

Bundesverwaltungsgericht
Tribunal administratif fédéral
Tribunale amministrativo federale
Tribunal administrativ federal



Abteilung III
C-5368/2008
{T 0/2}

Urteil vom 6. Mai 2009

Besetzung

Richter Antonio Imoberdorf (Vorsitz),
Richter Jean-Daniel Dubey, Richter Bernard Vaudan,
Gerichtsschreiber Jürg Tiefenthal.

Parteien

F._____,
Beschwerdeführer,

gegen

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

Gegenstand

Ausdehnung der kantonalen Wegweisungsverfügung.

Sachverhalt:**A.**

Der aus Tunesien stammende F._____ (geboren 1970; nachfolgend: Beschwerdeführer) reiste erstmals am 13. September 1994 illegal in die Schweiz ein. Nach seiner Verhaftung in Zürich wurde er am 11. Juli 1995 nach Tunis ausgeschafft; das Bundesamt für Ausländerfragen (heute: Bundesamt für Migration [BFM]) verhängte gegenüber ihm eine fünfjährige Einreisesperre gültig bis zum 10. Juli 2000 wegen grober Zuwiderhandlungen gegen fremdenpolizeiliche Vorschriften, Konsum von Haschisch sowie aus armenrechtlichen Erwägungen. Am 22. August 1996 verheiratete er sich im Ausland mit der Schweizerin S._____ (geboren 1976) und reiste erneut am 22. Dezember 1996 im Rahmen der Bestimmungen über den Familiennachzug in die Schweiz ein. Aufgrund der Schweizer Staatsangehörigkeit seiner Ehegattin erhielt der Beschwerdeführer daraufhin eine Aufenthaltsbewilligung zum Verbleib bei der Ehefrau. Die eheliche Gemeinschaft wurde im April 2001 definitiv aufgegeben und die Ehe schliesslich mit Urteil des Bezirksgerichts Zürich vom 23. November 2004 rechtskräftig geschieden.

B.

Der Beschwerdeführer arbeitete – abgesehen von einem kurzen Unterbruch – von November 1998 bis anfangs April 2001 in einem Restaurant bzw. als Lebensmittelverkäufer in der Stadt Zürich. Danach blieb er bis heute erwerbslos und bemühte sich erfolglos um Leistungen der Invalidenversicherung – ein IV-Leistungsbegehren wurde durch die Sozialversicherungsanstalt des Kantons Zürich mit Verfügung vom 27. Mai 2005 abgewiesen. Seit 3. Januar 2002 wird der Beschwerdeführer durch die öffentliche Fürsorge unterstützt; die staatlichen Unterstützungsleistungen für ihn beliefen sich per Mitte Februar 2007 auf Fr. 186'070.-.

C.

Am 4. Januar 2006 wurde die Aufenthaltsbewilligung des Beschwerdeführers letztmals bis 21. Dezember 2006 verlängert, wobei das Migrationsamt des Kantons Zürich bereits zu jenem Zeitpunkt seine erheblichen Bedenken diesbezüglich festhielt und die Verlängerung nur ausnahmsweise erliess, und zwar unter dem Hinweis kein Präjudiz zu schaffen. Mit Gesuch vom 28. November 2006 beantragte F._____ die erneute Verlängerung der Aufenthaltsbewilligung. Nach Gewährung

des rechtlichen Gehörs am 10. Juli 2007 wies das zuständige Migrationsamt mit Verfügung vom 14. Januar 2008 sein Gesuch um Verlängerung der Aufenthaltsbewilligung ab. Der Beschwerdeführer rekurrierte dagegen am 1. Februar 2008. Mit Beschluss vom 16. April 2008 wies der Regierungsrat das Rechtsmittel ab. F._____ reichte dagegen am 6. Mai 2008 beim kantonalen Verwaltungsgericht Beschwerde ein. Das Verwaltungsgericht wies das Rechtsmittel des Beschwerdeführers u.a. mit der Begründung ab, das Berufen auf eine Ehe, bei der vor fünfjährigem Verheiratetsein in der Schweiz keine Aussicht auf (Wieder-)Vereinigung mehr bestehe, stelle einen Rechtsmissbrauch dar und stützte damit die Beurteilung des Regierungsrats.

D.

Mit dem Entscheid des Verwaltungsgerichts ist die Verfügung des Migrationsamtes vom 14. Januar 2008, durch welche dem Beschwerdeführer ein weiterer Aufenthalt im Kanton Zürich verweigert wurde, in Rechtskraft erwachsen. In Nachachtung dieses Entscheides setzte das Migrationsamt mit Schreiben vom 14. Juli 2008 dem Beschwerdeführer eine Ausreisefrist bis zum 31. August 2008, um das zürcherische Kantonsgebiet zu verlassen. Gleichzeitig ersuchte das Migrationsamt die Vorinstanz (BFM), die rechtskräftig gewordene kantonale Wegweisungsverfügung auf das gesamte Gebiet der Schweiz auszudehnen. Mit Schreiben vom 17. Juli 2008 gewährte die Vorinstanz dem Beschwerdeführer das rechtliche Gehör, um zur Ausdehnung der Wegweisung Stellung zu nehmen. Am 8. August 2008 dehnte das BFM die kantonale Wegweisung auf die ganze Schweiz und das Fürstentum Liechtenstein aus und forderte den Beschwerdeführer auf, die Schweiz bis am 31. August 2008 zu verlassen. Zur Begründung führte die Vorinstanz aus, der Beschwerdeführer würde in keinem anderen Kanton eine Aufenthaltsbewilligung besitzen. Der Vollzug der Wegweisung sei zudem zulässig, zumutbar und möglich. Gleichzeitig wurde einer allfälligen Beschwerde gegen die Verfügung die aufschiebende Wirkung entzogen.

E.

Mit Rechtsmitteleingabe vom 17. August 2008 reichte F._____ gegen die Ausdehnung der Wegweisung beim Bundesverwaltungsgericht Beschwerde ein. Die Beschwerdeinstanz räumte dem Beschwerdeführer mit Zwischenverfügung vom 26. August 2008 eine kurze Nachfrist zur Verbesserung seiner Beschwerde ein. Mit Eingabe vom 7. September 2008 reichte der Beschwerdeführer diese fristgerecht nach und

stellte gleichzeitig sinngemäss ein Gesuch um Gewährung unentgeltlicher Rechtspflege, dem stattgegeben wurde. Mit Zwischenverfügung vom 29. Oktober 2008 wurde die Vorinstanz zur Vernehmlassung eingeladen und zugleich das zuständige Migrationsamt angewiesen, einstweilen auf den Vollzug der Wegweisung zu verzichten. Unter Einbezug der kantonalen Akten hält das BFM in seiner Vernehmlassung vom 27. November 2008 an der Abweisung der Beschwerde und somit am ursprünglichen Entscheid fest, dies mit der Begründung, es würden keine neuen erheblichen Tatsachen oder Beweismittel vorgebracht, welche eine Änderung des Entscheides rechtfertigen könnten.

F.

Auf den weiteren Akteninhalt und die Vorbringen wird, soweit rechtserheblich, in den Erwägungen eingegangen.

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:

1.

1.1 Gemäss Art. 31 des Verwaltungsgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (VGG, SR 173.32) beurteilt das Bundesverwaltungsgericht Beschwerden gegen Verfügungen im Sinne von Art. 5 des Bundesgesetzes vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren (VwVG, SR 172.021), sofern keine Ausnahme nach Art. 32 VGG vorliegt. Als Vorinstanzen gelten die in Art. 33 VGG aufgeführten Behörden. Darunter fallen unter anderem Verfügungen des BFM betreffend Ausdehnung der kantonalen Wegweisung auf das ganze Gebiet der Schweiz, die vom Bundesverwaltungsgericht endgültig beurteilt werden (Art. 1 Abs. 2 VGG i.V.m. Art. 83 Bst. c Ziff. 4 des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 [BGG, SR 173.110]).

1.2 Das Verfahren richtet sich nach den Bestimmungen des VwVG, soweit das Verwaltungsgerichtsgesetz nichts anderes bestimmt (Art. 37 VGG).

1.3 Der Beschwerdeführer ist als Verfügungsadressat zur Anfechtung der Verfügung legitimiert. Auf die frist- und formgerecht eingereichte Beschwerde ist somit einzutreten (Art. 48 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 rechts-erheblichen Sachverhaltes sowie die Unangemessenheit gerügt werden, sofern nicht eine kantonale Behörde als Beschwerdeinstanz verfügt hat (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. Urteile des Bundesverwaltungsgerichts C-389/2006 vom 4. Juni 2007 E. 2, C-81/2006 vom 13. März 2007 E. 3 [mit Hinweisen]). Unter Vorbehalt des Verbots echter Rückwirkung ist in gleicher Weise das zum Zeitpunkt des Entscheids in Kraft stehende Recht anzuwenden. Dessen Übergangsbestimmungen können jedoch für gewisse Sachverhalte die Nachwirkung des bisherigen Rechts vorsehen (Urteil des Bundesverwaltungsgerichts C-567/2006 vom 22. Juli 2008 E. 2.1).

3.

3.1 Am 1. Januar 2008 trat das Bundesgesetz vom 16. Dezember 2005 über die Ausländerinnen und Ausländer (AuG, SR 142.20) mit seinen Ausführungsverordnungen (u.a. der Verordnung vom 24. Oktober 2007 über Zulassung, Aufenthalt und Erwerbstätigkeit [VZAE, SR 142.201]) in Kraft und löste das bisher geltende Bundesgesetz vom 26. März 1931 über Aufenthalt und Niederlassung der Ausländer (ANAG, BS 1 121) sowie verschiedene darauf gestützt erlassene Verordnungen ab (vgl. Art. 125 i.V.m. Anhang 2 AuG und Art. 91 VZAE). Wie nachfolgend noch aufzuzeigen ist, sieht das AuG – anders als das früher geltende Recht – keine Zuständigkeit des BFM zur Ausdehnung der kantonalen Wegweisung mehr vor. Es stellt sich daher die Frage, wie es sich diesbezüglich mit der angefochtenen Verfügung verhält, denn diese ist am 8. August 2008 und damit unter der zeitlichen Geltung des AuG ergangen.

3.2 Gemäss der Übergangsbestimmung von Art. 126 Abs. 2 AuG richtet sich das Verfahren mit dem Inkrafttreten des AuG nach neuem Recht. Als Teil des formellen Rechts umfasst das Verfahrensrecht diejenigen Bestimmungen, die das Zustandekommen und die Anfechtung von Verfügungen regeln (vgl. ULRICH HÄFELIN / GEORG MÜLLER / FELIX

UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 5. Aufl., Zürich / Basel / Genf 2006, Rz. 1611), wozu unter anderem auch Zuständigkeitsnormen zu zählen sind (vgl. ALFRED KÖLZ / ISABELLE HÄNER, *Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes*, 2. Aufl., Zürich 1998, Rz. 82). Dementsprechend bestimmt sich die zuständige Behörde zur Erteilung bzw. Verweigerung einer Bewilligung sowie zur Anordnung von Vollstreckungsmassnahmen – auch für bereits hängige Verfahren – seit dem 1. Januar 2008 grundsätzlich nach neuem Recht. Die Anwendung von neuem Verfahrensrecht auf pendente Angelegenheiten gilt denn auch nicht als Rückwirkung im eigentlichen Sinn (vgl. BGE 113 Ia 412 E. 6 S. 425, HÄFELIN / MÜLLER / UHLMANN, a.a.O., Rz. 340).

3.3 In Art. 66 Abs. 1 AuG räumt das neue Recht die Befugnis zur Wegweisung von Ausländerinnen und Ausländern aus der Schweiz der Behörde ein, welche die Bewilligung verweigert, widerruft oder nicht verlängert. Verfügt die kantonale Behörde über die Bewilligung bzw. deren Verweigerung, weist diese somit direkt aus der Schweiz weg. Demgegenüber sah das ANAG eine auf das Kantonsgebiet beschränkte Wegweisung durch die kantonalen Behörden und die damit verbundene Kompetenz des BFM zur Ausdehnung der kantonalen Wegweisung auf das Gebiet der Schweiz vor (Art. 12 Abs. 3 ANAG i.V.m. Art. 17 Abs. 2 der Vollziehungsverordnung vom 1. März 1949 zum Bundesgesetz über Aufenthalt und Niederlassung der Ausländer [ANAV, AS 1949 228]). Diese sogenannte Ausdehnungsverfügung ist mit Art. 66 Abs. 1 AuG hinfällig geworden (vgl. MARC SPESCHA, Kommentar zu Art. 66 AuG, in: *Migrationsrecht*, Marc Spescha/Hanspeter Thür/Andreas Zünd/Peter Bolzli [Hrsg.], Zürich 2008, S. 146 Rz. 3). Der Gesetzgeber rechtfertigte diese Änderung der Zuständigkeiten zugunsten der Kantone mit der Erfahrung, die gezeigt habe, dass Ausländerinnen und Ausländer, die in einem Kanton weggewiesen würden, regelmässig in keinem anderen Kanton eine Bewilligung erhielten. Ein weiterer Entscheid der Bundesbehörden sei somit nicht notwendig, sondern führe lediglich zu einem schwerfälligen Verfahren (Botschaft zum Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer vom 8. März 2002, BBI 2002 3813).

3.4 Aus dem Gesagten folgt, dass die kantonale Behörde, welche die Nichtverlängerung nach Inkrafttreten des AuG am 14. Januar 2008 verfügte, gestützt auf Art. 66 Abs. 1 i.V.m. Art. 126 Abs. 2 AuG zuständig gewesen wäre, die Wegweisung aus der Schweiz anzuordnen (Urteil des Bundesverwaltungsgerichts C-3377/2008 vom 3. März 2009

E. 3). Eine von Art. 126 Abs. 2 AuG abweichende Zuständigkeit hätte sich indessen ergeben, wenn das Verfahren zum Zeitpunkt der Rechtsänderung bereits bei der Vorinstanz anhängig gewesen wäre, was deren Zuständigkeit begründet hätte (sog. perpetuatio fori; vgl. dazu ULRICH MEYER / PETER ARNOLD, Intertemporales Recht, eine Bestandesaufnahme anhand der Rechtsprechung der beiden öffentlich-rechtlichen Abteilungen des Bundesgerichts und des Eidgenössischen Versicherungsgerichts, Zeitschrift für Schweizerisches Recht [ZSR] 2005, S. 137).

4.

4.1 Eine andere Beurteilung könnte sich jedoch ergeben, wenn auf den vorliegenden Sachverhalt materiell-rechtlich das alte Recht anwendbar bliebe und eine Ausdehnung deshalb weiterhin erforderlich wäre. Die Vorinstanz verwies denn auch in einer Vernehmlassung in einem analogen Fall (Urteil C-3377/2008 vom 3. März 2009 E. 4.3) auf Art. 126 Abs. 1 AuG und erachtete gestützt auf das ANAG die Ausdehnung der kantonalen Wegweisung auf die ganze Schweiz und das Fürstentum Liechtenstein als notwendig, dies mit der Begründung, das zugrunde liegende kantonale Wegweisungsverfahren sei noch vor Inkrafttreten des AuG am 1. Januar 2008 aufgehoben worden.

4.2 Gemäss der Praxis des Bundesverwaltungsgerichts ist Art. 126 Abs. 1 AuG so auszulegen, dass das bisher geltende materielle Recht auf alle Verfahren anwendbar bleibt, die erstinstanzlich vor dem Inkrafttreten des AuG eingeleitet wurden (vgl. BVGE 2008/1 E. 2.3 S. 4). Massgebend für die Frage des anwendbaren Rechts ist somit der Zeitpunkt, in dem das Verfahren als eingeleitet gilt. Nun können die Aufenthalts- und Wegweisungsfrage nicht einfach gleichgesetzt werden. Über letztere kann erst befunden werden, wenn über erstere entschieden wurde. Daran ändert nichts, dass in praxi aus Gründen der Verfahrensökonomie das rechtliche Gehör zu beiden Fragen oft gleichzeitig gewährt wird. Unbestrittenermassen hat die kantonale Behörde über das Aufenthaltsgesuch des Beschwerdeführers erst am 14. Januar 2008 befunden, mithin nach Inkrafttreten des nun mehr geltenden Ausländergesetzes mit den neuen Zuständigkeitsregeln.

Die Wegweisung ist zwar die logische und nicht in Frage zu stellende Konsequenz eines fehlenden Bleiberechts. Dennoch handelt es sich – wie bereits ausgeführt – bei Bewilligung und Wegweisung um zwei verschiedene Aspekte, zu welchen sich die zuständige Behörde einzeln

und nicht zwingend in der gleichen Verfügung äussert (Urteil des Bundesverwaltungsgerichts C-3377/2008 vom 3. März 2009 E. 4.2). Das Bewilligungs- und das Wegweisungsverfahren unterstehen denn auch nicht stets den gleichen Regeln. So besteht keine Beschwerdemöglichkeit an das Bundesgericht hinsichtlich der Wegweisung (Art. 83 Bst. c Ziff. 4 BGG, was indessen nicht notwendigerweise für die Verweigerung der Aufenthaltsbewilligung zutrifft (Art. 83 Bst. c Ziff. 2 BGG). Insofern rechtfertigt es sich, den Zeitpunkt der Einleitung für beide Verfahren gesondert zu prüfen.

4.3 Während die Gesuchseinreichung zwar das kantonale Bewilligungsverfahren anhub, weshalb gestützt auf Art. 126 Abs. 1 AuG für die Frage der Verlängerung der Aufenthaltsbewilligung des Beschwerdeführers die bisher geltende Regelung des ANAG anwendbar blieb, gilt es demgegenüber hinsichtlich der Einleitung des Wegweisungsverfahrens die exekutorische Rechtsnatur der Wegweisung zu berücksichtigen. Diese bezweckt einzig die Vollstreckung der zugrunde liegenden Nichtverlängerung bzw. Verweigerung der Aufenthaltsbewilligung (statt vieler: Urteil des Bundesverwaltungsgerichts C-5031/2007 vom 20. Juni 2008 E. 3.2). Über die Wegweisung und deren Vollstreckung kann daher erst dann befunden werden, wenn der zu vollstreckende Entscheid feststeht, d.h. mit Erlass des negativen Bewilligungsentscheides (vgl. dazu NICOLAS WISARD, *Les renvois et leur exécution en droit des étrangers et en droit d'asile*, Basel/Frankfurt am Main 1997, p. 130: "Parallèlement au rejet de la demande d'autorisation, l'autorité fixe un délai de départ à l'étranger (...). Il s'agit de l'ordre de renvoi qui initie le processus d'exécution du devoir de départ."; Urteil des Bundesverwaltungsgerichts C-3377/2008 vom 3. März 2009 E. 4.3). Demzufolge wurde die Wegweisung erst mit der am 14. Januar 2008 verweigerten Verlängerung der Aufenthaltsbewilligung aktuell, womit das AuG und nicht die Bestimmungen des ANAG zur Beurteilung der Wegweisung anwendbar ist (vgl. Art. 126 Abs. 1 AuG e contrario). Davon schien offenbar auch die Vorinstanz auszugehen, soweit sie in der angefochtenen Verfügung das Vorliegen allfälliger Wegweisungshindernisse anhand der Bestimmungen des AuG prüfte.

5.

5.1 Die Vorinstanz war somit weder funktionell noch sachlich zuständig, die Ausdehnung der kantonalen Wegweisung zu verfügen, womit die angefochtene Verfügung Bundesrecht verletzt (Art. 49 Bst. a VwVG). Die Fehlerhaftigkeit von Verfügungen bewirkt in der Regel de-

ren Anfechtbarkeit. Ausnahmsweise kommt jedoch auch die Nichtigkeit der Verfügung in Frage, wenn der ihr anhaftende Mangel besonders schwer ist, er sich als offensichtlich oder zumindest leicht erkennbar erweist und die Rechtssicherheit durch die Annahme der Nichtigkeit nicht ernsthaft gefährdet wird (BGE 133 II 366 E.3.2 S. 367 [mit Hinweisen]; statt vieler: PIERRE TSCHANNEN / ULRICH ZIMMERLI, Allgemeines Verwaltungsrecht, 2. Aufl., Bern 2005, § 31 Rz. 17). Gemäss Rechtsprechung und Lehre stellt namentlich die fehlende funktionelle und sachliche Zuständigkeit einer Behörde einen Nichtigkeitsgrund dar, es sei denn, der verfügenden Behörde komme auf dem betreffenden Gebiet allgemeine Entscheidungsgewalt zu (BGE 127 II 32 E. 3g S. 47; HÄFELIN / MÜLLER / UHLMANN, a.a.O., Rz. 961 [mit Hinweisen]). Die Vorinstanz verfügt jedoch im Ausländerrecht über eine solche grundsätzliche Entscheidbefugnis (vgl. u.a. Art. 98, Art. 99 und Art. 83 AuG). Zudem ist die fehlende Zuständigkeit der Vorinstanz nicht als leicht erkennbarer Mangel zu erachten, erging die Verfügung schliesslich nur einige Monate nach Inkrafttreten der Rechtsänderung. Erst mit dem Grundsatzurteil des Bundesverwaltungsgerichts C-3377/2008 vom 3. März 2009, welches mit dem vorliegenden Verfahren vergleichbar ist, ist nun auch die Frage in Bezug auf das anwendbare Recht bei Nichtverlängerungen von Aufenthaltsbewilligungen in Kombination mit Wegweisungen geklärt. Aufgrund des Gesagten ist daher in casu die vorinstanzliche Verfügung vom 8. August 2008 nur anfechtbar und nicht nichtig.

5.2 Die Beschwerde ist demnach gutzuheissen und die angefochtene Verfügung aufzuheben. Im Sinne der Erwägungen obliegt es in der Folge der kantonalen Migrationsbehörde, über die Wegweisung des Beschwerdeführers zu befinden.

5.3 Bei diesem Ausgang des Verfahrens sind keine Kosten aufzuerlegen (vgl. Art. 63 Abs. 1 und 2 VwVG). In Anwendung von Art. 7 Abs. 4 des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht (VGKE, SR 173.320.2) ist keine Parteientschädigung zuzusprechen.

(Dispositiv nächste Seite)

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.

Die Beschwerde wird im Sinne der Erwägungen gutgeheissen.

2.

Die angefochtene Verfügung vom 8. August 2008 wird aufgehoben.

3.

Es werden keine Verfahrenskosten erhoben.

4.

Es wird keine Parteientschädigung ausgerichtet.

5.

Dieses Urteil geht an:

- den Beschwerdeführer (Einschreiben)
- die Vorinstanz (Ref-Nr. ZEMIS [...])
- das Migrationsamt des Kantons Zürich in Kopie (Ref-Nr. ZH [...])

Der vorsitzende Richter:

Der Gerichtsschreiber:

Antonio Imoberdorf

Jürg Tiefenthal

Versand: