

## **BGer 2D\_37/2018 vom 29. Oktober 2018**

Bundesgericht, 2018-10-29, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger\\_2D\\_37\\_2018](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_2D_37_2018)

FR: TF 2D\_37/2018 du 29 octobre 2018

IT: TF 2D\_37/2018 del 29 ottobre 2018

### **Erwägungen**

#### **E. 1**

Gegen den kantonal letztinstanzlichen Endentscheid ( Art. 86 Abs. 1 lit. d und Art. 90 BGG ) betreffend eine ausländerrechtliche Bewilligung ist die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten zulässig, sofern das Bundesrecht oder das Völkerrecht einen Anspruch auf eine Bewilligung einräumt ( Art. 83 lit. c Ziff. 2 BGG ), wobei es für das Eintreten genügt, dass ein solcher Anspruch in vertretbarer Weise geltend gemacht wird ( BGE 139 I 330 E. 1.1 S. 332). Andernfalls ist die subsidiäre Verfassungsbeschwerde zulässig ( Art. 113 ff. BGG ). Der Beschwerdeführer verhält sich widersprüchlich: Einerseits erhebt er ausdrücklich Verfassungsbeschwerde, was voraussetzt, dass er keinen Rechtsanspruch auf eine Bewilligung geltend macht. Andererseits macht er geltend, er könne gestützt auf das Privat- und Familienleben oder den Vertrauensschutz einen Aufenthaltsanspruch geltend machen, was zur Zulässigkeit der Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten führen würde. Ob dieser Anspruch in vertretbarer Weise geltend gemacht ist, kann jedoch offen bleiben, da die Beschwerde in der Sache ohnehin unbegründet ist, wie sich aus dem Folgenden ergibt.

#### **E. 2.1**

Der Beschwerdeführer stellt das Rechtsbegehren, es sei festzustellen, dass er ein Niederlassungsrecht in der Schweiz habe. Er beruft sich darauf, dass er sich seit mehr als 48 Jahre in der Schweiz aufhalte und die früher erfolgten Bestrafungen heute infolge Zeitablaufs nicht mehr wesentlich als negative Punkte zu berücksichtigen seien. Soweit er damit geltend machen will, er könne sich nach wie vor auf die frühere Niederlassungsbewilligung berufen, ist dies offensichtlich unbegründet: Mit der rechtskräftigen Ausweisung gemäss Art. 10 Abs. 1 ANAG im Jahre 2000 erlosch die damalige Niederlassungsbewilligung von Gesetzes wegen ( Art. 9 Abs. 3 lit. b ANAG ) und die Ausweisung wurde mit der Entlassung aus dem Strafvollzug und der entsprechenden Ausreiseaufforderung auf Ende 2001 (vorne Lit. A.c) wirksam (Art. 14 Abs. 8 in fine der damaligen Vollziehungsverordnung vom 1. März 1949 zum Bundesgesetz über Aufenthalt und Niederlassung der Ausländer [ANAV; AS 1949 I 228]). Diese Ausweisung ist längst rechtskräftig und kann im vorliegenden Verfahren nicht wieder zur Diskussion gestellt werden. Seither hat der Beschwerdeführer keine Bewilligung, die ihm einen mehr als dreimonatigen Aufenthalt in der Schweiz (vgl. Art. 10 Abs. 2 AuG) erlauben würde. Es geht somit nicht um eine Aufrechterhaltung oder Verlängerung einer bisherigen Bewilligung. Auch kann entgegen der offenbaren Auffassung des Beschwerdeführers nicht eine prozessuale Revision oder Wiedererwägung des Ausweisungsentscheids aus dem Jahre 2000 in Betracht gezogen werden, zumal der Beschwerdeführer gar keine Revisionsgründe geltend macht. In Frage kommt höchstens die Erteilung einer

neuen Aufenthaltsbewilligung. Das gestellte Rechtsbegehren kann in dem Sinne interpretiert werden, dass die Erteilung einer (neuen) Aufenthaltsbewilligung beantragt wird.

## **E. 2.2**

Mit einer solchen Bewilligung lebt nicht die frühere, rechtskräftig aufgehobene Bewilligung wieder auf, sondern es handelt sich um eine neue Bewilligung, die voraussetzt, dass im Zeitpunkt ihrer Erteilung die dannzumal geltenden Bewilligungsvoraussetzungen erfüllt sind (Urteile 2C\_253/2017 vom 30. Mai 2017 E. 4.3; 2C\_1224/2013 vom 12. Dezember 2014 E. 4.2; 2C\_876/2013 vom 18. November 2013 E. 3.1). Da das Bundesgericht nur Anspruchsbewilligungen beurteilen kann (vorne E. 1), kann dieser Antrag nur erfolgreich sein, wenn aktuell ein solcher Rechtsanspruch auf eine neue Bewilligung besteht. Die Rechtsprechung, wonach nach einem bestimmten Zeitablauf Anspruch auf eine neue Beurteilung und gegebenenfalls auf Erteilung einer neuen Bewilligung besteht (zit. Urteil 2C\_253/2017 E. 4.3; Urteil 2C\_1170/2012 vom 24. Mai 2013 E. 3.3), bezieht sich auf Personen, die grundsätzlich nach wie vor einen (allenfalls nach Art. 62 oder 63 AuG einschränkbaren) Rechtsanspruch auf eine Bewilligung haben (z.B. nach den Art. 42 ff. AuG oder aufgrund eines Staatsvertrags; vgl. zit. Urteile 2C\_1224/2013 E. 5; 2C\_1170/2012 E. 3.3). Sie kann aber nicht dazu führen, dass ein Bewilligungsanspruch geschaffen würde, der materiellrechtlich nicht besteht.

## **E. 3**

Ein gesetzlicher Anspruch auf eine Bewilligung wird nicht geltend gemacht und ist auch im Rahmen der Rechtsanwendung von Amtes wegen ( Art. 106 Abs. 1 BGG ) nicht ersichtlich. Der Beschwerdeführer beruft sich jedoch auf den Schutz des Privat- und Familienlebens ( Art. 8 EMRK / Art. 13 BV ).

### **E. 3.1**

Die EMRK verschafft keinen Anspruch auf Einreise und Aufenthalt oder auf einen Aufenthaltstitel in einem bestimmten Staat. Nach einem gefestigten Grundsatz des Völkerrechts haben die Staaten das Recht, die Einwanderung und den Aufenthalt von Nicht-Staatsangehörigen auf ihrem Territorium zu regeln. Art. 8 EMRK hindert die Konventionsstaaten nicht daran, die Anwesenheit auf ihrem Staatsgebiet zu regeln und den Aufenthalt ausländischer Personen unter Beachtung überwiegender Interessen des Familien- und Privatlebens gegebenenfalls auch wieder zu beenden. Es ist in erster Linie Sache des Gesetzgebers, im Rahmen einer demokratischen und pluralistischen Auseinandersetzung darüber zu befinden, inwiefern und unter welchen Voraussetzungen es sich im Rahmen der Ausländer- und Einwanderungspolitik rechtfertigt, Bewilligungsansprüche einzuräumen ( Art. 164 Abs. 1 lit. c und Art. 190 BV ; BGE 2C\_105/2017 E. 3.2).

### **E. 3.2**

Ausländerrechtliche Fernhaltemassnahmen können aber unter bestimmten Umständen das Recht auf Familienleben und allenfalls das Recht auf Privatleben verletzen. Unter dem Aspekt des Familienlebens ist Art. 8 EMRK berührt, wenn eine staatliche Entfernungs- oder Fernhaltemassnahme eine nahe, echte und tatsächlich gelebte familiäre Beziehung einer in der Schweiz gefestigt anwesenheitsberechtigten Person beeinträchtigt, ohne dass es dieser ohne Weiteres möglich bzw. zumutbar wäre, ihr Familienleben andernorts zu pflegen. Der sich hier aufhaltende Familienangehörige muss nach der bundesgerichtlichen

Rechtsprechung über ein gefestigtes Anwesenheitsrecht verfügen, was praxisgemäss der Fall ist, wenn er das Schweizer Bürgerrecht besitzt, ihm die Niederlassungsbewilligung gewährt wurde oder er über eine Aufenthaltsbewilligung verfügt, die ihrerseits auf einem gefestigten Rechtsanspruch beruht (Urteil 2C\_105/2017 E. 3.3, zur Publikation vorgesehen). Zum geschützten Familienkreis gehört in erster Linie die Kernfamilie, d.h. die Gemeinschaft der Ehegatten mit ihren minderjährigen Kindern ( BGE 144 II 1 E. 6.1 S. 12 f. ; 137 I 113 E. 6.1 S. 118 ; 135 I 143 E. 1.3.2 S. 146 mit Hinweisen). Um ausserhalb der Kernfamilie einen Anspruch auf ein Anwesenheitsrecht gestützt auf Art. 8 EMRK entstehen zu lassen, ist vorausgesetzt, dass zwischen der über ein gefestigtes Anwesenheitsrecht in der Schweiz verfügenden Person und dem um eine fremdenpolizeiliche Bewilligung ersuchenden Ausländer ein besonderes Abhängigkeitsverhältnis besteht ( BGE 144 II 1 E. 6.1 S. 12 f.). Vorliegend macht der Beschwerdeführer nur geltend, die einzigen Bezugspersonen aus seiner Verwandtschaft seien seine beiden Söhne, die in der Schweiz lebten. Er macht jedoch kein besonderes Abhängigkeitsverhältnis zu diesen Söhnen geltend. Zudem ist nicht dargetan, dass diese ein gefestigtes Aufenthaltsrecht in der Schweiz haben. Unter dem Aspekt des Familienlebens kann der Beschwerdeführer somit gestützt auf Art. 8 EMRK keinen Aufenthaltsanspruch geltend machen.

### **E. 3.3**

Unabhängig vom Vorliegen einer familiären Beziehungen kann eine ausländerrechtliche Fernhaltungsmassnahme Art. 8 EMRK (Recht auf Privatleben) verletzen, namentlich bei Ausländern der zweiten Generation, im Übrigen aber nur unter besonderen Umständen: Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichts genügen eine lange Anwesenheit und die damit verbundene normale Integration hierzu nicht; erforderlich sind besonders intensive, über eine normale Integration hinausgehende private Beziehungen beruflicher oder gesellschaftlicher Natur ( BGE 144 II 1 E. 6.1 S. 13; 130 II 281 E. 3.2.1 S. 286; 126 II 377 E. 2c S. 384 ff.; 120 Ib 16 E. 3b S. 22). Das Bundesgericht hat diese Rechtsprechung im zur Publikation vorgesehenen Urteil 2C\_105/2017 vom 8. Mai 2018 präzisiert: Nach einer rechtmässigen Aufenthaltsdauer von rund zehn Jahren kann regelmässig davon ausgegangen werden, dass die sozialen Beziehungen in diesem Land so eng geworden sind, dass es für eine Aufenthaltsbeendigung besonderer Gründe bedarf; im Einzelfall kann es sich freilich anders verhalten und die Integration zu wünschen übrig lassen. Es kann aber auch sein, dass schon zu einem früheren Zeitpunkt der Anspruch auf Achtung des Privatlebens betroffen ist. Liegt nach einer längeren

bewilligten Aufenthaltsdauer, die zwar zehn Jahre noch nicht erreicht hat, eine besonders ausgeprägte Integration vor, kann es den Anspruch auf Achtung des Privatlebens verletzen, wenn eine Bewilligung nicht erneuert wird (a.a.O. E. 3.9). Auf diese Rechtsprechung kann sich der Beschwerdeführer jedoch schon deshalb nicht berufen, weil er sich seit anfangs 2002 unbewilligt und rechtswidrig in der Schweiz aufhält. Ausländer müssen sich den ausländerrechtlichen Kontrollen und Verfahren unterziehen und haben das Land zu verlassen, wenn sie durch rechtskräftigen Entscheid dazu verpflichtet worden sind ( BGE 144 II 16 E. 4.7.2; Nichtzulassungsentscheid des EGMR i.S.

Danelyan g. Schweiz [76424/14 und 76435/14] vom 21. Juni 2018 § 27). Der Beschwerdeführer kann nicht Rechte daraus ableiten, dass er sich selber nicht an die Rechtsordnung und an rechtskräftige Entscheide gehalten hat.

### **E. 4**

Der Beschwerdeführer beruft sich auf den Grundsatz von Treu und Glauben ( Art. 9 BV ) : Die Ausweisung sei in den seither vergangenen 18 Jahren von den Behörden nicht konsequent durchgesetzt worden; sie sei dadurch verwirkt. Die behördliche Untätigkeit müsse aus Gründen des Vertrauensschutzes dazu führen, dass nunmehr ein Anspruch auf Aufenthalt bestehe.

#### **E. 4.1**

Der in Art. 9 BV verankerte Grundsatz von Treu und Glauben verleiht einer Person unter bestimmten Voraussetzungen Anspruch auf Schutz des berechtigten Vertrauens in behördliche Zusicherungen oder sonstiges, bestimmte Erwartungen begründendes Verhalten der Behörden. Das Bundesgericht hat in seiner Rechtsprechung anerkannt, dass sich aus dem erwähnten Grundsatz unter Umständen auch ein Anspruch auf eine Aufenthaltsbewilligung ergeben kann ( BGE 126 II 377 E. 3a S. 387). Vorausgesetzt ist jedoch, dass die Behörden eine Vertrauensgrundlage geschaffen haben, wie z.B. die Zusicherung einer Aufenthaltsbewilligung; die blosser Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung begründet für sich allein kein schutzwürdiges Vertrauen in die Erneuerung derselben ( BGE 126 II 377 E. 3b S. 387 f.; Urteile 2C\_126/2007 vom 18. Juni 2007 E. 2.7; 2C\_140/2010 vom 17. Juni 2010 E. 5.3; 2C\_184/2014 vom 4. Dezember 2014 E. 4.3). Eine solche Zusicherung ist vorliegend nicht ersichtlich und wird vom Beschwerdeführer auch nicht geltend gemacht.

#### **E. 4.2**

Der Beschwerdeführer beruft sich auf die baurechtliche Rechtsprechung ( BGE 132 II 21 E. 6.3 S. 39). Demnach verwirkt der Anspruch der Behörden auf Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands im Interesse der Rechtssicherheit grundsätzlich nach 30 Jahren, wobei sich aus Gründen des Vertrauensschutzes auch kürzere Verwirkungsfristen rechtfertigen können. Dies ist namentlich dann der Fall, wenn die Behörden zwar vor Ablauf der 30-jährigen Frist einschreiten, den baurechtswidrigen Zustand aber über Jahre hinaus duldeten, obschon ihnen die Gesetzeswidrigkeit bekannt war oder sie diese bei Anwendung der gebotenen Sorgfalt hätten kennen müssen. Auf eine kürzere Verwirkungsfrist kann sich jedoch nur berufen, wer selbst in gutem Glauben gehandelt hat ( BGE 136 II 359 E. 7.1 S. 365 und 8 S. 367 f.; 132 II 21 E. 6.3 S. 39).

#### **E. 4.3**

Auf diese Rechtsprechung kann sich der Beschwerdeführer schon deshalb nicht berufen, weil er einerseits selber bösgläubig gehandelt hat und andererseits die Behörden nicht untätig geblieben sind, wie sich aus dem vorinstanzlich verbindlich festgestellten ( Art. 105 BGG ) Sachverhalt ergibt (vorne Lit. A) : Der Beschwerdeführer wurde von den Behörden mehrmals darauf aufmerksam gemacht, dass er kein Aufenthaltsrecht in der Schweiz hat und die Schweiz verlassen muss. Er hat mehrfach wahrheitswidrig angegeben, die Schweiz verlassen zu haben, hat sich aber trotzdem weiterhin hier aufgehalten. Wiederholt wurde er strafrechtlich verurteilt, weil er sich an die Ausreisepflichtung nicht gehalten hat. Er wusste, dass sein Aufenthalt in der Schweiz rechtswidrig war, hat sich aber über die ihm bekannte und rechtskräftig festgestellte Ausreisepflichtung hinweggesetzt. Ein solches Verhalten verdient keinen Rechtsschutz, selbst soweit ein Aufenthalt während einer gewissen Zeit auf Zusehen hin geduldet worden sein sollte (vgl. BGE 136 II 359 E. 7.2 S. 366 f.; zit. Nichtzulassungsentscheid

Danelyan § 27). Dass die Behörden aus nicht näher bekannten Gründen nicht zur zwangsweisen Ausschaffung geschritten sind, ändert daran nichts: Der aus- bzw. weggewiesene Ausländer muss in erster Linie selber seiner Ausreiseverpflichtung nachkommen. Wenn aus irgendwelchen Gründen der behördliche Wegweisungsvollzug bzw. die Ausschaffung nicht möglich ist oder unterbleibt, ändert dies nichts an der Ausreiseverpflichtung. Der Betroffene kann sich nicht darauf beschränken zu warten, bis die Behörden zur zwangsweisen Ausschaffung schreiten. Auch wenn ein zwangsweiser Vollzug der Wegweisung nicht möglich ist, besteht ein grundlegendes rechtsstaatliches Interesse daran, dass rechtskräftige Verfügungen befolgt werden ( BGE 144 II 16 E. 4.7.2). Der Beschwerdeführer kann nach Treu und Glauben keinen Aufenthaltsanspruch ableiten daraus, dass er seiner Ausreiseverpflichtung nicht nachgekommen ist.

#### **E. 5**

Besteht somit unter keinem Titel ein Aufenthaltsanspruch, so ergibt sich ein solcher auch nicht aus dem Willkürverbot ( BGE 133 I 185 ; 126 II 377 E. 4 S. 388). Insbesondere kann der Beschwerdeführer weder im Rahmen der Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten noch im Rahmen der Verfassungsbeschwerde eine willkürliche oder unverhältnismässige Handhabung der Voraussetzungen für eine Ermessensbewilligung rügen ( BGE 137 II 305 E. 2 S. 308; Urteil 2C\_661/2016 vom 9. November 2016 E. 1.2).

#### **E. 6**

Die Beschwerde erweist sich damit als unbegründet und ist abzuweisen. Der Beschwerdeführer trägt die Kosten des bundesgerichtlichen Verfahrens ( Art. 66 Abs. 1 BGG ).

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.