

werden, es liege kein Härtefall vor. Vielmehr ist die Aufenthaltsdauer in der Schweiz im Rahmen einer Gesamtwürdigung zu werten. Nachfolgend ist daher zu prüfen, ob aufgrund der gesamten Umstände des Einzelfalles in der Rückkehr des Beschwerdeführers in sein Heimatland oder allenfalls in ein Drittland ein Härtefall zu erblicken ist.

**105 Nichtverlängerung der Aufenthaltsbewilligung nach Ausweisung des Ehegatten**

**Bei der Berechnung der Dauer des Zusammenlebens in ehelicher Gemeinschaft ist nicht relevant, ob der Ehegatte des hier niedergelassenen Ausländers gestützt auf ein Familiennachzugsgesuch in der Schweiz weilte oder sich auf einen anderen Aufenthaltstitel stützen konnte. Entscheidend ist einzig, dass er sich nicht illegal in der Schweiz aufhielt, sondern mit gültiger fremdenpolizeilicher Anwesenheitsbewilligung. I. c. hat die Beschwerdeführerin Anspruch auf Erteilung einer Niederlassungsbewilligung, da sie mehr als 5 Jahre ununterbrochen mit ihrem Ehemann in der Schweiz zusammenlebte (Erw. II/2b und c).**

Aus dem Entscheid des Rekursgerichts im Ausländerrecht vom 26. August 2005 in Sachen H.B. gegen einen Entscheid des Migrationsamts (BE.2005.00041).

*Sachverhalt*

A. Die Beschwerdeführerin heiratete am 15. Oktober 1998 in ihrer Heimat einen in der Schweiz niedergelassenen Landsmann. Am 24. April 1999 reiste sie illegal in die Schweiz ein und ersuchte zwei Tage später in Basel um Asyl. Bei der Befragung an der Empfangsstelle gab die Beschwerdeführerin zu Protokoll, ihr Ehemann lebe mit einer Niederlassungsbewilligung im Kanton Aargau in Oftringen. Anlässlich der detaillierteren Asyl-Befragung vom 17. Mai 1999 durch die Fremdenpolizei des Kantons Aargau (heute Migrationsamt) wurde die Beschwerdeführerin darauf aufmerksam gemacht, dass der

Kanton Aargau im Falle eines negativen Asylentscheids nicht bereit wäre, den Aufenthalt der Beschwerdeführerin zu regeln.

Einem Schreiben der Fremdenpolizei vom 22. September 1999 an die Beschwerdeführerin ist zu entnehmen, dass sie zu jenem Zeitpunkt an der gleichen Adresse wie ihr Ehemann wohnte.

Das Bundesamt für Flüchtlinge (heute Bundesamt für Migration, BFM) lehnte das Asylgesuch mit Entscheid vom 17. April 2000 ab und verfügte die Wegweisung der Beschwerdeführerin. Mit Eingabe vom 3. Mai 2000 reichte der Ehegatte der Beschwerdeführerin ein Familiennachzugsgesuch ein. In der Folge erteilte die Fremdenpolizei der Beschwerdeführerin am 15. Juni 2000 eine Jahresaufenthaltsbewilligung. Diese wurde in der Folge regelmässig verlängert, letztmals am 30. April 2004, gültig bis 30. April 2005.

Das Migrationsamt wies den Ehegatten der Beschwerdeführerin mit Verfügung vom 5. November 2004 für unbestimmte Dauer aus der Schweiz aus. Diese Verfügung erwuchs unangefochten in Rechtskraft, worauf sich der Ehegatte per 20. Dezember 2004 nach Serbien und Montenegro abmeldete und gleichentags ausreiste.

Am 25. Mai 2005 verfügte das Migrationsamt, Sektion Verlängerungen und Massnahmen, die Nichtverlängerung der Aufenthaltsbewilligung der Beschwerdeführerin und wies sie an, die Schweiz innert 60 Tagen nach Rechtskraft der Verfügung zu verlassen.

B. Gegen diese Verfügung erhob die Beschwerdeführerin am 15. Juni 2005 Einsprache. Die Vorinstanz wies diese am 28. Juni 2005 ab.

C. Mit Eingabe vom 18. Juli 2005 erhob die Beschwerdeführerin Beschwerde

### *Aus den Erwägungen*

II. 2. b) Vorab ist zu prüfen, ob die Beschwerdeführerin einen Anspruch auf weiteren Verbleib in der Schweiz hat.

aa) Gemäss Art. 17 Abs. 2 ANAG hat der Ehegatte eines in der Schweiz niedergelassenen Ausländers Anspruch auf Erteilung und Verlängerung der Aufenthaltsbewilligung, solange die Ehegatten zu-

sammen wohnen. Nach einem ordnungsgemässen und ununterbrochenen Aufenthalt von fünf Jahren hat der Ehegatte ebenfalls Anspruch auf die Niederlassungsbewilligung.

bb) Die Vorinstanz geht in ihrem Entscheid davon aus, ein ordnungsgemässer und ununterbrochener Aufenthalt von fünf Jahren liege erst dann vor, wenn dem Betroffenen die fünfte Aufenthaltsbewilligung erteilt worden sei. Nachdem die erste Bewilligung zu Beginn des Aufenthaltes erteilt wird und der Beschwerdeführerin aufgrund von Stellenwechseln bislang insgesamt acht Bewilligungen erteilt wurden, ist offensichtlich, dass die Vorinstanz nicht davon ausging, es müssten fünf Bewilligungen erteilt worden sein, sondern der betroffene Ehegatte müsse während fünf Jahren in der Schweiz mit dem hier niedergelassenen Ehegatten zusammengelebt haben. Ohne es explizit zu erwähnen, zählt die Vorinstanz aber nur diejenigen Aufenthaltsbewilligungen, die gestützt auf ein Familiennachzugsgesuch erteilt wurden, dazu.

cc) Diese Rechtsauffassung der Vorinstanz ist unzutreffend. Massgeblich ist gemäss Art. 17 Abs. 2 ANAG einzig, ob der nachgezogene Ehegatte während fünf Jahren ordnungsgemäss und ununterbrochen in ehelicher Gemeinschaft mit seinem hier niedergelassenen Ehegatten zusammen gewohnt hatte. Dabei ist entgegen der Auffassung der Vorinstanz nicht relevant, ob der Ehegatte des hier niedergelassenen Ausländers gestützt auf ein Familiennachzugsgesuch in der Schweiz weilte oder sich auf einen anderen Aufenthaltstitel stützen konnte, auch wenn der Aufenthalt im Rahmen des Familiennachzuges wohl den Regelfall bildet. Entscheidend ist einzig, dass er sich nicht illegal in der Schweiz aufhielt, sondern mit gültiger fremdenpolizeilicher Anwesenheitsbewilligung (vgl. BGE 2P.108/2001 vom 2. Mai 2001, E. 2c, S. 2 f.).

dd) Die Beschwerdeführerin hielt sich ab dem 26. April 1999 aufgrund ihres Asylgesuches gestützt auf Art. 19 Abs. 1 des Asylgesetzes von 1979 bzw. ab dem 1. Oktober 1999 gestützt auf Art. 42 Abs. 1 des Asylgesetzes (AsylG) vom 26. Juni 1998 rechtmässig in der Schweiz auf. Bevor sie die Schweiz aufgrund des abgelehnten Asylgesuches per 31. Mai 2000 hätte verlassen müssen, erklärte sich die Fremdenpolizei des Kantons Aargau am 5. Mai 2000 bereit, der

Beschwerdeführerin im Rahmen des Familiennachzugs eine Aufenthaltsbewilligung zu erteilen. Spätestens ab dem 22. September 1999, wenn nicht gar bereits ab dem 19. Mai 1999, lebte die Beschwerdeführerin in ehelicher Gemeinschaft mit ihrem Ehemann zusammen, der seit dem 12. Dezember 1994 über eine Niederlassungsbewilligung verfügte. Das eheliche Zusammenleben wurde erst mit Ausreise des Ehemannes am 20. Dezember 2004 aufgegeben.

ee) Zusammenfassend steht damit fest, dass sich die Beschwerdeführerin seit dem 26. April 1999 ordnungsgemäss in der Schweiz aufhielt und spätestens vom 22. September 1999 bis am 20. Dezember 2004 ununterbrochen mit ihrem hier niedergelassenen Ehemann zusammenlebte. Die Beschwerdeführerin lebte somit spätestens ab dem 22. September 2004 während fünf Jahren ordnungsgemäss und ununterbrochen in ehelicher Gemeinschaft mit einem hier niedergelassenen Ausländer zusammen, weshalb sie seit dem 22. September 2004 einen Anspruch auf Erteilung einer Niederlassungsbewilligung hat. Dieser Anspruch besteht auch dann, wenn die Beschwerdeführerin ihn (noch) nicht explizit geltend gemacht hat (vgl. BGE 2P.108/2001 vom 2. Mai 2001, E. 2c, S. 2 f. und BGE 122 II 1, E. 1d, S. 4).

ff) Nur am Rande sei vermerkt, dass der Fremdenpolizei bereits bei Einreichung des Asylgesuches bekannt war, dass der Ehemann der Beschwerdeführerin mit Niederlassungsbewilligung im Kanton Aargau lebte. Umso unverständlicher ist es, dass sich die Fremdenpolizei sowohl gegenüber dem Bundesamt für Flüchtlinge als auch gegenüber der Beschwerdeführerin zunächst weigerte, der Beschwerdeführerin im Falle einer Ablehnung des Asylgesuches eine Aufenthaltsbewilligung zu erteilen. Die Fremdenpolizei hätte die Beschwerdeführerin darauf aufmerksam machen müssen, dass ihr Asylgesuch praktisch aussichtslos war, es aber zulässig gewesen wäre, parallel zum Asylgesuch, ein Familiennachzugsgesuch einzureichen. Dies auch dann, wenn gegenüber dem Ehemann der Beschwerdeführerin zu diesem Zeitpunkt fremdenpolizeiliche Entfernungsmassnahmen erwogen wurden. Spätestens mit Erlass der Verfügung betreffend Androhung der Ausweisung, d.h. am 8. Oktober 1999, war der Fortbestand der Niederlassungsbewilligung des Ehemannes gesichert und

der Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung im Rahmen des Familiennachzuges hätte nichts mehr im Wege gestanden.

c) Nachdem die Beschwerdeführerin einen Anspruch auf Erteilung der Niederlassungsbewilligung hat, geht es selbstredend nicht an, ihren weiteren Aufenthalt vom Vorliegen eines Härtefalles abhängig zu machen. Gemäss Ziffer 654 der Weisungen und Erläuterungen des Bundesamtes für Zuwanderung, Integration und Auswanderung (IMES; heute Bundesamt für Migration, BFM) über Einreise, Aufenthalt und Arbeitsmarkt (ANAG-Weisungen), an welche sich das Migrationsamt regelmässig hält (AGVE 1999, S. 477), ist die Nichtverlängerung der Aufenthaltsbewilligung nach einem ordnungsgemässen und ununterbrochenen Aufenthalt von fünf Jahren nur in Erwägung zu ziehen, wenn die Aufenthaltsbewilligung erschlichen wurde oder ein Ausweisungsgrund (Art. 7 Abs. 1 ANAG) oder ein Verstoß gegen die öffentliche Ordnung (Art. 17 Abs. 1 ANAG) vorliegt. Solches geht aus den Akten jedoch nicht hervor. Unter diesen Umständen ist die Aufenthaltsbewilligung der Beschwerdeführerin zu verlängern.

#### **106 Ausweisung eines anerkannten Flüchtlings**

**Die Ausweisung des Beschwerdeführers ist nicht zu beanstanden. Der Vollzug der Entfernungsmassnahme erweist sich hingegen aufgrund der nicht erstellten Unbedenklichkeit betreffend Folter im Sinne von Art. 25 Abs. 3 BV und Art. 3 Ziff. 1 der Folterschutzkonvention und wegen eines möglichen Verstosses gegen Art. 5 AsylG und Art. 33 Abs. 1 der Flüchtlingskonvention derzeit als unzulässig (Erw. II/4-6).**

Aus dem Entscheid des Rekursgerichts im Ausländerrecht vom 2. Dezember 2005 in Sachen Z.T. gegen einen Entscheid des Migrationsamts (BE.2004.00046).

Der Beschwerdeführer erhob gegen den Entscheid des Rekursgerichts Verwaltungsgerichtsbeschwerde beim Bundesgericht (2A.51/2006). Das Verfahren war bei Redaktionsschluss noch nicht abgeschlossen.