

# **BVGer C-6552/2008 vom 31. März 2009**

Bundesverwaltungsgericht, 2009-03-31, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger\\_C-6552\\_2008](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_C-6552_2008)

FR: TAF C-6552/2008 du 31 mars 2009

IT: TAF C-6552/2008 del 31 marzo 2009

## **Regeste**

Ausdehnung der kantonalen Wegweisung

## **Erwägungen**

### **E. 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]).

### **E. 1.2**

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

### **E. 1.3**

Die Beschwerdeführer sind als Verfügungsadressaten zur Anfechtung der Verfügung legitimiert. Auf die frist- und formgerecht eingereichte Beschwerde ist somit einzutreten (Art. 48 ff. VwVG).

### **E. 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).

### **E. 3.1**

Am 1. Januar 2008 trat das AuG 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 9. September 2008 und damit unter der zeitlichen Geltung des AuG ergangen.

### **E. 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).

### **E. 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, BBl 2002 3813).

### **E. 3.4**

Aus dem Gesagten folgt, dass die kantonale Behörde, welche die Nichtverlängerung nach Inkrafttreten des AuG am 10. März 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).

### **E. 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, den Beschwerdeführern sei am 6. November 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 Jahr 2007 aufgehoben worden, womit die Bestimmungen des ANAG anwendbar seien.

### **E. 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 10. März 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, 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). 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.

### **E. 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-3377/2008 vom 3. März 2009 E. 4.3). Demzufolge wurde die Wegweisung erst mit der am 10. März 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 als wenig sinnvoll erachtet und von grosser Rechtsunsicherheit spricht.

### **E. 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 einige Monate nach Inkrafttreten der Rechtsänderung. Daran vermag auch der Hinweis der Beschwerdeführer auf das Urteil C-2918/2008 vom 1. Juli 2008 und das darauf gestützte Informationsschreiben des BFM vom 15. August 2008 nichts zu ändern. In jenem Fall ging es vor der vom betreffenden Kanton im Januar 2008 ausgesprochenen Wegweisung nämlich

nicht um eine Verlängerung einer Aufenthaltsbewilligung sondern um ein Verfahren um Ausnahme von der zahlenmässigen Begrenzung gemäss Art. 13 Bst. f der Verordnung vom 6. Oktober 1986 über die Begrenzung der Zahl der Ausländer (BVO, AS 1986 1791), welches am 12. Dezember 2007 rechtskräftig abgeschlossen worden war. Bei der Ausnahme von der zahlenmässigen Begrenzung geht es nicht direkt um eine Aufenthaltsbewilligung und schon gar nicht um eine Wegweisung. Zudem wurde im Fall C-2918/2008 nach dem 12. Dezember 2007 und vor dem Inkrafttreten des AuG (1. Januar 2008) auch kein rechtliches Gehör zur im Januar 2008 verfügten, kantonalen Wegweisung gewährt. Die Anwendung des AuG für die Wegweisung lag - im Gegensatz zum vorliegenden Fall - auf der Hand. Erst mit Grundsatzurteil des Bundesverwaltungsgerichts C-3377/2008 vom 3. März 2009, welches mit dem vorliegenden Verfahren absolut vergleichbar ist, ist die Frage in Bezug auf das anwendbare Recht bei Nichtverlängerungen von Aufenthaltsbewilligungen in Kombination mit Wegweisungen geklärt. Die vorinstanzliche Verfügung vom 9. September 2008 ist daher nur anfechtbar und nicht nichtig.

### **E. 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 der Beschwerdeführer zu befinden.

### **E. 5.3**

Bei diesem Ausgang des Verfahrens sind keine Kosten aufzuerlegen (vgl. Art. 63 Abs. 1 und 2 VwVG) und der geleistete Kostenvorschuss ist zurückzuerstatten. Ferner ist den obsiegenden Beschwerdeführern 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 Seite 11

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.