

# **BVGer C-7712/2010 vom 16. Februar 2012**

Bundesverwaltungsgericht, 2012-02-16, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger\\_C-7712\\_2010](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_C-7712_2010)

FR: TAF C-7712/2010 du 16 février 2012

IT: TAF C-7712/2010 del 16 febbraio 2012

## **Regeste**

Ausdehnung der kantonalen Wegweisung

## **Erwägungen**

### **E. 1.1**

Gemäss Art. 31 des Verwaltungsgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (VGG, SR 173.32) beurteilt das BVGer unter Vorbehalt der in Art. 32 VGG genannten Ausnahmen Beschwerden gegen Verfügungen nach Art. 5 des Verwaltungsverfahrensgesetzes vom 20. Dezember 1968 (VwVG, SR 172.021), die von einer in Art. 33 VGG aufgeführten Behörde erlassen wurden. Darunter fallen u.a. Verfügungen des BFM betreffend Ausdehnung der kantonalen Wegweisungsverfügung. Das BVGer entscheidet in diesem Bereich endgültig (Art. 83 Bst. c Ziff. 4 des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 [BGG, SR 173.110]).

### **E. 1.2**

Sofern das Verwaltungsgerichtsgesetz nichts anderes bestimmt, richtet sich das Verfahren vor dem BVGer nach dem Verwaltungsverfahrensgesetz (Art. 37 VGG).

### **E. 1.3**

Gemäss Art. 48 Abs. 1 VwVG ist zur Verwaltungsbeschwerde berechtigt, wer durch die angefochtene Verfügung berührt ist und ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Änderung hat. Im Allgemeinen ist ein Interesse im Sinne dieser Bestimmung nur dann schutzwürdig, wenn die betroffene Person nicht bloss bei Einreichung der Beschwerde, sondern auch noch im Zeitpunkt der Urteilsfällung ein aktuelles praktisches Interesse an der Aufhebung oder Änderung hat (vgl. BGE 137 I 23 E. 1.3 mit Hinweisen). Die nachträgliche Ausreise der Beschwerdeführerin führte indessen zum Vollzug des Wegweisungsentscheides. Die angefochtene Massnahme ist somit durch Konsumption dahingefallen (vgl. Urteil des Bundesgerichts 2A.538/2003 vom 25. November 2003 E. 1.1) und es fehlt am aktuellen Rechtsschutzinteresse. Eine allfällige Gutheissung der Beschwerde würde an dieser Situation nichts ändern. Insbesondere würde sie der Beschwerdeführerin kein Recht auf Wiedereinreise vermitteln. Dennoch kann der Beschwerdeführerin die Schutzwürdigkeit ihres Interesses nicht abgesprochen werden, weil sie die Schweiz während des hängigen Verfahrens als Folge der Verweigerung vorsorglicher Massnahmen verlassen musste. Das Interesse der Beschwerdeführerin ist jedoch nicht länger auf die Aufhebung der Verfügung gerichtet, sondern beschränkt sich auf die Feststellung, ob die angefochtene Verfügung zum Zeitpunkt des Erlasses rechters gewesen ist (vgl. Urteil des BVGer C-984/2009 vom 22. Juli 2010 E. 1.3). Im dargelegten Rahmen ist die Legitimation der Beschwerdeführerin zu bejahen und auf ihre frist- und formgerecht eingereichte Beschwerde einzutreten (Art. 50 und 52 VwVG).

## **E. 2**

Mit Beschwerde an das BVGer kann die Verletzung von Bundesrecht, einschliesslich Überschreitung oder Missbrauch des Ermessens, die unrichtige oder unvollständige Feststellung des rechtserheblichen Sachverhaltes und - sofern nicht eine kantonale Behörde als Beschwerdeinstanz verfügt hat - die Unangemessenheit gerügt werden (Art. 49 VwVG). Das BVGer 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. BVGE 2011/1 E. 2, BVGE 2007/41 E. 2 und Urteil des BVGer A 2682/2007 vom 7. Oktober 2010 E. 1.2. und 1.3).

### **E. 3.1**

Am 1. Januar 2008 trat das Ausländergesetz vom 16. Dezember 2005 (AuG; SR 142.20) mit seinen Ausführungsbestimmungen (u.a. der 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 des AuG und Art. 91 VZAE). In Verfahren, die vor diesem Zeitpunkt anhängig gemacht wurden, bleibt nach der übergangsrechtlichen Ordnung des Ausländergesetzes das alte materielle Recht anwendbar. Dabei ist grundsätzlich ohne Belang, ob auf 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 BVGer C 7842/2008 vom 23. April 2009 E. 3.1 mit Hinweis).

### **E. 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 vom 29. Juni 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. Urteil des BVGer C-1249/2010 vom 2. Juni 2010 E. 3.2 mit Hinweisen). Entgegen den Erwägungen der Vorinstanz gilt das alte materielle Recht auch für die Prüfung allfälliger Vollzugshindernisse. Indem sich das BFM in seiner Verfügung auf Art. 83 AuG bezog, hat es das falsche Recht angewendet. Weil einerseits das BVGer - wie bereits erwähnt - das Recht von Amtes wegen anwendet und andererseits Art. 83 AuG inhaltlich der früheren Regelung gemäss Art. 14a ANAG 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 (vgl. das erwähnte Urteil des BVGer C 1249/2010 E. 3.2).

### **E. 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 Aufenthalts 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 der ausländischen Person eine Ausreisefrist anzusetzen. Ist die Behörde eine kantonale, so hat die betroffene Person aus dem Kanton auszureisen, ist es eine Bundesbehörde, so hat sie aus der Schweiz auszureisen. Die Bundesbehörde 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".

#### **E. 4.2**

Das BVGer hat sich in zahlreichen Urteilen zur Rechtsnatur der Ausdehnungsverfügung und zu 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 die andererseits gegenüber der kantonalen Wegweisung streng akzessorisch ist. Hinzu kommt, dass die Zuständigkeit zur Legalisierung des Aufenthalts nach der geltenden bundesstaatlichen Kompetenzausscheidung nicht beim Bund, sondern grundsätzlich bei den Kantonen liegt. Gestützt darauf erachtet das BVGer in seiner ständigen Rechtsprechung Kritik an negativen Bewilligungsentscheidungen als unzulässig. Unzulässig sind darüber hinaus alle Vorbringen, die darauf hinauslaufen, dass die ausländische Person ein überwiegendes Interesse am weiteren Verbleib in der Schweiz 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 Bewilligungsverfahrens den Aufenthalt auf seinem Gebiet ausdrücklich gestattet (vgl. statt vieler das erwähnte Urteil des BVGer C 1249/2010 E. 4.2 mit Hinweisen).

#### **E. 4.3**

Mit dem in Rechtskraft erwachsenen Entscheid des Kantons Zürich, ihr die Aufenthaltsbewilligung nicht zu verlängern, fehlt es der Beschwerdeführerin an einem Rechtstitel für einen rechtmässigen Aufenthalt in der Schweiz. Die Beschwerdeführerin hat

auch keine Bewilligung in einem anderen Kanton in Aussicht. Es besteht daher kein Spielraum, um vom Grundsatz der Ausdehnung der kantonalen Wegweisung auf die ganze Schweiz und das Fürstentum Liechtenstein abzuweichen. Insofern ist die angefochtene Verfügung nicht zu beanstanden. Davon geht auch die Beschwerdeführerin aus, die in Ziffer 14 der Beschwerdeschrift die Rechtmässigkeit der Ausdehnungsverfügung ausdrücklich anerkennt.

## **E. 5**

Es bleibt zu prüfen, ob dem Vollzug der Wegweisung Hindernisse entgegen gestanden hätten, indem der Vollzug nicht möglich, nicht zulässig oder nicht zumutbar gewesen wäre (vgl. Art. 14a Abs. 2 - 4 ANAG), und die Vorinstanz 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 BVGE 2010/42 E. 5 mit Hinweisen). Zu Recht weist die Beschwerdeführerin darauf hin, dass die Vorinstanz als für die Anordnung des Wegweisungsvollzugs zuständige Behörde - ungeachtet der Bestimmung von Art. 14b Abs. 1 ANAG (bzw. des im Wesentlichen gleich lautenden Art. 83 Abs. 6 AuG) - von Amtes wegen eine umfassende Prüfung vorzunehmen hat (vgl. BVGE 2011/7 E. 8, BVGE 2010/42 E. 10.2). Entsprechendes ergibt sich aus dem Anspruch auf rechtliches Gehör, das den Betroffenen eine Mitwirkung an der Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts garantiert und die Behörde verpflichtet, Vorbringen ernsthaft zu prüfen (vgl. BGE 137 II 266 E. 3.2).

## **E. 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. Er ist nicht zulässig, wenn völkerrechtliche Verpflichtungen der Schweiz einer Weiterreise des Ausländers in den Heimat-, Herkunfts- oder einen Drittstaat entgegenstehen (Art. 14a Abs. 3 ANAG). Ferner kann der Vollzug insbesondere nicht zumutbar sein, wenn er für die ausländische Person eine konkrete Gefährdung darstellt (Art. 14a Abs. 4 ANAG).

## **E. 6.2**

Die Beschwerdeführerin macht nicht geltend, es lägen Gründe vor, die den Vollzug der Wegweisung unzulässig im Sinne von Art. 14a Abs. 3 ANAG machen würden. Es gehen auch aus den Akten keine Anhaltspunkte hervor, die auf die Unzulässigkeit des Vollzugs der Wegweisung schliessen liessen. Zwar beruft sich die Beschwerdeführerin auf Art. 8 der Konvention vom 4. November 1950 zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK, SR 0.101), aus dem sich zweifellos völkerrechtliche Verpflichtungen der Schweiz ergeben können. Im vorliegenden Fall sind jedoch keine Verpflichtungen ersichtlich, die zur Unzulässigkeit des Vollzugs führen könnten. Auf die unter dem Aspekt von Art. 8 EMRK geltend gemachte Unzumutbarkeit gemäss Art. 14a Abs. 4 ANAG ist nachfolgend einzugehen. Ferner fällt die Unmöglichkeit des Vollzugs der Wegweisung gemäss Art. 14a Abs. 2 ANAG ausser Betracht, da die Beschwerdeführerin die angesetzte Ausreisefrist eingehalten hat.

## **E. 6.3.1**

Als unzumutbar im Sinne von Art. 14a Abs. 4 ANAG wird der Vollzug der Wegweisung in erster Linie dann angesehen, wenn er für die betroffene Person eine konkrete Gefährdung darstellen würde. Eine konkrete Gefährdung wird insbesondere dann angenommen, wenn im Zielland Krieg oder eine Situation allgemeiner Gewalt herrscht, wenn die Menschenrechtslage desolat ist oder wenn die absolut notwendige medizinische Versorgung nicht gewährleistet ist (vgl. BVGE E-6220/2006 vom 27. Oktober 2011 E. 11.1, BVGE 2009/50 E. 10.1; BVGE 2007/10 E. 5.1; vgl. auch Urteile des BVGer C 4183/2011 vom 16. Januar 2012 E. 3.4, C 7090/2007 vom 23. August 2011 E. 6.3).

### **E. 6.3.2**

Die Beschwerdeführerin macht in dieser Hinsicht in Ziffer 18 der Beschwerdeschrift geltend, die kantonalen Behörden hätten es abgelehnt, ihren Fall unter dem völkerrechtlichen Aspekt von Art. 8 EMRK zu betrachten. Gemäss dem kantonalen Verwaltungsgericht käme ihr gestützt auf Art. 8 EMRK nur dann ein Anwesenheitsanspruch zu, wenn das betreffende Schweizer Kind in der Schweiz leben würde. Der Schutzgedanke, der in Art. 8 EMRK zum Ausdruck komme, müsse nun zumindest im Rahmen der Prüfung von Wegweisungsvollzugshindernissen analog berücksichtigt werden. Entscheidend sei, ob das Besuchsrecht auch von Brasilien aus tatsächlich ausgeübt werden könne, was zu verneinen sei. Es gehe um die Aufrechterhaltung der intakten Mutter-Tochter-Beziehung und um das Wohl eines Schweizer Kindes. Der Vollzug der Wegweisung der Beschwerdeführerin sei deshalb aus humanitären Gründen unzumutbar.

### **E. 6.3.3**

Wie bereits weiter oben ausgeführt, sind im vorliegenden Verfahren Vorbringen unzulässig, die den negativen Bewilligungsentscheid in Frage stellen. Indem die Beschwerdeführerin sich auf die von Art. 8 EMRK geschützten Garantien des Familien- und Privatlebens beruft und ein überwiegendes privates Interesse in Gestalt der Beziehung zu ihrer Tochter und der Tatsache, dass sie das ihr eingeräumte Besuchsrecht leichter von der Schweiz her ausüben könnte, am weiteren Verbleib in der Schweiz geltend macht, stellt sie den negativen Entscheid im kantonalen Bewilligungsverfahren in Frage. Dieser Aspekt kann deshalb im vorliegenden Verfahren, entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin, nicht überprüft werden (vgl. die Urteile des BVGer C 4183/2011 vom 16. Januar 2012 E. 4.3 und C-2276/2007 vom 24. November 2007 E. 7.2). Dies würde auch gelten, wäre dieses Thema - wie die Beschwerdeführerin behauptet - im kantonalen Verfahren nicht ausführlich behandelt worden (vgl. die ausführlichen Erwägungen im Entscheid des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich vom 24. März 2010 E. 2.3 2.7, 3.2 3.4). Die von der Beschwerdeführerin vorgebrachten Tatsachen sind auch nicht dazu geeignet, den diesem Verfahren zugrunde liegenden kantonalen Entscheid in irgendeiner Form in Frage zu stellen (vgl. in diesem Zusammenhang das erwähnte Urteil des BVGer C 4183/2011 E. 4.3 letzter Absatz). Es ist insbesondere darauf hinzuweisen, dass nicht der von den Schweizer Behörden erlassene Wegweisungsentscheid und dessen Vollzug die Beschwerdeführerin von ihrer Tochter trennt, sondern die Tatsache, dass letztere unter der elterlichen Sorge des Vaters steht und mit ihm in Ungarn lebt. Ein weiterer Verbleib in der Schweiz würde den Kontakt zwar erleichtern; ein Anspruch auf Aufenthalt ergibt sich daraus aber nicht. Auf der Familienschutznorm von Art. 8 EMRK beruhende Ansprüche könnte die Beschwerdeführerin allenfalls gegenüber dem Staat Ungarn erheben, der die Konvention ebenfalls ratifiziert und in Kraft gesetzt hat (vgl. zum Geltungsbereich der

EMRK [www.eda.admin.ch/vertraege](http://www.eda.admin.ch/vertraege) > Datenbank Staatsverträge > Internationale Abkommen nach Gegenstand > 0.10 Menschenrechte und Grundfreiheiten). Wegen fehlenden Bezugs zu diesem Land hat die Beschwerdeführerin aber offenbar auf entsprechende Schritte verzichtet.

#### **E. 6.3.4**

Weder den Vorbringen der Beschwerdeführerin noch den Akten können Hinweise zu einer allfälligen konkreten Gefährdung entnommen werden, die den Wegweisungsvollzug im Sinne von Art. 14a Abs. 4 ANAG unzumutbar machen würde, müsste die Beschwerdeführerin nach Brasilien zurückkehren. Eine solche Gefährdung geht insbesondere nicht aus den medizinischen Berichten hervor, welche die Beschwerdeführerin am 16. Mai 2011 zu den Akten gegeben hat. Zum Einen betreffen sie medizinische Behandlungen aus dem Jahr 2003 und zum Anderen wird nicht geltend gemacht, geschweige denn nachgewiesen, dass die damalige Krankheit heute zu einer konkreten Gefährdung der Beschwerdeführerin führen würde, müsste sie in ihr Heimatland zurückkehren. Der Vollzug der Wegweisung ist deshalb als zumutbar anzusehen.

#### **E. 6.4**

Nach dem Gesagten kommt das BVGer in Übereinstimmung mit der Vorinstanz zum Schluss, dass der angeordnete Vollzug der Wegweisung unter allen gemäss Art. 14a ANAG massgebenden Aspekten rechtmässig war. Für die Anordnung der vorläufigen Aufnahme bestand demnach weder Anlass noch Raum.

#### **E. 7**

Die angefochtene Verfügung ist demnach im Ergebnis nicht zu beanstanden und die Beschwerde abzuweisen.

#### **E. 8**

Bei diesem Ausgang des Verfahrens sind die Verfahrenskosten der Beschwerdeführerin aufzuerlegen (Art. 63 Abs. 1 VwVG, Art. 1 ff. des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]). (Dispositiv S. 12)

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