



Urteil vom 9. März 2019

Besetzung

Einzelrichter Markus König (Vorsitz),
mit Zustimmung von Richterin Contessina Theis;
Gerichtsschreiberin Eveline Chastonay.

Parteien

A. _____, geboren am (...),
Türkei,
vertreten durch Dr. iur. Martin Kaiser, Advokat,
(...),
Beschwerdeführer,

gegen

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

Gegenstand

Wegweisung;
Verfügung des SEM vom 22. Oktober 2018 / N (...).

Sachverhalt:**A.**

A.a Der Beschwerdeführer stellte am 11. Juli 2018 in der Schweiz ein Asylgesuch.

A.b Am 18. Juli 2018 wurde der Beschwerdeführer zur Person befragt (Befragung zur Person, BzP). Am 26. Juli 2018 fand die Anhörung zu den Asylgründen statt. Dabei gab er im Wesentlichen zu Protokoll, er sei in Österreich zur Welt gekommen und habe seine Kindheit in diesem Land und im Heimatstaat Türkei verbracht. Vor etwa sieben Jahren sei er zum Christentum konvertiert und habe deswegen Schwierigkeiten mit Verwandten und am Arbeitsplatz erhalten. Am (...) 2017 habe er in der Türkei eine Landsfrau geheiratet, die in der Schweiz niedergelassen sei. Nach der Heirat habe er ein Familiennachzugsgesuch gestellt, habe jedoch die Antwort der Schweizer Behörden nicht abgewartet und sei illegal zu seiner Frau in die Schweiz gereist.

A.c Der Beschwerdeführer reichte einen Auszug aus dem Familienbüchlein zu den Akten.

B.

Mit Strafbefehl der Staatsanwaltschaft des Kantons B. _____ vom (...) 2018 wurde der Beschwerdeführer (rechtskräftig) wegen Drohung, Fälschung von Ausweisen und mehrfachen Widerhandlungen gegen das Ausländergesetz mit einer Freiheitsstrafe von 180 Tagen verurteilt. Die Strafe wurde – unter Hinweis auf eine frühere Verurteilung zu einer langjährigen Freiheitsstrafe im Ausland – unbedingt ausgesprochen.

C.

Mit Verfügung vom 22. Oktober 2018 – eröffnet am 24. Oktober 2018 – stellte das SEM fest, der Beschwerdeführer erfülle die Flüchtlingseigenschaft nicht; es lehnte sein Asylgesuch ab, wies ihn aus der Schweiz weg und beauftragte den zuständigen Kanton mit dem Vollzug der Wegweisung.

D.

Mit Eingabe seines Rechtsvertreters an das Bundesverwaltungsgericht vom 21. November 2018 erhob der Beschwerdeführer Beschwerde gegen die Verfügung vom 22. Oktober 2018. Er beantragte deren Aufhebung im Wegweisungspunkt und in prozessualer Hinsicht die Herstellung der aufschiebenden Wirkung des Rechtsmittels sowie die Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung und Rechtsverteiständung.

Zusammen mit der Beschwerde wurden unter anderem Unterlagen zu den wirtschaftlichen und sozialen Verhältnissen des Beschwerdeführers und seiner Ehefrau sowie die Kopie eines Familiennachzugsgesuchs der Ehefrau (für ihren Mann) an das kantonale Migrationsamt vom 6. August 2018 und eine Honorarnote des Rechtsvertreters zu den Akten gereicht.

E.

Der Instruktionsrichter stellte in einer Zwischenverfügung vom 20. Dezember 2018 fest, dass dem Rechtsmittel des Beschwerdeführers von Gesetzes wegen aufschiebende Wirkung zukomme und dieser den Ausgang des Verfahrens in der Schweiz abwarten dürfe. Die Gesuche um Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung und Rechtsverteiständung wies der Instruktionsrichter unter Hinweis auf fehlende Mittellosigkeit ab. Der Beschwerdeführer wurde zur Leistung eines Kostenvorschusses von Fr. 750.– aufgefordert.

F.

F.a Am 20. Dezember 2018 erkundigte sich der Instruktionsrichter bei der zuständigen kantonalen Migrationsbehörde nach dem Stand des am 6. August 2018 eingeleiteten Familiennachzugsverfahrens.

F.b Das Migrationsamt des Kantons B._____ bestätigte mit Informationsschreiben an den Instruktionsrichter vom 31. Dezember 2018 die Hängigkeit des Verfahrens betreffend Familiennachzug. Es seien diesbezüglich Abklärungen im Gang; momentan würden Unterlagen des Rechtsvertreters abgewartet. Das Gericht werde bei Abschluss der Gesuchsprüfung wieder orientiert.

G.

Am 3. Januar 2019 wurde der vom Gericht einverlangte Kostenvorschuss überwiesen.

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. 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 [SR 142.31]; 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 Die Beschwerde ist frist- und formgerecht eingereicht worden. 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).

1.3 Nachdem der Kostenvorschuss fristgerecht überwiesen worden ist, ist auf die Beschwerde einzutreten.

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 wird, handelt es sich – angesichts des Inhalts der vom Instruktionsrichter eingeholten Informationen des kantonalen Migrationsamts – um ein solches Rechtsmittel, weshalb das Urteil nur summarisch zu begründen ist (Art. 111a Abs. 2 AsylG).

Gestützt auf Art. 111a Abs. 1 AsylG wurde zwecks Vermeidung unnötigen Aufwands auf die Durchführung eines Schriftenwechsels verzichtet.

4.

Die Beschwerde vom 21. November 2018 richtet sich formal und inhaltlich nur gegen die von der Vorinstanz verfügte Wegweisung des Beschwerdeführers. Soweit die Verfügung des SEM vom 22. Oktober 2018 die Verneinung der Flüchtlingseigenschaft und die Abweisung des Asylgesuchs betrifft (Ziffern 1 und 2 des Dispositivs), ist sie mit Ablauf der – diesbezüglich ungenutzten – Beschwerdefrist in Rechtskraft erwachsen (vgl. auch die Verfügung des Instruktionsrichters vom 20. Dezember 2018 S. 2).

5.

5.1 Lehnt das SEM ein Asylgesuch ab oder tritt es darauf nicht ein, verfügt es in der Regel die Wegweisung aus der Schweiz und ordnet den Vollzug an; dabei berücksichtigt es den Grundsatz der Einheit der Familie (Art. 44 AsylG). Die Wegweisung wird gemäss Art. 32 Abs. 1 Bst. a Asylverordnung 1 vom 11. August 1999 über Verfahrensfragen (AsylV 1, SR 142.311) unter anderem dann nicht angeordnet, wenn die asylsuchende Person im Besitz einer gültigen Aufenthalts- oder Niederlassungsbewilligung ist. Nach konstanter Rechtsprechung ist diese Bestimmung so zu verstehen, dass nicht der Besitz der Aufenthaltsbewilligung, sondern der *Anspruch* auf Erteilung einer solchen ausschlaggebend ist (vgl. etwa das Urteil BVGer E-4701/2014 vom 26. Juni 2015 E. 6.1 unter Hinweis auf Entscheidungen und Mitteilungen der Schweizerischen Asylrekurskommission [EMARK] 2001 Nr. 21 E. 9).

5.2

5.2.1 Für die Erteilung von Aufenthaltsbewilligungen an asylsuchende Personen ist der Kanton zuständig. Während eines hängigen Asylverfahrens kann kein Verfahren um Erteilung einer ausländerrechtlichen Aufenthaltsbewilligung eingeleitet werden, ausser es bestehe ein Anspruch auf deren Erteilung (Art. 14 Abs. 1 AsylG; Grundsatz der Ausschliesslichkeit des Asylverfahrens, vgl. hierzu BVGE 2013/37 E. 4.4).

5.2.2 Die kantonale Zuständigkeit setzt also 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 entlang der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zu Art. 83 Bst. c Ziff. 2 BGG.

5.3

5.3.1 Im Asylverfahren 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. 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 – *vorfrageweise* zu prüfen, ob die asylsuchende Person sich im Sinne von Art. 14 Abs. 1 AsylG auf einen grundsätzlichen Anspruch auf Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung berufen kann.

5.3.2 Soweit nicht das Gesetz oder das Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft einerseits und der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten andererseits über die Freizügigkeit vom 21. Juni 1999 (FZA, SR 0.142.112.681) einen Anspruch auf Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung vermitteln, fällt als Anspruchsgrundlage Art. 8 EMRK in Betracht (vgl. etwa Urteile BVGer E-8358/2015 vom 3. Mai 2016 E. 4.2, E-6459/2014 vom 24. November 2014 S. 7 f., D-1551/2013 vom 2. Mai 2013 E. 5.1 oder E-1267/2011 vom 6. November 2013 E. 5.2).

Bei der Prüfung einer Anspruchsgrundlage gemäss Art. 8 EMRK ist die einschlägige bundesgerichtliche Rechtsprechung zu beachten. Gemäss dieser erwächst Ausländerinnen und Ausländern gestützt auf den in Art. 8 EMRK und Art. 13 BV gewährleisteten Schutz des Familienlebens ein potenzieller Anspruch auf Aufenthalt in der Schweiz, wenn intakte und tatsächlich gelebte Familienbande zu nahen Verwandten (sog. 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. etwa BGE 135 I 143 E. 1.3.1 S. 145 f., BGE 130 II 281 E. 3.1 S. 285 f.).

5.3.3 Kann sich die asylsuchende Person auf einen grundsätzlichen Anspruch auf Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung berufen, 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 SEM – weist es das Asylgesuch ab oder tritt es auf dieses nicht ein – die Wegweisung nicht zu verfügen (vgl. BVGE 2013/37 insbes. E. 4.4.2.2).

Das Bundesverwaltungsgericht hebt gegebenenfalls eine vom SEM trotzdem angeordnete Wegweisung auf (vgl. EMARK 2001 Nr. 21 E. 8d und 9a).

6.

6.1 Der Beschwerdeführer verfügt nicht über eine ausländerrechtliche Niederlassungs- oder Aufenthaltsbewilligung. Er ist aber unbestrittenermassen seit rund zwei Jahren mit einer Landsfrau verheiratet, die über eine Niederlassungsbewilligung in der Schweiz – und damit über ein gefestigtes Anwesenheitsrecht im Sinn der oben erwähnten Praxis des Bundesgerichts – verfügt. Er beruft sich auf einen grundsätzlichen Anspruch auf Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung gestützt auf Art. 8 EMRK und Art. 13 BV (vgl. Beschwerde S. 4 ff.) und hat bei der kantonalen Behörde im August 2018 ein Gesuch um Familiennachzug gestellt, über das noch nicht entschieden ist.

6.2 Das SEM hatte die angefochtenen Verfügung im Wegweisungspunkt folgendermassen begründet: Der Beschwerdeführer sei kurz nach der Einreise in die Schweiz zu einer unbedingten Freiheitsstrafe verurteilt worden. Seine (...) leiblichen Kinder würden nicht in der Schweiz, sondern in Österreich leben, weshalb für die Pflege des persönlichen Kontakts zu diesen Nachkommen ein Aufenthaltstitel in der Schweiz nicht erforderlich sei. Die Dauer der bisher kinderlos gebliebenen Ehe des Beschwerdeführers sei kurz; die Beziehung sei zudem bisher weitgehend als Fernehe praktiziert worden, was auch weiterhin möglich sei. Den Akten seien starke Hinweise auf erhebliche Integrationsschwierigkeiten des Beschwerdeführers und auf eine lediglich zum Zweck der Sicherung des Aufenthalts in der Schweiz geschlossene Ehe zu entnehmen. Insgesamt könne nicht von einer intakten und tatsächlich gelebten Familieneinheit ausgegangen werden. Aus diesen Gründen könne sich der Beschwerdeführer nicht auf einen potenziellen Anspruch auf Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung berufen.

6.3 Diese Erwägungen vermögen das Gericht bei der heutigen Aktenlage aus mehreren Gründen nicht zu überzeugen.

6.3.1 Erstens ist der kurzen Informationsnotiz des Migrationsamts zu entnehmen, dass praktisch alle der vom SEM argumentativ aufgelisteten Punkte zurzeit Gegenstand einer einlässlichen materiellen Beurteilung durch die kantonale Behörde sind (familiäre und finanzielle Verhältnisse, Straffälligkeit des Ehemannes respektive Rückfallgefahr, Frage des Vorliegens einer "Zweckehe" etc.). Die Mitteilung des Migrationsamts schliesst

mit der Feststellung, der Beschwerdeführer lebe gemäss bisherigen Feststellungen seit Monaten mit seiner Frau und deren Kindern zusammen, was grundsätzlich für die Annahme einer gelebten Beziehung spreche. Die Ausführungen des SEM sprengen den Rahmen einer vorfrageweisen Prüfung offensichtlich deutlich.

6.3.2 Zweitens lassen die wenigen bei den Asylakten liegenden Unterlagen allein einen zuverlässigen Schluss auf das Vorliegen einer Schein- oder Zweckehe nicht zu.

6.3.3 Und schliesslich hat das SEM in seiner Verfügung vom 22. Oktober 2018 mit keinem Wort auf das Gesuch um Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung von 6. August 2018 Bezug genommen; auch ein (in der kantonalen Informationsnotiz erstmals erwähntes) Gesuch der Ehefrau um Familiennachzug vom 11. Juli 2018 findet in den Vorakten keine Erwähnung. Offenkundig wurde die Wegweisung ohne Kenntnis der Umstände dieser Verfahren und damit auf einer ungenügend festgestellten Sachverhaltsgrundlage entschieden.

6.4 Nach dem Gesagten ergibt eine *vorfrageweise* Prüfung der Akten, dass der Beschwerdeführer, der mit einer in der Schweiz niedergelassenen Frau verheiratet ist und mit dieser zusammenlebt, sich auf einen *grundsätzlichen* Anspruch auf Erteilung berufen kann.

Die Frage, ob dieser Anspruch tatsächlich besteht, wird von der zuständigen kantonalen Behörde – die seit Sommer 2018 mit entsprechenden Verfahren befasst ist – einlässlich zu prüfen und zu beantworten sein.

6.5 Die Beschwerde ist damit gutzuheissen und die vom SEM angeordnete Wegweisung aufgrund der weggefallenen Zuständigkeit der Asylbehörden aufzuheben.

6.6

6.6.1 Damit entfällt auch die Grundlage für den vom SEM angeordneten Vollzug der Wegweisung (vgl. Art. 83 Abs. 1 AIG [SR 142.20]), weshalb auch die beiden diesbezüglichen Dispositivziffern aufzuheben sind.

6.6.2 Inhaltliche Ausführungen zur Frage der Durchführbarkeit des Wegweisungsvollzugs erübrigen sich unter diesen Umständen. Sollte die kantonale Migrationsbehörde das Gesuch um ausländerrechtlichen Familiennachzug ablehnen und ihrerseits die Wegweisung des Beschwerdeführers anordnen, hätte sie auch die Frage des Vorliegens von Wegweisungsvollzugshindernissen zu beantworten.

7.

7.1 Bei diesem Ausgang des Verfahrens sind keine Verfahrenskosten zu erheben (Art. 63 Abs. 1 und 2 VwVG). Der vom Beschwerdeführer geleistete Kostenvorschuss ist ihm durch das Gericht rückzuerstatten.

7.2 Angesichts des Obsiegens des Beschwerdeführers ist diesem eine Entschädigung für die ihm notwendigerweise erwachsenen Parteikosten zuzusprechen (Art. 64 Abs. 1 und Abs. 2 VwVG; Art. 7 Abs. 1 und 2 VGKE). Die mit der Beschwerde eingereichte Kostennote ist den Verfahrensumständen angemessen. Die vom SEM zu vergütende Parteientschädigung ist demnach auf insgesamt Fr. 1765.– (inkl. Auslagen) festzusetzen.

(Dispositiv nächste Seite)

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.

Die Beschwerde wird gutgeheissen.

2.

Die Dispositivziffern 3–5 der angefochtenen Verfügung (Wegweisung und Wegweisungsvollzug) werden aufgehoben.

3.

Es werden keine Verfahrenskosten erhoben. Der vom Beschwerdeführer geleistete Kostenvorschuss von Fr. 750.– wird ihm durch die Gerichtskasse rückerstattet.

4.

Das SEM wird angewiesen, dem Beschwerdeführer eine Parteientschädigung von insgesamt Fr. 1765.– auszurichten.

5.

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

Der Einzelrichter:

Die Gerichtsschreiberin:

Markus König

Eveline Chastonay

Versand: