

# **BVGer D-1551/2013 vom 2. Mai 2013**

Bundesverwaltungsgericht, 2013-05-02, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger\\_D-1551\\_2013](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_D-1551_2013)

FR: TAF D-1551/2013 du 2 mai 2013

IT: TAF D-1551/2013 del 2 maggio 2013

## **Regeste**

Vollzug der Wegweisung

## **Erwägungen**

### **E. 1.1**

Gemäss Art. 31 des Verwaltungsgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (VGG, SR 173.32) beurteilt das Bundesverwaltungsgericht Beschwerden gegen Verfügungen nach Art. 5 des Verwaltungsverfahrensgesetzes vom 20. Dezember 1968 (VwVG, SR 172.021). Das BFM 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 Auslieferungsersuchens des Staates, vor welchem die beschwerdeführende Person Schutz sucht (Art. 105 des Asylgesetzes vom 26. Juni 1998 [AsylG, SR 142.31]; Art. 83 Bst. d Ziff. 1 des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 [BGG, SR 173.110]). Eine solche Ausnahme im Sinne von Art. 83 Bst. d Ziff. 1 BGG liegt nicht vor, weshalb das Bundesverwaltungsgericht endgültig entscheidet.

### **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**

Die Beschwerde ist frist- und formgerecht eingereicht. 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 Art. 108 Abs. 2 AsylG, Art. 48 Abs. 1 sowie Art. 52 VwVG). Angesichts der zwischenzeitlich eingegangenen Unterlagen ist auf die Zwischenverfügung vom 28. März 2013 zurückzukommen und wiedererwägungsweise auf die Erhebung eines Kostenvorschusses zu verzichten. Auf die Beschwerde ist einzutreten.

### **E. 2**

Das Bundesverwaltungsgericht entscheidet über offensichtlich begründete Beschwerden in einzelrichterlicher Zuständigkeit mit Zustimmung eines zweiten Richters beziehungsweise einer zweiten Richterin (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 verzichtete das Bundesverwaltungsgericht auf die Durchführung eines Schriftenwechsels.

### **E. 3**

Der Beschwerdeführer beantragt in der Beschwerde ausdrücklich einzig die Aufhebung der angefochtenen Verfügung im Wegweisungspunkt. Ziffer 1 der angefochtenen Verfügung vom 15. März 2013 (Nichteintreten auf das Asylgesuch) ist unangefochten in Rechtskraft erwachsen. Gegenstand des vorliegenden Verfahrens bildet demnach einzig die Prüfung, ob die Vorinstanz die Wegweisung zu Recht angeordnet hat.

### **E. 4**

Die Behörde prüft ihre Zuständigkeit von Amtes wegen (vgl. Art. 7 Abs. 1 VwVG), ebenso diejenige der Vorinstanz (Michel Daum, in: Auer/Müller/Schindler [Hrsg.], Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren (VwVG), Zürich 2008, Rz. 12 zu Art. 7 VwVG; Alfred Kölz/Isabelle Häner, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes, 2. Aufl., Zürich 1998, Rz. 412). Verfügt eine unzuständige Instanz, ist regelmässig Anfechtbarkeit, ausnahmsweise Nichtigkeit die Folge. Letztere tritt dann ein, wenn eine qualifiziert unzuständige Instanz entschieden hat (vgl. Kölz/Häner, a.a.O., Rz. 232). Somit ist zunächst zu prüfen, ob das BFM zuständig war, im Rahmen des Asylverfahrens die Wegweisung des Beschwerdeführers zu verfügen.

### **E. 5.1**

Gemäss Art. 14 Abs. 1 AsylG kann eine asylsuchende Person ab Einreichung des Asylgesuches bis zur Ausreise nach einer rechtskräftig angeordneten Wegweisung, nach einem Rückzug des Asylgesuches oder bis zur Anordnung einer Ersatzmassnahme bei nicht durchführbarem Vollzug kein Verfahren um Erteilung einer ausländerrechtlichen Aufenthaltsbewilligung einleiten, ausser es bestehe ein Anspruch auf deren Erteilung. Ist dies der Fall, geht die Zuständigkeit, die Wegweisung aus der Schweiz zu verfügen, von den Asylbehörden auf die kantonale Ausländerbehörde über, welche über die Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung zu befinden hat (vgl. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts D-3341/2011 vom 10. April 2013 E. 5.2, mit Hinweis auf Entscheidungen und Mitteilungen der Schweizerischen Asylrekurskommission [EMARK] 2001 Nr. 21 E. 8d S. 175 f.). Im Asyl- und Wegweisungsverfahren 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 (vgl. EMARK 2006 Nr. 23 E. 3.2 S. 231 f., EMARK 2001 Nr. 21 E. 9 S. 176 f.). 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 daher vorfrageweise zu prüfen (vgl. EMARK 2001 Nr. 21 E. 10 S. 177), ob die asylsuchende Person sich im Sinne von Art. 14 Abs. 1 AsylG auf einen grundsätzlichen Anspruch auf Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung berufen kann. Soweit nicht das Gesetz oder Freizügigkeitsabkommen einen Anspruch auf Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung vermitteln, fällt als Anspruchsgrundlage Art. 8 der Konvention vom 4. November 1950 zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK, SR 0.101) in Betracht, wobei diesbezüglich die bundesgerichtliche Rechtsprechung massgeblich ist (vgl. EMARK 2001 Nr. 21 E. 8a und b S.173 f. sowie E. 9 S. 176 f.). Diese besagt, dass Ausländerinnen und Ausländer gestützt auf den in Art. 8 EMRK und Art. 13 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV, SR 101) gewährleisteten Schutz des Familienlebens ein potenzieller Anspruch auf Aufenthalt in der Schweiz erwächst, 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. BGE 135 I 143 E. 1.3.1 S. 145 f., BGE 130 II 281 E. 3.1 S. 285 f., EMARK 2005 Nr. 3 E. 3.1 S. 31 f.). 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 BFM - weist es das Asylgesuch ab oder tritt es auf dieses nicht ein - die Wegweisung nicht zu verfügen. Das Bundesverwaltungsgericht hebt gegebenenfalls eine vom BFM verfügte Wegweisung auf (vgl. EMARK 2001 Nr. 21 E. 9a S. 177).

### **E. 5.2**

Der Beschwerdeführer ist seit (...) 2006 mit C. \_\_\_\_\_ verheiratet (vgl. Akten BFM B 14/19 S. 3), das Paar hat eine gemeinsame Tochter, D. \_\_\_\_\_, geboren am (...) 2007. Ehefrau sowie Tochter verfügen über eine schweizerische Niederlassungsbewilligung (C). Die Ehefrau reichte am 15. März 2010 ein Familiennachzugsgesuch für den Beschwerdeführer ein, welches vom Migrationsamt E. \_\_\_\_\_ mit Entscheid vom 27. Juni 2011 erstinstanzlich abgelehnt wurde. Aufgrund des dagegen erhobenen Rechtsmittels liegt indessen (noch) kein rechtskräftiger Entscheid vor (vgl. Akten BFM B 37/1). Insofern ist auf die Dispositiv-Ziffer 2 der Zwischenverfügung vom 28. März 2013 zurückzukommen und von der Hängigkeit eines Gesuches um Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung auszugehen. Ausländische Ehegatten und ledige Kinder unter 18 Jahren von ausländischen Personen mit Niederlassungsbewilligung haben Anspruch auf Erteilung und Verlängerung der Aufenthaltsbewilligung, wenn sie mit diesen zusammenwohnen (Art. 43 Abs. 1 des Bundesgesetzes vom 16. Dezember 2005 über die Ausländerinnen und Ausländer [AuG, SR 142.20]). Aus der auf Beschwerdeebene eingereichten Kopie der Niederlassungsbewilligungen der Ehefrau sowie der Tochter des Beschwerdeführers geht hervor, dass diese jedenfalls seit dem 18. Mai 2012 über die Niederlassungsbewilligung (C) verfügen. Aufgrund der Akten ist sodann davon auszugehen, dass der Beschwerdeführer seit seiner (illegalen) Einreise in die Schweiz Ende November 2012 mit Ehefrau und Tochter zusammenwohnt. Daraus ergibt sich zumindest für den Zeitpunkt des angefochtenen vorinstanzlichen Entscheides ein grundsätzlicher Anspruch des Beschwerdeführers auf Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung. Nachdem das Gesuch um Familiennachzug zudem am 15. März 2013 noch hängig war, bestand für das BFM nach dem Gesagten im Rahmen des Asylverfahrens kein Raum für einen Entscheid über die Wegweisung des Beschwerdeführers.

### **E. 5.3**

Zusammenfassend ist demnach festzuhalten, dass das BFM für den Entscheid über die Wegweisung des Beschwerdeführers - und entsprechend ebenso für die Anordnung des Wegweisungsvollzuges - im Rahmen des Asylverfahrens nicht zuständig war. Die Ziffern 2 bis 4 des Dispositivs der Verfügung vom 15. März 2013 sind demzufolge aufzuheben. Die Beschwerde ist im Sinne der Erwägungen gutzuheissen.

### **E. 6.1**

Bei diesem Ausgang des Verfahrens sind keine Verfahrenskosten aufzuerlegen (Art. 63 Abs. 1 und 2 VwVG). Das Gesuch des Beschwerdeführers um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege im Sinne von Art. 65 Abs. 1 VwVG wird gegenstandslos.

#### **E. 6.2**

Gemäss Art. 64 Abs. 1 VwVG i.V.m. Art. 7 Abs. 1 des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht (VGKE, SR 173.320.2) kann die Beschwerdeinstanz der ganz oder teilweise obsiegenden Partei von Amtes wegen oder auf Begehren eine Entschädigung für ihr erwachsene notwendige und verhältnismässig hohe Kosten eine Parteientschädigung zusprechen. Im vorliegenden Fall ist zu beachten, dass der Beschwerdeführer mit keiner seiner Rügen durchgedrungen ist; vielmehr wurde die vorinstanzliche Verfügung von Amtes wegen aufgehoben. Bei dieser Sachlage ist keine Parteientschädigung auszurichten. (Dispositiv nächste Seite)

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