



Abteilung IV
D-5484/2017
law/joc

Urteil vom 25. September 2019

Besetzung

Richter Walter Lang (Vorsitz),
Richterin Gabriela Freihofer,
Richter Gérald Bovier,
Gerichtsschreiberin Claudia Jorns Morgenegg.

Parteien

A. _____, geboren am (...),
Irak,
vertreten durch lic. iur. LL.M. Tarig Hassan,
(...)
Beschwerdeführerin,

gegen

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

Gegenstand

Wegweisung;
Verfügung des SEM vom 24. August 2017 / N (...).

Sachverhalt:**A.**

A.a Mit Eingabe an das Migrationsamt des Kantons B. _____ vom 9. März 2017 ersuchte rubrizierter Rechtsvertreter – unter Einreichung verschiedener Unterlagen – um Erteilung einer Rentnerbewilligung im Sinne von Art. 28 des Ausländergesetzes (AuG; seit der Teilrevision vom 1. Januar 2019 [AS 2018 3171] umbenannt in: Ausländer- und Integrationsgesetz [AIG] SR 142.20).

Zur Begründung wurde im Wesentlichen ausgeführt, die Beschwerdeführerin sei am 5. Januar 2017 mittels eines bis zum 3. Februar 2017 gültigen Schengen-Visums via Italien in die Schweiz eingereist. Ihre Tochter, die über eine Niederlassungsbewilligung verfüge, lebe mit ihren drei Kindern in der Schweiz. Auch ein Sohn der Beschwerdeführerin wohne in der Schweiz. Die Beschwerdeführerin komme regelmässig in die Schweiz und pflege einen intensiven Kontakt zu den hier wohnhaften Familienmitgliedern. Sie leide unter gesundheitlichen Problemen, sei nicht reisefähig und auf Betreuung angewiesen. Sie könne nicht alleine leben. Im Irak wäre sie auf sich alleine gestellt, weshalb die in der Schweiz wohnhafte Tochter gerne deren Betreuung übernehmen würde. Die Tochter, von Beruf (...), würde vollumfänglich für ihre Mutter aufkommen. Eine entsprechende Verpflichtungserklärung habe sie für ihre Mutter bereits unterzeichnet. Die Beschwerdeführerin würde zudem eine monatliche Rente aus dem Irak erhalten.

A.b Mit Entscheid vom 23. März 2017 stellte das Migrationsamt des Kantons B. _____ in Anwendung von Art. 17 Abs. 1 AIG fest, die Beschwerdeführerin habe das Verfahren im Ausland abzuwarten und werde gestützt auf Art. 64 Abs. 1 Bst. a AIG weggewiesen. Sie habe die Schweiz bis zum 10. April 2017 zu verlassen.

Das Migrationsamt hielt zur Begründung im Wesentlichen fest, die Voraussetzungen eines gesetzlichen, verfassungs- oder konventionsrechtlichen Anspruchs auf eine Bewilligung im Sinne von Art. 17 Abs. 2 AIG seien mit grosser Wahrscheinlichkeit nicht gegeben. Aus Art. 8 der Konvention vom 4. November 1950 zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK, SR 0.101) ergebe sich nichts Anderes. Falls am Gesuch festgehalten werde – so in Ziff. 4. der Erwägungen – müssten innert 20 Tagen verschiedene Unterlagen beim Migrationsamt eingereicht werden.

B.

B.a Mit Schreiben vom 6. April 2017 gelangte die Tochter der Beschwerdeführerin an das Empfangs- und Verfahrenszentrum (EVZ) C. _____ und machte – unter Beilage verschiedener Dokumente – namens ihrer Mutter geltend, diese befinde sich in einer Notlage. Die Beschwerdeführerin habe in Bagdad zusammen mit einem ihrer Söhne und dessen Frau gelebt. Diese hätten sich um sie gekümmert. Der Sohn habe sich politisch kritisch geäußert, weshalb er nun um sein Leben fürchte. Er könne nicht mehr zusammen mit seiner Frau im Irak leben. Aus Angst vor Racheakten an der (...) Mutter habe ihr Sohn für sie ein Schengen-Visum für Italien organisiert. Die Mutter sei krank und vergesslich, könne nicht für sich selber sorgen und müsse viele Medikamente einnehmen. Es sei ihr daher nicht möglich, in ein Asylheim zu gehen. Sie, die Tochter, würde die Pflege ihrer Mutter übernehmen.

B.b Mit Schreiben vom 6. April 2017 erteilte das SEM der Tochter die Bewilligung, die Beschwerdeführerin privat bei sich unterzubringen. Gleichzeitig forderte es die Beschwerdeführerin auf, sich zwecks Befragung zur Person (BzP) am 20. April 2017 im EVZ C. _____ zu melden.

C.

Mit Schreiben an das Migrationsamt des Kantons B. _____ vom 13. April 2017 ersuchte rubrizierter Rechtsvertreter um Sistierung des Gesuchs um Erteilung einer Rentnerbewilligung. Seine Klientin befinde sich derzeit in einem hängigen Asylverfahren, was Auswirkungen auf ihre Aufenthaltsverhältnisse haben werde. Ohne gegenteilige Nachricht gehe er von der Sistierung des Gesuchs aus. Sollte eine solche nicht möglich sein, ersuche er – vor Weiterbearbeitung des Gesuchs und Erlass einer kostenpflichtigen Verfügung – um Mitteilung.

D.

D.a Am 20. April 2017 wurde vom SEM mit der Beschwerdeführerin die Befragung zur Person (BzP) durchgeführt und am 10. August 2017 hörte es sie einlässlich zu ihren Asylgründen an. Zu dieser Anhörung wurde die Beschwerdeführerin – wie schon an der BzP – durch ihre Tochter begleitet.

Die Beschwerdeführerin gab in den beiden Befragungen im Wesentlichen an, sie stamme aus Bagdad, wo sie geboren und aufgewachsen sei und bis zu ihrer Ausreise gelebt habe. Keines ihrer Kinder lebe mehr dort. Sie glaube, sie sei bereits zwei Mal bei ihrer Tochter in der Schweiz zu Besuch gewesen. Sie sei im Januar 2017 mit einem Visum von Bagdad via Mailand

in die Schweiz gereist. Das Visum habe ihr Sohn beantragt gehabt. Ein Mann habe sie bei ihrer Reise begleitet. Am 5. Januar 2017 sei sie von Italien herkommend in die Schweiz eingereist. Sie sei eine alte Frau und wisse nicht, wer sie pflegen solle, wenn sie krank werde. Sie wolle sich bei ihrer Tochter erholen. Auch wolle sie wieder mal in den Irak zurückkehren, den Lebensabend aber bei den Kindern in der Schweiz verbringen. In Bagdad sei jeden Tag ihr Haus kontrolliert und durchsucht worden.

Die Tochter merkte in den Befragungen ergänzend an, ihre Mutter habe ein (...) und (...). Ausserdem sei sie (...). Sie sei bereits vier Mal bei ihr zu Besuch in der Schweiz gewesen. Ihre Mutter könne sich nur nicht genau erinnern. Im Haus, in dem ihre Mutter in Bagdad zuletzt gewohnt habe, wohne jetzt niemand mehr. Sie (die Tochter) sei mit der Trennung von ihrem Ehemann beschäftigt und daher gestresst gewesen. Deshalb habe sie das Gesuch um Erteilung einer Rentnerbewilligung erst später, nach der Einreise ihrer Mutter, eingereicht. Auch sei die Beschwerdefrist gegen den Wegweisungsentscheid sehr kurz gewesen.

D.b Gemäss einer Aktennotiz vom 17. August 2017 hat sich der zuständige Sachbearbeiter des SEM telefonisch am nämlichen Tag mit der Person in Verbindung gesetzt, welche für das Migrationsamt des Kantons B. _____ am 23. März 2017 die vorsorgliche Wegweisung der Beschwerdeführerin erlassen hatte, und sich nach dem Stand des Verfahrens betreffend Rentenbewilligung sowie danach erkundigt, weshalb die Prüfung des Wegweisungsvollzugs durch das Migrationsamt aufgrund der Herkunft der Beschwerdeführerin aus Bagdad nicht analog der Praxis des SEM dessen Unzumutbarkeit ergeben habe. Gemäss Aktennotiz vertrat der Mitarbeiter des Migrationsamtes in seiner Auskunft unter anderem die Auffassung, da die Beschwerdeführerin ein Asylgesuch gestellt habe, erachte sich das Migrationsamt nicht mehr für zuständig (vgl. SEM-act. A21/1).

D.c Mit Verfügung vom 24. August 2017 – eröffnet am 28. August 2017 – stellte das SEM fest, die Beschwerdeführerin erfülle die Flüchtlingseigenschaft nicht (Dispositivziffer 1) und lehnte ihr Asylgesuch ab (Dispositivziffer 2). Ferner stellte es fest, der Entscheid über den weiteren Aufenthalt in der Schweiz oder eine allfällige Wegweisung falle in die Zuständigkeit der kantonalen Migrationsbehörden (Dispositivziffer 3).

Das SEM hielt die von der Beschwerdeführerin dargelegten Ausreisgründe für nicht relevant im Sinne von Art. 3 AsylG (SR 142.31). Unter Hinweis auf die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts (vgl. BVGE 2013/37)

erachtete es sich sodann als nicht zuständig für die Anordnung der Wegweisung im Sinne von Art. 44 AsylG. Über das Gesuch um Erteilung einer Rentnerbewilligung sei ungeachtet des Sistierungsantrages noch durch das Migrationsamt des Kantons B. _____ zu entscheiden. Die konkrete Beurteilung eines potenziellen Anspruchs auf Erteilung einer ausländerrechtlichen Bewilligung und damit über die Wegweisung falle somit in die Zuständigkeit des Migrationsamtes, da bei diesem ein Verfahren um Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung hängig sei.

D.d Gegen den Entscheid des SEM vom 24. August 2017 erhob rubrizierter Rechtsvertreter beim Bundesverwaltungsgericht namens der Beschwerdeführerin am 27. September 2017 Beschwerde. Darin wurde beantragt, die Dispositivziffer 3 der Verfügung der Vorinstanz sei aufzuheben und die Sache sei zwecks neuer Entscheidung an die Vorinstanz zurückzuweisen. Eventualiter sei die vorläufige Aufnahme anzuordnen. In verfahrensrechtlicher Hinsicht wurde beantragt, es sei die unentgeltlichen Prozessführung zu bewilligen und auf die Erhebung eines Kostenvorschusses sei zu verzichten. Der Beschwerdeführerin sei in der Person des unterzeichnenden Rechtsvertreters ein unentgeltlicher Rechtsbeistand zu bestellen.

Zur Begründung wurde im Wesentlichen ausgeführt, das SEM verkenne, dass das Migrationsamt des Kantons B. _____ einen rechtskräftigen Entscheid gefällt habe. Die Beschwerdeführerin könne sich grundsätzlich nicht auf einen Anspruch auf Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung berufen. Dem SEM komme daher die Zuständigkeit zur Durchführung des Wegweisungsverfahrens zu. Das SEM habe den Untersuchungsgrundsatz verletzt und den rechtserheblichen Sachverhalt unrichtig respektive unvollständig abgeklärt.

Das Verfahren um Erteilung einer Rentnerbewilligung sei durch die kantonale Migrationsbehörde formlos beschrieben worden. Die Beschwerdeführerin habe sich weder ins Ausland begeben, um dort das Verfahren abzuwarten, noch habe sie innert Frist die geforderten Unterlagen eingereicht. Es sei daher davon auszugehen, dass das kantonale Migrationsamt nach Einreichen des Asylgesuches respektive spätestens nach Ablauf der angesetzten Frist zur Einreichung der Unterlagen davon ausgegangen sei, die Beschwerdeführerin habe kein Interesse an der materiellen Prüfung ihres Gesuches um Erteilung einer Rentnerbewilligung und halte an diesem nicht mehr fest. Das Gesuch sei daher gegenstandslos geworden und dahingefallen, weshalb es keiner abschliessenden Regelung bedürft habe.

Daher gehe gemäss EMARK (Entscheidungen und Mitteilungen der Schweizerischen Asylrekurskommission) Nr. 2001 Nr. 21 E. 11 b die Zuständigkeit, die Wegweisung der Beschwerdeführerin aus der Schweiz anzuordnen, wieder an das SEM über.

Unter Zitierung erwähnter Rechtsprechung sowie verschiedener Urteile des Bundesverwaltungsgerichts wurde im Weiteren argumentiert, die Wegweisung sei durch das SEM im Asylverfahren nur dann nicht zu verfügen, wenn ein grundsätzlicher Anspruch auf Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung bestehe. Das SEM hätte daher vorfrageweise prüfen müssen, ob ein solcher Anspruch bestehe, was es unterlassen habe. Könne sich die asylsuchende Person allerdings nicht auf einen solchen Anspruch berufen, so liege die Zuständigkeit zur Anordnung der Wegweisung bei den Asylbehörden und zwar unabhängig davon, ob ein Gesuch bei der kantonalen Migrationsbehörde hängig sei oder nicht. Bei Art. 28 AIG handle es sich – wie die Migrationsbehörde festgehalten habe – nicht um eine Norm, die einen Anspruch auf Erteilung einer Bewilligung verankere. Es handle sich um einen Ermessensentscheid der kantonalen Migrationsbehörde. Die Zuständigkeit bezüglich der Wegweisung sei auch deshalb nicht auf die kantonale Migrationsbehörde übergegangen.

Die Beschwerdeführerin wäre im Falle einer Rückkehr in den Irak einer konkreten Gefährdung im Sinne von Art. 83 Abs. 4 AIG ausgesetzt, denn aufgrund der aktuellen Sicherheitslage im Zentralirak sei der Wegweisungsvollzug nach Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts nicht zumutbar. Auch leide sie unter verschiedenen gesundheitlichen Problemen, wie dem beigelegten Arztzeugnis zu entnehmen sei. Die Verfügung des SEM sei daher aufzuheben und der Beschwerdeführerin die vorläufige Aufnahme zu gewähren. Das SEM habe den Vollzug der Wegweisung nach Bagdad nicht geprüft. Dies obwohl der Aktennotiz des SEM vom 9. August 2017 zu entnehmen sei, dass es im Falle seiner Zuständigkeit die Unzumutbarkeit des Wegweisungsvollzuges festgestellt hätte, da in Bagdad eine Situation allgemeiner Gewalt herrsche.

D.e Mit Zwischenverfügung vom 17. Oktober 2017 stellte der zuständige Instruktionsrichter des Bundesverwaltungsgerichts fest, die Beschwerdeführerin könne den Ausgang des Verfahrens in der Schweiz abwarten. Er hiess das Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung – unter Vorbehalt einer nachträglichen Veränderung der finanziellen Verhältnisse der Beschwerdeführerin – gut und verzichtete auf die Erhebung eines Kostenvorschusses. Das Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen

Rechtsverteiständigung wurde ebenfalls gutgeheissen und der Beschwerdeführerin wurde rubrizierter Rechtsvertreter als amtlicher Rechtsbeistand beigeordnet. Das SEM wurde zur Einreichung einer Vernehmlassung bis zum 1. November 2017 eingeladen.

D.f In seiner Vernehmlassung vom 25. Oktober 2017 gelangte das SEM zum Schluss, beim Entscheid des Migrationsamts des Kantons B. _____ vom 23. März 2017 handle es sich um eine vorsorgliche Wegweisung, mit der Anweisung den Entscheid um Erteilung einer Rentnerbewilligung im Ausland abzuwarten. Würde die Annahme der Beschwerdeführerin, das Gesuch um Erteilung einer Rentnerbewilligung sei formlos abgeschrieben worden, zutreffen, so hätte das Migrationsamt einen entsprechenden Abschreibungsbeschluss erlassen und diesen dem Rechtsvertreter zustellen müssen. Dies sei jedoch nicht geschehen. Wenn der Rechtsvertreter – wie vorgebracht – davon ausgegangen sei, durch Einreichung des Asylgesuches werde das ausländerrechtliche Verfahren um Erteilung der Rentnerbewilligung hinfällig, so sei nicht nachvollziehbar, weshalb er beim kantonalen Migrationsamt um Sistierung des Verfahrens ersucht habe. Da das Migrationsamt sich nicht zum Sistierungsantrag geäussert habe, habe das SEM davon ausgehen können, dass es dessen Antrag entsprochen habe, mithin das ausländerrechtliche Verfahren noch nicht abgeschlossen gewesen sei.

Der Sinn von Art. 14 Abs. 1 AsylG bestehe darin, dass nicht parallel zwei Verfahren geführt würden (vgl. Urteil des Bundesgerichts 2C_947/2016 vom 17. März 2017 E. 3.4). Es könne aber nicht sein, dass mittels dieser Einschränkung die Umgehung ausländerrechtlicher Bestimmungen und der Rechtsprechung ermöglicht würden, indem durch Einreichung eines Asylgesuches während eines ausländerrechtlichen Verfahrens verpasste Beschwerdefristen und/oder absichtlich unterlassene Rechtsmittel nicht beachtet würden.

Das SEM stellte sich im Weiteren auf den Standpunkt, es sei nicht strittig, dass sich die Beschwerdeführerin gestützt auf das AIG nicht auf einen Anspruch auf Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung berufen könne. Es frage sich jedoch, weshalb der Rechtsvertreter kein ausländerrechtliches Verfahren gestützt auf Art. 8 EMRK angestrengt habe. Vielleicht sei er der Ansicht gewesen, dass diesbezüglich kein Anspruch bestehe oder er habe es im Wissen darum unterlassen, da genannte Norm grundsätzlich kein verfahrensrechtliches Aufenthaltsrecht bis zum Bewilligungsentscheid ermögliche, wie dies das Migrationsamt in seiner Verfügung vom 23. März 2017

festgehalten habe. Das SEM habe das Gesuch um Erteilung einer Rentnerbewilligung als noch hängig erachtet. Deshalb habe es sich in seinem Entscheid nicht zur Frage geäußert, ob die Beschwerdeführerin aufgrund eines besonderen Abhängigkeitsverhältnisses zu ihrer Tochter gestützt auf Art. 8 EMRK offensichtlich einen Anspruch auf Erteilung einer Aufenthaltbewilligung gehabt hätte. Wie aus dem Anhörungsprotokoll hervorgehe, habe es aber eine vorfrageweise Prüfung dieser Frage vorgenommen. Aus Sicht des SEM wären die entsprechenden Kriterien offensichtlich gegeben, auch wenn sich die Beschwerdeführerin rüstig und unternehmenslustig gezeigt habe. Eine Ausnahme vom Grundsatz der Ausschliesslichkeit des Asylverfahrens hätte sich daher gerechtfertigt.

Unter Hinweis auf das Urteil E-8358/2015 des Bundesverwaltungsgerichts vom 3. Mai 2016 E. 4.5 hielt das SEM schliesslich fest, gemäss Art. 83 AIG seien auch die kantonalen Migrationsämter verpflichtet, bei der Weg- oder Ausweisung allfällige Wegweisungshindernisse zu prüfen. Die Beschwerdeführerin stamme aus Bagdad, wohin das SEM aufgrund der allgemeinen Sicherheitslage wegen Unzumutbarkeit keinen Wegweisungsvollzug anordne.

Dem SEM sei unverständlich, weshalb der Rechtsvertreter angesichts dieses Umstandes die Verfügung der kantonalen Migrationsbehörde weder angefochten habe noch wiedererwägungsweise habe prüfen lassen.

D.g Der Beschwerdeführerin wurde mit Verfügung vom 2. November 2017 die Gelegenheit erteilt, bis zum 17. November 2017 eine Replik einzureichen.

D.h Mit Replik vom 17. November 2017 erklärte der Rechtsvertreter namens der Beschwerdeführerin, das ausländerrechtliche Verfahren sei entgegen der Ansicht des SEM abgeschlossen. Nach dem Entscheid vom 23. März 2017 sei kein verfahrensbeendender Entscheid durch die Migrationsbehörde ergangen, weshalb um Sistierung des Verfahrens ersucht worden sei. Diese Eingabe sei nicht beantwortet worden, womit faktisch von einer Beendigung des Verfahrens auszugehen sei. Dies sei umso mehr der Fall, da die zuständige Sachbearbeiterin des Migrationsamtes dem Rechtsvertreter im September 2017 telefonisch bestätigt habe, dass das Verfahren abgeschlossen worden sei. Zwecks Entscheidfindung hätte das SEM daher die Akten des Migrationsamtes beiziehen sollen, was es unterlassen habe und womit der Untersuchungsgrundsatz verletzt sei.

D.i Dem SEM wurde mit Verfügung vom 27. November 2017 die Gelegenheit erteilt, bis zum 12. Dezember 2017 eine zweite Vernehmlassung zur Replik vom 17. November 2017 einzureichen.

D.j In seiner Stellungnahme vom 30. November 2017 erklärte das SEM im Wesentlichen, die Akten des ausländerrechtlichen Verfahrens seien soweit sie damals vorhanden gewesen seien, beigezogen und berücksichtigt worden.

D.k Nachdem der Beschwerdeführerin am 6. Dezember 2017 die Gelegenheit zur Stellungnahme erteilt worden war, hielt deren Rechtsvertreter mit Eingabe vom 21. Dezember 2017 fest, er halte an den bisherigen Ausführungen fest.

D.l Auf Anfrage des Bundesverwaltungsgerichts vom 11. Juni 2019 teilte das Migrationsamt des Kantons B. _____ mit E-Mail vom gleichen Tag mit, der Wegweisungsentscheid vom 23. März 2017 sei rechtskräftig. Der Rechtsvertreter habe mit Schreiben vom 17. April 2017 das Gesuch um Rentnerbewilligung sistiert, da die Beschwerdeführerin ein Asylgesuch eingereicht habe. Bis zum heutigen Zeitpunkt seien die für das Rentnergesuch notwendigen Unterlagen nicht eingegangen. Da gegen den Entscheid des SEM Beschwerde erhoben worden sei, seien ihrerseits keine weiteren Schritte eingeleitet worden.

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 daher zuständig für die Beurteilung der vorliegenden Beschwerde. Auf dem Gebiet des Asyls entscheidet es in der Regel – und so auch vorliegend – (Art. 105 AsylG; Art. 83 Bst. d Ziff. 1 BGG).

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

1.3 Die Beschwerdeführerin 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 (aArt. 108 Abs. 1 AsylG; Art. 105 AsylG i.V.m. Art. 37 VGG und Art. 52 Abs. 1 VwVG) eingereichte Beschwerde ist – unter nachfolgender Einschränkung (vgl. E. 2) – einzutreten.

2.

2.1 Die Verfügung als Anfechtungsgegenstand bildet in der Bundesverwaltungsrechtspflege den äusseren Rahmen, innerhalb welchem die Parteien der Rechtsmittelinstanz ein Rechtsverhältnis zur Beurteilung unterbreiten können. Der durch die Parteibeghären definierte Streitgegenstand darf dabei nicht über den Anfechtungsgegenstand hinausreichen. Gegenstand des Beschwerdeverfahrens kann somit nur sein, was Gegenstand des erstinstanzlichen Verfahrens war oder nach richtiger Gesetzesauslegung hätte sein sollen (vgl. KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI, *Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes*, 3. Aufl., 2013, Rz. 687, ANDRÉ MOSER, in: Auer/Müller/Schindler (Hrsg.), *Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren (VwVG)*, 2008, Rz. 3 zu Art. 52, CHRISTOPH AUER, *Streitgegenstand und Rügeprinzip im Spannungsfeld der verwaltungsrechtlichen Prozessmaximen*, 1997, S. 63).

2.2 Die angefochtene Verfügung enthält keine materielle Regelung betreffend den Vollzug der Wegweisung im Sinne von Art. 83 AIG. Mit dem Eventualbegehren, die Beschwerdeführerin sei zufolge Unzumutbarkeit des Vollzuges der Wegweisung im Sinne von Art. 83 Abs. 4 AIG vorläufig aufzunehmen, wird der Streitgegenstand in unzulässiger Weise über den in der angefochtenen Verfügung geregelten Anfechtungsgegenstand hinaus erweitert, weshalb auf dieses Begehren nicht einzutreten ist.

3.

Vorliegend ist lediglich die Dispositivziffer 3 der Verfügung angefochten und damit verbunden die Frage strittig, ob das SEM im Sinne von Art. 44 AsylG für die Anordnung der Wegweisung und des Vollzugs derselben zuständig ist oder nicht.

4.

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).

5.

Das Bundesverwaltungsgericht wendet im Beschwerdeverfahren das Bundesrecht von Amtes wegen an. Es ist gemäss Art. 62 Abs. 4 VwVG nicht an die Begründung der Begehren gebunden und kann die Beschwerde auch aus anderen als den geltend gemachten Gründen gutheissen oder abweisen; massgebend sind grundsätzlich die tatsächlichen Verhältnisse zum Zeitpunkt seines Entscheides (vgl. BVGE 2012/21 E. 5.1, 2011/1 E. 2).

6.

6.1 Gemäss Art. 44 AsylG verfügt das SEM in der Regel die Wegweisung aus der Schweiz, wenn es das Asylgesuch ablehnt oder darauf nicht eintritt; es berücksichtigt dabei die Einheit der Familie. Ist der Vollzug der Wegweisung nicht zulässig, nicht zumutbar oder nicht möglich, so regelt das Staatssekretariat das Anwesenheitsverhältnis nach den gesetzlichen Bestimmungen über die vorläufige Aufnahme (Art. 44 AsylG; Art. 83 Abs. 1 AIG).

6.2 Die Wegweisung im Sinne von Art. 44 AsylG ist nicht zu verfügen, wenn die asylsuchende Person im Besitze einer gültigen Niederlassungs- oder Aufenthaltsbewilligung ist (aArt. 32 Abs. 1 Bst. a der Asylverordnung 1 vom 11. August 1999 [AsylV 1, SR 142.311]). Ist die asylsuchende Person nicht im Besitz einer Niederlassungs- oder Aufenthaltsbewilligung, ist im Asyl- und Wegweisungsverfahren mit Blick auf die mögliche Zuständigkeit der kantonalen Ausländerbehörde vorfrageweise zu prüfen, ob sich die asylsuchende Person im Sinne von Art. 14 Abs. 1 AsylG auf einen grundsätzlichen Anspruch auf Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung berufen kann. Soweit nicht das Gesetz oder ein Freizügigkeitsabkommen einen Anspruch auf Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung vermittelt, kommt als Anspruchsgrundlage Art. 8 EMRK in Betracht, wobei diesbezüglich die bundesgerichtliche Rechtsprechung massgeblich ist (vgl. BVGE 2013/37 E. 4.4; EMARK 2006 Nr. 23 E. 3.2; 2001 Nr. 21 E. 8a und b sowie E. 9 f.). Im Asylverfahren wird die Wegweisung demzufolge nicht angeordnet, wenn ein potenzieller Anspruch gestützt auf Art. 8 EMRK (und Art. 13 BV) vorfrageweise bejaht werden kann, die betroffene Person an die zuständige kantonale Ausländerbehörde ein Gesuch um Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung gerichtet hat und dieses Gesuch noch hängig ist (vgl. BVGE 2013/37

E. 4.4.2.2, Urteil des BVGer E-6885/2017 vom 20. März 2019 E. 11.3-11.5).

6.3 Ein Anspruch auf Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung ergibt sich aufgrund des in Art. 8 EMRK und Art. 13 BV gewährleisteten Schutz des Familienlebens, wenn eine enge, nahe, echte und tatsächlich gelebte familiäre Beziehung vorliegt, wobei das in der Schweiz lebende Familienmitglied über ein gefestigtes Anwesenheitsrecht verfügen muss. Zu den Familienbeziehungen, die nach dem Bundesgericht unter den Schutz von Art. 8 Abs. 1 EMRK fallen, gehört neben jener zwischen den Gatten auch jene zwischen Eltern und ihren minderjährigen Kindern. Die Beziehung zwischen – wie vorliegend – Eltern und erwachsenen Kindern fällt demgegenüber nur dann unter den Schutzbereich von Art. 8 EMRK, wenn ein besonderes Abhängigkeitsverhältnis besteht. Dieses muss gewachsen sein und im Zeitpunkt der Geltendmachung des Anspruchs bereits vorliegen. Erforderlich ist eine Unterstützungsbedürftigkeit, welche nur von den betreffenden (anwesenheitsberechtigten) Angehörigen geleistet werden kann (vgl. BGE 135 I 143 E. 1.3.1 und E. 3.1, Urteil des Bundesgerichts 2C_947/2016 vom 17. März 2017 E. 3.3).

6.4 Ist ein Verfahren um Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung bereits hängig, so wird dieses mit Einreichen eines Asylgesuchs gegenstandslos (Art. 14 Abs. 5 AsylG), es sei denn, es bestehe ein Anspruch auf Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung im eben erwähnten Sinn (vgl. E. 6.3). In diesem Fall ist das Verfahren um Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung weiterzuführen (vgl. SPESCHA/THÜR/ZÜND/BOLZLI/HRUSCHKA, Migrationsrecht [Kommentar], 2015, 12 zu Art. 14 AsylG) und die Wegweisung ist im Asylverfahren nicht zu verfügen.

6.5 Unter dem Titel "Regelung des Aufenthalts bis zum Bewilligungsentscheid" bestimmt Art. 17 Abs. 1 AIG, dass Ausländerinnen und Ausländer, die für einen vorübergehenden Aufenthalt rechtmässig eingereist sind und die nachträglich eine Bewilligung für einen dauerhaften Aufenthalt beantragen, den Entscheid im Ausland abzuwarten haben. Werden die Zulassungsvoraussetzungen offensichtlich erfüllt, so kann die zuständige kantonale Behörde den Aufenthalt gemäss Abs. 2 während des Verfahrens jedoch gestatten (sogenannt prozeduraler Aufenthalt). Art. 17 Abs. 2 AIG hat zum Zweck, die grundsätzliche Ausreisepflicht nach Abs. 1 zu mildern, wenn sie keinen Sinn macht, weil vermutlich die Bewilligung zu erteilen sein wird. Ob die Voraussetzungen eines gesetzlichen, verfassungs- oder

konventionsrechtlichen Anspruchs auf die Bewilligung mit grosser Wahrscheinlichkeit gegeben erscheinen, ist in einer summarischen Prüfung der Erfolgsaussichten (sogenannte Hauptsachenprognose) zu beurteilen, wie dies bei der Anordnung vorsorglicher Massnahmen regelmässig der Fall ist (vgl. Urteil des Bundesgerichts 2D_74/2015 vom 28. April 2016 E. 2.1 f. und BGE 139 I 37 E. 2.1 f.).

6.6 Vorliegend hat das Migrationsamt des Kantons B._____ in einer solch summarischen Prüfung unter Hinweis auf BGE 139 I 37 E. 3.5.1 in seiner – in der Folge unangefochten in Rechtskraft erwachsenen – Verfügung vom 23. März 2017 die Voraussetzungen zu einer Bewilligungserteilung in Anwendung von Art. 17 AIG verneint. Das Migrationsamt führte dazu insbesondere aus, infolge der kurzen Zeitspanne seit Einreichung des Gesuchs und der bisherigen möglichen Prüfung der eingereichten Unterlagen habe sich unter Würdigung der Erfolgsaussichten (sogenannte Hauptsachenprognose) ergeben, dass die Voraussetzungen eines gesetzlichen, verfassungs- oder konventionsrechtlichen Anspruchs auf eine Bewilligung mit grosser Wahrscheinlichkeit nicht gegeben sei, wobei es ausdrücklich festhielt, aus Art. 8 EMRK ergebe sich nichts Anderes. Es hat folglich im Rahmen der Hauptsachenprognose verneint, dass der Beschwerdeführerin aus Art. 8 EMRK ein Anspruch auf Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung erwächst, und gestützt auf Art. 17 Abs. 1 AIG i.V.m. Art. 64 Abs. 1 Bst. a AIG die Wegweisung der Beschwerdeführerin verfügt. Da ein Anspruch auf Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung nach Einschätzung der zuständigen kantonalen Behörde nicht bestand, ist das (noch) hängige Verfahren um Erteilung einer Rentnerbewilligung gemäss Art. 14 Abs. 5 AsylG infolge der Einreichung des Asylgesuchs der Beschwerdeführerin am 6. April 2017 von Gesetzes wegen gegenstandslos geworden, nachdem die kantonale Verfügung vom 23. März 2017 unangefochten in Rechtskraft erwuchs. Hat aber die für die Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung zuständige kantonale Behörde im Rahmen einer Hauptsachenprognose rechtskräftig entschieden, es bestehe kein Anspruch auf Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung, bleibt kein Raum mehr für eine vorfrageweise Prüfung derselben Frage im Rahmen des hängigen Asylverfahrens. Der Umstand, dass das SEM – wie in der Vernehmlassung erwähnt – im Rahmen der Anhörung zu den Asylgründen der Beschwerdeführerin gegenüber die Auffassung vertrat, sie könne einen Anspruch aus Art. 8 EMRK ableiten, ist angesichts der gegenteiligen Auffassung der zuständigen kantonalen Behörde in der Verfügung vom 23. März 2017 nicht massgeblich und

ändert nichts daran, dass das Bewilligungsverfahren infolge des eingereichten Asylgesuchs gemäss Art. 14 Abs. 5 AsylG gegenstandslos geworden ist.

6.7 Gemäss Art. 42 AsylG darf sich die Beschwerdeführerin während des Asylverfahrens in der Schweiz aufhalten. Die im Rahmen des Verfahrens um Erteilung einer Rentnerbewilligung mit Verfügung vom 23. März 2017 angeordnete vorsorgliche Wegweisung der Beschwerdeführerin hat mithin keinen Bestand mehr. Da die Beschwerdeführerin nach der rechtskräftigen und damit verbindlichen Feststellung der zuständigen kantonalen Behörde über keinen Anspruch auf Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung verfügt, ist das SEM gestützt auf Art. 44 AsylG zuständig, über die Wegweisung aus der Schweiz und deren Vollzug zu befinden.

7.

Das SEM hat somit zu Unrecht festgestellt, der Entscheid über den weiteren Aufenthalt in der Schweiz oder eine allfällige Wegweisung falle in die Zuständigkeit der kantonalen Migrationsbehörden, weshalb die angefochtene Verfügung Bundesrecht verletzt. Die Beschwerde ist demnach gutzuheissen, soweit auf diese einzutreten ist. Die Dispositivziffer 3 der Verfügung ist aufzuheben und die Sache mit der Anweisung an das SEM zur Neubeurteilung zurückzuweisen, über die Anordnung der Wegweisung und den Vollzug derselben zu befinden (vgl. Art. 61 Abs. 1 VwVG).

8.

8.1 Bei diesem Ausgang des Verfahrens sind keine Kosten zu erheben (Art. 63 Abs. 3 VwVG).

8.2 Gemäss Art. 64 Abs. 1 VwVG kann die Beschwerdeinstanz der ganz oder teilweise obsiegenden Partei von Amtes wegen oder auf Begehren eine Entschädigung für die ihr erwachsenen notwendigen und verhältnismässig hohen Kosten zusprechen (vgl. für die Grundsätze der Bemessung der Parteientschädigung ausserdem Art. 7 ff. des Reglements über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht vom 21. Februar 2008 [VGKE, SR 173.320.2]).

Der Rechtsvertreter hat am 17. November 2017 eine Kostennote für die bis in jenem Zeitpunkt vorhandenen Aufwendungen und Auslagen eingereicht. Der darin aufgeführte Stundenaufwand von 7,1 Stunden erweist sich als angemessen. Der veranschlagte Stundenansatz für die amtliche Verbei-

ständigkeit von Fr. 200.– bewegt sich im gemäss Art. 10 Abs. 2 VGKE vorgesehenen Rahmen. Die Auslagen von Fr. 13.60 sind als angemessen zu erachten. Für die nach dem 17. November 2017 hinzugekommenen Kosten hat der Rechtsvertreter keine Kostennote eingereicht. Diese Entschädigung ist daher aufgrund der Akten festzusetzen (vgl. Art. 14 Abs. 2 VGKE). Gestützt auf die in Betracht zu ziehenden Bemessungsfaktoren (Art. 9–13 VGKE) werden die restlichen Aufwendungen (erste Replik vom 17. November 2017 und zweite Replik vom 21. Dezember 2017) mit 2,5 Stunden und Auslagen von Fr. 10.– festgesetzt. Die durch das SEM zu entrichtende Parteientschädigung ist demzufolge auf (gerundet) insgesamt Fr. 2099.– (inkl. Auslagen und Mehrwertsteuerzuschlag) festzusetzen.

8.3 Der Anspruch auf das Honorar des als amtlicher Rechtsbeistand im Sinne von Art. 110a AsylG eingesetzten Rechtsvertreters wird damit gegenstandslos.

(Dispositiv nächste Seite)

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.

Die Beschwerde wird gutgeheissen, soweit auf diese eingetreten wird.

2.

Die Verfügung des SEM vom 24. August 2017 wird aufgehoben und die Sache im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zur Neuurteilung zurückgewiesen.

3.

Es werden keine Verfahrenskosten erhoben.

4.

Der Beschwerdeführerin wird eine Parteientschädigung von Fr. 2099.– zugesprochen, die ihr durch das SEM zu entrichten ist.

5.

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

Der vorsitzende Richter:

Die Gerichtsschreiberin:

Walter Lang

Claudia Jorns Morgenegg

Versand: