



Abteilung V
E-3085/2017

Urteil vom 29. August 2017

Besetzung

Einzelrichterin Barbara Balmelli,
mit Zustimmung von Richter David R. Wenger;
Gerichtsschreiberin Evelyn Heiniger.

Parteien

A._____, geboren am (...),
Türkei,
vertreten durch lic. iur. Peter Frei, Rechtsanwalt,
(...),
Beschwerdeführer,

gegen

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

Gegenstand

Nichteintreten auf Wiedererwägungsgesuch betreffend
Familienzusammenführung;
Verfügung des SEM vom 2. Mai 2017 / N (...).

Sachverhalt:**A.**

Der Beschwerdeführer reichte am 23. August 2010 ein Asylgesuch ein. Mit Verfügung vom 16. März 2016 wurde er als Flüchtling anerkannt und erhielt Asyl in der Schweiz.

B.

B.a Mit undatierter Eingabe (Eingang SEM: 25. Mai 2016) stellte er bei der Vorinstanz ein Gesuch um Familienzusammenführung betreffend seine Ehefrau und seine drei Kinder.

B.b Die Vorinstanz lehnte das Gesuch um Familienzusammenführung betreffend die Kinder mit Verfügung vom 15. September 2016 ab und verweigerte ihnen die Einreise in die Schweiz. Diese Verfügung wurde als Einschreiben mit Rückschein versandt (vgl. act. B3). In der Folge wurde die Sendung der Vorinstanz mit dem Vermerk „nicht abgeholt“ retourniert (vgl. act. B5).

B.c Mit separater Verfügung selbigen Tages und an die gleiche Adresse ersuchte die Vorinstanz den Beschwerdeführer bezüglich des Gesuchs um Familienzusammenführung mit seiner Ehefrau, weitere Beweismittel einzureichen. Diese Verfügung wurde per Einschreiben versandt (vgl. act. B4).

B.d Der Beschwerdeführer liess der Vorinstanz die einverlangten Beweismittel am 26. September 2016 zukommen.

C.

C.a Mit Schreiben vom 26. Oktober 2016 gelangte der Beschwerdeführer an die Vorinstanz und machte geltend, er habe im Mai 2016 ein Gesuch um Familienzusammenführung für seine Ehefrau und die Kinder gestellt, am 19. Oktober 2016 sei indes nur eine Visumsermächtigung für die Ehefrau erteilt worden; er ersuche um Behandlung des Gesuchs betreffend die Kinder.

C.b Die Vorinstanz teilte ihm mit Schreiben vom 31. Oktober 2016 mit, sie habe den Familiennachzug betreffend die Kinder mit Verfügung vom 15. September 2016 abgelehnt, indes sei die Verfügung bei der Post nicht abgeholt worden. Sie liess ihm eine Kopie der Verfügung sowie des zurückgesandten Briefumschlages zukommen.

D.

D.a Am 2. Februar 2017 gelangte der Beschwerdeführer erneut an die Vorinstanz und führte an, seine Tochter B._____ sei ein Jahr jünger als im Zivilstandsregister festgehalten werde, was er anhand eines Geburtszeugnisses des Spitals belegen könne. Am 6. Februar 2017 reichte er eine beglaubigte Kopie des Geburtsjournals des Universitätsspitals von C._____, worin die Niederkunft von D._____ mit einem Mädchen am (...) verzeichnet ist, eine beglaubigte Kopie des Zivilstandsregistrauszuges vom 16. Dezember 2016 und eine beglaubigte Kopie des Antrages um Änderung des Geburtstages an das erstinstanzliche Zivilgericht von C._____ vom 19. Dezember 2016 ein.

D.b Die Vorinstanz hielt mit Schreiben vom 17. Februar 2017 fest, die Verfügung bezüglich der Tochter B._____ vom 15. September 2016 sei unangefochten in Rechtskraft erwachsen. Beim Gesuch des Beschwerdeführers handle es sich demnach um ein qualifiziertes Wiedererwägungsgesuch, wobei davon auszugehen sei, beim nunmehr geltend gemachten neuen Geburtsdatum ([...]) handle es sich um ein verspätetes Vorbringen. Es sei nicht nachvollziehbar, weshalb er diesen Sachverhalt nicht bereits im ordentlichen Verfahren geltend gemacht habe.

D.c Mit Stellungnahme vom 21. Februar 2017 führte der Beschwerdeführer aus, Geburtstage hätten für ihn und seine Angehörigen keine Bedeutung und ersuchte um Gutheissung des Wiedererwägungsgesuches.

E.

Mit Verfügung vom 2. Mai 2017 trat die Vorinstanz auf das Wiedererwägungsgesuch nicht ein und stellte fest, die Verfügung vom 15. September 2016 sei rechtskräftig und vollstreckbar.

F.

Der Beschwerdeführer gelangte am 2. Mai 2017 an die Vorinstanz und reichte ein Urteil des (...) Zivilgerichts von C._____ vom 14. April 2017 sowie den berechtigten Zivilstandsregistrauszug ein, inklusive deutscher Übersetzungen.

G.

Mit Schreiben vom 4. Mai 2017 teilte die Vorinstanz dem Beschwerdeführer mit, sein Schreiben sei bei ihr am 3. Mai 2017 eingegangen und habe sich daher mit der am 2. Mai 2017 versandten Verfügung gekreuzt.

H.

Der Beschwerdeführer ersuchte am 4. Mai 2017 um Revision der Verfügung vom 2. Mai 2017.

I.

Am 8. Mai 2017 teilte die Vorinstanz dem Beschwerdeführer mit, sie nehme ihren Entscheid nicht zurück.

J.

Mit Eingabe vom 31. Mai 2017 reichte der Beschwerdeführer beim Bundesverwaltungsgericht Beschwerde gegen die Verfügung vom 2. Mai 2017 ein und beantragte, die angefochtene Verfügung sei aufzuheben, B._____ sei die Einreise und Wohnsitznahme bei ihrem Vater zu erlauben, es sei ihm die unentgeltliche Rechtspflege zu bewilligen und in der Person des unterzeichneten Anwalts ein unentgeltlicher Rechtsbeistand beizugeben.

K.

Die Instruktionsrichterin hiess mit Zwischenverfügung vom 14. Juni 2017 das Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege gut, verzichtete auf die Erhebung eines Kostenvorschusses und ersuchte die Vorinstanz um Vernehmlassung.

L.

Die Vorinstanz ergänzte die Akten mit zwei Sendungsnachverfolgungen und hielt in der Vernehmlassung vom 30. Juni 2017 dazu fest, aus den Unterlagen der Post gehe hervor, dass der Beschwerdeführer für beide Schreiben (act. B3 und B4) eine Abholungseinladung erhalten habe. Die Verfügung sei ihm demnach rechtsgültig zugestellt worden.

M.

Mit Stellungnahme vom 7. Juli 2017 hielt der Beschwerdeführer an seinem Standpunkt fest, er habe von der Verfügung erst verspätet Kenntnis nehmen können.

N.

Am 10. Juli 2017 wies die Instruktionsrichterin das Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtsbeistandung ab.

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:

1.

Gemäss Art. 31 VGG ist das Bundesverwaltungsgericht zur Beurteilung von Beschwerden gegen Verfügungen nach Art. 5 VwVG zuständig und entscheidet auf dem Gebiet des Asyls in der Regel – wie auch vorliegend – endgültig (vgl. Art. 83 Bst d Ziff. 1 BGG; Art. 105 AsylG [SR 142.31]). Der Beschwerdeführer ist als Verfügungsadressat zur Beschwerdeführung legitimiert (Art. 48 Abs. 1 VwVG). Auf die frist- und formgerecht eingereichte Beschwerde (Art. 108 Abs. 1 AsylG, Art. 52 VwVG) ist einzutreten.

2.

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

3.

Die Beschwerde hat sich während des Beschwerdeverfahrens aufgrund neuer Erkenntnisse als offensichtlich unbegründet erwiesen. Sie ist daher im Verfahren einzelrichterlicher Zuständigkeit mit Zustimmung eines zweiten Richters (Art. 111 Bst. 3 AsylG) und mit summarischer Begründung zu beurteilen (Art. 111a Abs. 2 AsylG). Dass dem Beschwerdeführer mit Zwischenverfügung vom 14. Juni 2017 die unentgeltliche Prozessführung gewährt und die Beschwerde nicht als aussichtslos qualifiziert wurde, steht einer Behandlung der vorliegenden Beschwerde im Verfahren nach Art. 111 Bst. e AsylG nicht entgegen (vgl. dazu ausführlich Urteil des BVGer E-4923/2016).

4.

4.1 Bei Beschwerden gegen einen Nichteintretensentscheid ist die Beurteilungskompetenz der Beschwerdeinstanz grundsätzlich auf die Frage beschränkt, ob die Vorinstanz auf das Gesuch zu Recht nicht eingetreten ist (vgl. BVGE 2012/4 E. 2.2 m.w.H.).

4.2 Mit dem Begehren, es sei B. _____ die Einreise zur Wohnsitznahme beim Vater zu erlauben, geht die Beschwerde über den zulässigen Beschwerdegegenstand hinaus, was unzulässig ist. Insoweit ist auf die Beschwerde nicht einzutreten.

5.

5.1 Ein Wiedererwägungsgesuch ist dem SEM gemäss Art. 111b Abs. 1 AsylG 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.

5.2 In seiner praktisch relevantesten Form bezweckt das Wiedererwägungsgesuch die Änderung einer ursprünglich fehlerfreien Verfügung an eine nachträglich eingetretene erhebliche Veränderung der Sachlage (vgl. BVGE 2014/39 E. 4.5 m.w.H.). Falls die abzuändernde Verfügung unangefochten blieb oder ein eingeleitetes Beschwerdeverfahren mit einem blossen Prozessentscheid abgeschlossen wurde, können auch Revisionsgründe einen Anspruch auf Wiedererwägung begründen. Ein solchermassen als qualifiziertes Wiedererwägungsgesuch zu bezeichnendes Rechtsmittel war und ist grundsätzlich nach den Regeln des Revisionsverfahrens zu behandeln (vgl. BVGE 2013/22 E. 5.4).

5.3 Die vorinstanzliche Verfügung vom 15. September 2016 ist unangefochten in Rechtskraft erwachsen, weshalb die Vorinstanz die Eingabe des Beschwerdeführers vom 2. Februar 2017 zu Recht als qualifiziertes Wiedererwägungsgesuch entgegengenommen hat.

6.

6.1 Der Beschwerdeführer begründet das Wiedererwägungsgesuch damit, seine Tochter B. _____ sei ein Jahr später geboren worden, als ursprünglich im Zivilstandsregister eingetragen. Zum Beweis reichte er ein Urteil des (...) Zivilgerichts C. _____ vom 16. März 2017 sowie einen berichtigten Zivilstandsregistrauszug vom 20. April 2017 ein, worin das Geburtsdatum der Tochter nun mit (...) verurkundet ist.

Die Vorinstanz führt in der angefochtenen Verfügung dazu aus, diese Tatsache hätte der Beschwerdeführer im ordentlichen Beschwerdeverfahren gegen die Verfügung geltend machen müssen. Letztere sei indes unangefochten in Rechtskraft erwachsen.

6.2 In der Rechtsmitteleingabe macht der Beschwerdeführer vorab geltend, er habe von dieser Verfügung erst Kenntnis erhalten, nachdem er bei der Vorinstanz nachgefragt habe und ihm diese am 31. Oktober 2016 zugestellt worden sei. In diesem Zusammenhang stelle sich deshalb zunächst die Frage, weshalb die Vorinstanz die beiden Schreiben – die Verfügung betreffend Abweisung des Gesuchs um Familienzusammenführung (act. B3) und das Schreiben betreffend die Aufforderung weitere Beweismittel einzureichen (act. B4) – separat versendet habe. Weiter stelle sich die Frage, weshalb ihm die Verfügung von der Post nicht ausgehändigt

worden sei, wo er doch das gleichzeitig vom SEM versandte zweite Schreiben korrekt zugestellt erhalten habe. Ein Versehen der Post sei nicht auszuschliessen.

6.3

6.3.1 Dass die Vorinstanz die beiden Verfügungen separat versendet hat, ergibt sich aufgrund des offensichtlich wesentlich unterschiedlichen Inhalts der beiden Schreiben. Im Übrigen handelt es sich dabei nicht um eine Frage, die durch das Gericht zu überprüfen ist, weshalb darauf nicht weiter einzugehen ist.

6.3.2 Hinterlässt der Postbote, da er einen eingeschriebenen Brief dem Adressaten nicht aushändigen kann, im Briefkasten oder Postfach eine Abholungseinladung, und wird die Sendung nicht innert Frist abgeholt, gilt diese als am letzten Tag der Frist zugestellt (ULRICH HÄFELIN/GEORG MÜLLER/FELIX UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 7. Aufl., 2016, Rz. 1067; Urteil des Bundesgerichts 5A_2/210 vom 17. März 2010 E. 3). Eine Verfügung gilt als eröffnet, wenn sie ordnungsgemäss zugestellt ist und der Adressat davon Kenntnis nehmen kann; dass er davon tatsächlich Kenntnis nimmt, ist nicht erforderlich (vgl. Urteil des BGer 2C_570/2011 vom 24. Januar 2012 E. 4 m.w.H.).

Aufgrund der Sendungsnachverfolgungen ergibt sich, dass die beiden Sendungen dem Beschwerdeführer nicht ausgehändigt werden konnten und er deshalb am 16. September 2016 für beide eine Abholungseinladung erhalten hat (act. C21/2). In der Folge hat er das Schreiben betreffend Aufforderung zur Nachreichung von Beweismitteln (act. B4) abgeholt. Die Sendung betreffend die Abweisung des Gesuchs um Familienzusammenführung (act. B3) wurde demgegenüber nach Ablauf der Abholungsfrist am 26. September 2016 an den Absender zurückgesandt und am 4. Oktober 2016 von E._____, Mitarbeiter des SEM, abgeholt. Inwiefern der Post bezüglich dieser zweiten Sendung beziehungsweise Abholungseinladung ein Versehen unterlaufen sei, wird in der Eingabe nicht näher substantiiert und ist auch nicht ersichtlich. Sodann bringt der Beschwerdeführer keine Gründe vor, weshalb es ihm persönlich nicht möglich gewesen sein soll, die Verfügung bei der Post abzuholen. Die Verfügung vom 15. September 2016 betreffend Abweisung des Gesuchs um Familienzusammenführung gilt somit als ordentlich zugestellt, eröffnet und wegen fehlender Anfechtung als in Rechtskraft erwachsen.

6.4

6.4.1 Gemäss konstanter Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts darf ein Wiedererwägungsverfahren nicht als Ersatz für eine durch Fristversäumnis verpasste Beschwerdemöglichkeit dienen. Gründe, welche bereits im Zeitpunkt der verpassten Anfechtungsmöglichkeit im ordentlichen Beschwerdeverfahren bestanden haben, können nicht als Wiedererwägungsgründe vorgebracht werden (Entscheidungen und Mitteilungen der Schweizerischen Asylrekurskommission [EMARK] 2000 Nr. 24 E. 5b, zuletzt Urteil des BVGer D-7194/2016 vom 21. August 2017).

6.4.2 Die Vorbringen im Wiedererwägungsgesuch, wonach die Tochter des Beschwerdeführers später als bisher angegeben geboren worden sei, hätten offensichtlich in einem ordentlichen Beschwerdeverfahren vorgebracht werden können. Dass der Beschwerdeführer dieser Möglichkeit durch das Nichtabholen der angefochtenen Verfügung bei der Post verlustig ging, hat er sich selbst anzulasten. Der Vorinstanz ist daher darin zu folgen, dass das neu geltend gemacht Geburtsdatum der Tochter B._____ keine wiedererwägungsweise Überprüfung rechtfertigt.

6.4.3 Darüber hinaus ist das Wiedererwägungsgesuch ohnehin als verspätet zu erachten. Gemäss Art. 111b Abs. 1 AsylG ist das Gesuch innert 30 Tagen nach Entdeckung des Wiedererwägungsgrundes einzureichen. Vorliegend liess die Vorinstanz dem Beschwerdeführer mit Schreiben vom 31. Oktober 2016 eine Kopie der Verfügung vom 15. September 2016 zukommen. Der Beschwerdeführer macht nicht geltend, dieses Schreiben nicht innert der für die Zustellung einer Postsendung gewöhnlichen Frist erhalten zu haben. Es ist demnach davon auszugehen, dass er ab Anfang November 2016 vom Inhalt der Verfügung vom 15. September 2016 Kenntnis hatte, mithin wusste, dass die Vorinstanz davon ausging, das Geburtsdatum der Tochter B._____ sei der (...).

Die Vorinstanz begründete die Ablehnung des Gesuchs um Familiennachzug einzig mit der Volljährigkeit der Tochter des Beschwerdeführers und damit mit deren Alter beziehungsweise Geburtsdatum. Das Argument im Wiedererwägungsgesuch vom 2. Februar 2017, dem – im Übrigen anwaltlich vertretenen – Beschwerdeführer sei erst jetzt, mithin rund drei Monate nach Erhalt der Verfügung bewusst geworden, welche wichtige Rolle das Geburtsdatum spiele, kann demnach nicht gehört werden.

6.4.4 Bei dieser Sachlage erübrigt es sich, auf die weiteren Vorbringen in der Beschwerde und der Replik einzugehen, zumal es sich dabei um inhaltliche Argumente handelt. Insoweit erübrigen sich auch Ausführungen zu Art. 51 AsylG, Art. 3 und 8 EMRK.

6.5 Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Vorinstanz zu Recht auf das Wiedererwägungsgesuch nicht eingetreten ist.

7.

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 darauf einzutreten ist.

8.

Bei diesem Ausgang des Verfahrens wären die Kosten dem Beschwerdeführer aufzuerlegen (Art. 63 Abs. 1 VwVG sowie Art. 1–3 des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]). Mit Zwischenverfügung vom 14. Juni 2017 wurde das Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung gutgeheissen, weshalb von der Kostenauflegung abgesehen ist.

(Dispositiv nächste Seite)

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.

Die Beschwerde wird abgewiesen, soweit darauf einzutreten ist.

2.

Es werden keine Verfahrenskosten auferlegt.

3.

Dieses Urteil geht an den Beschwerdeführer und das SEM.

Die Einzelrichterin:

Die Gerichtsschreiberin:

Barbara Balmelli

Evelyn Heiniger

Versand: