



Urteil vom 2. Juli 2020

Besetzung

Einzelrichterin Mia Fuchs,
mit Zustimmung von Richter David R. Wenger;
Gerichtsschreiberin Mareile Lettau.

Parteien

A. _____, geboren am (...),
Aegypten,
(...),
Beschwerdeführer,

gegen

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

Gegenstand

Wegweisung und Vollzug der Wegweisung;
Verfügung des SEM vom 11. Mai 2020 / N (...).

Sachverhalt:**A.**

Der aus B._____ stammende Beschwerdeführer reiste gemäss seinen Angaben zuletzt am 17. Oktober 2019 in die Schweiz ein und suchte am 12. November 2019 um Asyl nach. Am 21. November 2019 fand die Personalienaufnahme im C._____ und am 29. April 2020 die Anhörung zu den Asylgründen (nach Art. 29 AsylG [SR 142.31]) statt.

Der Beschwerdeführer brachte vor, er sei in B._____ geboren, wo er bis zum 20. Lebensjahr gemeinsam mit seiner Familie gelebt habe. Er habe die reguläre Schule absolviert und sich danach zwei Jahre an einem Informatikinstitut weitergebildet. Danach sei er nach D._____ gegangen und habe dort in einem Hotel gearbeitet. Zuerst hätte er als (...) und später mehrheitlich als (...) gearbeitet.

Er sei am 24. Dezember 2010 aus dem Heimatland legal via Zürich nach E._____ ausgereist zum Zweck der Eheschliessung und habe am 7. Januar 2011 eine (...) Staatsangehörige geheiratet. Anschliessend sei er im Besitz einer Aufenthaltsbewilligung für E._____ gewesen. Zuvor habe seine spätere Ehefrau schon in Ägypten mit ihm zusammengelebt. Am 10. Januar 2011 sei der gemeinsame Sohn, am 14. Juli 2012 die Tochter geboren. Der Beschwerdeführer habe in E._____ und in der Schweiz bei verschiedenen Firmen gearbeitet. Abgesehen von Reisen ins Heimatland für Besuche bei seinen Eltern 2011, 2013 und zuletzt 2015 habe er bis 2018 in E._____ gelebt.

Ab 2013/2014 hätten die ehelichen Probleme begonnen. Im Jahr 2013 beziehungsweise 2014 sei seine damalige Ehefrau mit den beiden gemeinsamen Kindern von E._____ in die Schweiz gegangen, wo sie seither in F._____ wohnten und mittlerweile im Besitz von Niederlassungsbewilligungen für die Schweiz seien. Im Jahr 2014 hätten sie sich scheiden lassen. Die Kinder hätten weiterhin bei seiner Frau gelebt, jedoch hätten sie sich das elterliche Sorgerecht geteilt. Wegen des Wegzugs in die Schweiz sei er Anfang 2014 nach G._____ gezogen, wo er bis 2018 mit Kurzaufenthaltsbewilligungen gewohnt habe. Ab dem Wegzug der Ehefrau und Kinder sei seine reguläre Aufenthaltsbewilligung von den (...) Behörden widerrufen worden und er habe nur noch Kurzaufenthaltsbewilligungen (...) erhalten, die er alle drei Monate habe verlängern lassen müssen.

Auch nach der Scheidung habe er regelmässig Kontakt zu den Kindern gepflegt. Zuerst sei das Besuchsrecht bis etwa Anfang 2015 so geregelt

gewesen, dass er die Kinder dreimal wöchentlich gesehen habe. Anschliessend sei beim Jugendamt F. _____ eine Vereinbarung getroffen worden, wonach er die Kinder jedes Wochenende habe sehen können. Er habe sie samstags oder sonntags gesehen, je nach Arbeitssituation der Mutter. Auf diese Weise habe er sein Besuchsrecht bis 2018 ausgeübt. Im April 2018 hätten die (...) Behörden ihm seine (...) entzogen und ihn aufgefordert, innert kurzer Frist E. _____ zu verlassen. Er habe auf Bahnhöfen und bei Freunden geschlafen und sei dann nach H. _____ gegangen, wo er gearbeitet habe. Etwa alle drei Monate sei er in die Schweiz gekommen, um seine Kinder zu sehen.

Da er keine Aufenthaltsbewilligung habe, könne er nicht arbeiten. Er werde von seinen Verwandten finanziell unterstützt.

Schliesslich habe er ein Asylgesuch in der Schweiz gestellt, um eine Aufenthaltsbewilligung in der Schweiz zu erhalten, da er und seine Kinder zumindest in der Nähe voneinander leben wollten und er eine Bewilligung brauche, um arbeiten zu können. Nach dem Entzug der (...) Aufenthaltsbewilligung habe er keine Möglichkeiten gehabt, ein geregeltes Leben zu führen und legal die Grenze in die Schweiz zu überqueren.

Seit er am 17. Oktober 2019 aus H. _____ zurückgekehrt sei, sehe er die Kinder wieder regelmässig und unternehme Ausflüge mit ihnen. Da er keine Wohnung habe, könnten die Kinder nicht bei ihm übernachten. Offiziell könne er seine Kinder nicht finanziell unterstützen, aber wenn immer möglich, mache er ihnen Geschenke und bezahle das Geld für Ausflüge. Er habe mit der Ex-Ehefrau schriftlich die Besuchstermine für die Kinder festgehalten. Sie hätten bis Mitte 2018 eine für sie zuständige Mitarbeiterin beim Jugendamt gehabt. Er habe auch Elternabenden der Kinder und Theateraufführungen in der Schule beigewohnt. Er habe einen Anwalt, der ihn in aufenthaltsrechtlichen Angelegenheiten (umgekehrter Familiennachzug) vertrete. Er sei auch beim Migrationsamt wegen seiner Aufenthaltsregelung vorstellig gewesen, wobei sein Fall entgegengenommen worden sei.

B.

Am 7. Mai 2020 unterbreitete die Vorinstanz der damaligen Rechtsvertretung des Beschwerdeführers einen Verfügungsentwurf zur Stellungnahme.

C.

Mit Eingabe vom 8. Mai 2020 nahm die Rechtsvertretung zum Entwurf des

Entscheid des SEM schriftlich Stellung. Dabei wurde namentlich vorgebracht, dass eine Wegweisung die Einheit der Familie nach Art. 8 EMRK verletze.

D.

Mit Verfügung vom 11. Mai 2020 – eröffnet am gleichen Tag – stellte das SEM fest, der Beschwerdeführer erfülle die Flüchtlingseigenschaft nicht, wies sein Asylgesuch ab und ordnete die Wegweisung aus der Schweiz sowie den Vollzug an.

Das SEM hielt fest, der Beschwerdeführer habe klar zu Protokoll gegeben, in Ägypten keine Probleme gehabt zu haben und das Asylgesuch einzig aus dem Grund gestellt zu haben, in der Nähe der Kinder leben zu wollen. Er habe somit keine asylrelevanten Vorbringen geltend gemacht.

Wegen seiner in der Schweiz mit einer Niederlassungsbewilligung lebenden Kinder könne er sich nicht auf einen potenziellen Anspruch auf Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung berufen, da er gemäss Art. 43 AIG (SR 142.20) weder Ehegatte noch minderjähriges Kind einer Person mit Niederlassung sei. Er könne sich aber beim Kanton melden, um allfällige Möglichkeiten zur Erlangung eines Aufenthaltsstatus prüfen zu lassen. Weiter spreche Art. 8 EMRK nicht gegen die Zulässigkeit des Wegweisungsvollzuges. Auch die Zumutbarkeit sei gegeben. Aus den eingereichten Beweismitteln sei offensichtlich, dass er sich um eine gute Beziehung zu seinen Kindern bemüht habe und den Kontakt pflege. Es sei aber nicht von der Hand zu weisen, dass er insbesondere aus wirtschaftlicher Sicht keine besonders enge Beziehung zu seinen Kindern habe. Auch habe er die Kinder zwar regelmässig, aber nur einmal wöchentlich gesehen, weshalb es für die Aufrechterhaltung und Pflege der Beziehung nicht unbedingt erforderlich sei, im gleichen Land wie die Kinder zu leben. Er habe auch von H. _____ aus den Kontakt pflegen können. Von Ägypten aus könne er die Beziehung zu den Kindern mit Kurzaufenthalten aufrechterhalten oder die Kinder könnten ihn mit der Ex-Ehefrau in Ägypten besuchen.

E.

Mit Eingabe vom 10. Juni 2020 erhob der Beschwerdeführer beim Bundesverwaltungsgericht Beschwerde gegen die Verfügung der Vorinstanz und beantragte, der Entscheid sei aufzuheben und die Sache zur vollständigen Abklärung des Sachverhalts, unter besonderer Berücksichtigung des Kindeswohls, an das SEM zurückzuweisen. Eventualiter sei festzustellen, dass die Wegweisung unzulässig und unzumutbar sei, und die vorläufige

Aufnahme anzuordnen. In verfahrensrechtlicher Hinsicht beantragte der Beschwerdeführer die Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung, die Befreiung von der Kostenvorschusspflicht sowie die Gewährung der amtlichen Rechtsverteidigung.

Der Beschwerde lagen eine Kopie des Entscheids des Zivilgerichts des Kantons F. _____ vom 26. September 2014 (insbesondere betreffend Besuchsrecht) sowie eine Speicherchip-Karte mit Fotos, Videos und Textnachrichten bei.

F.

Am 11. Juni 2019 bestätigte das Bundesverwaltungsgericht den Eingang der Beschwerde.

G.

Die vorinstanzlichen Akten lagen dem Bundesverwaltungsgericht am 11. Juni 2020 in elektronischer Form vor (vgl. Art. 109 Abs. 1 AsylG).

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:

1.

1.1 Gemäss Art. 31 VGG beurteilt das Bundesverwaltungsgericht Beschwerden gegen Verfügungen nach Art. 5 VwVG. Das SEM 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 in der Regel – und so auch vorliegend – endgültig (Art. 105 AsylG; Art. 83 Bst. d Ziff. 1 BGG).

1.2 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 AsylG i.V.m. Art. 37 VGG und Art. 48 Abs. 1 VwVG). Auf die frist- und formgerecht eingereichte Beschwerde ist somit einzutreten (Art. 108 Abs. 1 AsylG; Art. 105 AsylG i.V.m. Art. 37 VGG und Art. 52 Abs. 1 VwVG).

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.

Über offensichtlich begründete Beschwerden wird in einzelrichterlicher Zuständigkeit mit Zustimmung eines zweiten Richters beziehungsweise einer zweiten Richterin entschieden (Art. 111 Bst. e AsylG). Wie nachstehend aufgezeigt, handelt es sich um eine solche, weshalb das Urteil nur summarisch zu begründen ist (Art. 111a Abs. 2 AsylG).

Gestützt auf Art. 111a Abs. 1 AsylG wurde vorliegend auf die Durchführung eines Schriftenwechsels verzichtet.

4.

In den Rechtsbegehren wird zwar die Aufhebung sämtlicher Dispositivziffern der angefochtenen Verfügung beantragt, gleichzeitig aber ausdrücklich nur die Erteilung der vorläufigen Aufnahme begehrt. Auch die Beschwerdebegründung richtet sich ausschliesslich gegen die angeordnete Wegweisung und den Wegweisungsvollzug. Die Verweigerung der Flüchtlingseigenschaft und des Asyls sind somit mit Ablauf der Rechtsmittelfrist in Rechtskraft erwachsen (Dispositivziffern 1 und 2 der angefochtenen Verfügung).

5.

5.1 Gemäss Art. 44 AsylG verfügt das SEM in der Regel die Wegweisung aus der Schweiz, wenn es das Asylgesuch ablehnt oder darauf nicht eintritt; es berücksichtigt dabei die Einheit der Familie.

5.2

5.2.1. Im Asyl- und Wegweisungsverfahren ist die Wegweisung nicht zu verfügen, wenn die asylsuchende Person im Besitze einer gültigen Niederlassungs- oder Aufenthaltsbewilligung ist (Art. 32 Bst. a der Asylverordnung 1 vom 11. August 1999 [AsylV 1, SR 142.311]) oder ein grundsätzlicher Anspruch auf Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung besteht, wobei die kantonale Ausländerbehörde zuständig ist, über den Anspruch konkret zu befinden (vgl. auch BVGE 2013/37 E. 4.4; EMARK 2006 Nr. 23 E. 3.2; EMARK 2001 Nr. 21 E. 9).

5.2.2. Ist die asylsuchende Person nicht im Besitz einer Aufenthalts- oder Niederlassungsbewilligung, ist im Asyl- und Wegweisungsverfahren mit Blick auf die mögliche Zuständigkeit der kantonalen Ausländerbehörde da-

her vorfrageweise zu prüfen (vgl. EMARK 2001 Nr. 21 E. 10), ob die asylsuchende Person sich im Sinne von Art. 14 Abs. 1 AsylG auf einen grundsätzlichen Anspruch auf Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung berufen kann. Soweit nicht das Gesetz oder das Freizügigkeitsabkommen einen Anspruch auf Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung vermittelt, kommt als Anspruchsgrundlage Art. 8 EMRK in Betracht, wobei diesbezüglich die bundesgerichtliche Rechtsprechung massgeblich ist (vgl. EMARK 2001 Nr. 21 E. 8a und b sowie E. 9).

5.2.3. Art. 8 EMRK (bzw. Art. 13 BV) garantiert zwar kein Recht auf Aufenthalt in einem bestimmten Staat. Es kann aber das in Art. 8 EMRK geschützte Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens verletzen, wenn einem Ausländer, dessen Familienangehörige hier weilen, die Anwesenheit untersagt und damit das Familienleben vereitelt wird. Der sich hier aufhaltende Familienangehörige muss seinerseits über ein gefestigtes Anwesenheitsrecht verfügen. Dies ist der Fall, wenn dieser das Schweizer Bürgerrecht oder eine Niederlassungsbewilligung besitzt oder über eine Aufenthaltsbewilligung verfügt, die ihrerseits auf einem gefestigten Rechtsanspruch beruht (vgl. BGE 135 I 143 E. 1.3.1, 130 II 281 E. 3.1; EMARK 2005 Nr. 3 E. 3.1). Im Zusammenhang mit der Bewilligung der Anwesenheit in der Schweiz schützt Art. 8 EMRK in erster Linie die Kernfamilie, das heisst die Gemeinschaft der Ehegatten mit ihren minderjährigen Kindern (vgl. BGE 129 II 11 E. 2).

5.2.4. Die im Asylverfahren angeordnete Wegweisung wird praxismässig aufgehoben, wenn (1) ein potenzieller Anspruch gestützt auf Art. 8 EMRK vorfrageweise bejaht wird, (2) die betroffene Person an die zuständige kantonale Ausländerbehörde ein Gesuch um Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung gerichtet hat sowie (3) dieses Gesuch noch hängig ist (vgl. BVGE 2013/37 E. 4.4.2.2).

6.

6.1 Der Beschwerdeführer verfügt weder über eine ausländerrechtliche Niederlassungs- oder Aufenthaltsbewilligung noch über einen selbständigen Anspruch auf Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung. Er kann sich mit Blick auf sein Verhältnis zu seinen minderjährigen Kindern aber auf einen Anspruch berufen: Diese verfügen unbestrittenermassen über eine Niederlassungsbewilligung in der Schweiz und damit über ein gefestigtes Anwesenheitsrecht. Gestützt darauf kommt dem Beschwerdeführer ein potenzieller Anspruch auf Anwesenheitsbewilligung zu, weshalb er sich auf Art. 8

EMRK berufen kann (sog. "umgekehrter Familiennachzug"; vgl. BGE 135 I 143 E. 1.3.2 m.w.H.).

Das SEM ist somit zu Unrecht davon ausgegangen, der Beschwerdeführer könne sich nicht auf Art. 8 EMRK berufen. Vielmehr ist die Vorfrage, ob dem Beschwerdeführer grundsätzlich ein Anspruch zusteht, zu bejahen.

6.2 Ob der Beschwerdeführer ein Gesuch um Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung bei der zuständigen kantonalen Ausländerbehörde eingereicht hat, hat das SEM nicht überprüft. Ist dem so, fällt die konkrete Beurteilung des geltend gemachten Anspruchs und damit auch der Entscheid über die Wegweisung in die Zuständigkeit der kantonalen Ausländerbehörde (vgl. BVGE 2013/37 E. 4.4; EMARK 2001 Nr. 21 E. 8d). An dieser Stelle erübrigen sich somit weitere Ausführungen zur Durchführbarkeit des Wegweisungsvollzugs.

Sollte der – für die ausländerrechtlichen Belange offenbar vertretene – Beschwerdeführer nicht schon ein entsprechendes Gesuch eingereicht haben, bleibt es ihm unbenommen, sich – auch nach Abschluss des Asylverfahrens – bei den zuständigen kantonalen Behörden um die Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung zu bemühen.

7.

Nach dem Gesagten ist die Beschwerde gutzuheissen, die Verfügung vom 11. Mai 2020 in den Dispositivziffern 3-5 (Wegweisung und Wegweisungsvollzug) aufzuheben und die Sache zu erneuter Beurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen.

8.

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

8.2 Die mit der Beschwerdeschrift gestellten Anträge auf Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung im Sinne von Art. 65 Abs. 1 VwVG samt Verzicht auf die Erhebung eines Kostenvorschusses und auf Bestellung eines amtlichen Rechtsbeistands gemäss Art. 102m AsylG sind mit diesem Urteil gegenstandslos geworden.

8.3 Dem nicht vertretenen Beschwerdeführer ist keine Entschädigung für die ihm notwendigerweise erwachsenen Parteikosten zuzusprechen.

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.

Die Beschwerde wird gutgeheissen. Die Dispositivziffern 3 bis 5 der Verfügung vom 11. Mai 2020 werden aufgehoben und die Sache an die Vorinstanz zur Neuurteilung im Sinne der Erwägungen zurückgewiesen.

2.

Es werden keine Verfahrenskosten auferlegt.

3.

Es wird keine Parteientschädigung entrichtet.

4.

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

Die Einzelrichterin:

Die Gerichtsschreiberin:

Mia Fuchs

Mareile Lettau