



Abteilung IV
D-4326/2010
{T 0/2}

Urteil vom 1. Juli 2010

Besetzung

Einzelrichter Thomas Wespi,
mit Zustimmung von Richter Blaise Pagan;
Gerichtsschreiberin Regula Frey.

Parteien

A._____, geboren B._____,
alias A._____, geboren C._____,
alias D._____, geboren B._____,
Afghanistan,
vertreten durch lic. iur. Urs Ebnöther, Rechtsanwalt, Ad-
vokatur Kanonengasse, E._____,
Beschwerdeführer,

gegen

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

Gegenstand

Vollzug der Wegweisung (Beschwerde gegen Wieder-
erwägungsentscheid); Verfügung des BFM vom
7. Juni 2010 / N _____.

Sachverhalt:**A.**

Der in F._____ geborene und gemäss eigenen Angaben dort aufgewachsene Beschwerdeführer ersuchte am 8. Dezember 2005 in der Schweiz um Asyl. Auf das Asylgesuch trat das BFM mit Verfügung vom 21. September 2007 in Anwendung von Art. 32 Abs. 2 Bst. a und Art. 32 Abs. 3 des Asylgesetzes vom 26. Juni 1998 (AsylG, SR 142.31) nicht ein und verfügte gleichzeitig die Wegweisung des Beschwerdeführers aus der Schweiz. Zur Begründung seines Entscheides führte das BFM an, der Beschwerdeführer habe den Asylbehörden innerhalb der eingeräumten Frist von 48 Stunden keine Reise- oder Identitätspapiere abgegeben und es lägen keine entschuldbaren Gründe vor, die es ihm verunmöglicht hätten, seine Identität nachzuweisen. Das BFM qualifizierte seine asylbegründenden Vorbringen als Probleme privater Natur, denen keine asylrelevante Verfolgungsmotivation zugrunde liege, weshalb sie für die Flüchtlingseigenschaft offensichtlich nicht relevant seien. Zudem erfüllten sie die Anforderungen an die Glaubhaftigkeit nicht.

B.

Mit Urteil vom 22. November 2007 wies das Bundesverwaltungsgericht die gegen diese Verfügung erhobene Beschwerde ab.

C.

Am 6. Februar 2008 reichte der Beschwerdeführer bei der Vorinstanz ein erstes Wiedererwägungsgesuch betreffend den Vollzug der Wegweisung ein und am 11. Februar 2008 eine Gesuchsergänzung ein. Dabei machte er im Wesentlichen geltend, aufgrund der schlechten wirtschaftlichen Lage seiner in F._____ lebenden Familie würde er bei einer Rückkehr nach Afghanistan nicht über ein tragfähiges familiäres Beziehungsnetz verfügen, welches ihm eine Existenzgrundlage sichern könne. Wegen der Unzumutbarkeit des Wegweisungsvollzugs sei ihm die vorläufige Aufnahme in der Schweiz zu gewähren.

D.

Mit Verfügung vom 7. März 2008 wies das BFM das Wiedererwägungsgesuch ab, bezeichnete die Verfügung vom 21. September 2007 als rechtskräftig und vollstreckbar, stellte fest, einer allfälligen

Beschwerde komme keine aufschiebende Wirkung zu, und erhob eine Gebühr von Fr. 1'200.--.

E.

Gegen diese Verfügung reichte der Beschwerdeführer am 19. März 2008 beim Bundesverwaltungsgericht Beschwerde ein und beantragte dabei unter anderem die vollumfängliche Aufhebung der angefochtenen Verfügung, die Feststellung der Unzumutbarkeit des Wegweisungsvollzugs sowie die Anordnung der vorläufigen Aufnahme.

F.

Mit Urteil vom 1. April 2008 wies das Bundesverwaltungsgericht die gegen diese Verfügung erhobene Beschwerde ab. Zur Begründung seines Entscheids führte es an, ein Nichteinverständensein mit den Erwägungen im rechtskräftig abgeschlossenen Asylverfahren bilde keinen Wiedererwägungsgrund. Demzufolge diene ein Wiedererwägungsgesuch auch nicht dazu, Verwaltungsentscheide immer wieder in Frage zu stellen, weil die eigene Beurteilung eines Sachverhaltes anders ausfalle, als diejenige der damit befassten Behörde. Der Beschwerdeführer vermöge insgesamt keine Belege individueller Umstände beizubringen, welche zu einer Neuurteilung der Zumutbarkeit des Wegweisungsvollzugs Anlass geben würden. Seit dem 22. November 2007 liege keine wesentlich veränderte Sachlage vor, welche ein wiedererwägungswises Zurückkommen auf die ursprüngliche Verfügung der Vorinstanz rechtfertigen würde. Der Vollzug der Wegweisung sei weiterhin als zumutbar zu erachten.

G.

Am 22. Oktober 2008 heiratete der Beschwerdeführer eine ausländische Staatsangehörige mit Niederlassungsbewilligung. Im Rahmen des Ehevorbereitungsverfahrens hatte der Beschwerdeführer den schweizerischen Behörden seinen Originalpass sowie eine Geburtsurkunde und eine Ledigkeitsbescheinigung eingereicht.

H.

Am 3. November 2008 beantragte der Beschwerdeführer bei der zuständigen Behörde des Kantons G. _____ die Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung.

I.

Das vom Beschwerdeführer am 3. November 2008 eingereichte Gesuch um Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung wies das Migrati-

onsamt des Kantons G._____ mit Verfügung vom 12. Mai 2009 ab, setzte ihm eine Frist zum Verlassen der Schweiz bis 31. Juli 2009 an und stellte fest, ein allfälliger Rekurs habe in Bezug auf die Wegzugsfrist keine aufschiebende Wirkung. Seinen Entscheid begründete das Migrationsamt im Wesentlichen damit, dass der Beschwerdeführer seiner Pflicht zur Ausreise nicht nachgekommen sei und sich stattdessen am 22. Oktober 2008 mit einer in der Schweiz niedergelassenen ausländischen Staatsangehörigen verheiratet habe. Ob es sich dabei um eine Zweckehe handle, wofür in casu einige Indizien vorliegen würden, könne offen bleiben, weil ein Widerrufsgrund nach Art. 62 des Bundesgesetzes vom 16. Dezember 2005 über die Ausländerinnen und Ausländer (AuG, SR 142.20) vorliege.

J.

Gegen diese Verfügung reichte der Beschwerdeführer beim Regierungsrat des Kantons G._____ am 12. Juni 2009 einen Rekurs ein. Mit Verfügung vom 28. Juli 2009 setzte die Staatskanzlei des Kantons G._____ den Wegweisungsvollzug superprovisorisch aus und nahm dem Beschwerdeführer die Verpflichtung ab, die Schweiz bis zum 31. Juli 2009 verlassen zu müssen.

K.

Am 26. Mai 2010 zog der Beschwerdeführer seinen beim Regierungsrat des Kantons G._____ eingereichten Rekurs unterschriftlich zurück. Den Rückzug begründete er damit, dass seine Ehefrau aus der Schweiz weggezogen sei, womit für die Erteilung beziehungsweise Verlängerung der Aufenthaltsbewilligung keine rechtliche Grundlage mehr bestehe. Die Staatskanzlei des Kantons G._____ verfügte am 27. Mai 2010, vom Rückzug des Rekurses werde Vormerk genommen und das Verfahren werde als erledigt abgeschrieben. Das Migrationsamt des Kantons G._____ setzte dem Beschwerdeführer mit Schreiben vom 31. Mai 2010 die Frist zum Verlassen der Schweiz auf den 30. Juni 2010 an.

L.

Zeitgleich mit dem Rekursrückzug, d.h. am 26. Mai 2010, reichte der Beschwerdeführer beim BFM ein zweites Wiedererwägungsgesuch ein. Dabei beantragte er unter anderem die Gewährung der vorläufigen Aufnahme wegen Unzumutbarkeit, allenfalls Unzulässigkeit des Wegweisungsvollzugs. Unter Hinweis auf die allgemeine Lage in

Afghanistan, machte er im Wesentlichen geltend, die Situation habe sich seit dem Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 1. April 2008 wesentlich verändert. In F._____ sowie in den übrigen Teilen von Afghanistan müsse von einem Krieg oder wenigstens von einer Situation allgemeiner Gewalt gesprochen werden, weshalb es sich um eine konkrete Gefährdung im Sinne von Art. 83 Abs. 4 AuG handle. Seine nach wie vor in F._____ lebenden Familienangehörigen würden ihm auch heute kein tragfähiges Beziehungsnetz bieten, da sie nach wie vor auf die Unterstützung ausländischer Hilfsorganisationen angewiesen seien.

M.

Mit Verfügung vom 7. Juni 2010 - eröffnet am 8. Juni 2010 - wies das BFM auch das zweite Wiedererwägungsgesuch ab, bezeichnete die Verfügung vom 21. September 2007 als rechtskräftig und vollstreckbar, stellte fest, einer allfälligen Beschwerde komme keine aufschiebende Wirkung zu, und erhob eine Gebühr von Fr. 600.-.

N.

Gegen diese Verfügung reichte der Beschwerdeführer am 14. Juni 2010 (Poststempel) Beschwerde ein und beantragte, die angefochtene Verfügung sei vollumfänglich aufzuheben und die Vorinstanz sei anzuweisen, ihn wegen Unzumutbarkeit des Wegweisungsvollzugs vorläufig aufzunehmen. In prozessualer Hinsicht beantragte er, die aufschiebende Wirkung der Beschwerde sei wieder herzustellen und das Migrationsamt des Kantons G._____ sei im Sinne einer superprovisorischen Massnahme anzuweisen, bis zum Entscheid über die Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung von jeglichen Vollzugsmassnahmen Abstand zu nehmen. Weiter sei ihm die unentgeltliche Rechtspflege zu gewähren und auf die Erhebung eines Kostenvorschusses sei zu verzichten.

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 des Bundesgesetzes vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren (VwVG, SR 172.021). 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 AsylG; Art. 83 Bst. d Ziff. 1 des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 [BGG, SR 173.110]).

1.2 Die Beschwerde ist frist- und formgerecht eingereicht. Der Beschwerdeführer ist durch die angefochtene Verfügung berührt und hat ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung beziehungsweise Änderung. Der Beschwerdeführer ist daher zur Einreichung der Beschwerde legitimiert (Art. 108 Abs. 1 AsylG sowie Art. 105 AsylG i.V.m. Art. 37 VGG und Art. 48 Abs. 1 und Art. 52 VwVG). Auf die Beschwerde ist einzutreten.

1.3 Über offensichtlich unbegründete Beschwerden wird in einzelrichterlicher Zuständigkeit mit Zustimmung eines zweiten Richters beziehungsweise einer zweiten Richterin entschieden (vgl. Art. 111 Bst. e AsylG). Vorliegend handelt es sich, wie nachfolgend aufgezeigt, um eine solche Beschwerde, weshalb der Beschwerdeentscheid nur summarisch begründet wird (vgl. Art. 111a Abs. 2 AsylG). Gestützt auf Art. 111a Abs. 1 AsylG wurde auf die Durchführung des Schriftenwechsels verzichtet.

2.

2.1 Die Behörde prüft ihre Zuständigkeit von Amtes wegen (vgl. Art. 7 Abs. 1 VwVG). Verfügt eine unzuständige Instanz, ist regelmässig Anfechtbarkeit, ausnahmsweise Nichtigkeit die Folge. Letztere tritt dann ein, wenn eine qualifiziert unzuständige Instanz entschieden hat (vgl. ALFRED KÖLZ/ISABELLE HÄNER, *Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes*, 2. Aufl., Zürich 1998, Rz. 231). Somit ist zunächst zu prüfen, ob das BFM zu Recht auf das Gesuch vom 26. Mai 2010 eintrat und dieses materiell prüfte.

2.2 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 ausländerrrechtlichen 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). 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 Bundesrecht haben namentlich ausländische Ehegatten und ledige Kinder unter 18 Jahren von Personen mit Niederlassungsbewilligung, wenn sie mit diesen zusammenwohnen (Art. 43 Abs. 1 AuG). Daraus folgt, dass der Beschwerdeführer als Ehemann einer ausländischen Staatsangehörigen, die zum Zeitpunkt der Gesuchseinreichung im Besitze einer Niederlassungsbewilligung in der Schweiz war, grundsätzlich einen Anspruch auf Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung aus Art. 8 Abs. 1 EMRK hatte. Somit fällt die entsprechende Prüfungszuständigkeit gemäss dem oben Aufgeführten in die Hände der kantonalen Behörden.

2.3

2.3.1 Das Migrationsamt des Kantons G._____ wies am 12. Mai 2009 das vom Beschwerdeführer nach abgeschlossenem Asylverfahren am 3. November 2008 gestellte Gesuch um Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung zum Verbleib bei der Ehefrau im Kanton G._____ materiell ab. Wie unter Buchstabe I. aufgeführt, hielt das Migrationsamt in seiner Verfügung fest, dass der Beschwerdeführer seiner Pflicht zur Ausreise nicht nachgekommen sei und sich stattdessen am 22. Oktober 2008 mit einer in der Schweiz niedergelassenen ausländischen Staatsangehörigen verheiratet habe. Es liege ein Widerrufsgrund nach Art. 62 AuG vor. Der Widerrufsgrund gemäss Art. 62 Bst. e AuG sei erfüllt, wenn der Ausländer oder eine Person, für die er zu sorgen habe, auf Sozialhilfe angewiesen sei. Die Ehefrau des Beschwerdeführers sei in den letzten Jahren von den Sozialen Diensten der Stadt G._____ unterstützt worden und gehe

seit längerem keiner existenzsichernden Erwerbstätigkeit nach, womit weiterhin ein Fürsorgerisiko bestehe. Demzufolge sei das Gesuch um Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung gestützt auf Art. 51 Abs. 2 Bst. b in Verbindung mit Art. 62 Bst. e AuG abzuweisen. Bezüglich des Wegweisungsvollzugs führte das Migrationsamt des Kantons G._____ an, Ausländer ohne Bewilligungen könnten jederzeit zur Ausreise aus der Schweiz aufgefordert oder nötigenfalls ausgeschafft werden. Der Beschwerdeführer sei noch nie im Besitz einer ausländerrechtlichen Bewilligung gewesen. Daher entfalte ein allfälliger Rekurs gegen diese Verfügung in Bezug auf die Wegzugsfrist keine aufschiebende Wirkung. Der Wegzug habe auch bei Einreichung eines Rekurses zu erfolgen.

2.3.2 Gegen diese Verfügung reichte der Beschwerdeführer am 12. Juni 2009 beim Regierungsrat des Kantons G._____ einen Rekurs ein. Dabei beantragte er die vollumfängliche Aufhebung der Verfügung des Migrationsamtes sowie die Erteilung der Aufenthaltsbewilligung. Mit Verfügung vom 28. Juli 2009 setzte die Staatskanzlei des Kantons G._____ den Wegweisungsvollzug des Beschwerdeführers superprovisorisch aus.

Mit Rückzugserklärung vom 26. Mai 2010 zog der Beschwerdeführer seine Rechtsmitteleingabe vom 12. Juni 2009 zurück. Die Staatskanzlei des Kantons G._____ schrieb das Verfahren mit Verfügung vom 27. Mai 2010 ab, womit der kantonale Entscheid vom 12. Mai 2009 in Rechtskraft erwuchs.

2.3.3 Das Migrationsamt des Kantons G._____ verneinte in casu das Vorliegen eines konkreten Anspruchs auf die Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung mit rechtskräftigem Entscheid. Gleichzeitig setzten die kantonalen Behörden dem Beschwerdeführer eine Ausreisefrist an. Die kantonalen Behörden unterliessen es zwar in ihren Erwägungen, sich zur Zumutbarkeit des Wegweisungsvollzugs zu äussern. Ob die Durchführbarkeit des Wegweisungsvollzuges zumindest implizit bei der Ansetzung der Ausreisefrist von den kantonalen Behörden geprüft und bejaht wurde, kann vorliegend offen gelassen werden, da der Beschwerdeführer entsprechende Vorbringen mittels Rekurses auf kantonaler Ebene hätte geltend machen können. Aus der Tatsache, dass die Staatskanzlei des Kantons G._____ mit Verfügung vom 28. Juli 2009 über die Aussetzung des Wegweisungsvollzugs befand, ist jedenfalls zu schliessen, dass dem

Beschwerdeführer ein diesbezüglich ausgestaltetes Rechtsmittel zur Verfügung stand.

Bei dieser Sachlage haben sich die Asylbehörden nicht mehr mit der Zumutbarkeit des Wegweisungsvollzugs zu befassen, zumal eine vorläufige Aufnahme - sofern die Voraussetzungen erfüllt sind - auch von den kantonalen Behörden beantragt werden kann (vgl. Art. 83 Abs. 6 AuG). Die Zuständigkeit zum Entscheid über den Wegweisungsvollzug hat somit von den Asylbehörden zu den kantonalen Behörden gewechselt. Bei dieser Sachlage hätte das BFM auf das unter Bezugnahme auf die Verfügung vom 21. September 2007 und somit im Rahmen des Asylverfahrens eingereichte Wiedererwägungsgesuch, in welchem die Gewährung der vorläufigen Aufnahme wegen Unzumutbarkeit des Wegweisungsvollzugs beantragt wird, nicht eintreten dürfen. Ebenso hätte dem Beschwerdeführer, der einen im Ausländer- und Asylbereich nicht unerfahrenen Rechtsvertreter mandatierte, der Wechsel der Zuständigkeit aufgrund des in EMARK 2001 Nr. 21 publizierten Grundsatzurteils bekannt sein und hätte er deshalb von der Einreichung eines erneuten Wiedererwägungsgesuchs beim BFM absehen müssen. Da die vorinstanzliche Verfügung von Amtes wegen aus formellen Gründen aufzuheben ist, ist vorliegend die Beschwerde als offensichtlich unbegründet zu erachten.

2.4 Zusammenfassend ist festzuhalten, dass das BFM zur Behandlung des Wiedererwägungsgesuchs vom 26. Mai 2010 nicht zuständig ist. Die vorinstanzliche Verfügung vom 7. Juni 2010 ist daher vollumfänglich aufzuheben.

2.5 Auf eine formelle Überweisung an die zuständigen Behörden (vgl. Art. 8 Abs. 1 VwVG) wird verzichtet, da der Beschwerdeführer seine auf kantonaler Ebene eingereichte Rechtsmitteleingabe zurückzog.

3.

Das Gesuch um Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung der Beschwerde respektive um Anweisung der kantonalen Behörden, bis zum Entscheid über die Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung von jeglichen Vollzugsmassnahmen Abstand zu nehmen, ist mit dem vorliegenden materiellen Entscheid in der Sache gegenstandslos geworden.

4.

4.1 Bei diesem Ausgang des Verfahrens sind keine Verfahrenskosten aufzuerlegen (vgl. Art. 63 Abs. 1 und 2 VwVG). Die Gesuche um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege sowie um Verzicht auf Erhebung eines Kostenvorschusses sind damit gegenstandslos geworden.

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 7. Juni 2010 wird aufgehoben.

3.

Es werden keine Verfahrenskosten auferlegt.

4.

Es wird keine Parteientschädigung entrichtet.

5.

Dieses Urteil geht an:

- den Rechtsvertreter des Beschwerdeführers (Einschreiben)
- das BFM, Abteilung Aufenthalt, mit den Akten Ref.-Nr. N _____
(per Kurier; in Kopie)
- das H. _____ (in Kopie)

Der Einzelrichter:

Die Gerichtsschreiberin:

Thomas Wespi

Regula Frey

Versand: