



Urteil vom 24. Oktober 2011

Besetzung

Richter Andreas Trommer (Vorsitz),
Richterin Ruth Beutler, Richterin Marianne Teuscher,
Gerichtsschreiber Julius Longauer.

Parteien

A. _____,
Beschwerdeführer,
vertreten durch Daniel Weber, Fürsprecher,

gegen

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

Gegenstand

Zustimmung zur Verlängerung der Aufenthaltsbewilligung.

Sachverhalt:**A.**

Der Beschwerdeführer (geb. 1978) ist kosovarischer Staatsangehöriger. Nach seiner Heirat vom 1. Juli 2003 mit einer niedergelassenen Ausländerin erhielt er im Kanton Bern im Rahmen des Familiennachzugs eine Aufenthaltsbewilligung, die letztmals mit Wirkung bis 30. November 2007 verlängert wurde.

B.

Der Beschwerdeführer und die (seit Juni 2004 eingebürgerte) Ehefrau trennten sich per 1. Januar 2007 und am 28. August 2007 wurde die Ehe geschieden.

C.

Nach erfolgter Scheidung ersuchte der Beschwerdeführer am 17. September 2007 um eine weitere Verlängerung seiner Aufenthaltsbewilligung. Die Migrationsbehörde des Kantons Bern übersteuerte die Bewilligungssache am 21. September 2007 zwecks Zustimmung an die Vorinstanz.

D.

Am 26. Oktober 2007 gewährte die Vorinstanz dem Beschwerdeführer das rechtliche Gehör zu einer möglichen Verweigerung der Zustimmung und Wegweisung aus der Schweiz. Von der Möglichkeit zur Stellungnahme machte der Beschwerdeführer am 19. Dezember 2007 Gebrauch.

E.

Mit Verfügung vom 4. Januar 2008 verweigerte die Vorinstanz ihre Zustimmung zur Verlängerung der Aufenthaltsbewilligung und wies den Beschwerdeführer unter Ansetzung einer Ausreisefrist aus der Schweiz weg.

F.

Dagegen gelangte der Beschwerdeführer am 7. Februar 2008 an das Bundesverwaltungsgericht und stellte die folgenden Rechtsbegehren: Die Verfügung sei aufzuheben und die Vorinstanz anzuweisen, die Angelegenheit an die kantonale Migrationsbehörde zurückzuweisen, damit diese in eigener Zuständigkeit über die Verlängerung der Aufenthaltsbewilligung entscheide. Eventualiter sei die Vorinstanz

anzuweisen, ihre Zustimmung zur Verlängerung der Aufenthaltsbewilligung zu erteilen.

G.

Die Vorinstanz beantragte in ihrer Vernehmlassung vom 9. April 2008 die Abweisung der Beschwerde.

H.

Mit verfahrensleitender Verfügung vom 3. Februar 2011 lud das Bundesverwaltungsgericht den Beschwerdeführer ein, allfällige seit dem letzten Schriftenwechsel eingetretene Sachverhaltsänderungen in das Verfahren einzubringen.

I.

Der Aufforderung des Bundesverwaltungsgerichts kam der Beschwerdeführer mit Eingabe vom 4. März 2011 nach.

J.

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 Verwaltungsgerichtsgesetzes 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 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). Unter Vorbehalt des Verbots echter Rückwirkung ist in gleicher Weise das zum Zeitpunkt des Entscheides in Kraft stehende Recht anzuwenden. Dessen Übergangsbestimmungen können freilich für gewisse Sachverhalte die Nachwirkung des alten Rechts vorsehen.

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, wie es vorliegend der Fall ist, bleibt nach der übergangsrechtlichen Ordnung des AuG das alte materielle Recht anwendbar. Dabei ist entgegen dem zu engen Wortlaut des Art. 126 Abs. 1 AuG ohne Belang, ob das Verfahren auf Gesuch hin oder von Amtes wegen eröffnet wurde (vgl. BVGE 2008/1 E. 2 mit Hinweisen). Einschlägig sind das Bundesgesetz vom 26. März 1931 über Aufenthalt und Niederlassung der Ausländer (ANAG, BS 1 121), die Vollziehungsverordnung vom 1. März 1949 zum Bundesgesetz über Aufenthalt und Niederlassung der Ausländer (ANAV, AS 1949 228), die Verordnung vom 20. April 1983 über das Zustimmungsverfahren im Ausländerrecht (nachfolgend: Zustimmungsverordnung, AS 1983 535) und die Verordnung vom 6. Oktober 1986 über die Begrenzung der Zahl der Ausländer (Begrenzungsverordnung, BVO, AS 1986 1791). Das Verfahren selbst folgt grundsätzlich dem neuen Verfahrens- und Organisationsrecht (Art. 126 Abs. 2 AuG).

3.

3.1. Der Beschwerdeführer spricht der Vorinstanz die Zuständigkeit ab, an der Verlängerung seiner Aufenthaltsbewilligung in Gestalt der Zustimmung mitzuwirken. Die Entscheidkompetenz liege gestützt auf Art. 4 ANAG allein beim Kanton. Diese nicht weiter begründete Auffassung ist unzutreffend. Die Zuständigkeit der Vorinstanz ergibt sich im

vorliegenden Fall aus Art. 1 Abs. 1 Bst. a Zustimmungsverordnung in Verbindung mit den Weisungen und Erläuterungen des BFM über Einreise, Aufenthalt und Arbeitsmarkt (ANAG-Weisungen, 3. Aufl., Bern, Mai 2006). Letztere sehen unter Ziff. 132.4 Bst. e vor, dass die Verlängerung der Aufenthaltsbewilligung einer ausländischen Person nach Scheidung vom schweizerischen Ehegatten oder nach dessen Tod dem BFM zur Zustimmung zu unterbreiten ist, falls die ausländische Person nicht aus einem Mitgliedstaat der EFTA oder der EG stammt. Gemäss Art. 19 Abs. 5 ANAV darf eine entsprechende kantonale Bewilligung erst ausgestellt werden, wenn die Zustimmung des BFM vorliegt; sie gilt ansonsten als ungültig.

3.2. Die Ehe des Beschwerdeführers ist geschieden worden, bevor ihm als Ehemann einer Schweizer Bürgerin aus Art. 7 Abs. 1 Satz 2 ANAG bzw. als Ehemann einer Niedergelassenen aus Art. 17 Abs. 2 Satz 2 ANAG ein zivilstandsunabhängiger Anspruch auf Verlängerung seiner Aufenthaltsbewilligung erwachsen konnte (BGE 135 II 1 E. 1.2.2 S. 4; BGE 130 II 49 E. 3.2 S. 53 ff.). Eine andere Anspruchsgrundlage des Landes- und Völkerrechts besteht nicht. Eine solche kann namentlich nicht in Art. 50 AuG erblickt werden, der zwar neue Ansprüche auf Verlängerung der Aufenthaltsbewilligung nach Auflösung der Ehe schafft, auf die vorliegende Streitsache jedoch wegen der intertemporalen Unterstellung unter das alte Recht nicht anwendbar ist (vgl. oben Ziff. 2.2, ferner Urteile des Bundesgerichts 2C_245/2008 vom 27. März 2008 E. 2.2.2 und 2C_451/2007 vom 22. Januar 2008 E. 1.2). Bei dieser Rechtslage liegt der Entscheid über die Erteilung oder Verweigerung der Zustimmung im pflichtgemässen Ermessen des BFM (Art. 4 ANAG). Eine Bindung an die kantonale Beurteilung besteht nicht. Das gilt selbst dann, wenn auf kantonaler Ebene ein Gericht auf Erteilung oder Verlängerung der Aufenthaltsbewilligung erkannt hat (vgl. grundlegend BGE 127 II 49 E. 3 S. 51 ff; ferner Entscheid des Eidg. Justiz- und Polizeidepartements vom 15. April 2005 E. 12 in: Verwaltungspraxis der Bundesbehörden [VPB] 69.76).

4.

Der Begriff der "pflichtgemässen Ermessensausübung" impliziert die Beachtung rechtlicher Schranken bei der Ausfüllung der Ermessensspielräume. Vorliegend steht der Grundsatz der Verhältnismässigkeit von Verwaltungsakten im Vordergrund. Unter diesem Gesichtspunkt der Verhältnismässigkeit ist eine wertende Abwägung vorzunehmen zwischen dem öffentlichen Interesse an der

Verweigerung der Zustimmung einerseits und den durch die Verweigerung beeinträchtigten privaten Interessen des (oder der) Betroffenen andererseits (vgl. statt vieler ULRICH HÄFELIN / GEORG MÜLLER / FELIX UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 6. Aufl., Zürich und St. Gallen 2010, S. 138 f.).

5.

5.1. Richtschnur und äusseren Rahmen der Interessenabwägung bilden die Grundentscheidungen des Ausländerrechts, namentlich die in Art. 1 BVO formulierten migrationspolitischen Ziele und die damit zusammenhängende restriktive Einwanderungspolitik gegenüber erwerbstätigen ausländischen Personen aus dem Nicht-EU/EFTA-Raum (in der Folge: Drittstaatsangehörige). Diese Politik findet ihren Ausdruck unter anderem in den strengen Zulassungsbeschränkungen der Begrenzungsverordnung, denen erwerbstätige Drittstaatsangehörige namentlich in Gestalt hoher Anforderungen an die berufliche Qualifikation (Art. 8 BVO) und der Höchstzahlen (Art. 12 BVO) unterworfen sind. Das erhebliche Gewicht des öffentlichen Interesses an der Durchsetzung der restriktiven Einwanderungspolitik gegenüber Drittstaatsangehörigen zeigt sich daran, dass humanitäre Gründe in diesem rechtlichen Zusammenhang erst Bedeutung erlangen, wenn die Betroffenheit des Einzelnen die Grenze zum schwerwiegenden persönlichen Härtefall im Sinne von Art. 13 Bst. f BVO überschreitet. Nach der Auflösung der Ehe, die sie von restriktiven qualitativen und quantitativen Zulassungsvoraussetzungen der Begrenzungsverordnung ausnehmen, muss die ausländische Person dieses öffentliche Interesse grundsätzlich wieder gegen sich gelten lassen, auch wenn sie nach Massgabe von Art. 12 Abs. 2 zweiter Satz BVO den Höchstzahlen der Begrenzungsverordnung nach wie vor nicht untersteht. Es ist deshalb ein vergleichsweise strenger Massstab angebracht, wenn es zu beurteilen gilt, ob nach Wegfall des Privilegierungsgrundes private Interessen bestehen, denen gegenüber das öffentliche Interesse an der Durchsetzung der restriktiven Migrationspolitik zurückzustehen hat. Dementsprechend geht das Bundesverwaltungsgericht mit der Vorinstanz davon aus, dass die Verlängerung der Aufenthaltsbewilligung nach Auflösung der Ehe in erster Linie ein Instrument zur Vermeidung von Härtefällen darstellt (vgl. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts C-1786/2007 vom 7. Juni 2010 E. 7.1 mit Hinweis; ferner Ziff. 654 ANAG-Weisungen).

5.2. Unter dem Gesichtspunkt der Verhältnismässigkeit ist zu prüfen, ob die Durchsetzung der restriktiven Migrationspolitik im konkreten Einzelfall zu unbilligen, vom öffentlichen Interesse an der Durchsetzung einer restriktiven Einwanderungspolitik nicht gedeckten Härten bei der betroffenen ausländischen Person führt. Entscheidend ist, inwieweit es der ausländischen Person in persönlicher, wirtschaftlicher und sozialer Hinsicht zugemutet werden kann, den Aufenthalt in der Schweiz aufzugeben, in ihre Heimat zurückzukehren und dort zu leben. Zu diesem Zweck ist ihre zukünftige Situation im Ausland den persönlichen Verhältnissen in der Schweiz gegenüberzustellen. Über die Zumutbarkeit ist nach Massgabe der gesamten Umstände des Einzelfalles zu befinden. Dazu gehören allgemeine, von der Ehe unabhängige Elemente, wie die Dauer des Aufenthaltes in der Schweiz, der Grad der sozialen und wirtschaftlichen Integration in die hiesigen Verhältnisse, das Alter und der gesundheitliche Zustand, soweit Kinder vorhanden sind, deren Alter und schulische Integration, aber auch die Unterkunft und die Reintegrationsmöglichkeiten in der Heimat, ferner ehespezifische Elemente, wie die Dauer der Ehe und die Umstände, die zu deren Auflösung geführt haben. Steht fest, dass der ausländischen Person eine Weiterführung der ehelichen Beziehung nicht länger zugemutet werden konnte, namentlich weil sie Opfer von Misshandlungen geworden war, so ist dies besonders zu berücksichtigen (vgl. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts C-1786/2007 vom 7. Juni 2010 E. 7.2 mit Hinweis; ferner Ziff. 654 ANAG-Weisungen).

5.3. Welcher Grad an Betroffenheit in den persönlichen Verhältnissen notwendig ist, damit das öffentliche Interesse an der Durchsetzung der restriktiven Migrationspolitik gegenüber Drittausländern zurückzustehen hat, ist vorab mit Blick auf die Regelung des Art. 7 Abs. 1 ANAG zu beantworten, der ausländischen Ehegatten nach fünf Jahren Ehe auf schweizerischem Territorium einen vom weiteren Bestand der Ehe unabhängigen Anspruch auf Aufenthalt vermittelt. Vor dem Erreichen dieser zeitlichen Grenze kommt es entscheidend darauf an, welche Bedeutung den ehespezifischen Elementen im jeweiligen Einzelfall zukommt, das heisst der Dauer der ehelichen Gemeinschaft auf schweizerischem Territorium, den Umständen der Auflösung der ehelichen Gemeinschaft und – in letzterem Zusammenhang – allfälligen Gewalterfahrungen in der Ehe sowie der Existenz gemeinsamer Kinder. Je mehr diese Elemente ins Gewicht fallen, umso eher wird man von einer hinreichend schweren Betroffenheit ausgehen können. Umgekehrt rechtfertigt sich ein umso strengerer Massstab, als sich die Härtesituation

nicht gerade aus den oben genannten ehespezifischen Elementen ableiten lässt (vgl. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts C-1786/2007 vom 7. Juni 2010 E. 7.3 mit Hinweis; vgl. schliesslich die abgestufte Regelung in Art. 50 AuG). Dabei darf jedoch nicht ausser Acht gelassen werden, dass der Verordnungsgeber in Art. 12 Abs. 2 zweiter Satz BVO unter anderem ausländische Ehegatten von Schweizer Bürgern von den Höchstzahlen der Begrenzungsverordnung auch für die Zeit nach Auflösung der Ehe ausnimmt und auf diese Weise ihrer besonderen Lage Rechnung trägt.

6.

6.1. Die Ehe des Beschwerdeführers hatte 4 Jahre und 2 Monate Bestand. Sie blieb kinderlos und irgendwelche Besonderheiten im Zusammenhang mit ihrem Scheitern, die es in vorliegendem Zusammenhang zu berücksichtigen gälte, sind nicht bekannt. Allerdings dauerte das eheliche Zusammenleben mit 3 Jahren und 6 Monaten vergleichsweise lang. Darin ist ein Element zu erblicken, das im Sinne der obenstehenden Erwägungen geeignet ist, die Anforderungen an die Betroffenheit zu senken. Es ist diesbezüglich auf Art. 50 Abs. 1 Bst. a AuG zu verweisen, der in bewusster Anlehnung an eine vorbestehende Verlängerungspraxis zahlreicher Kantone nach drei Jahren ehelicher Haushaltsgemeinschaft einen Anspruch auf Verlängerung entstehen lässt, wenn die Integration der ausländischen Person ansonsten erfolgreich verlaufen ist (vgl. dazu die Voten von Bundesrat Blocher und Kommissionssprecher Beck im Rahmen der parlamentarischen Beratungen, AB 2004 N 1064; ferner RAHEL MARTIN-KÜTTEL, Aufenthaltsbeendigung nach altem und neuem Recht, in: Alberto Achermann und andere [Hrsg.], Jahrbuch für Migrationsrecht 2006/2007, dort S. 14; Marc Spescha, Handbuch zum Ausländerrecht, Bern usw. 1999, S. 162 N. 16 und S. 241 ff.). Auch wenn das neue Recht auf die vorliegende Streitsache nicht anwendbar ist, so kann der in ihm zum Ausdruck kommende Wandel gesellschaftlicher Grundwertungen bei der Ausfüllung altrechtlicher Ermessensspielräume nicht gänzlich unbeachtet bleiben.

6.2. Der heute 33 Jahre alte Beschwerdeführer lebt seit gut acht Jahren in der Schweiz, nachdem er sich hier Ende der 90-er Jahre bereits zwei Jahre als Asylbewerber aufgehalten hatte. Bis auf einen im Jahr 2003 erwirkten Strafbefehl wegen Zuwiderhandlungen gegen das Ausländerrecht ist er unbescholten und kommt seinen finanziellen Verpflichtungen nach. Kurz nach seiner Einreise im Jahr 2003 nahm der

Beschwerdeführer eine Erwerbstätigkeit als Raumpfleger bei einem Reinigungsunternehmen auf. Daneben arbeitete er als nebenamtlicher Hauswart in mehreren Liegenschaften eines Immobilienunternehmens. In beiden Funktionen wurde und wird er von seinen Arbeitgebern, Mitarbeitern und Kunden bzw. Mietern geschätzt. Dank seinem Erwerbseinkommen war er stets in der Lage, für seinen Lebensunterhalt ohne Inanspruchnahme der öffentlichen Sozialhilfe aufzukommen. Die sprachliche Integration des Beschwerdeführers ist – soweit erkennbar – gut, und was die soziale Integration anbetrifft, ist nichts Nachteiliges bekannt. Es ist im Gegenteil davon Vermerk zu nehmen, dass sich im Rahmen des Bewilligungsverfahrens etliche Personen für ihn eingesetzt haben, was auf eine nachhaltige soziale Verankerung hier in der Schweiz hinweist. Seine Integration ist damit als gelungen zu beurteilen. Anzuführen bleibt, dass beim Beschwerdeführer im Jahr 2008 Darmkrebs diagnostiziert wurde, was mehrere Hospitalisationen und operative Eingriffe notwendig machte. Zur Zeit scheint der Beschwerdeführer geheilt zu sein. Nachkontrollen sind jedoch notwendig.

6.3. Zwar sind keine Gründe ersichtlich, die eine Wiedereingliederung des Beschwerdeführers in seinem Heimatland ernsthaft beeinträchtigen könnten. Das Bundesverwaltungsgericht gelangt jedoch auf der Grundlage des mildereren Beurteilungsmassstabs, den es vorliegend anzuwenden gilt, und unter Berücksichtigung der gesamten Umstände zum Schluss, dass eine Nichterneuerung der Aufenthaltsbewilligung in rechtserheblicher Weise in die persönlichen Verhältnisse des Beschwerdeführers eingreift. Das öffentliche Interesse an der Durchsetzung der restriktiven Migrationspolitik – Personen aus dem Nicht-EFTA/EU-Raum betreffend – muss unter den gegebenen Umständen gegenüber dem Interesse des Beschwerdeführers an einer weiteren ausländerrechtlichen Regelung seines Aufenthaltes zurückstehen. Indem die Vorinstanz dem öffentlichen Interesse grösseres Gewicht beigemessen und gestützt darauf die Zustimmung zur Verlängerung der Aufenthaltsbewilligung verweigert hat, erweist sich ihre Anordnung als unverhältnismässig.

7.

Aus den vorstehenden Erwägungen ergibt sich, dass die angefochtene Verfügung Bundesrecht verletzt (Art. 49 Bst. a VwVG). Die angefochtene Verfügung ist deshalb aufzuheben und der Verlängerung der kantonalen Aufenthaltsbewilligung ist die Zustimmung zu erteilen. In diesem Sinne ist die Beschwerde gutzuheissen.

8.

Zwar ist der Beschwerdeführer mit seinem Hauptbegehren auf Rückweisung an den Kanton gescheitert. Bei der massgebenden materiellen Betrachtungsweise gilt er jedoch als ganz obsiegend. Daher sind keine Verfahrenskosten aufzuerlegen (Art. 63 Abs. 1 und 2 VwVG), und es ist dem Beschwerdeführer gestützt auf Art. 64 VwVG zu Lasten der Vorinstanz eine Parteientschädigung zuzusprechen. Diese ist gestützt auf die Kostennote seines Rechtsvertreters, die zu keinen grundsätzlichen Beanstandungen Anlass gibt, auf Fr. 2'952.45 (MwSt. inkl.) festzusetzen (Art. 7 ff. des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]).

9.

Das vorliegende Urteil ist endgültig (Art. 83 Bst. c Ziff. 2 und Ziff. 4 des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 [BGG, SR 173.110])

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.

Die Beschwerde wird gutgeheissen.

2.

Die angefochtene Verfügung wird aufgehoben, und der Verlängerung der Aufenthaltsbewilligung wird die Zustimmung erteilt.

3.

Es werden keine Verfahrenskosten erhoben. Der geleistete Kostenvorschuss im Betrag von Fr. 700.- wird zurückerstattet.

4.

Die Vorinstanz hat den Beschwerdeführer für das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht mit Fr. 2'952.45 (inkl. MwSt.) zu entschädigen.

5.

Dieses Urteil geht an:

- den Beschwerdeführer (...)
- die Vorinstanz zum Vollzug (...)
- den Migrationsdienst des Kantons Bern (...)
- die Fremdenpolizei der Stadt Bern (...)

Der vorsitzende Richter:

Der Gerichtsschreiber:

Andreas Trommer

Julius Longauer

Versand: