Bundesverwaltungsgericht
Tribunal administratif fédéral
Tribunale amministrativo federale
Tribunal administrativ federal

Abteilung III
C-3377/2008
{T 0/2}

Urteil vom 3. März 2009

Besetzung

Richter Antonio Imoberdorf (Vorsitz),
Richter Bernard Vaudan, Richter Andreas Trommer,
Richterin Elena Avenati-Carpani, Richter Jean-Daniel Dubey, Gerichtsschreiber Jürg Tiefenthal.

Parteien

K._____,
vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Bernhard Zollinger,
Beschwerdeführer,

gegen

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

Gegenstand

Ausdehnung der kantonalen Wegweisungsverfügung.

Sachverhalt:

A.
Der aus der Türkei stammende K._____ (geb. 25. Oktober 1970; nachfolgend: Beschwerdeführer) ersuchte die kantonalen Migrationsbehörden am 26. April 2007 um Verlängerung seiner Aufenthaltsbewilligung. Das Migrationsamt des Kantons Zürich wies dieses Ersuchen mit Verfügung vom 8. Januar 2008 ab und forderte den Beschwerdeführer auf, seine Erwerbstätigkeit bis zum 15. Februar 2008 aufzugeben und das Kantonsgebiet innert gleicher Frist zu verlassen.

B.
In der Folge beantragte das Migrationsamt des Kantons Zürich mit Schreiben vom 7. März 2008 beim Bundesamt für Migration (BFM) die Ausdehnung der kantonalen Wegweisung auf das Gebiet der ganzen Schweiz und die Prüfung von Fernhaltemassnahmen. Daraufhin gewährte das BFM dem Beschwerdeführer am 14. März 2008 zur ersuchten Ausdehnung das rechtliche Gehör. Dieser nahm dazu mit Eingabe vom 10. April 2008 Stellung.

C.
Mit Verfügung vom 18. April 2008 dehnte die Vorinstanz die kantonale Wegweisung auf die Schweiz und das Fürstentum Liechtenstein aus und forderte den Beschwerdeführer auf, die Schweiz unverzüglich zu verlassen. Zur Begründung führte die Vorinstanz im Wesentlichen aus, kein anderer Kanton sei gewillt dem Beschwerdeführer eine Aufenthaltsbewilligung zu erteilen. Der Vollzug der Wegweisung sei zudem zulässig, zumutbar und möglich. Einer allfälligen Beschwerde gegen die Verfügung wurde die aufschiebende Wirkung entzogen.

D.
Dagegen erhob K._____ mit Rechtsmitteleingabe vom 21. Mai 2008 Beschwerde. Er beantragt die Aufhebung der vorinstanzlichen Verfügung vom 18. April 2008 und die Rückweisung an die Vorinstanz zwecks erneuter Sachverhaltsabklärung. Eventualiter sei die vorläufige Aufnahme anzuordnen. In verfahrensrechtlicher Hinsicht ersucht er um Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung der Beschwerde.

E.
Am 27. Mai 2008 zog das Bundesverwaltungsgericht die kantonalen Akten des Beschwerdeführers bei.

F.
Mit Zwischenverfügung vom 13. Juni 2008 gab das Bundesverwaltungsgericht dem Gesuch um Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung nicht statt und forderte zugleich die Vorinstanz auf, ihre Zuständigkeit zur Anordnung der Wegweisung aus der Schweiz darzulegen.

G.
In ihrer Stellungnahme vom 1. Juli 2008 führt die Vorinstanz zu ihrer Zuständigkeit unter anderem aus, es sei davon auszugehen, dass das Bewilligungs- und das Wegweisungsverfahren im Jahre 2007 gleichzeitig angehoben worden sei. Damit würden die damals geltenden Bestimmungen für das vorliegende Verfahren anwendbar bleiben trotz des Umstandes, dass die kantonale Wegweisung erst im Jahr 2008 und somit nach Inkrafttreten des neuen Ausländerrechts ergangen sei. Die Wegweisung aus dem zürcherischen Kantonsgebiet und die anschliessend verfügte räumliche Ausdehnung dieser Verfügung sei somit nicht zu beanstanden.

H.
Auf den weiteren Akteninhalt und die Vorbringen der Parteien wird, soweit rechtserheblich, in den nachfolgenden 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 des 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), soweit um die Aufhebung der vorinstanzlichen Verfügung ersucht wird (vgl. dazu die nachfolgenden Erwägungen).

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 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 I 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 18. April 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. 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, BBl 2002 3813).

3.4 Aus dem Gesagten folgt, dass die kantonale Behörde, welche die Nichtverlängerung nach Inkrafttreten des AuG am 8. 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-2918/2008 vom 1. Juli 2008). 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 verweist denn auch in ihrer Vernehmlassung auf Art. 126 Abs. 1 AuG und fügt dazu an, dem Beschwerdeführer sei am 15. August 2007 das rechtliche Gehör sowohl zur Nichtverlängerung der Aufenthaltsbewilligung als auch zur beabsichtigten Wegweisung aus dem Kanton gewährt worden. Das Wegweisungsverfahren sei damit zusammen mit dem Bewilligungsverfahren im vergangenen Jahr angehoben worden, womit die Bestimmungen des ANAG anwendbar seien.

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 Aufent-

halts- 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 8. Januar 2008 befunden, mithin nach Inkrafttreten des nun mehr geltenden Ausländergesetzes mit den neuen Zuständigkeitsregeln. Der Hinweis der Vorinstanz auf die Anhebung des Bewilligungsverfahrens geht somit an der Sache vorbei.

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 (vgl. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts C-2918/2008 vom 1. Juli 2008), zu welchen sich die zuständige Behörde einzeln und nicht zwingend in der gleichen Verfügung äussert. Entgegen dem Vorbringen der Vorinstanz unterstehen das Bewilligungs- und das Wegweisungsverfahren auch nicht stets den gleichen Regeln. So besteht keine Beschwerdemöglichkeit an das Bundesgericht hinsichtlich der Wegweisung (Art. 83 Bst. c Ziff. 4 des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 [BGG, SR 173.110]), 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 anhob, 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 – entgegen der Auffassung der Vorinstanz – 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-2918/2008 vom 1. Juli 2008). Demzufolge wurde die Wegweisung erst mit der am 8. 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. Insofern erscheint es fraglich, dass sie in ihrer Stellungnahme die Anwendung von zwei verschiedenen Gesetzen auf die Bewilligungs- und Wegweisungsfrage rügt.

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 deren 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 kurze Zeit nach Inkrafttreten der Rechtsänderung (Urteil des Bundesverwaltungsgerichts C-2918/2008 vom 1. Juli 2008). Die vorinstanzliche Verfügung vom 18. April 2008 ist daher nur anfechtbar und nicht nichtig.

5.2 Soweit die Aufhebung der angefochtenen Verfügung beantragt wird, ist die Beschwerde aus den obgenannten Gründen gutzuheissen. Auf die Begehren auf Rückweisung an die Vorinstanz sowie die Erteilung einer vorläufigen Aufnahme ist dagegen nicht einzutreten. Im Sinne der Erwägungen obliegt es in der Folge der kantonalen Ausländerbehörde über die Wegweisung zu befinden.

5.3 Bei diesem Ausgang des Verfahrens sind keine Kosten aufzuerlegen (vgl. Art. 63 Abs. 1 und 2 VwVG). Dem Beschwerdeführer ist – bei (teilweisem) Obsiegen (vgl. BGE 133 V 450 E. 13 betreffend Parteientschädigung bei Rückweisung) – ausserdem eine gerichtlich festzusetzende Parteientschädigung auszurichten (Art. 64 Abs. 1 VwVG i.V.m. Art. 7 ff. des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]).

(Dispositiv S. 10)

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.
Die Beschwerde wird gutgeheissen, soweit darauf eingetreten wird.

2.
Die angefochtene Verfügung vom 18. April 2008 wird aufgehoben.

3.
Es werden keine Verfahrenskosten erhoben.

4.
Die Vorinstanz hat dem Beschwerdeführer eine Parteientschädigung von Fr. 1'200.-- zu entrichten.

5.
Dieses Urteil geht an:

- den Beschwerdeführer (Einschreiben)
- die Vorinstanz (Akten Ref-Nr. [...] zurück)
- das Migrationsamt des Kantons Zürich (Akten ZH [...] zurück unter Hinweis auf E. 5.2 in fine)
- das Migrationsamt des Kantons Aargau (Akten AG [...] zurück)

Der vorsitzende Richter:	Der Gerichtsschreiber:
Antonio Imoberdorf	Jürg Tiefenthal

Versand: