



Abteilung IV
D-2279/2017
pjn

Urteil vom 18. August 2017

Besetzung

Richter Hans Schürch (Vorsitz),
Richter Walter Lang, Richter Simon Thurnheer,
Gerichtsschreiberin Anna Dürmüller Leibundgut.

Parteien

A. _____, geboren am (...),
ohne Nationalität,
vertreten durch MLaw Gian Ege,
HEKS Rechtsberatungsstelle für Asylsuchende SG/AI/AR,
Beschwerdeführer,

gegen

Staatssekretariat für Migration (SEM),
Quellenweg 6, 3003 Bern,
Vorinstanz.

Gegenstand

Wegweisung und Wegweisungsvollzug
(Beschwerde gegen Wiedererwägungsentscheid);
Verfügung des SEM vom 11. April 2017 / N (...).

Sachverhalt:**A.**

A.a Der Beschwerdeführer suchte am 15. August 2012 in der Schweiz um Asyl nach. Mit Verfügung vom 3. Dezember 2014 verneinte das damalige Bundesamt für Migration (BFM) seine Flüchtlingseigenschaft, lehnte das Asylgesuch ab und verfügte die Wegweisung aus der Schweiz sowie den Wegweisungsvollzug. Diese Verfügung erwuchs unangefochten in Rechtskraft.

A.b Mit Eingabe vom 27. Januar 2016 liess der Beschwerdeführer durch seine Rechtsvertretung um Einbezug in die Flüchtlingseigenschaft seiner Partnerin (B._____, geb. [...], Eritrea; N [...]) ersuchen. Diese war mit Verfügung der Vorinstanz vom 14. Juli 2014 als Flüchtling anerkannt und deshalb vorläufig aufgenommen worden. Das SEM lehnte das Gesuch um Einbezug in die Flüchtlingseigenschaft mit Verfügung vom 14. Juli 2016 ab. Diese Verfügung erwuchs unangefochten in Rechtskraft.

B.

Mit Eingabe vom 23. März 2017 liess der Beschwerdeführer ein Wiedererwägungsgesuch einreichen. Zur Begründung wurden im Wesentlichen ausgeführt, der angeordnete Wegweisungsvollzug des Beschwerdeführers sei bisher nicht vollzogen worden. Dieser lebe nun schon seit über zwei Jahren in einer stabilen eheähnlichen Beziehung mit seiner Partnerin B._____. Das Paar habe inzwischen zwei gemeinsame Kinder. Der Beschwerdeführer habe die Vaterschaft anerkannt, und die Eltern hätten die gemeinsame elterliche Sorge vereinbart. Gemäss durchgeführter Abstammungsuntersuchung seien beide Kinder mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit die leiblichen Söhne des Beschwerdeführers. Die Kinder seien ebenfalls als Flüchtlinge anerkannt und verfügten über die vorläufige Aufnahme. Die Familie lebe in einem gemeinsamen Haushalt. Aufgrund dieser seit Erlass der Verfügung vom 3. Dezember 2014 veränderten Sachlage sei der damals angeordnete Wegweisungsvollzug unzulässig und unzumutbar geworden; denn einerseits garantiere Art. 8 Abs. 1 EMRK das Recht auf Familienleben, andererseits weise auch Art. 44 AsylG darauf hin, dass bei der Anordnung des Wegweisungsvollzugs der Grundsatz der Einheit der Familie zu berücksichtigen sei. Zum Schutz des gemeinsamen Familienlebens sei dem Beschwerdeführer daher wiedererwägungsweise die vorläufige Aufnahme zu gewähren.

C.

Das SEM wies das Wiedererwägungsgesuch mit Verfügung vom 11. April

2017 ab, erklärte seine Verfügung vom 3. Dezember 2011 für rechtskräftig und vollstreckbar und erhob eine Gebühr.

Zur Begründung wurde im Wesentlichen ausgeführt, dem Beschwerdeführer stehe gestützt auf Art. 8 EMRK kein Anspruch auf Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung zu. Der Beschwerdeführer verkenne insbesondere, dass Flüchtlinge, die kein Asyl erhalten hätten, lediglich einen dauerhaften Anspruch auf Nichtrückschiebung hätten. Hingegen ergebe sich daraus kein Aufenthaltstitel. Dieser beurteile sich einzig gemäss schweizerischem Aufenthaltsrecht. Demnach würden Flüchtlinge, welche kein Asyl erhielten, vorläufig aufgenommen. Die vorläufige Aufnahme sei indes keine Aufenthaltsbewilligung, sondern ein vorübergehender Status für die Dauer der Nichtdurchführbarkeit des Wegweisungsvollzugs. Die Partnerin sowie die Kinder des Beschwerdeführers verfügten daher nicht über ein gefestigtes Aufenthaltsrecht im Sinne der Rechtsprechung. Daher könne der Beschwerdeführer aus Art. 8 EMRK keinen grundsätzlichen Anspruch auf Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung ableiten. Bei dieser Sachlage könne darauf verzichtet werden zu prüfen, ob vorliegend von einer nahen, echten und dauerhaft gelebten Familienbeziehung auszugehen sei. Es lägen somit keine Gründe vor, welche die Rechtskraft der Verfügung vom 3. Dezember 2014 beseitigen könnten, weshalb das Wiedererwägungsgesuch abzuweisen sei.

D.

Der Beschwerdeführer liess diese Verfügung mit Beschwerde vom 19. April 2017 beim Bundesverwaltungsgericht anfechten. Dabei wurde beantragt, die vorinstanzliche Verfügung vom 11. April 2017 sei vollumfänglich aufzuheben, und der Beschwerdeführer sei infolge Unzulässigkeit oder Unzumutbarkeit des Wegweisungsvollzugs vorläufig aufzunehmen. Eventuell sei die Sache zur Neuurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen. In prozessualer Hinsicht wurde um Gewährung der aufschiebenden Wirkung ersucht. Ausserdem wurde beantragt, es sei dem Beschwerdeführer die unentgeltliche Rechtspflege (im Sinne von Art. 65 Abs. 1 VwVG) zu gewähren und auf die Erhebung eines Kostenvorschusses zu verzichten.

Zur Begründung wurde im Wesentlichen vorgebracht, entgegen der Auffassung der Vorinstanz sei bei vorläufig aufgenommenen Flüchtlingen davon auszugehen, dass deren Anwesenheitsrecht in der Schweiz zumindest faktisch als gefestigt im Sinne der Rechtsprechung zu Art. 8 EMRK bezeichnet werden müsse. Die Partnerin und die Kinder der Beschwerdeführerin verfügten über den Flüchtlingsstatus und seien somit grundsätzlich

berechtigt, sich dauerhaft in der Schweiz aufzuhalten. Es sei davon auszugehen, dass sie dieses Recht während längerer Zeit ausüben würden. Demnach verfügten sie über einen gefestigten Aufenthaltsanspruch in der Schweiz. Der Beschwerdeführer führe mit seinen Familienangehörigen eine tatsächlich gelebte, intensive und stabile Beziehung. Die Familie habe daher Anspruch auf Schutz ihres Familienlebens gemäss Art. 8 EMRK. Der Wegweisungsvollzug sei daher unzulässig. Zudem sei der Vollzug auch unzumutbar, da enge Familienangehörige des Beschwerdeführers in der Schweiz als Flüchtlinge vorläufig aufgenommen seien. Diesbezüglich sei auf Art. 44 AsylG zu verweisen, wonach bei der Prüfung des Wegweisungsvollzugs insbesondere der Situation von Familien besondere Beachtung zu schenken sei. Das Familienleben könne nicht in einem Drittstaat gewährleistet werden. Das SEM habe indessen die Bedeutung des Grundsatzes der Einheit der Familie gemäss Art. 44 AsylG überhaupt nicht geprüft, obwohl darauf schon im Wiedererwägungsgesuch hingewiesen worden sei. Es sei somit seiner Prüfungspflicht nicht nachgekommen und habe dadurch den Anspruch des Beschwerdeführers auf rechtliches Gehör verletzt.

E.

Mit Zwischenverfügung vom 27. April 2017 wies der Instruktionsrichter das Gesuch um Aussetzung des Wegweisungsvollzugs ab und stellte fest, der Beschwerdeführer habe den Ausgang des Verfahrens im Ausland abzuwarten. Das Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege im Sinne von Art. 65 Abs. 1 VwVG wurde unter Vorbehalt der fristgerechten Nachreichung eines Bedürftigkeitsnachweises gutgeheissen. Ausserdem wurde der Beschwerdeführer aufgefordert, innert Frist entweder einen Nachweis für die geltend gemachte prozessuale Bedürftigkeit einzureichen oder einen Kostenvorschuss einzuzahlen, ansonsten auf die Beschwerde nicht eingetreten werde. Sodann wurde das SEM zur Einreichung einer Vernehmlassung eingeladen.

F.

Der Beschwerdeführer liess mit Eingabe vom 1. Mai 2017 eine Fürsorgebestätigung gleichen Datums einreichen.

G.

Das SEM hielt in seiner Stellungnahme vom 2. Mai 2017 vollumfänglich an seiner Verfügung fest. Die vorinstanzliche Vernehmlassung wurde dem Beschwerdeführer am 8. Mai 2017 zur Kenntnis gebracht.

H.

Mit Eingabe vom 14. August 2017 liess der Beschwerdeführer eine Anerkennungserklärung nach der Geburt vom 7. August 2017 sowie eine Erklärung über die gemeinsame elterliche Sorge nach der Geburt vom 7. August 2017 (beides in Kopie) zu den Akten reichen, beides betreffend seinen am 27. Oktober 2016 geborenen Sohn.

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:**1.**

1.1 Gemäss Art. 31 VGG beurteilt das Bundesverwaltungsgericht Beschwerden gegen Verfügungen nach Art. 5 VwVG. Das SEM ist eine Behörde im Sinne von Art. 33 VGG und damit eine Vorinstanz des Bundesverwaltungsgerichts. Eine das Sachgebiet betreffende Ausnahme im Sinne von Art. 32 VGG liegt nicht vor. Nachdem gemäss Lehre und Praxis Wiedererwägungsentscheide grundsätzlich wie die ursprüngliche Verfügung auf dem ordentlichen Rechtsmittelweg weitergezogen werden können, ist das Bundesverwaltungsgericht für die Beurteilung der vorliegenden Beschwerde zuständig. Es entscheidet auf dem Gebiet des Asyls – in der Regel und auch vorliegend – endgültig (Art. 105 AsylG; Art. 83 Bst. d Ziff. 1 BGG).

1.2 Die Beschwerde ist frist- und formgerecht eingereicht. Der Beschwerdeführer hat am Verfahren vor der Vorinstanz teilgenommen, 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 und 108 Abs. 1 AsylG; Art. 48 Abs. 1 sowie Art. 52 Abs. 1 VwVG). Auf die Beschwerde ist mithin einzutreten.

2.

Die Kognition des Bundesverwaltungsgerichts und die zulässigen Rügen richten sich im Asylbereich nach Art. 106 Abs. 1 AsylG, im Bereich des Ausländerrechts nach Art. 49 VwVG (vgl. BVGE 2014/26 E. 5).

3.

Das Wiedererwägungsverfahren ist im Asylrecht spezialgesetzlich geregelt (vgl. Art. 111b ff. AsylG). Ein entsprechendes Gesuch ist der Vorinstanz innert 30 Tagen nach Entdeckung des Wiedererwägungsgrundes schriftlich und begründet einzureichen. Im Übrigen richtet sich das Verfahren nach den revisionsrechtlichen Bestimmungen von Art. 66–68 VwVG (Art. 111b Abs. 1 AsylG). In seiner klassischen Konstellation bezweckt das Wiedererwägungsgesuch die Anpassung einer ursprünglich fehlerfreien Asyl- und Wegweisungsverfügung an nachträglich eingetretene Wegweisungs- und zugshindernisse (vgl. BVGE 2014/39 E. 4.5 m.w.H.). Falls die abzuändernde Verfügung unangefochten blieb – oder ein eingeleitetes Beschwerdeverfahren mit einem blossen Prozessentscheid abgeschlossen wurde – können auch Revisionsgründe einen Anspruch auf Wiedererwägung begründen (zum sogenannten «qualifizierten Wiedererwägungsgesuch» vgl. BVGE 2013/22 E. 5.4 m.w.H.). Ebenfalls im Rahmen einer Wiedererwägung zu prüfen sind Beweismittel, die erst nach einem materiellen Beschwerdeentscheid des Bundesverwaltungsgerichts entstanden sind und daher revisionsrechtlich nicht von Relevanz sein können (vgl. BVGE 2013/22 E. 12 und 13).

4.

Vorab ist auf die in der Beschwerde erhobene formelle Rüge, wonach das SEM den Anspruch des Beschwerdeführers auf rechtliches Gehör verletzt habe, einzugehen:

4.1 Der in Art. 29 Abs. 2 BV garantierte und in den Art. 26–33 VwVG konkretisierte Grundsatz des rechtlichen Gehörs umfasst das Recht, mit eigenen Begehren angehört zu werden, Einblick in die Akten zu erhalten und zu den für die Entscheidung wesentlichen Punkten Stellung nehmen zu können. Der Anspruch auf rechtliches Gehör dient einerseits der Sachaufklärung und stellt andererseits ein persönlichkeitsbezogenes Mitwirkungsrecht der Parteien dar. Der Grundsatz des rechtlichen Gehörs beinhaltet insbesondere auch die Pflicht der Behörden, die Vorbringen des vom Entscheid in seiner Rechtsstellung Betroffenen sorgfältig und ernsthaft zu prüfen und in der Entscheidungsfindung zu berücksichtigen (Art. 32 Abs. 1 VwVG). Daraus folgt die grundsätzliche Pflicht der Behörden, sich mit den wesentlichen Vorbringen des Rechtssuchenden zu befassen und Entscheide zu begründen (Art. 35 Abs. 1 VwVG). Die Begründung eines Entscheides muss so abgefasst sein, dass der Betroffene ihn sachgerecht anfechten kann. In diesem Sinne müssen wenigstens kurz die Überlegungen genannt

werden, die für den Entscheid bedeutsam sind (vgl. dazu beispielsweise BVGE 2009/35 E. 6.4.1 m.w.H.).

4.2 Für den vorliegenden Fall ist festzustellen, dass der Beschwerdeführer in seinem Wiedererwägungsgesuch geltend gemacht hat, es liege eine veränderte Sachlage vor, welche namentlich unter Berücksichtigung von Art. 8 EMRK und/oder Art. 44 AsylG dazu führen müsse, dass ihm die vorläufige Aufnahme in der Schweiz gewährt werde. Das SEM hat in der angefochtenen Verfügung zwar geprüft, ob dem Beschwerdeführer gestützt auf Art. 8 EMRK ein grundsätzlicher Anspruch auf Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung zukomme. Hingegen hat es sich zur Frage, ob dem Beschwerdeführer gestützt auf den in Art. 44 AsylG statuierten Grundsatz der Einheit der Familie die vorläufige Aufnahme zu gewähren sei, mit keinem Wort geäußert. Es hat sich demnach mit einem grundsätzlich relevanten Vorbringen im Wiedererwägungsgesuch überhaupt nicht auseinandergesetzt und dieses in seinem Entscheid gänzlich unberücksichtigt gelassen. Auch in seiner Vernehmlassung vom 2. Mai 2017 hat sich das SEM nicht mit der Frage der Anwendbarkeit des Grundsatzes der Einheit der Familie gemäss Art. 44 AsylG auf den vorliegenden Sachverhalt befasst, obwohl diese Unterlassung in der Beschwerde ausdrücklich gerügt wurde. Mit seinem Vorgehen hat das SEM offensichtlich die ihm obliegende Prüfungs- und Begründungspflicht und damit den Anspruch des Beschwerdeführers auf rechtliches Gehör verletzt. Diese Gehörsverletzung ist als schwerwiegend zu erachten, weshalb eine Heilung auf Beschwerdeebene nicht in Betracht fällt.

5.

Nach dem Gesagten ist die Beschwerde gutzuheissen. Die vorinstanzliche Verfügung vom 11. April 2017 ist aufzuheben und die Sache zur umfassenden Prüfung – namentlich des im Wiedererwägungsgesuch ausdrücklich enthaltenen Vorbringens, dass der in Art. 44 AsylG statuierte Grundsatz der Einheit der Familie im Falle des Beschwerdeführers zu seiner vorläufigen Aufnahme in der Schweiz führen müsste – sowie zur anschliessenden Neubeurteilung und entsprechenden Begründung an das SEM zurückzuweisen. Angesichts der Rückweisung der Sache an die Vorinstanz erübrigt es sich, auf die weiteren Ausführungen in der Beschwerde näher einzugehen.

6.

6.1 Bei diesem Ausgang des Verfahrens sind keine Kosten zu erheben (Art. 63 Abs. 1 und 2 VwVG).

6.2 Dem vertretenen Beschwerdeführer ist angesichts seines Obsiegens in Anwendung von Art. 64 VwVG und Art. 7 Abs. 1 des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht (VGKE, SR 173.320.2) eine Entschädigung für die ihm notwendigerweise erwachsenen Parteikosten zuzusprechen. Der in der Kostennote vom 19. April 2017 geltend gemachte Arbeitsaufwand von 5.5 Stunden sowie die Auslagen von Fr. 52.50 erscheinen als angemessen. Der ausgewiesene Stundenansatz von Fr. 200.– bewegt sich im Rahmen von Art. 10 Abs. 2 VGKE. Somit hat das SEM dem Beschwerdeführer in Anwendung der genannten Bestimmungen sowie unter Berücksichtigung der massgeblichen Bemessungsfaktoren (Art. 8 ff. VGKE) eine Parteient-schädigung von Fr. 1'153.– auszurichten.

(Dispositiv nächste Seite)

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.

Die Beschwerde wird gutgeheissen.

2.

Die angefochtene Verfügung vom 11. April 2017 wird aufgehoben, und die Sache wird zur Neuurteilung im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückgewiesen.

3.

Es werden keine Verfahrenskosten auferlegt.

4.

Das SEM wird angewiesen, dem Beschwerdeführer für das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht eine Parteientschädigung von insgesamt Fr. 1'153.– auszurichten.

5.

Dieses Urteil geht an den Beschwerdeführer, das SEM und die kantonale Migrationsbehörde.

Der vorsitzende Richter:

Die Gerichtsschreiberin:

Hans Schürch

Anna Dürmüller Leibundgut

Versand: