



Urteil vom 26. Oktober 2012

Besetzung

Richterin Marianne Teuscher (Vorsitz),
Richter Antonio Imoberdorf, Richterin Ruth Beutler,
Richter Jean-Daniel Dubey, Richter Andreas Trommer,
Gerichtsschreiber Rudolf Grun.

Parteien

A. _____,
vertreten durch Swiss-Exile, lic. iur. Ricardo Lumengo,
Beschwerdeführer,

gegen

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

Gegenstand

Verweigerung der Zustimmung / Wiedererwägung.

Sachverhalt:**A.**

Der Beschwerdeführer (geb. 1973), Staatsangehöriger von Senegal, heiratete am 6. September 2001 im Senegal eine Schweizer Bürgerin, gelangte am 25. März 2002 in die Schweiz und erhielt im Kanton Bern im Rahmen des Familiennachzugs eine Aufenthaltsbewilligung, die letztmals mit Wirkung bis zum 24. März 2008 verlängert wurde. Im Dezember 2003 trennten sich die Ehegatten und am 8. Mai 2007 wurde die Ehe des Beschwerdeführers geschieden.

B.

Nach erfolgter Scheidung ersuchte der Beschwerdeführer am 9. April 2008 um eine weitere Verlängerung seiner Aufenthaltsbewilligung. Die Migrationsbehörde der Stadt Bern übersteuerte die Bewilligungssache am 24. Juni 2008 zwecks Zustimmung an das BFM.

C.

Mit Verfügung vom 28. August 2008 verweigerte die Vorinstanz ihre Zustimmung zur Verlängerung der Aufenthaltsbewilligung und wies den Beschwerdeführer unter Ansetzung einer Ausreisefrist aus der Schweiz weg. Die dagegen erhobene Beschwerde wies das Bundesverwaltungsgericht mit Urteil vom 15. Juli 2011 (Geschäfts-Nr. C-6133/2008) ab, wobei der Vollzug der Wegweisung des Beschwerdeführers in den Senegal als zulässig, möglich und zumutbar erachtet wurde. Dieses Urteil erwuchs in der Folge (Mitte September 2011) unangefochten in Rechtskraft.

D.

Am 18. Oktober 2011 erklärte der Beschwerdeführer gegenüber der Migrationsbehörde der Stadt Bern, die Schweiz bis spätestens 5. Januar 2012 freiwillig verlassen zu wollen. Am 11. November 2011 ersuchte er jedoch erneut um Verlängerung der Aufenthaltsbewilligung bzw. am 6. Januar 2012 um Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung. Hierauf übersteuerte die Migrationsbehörde der Stadt Bern die Bewilligungssache am 17. Januar 2012 zwecks Zustimmung an das BFM.

E.

Die Vorinstanz nahm die Eingabe vom 6. Januar 2012 als Wiedererwägungsgesuch entgegen und teilte dem Beschwerdeführer am 26. Januar 2012 unter Hinweis auf die entsprechenden Erwägungen im Urteil vom 15. Juli 2011 die Absicht mit, darauf nicht einzutreten. Von der Möglichkeit

zur Stellungnahme machte der Beschwerdeführer am 13. Februar 2012 Gebrauch.

F.

Mit Verfügung vom 7. März 2012 trat das BFM auf das Wiedererwägungsgesuch des Beschwerdeführers nicht ein.

G.

Mit Rechtsmitteleingabe vom 5. April 2012 beantragt der Beschwerdeführer die Aufhebung der vorinstanzlichen Verfügung und die Rückweisung der Sache an die Vorinstanz zur materiellen Behandlung des Gesuchs vom 6. Januar 2012. Zur Begründung verweist er im Wesentlichen auf die seiner Ansicht nach neuen und erheblichen Tatsachen (finanzielle Unabhängigkeit, Demenzerkrankung seines Vaters, tragfähiges Sozialnetz, Bekanntheit in der Kulturszene im Raum Bern). In verfahrensrechtlicher Hinsicht ersuchte er um Erteilung der aufschiebenden Wirkung bzw. Anordnung einer aufenthaltssichernden vorsorglichen Massnahme sowie um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege.

H.

Mit Zwischenverfügung vom 19. April 2012 lehnte das Bundesverwaltungsgericht die Gesuche um Erlass einer vorsorglichen Massnahme und um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege ab.

I.

In ihrer Vernehmlassung vom 18. Mai 2012 beantragt die Vorinstanz die Abweisung der Beschwerde.

J.

Mit verfahrensleitender Anordnung vom 23. Mai 2012 erhielt der Beschwerdeführer Gelegenheit, zur Vernehmlassung vom 18. Mai 2012 Stellung zu nehmen. Die hierfür gesetzte Frist liess er ungenutzt verstreichen.

K.

Auf den weiteren Akteninhalt wird, soweit rechtserheblich, 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 genannten Ausnahmen Beschwerden gegen Verfügungen nach Art. 5 des Verwaltungsverfahrensgesetzes vom 20. Dezember 1968 (VwVG, SR 172.021), welche von einer der in Art. 33 aufgeführten Behörden erlassen wurden. Darunter fallen Verfügungen des BFM, welche die Zustimmung zur Erteilung bzw. Verlängerung einer Aufenthaltsbewilligung betreffen. Das Bundesverwaltungsgericht entscheidet endgültig (vgl. Art. 83 Bst. c Ziff. 2 des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 [BGG, SR 173.110]).

1.2 Als Adressat ist der Beschwerdeführer zur Anfechtung der Verfügung vom 7. März 2012 legitimiert (vgl. Art. 48 Abs. 1 VwVG). Auf die frist- und formgerecht eingereichte Beschwerde ist daher einzutreten (Art. 50 und 52 VwVG). Der Streitgegenstand beschränkt sich dabei auf die Frage, ob die Vorinstanz auf das Wiedererwägungsgesuch zurecht nicht eingetreten ist (vgl. ANDRÉ MOSER/MICHAEL BEUSCH/LORENZ KNEUBÜHLER, Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht, Basel 2008, Rz. 2.8 mit weiteren Hinweisen).

2.

Die Vorinstanz nahm das Begehren des Beschwerdeführers vom 6. Januar 2012 um Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung zu Recht als Wiedererwägungsgesuch entgegen. Daran ändert auch nichts, dass die zuständige kantonale Migrationsbehörde am 17. Januar 2012 die Zustimmung zu einer Härtefallbewilligung beantragte. Denn bereits im Urteil C-6133/2008 vom 15. Juli 2011 E. 8.3 führte das Bundesverwaltungsgericht aus, dass die Verweigerung der Zustimmung – unter dem Aspekt von Art. 50 des Ausländergesetzes vom 16. Dezember 2005 (AuG, SR 142.20) – auch die Frage negativ beantwortete, ob der Beschwerdeführer wegen eines schwerwiegenden Härtefalles gemäss Art. 30 Abs. 1 Bst. b AuG geregelt werden könnte. Der gleiche Kanton Bern hat in einer vergleichbaren Konstellation schon früher einem abgeschlossenen Verlängerungsverfahren (nach Auflösung der Ehe) ein Härtefallverfahren "nachgeschoben". Dazu hat das BFM seine Zustimmung verweigert. Im nachfolgenden Beschwerdeverfahren hielt das Bundesverwaltungsgericht u.a. fest, dass das BFM die Frage der Zustimmung lediglich unter dem Aspekt

der Wiedererwägung hätte prüfen sollen (Urteil C-4996/2011 vom 20. Dezember 2011 E. 4).

3.

Das Wiedererwägungsgesuch ist der formlose Rechtsbehelf, mit welchem eine betroffene Person die erstinstanzliche Verwaltungsbehörde darum ersucht, auf eine formell rechtskräftige Verfügung zurückzukommen und diese abzuändern oder aufzuheben (ULRICH HÄFELIN/GEORG MÜLLER/FELIX UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 6. Vollständig überarbeitete Auflage, Zürich/St. Gallen 2010, Rz. 1828 ff.; PIERRE TSCHANEN/ULRICH ZIMMERLI/MARKUS MÜLLER, Allgemeines Verwaltungsrecht, 3. Aufl., Bern 2009, § 31 Rz. 46). Im Verwaltungsverfahren des Bundes ist die Wiedererwägung formell rechtskräftiger Verfügungen nicht ausdrücklich geregelt. Die Rechtsprechung leitet dieses Institut direkt aus Art. 29 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV, SR 101) sowie aus Art. 66 VwVG ab, welcher die Möglichkeit der Revision von Beschwerdeentscheiden vorsieht.

3.1 Die Verwaltungsbehörden können ihre in Rechtskraft erwachsenen Verfügungen unter bestimmten Voraussetzungen in Wiedererwägung ziehen. Für sie besteht die Pflicht, auf ein entsprechendes Gesuch einzutreten, wenn sich die Verhältnisse seit dem ersten Entscheid erheblich geändert haben oder wenn der Gesuchsteller erhebliche Tatsachen und Beweismittel anführt, die ihm im früheren Verfahren nicht bekannt waren oder die schon damals geltend zu machen für ihn rechtlich oder tatsächlich unmöglich war oder keine Veranlassung bestand (Art. 66 Abs. 3 VwVG analog; vgl. BGE 136 II 177 E. 2.1 S. 181 mit Hinweisen).

3.2 Der Möglichkeit der Wiedererwägung sind Grenzen gesetzt. Aus Gründen der Rechtssicherheit ist das Geltendmachen neuer Tatsachen oder Beweismittel an die gleich strengen Voraussetzungen zu knüpfen, wie sie in der Praxis bei der Bejahung eines Revisionsgrundes in den gesetzlich geregelten Fällen gelten (BGE 127 I 133 E. 6 S. 137 f.). Die Wiedererwägung darf insbesondere nicht dazu dienen, rechtskräftige Verwaltungsentscheide beliebig in Frage zu stellen oder Rechtsmittelfristen zu umgehen (BGE 136 II 177 E. 2.1 S. 181 und Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-7092/2009 vom 25. Mai 2010 E. 3, je mit Hinweisen).

3.3 Somit sind (angebliche) Mängel einer Verfügung in erster Linie im Rechtsmittelverfahren geltend zu machen und Einwendungen, welche der Betroffene bei der ihm zumutbaren Sorgfalt bereits dort hätte vorbringen

können, im Revisions- bzw. Wiedererwägungsverfahren regelmässig nicht mehr zu hören (Art. 66 Abs. 3 VwVG). Die zuständige Behörde darf es insbesondere ablehnen, auf den ursprünglichen Entscheid zurückzukommen, wenn rechtzeitiges Handeln aus angeblich mangelnder Rechtskenntnis unterblieb, denn denjenigen, die durch einen Entscheid belastet werden, ist es zuzumuten, innert der Rechtsmittelfrist bei einem Rechtskundigen Rat zu holen. Tun sie es nicht, verletzen sie ihre Sorgfalts- und Mitwirkungspflichten (BGE 111 Ib 209 E. 1 S. 210 f. und Urteil des Bundesgerichts 2A.272/2004 vom 26. Mai 2004 E. 2.2).

4.

Soweit der Beschwerdeführer in seinem Wiedererwägungsgesuch vom 6. Januar 2012 bzw. seiner Rechtsmitteleingabe auf Umstände wie Aufenthaltsdauer in der Schweiz, Respektierung der Rechtsordnung, finanzielle Unabhängigkeit, tragfähiges Sozialnetz, kulturelle Aktivitäten oder Situation im Heimatland hinweist, welche bereits Gegenstand der Beurteilung im ordentlichen Rechtsmittelverfahren waren oder dort bzw. in einem gegen den Rechtsmittelentscheid zustehenden Beschwerdeverfahren hätten vorgebracht werden können, sind diese nicht neu im Sinne von Art. 66 Abs. 2 Bst. a und Abs. 3 VwVG. Denn – wie die Vorinstanz in der angefochtenen Verfügung zutreffend feststellte – dürfen Wiedererwägungsgesuche nicht dazu führen, dass ständig Verwaltungsentscheidungen in Frage gestellt oder Bestimmungen über die Rechtsmittel und deren Fristen unterlaufen werden. Zwar trifft es zu, dass der Verzicht auf den Weiterzug eines Entscheides an die höhere Instanz die nachträgliche Einreichung eines Wiedererwägungsgesuches nicht ausschliesst. Zu beachten ist auch, dass neue Sachverhaltselemente, die nach dem Urteil vom 15. Juli 2011 hinzugekommen sind, im Beschwerdeverfahren vor Bundesgericht grundsätzlich nicht mehr berücksichtigt werden (vgl. Art. 99 BGG). Unabdingbar für einen qualifizierten Wiedererwägungsgrund ist aber in jedem Fall das Vorliegen neuer und erheblicher Tatsachen.

4.1 Die vom Beschwerdeführer im Zusammenhang mit seiner angeblich fortgeschrittenen Integration geltend gemachten Umstände erfüllen die vorgenannten Voraussetzungen offensichtlich nicht. Denn die finanzielle Unabhängigkeit, seine Rolle in der Kulturszene im Raum Bern und das angeblich tragfähige und grosse Beziehungsnetz sind nicht erst nach dem Urteil vom 15. Juli 2011 entstanden. Dass diesbezüglich kaum etwas in den Erwägungen des Urteils enthalten ist, vermag daran nichts zu ändern. Der Beschwerdeführer hatte die Möglichkeit, diese Sachverhalts-

elemente vor dem Urteil im ordentlichen Beschwerdeverfahren geltend zu machen, bzw. wurde ausdrücklich vom Bundesverwaltungsgericht eingeladen, allfällige Sachverhaltsveränderungen einzubringen (vgl. Instrukti-
onsverfügung vom 4. Februar 2011 im Verfahren C-6133/2008). Im Übrigen hätten Vorbringen, die ausschlaggebend erscheinen, noch bis zum Zeitpunkt des Urteils berücksichtigt werden können (vgl. Art. 32 Abs. 2 VwVG). Der Beschwerdeführer räumt denn auch in seiner Rechtsmit-
teleingabe selbst ein, das die "Entstehung" dieser Tatsachen zum Teil in die Zeit vor dem genannten Urteil fallen. Ferner liegt es in der Natur der Sache, dass sich der Sachverhalt mit fortschreitender Zeit verändert. Der Umstand, dass der Beschwerdeführer nunmehr ein paar Monate länger in der Schweiz lebt als zum Zeitpunkt des Urteils und so die erwähnten Be-
ziehungen und Aktivitäten entsprechend länger pflegen konnte, stellt für sich allein noch keine neue und erhebliche Tatsache dar.

4.2 Ausserdem war der Beschwerdeführer nach dem Eintritt der Rechtskraft des Urteils vom 15. Juli 2011 (Mitte September 2011) verpflichtet, die Schweiz zu verlassen. Ein Aufenthaltsrecht in der Schweiz bestand von diesem Zeitpunkt an grundsätzlich nicht mehr. Offensichtlich wollte er zunächst das Land auch verlassen (vgl. seine gegenüber der Migrationsbe-
hörde der Stadt Bern abgegebene Erklärung vom 18. Oktober 2011). Analog zur Rechtsprechung des Bundesgerichts und des Bundesverwal-
tungsgerichts, wonach rechtswidrige Aufenthalte bei der Härtefallprüfung nicht in gleicher Weise berücksichtigt werden können wie legale Aufent-
halte (vgl. BGE 130 II 39 E. 3 S. 41 f.; BVGE 2007/16 E. 5.4), kann die Zeitspanne nach der Rechtskraft des besagten Urteils in Bezug auf eine dadurch fortgeschrittene Integration im Rahmen eines Wiedererwägungs-
verfahrens nicht ohne weiteres als neue und erhebliche Tatsache geltend gemacht werden, weil andernfalls die Missachtung der anzuwendenden ausländerrechtlichen Bestimmungen in gewisser Weise nachträglich be-
lohnt bzw. eine Ungleichbehandlung gegenüber jenen ausländischen Personen geschaffen würde, die nach rechtskräftiger Abweisung ihres Gesuches um Aufenthaltsbewilligung das Land anstandslos verlassen.

4.3 Der Beschwerdeführer macht schliesslich geltend, sein betagter Vater lebe allein und sei krank (Demenz). Bei einer allfälligen Rückkehr in den Senegal könne er deshalb nicht auf dessen Hilfe bei der Wiedereingliederung zählen. Die Tatsache, dass sein Vater allein lebt und alt ist, bestand schon vor dem Urteil vom 15. Juli 2011. Auch ohne Krankheit könnte der Beschwerdeführer bei einer Rückkehr in seine Heimat kaum auf nen-
nenswerte Hilfe seines Vaters zählen. Dass dieser nun erkrankt ist, stellt

deshalb keine wesentlich veränderte Sachlage dar. Fraglich ist ferner, ob der Vater nicht schon vor dem besagten Urteil krank war bzw. wann der Beschwerdeführer von der Krankheit Kenntnis erhielt. Obwohl der Beschwerdeführer in der Zwischenverfügung vom 19. April 2012 auf diesen Punkt aufmerksam gemacht wurde, hat er sich dazu nie geäußert und sogar auf das ihm eingeräumte Recht zur Replik verzichtet. Im Übrigen beruht die angebliche Krankheit des Vaters auf einer reinen Mutmassung des Beschwerdeführers. Weil der Vater in einem Telefongespräch gegenüber ihm zusammenhanglose und seltsame Aussagen gemacht habe, vermute er, dass er an Alzheimer leide (vgl. Ziff. 2.1.7. seines Gesuches vom 6. Januar 2012). In diesem Punkt mangelt es dem Wiedererwägungsgesuch auch an einer genügenden Substanziierung (vgl. Verwaltungspraxis der Bundesbehörden [VPB] 67.106 E. 4.a.; F. Gygi, Bundesverwaltungsrechtspflege, 2. Aufl., Bern 1983, S. 198 f.).

5.

Zusammenfassend ergibt sich, dass kein qualifizierter Wiedererwägungsrund vorliegt, weshalb die Vorinstanz nicht gehalten war, auf das Wiedererwägungsgesuch des Beschwerdeführers einzutreten. Die angefochtene Verfügung erweist sich somit als rechtmässig (Art. 49 VwVG). Die Beschwerde ist daher abzuweisen.

6.

Bei diesem Ausgang des Verfahrens wird der unterliegende Beschwerdeführer kostenpflichtig (Art. 63 Abs. 1 VwVG). Die Verfahrenskosten sind auf Fr. 1'200.- festzusetzen (Art. 1, Art. 2 und Art. 3 des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]).

Dispositiv Seite 9

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.

Die Beschwerde wird abgewiesen.

2.

Die Verfahrenskosten von Fr. 1'200.- werden dem Beschwerdeführer auferlegt und mit dem am 8. Mai 2012 geleisteten Kostenvorschuss gleicher Höhe verrechnet.

3.

Dieses Urteil geht an:

- den Beschwerdeführer (Einschreiben)
- die Vorinstanz (Akten Ref-Nr. ZEMIS [...] zurück)
- die Fremdenpolizei der Stadt Bern (BN [...])

Die vorsitzende Richterin:

Der Gerichtsschreiber:

Marianne Teuscher

Rudolf Grun

Versand: