



Urteil vom 29. September 2011

Besetzung

Richter Hans Schürch (Vorsitz),
Richter Robert Galliker, Richterin Nina Spälti Giannakitsas;
Gerichtsschreiber Christoph Basler.

Parteien

A. _____, geboren am (...),
Angola,
B. _____, geboren am (...),
Italien,
beide vertreten durch lic. iur. Ruth Dönni, Rechtsanwältin,
(...),
Beschwerdeführende,

gegen

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

Gegenstand

Vollzug der Wegweisung
(Beschwerde gegen Wiedererwägungsentscheid);
Verfügung des BFM vom 29. Juli 2010 / N (...).

Sachverhalt:**A.**

Die Beschwerdeführerin verliess Angola eigenen Angaben gemäss am 5. November 2000 und gelangte am 8. November 2000 in die Schweiz, wo sie gleichentags um Asyl nachsuchte. Mit Verfügung vom 5. November 2002 lehnte das BFM ihr Asylgesuch ab, und verfügte die Wegweisung aus der Schweiz sowie den Vollzug. Eine gegen diese Verfügung gerichtete Beschwerde vom 3. Dezember 2002 wurde von der damaligen Schweizerischen Asylrekurskommission (ARK) mit Urteil vom 6. Januar 2004 abgewiesen. Ein gegen dieses Urteil am 5. März 2004 gestelltes Revisionsgesuch wurde von der ARK mit Urteil vom 29. März 2004 abgewiesen.

B.

B.a. Mit Eingabe an das BFM vom 8. August 2008 liess die Beschwerdeführerin durch ihre Rechtsvertreterin ein Gesuch um teilweise Wiedererwägung der Verfügung vom 5. November 2002 stellen. Die Ziffern 3 bis 5 dieser Verfügung seien aufzuheben, da die Unzulässigkeit und Unzumutbarkeit des Wegweisungsvollzugs festzustellen seien. Begründet wurde das Gesuch damit, dass die Beschwerdeführerin von einem italienischen Staatsangehörigen geschwängert worden sei. Es sei ihr nicht zumutbar, als alleinstehende Mutter mit einem Neugeborenen nach Angola zurückzukehren, da sie damit zu einer Risikogruppe gehören werde. Sie habe in Angola kein Beziehungsnetz mehr.

B.b. Die Beschwerdeführerin brachte am 8. Februar 2009 ihren Sohn B._____ zur Welt.

B.c. Die Gesuchstellerin liess dem BFM am 26. Mai 2010 mitteilen, dass ihr Sohn am 7. April 2009 von einem italienischen Staatsangehörigen anerkannt worden sei. Dem Sohn sei ein italienischer Pass ausgestellt worden. Die Beschwerdeführerin und der Vater ihres Sohnes hätten sich getrennt und der Vater besuche seinen Sohn etwa einmal monatlich, wenn er in der Schweiz weile. Da er kein Einkommen erziele, habe die Vormundschaftsbehörde C._____ davon abgesehen, einen Unterhaltsvertrag abzuschliessen.

B.d. Das BFM forderte die Beschwerdeführerin mit Zwischenverfügung vom 14. Juni 2010 auf, Angaben zum Kindsvater zu machen. Zudem seien allfällige Gründe dafür mitzuteilen, weshalb sie sich nicht nach Italien begeben könne. Da ihr Sohn italienischer Staatsangehöriger sei,

verfüge sie gestützt auf Art. 8 der Konvention vom 4. November 1950 zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK, SR 0.101) in Italien ebenfalls über ein Aufenthaltsrecht.

B.e. Am 18. Juni 2010 liess die Beschwerdeführerin mitteilen, dass sie seit einem Monat nichts mehr vom Kindsvater gehört habe. Dieser habe Italien möglicherweise verlassen. Es sei höchst fraglich, ob ihr in Italien eine Aufenthaltsbewilligung erteilt würde. Der Vater sei nicht daran interessiert, seinen Sohn mehr als einmal im Monat zu sehen. Sie habe keinerlei Beziehungen zu Italien, spreche kein Italienisch und wäre dort auf sich allein gestellt. Als alleinerziehende Mutter sei sie auf ein gut funktionierendes soziales Netz angewiesen, über das sie in der Schweiz verfüge.

B.f. Das BFM teilte der Beschwerdeführerin am 30. Juni 2010 mit, der Kindsvater verfüge in der Schweiz seit April 2010 über eine Kurzaufenthaltsbewilligung. Er sei hier wohnhaft und gehe einer Arbeitstätigkeit nach. Es sei davon auszugehen, dass sie Kontakt zu ihm habe. Die Beschwerdeführerin wurde aufgefordert, Unterlagen über die Kindsanerkennung einzureichen.

B.g. Mit Eingabe vom 8. Juli 2010 liess die Beschwerdeführerin mitteilen, sie habe nicht gewusst, dass sich der Kindsvater wieder in der Schweiz aufhalte. Sie hätten seit gut zwei Monaten nichts von ihm gehört. Der Eingabe lag ein Schreiben der Jugend- und Familienberatung Kanton D._____ vom 18. September 2009 bei. Am 15. Juli 2010 liess die Beschwerdeführerin dem BFM eine Kopie einer "Mitteilung einer Kindesanerkennung nach der Geburt" vom 7. April 2009 zukommen.

C.

Mit Verfügung vom 29. Juli 2010 wies das BFM das von der Beschwerdeführerin gestellte Wiedererwägungsgesuch vom 8. August 2008 ab. Es stellte fest, dass die Verfügung vom 5. November 2002 rechtskräftig und vollstreckbar sei. Die Beschwerdeführerin und ihr Kind wurden nach Italien weggewiesen. Es wurde eine Gebühr von Fr. 600.– erhoben und festgestellt, dass einer allfälligen Beschwerde keine aufschiebende Wirkung zukomme.

D.

Die Beschwerdeführerin liess durch ihre Rechtsvertreterin mit Eingabe an das Bundesverwaltungsgericht vom 24. August 2010 die Aufhebung der

angefochtenen Verfügung beantragen. Es sei festzustellen, dass der Vollzug der Wegweisung der Beschwerdeführerin und ihres Sohnes unzumutbar sei und sie seien vorläufig aufzunehmen. Der Beschwerde sei aufschiebende Wirkung zu gewähren, indem die zuständige Behörde anzuweisen sei, den Vollzug bis zum rechtskräftigen Abschluss des Wiedererwägungsverfahrens auszusetzen. Es sei ihr die vollumfängliche unentgeltliche Rechtspflege zu gewähren und auf die Erhebung eines Kostenvorschusses zu verzichten.

E.

Mit Zwischenverfügung vom 27. August 2010 setzte der Instruktionsrichter den Wegweisungsvollzug aus. Er hielt fest, dass über 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) zu einem späteren Zeitpunkt befunden werde. Auf die Erhebung eines Kostenvorschusses wurde verzichtet und das Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege gemäss Art. 65 Abs. 2 VwVG wurde abgewiesen. Die Akten wurden zur Vernehmlassung an das BFM übermittelt.

F.

Das BFM beantragte in seiner Vernehmlassung vom 10. September 2010 die Abweisung der Beschwerde.

G.

Die Beschwerdeführerin liess am 15. September 2010 eine Bestätigung ihrer Fürsorgeabhängigkeit vom 13. September 2010 einreichen.

H.

Mit Schreiben vom 23. September 2010 liess die Beschwerdeführerin mitteilen, sie verzichte auf eine weitergehende Stellungnahme zur Vernehmlassung der Vorinstanz und verweise auf die Beschwerde vom 24. August 2010.

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 auf dem Gebiet des Asyls endgültig, ausser bei Vorliegen eines Auslieferungsersuchens des Staates, vor welchem die beschwerdeführende Person Schutz sucht (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 frist- und formgerecht eingereicht. Die Beschwerdeführenden haben am Verfahren vor der Vorinstanz teilgenommen, sind durch die angefochtene Verfügung besonders berührt und haben ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung beziehungsweise Änderung. Sie sind daher zur Einreichung der Beschwerde legitimiert (Art. 105 und Art. 108 Abs. 1 AsylG, Art. 37 VGG i.V.m. Art. 48 Abs. 1 sowie Art. 52 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. 106 Abs. 1 AsylG).

3.

Die Wiedererwägung im Verwaltungsverfahren ist ein gesetzlich nicht geregelter Rechtsbehelf, auf dessen Behandlung durch die verfügende Behörde grundsätzlich kein Anspruch besteht. Gemäss herrschender Lehre und ständiger Praxis des Bundesgerichts wird jedoch aus Art. 29 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV, SR 101) unter bestimmten Voraussetzungen ein verfassungsmässiger Anspruch auf Wiedererwägung abgeleitet (vgl. BGE 127 I 133 E. 6 mit weiteren Hinweisen). Danach hat die zuständige Behörde eine selbst getroffene Verfügung in Wiedererwägung zu ziehen, wenn sich der rechtserhebliche Sachverhalt seit Eintritt der Rechtskraft – am Tag nach Ablauf der nicht genutzten Rechtsmittelfrist oder durch bestätigendes Urteil der mit Beschwerde angerufenen Rechtsmittelinstanz – in wesentlicher Weise verändert hat und mithin eine Anpassung der (fehlerfreien) Verfügung erforderlich ist, ohne dass deren Gegenstand neu beurteilt wird. Sodann können auch Revisionsgründe einen Anspruch auf Wiedererwägung begründen, sofern sie sich auf eine

rechtskräftige Verfügung beziehen, die entweder unangefochten blieb oder deswegen niemals einer materiellen Prüfung unterzogen wurde, weil das angehobene Beschwerdeverfahren mit einem formellen Prozessurteil endete. Ein derartiges, auch als qualifiziertes Wiedererwägungsgesuch bezeichnetes Rechtsmittel ist grundsätzlich nach den Regeln des Revisionsverfahrens zu behandeln. Gar nicht erst einzutreten ist auf ein Wiedererwägungsgesuch dann, wenn zu dessen Begründung lediglich unsubstanzierte Behauptungen aufgestellt werden und aus der Rechtsschrift die tatsächlichen Anhaltspunkte, die auf das Vorliegen eines Wiedererwägungsgrundes hindeuten sollen, nicht ersichtlich sind (zum Ganzen vgl. Entscheidungen und Mitteilungen der Schweizerischen Asylrekurskommission [EMARK] 2005 Nr. 25 E. 4.2. S. 227 f., EMARK 2003 Nr. 17 E. 2a S. 103 f. mit weiteren Hinweisen, EMARK 2001 Nr. 20 E. 3c.dd S. 156).

4.

4.1. Nachdem die Vorinstanz den Anspruch der Beschwerdeführenden auf Behandlung des Wiedererwägungsgesuchs nicht in Abrede gestellt hat und auf das Wiedererwägungsgesuch eingetreten ist, hat das Bundesverwaltungsgericht zu prüfen, ob die Vorinstanz das Gesuch zu Recht abgewiesen hat.

4.2. Im Folgenden ist somit zu prüfen, ob die seit dem Abschluss des ordentlichen Verfahrens mit dem Urteil der ARK vom 6. Januar 2004 geltend gemachte nachträglich veränderte Sachlage eine Anpassung der ursprünglichen Verfügung vom 5. November 2002 erfordert.

5.

5.1. Das BFM begründete seinen Entscheid damit, dass die Einwände im Schreiben vom 8. Juli 2010, wonach kein Kontakt mehr zum Kindsvater bestehe, zu bezweifeln seien. Noch im Schreiben vom 26. Mai 2010 habe sie festgehalten, dieser sehe seinen Sohn einmal monatlich, wenn er in der Schweiz weile. Aufgrund der Tatsache, dass der Kindsvater einer Arbeitstätigkeit nachgehe, sei er in der Lage, die Beschwerdeführerin und das Kind finanziell zu unterstützen. Im Weiteren könne es auch den in der Schweiz weilenden Familienangehörigen der Beschwerdeführerin zugemutet werden, diese zu unterstützen.

5.2. In der Beschwerde wird vorab auf die Stellungnahme an das BFM vom 18. Juni 2010 verwiesen und geltend gemacht, der Umstand, wonach der Kindsvater wieder in der Schweiz lebe und einer

Erwerbstätigkeit nachgehe, bedeute nicht, dass er dies der Beschwerdeführerin mitteilen müsse. Er habe sogar ein Interesse, dies zu verschweigen, da er seinem Sohn gegenüber grundsätzlich unterhaltspflichtig wäre. Sie habe der Vorinstanz zu keinem Zeitpunkt Informationen vorenthalten. In der Zwischenzeit habe sich der Kindsvater bei ihr gemeldet. Er arbeite zu 50 %, sodass nicht klar sei, ob er in der Lage sei, Unterhaltsbeiträge zu bezahlen. Er habe noch drei weitere Kinder, womit auch vor diesem Hintergrund keine hohen Zahlungen zu erwarten seien. Man wisse auch nicht, wie lange er in der Schweiz bleiben werde. Der Kindsvater habe ihr gegenüber keine finanziellen Verpflichtungen, zumal sie nie verheiratet gewesen seien und das Gesetz keinerlei Unterstützung für sie vorsehe. Vater und Sohn sähen sich nur unregelmässig und Ersterer habe bis anhin kein grosses Interesse an ihm gezeigt. Unabhängig davon könne es ihr nicht zugemutet werden, nach Italien zu gehen, sofern ihr überhaupt eine Aufenthaltsbewilligung erteilt würde. Bezüglich der Aufenthaltsberechtigung dürften sich auch dadurch Probleme ergeben, dass der Kindsvater sich derzeit nicht in Italien aufhalte.

6.

6.1. Ist der Vollzug der Wegweisung nicht zulässig, nicht zumutbar oder nicht möglich, so regelt das Bundesamt das Anwesenheitsverhältnis nach den gesetzlichen Bestimmungen über die vorläufige Aufnahme von Ausländern (Art. 44 Abs. 2 AsylG; Art. 83 Abs. 1 des Bundesgesetzes vom 16. Dezember 2005 über die Ausländerinnen und Ausländer [AuG, SR 142.20]).

Bezüglich der Geltendmachung von Wegweisungshindernissen gilt gemäss ständiger Praxis des Bundesverwaltungsgerichts und seiner Vorgängerorganisation ARK der gleiche Beweisstandard wie bei der Flüchtlingseigenschaft, das heisst, sie sind zu beweisen, wenn der strikte Beweis möglich ist, und andernfalls wenigstens glaubhaft zu machen (vgl. WALTER STÖCKLI, Asyl, in: Uebersax/Rudin/Hugi Yar/Geiser [Hrsg.], Ausländerrecht, 2. Aufl., Basel 2009, Rz. 11.148).

6.2. Gemäss Art. 83 Abs. 4 AuG kann der Vollzug für Ausländerinnen und Ausländer unzumutbar sein, wenn sie im Heimat- oder Herkunftsstaat auf Grund von Situationen wie Krieg, Bürgerkrieg, allgemeiner Gewalt und medizinischer Notlage konkret gefährdet sind. Wird eine konkrete Gefährdung festgestellt, ist – unter Vorbehalt von Art. 83 Abs. 7 AuG – die vorläufige Aufnahme zu gewähren.

7.

7.1. Die rechtswesentliche Sachlage hat sich vorliegend nach Abschluss des ordentlichen Asylverfahrens in verschiedener Hinsicht geändert. Die ARK erachtete den Vollzug der Wegweisung der Beschwerdeführerin nach Angola im Urteil vom 6. Januar 2004 insbesondere deshalb als zumutbar, weil ihr nicht geglaubt wurde, dass sie dort auf sich allein gestellt wäre. Eigenen Angaben gemäss habe sie vom 27. Juni 2000 bis zu ihrer Ausreise bei einem Herrn E._____ gewohnt. Ausserdem werde die Beschwerde ihrer Cousine, F._____, mit der sie zusammen in die Schweiz gereist sei, ebenso abgewiesen. Es sei ihr zuzumuten, sich in ihrer Heimat eine neue Existenzgrundlage aufzubauen. Bei der Beschwerdeführerin handelt es sich seit der Geburt ihres Sohnes B._____ nicht mehr um eine alleinstehende Person, sondern um eine alleinerziehende Mutter. Die im Urteil der ARK erwähnte, alleinstehende Cousine wurde vom BFM mit Verfügung vom 29. Juli 2010 in der Schweiz vorläufig aufgenommen, weil eine Rückkehr nach Angola nicht mehr als zumutbar erachtet wurde. Die Beschwerdeführerin und ihr Sohn wurden vom BFM allein deshalb nicht vorläufig aufgenommen, weil ihr Sohn die italienische Staatsangehörigkeit besitzt. Das BFM vertrat in der angefochtenen Verfügung somit zu Recht nicht die Ansicht, den Beschwerdeführenden sei es zumutbar, nach Angola zurückzukehren.

7.2. Unbesehen der Frage, ob der Beschwerdeführerin von den italienischen Behörden gestützt auf die italienische Staatsangehörigkeit ihres minderjährigen Sohnes eine Aufenthaltsbewilligung erteilt würde, erachtet das Bundesverwaltungsgericht ihre Wegweisung nach Italien als nicht zumutbar. Der Vater ihres Sohnes hält sich gemäss dem Zentralen Migrationssystem (ZEMIS; besucht am 19. September 2011) immer noch in der (West-)Schweiz auf. Die Beschwerdeführerin und ihr Sohn leben im Kanton D._____, womit nicht von einem gemeinsamen Haushalt auszugehen ist. Aufgrund dieser Ausgangslage ist zu bezweifeln, dass sie und ihr Sohn von allfällig in Italien lebenden Verwandten des Kindsvaters in den Familienkreis aufgenommen würden. Die Beschwerdeführerin, die sich seit November 2000 ununterbrochen in der Schweiz aufhält, verfügt somit in Italien mit überwiegender Wahrscheinlichkeit über keinerlei Beziehungsnetz, das ihr bei einer Integration behilflich sein könnte. In der Schweiz hingegen, wo sie sich aufgrund ihres langjährigen Aufenthalts vermutlich gut eingelebt hat – den Akten sind keinerlei Anhaltspunkte für die gegenteilige

Annahme zu entnehmen – verfügt sie über ein familiäres Beziehungsnetz, das ihr im Alltagsleben einer alleinerziehenden Mutter eine Stütze zu bieten vermag. Sollte der Kindsvater in der Schweiz weiterhin einer Erwerbstätigkeit nachgehen, wäre es ihr zusammen mit der zuständigen Behörde zudem möglich, diesen für den (finanziellen) Unterhalt des gemeinsamen Sohnes verpflichten zu lassen. Schliesslich spricht auch der zu beachtende Aspekt des Kindeswohls für den Verbleib der Beschwerdeführerin und ihres Sohnes in der Schweiz. Wie vorstehend ausgeführt, bestehen keinerlei Anhaltspunkte dafür, dass die Beschwerdeführerin und ihr Sohn in Italien willkommen geheissen würden. Die soziale Lage der Beschwerdeführerin und die psychische Belastung, der sie bei einer ungewollten Wohnsitznahme in Italien ausgesetzt würden, würde sich zweifellos auf das Wohlbefinden ihres Sohnes negativ auswirken. In der Schweiz verfügt auch er mit der hier lebenden Verwandtschaft seiner Mutter über ein Beziehungsnetz, das ihm bei seiner persönlichen Entwicklung zugutekommen wird.

7.3. In Berücksichtigung der geschilderten Umstände kommt das Gericht zum Schluss, dass eine wiedererwägungsrechtlich relevante veränderte Sachlage gegeben ist und der Wegweisungsvollzug aufgrund deren als unzumutbar im Sinne von Art. 83 Abs. 4 AuG zu qualifizieren ist.

7.4. Gründe im Sinne von Art. 83 Abs. 7 AuG, die einer vorläufigen Aufnahme entgegenstehen könnten, sind den Akten keine zu entnehmen.

8.

Die Beschwerde ist nach dem Gesagten gutzuheissen. Die Verfügung des Bundesamtes vom 29. Juli 2011 ist aufzuheben und dieses anzuweisen, in teilweiser Wiedererwägung der Verfügung vom 5. November 2002 den Aufenthalt der Beschwerdeführenden in der Schweiz nach den Bestimmungen über die vorläufige Aufnahme zu regeln.

9.

9.1. Bei diesem Ausgang des Verfahrens sind keine Kosten aufzuerlegen (Art. 63 Abs. 1 und 2 VwVG), weshalb das Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege gemäss Art. 65 Abs. 1 VwVG gegenstandslos wird.

9.2.

Sodann ist den vertretenen Beschwerdeführenden angesichts ihres Obsiegens in Anwendung von Art. 64 VwVG und Art. 7 Abs. 1 des

Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht (VGKE, SR 173.320.2) eine Entschädigung für die ihnen notwendigerweise erwachsenen Parteikosten zuzusprechen. Seitens der Rechtsvertretung wurde keine Kostennote eingereicht. Auf die Nachforderung einer solchen kann indessen verzichtet werden, da vorliegend der Aufwand für das Beschwerdeverfahren zuverlässig abgeschätzt werden kann (Art. 14 Abs. 2 in fine VGKE). Das BFM ist unter Anwendung der genannten Bestimmungen und unter Berücksichtigung der massgeblichen Bemessungsfaktoren (vgl. Art. 8 ff. VGKE) anzuweisen ist, den Beschwerdeführenden eine Parteientschädigung in der Höhe von pauschal Fr. 1'000.– auszurichten.

(Dispositiv nächste Seite)

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.

Die Beschwerde wird gutgeheissen.

2.

Die Verfügung des BFM vom 29. Juli 2010 wird aufgehoben und dieses wird angewiesen, die Beschwerdeführenden – in teilweiser Wiedererwägung seiner Verfügung vom 5. November 2002 – vorläufig aufzunehmen.

3.

Es werden keine Verfahrenskosten auferlegt.

4.

Das BFM wird angewiesen, den Beschwerdeführenden für das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht eine Parteienschädigung in Höhe von Fr. 1'000.– (inkl. Auslagen und MwSt) zu entrichten.

5.

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

Der vorsitzende Richter:

Der Gerichtsschreiber:

Hans Schürch

Christoph Basler

Versand: