



Abteilung V
E-6531/2013

Urteil vom 10. Dezember 2013

Besetzung

Einzelrichterin Muriel Beck Kadima,
mit Zustimmung von Richterin Contessina Theis;
Gerichtsschreiberin Alexandra Püntener.

Parteien

A. _____,
B. _____,
C. _____,
D. _____,
E. _____,
alle Serbien,
alle vertreten durch lic. iur. Bernhard Jüsi, (...),
Beschwerdeführende,

gegen

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

Gegenstand

Nichteintreten auf Wiedererwägungsgesuch (Vollzug der
Wegweisung);
Verfügung des BFM vom 21. November 2013 / N (...).

Das Bundesverwaltungsgericht stellt fest,

dass die Beschwerdeführenden am 10. August 2008 in der Schweiz um Asyl nachsuchten,

dass das BFM die Asylgesuche mit Verfügung vom 28. Mai 2009 abwies und die Wegweisung sowie deren Vollzug anordnete,

dass das Bundesverwaltungsgericht die dagegen gerichtete Beschwerde mit Urteil vom 22. Januar 2010 abwies,

dass das Bundesverwaltungsgericht mit Urteil vom 19. Februar 2010 auf ein Revisionsgesuch der Beschwerdeführenden nicht eintrat,

dass das BFM mit Verfügung vom 14. April 2010 ein erstes Wiedererwägungsgesuch vom 9. März 2010, welches mit dem Gesundheitszustand des Beschwerdeführers (Vater) begründet wurde, abwies,

dass die dagegen erhobene Beschwerde mit Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 17. Juni 2010 abgelehnt wurde,

dass das BFM auf ein als Wiedererwägung entgegengenommenes Gesuch der Beschwerdeführenden vom 15. November 2011 ("Gesuch um Sistierung der Ausreisefrist") mangels Bezahlung des Gebührenvorschusses mit Verfügung vom 9. Januar 2012 nicht eintrat,

dass die Beschwerdeführenden mit Eingabe vom 3. September 2013 beim BFM ein Wiedererwägungsgesuch einreichten und in materieller Hinsicht beantragten, die Verfügung vom 28. Mai 2009 sei betreffend den Vollzug der Wegweisung wiedererwägungsweise aufzuheben und sie seien wegen Unzumutbarkeit des Wegweisungsvollzugs wiedererwägungsweise vorläufig aufzunehmen,

dass sie ihr Gesuch im Wesentlichen mit veränderten Verhältnissen, insbesondere unter dem Aspekt des Kindeswohls begründeten,

dass sie mittlerweile seit über fünf Jahren in der Schweiz leben würden und sich bestens integriert hätten, wobei die 14, 11 und 6 Jahre alten Kinder in ein grosses Sozialnetz eingebettet seien, fließend Schweizerdeutsch und kaum mehr Serbisch sprechen würden,

dass zudem [Kind] D._____ [gesundheitliches Problem] sei, wobei es sich um einen medizinisch komplexen Fall handle, der im Kosovo schlecht behandelt werden könne,

dass bei einer Rückkehr ins Heimatland mit gravierenden Integrationsproblemen zu rechnen wäre, was mit dem Schutzanliegen der Kinder nicht zu vereinbaren wäre,

dass die Beschwerdeführenden im Verlaufe des vorinstanzlichen Verfahrens mehrere Beweismittel (diverse Bestätigungen der Schule, des (...)vereins und der (...) betreffend C._____, Referenzschreiben, Schulzeugnisse, Sozialzeitausweis, zwei Arztberichte, etc.) einreichten,

dass das BFM mit Verfügung vom 21. November 2013 – eröffnet am 22. November 2013 – auf das Gesuch nicht eintrat, und feststellte, die Verfügung vom 28. Mai 2009 sei rechtskräftig und vollstreckbar; einer allfälligen Beschwerde komme keine aufschiebende Wirkung zu,

dass es zur Begründung im Wesentlichen anführte, auf die medizinische Problematik sei bereits in den vorhergehenden Verfahren ausführlich eingegangen worden,

dass der Umstand, dass die Kinder in der Zwischenzeit älter seien und seither fünf Jahre in der Schweiz verbracht und dabei ein Sozialnetz aufgebaut hätten, nicht geeignet sei, den Wegweisungsvollzug als unzumutbar zu bezeichnen,

dass schliesslich der Kausalzusammenhang zwischen der am 30. August 2013 angeordneten, aber in der Folge nicht bestätigten Ausschaffungshaft und dem am 6. September 2013 eingereichten Wiedererwägungsgesuch offensichtlich sei, was im ordentlichen Verfahren nach Art. 33 des Asylgesetzes vom 26. Juni 1998 (AsylG, SR 142.31) als rechtsmissbräuchlich gelte,

dass die Beschwerdeführenden durch ihren Rechtsvertreter mit Eingabe vom 22. November 2013 gegen diesen Entscheid beim Bundesverwaltungsgericht Beschwerde erhoben und dabei unter anderem beantragten, es sei die vorinstanzliche Verfügung aufzuheben und die Vorinstanz anzuweisen, auf das Wiedererwägungsgesuch einzutreten,

dass in verfahrensrechtlicher Hinsicht um Herstellung der aufschiebenden Wirkung der Beschwerde und um Aussetzung des Wegweisungsvollzugs ersucht wurde,

dass ferner um Verzicht auf die Erhebung eines Kostenvorschusses und um Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung gemäss Art. 65 Abs. 1 des Verwaltungsverfahrensgesetzes vom 20. Dezember 1968 (VwVG, SR 172.021) beantragt wurde,

dass die zuständige Instruktionsrichterin mit Telefax vom 22. November 2013 gestützt auf Art. 56 VwVG den Vollzug der Wegweisung aussetzte,

dass die vorinstanzlichen Akten am 26. November 2013 beim Bundesverwaltungsgericht eintrafen (Art. 109 Abs. 2 AsylG),

und zieht in Erwägung,

dass gemäss Art. 31 des Verwaltungsgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (VGG, SR 173.32) das Bundesverwaltungsgericht unter Vorbehalt der in Art. 32 VGG genannten Ausnahmen Beschwerden gegen Verfügungen nach Art. 5 VwVG beurteilt, welche von einer in Art. 33 VGG aufgeführten Behörde erlassen wurden,

dass darunter auch Verfügungen fallen, mit denen das BFM auf ein Gesuch um Wiedererwägung eines rechtskräftigen Entscheides betreffend den Vollzug der Wegweisung nicht eingetreten ist (vgl. Art. 33 Bst. d VGG),

dass dagegen erhobene Beschwerden vom Bundesverwaltungsgericht endgültig beurteilt werden (Art. 83 Bst. d Ziff. 1 des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 [BGG, SR 173.110]),

dass die Beschwerdeführenden am Verfahren vor dem BFM teilgenommen haben, durch die angefochtene Verfügung besonders berührt sind und ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung beziehungsweise Änderung haben, weshalb sie zur Einreichung einer dagegen gerichteten Beschwerde legitimiert sind (Art. 105 AsylG und Art. 48 Abs. 1 VwVG),

dass auf die frist- und formgerecht eingereichte Beschwerde einzutreten ist (Art. 108 Abs. 2 AsylG und Art. 52 VwVG),

dass mit Beschwerde die Verletzung von Bundesrecht, die unrichtige oder unvollständige Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts und die Unangemessenheit gerügt werden können (Art. 106 Abs. 1 AsylG),

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

dass gestützt auf Art. 111a Abs. 1 AsylG vorliegend auf einen Schriftwechsel verzichtet wurde,

dass die Vorinstanz das Wiedererwägungsgesuch nicht materiell geprüft hat,

dass die Beurteilungskompetenz des Bundesverwaltungsgerichts daher vorliegend auf die Frage beschränkt ist, ob das BFM zu Recht auf das Wiedererwägungsgesuch nicht eingetreten ist,

dass die Wiedererwägung im Verwaltungsverfahren einen gesetzlich nicht geregelten Rechtsbehelf darstellt, auf dessen Behandlung durch die verfügende Behörde grundsätzlich kein Anspruch besteht,

dass gemäss herrschender Lehre und ständiger Praxis des Bundesgerichts jedoch aus Art. 29 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV, SR 101) unter bestimmten Voraussetzungen ein verfassungsmässiger Anspruch auf Wiedererwägung abgeleitet wird (vgl. BGE 127 I 133 E. 6 mit weiteren Hinweisen),

dass auf ein Wiedererwägungsgesuch einzutreten ist, wenn sich der rechtserhebliche Sachverhalt seit dem ursprünglichen Entscheid beziehungsweise seit dem Urteil der mit Beschwerde angerufenen Rechtsmittelinstanz in wesentlicher Weise verändert hat und mithin die ursprüngliche (fehlerfreie) Verfügung an nachträglich eingetretene Veränderungen der Sachlage anzupassen ist, ohne dass deren Gegenstand neu beurteilt wird (vgl. BVGE 2010/27 E. 2.1),

dass die Beschwerdeführenden im Wiedererwägungsgesuch vom 3. September 2013 geltend machten, die Verfügung des BFM vom 28. Mai 2009 sei im Wegweisungsvollzugspunkt aufzuheben, weil sich die Sachlage

aufgrund des mittlerweile über fünfjährigen Aufenthalts der Beschwerdeführenden massgeblich geändert habe, weshalb ihnen wiedererwägungsweise die vorläufige Aufnahme zu gewähren sei,

dass die Vorinstanz in ihrer Verfügung vom 21. November 2013 den diesbezüglichen Ausführungen entgegenhielt, es sei auf die medizinische Problematik der Beschwerdeführenden im vorhergehenden Verfahren ausführlich eingegangen worden,

dass zudem der Umstand, dass die Kinder in der Zwischenzeit bereits fünf Jahre in der Schweiz zugebracht und ein Sozialnetz aufgebaut hätten, nicht geeignet sei, den Wegweisungsvollzug als unzumutbar zu bezeichnen, zumal in dieser Frage bloss Aspekte in Serbien erwogen würden,

dass das Bundesverwaltungsgericht bereits in seinem Urteil vom 22. Januar 2010 festgestellt habe, der Vollzug der Wegweisung sei aus individuellen Gründen nicht unzumutbar,

dass die Eltern, welche gewillt seien, zu arbeiten, dies auch in Serbien tun könnten,

dass das Kindeswohl ebenso wenig tangiert sei, würden die Kinder zwar in der Schweiz ein Sozialnetz verlieren und die serbische Sprache nicht so gut sprechen, jedoch ihr junges Alter beim Spracherwerb und der Verknüpfung neuer Kontakte sicherlich förderlich sei,

dass die Beschwerdeführenden in ihrer Rechtsmitteleingabe dazu einwenden, seit dem Urteil des Bundesverwaltungsgericht, in dem die Zumutbarkeit des Wegweisungsvollzugs bejaht worden sei, seien beinahe vier Jahre vergangen, in denen eine Integration und Verwurzelung der Kinder stattgefunden habe,

dass diese neuen Tatsachen unter dem Blickwinkel des Kindeswohls hätten wiedererwägungsweise geprüft werden müssen, zumal das Kindeswohl gemäss konstanter Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts im Rahmen der Zumutbarkeitsprüfung der Wegweisung einen zentralen Gesichtspunkt darstelle,

dass das Bundesverwaltungsgericht in Übereinstimmung mit den Beschwerdeführenden festhält, dass das Kindeswohl, ohne bereits die von den Beschwerdeführenden angeführten Argumente, welche gegen den

Wegweisungsvollzug sprechen sollen, materiell zu prüfen, ein Grund für eine vorläufige Aufnahme bilden kann,

dass im Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 22. Januar 2010 angesichts des damals erst eineinhalbjährigen Aufenthaltes der Beschwerdeführenden das Kindeswohl nicht Prüfungsgegenstand gewesen war,

dass hingegen der nunmehr fünfeinhalbjährige Aufenthalt der Beschwerdeführenden in der Schweiz, verbunden mit mehrjährigem Schulbesuch eine entscheidende Rolle spielen kann, ob ein allfälliger Wegweisungsvollzug auch im heutigen Zeitpunkt noch mit dem Kindeswohl zu vereinbaren wäre,

dass nämlich in Verfahren, in denen Kinder von einem allfälligen Wegweisungsvollzug betroffen sind, das Kindeswohl im Rahmen der Zumutbarkeitsprüfung einen Gesichtspunkt von gewichtiger Bedeutung bildet,

dass sich dies nicht zuletzt aus einer völkerrechtskonformen Auslegung von Art. 83 Abs. 4 AuG im Lichte von Art. 3 Abs. 1 des Übereinkommens vom 20. November 1989 über die Rechte des Kindes (KRK, SR 0.107) ergibt,

dass diese Frage jedoch nur mittels materieller Prüfung geklärt werden kann, da gemäss geltender Praxis unter dem Aspekt des Kindeswohls sämtliche Umstände einzubeziehen und zu würdigen sind, welche im Hinblick auf eine Wegweisung wesentlich erscheinen (vgl. BVGE 2009/51 E. 5.6, 2009/28 E. 9.3.2),

dass in diesem Zusammenhang auch nachträglich eingetretene Veränderungen der Situation zu berücksichtigen sind,

dass so beispielsweise eine Verwurzelung in der Schweiz eine reziproke Wirkung auf die Frage der Zumutbarkeit des Wegweisungsvollzugs haben kann, indem eine starke Assimilierung in der Schweiz eine Entwurzelung im Heimatstaat zur Folge haben kann, welche unter Umständen die Rückkehr dorthin als unzumutbar erscheinen lässt,

dass das BFM verpflichtet gewesen wäre, den Vollzug der Wegweisung eingehend – insbesondere unter dem Aspekt des Kindeswohls – materiell zu prüfen,

dass im Rahmen dieser materiellen Prüfung das BFM sämtliche Umstände, die im Hinblick auf eine Wegweisung wesentlich erscheinen, einzubeziehen und zu würdigen haben wird,

dass namentlich Alter, Reife, Abhängigkeiten, Art (Nähe, Intensität, Tragfähigkeit) der Beziehungen, Eigenschaften der Bezugspersonen (insbesondere Unterstützungsbereitschaft und -fähigkeit), Stand und Prognose bezüglich Entwicklung/Ausbildung, Grad der erfolgten Integration bei einem längeren Aufenthalt in der Schweiz, usw., zu berücksichtigen sind,

dass gerade letzterer Aspekt, die Dauer des Aufenthaltes in der Schweiz, im Hinblick auf die Prüfung der Chancen und Hindernisse einer Reintegration im Heimatland bei einem Kind als gewichtiger Faktor zu werten ist, da Kinder nicht ohne guten Grund aus einem einmal vertrauten Umfeld wieder herausgerissen werden sollten,

dass dabei aus entwicklungspsychologischer Sicht nicht nur das unmittelbare persönliche Umfeld des Kindes (d.h. dessen Kernfamilie) zu berücksichtigen ist, sondern auch dessen übrige soziale Einbettung,

dass somit erhebliche Gründe dargetan sind, die unter dem Titel eines Wiedererwägungsgesuchs in materieller Hinsicht hätten geprüft werden müssen, weshalb das BFM in der Verfügung vom 21. November 2013 in unzutreffender Weise auf das Wiedererwägungsgesuch nicht eingetreten ist,

dass zusammenfassend festzuhalten ist, dass es den Beschwerdeführenden gelungen ist, eine wiedererwägungsweise zu prüfende veränderte Sachlage darzutun,

dass aufgrund der vorstehenden Erwägungen darauf verzichtet werden kann, auf die weiteren Ausführungen in der Beschwerde im Einzelnen einzugehen,

dass daher auf den in der angefochtenen Verfügung gemachten Hinweis auf Art. 33 AsylG nicht näher eingegangen zu werden braucht, zumal es sich vorliegend nicht um ein ordentliches (Asyl-)Verfahren handelt,

dass nach dem Gesagten die Beschwerde gutzuheissen und die angefochtene Verfügung aufzuheben ist,

dass die Akten mit einem Beschwerdedoppel an das BFM zum materiellen Entscheid über das Wiedererwägungsgesuch vom 3. September 2013 zu überweisen sind,

dass der Vollzug der Wegweisung bis zum erneuten Entscheid des BFM ausgesetzt bleibt,

dass bei diesem Ausgang des Verfahrens den Beschwerdeführenden keine Kosten aufzuerlegen sind (Art. 63 Abs. 1 und 2 VwVG), womit das Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege gegenstandslos wird, während das Gesuch um Kostenvorschussverzicht mit dem vorliegenden Direktentscheid hinfällig geworden ist,

dass den vertretenen Beschwerdeführenden 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 ihnen notwendigerweise erwachsenen Parteikosten zuzusprechen ist,

dass keine Kostennote zu den Akten gereicht worden ist, der notwendige Vertretungsaufwand sich indes aufgrund der Aktenlage zuverlässig abschätzen lässt, weshalb auf die Einholung einer solchen verzichtet werden kann (Art. 14 Abs. 2 in fine VGKE),

dass der notwendige Aufwand gestützt auf die in Betracht zu ziehenden Bemessungsfaktoren (Art. 7 ff. VGKE) auf insgesamt Fr. 800.- (inkl. Auslagen und MWSt) geschätzt wird,

dass das BFM anzuweisen ist, den Beschwerdeführenden diesen Betrag als Parteientschädigung für das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht auszurichten.

(Dispositiv nächste Seite)

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.

Die Beschwerde wird gutgeheissen.

2.

Die Verfügung des BFM vom 21. November 2013 wird aufgehoben und die Sache im Sinne der Erwägungen zur Neubeurteilung an die Vorinstanz zurückgewiesen.

3.

Es werden keine Verfahrenskosten auferlegt.

4.

Das BFM wird angewiesen, den Beschwerdeführenden für das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht eine Parteientschädigung von Fr. 800.- (inkl. Auslagen und MWSt) auszurichten.

5.

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

Die Einzelrichterin:

Die Gerichtsschreiberin:

Muriel Beck Kadima

Alexandra Püntener

Versand: