



Urteil vom 16. März 2011

Besetzung

Richter Bendicht Tellenbach (Vorsitz),
Richterin Christa Luterbacher, Richter Hans Schürch;
Gerichtsschreiber Daniel Merkli.

Parteien

A. _____
und deren Kinder B. _____, C. _____ und D. _____
Sri Lanka,
alle vertreten durch E. _____ Freiplatzaktion
Zürich, Langstrasse 64, 8004 Zürich,
Beschwerdeführende,

gegen

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

Gegenstand

Asyl und Wegweisung; Verfügung des BFM vom
30. Juli 2008 / N _____.

Sachverhalt:**A.**

Die Beschwerdeführerin - eine srilankische Staatsangehörige muslimischer Ethnie und tamilischer Muttersprache aus dem Distrikt Colombo - heiratete am 17. Juni 2000 in Sri Lanka F._____, einen srilankischen Staatsangehörigen, welcher sich seit dem 11. Oktober 1996 mit einer B-Bewilligung in der Schweiz aufhält.

B.

Am 30. März 2004 wurde das Visumsgesuch der Beschwerdeführerin und ihres Kindes G._____ vom damaligen Bundesamt für Zuwanderung, Integration und Auswanderung (Imes) abgewiesen.

C.

Mit Entscheid vom 2. Februar 2006 lehnte die zuständige kantonale Behörde ein Gesuch um Familiennachzug ab.

D.

Nach eigenen Angaben verliess die Beschwerdeführerin Sri Lanka mit ihrem Kind G._____ am 5. September 2006 und gelangte nach einem längeren Aufenthalt in Italien am 19. Februar 2007 in die Schweiz, wo sie gleichentags im H._____ ein Asylgesuch stellte.

Anlässlich der Erstbefragung vom 5. März 2007 und der Anhörung der zuständigen kantonalen Behörde vom 16. Juli 2007 machte die Beschwerdeführerin im Wesentlichen geltend, an ihrem letzten Wohnsitz I._____(Distrikt Colombo) seit April 2006 die Haushaltshilfe eines tamilischen Ehepaars in Anspruch genommen zu haben, welches ihr Mitte Mai 2006 verraten habe, der LTTE anzugehören und sie in der Folge unter Androhung von Waffengewalt dazu gezwungen habe, Mitglieder der LTTE zu beherbergen und Material für einen geplanten Anschlag auf eine in der Nähe ihres Hauses gelegene Ölraffinerie aufzubewahren. Da die Armee seit Februar 2006 regelmässige Kontrollen durchgeführt und das Quartier mit ihrem Haus als Hochsicherheitszone gegolten habe, sei ihre Furcht, von den Sicherheitsbehörden als mutmassliche Helferin der LTTE verdächtigt zu werden, gross gewesen. Im August 2006 sei sie tatsächlich von Soldaten über die von ihr beherbergten Personen befragt, indessen nicht festgenommen worden. Aus Furcht, bei einer erneuten Befragung durch die Behörden die von ihr beherbergten Angehörigen der LTTE verraten zu müssen und deswegen von der LTTE umgebracht zu werden, habe sie sich schliesslich zur Ausreise entschlossen.

Zur Stützung ihrer Vorbringen reichten die Beschwerdeführenden mehrere Dokumente ein (Zeitungsausschnitt vom 30. April 2007 in englischer Sprache im Original, Bestätigungsschreiben der Menschenrechtskommission Sri Lanka vom (...) im Original, Dokumente hinsichtlich des Wohnorts der Beschwerdeführerin und ihres Hauses, polizeiliches Ermächtigungsschreiben für behördliche Kontrollen am

Wohnort der Beschwerdeführerin, alle im Original und mit Übersetzung in englischer Sprache, Geburtsurkunde ihres Sohnes und Heiratsurkunde der Beschwerdeführerin, beide im Original)

E.

Mit - am 31. Juli 2008 eröffneter - Verfügung vom 30. Juli 2008 lehnte das BFM das Asylgesuch der Beschwerdeführenden wegen Unglaubhaftigkeit der Vorbringen ab, ordnete mit Hinweis auf das nicht gefestigte Anwesenheitsrecht des mit einer B-Bewilligung in der Schweiz lebenden Ehemannes der Beschwerdeführerin deren Wegweisung aus der Schweiz an und erachtete den Vollzug als zulässig, zumutbar und möglich.

F.

Mit Eingabe ihrer Rechtsvertreterin vom 29. August 2008 erhoben die Beschwerdeführenden unter Einreichung eines Bestätigungsschreibens der Menschenrechtskommission Sri Lanka vom (...) gegen die Verfügung des BFM vom 30. Juli 2008 Beschwerde. In verfahrensrechtlicher Hinsicht wurde um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege im Sinne von Art. 65 Abs. 1 des Bundesgesetzes vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren (VwVG, SR 172.021) und um Verzicht auf das Erheben eines Kostenvorschusses ersucht.

G.

Mit Eingabe vom 3. September 2008 reichte die Rechtsvertreterin eine Fürsorgebestätigung des Sozialamtes der (...) vom 1. September 2008 ein.

H.

Mit Zwischenverfügung vom 8. September 2008 verzichtete der zuständige Instruktionsrichter auf das Erheben eines Kostenvorschusses mit dem Hinweis, über das Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege im Sinne von Art. 65 Abs. 1 VwVG werde im Endentscheid befunden.

I.

In ihrer Vernehmlassung vom 18. September 2008 beantragte die Vorinstanz die Abweisung der Beschwerde.

K.

Das K._____ lehnte mit Verfügung vom 19. September 2008 ein Gesuch der Beschwerdeführenden um Erteilung einer humanitären Aufenthaltsbewilligung ab.

L.

Mit Zwischenverfügung vom 8. Februar 2011 wurden die Beschwerdeführenden mit Hinweis auf das Vorliegen eines grundsätzlichen Anspruchs auf Erteilung einer fremdenpolizeilichen Aufenthaltsbewilligung aus Art. 8 EMRK aufgefordert, bis am 23. Februar 2011 beim K._____ ein Gesuch um Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung einzureichen.

M.

Mit versehentlich auf den 23. Dezember 2010 datierter, zuhanden der Schweizerischen Post am 23. Februar 2011 aufgebener Eingabe teilte die Rechtsvertreterin der Beschwerdeführenden unter Beilage des entsprechenden Gesuches in Kopie mit, am 23. Februar 2011 das K. _____ um Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung ersucht zu haben.

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 und entscheidet in diesem Bereich endgültig (Art. 105 des Asylgesetzes vom 26. Juni 1998 [AsylG, SR 142.31]; Art. 83 Bst. d Ziff. 1 des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 [BGG, SR 173.110]).

1.2

Die Beschwerde ist form- und fristgerecht eingereicht. Die Beschwerdeführenden sind durch die angefochtene Verfügung berührt und haben ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung beziehungsweise Änderung. Die Beschwerdeführenden sind daher zur Einreichung der Beschwerde legitimiert (Art. 6 AsylG i.V.m. Art. 48 Abs. 1, Art. 50 und 52 VwVG). Auf die Beschwerde ist somit einzutreten.

2.

Mit Beschwerde kann die Verletzung von Bundesrecht, die unrichtige oder unvollständige Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts und die Unangemessenheit gerügt werden (Art. 106 Abs. 1 AsylG).

3.**3.1**

Gemäss Art. 2 Abs. 1 AsylG gewährt die Schweiz Flüchtlingen grundsätzlich Asyl. Als Flüchtling wird eine ausländische Person anerkannt, wenn sie in ihrem Heimatstaat oder im Land, wo sie zuletzt wohnte, wegen ihrer Rasse, Religion, Nationalität, Zugehörigkeit zu einer bestimmten sozialen Gruppe oder wegen ihrer politischen Anschauungen ernsthaften Nachteilen ausgesetzt ist oder begründete Furcht hat, solchen Nachteilen ausgesetzt zu werden. Als ernsthafte Nachteile gelten namentlich die Gefährdung von Leib, Leben oder Freiheit sowie Massnahmen, die einen

unerträglichen psychischen Druck bewirken; den frauenspezifischen Fluchtgründen ist Rechnung zu tragen (Art. 3 AsylG).

3.2 Wer um Asyl nachsucht, muss die Flüchtlingseigenschaft nachweisen oder zumindest glaubhaft machen. Diese ist glaubhaft gemacht, wenn die Behörde ihr Vorhandensein mit überwiegender Wahrscheinlichkeit für gegeben hält. Unglaubhaft sind insbesondere Vorbringen, die in wesentlichen Punkten zu wenig begründet oder in sich widersprüchlich sind, den Tatsachen nicht entsprechen oder massgeblich auf gefälschte oder verfälschte Beweismittel abgestützt werden (Art. 7 AsylG).

4.

4.1 Die Vorinstanz erachtete in der angefochtenen Verfügung die Vorbringen der Beschwerdeführerin, zur Beherbergung von LTTE-Mitgliedern gezwungen worden zu sein und aus Furcht vor behördlicher Verhaftung und Behelligungen durch die LTTE Sri Lanka verlassen zu haben, als teils realitätsfremd, teils widersprüchlich und damit nicht glaubhaft im Sinne von Art. 7 AsylG.

Das BFM führte aus, zum Einen sei nicht nachvollziehbar, dass sich noch Angehörige der LTTE im Haus der Beschwerdeführerin aufgehalten haben sollten, obwohl nach den Angaben der Beschwerdeführerin die Behörden seit Februar 2006 fast wöchentlich bei ihr Zuhause Kontrollen durchgeführt und nach Kenntnis eines geplanten Attentats auf die Raffinerie die Umgebung des Hauses als Hochsicherheitszone, verbunden mit dem Recht, ohne Bewilligung die darin gelegenen Häuser zu durchsuchen, deklariert hätten (vgl. BFM-Protokoll A1 S. 6; A17 S. 9). Bereits der Zutritt in die Sicherheitszone werde streng überwacht und die häufigen Kontrollen hätten es den Mitgliedern der LTTE nicht erlaubt, sich dort unerkannt aufzuhalten. Zum Anderen habe die Beschwerdeführerin angegeben, dass Angehörige des Militärs die drei Frauen in ihrem Haus auf den Posten vorgeladen hätten, diese indessen dieser Aufforderung nicht nachgekommen seien (vgl. A17, S. 9). Es sei davon auszugehen, dass die Behörden aufgrund dieses verdächtigen Verhaltens das Haus der Beschwerdeführerin vermehrt kontrolliert und daher Mitglieder der LTTE wohl kaum das erhöhte Risiko, entdeckt zu werden, auf sich genommen hätten. Schliesslich habe die Beschwerdeführerin abweichend von ihrer Aussage anlässlich der Erstbefragung, wonach das Ehepaar, welches ihr im Haushalt habe behilflich sein wollen, und ein anderer Mann sie anfänglich bedroht hätten, um ihren Forderungen Nachdruck zu verleihen (vgl. A1 S. 5), im Rahmen der Anhörung zu den Asylgründen angegeben, der Ehemann ihrer Haushalthilfe sei in diesem Zusammenhang mit zwei anderen Männern zu ihr nach Hause gekommen (vgl. A17 S. 8).

4.2 In der Beschwerde wird darauf hingewiesen, zum Einen sei zwar objektiv tatsächlich nicht nachvollziehbar, weshalb Angehörige der LTTE sich in der Hochsicherheitszone aufzuhalten gewagt hätten, indessen stehe fest, dass Mitglieder der LTTE im April 2007 tatsächlich einen Anschlag auf eine dort gelegene Raffinerie verübt und sich im Zeitraum von 2006 in der Hochsicherheitszone aufgehalten hätten, was die Aussagen der Beschwerdeführerin bestätige. Zum Anderen würden in Colombo neue Wohnsitznehmer ihrer Registrierungspflicht nicht immer nachkommen, weshalb man nicht sofort in Verdacht gerate, wenn man, wie die drei Frauen, welche sich im Haus der

Beschwerdeführerin aufgehalten hätten, eine solche Vorladung nicht sofort wahrnehmen würde. Im Weiteren betreffe der vom BFM festgestellte Widerspruch in den Aussagen der Beschwerdeführerin, wonach sie einmal ausgesagt habe, vom Ehepaar und einem anderen Mann bedroht worden zu sein, ein anderes Mal in diesem Zusammenhang vom Ehemann ihrer Haushalthilfe und zwei Männern gesprochen habe, bloss ein Detail und beruhe zudem nach Aussage der Beschwerdeführerin auf einem Missverständnis, sei diese doch überzeugt, anlässlich der beiden Anhörungen stets vom besagten Ehepaar und zwei anderen Männern gesprochen zu haben. Die Aussagen der Beschwerdeführerin seien vielmehr gesamthaft realitätsnah, detailreich und in sich kohärent ausgefallen.

4.3 Hierzu ist festzuhalten, dass die Entgegnungen in der Beschwerde nicht zu überzeugen vermögen. Zum Einen steht aufgrund der Tatsache, dass 2007 in der Nähe des Hauses der Beschwerdeführerin ein Anschlag auf eine Raffinerie verübt worden ist, entgegen der Behauptung in der Beschwerde, keineswegs fest, dass sich Angehörige der LTTE im Jahre 2006 trotz Kontrollen in der Hochsicherheitszone - und dabei insbesondere in der von der Beschwerdeführerin geltend gemachten unvorsichtigen Weise - aufgehalten haben. Zum Anderen geht aus den Aussagen der Beschwerdeführerin hervor, dass Angehörige der Armee anlässlich einer Hauskontrolle der Beschwerdeführerin mitgeteilt haben sollen, die drei Frauen, welche sich in ihrem Haus aufhielten, müssten sich auf dem Polizeiposten melden (vgl. A17, S. 9). Aufgrund der Aufnahme der Personalien und der Aufforderung, sich auf dem Polizeiposten zu melden, erscheint das Vorgehen der drei Frauen, dieser Aufforderung nicht Folge zu leisten und trotzdem im Haus zu bleiben, als auffallend unvorsichtig. Im Weiteren vermag die blosser Behauptung, die Beschwerdeführerin habe anlässlich der beiden Anhörungen stets vom besagten Ehepaar und zwei anderen Männern, welche ihr gedroht hätten, gesprochen, den vom BFM festgestellten Widerspruch in den Aussagen der Beschwerdeführerin nicht plausibel zu erklären. Den Protokollen ist zu entnehmen, dass die Beschwerdeführerin in Abweichung von ihrer Angabe anlässlich der Erstanhörung, wonach ihre Haushalthilfe, deren Ehemann und ein weiterer Mann ihr gedroht hätten (vgl. A1 S.5), im Rahmen der kantonalen Anhörung geltend machte, vom Ehepaar und zwei weiteren Männern bedroht worden zu sein (vgl. A17 S. 8). Sie hat die Richtigkeit der von ihr gemachten Aussagen unterschriftlich bestätigt und muss nun den Widerspruch, der sich aus ihnen ergibt und ein wesentliches Sachverhaltselement darstellt, gegen sich gelten lassen. An der Einschätzung der Unglaubhaftigkeit der Vorbringen vermögen die eingereichten Beweismittel mangels hinreichendem Sachzusammenhang zu den Vorbringen der Beschwerdeführerin nichts zu ändern.

4.4 Aus den obenstehenden Erwägungen ergibt sich, dass die Vorinstanz die Vorbringen der Beschwerdeführerin zu Recht als nicht glaubhaft erachtet hat. Die Beschwerdeführerin und ihre Kinder erfüllen somit die Voraussetzungen zur Anerkennung der Flüchtlingseigenschaft nicht, weshalb die Vorinstanz das Asylbegehren zu Recht abgelehnt hat.

5.

5.1 Lehnt das Bundesamt das Asylgesuch ab oder tritt es nicht darauf ein, so verfügt es in der Regel die Wegweisung aus der Schweiz und ordnet den Vollzug an; es berücksichtigt dabei den Grundsatz der Einheit der Familie (Art. 44 Abs. 1 AsylG). Eine Ausnahme von der

Regel liegt unter anderem dann vor, wenn die beschwerdeführende Person über eine ausländerrechtliche Aufenthaltsbewilligung (Art. 32 lit. a AsylV 1) oder einen Anspruch auf Erteilung einer solchen verfügt (vgl. Entscheidungen und Mitteilungen der Schweizerischen Asylrekurskommission [EMARK] 2001 Nr. 21 E. 9.a S. 176).

5.2 Aus den Akten ergibt sich, dass dem Ehemann der Beschwerdeführerin am 11. Oktober 1996 aufgrund dessen damaliger Ehe mit einer Schweizerin vom K._____ eine B-Bewilligung erteilt und nach der Scheidung der Ehe vom 1. Dezember 1999 aufgrund des im Scheidungsurteils eingeräumten - und offensichtlich auch ausgeübten - Besuchsrechts des gemeinsamen Kindes F. nicht entzogen und bis heute immer wieder verlängert wurde. Mit dem Entscheid, aufgrund des Besuchsrechts des gemeinsamen Kindes aus erster Ehe mit einer Schweizerin die B-Bewilligung zu verlängern, hat das K._____ einen weitergehenden Anspruch des Ehemannes der Beschwerdeführerin auf dauernde Anwesenheit im Rahmen von Art. 8 EMRK implizit bejaht. Nach der bundesgerichtlichen Praxis begründet zwar ein Besuchsrecht im Allgemeinen noch keinen Anspruch auf dauernde Anwesenheit im Rahmen von Art. 8 EMRK; indessen ist ein weitergehender Anspruch zu bejahen, wenn wirtschaftlich und affektiv eine besonders enge Beziehung zu den Kindern besteht, die Beziehung wegen der räumlichen Distanz nicht gepflegt werden könnte und das bisherige Verhalten des Ausländers in der Schweiz nicht zu Klagen Anlass gegeben hat, wobei dabei allfällige fremdenpolizeiliche Entfernungs- und Fernhaltegründe gegen den Ausländer, insbesondere sein massgebliches, strafrechtlich und fremdenpolizeilich verpöntes Fehlverhalten, zu berücksichtigen sind (vgl. BGE 120 Ib 1 E. 3c S. 5, 120 Ib 22 E. 4a/b S. 25; vgl. ANDREAS ZÜND / LADINA ARQUINT HILL, Beendigung der Anwesenheit, Entfernung und Fernhaltung, in: Uebersax/Rudin/Hugi Yar/ Geiser [Hrsg.], Ausländerrecht, 2. Aufl., Basel 2009, S. 346, Rz. 8.57, m.w.H.). Diese Voraussetzungen sind prima facie zu bejahen.

5.3 Aufgrund des festgestellten Anspruchs des Ehemannes der Beschwerdeführerin auf dauernde Anwesenheit im Rahmen von Art. 8 EMRK ist vorliegend die Einheit der Familie zu berücksichtigen und damit das Vorliegen eines *grundsätzlichen* Anspruchs der Beschwerdeführenden aus Art. 8 EMRK zu bejahen. Die konkrete Beurteilung dieses Anspruchs und damit auch der Entscheid über die Wegweisung fällt in die Zuständigkeit der fremdenpolizeilichen Behörden (vgl. EMARK 2001 Nr. 21 E.8d). Mit Eingabe vom 23. Februar 2011 reichte die Rechtsvertreterin der Beschwerdeführenden unter Geltendmachung des genannten Anspruchs aus Art. 8 EMRK beim Ausländeramt des Kantons St. Gallen ein Gesuch um Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung ein. Das eingeleitete ausländerrechtliche Verfahren ist im heutigen Zeitpunkt noch hängig.

5.4 Da die Beschwerdeführenden die zuständige ausländerrechtliche Behörde mit einem Gesuch um Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung befasst haben, ist die vom BFM angeordnete Wegweisung aufzuheben (vgl. EMARK 2001 Nr. 21 E.8d). Damit erübrigen sich Ausführungen zur Zulässigkeit, Zumutbarkeit und Möglichkeit eines Wegweisungsvollzugs. Auch die Prüfung der Frage, ob allfällige Wegweisungshindernisse vorliegen, fällt damit in die Zuständigkeit der kantonalen Behörde.

6.

Zusammenfassend ergibt sich, dass die Beschwerde betreffend die Flüchtlingseigenschaft und die Asylgewährung abzuweisen ist. Betreffend die Anordnung der Wegweisung ist sie gutzuheissen, im Übrigen als gegenstandslos geworden abzuschreiben.

7.

7.1 Mit Zwischenverfügung vom 8. September 2008 verzichtete der zuständige Instruktionsrichter auf das Erheben eines Kostenvorschusses mit dem Hinweis, über das mit der Beschwerde gestellte Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege im Sinne von Art. 65 Abs. 1 VwVG werde im Endentscheid befunden. Mit Fürsorgebestätigung des Sozialamtes der Stadt H._____ vom 1. September 2008 haben die Beschwerdeführenden ihre Bedürftigkeit, von welcher nach wie vor auszugehen ist, nachgewiesen. Das Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege im Sinne von Art. 65 Abs. 1 VwVG wird gutgeheissen. Somit sind keine Verfahrenskosten aufzuerlegen.

7.2 Angesichts des teilweisen Obsiegens (betreffend die Wegweisung) ist die Vorinstanz anzuweisen, den Beschwerdeführenden eine hälftige Parteientschädigung zuzusprechen (Art. 64 Abs. 1 und 2 VwVG; Art. 7 Abs. 1 und 2 des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]). Die Rechtsvertreterin hat keine Kostennote eingereicht. Der entstandene Aufwand ist aufgrund der Akten - so auch aufgrund der Angabe in der Beschwerde - abschätzbar (Art. 14 Abs. 2 VGKE), weshalb von der Einforderung einer Kostennote abzusehen und die Entschädigung auf Fr. 400.- (inkl. Auslagen und MWSt) festzusetzen ist.

(Dispositiv nächste Seite)

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.

Die Beschwerde wird im Asylpunkt abgewiesen.

2.

Betreffend die Wegweisung wird die Beschwerde gutgeheissen und die vom BFM angeordnete Wegweisung aufgehoben. Hinsichtlich des Wegweisungsvollzugs wird die Beschwerde als gegenstandslos geworden abgeschrieben.

3.

Das Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege im Sinne von Art. 65 Abs. 1 VwVG wird gutgeheissen. Es werden keine Verfahrenskosten auferlegt.

4.

Das BFM hat den Beschwerdeführenden eine Parteientschädigung in der Höhe von Fr. 400.- (inkl. Auslagen und MWSt) auszurichten.

5.

Dieses Urteil geht an die Beschwerdeführenden, das BFM und die zuständige kantonale Behörde.

Der vorsitzende Richter:

Der Gerichtsschreiber:

Bendicht Tellenbach

Daniel Merkli

Versand:

Zustellung erfolgt an:

- die Rechtsvertreterin der Beschwerdeführenden (Einschreiben)
- das BFM, Asyl und Rückkehr, Zentrale Verfahren und Rückkehr mit den Akten N_____ (per Kurier; in Kopie)
- (...)