



Abteilung IV
D-5124/2008
law/bah/cvv
{T 0/2}

Urteil vom 9. April 2010

Besetzung

Richter Walter Lang (Vorsitz),
Richter Hans Schürch, Richter Pietro Angeli-Busi,
Gerichtsschreiber Christoph Basler.

Parteien

A. _____, geboren (...),
Äthiopien,
(...)
Beschwerdeführer,

gegen

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

Gegenstand

Vollzug der Wegweisung
(Beschwerde gegen Wiedererwägungsentscheid);
Verfügung des BFM vom 22. Juli 2008 / N (...).

Sachverhalt:**A.**

A.a Der Beschwerdeführer verliess Äthiopien eigenen Angaben gemäss im Jahr 1990 und lebte anschliessend bis zum 13. Oktober 2004 legal in Sanaa (Jemen). Er gelangte am 14. Oktober 2004 in die Schweiz, wo er am 25. Oktober 2004 zusammen mit seiner Lebenspartnerin und der gemeinsamen Tochter B._____ um Asyl nachsuchte. Bei der Erstbefragung in der Empfangsstelle (heute Empfangs- und Verfahrenszentrum) Kreuzlingen gab er an, er habe Äthiopien wegen der damals herrschenden Kriegszustände verlassen und sei mit seinen Geschwistern zu ihrer in Jemen lebenden Mutter, einer jemenitischen Staatsangehörigen, gegangen. Den Jemen habe er verlassen, weil er christlichen Glaubens sei und deswegen Probleme gehabt habe. Da seine Frau, die er Ende 1998 nach Brauch geheiratet habe, eritreische Staatsangehörige sei, habe er nicht nach Äthiopien zurückkehren können.

A.b Mit Verfügung vom 9. November 2004 stellte das damalige BFF (Bundesamt für Flüchtlinge; heute BFM) fest, der Beschwerdeführer, seine Lebenspartnerin und deren Tochter würden die Flüchtlingseigenschaft nicht erfüllen, und lehnte die Asylgesuche ab. Gleichzeitig verfügte es die Wegweisung aus der Schweiz und ordnete den Vollzug der Wegweisung an.

A.c Auf eine gegen diese Verfügung gerichtete Beschwerde vom 9. Dezember 2004 trat die damals zuständige Schweizerische Asylrekurskommission (ARK) mit Urteil vom 25. Januar 2005 nicht ein.

B.

B.a Die (zu diesem Zeitpunkt ehemalige) Lebenspartnerin des Beschwerdeführers reichte beim BFM am 31. Januar 2006 durch ihren Rechtsvertreter ein Wiedererwägungsgesuch ein, in dem sie die Feststellung der Flüchtlingseigenschaft beantragen liess.

B.b Das BFM wies das Wiedererwägungsgesuch mit Verfügung vom 15. Februar 2007 ab.

B.c Das Bundesverwaltungsgericht hiess eine gegen diese Verfügung gerichtete Beschwerde vom 14. März 2007 mit Urteil D-1923/2007 vom

5. Juli 2007 gut und wies die Sache zur Neu Beurteilung an das BFM zurück.

B.d Mit Verfügung vom 9. April 2008 stellte das BFM fest, die ehemalige Lebenspartnerin des Beschwerdeführers erfülle die Flüchtlings-eigenschaft und gewährte ihr und ihrer Tochter Asyl.

C.

Am 3. Juni 2008 reichte der Beschwerdeführer beim BFM ein Wiedererwägungsgesuch ein und beantragte, die Verfügung des BFF vom 9. November 2004 sei aufzuheben und es sei ihm zur Wahrung des Grundsatzes der Einheit der Familie die vorläufige Aufnahme in der Schweiz zu gewähren. In verfahrensrechtlicher Hinsicht beantragte er, es sei dem Gesuch die aufschiebende Wirkung zu gewähren und der zuständige Kanton sei anzuweisen, von Vollzugsmassnahmen abzusehen; auf die Erhebung eines Gebührenvorschusses sei zu verzichten und es sei die unentgeltliche Prozessführung zu gewähren.

D.

Das BFM wies das Wiedererwägungsgesuch mit Verfügung vom 22. Juli 2008 ab, und stellte fest, die Verfügung vom 9. November 2004 sei rechtskräftig und vollstreckbar. Gleichzeitig erhob es eine Gebühr von Fr. 600.-- und stellte fest, dass einer allfälligen Beschwerde keine aufschiebende Wirkung zukomme.

E.

Mit Eingabe vom 7. August 2008 erhob der Beschwerdeführer gegen diese Verfügung beim Bundesverwaltungsgericht Beschwerde und beantragte, es sei die Verfügung des BFM vom 2. Juli 2007 (recte: 2008) aufzuheben und die Vorinstanz sei anzuweisen, ihm wegen Unzulässigkeit beziehungsweise Unzumutbarkeit des Wegweisungsvollzugs eine vorläufige Aufnahme in der Schweiz zu gewähren. Eventualiter sei die Verfügung im Kostenpunkt aufzuheben. In verfahrensrechtlicher Hinsicht beantragte er, es sei die unentgeltliche Prozessführung zu gewähren, auf die Erhebung eines Kostenvorschusses zu verzichten, die aufschiebende Wirkung wiederherzustellen und es sei die zuständige kantonale Behörde anzuweisen, bis zum entsprechenden Entscheid von Vollzugsmassnahmen Abstand zu nehmen.

F.

Mit Verfügung vom 19. August 2008 setzte der Instruktionsrichter des Bundesverwaltungsgerichts den Vollzug der Wegweisung aus. Gleich-

zeitig hiess er das Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege gemäss Art. 65 Abs. 1 des Bundesgesetzes vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren (VwVG, SR 172.021) wurde – unter Vorbehalt einer Veränderung der finanziellen Lage des Beschwerdeführers – gut, unter der Voraussetzung, dass innerhalb angesetzter Frist eine Bestätigung der Fürsorgeabhängigkeit des Beschwerdeführers nachgereicht werde.

G.

Am 28. August 2008 übermittelte der Beschwerdeführer eine Bestätigung seiner Mittellosigkeit vom selben Tag.

H.

Der Beschwerdeführer reichte mit Schreiben vom 6. Oktober 2008 eine Bestätigung seiner ehemaligen Lebenspartnerin über seinen Kontakt mit seiner Tochter ein.

I.

Der Instruktionsrichter übermittelte die Akten am 13. Oktober 2008 zur Einreichung einer Vernehmlassung an das BFM. Dieses beantragte in seiner Vernehmlassung vom 16. Oktober 2008 die Abweisung der Beschwerde. Am 20. Oktober 2008 brachte das Bundesverwaltungsgericht dem Beschwerdeführer die Vernehmlassung zur Kenntnis.

J.

J.a Mit Verfügung vom 3. März 2010 gab der Instruktionsrichter dem Beschwerdeführer Gelegenheit, die Modalitäten seines Kontakts mit seiner Tochter darzulegen und entsprechende Beweismittel einzureichen.

J.b Am 17. März 2010 äusserte sich der Beschwerdeführer zu dieser Fragestellung. Seiner Eingabe lagen ein Schreiben der Mutter seiner Tochter vom 15. März 2010, ein Schreiben von Bekannten vom 12. März 2010 und ein Schreiben des Betreuers des Beschwerdeführers des kantonalen Sozialamts, Ressort Asylwesen, vom 15. März 2010 bei.

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 VwVG. 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; es entscheidet im Bereich des Asyls endgültig (Art. 83 Bst. c Ziff. 3 des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 [BGG, SR 173.110]).

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 und ist daher zur Einreichung der Beschwerde legitimiert (Art. 37 VGG i.V.m. Art. 48 Abs. 1, Art. 50 Abs. 1 und Art. 52 Abs. 1 VwVG). Auf die Beschwerde ist einzutreten.

2.

Mit Beschwerde kann die Verletzung von Bundesrecht, die unrichtige oder unvollständige Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts und die Unangemessenheit gerügt werden (Art. 49 VwVG).

3.

3.1 Der Beschwerdeführer machte in seinem Wiedererwägungsgesuch vom 3. Juni 2008 geltend, er habe sich zwar mittlerweile von seiner Frau getrennt, pflege jedoch eine sehr enge und gute Beziehung zu seiner Tochter. Er besuche sie regelmässig, seine Frau habe nichts dagegen einzuwenden. Da seine Tochter über ein gefestigtes Anwesenheitsrecht in der Schweiz verfüge, würde beim Vollzug seiner Wegweisung der Grundsatz der Einheit der Familie gemäss Art. 44 Abs. 1 AsylG verletzt. Der Vollzug der Wegweisung sei daher zugunsten einer vorläufigen Aufnahme aufzuschieben.

3.2 Das BFM führt zur Begründung seiner Verfügung aus, der Beschwerdeführer habe sich vor seiner Einreise in die Schweiz

mehrere Jahre legal in Jemen aufgehalten. Er sei Sohn einer jemenitischen Staatsangehörigen und könne in den Jemen zurückkehren. Es sei ihm vorbehalten, seine Tochter in der Schweiz zu besuchen, indem er in Jemen ein Besuchervisum beantrage. Da seiner Ehefrau und der Tochter in der Schweiz Asyl gewährt worden sei, bestehe ebenfalls die Möglichkeit, dass diese ihn in Jemen besuchten. Es lägen somit keine Gründe vor, welche die Rechtskraft der Verfügung vom 9. November 2004 beseitigen könnten.

3.3 In der Beschwerde wird geltend gemacht, der Beschwerdeführer habe in Sanaa zusammen mit seiner Tochter und seiner ehemaligen Lebensgefährtin in einer kleinen Wohnung gelebt. In der Schweiz hätten er und seine ehemalige Lebensgefährtin Beziehungsprobleme gehabt, die Anfang 2007 zur Trennung geführt hätten. Mit einer Wiederaufnahme der Lebensgemeinschaft sei nicht mehr zu rechnen; zu seiner Tochter unterhalte er aber einen sehr engen Kontakt. Das durch Art. 8 der Konvention vom 4. November 1950 zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK, SR 0.101), Art. 17 des Internationalen Pakts über bürgerliche und politische Rechte (UNO-Pakt II, SR 0.103.2) und Art. 13 Abs. 1 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV, SR 101) gewährleistete Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens könne unter Umständen einer zwangsweisen Trennung von Familienangehörigen entgegenstehen, wenn dadurch die Führung desselben verunmöglicht oder stark beeinträchtigt werde. Diese Garantien gälten dann als verletzt, wenn einem Ausländer, dessen Familienangehörige in der Schweiz weilten, die Anwesenheit untersagt werde. Der sich hier aufhaltende Angehörige müsse über ein gefestigtes Anwesenheitsrecht verfügen. Unter Berücksichtigung der UNO-Kinderrechtskonvention (KRK, SR 0.107) und von Art. 11 BV müssten die Folgen für die Entwicklung und Förderung des betroffenen Kindes bei einer Entscheidung über die Wegweisung geprüft und besonders gewichtet werden. Seine Tochter verfüge in der Schweiz über ein gefestigtes Anwesenheitsrecht und aufgrund ihrer regelmässigen Kontakte bestehe zwischen ihnen eine sehr enge emotionale Bindung. Der Europäische Gerichtshof (EGMR) für Menschenrechte habe wiederholt festgehalten, dass zwischen Kind und Elternteil ein sogenanntes konstitutives Familienband entstehe, welches nur unter ausserordentlichen Umständen durchtrennt werden könne. Es treffe zwar zu, dass Art. 8 EMRK Genüge getan werde, wenn das Besuchsrecht im Rahmen von Kurzaufenthalten vom Ausland her ausgeübt werden könne, jedoch

müsse diese Lösung praktikabel sein. Nach Rechtsprechung des EGMR sei es für einen marokkanischen Staatsangehörigen kaum möglich, sein Besuchsrecht in den Niederlanden von seinem Heimatstaat aus effektiv auszuüben. Mit Blick auf dieses Urteil sei offenkundig, dass sein Besuchsrecht bei einer Wegweisung in den Jemen oder nach Äthiopien nur noch theoretischer Natur wäre. Neben dem Aspekt der Distanz sprächen auch finanzielle Gründe gegen eine solche Lösung. In Anbetracht der strengen Praxis der Schweizer Behörden sei ohnehin nicht damit zu rechnen, dass ihm ein Besuchervisum erteilt würde, da seine Wiederausreise mit überwiegender Wahrscheinlichkeit nicht als gesichert betrachtet würde. Hinzu komme sein aktenkundiger schlechter psychischer Zustand, der unter dem Gesichtspunkt der Zumutbarkeit gegen seine Wegweisung spreche.

3.4 In der Stellungnahme vom 17. März 2010 wird ausgeführt, der Beschwerdeführer habe die Mutter seiner Tochter nur nach Gebrauch geheiratet, weshalb sie sich nicht gerichtlich getrennt hätte oder geschieden worden seien. Eine Vereinbarung, in der das Besuchsrecht geregelt wäre, existiere nicht. Bei der Trennung sei beiden klar gewesen, dass sich beide um ihr Kind kümmern würden. Sie hätte sich den Umständen und dem Willen von B._____ angepasst. Sie besuche den Beschwerdeführer zurzeit jedes Wochenende, meist hole er sie am Samstagmorgen ab und bringe sie am Sonntagabend zu ihrer Mutter zurück. Sie könne mittlerweile gut bei ihm übernachten, da er über die nötigen Räumlichkeiten verfüge. In seinem Schreiben vom 15. März 2010 bestätigt C._____, der Betreuer des Beschwerdeführers, dass B._____ diesen fast jedes Wochenende besuche. Sie sei ein aufgewecktes Mädchen und fühle sich bei ihrem Vater sichtlich wohl; dieser kümmere sich liebevoll um seine Tochter. Ihre Beziehung sei trotz den widrigen Umständen harmonisch. Die Mutter von B._____ führt ihrerseits in ihrem Schreiben vom 15. März 2010 aus, dass ihre Tochter sich seit längerer Zeit jedes Wochenende bei ihrem Vater aufhalte. Manchmal hole er sie bereits am Freitagabend ab und sie bleibe das ganze Wochenende bei ihm. Sie gehe immer sehr gerne zu ihm und das Verhältnis zwischen den beiden sei sehr eng. B._____ brauche ihren Vater genauso wie ihre Mutter.

4.

4.1 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 2. Juni 2008 eingetreten ist und dieses materiell geprüft hat.

4.2 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 ausländerrechtlichen 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; Urteil des Bundesverwaltungsgerichts D-3928/2008 vom 7. Juli 2008 E. 2.2 f.). 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 EMRK 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 des Bundesgesetzes vom 16. Dezember 2005 über die Ausländerinnen und Ausländer [AuG, SR 142.20]). Gemäss Rechtsprechung haben zudem Ausländer, die nahe Verwandte (die sogenannte Kernfamilie) mit gefestigtem Anwesenheitsrecht in der Schweiz haben, einen völkerrechtlichen, aus Art. 8 EMRK (unter dem Aspekt des Rechts auf Familienleben) abgeleiteten Rechtsanspruch auf Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung (vgl. BGE 130 II 281 E. 3.1, EMARK 2001 Nr. 21 E. 7c/bb S. 174). Gemäss Art. 2 Abs. 2 AsylG schliesst die Asylgewährung das Recht auf Anwesenheit in der

Schweiz ein. Art. 60 AsylG bestimmt dementsprechend, dass Personen, denen Asyl gewährt wurde, Anspruch auf eine Aufenthaltsbewilligung im Kanton haben, in dem sie sich rechtmässig aufhalten. Die Tochter des Beschwerdeführers, welcher am 9. April 2008 in der Schweiz Asyl gewährt wurde, hat somit ein gefestigtes Anwesenheitsrecht in der Schweiz im Sinne der Rechtsprechung (vgl. BGE 122 II 1 E. 1e). Daraus folgt, dass der Beschwerdeführer als leiblicher Vater eines Kindes, dem in der Schweiz Asyl gewährt wurde, aus Art. 8 Abs. 1 EMRK für sich *grundsätzlich* einen Anspruch auf Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung ableiten kann. Somit fällt die entsprechende Prüfungszuständigkeit gemäss den vorstehenden Ausführungen in die Hände der kantonalen Behörden.

4.3 Der Beschwerdeführer hat sich in seiner an das BFM gerichteten Eingabe vom 3. Juni 2008 zur Begründung seines Anspruchs auf ein Aufenthaltsrecht in der Schweiz zwar einzig auf Art. 44 Abs. 1 AsylG bezogen. Erst in der Beschwerde vom 7. August 2008 wird argumentiert, eine Wegweisung aus der Schweiz beziehungsweise deren Vollzug würden gegen Art. 8 EMRK (vgl. zur unterschiedlichen Tragweite dieser Normen EMARK 1998 Nr. 31 E. 8c/ee S. 258, EMARK 1995 Nr. 24 E. 9 S. 229, die sich hierfür freilich noch auf Art. 17 Abs. 1 AsylG in der Fassung gemäss Ziff. I des BB vom 22. Juni 1990 über das Asylverfahren [AS 1990 938], welcher inhaltlich indessen Art. 44 Abs. 1 AsylG entspricht). Aus den Akten ist nicht ersichtlich, dass der Beschwerdeführer bei der zuständigen kantonalen Behörde bereits (erfolglos) ein Gesuch um Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung gestellt hat. Aus der Eingabe vom 3. Juni 2008 geht aber zweifelsfrei hervor, dass sich der Beschwerdeführer auf den Standpunkt stellte, er könne aus dem nunmehr gefestigten Anwesenheitsrecht seiner Tochter in der Schweiz für sich eine Aufenthaltsberechtigung ableiten. Im Rahmen der Prüfung seiner Zuständigkeit hätte das BFM aufgrund der Konstellation des Falles – bei Unklarheiten allenfalls nach der Vornahme von Instruktionsmassnahmen – erkennen müssen, dass der Beschwerdeführer zumindest im Grundsatz über einen Anspruch auf Erteilung einer ausländerrechtlichen Bewilligung verfügt, für dessen Beurteilung es nicht zuständig ist. Dementsprechend hätte es das Gesuch des Beschwerdeführers vom 3. Juni 2008 gestützt auf Art. 8 Abs. 1 VwVG an die zuständige kantonale Behörde weiterleiten beziehungsweise allenfalls einen Nichteintretensentscheid fällen müssen.

4.4 Zusammenfassend ist festzuhalten, dass das BFM zur Behandlung des Wiedererwägungsgesuchs vom 3. Juni 2008 nicht zuständig war. Die diesbezügliche Verfügung vom 22. Juli 2008 ist daher vollumfänglich aufzuheben und das BFM ist anzuweisen, das Gesuch vom 3. Juni 2008 an die zuständige kantonale Behörde zur Behandlung zu überweisen.

5.

5.1 Bei diesem Ausgang des Verfahrens sind keine Verfahrenskosten aufzuerlegen (vgl. Art. 63 Abs. 1 und 2 VwVG).

5.2 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. Vorliegend ist nicht davon auszugehen, dem anwaltlich nicht vertretenen Beschwerdeführer seien im Beschwerdeverfahren notwendige und verhältnismässig hohe Kosten erwachsen, zumal er 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 gutgeheissen.

2.

Die Verfügung des BFM vom 22. Juli 2008 wird aufgehoben.

3.

Das BFM wird angewiesen, das Gesuch vom 3. Juni 2008 an die zuständige kantonale Behörde zur Behandlung zu überweisen.

4.

Es werden keine Verfahrenskosten auferlegt.

5.

Es wird keine Parteientschädigung entrichtet.

6.

Dieses Urteil geht an:

- den Beschwerdeführer (Einschreiben)
- das BFM, Abteilung Aufenthalt, mit den Akten Ref.-Nr. N (...) (per Kurier; in Kopie; Beilagen: Kopien der Schreiben des Betreuers vom 15. März 2010, der Mutter von B._____ vom 15. März 2010 und der Bekannten vom 12. März 2010)
- (zuständige kantonale Behörde) (in Kopie)

Der vorsitzende Richter:

Der Gerichtsschreiber:

Walter Lang

Christoph Basler

Versand: