



Urteil vom 7. September 2023

Besetzung

Richterin Chiara Piras (Vorsitz),
Richter Walter Lang,
Richterin Daniela Brüscheiler,
Gerichtsschreiberin Martina von Wattenwyl.

Parteien

A. _____, geboren am (...),
Eritrea,
vertreten durch Leslie Spengler, Rechtsanwältin,
(...),
Beschwerdeführer,

gegen

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

Gegenstand

Vollzug der Wegweisung (Wiedererwägung)
Verfügung des SEM vom 11. Juni 2021.

Sachverhalt:**I.****A.**

A.a A._____ (nachfolgend: der Beschwerdeführer), ein eritreischer Staatsangehöriger, reiste am 12. Juni 2016 in die Schweiz ein und ersuchte am darauffolgenden Tag um Asyl.

A.b Mit Verfügung vom 28. Mai 2019 lehnte das SEM das Asylgesuch des Beschwerdeführers ab und verfügte die Wegweisung aus der Schweiz sowie den Vollzug.

A.c Auf die dagegen erhobene Beschwerde vom 18. Juni 2019 (Einbezug in die Flüchtlingseigenschaft seiner von ihm schwangeren Freundin B._____; nachfolgend: die Partnerin [N {...}]) trat das Bundesverwaltungsgericht wegen Nichtzahlung des geforderten Kostenvorschusses mit Urteil D-3077/2019 vom 15. Juli 2019 nicht ein.

B.

B.a Im Rahmen der angestrebten Eheschliessung machte der Zivilstandskreis C._____ den Beschwerdeführer mit Schreiben vom 12. November 2019 darauf aufmerksam, dass das eingereichte Gesuch um Vorbereitung der Eheschliessung nicht weiter geprüft werden könne, da er über keine Aufenthaltsbewilligung verfüge. Gleichzeitig wurde er darauf aufmerksam gemacht, dass er bei der kantonalen Migrationsbehörde eine Kurzaufenthaltsbewilligung zwecks Eheschliessung beantragen könne, mit welcher das Ehevorbereitungsverfahren weiter geprüft werde.

B.b Am 17. November 2019 wurde die Tochter, D._____ (N [...]), des Beschwerdeführers und seiner Partnerin geboren.

B.c Der Zivilstandskreis C._____ wies mit Verfügung vom 30. Januar 2020 das Ehevorbereitungsverfahren mangels Nachweises des legalen Aufenthalts des Beschwerdeführers in der Schweiz rechtskräftig ab.

B.d Am 9. Februar 2020 erfolgte die Eheschliessung nach Brauch des Beschwerdeführers und seiner Partnerin.

C.

Mit Erklärung vom 24. Juni 2020 beurkundete der Beschwerdeführer die gemeinsame elterliche Sorge der Tochter.

II.**D.**

Am 21. Juli 2020 reichte der Beschwerdeführer – handelnd durch seine damalige Rechtsvertretung – ein als «Gesuch um Erteilung eines Aufenthaltstitels als Vater seiner Tochter D._____, geb. (...), Kind einer in der Schweiz anerkannten Flüchtlingsfrau mit derivativer Flüchtlingseigenschaft mit Aufenthaltsbewilligung B, nach Art. 44 AsylG (Einheit der Familie)» betiteltten Eingabe beim SEM ein und beantragte, der Asyl- und Wegweisungsentscheid vom 28. Mai 2019 sei in Bezug auf den Wegweisungs vollzug aufzuheben, dem Beschwerdeführer sei als Familienmitglied gemäss Art. 44 AsylG ein Aufenthaltsrecht zu erteilen, der Vollzug sei im Sinne einer vorsorglichen Massnahme bis zum definitiven Entscheid über das Gesuch auszusetzen und die Vollzugsbehörden seien unverzüglich anzuweisen, von Vollzugshandlungen abzusehen. Schliesslich wurde beantragt, er sei von der Bezahlung von Verfahrenskosten zu befreien und auf die Erhebung eines Kostenvorschusses sei zu verzichten.

Dem Gesuch wurden, nebst einer Vollmacht vom 7. Juli 2020, folgende Unterlagen beigelegt:

- Auszug aus dem Geburtsregister vom 30. Juni 2020 D._____ betreffend;
- Erklärung der gemeinsamen elterlichen Sorge für D._____ vom 24. Juni 2020;
- Kopie des Ausweises für Asylsuchende (N) des Beschwerdeführers und des Aufenthaltsausweises (B) seiner Partnerin;
- Unterbringungsvereinbarung der Kollektivunterkunft des Beschwerdeführers während der Covid-19-Pandemie vom 14. Mai 2020;
- Fürsorgebestätigung vom 3. Juli 2020;
- Schreiben des Zivilstandskreises C._____ betreffend Ehevorbereitung vom 12. November 2019;
- Rechtskräftige Abweisung des Ehevorbereitungsverfahrens vom 30. Januar 2020 des Zivilstandskreises C._____;
- Diverse Fotos;
- Bestätigung der Teilnahme am Sprachförderkurs der Berufsfachschule des Detailhandels E._____ vom 26. Januar 2018;
- Sprachnachweis den Beschwerdeführer betreffend vom 14. Juni 2019;

- Teilnahmebestätigung an der Lehrstellenbörse vom 1. März 2019;
- Arbeitsbestätigung der Organisation F. _____ vom 27. September 2017;
- Bestätigung der Teilnahme am Kurs des Bildungszentrums für Sicherheit G. _____ vom 8. September 2017;
- Kursbestätigung «Wohnen in der Schweiz» vom 27. Juli 2017;
- Bericht des Kinderheimes H. _____ betreffend die Familiensituation vom 15. Juni 2020.

Das SEM nahm das Gesuch als einfaches Wiedererwägungsgesuch nach Art. 111b des Asylgesetzes vom 26. Juni 1998 (AsylG, SR 142.31) entgegen.

E.

Am (...) 2021 wurde das zweite gemeinsame Kind, I. _____, des Beschwerdeführers und seiner Partnerin geboren. Mit Eingabe vom 19. Mai 2021 an das Zivilstandsamt J. _____ beantragte der Beschwerdeführer die Kindsanerkennung.

F.

Mit Verfügung vom 11. Juni 2021 wies die Vorinstanz das Wiedererwägungsgesuch vom 21. Juli 2020 ab, bestätigte die Rechtskraft und die Vollstreckbarkeit der Verfügung vom 28. Mai 2019 und wies darauf hin, dass einer allfälligen Beschwerde keine aufschiebende Wirkung zukomme. Das Gesuch um Erlass der Verfahrenskosten wurde abgewiesen und eine Gebühr in der Höhe von Fr. 600.– erhoben.

G.

Gegen den vorinstanzlichen Entscheid erhob der Beschwerdeführer mit Eingabe vom 14. Juli 2021 Beschwerde und beantragte, die angefochtene Verfügung sei aufzuheben und die Vorinstanz sei anzuweisen, ihm wiedererwägungsweise ein Aufenthaltsrecht im Sinne von Art. 44 Abs. 1 AsylG zu gewähren. Weiter sei festzustellen, dass ein Familienleben in Eritrea unzumutbar und eine Wegweisung unzulässig sei. Als Eventualantrag stellte er das Begehren, die Sache sei zur vollständigen Sachverhaltsabklärung und Neuurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen. Des Weiteren sei das unbehandelte Gesuch um Gebührenerlass vor dem SEM zu prüfen und gutzuheissen. In prozessualer Hinsicht beantragte er die aufschiebende Wirkung und die Genehmigung, das Verfahren in der Schweiz abwarten zu dürfen. Ferner ersuchte er um Gewährung der unentgeltlichen

Prozessführung und um Verzicht auf die Erhebung eines Kostenvorschusses. Weiter beantragte er die Beordnung des rubrizierten Rechtsvertreters als unentgeltlichen Rechtsbeistand.

Der Beschwerde lagen insbesondere folgende Unterlagen bei:

- Auszüge aus dem schweizerischen Geburtsregister;
- Formular zur Vorbereitung der Kindesanerkennung;
- Schreiben an das Zivilstandsamt J. _____ vom 19. Mai 2021;
- Geburtsmeldung des Zivilstandsamts J. _____ in Bezug auf das zweite Kind des Beschwerdeführers vom 12. Mai 2021;
- Akteneinsichtsgesuch zuhanden des SEM vom 22. Juni 2021, eingereicht von K. _____;
- Vorprotokoll und Protokoll der Standortbestimmung vom 12. Februar 2020 des Kinderheims H. _____;
- Anhörungsprotokoll von K. _____ vom 23. Mai 2016;
- Kostennote vom 14. Juli 2021.

H.

Mit superprovisorischer Verfügung vom 15. Juli 2021 wurde der Vollzug der Wegweisung einstweilen ausgesetzt.

I.

Mit Zwischenverfügung vom 21. Juli 2021 hiess die damalige Instruktionsrichterin das Gesuch um aufschiebende Wirkung gut und verfügte, dass der Beschwerdeführer den Ausgang des Verfahrens in der Schweiz abwarten könne. Weiter wurde das Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung gutgeheissen und auf die Erhebung eines Kostenvorschusses verzichtet. Das Gesuch um unentgeltliche Rechtsbeistandung wurde abgewiesen. Gleichzeitig wurde die Vorinstanz zur Vernehmlassung eingeladen.

J.

Die Vorinstanz nahm mit Eingabe vom 2. September 2021 Stellung.

K.

Mit Eingabe vom 21. September 2021 reichte der Beschwerdeführer eine Replik ein. Der Replik wurde ein Auszug aus dem Geburtsregister den Sohn des Beschwerdeführers, I. _____, betreffend beigelegt sowie mittels der beigelegten Vollmacht vom 21. September 2021 ein Mandatswechsel angezeigt.

L.

Aus organisatorischen Gründen wurde das vorliegende Verfahren auf die rubrizierte vorsitzende Richterin umgeteilt.

M.

Die am 7. Dezember 2022 beim Gericht eingereichte Verfahrensstandanfrage wurde mit Schreiben vom 14. Dezember 2022 beantwortet.

N.

Mit Verfügung vom 14. Dezember 2022 erhielt der Beschwerdeführer die Gelegenheit, innert der ihm gesetzten Frist allfällige Ergänzungen und neue Beweismittel einzureichen.

O.

Mit Eingabe vom 20. Dezember 2022 reichte der Beschwerdeführer eine ergänzende Stellungnahme ein, welche der Vorinstanz am 24. Januar 2023 zur Kenntnis gebracht wurde.

P.

Mit Verfügung vom 17. Februar 2023 wurde der Beschwerdeführer aufgefordert, dem Gericht Belege für das Einreichen eines Gesuchs um Erteilung einer ausländerrechtlichen Aufenthaltsbewilligung bei der zuständigen kantonalen Migrationsbehörde beizubringen.

Q.

Mit Eingabe vom 11. April 2023 reichte der Beschwerdeführer eine Kopie eines Gesuchs um Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung gemäss Art. 8 der Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK, SR 0.101) an das zuständige kantonale Migrationsamt vom selbigen Tag zu den Akten.

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:

1.

1.1 Gemäss Art. 31 des Bundesgesetzes vom 17. Juni 2005 über das Bundesverwaltungsgericht (VGG, SR 173.32) beurteilt das Bundesverwaltungsgericht Beschwerden gegen Verfügungen nach Art. 5 des Bundesgesetzes vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren (VwVG, SR 172.021). 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 endgültig, ausser bei Vorliegen eines Auslieferungersuchens des Staates, vor welchem die beschwerdeführende Person Schutz sucht (Art. 105 AsylG; Art. 83 Bst. d Ziff. 1 des Bundesgesetzes vom 17. Juni 2005 über das Bundesgericht [BGG, SR 173.110]). Eine solche Ausnahme im Sinne von Art. 83 Bst. d Ziff. 1 BGG liegt nicht vor, weshalb das Bundesverwaltungsgericht endgültig entscheidet.

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 worden. 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 Art. 108 Abs. 6 AsylG, Art. 48 Abs. 1 sowie Art. 52 Abs. 1 VwVG). Auf die Beschwerde ist somit einzutreten.

2.

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

3.

3.1 Das Wiedererwägungsverfahren ist im Asylrecht spezialgesetzlich geregelt (vgl. Art. 111b ff. AsylG). Ein entsprechendes Gesuch ist dem SEM innert 30 Tagen nach Entdeckung des Wiedererwägungsgrundes schriftlich und begründet einzureichen (Art. 111b Abs. 1 AsylG).

3.2 Eine Wiedererwägung ist nicht beliebig zulässig und darf namentlich nicht dazu dienen, blosser Urteilskritik zu üben, die Rechtskraft von Verwaltungs- und Gerichtsentscheiden immer wieder infrage zu stellen oder die Fristen für die Ergreifung von Rechtsmitteln zu umgehen (vgl. BGE 136 II 177 E. 2.1). Auf ein Wiedererwägungsgesuch ist nicht einzutreten, wenn lediglich eine neue Würdigung der beim früheren Entscheid bereits bekannten Tatsachen herbeigeführt werden soll oder Gründe angeführt werden, die bereits in einem ordentlichen Beschwerdeverfahren gegen die

frühere Verfügung hätten geltend gemacht werden können (vgl. Art. 66 Abs. 3 VwVG; vgl. ferner Urteil des BVGer E-4243/2016 vom 14. Juli 2016 E. 4.2 und Entscheidungen und Mitteilungen der Schweizerischen Asylrekurskommission [EMARK] 2000 Nr. 24 E. 5b).

3.3 In seiner praktisch relevantesten Form bezweckt das Wiedererwägungsgesuch die Änderung einer ursprünglich fehlerfreien Verfügung an eine nachträglich eingetretene erhebliche Veränderung der Sachlage (vgl. BVGE 2014/39 E. 4.5 m.w.H.). Gemäss herrschender Lehre und ständiger Praxis des Bundesverwaltungsgerichts wird aus Art. 29 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV, SR 101) unter bestimmten Voraussetzungen ein verfassungsmässiger Anspruch auf Wiedererwägung abgeleitet (vgl. BGE 127 I 133 E. 6, m.w.H.). Danach ist auf ein Wiedererwägungsgesuch einzutreten, wenn sich der rechtserhebliche Sachverhalt seit dem ursprünglichen Entscheid beziehungsweise seit dem Urteil der mit Beschwerde angerufenen Rechtsmittelinstanz in wesentlicher Weise verändert hat und mithin die ursprüngliche (fehlerfreie) Verfügung an nachträglich eingetretene Veränderungen der Sachlage anzupassen ist. 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.).

3.4 Der Beschwerdeführer beantragte in seinem Gesuch vom 21. Juli 2020 die Aufhebung der Verfügung des SEM vom 28. Mai 2019 im Wegweisungsvollzugspunkt (siehe dort Dispositivziffern 4 und 5). Prozessgegenstand des vorliegenden Verfahrens bildet somit lediglich die Frage des Vollzugs der Wegweisung. Die Flüchtlingseigenschaft, die Gewährung von Asyl und die Wegweisung des Beschwerdeführers sind vorliegend nicht strittig.

3.5 Die Vorinstanz hat den Anspruch des Beschwerdeführers auf Behandlung seines Wiedererwägungsgesuchs nicht in Abrede gestellt und ist darauf eingetreten. Das Bundesverwaltungsgericht hat folglich zu prüfen, ob die Vorinstanz in zutreffender Weise das Bestehen von Wiedererwägungsgründen verneint und an ihrer ursprünglichen Verfügung vom 28. Mai 2019 festgehalten hat, wobei praxisgemäss der sich präsentierende Sachverhalt im Urteilszeitpunkt massgebend ist.

4.

In der Beschwerdeschrift wurden formelle Rügen erhoben, welche vorab zu prüfen wären, da sie unter Umständen geeignet sein könnten, eine Kasation der erstinstanzlichen Verfügung zu bewirken (vgl. BVGE 2013/34 E. 4.2). Angesichts dessen, dass die materielle Prüfung zu Gunsten des Beschwerdeführers ausfällt und die angefochtene Verfügung aufgehoben wird, kann jedoch auf die Prüfung der formellen Rügen verzichtet werden.

5.

5.1 In seinem Wiedererwägungsgesuch an die Vorinstanz machte der Beschwerdeführer im Wesentlichen geltend, er sei am (...) 2019 Vater eines in der Schweiz geborenen Kindes geworden. Dessen Mutter sei in derivativer Eigenschaft als Flüchtling anerkannt worden. Er habe das Recht auf eine schutzwürdige Familieneinheit und könne sich auf Art. 44 AsylG und Art. 8 EMRK berufen. Er und seine Partnerin seien seit ungefähr Ende 2018 ein Paar und würden im Rahmen der Möglichkeiten respektive der Vorgaben seiner Unterkunft zusammenleben. Für die Tochter bestehe das gemeinsame Sorgerecht und er nehme seine Rolle als Vater sehr ernst. Er sei in der Schweiz in sprachlicher Hinsicht gut integriert und würde bei Erhalt einer Aufenthaltsbewilligung schnell eine Arbeit finden, welche der Familie eine finanzielle Unabhängigkeit ermöglichen würde. Gemäss den Berichten des Kinderheims H._____, in welchem Mutter und Tochter vorübergehend lebten, seien das Familienleben und das Kindeswohl dann gesichert, wenn er (der Beschwerdeführer) weiterhin seine tragende Rolle als Vater wahrnehmen könne. Am 9. Februar 2020 hätten sie sich gemäss Brauch trauen lassen und seien bestrebt, auch zivilstandesamtlich zu heiraten. Zudem umfasse der Schutzbereich von Art. 8 EMRK auch nicht rechtlich begründete Familienverhältnisse, wobei auch eine nahe, echte und tatsächlich gelebte Beziehung den Anforderungen genügen würde. Ferner falle gemäss Art. 1a Bst. e Asylverordnung 1 über Verfahrensfragen (AsylV 1; SR 142.311) eine «in dauernder eheähnlicher Gemeinschaft zusammenlebenden Personen» ebenfalls unter den Begriff Familie. Da die Voraussetzungen gegeben seien, könne er sich auf diese Rechtsgrundsätze berufen, weshalb ein Anspruch auf Familienleben im Rahmen einer Wegweisung zu prüfen sei. Dies habe die Vorinstanz jedoch unterlassen. Seither habe sich seine Beziehung zu seiner Partnerin – nicht zuletzt wegen der Geburt des gemeinsamen Kindes – noch mehr gefestigt. In diesem Zusammenhang sei auch das Kindeswohl zu berücksichtigen; bei seiner Wegweisung würde das Kind ohne den Vater aufwachsen, womit nicht nur der Grundsatz der Einheit der Familie, sondern auch das Kindeswohl verletzt würden. Insbesondere habe ein Kind im Sinne von Art. 7 Abs. 1 des

Übereinkommens über die Rechte des Kindes vom 20. November 1989 (KRK, SR 0.107) das Recht, mit beiden Elternteilen aufwachsen zu können, weshalb auch unter diesem Gesichtspunkt eine Anwesenheitsregelung des Beschwerdeführers erforderlich sei. Insgesamt sei eine umfassende Verhältnismässigkeitsprüfung hinsichtlich des angeordneten Wegweisungsvollzugs vorzunehmen.

5.2 Die Vorinstanz wies das Wiedererwägungsgesuch des Beschwerdeführers mit der Begründung ab, seine Beziehung zur Kindsmutter sei im Sinne der bundesgerichtlichen Rechtsprechung von zu kurzer Dauer, zumal an die Anforderungen an eine Beziehung ohne Eheschliessung höhere Massstäbe gesetzt würden. Eine partnerschaftliche Beziehung müsse seit langem bestehen oder es müssten konkrete Hinweise auf eine unmittelbar bevorstehende Eheschliessung hindeuten. Da er seine Partnerin erst seit 2018 kenne, liege keine genügend lange Beziehung vor. Auch könne – im Sinne der Rechtsprechung – nicht von einem dauerhaften Zusammenleben gesprochen werden, da die Kindsmutter und das Kind ohne den Beschwerdeführer in einer Institution für betreutes Wohnen lebten. Ausserdem habe er seine Partnerin erst in der Schweiz im Laufe seines hängigen Asylverfahrens kennengelernt, weshalb ihm hätte bewusst sein müssen, dass ein allfällig aufgenommenes Familienleben möglicherweise lediglich vorübergehender Natur sein könne. Des Weiteren sei festzustellen, dass weder der Beschwerdeführer noch die Kindsmutter über die originäre Flüchtlingseigenschaft verfügten und deshalb davon auszugehen sei, dass keine asylrelevanten Probleme in Eritrea vorhanden seien. Ein Familienleben sei somit auch dort möglich.

Bezüglich des Kindeswohls sei festzuhalten, dass das Kind im November 2019 geboren sei und dementsprechend noch nicht von einer Integration in der Schweiz ausgegangen werden könne, zumal in diesem Alter ausschliesslich die Eltern die ersten Bezugspersonen des Kindes seien und somit noch keine sozialen Bindungen in der Schweiz bestünden. Der Umstand, dass das Kind in der Schweiz eine bessere Ausgangslage als in Eritrea hätte, sei hingegen nicht massgebend. Auch würden keine anderen Faktoren gegen ein Familienleben in Eritrea sprechen. Da das vorliegende Gesuch um Wiedererwägung von vornherein als aussichtslos habe bezeichnet werden müssen, werde das Gesuch um Erlass der Gebühren abgewiesen.

5.3 In der Beschwerde wurde gerügt, dass in der angefochtenen Verfügung weder der Grundsatz der Einheit der Familie im Sinne von Art. 44 AsylG,

noch Art. 8 EMRK oder Art. 7 KRK berücksichtigt worden seien. Ausserdem sei keine Interessenabwägung erfolgt und die Vorinstanz habe es unterlassen, die Anforderungen an eine dauerhafte Beziehung im Sinne der Rechtsprechung gebührend zu prüfen.

Sodann sei festzuhalten, dass die Partnerin des Beschwerdeführers aufgrund ihrer derivativen Flüchtlingseigenschaft über ein gefestigtes Anwesenheitsrecht verfüge. Des Weiteren rechtfertige es sich vorliegend nicht, beim Nachweis einer gelebten Familiengemeinschaft restriktivere Kriterien als bei der formellen Eheschliessung anzuwenden. Neben der Tatsache, dass das Paar sich im Februar 2020 habe religiös trauen lassen, gehe aus den Akten eindeutig hervor, dass die beabsichtigte Eheschliessung wegen widerrechtlichem Aufenthalt des Beschwerdeführers in der Schweiz verweigert worden sei. Ferner sei im Zusammenhang mit der Dauer einer Beziehung zu erwähnen, dass das Paar noch sehr jung sei. Sodann sei ihnen ein tatsächliches Zusammenleben aufgrund der kantonalen Vorgaben des Rückkehrzentrums, in welchem der Beschwerdeführer zurzeit lebe, faktisch nicht möglich. Dennoch würden er, seine Partnerin und die inzwischen zwei gemeinsamen Kinder ein intensives Familienleben im Rahmen der ihnen gesetzten Möglichkeiten führen sowie sich die Kinderbetreuung im Sinne der gemeinsamen elterlichen Sorge teilen. Unter diesen Umständen sei diese Beziehung als genügend lang sowie intensiv zu betrachten und gelte im Sinne von Art. 8 EMRK als schützenswert.

Bei einem Vollzug der Wegweisung des Beschwerdeführers müssten die beiden gemeinsamen Kinder ohne den Vater aufwachsen und ein Aufbau einer väterlichen Beziehung würde somit verunmöglicht. Dies stehe dem Kindeswohl entgegen. Die Wichtigkeit der Beziehung des Vaters zu seinen beiden Kindern werde zudem auch im Bericht der Kinderheims H. _____ hervorgehoben. Überdies sei der Beschwerdeführer in sprachlicher Hinsicht gut integriert und habe sich bereits seit Beginn seines Aufenthaltes in der Schweiz aktiv um eine berufliche Integration bemüht, mit dem Ziel, finanziell für seine Familie aufzukommen. Ein geregelter Aufenthalt hätte für die wirtschaftliche und integrative Situation der ganzen Familie positive Auswirkungen. Aufgrund der erwähnten Aspekte überwiege das private Interesse des Beschwerdeführers am Verbleib in der Schweiz. Demzufolge müsste bei einem Vollzug der Wegweisung eine umfassende Verhältnismässigkeitsprüfung vorgenommen und die Interessen aller Familienangehörigen und somit der Grundsatz der Einheit der Familie berücksichtigt werden.

Ferner lasse sich gemäss den Asylakten des Vaters der Partnerin des Beschwerdeführers eine Reflexverfolgung der Partnerin nicht *per se* ausschliessen, zumal deren Vater aus dem Militärdienst desertiert und in der Folge gesucht worden sei. Auch habe man ihre Mutter deshalb während mehreren Monaten inhaftiert und weitere restriktive Massnahmen gegen sie ergriffen. Gemäss dem Themenpapier der Schweizerischen Flüchtlingshilfe SFH vom 19. September 2020 zur Situation von Rückkehrenden nach Eritrea könne nicht leichthin angenommen werden, dass nach Eritrea rückkehrende Personen nicht gefährdet seien.

5.4 In ihrer Vernehmlassung hielt die Vorinstanz fest, sie habe sich – entgegen den Behauptungen des Beschwerdeführers – mit dem Kindeswohl auseinandergesetzt und sei im Hinblick auf eine Wegweisung zum Schluss gekommen, dass die gemeinsamen Kinder aufgrund ihres Alters noch nicht in der Schweiz integriert seien und problemlos mit ihren Eltern nach Eritrea zurückkehren könnten. Insgesamt erweise sich ein Familienleben in Eritrea als zumutbar.

5.5 In der Replik wurde erneut darauf hingewiesen, dass die Partnerin des Beschwerdeführers die derivative Flüchtlingseigenschaft erhalten habe, weil deren Vater in Eritrea verfolgt worden sei und in der Schweiz Asyl erhalten habe. Der Sinn des Familienasyls gemäss Art. 51 AsylG beschränke sich nicht auf eine Verfolgung spezifischer Familienmitglieder, sondern auch darauf, dass weitere Personen der Kernfamilie in den Fokus der heimatischen Behörden gelangen könnten.

Des Weiteren sei darauf hinzuweisen, dass der Beschwerdeführer und seine Partnerin seit über drei Jahren eine intakte Beziehung führten und ein tägliches enges Familienleben pflegten, weshalb von einer gefestigten Beziehung ausgegangen werden müsse. Hinsichtlich des Kindeswohls sei ein gemeinsames Zusammenleben des Beschwerdeführers mit seinen Kindern wichtig. Da seiner Partnerin die derivative Flüchtlingseigenschaft zugesprochen worden sei, erweise sich eine Rückkehr respektive ein Familienleben in Eritrea als unzumutbar. Es dürfe den Kindern nicht zum Nachteil gelangen, dass ihre Eltern nicht denselben Aufenthaltsstatus hätten.

5.6 In der ergänzenden Stellungnahme vom 20. Dezember 2022 hielt der Beschwerdeführer fest, dass er zwischenzeitlich seit über vier Jahren eine enge Beziehung mit seiner Partnerin führe; zudem seien sie seit drei Jah-

ren Eltern zweier gemeinsamer Kinder. Trotz der täglichen Unterschriftenpflicht in seiner Unterkunft nehme er jeden Tag den Weg und insbesondere die Kosten auf sich, seine Familie in L. _____ zu besuchen und seine Partnerin mit den Kindern zu unterstützen.

6.

6.1 Lehnt das Staatssekretariat das Asylgesuch ab oder tritt es darauf nicht ein, so verfügt es in der Regel die Wegweisung aus der Schweiz und ordnet den Vollzug an; es berücksichtigt dabei den Grundsatz der Einheit der Familie (Art. 44 AsylG).

6.2 Betreffend die Anordnung der Wegweisung und des Vollzugs ist festzuhalten, dass diese unter anderem dann nicht angeordnet werden dürfen, wenn die asylsuchende Person im Besitze einer gültigen Aufenthalts- oder Niederlassungsbewilligung ist (Art. 32 Bst. a AsylV 1) 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).

6.2.1 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). Art. 8 EMRK und Art. 13 BV garantieren den Schutz des Familienlebens. Das Recht auf Achtung des Familienlebens gemäss Art. 8 EMRK schützt bestehende Familien. Der Begriff Familienleben umfasst unter anderem die Beziehungen zwischen Partnern, ob ehelecht oder nicht, also auch die Beziehungen zwischen Personen, die eine De-facto-Familie bilden, die zusammenleben und bei denen also eine enge persönliche Beziehung besteht (vgl. JENS MEYER-LADEWIG/MARTIN NETTESHEIM/STEFAN VON RAUMER [Hrsg.], in: EMRK, Europäische Menschenrechtskonvention, Handkommentar, 4. Auflage, Baden-Baden 2017, Art. 8 Rz. 56-58). Mit anderen Worten gehört zum geschützten Familienkreis von Art. 8 EMRK in erster Linie die Kernfamilie, das heisst die Gemeinschaft der Ehegatten mit ihren minderjährigen Kindern. In den Schutzbereich von Art. 8 EMRK fallen aber auch andere familiäre Verhältnisse, sofern eine genügend nahe, echte und tatsächlich gelebte Beziehung besteht. Hinweise für solche Beziehungen sind das Zusammenleben in einem gemeinsamen Haushalt, eine finanzielle Abhängigkeit, speziell enge familiäre Bande, regelmässige Kontakte oder die Übernahme von Verantwortung für

eine andere Person. Bei hinreichender Intensität sind auch Beziehungen zwischen nahen Verwandten wie Geschwistern oder Tanten und Nichten wesentlich, doch muss in diesem Fall zwischen der über ein gefestigtes Anwesenheitsrecht verfügenden Person und dem um die Bewilligung nachsuchenden Ausländer ein über die üblichen familiären Beziehungen bzw. emotionale Bindungen hinausgehendes, besonderes Abhängigkeitsverhältnis bestehen (vgl. BGE 144 II 1 E. 6.1 m.w.H.; Urteil des BVGer D-6537/2018 vom 29. Juli 2020 E. 7.2.2). Sodann liegt gemäss Handbuch des SEM «Asyl und Rückkehr» eine eheähnliche Gemeinschaft respektive ein Konkubinat vor, wenn etwa die Beziehung auf Dauer angelegt ist, mindestens jedoch seit zwei Jahren Bestand hat und die beiden Partner eine «Schicksalsgemeinschaft» bilden, wobei die Qualität der Lebensgemeinschaft aufgrund der gesamten Umstände und nach Würdigung sämtlicher massgebenden Faktoren zu beurteilen ist. Als Beispiele für die überwiegende Wahrscheinlichkeit des Vorhandenseins einer gefestigten Beziehung gelten etwa gemeinsame Essen, Übernachtungen, gemeinsames Verbringen von Wochenenden, gemeinsame Interessen, Freizeit, Ferien und Freunde, aber auch gegenseitige Begünstigungen für den Todesfall oder das Wahrnehmen durch Dritte als Konkubinatspartner (vgl. <https://www.sem.admin.ch/sem/de/home/asyl/asylverfahren/nationale-verfahren/handbuch-asyl-rueckkehr.html>, Kapitel 2.1.4.2, abgerufen am 13. September 2023). Alle Faktoren, welche ein Familienleben respektive eine enge und auf Dauer angelegte Beziehung ausmachen, können dann nicht vollumfänglich ausschlaggebend sein, wenn es die äusseren Bedingungen nicht zulassen und sich die Betroffenen in ihren Grundbedürfnissen einschränken müssen (vgl. Urteil des BVGer F-3059/2017 vom 3. August 2017 E. 3.1 bis 3.3; zu den Hürden, die aussereheliche Lebens- und Familiengemeinschaften in der Schweiz nehmen müssen, vgl. LAURA AEBERLI, in: Uebersax/Rudin/Hugi Yar/Geiser/Vetterli [Hrsg.], Ausländerrecht, 3. Auflage, Basel 2022, Ausländische Personen in ausserrechtlichen Lebens- und Familiengemeinschaften, § 24, Rz. 24.52 ff.).

6.2.2 Die konkrete Beurteilung des geltend gemachten Anspruchs und damit auch der Entscheid über die Wegweisung (beziehungsweise den Wegweisungsvollzug) fällt dagegen in die Zuständigkeit der kantonalen Migrationsbehörden. Unter Beachtung des sogenannten Grundsatzes des Vorrangs des Asylverfahrens (vgl. Art. 14 Abs. 1 AsylG) prüft das SEM (oder das Bundesverwaltungsgericht) lediglich, ob (1) ein potenzieller Anspruch gestützt auf Art. 8 EMRK vorfrageweise bejaht wird, (2) die betroffene Person an die zuständige kantonale Migrationsbehörde ein Gesuch um Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung gerichtet hat sowie (3) dieses Gesuch

noch hängig ist (vgl. BVGE 2013/37 E. 4.4, insbesondere E. 4.4.2.2; EMARK 2001 Nr. 21 E. 8d).

6.3 Einleitend ist im Zusammenhang mit dem Erfordernis an ein gefestigtes Aufenthaltsrecht festzustellen, dass die Partnerin des Beschwerdeführers als Flüchtling anerkannt ist und somit im Sinne der vorangehend zitierten Rechtsprechung einen Anspruch auf Verlängerung ihrer Aufenthaltsbewilligung hat. An dieser Einschätzung ändert die Tatsache, dass sie die Flüchtlingseigenschaft derivativ erworben hat, nichts (vgl. auch Urteil des BVGer D-3341/2011 vom 10. April 2013 E. 5.5.2).

6.4

6.4.1 Aufgrund der Akten ist festzustellen, dass der Beschwerdeführer und seine Partnerin – nachdem sie gemäss eigenen Aussagen seit Ende 2018 ein Paar sind – 2019 ein Gesuch um ein Ehevorbereitungsverfahren bei den zuständigen kantonalen Behörden eingereicht haben. Dieses wurde mit Verfügung vom 30. Januar 2020 wegen illegalen Aufenthalts des Beschwerdeführers rechtskräftig abgewiesen. In der Folge entschloss sich das Paar, am 9. Februar 2020 nach Brauch zu heiraten, was anhand der eingereichten Fotos der Hochzeitsfeier belegt ist (vgl. SEM-Akte B2/44). Aus den Akten geht weiter hervor, dass das Ehevorbereitungsverfahren erneut aufgenommen wurde, nachdem der Beschwerdeführer eine Taufurkunde im Original bei den zuständigen Behörden einreichte (vgl. Schreiben des Zivilstandsamtes J._____ vom 29. April 2020, SEM-Akte A44/2). Demnach ist davon auszugehen, dass das Paar intensiv darum bemüht ist, eine Eheschliessung anzustreben.

6.4.2 Des Weiteren ist den Akten zu entnehmen, dass der Beschwerdeführer eine tragende Rolle im Familienalltag übernimmt und bestrebt ist, die finanzielle Verantwortung für die Familie zu übernehmen, sobald ihm dies aufgrund seines Aufenthaltsstatus möglich sein wird (vgl. Schreiben des Kinderheims H._____ vom 12. Februar 2020 und 15. Juni 2020, SEM-Akte B2/99, Beilagen 11; Beschwerde vom 14. Juli 2021, Beilage 7). Als Hinweise auf eine auf Dauer ausgelegte Beziehung sind einerseits die Kindsanerkennungen durch den Beschwerdeführer und die gemeinsame elterliche Sorge für die beiden 2019 und 2021 geborenen Kinder zu werten. Auch wenn der Vorinstanz beizupflichten ist, dass die Familie nicht dauerhaft in einem gemeinsamen Haushalt lebt, ist darauf hinzuweisen, dass dies unter den aktuellen Umständen gar nicht möglich wäre (vgl. zu den Regeln im Rückkehrzentrum, in welchem der Beschwerdeführer unterge-

bracht ist: [https://www.asyl.\(...\)rueckkehr/rueckkehrzentren.html](https://www.asyl.(...)rueckkehr/rueckkehrzentren.html), abgerufen am 31. August 2023; Unterbringungsvereinbarung vom 14. Mai 2020). Zu seiner Rolle bei der Kinderbetreuung und im Haushalt der Partnerin kann an dieser Stelle auf die sich in den Akten befindende Dokumentation verwiesen werden (vgl. insbesondere Bericht des Kinderheims H. _____ vom 15. Juni 2020 und Gesuch vom 21. Juli 2020, S. 5, SEM-Akte B1/40). Die Rechtsvertreterin bestätigt in ihrer Eingabe vom 20. Dezember 2022, dass der Beschwerdeführer mittlerweile seit über vier Jahren eine enge Beziehung zu seiner Partnerin und seinen beiden Kindern führt. Obwohl er weiterhin täglich seine Unterschrift im Rückkehrzentrum in M. _____ abgeben müsse, nehme er täglich den Weg und insbesondere die Kosten auf sich, seine Familie in L. _____ zu besuchen und diese zu unterstützen.

6.5 Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Partnerin des Beschwerdeführers über ein gefestigtes Aufenthaltsrecht in der Schweiz verfügt (vgl. E. 6.4 hiervor) und vorfrageweise das Vorhandensein einer gefestigten Beziehung im Sinne der Rechtsprechung bejaht werden kann (vgl. E 6.4 hiervor); somit kann der Beschwerdeführer einen Anspruch auf Achtung der Familieneinheit aus Art. 8 EMRK geltend machen und hat daher grundsätzlich einen potentiellen Anspruch auf Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung. Die tatsächliche Prüfung dieses Anspruchs fällt jedoch in die Zuständigkeit der kantonalen Behörden. Ein entsprechendes Gesuch wurde vom Beschwerdeführer am 11. April 2023 zuhanden des Migrationsdienstes des Kantons N. _____ eingereicht. Zum heutigen Zeitpunkt ist dieses noch hängig.

7.

Angesichts des Gesagten ist die Beschwerde aufgrund des aktuell rechtsabhängigen ausländerrechtlichen Verfahrens um Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung gutzuheissen. Die angefochtene Verfügung vom 11. Juni 2021 ist vollumfänglich und die Verfügung vom 28. Mai 2019 hinsichtlich der Dispositivziffern 4 und 5 (Wegweisungsvollzug) aufzuheben.

8.

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

8.2 Obsiegende Parteien haben Anspruch auf eine Entschädigung für die ihnen erwachsenen notwendigen und verhältnismässig hohen Kosten (Art. 64 Abs. 1 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]). Die von der Rechtsvertretung eingereichte Kostennote vom 14. Juli 2021 weist einen Aufwand von 10 Stunden und ist mit einem Betrag von Fr. 1'988.60 fakturiert. Für die Eingaben vom 21. September 2021, 20. Dezember 2022 und 11. April 2023 wurde keine Kostennote eingereicht. Der diesbezügliche Aufwand lässt sich jedoch zuverlässig berechnen. Ausgehend vom angemessen erscheinenden Aufwand ist die Vorinstanz anzuweisen, dem Beschwerdeführer insgesamt eine Parteientschädigung in der Höhe von Fr. 2'204.– für das Beschwerdeverfahren (inkl. Auslagen und Mehrwertsteuerzuschlag) auszurichten.

(Dispositiv nächste Seite)

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.

Die Beschwerde wird gutgeheissen.

2.

Die Verfügung vom 11. Juni 2021 wird vollständig und die Verfügung vom 28. Mai 2019 wird hinsichtlich der Dispositivziffern 4 und 5 aufgehoben.

3.

Es werden keine Verfahrenskosten erhoben.

4.

Dem Beschwerdeführer ist für das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht durch die Vorinstanz eine Parteientschädigung in der Höhe von Fr. 2'204.– zu entrichten.

5.

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

Die vorsitzende Richterin:

Die Gerichtsschreiberin:

Chiara Piras

Martina von Wattenwyl

Versand: