

# **BVGer C-5176/2013 vom 1. September 2014**

Bundesverwaltungsgericht, 2014-09-01, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger\\_C-5176\\_2013](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_C-5176_2013)

FR: TAF C-5176/2013 du 1 septembre 2014

IT: TAF C-5176/2013 del 1 settembre 2014

## **Regeste**

Schwerwiegender persönlicher Härtefall

## **Erwägungen**

### **E. 1.1**

Verfügungen des BFM, mit denen die Zustimmung zur Erteilung einer kantonalen Aufenthaltsbewilligung verweigert wird, unterliegen der Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht (Art. 31 VGG und Art. 5 VwVG). Dessen Urteil ist endgültig, soweit nicht die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten an das Bundesgericht offen steht (Art. 83 Bst. c Ziff. 2 BGG).

### **E. 1.2**

Das Rechtsmittelverfahren richtet sich nach dem Verwaltungsverfahrensgesetz, soweit das Verwaltungsgerichtsgesetz nichts anderes bestimmt (Art. 37 VGG).

### **E. 1.3**

Die Beschwerdeführerin ist zur Ergreifung des Rechtsmittels legitimiert. Auf ihre frist- und formgerecht eingereichte Beschwerde ist einzutreten (Art. 48 ff. VwVG).

## **E. 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 und - soweit nicht eine kantonale Behörde als Beschwerdeinstanz verfügt hat - die Unangemessenheit gerügt werden (Art. 49 VwVG). Das Bundesverwaltungsgericht wendet im Beschwerdeverfahren 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 sind grundsätzlich die tatsächlichen Verhältnisse zum Zeitpunkt seiner Entscheidung (vgl. BVGE 2013/33 E. 2).

## **E. 3**

Gegenstand des vorliegenden Beschwerdeverfahrens ist ein Zustimmungsverfahren nach Art. 99 AuG i.V.m. Art. 85 Abs. 1 Bst. a der Verordnung vom 24. Oktober 2007 über Zulassung, Aufenthalt und Erwerbstätigkeit (VZAE, SR 142.021). Durchgeführt wird ein solches Zustimmungsverfahren u.a. dann, wenn es um die Frage der Abweichung von den Zulassungsvoraussetzungen nach Art. 30 AuG geht und damit auch - so wie hier - um die Zulassung im Rahmen eines schwerwiegenden persönlichen Härtefalls gemäss Art. 30 Abs. 1 Bst. b AuG und Art. 31 VZAE (vgl. Martin Nyffenegger in: Caroni/Gächter/Thurnherr, Stämpfli Handkommentar zum Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer,

2010, Art. 99 N 18 sowie Weisungen des BFM im Ausländerbereich, Stand: 4. Juli 2014, Ziff. 1.3.2). Die Vorinstanz und mithin auch das Bundesverwaltungsgericht sind dabei nicht an die Einschätzung der kantonalen Behörde gebunden (vgl. Urteile des Bundesverwaltungsgerichts C-1555/2008 vom 1. September 2009 E. 4.1 und C-196/2006 vom 26. Oktober 2007 [BVGE 2007/45] E. 3).

#### **E. 4**

Gegen die vorinstanzliche Verfügung vom 19. Januar 2010 hatte die Beschwerdeführerin erfolglos Rechtsmittel eingelegt, woraufhin die Verfügung Rechtskraft erlangte (vgl. Sachverhalt A). Gegenstand des damaligen Verfahrens vor dem Bundesverwaltungsgericht (C-899/2010) waren die Zustimmung zur Verlängerung der Aufenthaltsbewilligung sowie die Wegweisung. Im vorliegenden Fall bildet die Zustimmung zur Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung ebenfalls Verfahrensgegenstand; die Fragestellungen, damals wie heute, sind dabei identisch. Wird nämlich die Zustimmung zur Verlängerung der Aufenthaltsbewilligung (beispielsweise nach Wegfall eines Privilegierungsgrundes) verweigert, beinhaltet die entsprechende Prüfung sämtliche Gesichtspunkte einer möglichen Zulassung einschliesslich der Voraussetzungen für ein Abweichen von den Zulassungsvoraussetzungen (vgl. Art. 86 Abs. 2 Bst. c Ziff. 2 VZAE). Dies hat zur Folge, dass - Wiedererwägungsgründe vorbehalten - nach einer rechtskräftigen Verweigerung der Zustimmung kein Raum bleibt für eine Fortsetzung des Bewilligungsverfahrens auf kantonaler Ebene (vgl. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts C-4996/2011 E. 4 mit Hinweisen sowie Urteil des Bundesgerichtes 2C\_837/2011 vom 7. November 2011 E. 2.1). Dementsprechend hat auch das Migrationsamt des Kantons Basel-Stadt seine Nichteintretensverfügung vom 25. Juni 2012 begründet: Es gehe in solchen Fällen stets um die Frage eines weiteren Verbleibs in der Schweiz, so dass die entscheidungsrelevanten Kriterien nicht noch ein weiteres Mal in einem anderen normativen Zusammenhang zu prüfen seien. Das Gesuch der Beschwerdeführerin enthalte jedenfalls keine Elemente, welche die Neubeurteilung ihres Falles unter dem Blickwinkel des schwerwiegenden persönlichen Härtefalles rechtfertigen würden. Auf die Nichteintretensverfügung kam das Migrationsamt später zurück, befürwortete - gestützt auf einen neuen Sachverhalt - wiedererwägungsweise die Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung und ersuchte das BFM um Zustimmung (vgl. Sachverhalt C). Im Folgenden geht es somit nur um die wiedererwägungsweise zu beurteilende Frage der Härtefallsituation, nicht aber darum, ob der im vorhergehenden Aufenthaltsverfahren verneinte naheheliche Härtefall gemäss Art. 50 Abs. Bst. b AuG ein weiteres Mal zu prüfen ist. Letzterer knüpft ausdrücklich an den aus der ehelichen Gemeinschaft abgeleiteten Anwesenheitsanspruch an und spricht von dessen Weiterbestehen (vgl. Urteil des Bundesgerichts 2C\_531/2013 vom 19. Mai 2014 E. 1.2.1). Ein derartiger Anspruch steht hier nicht mehr zur Debatte und wird auch von der Beschwerdeführerin, die sich lediglich auf Art. 30 Abs. 1 Bst. b AuG beruft, nicht behauptet.

#### **E. 5**

Das Wiedererwägungsgesuch ist der formlose Rechtsbehelf, mit welchem eine betroffene Person die erstinstanzliche Verwaltungsbehörde darum ersucht, auf eine formell rechtskräftige Verfügung zurückzukommen und diese abzuändern oder aufzuheben (Häfelin/Müller/Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 6. Aufl. 2010, Rz. 1828; Tschannen/Zimmerli/Müller, Allgemeines Verwaltungsrecht, 3. Aufl. 2009, § 31 Rz. 46). Im Verwaltungsverfahren des Bundes ist die Wiedererwägung formell rechtskräftiger

Verfügungen nicht ausdrücklich geregelt. Die Rechtsprechung leitet dieses Institut direkt aus Art. 29 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV, SR 101) sowie insbesondere aus Art. 66 VwVG ab, welcher die Möglichkeit der Revision von Beschwerdeentscheiden vorsieht (vgl. Kölz/Häner/Bert-schi, *Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes*, 3. Aufl. 2013, N. 724 ff.).

### **E. 5.1**

Die Verwaltungsbehörden können ihre in Rechtskraft erwachsenen Verfügungen unter bestimmten Voraussetzungen in Wiedererwägung ziehen. Für sie besteht die Pflicht, auf ein entsprechendes Gesuch einzutreten, wenn sich die Verhältnisse seit dem ersten Entscheid erheblich geändert haben oder wenn der Gesuchsteller erhebliche Tatsachen und Beweismittel anführt, die ihm im früheren Verfahren nicht bekannt waren oder die schon damals geltend zu machen für ihn rechtlich oder tatsächlich unmöglich war oder keine Veranlassung dazu bestand (Art. 66 Abs. 3 VwVG analog; vgl. BGE 136 II 177 E. 2.1 mit Hinweisen).

### **E. 5.2**

Der Möglichkeit der Wiedererwägung sind Grenzen gesetzt. Aus Gründen der Rechtssicherheit ist die Geltendmachung neuer Tatsachen oder Beweismittel an die gleich strengen Voraussetzungen zu knüpfen, wie sie in der Praxis bei der Bejahung eines Revisionsgrundes in den gesetzlich geregelten Fällen gälten (BGE 127 I 133 E. 6). Die Wiedererwägung darf namentlich nicht dazu dienen, rechtskräftige Verwaltungsentscheide in Frage zu stellen oder Rechtsmittelfristen zu umgehen (BGE 136 II 177 E. 2.1 und 127 I 133 E. 6).

### **E. 6**

Soweit sich die Beschwerdeführerin unter Vorlage ärztlicher Dokumente auf 1998/99 erlittene Vergewaltigungen und die sich daraus ergebenden psychischen bzw. gesundheitlichen Folgen beruft, macht sie im Grunde keine nachträglich veränderte Sachlage geltend. Sie möchte diese Umstände aber trotzdem als neue Tatsachen gewürdigt wissen, zum einen, weil sie früher nicht in der Lage gewesen sei, über die für sie traumatischen Erlebnisse zu sprechen, zum anderen, weil ihr jetziger Gesundheitszustand die Rückkehr nach Kosovo nicht erlaube. Auf diese - auch von kantonaler Seite - behaupteten Wiedererwägungsgründe ist das BFM teilweise eingetreten, hat das entsprechende Gesuch des Migrationsamtes Basel-Stadt aber insoweit abgewiesen. Ob zu Recht, ist nachfolgend zu prüfen.

### **E. 7**

Bereits im Urteil C-899/2010 vom 10. August 2011 hat sich das Bundesverwaltungsgericht damit auseinandergesetzt, ob die Aufenthaltsbewilligung der Beschwerdeführerin unter Härtefallgesichtspunkten zu verlängern sei (vgl. dortige E. 6 ff.). Ihr damaliges Argument, bei einer Rückkehr in die Heimat wäre sie, ohne Ehemann, auf sich allein gestellt, hat das Gericht nicht gelten lassen, weil diese Situation bereits bestanden habe, bevor sie, seinerzeit 36 Jahre alt, infolge des Familiennachzugs in die Schweiz ausgereist sei (E. 6.1). Es hat ebenfalls ausdrücklich festgestellt, dass bei der Beschwerdeführerin keine gravierenden gesundheitlichen Probleme vorlägen, (E. 6.3.5) und auch anhand des weiteren Kriterienkatalogs von 31 Abs. 1 VZAE nicht auf einen Härtefall geschlossen.

### **E. 7.1**

Dass sie 1998/99 Opfer von Vergewaltigungen geworden und seitdem traumatisiert sei, hat die Beschwerdeführerin im damaligen Verfahren nicht geltend gemacht. Ob derartige Ereignisse, die mitsamt den gesundheitlichen Folgen erst im vorliegenden Verfahren thematisiert werden, qualifizierte Wiedererwägungsgründe darstellen, ist fraglich. Dabei soll nicht bezweifelt werden, dass die von derartigen Erfahrungen betroffenen Frauen darüber oftmals nicht sprechen können, sei es, dass sie Scham empfinden, oder sei es, dass sie das Erlebte zu verdrängen versuchen. Insoweit erübrigt es sich, auf die entsprechenden Beweisangebote der Beschwerdeführerin einzugehen. In ihrem speziellen Fall ist jedoch entscheidend, ob sie im Verlauf des früheren, abgeschlossenen Verfahrens tatsächlich nicht in der Lage war, die sie angeblich traumatisierenden Erfahrungen darzulegen. Die Beschwerdeführerin hat dies damit erklärt, dass die bisher verdrängten Erfahrungen erst angesichts der unmittelbar bevorstehenden Wegweisung an die Oberfläche gelangt seien.

### **E. 7.2**

Die Vorinstanz hält diese Begründung nicht für stichhaltig, weil bereits mit Erlass der vorinstanzlichen Verfügung am 19. Januar 2010 eine Wahrscheinlichkeit für die Wegweisung bestanden habe. Tatsächlich hätte sich die Beschwerdeführerin sogar schon wesentlich früher vergegenwärtigen können, dass ihr Aufenthaltsrecht in der Schweiz fraglich war: Bereits wenige Monate nach ihrem Familiennachzug am 19. Dezember 2004, nämlich am 1. August 2005, nahm sie eine Erwerbstätigkeit in Basel auf, ohne den Kantonswechsel zu melden und ohne über eine entsprechende Arbeitsbewilligung zu verfügen; ihre Ehe wurde am 30. Januar 2008 in Kosovo geschieden, lange nach Aufgabe der ehelichen Gemeinschaft, welche dem Scheidungsgericht zufolge nur rund 14 Monate dauerte; über ihre Ehescheidung informierte sie die kantonale Behörde erst auf Aufforderung hin im November 2009. Diese Umstände weckten seinerzeit bei der Vorinstanz den Verdacht auf eine Scheinehe. Sie und das Bundesverwaltungsgericht haben diesen Aspekt aber unberücksichtigt sein lassen können (vgl. Urteil C-899/2010 E. 5.2 ff.). In Bezug auf das vorliegende Verfahren zeigt der damalige Geschehensablauf jedoch deutlich, dass die Beschwerdeführerin bereits nach ihrer ehelichen Trennung, somit spätestens im Januar 2006 (vgl. zitiertes Urteil E. 6.3.2) mit der Konsequenz ihrer Rückkehr nach Kosovo zu rechnen hatte. Dass sie die behaupteten traumatischen Erfahrungen der Jahre 1998/99 im vorhergehenden - mit letztinstanzlichem Urteil vom 10. Januar 2012 abgeschlossen - Aufenthaltsverfahren immer noch verdrängt haben will, ist angesichts dessen nicht nachvollziehbar. Auch im Gesuch um Erteilung einer Härtefallbewilligung, das sie am 7. Juni 2012 beim Migrationsamt Basel-Stadt einreichte, fanden derartige Erlebnisse keine Erwähnung. Erst die Nichteintretensverfügung des Migrationsamtes vom 25. Juni 2012, dessen Fristansetzung zur Ausreise und nochmalige Fristverlängerung sowie die Intervention der kantonalen Ombudsstelle führten zur Thematisierung und diese wiederum dazu, dass das Migrationsamt die Wiedererwägung der eigenen Verfügung ins Auge fasste (vgl. Sachverhalt B und C). Allerdings wird auch von kantonalen Seite nicht hinterfragt, warum sich die Beschwerdeführerin verspätet auf Härtefallgründe bzw. Ereignisse beruft, die mittlerweile 14 - 15 Jahre zurückliegen.

### **E. 7.3**

Damit ist festzustellen, dass mit den erst jetzt thematisierten Ereignissen keine Situation besteht, die nicht bereits im vorgängigen Urteil des Bundesverwaltungsgerichts hätte berücksichtigt werden können und folglich als neue Sachlage zu betrachten wäre. Zurecht ist die Vorinstanz darauf nicht eingetreten.

## **E. 8**

Die psychische Erkrankung der Beschwerdeführerin bis hin zum Suizid-versuch am 21. Januar 2013 wird aus ärztlicher Sicht als Folge der auf der Flucht erlittenen Vergewaltigung durch mehrere Soldaten und der hierdurch verursachten Traumatisierung angesehen (vgl. ärztliche Stellungnahme und Austrittsbericht mit Ergänzung der UPK Basel vom 29. Januar 2013 und 23. bzw. 24. April 2013 sowie Schreiben von Dr. med. B. \_\_\_\_\_ vom 4. Juni 2013). Hieraus ergibt sich ein komplexes Bild über den gesundheitlichen Zustand der Beschwerdeführerin, der aber insoweit nicht wiedererwägungsweise berücksichtigt werden kann, als es um unmittelbare Folgen der behaupteten Vergewaltigungen und damit um einen Sachzusammenhang geht, den die Beschwerdeführerin bereits im früheren Verfahren hätte geltend machen können. In den erwähnten medizinischen Unterlagen wird denn auch beispielsweise erwähnt, dass die Beschwerdeführerin seit 14 Jahren unter den sie traumatisierenden Ereignissen derart leide, dass mehrmals täglich Flashbacks aufträten.

## **E. 9**

Die Grenze, wo der beschriebene Gesundheitszustand ein Novum darstellt, hat die Vorinstanz dort gezogen, wo es um nachträglich entstandene gesundheitliche Probleme, d.h. die Suizidalität der Beschwerdeführerin, geht. Auch dem Vorbringen der Beschwerdeführerin zufolge ist dies das einzige Element, das nach Abschluss des vorherigen Verfahrens zur bereits vorhandenen Traumatisierung hinzukam. Lediglich insoweit stellt sich die Frage, ob von den Zulassungsvoraussetzungen nach Art. 30 AuG abzuweichen ist; folglich fallen dabei nur die unter Art. 31 Abs. 1 Bst. f und g VZAE aufgeführten Härtefallkriterien - d.h. der Gesundheitszustand und die sich daraus ergebenden Möglichkeiten für eine Wiedereingliederung im Herkunftsstaat - in Betracht.

### **E. 9.1**

Die Vorinstanz hat diesbezüglich deutlich gemacht, dass sich die Beschwerdeführerin wegen ihrer psychischen Probleme im Heimatland behandeln lassen könne und nicht einmal ihre Suizidgefährdung dem Wegweisungsvollzug entgegenstehe; einem möglichen Suizidrisiko müssten die schweizerischen Behörden vielmehr mit geeigneten Mitteln entgegenreten.

### **E. 9.2**

Die von der Vorinstanz unter Hinweis auf die Rechtsprechung dargelegte Rechtsauffassung ist nicht zu beanstanden. Zurecht hat sie ausgeführt, dass der Beschwerdeführerin sogar eine zwangsweise Rückkehr in ihr Heimatland zugemutet werden dürfe und diese sich dort, u.a. an der neuropsychiatrischen Klinik in der Stadt Gjakove, behandeln lassen könne. Für sie - wie generell für alle anderen ausländischen Personen - gilt, dass sie sich nicht darauf berufen kann, die Versorgung in der Schweiz entspreche einem höheren Standard als in ihrem Heimatland (vgl. Urteil des Bundesgerichts 2C\_113/2009 vom 30. Juni 2009 E. 3.2 mit Hinweisen). Im Hinblick auf das Behandlungserfordernis hat die Vorinstanz verständlicherweise nicht differenzieren können zwischen den posttraumatischen Folgen der 1998/99 erlebten Vergewaltigung und der damit zusammenhängenden, aber erst im Jahr 2013 aufgetretenen Suizidgefahr. Letztere steht der ärztlichen Beurteilung zufolge aber auch mit dem drohenden Verlust der Zukunftsaussichten in der Schweiz im Zusammenhang (vgl. Bericht von Dr. B. \_\_\_\_\_ vom 4. Juni 2013 S. 2). Hier in der Schweiz hat die Beschwerdeführerin fast immer, sogar nach dem rund dreimonatigem Spitalaufenthalt in den UPK Basel, am Arbeitsleben teilgenommen. Von ihr kann schon von daher erwartet

werden, dass sie sich mit psychiatrischer Unterstützung wieder in ihrem Heimatland integriert, dies auch deshalb, weil sie Kosovo erst Ende 2004 im Alter von 36 Jahren verlassen hat und bei ihrer Rückkehr eine Situation vorfinden wird, die sich nur wenig und auch in Bezug auf ihre dort lebenden Angehörigen nur soweit verändert hat, als dies dem Lauf der Zeit entspricht. Die Möglichkeiten ihrer Wiedereingliederung sind daher, wie es das Bundesverwaltungsgericht bereits im früheren Urteil vom 10. August 2011 (E. 6.3.4) festgestellt hat, immer noch intakt.

### **E. 9.3**

Vor diesem Hintergrund ist festzustellen, dass die Vorinstanz den Sachverhalt genügend abgeklärt hat und ihre Verfügung dementsprechend begründet hat. Anders als die Beschwerdeführerin meint, liefert die angefochtene Verfügung auch keine Anhaltspunkte dafür, dass eine Rückführung nach Kosovo die Bestimmungen von Art. 3 EMRK (Verbot der Folter) oder Art. 8 EMRK (Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens) verletzen könnte. Ebenso wenig wird ersichtlich, inwiefern die Verfügung im Widerspruch zu den zitierten programmatischen Bestimmungen des Übereinkommens zur Beseitigung jeder Form von Diskriminierung der Frau (vgl. Sachverhalt G.c) stehen könnte.

### **E. 10**

Im Ergebnis hat die Vorinstanz das Wiedererwägungsgesuch der kantonalen Migrationsbehörde zurecht - und soweit sie darauf eingetreten ist - abgewiesen. Die Voraussetzungen für die Annahme eines schwerwiegenden persönlichen Härtefalles im Sinne von Art. 30 Abs. 1 Bst. b AuG waren bzw. sind bei der Beschwerdeführerin nicht erfüllt, weshalb die Zustimmung zur Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung nicht in Frage kam. Die angefochtene Verfügung ist somit als rechtmässig zu bestätigen und die Beschwerde abzuweisen (Art. 49 VwVG). Die von der Vorinstanz im Rahmen der angefochtenen Verfügung teilweise in Wiedererwägung gezogene eigene Verfügung vom 19. Januar 2010 bleibt damit rechtskräftig.

### **E. 11**

Entsprechend dem Verfahrensausgang sind der Beschwerdeführerin die Kosten aufzuerlegen (Art. 63 Abs. 1 VwVG i.V.m. Art. 1 und Art. 3 des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]).

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.