



## Urteil vom 8. März 2012

---

Besetzung

Richter Daniel Willisegger (Vorsitz),  
Richter Robert Galliker,  
Richterin Emilia Antonioni,  
Gerichtsschreiber Tobias Meyer.

---

Parteien

A.\_\_\_\_\_, geboren (...),  
Türkei,  
vertreten durch Peter Frei, Rechtsanwalt,  
Beschwerdeführer,

gegen

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

---

Gegenstand

Asyl und Wegweisung; Verfügung des BFM vom  
5. Juni 2008 / N (...).

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

Der Beschwerdeführer, ein türkischer Staatsangehöriger kurdischer Ethnie, verliess die Türkei nach eigenen Angaben am 27. März 2008 und gelangte über ihm unbekannte Länder am 31. März 2008 in die Schweiz, wo er am Tag darauf um Asyl ersuchte. Am 3. April 2008 wurde er im Empfangs- und Verfahrenszentrum Basel zur Person befragt, am 15. und 22. April 2008 zu seinen Asylgründen angehört.

**B.**

Mit Verfügung vom 5. Juni 2008 – eröffnet am 9. Juni 2008 – stellte das BFM fest, der Beschwerdeführer erfülle die Flüchtlingseigenschaft nicht und lehnte sein Asylgesuch ab. Gleichzeitig wies das BFM ihn aus der Schweiz weg und beauftragte den Kanton B.\_\_\_\_\_ mit dem Vollzug der Wegweisung.

**C.**

Mit Eingabe vom 8. Juli 2008 erhob der Beschwerdeführer gegen die Verfügung Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht und beantragte, die Verfügung sei aufzuheben, er sei als Flüchtling anzuerkennen und es sei ihm Asyl zu gewähren. Eventuell sei festzustellen, dass die Wegweisung (recte wohl: der Wegweisungsvollzug) unzulässig und unzumutbar sei. In prozessualer Hinsicht ersuchte er um Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung und Rechtsvertretung.

**D.**

Mit Zwischenverfügung vom 11. Juli 2008 hiess das Bundesverwaltungsgericht das Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege gut und wies das Gesuch um unentgeltliche Rechtsvertretung ab. Gleichzeitig lud es das BFM zur Vernehmlassung ein, das sich am 28. Juli 2008 vernehmen liess.

**E.**

Mit Eingabe vom 18. August 2008 reichte der Beschwerdeführer unaufgefordert vier Referenzschreiben inklusive deutscher Übersetzung nach.

**F.**

Mit Mitteilung vom 20. Juli 2009 brachte das Migrationsamt des Kantons B.\_\_\_\_\_ dem Bundesverwaltungsgericht zur Kenntnis, dass der Beschwerdeführer am 12. Juni 2009 eine Schweizer Staatsangehörige geheiratet hatte. Später wurde mitgeteilt, dass das Migrationsamt des Kan-

tons C.\_\_\_\_\_ mit Verfügung vom 26. Oktober 2009 auf ein Gesuch des Beschwerdeführers um Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung nicht eingetreten ist. Dagegen erhob er am 8. November 2010 Rekurs beim Regierungsrat des Kantons C.\_\_\_\_\_. Nach Auskunft der Staatskanzlei des Kantons C.\_\_\_\_\_ vom 3. Mai 2011 sowie 1. Februar 2012 ist der Rekurs beim Regierungsrat noch rechtshängig.

### **G.**

Mit Eingabe vom 23. Dezember 2011 nahm der Beschwerdeführer auf Aufforderung des Bundesverwaltungsgerichts zum Auftauchen seines türkischen Passes im Rahmen seiner Eheschliessung und des darin befindlichen Visums für die D.\_\_\_\_\_ [europäischer Staat] Stellung.

## **Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:**

### **1.**

Gemäss Art. 31 des Verwaltungsgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (VGG, SR 173.32) ist das Bundesverwaltungsgericht zur Beurteilung von Beschwerden gegen Verfügungen nach Art. 5 des Bundesgesetzes vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren (VwVG, SR 172.021) zuständig und entscheidet auf dem Gebiet des Asyls in der Regel – wie auch vorliegend – endgültig (vgl. Art. 83 Bst. d Ziff. 1 des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 [BGG, SR 173.110]; Art. 105 des Asylgesetzes vom 26. Juni 1998 [AsylG, SR 142.31]). Der Beschwerdeführer ist als Verfügungsadressat zur Beschwerdeführung legitimiert (Art. 48 VwVG). Auf die frist- und formgerecht eingereichte Beschwerde (Art. 108 Abs. 1 AsylG und Art. 52 VwVG) ist einzutreten.

### **2.**

Das Bundesverwaltungsgericht überprüft die angefochtene Verfügung auf Verletzung von Bundesrecht, einschliesslich Missbrauch und Überschreitung des Ermessens, auf unrichtige und unvollständige Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts und auf Unangemessenheit hin (Art. 106 Abs. 1 AsylG).

### **3.**

**3.1.** Gemäss Art. 2 Abs. 1 AsylG gewährt die Schweiz Flüchtlingen grundsätzlich Asyl. Flüchtlinge sind Personen, die in ihrem Heimatstaat oder im Land, in dem sie zuletzt wohnten, wegen ihrer Rasse, Religion, Nationali-

tät, Zugehörigkeit zu einer bestimmten sozialen Gruppe oder wegen ihrer politischen Anschauungen ernsthaften Nachteilen ausgesetzt sind oder begründete Furcht haben, solchen Nachteilen ausgesetzt zu werden. Als ernsthafte Nachteile gelten namentlich die Gefährdung des Leibes, des Lebens oder der Freiheit sowie Massnahmen, die einen unerträglichen psychischen Druck bewirken (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; vgl. auch BVE 2010/57 E. 2.2 f.; aus den Entscheidungen und Mitteilungen der Schweizerischen Asylrekurskommission [EMARK] 2004 Nr. 1 E. 5a).

#### **4.**

**4.1.** Der Beschwerdeführer brachte im vorinstanzlichen Verfahren vor, er habe sich aufgrund seiner schlechten Erfahrungen während des Militärdienstes von 1993 bis 1994 entschieden, etwas gegen den Staat zu unternehmen. Im Jahr 2000 habe er Kontakt zur Arbeiterpartei Kurdistans (PKK) aufgenommen und eine Kuriertätigkeit begonnen. Er habe Kleider, Esswaren und Munition für die PKK transportiert. Zwischen 2006 und 2007 sei er mehrmals festgenommen und kurzzeitig verhört worden. Im April 2007 habe er eine Aufforderung zur Zusammenarbeit mit der JITEM (Nachrichtendienst der türkischen Gendarmerie) abgelehnt. Kurz darauf sei er für drei Tage inhaftiert und gefoltert worden, habe aber seine Kuriertätigkeit nicht gestanden. Nach einem kurzen Aufenthalt in Istanbul habe er bei seiner Rückkehr festgestellt, dass seine Ehefrau von zwei Angehörigen der JITEM unter Druck gesetzt worden sei. Um seine Frau zu schützen, habe er sich von ihr scheiden lassen. Im Januar 2008 sei er nach Istanbul geflüchtet, da er beschattet worden sei, und befürchtet habe, dass die Behörden ihn töten wollen. Am 27. März 2008 habe er die Türkei verlassen.

**4.2.** Die Vorinstanz führt in der angefochtenen Verfügung aus, die Vorbringen des Beschwerdeführers seien unsubstantiiert sowie realitätsfremd und hielten vor den Anforderungen an die Glaubwürdigkeit gemäss Art. 7 AsylG nicht stand. Im Einzelnen führt das BFM aus, die Ausführun-

gen des Beschwerdeführers, wie er Kontakt mit der PKK aufgenommen habe und insbesondere wie er es geschafft habe, mit einem Kommandanten zu sprechen, seien unsubstantiiert. Seine geringen Kenntnisse über die PKK würden erstaunen. Insbesondere sei nicht glaubhaft, dass er ein so beträchtliches Risiko auf sich genommen habe, obwohl er die Ideologie der PKK nicht gekannt habe. Auch die Darstellung seiner Tätigkeit als Kurier sei vage und realitätsfremd. Er wisse zwar einen Codenamen und eine Losung, diese seien aber leicht zu konstruieren. Seine Ausführungen bezüglich der angeblich erlittenen Folterungen seien diffus und vage und es seien keine Realkennzeichen zu erkennen. Auch sein Verhalten nach den Folterungen sei unplausibel, da er angeblich nicht zu einem Arzt gegangen sei. Schliesslich beständen keine konkreten Anzeichen für eine behördliche Suche nach ihm. Dies deute daraufhin, dass kein konkreter Tatverdacht gegen ihn vorgelegen habe, ansonsten er nach seiner Freilassung sicherlich weitere Konsequenzen erlitten hätte.

**4.3.** Der Beschwerdeführer entgegnet in der Beschwerdeschrift, es erscheine überwiegend wahrscheinlich, dass er sein Heimatland wegen den erlittenen Behelligungen verlassen habe und nicht aus wirtschaftlichen Gründen. Es seien zudem keine widersprüchlichen oder unstimmi- gen Angaben zu erkennen. Er stamme aus einem wenig gebildeten, ländlichen Milieu, weshalb seine Angaben wenig differenziert wirkten, deshalb aber nicht weniger bodenständig und glaubhaft. Zudem habe das BFM der aus den Folterungen folgenden Traumatisierung keinerlei Beachtung geschenkt. Das scheinbare Unbeteiligtsein sei typisch für traumatisierte Folteropfer. Zudem habe er die Todesängste während der Folter in nachvollziehbarer Form geschildert. Auch habe er plausibel geschildert, wie er einer Sicherheits- beziehungsweise Vertraulichkeitsprüfung unterzogen, nach und nach mit logistischen Aufgaben betraut worden sei und welche Sicherheitsmassnahmen ergriffen worden seien. Er habe auch seine Motivation für die Unterstützung der PKK glaubhaft dargelegt. Schliesslich sei er nicht zu einem Arzt gegangen, weil er jegliches Vertrauen in die örtlichen Behörden verloren habe und die in seinem Dorf eingerichtete Krankenstation nie mit Personal besetzt worden sei.

## **5.**

**5.1.** Die Vorinstanz hat eine sorgfältige Beweiswürdigung vorgenommen und das Beweismass des Glaubhaftmachens korrekt auf den vorliegenden Fall angewendet. Sie begründet in der angefochtenen Verfügung ausführlich, weshalb die Vorbringen des Beschwerdeführers insgesamt

nicht glaubhaft sind. Was der Beschwerdeführer dagegen vorbringt, ist nicht geeignet, die vorinstanzliche Beweiswürdigung in einem anderen Licht erscheinen zu lassen.

**5.1.1.** Der Beschwerdeführer bringt zunächst in grundsätzlicher Art und Weise vor, es könne von ihm nicht erwartet werden, detailliert über die Ziele und Hintergründe einer politischen Partei Auskunft zu geben, da er in seinem Heimatland in einem wenig gebildeten, ländlichen Umfeld gelebt habe.

Bei der Beurteilung der Glaubhaftigkeit von Aussagen sind der soziale Hintergrund und die Schulbildung der betroffenen Person – und entsprechend ihre Fähigkeit, sich auszudrücken – angemessen zu berücksichtigen. Trotzdem kann auch unter Berücksichtigung der persönlichen Umstände des Beschwerdeführers – der eigenen Angaben zufolge als Viehhirte in einem kurdischen Dorf im Süden der Türkei lebte – erwartet werden, dass er zu den Beweggründen für einen so gewichtigen Entscheid wie dem Beitritt zur PKK gewisse Angaben machen kann. Dies, zumal er eigenen Angaben zufolge immerhin fünf Jahre die Schule besuchte (BFM-Akte A8/8 S. 3), und davon ausgegangen werden kann, dass in einem kurdischen Dorf die PKK wohl öfters Gesprächsthema war.

Der Beschwerdeführer verweist in seinen Aussagen jedoch lediglich wiederholt und in stereotyper Art und Weise auf den Hass, den er gegenüber dem türkischen Staat nach dem Militärdienst empfunden habe, macht aber mit Ausnahme eines Erlebnisses während dieser Zeit lediglich kurze Angaben zur allgemein schwierigen Situation in seinem Heimatort. Sein Militärdienst lag zudem zum Zeitpunkt seines Beitritts zur PKK im Jahr 2000 bereits sechs Jahre zurück. Seine Erklärung, weshalb er erst zu diesem Zeitpunkt der PKK beigetreten sei – sein Hass habe sich nach dem Militärdienst gelegt, sei danach aber wieder grösser geworden – wirkt nachgeschoben und nicht plausibel (BFM-Akte A10/16 S. 4). Nach den Zielen der PKK gefragt, konnte der Beschwerdeführer nur angeben, sie setze sich "für Demokratie und unsere Freiheit und unsere Rechte" ein (BFM-Akte A10/16 S. 4 f.). Der türkische Staat wolle die Kurden ausmerzen, deshalb führten sie in den Bergen einen Krieg gegen den Staat, um einen eigenen kurdischen Staat zu gründen (BFM-Akte A10/16 S. 4 f.). Diese Aussagen sind vage und wirken stereotyp. Weitere Angaben zu den Zielen der PKK oder seiner eigenen Motivation macht der Beschwerdeführer trotz mehreren Fragen nicht.

**5.1.2.** Der Beschwerdeführer gibt zudem nur äusserst oberflächlich und unsubstantiiert über seine konkrete Tätigkeit als Kurier für die PKK Auskunft. So kann er weder genauere Angaben dazu machen, wie er ursprünglich mit der PKK Kontakt aufgenommen habe, noch welche Sicherheitsvorkehrungen er bei seinen Kuriergängen habe treffen müssen. Er gibt an, er habe der PKK über Mittelsmänner wissen lassen, dass er sie gerne unterstützen würde und erwähnt mehrmals in pauschaler Art und Weise eine Sicherheits- und Vertraulichkeitsprüfung, der er vom "Geheimdienst" der PKK unterzogen worden sei (BFM-Akte A10/16 S. 2 f.), ohne jedoch genauere Angaben dazu machen zu können. Es bleibt zudem unklar, wie es ihm möglich gewesen sein soll, einen Kommandanten der PKK im Gebirge zu treffen. Seine Aussagen zu seinen Kuriergängen wirken realitätsfremd und unplausibel (BFM-Akte A10/16 S. 3). Er gibt an, bei seinen Botengängen ins Gebirge habe er sich vorsichtig verhalten und aufpassen müssen, dass ihn die JITEM nicht sehe (BFM-Akte A10/16 S. 5). Die Waren habe er in der Stadt mit dem Dorftaxi oder mit Hilfe eines Freundes bei einem Kameraden geholt (BFM-Akte A10/16 S. 6). Auch diese Vorbringen werden in keiner Art und Weise substantiiert oder belegt und wirken unglaubhaft. Als einziges Detail gibt der Beschwerdeführer an, das Lösungswort sei (...) gewesen und sein Code-Name (...) (BFM-Akte A8/8 S. 5). Diese beiden Details tragen jedoch nichts zur Glaubhaftigkeit der Vorbringen des Beschwerdeführers bei, da sie wie ein Fremdkörper aus seinen Aussagen hervorstechen und sich in keiner Weise in seine Erzählungen einfügen. Zudem ist nicht anzunehmen, der Beschwerdeführer habe während den sechs Jahren seiner Tätigkeit für die PKK immer das gleiche Kennwort benutzt. Insgesamt sind die Ausführungen des Beschwerdeführers zu seiner Tätigkeit für die PKK unsubstantiiert und stereotyp und damit unglaubhaft.

**5.1.3.** Die Aussagen des Beschwerdeführers bezüglich der angeblichen Verfolgung durch die JITEM und die Folterungen sind ebenfalls als oberflächlich und unsubstantiiert zu bezeichnen (BFM-Akte A10/16 S. 6 ff.). Das Vorbringen des Beschwerdeführers in der Beschwerdeschrift, das scheinbar unbeteiligte Erzählen sei typisch für traumatisierte Folteropfer, vermag an dieser Feststellung nichts zu ändern. Der Beschwerdeführer macht in keiner Art und Weise plausibel, inwiefern er konkret unter einer Traumatisierung leide und er hat offenbar nie (therapeutische) Hilfe in Anspruch genommen, weder in seiner Heimat noch in der Schweiz. Während den Anhörungen machte er nie geltend, er könne sich an gewisse Sachen nicht erinnern oder das Erzählen sei zu schmerzvoll für ihn. Seine Aussagen bezüglich der Folter unterscheiden sich weder quantitativ

noch qualitativ von seinen übrigen Aussagen, so dass nicht davon ausgegangen werden muss, die Aussagen zu den Folterungen seien durch eine Traumatisierung beeinflusst. Die Vorbringen des Beschwerdeführers sind damit auch bezüglich der angeblichen Verfolgung durch türkische Behörden und die erlittenen Folterungen unglaubhaft.

**5.1.4.** Schliesslich wird die persönliche Glaubwürdigkeit des Beschwerdeführers dadurch erheblich vermindert, dass er im vorinstanzlichen Verfahren bezüglich seiner Reise in die Schweiz offensichtlich falsche Angaben machte. In der Befragung zur Person vom 3. April 2008 hatte er angegeben, er sei illegal mit Hilfe eines Schleppers über ihm unbekannte Länder in die Schweiz eingereist. Dieser habe auch seinen (echten) Pass zurückbehalten. Auf die Frage, ob er ein Visum gehabt habe, antwortete er, er wisse nicht einmal, was ein Visum sei (BFM-Akte A1/8 S. 3 und 6). In der Anhörung vom 15. April 2008 sagte er hingegen aus, er habe keinen eigenen Pass gehabt, sondern der Schlepper habe ihm einen gefälschten Pass besorgt. Auf Vorhalt des Widerspruchs entgegnete er, er habe bei der Befragung zur Person das gleiche gesagt. Die Frage, weshalb er einen gefälschten Pass gebraucht habe, wenn er doch auf einem Lastkraftwagen versteckt gereist sei, konnte er nicht beantworten (BFM-Akte A8/8 S. 4). Im Rahmen eines Ehevorbereitungsverfahrens stellte das Zivilstandsamt (...) am 12. März 2009 den Originalpass des Beschwerdeführers sicher. Dieser Pass wurde am 21. Dezember 2006 ausgestellt und am 5. Oktober 2007 in der Türkei sowie am 12. Dezember 2008 in (...) verlängert. Der Pass enthält überdies ein in der Türkei ausgestelltes Visum für D.\_\_\_\_\_, gültig vom 19. bis 23. Dezember 2007, und einen Stempel des Flughafens [Stadt in D.\_\_\_\_\_] vom 20. Dezember 2007.

Auf Vorhalt dieser Feststellungen führte der Beschwerdeführer in seiner Eingabe vom 23. Dezember 2011 aus, der Schlepper habe ihm den Pass erst zurückgegeben, als er die vereinbarten Geldbeträge bezahlt habe. Danach habe dieser den Pass an die Angehörigen des Beschwerdeführers in der Türkei geschickt. Diese Vorbringen sind offensichtlich nachgeschoben und damit unglaubhaft, hat sich der Beschwerdeführer im erstinstanzlichen Verfahren doch nie diesbezüglich geäussert. Zum [Visum für D.\_\_\_\_\_] liess er sich ausdrücklich nicht vernehmen.

Damit ist davon auszugehen, dass der Beschwerdeführer nicht – wie im erstinstanzlichen Verfahren behauptet – illegal mit einem Lastkraftwagen von der Türkei in die Schweiz gereist ist, sondern dass er legal mit einem Visum [nach D.\_\_\_\_\_] eingereist ist und von dort in die Schweiz ge-

langte. Offensichtlich hat er diesbezüglich die Unwahrheit erzählt, was seiner persönlichen Glaubwürdigkeit abträglich ist. Zudem lässt sich aus dem Umstand, dass die türkischen Behörden dem Beschwerdeführer Ende des Jahres 2006 einen Pass ausstellten und diesen im Oktober 2007 verlängerten, schliessen, dass er vor seiner Ausreise aus der Türkei nicht von den staatlichen Behörden gesucht wurde. Dies lässt die Vorbringen des Beschwerdeführers zusätzlich unglaubhaft erscheinen. Das Vorbringen des Beschwerdeführers, er sei nicht offiziell vom türkischen Staat gesucht worden, sondern nur von den lokalen Beamten, ist unplausibel und unglaubhaft.

**5.2.** Zusammenfassend sind die Vorbringen des Beschwerdeführers insgesamt als unglaubhaft zu betrachten (Art. 7 AsylG), weshalb sie nicht auf ihre Asylrelevanz geprüft werden müssen. Die Vorinstanz hat damit zu Recht festgestellt, dass der Beschwerdeführer die Flüchtlingseigenschaft nicht erfüllt und keinen Anspruch auf Asyl in der Schweiz hat.

## **6.**

**6.1.** Lehnt das Bundesamt ein Asylgesuch ab oder tritt es darauf nicht ein, 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). Die Wegweisung wird unter anderem dann nicht verfügt, wenn die asylsuchende Person im Besitze einer gültigen Aufenthalts- oder Niederlassungsbewilligung ist (Art. 32 Abs. 1 Bst. a der Asylverordnung 1 vom 11. August 1999 über Verfahrensfragen [AsylV 1, SR 142.311]). Nach konstanter Rechtsprechung ist diese Bestimmung so auszulegen, dass nicht der physische Besitz der Bewilligung, sondern der Anspruch auf Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung ausschlaggebend ist (Urteil des Bundesverwaltungsgerichts D-3928/2008 vom 7. Juli 2008, E. 2.2; Entscheidungen und Mitteilungen der Schweizerischen Asylrekurskommission [EMARK] 2001 Nr. 21 E. 9).

**6.2.** Zuständig für die Erteilung von Aufenthaltsbewilligungen an asylsuchende Personen ist der Kanton (vgl. Art. 14 Abs. 2 AsylG). Während eines rechtshängigen Asylverfahrens kann die Person kein Verfahren um Erteilung einer ausländerrechtlichen Aufenthaltsbewilligung einleiten, ausser es bestehe ein Anspruch auf deren Erteilung (Art. 14 Abs. 1 AsylG). Die Zuständigkeit setzt mithin voraus, dass die Person sich auf eine Zuweisungsnorm berufen kann, die grundsätzlich einen Anspruch auf Bewilligungserteilung vermittelt. Ob eine Norm im Bundesrecht oder

Völkerrecht einen solchen Anspruch einräumt, beurteilt sich in sinngemässer Anwendung der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zu Art. 83 Bst. c Ziff. 2 BGG (vgl. E-MARK 2001 Nr. 21 E. 8d). Besteht grundsätzlich ein Anspruch und stellt die asylsuchende Person bei der kantonalen Migrationsbehörde ein entsprechendes Gesuch, fällt die konkrete Beurteilung des Gesuchs in deren Zuständigkeit. Damit geht die Zuständigkeit auch hinsichtlich der Frage der Anordnung der Wegweisung von den Asylbehörden auf die kantonalen Migrationsbehörden über (E-MARK 2001 Nr. 21 E. 8d).

**6.3.** Die Zuständigkeitsfrage während eines rechtshängigen Beschwerdeverfahrens in Asylsachen, in denen das BFM die Wegweisung angeordnet und der Beschwerdeführer hernach ein Gesuch um Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung bei den kantonalen Migrationsbehörden eingereicht hat, beantwortet sich wie folgt:

**6.3.1.** Hat die kantonale Migrationsbehörde das Gesuch gutgeheissen, d.h. die Aufenthaltsbewilligung erteilt, so ist das Bundesverwaltungsgericht an den Entscheid der zuständigen Behörde gebunden. Das asylrechtliche Beschwerdeverfahren wird im Wegweisungspunkt als gegenstandslos geworden abgeschrieben (E-MARK 2001 Nr. 21 E. 11c).

**6.3.2.** Hat die kantonale Migrationsbehörde das Gesuch materiell abgewiesen oder ist sie darauf formell nicht eingetreten, so hat sie sich mit dem Gesuch befasst, dieses mithin geprüft und das Vorliegen eines Anspruchs verneint. Da sich in diesen Fällen die ursprüngliche asylrechtliche Anordnung der Wegweisung durch das BFM mit derjenigen der Migrationsbehörde deckt, bestätigt das Bundesverwaltungsgericht die asylrechtliche Anordnung der Wegweisung (E-MARK 2001 Nr. 21 E. 11b; Urteil des Bundesverwaltungsgerichts E-6137/2009 vom 5. Januar 2012, E. 5.6 f.).

**6.3.3.** Hat die kantonale Migrationsbehörde über das Gesuch weder formell noch materiell entschieden, sondern befasst sie sich immer noch damit, so prüft das Bundesverwaltungsgericht vorfrageweise, ob die betreffende Person einen Anspruch auf Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung hat. Ist dies der Fall, ist die Zuständigkeit bezüglich der Wegweisung auf die kantonalen Migrationsbehörden übergegangen und das Bundesverwaltungsgericht hebt die vom BFM verfügte Wegweisung auf, soweit es das Verfahren nicht sistiert; besteht hingegen kein Anspruch, ist die Wegweisung zu bestätigen (E-MARK 2001 Nr. 21 E. 11a; Urteile des

Bundesverwaltungsgerichts E-6579/2006 vom 28. April 2008, E. 5.2 f., und E-6153/2007 vom 10. August 2011, E. 5.3 f.).

**6.4.** Die Besonderheit im vorliegenden Fall besteht darin, dass der Beschwerdeführer nach dem Asylentscheid auch den ausländerrechtlichen Entscheid an eine obere Instanz weitergezogen hat. Am 12. Juni 2009 heiratete er eine Schweizer Staatsangehörige und reichte anschliessend beim Migrationsamt des Kantons C.\_\_\_\_\_ ein Gesuch um Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung ein. Mit Verfügung vom 26. Oktober 2009 trat das Migrationsamt auf das Gesuch wegen Gesetzesumgehung nicht ein. Dagegen erhob der Beschwerdeführer Rekurs beim Regierungsrat des Kantons C.\_\_\_\_\_. Der Rekurs ist im Zeitpunkt des vorliegenden Urteils noch rechtshängig.

Die vorfrageweise Prüfung durch eine an sich unzuständige Behörde ist zulässig, soweit die sachzuständige Behörde im konkreten Fall noch keinen rechtskräftigen Entscheid getroffen hat (vgl. BGE 105 II 308 E. 2 S. 311). Die Verfügung des Migrationsamtes vom 26. Oktober 2009 ist noch nicht rechtskräftig, da der Rekurs (...) als ordentliches Rechtsmittel ausgestaltet ist (...). Demnach liegt noch kein endgültiger Entscheid vor. Der vorliegende Fall – Nichteintretensentscheid, der noch nicht rechtskräftig ist – ist gleich zu behandeln wie der Fall, dass die kantonale Migrationsbehörde noch keinen (erstinstanzlichen) Entscheid gefällt hat (oben E. 6.3.3): Das Bundesverwaltungsgericht prüft vorfrageweise, ob grundsätzlich ein Anspruch auf Bewilligungserteilung besteht. Trifft das zu, ist die Zuständigkeit bezüglich der Wegweisung auf die kantonale Migrationsbehörde übergegangen und das Bundesverwaltungsgericht hebt die vom BFM verfügte Wegweisung auf; ist der Anspruch zu verneinen, wird die Wegweisung bestätigt.

Die Beurteilungszuständigkeit des Bundesverwaltungsgericht im Rahmen der vorfrageweise Prüfung beschränkt sich auf die Frage, ob die asylsuchende Person grundsätzlich Anspruch auf Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung hat (vgl. Art. 14 Abs. 1 AsylG).

**7.** Nach Art. 42 Abs. 1 des Bundesgesetzes vom 16. Dezember 2005 über die Ausländerinnen und Ausländer (AuG, SR 142.20) haben ausländische Ehegatten von Schweizerinnen und Schweizern grundsätzlich Anspruch auf Erteilung der Aufenthaltsbewilligung, wenn sie mit diesen zusammenwohnen. Das Bundesgericht stellt ihm Rahmen seiner Zuständigkeitsprüfung für die Eintretensfrage einzig darauf ab, ob eine Ehe mit

einer Schweizer Bürgerin oder einem Schweizer Bürger formell besteht; ob die Eheleute zusammenwohnten, könne für die Eintretensfrage offen bleiben (vgl. z.B. Urteile des Bundesgerichts 2C\_573/2010 vom 21. Dezember 2010, E. 2; 2C\_314/2010 vom 26. Juli 2010, E. 1.1 und 2C\_388/2009 vom 9. Dezember 2009, E. 1). Es genügt mit anderen Worten, dass sich der Beschwerdeführer auf eine Zuweisungsnorm berufen kann, die einen Anspruch auf Erteilung der Aufenthaltsbewilligung einräumt. Die Frage, ob die Voraussetzungen im konkreten Fall gegeben sind, ein Ausnahmetatbestand oder ein Verstoss gegen das Rechtsmissbrauchsverbot vorliegt und die Bewilligung deshalb zu verweigern ist, bildet Gegenstand der Anspruchsprüfung (vgl. BGE 122 II 189 E. 1b S. 292 zu vormals Art. 7 ANAG). Entsprechend hat auch das Bundesverwaltungsgericht im Rahmen der vorfrageweisen Prüfung einzig zu beurteilen, ob formell eine Ehe mit einer Schweizer Bürgerin besteht. Trifft dies zu, ist die vom BFM verfügte Wegweisung (wegen nachträglich weggefallener Zuständigkeit) aufzuheben.

Da der Beschwerdeführer mit einer Schweizer Bürgerin verheiratet ist, kann er sich auf Art. 42 Abs. 1 AuG berufen. Demzufolge ist mit der Einreichung eines Gesuchs um Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung die Zuständigkeit zur Beurteilung der Wegweisung auf das kantonale Migrationsamt übergegangen. Die im asylrechtlichen Verfahren angeordnete Wegweisung ist aufzuheben. Die materielle Prüfung, ob die Anspruchsvoraussetzungen zur Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung von Art. 42 Abs. 1 AuG gegeben sind, obliegt dem Kanton C.\_\_\_\_\_, der im Anschluss an diesen Entscheid gegebenenfalls auch über die Wegweisung und den Wegweisungsvollzug zu entscheiden hat.

## **8.**

Zusammenfassend ist die Beschwerde abzuweisen, soweit sie sich gegen Dispositiv Ziff. 1 (Nichterfüllung der Flüchtlingseigenschaft) und Ziff. 2 (Ablehnung des Asylgesuches) der angefochtenen Verfügung richtet. Soweit sie sich gegen Dispositiv Ziff. 3 (Wegweisung), Ziff. 4 (Ausreisefrist) und Ziff. 5 (Wegweisungsvollzug) der angefochtenen Verfügung richtet, ist sie gutzuheissen.

## **9.**

Die Verfahrenskosten sind in der Regel der unterliegenden Partei aufzuerlegen (Art. 63 Abs. 1 VwVG). Da dem Beschwerdeführer die unentgeltliche Prozessführung gewährt worden ist, sind keine Verfahrenskosten zu erheben (Art. 65 Abs. 1 VwVG). Die Beschwerdeinstanz kann der ganz

oder teilweise obsiegenden Partei eine Entschädigung für ihr erwachsene notwendige und verhältnismässig hohe Kosten zusprechen (Art. 64 Abs. 1 VwVG). Vorliegend gilt der Beschwerdeführer indes nicht als (teilweise) obsiegende Partei. Die angefochtene Verfügung wird nicht etwa wegen einer zu Recht erhobenen Beschwerde teilweise aufgehoben, sondern einzig deshalb, weil der Beschwerdeführer nachträglich die Unzuständigkeit der Asylbehörden bewirkt hat. Unter diesen Umständen ist keine Parteientschädigung zuzusprechen (Urteil des Bundesverwaltungsgericht vom 7. Juli 2008 D-3928/2008, E. 6.2; vgl. auch Art. 5 des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht ([VGKE, SR 173.320.2]).

(Dispositiv nächste Seite)

**Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:**

**1.**

Die Beschwerde wird abgewiesen, soweit sie sich gegen Dispositiv Ziff. 1 und 2 der angefochtenen Verfügung richtet.

**2.**

Im Übrigen wird die Beschwerde gutgeheissen. Dispositiv Ziff. 3 bis 5 der angefochtenen Verfügung (Wegweisung, Ausreisefrist und Wegweisungsvollzug) werden aufgehoben.

**3.**

Es werden keine Verfahrenskosten erhoben.

**4.**

Es wird keine Parteientschädigung entrichtet.

**5.**

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

Der vorsitzende Richter:

Der Gerichtsschreiber:

Daniel Willisegger

Tobias Meyer

Versand: