Bundesverwaltungsgericht
Tribunal administratif fédéral
Tribunale amministrativo federale
Tribunal administrativ federal

Abteilung III
C-1249/2010
{T 0/2}

Urteil vom 2. Juni 2010

Besetzung

Richterin Marianne Teuscher (Vorsitz),
Richter Andreas Trommer, Richter Blaise Vuille,
Gerichtsschreiber Rudolf Grun.

Parteien

D._____,
vertreten durch lic. iur. Bernhard Zollinger,
Beschwerdeführer,

gegen

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

Gegenstand

Ausdehnung der kantonalen Wegweisung.

Sachverhalt:

A.
Der Beschwerdeführer (geb. 1978, mazedonischer Staatsangehöriger) reiste am 28. März 1995 im Rahmen des Familiennachzugs in die Schweiz und erhielt eine Aufenthaltsbewilligung zum Verbleib bei seinen Eltern, letztmals verlängert bis 29. Juli 2006.
Am 26. Juni 1998 heiratete er in Mazedonien eine Landsmännin. Aus dieser Ehe gingen 1999 und 2002 zwei Kinder hervor, welche am 4. Januar 2002 gemeinsam mit ihrer Mutter in die Schweiz einreisten. Sie und zwei weitere Kinder (geb. 2003 und 2004) erhielten Aufenthaltsbewilligungen zum Verbleib beim Beschwerdeführer, letztmals verlängert bis 29. Juli 2008.

B.
Mit Strafbefehl vom 1. Oktober 2003 befand die Bezirksanwaltschaft Bülach den Beschwerdeführer des mehrfachen Betrugs und der mehrfachen Urkundenfälschung für schuldig und bestrafte ihn mit einer bedingten Gefängnisstrafe von 75 Tagen. Am 11. Juli 2007 wurde er wegen sexueller Handlungen mit einem Kind, sexueller Nötigung und mehrfachen Raubversuchs zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von drei Jahren verurteilt. Im Umfang von eineinhalb Jahren wurde der Vollzug der Strafe unter Ansetzung einer fünfjährigen Probezeit aufgeschoben. Am 1. Dezember 2007 wurde er aus dem Strafvollzug entlassen.

C.
Am 31. Mai 2006 stellte der Beschwerdeführer ein Gesuch um Verlängerung seiner Aufenthaltsbewilligung, worauf das kantonale Migrationsamt der ganzen Familie die Anordnung von Entfernungs- und Fernhaltemassnahmen ankündigte. Mit Verfügung vom 4. Dezember 2007 lehnte das Migrationsamt das Verlängerungsgesuch des Beschwerdeführers ab, widerrief die Aufenthaltsbewilligung der Ehefrau und der Kinder und ordnete die Wegweisung aus dem Kanton an. Den dagegen gerichteten Rekurs wies der Regierungsrat des Kantons Zürich mit Beschluss vom 25. Februar 2009 und das Verwaltungsgericht des Kantons Zürich die anschliessende Beschwerde mit letzinstanzlichem Urteil vom 23. September 2009 ab.

D.
Am 14. Dezember 2009 setzte das Migrationsamt dem Beschwerde-

führer und seinen Familienangehörigen eine Ausreisefrist bis zum 31. Januar 2010 und beantragte gleichzeitig bei der Vorinstanz die Ausdehnung der Wegweisung auf die ganze Schweiz. Nach Gewährung des rechtlichen Gehörs verfügte die Vorinstanz am 25. Januar 2010 in Bezug auf den Beschwerdeführer, der sich inzwischen von seiner Ehefrau getrennt hatte, die Ausdehnung der kantonalen Wegweisung auf die ganze Schweiz und das Fürstentum Liechtenstein und wies ihn an, die Schweiz bis zum 31. Januar 2010 zu verlassen. Einer allfälligen Beschwerde wurde die aufschiebende Wirkung entzogen.

E.
Mit Rechtsmitteleingabe vom 1. März 2010 beantragt der Beschwerdeführer die Aufhebung der vorinstanzlichen Verfügung und den Verzicht auf die Ausdehnung der kantonalen Wegweisungsverfügung, eventualiter sei die Angelegenheit zurückzuweisen. Zur Begründung wird im Wesentlichen auf ein im Januar 2010 im Kanton Zürich eingereichtes Gesuch um Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung verwiesen. Aufgrund dieses hängigen Verfahrens könne nicht abschliessend gesagt werden, dass kein Kanton bereit sei, dem Beschwerdeführer eine Aufenthaltsbewilligung zuzugestehen.

In verfahrensrechtlicher Hinsicht wurde die Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung der Beschwerde beantragt, was der Beschwerdeführer zum einen ebenfalls mit dem hängigen Aufenthaltsbewilligungsverfahren begründete und zum anderen mit einer hier laufenden medizinischen Behandlung.

F.
Mit Zwischenverfügung vom 5. März 2010 wies das Bundesverwaltungsgericht das Gesuch um Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung der Beschwerde ab.

G.
Am 12. März 2010 reichte der Beschwerdeführer beim Regierungsrat des Kantons Zürich einen Rekurs gegen die Verfügung des Migrationsamts vom 11. Februar 2010 betreffend Abweisung seines Gesuchs um Erteilung einer Kurzaufenthaltsbewilligung ein.

H.
Die Vorinstanz schliesst in ihrer Vernehmlassung vom 23. April 2010 auf Abweisung der Beschwerde.

I.
Auf die weiteren Vorbringen, die mit der Beschwerde eingereichten Beweismittel (Terminbestätigung der Uniklinik Balgrist vom 9. Februar 2010, Arztzeugnis vom 15. Februar 2010 und Arbeitsvertrag per 1. April 2010 in Bezug auf die Ehefrau des Beschwerdeführers) und die beigezogenen kantonalen Akten wird, soweit entscheiderheblich, 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 unter Vorbehalt der in Art. 32 VGG genannten Ausnahmen Beschwerden gegen Verfügungen nach Art. 5 des Bundesgesetzes vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren (VwVG, SR 172.021), welche von einer in Art. 33 VGG aufgeführten Behörde erlassen wurden. Darunter fallen Verfügungen des BFM betreffend Ausdehnung der kantonalen Wegweisung auf das ganze Gebiet der Schweiz. In diesem Bereich entscheidet das Bundesverwaltungsgericht endgültig (vgl. Art. 83 Bst. c Ziff. 4 des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 [BGG, SR 173.110]).

1.2 Sofern das Verwaltungsgerichtsgesetz nichts anderes bestimmt, richtet sich das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht nach dem VwVG (Art. 37 VGG).

1.3 Der Beschwerdeführer ist als Verfügungsadressat aufgrund von Art. 48 Abs. 1 VwVG zur Beschwerde berechtigt. Auf die frist- und formgerecht eingereichte Beschwerde ist einzutreten (Art. 50 – 52 VwVG).

2.
Mit Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht kann die Verletzung von Bundesrecht einschliesslich Überschreitung oder Missbrauch des Ermessens, die unrichtige oder unvollständige Feststellung des rechtserheblichen Sachverhaltes sowie – sofern 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 Rechts- und Sachlage zum Zeitpunkt seines Entscheides (vgl. BGE 129 II 215 nicht publizierte E. 1.2).

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. die Verordnung vom 24. Oktober 2007 über Zulassung, Aufenthalt und Erwerbstätigkeit [VZAE, SR 142.201]) in Kraft und löste das bis dahin 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. Ziff. I Anhang 2 AuG und Art. 91 VZAE). In Verfahren, die vor diesem Zeitpunkt anhängig gemacht wurden, bleibt nach der übergangsrechtlichen Ordnung des AuG das alte materielle Recht anwendbar. Dabei ist grundsätzlich ohne Belang, ob das Verfahren auf Gesuch hin (vgl. Art. 126 Abs. 1 AuG) oder von Amtes wegen eröffnet wurde (per analogiam Art. 126 Abs. 1 AuG; vgl. BVGE 2008/1 E. 2 mit Hinweisen). Das Verfahren selbst folgt dem neuen Verfahrens- und Organisationsrecht (Art. 126 Abs. 2 AuG). Altrechtliche Zuständigkeiten bleiben davon unberührt, wenn sie unter der Geltung des alten Rechts begründet wurden (perpetuatio fori) oder wenn das neue Recht auf das alte materielle Recht verweist, die für dessen Verwirklichung notwendige Zuständigkeitsordnung aber nicht mehr zur Verfügung stellt (vgl. das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts C-7842/2008 vom 23. April 2009 E. 3.1 mit Hinweis).

3.2 Im vorliegenden Fall wurde das der angefochtenen Ausdehnungsverfügung zugrunde liegende Wegweisungsverfahren auf kantonaler Ebene vor dem 1. Januar 2008 eingeleitet (vgl. Verfügung des Migrationsamts des Kantons Zürich vom 4. Dezember 2007). Massgeblich ist folglich das alte materielle Recht einschliesslich der diesbezüglich vorgesehenen altrechtlichen Zuständigkeiten. Das BFM war daher für den Erlass der angefochtenen Verfügung zuständig (vgl. Urteile des Bundesverwaltungsgerichts C-2349/2008 vom 11. März 2010 E. 3.2 und C-6528/2007 vom 3. Februar 2010 E. 1.2 mit Hinweisen). Entgegen den Erwägungen der Vorinstanz gilt das alte materielle Recht auch für die Prüfung allfälliger Vollzugshindernisse. Indem das BFM sich in seiner Verfügung auf das AuG (Art. 83) bezog, hat es die

intertemporal falsche Rechtsordnung angewendet. Weil einerseits das Bundesverwaltungsgericht – wie bereits erwähnt – das Recht von Amtes wegen anwendet und andererseits Art. 83 AuG inhaltlich der früheren Regelung im ANAG (Art. 14a) entspricht (die vorgenommenen Änderungen sind lediglich systematischer und sprachlicher Natur), führt die Anwendung der neuen Bestimmung jedoch nicht zur Kassation der angefochtenen Verfügung und Rückweisung der Sache an die Vorinstanz zu neuem Entscheid.

4.

4.1 Gemäss Art. 1a ANAG ist eine ausländische Person nur dann zur Anwesenheit in der Schweiz berechtigt, wenn sie über eine Aufenthalts- oder Niederlassungsbewilligung verfügt oder nach dem Gesetz keiner solchen bedarf (zu Letzterem vgl. Art. 2 ANAG und Art. 1 der Vollziehungsverordnung vom 1. März 1949 zum Bundesgesetz über Aufenthalt und Niederlassung der Ausländer [ANAV, AS 1949 228]). Besitzt sie keine Bewilligung und kann sie sich auch nicht auf ein gesetzliches Bleiberecht berufen, so ist ihr Aufenthalt illegal und sie ist von Gesetzes wegen verpflichtet, die Schweiz zu verlassen (vgl. Art. 12 Abs. 1 ANAG, ferner den Tatbestand des illegalen Aufenthaltes im Sinne von Art. 23 Abs. 1 ANAG sowie: NICOLAS WISARD, Les renvois et leur exécution en droit des étrangers et en droit d'asile, Basel/Frankfurt a.M. 1997, S. 102).

Abgesehen von Fällen, in denen von vornherein kein Aufenthaltsrecht besteht, ist eine ausländische Person unter anderem auch dann zur Ausreise verpflichtet, wenn ihr eine Bewilligung oder die Verlängerung einer solchen verweigert wurde. Die zuständige Behörde hat in diesem Fall den Tag festzusetzen, an dem die Aufenthaltsberechtigung aufhört, das heisst, sie hat dem Ausländer eine Ausreisefrist anzusetzen. Ist die Behörde eine kantonale, so hat der Ausländer aus dem Kanton, ist sie eine eidgenössische, so hat er aus der Schweiz auszureisen. Die eidgenössische Behörde kann die Pflicht zur Ausreise aus einem Kanton auf die ganze Schweiz ausdehnen (vgl. Art. 12 Abs. 3 ANAG). Art. 17 Abs. 2 letzter Satz ANAV präzisiert diese Norm, indem er festhält, dass das Bundesamt "in der Regel die Ausdehnung der Wegweisung auf die ganze Schweiz" verfügt, "wenn nicht aus besonderen Gründen dem Ausländer Gelegenheit gegeben werden soll, in einem anderen Kanton um eine Bewilligung nachzusuchen".

4.2 Das Bundesverwaltungsgericht hat sich in zahlreichen Urteilen zur Rechtsnatur der Ausdehnungsverfügung und den sich daraus ergebenden Konsequenzen auf die Kognition der Bundesbehörden geäussert. Nach seiner Rechtsprechung stellt die Ausdehnungsverfügung eine Massnahme dar, die einerseits als rein exekutorische Anordnung der Durchsetzung einer vorbestehenden gesetzlichen Verpflichtung dient – nämlich der Pflicht einer ausländischen Person, nach Wegfall ihres gesetzlichen oder auf einer Bewilligung beruhenden Aufenthaltsrechts auszureisen – und andererseits gegenüber der kantonalen Wegweisung streng akzessorisch ist. Hinzu kommt, dass die Zuständigkeit zur Legalisierung des Aufenthaltes nach der geltenden bundesstaatlichen Kompetenzausscheidung nicht beim Bund, sondern grundsätzlich bei den Kantonen liegt. Gestützt darauf erachtet das Bundesverwaltungsgericht in seiner ständigen Rechtsprechung Kritik am negativen Bewilligungsentscheid für unzulässig. Unzulässig sind darüber hinaus alle Vorbringen, die darauf hinauslaufen, dass die ausländische Person ein überwiegendes Interesse oder gar einen Anspruch auf eine Aufenthaltsregelung hat. Mit Aussicht auf Erfolg kann gegen die Ausdehnung nur vorgebracht werden, dass in einem Drittkanton um die Erteilung einer Bewilligung nachgesucht wurde, und dies auch nur dann, wenn dieser Drittkanton der ausländischen Person für die Dauer des Bewilligungsverfahren den Aufenthalt auf seinem Gebiet ausdrücklich gestattet (vgl. statt vieler die Urteile des Bundesverwaltungsgerichts C-6528/2007 vom 3. Februar 2010 E. 3.4 und C-3083/2008 vom 9. September 2008 E. 4 je mit Hinweisen).

4.3 Mit dem in Rechtskraft erwachsenen Entscheid des Kantons Zürich, ihm keine Aufenthaltsbewilligung zu erteilen, fehlt es dem Beschwerdeführer an einem Rechtstitel für einen rechtmässigen Aufenthalt in der Schweiz. An der Rechtskraft dieses Entscheids vermag im Übrigen auch das derzeit beim Regierungsrat des Kantons Zürich hängige Verfahren um Erteilung einer Kurzaufenthaltsbewilligung nichts zu ändern. Es wird sodann in der Beschwerde nicht geltend gemacht, dass ein anderer Kanton bereit wäre, den Aufenthalt des Beschwerdeführers zu regeln. Daher besteht kein Spielraum, um vom Grundsatz der Ausdehnung der kantonalen Wegweisung auf die ganze Schweiz abzuweichen. Die Ausdehnung der kantonalen Wegweisung ist somit nicht zu beanstanden.

5.
Es bleibt zu prüfen, ob dem Vollzug der Wegweisung Hindernisse im Sinne von Art. 14a Abs. 2 bis 4 ANAG entgegenstehen und das zuständige Bundesamt deshalb gestützt auf Art. 14a Abs. 1 ANAG die vorläufige Aufnahme hätte verfügen müssen. In diesem Zusammenhang gilt es darauf hinzuweisen, dass die vorläufige Aufnahme als Ersatzmassnahme für den Vollzug der Wegweisung ausgestaltet ist. Sie tritt neben die Wegweisung, deren Bestand sie nicht tangiert, sondern vielmehr voraussetzt (vgl. dazu Botschaft des Bundesrates zum Bundesbeschluss über das Asylverfahren [AVB] vom 25. April 1990, BBl 1990 II 647; WALTER KÄLIN, Grundriss des Asylverfahrens, Basel/ Frankfurt a. M. 1990, S. 201; vgl. statt vieler das bereits zitierte Urteil des Bundesverwaltungsgerichts C-6528/2007 vom 3. Februar 2010 E. 5)

6.
6.1 Gemäss Art. 14a Abs. 2 ANAG ist der Vollzug der Weg- oder Ausweisung nicht möglich, wenn der Ausländer weder in den Heimat- oder in den Herkunftsstaat noch in einen Drittstaat ausreisen oder dorthin gebracht werden kann. Ferner ist der Vollzug nicht zulässig, wenn völkerrechtliche Verpflichtungen der Schweiz einer Weiterreise des Ausländers in den Heimat-, Herkunfts- oder einen Drittstaat entgegenstehen (Art. 14a Abs. 3 ANAG).

Seitens des Beschwerdeführers wurde im vorliegenden Verfahren weder eine Verfolgungssituation geltend gemacht noch vorgebracht, dass er im Falle einer Rückkehr in die Heimat mit Folter oder einer anderen grausamen, unmenschlichen oder erniedrigenden Behandlung bzw. Strafe rechnen müsse. Auch aus den Akten ergeben sich keine Hinweise, die gegen die Zulässigkeit des Wegweisungsvollzugs sprechen. Dasselbe gilt in Bezug auf die Möglichkeit des Vollzugs. Es ist nicht ersichtlich, weshalb der technische Vollzug der Wegweisung nicht möglich sein sollte.

6.2 Nach Art. 14a Abs. 4 ANAG kann der Vollzug der Wegweisung für einen Ausländer unzumutbar sein, wenn er in Situationen wie Krieg, Bürgerkrieg, allgemeiner Gewalt und medizinischer Notlage im Heimat-, oder Herkunftsstaat konkret gefährdet ist. Allein schon die "Kann-Formulierung" dieser Bestimmung weist darauf hin, dass ein Verzicht auf den Vollzug der Wegweisung gegebenenfalls aus humanitären Gründen und nicht in Erfüllung völkerrechtlicher Pflichten

der Schweiz erfolgt. Konkret gefährdet im Sinne dieser Bestimmung sind in erster Linie Gewaltflüchtlinge, das heisst Personen, welche Unruhen, Bürgerkriegssituationen und allgemeiner Missachtung der Menschenrechte entfliehen wollen, ohne bereits individuell verfolgt zu sein. Ferner findet die Bestimmung Anwendung auf Personen, die nach ihrer Rückkehr ebenfalls einer konkreten Gefährdung ausgesetzt wären, weil sie die absolut notwendige medizinische Versorgung nicht erhalten können oder – aus objektiver Sicht – wegen den herrschenden Verhältnissen im Heimatland mit grosser Wahrscheinlichkeit unwiederbringlich in völlige Armut gestossen würden, dem Hunger und somit Verschlechterung ihres Gesundheitszustandes, der Invalidität oder sogar dem Tod ausgeliefert wären (vgl. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts C-6627/2008 vom 26. März 2010 E. 8.2 mit Hinweisen). Art. 14a Abs. 4 ANAG findet jedoch keine Anwendung, wenn der weg- oder ausgewiesene Ausländer die öffentliche Sicherheit und Ordnung verletzt hat oder in schwerwiegender Weise gefährdet (Art. 14a Abs. 6 ANAG).

6.2.1 Die Ausschlussklausel von Art. 14a Abs. 6 ANAG ist praxisgemäss mit Zurückhaltung und insbesondere unter Beachtung des Verhältnismässigkeitsprinzips anzuwenden. So genügt es für sich allein nicht, wenn die kriminellen Handlungen der betreffenden Person den Schluss zulassen, dass diese nicht gewillt oder nicht fähig ist, sich an die elementaren gesellschaftlichen Regeln des Zusammenlebens zu halten. Vielmehr müssen die Handlungen eine schwerwiegende Gefährdung oder Verletzung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung darstellen (vgl. Urteile des Bundesverwaltungsgerichts C-3219/2008 vom 31. März 2010 E. 8.1 und C-2019/2007 vom 18. Dezember 2007 E. 4.1).

6.2.2 Der Beschwerdeführer wurde am 1. Oktober 2003 wegen mehrfachen Betrugs und mehrfacher Urkundenfälschung zu einer bedingten Gefängnisstrafe von 75 Tagen und am 11. Juli 2007 wegen sexueller Handlungen mit einem Kind, sexueller Nötigung und mehrfachen Raubversuchs zu einer Freiheitsstrafe von drei Jahren verurteilt (vgl. Bst. B der Prozessgeschichte). Allein schon mit seinem deliktischen Verhalten, das zum letzten Urteil führte, hat der Beschwerdeführer zweifellos in schwerwiegender Weise gegen die öffentliche Sicherheit und Ordnung verstossen, weshalb sich in casu die Anwendung des Ausschlusstatbestandes von Art. 14a Abs. 6 ANAG als verhältnismässig erweist. Infolgedessen kann keine vorläufige Aufnahme ge-

stützt auf Art. 14a Abs. 4 ANAG verfügt werden. Eine weitere Überprüfung einer allfälligen konkreten Gefährdungssituation des Beschwerdeführers beim Vollzug der Wegweisung – z.B. eine fehlende medizinische Behandlungsmöglichkeit im Heimatland, welche im Übrigen weder erläutert noch belegt ist – erübrigt sich daher.

6.3 Nach dem Gesagten kommt das Bundesverwaltungsgericht in Übereinstimmung mit der Vorinstanz zum Schluss, dass dem Vollzug der Wegweisung des Beschwerdeführers nach Mazedonien keine Vollzugshindernisse im Sinne von Art. 14a ANAG entgegenstehen. Eine Anordnung der vorläufigen Aufnahme fällt somit ausser Betracht.

7.
Aus diesen Erwägungen ergibt sich, dass die angefochtene Verfügung rechtmässig ist (Art. 49 VwVG). Die Beschwerde ist daher abzuweisen.

8.
Entsprechend dem Ausgang des Verfahrens wird der unterliegende Beschwerdeführer kostenpflichtig (Art. 63 Abs. 1 VwVG). Die Verfahrenskosten sind auf Fr. 800.- festzusetzen (Art. 1, Art. 2 und Art. 3 Bst. b des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]).

Dispositiv Seite 11

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.
Die Beschwerde wird abgewiesen.

2.
Die Verfahrenskosten von Fr. 800.- werden dem Beschwerdeführer auferlegt und mit dem am 12. April 2010 geleisteten Kostenvorschuss gleicher Höhe verrechnet.

3.
Dieses Urteil geht an:

- den Beschwerdeführer (Einschreiben)
- die Vorinstanz (Akten Ref-Nr. [...] zurück)
- das Migrationsamt des Kantons Zürich
- die Staatskanzlei des Kantons Zürich, Rekursabteilung, Neumühlequai 10, 8090 Zürich, mit den Akten ZH [...]

Die vorsitzende Richterin: Der Gerichtsschreiber:

Marianne Teuscher Rudolf Grun

Versand: