



Abteilung IV
D-1797/2007
{T 0/2}

Urteil vom 13. August 2010

Besetzung

Richter Robert Galliker (Vorsitz),
Richterin Gabriela Freihofer, Richter Walter Lang;
Gerichtsschreiberin Daniela Brüscheiler.

Parteien

A. _____, geboren (...),
unbekannter Herkunft (angeblich Burundi),
vertreten durch Patrik Fischer,
(...)
Beschwerdeführer,

gegen

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

Gegenstand

Vollzug der Wegweisung (Wiedererwägung); Verfügung
des BFM vom 5. Februar 2007 / N (...).

Sachverhalt:**A.**

Der Beschwerdeführer reiste eigenen Angaben zufolge am 4. Juli 1998 in die Schweiz ein und suchte am 13. Juli 1998 in der Empfangsstelle (heute: Empfangs- und Verfahrenszentrum [EVZ]) B._____ um Asyl nach. Mit Verfügung vom 6. Oktober 1998 stellte das BFF fest, der Beschwerdeführer erfülle die Flüchtlingseigenschaft nicht, wies das Asylgesuch ab und ordnete die Wegweisung des Beschwerdeführers aus der Schweiz sowie deren Vollzug an. Diese Verfügung erwuchs unangefochten in Rechtskraft, der Beschwerdeführer hielt sich jedoch weiterhin in der Schweiz auf. Trotz verschiedener Vollzugsbemühungen konnte die Herkunft des Beschwerdeführers nicht verifiziert werden.

B.

Mit Eingabe vom 5. Januar 2007 liess der Beschwerdeführer durch seinen Rechtsvertreter beim Bundesamt ein Wiedererwägungsgesuch einreichen, mit welchem er die Feststellung der Unzumutbarkeit bzw. Unmöglichkeit (recte wohl Unzulässigkeit) des Wegweisungsvollzuges und die Gewährung der vorläufigen Aufnahme beantragte, eventualiter sei die vorläufige Aufnahme infolge Unmöglichkeit des Vollzugs anzuordnen. Zudem ersuchte er um Erteilung der aufschiebenden Wirkung, Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege sowie um Verzicht auf die Erhebung eines Kostenvorschusses.

Mit Verfügung vom 5. Februar 2007 – eröffnet am 6. Februar 2007 – wies das Bundesamt das Wiedererwägungsgesuch des Beschwerdeführers ab und stellte fest, die Verfügung vom 6. Oktober 1998 sei rechtskräftig, einer allfälligen Beschwerde komme keine aufschiebende Wirkung zu und erhob keine Verfahrenskosten.

C.

Mit Eingabe vom 8. März 2007 (Poststempel) liess der Beschwerdeführer beim Bundesverwaltungsgericht Beschwerde erheben, mit welcher er die Aufhebung der angefochtenen Verfügung beantragte, es sei die Unzumutbarkeit bzw. Unzulässigkeit des Wegweisungsvollzuges festzustellen und ihm als Folge davon die vorläufige Aufnahme zu gewähren, eventualiter sei die vorläufige Aufnahme infolge Unmöglichkeit des Vollzugs anzuordnen. In verfahrensrechtlicher Hinsicht ersuchte er um Gewährung der

unentgeltlichen Rechtspflege und um Verzicht auf die Erhebung eines Kostenvorschusses.

D.

In seiner Zwischenverfügung vom 29. März 2007 hielt der Instruktionsrichter fest, der Vollzug der Wegweisung werde nicht ausgesetzt. Zudem wies er die Gesuche um unentgeltliche Rechtspflege gemäss Art. 65 Abs. 1 des Bundesgesetzes vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren (VwVG, SR 172.021) und um Verzicht auf die Erhebung eines Kostenvorschusses ab. Dem Beschwerdeführer wurde Frist zur Leistung eines Kostenvorschusses von Fr. 1'200.-- bis zum 13. April 2007 eingeräumt.

Der Kostenvorschuss wurde am 11. April 2007 bezahlt.

E.

Mit Eingabe vom 13. April 2007 nahm der Rechtsvertreter des Beschwerdeführers zu den Ausführungen in der Zwischenverfügung vom 29. März 2007 Stellung.

F.

Am 29. Juni 2007 erkundigte sich der Rechtsvertreter des Beschwerdeführers nach dem Verfahrensstand.

G.

Als Beilagen zur Eingabe vom 21. August 2007 liess der Beschwerdeführer mehrere strafrechtliche Unterlagen einreichen. Am 26. Februar 2008 ging beim Bundesverwaltungsgericht nebst dem Schreiben der Partnerin des Beschwerdeführers eine Bestätigung der burundischen Vertretung in der Schweiz darüber ein, dass der Beschwerdeführer dort vorgesprochen habe, ihm jedoch kein Dokument habe ausgestellt werden können, da er keinerlei Beweis für seine burundische Herkunft vorgelegt habe.

H.

Am 26. März 2008 erkundigte sich das Migrationsamt des Kantons C._____ nach dem Stand des hängigen Beschwerdeverfahrens.

I.

Mit Eingabe vom 29. August 2008 liess der Beschwerdeführer durch seine Partnerin eine Vereinbarung über die Betreuung und den Unterhalt des gemeinsamen Sohnes D._____ einreichen. Am

1. Oktober 2009 ging beim Bundesverwaltungsgericht ein Bericht der Psychiatrischen Dienste C._____ vom 23. September 2009 über den Beschwerdeführer sowie ein Auszug aus dem Protokoll der Vormundschaftsbehörde der Stadt E._____ vom 28. September 2009 über die gemeinsame elterliche Sorge des Beschwerdeführers und seiner Partnerin sowie die Genehmigung der Vereinbarung über die Betreuung und des Unterhaltes des gemeinsamen Sohnes ein.

J.

Mit Urteil vom 25. Mai 2010 wies die II. öffentlich-rechtliche Abteilung des Bundesgerichts eine Beschwerde des Beschwerdeführers in Sachen Aufenthaltsbewilligung ab, soweit es darauf eintrat.

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 nach Art. 5 VwVG. Das BFM gehört zu den Behörden nach Art. 33 VGG und ist daher eine Vorinstanz des Bundesverwaltungsgerichts. Eine das Sachgebiet betreffende Ausnahme im Sinne von Art. 32 VGG liegt nicht vor. Das Bundesverwaltungsgericht ist daher zuständig für die Beurteilung der vorliegenden Beschwerde und entscheidet auf dem Gebiet des Asyls endgültig (Art. 105 des Asylgesetzes vom 26. Juni 1998 [AsylG, SR 142.31]; Art. 83 Bst. d Ziff. 1 des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 [BGG, SR 173.110]).

1.2 Das Verfahren richtet sich nach dem VwVG, dem VGG und dem BGG, soweit das AsylG nichts anderes bestimmt (Art. 37 VGG und Art. 6 AsylG).

1.3 Die Beschwerde ist frist- und formgerecht eingereicht. Der Beschwerdeführer ist durch die angefochtene Verfügung besonders berührt und hat ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung beziehungsweise Änderung; er ist daher zur Einreichung der Beschwerde legitimiert (Art. 105 AsylG i.V.m. Art. 37 VGG, Art. 48 Abs. 1 sowie Art. 50 und 52 VwVG). Auf die Beschwerde ist einzutreten.

2.

Die Abteilungen des Bundesverwaltungsgerichts entscheiden in der Regel in der Besetzung mit drei Richtern oder Richterinnen (Spruchkörper; vgl. Art. 21 Abs. 1 VGG). Gestützt auf Art. 111a Abs. 1 AsylG kann das Bundesverwaltungsgericht auch in solchen Fällen auf die Durchführung eines Schriftenwechsels verzichten.

3.

Die Behörde prüft ihre Zuständigkeit von Amtes wegen (vgl. Art. 7 Abs. 1 VwVG), ebenso diejenige der Vorinstanz (MICHEL DAUM, in: Auer/Müller/Schindler [Hrsg.], Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren (VwVG), Zürich 2008, Rz. 12 zu Art. 7 VwVG; ALFRED KÖLZ/ISABELLE HÄNER, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes, 2. Aufl., Zürich 1998, Rz. 412). Verfügt eine unzuständige Instanz, ist regelmässig Anfechtbarkeit, ausnahmsweise Nichtigkeit die Folge. Letztere tritt dann ein, wenn eine qualifiziert unzuständige Instanz entschieden hat (vgl. KÖLZ/HÄNER, a.a.O., Rz. 232). Somit ist zunächst zu prüfen, ob das BFM zu Recht auf das Gesuch vom 5. Januar 2007 eingetreten ist und dieses materiell geprüft hat.

3.1 Nach Art. 14 Abs. 1 AsylG kann ab Einreichung des Asylgesuches bis zur Ausreise nach einer rechtskräftig angeordneten Wegweisung eine asylsuchende Person kein Verfahren um Erteilung einer ausländerrechtlichen Aufenthaltsbewilligung einleiten, ausser es bestehe ein Anspruch auf deren Erteilung.

Ist ein *grundsätzlicher* Anspruch auf Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung gegeben, fällt die konkrete Beurteilung des geltend gemachten Anspruchs und damit der Entscheid über die Wegweisung in die Zuständigkeit der fremdenpolizeilichen respektive ausländerrechtlichen Behörden (vgl. Entscheidungen und Mitteilungen der Schweizerischen Asylrekurskommission [EMARK] 2001 Nr. 21 E. 8d S. 175; Urteile des Bundesverwaltungsgerichts D-3928/2008 vom 7. Juli 2008 E. 2.2 f. und D-5124/2008 vom 9. April 2010 E. 4). Hat die im ausländerrechtlichen Verfahren zuständige Behörde über das Gesuch um Erteilung entschieden und dabei das Bestehen eines Anspruchs verneint, haben sich die Asylbehörden bei der Prüfung der Zulässigkeit des Wegweisungsvollzugs nicht mehr mit Art. 8 der Konvention vom 4. November 1950 zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK, SR 0.101) zu befassen; die Zuständigkeit der

Frage der Anordnung der Wegweisung hat mithin zu den fremdenpolizeilichen respektive ausländerrechtlichen Behörden gewechselt (vgl. EMARK 2001 Nr. 21 E. 11a S. 177 f.).

Einen Anspruch auf Erteilung und Verlängerung der Aufenthaltsbewilligung gestützt auf heute geltendes Bundesrecht haben namentlich ausländische Ehegatten und ledige Kinder unter 18 Jahren von Personen mit Niederlassungsbewilligung, wenn sie mit diesen zusammenwohnen (Art. 43 Abs. 1 des Bundesgesetzes vom 16. Dezember 2005 über die Ausländerinnen und Ausländer [AuG, SR 142.20]). Gemäss Rechtsprechung haben zudem Ausländer, die nahe Verwandte (die sogenannte Kernfamilie) mit gefestigtem Anwesenheitsrecht in der Schweiz haben, einen völkerrechtlichen, aus Art. 8 EMRK (unter dem Aspekt des Rechts auf Familienleben) abgeleiteten Rechtsanspruch auf Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung (vgl. BGE 130 II 281 E. 3.1, EMARK 2001 Nr. 21 E. 7c.bb S. 174). Das Bundesgericht hielt in seiner Entscheidung vom 25. Mai 2010 (Erw. 1.2) fest, die Partnerin des Beschwerdeführers und der gemeinsame Sohn verfügten beide über die Niederlassungsbewilligung und damit über ein gefestigtes Anwesenheitsrecht. Daraus und aus dem Umstand, dass sich der Beschwerdeführer darum bemühe, die Beziehung zu beiden tatsächlich zu leben, soweit dies sein Status als rechtskräftig abgewiesener Asylbewerber zulasse, folge, dass der Beschwerdeführer – als leiblicher Vater eines Kindes mit gefestigtem Anwesenheitsrecht – aus Art. 8 Abs. 1 EMRK für sich *grundsätzlich* einen Anspruch auf Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung ableiten könne. Somit fällt die entsprechende Prüfungszuständigkeit heute gemäss den vorstehenden Ausführungen in die Hände der kantonalen Behörden.

3.2 Zu prüfen bleibt, ob der Beschwerdeführer allenfalls bereits im Zeitpunkt der Einreichung des Wiedererwägungsgesuches über einen grundsätzlichen Anspruch verfügte. Der Sohn des Beschwerdeführers wurde am 27. Dezember 2005 geboren. In seinem Wiedererwägungsgesuch vom 5. Januar 2007 liess der Beschwerdeführer denn auch geltend machen, ein Wegweisungsvollzug wäre mit Art. 8 EMRK nicht zu vereinbaren. Wie vorstehend bereits dargelegt, kann es die Garantie auf Schutz des Familienlebens verletzen, wenn einem Ausländer die Anwesenheit in der Schweiz untersagt und damit sein Familienleben vereitelt wird, sofern der Ausländer nahe Verwandte mit einem gefestigtem Anwesenheitsrecht in der Schweiz hat und die

intakte familiäre Beziehung tatsächlich gelebt wird (BGE 130 II 281 E. 3.1 S. 285 mit Hinweisen). Der sich hier aufhaltende Angehörige muss dabei über ein gefestigtes Anwesenheitsrecht verfügen. Dies ist der Fall, wenn er das Schweizer Bürgerrecht oder eine Niederlassungsbewilligung besitzt oder über eine Aufenthaltsbewilligung verfügt, die ihrerseits auf einem gefestigten Rechtsanspruch beruht (BGE 130 II 281 E. 3.1 S. 285 f. mit Hinweisen). Die Partnerin und der Sohn des Beschwerdeführers (vgl. Anerkennungsmitteilung vom 1. März 2006) verfügten bereits im Zeitpunkt der Einreichung des Wiedererwägungsgesuches über die Niederlassungsbewilligung und damit über ein gefestigtes Anwesenheitsrecht. Zwar war es dem Beschwerdeführer aufgrund seines Status als abgewiesener Asylsuchender nicht möglich, ein alltägliches Familienleben zu führen. Doch zeigen seine diversen eingereichten Gesuche im Verlaufe des Jahres 2006 (Gesuch um Kantonswechsel in den Kanton F._____ am 24. Januar 2006, Gesuch um Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung im Kanton F._____ am 7. April 2006, Wiedererwägungsgesuch Aufenthaltsbewilligung am 28. April 2006, Gesuch um Besuchsbewilligung am 8. August 2006), dass der Beschwerdeführer im Rahmen der ihm zur Verfügung stehenden Möglichkeiten tätig wurde, um eine tatsächliche Beziehung leben zu können. Das Bundesverwaltungsgericht gelangt deshalb zum Schluss, dass der Beschwerdeführer bereits im Zeitpunkt der Einreichung des Wiedererwägungsgesuches am 5. Januar 2007 über einen grundsätzlichen Anwesenheitsanspruch gestützt auf Art. 8 EMRK verfügte. Bei dieser Sachlage hätte das BFM auf das im Rahmen des Asylverfahrens eingereichte Wiedererwägungsgesuch, welches sich im Wesentlichen auf Art. 8 EMRK stützte, nicht eintreten dürfen und das Gesuch vom 5. Januar 2007 an die zuständige kantonale Behörde zur Behandlung überweisen müssen.

3.3 Zusammenfassend ist festzuhalten, dass das BFM zur Behandlung des Wiedererwägungsgesuches vom 5. Januar 2007 nicht zuständig war. Die diesbezügliche Verfügung vom 5. Februar 2007 ist daher vollumfänglich aufzuheben.

4.

4.1 Bei diesem Ausgang des Verfahrens sind keine Verfahrenskosten aufzuerlegen (Art. 63 Abs. 1 und 2 VwVG). Der am 11. April 2007 geleistete Kostenvorschuss in der Höhe von Fr. 1'200.-- ist dem Beschwerdeführer zurückzuerstatten.

4.2 Gemäss Art. 64 Abs. 1 VwVG i.V.m. Art. 7 Abs. 1 des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht (VGKE, SR 173.320.2) kann die Beschwerdeinstanz der ganz oder teilweise obsiegenden Partei von Amtes wegen oder auf Begehren eine Entschädigung für ihr erwachsene notwendige und verhältnismässig hohe Kosten eine Parteientschädigung zusprechen. Im vorliegenden Fall ist zu beachten, dass der Beschwerdeführer mit keiner seiner Rügen durchgedrungen ist; vielmehr wurde die vorinstanzliche Verfügung von Amtes wegen aufgehoben. Bei dieser Sachlage ist keine Parteientschädigung auszurichten.

(Dispositiv nächste Seite)

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.

Die Beschwerde wird im Sinne der Erwägungen gutgeheissen.

2.

Die Verfügung des BFM vom 5. Februar 2007 wird aufgehoben.

3.

Es werden keine Verfahrenskosten auferlegt und der am 11. April 2007 geleistete Kostenvorschuss von Fr. 1'200.-- wird dem Beschwerdeführer zurückerstattet.

4.

Es wird keine Parteientschädigung entrichtet.

5.

Dieses Urteil geht an:

- den Rechtsvertreter des Beschwerdeführers (Einschreiben; Beilage: Formular "Zahladresse")
- das BFM, Abteilung Aufenthalt, mit den Akten Ref.-Nr. N (...) (per Kurier; in Kopie)
- das (...) des Kantons C. _____ ad (...) (in Kopie)

Der vorsitzende Richter:

Die Gerichtsschreiberin:

Robert Galliker

Daniela Brüscheiler

Versand: