



Urteil vom 12. September 2012

Besetzung

Richter Andreas Trommer (Vorsitz),
Richterin Marie-Chantal May Canellas,
Richterin Ruth Beutler,
Gerichtsschreiber Julius Longauer.

Parteien

A. _____,
Beschwerdeführer,
vertreten durch lic. iur. Emil Robert Meier, Rechtsanwalt,

gegen

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

Gegenstand

Zustimmung zur Verlängerung der Aufenthaltsbewilligung
und Wegweisung.

Sachverhalt:**A.**

Der Beschwerdeführer (geb. 1977) ist serbischer Staatsangehöriger albanischer Ethnie. Im Jahr 1999 gelangte er in die Schweiz und ersuchte um Asyl. Das Asylgesuch blieb zwar ohne Erfolg, jedoch wurde der Beschwerdeführer am 18. September 2001 vorläufig aufgenommen.

B.

Am 19. Dezember 2001 heiratete der Beschwerdeführer die Schweizer Bürgerin B._____ (geb. 1978), die kurz darauf am 3. Januar 2002 den Sohn C._____ zur Welt brachte. Am 28. Februar 2002 erhielt der Beschwerdeführer im Rahmen des Familiennachzugs eine Aufenthaltsbewilligung im Kanton Zürich, die nachfolgend regelmässig verlängert wurde, letztmals mit Wirkung bis 18. Dezember 2007.

C.

Auf seine Gesuche vom 14. November 2006 und 22. November 2007 wurde dem Beschwerdeführer am 3. Dezember 2007 die Niederlassungsbewilligung erteilt.

D.

Bereits mit Urteil vom 23. August 2007 entsprach das Bezirksgericht Dielsdorf einer Vaterschaftsanfechtungsklage des Beschwerdeführers, datiert vom 29. Dezember 2006, und stellte fest, dass er nicht der leibliche Vater des Kindes C._____ sei.

Dieselbe Gerichtsstanz erklärte am 29. Juli 2008 die Ehe des Beschwerdeführers mit B._____ auf deren gemeinsames, am 4. März 2008 gestelltes Begehren für geschieden. Das Scheidungsurteil erwuchs am 27. August 2008 in Rechtskraft.

Am 5. September 2008 ging der Beschwerdeführer in Kosovo die Ehe mit der kosovarischen Staatsangehörigen D._____ (geb. 1981) ein und stellte für sie und den am 20. November 2008 geborenen gemeinsamen Sohn E._____ ein Gesuch um Bewilligung des Familiennachzugs.

E.

Mit Verfügung vom 26. Oktober 2010 widerrief das Migrationsamt des Kantons Zürich die Niederlassungsbewilligung des Beschwerdeführers und setzte ihm Frist zum Verlassen der Schweiz. Gleichzeitig wies es die Gesuche um Bewilligung des Familiennachzugs für Ehefrau und Kind ab.

Zur Begründung erwog die kantonale Migrationsbehörde im Wesentlichen, die Niederlassungsbewilligung des Beschwerdeführers sei gestützt auf Art. 63 Abs. 1 Bst. a des Ausländergesetzes vom 16. Dezember 2005 (AuG, SR 142.20) zu widerrufen, da er die Voraussetzungen nach Art. 62 Bst. a AuG (falsche Angaben im Bewilligungsverfahren oder Verschweigen wesentlicher Tatsachen) erfüllt habe. Insgesamt sei davon auszugehen, dass der Beschwerdeführer über Jahre hinweg mit dem einzigen Ziel vorgegangen sei, die Aufenthalts- bzw. Niederlassungsbewilligung zu erhalten.

F.

Eine dagegen erhobene Beschwerde hiess die Sicherheitsdirektion des Kantons Zürich mit Entscheid vom 20. Oktober 2011 teilweise gut. Sie bestätigte zwar den Widerruf der Niederlassungsbewilligung gestützt auf Art. 62 Bst. a AuG als zulässige und verhältnismässige Massnahme. Im Übrigen hob sie die angefochtene Verfügung auf und retournierte die Angelegenheit an das Migrationsamt mit der Weisung, dem Beschwerdeführer eine Aufenthaltsbewilligung zu erteilen und über den Familiennachzug der Ehefrau und des Kindes neu zu befinden.

G.

Am 2. November 2011 überwies das Migrationsamt die Angelegenheit an die Vorinstanz zwecks Prüfung, ob der Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung an den Beschwerdeführer die Zustimmung erteilt werden könne.

H.

Nach Einräumung des rechtlichen Gehörs, von dem der Beschwerdeführer am 9. Januar 2012 Gebrauch gemacht hatte, verweigerte die Vorinstanz mit Verfügung vom 19. Januar 2012 ihre Zustimmung zur Erteilung bzw. Verlängerung der Aufenthaltsbewilligung und wies den Beschwerdeführer aus der Schweiz weg.

I.

Mit Rechtsmitteleingabe vom 22. Februar 2012 beantragt der Beschwerdeführer die Aufhebung der vorinstanzlichen Verfügung und die Erteilung der Zustimmung zur Aufenthaltsbewilligung. Eventualiter sei die Vorinstanz anzuweisen, ihn vorläufig aufzunehmen, subeventualiter sei das Verfahren an die Vorinstanz zurückzuweisen, damit es die vorläufige Aufnahme prüfe und darüber einen neuen Entscheid fälle.

J.

Die Vorinstanz schliesst in ihrer Vernehmlassung vom 22. Mai 2012 auf Abweisung der Beschwerde.

K.

Der Beschwerdeführer hält mit seiner Replik vom 29. Juni 2012 an seinem Rechtsmittel fest.

L.

Auf den weiteren Akteninhalt wird – soweit entscheidserheblich – in den Erwägungen eingegangen.

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:

1.

1.1 Verfügungen des BFM unterliegen der Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht (Art. 31, Art. 32 sowie Art. 33 Bst. d des Verwaltungsgesetzes vom 17. Juni 2005 [VGG, SR 173.32]).

1.2 Das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht richtet sich nach dem Verwaltungsverfahrensgesetz vom 20. Dezember 1968 (VwVG, SR 172.021), soweit das Verwaltungsgesetz nichts anderes bestimmt (Art. 37 VGG).

1.3 Der Beschwerdeführer ist als Verfügungsadressat zur Beschwerde legitimiert (Art. 48 Abs. 1 VwVG). Auf die im Übrigen frist- und formgerecht eingereichte Beschwerde ist daher einzutreten (Art. 49 ff. 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 Sachverhalts und – soweit nicht eine kantonale Behörde als Beschwerdeinstanz verfügt hat – die Unangemessenheit gerügt werden (Art. 49 VwVG). Das Bundesverwaltungsgericht wendet im Beschwerdeverfahren das Recht 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 S. 4 mit Hinweis).

3.

3.1 Gemäss Art. 40 Abs. 1 AuG sind die Kantone zuständig für die Erteilung und Verlängerung von Bewilligungen. Vorbehalten bleibt die Zuständigkeit des Bundes im Zustimmungsverfahren nach Art. 99 AuG. Nach dieser Bestimmung legt der Bundesrat fest, in welchen Fällen Bewilligungen dem BFM zu unterbreiten sind.

3.2 Die Notwendigkeit einer Zustimmung des BFM ergibt sich im Falle des Beschwerdeführers aus Art. 85 Abs. 1 Bst. b der Verordnung vom 24. Oktober 2007 über Zulassung, Aufenthalt und Erwerbstätigkeit (VZAE, SR 142.201). Diese Bestimmung ermächtigt das BFM, im Einzelfall die Unterbreitung zur Zustimmung zu verlangen. Ein weiterer möglicher Rechtsgrund der Zustimmungsbedürftigkeit ergibt sich aus Art. 85 Abs. 1 Bst. a VZAE in Verbindung mit Ziff. 1.3.1.4 Bst. e der 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 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.

3.3 Das BFM kann die Zustimmung verweigern, den kantonalen Entscheidung einschränken oder mit Bedingungen verbinden (Art. 99 AuG, Art. 86 Abs. 1 VZAE). Es verweigert seine Zustimmung unter anderem, wenn die Zulassungsvoraussetzungen nicht oder nicht mehr erfüllt sind oder Widerrufsgründe nach Art. 62 AuG vorliegen (Art. 86 Abs. 2 Bst. a und Bst. c Ziff. 2 und Ziff. 3 VZAE).

4.

In der vorliegenden Streitsache geht es primär um die Frage, ob im Rahmen des Widerrufs einer Niederlassungsbewilligung die Rückstufung des Anwesenheitsrechts auf eine Aufenthaltsbewilligung möglich ist. Der einschlägige rechtliche Rahmen, der Sachverhalt und die Standpunkte der Parteien stellen sich dabei wie folgt dar:

4.1 Den rechtlichen Rahmen der vorliegenden Streitsache bilden die Bestimmungen des 2. Abschnitts des 10. Kapitels über das Erlöschen und den Widerruf der Bewilligungen (Art. 61 bis Art. 63 AuG) und des 7. Kapi-

tels über den Familiennachzug (Art. 42 bis Art. 52 AuG). Nach Art. 63 Abs. 1 Bst. a AuG kann eine Niederlassungsbewilligung (unter anderem) widerrufen werden, wenn die Voraussetzungen nach Art. 62 Bst. a oder b AuG erfüllt sind. Art. 62 AuG, der den Widerruf von Aufenthaltsbewilligungen regelt, bestimmt unter Bst. a, dass eine solche Massnahme verfügt werden kann, wenn die ausländische Person im Bewilligungsverfahren falsche Angaben macht oder wesentliche Tatsachen verschwiegen hat. Gemäss Art. 42 Abs. 1 AuG haben ausländische Ehegatten von Schweizerinnen und Schweizern einen Anspruch auf Erteilung und Verlängerung ihrer Aufenthaltsbewilligung, wenn sie mit diesen zusammenwohnen. Abs. 3 derselben Bestimmung ordnet an, dass der ausländische Ehegatte nach einem ordnungsgemässen und ununterbrochenen Aufenthalt von fünf Jahren einen Anspruch auf Erteilung der Niederlassungsbewilligung erwirbt. Von der Notwendigkeit des Zusammenwohnens sind die Ehegatten befreit, wenn für getrennte Wohnorte wichtige Gründe geltend gemacht werden können und die Familiengemeinschaft weiter besteht. Besteht eine Ehegemeinschaft, die gestützt auf Art. 42 Abs. 1 AuG bzw. Art. 49 AuG einen Anspruch auf Aufenthaltsbewilligung vermittelt, mindestens drei Jahre und hat sich der ausländische Ehegatte erfolgreich integriert, dann besteht der Anspruch auch nach Auflösung der Ehe weiter (Art. 50 Abs. 1 Bst. a AuG). Er besteht auch dann, wenn persönliche Gründe einen weiteren Aufenthalt des ausländischen Ehegatten in der Schweiz erforderlich machen (Art. 50 Abs. 1 Bst. b AuG). Die Ansprüche aus Art. 42 und 50 AuG erlöschen, wenn sie rechtsmissbräuchlich geltend gemacht werden, namentlich um Vorschriften des Ausländergesetzes und seiner Ausführungsbestimmungen zu umgehen (Art. 51 Abs. 1 Bst. a und Abs. 2 Bst. a AuG), oder (im Falle von Art. 42 AuG) wenn Widerrufsfälle nach Art. 63 AuG bzw. (im Falle von Art. 50 AuG) nach Art. 62 AuG vorliegen.

4.2 Gemäss dem soweit unbestrittenen Sachverhalt erhielt der Beschwerdeführer am 3. Dezember 2007 gestützt auf Art. 7 Abs. 1 des bis 31. Dezember 2007 geltenden, auf den 1. Januar 2008 durch das AuG abgelösten Bundesgesetzes vom 26. März 1931 über Aufenthalt und Niederlassung der Ausländer (ANAG, BS 1 121) die Niederlassungsbewilligung. Er verschwieg dabei der Migrationsbehörde, dass er im Frühling/Sommer 2006 ernsthaft an seiner Vaterschaft zum Kind C._____ zu zweifeln begonnen hatte und dass seine Ehe zum Zeitpunkt seines ersten Gesuchs um Erteilung einer Niederlassungsbewilligung am 14. November 2006 bereits in einer tiefen Krise steckte, wenn nicht gar schon gänzlich zerrüttet war. Er unterliess es in der Folge, die Migrationsbehörde über seine Klage auf Anfechtung der Vaterschaft zum Kind C._____, datiert

vom 29. Dezember 2006 und das gutheissende Urteil des Bezirksgerichts Dielsdorf vom 23. August 2007 zu orientieren. Am 4. März 2008, d.h. genau drei Monate nach Erhalt der Niederlassungsbewilligung, reichten die Ehegatten ein gemeinsames Scheidungsbegehren und eine vollständig ausgearbeitete Vereinbarung über die Scheidungsfolgen beim Scheidungsgericht ein. Weitere sechs Monate später, am 27. August 2008 war die Ehe des Beschwerdeführers rechtskräftig geschieden. Nur gerade neun Tage später am 5. September 2008, heiratete der Beschwerdeführer in Kosovo seine heutige Ehefrau und am 20. November 2008 schliesslich wurde der gemeinsame Sohn E. _____ geboren.

4.3 Mit diesem Sachverhalt konfrontiert, sah es die Sicherheitsdirektion des Kantons Zürich in ihrem Entscheid vom 20. Oktober 2011 als erstellt an, dass der Beschwerdeführer an der Ehe mit B. _____ rechtsmissbräuchlich festgehalten habe, um eine Niederlassungsbewilligung zu erhalten. Tatsächlich sei die Ehe bereits zum Zeitpunkt des ersten Gesuchs um Erteilung der Niederlassungsbewilligung am 14. November 2006 erheblich gestört, wenn nicht sogar gänzlich zerrüttet gewesen. Am 22. November 2007, als der Beschwerdeführer zum zweiten Mal ein Gesuch um Niederlassungsbewilligung gestellt habe, sei die Ehe endgültig gescheitert gewesen. Indem der Beschwerdeführer die Behörde im Verfahren auf Erteilung der Niederlassungsbewilligung über diese Entwicklungen gänzlich in Unkenntnis gelassen habe, habe er ihr im Sinne von Art. 62 Bst. a AuG wesentliche Tatsachen verschwiegen und damit den Widerrufsgrund des Art. 63 Abs. 1 Bst. a AuG gesetzt. Nachdem die Sicherheitsdirektion die Verhältnismässigkeit des Widerrufs und die Vollziehbarkeit einer Wegweisung aus der Schweiz geprüft und bejaht hatte, untersuchte sie die Möglichkeit einer Rückstufung des Aufenthaltsstatus des Beschwerdeführers vom Niedergelassenen zum Aufenthalter. Sie erwog unter Berufung auf die Rechtsprechung des kantonalen Verwaltungsgerichts, dass das Gesetz und die Rechtsprechung dafür Raum liessen, weil sich die Täuschung des Beschwerdeführers auf Tatsachen beziehe, die einzig zur Erlangung der Niederlassungsbewilligung wesentlich gewesen seien, nicht jedoch zur Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung nach Art. 50 Abs. 1 Bst. a AuG. Denn Indizien für eine von Anfang an gewollte Scheinehe beständen nicht und erste Anzeichen für eine Ehekrise seien im Zeitraum Frühling/Sommer 2006 zu erkennen. Damals habe die eheliche Gemeinschaft zwischen dem Beschwerdeführer und B. _____ bereits länger als drei Jahre gedauert. Da der Beschwerdeführer sodann gesamthaft betrachtet in die hiesigen Verhältnisse erfolgreich integriert sei, habe er ge-

stützt auf Art. 50 Abs. 1 Bst. a AuG einen Anspruch auf Verlängerung seiner Aufenthaltsbewilligung.

4.4 Dieser Betrachtungsweise kann die Vorinstanz nicht folgen. Ihren Darlegungen in der angefochtenen Verfügung und der Vernehmlassung zufolge steht der Widerruf der Niederlassungsbewilligung nach Art. 63 AuG zwar nicht per se der Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung entgegen. Unter Berufung auf die Rechtsprechung des Bundesgerichts hält die Vorinstanz jedoch dafür, dass bei Vorliegen eines Widerrufsgrunds, der wie Art. 62 Bst. a AuG alle Bewilligungsarten betreffe, eine Rückstufung des ausländerrechtlichen Status vom Niedergelassenen zum Aufenthaltler nicht möglich sei. Art. 62 Bst. a AuG wäre aufgrund des erstellten Sachverhalts auch dann zur Anwendung gelangt, wenn der Beschwerdeführer sich mit einer Aufenthaltsbewilligung begnügt hätte. Es trete hinzu, dass sich der Beschwerdeführer in Bezug auf die frühere Ehe mit einer Schweizer Bürgerin nicht auf Art. 50 AuG berufen könne. Sei nämlich der originäre Bewilligungsanspruch wie im vorliegenden Fall einmal untergegangen, komme ein Wiederaufleben der Ansprüche gestützt auf Art. 42 i.V.m. Art. 50 AuG nicht mehr in Betracht. Es erübrige sich daher zu prüfen, ob die Ehegemeinschaft des Beschwerdeführers mindestens drei Jahre gedauert und seine Integration gelungen sei (Art. 50 Abs. 1 Bst. a AuG) oder ob wichtige persönliche Gründe den weiteren Aufenthalt des Beschwerdeführers notwendig machten (Art. 50 Abs. 1 Bst. b AuG). Doch selbst wenn Art. 50 Abs. 1 Bst. a AuG zur Anwendung gelangte, würden die sich daraus ergebenden Ansprüche wegen Rechtsmissbrauchs bzw. falscher Angaben ohnehin umgehend wieder erlöschen (Art. 51 Abs. 1 Bst. a und b AuG). Nach Auffassung der Vorinstanz kann es schliesslich auch nicht auf den Täuschungszeitpunkt ankommen. Beim Widerruf einer Niederlassungsbewilligung, die gestützt auf Art. 42 Abs. 3 AuG erteilt worden sei, müsse jeweils nicht rückwirkend geprüft werden, wann sich der Widerrufsgrund verwirklicht und ob zu diesem Zeitpunkt die eheliche Gemeinschaft bereits drei Jahre bestanden habe. Ein solches Vorgehen hätte zur Folge, dass entgegen dem Willen des Gesetzgebers bereits nach einer gelebten dreijährigen Ehegemeinschaft ein zivilstandsunabhängiges Aufenthaltsrecht entstünde. Ein solche rückwirkende Prüfung würde aber auch bei Personen, bei denen wegen Straffälligkeit ein Widerrufsgrund bestehe, zu einem unbilligen Resultat führen, könnten sie sich doch so unter Umständen auf eine zuvor bestehende intakte Ehe berufen und gestützt darauf einen Aufenthaltsanspruch geltend machen.

4.5 Der Beschwerdeführer teilt im Wesentlichen die Rechtsauffassung der Zürcher Behörden. Er weist darauf hin, dass die Annahme der Vorinstanz, eine Niederlassungsbewilligung könne grundsätzlich nicht auf eine Aufenthaltsbewilligung zurückgestuft werden, im Widerspruch zur Praxis der Zürcher Behörden und namentlich des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich stehe, welche solche Zurückstufungen als zulässig betrachteten und – wie in seinem Fall geschehen – auch anordneten. Unbestritten sei, dass er die Ehe mit seiner schweizerischen Ehefrau nicht zum Schein eingegangen sei, sondern mit ihr eine eheliche Gemeinschaft geführt habe. Strittig sei nur gewesen, ob der in Bezug auf die Erteilung der Niederlassungsbewilligung durch Unterlassung täuschende Angaben gemacht habe, nicht jedoch in Bezug auf die Aufenthaltsbewilligung. Es stehe fest, dass er mit seiner schweizerischen Ehefrau weit länger als drei Jahre zusammengelebt und die Ehedauer deutlich mehr als fünf Jahre betragen haben. Da auch die Integration nicht ernstlich in Frage gestellt werden könne, erfülle er die Voraussetzungen für eine Beibehaltung bzw. Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung gemäss Art. 50 Abs. 1 Bst. a AuG, weshalb die Zustimmung dazu zu erteilen sei. Indem die Vorinstanz diese Möglichkeit einer Zurückstufung der Bewilligungskategorie negiere, verletze sie den im Verwaltungsrecht verfassungsrechtlich verankerten Grundsatz der Verhältnismässigkeit. Die Niederlassungsbewilligung stelle einen qualifizierteren Aufenthaltsstatus dar als die Aufenthaltsbewilligung, wobei aber die erstere die letztere stufenmässig miterfasse. Werde die qualifiziertere Form aufgehoben, so stelle sich zwangsläufig die Frage, ob die weniger qualifizierte Form – die Aufenthaltsbewilligung – beizubehalten bzw. zu gewähren oder ob jeglicher Aufenthalt zu verweigern sei, was seines Erachtens nur in schwerwiegenden Fällen (z.B. Kriminalität, fortwährende Sozialabhängigkeit) angemessen wäre. Auf den vorliegenden Fall übertragen komme einzig eine Zurückstufung, nicht aber ein gänzliches Entfallen jeden Aufenthaltsrechts in Frage, womit die Zustimmung zu erteilen sei.

5.

Das Bundesverwaltungsgericht teilt im Wesentlichen den Rechtsstandpunkt der Zürcher Behörden und des Beschwerdeführers.

5.1 Klar unhaltbar ist die Rechtsauffassung der Vorinstanz, wonach der Gesetzgeber mit Art. 50 AuG keinen "zivilstandsunabhängigen" Anspruch auf Aufenthaltsregelung habe schaffen wollen. Es entspricht im Gegenteil dem eindeutigen Wortlaut und der klaren Zielsetzung des Art. 50 AuG, die Abhängigkeit ausländischer Personen von ihren (schweizerischen oder

niedergelassenen) Ehegatten zu lockern und ihnen bei Erfüllung bestimmter Voraussetzungen einen vom weiteren Schicksal der Ehe unabhängigen Anspruch auf Verlängerung ihrer Aufenthaltsbewilligung zu vermitteln (vgl. zur Entstehungsgeschichte und zur rechtspolitischen Zielsetzung etwa MARTINA CARONI, in: Caroni / Gächter / Thurnherr [Hrsg.], Handkommentar zum Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer, Bern 2010, N. 1 und 2 zu Art. 50 mit Hinweisen). Ist der Anspruch einmal entstanden, so wird er daher durch spätere, den Bestand der Ehe betreffende Sachverhaltsentwicklungen nicht in Frage gestellt, und dem ausländischen Ehegatten, der solche Sachverhaltsentwicklungen der Bewilligungsbehörde nicht offengelegt, kann nicht vorgehalten werden, er habe eine im Sinne von Art. 62 Bst. a AuG wesentliche Tatsache verschwiegen oder er mache seine ausländerrechtlichen Ansprüche rechtsmissbräuchlich geltend. Es ist daher unrichtig, wenn die Vorinstanz argumentiert, es komme nicht darauf an, wann die Ehe zerbricht, das Aufenthaltsrecht des Beschwerdeführers hätte auch widerrufen werden müssen, wenn er nicht die Niederlassungsbewilligung erhalten, sondern sich mit der Aufenthaltsbewilligung begnügt hätte. Die Bewilligungsbehörde kommt nicht darum herum, retrospektiv zu prüfen, wann es zur Aufgabe der ehelichen Gemeinschaft kam und ob auf diesen Zeitpunkt hin gestützt auf Art. 50 AuG ein eheunabhängiger Anspruch auf Verlängerung der Aufenthaltsbewilligung bestand. Nur wenn das Letztere nicht der Fall ist, kann dem ausländischen Ehegatten überhaupt Rechtsmissbrauch bzw. täuschendes Verhalten in Bezug auf den Zustand der Ehe vorgeworfen und ihm aus diesem Grund die Aufenthaltsbewilligung nicht verlängert bzw. entzogen werden.

5.2 Es stellt sich die Frage, wie zu verfahren ist, wenn der ausländische Ehegatte keine Aufenthaltsbewilligung nach Art. 42 AuG (mehr) besitzt, weil er gestützt auf Art. 42 Abs. 3 AuG eine Niederlassungsbewilligung erhalten hat. Die Problematik erwächst aus der Tatsache, dass Art. 42 Abs. 3 AuG im Gegensatz zu Art. 50 AuG eine Mindestdauer der ehelichen Gemeinschaft von fünf Jahren verlangt (vgl. dazu Urteil des Bundesgerichts 2C_899/2011 vom 20. April 2012 E. 2.1 mit Hinweisen). Dadurch kann es zu Konstellationen wie der folgenden kommen: Der ausländische Ehegatte erwirbt gestützt auf Art. 50 AuG einen eheunabhängigen Anspruch auf Verlängerung seiner Aufenthaltsbewilligung. Nach diesem Zeitpunkt, jedoch vor Ablauf der Fünfjahresfrist des Art. 42 Abs. 3 AuG zerbricht die eheliche Gemeinschaft. Der ausländische Ehegatte verschweigt der Bewilligungsbehörde diese Tatsache, um seine entsprechende Anwartschaft nicht zu verlieren, und erhält die Niederlassungs-

bewilligung. Es ist kein Grund erkennbar, der es in dieser Situation rechtfertigen würde, dem ausländischen Ehegatten in Anwendung von Art. 63 Abs. 1 Bst. a AuG i.V.m. Art. 62 Bst. a AuG die Niederlassungsbewilligung ersatzlos zu entziehen und ihn damit schlechter zu stellen, als eine ausländische Person, die sich bei ansonsten identischer Ausgangslage mit der Aufenthaltsbewilligung begnügt, auf die sie gestützt auf Art. 50 Abs. 1 AuG einen eheunabhängigen Anspruch hat. Der Erhalt der Niederlassungsbewilligung gehört denn auch nicht zu den Gründen, welche gemäss Art. 51 Abs. 2 AuG zum Erlöschen der Ansprüche aus Art. 50 AuG führen.

5.3 Damit drängt sich eine Vorgehensweise auf, wie sie das Bundesgericht für die wertungsmässig verwandte Situation nach der Nichtigerklärung einer erleichterten Einbürgerung entwickelt hat: Dort wird die von der Nichtigerklärung betroffene Person in die gleiche Rechtsstellung wie vor der Einbürgerung versetzt, und es ist aufgrund der aktuellen Sachlage neu über ein allfälliges Anwesenheitsrecht zu entscheiden (vgl. BGE 135 II 1 E. 3). Auf den vorliegenden Kontext übertragen heisst das, dass der vom Widerruf der Niederlassungsbewilligung betroffenen Person die Wiedererteilung der Aufenthaltsbewilligung nicht verweigert werden kann, wenn ihr vor der Erteilung der Niederlassungsbewilligung gestützt auf Art. 50 Abs. 1 Bst. a AuG ein Anspruch auf Verlängerung der Aufenthaltsbewilligung zustand. Vorbehalten bleiben zwischenzeitlich eingetretene Erlöschensgründe nach Art. 51 Abs. 2 AuG. Der Wortlaut der gesetzlichen Widerrufsordnung schliesst ein solches Vorgehen nicht aus und seine Zielsetzung verlangt gar danach, denn der Zweck des Widerrufs wegen falscher Angaben oder Verschweigens wesentlicher Tatsachen nach Art. 62 Bst. a AuG ist weder die Sanktionierung dieses Verhaltens noch die Beendigung des Aufenthaltes der betroffenen ausländischen Person, sondern die Wiederherstellung des rechtmässigen Zustands durch Entzug der erschlichenen Bewilligung. Daraus kann der Verlust eines jeden Aufenthaltsrechts resultieren, muss es jedoch nicht.

5.4 Die Vorinstanz verweist auf eine andere Rechtsprechungslinie des Bundesgerichts, die ihrer Auffassung nach der skizzierten Vorgehensweise grundsätzlich entgegensteht. Nach dieser Rechtsprechung ist die Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung als Ersatz für die widerrufenen Niederlassungsbewilligung ausgeschlossen, wenn der Widerrufsgrund alle Bewilligungsarten betrifft. Der Einwand der Vorinstanz ist jedoch unbegründet. In den Urteilen, in denen sich das Bundesgericht in dieser Weise äusserte, hatte es über Widerrufsgründe der längerfristigen Freiheitsstra-

fe nach Art. 62 Bst. b AuG, der Verletzung bzw. Gefährdung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung nach Art. 62 Bst. c AuG und Art. 63 Abs. 1 Bst. b AuG sowie der Sozialhilfeabhängigkeit nach Art. 62 Bst. e AuG und Art. 63 Abs. 1 Bst. c AuG zu befinden (Urteile 2C_634/2011 vom 27. Juni 2012, 2C_797/2011 vom 12. Juni 2012, 2C_265/2011 vom 27. September 2011, 2C_268/2011 vom 22. Juli 2011, 2C_13/2011 vom 22. März 2011, 2C_254/2010 vom 15. Juli 2010). Diese Widerrufsründe haben keinen inneren Bezug zu einer bestimmten Bewilligung oder einer bestimmten Bewilligungsart und betreffen daher unterschiedslos Aufenthalts- und Niederlassungsbewilligung. Weil die Anforderungen an den Widerruf der Niederlassungsbewilligung zudem regelmässig strenger gefasst sind als diejenigen an den Widerruf einer Aufenthaltsbewilligung, schliesst die Zulässigkeit der ersteren Massnahme die Zulässigkeit der letzteren mit ein. Der Widerrufsgrund des Art. 62 Bst. a AuG ist anders gelagert. Die Täuschungshandlung muss sich auf wesentliche Tatsachen beziehen, und was als wesentlich gelten kann, erschliesst sich aus dem jeweiligen rechtlichen Kontext. Wie bereits weiter oben dargelegt wurde, kann im Kontext von Art. 42 Abs. 3 AuG und Art. 50 AuG durchaus geschehen, dass die Wesentlichkeit einer Tatsache in Bezug auf die Niederlassungs-, nicht jedoch die Aufenthaltsbewilligung gegeben ist. In dieser Situation ist auch nach Auffassung des Bundesgerichts eine Rückstufung nicht ausgeschlossen. So lehnte es im Urteil 2C_563/2010 vom 16. August 2010 eine Rückstufung nicht etwa ab, weil der Widerrufsgrund der Täuschung alle Bewilligungsarten betrifft. Vielmehr führte es aus, eine Rückstufung komme nicht in Betracht, weil der Beschwerdeführer die Behörden von allem Anfang an über wesentliche Tatsachen getäuscht und deshalb sowohl die Voraussetzungen für den Widerruf der Niederlassungs-, wie jene für den Widerruf der Aufenthaltsbewilligung erfüllt seien (E. 2 des zitierten Urteils; für das alte Recht vgl. BGE 128 II 145 E. 3.5 S. 155, Entscheid des Kantonsgerichts Basel-Landschaft, Abteilung Verfassungs- und Verwaltungsrecht vom 13.12.2006 i.S. P.K. [810 2006 218] WIR E. 5).

5.5 Nicht gefolgt werden kann schliesslich dem Einwand der Vorinstanz, gestützt auf Art. 50 AuG komme ein Wiederaufleben einmal untergegangener originärer Bewilligungsansprüche nach Art. 42 AuG bzw. 43 AuG nicht in Betracht. Das Bundesgericht, auf dessen Rechtsprechung die Vorinstanz Bezug nimmt, hat sich zwar entsprechend geäussert. Es bezieht sich jedoch auf Konstellationen, in denen der originäre Bewilligungsanspruch nach Art. 42 AuG bzw. Art. 43 AuG unterging, bevor der durch Art. 50 AuG vermittelte entstehen konnte, sei es weil die entsprechenden Voraussetzungen nicht erfüllt waren, sei es dass zum Zeitpunkt

des Untergangs des originären Bewilligungsanspruchs Art. 50 AuG noch gar nicht existierte. Nicht angesprochen ist die umgekehrte Situation, in der die Voraussetzungen des originären Anspruchs wegfallen, nachdem der Bewilligungsanspruch aus Art. 50 Abs. 1 AuG bereits entstanden ist, oder der Wegfall und das Wiederaufleben des Verlängerungsanspruchs nach Art. 50 Abs. 1 AuG. Zudem wird der Ausschluss des Wiederauflebens nur im Sinne eines Grundsatzes festgehalten, von dem abgewichen werden kann, wenn ein Zusammenhang besteht mit der Ehe und dem damit verbundenen Aufenthalt, welche die Grundlage eines Bewilligungsanspruchs bilden (Urteil des Bundesgerichts 2C_973/2011 vom 21. Dezember 2011 E. 2.2.2 mit Hinweisen). Ein solcher Zusammenhang ist im vorliegenden Fall ohne weiteres gegeben, weil es nicht um die Rückstufung einer beliebigen Niederlassungsbewilligung geht, sondern einer Niederlassungsbewilligung, die der Beschwerdeführer gerade infolge seiner Ehe erhielt (vgl. Urteil des Bundesgerichts 2C_869/2010 vom 19. April 2011 E. 2.3).

6.

Als Zwischenergebnis ist somit festzuhalten, dass im Falle des Widerrufs einer Niederlassungsbewilligung, die infolge der Ehe mit einer Schweizerin oder einem Schweizer erteilt wurde, gestützt auf Art. 63 Abs. 1 Bst. a AuG in Verbindung mit Art. 62 Bst. a AuG wegen falschen Angaben bzw. Verschweigens wesentlicher Tatsachen stets geprüft werden muss, ob die von der Massnahme betroffene ausländische Person aus Art. 50 Abs. 1 Bst. a AuG einen eheunabhängigen Anspruch auf Erteilung oder Verlängerung der Aufenthaltsbewilligung ableiten kann. Ist dies der Fall, dann darf ihr die Aufenthaltsbewilligung nicht verweigert werden. Vorbehalten bleiben zwischenzeitlich eingetretene Erlöschensgründe nach Art. 51 Abs. 2 AuG.

7.

7.1 Die Vorinstanz verzichtet in der angefochtenen Verfügung darauf, den Sachverhalt mit Blick auf die Anspruchsvoraussetzungen des Art. 50 Abs. 1 Bst. a AuG zu prüfen, weil sie zu Unrecht davon ausgeht, eine Rückstufung sei grundsätzlich ausgeschlossen. In einer solchen Situation wird die angefochtene Verfügung in der Regel aufgehoben und die Sache an die Vorinstanz zurückgewiesen zwecks Abklärung des Sachverhalts und neuem Entscheid. Darauf kann im vorliegenden Fall verzichtet werden, weil die tatbeständlichen Entscheidungsgrundlagen im kantonalen Bewilligungsverfahren hinreichend zusammengetragen wurden und sich die Si-

cherheitsdirektion des Kantons Zürich in ihrem Entscheid vom 20. Oktober 2011 ausführlich und sorgfältig mit der Sache befasste.

7.2 So hat die Sicherheitsdirektion des Kantons Zürich in ihrem Entscheid vom 20. Oktober 2011 gestützt auf eine sorgfältige Prüfung aller Umstände in überzeugender Weise dargelegt, dass erste Anzeichen für eine Ehekrise erst für den Zeitraum Frühling/Sommer 2006 erkennbar sind und im Zusammenhang mit der Erkenntnis des Beschwerdeführers stehen, womöglich sei er nicht der leibliche Vater des Kindes. Indizien dafür, dass die Ehe bloss zum Schein geschlossen wurde, seien nicht vorhanden. Von diesen Feststellungen abzurücken, besteht für das Bundesverwaltungsgericht kein Anlass. Im Frühling/Sommer 2006 war der Beschwerdeführer jedoch bereits mehr als vier Jahre mit einer Schweizerin verheiratet. Damit sind die Anforderungen des Art. 50 Abs. 1 Bst. a AuG an die Dauer der ehelichen Gemeinschaft erfüllt.

7.3 Ferner legte die Sicherheitsdirektion des Kantons in ebenso sorgfältiger und überzeugender Weise dar, dass der Beschwerdeführer im Sinne von Art. 50 Abs. 1 Bst. a AuG erfolgreich in der Schweiz integriert ist. Auch in diesem Punkt besteht kein Anlass, von der Beurteilung der Sicherheitsdirektion abzuweichen (zum Begriff der "erfolgreichen Integration" im Sinne von Art. 50 Abs. 1 Bst. a AuG vgl. Urteil des Bundesgerichts 2C_983/2011 vom 13. Juni 2012 E. 3.1 und 3.2 mit zahlreichen Hinweisen). Das einzige Element, dass gegen eine erfolgreiche Integration des Beschwerdeführers angeführt werden könnte, bildet das Verschweigen wesentlicher Tatsachen im Verfahren auf Erteilung der Niederlassungsbewilligung. Diesem Element kommt jedoch im Rahmen einer gesamthafter Würdigung eine bloss untergeordnete Bedeutung zu. Der Erfolg seiner Integration wird dadurch nicht in Frage gestellt. Damit ist auch die zweite Anspruchsvoraussetzung des Art. 50 Abs. 1 Bst. a AuG erfüllt.

7.4 Dass der Anspruch auf Verlängerung der Aufenthaltsbewilligung gemäss Art. 50 Abs. 1 Bst. a AuG aus Gründen nach Art. 51 Abs. 1 bzw. Abs. 2 AuG nicht entstanden oder nachträglich erloschen wäre, ist nicht ersichtlich. Insbesondere kann dem Beschwerdeführer nicht vorgeworfen werden, die Ehe sei bereits vor Ablauf der hier massgeblichen dreijährigen Frist definitiv gescheitert, und er habe die Behörden darüber getäuscht. Ist aber der Anspruch aus Art. 50 Abs. 1 AuG einmal entstanden, so berührt ihn das weitere Schicksal der ehelichen Gemeinschaft nicht mehr. Daher wird er auch nicht durch das spätere Verhalten des Beschwerdeführers im Rahmen des Verfahrens auf Erlangung der Nieder-

lassungsbewilligung in Frage gestellt. Darauf wurde bereits weiter oben ausführlich eingegangen (vgl. Ziff. 5.1).

7.5 Das einzige Argument, dass bei dieser Rechtslage gegen die Entstehung eines Anspruchs aus Art. 50 Abs. 1 Bst. a AuG sprechen könnte, ist der Umstand, dass diese Bestimmung zum Zeitpunkt, als dem Beschwerdeführer die Niederlassungsbewilligung erteilt wurde, noch nicht in Kraft stand. Damals galt Art. 7 Abs. 1 ANAG, der in der Auslegung durch das Bundesgericht erst nach fünfjähriger Ehedauer einen Anspruch auf Aufenthaltsbewilligung vermittelte (vgl. BGE 125 I 1 E. 1.2.2 S. 4 mit Hinweisen), sofern die ausländische Person keine Scheinehe nach Art. 7 Abs. 2 ANAG eingegangen war und ihr auch sonst kein Rechtsmissbrauch vorgeworfen werden konnte, was namentlich bei einer Berufung auf eine nur der Form nach bestehende Ehe der Fall sein konnte (vgl. BGE 125 I 1 E. 4.2 S. 9 f. mit Hinweisen). Allein dieser Umstand steht im vorliegenden Fall der Beurteilung nach Massgabe des neuen Rechts nicht entgegen, da in Bezug auf das alte Recht kein rechtskräftiger Entscheid ergangen war und die Niederlassungsbewilligung dem Beschwerdeführer gerade im Hinblick auf die Ehe erteilt wurde (vgl. dazu Urteil des Bundesgerichts 2C_869/2010 vom 19. April 2011 E. 2.3 mit Hinweisen).

8.

Aus den vorstehenden Erwägungen ergibt sich, dass die angefochtene Verfügung das Bundesrecht verletzt (Art. 49 Bst. a AuG). Sie ist daher in Gutheissung der Beschwerde aufzuheben, und der Erteilung der Aufenthaltsbewilligung durch den Kanton Zürich ist die Zustimmung zu erteilen.

9.

Bei diesem Ausgang des Verfahrens sind dem Beschwerdeführer keine Kosten aufzuerlegen (Art. 63 Abs. 1 VwVG), und es ist ihm 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 S. 16

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.

Die Beschwerde wird gutgeheissen.

2.

Die angefochtene Verfügung wird aufgehoben, und der Wiedererteilung der Aufenthaltsbewilligung durch den Kanton Zürich wird die Zustimmung erteilt.

3.

Es werden keine Verfahrenskosten erhoben. Der geleistete Kostenvorschuss im Betrag von Fr. 1'000.- wird dem Beschwerdeführer zurückerstattet.

4.

Die Vorinstanz hat den Beschwerdeführer für das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht mit Fr. 2'000.- (inkl. MwSt.) zu entschädigen.

5.

Dieses Urteil geht an:

- den Beschwerdeführer (...)
- die Vorinstanz (...)
- das Migrationsamt des Kantons Zürich

Für die Rechtsmittelbelehrung wird auf die nächste Seite verwiesen.

Der vorsitzende Richter:

Der Gerichtsschreiber:

Andreas Trommer

Julius Longauer

Rechtsmittelbelehrung:

Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen nach Eröffnung beim Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten geführt werden (Art. 82 ff., 90 ff. und 100 des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 [BGG, SR 173.110]). 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: