



Abteilung VI
F-2872/2022

Urteil vom 30. November 2022

Besetzung

Richter Yannick Antoniazza-Hafner (Vorsitz),
Richterin Regula Schenker Senn,
Richterin Jenny de Coulon Scuntaro,
Gerichtsschreiber Michael Spring.

Parteien

A. _____,
vertreten durch lic. iur. Peter Bolzli, Rechtsanwalt,
Advokaturbüro Langstrasse 4, Langstrasse 4,
Postfach 1063, 8021 Zürich 1,
Beschwerdeführer,

gegen

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

Gegenstand

Familienzusammenführung (Verfahrensabschreibung)

Sachverhalt:**A.**

Der Beschwerdeführer (geb. 1970) ersuchte in der Schweiz am 12. Oktober 2011 um Asyl. Er gab an, er sei ethnischer Tibeter und in China geboren. Seit dem Jahr 1999 sei er mit B._____ (geb. 1967) nach Brauch verheiratet. Am (...) sei die gemeinsame Tochter C._____ und am (...) die gemeinsame Tochter D._____ geboren worden. Am 17. Februar 2014 stellte die Vorinstanz fest, dass der Beschwerdeführer die Flüchtlings-eigenschaft erfülle. Gleichzeitig lehnte sie das Asylgesuch ab und ordnete die Wegweisung aus der Schweiz an. Wegen Unzulässigkeit des Wegweisungsvollzugs wurde der Beschwerdeführer vorläufig aufgenommen.

B.

Am 18. Januar 2018 reichte der Beschwerdeführer beim Migrationsamt des Kantons X._____ (nachfolgend: Migrationsamt) ein Gesuch um Familiennachzug und Einbezug in die vorläufige Aufnahme zugunsten seiner Ehefrau und seiner Kinder, welche sich in Indien aufhielten, ein. Das Migrationsamt leitete das Gesuch an die Vorinstanz weiter und führte in der Stellungnahme aus, die Voraussetzungen für eine Gutheissung seien infolge drohender Sozialhilfeabhängigkeit nicht erfüllt.

C.

Mit Schreiben vom 4. April 2018 teilte die Vorinstanz dem Beschwerdeführer mit, seine nach Brauch geschlossene Ehe werde gemäss chinesischem Recht nicht als rechtmässige Ehe und folglich auch in der Schweiz nicht anerkannt. Es sei nicht nachgewiesen, dass er der leibliche Vater der Kinder sei. Im Weiteren habe er bereits über Fr. 40'000.- Sozialhilfe bezogen und es drohten mit einem Familiennachzug erhöhte Sozialhilfekosten.

D.

Am 5. Oktober 2018 reichte der Beschwerdeführer der Vorinstanz das Ergebnis einer Abstammungsbegutachtung mittels DNA-Analyse ein. Aus dieser geht hervor, dass er der Vater und B._____ die Mutter von C._____ und D._____ sind.

E.

Nach Abklärungen zur finanziellen Situation des Beschwerdeführers reichte das Sozialamt Y._____ der Vorinstanz am 13. Februar 2019 eine Sozialhilfeberechnung ein, aus welcher ein leichter Einnahmenüberschuss hervorgeht.

F.

Aufgrund fehlender Identitäts- und Reisedokumente seiner Angehörigen forderte die Vorinstanz den Beschwerdeführer am 5. März 2019 auf, eine vom Bureau of His Holiness the Dalai Lama in Neu Delhi über die Person von B. _____ ausgestellte Bestätigung («bona-fide letter») einzureichen. Der Beschwerdeführer gab am 10. April 2019 an, ihm sei eine solche Bestätigung verweigert worden. Am 30. August 2019 reichte er der Vorinstanz stattdessen einen «bona-fide letter» der Tibetan Legal Association für B. _____ und die beiden Töchter ein.

G.

Mit Verfügung vom 14. Juli 2020 wies die Vorinstanz das Gesuch des Beschwerdeführers um Familiennachzug und Einschluss in die vorläufige Aufnahme zugunsten seiner Ehefrau und seiner Kinder ab.

H.

Die vom Beschwerdeführer dagegen am 13. August 2020 geführte Beschwerde hiess das Bundesverwaltungsgericht mit Urteil F-4073/2020 vom 6. Mai 2022 teilweise gut. Es hob die angefochtene Verfügung vom 14. Juli 2020 auf und wies die Sache im Sinne der Erwägungen zur Neubeurteilung an die Vorinstanz zurück.

I.

Am 13. April 2022 erteilte das Migrationsamt dem Beschwerdeführer in Anerkennung eines schwerwiegenden persönlichen Härtefalls eine Aufenthaltsbewilligung.

J.

Mit Verfügung vom 1. Juni 2022 schrieb die Vorinstanz das Gesuch des Beschwerdeführers um Familiennachzug und Einbezug in die vorläufige Aufnahme vom 18. Januar 2018 als gegenstandslos geworden ab. Sie hielt fest, die Zuständigkeit für die Prüfung eines Familiennachzugs liege neu bei der kantonalen Migrationsbehörde.

K.

Mit Beschwerde vom 1. Juli 2022 gelangte der Beschwerdeführer an das Bundesverwaltungsgericht. Er beantragt, es sei die angefochtene Verfügung vom 1. Juni 2022 aufzuheben, die Vorinstanz sei anzuweisen, das Familiennachzugsgesuch vom 18. Januar 2018 im Sinne der Erwägungen des Urteils des Bundesverwaltungsgerichts F-4073/2020 vom 6. Mai 2022

zu prüfen und darüber neu zu entscheiden. Eventualiter sei der Beschwerdegegner anzuweisen, das Gesuch an das Migrationsamt zwecks Prüfung und Entscheidung zu überweisen. In prozessualer Hinsicht beantragt er, ihm seien mit der Zustellung der Vernehmlassung der Vorinstanz die gesamten Akten zukommen zu lassen und es sei ihm eine Frist zur Ergänzung der Beschwerde anzusetzen, das heisst, ein zweiter Schriftenwechsel anzuordnen.

L.

Mit Vernehmlassung vom 5. August 2022 hielt die Vorinstanz an der angefochtenen Verfügung fest.

M.

Mit Zwischenverfügung vom 19. August 2022 hiess das Bundesverwaltungsgericht das Akteneinsichtsgesuch des Beschwerdeführers vom 1. Juli 2022 gut. Es stellte ihm die gerichtlichen Akten in den Verfahren F-2872/2022 und F-4073/2020 zur Einsichtnahme zu und lud die Vorinstanz ein, unter Berücksichtigung der Bestimmungen von Art. 26 ff. VwVG dem Beschwerdeführer umgehend Einsicht in die für das Verfahren F-2872/2022 bereitgestellten sowie in die weiteren vorinstanzlichen Akten zu gewähren.

N.

Am 14. September 2022 gewährte die Vorinstanz dem Beschwerdeführer Akteneinsicht, soweit es sich nicht um interne oder der Geheimhaltung unterliegende Akten handelte.

O.

Am 6. Oktober 2022 replizierte der Beschwerdeführer und hielt an der Beschwerde und der diesbezüglichen Begründung vollumfänglich fest.

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:

1.

1.1 Abschreibungsbeschlüsse der Vorinstanz sind Verfügungen, die mit Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht anfechtbar sind (vgl. Art. 112 Abs. 1 AIG i.V.m. Art. 31 ff. VGG und Art. 5 VwVG; MARKUS MÜLLER, in: VwVG – Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren Kommentar, 2. Aufl. 2019, Art. 5 Rz. 106). Ergeht der Abschreibungsbeschluss – wie vorliegend – in einem Verfahren um Familiennachzug nach Art. 85 Abs. 7

AIG, entscheidet das Bundesverwaltungsgericht endgültig (Art. 83 Bst. c Ziff. 3 BGG).

1.2 Das Rechtsmittelverfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht richtet sich nach dem VwVG, soweit das VGG nichts anderes bestimmt (Art. 37 VGG).

1.3 Der Beschwerdeführer ist zur Beschwerde legitimiert (Art. 48 Abs. 1 VwVG). Auf die frist- und formgerecht eingereichte Beschwerde ist einzutreten (Art. 50 Abs. 1 und Art. 52 Abs. 1 VwVG).

2.

Mit Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht kann die Verletzung von Bundesrecht einschliesslich Überschreitung oder Missbrauch des Ermessens, die unrichtige oder unvollständige Feststellung des rechtserheblichen Sachverhaltes sowie die Unangemessenheit gerügt werden (Art. 49 VwVG). Das Bundesverwaltungsgericht wendet das Bundesrecht von Amtes wegen an. Es ist gemäss Art. 62 Abs. 4 VwVG an die Begründung der Begehren nicht gebunden und kann die Beschwerde auch aus anderen als den geltend gemachten Gründen gutheissen oder abweisen. Massgebend ist grundsätzlich die Sachlage zum Zeitpunkt seines Entscheids (vgl. BVGE 2014/1 E. 2).

3.

3.1 Der Beschwerdeführer fordert in der Hauptsache, der Abschreibungsbeschluss der Vorinstanz sei aufzuheben und diese sei anzuweisen, das Familiennachzugsgesuch vom 18. Januar 2018 im Sinne der Erwägungen des Urteils des Bundesverwaltungsgerichts F-4073/2020 vom 6. Mai 2022 zu prüfen und darüber neu zu entscheiden. Begründungshalber führt er aus, es sei richtig, dass nach der Gesetzeskonzeption Familiennachzugsgesuche von vorläufig aufgenommenen Personen durch die Vorinstanz gemäss Art. 85 Abs. 7 AIG, Gesuche von Aufenthalttern hingegen durch den Kanton gemäss Art. 44 AIG geprüft würden. Allerdings würden die materiell-rechtlichen Kriterien, nach denen die Gesuche zu beurteilen seien, nicht voneinander abweichen. Vorliegend wäre ein Zuständigkeitswechsel äusserst stossend. Es könne nicht angehen, dass eine vorläufig aufgenommene Person, welche ihre rechtliche Position durch den Erhalt einer Aufenthaltsbewilligung dank einer erfolgreichen Integration habe stärken können, in Bezug auf den Familiennachzug dann doch schlechter gestellt wäre. Genau eine solche Schlechterstellung könne hier jedoch der Zuständigkeitswechsel mit sich bringen, da der Kanton sich möglicherweise auf

den Standpunkt stellen würde, es handle sich um ein neues und damit verspätet bzw. erst nach Volljährigkeit der Kinder eingereichtes Gesuch. Der Beschwerdeführer würde damit ohne sein Zutun und aufgrund der langen Verfahrensdauer sowie seines Statuswechsels eines für ihn und seine Familie existenziell wichtigen Rechtes verlustig gehen. Eine Verschiebung der Zuständigkeit widerspreche dem Grundsatz der perpetuatio fori, also der Fixierung der Zuständigkeit mit dem Eintritt der Rechtshängigkeit. Es komme hinzu, dass ein Gerichtsurteil vorliege, welches die Vorinstanz für ihr Verhalten im bisherigen Verfahren rüge und verbindlich zu weiteren Abklärungen verpflichte.

3.2 In ihrer Vernehmlassung führt die Vorinstanz aus, sie habe nach der Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung an den Beschwerdeführer durch das kantonale Migrationsamt gestützt auf Art. 84 Abs. 4 AIG das Erlöschen der vorläufigen Aufnahme festgestellt. Damit entfalle die Rechtsgrundlage für die Prüfung eines Gesuchs um Familiennachzug und Einbezug in die vorläufige Aufnahme gestützt auf Art. 85 Abs. 7 AIG. Eine Wiederaufnahme und Weiterführung des Verfahrens komme ohne gesetzliche Grundlage nicht in Betracht. Dem Beschwerdeführer stehe es offen, ein Gesuch um Familiennachzug beim Migrationsamt einzureichen. Da die materiellen Kriterien gemäss Art. 85 Abs. 7 AIG und Art. 44 AIG grundsätzlich identisch seien, könne die kantonale Migrationsbehörde das SEM jederzeit um Akteneinsicht ersuchen. Die Klärung der Frage der Fristwahrung für die inzwischen volljährigen Kinder sei dabei ebenfalls von der kantonalen Migrationsbehörde vorzunehmen. Aus Sicht der Vorinstanz schein es hingegen stossend, wenn infolge der langen Verfahrensdauer von insgesamt über vier Jahren die Möglichkeit des Familiennachzugs nicht mehr gegeben wäre.

3.3 Replikweise führt der Beschwerdeführer aus, auf die Argumentation der perpetuatio fori sei die Vorinstanz nicht eingegangen. Die gut gemeinten Worte würden ihm nichts nützen, da die kantonale Migrationsbehörde dennoch frei bleibe, die Frage der Fristwahrung anders zu entscheiden. Dieses verbleibende Risiko könne nicht hingenommen werden.

3.4

3.4.1 Der ausländerrechtliche Status des Beschwerdeführers wechselte mit der Erteilung der Aufenthaltsbewilligung am 13. April 2022 von vorläufig aufgenommenem zu aufenthaltsberechtigter Person. Seine vorläufige Aufnahme in der Schweiz erlosch damit von Gesetzes wegen (Art. 84 Abs. 4 AIG). Ab dem Zeitpunkt der Bewilligung des Aufenthalts durch den Kanton

St. Gallen war das Gesuch des Beschwerdeführers um Familiennachzug vom 18. Januar 2018 deshalb nicht mehr nach der Regelung für vorläufig aufgenommene Personen (Art. 85 Abs. 7 AIG), sondern nach jener für Aufenthaltsberechtigte (Art. 44 AIG) zu beurteilen. Damit einher ging auch ein Übergang der Bewilligungskompetenz von Bund zu Kanton, beschränkt sich doch die Rolle des Bundes bei der Erteilung von ausländerrechtlichen Anwesenheitsbewilligungen auf das Zustimmungsverfahren (vgl. Art. 99 AIG). Hingegen ist er zuständig für die Anordnung der Ersatzmassnahme der vorläufigen Aufnahme (vgl. Art. 83 ff. AIG).

3.4.2 Der vom Beschwerdeführer angerufene Grundsatz der *perpetuatio fori* vermag diese gesetzliche Zuständigkeitsregelung nicht zu derogieren. Er kann dementsprechend keine über den 13. April 2022 hinaus bestehende sachliche Zuständigkeit der Vorinstanz begründen. Der Grundsatz gilt namentlich für das Rechtsmittelverfahren, während im nichtstreitigen Verwaltungsverfahren Sinn und Zweck der anzuwendenden Normen Differenzierungen erfordern können (vgl. DAUM/BIERI, in: VwVG – Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren Kommentar, 2. Aufl. 2019, Art. 7 Rz. 17 m.w.H.). So kann sich bei noch laufenden Dauersachverhalten eine Übertragung der Zuständigkeit rechtfertigen, wenn sich etwa die tatsächlichen Verhältnisse nachträglich ändern (vgl. THOMAS FLÜCKIGER, in: VwVG – Praxiskommentar Verwaltungsverfahrensgesetz, 2. Aufl. 2016, Art. 7 Rz. 26 m.H.). Die Anwesenheit einer ausländischen Person in der Schweiz stellt einen solchen Dauersachverhalt dar. Die verschiedenen Bewilligungen, welche diese Anwesenheit regeln können, ergehen in der Form von Dauerverfügungen (vgl. UEBERSAX/PETRY/HRUSCHKA/FREI/ERRASS, Migrationsrecht in a nutshell, 2021, S. 163). Eine Übertragung der sachlichen Zuständigkeit infolge geänderter Umstände kann im ausländerrechtlichen Kontext deshalb notwendig werden. Vorliegend ist das insofern angezeigt, als sich nach der Rechtshängigkeit des Familiennachzugsgesuchs mit dem Statuswechsel des Beschwerdeführers eine massgebliche Änderung ergeben hat. Dementsprechend wäre es bereits dem Bundesverwaltungsgericht offen gestanden, die mit Urteil F-4073/2020 vom 6. Mai 2022 angeordnete Rückweisung der Sache nicht an die Vorinstanz, sondern an die kantonale Migrationsbehörde vorzunehmen (vgl. dazu auch DAUM/BIERI, a.a.O., Art. 7 N. 17 m.w.H.). Dass dies nicht getan wurde, beruht auf dem Umstand, dass der Statuswechsel des Beschwerdeführers kurz vor der Urteilsfällung erfolgte und das Gericht erst danach Kenntnis davon erhielt. Der Hauptantrag des Beschwerdeführers ist im Ergebnis abzuweisen.

4.

4.1 Der Beschwerdeführer beantrag eventualiter, die Sache sei an die Vorinstanz zurückzuweisen und diese sei anzuweisen, die Sache von Amtes wegen an das Migrationsamt weiterzuleiten. Es bleibe unverständlich, weshalb das SEM nicht durch eine amtliche Überweisung des Dossiers mit Hilfe, dass die Problematik der Fristwahrung nicht aufkommen. Die Vorinstanz hat sich ihrerseits im Rahmen des Schriftenwechsels trotz Aufforderung durch das Bundesverwaltungsgericht nicht zu der Möglichkeit einer Weiterleitung von Amtes wegen geäußert.

4.2 Die Behörde, die sich als unzuständig erachtet, überweist die Sache ohne Verzug der zuständigen Behörde (Art. 8 Abs. 1 VwVG). Dabei handelt es sich nicht nur um eine Befugnis, sondern um eine Überweisungs- oder Weiterleitungspflicht. Diese bezweckt unter anderem die Wahrung von Fristen und Rechtshängigkeit (vgl. DAUM/BIERI, a.a.O., Art. 8 N. 1 f. m.H.). Bei der Prüfung der Überweisung sind kantonale und kommunale Behörden einzubeziehen (vgl. BGE 97 I 852 E. 3a; Urteil des BVGer A-445/2015 vom 18. November 2015 E. 14.2.1 m.w.H.). Sie ist auch noch möglich, wenn die Behörde ihre Unzuständigkeit erst im Verlauf des Verfahrens feststellt (vgl. DAUM/BIERI, a.a.O., Art. 8 N. 18 m.H.).

4.3 Im vorliegend angefochtenen Abschreibungsbeschluss vom 1. Juni 2022 hat die Vorinstanz ihre eigene Unzuständigkeit sowie gleichzeitig die Zuständigkeit des Migrationsamts festgestellt. Indem sie den Beschwerdeführer dabei lediglich auf die Möglichkeit hinwies, bei letztgenannter Behörde ein neues Gesuch um Familiennachzug gestützt auf Art. 44 AIG einzureichen, hat sie sich nicht bundesrechtskonform verhalten. Unter den hier gegebenen Umständen war sie gemäss Art. 8 Abs. 1 VwVG vielmehr verpflichtet, dessen Dossier von Amtes wegen an das Migrationsamt weiterzuleiten. Wie sie in ihrer Vernehmlassung denn auch selbst feststellt, sind die materiellen Nachzugskriterien gemäss Art. 85 Abs. 7 AIG und Art. 44 AIG grundsätzlich identisch. Weiter führt sie dort aus, sie sei jederzeit dazu bereit, der kantonalen Behörde Akteneinsicht zu gewähren. Insofern kann nicht davon gesprochen werden, dass mit der Erteilung der Aufenthaltsbewilligung an den Beschwerdeführer eine grundlegend andere Bewilligungssituation eintrat, die ein neues Gesuch notwendig gemacht und die Vorinstanz von der Überweisungspflicht entbunden hätte.

4.4 Nach dem Ausgeführten wäre der Eventualantrag des Beschwerdeführers um Rückweisung der Sache an die Vorinstanz zwecks Weiterleitung

an das Migrationsamt gutzuheissen. Im Sinne der Verfahrensbeschleunigung wird die Überweisung des streitgegenständlichen Dossiers jedoch direkt durch das Bundesverwaltungsgericht vorgenommen. Dies ist infolge der mit Beschwerdeerhebung auf das Gericht übergegangenen Prozessleitungsbefugnis möglich (vgl. Art. 54 VwVG). Die Vorinstanz ist gehalten, sich für die Retournierung der Akten mit dem Migrationsamt in Verbindung zu setzen. Das Eventualbegehren des Beschwerdeführers ist somit abzuweisen, wobei dies unter den vorliegenden Umständen nicht als Unterliegen gewertet werden kann.

4.5 Für Fragen der Fristwahrung im Rahmen des Familiennachzugsverfahrens wird das Migrationsamt aufgrund der Weiterleitung der Sache in Anwendung von Art. 8 Abs. 1 VwVG auf das Gesuch des Beschwerdeführers vom 18. Januar 2018 abzustellen haben (vgl. etwa Urteil des BGer 8C_307/2010 vom 7. Juni 2010 E. 2.2 m.w.H.).

5.

Bei diesem Ausgang des Verfahrens wären die Verfahrenskosten teilweise dem Beschwerdeführer aufzuerlegen (vgl. Art. 63 VwVG i.V.m. Art. 1 ff. des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]). In Anbetracht der besonderen Umstände wird jedoch auf eine Auferlegung verzichtet (vgl. Art. 6 Bst. b VGKE).

6.

Dem Beschwerdeführer ist zu Lasten der Vorinstanz eine gekürzte Parteientschädigung zuzusprechen (Art. 64 Abs. 1 und 2 VwVG, Art. 7 Abs. 2 VGKE). Mangels Kostennote ist die Höhe der Parteientschädigung auf Grund der Akten festzulegen. Mit Blick auf den aktenkundigen Aufwand und die Komplexität des Falles sowie in Anwendung der gesetzlichen Bemessungskriterien von Art. 8 ff. VGKE erscheint eine Parteientschädigung Fr. 900.- als angemessen. Darin ist der Mehrwertsteuerzuschlag im Sinne von Art. 9 Abs. 1 Bst. c VGKE eingeschlossen.

(Dispositiv nächste Seite)

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.

Die Beschwerde wird abgewiesen.

2.

Es werden keine Verfahrenskosten erhoben.

3.

Die Vorinstanz wird verpflichtet, dem Beschwerdeführer eine Parteient-schädigung von Fr. 900.- auszurichten.

4.

Dieses Urteil geht an den Beschwerdeführer, die Vorinstanz und die kan-tonale Migrationsbehörde.

Der vorsitzende Richter:

Der Gerichtsschreiber:

Yannick Antoniazza-Hafner

Michael Spring

Versand: