Aufenthaltstitel. Der Regierungsrat ist zwar davon ausgegangen, dass der Beschwerdeführer nicht nur einen Widerrufsgrund nach Art. 62 lit. a AuG wegen Verschweigens der Beziehung zu seiner Landsfrau und der Geburt der Kinder gesetzt, sondern auch eine Scheinehe mit der Schweizer Bürgerin geschlossen hatte. Die Vorinstanz äussert sich nicht dazu. Tatsächlich bestehen gewichtige Indizien, die für einen Rechtsmissbrauch bzw. eine Scheinehe sprechen. Zusätzlich zu den erwähnten Umständen, die verschwiegen wurden, hat sich unter anderem auch erwiesen, dass der Beschwerdeführer niemals mit der Schweizer Ehefrau in der gleichen Wohnung gelebt hatte. Doch selbst wenn eine sog. Ausländerrechtsehe gegeben wäre, gilt der bewilligte Aufenthalt als ordnungsgemäss im Sinne von Art. 63 Abs. 2 AuG. Ob die Niederlassungsbewilligung deswegen unmittelbar gestützt auf Art. 51 Abs. 1 lit. a AuG widerrufen werden könnte, kann hier mit Blick auf die nachfolgenden Ausführungen offengelassen werden (vgl. immerhin BBl 2002 3794 zu Art. 50 E-AuG; MARTINA CARONI, in: Stämpflis Handkommentar, Bundesgesetz über

die Ausländerinnen und Ausländer, 2010, N. 3 zu Art. 51 AuG; MARC SPESCHA, in: Migrationsrecht, Spescha/Thür/Zünd [Hrsg.], 2. Aufl. 2009, N. 9 zu Art. 42 AuG). Das gilt auch für die Frage, ob Art. 63 Abs. 2 AuG nach einem 15-jährigen ordnungsgemässen und ununterbrochenen Aufenthalt einem Widerruf nach Art. 51 AuG entgegenstünde. Da die Aufenthaltsdauer ab Eheschliessung bis zum Zeitpunkt des Widerrufs rund elfeinhalb Jahre betragen hat, kommt es darauf an, ob auch der vorherige Aufenthalt in der Schweiz als ordnungsgemäss im Sinne von Art. 63 Abs. 2 AuG zu bezeichnen ist.

4.6 In Art. 26 des bis zum 30. September 1999 geltenden Asylgesetzes vom 5. Oktober 1979 (aAsylG; AS 1980 1718 und Änderungen gemäss der Fussnote zu Art. 120 lit. a des aktuellen Asylgesetzes vom 26. Juni 1998 [AsylG; SR 142.31]) war vorgesehen, dass der Flüchtling mit der Asylgewährung Anspruch auf Regelung seiner Anwesenheit im Kanton hat, wo er sich "ordnungsgemäss aufhält" (vgl. den entsprechenden Art. 60 AsylG, in dem heute von "rechtmässigem" Aufenthalt die Rede ist). Das Bundesgericht erklärte hiezu, dass sich "ordnungsgemäss" nur auf den Ort bezieht, für den eine behördliche Bewilligung für die Anwesenheit vorliegt. Im Zeitpunkt der Asylgewährung ist dies der Ort, der dem Flüchtling während des Asylverfahrens von den Behörden zugewiesen worden ist (BGE 116 Ib 1 E. 2c S. 5). Während des vorangehenden Asylverfahrens darf sich der Ausländer gestützt auf Art. 42 AsylG bzw. Art. 19 aAsylG grundsätzlich in der Schweiz aufhalten. Daraus leitet der Beschwerdeführer ab, dass er sich während des Asylverfahrens ordnungsgemäss in der Schweiz aufhielt. Allerdings unterscheidet sich die Situation von Asylbewerbern gegenüber derjenigen von anderen Ausländern mit einem Aufenthaltstitel dadurch, dass Erstere jederzeit mit der Ablehnung ihres Gesuchs und der Verpflichtung zur Ausreise rechnen müssen. Ihnen wird vorerst nicht eine Bewilligung ausgehändigt, die ihnen die Anwesenheit im Land auf eine bestimmte Zeit ermöglicht. Sie dürfen sich aufgrund ihrer Stellung als Asylbewerber zunächst nur bis zum Abschluss des Asylverfahrens in der Schweiz aufhalten. Ihr Status ist ähnlich demjenigen eines Ausländers im Fremdenpolizeirecht, dessen Aufenthalt nur während des laufenden

Verfahrens toleriert wird (s. E. 4.4 hievor; vgl. auch MINH SON NGUYEN, Droit public des étrangers, 2003, S. 413-415). Unerheblich ist dabei, ob diese Tolerierung von Gesetzes wegen stattfindet oder behördlich bzw. richterlich angeordnet worden ist. Wird das Asylgesuch schliesslich rechtskräftig

abgewiesen, ist der bisherige Aufenthalt des Ausländers demnach nicht als ordnungsgemäss im Sinne von Art. 63 Abs. 2 AuG anzusehen. Nach dieser Bestimmung ordnungsgemäss wäre der Aufenthalt während des Asylverfahrens hingegen dann, wenn das Asylgesuch gutgeheissen bzw. die Flüchtlingseigenschaft im Sinne des Abkommens vom 28. Juli 1951 über die Rechtsstellung der Flüchtlinge (Flüchtlingskonvention; SR 0.142.30) zuerkannt wird. Davon Abweichendes kann gelten bei einem gestützt auf Nachfluchtgründe (vgl. dazu WALTER KÄLIN, Grundriss des Asylverfahrens, 1990, S. 130 ff.) gewährten Asyl. Demzufolge ist der Aufenthalt des Beschwerdeführers als Asylbewerber nicht in die Berechnung der Aufenthaltszeit nach Art. 63 Abs. 2 AuG einzubeziehen, da sein Asylgesuch abgewiesen wurde.

4.7 Der Beschwerdeführer hielt sich - zumindest zeitweise - auch in der Periode zwischen der Eröffnung des Urteils der Asylrekurskommission vom 28. Mai 1996 und der Eheschliessung mit der Schweizer Bürgerin nicht ordnungsgemäss in der Schweiz auf. Denn er verfügte insoweit weder über ein Recht noch über einen Titel zum Aufenthalt in der Schweiz. Infolge der rechtskräftig gewordenen Wegweisung war er vielmehr verpflichtet, das Land zu verlassen. Auch wenn die Behörden ihm keine Ausreisefrist setzten, war sein Aufenthalt damals weder bewilligt noch sonst wie zugelassen. Ihm war die freiwillige Rückkehr in seine Heimat zudem möglich und zumutbar. Deswegen gelangte er auch nicht in den Genuss einer vorläufigen Aufnahme (vgl. KÄLIN, a.a.O., S. 199 ff.). Die Behörden sahen nur wegen beschränkter Möglichkeiten zur zwangsweisen Rückführung nach Sri Lanka vom sofortigen (zwangsweisen) Vollzug der Wegweisung ab (vgl. NICOLAS WISARD, Les renvois et leur exécution en droit des étrangers et en droit d'asile, 1997, S. 378 f.; MARTIN STÜRZINGER, Mapping der srilankischen Diaspora in der Schweiz, Kurzstudie für das Berghof Forschungszentrum für konstruktive Konfliktbearbeitung, Berlin 2002, S. 7 f.). Ein Aufenthalt wird aber nicht bereits deshalb rechtmässig und damit ordnungsgemäss, weil die zuständigen Behörden eine Wegweisung nicht vollziehen.

4.8 Da demnach beim Beschwerdeführer zumindest die Anwesenheit während des Asylverfahrens und unmittelbar nach der rechtskräftigen Wegweisung nicht als ordnungsgemässer Aufenthalt im Sinne von Art. 63 Abs. 2 AuG gelten kann, hat die Vorinstanz zu Recht geschlossen, dass diese Bestimmung dem Widerruf der Bewilligung nicht entgegensteht.