

# **BVGer D-1448/2018 vom 14. August 2020**

Bundesverwaltungsgericht, 2020-08-14, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger\\_D-1448\\_2018](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_D-1448_2018)

FR: TAF D-1448/2018 du 14 août 2020

IT: TAF D-1448/2018 del 14 agosto 2020

## **Regeste**

Wegweisung und Wegweisungsvollzug (Beschwerde gegen Wiedererwägungsentscheid)

## **Erwägungen**

### **E. 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 in der Regel - wie auch vorliegend - auf dem Gebiet des Asyls endgültig (Art. 105 AsylG [SR 142.31]; Art. 83 Bst. d Ziff. 1 BGG).

### **E. 1.2**

Das Verfahren richtet sich nach dem VwVG, dem VGG und dem BGG, soweit das AsylG nichts anderes bestimmt (Art. 37 VGG und Art. 6 AsylG).

### **E. 1.3**

Am 1. März 2019 ist eine Teilrevision des AsylG in Kraft getreten (AS 2016 3101); für das vorliegende Verfahren gilt das bisherige Recht (vgl. Abs. 1 der Übergangsbestimmungen zur Änderung des AsylG vom 25. September 2015).

### **E. 1.4**

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 aArt. 108 Abs. 1 AsylG; Art. 48 Abs. 1 sowie Art. 52 Abs. 1 VwVG). Auf die Beschwerde ist einzutreten.

## **E. 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).

### **E. 3.1**

Das Wiedererwägungsverfahren ist im Asylrecht spezialgesetzlich geregelt (vgl. Art. 111b ff. AsylG). Ein entsprechendes Gesuch ist dem SEM innert 30 Tagen nach Entdeckung des Wiedererwägungsgrundes schriftlich und begründet einzureichen (Art. 111b aAbs. 1 AsylG). In seiner praktisch relevantesten Form bezweckt das Wiedererwägungsgesuch die

Änderung einer ursprünglich fehlerfreien Verfügung an eine nachträglich eingetretene erhebliche Veränderung der Sachlage (vgl. BVG 2014/39 E. 4.5 m.w.H.).

### **E. 3.2**

Der Beschwerdeführer begründete sein Wiedererwägungsgesuch damit, dass nach Abschluss des ordentlichen Asylverfahrens eine erhebliche veränderte Sachlage eingetreten sei. So lebe er seit mehreren Jahren in einer festen Beziehung mit B.\_\_\_\_\_ (N ... ) und es sei mittlerweile von einer eheähnlichen Gemeinschaft auszugehen. Gemäss Art. 44 AsylG sei bei der Anordnung des Vollzugs der Wegweisung der Grundsatz der Einheit der Familie zu beachten und die vorläufige Aufnahme eines Familienmitglieds führe in der Regel zur vorläufigen Aufnahme der restlichen Familienmitglieder. Der Begriff der Familie umfasse dabei auch dauerhafte eheähnliche Lebensgemeinschaften. Die Partnerin des Beschwerdeführers sei 2012 in die Schweiz gelangt und am 10. Oktober 2014 als Flüchtling vorläufig aufgenommen worden. Ende 2012 habe sich das Paar kennengelernt und führe seither unter erschwerten Bedingungen eine Liebesbeziehung. Das Paar habe in den vergangenen Jahren immer wieder nach Möglichkeiten eines Zusammenlebens in einem gemeinsamen Haushalt gesucht. Da sie aber nicht verheiratet seien, sei ein offizielles Zusammenleben nicht möglich. Daran habe auch die Geburt des gemeinsamen Kindes, welches der Beschwerdeführer anerkannt habe, nichts geändert. Die Ernsthaftigkeit der Beziehung werde in diversen Referenzschreiben bestätigt und sei durch gemeinsame Fotos, die bis 2013 zurückdatieren würden, dokumentiert. Der Strafbefehl aus dem Jahre 2015 sei ausgestellt worden, da die Partnerin trotz Hausverbots im Zimmer des Beschwerdeführers angetroffen worden sei, was ebenfalls auf eine Liebesbeziehung hindeute. Sie würden seit längerer Zeit versuchen zu heiraten. Wie sich aus dem Schreiben des Zivilstandsamts ergebe, sei dies aber aufgrund der schwierigen Papierbeschaffung zurzeit nicht möglich. Gestützt auf den Grundsatz der Einheit der Familie sei vorliegend eine vorläufige Aufnahme zu erteilen.

### **E. 3.3**

Das SEM begründete seine Verfügung damit, dass der geltend gemachte Anspruch aus Art. 44 AsylG nur subsidiär bestehe. In casu stehe es dem Paar aber offen, das Familienleben im Heimatstaat des Beschwerdeführers zu führen. Hierfür spreche in erster Linie die Tatsache, dass im ordentlichen Asylverfahren festgestellt worden sei, dass die von ihm geltend gemachte Herkunft nicht überzeugend dargelegt worden sei. Bei einer asylsuchenden Person tibetischer Ethnie, welche unglaubliche Angaben über ihrem Sozialisierungsraum gemacht habe, könne grundsätzlich davon ausgegangen werden, dass sie eine Aufenthaltsbewilligung oder eine Duldung in einem Drittstaat oder sogar eine andere Staatsangehörigkeit besitze. Wegweisungsvollzugshindernisse seien zwar grundsätzlich von Amtes wegen zu prüfen. Diese Abklärungspflicht finde ihre Grenze aber an der Mitwirkungspflicht des Beschwerdeführers. Es sei nicht Sache der Asylbehörden, bei fehlenden Hinweisen seitens eines Asylsuchenden nach etwaigen Vollzugshindernissen in hypothetischen Herkunftsländern zu forschen. In Würdigung dieser Umstände sei daher anzunehmen, dass der Familie zuzumuten sei, das Familienleben im Herkunftsstaat des Beschwerdeführers oder in einem Drittstaat zu führen. Aus Art. 8 EMRK könne er ebenfalls nichts zu seinen Gunsten ableiten, da ein entsprechender Anspruch voraussetze, dass der in der Schweiz lebende Familienangehörige über ein gefestigtes Anwesenheitsrecht verfüge. Die Partnerin des Beschwerdeführers sei lediglich vorläufig aufgenommen, was kein solches Anwesenheitsrecht darstelle. Auf eine Würdigung der eingereichten Beweismittel

könne verzichtet werden, da die Beurteilung der behaupteten eheähnlichen Familiengemeinschaft nicht Gegenstand der vorliegenden Verfügung sei.

#### **E. 3.4**

In der Beschwerdeschrift wurde diesen Erwägungen entgegnet, dass das SEM wesentliche Aspekte bei der Prüfung von Art. 8 EMRK ausser Betracht gelassen und insbesondere das Kindeswohl nicht in die Gesamtwürdigung einbezogen habe. Ferner habe sich die familiäre Situation mit der gemeinsamen Wohnung und der Geburt des zweiten Kindes massgeblich verändert. Die Annahme des SEM, die Familie könne sich im Heimatstaat des Beschwerdeführers - folglich China - niederlassen, verkenne die dortige Gefährdungslage. Es könne auch nicht ernsthaft in Erwägung gezogen werden, dass sich die junge Familie mit zwei Kindern in einem fremden Land eine neue Existenz aufbauen könne. Die Wiedereingliederungsmöglichkeiten namentlich in Nepal oder Indien seien sehr erschwert, und das SEM bleibe eine umfassende Prüfung und Gesamtwürdigung der Verhältnisse im vermeintlichen Heimatland schuldig. Das SEM setze sich mit den Fragen des Kindeswohls in keiner Weise auseinander. Eine Trennung des Beschwerdeführers von seinen Kindern hätte erhebliche negative Folgen für diese. Auch eine Prüfung von Art. 8 EMRK müsse die Kinderbelange mitberücksichtigen. Entgegen der Ansicht des SEM sei die Frage, ob ein gefestigtes Aufenthaltsrecht in der Schweiz bestehe, mittels Gesamtschau zu beurteilen, in welcher insbesondere die Dauer der bisherigen Anwesenheit einzufließen habe. Ferner sei eine Berufung auf Art. 8 EMRK auch möglich, wenn die Anwesenheit faktisch als Realität hingenommen werden müsse. Insbesondere bei vorläufig aufgenommenen Flüchtlingen sei dies in der Regel zu bejahen.

#### **E. 3.5**

Gemäss Art. 44 AsylG ist im Zusammenhang mit der Anordnung der Wegweisung und des Vollzugs der Grundsatz der Einheit der Familie zu berücksichtigen. Daraus ergibt sich, dass im Falle der vorläufigen Aufnahme des einen Familienmitglieds die ganze Familie aufzunehmen ist. Dieser Grundsatz gilt jedoch nicht uneingeschränkt. Es können insbesondere dann Ausnahmen angezeigt sein, wenn das aufzunehmende Familienmitglied die Ausschlussgründe gemäss Art. 83 Abs. 7 AuG erfüllt; ebenso in jenen Fällen, in denen eine Familienvereinigung ohne Weiteres im Ausland möglich wäre. Schliesslich sind Ausnahmen auch in eigentlichen Missbrauchsfällen denkbar (Urteile des BVGer E-5999/2014 vom 8. Dezember 2014 E. 5.1, E-367/2010 vom 28. September 2010 E. 5.4; Entscheidungen und Mitteilungen der Schweizerischen Asylrekurskommission [EMARK] 2004 Nr. 12 E. 7b, EMARK 1998 Nr. 31 E. 8c/ee f. und EMARK 1995 Nr. 24 E. 10 f.). In Anwendung dieser Ausnahmeregelung steht es einem Familienmitglied beispielsweise nicht frei, beliebig in sein Heimatland auszureisen, zu einem späteren Zeitpunkt ohne Notwendigkeit wieder in die Schweiz zurückzukehren und unter Berufung auf den Grundsatz der Familieneinheit eine vorläufige Aufnahme zu erwirken (vgl. EMARK 2004 Nr. 12 E. 7.d.bb).

#### **E. 3.6**

Das SEM stellt sich implizit auf den Standpunkt, der Beschwerdeführer habe im Verfahren betreffend seine originäre Flüchtlingseigenschaft den Ort, an dem er hauptsächlich sozialisiert worden sei, verheimlicht und dadurch seine Mitwirkungspflichten verletzt. Deshalb könne das SEM nicht überprüfen, ob eine Familienvereinigung auch im Ausland möglich wäre. In solchen Fällen sei eine weitere Ausnahme vom Grundsatz des Einbezugs

in die vorläufige Aufnahme angezeigt.

### **E. 3.7**

Die vorliegende Konstellation ist vergleichbar mit derjenigen, in welcher um Einbezug in die Flüchtlingseigenschaft nach Art. 51 Abs. 1 AsylG ersucht wird, das SEM aber aufgrund täuschender Angaben über die Herkunft daran gehindert wird, zu überprüfen, ob sich der Gesuchsteller mit seiner Familie in einem Staat niederlassen könnte, dessen Staatsangehörigkeit er vielleicht besitzt. Hinsichtlich solcher Konstellationen hat das Bundesverwaltungsgericht jüngst entschieden, dass eine Mitwirkungspflichtverletzung, welche es dem SEM verunmöglicht, eine entsprechende Prüfung vorzunehmen, einen besonderen Grund gemäss Art. 51 Abs. 1 AsylG darstelle, welcher der Familienzusammenführung entgegenstehe (vgl. BVGE E-1813/2019 vom 1. Juli 2020). In verfahrensrechtlicher Hinsicht könne das SEM dabei zwar die Tatsachen und Beweismittel des abgeschlossenen ordentlichen Verfahrens berücksichtigen, der Anspruch auf rechtliches Gehör gebiete aber, dass der gesuchstellenden Person im zweiten Verfahren erneut die Möglichkeit gegeben werde, sich zu diesen zu äussern und allenfalls ihre ursprünglichen Aussagen zu ändern sowie neue Beweismittel einzureichen. Ferner müsse die gesuchstellende Person über die Rechtsfolge einer Verletzung der Mitwirkungspflicht informiert werden. Danach habe das SEM die Gesamtheit der Aussagen der gesuchstellenden Person und alle in den Akten vorhandenen Beweismittel im Hinblick auf die Frage zu würdigen, ob sie ihre Mitwirkungspflicht auch im Verfahren betreffend Familienasyl (schwer) verletzt habe (vgl. BVGE E-1813/2019 vom 1. Juli 2020 E. 8.3.5).

### **E. 3.8**

Es rechtfertigt sich, diese Rechtsprechung auf die vorliegende Konstellation zu übertragen, zumal es in beiden Fällen die Frage zu beantworten gilt, inwiefern die Asylbehörden durch eine Verletzung der Mitwirkungspflicht an der Prüfung gehindert werden, ob sich die Familie auch im Ausland niederlassen könne, und dies eine Ausnahme von der Zusammenführung einer Familie darstellt, sei es unter dem Titel "Einbezug in die Flüchtlingseigenschaft", sei es unter dem Titel "Einbezug in die vorläufige Aufnahme". An dieser Stelle ist ferner zu bemerken, dass ohnehin nicht ersichtlich ist, wieso der Beschwerdeführer lediglich um Einbezug in die vorläufige Aufnahme, nicht aber um Einbezug in die Flüchtlingseigenschaft ersucht.

### **E. 3.9**

Das SEM hat im vorliegenden Wiedererwägungsverfahren dem Beschwerdeführer nicht die Möglichkeit geboten, sich zu Tatsachen und Beweismitteln des ordentlichen Asylverfahrens zu äussern und allenfalls neue Beweismittel beizubringen, und ihn auch nicht über die Rechtsfolge einer Verletzung der Mitwirkungspflicht informiert. Dadurch hat das SEM den Anspruch des Beschwerdeführers auf rechtliches Gehör verletzt.

### **E. 3.10**

Die Beschwerde erweist sich somit als begründet, weshalb sie gutzuheissen ist.

### **E. 4.1**

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 (Philippe Weissenberger/Astrid Hirzel, Praxiskommentar Verwaltungsverfahrensgesetz, 2. Aufl. 2016, Art. 61 VwVG, N 16 S. 1264). Die in diesen Fällen fehlende Entscheidungsreife kann grundsätzlich zwar auch durch die Beschwerdeinstanz selbst hergestellt werden, wenn dies im Einzelfall aus prozessökonomischen Gründen angebracht erscheint; sie muss dies aber nicht (vgl. EMARK 2004 Nr. 38 E. 7.1).

#### **E. 4.2**

Im vorliegenden Fall ist es angezeigt, die Sache an das SEM zurückzuweisen, um dem Beschwerdeführer das rechtliche Gehör im Sinne des Grundsatzurteils E-1813/2019 vom 1. Juli 2020 zu gewähren und anschliessend in Würdigung sämtlicher (eventuell auch neu beigebrachter) Beweismittel hinsichtlich des Einbezugs in die vorläufige Aufnahme erneut zu entscheiden.

#### **E. 4.3**

Für eine Rückweisung spricht auch, dass sich die Begründung des SEM, ein Anspruch aus Art. 8 EMRK scheitere bereits daran, dass die Partnerin des Beschwerdeführers über kein gefestigtes Anwesenheitsrecht in der Schweiz verfügt, als unrichtig erweist. So 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 eine nahe, echte und tatsächlich gelebte familiäre Beziehung vorliegt. Das in der Schweiz lebende Familienmitglied muss dabei über ein gefestigtes Anwesenheitsrecht verfügen (vgl. BGE 139 I 330 E. 2.1). Von einem solchen ist ohne weiteres bei einer schweizerischen Staatsangehörigkeit auszugehen, ebenso bei einer Niederlassungs- oder Aufenthaltsbewilligung, auf deren Verlängerung ein Anspruch besteht (vgl. BGE 135 I 143; 130 II 281, je m.w.H.; BVGE 2017 VII/4 E. 6.2). Anders als in der angefochtenen Verfügung ausgeführt, ist es jedoch nicht auf diese drei Konstellationen beschränkt. Vielmehr können sich auf den Schutz des Privat- und Familienlebens in Ausnahmesituationen nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte (EGMR), des Bundesgerichts und des Bundesverwaltungsgerichts auch Personen berufen, deren Anwesenheit rechtlich nicht geregelt ist beziehungsweise die allenfalls über kein (gefestigtes) Anwesenheitsrecht verfügen, deren Anwesenheit aber faktisch als Realität hingenommen wird respektive aus objektiven Gründen hingenommen werden muss (vgl. Urteil des BVGer E-3936/2019 vom 3. März 2020 E. 6.4 mit Hinweis auf BGE 138 I 246 E. 3.3.1 und 137 I 113 E. 6.1 sowie die Urteile des EGMR Jeunesse gegen Niederlande vom 3. Oktober 2014, 12738/10, § 103 ff. m.w.H., Agraw gegen Schweiz vom 29. Juli 2010, 3295/06, § 44 ff. und Mengesha Kimfe gegen Schweiz vom 29. Juli 2010, 24404/05, § 61 ff.). Die Partnerin des Beschwerdeführers gelangte am 27. März 2012 in die Schweiz und wurde mit Verfügung vom 10. Oktober 2014 als Flüchtling anerkannt und vorläufig aufgenommen. Ihre zwei Kinder (Jahrgang ... und ... ) wurden mit Verfügungen vom 20. Januar 2017 und 27. April 2018 in ihre Flüchtlingseigenschaft einbezogen. In Anbetracht dessen, dass sie als chinesische Staatsangehörige tibetischer Ethnie die Flüchtlingseigenschaft erfüllt, Mutter zweier Kleinkinder ist und sich seit 2012 in der Schweiz befindet, ist davon auszugehen, dass sie nicht nur vorübergehend, sondern längerfristig nicht mehr in ihren Heimatstaat zurückkehren kann, weshalb ihr Aufenthalt in der Schweiz zumindest faktisch als Realität hingenommen werden muss. Sie verfügt somit über ein faktisch gefestigtes Aufenthaltsrecht in der Schweiz, weshalb sich der Beschwerdeführer - sofern auch die anderen Anspruchsvoraussetzungen erfüllt sind -

grundsätzlich auf die Achtung des Familienlebens nach Art. 8 EMRK berufen kann.

#### **E. 4.4**

Das SEM wird somit angehalten, den möglichen Anspruch gestützt auf Art. 8 EMRK erneut zu prüfen.

#### **E. 5**

Die Beschwerde ist somit gutzuheissen, soweit die Aufhebung der angefochtenen Verfügung beantragt wird. Die vorinstanzliche Verfügung vom 7. Februar 2018 ist aufzuheben und zur Gewährung des rechtlichen Gehörs und erneuten Entscheidung an die Vorinstanz zurückzuweisen.

#### **E. 6.1**

Bei diesem Ausgang des Verfahrens sind keine Kosten zu erheben.

#### **E. 6.2**

Die Beschwerdeinstanz kann der ganz oder teilweise obsiegenden Partei von Amtes wegen oder auf Begehren hin eine Entschädigung für die ihr erwachsenen notwendigen und verhältnismässig hohen Kosten zusprechen (Art. 64 Abs. 1 VwVG i.V.m. Art. 7 Abs. 1 und 2 des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]). Es wurde keine Kostennote zu den Akten gereicht, weshalb die notwendigen Parteikosten aufgrund der Akten zu bestimmen sind (Art. 14 Abs. 2 in fine VGKE). Die von der Vorinstanz auszurichtende Parteientschädigung wird in Anwendung der genannten Bestimmungen und unter Berücksichtigung der massgeblichen Bemessungsfaktoren demnach von Amtes wegen auf insgesamt Fr. 1'200.- festgelegt. (Dispositiv nächste Seite)

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