



Urteil vom 11. Februar 2020

Besetzung

Einzelrichterin Gabriela Freihofer,
mit Zustimmung von Richterin Esther Marti;
Gerichtsschreiberin Evelyn Heiniger.

Parteien

A. _____, geboren am (...),
Eritrea,
Beschwerdeführerin
und ihr Kind:
B. _____, geboren am (...),
Eritrea,
vertreten durch lic. iur. Kathrin Stutz,
Zürcher Beratungsstelle für Asylsuchende (ZBA), (...),

gegen

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

Gegenstand

Wegweisungsvollzug
(Beschwerde gegen Wiedererwägungsentscheid);
Verfügung des SEM vom 23. Dezember 2019 / N (...).

Sachverhalt:**A.**

Die Beschwerdeführerin stellte am 19. Juni 2015 in der Schweiz ein Asylgesuch, welches mit Verfügung vom 15. August 2017 abgelehnt und der Vollzug der Wegweisung aus der Schweiz angeordnet wurde. Nachdem das Gericht mit Urteil E-5284/2017 vom 17. Oktober 2017 auf die dagegen erhobene Beschwerde nicht eintrat, erwuchs die Verfügung in Rechtskraft.

B.

Am (...) gebar die Beschwerdeführerin ihren Sohn B._____. Der Vater, C._____, lebt als vorläufig aufgenommenener Flüchtling im Kanton D._____.

C.

Mit als «Wiedererwägungsgesuch» bezeichneter Eingabe vom 4. April 2019 gelangte die Rechtsvertreterin der Beschwerdeführerin an die Vorinstanz. Sie beantragte, die ursprüngliche Verfügung des SEM vom 15. August 2017 sei aufzuheben, es sei festzustellen, dass seit Erlass der ursprünglichen Verfügung eine wiedererwägungsrechtlich relevante Änderung der Sachlage eingetreten sei, es sei die Flüchtlingseigenschaft und die Unzulässigkeit des Vollzuges der Wegweisung festzustellen; eventua- liter sei mindestens die Unzumutbarkeit des Vollzuges der Wegweisung festzustellen und es sei der Beschwerdeführerin und ihrem Kind der Kantonswechsel in den Kanton D._____ zu ihrem Lebenspartner und Vater des Kindes zu bewilligen.

Zur Begründung wurde angeführt, die Beschwerdeführerin und ihr Lebenspartner würden sich seit fast zwei Jahren kennen. Am (...) sei ihr gemeinsames Kind geboren. Aufgrund des Status der Beschwerdeführerin als abgewiesene Asylsuchende könne sie nicht bei ihrem Partner in einem anderen Kanton wohnen. Es sei der grosse Wunsch der Familie, zusammenzu- leben. Es werde deshalb um Einschluss der Beschwerdeführerin und des Kindes in die Flüchtlingseigenschaft des Partners beziehungsweise Vaters ersucht.

D.

D.a Am 24. April 2019 ersuchte die Vorinstanz die Beschwerdeführerin um Auskunft über die Anerkennung der Vaterschaft durch ihren Lebenspartner und forderte konkrete Belege über die Beziehung zwischen ihr, ihrem Lebenspartner und ihrem Kind sowie über die Art der Übernahme der Verant- wortung durch den Kindsvater.

D.b Die Beschwerdeführerin liess am 3. Mai 2019 durch ihre Rechtsvertreterin mitteilen, das Verfahren bezüglich Vaterschaft und Geburtsschein laufe noch. Die Beschwerdeführerin dürfe sich mit ihrem Kind zwei bis vier Tage in der Woche bei ihrem Partner aufhalten.

D.c Am 20. Mai 2019 liess die Rechtsvertreterin dem SEM ein Foto der Familie zukommen, am 7. August 2019 erkundigte sie sich nach dem Verfahrensstand.

D.d Mit Schreiben vom 8. Oktober 2019 teilte das SEM mit, seit Einreichung des Gesuchs habe es erst eine Fotografie der Familie und einen Vaterschaftsnachweis erhalten. Gestützt auf diese Aktenlage sei nicht ausreichend belegt, dass es sich um eine gelebte Familiengemeinschaft handle. Die Beschwerdeführerin werde nochmals aufgefordert, den Nachweis über die gelebte familiäre Gemeinschaft zu erbringen.

D.e Die Rechtsvertreterin erklärte am 15. Oktober 2019, die Beschwerdeführerin könne aktuell keine Lebensgemeinschaft mit dem Kindsvater nachweisen, weil sie sich zwingend in der ihr zugewiesenen Notunterkunft aufhalten und jeden Tag Unterschrift leisten müsse. Der Partner dürfe sich nicht bei ihr in der Notunterkunft aufhalten. Das Migrationsamt E. _____ habe der Beschwerdeführerin keine Bewilligung für einen (teilweisen) Aufenthalt beim Lebenspartner erteilt, obwohl das Migrationsamt D. _____ damit einverstanden wäre. Die Beschwerdeführerin und ihr Partner würden jeden Tag telefonieren. Er habe bereits vor einigen Monaten die Vaterschaftsanerkennung und gemeinsame elterliche Sorge beantragt, das Verfahren gehe indes nur schleppend voran.

D.f Am 13. Dezember 2019 teilte die Rechtsvertreterin mit, das Verfahren der Vaterschaftsanerkennung sei nun abgeschlossen und die Eltern hätten eine Erklärung über die Ausübung der gemeinsamen elterlichen Sorge unterzeichnet.

E.

Mit Verfügung vom 23. Dezember 2019 wies die Vorinstanz das Wiedererwägungsgesuch ab und stellte fest, die Verfügung des SEM vom 15. August 2017 sei rechtskräftig und vollstreckbar. Gleichzeitig wurde eine Gebühr in der Höhe von Fr. 600.– erhoben.

Zur Begründung stellte die Vorinstanz fest, das SEM qualifiziere und handle die Eingabe vom 4. April 2019 als Wiedererwägungsgesuch. Die Beschwerdeführerin beantrage für sich und ihr Kind den Einbezug in die

Flüchtlingseigenschaft ihres Lebenspartners und Kindsvaters. Gemäss Art. 51 Abs. 1 AsylG würden Ehegatten und minderjährige Kinder als Flüchtlinge anerkannt, wenn keine besonderen Umstände dagegen sprechen. Die Beschwerdeführerin und ihr Lebenspartner hätten eine Erklärung über die gemeinsame elterliche Sorge unterzeichnet und der Lebenspartner habe die Vaterschaft anerkannt. Weitere Aspekte einer eheähnlichen Konkubinatsbeziehung seien jedoch nicht substantiiert beziehungsweise dokumentiert worden. Es lägen keine Hinweise für eine trotz der bestehenden Einschränkungen tatsächlich gelebte Verflechtung ihrer Lebensführung mit derjenigen des Partners vor. Der Lebenspartner habe nie ein Gesuch um Kantonswechsel gestellt und es liege auch keine wirtschaftliche Verbindung zwischen ihnen vor.

Es sei festzuhalten, dass keine Gründe dafür vorliegen würden, welche die Rechtskraft der Verfügung vom 15. August 2017 beseitigen könnten.

F.

Mit Eingabe vom 24. Januar 2020 liess die Beschwerdeführerin durch ihre Rechtsvertreterin dagegen beim Bundesverwaltungsgericht Beschwerde erheben und beantragen, der Entscheid des SEM vom 23. Dezember 2019 sei aufzuheben und zur Neu Beurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen. Eventualiter sei die Flüchtlingseigenschaft und die Unzulässigkeit, allenfalls die Unzumutbarkeit des Wegweisungsvollzugs festzustellen. Die von der Vorinstanz erhobene Gebühr in der Höhe von Fr. 600.– sei aufzuheben. Es sei ihr die unentgeltliche Prozessführung zu bewilligen und in der Person der die Beschwerde Unterzeichnenden eine unentgeltliche Rechtsbeiständin zu gewähren. Der Beschwerde sei die aufschiebende Wirkung zu gewähren und das zuständige Migrationsamt sei im Sinne einer vorsorglichen Massnahme anzuweisen, den Vollzug während der Behandlung der Beschwerde auszusetzen.

G.

Das Gericht bestätigte am 29. Januar 2020 den Eingang der Beschwerde.

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 worden. Die Beschwerdeführerin hat am Verfahren vor der Vorinstanz teilgenommen, ist durch die angefochtene Verfügung besonders berührt und hat ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung beziehungsweise Änderung. Sie ist daher zur Einreichung der Beschwerde legitimiert (Art. 105 und Art. 108 Abs. 6 AsylG; Art. 48 Abs. 1 sowie Art. 52 Abs. 1 VwVG). Auf die Beschwerde ist einzutreten.

1.3 Mit dem vorliegenden Direktentscheid in der Sache werden die prozessualen Anträge betreffend Verzicht auf die Erhebung eines Kostenvorschusses und Anordnung einer vollzugshemmenden vorsorglichen Massnahme 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 um eine solche, weshalb das Urteil nur summarisch zu begründen ist (Art. 111a Abs. 2 AsylG).

4.

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

5.

5.1 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 (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.).

5.2 Nach Art. 51 Abs. 1 AsylG werden – unter dem Titel Familienasyl – die Ehegatten und die minderjährigen Kinder von Flüchtlingen ihrerseits als Flüchtlinge anerkannt und erhalten Asyl in der Schweiz, wenn keine besonderen Umstände dagegen sprechen.

6.

6.1 In den Rechtsbegehren der Eingabe vom 4. April 2019 wurde um Aufhebung der Verfügung vom 15. August 2017, Feststellung, dass seit Erlass der ursprünglichen Verfügung eine wiedererwägungsrechtlich massgebliche Änderung der Sachlage eingetreten sei, Feststellung der Flüchtlingseigenschaft und Unzulässigkeit eventualer Unzumutbarkeit des Vollzugs der Wegweisung sowie um Bewilligung des Kantonswechsels für die Beschwerdeführerin und ihr Kind ersucht. In der Begründung der Eingabe wird dargetan, die Beschwerdeführerin kenne ihren Partner seit fast zwei Jahren und im (...) sei ihr gemeinsames Kind geboren. Es sei für sie schwierig mit einem Kind nach Eritrea zurückzukehren und der Kindsvater lebe als Flüchtling in der Schweiz. Es werde deshalb um Einschluss in die Flüchtlingseigenschaft des Partners beziehungsweise Vaters ersucht. Zudem ersuche sie um Kantonswechsel nach D._____. Aus dieser Begründung wird demnach klar, was die Beschwerdeführerin erreichen wollte. Sie ersuchte für sich und ihr Kind um Einbezug in die Flüchtlingseigenschaft ihres Partners, auch wenn die Eingabe fälschlicherweise als Wiedererwägungsgesuch bezeichnet wurde.

6.2 Am 8. April 2019 ersuchte das SEM die kantonalen Behörden, aufgrund der Einreichung eines zweiten Asylgesuchs, einstweilen vom Vollzug der Wegweisung abzusehen. Für die Prüfung der Eingabe verlangte die Vorinstanz weitere Auskünfte über die Beziehung zum Lebenspartner

der Beschwerdeführerin. In der angefochtenen Verfügung stellte sie vorab fest, sie qualifiziere die Eingabe als Wiedererwägungsgesuch (vgl. angefochtene Verfügung III), dies jedoch ohne nähere Begründung. Inhaltlich wurde in der angefochtenen Verfügung rudimentär geprüft, ob für die Beschwerdeführerin (nicht aber für ihr Kind) die Voraussetzungen von Art. 51 Abs. 1 AsylG gegeben sind (vgl. angefochtene Verfügung IV) und abschliessend festgehalten, es lägen keine Gründe vor, welche die Rechtskraft der Verfügung vom 15. August 2017 beseitigen könnten. Das von der Beschwerdeführerin gestellte Gesuch um Kantonswechsel wurde in der angefochtenen Verfügung überhaupt nicht abgehandelt beziehungsweise wurde ein solches gar nie anhand genommen. Dieses Vorgehen der Vorinstanz erweist sich als nicht nachvollziehbar. Richtigerweise wären vorliegend einerseits ein Gesuch um Einbezug in die Flüchtlingseigenschaft des Partners respektive Vaters der Beschwerdeführenden und andererseits ein Gesuch um Kantonswechsel anhand zu nehmen und zu prüfen gewesen.

7.

7.1 Gemäss Art. 61 Abs. 1 VwVG entscheidet das Bundesverwaltungsgericht in der Sache selbst oder weist diese ausnahmsweise mit verbindlichen Weisungen an die Vorinstanz zurück. Eine Kassation und Rückweisung an die Vorinstanz ist insbesondere angezeigt, wenn weitere Tatsachen festgestellt werden müssen und ein umfassendes Beweisverfahren durchzuführen ist (KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI, *Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes*, a.a.O., Rz. 1155). Einer Kassation und Rückweisung ans SEM kommt unter Umständen auch die Funktion zu, die Vorinstanz auf ihre verfahrensrechtlichen Pflichten aufmerksam zu machen (vgl. BVGE 2012/21 E. 5).

7.2 Im vorliegenden Fall ist es angezeigt, die Sache an das SEM als erste Instanz zurückzuweisen, damit dieses die erforderlichen Abklärungen vorund die notwendigen Verfahren anhand nimmt. Das Gericht stellt damit abschliessend fest, dass sich eine inhaltliche Überprüfung der Verfügung durch die Beschwerdeinstanz bei den vorliegenden Unklarheiten als nicht opportun erweist.

7.3 Darüber hinaus ist festzustellen, dass vorliegend für die Eingabe vom 4. April 2019 sowohl ein physisches als auch ein elektronisches Dossier vorhanden sind. Darin sind nicht die gleichen Dokumente enthalten (einige Akten wurden nicht elektronisch abgelegt). Zudem wurden elektronisch zwei «Vorhaben» (Mehrfachgesuch und Wiedererwägungsgesuch) eröffnet und die Dokumente an verschiedenen Orten abgelegt, obwohl nur ein

Gesuch behandelt wurde. Dies widerspricht einer übersichtlichen Aktenführung. Die behördliche Aktenführungspflicht, die sich aus dem verfassungsmässigen Grundsatz des rechtlichen Gehörs ergibt, ist für die Vorinstanz in Art. 26 ff. VwVG festgeschrieben (vgl. dazu ausführlich BVGE 2011/37 E. 5.4.1) und beinhaltet insbesondere die geordnete Ablage, die Paginierung und die Registrierung der vollständigen Akten im Aktenverzeichnis. Die Aktenführung hat geordnet, übersichtlich und vollständig zu sein und es muss ersichtlich sein, wer die Akten erstellt hat und wie sie zustande gekommen sind (vgl. BVGE 2015/10 E. 3.3, zum Ganzen BVGE 2011/37 E. 5.4.1 m.w.H.).

8.

8.1 Die Beschwerde ist somit gutzuheissen, soweit die Aufhebung der angefochtenen Verfügung und die Rückweisung der Sache an die Vorinstanz beantragt werden. Die Vorinstanz ist anzuweisen, die Eingabe vom 4. April 2019 (sowohl für die Beschwerdeführerin als auch für das gemeinsame Kind) als Gesuch um Einbezug in die Flüchtlingseigenschaft des Lebenspartners beziehungsweise Vaters und als Gesuch um Kantonswechsel anhand zu nehmen und zu prüfen.

8.2 Das SEM ist ferner anzuweisen, die gemäss der Dispositivziffer 3 der angefochtenen Verfügung erhobene Gebühr von Fr. 600.– an die Beschwerdeführerin zurückzuerstatten, sofern diese bereits bezahlt worden ist.

9.

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

9.2 Der vertretenen Beschwerdeführerin ist 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 ihr notwendigerweise erwachsenen Parteikosten zuzusprechen.

9.3 Es wurde keine Kostennote zu den Akten gereicht, weshalb die notwendigen Parteikosten aufgrund der Akten zu bestimmen sind (Art. 14 Abs. 2 in fine VGKE). Die von der Vorinstanz auszurichtende Parteientuschädigung wird in Anwendung der genannten Bestimmungen und unter Berücksichtigung der massgeblichen Bemessungsfaktoren (Art. 9–13 VGKE) demnach von Amtes wegen auf insgesamt Fr. 600.– festgelegt.

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.

Die Beschwerde wird gutgeheissen.

2.

Die Verfügung des SEM vom 23. Dezember 2019 wird aufgehoben. Das SEM wird angewiesen, die Eingabe vom 4. April 2019 mittels zweier Verfahren einerseits als Gesuch um Einbezug in die Flüchtlingseigenschaft andererseits als Gesuch um Kantonswechsel anhand zu nehmen und zu prüfen.

3.

Es werden keine Verfahrenskosten auferlegt.

4.

Das SEM wird angewiesen, der Beschwerdeführerin für das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht eine Parteientschädigung von insgesamt Fr. 600.– auszurichten.

5.

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

Die Einzelrichterin:

Die Gerichtsschreiberin:

Gabriela Freihofer

Evelyn Heiniger

Versand: