



## Urteil vom 15. Juni 2018

---

Besetzung

Einzelrichterin Regula Schenker Senn,  
mit Zustimmung von Richterin Jeannine Scherrer-Bänziger,  
Gerichtsschreiberin Annina Mondgenast.

---

Parteien

A. \_\_\_\_\_, geboren am (...),  
Staat unbekannt,  
Beschwerdeführer,

gegen

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

---

Gegenstand

Wegweisung und Wegweisungsvollzug  
(Beschwerde gegen Wiedererwägungsentscheid);  
Verfügung des SEM vom 7. Mai 2018 / N (...).

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

Der Beschwerdeführer ersuchte am 28. Februar 2015 in der Schweiz um Asyl. Mit Verfügung vom 18. November 2016 verneinte die Vorinstanz seine Flüchtlingseigenschaft, lehnte sein Asylgesuch ab und ordnete die Wegweisung aus der Schweiz sowie den Wegweisungsvollzug an. Gegen diesen Entscheid erhob er am 20. Dezember 2016 beim Bundesverwaltungsgericht Beschwerde. Mit Urteil E-7876/2016 vom 12. Januar 2017 wies das Gericht die Beschwerde ab. Es befand im Wesentlichen, es sei nicht von einer dauernden eheähnlichen Beziehung zwischen dem Beschwerdeführer und seiner Partnerin auszugehen, weshalb er sich weder auf den Grundsatz der Einheit der Familie noch auf Art. 8 EMRK berufen könne. Die Verfügung der Vorinstanz vom 18. November 2016 erwuchs somit in Rechtskraft.

**B.**

Am 6. Dezember 2017 stellte der Beschwerdeführer beim SEM ein Wiedererwägungsgesuch, welches er am 6. April 2018 präzisierte, und beantragte, er sei in die vorläufige Aufnahme seiner Kinder miteinzubeziehen.

Als Beweismittel reichte er Kopien zweier Sorgerechtersklärungen und Vaterschaftsanerkennungen ein.

**C.**

Mit Verfügung vom 7. Mai 2018, eröffnet am 14. Mai 2018, wies die Vorinstanz das Wiedererwägungsgesuch ab, vermerkte die Rechtskraft der Verfügung vom 18. November 2016, erhob eine Gebühr in der Höhe von Fr. 600.– und hielt fest, einer allfälligen Beschwerde komme keine aufschiebende Wirkung zu.

**D.**

Gegen diese Verfügung erhob der Beschwerdeführer beim Bundesverwaltungsgericht am 5. Mai 2018 Beschwerde und beantragte, die vorinstanzliche Verfügung sei aufzuheben. Es sei festzustellen, dass der Entscheid den Grundsatz der Einheit der Familie verletze, der Wegweisungsvollzug unzulässig sowie unzumutbar sei und das SEM zu Unrecht eine Gebühr in der Höhe von Fr. 600.– erhoben habe. In prozessualer Hinsicht ersuchte er um Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung, inklusive Verzicht auf die Erhebung eines Kostenvorschusses, und um Beiordnung eines Rechtsbeistands. Der Wegweisungsvollzug sei auszusetzen und der Beschwerde sei die aufschiebende Wirkung zu erteilen.

Mit der Beschwerde reichte er verschiedene Fotos von sich und seiner Familie ein.

## **E.**

Mit superprovisorischer Massnahme im Sinne von Art. 56 VwVG setzte das Bundesverwaltungsgericht am 6. Juni 2018 den Vollzug der Wegweisung einstweilen aus.

### **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 BGG).

**1.2** Die Beschwerde ist frist- und formgerecht eingereicht. Der Beschwerdeführer hat am Verfahren vor der Vorinstanz teilgenommen, ist durch die angefochtene Verfügung besonders berührt und hat ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung beziehungsweise Änderung. Er ist daher zur Einreichung der Beschwerde legitimiert (Art. 105 und 108 Abs. 1 AsylG; Art. 48 Abs. 1 sowie Art. 52 Abs. 1 VwVG). Auf die Beschwerde ist einzutreten.

**1.3** Mit dem vorliegenden Direktentscheid werden die Gesuche des Beschwerdeführers um Erteilung der aufschiebenden Wirkung und um Beordnung eines unentgeltlichen Rechtsvertreters hinfällig.

#### **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. 49 VwVG (vgl. BVGE 2014/26 E. 5).

**3.**

Über offensichtlich begründete Beschwerden wird in einzelrichterlicher Zuständigkeit mit Zustimmung eines zweiten Richters beziehungsweise einer zweiten Richterin entschieden (Art. 111 Bst. e AsylG). Wie nachstehend aufgezeigt, handelt es sich vorliegend um eine solche, weshalb der Beschwerdeentscheid nur summarisch zu begründen ist (Art. 111a Abs. 2 AsylG).

**4.**

Gestützt auf Art. 111a Abs. 1 AsylG wurde vorliegend auf die Durchführung eines Schriftenwechsels verzichtet.

**5.**

Das Wiedererwägungsverfahren ist 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).

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 (zum sogenannten "qualifizierten Wiedererwägungsgesuch" vgl. BVGE 2013/22 E. 5.4 m.w.H.).

**6.**

**6.1** In seinem Wiedererwägungsgesuch machte der Beschwerdeführer geltend, er führe in der Schweiz mit B.\_\_\_\_\_ (N [...]) eine Beziehung. Zuzufolge der ursprünglichen Zuweisung in unterschiedliche Kantone sei ihnen ein offizielles gemeinsames Zusammenleben verwehrt geblieben. Die Vaterschaft der beiden gemeinsamen Kinder habe er anerkannt und teile mit deren Mutter (seiner Partnerin) die elterliche Sorge. Seine Wegweisung aus der Schweiz verletze deshalb den Grundsatz der Einheit der Familie gemäss Art. 44 Abs. 1 AsylG. Der Wegweisungsvollzug könne nicht losgelöst von seiner Partnerin geprüft werden und das Kindwohl müsse

berücksichtigt werden. Seine Partnerin und die gemeinsamen Kinder würden über eine vorläufige Aufnahme verfügen, weshalb er ebenfalls in diese miteinzubeziehen sei.

**6.2** Die Vorinstanz befand die vorgebrachten Tatsachen und Beweismittel als nicht erheblich im Sinne von Art. 66 Abs. 2 Bst. a VwVG. Bereits im Verlauf seines Asylverfahrens habe es der Beschwerdeführer unterlassen, Angaben zur Beziehung zu seiner Partnerin und zur Geburt seines ersten Sohnes zu machen. Zuzufolge der nicht standesamtlich durchgeführten Heirat gelte er nach schweizerischem Recht nicht als verheiratet. Aufgrund der kurzen Dauer der Beziehung, insbesondere aufgrund seines Wegzuges nach Abweisung der Beschwerde, könne nicht von einer dauerhaften und stabilen Partnerschaft gesprochen werden. Die Beziehung gelte nicht als eheähnliche Partnerschaft, weshalb er sich nicht auf die Einheit der Familie gemäss Art. 8 EMRK berufen könne. Angesichts seiner geltend gemachten Mittellosigkeit sei zu bezweifeln, dass er die Mutter seiner Kinder in der Schweiz finanziell unterstütze, weshalb es auch an einer finanziellen Verflechtung fehle. Die Kinder würden sich bei der Mutter aufhalten, und er selbst verfüge über kein Obhutsrecht. Die gemeinsame elterliche Sorge vermöge nichts über die von ihm tatsächlich erbrachten Fürsorgeleistungen auszusagen. Den Kontakt zu seinen Kindern könne er auch aus dem Ausland pflegen. Zuzufolge seines halbjährigen Aufenthalts in Deutschland vermöge er nicht den Eindruck zu erwecken, er wäre an der Einheit der Familie oder am unmittelbaren Kontakt zu den Kindern interessiert.

**6.3** In seiner Beschwerde macht der Beschwerdeführer geltend, zwischen seiner Partnerin und ihm bestehe eine gelebte eheähnliche Gemeinschaft. Seine Partnerin und seine Kinder würden über kein gefestigtes Anwesenheitsrecht verfügen, weshalb kein Rechtsanspruch gemäss Art. 8 EMRK bestehe. Jedoch sei bei einem bestehenden und tatsächlich gelebten Familienleben unbeschrieben eines gefestigten Aufenthaltsrechts gemäss Art. 44 Abs. 1 AsylG bei der Anordnung der Wegweisung der Grundsatz der Einheit der Familie zu berücksichtigen. Die vorläufige Aufnahme eines Familienmitglieds führe in der Regel auch zur vorläufigen Aufnahme von dessen Familie. Bei der Entscheidung sei zudem das Kindeswohl seiner in der Schweiz wohnhaften Kinder zu berücksichtigen. Auch wenn für Kleinkinder die Mutter die Hauptbezugsperson sein dürfte, so spiele der Vater in deren Leben und für ihre persönliche Entwicklung ebenfalls eine zentrale Rolle. Die angefochtene Verfügung verletze zudem die Begründungspflicht; es werde darin nicht dargelegt, weshalb die Trennung zum Wohl der Kinder im Sinne von Art. 9 des Übereinkommens über die Rechte der Kinder

(SR 0.107; KRK) nötig sei. Im Rahmen einer Abwägung würden die Interessen seiner Kinder und seiner Ehefrau an seinem Verbleib in der Schweiz ebenfalls überwiegen. Seine Ehefrau sei mit drei Kindern auf seine Unterstützung angewiesen. Die Erhebung der Gebühren sei deshalb zu Unrecht erfolgt.

## 7.

**7.1** Der in Art. 29 Abs. 2 BV garantierte und in den Art. 26–33 VwVG konkretisierte Grundsatz des rechtlichen Gehörs umfasst das Recht, mit eigenen Begehren angehört zu werden, Einblick in die Akten zu erhalten und zu den für die Entscheidung wesentlichen Punkten Stellung nehmen zu können. Der Anspruch auf rechtliches Gehör dient einerseits der Sachaufklärung und stellt andererseits ein persönlichkeitsbezogenes Mitwirkungsrecht der Parteien dar. Der Grundsatz des rechtlichen Gehörs beinhaltet insbesondere auch die Pflicht der Behörden, die Vorbringen des vom Entscheid in seiner Rechtsstellung Betroffenen sorgfältig und ernsthaft zu prüfen und in der Entscheidungsfindung zu berücksichtigen (Art. 32 Abs. 1 VwVG). Daraus folgt die grundsätzliche Pflicht der Behörden, sich mit den wesentlichen Vorbringen des Rechtssuchenden zu befassen und Entscheide zu begründen (Art. 35 Abs. 1 VwVG). Die Begründung eines Entscheides muss so abgefasst sein, dass der Betroffene ihn sachgerecht anfechten kann. In diesem Sinne müssen wenigstens kurz die Überlegungen genannt werden, die für den Entscheid bedeutsam sind (vgl. dazu beispielsweise BVGE 2009/35 E. 6.4.1 m.w.H.).

**7.2** Der Beschwerdeführer machte in seinem Wiedererwägungsgesuch geltend, die Vorinstanz habe bei der Anordnung der Wegweisung den Grundsatz der Einheit der Familie im Sinne von Art. 44 Abs. 1 AsylG und das Kindeswohl zu beachten. Die Vorinstanz prüfte in der angefochtenen Verfügung, ob dem Beschwerdeführer gestützt auf Art. 8 EMRK ein grundsätzlicher Anspruch auf Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung zukomme. Hingegen hat sie sich zur Frage, ob ihm gestützt auf den in Art. 44 AsylG statuierten Grundsatz der Einheit der Familie die vorläufige Aufnahme zu gewähren sei, mit keinem Wort geäußert. Auch zum Kindeswohl führte sie nichts aus. Mit den grundsätzlich relevanten Vorbringen im Wiedererwägungsgesuch hat sie sich somit gar nicht auseinandergesetzt und diese in ihrem Entscheid gänzlich unberücksichtigt gelassen. Mit diesem Vorgehen hat die Vorinstanz offensichtlich die ihr obliegende Prüfungs- und Begründungspflicht und damit den Anspruch des Beschwerdeführers auf rechtliches Gehör verletzt. Diese Gehörsverletzung ist als schwerwiegend zu erachten, weshalb eine Heilung auf Beschwerdeebene nicht in Betracht fällt.

**8.**

Nach dem Gesagten ist die Beschwerde gutzuheissen. Die vorinstanzliche Verfügung vom 7. Mai 2018 ist aufzuheben und die Sache zur umfassenden Prüfung – namentlich der Vorbringen, gemäss dem Grundsatz der Einheit der Familie nach Art. 44 Abs. 1 AsylG sei der Beschwerdeführer in der Schweiz vorläufig aufzunehmen und das Kindeswohl sei zwingend zu berücksichtigen – sowie zur anschliessenden Neubeurteilung und entsprechenden Begründung an das SEM zurückzuweisen. Angesichts der Rückweisung der Sache an die Vorinstanz erübrigt es sich, auf die weiteren Ausführungen in der Beschwerde näher einzugehen.

**9.**

**9.1** Bei diesem Ausgang des Verfahrens sind keine Kosten zu erheben (Art. 63 Abs. 1 und 2 VwVG).

**9.2** Der Beschwerdeführer wäre zufolge seines Obsiegens für die ihm erwachsenen notwendigen Kosten zu entschädigen (Art. 64 Abs. 1 VwVG; Art. 7 ff. des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]). Der nicht vertretene Beschwerdeführer macht für das Beschwerdeverfahren keine Aufwendungen im Sinne der massgeblichen Bestimmungen gelten und es sind auch keine ersichtlich. Es ist ihm deshalb keine Parteientuschädigung zuzusprechen.

(Dispositiv nächste Seite)

**Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:**

**1.**

Die Beschwerde wird gutgeheissen und die angefochtene Verfügung aufgehoben.

**2.**

Die Sache wird im Sinne der Erwägungen zur Neuurteilung an das SEM zurückgewiesen.

**3.**

Es werden keine Verfahrenskosten erhoben und keine Parteientschädigung entrichtet.

**4.**

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

Die Einzelrichterin:

Die Gerichtsschreiberin:

Regula Schenker Senn

Annina Mondgenast