

100.2018.269U
MUT/SCA/SRE

Verwaltungsgericht des Kantons Bern
Verwaltungsrechtliche Abteilung

Urteil des Einzelrichters vom 21. Februar 2019

Verwaltungsrichter Müller
Gerichtsschreiberin Schnyder Niedermann

A. _____
vertreten durch Rechtsanwalt ...
Beschwerdeführer

gegen

Polizei- und Militärdirektion des Kantons Bern
Kramgasse 20, 3011 Bern

betreffend Nichtverlängerung der Aufenthaltsbewilligung und Wegweisung;
Abschreibung des Beschwerdeverfahrens (Abschreibungsverfügung der
Polizei- und Militärdirektion des Kantons Bern vom 20. Juli 2018;
2017.POM.215)



Sachverhalt:

A.

A._____, geb. ... 1988, von Marokko, reiste am 3. April 2008 zur Vorbereitung der Eintragung einer Partnerschaft mit dem Schweizer Bürger B._____ in die Schweiz ein. Am 24. April 2008 trug das Zivilstandsamt C._____ die Partnerschaft ein, worauf A._____ eine Aufenthaltsbewilligung zum Verbleib bei seinem Partner erhielt. Er war anschliessend in ... , dem Wohnort von B._____, angemeldet. Das Paar lebte jedoch immer wieder über längere Zeit räumlich getrennt, was die Ausländerbehörde zu weiteren Abklärungen veranlasste. Am 16. Februar 2017 verweigerte das Amt für Migration und Personenstand des Kantons Bern (MIP), Migrationsdienst (MIDI), die Verlängerung der Aufenthaltsbewilligung von A._____, da dieser das Erfordernis des gemeinsamen Haushalts mit seinem Partner nicht erfülle und keine wichtigen Gründe für das Getrenntleben bestünden.

B.

Gegen diese Verfügung erhob A._____ am 20. März 2017 Beschwerde bei der Polizei- und Militärdirektion des Kantons Bern (POM). Während hängigem Beschwerdeverfahren zogen A._____ und B._____ von ... nach C._____. Im Rahmen des Anmeldeverfahrens bei den Einwohnerdiensten der Einwohnergemeinde (EG) C._____ händigte eine Mitarbeiterin am 7. Februar 2018 A._____ einen sog. Ausweis C (Niederlassungsbewilligung) aus. Am 13. März 2018 forderten die Einwohnerdienste A._____ auf, den Ausweis zurückzugeben, da dieser fälschlicherweise abgegeben worden sei; A._____ leistete dieser Aufforderung jedoch keine Folge. Die EG C._____ liess es dabei bewenden und leitete kein Verfahren auf Widerruf der Niederlassungsbewilligung ein. Die POM schrieb daraufhin das Beschwerdeverfahren betreffend Nichtverlängerung der Aufenthaltsbewilligung und Wegweisung aus der Schweiz als gegenstandslos geworden ab (Verfügung vom 20.7.2018).

C.

Am 21. August 2018 hat A. _____ Verwaltungsgerichtsbeschwerde erhoben mit folgenden Anträgen:

«1. Die angefochtene Verfügung der Polizei- und Militärdirektion des Kantons Bern vom 20. Juli 2018 sei aufzuheben und die Sache sei zur Neuurteilung im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückzuweisen. Die Vorinstanz sei überdies anzuweisen, das Beschwerdeverfahren zu sistieren, bis rechtskräftig über einen Widerruf der Niederlassungsbewilligung des Beschwerdeführers entschieden wurde oder die zuständige Migrationsbehörde die Niederlassungsbewilligung verlängert.

Eventualiter sei die angefochtene Verfügung der Polizei- und Militärdirektion des Kantons Bern vom 20. Juli 2018 aufzuheben und es sei das gesamte Verfahren betreffend die Nichtverlängerung der Aufenthaltsbewilligung und Wegweisung aus der Schweiz (inkl. Verfahren vor dem Migrationsdienst MIDI) abzuschreiben.

2. Das vorliegende Verfahren sei per sofort zu sistieren.»

Am 24. August 2018 hat der Abteilungspräsident das Gesuch um Sistierung des Verfahrens abgewiesen. Die POM beantragt mit Vernehmlassung vom 20. September 2018 die Abweisung der Beschwerde.

Erwägungen:

1.

1.1 Das Verwaltungsgericht ist zur Beurteilung der Beschwerde als letzte kantonale Instanz gemäss Art. 39 Abs. 2 i.V.m. Art. 74 Abs. 1, Art. 76 und Art. 77 des Gesetzes vom 23. Mai 1989 über die Verwaltungsrechtspflege (VRPG; BSG 155.21) zuständig. Die Beschwerde wurde form- und fristgerecht eingereicht.

1.2 Die Befugnis zur Verwaltungsgerichtsbeschwerde setzt unter anderem voraus, dass die beschwerdeführende Person ein schutzwürdiges Interesse an der Aufhebung oder Änderung der Verfügung oder des Entscheids hat (Art. 79 Abs. 1 Bst. c VRPG). – Abgesehen von einer allfälligen Kostenaufgabe ist die betroffene Person durch die Abschreibung eines

Verfahrens betreffend Nichtverlängerung der Aufenthaltsbewilligung und Wegweisung aus der Schweiz in der Regel nicht belastet. Trotzdem können besondere Umstände ausnahmsweise ein schutzwürdiges Interesse an der Aufhebung der Abschreibungsverfügung begründen. Dies ist hier der Fall: Die POM hat das Beschwerdeverfahren abgeschlossen, weil eine Mitarbeiterin der EG C. _____ dem Beschwerdeführer einen Ausweis C ausgehändigt hat. Allerdings rechnet der Beschwerdeführer (wie sich zeigen wird zu Recht) aufgrund der konkreten Umstände damit, diesen Ausweis in absehbarer Zeit wieder zu verlieren. Dazu kommt, dass die POM lediglich das Beschwerdeverfahren als gegenstandslos abgeschlossen hat. Folglich erwächst die Verfügung des MIP vom 16. Februar 2017 betreffend Nichtverlängerung der Aufenthaltsbewilligung und Wegweisung aus der Schweiz in Rechtskraft. Dies steht in Widerspruch zur angeblichen Niederlassungsbewilligung des Beschwerdeführers. Ausserdem könnte die Verfügung vom 16. Februar 2017 bei einem späteren Entzug des Ausweises C dem Beschwerdeführer allenfalls entgegengehalten werden, ohne dass er dagegen noch den Rechtsweg beschreiten könnte (vgl. aber zum Vertrauensschutzprinzip in einem insoweit vergleichbaren Fall: BGE 109 V 234 E. 3 am Schluss [Pra 73/1984 Nr. 142]). Vor diesem Hintergrund bzw. aufgrund der augenscheinlichen Rechtsunsicherheit über den ausländerrechtlichen Status des Beschwerdeführers ist ein schutzwürdiges Interesse an der Überprüfung der vorinstanzlichen Abschreibungsverfügung zu bejahen.

1.3 Auf die Beschwerde ist demnach einzutreten. Der Entscheid fällt in die Zuständigkeit des Einzelrichters (Art. 57 Abs. 2 Bst. d des Gesetzes vom 11. Juni 2009 über die Organisation der Gerichtsbehörden und der Staatsanwaltschaft [GSOG; BSG 161.1]). Er überprüft den angefochtenen Entscheid auf Rechtsverletzungen hin (Art. 80 Bst. a und b VRPG).

2.

2.1 Zum massgeblichen Sachverhalt lässt sich den Akten Folgendes entnehmen: Der Beschwerdeführer gelangte nach seinem Umzug in die EG C. _____ in den Besitz eines Ausweises C

(«Niederlassungsbewilligung»). Dieser wurde ihm im Rahmen des einwohnerpolizeilichen Anmeldeverfahrens bei den Einwohnerdiensten von einer Mitarbeiterin ausgehändigt. Die EG C._____ schildert in ihrer Stellungnahme an den MIDI vom 6. April 2018 die Vorgänge wie folgt (Vorakten pag. 64):

«Herr A._____ wollte sich im Mai 2017 in C._____ anmelden, wobei eine Bestätigung der Untermiete fehlte. Es wurden die Vorakten bei Ihrer Behörde bestellt. Im September wurde Herr A._____ durch unsere Behörde aufgefordert, sich in der Stadt C._____ anzumelden, da er hier Wohnsitz bezogen habe. Dieses Schreiben erging in einem Standardprozess durch unsere Praktikantin, wobei diese keine Kenntnis davon hatte, dass sich bereits ein Anmeldedossier in Bearbeitung befand.

Herr A._____ sprach am 7.2.2018 erneut bei unserer Behörde vor und wies alle zur Anmeldung erforderlichen Unterlagen vor. Unsere Frontoffice-Mitarbeiterin meldete ihn an, versäumte es jedoch, die bereits bei uns vorhandenen Akten des MIDI anzuschauen. So veranlasste sie die Ausstellung einer Niederlassungsbewilligung aufgrund der vor mehr als fünf Jahren eingegangenen eingetragenen Partnerschaft mit einem Schweizer. Dies anstatt das Dossier – nach erfolgter Anmeldung – bis zum Abschluss des Verfahrens vor der POM dem für solche Fälle zuständigen Backoffice zu übergeben.

Mit E-Mail vom 1.3.2018 bat der Rechtsvertreter von Herrn A._____ um Akteneinsicht. Im Rahmen des Aktenversands wurde dann festgestellt, dass unsere Behörde Herrn A._____ anlässlich der Anmeldung eine Niederlassungsbewilligung ausgestellt hat, obwohl der MIDI in Bezug auf dessen Aufenthaltsbewilligung bereits negativ verfügt hatte und ein Verfahren bei der Polizei- und Militärdirektion des Kantons Bern hängig war. Aus diesem Grund bat unsere Behörde den Rechtsvertreter mit Aktenversand vom 13.3.2018 denn auch gleichzeitig um Rückgabe des fälschlicherweise ausgestellten Ausweises.»

Diese Darstellung wird vom Beschwerdeführer nicht bestritten. Die von der EG C._____ geschilderten Abläufe können daher als erstellt gelten. Es beruht demnach unstreitig auf einem Versehen einer Mitarbeiterin der EG C._____, dass dem Beschwerdeführer eine Niederlassungsbewilligung bzw. ein entsprechender Ausweis ausgehändigt wurde. Die Rechtsgültigkeit dieser Bewilligung ist damit äusserst fraglich. Dessen ist sich offensichtlich auch der Beschwerdeführer bewusst, ansonsten er dieses Rechtsmittelverfahren gegen die Abschreibung des Verfahrens betreffend Nichtverlängerung der Aufenthaltsbewilligung nicht angestrengt hätte (vgl. auch vorne E. 1.2).

2.2 Die Rechtmässigkeit der Niederlassungsbewilligung ist hier zwar nicht unmittelbar Streitgegenstand. Ob die angefochtene Abschreibungs-

verfügung der Rechtskontrolle standhält, lässt sich jedoch nicht losgelöst von dieser Frage beurteilen (vgl. Art. 39 Abs. 1 VRPG): Das rechtserhebliche Interesse am Beschwerdeverfahren betreffend Nichtverlängerung der Aufenthaltsbewilligung kann nur dann als dahingefallen gelten, wenn der fraglichen Niederlassungsbewilligung Rechtswirkungen zukommen.

2.2.1 Nicht angefochtene oder nicht anfechtbare Verfügungen werden grundsätzlich rechtsbeständig, unbesehen davon, ob sie mit einem rechtlichen Mangel behaftet sind oder nicht. Sie müssen befolgt und beachtet werden. Anders verhält es sich nur bei nichtigen Verwaltungsakten, denen von Anfang an jede Verbindlichkeitswirkung und Rechtswirksamkeit abgeht. Die Nichtigkeit ist jederzeit und von sämtlichen staatlichen Instanzen von Amtes wegen zu beachten (vgl. z.B. Fritz Gygi, Verwaltungsrecht, 1986, S. 306; Häfelin/Müller/Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 7. Aufl. 2016, N. 1096). Sie wird nur ausnahmsweise angenommen, wenn der Verwaltungsakt einen besonders schweren und offensichtlichen oder zumindest leicht erkennbaren Mangel aufweist und zudem die Annahme der Nichtigkeit die Rechtssicherheit nicht ernsthaft gefährdet (zum Ganzen statt vieler: BGE 139 II 243 E. 11.2; BVR 2016 S. 318 E. 5.2; Merkli/Aeschlimann/Herzog, Kommentar zum bernischen VRPG, 1997, Art. 49 N. 55).

2.2.2 Beabsichtigt eine Verwaltungsbehörde zu verfügen, so führt sie ein Verwaltungsverfahren durch (im Unterschied zum tatsächlichen Verwaltungshandeln, welches nicht auf unmittelbare Rechtswirkungen zielt). Die rechtsstaatlichen Anforderungen an dieses sog. nichtstreitige Verwaltungsverfahren betreffen im Wesentlichen die Zuständigkeit der verfügenden Behörde, die Ermittlung des massgeblichen Sachverhalts, die Wahrung der Parteirechte und die gehörige Eröffnung der Verfügung. Dem Verwaltungsverfahren kommt damit eine grosse Tragweite für den rechtsstaatlichen Vollzug des materiellen Rechts zu; es stellt neben der Verwaltungsjustiz eine weitere rechtsstaatliche Garantie dar, welche das verwaltungsökonomische Zweckinstitut der Verfügung verantwortbar macht (Fritz Gygi, a.a.O., S. 125; vgl. auch Häfelin/Müller/Uhlmann, a.a.O., N. 963 ff.). Verfügung und Verwaltungsverfahren sind demnach untrennbar verbunden, d.h. der Erlass einer Verfügung setzt grundsätzlich ein Verwaltungsverfahren

voraus. Von diesem Prinzip kann einzig abgewichen werden, wenn die Verwaltungsbehörde unverzüglich handeln muss, um die auf dem Spiel stehenden öffentlichen oder privaten Interessen sofort zu verwirklichen (zum Ganzen Kiener/Rütsche/Kuhn, Öffentliches Verfahrensrecht, 2. Aufl. 2015, N. 314 ff.; zur Ausnahme der «verfahrensfreien Verfügung» vgl. auch Bickel/Oeschger/Stöckli, Die verfahrensfreie Verfügung, in ZBl 2009 S. 593 ff.).

2.2.3 Der Beschwerdeführer erhielt, ohne ein entsprechendes Begehren gestellt oder einen dahingehenden Wunsch geäußert zu haben, den Ausweis C, als er nach seinem Umzug seine Schriften bei der Einwohnerkontrolle der EG C._____ hinterlegen wollte. Zwar ist es grundsätzlich denkbar, dass sich ein Verwaltungsverfahren namentlich bei Massengeschäften in einem kurzen Kontakt am Behördenschalter erschöpft. Geht es jedoch – wie hier – um die Erteilung einer Niederlassungsbewilligung, welche an verschiedene Voraussetzungen knüpft und als Dauerverfügung von grosser Tragweite ist, kann ein blosser Schalterkontakt von vornherein nicht als Verwaltungsverfahren gelten. Dies muss umso mehr gelten, wenn der Schalterkontakt aus Gründen erfolgt, die mit dem ausländerrechtlichen Anwesenheitsstatus der betroffenen Person gar nichts zu tun haben. Die Mitarbeiterin der EG C._____, welche dem Beschwerdeführer ungefragt im Rahmen der einwohnerpolizeilichen Anmeldeformalitäten einen Ausweis C ausgehändigt hat, hat demnach kein auf Erteilung einer Niederlassungsbewilligung gerichtetes Verwaltungsverfahren durchgeführt.

2.2.4 Da hier offensichtlich kein Grund für den Erlass einer verfahrensfreien Verfügung bestand, mangelt es der fraglichen Niederlassungsbewilligung an einem für Verfügungen wesensbestimmenden Merkmal (vorher E. 2.2.2). Dieser Sachverhalt ist zu unterscheiden vom (weitaus häufigeren) Fall, in welchem ein mit Fehlern behaftetes Verwaltungsverfahren zu einer fehlerhaften und damit in der Regel anfechtbaren Verfügung führt (z.B. wegen ungenügender Abklärung des Sachverhalts oder Verletzung von Parteirechten). Hier hat die Behörde gänzlich auf die Durchführung eines Verwaltungsverfahrens verzichtet, obgleich die Voraussetzungen hierfür offensichtlich nicht erfüllt waren. Dies stellt einen besonders gravierenden und

die Verfügung unmittelbar in ihrem Bestand berührenden Mangel dar (ebenso Bickel/Oeschger/Stöckli, a.a.O., S. 616 f.).

2.2.5 Für den Beschwerdeführer war dieser Mangel ohne weiteres erkennbar. Er ist seit Jahren mit Verwaltungsverfahren betreffend die Verlängerung seiner ausländerrechtlichen Aufenthaltsbewilligung konfrontiert. Es ist ihm bestens bekannt, dass solche Bewilligungen nicht von Amtes wegen und schon gar nicht im Rahmen eines Schalterkontakts erteilt werden, sondern es vertiefter Abklärungen im Rahmen eines von den Ausländerbehörden geführten Verfahrens bedarf. – Die dem Beschwerdeführer am 7. Februar 2018 ausgehändigte Niederlassungsbewilligung entfaltet demnach aufgrund eines gravierenden, ohne weiteres erkennbaren Mangels keine Rechtswirkungen; sie ist nichtig. Diese Feststellung gefährdet die Rechtssicherheit nicht. Im Gegenteil schafft sie die letztlich auch vom Beschwerdeführer gewünschte Klarheit über seinen ausländerrechtlichen Status (vorne E. 1.2). Der Beschwerdeführer hat den auf seinen Namen ausgestellten Ausweis C unverzüglich den Behörden zurückzugeben.

2.3 Daraus folgt, dass die Voraussetzungen von Art. 39 Abs. 1 VRPG im vorinstanzlichen Verfahren nicht erfüllt waren. Der dem Beschwerdeführer fälschlicherweise ausgehändigte Ausweis C liess mangels Rechtswirkungen das rechtserhebliche Interesse am Beschwerdeverfahren betreffend Nichtverlängerung der Aufenthaltsbewilligung und Wegweisung des Beschwerdeführers aus der Schweiz nicht dahinfliegen. Die Vorinstanz hat das bei ihr hängige Beschwerdeverfahren demnach, wie der Beschwerdeführer im Ergebnis zutreffend folgert, zu Unrecht als gegenstandslos abgeschrieben.

3.

3.1 Die Beschwerde erweist sich damit als teilweise begründet. Die Verfügung vom 20. Juli 2018 ist aufzuheben und die Sache ist an die POM zurückzuweisen zur Fortsetzung des Beschwerdeverfahrens. Soweit der Beschwerdeführer beantragt, die POM sei überdies anzuweisen, das Be-

schwerdeverfahren zu sistieren (vgl. Rechtsbegehren Ziff. 1 Satz 2 [vgl. vorne Bst. C]), ist die Beschwerde als unbegründet abzuweisen.

3.2 Bei diesem Ausgang des Verfahrens obsiegt der Beschwerdeführer im Wesentlichen. Das Unterliegen bezüglich des Sistierungsantrags (E. 3.1 hiervor) rechtfertigt keine Kostenausscheidung. Es sind daher keine Verfahrenskosten zu erheben (Art. 108 Abs. 1 und 2 VRPG) und dem Beschwerdeführer sind die Parteikosten für das verwaltungsgerichtliche Verfahren zu ersetzen (Art. 108 Abs. 3 i.V.m. Art. 104 Abs. 1 VRPG). Die Kostennote des Rechtsvertreters vom 12. Februar 2019 gibt zu keinen Bemerkungen Anlass.

Demnach entscheidet der Einzelrichter:

1. Es wird festgestellt, dass die von der EG C. _____ am 7. Februar 2018 auf den Namen des Beschwerdeführers ausgestellte Niederlassungsbewilligung nichtig ist. Der Beschwerdeführer hat den entsprechenden ausländerrechtlichen Ausweis den Behörden unverzüglich zurückzugeben.
2. Die Beschwerde wird teilweise gutgeheissen. Die Abschreibungsverfügung der Polizei- und Militärdirektion des Kantons Bern vom 20. Juli 2018 wird aufgehoben und die Sache wird an die Polizei- und Militärdirektion zur Fortsetzung des Beschwerdeverfahrens zurückgewiesen. Im Übrigen wird die Beschwerde abgewiesen.
3. Es werden keine Verfahrenskosten erhoben.
4. Der Kanton Bern (POM) hat dem Beschwerdeführer für das Verfahren vor dem Verwaltungsgericht die Parteikosten, festgesetzt auf Fr. 1'703.80 (inkl. Auslagen und MWSt), zu ersetzen.

5. Zu eröffnen:

- dem Beschwerdeführer
- der Polizei- und Militärdirektion des Kantons Bern

und mitzuteilen:

- der Einwohnergemeinde C. _____
- dem Staatssekretariat für Migration

Der Einzelrichter:

Die Gerichtsschreiberin:

Rechtsmittelbelehrung

Gegen dieses Urteil kann innert 30 Tagen seit Eröffnung beim Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten gemäss Art. 39 ff., 82 ff. und 90 ff. des Bundesgesetzes vom 17. Juni 2005 über das Bundesgericht (BGG; SR 173.110) geführt werden.