



Abteilung IV
D-5303/2023
law/bah

Urteil vom 14. Dezember 2023

Besetzung

Richter Walter Lang (Vorsitz),
Richter Lorenz Noli, Richter Daniele Cattaneo,
Gerichtsschreiber Christoph Basler.

Parteien

A. _____, geboren am (...),
Algerien,
vertreten durch MLaw Ruedy Bollack,
(...),
Beschwerdeführer,

gegen

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

Gegenstand

Vollzug der Wegweisung;
Verfügung des SEM vom 30. August 2023 / N (...).

Sachverhalt:**A.**

Der Beschwerdeführer, ein algerischer Staatsangehöriger mit letztem Aufenthalt in B._____, stellte am 13. November 2001 in der Schweiz ein erstes Asylgesuch, das mit Verfügung des (damaligen) Bundesamts für Flüchtlinge (BFF) vom 25. März 2002 abgelehnt wurde. Zugleich wurde seine Wegweisung aus der Schweiz verfügt und der Vollzug derselben angeordnet. Mit Urteil der (damaligen) Schweizerischen Asylrekurskommission (ARK) vom 18. Juni 2002 erwuchs dieser Entscheid in Rechtskraft.

B.

Am 3. April 2006 ersuchte der Beschwerdeführer zum zweiten Mal um Asyl in der Schweiz. Das Verfahren wurde – nach seinem wiederholten Untertauchen – mit Beschluss des (damaligen) Bundesamts für Migration (BFM) vom 21. Juli 2006 abgeschlossen.

C.

C.a Der Beschwerdeführer heiratete am (...) 2008 eine (...) Staatsangehörige, die in der Schweiz über eine Niederlassungsbewilligung C verfügte. Ihm wurde am (...) 2008 eine Aufenthaltsbewilligung B erteilt. Diese wurde mit Verfügung des Migrationsamts des Kantons C._____ vom (...) 2015 nicht mehr verlängert; zudem wurde die Wegweisung des Beschwerdeführers aus der Schweiz verfügt. Auf den gegen diese Verfügung erhobenen Rekurs trat das (...) mit Entscheid vom (...) 2015 nicht ein. Ein am (...) 2015 gestelltes Gesuch um Wiedereinsetzung in den vorigen Stand wies das (...) mit Entscheid vom (...) 2015 ab. Mit Urteil vom (...) 2016 wies das (...)gericht D._____ (als Verwaltungsgericht; nachstehend [...]gericht) die beiden Rekurse gegen den Nichteintretensentscheid vom (...) 2015 sowie den Entscheid vom (...) 2015 ab.

C.b Am (...) 2017 ersuchte der Beschwerdeführer beim Migrationsamts des Kantons C._____ um Erteilung einer Härtefallbewilligung. Das Gesuch wurde mit Verfügung vom (...) 2018 abgewiesen, soweit darauf eingetreten wurde. Der Beschwerdeführer rekurrierte gegen diese Verfügung. Mit Zwischenentscheid vom (...) 2018 wies das (...) seinen Antrag auf Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung ab. Den gegen die Verweigerung der Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung erhobenen Rekurs wies das (...)gericht mit Urteil vom (...) 2018 ab. Das Bundesgericht trat gegen die dagegen erhobene Beschwerde mit Urteil vom (...) 2018 nicht ein. Mit Entscheid vom (...) 2020 wies das (...) den Rekurs gegen die mit Verfügung vom (...) 2018 erfolgte Ablehnung seines Härtefallgesuchs

auch in der Sache ab. Gegen diesen Entscheid erhob der Beschwerdeführer am (...) 2020 Rekurs an den Regierungsrat des Kantons C._____, mit dem er die Aufhebung des Entscheids vom (...) 2020 und die Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung beantragte. Es sei festzustellen, dass eine Wegweisung nach Algerien sowohl unmöglich als auch unzumutbar sei. Mit Schreiben vom (...) 2020 überwies das (...) den Rekurs dem (...)gericht zum direkten Entscheid.

C.c Der Entscheid des (...) vom (...) 2020 wurde mit Urteil des (...)gerichts vom (...) 2020 bestätigt.

D.

Der Beschwerdeführer stellte am 14. September 2021 in der Schweiz ein drittes Asylgesuch und wurde dem Bundesasylzentrum der Region F._____ zugewiesen. Das SEM hörte ihn am 13. Oktober 2021 zu seinen Asylgründen an und wies ihn am 19. Oktober 2021 dem erweiterten Verfahren zu.

E.

Mit am folgenden Tag eröffneten Verfügung vom 30. August 2023 stellte das SEM fest, der Beschwerdeführer erfülle die Flüchtlingseigenschaft nicht, und lehnte das dritte Asylgesuch ab. Zugleich verfügte es seine Wegweisung aus der Schweiz und ordnete den Vollzug derselben an.

F.

Der Beschwerdeführer erhob gegen diesen Entscheid beim Bundesverwaltungsgericht mit Eingabe seines Rechtsvertreters vom 29. September 2023 Beschwerde. In dieser wurde beantragt, die Verfügung des SEM vom 30. August 2023 sei aufzuheben und wegen Unzulässigkeit und Unzumutbarkeit des Wegweisungsvollzugs sei die vorläufige Aufnahme anzuordnen. Eventuell sei die Sache zur Neuurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen. Es sei dem Beschwerdeführer die unentgeltliche Rechtspflege zu gewähren, die unentgeltliche Verbeiständung mit dem Unterzeichnenden zu bewilligen und auf die Erhebung eines Kostenvorschusses zu verzichten. Der Beschwerde lag eine Schnellrecherche der Schweizerischen Flüchtlingshilfe (SFH) vom 1. September 2020 bei.

G.

Das Bundesverwaltungsgericht bestätigte am 2. Oktober 2023 den Eingang der Beschwerde.

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:

1.

1.1 Gemäss Art. 31 VGG beurteilt das Bundesverwaltungsgericht Beschwerden gegen Verfügungen nach Art. 5 VwVG. Das SEM gehört zu den Behörden nach Art. 33 VGG und ist daher eine Vorinstanz des Bundesverwaltungsgerichts. Eine das Sachgebiet betreffende Ausnahme im Sinne von Art. 32 VGG liegt nicht vor. Das Bundesverwaltungsgericht ist für die Beurteilung der vorliegenden Beschwerde zuständig. Es entscheidet auf dem Gebiet des Asyls – in der Regel und auch vorliegend – endgültig (Art. 105 AsylG; Art. 83 Bst. d Ziff. 1 BGG).

1.2 Die Beschwerde ist frist- und formgerecht eingereicht (Art. 105 AsylG; Art. 108 Abs. 2 AsylG i.V.m. Art. 37 VGG und Art. 52 Abs. 1 VwVG). Der Beschwerdeführer hat am Verfahren vor der Vorinstanz teilgenommen, ist durch die angefochtene Verfügung besonders berührt und hat ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung beziehungsweise Änderung. Er ist daher zur Einreichung der Beschwerde legitimiert (Art. 105 AsylG i.V.m. Art. 37 VGG und Art. 48 Abs. 1 VwVG). Auf die Beschwerde ist einzutreten.

2.

Gestützt auf Art. 111a Abs. 1 AsylG wurde vorliegend auf einen Schriftwechsel verzichtet.

3.

In der Beschwerde wird im Hauptpunkt beantragt, die Verfügung des SEM vom 30. August 2023 sei aufzuheben und wegen Unzulässigkeit und Unzumutbarkeit des Wegweisungsvollzugs sei die vorläufige Aufnahme anzuordnen. Eventualiter wird die Rückweisung der Sache an die Vorinstanz (soweit die Frage der Feststellung der Unzulässigkeit und Unzumutbarkeit des Wegweisungsvollzugs betreffend) beantragt. Hinsichtlich der Ablehnung des dritten Asylgesuchs und der verfügten Wegweisung wird kein Antrag gestellt. Auch aus der Beschwerdebegründung geht nicht hervor, dass die Verfügung angefochten werden soll, soweit das SEM das – im Wesentlichen mit der gesundheitlichen Verfassung des Beschwerdeführers begründete – Asylgesuch abgelehnt und die Wegweisung aus der Schweiz verfügt hat.

4.

4.1 Das Bundesverwaltungsgericht prüft seine Zuständigkeit wie auch das Vorliegen der weiteren Sachurteilsvoraussetzungen von Amtes wegen (Art. 7 Abs. 1 VwVG). Dies gilt auch für die Zuständigkeit der Vorinstanz

(vgl. THOMAS FLÜCKIGER, in: Praxiskommentar VwVG, 2. Aufl. 2016, Art. 7 Rz. 24; BVGE 2021 V/4 E. 11.2).

4.2 Vorliegend gab der Beschwerdeführer im Rahmen der Anhörung vom 13. Oktober 2021 zu Protokoll, er sei in den Jahren 2002, 2009 und 2015 jeweils für zwei Wochen nach Algerien gereist (vgl. SEM-act. [...]16/15 F16 ff.). Mit den algerischen Behörden habe er während seiner dortigen Aufenthalte keine Probleme gehabt. Auch mit Drittpersonen bestünden keine Feindseligkeiten (vgl. SEM-act. [...]16/15 F101). Er erklärte weiter, er sei bei einem Treffen mit einer Mitarbeiterin der Invalidenversicherung, G._____, und anderen Leuten gewesen. Diese hätten ihm empfohlen, einen Asylantrag zu stellen, damit er eine «F-Bewilligung» erhalte. Es sei ihm ferner zugesichert worden, dass er wenigstens am Anfang 50 Prozent arbeiten dürfe und den Beschäftigungsgrad mit der Zeit aufstocken könne. Er habe keine «B-Bewilligung» mehr und damit keine Arbeitserlaubnis (vgl. SEM-act. [...]16/15 F96).

Aufgrund dieser Angaben steht fest, dass der Beschwerdeführer sein Asylgesuch aus zweckfremden Gründen stellte, da er in der Schweiz nicht um Schutz vor Verfolgung nachsuchte, sondern beabsichtigte, hier wiederum in den Genuss einer ausländerrechtlichen Aufenthaltsberechtigung zu gelangen, nachdem die ihm am (...) 2008 erteilte Aufenthaltsbewilligung nicht mehr verlängert (vgl. Bst. C.a) beziehungsweise die Erteilung einer neuen Aufenthaltsbewilligung verweigert worden war (vgl. Bst. C.b).

4.3 Das Migrationsamt des Kantons C._____ hat die dem Beschwerdeführer erteilte Aufenthaltsbewilligung B mit Verfügung vom (...) 2015 nicht mehr verlängert; gleichzeitig hat es seine Wegweisung aus der Schweiz verfügt. Das (...)gericht prüfte in seinem Urteil vom (...) 2020 abschliessend, ob im damaligen Zeitpunkt Vollzugshindernisse (Unzulässigkeit, Unzumutbarkeit, Unmöglichkeit) bestanden und verneinte dies mit umfassender Begründung (vgl. a.a.O. Ziff. 3.6). Wegweisungsentscheide können auf zwei Arten vollzogen werden: durch freiwillige Ausreise oder durch behördliche Ausschaffung (vgl. BGE 140 II 74 E. 2.3). Der Beschwerdeführer ist von einer vom Migrationsamt des Kantons C._____ mit Verfügung vom (...) 2015 erlassenen und in Rechtskraft erwachsenen Wegweisungsverfügung betroffen, die noch nicht vollstreckt und mithin noch nicht «konsumiert» wurde (vgl. in diesem Sinne das Urteil des BVGer D-6105/2018 vom 4. Januar 2019 E. 6.5.2). Bei dieser Sachlage war das SEM funktional nicht zuständig, im Rahmen des Asylverfahrens erneut die Wegweisung des Beschwerdeführers zu verfügen und damit verbunden das Vorliegen von

Vollzugshindernissen im Sinne von Art. 83 Abs. 2-4 AIG (SR 142.20) zu prüfen (vgl. dazu auch BVGE 2014/39 E. 8.1-8.2). Vielmehr wäre über nach der letztmaligen Prüfung im ausländerrechtlichen Verfahren neu entstandene Vollzugshindernisse durch die funktional zuständigen ausländerrechtlichen Behörden in einem bei ihnen gegen die Verfügung des Migrationsamt des Kantons C. _____ vom (...) 2015 einzuleitenden Wiedererwägungsverfahren zu befinden gewesen.

4.4 Zusammenfassend ergibt sich, dass das SEM mangels funktionaler Zuständigkeit nicht befugt war, im Rahmen des Asylverfahrens des Beschwerdeführers die Wegweisung zu verfügen und über deren Vollzug zu befinden.

5.

5.1 Fehlerhafte Verfügungen sind anfechtbar. Nichtig ist eine fehlerhafte Verfügung nach der sogenannten Evidenztheorie nur dann, wenn der ihr anhaftende Mangel besonders schwer und offensichtlich oder zumindest leicht erkennbar ist und die Rechtssicherheit durch die Annahme der Nichtigkeit nicht ernsthaft gefährdet wird (vgl. BGE 138 II 501 E. 3.1, 132 II 342 E. 2.1; Urteil des BVGer A-5540/2013 vom 6. Januar 2014 E. 2.2.1). Nichtige Verfügungen entfalten keinerlei Rechtswirkungen und sind ex tunc rechtlich unverbindlich.

5.2 Die Zuständigkeitsordnung im öffentlichen Recht ist zwingender Natur. Die Rechtsprechung geht bei funktionaler Unzuständigkeit der verfügenden Behörde in der Regel von der Nichtigkeit der Verfügung aus, es sei denn, der funktional unzuständigen Behörde komme auf dem betreffenden Gebiet allgemeine Entscheidungsgewalt zu. Dies ist dann der Fall, wenn die Behörde in der betreffenden Materie regelmässig zum Erlass von Verfügungen (sachlich) befugt ist, und deshalb die im konkreten Fall fehlende (funktionale) Zuständigkeit nicht offensichtlich oder leicht erkennbar ist (vgl. BVGE 2015/15 E. 2.5; Urteile des BVGer C-6847/2015 vom 16. November 2017 E. 4.3, A-6750/2016 vom 21. Juni 2017 E. 3.8.1, D-3178/2012 vom 1. Juli 2012 E. 4.1; THOMAS FLÜCKIGER, in: Waldmann/Krauskopf [Hrsg.], Praxiskommentar Verwaltungsverfahrensgesetz, 3. Aufl., 2023, N 47 zu Art. 7).

5.3 Im vorliegenden Verfahren ist das SEM fälschlicherweise von seiner funktionalen Zuständigkeit ausgegangen. Dies hätte es aufgrund der ihm zum Entscheidzeitpunkt vorliegenden Akten ohne weiteres erkennen können. Andererseits ist das SEM gemäss Art. 44 AsylG zuständig, die

Wegweisung zu verfügen und über den Vollzug derselben zu befinden, wenn es – wie vorliegend – ein Asylgesuch ablehnt oder auf ein solches nicht eintritt, sofern keine Ausnahme vorliegt (Art. 32 Abs. 1 der Asylverordnung 1 über Verfahrensfragen vom 11. August 1999 [AsylV 1, SR 142.311], BSGE 2013/37 E. 4.4). Da die Annahme der Nichtigkeit einer Verfügung, welche durch eine Behörde erlassen wurde, die nicht zum vorherein sachlich gänzlich unzuständig ist, auf dem betreffenden Gebiet im Einzelfall ein Rechtsverhältnis zu regeln, nur mit Zurückhaltung angenommen werden soll, ist vorliegend nicht von der Nichtigkeit der Verfügung des SEM vom 30. August 2023, sondern von deren Anfechtbarkeit auszugehen.

5.4 Aufgrund des Gesagten sind die Ziffern 3, 4 und 5 des Dispositivs der Verfügung des SEM vom 30. August 2023 von Amtes wegen aufzuheben, da die funktionale Zuständigkeit betreffend die Prüfung allfälliger nachträglich entstandener Umstände, die dem Vollzug der Wegweisung entgegenstehen (Art. 83 Abs. 4 AIG), bei den kantonalen Behörden liegt.

5.5 Die Beschwerde wird dadurch gegenstandslos, soweit in dieser beantragt wird, wegen Unzulässigkeit und Unzumutbarkeit des Wegweisungsvollzugs sei die vorläufige Aufnahme anzuordnen. Zudem ist festzustellen, dass die Ziffern 1 und 2 des Dispositivs der Verfügung des SEM vom 30. August 2023 mangels Anfechtung mit Ablauf der Beschwerdefrist in Rechtskraft erwachsen sind.

6.

6.1 Durch den direkten Entscheid in der Hauptsache wird der Antrag, es sei auf die Erhebung eines Kostenvorschusses zu verzichten, gegenstandslos.

6.2

6.2.1 Bei gegenstandslos gewordenen Verfahren sind die Verfahrenskosten in der Regel jener Partei aufzuerlegen, welche die Gegenstandslosigkeit bewirkt hat. Für den Fall, dass das Verfahren ohne Zutun der Parteien gegenstandslos geworden ist, sind die Kosten aufgrund der Sachlage vor Eintritt des Erledigungsgrunds festzulegen (Art. 5 Bst. b des Reglements über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE; SR 173.320.2]).

6.2.2 Vorliegend ist die Gegenstandslosigkeit des Beschwerdeverfahrens zufolge der von Amtes wegen zu berücksichtigenden funktionalen

Unzuständigkeit des SEM, über die Wegweisung und die Anordnung des Vollzugs derselben zu befinden, ohne Zutun der Parteien eingetreten.

6.2.3 Aufgrund der Akten ergeben sich keine konkreten Anhaltspunkte, die darauf schliessen liessen, der Beschwerdeführer müsse im Falle der Rückkehr nach Algerien eine menschenrechtswidrige Behandlung befürchten oder er sei dort aus anderen Gründen konkret gefährdet (vgl. Art. 83 Abs. 3 und 4 AIG). Es wird auch nicht ersichtlich, dass der Vollzug der Wegweisung im Sinne von Art. 83 Abs. 2 AIG nicht möglich wäre. Den in der Beschwerde gestellten Begehren, es sei wegen Unzulässigkeit und Unzumutbarkeit des Wegweisungsvollzugs die vorläufige Aufnahme anzuordnen, wäre aufgrund der Aktenlage mithin kaum Erfolg beschieden und die Gesuche um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege und unentgeltlichen Verbeiständung wären folglich abzuweisen gewesen.

6.3 Die Kosten des Verfahrens von Fr. 750.– sind demnach dem Beschwerdeführer aufzuerlegen (Art. 63 Abs. 1 VwVG). Die Ausrichtung einer Parteientschädigung fällt ausser Betracht (Art. 15 i.V.m. Art. 5 VGKE).

(Dispositiv nächste Seite)

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.

Die Ziffern 3, 4 und 5 des Dispositivs der Verfügung des SEM vom 30. August 2023 werden aufgehoben.

2.

Die Beschwerde wird als gegenstandslos geworden abgeschrieben.

3.

Die Verfahrenskosten von Fr. 750.– werden dem Beschwerdeführer auferlegt. Dieser Betrag ist innert 30 Tagen ab Versand des Urteils zu Gunsten der Gerichtskasse zu überweisen.

4.

Es wird keine Parteientschädigung ausgerichtet.

5.

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

Der vorsitzende Richter:

Der Gerichtsschreiber:

Walter Lang

Christoph Basler

Versand: