



## Urteil vom 13. Dezember 2018

---

Besetzung

Einzelrichterin Constance Leisinger,  
mit Zustimmung von Richter William Waeber,  
Gerichtsschreiberin Artarapaj.

---

Parteien

A. \_\_\_\_\_, geboren am (...),  
Äthiopien,  
vertreten durch Fiona Leu, Berner Beratungsstelle  
für Sans-Papier,  
Beschwerdeführer,

gegen

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

---

Gegenstand

Vollzug der Wegweisung  
(Beschwerde gegen Wiedererwägungsentscheid);  
Verfügung des SEM vom 25. Oktober 2018 / N (...).

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

Der Beschwerdeführer, laut eigenen Angaben eritreischer Staatsangehöriger, ersuchte am 23. Mai 2012 in der Schweiz um Asyl nach.

**B.**

Mit Verfügung vom 20. Februar 2015 stellte das SEM fest, der Beschwerdeführer erfülle die Flüchtlingseigenschaft nicht, wies sein Asylgesuch vom 23. Mai 2012 ab und ordnete die Wegweisung aus der Schweiz an. Es befand die eritreische Staatsangehörigkeit des Beschwerdeführers für nicht glaubhaft und kam zum Schluss, es müsse davon ausgegangen werden, dass der Beschwerdeführer die äthiopische Staatsangehörigkeit besitze, weshalb es den Vollzug der Wegweisung nach Äthiopien anordnete, nachdem es diesen als zulässig, zumutbar und möglich befand. Eine dagegen erhobene Beschwerde vom 20. März 2015 wies das Bundesverwaltungsgericht mit Urteil E-1901/2015 vom 30. April 2015 ab.

**C.**

Mit Eingabe vom 1. Oktober 2018 gelangte der Beschwerdeführer an das SEM und beantragte die Aufhebung der Verfügung vom 20. Februar 2015 betreffend die Wegweisung und deren Vollzug sowie die Gewährung eines Aufenthaltsrechts gestützt auf Art. 44 Abs. 1 AsylG (SR 142.31). In verfahrensrechtlicher Hinsicht ersuchte er darum, den Wegweisungsvollzug einstweilen auszusetzen und ihn von der Bezahlung der Verfahrenskosten zu befreien sowie auf die Erhebung eines Kostenvorschusses zu verzichten.

Zur Begründung führte er im Wesentlichen aus, er habe im Jahr 2014 im Rahmen eines Deutschkurses die in der Schweiz wohnhafte und eritreische Staatsangehörige B. \_\_\_\_\_ (N [...]) kennengelernt. Zwischen ihnen habe sich eine Liebesbeziehung entwickelt. B. \_\_\_\_\_ sei seit nunmehr drei Jahren seine Lebenspartnerin. Eine Heirat sei bisher nicht möglich gewesen, weil er über keinen Aufenthaltstitel in der Schweiz verfüge. Am 18. März 2018 sei sodann ihr gemeinsames Kind C. \_\_\_\_\_ in der Schweiz zur Welt gekommen, welches er, der Beschwerdeführer, zwischenzeitlich anerkannt habe. Es liege damit eine massgeblich veränderte Sachlage vor, welche eine Neuurteilung der Zumutbarkeit des Wegweisungsvollzuges nach Äthiopien notwendig mache. Gestützt auf Art. 44 Abs. 1 AsylG (Grundsatz der Einheit der Familie) und Art. 8 der Konvention vom 4. November 1950 zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten

(EMRK, SR 0.101) stehe ihm ein Recht auf ein Familienleben zusammen mit seiner Partnerin und ihrem gemeinsamen Kind in der Schweiz zu.

Seiner Eingabe legte der Beschwerdeführer unter anderem einen Auszug aus dem Geburtsregister, eine „Erklärung über die gemeinsame elterliche Sorge“ und eine „Vereinbarung über die Anrechnung der Erziehungsgutschriften“ zuhanden des Zivilstandswesen der Schweizerischen Eidgenossenschaft (je in Kopie; alle Dokumente datierend vom 4. September 2018) zu den Akten.

#### **D.**

Das SEM nahm die Eingabe des Beschwerdeführers vom 1. Oktober 2018 als Wiedererwägungsgesuch im Sinne von Art. 111b AsylG entgegen und ersuchte das zuständige kantonale Migrationsamt mit Schreiben vom 12. Oktober 2018 gestützt auf Art. 111b Abs. 3 AsylG den Wegweisungsvollzug einstweilen auszusetzen.

#### **E.**

Mit Verfügung vom 25. Oktober 2018, eröffnet am 27. Oktober 2018, wies das SEM das Wiedererwägungsgesuch des Beschwerdeführers ab, stellte die Rechtskraft und die Vollstreckbarkeit seiner Verfügung vom 20. Februar 2015 fest und auferlegte dem Beschwerdeführer gestützt auf Art. 111d AsylG eine Gebühr von Fr. 600.–. Es hielt zudem fest, dass einer allfälligen Beschwerde keine aufschiebende Wirkung zukomme.

Zur Begründung erwog es dabei im Wesentlichen, die behauptete eritreische Staatsangehörigkeit des Beschwerdeführers sei nach wie vor nicht glaubhaft. Es werde weiterhin davon ausgegangen, dass er die äthiopische Staatsangehörigkeit besitze. Eine Wegweisung nach Äthiopien sei sowohl im vorinstanzlichen Verfahren als auch vom Bundesverwaltungsgericht als zumutbar erachtet worden. Seine Partnerin B.\_\_\_\_\_ sei in der Schweiz vorläufig aufgenommen. Unter Verweis auf den Entscheid der ehemaligen Asylrekurskommission EMARK (Entscheide und Mitteilungen der Schweizerischen Asylrekurskommission) 1998/31 E. 8c/ee führte das SEM weiter aus, es sei zu prüfen, ob sich die Familie gemeinsam in das Heimatland des nichtgefährdeten Ehegatten, somit nach Äthiopien, begeben könne. Hierzu hielt es fest, gemäss Art. 3 Abs. 1 des äthiopischen Staatsangehörigkeitsgesetzes 378/2003 vom Dezember 2003 habe das Kind des Beschwerdeführers als Kind eines äthiopischen Elternteils Anrecht auf die äthiopische Staatsangehörigkeit. Der Partnerin des Beschwerdeführers sei es sodann möglich, ein Einreisevisum zu erlangen und nach der Einreise

vor Ort eine Aufenthaltserlaubnis zu beantragen. Es sei ihr ferner zuzumuten, sich in Äthiopien niederzulassen. Da der Beschwerdeführer kein Tigrinya spreche, könne davon ausgegangen werden, dass seine Partnerin inzwischen die Grundkenntnisse des Amharischen beherrsche. Zudem seien sowohl der Beschwerdeführer als auch seine Partnerin schulisch gebildet und der Beschwerdeführer verfüge über eine gewisse Berufserfahrung. Beide seien jung, gesund und würden auch über Verwandte im Ausland verfügen, namentlich halte sich ein Onkel der Partnerin des Beschwerdeführers in D. \_\_\_\_\_ auf, welcher sie bei einer Rückkehr nach Äthiopien zusätzlich finanziell unterstützen könne. Entsprechend sei die Wegweisung nach Äthiopien mit dem Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens gemäss Art. 8 EMRK vereinbar. Insgesamt würden damit keine Gründe vorliegen, welche die Rechtskraft der Verfügung vom 20. Februar 2015 beseitigen könnten.

#### **F.**

Mit Eingabe vom 22. November 2018 liess der Beschwerdeführer durch seine bevollmächtigte Rechtsvertreterin beim Bundesverwaltungsgericht Beschwerde erheben und beantragen, die Verfügung der Vorinstanz vom 25. Oktober 2018 sei aufzuheben und es sei die Sache zur vollständigen Abklärung des rechtserheblichen Sachverhalts und zur Neuurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen. Eventualiter sei wiedererwägungsweise festzustellen, dass der Vollzug der Wegweisung nach Äthiopien unzulässig respektive unzumutbar sei und die Vorinstanz sei anzuweisen, die vorläufige Aufnahme anzuordnen. Es sei zudem festzustellen, dass das SEM zu Unrecht eine Gebühr in der Höhe von Fr. 600.– erhoben habe.

In verfahrensrechtlicher Hinsicht ersuchte der Beschwerdeführer um Erteilung der aufschiebenden Wirkung der Beschwerde, um Anweisung der zuständigen Vollzugsbehörden, während des hängigen Beschwerdeverfahrens von Vollzugshandlungen abzusehen, und um Gutheissung des im vorinstanzlichen Verfahren unbehandelt gebliebenen Gesuches um unentgeltliche Prozessführung. Ferner ersuchte er für das vorliegende Beschwerdeverfahren um Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung, um Verzicht auf die Erhebung eines Kostenvorschusses und um Beiordnung der bevollmächtigten Rechtsvertreterin als amtliche Rechtsbeiständin. Seiner Eingabe legte der Beschwerdeführer unter anderem eine Fürsorgebestätigung vom 16. November 2018 und eine Kostennote seiner Rechtsvertreterin bei.

Auf die Begründung in der Rechtsmitteleingabe wird, soweit entscheidungswesentlich, in den Erwägungen eingegangen.

**G.**

Die Instruktionsrichterin setzte den Vollzug der Wegweisung mit Verfügung vom 10. Dezember 2018 gestützt auf Art. 56 VwVG vorsorglich aus.

**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; Art. 83 Bst. d Ziff. 1 BGG).

**1.2** 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 AsylG i.V.m. Art. 37 VGG und Art. 48 Abs. 1 VwVG). Auf die frist- und formgerecht eingereichte Beschwerde ist einzutreten (Art. 108 Abs. 2 AsylG; Art. 105 AsylG i.V.m. Art. 37 VGG und Art. 52 Abs. 1 VwVG).

**2.**

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

**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 vorliegend um eine solche, weshalb der Beschwerdeentscheid nur summarisch zu begründen ist (Art. 111a Abs. 2 AsylG).

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

#### **4.**

Das Gesuch um Gewährung der aufschiebenden Wirkung ist mit vorliegendem Direktentscheid gegenstandslos geworden.

#### **5.**

**5.1** Das Wiedererwägungsverfahren ist im Asylrecht spezialgesetzlich geregelt (vgl. Art. 111b ff. AsylG). In seiner praktisch relevantesten Form bezweckt das Wiedererwägungsgesuch die Änderung einer ursprünglich fehlerfreien Verfügung an eine nachträglich eingetretene erhebliche Veränderung der Sachlage in Bezug auf das Bestehen von Wegweisungsvollzugshindernissen (vgl. BVGE 2014/39 E. 4.5 m.w.H.).

**5.2** Der Beschwerdeführer ersuchte das SEM mit Eingabe vom 1. Oktober 2018 um eine Änderung der Verfügung vom 20. Februar 2015 aufgrund einer nachträglich erheblichen Veränderung der Sachlage, namentlich aufgrund seiner nunmehr über vierjährigen Beziehung mit seiner Lebenspartnerin B.\_\_\_\_\_ und der Geburt des gemeinsamen und von ihm anerkannten Kindes C.\_\_\_\_\_ (vgl. dazu vorstehender Bst. C der Prozessgeschichte). Das SEM hat die Eingabe des Beschwerdeführers richtigerweise als Wiedererwägungsgesuch im Sinne von Art. 111b AsylG entgegengenommen.

#### **6.**

**6.1** In seiner Rechtsmitteleingabe macht der Beschwerdeführer vorab geltend, das SEM habe den rechtserheblichen Sachverhalt falsch festgestellt (Art. 12 VwVG), nachdem seine Lebenspartnerin und das gemeinsame Kind in der Schweiz – entgegen den Feststellungen des SEM in der angefochtenen Verfügung – nicht nur vorläufig aufgenommen, sondern anerkannte Flüchtlinge seien. Überdies habe das SEM das rechtliche Gehör (Art. 29 VwVG) seiner Lebenspartnerin verletzt, nachdem sie im Rahmen des Wiedererwägungsverfahrens zur Frage der Zumutbarkeit des Wegweisungsvollzugs nach Äthiopien nicht angehört worden sei. Hierzu verweist der Beschwerdeführer auf die Erwägung 8.1 des Urteils D-528/2014 des Bundesverwaltungsgerichts vom 10. Februar 2014 (BVGE 2014/13) und führt dazu aus, der von einer Wegweisung mitbetroffene Partner respektive die Partnerin, welche(r) über einen Aufenthaltsstatus in der Schweiz ver-

füge, müsse bei der Beurteilung, ob es der Familie zumutbar sei, sich gemeinsam im Herkunftsland des nichtgefährdeten Ehegatten niederzulassen, zwingend angehört werden.

Diese verfahrensrechtlichen Rügen sind vorab zu prüfen, da sie allenfalls geeignet sein könnten, eine Kassation der vorinstanzlichen Verfügung zu bewirken (vgl. KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI, *Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes*; 3. Aufl. 2013, Rz. 1043 ff. m.w.H.).

**6.2** Wie in der Beschwerde zu Recht gerügt wird, hat das SEM den Sachverhalt in Bezug auf den Aufenthaltsstatus seiner Lebenspartnerin B.\_\_\_\_\_ nicht richtig festgestellt, hält es in der angefochtenen Verfügung doch fest, dass diese in der Schweiz vorläufig aufgenommen sei (vgl. angefochtene Verfügung, Ziff. I, S. 2, Abschnitt 2) und lässt sich dem Zentralen Migrationsinformationssystem (ZEMIS) demgegenüber entnehmen, dass B.\_\_\_\_\_ und ihr Kind C.\_\_\_\_\_ in der Schweiz als Flüchtlinge anerkannt sind und ihnen Asyl gewährt wurde. Dies wird auch durch die vom Beschwerdeführer eingereichten Kopien der Aufenthaltsbewilligungen (Status B) der Partnerin und des gemeinsamen Kindes (SEM-act. B1/22, Beilagen Nr. 4 und Nr. 5) bestätigt. Damit verfügen seine Partnerin und das gemeinsame Kind über ein gefestigtes Aufenthaltsrecht in der Schweiz.

**6.3** Das Bundesverwaltungsgericht hat im vom Beschwerdeführer zitierten Urteil D-528/2014 vom 10. Februar 2014 (BVGE 2014/13) sodann die bisherige Rechtsprechung, wonach der Vollzug der Wegweisung im Fall von gemischtnationalen Paaren grundsätzlich zumutbar sein kann, falls für die Ehegatten – diesen sind Konkubinatspartner gleichgestellt (BVGE 2008/47 E. 4.1 S. 677 ff., m.w.H.) – die Möglichkeit besteht, sich gemeinsam im Heimatstaat des nichtgefährdeten Ehegatten niederzulassen (EMARK 1998/31 E. 8c/ee). Der Grundsatz der Familieneinheit (Art. 44 AsylG) muss dabei beachtet werden. Das Gericht hat darüber hinaus jedoch insoweit eine Präzisierung der Rechtsprechung vorgenommen als es weiter festgestellt hat, dass in einem solchen Fall der Ehegatte respektive die Ehegattin, welche(r) vom Verfahren nicht direkt betroffen ist, in die betreffenden Sachverhaltsermittlungen miteinzubeziehen ist, insbesondere auch um dessen beziehungsweise deren Anspruch auf rechtliches Gehör zu wahren (vgl. dazu E. 8.1 des betreffenden Urteils).

Im vorliegenden Fall wurde die Lebenspartnerin des Beschwerdeführers vom SEM nicht vorgängig angehört. Damit wurde ihr Anspruch auf rechtliches Gehör verletzt.

**6.4** Es kann nach dem Gesagten festgestellt werden, dass der rechtserhebliche Sachverhalt ungenügend festgestellt und das rechtliche Gehör der von der angefochtenen Verfügung des SEM mitbetroffenen Lebenspartnerin des Beschwerdeführers verletzt wurde.

**6.5** 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). Die in diesen Fällen fehlende Entscheidungsreife kann dann durch die Beschwerdeinstanz selbst hergestellt werden, wenn dies im Einzelfall aus prozessökonomischen Gründen angebracht erscheint (vgl. BVGE 2012/21 E. 5 S. 415; GYGI, *Bundesverwaltungsrechtspflege*, 2. Aufl., Bern 1983, S. 233).

**6.6** Im vorliegenden Fall ist es angezeigt, die Sache an das SEM als erste Instanz zurückzuweisen, damit dieses die erforderlichen Abklärungen vornimmt und deren Ergebnis im Rahmen eines neuen begründeten Entscheids festhält, da sich die Entscheidungsreife nicht mit geringem Aufwand herstellen lässt. Das SEM hat dabei die persönlichen Verhältnisse der Lebenspartnerin des Beschwerdeführers und im Übrigen auch diejenigen des in der Schweiz geborenen Kindes unter objektiven Gesichtspunkten zu beurteilen. Ebenfalls hat es dem Umstand, dass die Lebenspartnerin des Beschwerdeführers und das gemeinsame Kind über ein gefestigtes Aufenthaltsrecht in der Schweiz verfügen, bei der Abwägung, ob sich die Familie gemeinsam im Heimatland des nicht gefährdeten Familienmitgliedes niederlassen könnte, Rechnung zu tragen.

## **7.**

Die Beschwerde ist demnach gutzuheissen. Die angefochtene Verfügung vom 25. Oktober 2018 wird aufgehoben und die Sache im Sinne der Erwägungen zur Neubeurteilung an das SEM zurückgewiesen.

## **8.**

Das SEM ist ferner anzuweisen, die gemäss der Dispositivziffer 3 der angefochtenen Verfügung erhobene Gebühr von Fr. 600.– an den Beschwerdeführer zurückzuerstatten, sofern sie bezahlt worden ist. Ein entsprechendes Gesuch wurde im vorinstanzlichen Verfahren gestellt (vgl. Gesuch vom

1. Oktober 2018 Ziff. 4). Der Beschwerdeführer ist bedürftig und das Gesuch um Wiedererwägung scheint nicht von vornherein aussichtslos.

**9.**

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

**10.**

**10.1** Dem vertretenen Beschwerdeführer ist angesichts seines 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 ihm notwendigerweise erwachsenen Parteikosten zuzusprechen.

**10.2** Der in der Kostennote ausgewiesene Aufwand von sieben Stunden und der zur Verrechnung gebrachte Stundenansatz von Fr. 220.– sind als angemessen zu erachten, womit sich das Honorar auf Fr. 1540.– beläuft. Zu diesem sind ein Mehrwertsteuerbetrag von Fr. 118.60 (7,7% von Fr. 1540.–) und die ausgewiesenen Auslagen von Fr. 12.– hinzuzurechnen. Die von der Vorinstanz auszurichtende Parteientschädigung wird demnach auf insgesamt Fr. 1671.– (inkl. Auslagen, MWSt; aufgerundet) festgelegt.

(Dispositiv nächste Seite)

**Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:**

**1.**

Die Beschwerde wird gutgeheissen.

**2.**

Die angefochtene Verfügung vom 25. Oktober 2018 wird aufgehoben und die Sache im Sinne der Erwägungen zur Neubeurteilung an das SEM zurückgewiesen.

**3.**

Das SEM wird angewiesen, die gemäss Dispositivziffer 3 der angefochtenen Verfügung erhobene Gebühr von Fr. 600.– dem Beschwerdeführer zurückzuerstatten, sofern diese bereits bezahlt worden ist.

**4.**

Es werden keine Verfahrenskosten auferlegt.

**5.**

Das SEM wird angewiesen, dem Beschwerdeführer für das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht eine Parteientschädigung von insgesamt Fr. 1671.– auszurichten.

**6.**

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

Die Einzelrichterin:

Die Gerichtsschreiberin:

Constance Leisinger

Arta Rapaj