



Urteil vom 21. September 2020

Besetzung

Richterin Nina Spälti Giannakitsas (Vorsitz),
mit Zustimmung von Richter Markus König;
Gerichtsschreiberin Teresia Gordzielik.

Parteien

A. _____, geboren am (...),
gemäss eigenen Angaben China (Volksrepublik),
vertreten durch MLaw Michèle Künzi,
Berner Rechtsberatungsstelle für Menschen in Not,
Beschwerdeführerin,

gegen

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

Gegenstand

Wegweisung und Wegweisungsvollzug
(Beschwerde gegen Wiedererwägungsentscheid);
Verfügung des SEM vom 23. Juli 2020 / N (...).

Sachverhalt:**A.**

A.a Die Beschwerdeführerin suchte am 17. Dezember 2014 in der Schweiz um Asyl nach. Mit Verfügung vom 28. Januar 2015 lehnte das SEM das Asylgesuch ab. Eine gegen diese Verfügung betreffend die Flüchtlingseigenschaft und den Wegweisungsvollzug erhobene Beschwerde hiess das Bundesverwaltungsgericht mit Urteil D-892/2015 vom 6. November 2015 gut und wies die Sache zur Neu Beurteilung an die Vorinstanz zurück.

A.b Mit Schreiben vom 25. August 2017 teilte Herr B. _____ (N [...]), ein chinesischer Staatsangehöriger tibetischer Ethnie, welcher am 23. Mai 2014 als Flüchtling in der Schweiz vorläufig aufgenommen wurde, dem SEM mit, dass er beabsichtige, die Beschwerdeführerin zu heiraten, und sie ein Kind von ihm erwarte.

A.c Mit Verfügung vom 31. August 2017 lehnte das SEM das Asylgesuch der Beschwerdeführerin abermals ab. Im Rahmen der Wegweisung hielt es fest, da sie mit ihrem Partner nicht verheiratet und ihr gemeinsames Kind noch nicht geboren sei, könne sie sich nicht auf Art. 8 EMRK berufen. Auf eine dagegen erhobene Beschwerde trat das Bundesverwaltungsgericht mit Urteil D-5676/2017 vom 17. Oktober 2017 wegen Verspätung nicht ein.

B.

Am 11. Oktober 2017 heiratete die Beschwerdeführerin Herrn B. _____.

C.

Mit Eingabe seiner Rechtsvertretung vom 23. Oktober 2017 ersuchte Herr B. _____ um Einbezug der Beschwerdeführerin in seine Flüchtlingseigenschaft. Zugleich wies er darauf hin, dass die Beschwerdeführerin im (...) Monat schwanger sei.

D.

Am (...) wurde ihr erstes gemeinsames Kind, C. _____, geboren.

E.

E.a Mit Verfügung vom 19. Juni 2018 – eröffnet am 20. Juni 2018 – lehnte das SEM das Gesuch des Ehemannes um Einbezug der Beschwerdeführerin in seine Flüchtlingseigenschaft ab.

E.b Mit gesonderter Verfügung vom selben Tag wurde das Kind C. _____ in die Flüchtlingseigenschaft des Vaters einbezogen und vorläufig aufgenommen.

E.c Gegen die Verfügung vom 19. Juni 2018 betreffend die Beschwerdeführerin liess der Ehemann mit Eingabe seiner Rechtsvertretung vom 19. Juli 2018 beim Bundesverwaltungsgericht Beschwerde erheben. Das Beschwerdeverfahren wird unter dem Aktenzeichen D-4189/2018 geführt.

F.

Mit gesonderter Eingabe ihrer Rechtsvertretung vom 19. Juli 2018 stellte die Beschwerdeführerin ein Gesuch um Einbezug in die vorläufige Aufnahme ihres Ehemannes und ihrer Tochter gestützt auf Art. 44 AsylG (SR 142.31). In prozessualer Hinsicht ersuchte sie um den Erlass vorsorglicher Massnahmen und um Verzicht auf die Erhebung eines Gebührenvorschusses.

Zur Begründung machte sie im Wesentlichen geltend, seit der Rechtskraft des ablehnenden Asylentscheids vom 31. August 2017 sei angesichts der Eheschliessung mit Herrn B. _____ und der Geburt ihres gemeinsamen Kindes C. _____ ein neuer Sachverhalt eingetreten. Beide seien als Flüchtlinge vorläufig aufgenommen. Im Hinblick auf ihr Recht auf Einheit der Familie gemäss Art. 8 EMRK sei der Vollzug ihrer Wegweisung aus der Schweiz als unzulässig zu erachten. Die ursprüngliche Verfügung sei danach aufzuheben und sie sei gemäss Art. 44 AsylG in die vorläufige Aufnahme ihrer Tochter respektive ihres Ehemannes einzuschliessen.

G.

Im Rahmen der Vernehmlassung vom 15. August 2018 im Beschwerdeverfahren D-4189/2018 informierte das SEM das Gericht über den Eingang des Gesuchs vom 19. Juli 2018 und hielt fest, dass Letzteres als Wiedererwägungsgesuch registriert und das Verfahren bis zum Abschluss des Beschwerdeverfahrens D-4189/2018 sistiert werde.

H.

Am 15. Juli 2020 kam das zweite gemeinsame Kind, D. _____, zur Welt.

I.

Mit Verfügung vom 23. Juli 2020 – eröffnet am 27. Juli 2020 – trat das SEM auf das Wiedererwägungsgesuch vom 19. Juli 2018 in Anwendung von Art. 9 Abs. 2 VwVG nicht ein.

J.

Gegen diese Verfügung liess die Beschwerdeführerin mit Eingabe ihrer Rechtsvertretung vom 3. August 2020 beim Bundesverwaltungsgericht Beschwerde erheben und beantragen, der angefochtene Entscheid des SEM sei aufzuheben, die Vorinstanz sei anzuweisen, auf das Gesuch einzutreten. In prozessualer Hinsicht ersuchte sie um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege einschliesslich Verzicht auf die Erhebung eines Kostenvorschusses sowie um Rechtsverteiständung.

Der Beschwerde lagen – neben der angefochtenen Verfügung, einer Postinformation über ihre Zustellung und einer Vollmacht – in Kopie ein Geburtsregisterauszug betreffend das zweite Kind, D._____, sowie eine Honorarnote bei.

K.

Am 7. August 2020 wurde der Rechtsvertretung der Eingang der Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht bestätigt.

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

1.1 Das Bundesverwaltungsgericht ist zuständig für Beschwerden gegen Verfügungen auf dem Gebiet des Asyls und entscheidet regelmässig – so auch hier – endgültig (Art. 5 VwVG, Art. 31 ff. VGG, Art. 105 AsylG; Art. 83 Bst. d Ziff. 1 BGG).

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 Am 1. März 2019 ist die Teilrevision (AS 2016 3101) des Asylgesetzes vom 26. Juni 1998 in Kraft getreten. Für das vorliegende Verfahren gilt das bisherige Recht (vgl. Abs. 1 der Übergangsbestimmungen zur Änderung des AsylG vom 25. September 2015).

1.4 Die Beschwerde ist frist- und formgerecht eingereicht worden und die Beschwerdeführerin ist beschwerdelegitimiert (Art. 105 und aArt. 108 Abs. 2 AsylG; Art. 48 Abs. 1 sowie Art. 52 Abs. 1 VwVG). Auf die Beschwerde ist 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 vorliegende Verfahren wird koordiniert mit dem Beschwerdeverfahren D-4189/2019 betreffend die Ablehnung des Einbezugs der Beschwerdeführerin in die Flüchtlingseigenschaft und vorläufige Aufnahme ihres Ehemannes gemäss Art. 51 Abs. 1 AsylG behandelt.

4.

Über offensichtlich unbegründete 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 auf die Durchführung eines Schriftenwechsels verzichtet.

5.

Verfahrensgegenstand ist der Nichteintretensentscheid des SEM gemäss Art. 9 Abs. 2 VwVG.

6.

6.1 Bei Beschwerden gegen Nichteintretensentscheide, mit denen das SEM es ablehnt, auf eine Eingabe mangels funktioneller Zuständigkeit einzutreten, ist die Beurteilungskompetenz der Beschwerdeinstanz grundsätzlich auf die Frage beschränkt, ob die Vorinstanz ihre Zuständigkeit zu Recht oder zu Unrecht verneint hat. Die funktionelle Zuständigkeit beschlägt die Frage, welche (örtlich und sachlich zuständige) Instanz für die Behandlung eines Rechtsmittels zuständig ist (vgl. zur funktionellen Zuständigkeit THOMAS FLÜCKIGER, in: Waldmann/Weissenberger [Hrsg.], Praxiskommentar VwVG, 2. Aufl. 2016, N 14 ff. zu Art. 7 VwVG).

6.2 Erachtet eine Behörde ihre Zuständigkeit als eindeutig nicht gegeben oder als zweifelhaft, gelangt gemäss Art. 8 VwVG grundsätzlich ein verwaltungsinternes Verfahren – ohne Erlass einer Verfügung – zur Anwendung mit dem Ziel, die zuständige Behörde zu ermitteln. Art. 9 Abs. 2 VwVG durchbricht dieses Prinzip für den Fall, dass eine Partei die Zuständigkeit

der Behörde – entgegen deren eigener Beurteilung – behauptet. In dieser Situation schreibt das Gesetz der Behörde vor, mittels Verfügung über ihre Zuständigkeit zu befinden. Dadurch wird der betroffenen Partei die Möglichkeit eröffnet, ihren Standpunkt auf dem Rechtsmittelweg geltend zu machen (vgl. FLÜCKIGER, a.a.O., N 8 ff. zu Art. 9 VwVG).

6.3 Die Beschwerdeführerin liess mit Eingabe ihrer im Asylrecht ausgewiesenen Rechtsvertretung ein Gesuch um Einbezug in die vorläufige Aufnahme ihrer Tochter respektive ihres Ehemannes gemäss Art. 44 AsylG zum Ausdruck bringen, dass sie das SEM für die Beurteilung des Gesuchs als zuständig erachtete. Das SEM war danach gehalten, mittels Verfügung über seine Zuständigkeit zu befinden. Soweit die Beschwerdeführerin in ihrer Beschwerde rügt, ein Nichteintreten mangels Zuständigkeit nach zwei Jahren sei treuwidrig und verstosse gegen Art. 8 Abs. 1 VwVG, ist sie auf ihr eigenes Begehren zu verweisen, namentlich die Beurteilung des Gesuchs durch das SEM sowie nunmehr – auf Beschwerdeebene – die Beurteilung der Zuständigkeit durch das Gericht.

7.

7.1 Das SEM führte zur Begründung seines Nichteintretensentscheids aus, nachdem es das Gesuch vom 19. Juli 2018 als Wiedererwägungsgesuch gegen die ablehnende Einbezugsverfügung vom 19. Juni 2018 entgegengenommen habe, sei es nach nochmaliger Prüfung des Gesuchs zum Schluss gekommen, dass es für eine Koordination mit dem Beschwerdeverfahren D-4189/2018 keinen Anlass gäbe. Für die fälschliche Sistierung des Verfahrens entschuldigte es sich. Nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts seien bei einer Berufung auf Art. 8 EMRK in Verbindung mit Art. 44 AsylG nach rechtskräftigem Abschluss des Asylverfahrens die kantonalen Behörden für die Behandlung des Gesuchs zuständig (mit Hinweis auf BVGE 2013/37 E. 4.5 f.). Dies sei vorliegend der Fall, zumal das Asylgesuch mit Verfügung vom 31. August 2017 unter Anordnung der Wegweisung aus der Schweiz sowie deren Vollzug abgewiesen worden und das Gericht auf die dagegen erhobene Beschwerde nicht eingetreten sei. Folglich wären die kantonalen Behörden zuständig für die Behandlung des Gesuchs gewesen. Der Vollständigkeit wegen hielt es fest, dass der Ehemann als vorläufig aufgenommenen Flüchtling über ein faktisches Aufenthaltsrecht verfüge und die Beschwerdeführerin damit einen potenziellen Anspruch auf Aufenthaltsbewilligung habe, welcher bei den kantonalen Behörden geltend zu machen sei.

7.2 Die Beschwerdeführerin hielt dem in ihrer Beschwerde entgegen, Streitgegenstand sei der ablehnende Asylentscheid vom 31. August 2017 und nicht die Verfügung vom 19. Juni 2018 (Familienasyl). Die Verfahren seien nicht gleichzusetzen; die Voraussetzungen von Art. 51 Abs. 1 und Art. 44 AsylG unterschieden sich klar. Vorliegend gehe es um die vorläufige Aufnahme als Folge der Anerkennung (des Ehemannes und der Tochter) als Flüchtling und die Wahrung der Familiengemeinschaft unter Beachtung von Art. 8 EMRK, nicht jedoch um die Frage der Zuerkennung der Flüchtlingseigenschaft an die Beschwerdeführerin. Es werde mit dem neuen Sachverhalt (Eheschliessung und Geburt der Tochter) um Neubeurteilung des Asylentscheids im Wegweisungspunkt ersucht, für welche die Vorinstanz zuständig sei. Dem von ihr zitierten Urteil BVGE 2013/37 liege ein anderer Sachverhalt zugrunde, weshalb eine Analogie nicht per se angebracht sei. Ein Nichteintreten mangels Zuständigkeit nach zwei Jahren sei schwer zu akzeptieren, zumal die Rechtslage unklar erscheine und der kantonale Migrationsdienst die vorläufige Aufnahme auch nur beantragen könnte. Die Frage der Zuständigkeit sei gerichtlich zu beurteilen; bei Zuständigkeit der kantonalen Behörden sei das SEM anzuweisen, das Gesuch an diese zu überweisen.

8.

8.1 Die Beschwerdeführerin macht geltend, das SEM hätte seinen abweisenden und mittlerweile in Rechtskraft erwachsenen Asylentscheid vom 31. August 2017 im Wegweisungspunkt in Wiedererwägung ziehen müssen, nachdem sie einen vorläufig aufgenommenen Flüchtling geheiratet und mit diesem ein Kind bekommen habe, das in die Flüchtlingseigenschaft des Vaters einbezogen und ebenfalls als vorläufig aufgenommen wurde. Ihr Gesuch stützt sie dabei auf Art. 44 AsylG.

8.2 Gemäss Art. 44 AsylG berücksichtigt das SEM, wenn es ein Asylgesuch ablehnt oder darauf nicht eintritt und in der Folge die Wegweisung aus der Schweiz und deren Vollzug anordnet, den Grundsatz der Einheit der Familie (Art. 44 AsylG). Eine Wegweisung wird durch das SEM dann nicht verfügt, wenn ein grundsätzlicher Anspruch auf Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung besteht (vgl. EMARK 2006 Nr. 23 E. 3.2, EMARK 2001 Nr. 21 E. 9). Ein solcher kann sich unter anderem aus Art. 8 EMRK ergeben (vgl. EMARK 2001 Nr. 21 E. 8a und b sowie E. 9 m.w.H.). Die konkrete Beurteilung des geltend gemachten Anspruchs und damit auch der Entscheidung über die Wegweisung fällt dagegen in die Zuständigkeit der Migrationsbehörden. Unter Beachtung des sogenannten Grundsatzes des Vor-

rangs des Asylverfahrens (vgl. Art. 14 Abs. 1 AsylG) prüft das SEM 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). Ergibt die vorfrageweise Prüfung, dass sich die asylsuchende Person auf einen grundsätzlichen Anspruch auf Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung berufen kann, ist sie im Asyl- und Wegweisungsverfahren darauf hinzuweisen, dass sie ein entsprechendes Bewilligungsgesuch bei der zuständigen kantonalen Ausländerbehörde einzureichen hat.

Nach rechtskräftigem Asyl- und Wegweisungsverfahren, nach einem Rückzug des Asylgesuches oder bis zur Anordnung einer Ersatzmassnahme bei nicht durchführbarem Vollzug kann eine asylsuchende Person bis zur Ausreise ein Verfahren um Erteilung einer ausländerrechtlichen Aufenthaltsbewilligung nur einleiten, wenn ein Anspruch auf deren Erteilung besteht (vgl. Art. 14 Abs. 1 AsylG). Die Zuständigkeit, die Wegweisung aus der Schweiz zu verfügen, geht in diesen Fällen gleichermassen von den Asylbehörden auf die kantonale Migrationsbehörde über, welche über die Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung zu befinden hat (vgl. BVGE 2013/37 E. 4.4 und EMARK 2001 Nr. 21 E. 8d). Entsteht ein Anspruch auf Erteilung eines Aufenthaltstitels erst nach rechtskräftigem Abschluss des Asylverfahrens, so stellt dies praxisgemäss keinen Grund für ein Rückkommen auf die asylrechtliche Wegweisung dar (vgl. EMARK 2000 Nr. 30). Das Bundesverwaltungsgericht verfolgt insoweit eine klare und seit langem gefestigte Praxis.

8.3 Das SEM hat sich nach dem zuvor Gesagten in seinem Nichteintretensentscheid zutreffend auf die einschlägige Rechtsprechung des Gerichts hinsichtlich der Frage der Zuständigkeit für die Behandlung des Wiedererwägungsgesuchs vom 19. Juli 2018 berufen. Dabei hat es sich nach seinem anfänglichen Irrtum auf den Asylentscheid vom 31. August 2017 als in Wiedererwägung zu ziehende Verfügung gestützt. Auf die diesbezüglichen Beschwerdevorbringen ist demnach nicht weiter einzugehen. Im Asylentscheid vom 31. August 2017 hatte sich das SEM vorfrageweise zum Vorliegen eines Anspruchs nach Art. 8 EMRK geäußert und diesen verneint, weshalb es im Weiteren die Wegweisung der Beschwerdeführerin aus der Schweiz verfügte und nach abschlägiger Prüfung der Wegweisungsvollzugshindernisse auch deren Vollzug anordnete. Die Verfügung ist mit Urteil des Bundesverwaltungsgerichts D-5676/2017 vom 17. Oktober 2017 in Rechtskraft erwachsen. Soweit die Beschwerdeführerin mit ihrem Gesuch

vom 19. Juli 2018 den Einbezug in die vorläufige Aufnahme ihres Ehemannes und ihrer Tochter begehrt, hielt das SEM unter Bezug auf die Praxis des Gerichts berechtigterweise fest, dass zwar aufgrund des faktisch gefestigten Anwesenheitsrechts von vorläufig aufgenommenen Flüchtlingen (wie dem Ehemann und der Tochter) ein potenzieller Anspruch auf Erteilung einer Bewilligung bestehe (vgl. BVGE 2017 VII/4 E. 5 und E. 6), dass dieser aber praxismässig bei den kantonalen Migrationsbehörden geltend zu machen sei. Dem steht auch nicht entgegen, dass die kantonale Behörde die vorläufige Aufnahme dem SEM allenfalls beantragen würde. Dabei geht es lediglich um die Zustimmung im Rahmen des Aufenthaltsbewilligungsverfahrens, nicht aber um die Frage der funktionalen Zuständigkeit für die Prüfung sämtlicher Erteilungsvoraussetzungen. Diese liegt wie erwähnt bei den kantonalen Behörden. Der Nichteintretensentscheid gestützt auf Art. 9 Abs. 2 VwVG ist demnach nicht zu beanstanden.

9.

Nach dem Gesagten ist das SEM zu Recht mangels funktionaler Zuständigkeit nicht auf das Wiedererwägungsgesuch der Beschwerdeführerin eingetreten. Das Gericht ist nicht gehalten, das SEM in diesem Fall zur Überweisung des Gesuchs an die zuständige kantonale Behörde anzuweisen. Vielmehr ist es Sache der Beschwerdeführerin und bleibt es ihr unbenommen, ein Gesuch um Einbezug in die vorläufige Aufnahme ihres Ehemannes sowie ihres ersten Kindes gestützt auf Art. 8 EMRK bei den kantonalen Behörden einzureichen.

10.

Aus diesen Erwägungen ergibt sich, dass die angefochtene Verfügung Bundesrecht nicht verletzt, den rechtserheblichen Sachverhalt richtig sowie vollständig feststellt (Art. 106 Abs. 1 AsylG) und – soweit diesbezüglich überprüfbar – angemessen ist. Die Beschwerde ist abzuweisen.

11.

Das Gesuch um Verzicht auf Erhebung eines Kostenvorschusses wird mit dem vorliegenden Entscheid in der Hauptsache gegenstandslos. Angesichts der vorliegenden Aussichtslosigkeit der Beschwerde ist sodann das Gesuch um vollumfängliche unentgeltliche Rechtspflege abzuweisen. Bei diesem Ausgang des Verfahrens sind die Kosten der Beschwerdeführerin aufzuerlegen (Art. 63 Abs. 1 VwVG) und auf insgesamt Fr. 750.– festzusetzen (Art. 1–3 des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]).

(Dispositiv nächste Seite)

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.

Die Beschwerde wird abgewiesen.

2.

Das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege wird abgewiesen und die Verfahrenskosten von Fr. 750.– werden der Beschwerdeführerin auferlegt. Dieser Betrag ist innert 30 Tagen ab Versand des Urteils zugunsten der Gerichtskasse zu überweisen.

3.

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

Die Einzelrichterin:

Die Gerichtsschreiberin:

Nina Spälti Giannakitsas

Teresia Gordzielik