



---

Abteilung IV  
D-5449/2015  
law/rep

## **Urteil vom 15. September 2015**

---

Besetzung

Einzelrichter Walter Lang,  
mit Zustimmung von Richter William Waeber;  
Gerichtsschreiber Philipp Reimann.

---

Parteien

A. \_\_\_\_\_, geboren (...),  
Eritrea,  
vertreten durch lic. iur. Tarig Hassan, LL.M.,  
Advokatur Kanonengasse, (...),  
Beschwerdeführer,

gegen

**Staatssekretariat für Migration (SEM;**  
zuvor Bundesamt für Migration, BFM),  
Quellenweg 6, 3003 Bern,  
Vorinstanz.

---

Gegenstand

Wegweisung und Wegweisungsvollzug (Beschwerde gegen  
Nichteintreten auf Wiedererwägungsgesuch; vormals Nicht-  
eintreten auf Asylgesuch [sicherer Drittstaat] und Wegwei-  
sung);  
Verfügung des SEM vom 26. August 2015 / N (...).

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

Die religiös angetraute Ehefrau des Beschwerdeführers – B.\_\_\_\_\_ – reiste am 23. Juni 2011 in die Schweiz ein, wo sie noch am selben Tag um Asyl nachsuchte. Am 22. Februar 2012 brachte sie den Sohn C.\_\_\_\_\_ zur Welt. Mit Verfügung vom 20. September 2013 lehnte das BFM ihr Asylgesuch ab, anerkannte sie und ihr Kind indessen gleichzeitig als Flüchtlinge und ordnete ihre vorläufige Aufnahme wegen Unzulässigkeit des Wegweisungsvollzugs an.

**B.**

Der Beschwerdeführer – ein eritreischer Staatsangehöriger – gelangte eigenen Angaben zufolge am 10. Juni 2014 in die Schweiz und reichte gleichentags im Empfangs- und Verfahrenszentrum (EVZ) (...) ein Asylgesuch ein.

**C.**

**C.a** Am 27. Juni 2014 fand im EVZ die Befragung zur Person (BzP) statt. Dabei führte der Beschwerdeführer aus, er habe Eritrea – nachdem er aus dem Militärdienst desertiert sei – am 7. Juni 2006 verlassen und sei über den Sudan und Libyen nach Italien gereist, wo er sich sechs Jahre lang aufgehalten habe. Die Lebensumstände in Italien seien schlecht gewesen; er habe keiner Arbeit nachgehen können und habe weder eine Unterkunft noch finanzielle Unterstützung erhalten. Er sei in die Schweiz gekommen, nachdem er von seinen Eltern erfahren habe, dass sich seine am 9. Januar 2006 religiös angetraute Ehefrau und der gemeinsame Sohn hier aufhalten würden. Seine Ehefrau wisse nicht, dass er hier sei. Er habe sie damals in Eritrea zurückgelassen und aus den Augen verloren. Einmal habe er sie per Zufall im Sudan getroffen, als er seinen Bruder besucht habe.

**C.b** Der Beschwerdeführer reichte im EVZ seinen eritreischen Identitätsausweis und eine Heiratsurkunde sowie zwei Fotografien seinen Militärdienst betreffend zu den Akten.

**D.**

Die italienischen Behörden teilten dem SEM mit Schreiben vom 17. September 2014 – in Beantwortung des Dublin-Rückübernahmeersuchens vom 17. Juli 2014 – mit, dem Beschwerdeführer sei in Italien subsidiärer Schutz zuerkannt worden, weshalb eine Rückübernahme gestützt auf das Dublin-Übereinkommen nicht möglich sei.

**E.**

Mit Verfügung vom 29. Oktober 2014 trat das SEM in Anwendung von Art. 31a Abs. 1 Bst. a AsylG (SR 142.31) auf das Asylgesuch des Beschwerdeführers nicht ein und ordnete dessen Wegweisung aus der Schweiz an. Gleichzeitig forderte es ihn auf, die Schweiz (spätestens) am Tag nach Eintritt der Rechtskraft der Verfügung zu verlassen, und beauftragte den zuständigen Kanton mit dem Vollzug der Wegweisung. Sodann händigte es dem Beschwerdeführer die editionspflichtigen Akten gemäss Aktenverzeichnis aus.

**F.**

Gemäss der am 29. Juni 2015 beim Bundesverwaltungsgericht eingegangenen Geburtsmitteilung des Zivilstandsamtes D.\_\_\_\_\_ gebar die Partnerin des Beschwerdeführers am (...) eine Tochter namens E.\_\_\_\_\_.

**G.**

Mit Urteil D-6565/2014 vom 29. Juni 2015 lehnte das Bundesverwaltungsgericht die am 11. November 2014 gegen die Verfügung vom 29. Oktober 2014 erhobene Beschwerde ab, soweit es auf diese eintrat.

**H.**

Mit Eingabe vom 23. Juli 2015 stellte der Beschwerdeführer mittels seines Rechtsvertreters beim SEM ein Wiedererwägungsgesuch. Dabei beantragte er, die vorinstanzliche Verfügung sei aufzuheben. Dem vorliegenden Wiedererwägungsgesuch sei die aufschiebende Wirkung zu erteilen und das Migrationsamt des Kantons F.\_\_\_\_\_ im Sinne einer vorsorglichen Massnahme unverzüglich anzuweisen, von jeglichen Vollzugshandlungen Abstand zu nehmen. Es sei auf sein Asylgesuch einzutreten und er sei vertieft zu seinen Asylgründen anzuhören. Eventualiter sei auf das Asylgesuch einzutreten und ihm in Zuerkennung der Flüchtlingseigenschaft Asyl zu gewähren. Subeventualiter sei festzustellen, dass der Vollzug der Wegweisung unzulässig sei und es sei die vorläufige Aufnahme anzuordnen. Im Weiteren beantragte er, er sei im Sinne von Art. 111d Abs. 2 AsylG von der Bezahlung der Verfahrenskosten zu befreien und es sei auf die Erhebung eines Gebührenvorschusses zu verzichten. Als Beweismittel reichte er ein vom 10. Juli 2015 datierendes Abstammungsgutachten bezüglich der beiden Kinder C.\_\_\_\_\_ und E.\_\_\_\_\_ sowie eine Wohnsitzbescheinigung der Gemeinde G.\_\_\_\_\_ vom 8. Juli 2015 ein.

**I.**

Mit Zwischenverfügung vom 31. Juli 2015 stellte das SEM fest, das Wiedererwägungsgesuch sei aussichtslos, und forderte den Beschwerdeführer auf, bis zum 17. August 2015 einen Gebührevorschuss in Höhe von Fr. 600.– einzuzahlen, ansonsten auf das Wiedererwägungsgesuch nicht eingetreten werde.

**J.**

Mit Eingabe vom 6. August 2015 ersuchte der Beschwerdeführer das SEM mittels seines Rechtsvertreters, auf seine Zwischenverfügung vom 31. Juli 2014 wiedererwägungsweise zurückzukommen und auf die Erhebung eines Gebührevorschusses zu verzichten. Dabei reichte er ein ärztliches Schreiben von Dr. med. H. \_\_\_\_\_ vom 30. Juli 2015 zu den Akten. Letztgenanntem Bericht ist insbesondere zu entnehmen, dass die Ehefrau des Beschwerdeführers nach ihrer Ankunft in der Schweiz und der Geburt ihres Sohnes C. \_\_\_\_\_ mit dessen Erziehung überfordert gewesen sei und selber an Depressionen und Panikstörungen gelitten habe. C. \_\_\_\_\_ habe bereits im Jahr 2012 wegen kindlicher Depressionen dem Kinder- und Jugendpsychiatrischen Dienst zugewiesen werden müssen. Erst nach der Ankunft des Beschwerdeführers in der Schweiz sei das Kind wie "umgekrepelt gewesen", habe zu sprechen begonnen, Kontakt mit Fremden aufgenommen, strukturiert zu spielen begonnen und auch Grenzen akzeptiert. Letztlich sei diese Entwicklung gefährdet, falls der Vater von seinem Kind getrennt würde.

**K.**

Mit Zwischenverfügung vom 10. August 2015 äusserte das SEM sich dahingehend, weder die Eingabe (vom 6. August 2015) noch die eingereichte Stellungnahme (vom 30. Juli 2015) stellten neue relevante Begebenheiten dar, weshalb an der Zwischenverfügung vom 31. Juli 2015 festgehalten werde.

**L.**

Am 12. August 2015 zahlte der Beschwerdeführer den eingeforderten Gebührevorschuss.

**M.**

Mit Verfügung vom 26. August 2015 – eröffnet am 31. August 2015 – trat das SEM auf das Wiedererwägungsgesuch vom 23. Juli 2015 nicht ein und

stellte fest, die Verfügung vom 29. Oktober 2014 sei rechtskräftig und vollstreckbar. Im Weiteren hielt es fest, einer allfälligen Beschwerde komme keine aufschiebende Wirkung zu.

## **N.**

Mit Eingabe vom 7. September 2015 erhob der Beschwerdeführer mittels seines Rechtsvertreters Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht. Er beantragte dabei, die Verfügung der Vorinstanz sei vollumfänglich aufzuheben. Die Vorinstanz sei anzuweisen, auf das Wiedererwägungs- und auf das Asylgesuch einzutreten. Der Beschwerde sei die aufschiebende Wirkung zu gewähren und das Migrationsamt des Kantons F. \_\_\_\_\_ im Sinne einer vorsorglichen Massnahme unverzüglich anzuweisen, von jeglichen Vollzugshandlungen Abstand zu nehmen. Im Weiteren beantragte er in verfahrensrechtlicher Hinsicht, es sei ihm die unentgeltliche Prozessführung zu bewilligen, auf die Erhebung eines Kostenvorschusses zu verzichten und ihm in der Person seines Rechtsvertreters ein unentgeltlicher Rechtsbeistand zu bestellen. Schliesslich wurde darum ersucht, dem Rechtsvertreter vor Eröffnung des Beschwerdeurteils die Möglichkeit einzuräumen, seine Honorarnote einzureichen.

## **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. Nachdem gemäss Lehre und Praxis Wiedererwägungsentscheide grundsätzlich wie die ursprüngliche Verfügung auf dem ordentlichen Rechtsmittelweg weitergezogen werden können, ist das Bundesverwaltungsgericht für die Beurteilung der vorliegenden Beschwerde zuständig. Es entscheidet auf dem Gebiet des Asyls – in der Regel und auch vorliegend – endgültig (Art. 105 AsylG, SR 142.31; Art. 83 Bst. d Ziff. 1 des BGG).

**1.2** Der Beschwerdeführer hat am Verfahren vor der Vorinstanz teilgenommen, ist durch die angefochtene Verfügung besonders berührt, hat ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung beziehungsweise Änderung und ist daher zur Einreichung der Beschwerde legitimiert (Art. 105

AsylG i.V.m. Art. 37 VGG und Art. 48 Abs. 1 VwVG). Auf die frist- und formgerecht eingereichte Beschwerde (Art. 108 Abs. 1 AsylG; Art. 105 AsylG i.V.m. Art. 37 VGG und Art. 52 Abs. 1 VwVG) ist somit 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. 112 AuG i.V.m. Art. 49 VwVG (vgl. BVGE 2014/26 E. 5.4 f.).

## **3.**

**3.1** Das Wiedererwägungsverfahren ist seit dem Inkrafttreten der Änderung des Asylgesetzes vom 14. Dezember 2012 am 1. Februar 2014 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; im Übrigen richtet sich das Verfahren nach den revisionsrechtlichen Bestimmungen von Art. 66–68 VwVG (Art. 111b Abs. 1 AsylG).

**3.2** Gemäss herrschender Lehre und ständiger Praxis des Bundesgerichts ergibt sich jedoch aus Art. 29 BV unter bestimmten Voraussetzungen ein verfassungsrechtlicher Anspruch auf Wiedererwägung (vgl. BGE 138 I 61 E. 4.3 S. 72 f.; 136 II 177 E. 2 S. 181 f., je mit weiteren Hinweisen). Danach hat die zuständige Behörde eine selbst getroffene Verfügung in Wiedererwägung zu ziehen, 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 ursprünglich fehlerfreie Verfügung an nachträglich eingetretene Veränderungen der Sachlage anzupassen ist. Sodann können auch Revisionsgründe im Sinne von Art. 66 Abs. 2 VwVG einen Anspruch auf Wiedererwägung begründen, sofern sie sich auf eine in materielle Rechtskraft erwachsene Verfügung beziehen, die entweder unangefochten geblieben oder deren Beschwerdeverfahren mit einem formellen Prozessurteil abgeschlossen worden ist. Ein solchermassen als qualifiziertes Wiedererwägungsgesuch zu bezeichnendes Rechtsmittel ist grundsätzlich nach den Regeln des Revisionsverfahrens zu behandeln.

## **4.**

**4.1** Anfechtungsgegenstand der vorliegenden Beschwerde ist die Nichteintretensverfügung des SEM vom 26. August 2015. Die Beschwerde beschränkt sich somit auf die Frage, ob die Nichteintretensverfügung zu Recht erfolgte.

**4.2** Der Beschwerdeführer vertritt sowohl im Wiedererwägungsgesuch als auch in der Beschwerde die Auffassung, zwischenzeitlich stehe durch das Abstammungsgutachten vom 10. Juli 2015 fest, dass er mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit der biologische Vater der beiden Kinder C.\_\_\_\_\_ und E.\_\_\_\_\_ seiner Ehefrau sei. Im Weiteren gehe aus der Wohnsitzbescheinigung der Gemeinde G.\_\_\_\_\_ vom 8. Juli 2015 hervor, dass er und seine Ehefrau seit dem 24. Juli 2014 in der gemeinsamen Wohnung am I.\_\_\_\_\_ in G.\_\_\_\_\_ zusammenleben würden. Im Weiteren bilde eben auch die Tatsache, dass er seit seiner Ankunft in der Schweiz gemeinsam mit seiner Ehefrau sowie seinen beiden Kindern lebe, ein Indiz für das Vorliegen eines gemäss Art. 8 EMRK geschützten Familienlebens. Damit würden die vom SEM in seiner Verfügung vom 26. August 2015 geäusserten Zweifel an der Ernsthaftigkeit und Beständigkeit der Beziehung des Beschwerdeführers zu seiner in der Schweiz lebenden Familie, die auch vom Bundesverwaltungsgericht in dessen Urteil vom 29. Juni 2015 noch vertreten worden seien, widerlegt. Aus diesem Grunde müsse auch die ursprüngliche Verfügung des SEM vom 29. Oktober 2014 als fehlerhaft qualifiziert werden. All diese Überlegungen zeigten auf, dass sehr wohl erhebliche Tatsachen und Beweismittel vorliegen würden, die das SEM im Rahmen eines materiellen Wiedererwägungsentscheides hätte prüfen müssen.

**4.3** Mit dieser Argumentation verkennt der Beschwerdeführer, dass die Vorinstanz in ihrem Nichteintretensentscheid im Kern festhielt, die Prüfung der Voraussetzungen von Art. 8 EMRK müsse, wie bereits im Urteil des Bundesverwaltungsgerichts D-6565/2014 vom 29. Juni 2015 festgehalten, *im Rahmen des Verfahrens um Familienzusammenführung beziehungsweise Familiennachzug geprüft* werden. Dabei ist anzumerken, dass das Hauptanliegen des Beschwerdeführers nicht in einer Behandlung seines – bereits in Italien durchgeführten – Asylverfahrens liegt, sondern in einer Familienzusammenführung. Da die Ehefrau des Beschwerdeführers als Flüchtling anerkannt und vorläufig aufgenommen wurde, kommen dabei, wie bereits im Urteil des Bundesverwaltungsgerichts D-6565/2014 vom 29. Juni 2015 E. 6.2.4 festgestellt, die Bestimmungen von Art. 85 Abs. 7 AuG (SR 142.20) zur Anwendung. Vom Beschwerdefüh-

rer und seiner Partnerin kann verlangt werden, dass sie ein solches Verfahren mit einem entsprechenden Gesuch bei der zuständigen Behörde (vgl. hierzu im Einzelnen Art. 74 der Verordnung über Zulassung, Aufenthalt und Erwerbstätigkeit vom 24. Oktober 2007 [VZAE, SR 142.201]) einleiten. Es kann dem Beschwerdeführer auch zugemutet werden, den Ausgang eines solchen Verfahrens in Italien abzuwarten. Somit ist der mit der Trennung der Familie einhergehende Eingriff verhältnismässig, zumal die räumliche Trennung nicht sonderlich gross und überdies nur von vorübergehender Dauer wäre, sofern das Familienzusammenführungsverfahren positiv verlaufen würde. Im Verfahren um Familienzusammenführung könnte zudem vertieft der Frage nach der tatsächlich gelebten Beziehung sowie der Frage des Kindeswohls nach weiterem Umgang mit ihrem Vater nachgegangen werden.

#### **5.**

Angesichts der vorgehenden Feststellung, wonach die Prüfung der Voraussetzungen von Art. 8 EMRK nicht im Rahmen des vorliegenden Verfahrens, sondern im Rahmen eines neu zu initiiierenden Verfahrens um Familiennachzug nach Massgabe der Bestimmungen von Art. 85 Abs. 7 AuG zu erfolgen hat, ist das SEM auf das Wiedererwägungsgesuch vom 23. Juli 2015 zu Recht nicht eingetreten. Damit erweist sich auch die Verfügung des SEM vom 29. Oktober 2014 als nach wie vor rechtsbeständig. In diesem Zusammenhang ist auf den in Ziff. 2 der Beschwerdebegehren formulierten Antrag, die Vorinstanz sei anzuweisen, [...] auf das Asylgesuch einzutreten, nicht einzutreten.

#### **6.**

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

#### **7.**

Das Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege im Sinne von Art. 65 Abs. 1 VwVG ist ungeachtet der allfälligen Bedürftigkeit des Beschwerdeführers, abzuweisen, da die Beschwerdebegehren – wie sich aus den vorstehenden Erwägungen ergibt – als aussichtslos zu bezeichnen sind und daher die kumulativ zu erfüllenden Voraussetzungen im Sinne von Art. 65 Abs. 1 VwVG nicht gegeben sind. Das Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung ist deshalb abzuweisen und die auf insge-

samt Fr. 1'200.– festzusetzenden Verfahrenskosten (Art. 1–3 des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]) sind dem Beschwerdeführer aufzuerlegen (Art. 63 Abs. 1 VwVG). Mangels Vorliegens der Voraussetzungen von Art. 65 Abs. 1 VwVG ist auch das Gesuch um unentgeltliche Rechtsverteidigung im Sinne von Art. 65 Abs. 2 VwVG abzuweisen. Mit dieser Entscheidung in der Hauptsache ist auch das Gesuch um Entbindung von der Kostenvorschusspflicht gegenstandslos geworden.

(Dispositiv nächste Seite)

**Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:**

**1.**

Die Beschwerde wird abgewiesen, soweit auf diese eingetreten wird.

**2.**

Die Gesuche um Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung und Rechtsverteidigung werden abgewiesen.

**3.**

Die Verfahrenskosten von Fr. 1'200.- werden dem Beschwerdeführer auferlegt. Dieser Betrag ist innert 30 Tagen ab Versand des Urteils zu Gunsten der Gerichtskasse zu überweisen.

**4.**

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

Der Einzelrichter:

Der Gerichtsschreiber:

Walter Lang

Philipp Reimann

Versand: