



---

Abteilung III  
C-3835/2010

## **Urteil vom 5. Dezember 2013**

---

Besetzung

Richter Andreas Trommer (Vorsitz),  
Richter Jean-Daniel Dubey, Richterin Elena Avenati-Carpani,  
Gerichtsschreiber Julius Longauer.

---

Parteien

**A.** \_\_\_\_\_,  
Beschwerdeführer,  
vertreten durch Dr. iur. Andreas Edelmann, Rechtsanwalt,

gegen

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

---

Gegenstand

Zustimmung zur Verlängerung der Aufenthaltsbewilligung.

**Sachverhalt:****A.**

Der Beschwerdeführer (geb. 1970) stammt aus dem Kosovo. Nachdem er sich früher schon wiederholt als Asylbewerber bzw. illegal in der Schweiz aufgehalten hatte, heiratete er am 10. Februar 2000 im Ausland eine Schweizer Bürgerin. Am 6. Februar 2002 kam er im Rahmen des Familiennachzugs in die Schweiz, wo er im Kanton Aargau eine Aufenthaltsbewilligung erhielt. Im Mai 2003 trennten sich die Ehegatten faktisch, und am 1. Oktober 2003 wurde die Trennung gerichtlich bestätigt. Dennoch wurde die Aufenthaltsbewilligung jeweils anstandslos verlängert, letztmals mit Wirkung bis 31. Januar 2006.

**B.**

Am 14. Februar 2006 verfügte die Migrationsbehörde des Kantons Aargau die Nichtverlängerung der am 31. Januar 2006 abgelaufenen Aufenthaltsbewilligung des Beschwerdeführers und wies ihn aus dem Kanton weg. Dabei argumentierte sie, der Beschwerdeführer berufe sich in rechtsmissbräuchlicher Weise auf eine nur der Form nach bestehende Ehe. Die Verfügung der Migrationsbehörde wurde mit Einspracheentscheid derselben Instanz vom 3. Mai 2006 bestätigt.

**C.**

Mit Urteil vom 8. Dezember 2006 hiess das Rekursgericht im Ausländerrecht des Kantons Aargau eine gegen den Einspracheentscheid erhobene Beschwerde gut und wies die kantonale Migrationsbehörde an, die Aufenthaltsbewilligung des Beschwerdeführers zu verlängern. Das Gericht erwog, die gesamten Umstände liessen trotz langer Trennungszeit den Schluss auf eine definitiv gescheiterte Ehe nicht zu. Dem Beschwerdeführer könne daher nicht vorgeworfen werden, er berufe sich rechtsmissbräuchlich auf seine Ehe.

**D.**

Die Vorinstanz verzichtete nach Prüfung der Rechtslage darauf, gegen das Urteil des Rekursgerichts im Ausländerrecht des Kantons Aargau Behördenbeschwerde beim Bundesgericht zu führen oder die Bewilligungssache zwecks Zustimmung an sich zu ziehen.

**E.**

In der Folge verlängerte die kantonale Migrationsbehörde die Aufenthaltsbewilligung mehrfach, zuletzt mit Wirkung bis zum 31. Januar 2010. Nachdem die Ehe des Beschwerdeführers am 27. August 2009 geschie-

den worden war, unterbreitete die Migrationsbehörde am 5. Februar 2010 eine weitere Verlängerung der Aufenthaltsbewilligung der Vorinstanz zur Zustimmung.

**F.**

Am 12. März 2010 teilte die Vorinstanz dem Beschwerdeführer unter Gewährung des rechtlichen Gehörs mit, dass erwogen werde, die Zustimmung zur Verlängerung der kantonalen Aufenthaltsbewilligung zu verweigern und die Wegweisung aus der Schweiz anzuordnen. Vom Recht auf Stellungnahme machte der Beschwerdeführer mit Schreiben vom 19. März 2010 Gebrauch.

**G.**

Mit Verfügung vom 22. April 2010 verweigerte die Vorinstanz ihre Zustimmung zur Verlängerung der kantonalen Aufenthaltsbewilligung und wies den Beschwerdeführer aus der Schweiz weg.

**H.**

Gegen die vorgenannte Verfügung legte der Beschwerdeführer am 27. Mai 2010 Rechtsmittel beim Bundesverwaltungsgericht ein. Er beantragt deren Aufhebung und Erteilung der Zustimmung zur Verlängerung der Aufenthaltsbewilligung.

**I.**

Die Vorinstanz schliesst in ihrer Vernehmlassung vom 28. Juli 2010 auf Abweisung der Beschwerde.

**J.**

Der Beschwerdeführer hält mit Replik vom 17. September 2010 an den gestellten Rechtsbegehren fest.

**K.**

Auf den weiteren Akteninhalt wird, soweit rechtserheblich, 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 Verwaltungsverfahrensgesetzes vom 17. Juni 2005 [VGG, SR 173.32]).

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

**1.3** Der Beschwerdeführer ist als materieller Verfügungsadressat zur Beschwerde legitimiert (Art. 48 Abs. 1 VwVG). Auf die im Übrigen frist- und formgerecht eingereichte Beschwerde ist einzutreten (Art. 49 ff. VwVG).

## **2.**

**2.1** Mit Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht kann die Verletzung von Bundesrecht einschliesslich Überschreitung oder Missbrauch des Ermessens, die unrichtige oder unvollständige Feststellung des rechtserheblichen Sachverhaltes und – soweit nicht eine kantonale Behörde als Beschwerdeinstanz verfügt hat – die Unangemessenheit gerügt werden (Art. 49 VwVG). Das Bundesverwaltungsgericht wendet im Beschwerdeverfahren das Bundesrecht 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).

**2.2** Am 1. Januar 2008 traten das neue Bundesgesetz vom 16. Dezember 2005 über die Ausländerinnen und Ausländer (AuG, SR 142.20) und seine Ausführungsverordnungen in Kraft – unter anderem die Verordnung vom 24. Oktober 2007 über Zulassung, Aufenthalt und Erwerbstätigkeit (VZAE, SR 142.201). In Verfahren, die vor diesem Zeitpunkt anhängig gemacht wurden, bleibt nach der übergangsrechtlichen Ordnung des AuG das alte materielle Recht anwendbar, wobei ohne Belang ist, ob das Verfahren auf Gesuch hin – so explizit Art. 126 Abs. 1 AuG – oder von Amtes wegen eröffnet wurde (vgl. BVGE 2008/1 E. 2 mit Hinweisen). In der vorliegenden Streitsache geht es um die Zustimmung zur Verlängerung einer am 31. Januar 2010 abgelaufenen Aufenthaltsbewilligung. Das entsprechende Gesuch des Beschwerdeführers datiert vom 8. Dezember 2009. Die Streitsache richtet sich somit grundsätzlich nach dem neuen Recht.

**2.3** Das neue Recht gilt jedoch nicht ausnahmslos in allen neuen Verfahren. Seine Anwendung auf Sachverhalte, die sich vor seinem Inkrafttreten verwirklicht haben, steht als echte Rückwirkung in einem Spannungsverhältnis zu verfassungsrechtlichen Grundsätzen der Rechtssicherheit, der Rechtsgleichheit und des Vertrauensschutzes (Art. 5, Art. 8 und Art. 9 der

Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 [BV, SR 101]). Sie ist daher nur ausnahmsweise und unter strengen Voraussetzungen zulässig, wobei im Allgemeinen die Voraussetzungen weniger streng sind, wenn der Bürger begünstigt wird (PIERRE TSCHANNEN / ULRICH ZIMMERLI / MARKUS MÜLLER, Allgemeines Verwaltungsrecht, 3. Aufl., Bern 2009, § 24 N 21 f. und 27; ULRICH HÄFELIN / GEORG MÜLLER / FELIX UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 6. Aufl., Zürich usw. 2010, N 329 und 334 f.).

**2.4** Die Zulässigkeit der echten Rückwirkung neuen Rechts setzt voraus, dass sie ausdrücklich angeordnet oder nach dem Sinn des Erlasses klar gewollt ist (TSCHANNEN / ZIMMERLI / MÜLLER, a.a.O., § 24 N 26; HÄFELIN / MÜLLER / UHLMANN, a.a.O., N. 331). Das neue, auf den 1. Januar 2008 in Kraft gesetzte Ausländerrecht stellt unter diesem Gesichtspunkt nur soweit eine taugliche Rechtsgrundlage für eine echte Rückwirkung dar, als diese die rechtsunterworfenen Personen begünstigt. So entspricht es der ständigen Rechtsprechung, dass neurechtliche Anspruchsnormen – wie etwa Art. 50 AuG – nicht die Verwirklichung des anspruchsbegründenden Sachverhalts unter der Geltung des neuen Rechts verlangen (vgl. Urteil des Bundesgerichts 2C\_869/2010 vom 19. April 2011 E. 2.3 mit Hinweisen). Eine belastende echte Rückwirkung dagegen ist unzulässig. Sie kann sich weder auf eine klare Anordnung noch auf einen klaren gesetzgeberischen Willen stützen. Soweit daher die Anwendung des neuen Rechts zu echter belastender Rückwirkung führen würde, ist die Streitsache auf der Grundlage des alten Rechts zu beurteilen (Urteil des Bundesverwaltungsgerichts C-6133/2008 vom 15. Juli 2011 E. 2.2).

### **3.**

Thema der vorliegenden Streitsache ist die Frage, ob der Beschwerdeführer nach der Scheidung seiner Ehe mit einer Schweizer Bürgerin über einen Anspruch auf Verlängerung seiner Aufenthaltsbewilligung und – darin eingeschlossen – auf Zustimmung zum entsprechenden kantonalen Entscheid verfügt.

**3.1** Der rechtliche Rahmen war unter dem alten, bis zum 31. Dezember 2007 geltenden Ausländerrecht in Art. 7 des Bundesgesetzes vom 26. März 1931 über Aufenthalt und Niederlassung der Ausländer (ANAG, BS 1 121) verortet. Dieser vermittelte dem ausländischen Ehegatten eines Schweizer Bürgers einen Anspruch auf Erteilung und Verlängerung der Aufenthaltsbewilligung und – nach einem ordnungsgemässen und

ununterbrochenen Aufenthalt von fünf Jahren – einen solchen auf Erteilung der Niederlassungsbewilligung. Der Anspruch bestand, solange die Ehe formell Bestand hatte, selbst wenn die Ehegatten nicht zusammen lebten. Auch die Entstehung des Anspruchs auf Niederlassungsbewilligung nach fünf Jahren setzte lediglich die Existenz einer Ehe im Rechtsinne voraus. Einmal begründet war jedoch der Anspruch auf Niederlassungsbewilligung, der a fortiori einen Anspruch auf Verlängerung der Aufenthaltsbewilligung in sich schloss, vom weiteren rechtlichen Schicksal der Ehe unabhängig. Auf die Ehe als Realbeziehung kam es unter dem alten Recht nur unter dem engen Gesichtspunkt des Rechtsmissbrauchsverbots an. Darunter fällt die Berufung auf eine Ausländerrechtsehe (so ausdrücklich Art. 7 Abs. 2 ANAG) sowie eine Ehe, die zwar nicht wie die Ausländerrechtsehe bloss zum Schein eingegangen worden war, jedoch ohne Aussicht auf Wiederaufnahme der ehelichen Gemeinschaft nur noch der Form nach besteht (vgl. etwa BGE 131 II 265 E. 4.2).

**3.2** Das neue Recht knüpft an die altrechtliche Ordnung an und modifiziert diese sowohl zu Lasten als auch zu Gunsten der Betroffenen. Eine Verschärfung führt es zwecks Erleichterung der Missbrauchsbekämpfung ein, indem der Anspruch des ausländischen Ehegatten eines Schweizer Bürgers auf Erteilung und Verlängerung der Aufenthaltsbewilligung neu davon abhängig gemacht wird, dass die Ehegatten zusammen wohnen (Art. 42 Abs. 1 AuG). Von diesem Erfordernis sind die Ehegatten nur befreit, wenn sie für getrennte Wohnorte wichtige Gründe geltend machen können und die Familiengemeinschaft weiter besteht (Art. 49 AuG). Wie schon bisher erwirbt der ausländische Ehegatte nach fünf Jahren ordnungsgemässen und ununterbrochenen Aufenthalts einen vom weiteren Schicksal der Ehe unabhängigen Anspruch auf Niederlassungsbewilligung, was auch den Anspruch auf Verlängerung einer Aufenthaltsbewilligung mit einschliesst (Art. 42 Abs. 3 AuG). Eine Besserstellung erfährt die Rechtsstellung des ausländischen Ehegatten, wenn die Voraussetzungen für einen abgeleiteten Anspruch vor Ablauf dieser fünf Jahre dahinfallen. Art. 50 Abs. 1 AuG bestimmt für diesen Fall, dass der Anspruch des ausländischen Ehegatten auf Erteilung bzw. Verlängerung der Aufenthaltsbewilligung weiterbesteht, wenn die anspruchsbegründende Ehegemeinschaft mindestens drei Jahre bestanden hat und eine erfolgreiche Integration besteht (Bst. a), oder wenn wichtige Gründe einen weiteren Aufenthalt in der Schweiz erforderlich machen (Bst. b). Alle diese Ansprüche stehen wie bisher unter dem Vorbehalt des Rechtsmissbrauchs (Art. 51 Abs. 1 Bst. a und Abs. 2 Bst. a AuG).

**3.3** Der Beschwerdeführer hielt sich zum Zeitpunkt des Inkrafttretens des neuen Rechts am 1. Januar 2008 bereits knapp sechs Jahre als Ehegatte einer Schweizer Bürgerin in der Schweiz auf. Das alte Recht aber vermittelte dem ausländischen Ehegatten nach fünf Jahren einen zivilstandsunabhängigen Anspruch auf eine Aufenthaltsregelung, der unter dem Vorbehalt des Rechtsmissbrauchs an den formellen Bestand der Ehe anknüpfte. Darauf wurde bereits weiter oben eingegangen. Im Falle des Beschwerdeführers lief die Frist am 6. Februar 2007 ab. Es ist nicht erkennbar, dass sich bis zu diesem Zeitpunkt eine Rechtsmissbrauchskonstellation verwirklicht haben könnte. Das Rekursgericht im Ausländerrecht des Kantons Aargau verneinte mit rechtskräftigem Urteil vom 8. Dezember 2006 einen Rechtsmissbrauch. Die Vorinstanz nahm das Urteil zur Kenntnis und verzichtete darauf, rechtsmittelweise an das Bundesgericht zu gelangen oder die Sache zur Zustimmung an sich zu ziehen (Aktennotiz des BFM vom 22. Dezember 2006). Neue Erkenntnisse, dass der Sachverhalt wesentlich anders gelagert war, als das Rekursgericht und die Vorinstanz annahmen, sind nicht vorhanden. Auch bestehen keine Anhaltspunkte, dass sich der Sachverhalt bis zum Ablauf der Fünfjahresfrist, zwei Monate später, entscheidend änderte. Somit ist davon auszugehen, dass dem Beschwerdeführer aus Art. 7 Abs. 1 ANAG per 6. Februar 2007 ein zivilstandsunabhängiger Anspruch auf Erteilung der Niederlassungsbewilligung und damit auf Verlängerung der Aufenthaltsbewilligung erwuchs.

**3.4** Die Vorinstanz stellt denn auch nicht in Abrede, dass der Beschwerdeführer vor Inkrafttreten des neuen Rechts am 1. Januar 2008 aus Art. 7 Abs. 1 ANAG einen Anspruch auf eine Aufenthaltsregelung erwarb. Weil jedoch das Bewilligungsverfahren nach dem Inkrafttreten des neuen Rechts eingeleitet wurde, beurteilt die Vorinstanz die Streitsache ausschliesslich nach diesem und verneint einen Anspruch des Beschwerdeführers auf Verlängerung seiner Aufenthaltsbewilligung. Die Vorinstanz weist zur Begründung darauf hin, dass sich die Ehegatten bereits im Mai 2003 getrennt hätten, d.h. knapp ein Jahr und vier Monate nach der Einreise des Beschwerdeführers in die Schweiz. Die Ehe sei schliesslich am 27. August 2009 geschieden worden. Da daher die eheliche Gemeinschaft zwischen dem Beschwerdeführer und seiner Schweizer Ehefrau weniger als drei Jahre gedauert habe, sei eine wesentliche Voraussetzung für die Entstehung eines Anspruchs auf Verlängerung der Aufenthaltsbewilligung gestützt auf Art. 50 Abs. 1 Bst. a AuG nicht erfüllt. Wichtige Gründe, die im Sinne von Art. 50 Abs. 1 Bst. b AuG einen weiteren Aufenthalt des Beschwerdeführers notwendig machen würden, lägen kei-

ne vor, weshalb er auch aus dieser Bestimmung keinen Anspruch auf Bewilligungsverlängerung ableiten könne.

**3.5** Der Argumentation der Vorinstanz kann nicht gefolgt werden. Weiter oben wurde dargelegt, dass die intertemporale Ordnung des neuen Ausländerrechts für eine echte belastende Rückwirkung keine Handhabe bietet. Um eine solche handelt es sich im vorliegenden Fall. Denn im Ergebnis entzog die Vorinstanz dem Beschwerdeführer den ihm aus Art. 7 Abs. 1 ANAG erwachsenen Anspruch auf Verlängerung der Aufenthaltsbewilligung, indem sie Art. 50 Abs. 1 Bst. a AuG zu Lasten des Beschwerdeführers an einen Sachverhalt anknüpfte, der sich lange vor dem Inkrafttreten des neuen Rechts abschliessend zugetragen hatte, nämlich die Tatsache, dass sich der Beschwerdeführer und seine Ehefrau im Mai 2003 nach einem Jahr und vier Monaten ehelichen Zusammenlebens in der Schweiz trennten (vgl. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts C-6133/2008 vom 15. Juli 2011 E. 4.2). Die Bejahung einer unzulässigen echten Rückwirkung hat aber zur Folge, dass der Sachverhalt auf der Grundlage des alten Rechts zu beurteilen ist, soweit sich dies als notwendig erweist, um die verpönten Auswirkungen der echten Rückwirkung zu vermeiden (vgl. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts C-6133/2008 vom 15. Juli 2011 E. 2.3). Das bedeutet, dass der Beschwerdeführer gestützt auf das alte Recht nach wie vor über einen Anspruch auf Erteilung der Niederlassungs- und damit auf Verlängerung der Aufenthaltsbewilligung verfügt, der ihm nur verweigert werden könnte, wenn sich bis zum 31. Dezember 2007 die einschlägigen Erlöschens- bzw. Widerrufsgründe des alten Rechts (Art. 7 Abs. 1 letzter Satz ANAG, Art. 9 Abs. 4 ANAG) bzw. nach diesem Datum diejenigen des neuen Rechts (Art. 51 Abs. 1 AuG) verwirklicht hätten und eine solche Rechtsfolge darüber hinaus verhältnismässig wäre. Eine solche Konstellation wird jedoch weder von der Vorinstanz geltend gemacht noch ergibt sie sich aus den Akten.

#### **4.**

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

**5.**

Für dieses Verfahren sind keine Kosten aufzuerlegen (vgl. Art. 63 Abs. 1 und 2 VwVG), und es ist dem Beschwerdeführer zu Lasten der Vorinstanz für die ihm erwachsenen notwendigen Kosten eine angemessene Parteientschädigung zuzusprechen (vgl. Art. 64 Abs. 1 VwVG). Diese ist unter Berücksichtigung des aktenkundigen Aufwands und in Anwendung von Art. 7 ff. des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht (VGKE, SR 173.320.2) auf Fr. 2'000.- festzusetzen (inkl. MwSt.).

Dispositiv S. 10

**Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:**

**1.**

Die Beschwerde wird gutgeheissen.

**2.**

Die angefochtene Verfügung wird aufgehoben, und der Verlängerung der Aufenthaltsbewilligung durch die Migrationsbehörde des Kantons Aargau wird die Zustimmung erteilt.

**3.**

Es werden keine Verfahrenskosten auferlegt. Der geleistete Kostenvorschuss im Betrag von Fr. 800.- wird 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 zum Vollzug (...)
- die Migrationsbehörde des Kantons Aargau

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: