



Abteilung V
E-5174/2013

Urteil vom 5. Januar 2015

Besetzung

Richter Markus König (Vorsitz),
Richter Walter Lang, Richter Jean-Pierre Monnet,
Gerichtsschreiber Nicholas Swain.

Parteien

A. _____, geboren am (...),
Gambia,
Beschwerdeführer,

gegen

**Staatssekretariat für Migration (SEM; zuvor Bundesamt
für Migration, BFM)**, Quellenweg 6, 3003 Bern,
Vorinstanz.

Gegenstand

Wegweisung und Wegweisungsvollzug;
Verfügung des SEM vom 23. August 2013 / N (...).

Sachverhalt:**A.**

Der Beschwerdeführer, ein aus dem Dorf B._____ stammender gambischer Staatsangehöriger, verliess eigenen Angaben zufolge seinen Heimatstaat glaublich im Jahre 2011 und reiste via Senegal, Mauretanien und Spanien am 7. Dezember 2011 in die Schweiz ein, wo er gleichentags um Asyl nachsuchte. Am 21. Dezember 2011 fand eine Kurzbefragung im Empfangs- und Verfahrenszentrum (EVZ) C._____ und am 30. April 2013 die Anhörung zu den Asylgründen gemäss Art. 29 Abs. 1 AsylG (SR 142.31) statt.

B.

Der Beschwerdeführer brachte zur Begründung seines Asylgesuchs im Wesentlichen vor, er sei in seinem Heimatdorf in einen Verkehrsunfall verwickelt gewesen. Er sei bei einer Fahrt auf dem Motorrad eines Freundes mit einem anderen Motorradfahrer zusammengestossen, wobei dieser erheblich verletzt worden sei und ins Spital habe gebracht werden müssen. Da ihn die Angehörigen des verletzten Fahrers mit dem Tod bedroht hätten, für den Fall dass dieser sterbe, sei er noch am selben Tag per Fahrrad in den Senegal gefahren und von dort über Mauretanien, die Kanarischen Inseln und Spanien in die Schweiz gelangt. Im Übrigen habe er in der Schweiz eine Freundin, welche ein Kind von ihm erwarte.

C.

Mit Strafbefehl der Staatsanwaltschaft (...) vom (...) Dezember 2012 wurde der Beschwerdeführer wegen Kaufs, Besitzes und versuchten Verkaufs von Marihuana gestützt auf Art. 2 und Art. 19 Abs. 1 Bst. c und d BetmG (SR 812.121) sowie Art. 42 Abs. 1 und Art. 47 StGB mit einer Geldstrafe von 20 Tagessätzen zu Fr. 30.–, bedingt ausgesprochen bei einer Probezeit von 2 Jahren, bestraft.

Mit Verfügung vom (...) Dezember 2012 verfügte das (...) des Kantons D._____ gestützt auf Art. 74 AuG (SR 142.20) die Ausgrenzung des Beschwerdeführers aus der Stadt E._____ und angrenzenden Gemeinden. Mit Strafbefehl der Staatsanwaltschaft (...) vom (...) Januar 2013 wurde der Beschwerdeführer in Anwendung von Art. 74 Abs. 1 und Art. 119 Abs. 1 AuG sowie Art. 34 und Art. 47 StGB wegen Missachtens dieser Ausgrenzung zu einer Geldstrafe von 30 Tagessätzen zu Fr. 30.–, bedingt ausgesprochen bei einer Probezeit von 2 Jahren, bestraft.

Mit Strafbefehl der Staatsanwaltschaft (...) vom (...) Februar 2013 wurde er wegen erneuten Missachtens der angeordneten Ausgrenzung sowie Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz in Anwendung von Art. 74 Abs. 1 und Art. 119 Abs. 1 AuG, Art. 34, Art. 47 und Art. 49 Abs. 1 StGB sowie Art. 19 Abs. 1 Bst. d BetmG zu einer Freiheitsstrafe von 40 Tagen (unbedingt) verurteilt.

D.

Mit Verfügung vom 31. Mai 2013 stellte das BFM fest, der Beschwerdeführer erfülle die Flüchtlingseigenschaft nicht, wies sein Asylgesuch ab und ordnete die Wegweisung aus der Schweiz sowie den Vollzug an. Diese Verfügung wurde von der Post mit dem Vermerk "nicht abgeholt" retourniert.

E.

Mit Eingabe an das Bundesverwaltungsgericht vom 25. Juli 2013 reichte der Beschwerdeführer unter Beilage einer Kopie der kantonalen "Aufforderung zur Ausreise" vom 15. Juli 2013 sowie eines kantonalen Vollzugauftrags für Strafen und Massnahmen eine "Verwaltungsbeschwerde [...] betreffend Entscheid vom 15. Juli 2013" ein.

Abklärungen des Gerichts bei den kantonalen Behörden ergaben, dass der Beschwerdeführer sich vom (...) Mai 2013 bis am (...) Juni 2013 im Strafvollzug befunden hatte.

Mit Urteil E-4268/2013 vom 20. August 2013 trat das Bundesverwaltungsgericht auf die Beschwerde gegen die Mitteilung des (...) des Kantons D. _____ vom 15. Juli 2013 ("Aufforderung zur Ausreise") nicht ein, stellte die Nichtigkeit der Verfügung des BFM vom 31. Mai 2013 infolge nicht erfolgter Eröffnung fest und wies die Vorinstanz an, das Asylverfahren korrekt abzuschliessen.

F.

Mit Strafbefehl der Staatsanwaltschaft (...) vom (...) August 2013 wurde der Beschwerdeführer wiederum wegen Missachtung der angeordneten Ausgrenzung sowie wegen Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz in Anwendung von Art. 74 Abs. 1 und Art. 119 AuG, Art. 41, Art. 47 und Art. 49 Abs. 1 StGB sowie Art. 19 Abs. 1 Bst. d BetmG zu seiner Freiheitsstrafe von 45 Tagen (unbedingt) verurteilt.

G.

Mit neuer Verfügung vom 23. August 2013 – eröffnet am 27. August 2013 – stellte das BFM wiederum fest, der Beschwerdeführer erfülle die Flüchtlingseigenschaft nicht, wies sein Asylgesuch ab und ordnete die Wegweisung aus der Schweiz sowie den Vollzug an.

H.

Mit Eingabe vom 16. September 2013 (Poststempel) beantragte der Beschwerdeführer, die Dispositiv-Ziffern 3 bis 5 der Verfügung des BFM seien aufzuheben und die Sache sei zur Neuurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen. Eventualiter sei die Unzumutbarkeit des Wegweisungsvollzugs festzustellen und ihm als Folge davon die vorläufige Aufnahme zu gewähren. In verfahrensrechtlicher Hinsicht ersuchte er darum, es sei der Beschwerde die aufschiebende Wirkung zu erteilen, ihm die unentgeltliche Prozessführung zu gewähren und auf die Erhebung eines Kostenvorschusses zu verzichten.

I.

Mit Zwischenverfügung vom 19. September 2013 forderte der Instruktionsrichter den Beschwerdeführer auf, seine Mittellosigkeit in den nächsten Tagen zu belegen; er stellte weiter fest, dass über das Gesuch um unentgeltliche Prozessführung gemäss Art. 65 Abs. 1 VwVG zu einem späteren Zeitpunkt befunden werde und verzichtete vorderhand auf die Erhebung eines Kostenvorschusses. Im Weiteren wurde das BFM zur Einreichung einer Vernehmlassung eingeladen.

J.

In ihrer Vernehmlassung vom 8. Oktober 2013 hielt die Vorinstanz an ihren Erwägungen fest und beantragte die Abweisung der Beschwerde.

K.

Mit Instruktionsverfügung vom 11. Oktober 2013 wurde dem Beschwerdeführer Gelegenheit zur Replik eingeräumt.

Der Beschwerdeführer liess sich innert Frist nicht vernehmen.

L.

Mit Eingabe vom 14. Dezember 2013 reichte der Beschwerdeführer eine Mittellosigkeitsbestätigung der (...) vom 13. Dezember 2013 ein und teilte mit, dass seine Tochter am (...) 2013 geboren worden und beim Zivilstandsamt F._____ das Verfahren zur Anerkennung seiner Vaterschaft anhängig gemacht worden sei.

M.

Mit Eingabe vom 10. Januar 2014 stellte der Beschwerdeführer dem Gericht eine Bestätigung der Kindesanerkennung nach der Geburt, ausgestellt vom Zivilstandsamt F._____ am 9. Januar 2014, zu.

N.

Mit Schreiben vom 13. März 2014 ersuchte der Instruktionsrichter das (...) des Kantons D._____ um Zustellung eines allfälligen der Vaterschaftsanerkennung zugrunde liegenden Unterhaltsvertrages sowie um eine Aufstellung sämtlicher abgeschlossener und laufender Strafermittlungs- und Strafuntersuchungsverfahren gegen den Beschwerdeführer. Ferner wurde um Informationen über den Aufenthaltsstatus des Kindes sowie der Kindsmutter und über die Beziehung des Beschwerdeführers zu diesen Personen ersucht.

Mit Telefax-Schreiben vom 18. März 2014 machte das (...) des Kantons D._____ Angaben zu den vom Instruktionsrichter gestellten Fragen und übermittelte einen Strafregisterauszug des Beschwerdeführers.

O.

Mit Instruktionsverfügung vom 9. April 2014 forderte der Instruktionsrichter den Beschwerdeführer auf, die Gründe darzulegen, welche gegebenenfalls dagegen sprechen würden, die Beziehung zu seiner Freundin und dem gemeinsamen Kind in Deutschland (Heimatort seiner Freundin und des gemeinsamen Kindes) oder Gambia zu leben, und dem Gericht eine Kopie des der Vaterschaftsanerkennung zugrundeliegenden Unterhaltsvertrags zuzustellen.

Mit Schreiben vom 22. April 2014 nahm der Beschwerdeführer Stellung zu den gestellten Fragen und erklärte, dass noch kein Unterhaltsvertrag abgeschlossen worden sei.

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:**1.**

1.1 Gemäss Art. 31 VGG 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 Auslieferungersuchens des Staates, vor welchem die beschwerdeführende Person Schutz sucht (Art. 105 AsylG; Art. 83 Bst. d Ziff. 1 BGG). Eine solche Ausnahme im Sinne von Art. 83 Bst. d Ziff. 1 BGG liegt nicht vor, weshalb das Bundesverwaltungsgericht endgültig entscheidet.

1.2 Das Verfahren richtet sich nach dem VwVG, dem VGG und dem BGG, soweit das AsylG nichts anderes bestimmt (Art. 37 VGG und Art. 6 AsylG).

1.3 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.

2.

Soweit die Verneinung der Flüchtlingseigenschaft und die Ablehnung des Asylgesuches betreffend (Dispositivziffern 1 und 2), ist die angefochtene Verfügung des BFM unangefochten in Rechtskraft erwachsen, nachdem sich die Eingabe des Beschwerdeführers auf die Frage der Wegweisung und deren Vollzug beschränkt (vgl. angefochtene Verfügung, Ziff. 3–5 des Dispositivs).

3.

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

4.

4.1 In seiner Beschwerde vom 16. September 2013 rügte der Beschwerdeführer zunächst, die Vorinstanz habe in ihren Erwägungen den Umstand, dass seine mit einer Aufenthaltsbewilligung B in der Schweiz lebende Freundin schwanger sei und er bald Vater werde, nicht gewürdigt. Eine Vaterschaftsanerkennung sei beantragt worden. Dieses Sachverhaltselement sei dem BFM bekannt gewesen, habe es dieses doch in der angefochtenen Verfügung erwähnt. Die Feststellung, es sei nicht einsehbar, was seine allfällige Vaterschaft für einen Einfluss auf das Verfahren haben sollte, sei

nicht zutreffend. Falls – wie es vorliegend der Fall sei – gemäss Art. 14 AsylG während der Dauer des Asylverfahrens kein Gesuch um Erteilung einer fremdenpolizeilichen Aufenthaltsbewilligung gestellt werden könne, müsse ein allfälliger sich aus Art. 8 EMRK ergebender Anspruch auf ein Aufenthaltsrecht im Rahmen des Asylverfahrens geprüft werden. Das Bundesamt habe diese Prüfung jedoch unterlassen. Gemäss Rechtsprechung des Bundesgerichts müsse in Übereinstimmung mit der Kinderechtskonvention im Falle eines ausländischen Elternteils eines Schweizer Kindes das Interesse des Kindes am Verbleib des Elternteils in der Schweiz vorrangig beachtet werden. Das öffentliche Interesse an der Ausweisung könne nur überwiegen, wenn besondere zusätzliche Gründe die Einschränkung des Kindeswohls rechtfertigen würden. Es stelle sich die Frage, ob diese Grundsätze auch im Falle von EU-Bürgern mit einer Aufenthaltsbewilligung zur Anwendung kommen müssten, wofür das Freizügigkeitsabkommen mit der EU eine Rechtsgrundlage biete. Das BFM wäre verpflichtet gewesen, die Geburt des Kindes abzuwarten und danach die Vereinbarkeit seiner Wegweisung mit dem Kindeswohl zu prüfen. Dadurch dass sie sich mit diesen Punkten nicht befasst habe, habe die Vorinstanz den rechtserheblichen Sachverhalt mangelhaft abgeklärt und die Begründungspflicht verletzt. Die Rückweisung der Sache an das BFM sei angebracht, damit er keine Instanz verliere.

Der bald bevorstehende voraussichtliche Geburtstermin seines Kindes sei nur wenige Wochen nach seinem Ausreisetermin. Der Schutz der werdenden Familie sei dem Schutz der Familie gleichzustellen, seien doch die werdende Mutter und das Kind auf Unterstützung angewiesen, die im Falle der Trennung nicht gewährleistet werden könnte. Die Übernahme der gemeinsamen Sorge für das Kind würde dadurch verhindert. Daher könnten sie sich bereits in diesem Zeitpunkt auf Art. 8 EMRK berufen. Im Weiteren sei zwar in der schweizerischen Rechtsprechung umstritten, ob eine als Konkubinat gelebte Beziehung in den Schutzbereich von Art. 8 Abs. 1 EMRK falle, dies werde vom Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) aber bejaht. Das Bundesgericht erachte den Schutzbereich von Art. 8 EMRK auch als tangiert, wenn eine staatliche Entfernungs- oder Fernhaltungsmassnahme zur Trennung von Familienmitgliedern führe. Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung habe ferner ein verheirateter beziehungsweise geschiedener Elternteil, auch wenn er weder die elterliche Gewalt noch die Obhut innehat, Anspruch auf eine Anwesenheitsberechtigung in der Schweiz, wenn zum Kind eine intakte und intensive Beziehung bestehe und dieses in der Schweiz über ein gefestigtes Anwesenheitsrecht verfüge. Diese Voraussetzungen seien vorliegend erfüllt. Er pflege einen

sehr guten Kontakt zu seiner Freundin und begleite sie durch die Schwangerschaft. Ein Zusammenleben sei geplant, sei aber erst möglich, wenn er über ein Aufenthaltsrecht verfüge. Sie würden beabsichtigen, gemeinsam für ihr Kind zu sorgen. Die dauerhafte Anwesenheit beider Elternteile sei für die Entwicklung des Kindes förderlich. Es würden ferner keine besonderen Gründe vorliegen oder geltend gemacht, die es rechtfertigen würden, im öffentlichen Interesse das Kindeswohl zu beeinträchtigen.

4.2 Das BFM führte in seiner Vernehmlassung aus, gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung verleihe Art. 8 EMRK nur dann einen Anspruch auf eine Anwesenheitsberechtigung in der Schweiz, wenn ein tatsächlich gelebtes Ehe- oder Eltern-Kind-Verhältnis und eine intakte Beziehung gegeben seien sowie das betreffende Familienmitglied über ein gefestigtes Anwesenheitsrecht in der Schweiz verfüge. Diese Voraussetzungen seien vorliegend nicht gegeben. Der Beschwerdeführer sei mit seiner Freundin nicht verheiratet und er habe nie geltend gemacht, mit ihr im Konkubinat zu leben. Er habe im Rahmen des erstinstanzlichen Verfahrens auch deren Identität, Wohnort und Aufenthaltstitel nicht offengelegt, und ein gemeinsamer Wohnsitz sei nicht belegt. Das Argument, es bestehe eine echte und tatsächlich gelebte Beziehung, vermöge gerade auch vor der Hintergrund der zweimaligen Inhaftierung des Beschwerdeführers für längere Zeit innert Jahresfrist nicht zu überzeugen. Es würden ferner auch keine Beweise dafür vorliegen, dass der Beschwerdeführer tatsächlich der Vater des ungeborenen Kindes seiner Freundin sei, und eine intensive Beziehung im Sinne von Art. 8 EMRK zu einem ungeborenen Kind sei begriffslogisch nicht möglich. Aus diesen Gründen könne der Beschwerdeführer kein Anwesenheitsrecht aus Art. 8 EMRK ableiten. Im Übrigen sei festzustellen, dass die Untersuchungspflicht im Rahmen der Prüfung der Zulässigkeit, Zumutbarkeit und Möglichkeit des Wegweisungsvollzugs ihre Grenzen an der Mitwirkungspflicht des Gesuchstellers finde. Diesem obliege auch die Substanziierungslast. Der Beschwerdeführer wäre somit verpflichtet gewesen, dem BFM die notwendigen Informationen zukommen zu lassen und habe sich aus der Nichtbefolgung dieser Pflicht ergebende Nachteile selber zuzurechnen.

Ein ausländerrechtliches Verfahren könne nach Einreichung eines Asylgesuchs nur eingeleitet werden, wenn ein Anspruch auf eine Aufenthaltsbewilligung bestehe, oder bei fortgeschrittener Integration ein schwerwiegender persönlicher Härtefall vorliege. Diese Ausnahmen seien abschliessend geregelt. Ein ausländerrechtlicher Anspruch könne nicht im Rahmen des

Asylverfahrens geprüft werden, sondern falle in die Kompetenz der kantonalen Behörden. Die Beurteilung ob die Bedingungen hierzu erfüllt seien, sei nicht Gegenstand des vorliegenden Asylverfahrens und falle nicht in die Kompetenz des BFM.

5.

5.1 Der Grundsatz des rechtlichen Gehörs (Art. 29 Abs. 2 BV, Art. 29 VwVG, Art. 32 Abs. 1 VwVG) verlangt, dass die verfügende Behörde die Vorbringen des Betroffenen tatsächlich hört, sorgfältig und ernsthaft prüft und in der Entscheidungsfindung berücksichtigt, was sich entsprechend in der Entscheidungsbegründung niederschlagen muss (vgl. Art. 35 Abs. 1 VwVG; BGE 129 I 232 E. 3.2).

5.2 Die Begründung eines Entscheides muss so abgefasst sein, dass der Betroffene ihn gegebenenfalls sachgerecht anfechten kann, was nur der Fall ist, wenn sich sowohl der von der Verfügung Betroffene als auch die Rechtsmittelinstanz über die Tragweite des Entscheides ein Bild machen können. Die verfügende Behörde muss sich zwar nicht ausdrücklich mit jeder tatbeständlichen Behauptung und jedem rechtlichen Einwand auseinandersetzen, sondern kann sich auf die wesentlichen Gesichtspunkte beschränken. Sie hat aber wenigstens kurz die Überlegungen anzuführen, von denen sie sich leiten liess und auf die sich ihr Entscheid stützt. Die Begründungsdichte richtet sich dabei nach dem Verfügungsgegenstand, den Verfahrensumständen und den Interessen des Betroffenen, wobei bei schwerwiegenden Eingriffen in die rechtlich geschützten Interessen des Betroffenen eine sorgfältige Begründung verlangt wird (vgl. LORENZ KNEUBÜHLER in: Kommentar zum VwVG, Auer/Müller/Schindler [Hrsg.], Zürich 2008, N. 6 ff. zu Art. 35; BVGE 2008/47 E. 3.2 S. 674 f., BVGE 2007/30 E. 5.6 S. 366 f.).

5.3 Der Beschwerdeführer brachte der Vorinstanz in der Anhörung vom 30. April 2013 zur Kenntnis, dass seine Freundin ein Kind von ihm erwarte (vgl. A22 S. 13 f.). Das BFM erwog in seiner Verfügung diesbezüglich lediglich, dass eine allfällige Vaterschaft keinen Einfluss auf das vorliegende Asylverfahren habe. In seiner Vernehmlassung führte das Bundesamt zudem aus, zwischen dem Beschwerdeführer und seiner Freundin beziehungsweise dem gemeinsamen Kind bestehe keine Beziehung, welche unter den Schutzbereich von Art. 8 EMRK falle. Zwar ist der Vorinstanz zuzustimmen, dass im Zeitpunkt des Ergehens der angefochtenen Verfügung in Bezug zu dem damals noch ungeborenen Kind keine Beziehung bestehen konnte,

aus welcher ein Aufenthaltsanspruch hätte abgeleitet werden können. Jedoch konnte ein Einfluss der Beziehung zur Kindesmutter auf den Ausgang des Asylverfahrens keineswegs ausgeschlossen werden. Gemäss konstanter Praxis ist, falls sich die Frage stellt, ob eine asylsuchende Person während hängigem Asylverfahren ein fremdenpolizeiliches Verfahren um Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung einleiten darf, zunächst vorfrageweise zu prüfen, ob die betroffene Person sich grundsätzlich auf einen Anspruch im Sinne von Art. 14 Abs. 1 AsylG berufen kann, wobei die bundesgerichtliche Rechtsprechung zu Art. 8 EMRK massgeblich ist (vgl. BVGE 2013/37 E. 4.4 unter Hinweis und Bestätigung von Entscheidungen und Mitteilungen der Schweizerischen Asylrekurskommission [EMARK] 2001 Nr. 21 E. 8a und b). Ist ein solcher Anspruch zu bejahen, fällt die konkrete Beurteilung des geltend gemachten Anspruchs und damit der Entscheid über die Wegweisung in die Zuständigkeit der fremdenpolizeilichen Behörden (vgl. BVGE 2013/37 E. 4.4.2, EMARK 2001 Nr. 21 E. 8d). Vorliegend konnte ein derartiger Anspruch im Zeitpunkt des Ergehens der Verfügung der Vorinstanz nicht a priori ausgeschlossen werden. Demnach wäre das BFM aufgrund des Untersuchungsgrundsatzes verpflichtet gewesen, näher zu prüfen, ob der Beschwerdeführer aus seiner Beziehung zu seiner Freundin einen Aufenthaltsanspruch ableiten kann; aus diesem Grund hatte der Einzelrichter des Bundesverwaltungsgerichts das BFM im Urteil vom 20. August 2013 – mit dem das BFM angewiesen wurde, das Asylverfahren des Beschwerdeführers korrekt abzuschliessen – auch eingeladen, sich "argumentativ mit dem inhaltlichen Hauptanliegen des Beschwerdeführers auseinanderzusetzen" (vgl. Urteil E-4268/2013 S. 4).

5.4 Trotz dieser Aufforderung befasste sich die Vorinstanz in der angefochtenen Verfügung nicht mit diesen Vorbringen des Beschwerdeführers. Sie hat damit ihre Begründungspflicht und den Anspruch auf rechtliches Gehör verletzt.

Die Begründungspflicht wurde vom BFM immerhin nicht in einer Weise missachtet, welche die sachgerechte Anfechtung der neuen Verfügung verunmöglicht hätte. Die Vorinstanz hat in der Vernehmlassung zudem eine ausführliche Prüfung eines allfälligen sich aus Art. 8 EMRK ergebenden Anspruchs des Beschwerdeführers vorgenommen und damit das Versäumte nachgeholt. Dem Beschwerdeführer wurde mit Instruktionsverfügung vom 11. Oktober 2013 Gelegenheit zur Stellungnahme zur vorinstanzlichen Vernehmlassung gegeben (die dieser nicht nutzte). Unter diesen Umständen kann gemäss Praxis des Bundesverwaltungsgerichts

aus prozessökonomischen Gründen eine Heilung des festgestellten Verfahrensmangels angenommen werden (vgl. BVGE 2008/47 E. 3.3.4, m.w.H.).

5.5 Der Hauptantrag auf Rückweisung der Sache an die Vorinstanz ist damit abzuweisen.

6.

6.1 Lehnt das Bundesamt das Asylgesuch ab oder tritt es darauf nicht ein, so 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 nicht verfügt, wenn die asylsuchende Person im Besitze einer gültigen Aufenthalts- oder Niederlassungsbewilligung ist (Art. 32 Bst. a der Asylverordnung 1 vom 11. August 1999 (AsylV 1, SR 142.311)).

6.2 In Art. 14 Abs. 1 AsylG wird der sogenannte Grundsatz des Vorrangs des Asylverfahrens (gegenüber ausländerrechtlichen Verfahren) festgesetzt.

6.2.1 Demnach kann eine asylsuchende Person ab Einreichung des Asylgesuches bis zur Ausreise nach einer rechtskräftig angeordneten Wegweisung, nach einem Rückzug des Asylgesuches oder bis zur Anordnung einer Ersatzmassnahme bei nicht durchführbarem Vollzug kein Verfahren um Erteilung einer ausländerrechtlichen Aufenthaltsbewilligung einleiten, ausser es bestehe ein Anspruch auf deren Erteilung. Ist dies der Fall, geht die Zuständigkeit, die Wegweisung aus der Schweiz zu verfügen, von den Asylbehörden auf die kantonale Ausländerbehörde über, welche über die Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung zu befinden hat (vgl. zum Ganzen BVGE 2013/37 E. 4.4 S. 579 f. und EMARK 2001 Nr. 21 E. 8d S. 175 f.).

6.2.2 Im Asyl- und Wegweisungsverfahren ist die Wegweisung deshalb nicht zu verfügen, falls ein grundsätzlicher Anspruch auf Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung besteht, über den konkret zu befinden die kantonale Ausländerbehörde zuständig ist (vgl. auch EMARK 2006 Nr. 23 E. 3.2 S. 231 f., EMARK 2001 Nr. 21 E. 9 S. 176 f.). Ist die asylsuchende Person nicht im Besitze einer Aufenthalts- oder Niederlassungsbewilligung, ist im Asyl- und Wegweisungsverfahren mit Blick auf die mögliche Zuständigkeit der kantonalen Ausländerbehörde daher vorfrageweise zu prüfen (vgl. EMARK 2001 Nr. 21 E. 10 S. 177), ob die asylsuchende Person sich im Sinne von Art. 14 Abs. 1 AsylG auf einen grundsätzlichen Anspruch auf

Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung berufen kann. Soweit nicht das Gesetz oder Freizügigkeitsabkommen einen Anspruch auf Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung vermitteln, fällt als Anspruchsgrundlage Art. 8 EMRK in Betracht, wobei diesbezüglich die bundesgerichtliche Rechtsprechung massgeblich ist (vgl. EMARK 2001 Nr. 21 E. 8a und b S. 173 f. sowie E. 9 S. 176 f.). Diese besagt, dass Ausländerinnen und Ausländer gestützt auf den in Art. 8 EMRK und Art. 13 BV gewährleisteten Schutz des Familienlebens ein potenzieller Anspruch auf Aufenthalt in der Schweiz erwächst, wenn intakte und tatsächlich gelebte Familienbande zu nahen Verwandten (sogenannte Kernfamilie) bestehen, die über ein gefestigtes Anwesenheitsrecht in der Schweiz verfügen. Letzteres ist der Fall, wenn der sich in der Schweiz aufhaltende Angehörige das Schweizer Bürgerrecht oder eine Niederlassungsbewilligung besitzt oder über eine Aufenthaltsbewilligung verfügt, die ihrerseits auf einem gefestigten Rechtsanspruch beruht (vgl. BGE 135 I 143 E. 1.3.1 S. 145 f., BGE 130 II 281 E. 3.1 S. 285 f., EMARK 2005 Nr. 3 E. 3.1 S. 31 f.).

6.2.3 Ergibt die vorfrageweise Prüfung, dass sich die asylsuchende Person auf einen grundsätzlichen Anspruch auf Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung berufen kann, ist sie im Asyl- und Wegweisungsverfahren darauf hinzuweisen, dass sie ein entsprechendes Bewilligungsgesuch bei der zuständigen kantonalen Ausländerbehörde einzureichen hat. Ist bei der kantonalen Ausländerbehörde bereits ein Verfahren um Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung hängig, so hat das BFM – weist es das Asylgesuch ab oder tritt es auf dieses nicht ein – die Wegweisung nicht zu verfügen. Das Bundesverwaltungsgericht hebt diesfalls eine vom BFM verfügte Wegweisung auf (vgl. EMARK 2001 Nr. 21 E. 9a S. 177). Andererseits haben sich die Asylbehörden bei der Prüfung der Zulässigkeit des Wegweisungsvollzugs nicht mehr mit Art. 8 EMRK zu befassen, wenn die kantonale Ausländerbehörde es bereits abgelehnt hat, gestützt auf diese Norm eine Aufenthaltsbewilligung zu erteilen (vgl. EMARK 2001 Nr. 21 E. 12b S. 178 f. und c sowie E. 14a S. 179).

7.

Im Rahmen dieser vorfrageweisen Prüfung ist das Folgende festzustellen:

7.1 Der Beschwerdeführer verfügt über keine Aufenthaltsbewilligung in der Schweiz. Es ergeben sich aus den Akten auch keine Hinweise dafür, dass er bei der zuständigen kantonalen Behörde ein Gesuch um Erteilung einer solchen gestellt hätte.

7.2 Das Kind des Beschwerdeführers und seine deutsche Freundin sind Staatsangehörige eines EU-Mitgliedsstaates und verfügen über Aufenthaltsbewilligungen EG/EFTA. Gemäss Akten (vgl. insbesondere die Eingabe des Beschwerdeführers vom 22. April 2014 und die Bestätigung des (...) des Kantons D. _____ vom 18. März 2014) verzeichnen die unverheirateten Eltern des Kindes keinen gemeinsamen Wohnsitz. Der Beschwerdeführer lebt die Beziehung zu seiner Freundin und zu seiner Tochter, die durch beide Elternteile betreut wird. Der Beschwerdeführer wird von der Fürsorge unterstützt und leistet keinen finanziellen Beitrag an den Unterhalt seines Kindes.

7.3 Ein Anspruch des Beschwerdeführers auf (umgekehrten) Familiennachzug gestützt auf das Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft einerseits und der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten andererseits über die Freizügigkeit (Freizügigkeitsabkommen, FZA; SR 0.142.112.681) wird zu Recht nicht geltend gemacht. Er fällt schon deshalb ausser Betracht, weil einerseits der Beschwerdeführer mit seiner aufenthaltsberechtigten Partnerin nicht verheiratet ist (Art. 7 Bst. d i.V.m. Art. 3 Abs. 2 Bst. a Anhang I FZA); andererseits liegt hinsichtlich der Tochter beim Beschwerdeführer keine Konstellation gemäss Art. 3 Abs. 2 Bst. b Anhang I FZA vor (Verwandte in aufsteigender Linie, denen – hier durch ein anwesenheitsberechtigtes Kind – Unterhalt gewährt wird).

7.4 Das Bundesgericht anerkennt in seiner mit BGE 109 Ib 183 eingeleiteten und seither bestätigten Rechtsprechung (siehe aktuell in BGE 135 I 143 sowie BGE 130 II 281, mit weiteren Hinweisen), dass Art. 8 EMRK unter gewissen Voraussetzungen einem Ausländer einen – nur unter den Voraussetzungen von Art. 8 Abs. 2 EMRK beschränkbar – Anspruch auf eine Anwesenheitsberechtigung in der Schweiz verleiht, wenn ein Familienleben vorliegt, welches tatsächlich gelebt wird und intakt erscheint und ein Familienmitglied in der Schweiz ein gefestigtes Anwesenheitsrecht – die schweizerische Staatsangehörigkeit, die Niederlassungsbewilligung oder eine Aufenthaltsbewilligung, auf deren Verlängerung ein Anspruch besteht – besitzt (vgl. Urteil des Bundesgerichts 2P.307/2003 vom 11. Mai 2004, BGE 126 II 382, BGE 125 II 639; EMARK 1995 Nr. 24 E. 8 S. 228 f.).

7.4.1 Der Begriff Familienleben umfasst unter anderem die Beziehungen zwischen Partnern, ob ehelich oder nicht, also auch die Beziehungen zwischen Personen, die eine De-facto-Familie bilden, die zusammenleben

und bei denen also eine enge persönliche Beziehung besteht (vgl. BVGE 2013/49 m.w.H).

7.4.2 Mit Bezug auf das Verhältnis des Beschwerdeführers zu seiner Freundin ist offenkundig nicht von einem Familienleben in diesem Sinn auszugehen, weil die beiden Partner keinen gemeinsamen Wohnsitz verzeichnen und deshalb keine eheähnliche Beziehung unterhalten.

7.4.3 Gemäss bundesgerichtlicher Praxis muss der Elternteil, der sich für das Zusammenleben mit seinen Kindern auf Art. 8 EMRK beruft, aus familienrechtlichen Gründen grundsätzlich über das Sorge- beziehungsweise Obhutsrecht verfügen. Der nicht sorge- bzw. obhutsberechtigte Ausländer kann die familiäre Beziehung mit seinen Kindern schon aus zivilrechtlichen Gründen von vornherein nur in einem beschränkten Rahmen leben, nämlich durch Ausübung des ihm eingeräumten Besuchsrechts.

7.4.3.1 Hierzu ist nach Praxis des Bundesgerichts grundsätzlich nicht erforderlich, dass er dauernd im gleichen Land wie das Kind lebt und dort über eine Aufenthaltsbewilligung verfügt. Den Anforderungen von Art. 8 EMRK ist Genüge getan, wenn das Besuchsrecht im Rahmen von Kurzaufenthalten vom Ausland her ausgeübt werden kann, wobei allenfalls dessen Modalitäten entsprechend anzupassen sind. Ein Anspruch auf erstmalige Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung ist ausnahmsweise dann zu bejahen, wenn zwischen dem Ausländer und dessen Kindern in wirtschaftlicher und affektiver Hinsicht eine besonders enge Beziehung besteht – die deutlich intensiver gelebt wird, als es einem üblichen Besuchsrecht entspricht –, die, würde eine Bewilligung verweigert, wegen der Distanz zwischen der Schweiz und dem Land, in welches der Ausländer vermutlich auszureisen hätte, praktisch nicht aufrechterhalten werden könnte; zudem darf das bisherige Verhalten des Ausländers in der Schweiz zu keinerlei Klagen Anlass gegeben haben (sogenannt tadelloses Verhalten; vgl. zum Ganzen BGE 139 I 315 E. 2.2 m.w.H.)

7.4.3.2 Vorliegend scheinen indessen offensichtlich mehrere dieser Voraussetzungen nicht erfüllt zu sein:

Eine besonders enge Beziehung in wirtschaftlicher Hinsicht ist nicht anzunehmen, weil der Beschwerdeführer gemäss Akten nichts zum Unterhalt seines Kindes beiträgt.

Angesichts der mehrfachen Verurteilungen des Beschwerdeführers in den Jahren 2012 und 2013 (wegen Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz beziehungsweise Missachtung einer angeordneten Ausgrenzung), unter anderem zu zwei unbedingten Gefängnisstrafen von 40 beziehungsweise 45 Tagen, kann von einem "tadellosen Verhalten" zweifellos nicht die Rede sein.

Und schliesslich steht auch nicht fest, dass das Besuchsrecht bei einer Abweisung der Beschwerde nicht aufrechterhalten werden könnte. Die Frage des Instruktionsrichters in der Verfügung vom 9. April 2014 nach konkreten Gründen, die gegebenenfalls dagegen sprächen, das Familienleben in Gambia (Heimatstaat des Beschwerdeführers) oder in Deutschland (Heimatstaat der Freundin und des gemeinsamen Kindes) zu leben beantwortete der Beschwerdeführer bloss mit diesen Ausführungen: Es sei "nicht vorgesehen", dass die Freundin ihren Wohnsitz nach Deutschland oder nach Gambia verlege, zumal sie ja in der Schweiz aufenthaltsberechtigt sei und in Ausbildung stehe.

7.4.3.3 Nach dem Gesagten ist ein Anspruch des Beschwerdeführers auf Erteilung einer Aufenthaltsberechtigung gestützt auf Art. 8 EMRK nicht offenkundig gegeben.

8.

8.1 Nach dieser vorfrageweisen Beurteilung bleibt festzuhalten, dass der Beschwerdeführer keinen offensichtlichen Rechtsanspruchs auf Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung hat (vgl. BVGE 2013/37 E. 4.4.2.1 unter Hinweis auf BGE 137 I 351 E. 3.1 S. 354). Mangels einer solchen klar zu Tage tretenden Anspruchsgrundlage geht die Zuständigkeit, über die Wegweisung aus der Schweiz zu befinden, nicht auf die kantonalen Ausländerbehörden über.

8.2 Es kann indessen nicht Sache des Bundesverwaltungsgerichts (auch nicht des BFM) sein, in einem Asyl- und Wegweisungsverfahren umfassend und abschliessend über einen allenfalls bestehenden – aktenmässig nicht ohne zusätzliche Abklärungen und Beweisvorkehren zu erstellen- den – Anspruch auf Erteilung einer ausländerrechtlichen Aufenthaltsbewilligung zu befinden. Eine solche Beurteilung würde den Rahmen einer bloss vorfrageweise vorzunehmenden Prüfung eines grundsätzlichen Anspruchs auf Bewilligungserteilung sprengen und damit nach bundesgerichtlicher

Rechtsprechung eine nicht zulässige Abweichung vom Grundsatz der Ausschliesslichkeit beziehungsweise des Vorrangs des Asylverfahrens darstellen.

8.3 Die vom BFM in Anwendung von Art. 44 Abs. 1 AsylG verfügte Wegweisung des Beschwerdeführers wurde nach dem Gesagten mangels bestehender Aufenthaltsbewilligung (Art. 32 der Asylverordnung 1 vom 11. August 1999 [AsylV 1, SR 142.311]) oder mutmasslichen (vgl. BVGE 2011/24 E. 10.1 m.w.H.) beziehungsweise klar erkennbaren Anspruchs auf eine solche (vgl. BGE 139 I 37 E. 3.5.2 m.w.H.) vom BFM in Anwendung von Art. 44 Abs. 1 AsylG und im Einklang mit den gesetzlichen Bestimmungen und der Praxis zu Recht angeordnet.

8.4 Dem Beschwerdeführer bleibt es beim vorliegenden Verfahrensgang unbenommen, nach Ausfällung dieses Urteils einen allfälligen Anspruch auf Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung gestützt auf Art. 8 EMRK mit einem entsprechenden Gesuch bei der zuständigen Ausländerbehörde geltend zu machen (vgl. Urteile des Bundesverwaltungsgerichts D-3341/2011 vom 10. April 2013 E. 5.5.2 und E-6274/2012 vom 7. August 2013 S. 11).

9.

9.1 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 (Art. 44 AsylG; Art. 83 Abs. 1 AuG).

Beim Geltendmachen von Wegweisungsvollzugshindernissen gilt gemäss Praxis des Bundesverwaltungsgerichts der gleiche Beweisstandard wie bei der Prüfung der Flüchtlingseigenschaft; das heisst, sie sind zu beweisen, wenn der strikte Beweis möglich ist, und andernfalls wenigstens glaubhaft zu machen (vgl. BVGE 2011/24 E. 10.2 m.w.H.).

9.2 Der Vollzug ist nicht zulässig, wenn völkerrechtliche Verpflichtungen der Schweiz einer Weiterreise der Ausländerin oder des Ausländers in den Heimat-, Herkunfts- oder einen Drittstaat entgegenstehen (Art. 83 Abs. 3 AuG).

So darf keine Person in irgendeiner Form zur Ausreise in ein Land gezwungen werden, in dem ihr Leib, ihr Leben oder ihre Freiheit aus einem Grund nach Art. 3 Abs. 1 AsylG gefährdet ist oder in dem sie Gefahr läuft, zur Ausreise in ein solches Land gezwungen zu werden (Art. 5 Abs. 1 AsylG; vgl.

ebenso Art. 33 Abs. 1 des Abkommens vom 28. Juli 1951 über die Rechtsstellung der Flüchtlinge [FK, SR 0.142.30]).

Gemäss Art. 25 Abs. 3 BV, Art. 3 des Übereinkommens vom 10. Dezember 1984 gegen Folter und andere grausame, unmenschliche oder erniedrigende Behandlung oder Strafe (FoK, SR 0.105) und der Praxis zu Art. 3 EMRK darf niemand der Folter oder unmenschlicher oder erniedrigender Strafe oder Behandlung unterworfen werden.

9.3 Die Vorinstanz wies in ihrer angefochtenen Verfügung zutreffend darauf hin, dass das Prinzip des flüchtlingsrechtlichen Non-Refoulement nur Personen schützt, die die Flüchtlingseigenschaft erfüllen. Da es dem Beschwerdeführer nicht gelungen ist, eine asylrechtlich erhebliche Gefährdung nachzuweisen oder glaubhaft zu machen, kann der in Art. 5 AsylG verankerte Grundsatz der Nichtrückschiebung im vorliegenden Verfahren keine Anwendung finden. Eine Rückkehr des Beschwerdeführers in den Heimatstaat ist demnach unter dem Aspekt von Art. 5 AsylG rechtmässig.

Sodann ergeben sich weder aus den Aussagen des Beschwerdeführers noch aus den Akten Anhaltspunkte dafür, dass er für den Fall einer Ausschaffung in den Heimatstaat dort mit beachtlicher Wahrscheinlichkeit einer nach Art. 3 EMRK oder Art. 1 FoK verbotenen Strafe oder Behandlung ausgesetzt wären. Gemäss Praxis des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte (EGMR) sowie jener des UN-Anti-Folterausschusses müsste der Beschwerdeführer eine konkrete Gefahr ("real risk") nachweisen oder glaubhaft machen, dass ihnen im Fall einer Rückschiebung Folter oder unmenschliche Behandlung drohen würde (vgl. Urteil des EGMR Saadi gegen Italien 28. Februar 2008, Grosse Kammer 37201/06, §§ 124–127 m.w.H.). Von einer drohenden Verletzung von Art. 8 EMRK ist nach dem oben Gesagten ebenfalls nicht auszugehen. Auch die allgemeine Menschenrechtssituation in Gambia lässt den Wegweisungsvollzug zum heutigen Zeitpunkt nicht als unzulässig erscheinen

Nach dem Gesagten ist der Vollzug der Wegweisung sowohl im Sinne der asyl- als auch der völkerrechtlichen Bestimmungen zulässig.

9.4 Gemäss Art. 83 Abs. 4 AuG kann der Vollzug für Ausländerinnen und Ausländer unzumutbar sein, wenn sie im Heimat- oder Herkunftsstaat aufgrund 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.

In Gambia herrscht keine Situation allgemeiner flächendeckender Gewalt, aufgrund derer die Zivilbevölkerung generell als existenziell gefährdet bezeichnet werden müsste. Das Land ist bisher auch von der seit Frühling 2014 in mehreren westafrikanischen Staaten ausgebrochenen Ebolafieber-Epidemie verschont geblieben (vgl. http://de.wikipedia.org/wiki/Ebolafieber-Epidemie_2014 oder den Bericht "Gambia Dismisses Ebola Rumours" von Jollof News Online vom 11. November 2014 unter <http://www.jollofnews.com/index.php/national-news/health/600-gambia-dismisses-ebola-rumours>; beide Internetquellen am 10.12.2014 abgerufen).

Zudem sind den Akten keine individuellen Wegweisungshindernisse des Beschwerdeführers zu entnehmen, Es deutet nichts darauf hin, dass er aus Gründen wirtschaftlicher, sozialer oder gesundheitlicher Natur bei einer Rückkehr in eine existenzbedrohende Situation geraten würde, zumal er keine Einwände gegen die entsprechenden Erwägungen in der vorinstanzlichen Verfügung vorgebracht hat.

Nach dem Gesagten erweist sich der Vollzug der Wegweisung auch als zumutbar.

9.5 Schliesslich obliegt es dem Beschwerdeführer, sich bei der zuständigen Vertretung des Heimatstaates die für eine Rückkehr notwendigen Reisedokumente zu beschaffen (vgl. Art. 8 Abs. 4 AsylG und dazu auch BVGE 2008/34 E. 12), weshalb der Vollzug der Wegweisung auch als möglich zu bezeichnen ist (Art. 83 Abs. 2 AuG).

9.6 Zusammenfassend hat die Vorinstanz den Wegweisungsvollzug zu Recht als zulässig, zumutbar und möglich bezeichnet. Eine Anordnung der vorläufigen Aufnahme fällt somit ausser Betracht (Art. 83 Abs. 1–4 AuG).

10.

Aus diesen Erwägungen ergibt sich, dass die angefochtene Verfügung Bundesrecht nicht verletzt und den rechtserheblichen Sachverhalt richtig sowie vollständig feststellt (Art. 106 AsylG). Die Beschwerde ist nach dem Gesagten abzuweisen

11.

Angesichts des prozessualen Fehlverhaltens des BFM (vgl. oben E. 5) sind

keine Verfahrenskosten zu erheben (Art. 63 Abs. 1 Satz 3 VwVG). Das Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung wird damit gegenstandslos.

Die Frage der Ausrichtung einer Parteientschädigung stellt sich vorliegend schon deshalb nicht, weil der Beschwerdeführer im Verfahren nicht vertreten war, weshalb ihm keine Parteikosten im Sinne von Art. 64 Abs. 1 VwVG erwachsen sein können

(Dispositiv nächste Seite)

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.

Die Beschwerde wird abgewiesen.

2.

Es werden keine Verfahrenskosten auferlegt.

3.

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

Der vorsitzende Richter:

Die Gerichtsschreiber:

Markus König

Nicholas Swain

Versand: