



Abteilung V
E-5173/2010

Urteil vom 15. Januar 2013

Besetzung

Richterin Regula Schenker Senn (Vorsitz),
Richter Walter Lang, Richter François Badoud,
Gerichtsschreiberin Aglaja Schinzel.

Parteien

A. _____,
Sri Lanka,
vertreten durch Hans Peter Roth,
Beschwerdeführerin,

gegen

Bundesamt für Migration (BFM),
Quellenweg 6, 3003 Bern,
Vorinstanz.

Gegenstand

Beschwerde Wiedererwägung (Dublin-Verfahren);
Verfügung des BFM vom 14. Juli 2010 / N (...).

Sachverhalt:**A.**

Die Beschwerdeführerin stellte am 28. Dezember 2008 in der Schweiz ein Asylgesuch. Dieses begründete sie hauptsächlich mit der Absicht, ihren seit vielen Jahren in der Schweiz lebenden Freund, B._____ (N [...]), zu heiraten; ferner sei sie einmal von der srilankischen Armee geschlagen worden. Einen vorgängigen Aufenthalt in Grossbritannien und ein dort eingereichtes Asylgesuch verschwieg sie.

Mit Verfügung vom 6. April 2009 trat das BFM in Anwendung von Art. 34 Abs. 2 Bst. d des Asylgesetzes vom 26. Juni 1998 (AsylG, SR 142.31) auf das Asylgesuch der Beschwerdeführerin nicht ein und verfügte die sofortige Wegweisung nach Grossbritannien. Den Vollzug der Wegweisung dorthin erachtete es als zulässig, zumutbar und möglich.

Eine gegen diesen Entscheid eingereichte Beschwerde vom 8. Mai 2009 wies das Bundesverwaltungsgericht mit Urteil vom 28. Juli 2009 vollumfänglich ab.

B.

Am 14. August 2009 heiratete die Beschwerdeführerin den im Asylgesuch erwähnten, seit über zehn Jahren hier lebenden und vorläufig aufgenommenen Landsmann.

C.

Mit Eingabe vom 17. August 2009 reichte die Beschwerdeführerin beim BFM ein Wiedererwägungsgesuch ein, mit welchem sie die Vorinstanz um wiedererwägungsweise Aufhebung der Verfügung vom 6. April 2009, Eintreten auf das Asylgesuch vom 28. Dezember 2008 und eventualiter Gewährung der vorläufigen Aufnahme ersuchte sowie in prozessualer Hinsicht den Verzicht auf die Erhebung eines Kostenvorschusses und die Anordnung der aufschiebenden Wirkung beziehungsweise vollzugshemmender vorsorglicher Massnahmen beantragte. Die Beschwerdeführerin machte in der Begründung im Wesentlichen geltend, durch die zwischenzeitlich erfolgte Heirat sei eine wesentlich veränderte Sachlage eingetreten. Nun sei der Grundsatz der Einheit der Familie zu beachten und das Bundesamt aufgrund völkerrechtlicher Verpflichtungen gehalten, vom Selbsteintrittsrecht gemäss Art. 3 Abs. 2 der Verordnung {EG} Nr. 343/2003 des Rates vom 18. Februar 2003 zur Festlegung der Kriterien und Verfahren zur Bestimmung des Mitgliedstaates, der für die Prüfung eines von einem Drittstaatsangehörigen in einem Mitgliedstaat gestellten

Asylantrags zuständig ist (Dublin-II-VO), Gebrauch zu machen. Art. 44 AsylG sehe vor, dass beim Vollzug der Wegweisung dem Grundsatz der Einheit der Familie Beachtung zu schenken sei. Da über den Vollzug der Wegweisung des Ehegatten noch nicht definitiv entschieden worden sei, werde darum ersucht, den Wegweisungsvollzug der Beschwerdeführerin solange aufzuschieben, bis über den Aufenthalt des Ehegatten definitiv entschieden worden sei. Es sei nicht damit zu rechnen, dass dieser in nächster Zeit die Schweiz verlassen müsse, da die Sicherheitslage in Sri Lanka nach wie vor prekär sei und eine Rückkehr dorthin unzumutbar erscheinen liesse. Dazu komme, dass der Ehemann nach zehnjähriger Wartefrist demnächst IV-Leistungen erhalten werde, womit der Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung des Kantons Zürich nichts mehr im Wege stehen sollte.

D.

Mit Zwischenverfügung vom 23. September 2009 forderte das BFM von der Beschwerdeführerin innert Frist einen Kostenvorschuss von Fr. 600.-- ein, unter Androhung des Nichteintretens im Unterlassungsfall. In der Begründung erwog das Bundesamt, dass das Asylgesuch der Beschwerdeführerin letztinstanzlich rechtskräftig abgelehnt worden und das vorliegende Wiedererwägungsgesuch aussichtslos sei. Auf ein solches müsse nur bei kumulativem Vorliegen der Sachurteilsvoraussetzungen eingetreten werden. Es würden keine seit der Rechtskraft der ablehnenden Asylverfügung eingetretenen neuen Gründe in Bezug auf den Asylpunkt geltend gemacht und die zwischenzeitlich erfolgte Heirat stelle keine veränderte Sachlage dar, zumal bereits im Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 28. Juli 2009 ein Anspruch auf Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung und auf Einbezug in die vorläufige Aufnahme des Ehemannes verworfen worden sei. Über das Gesuch um Gewährung aufschiebender Wirkung beziehungsweise Anordnung vollzugshemmender vorsorglicher Massnahmen befand das BFM nicht explizit; in der Entscheidungsbegründung verwies es jedoch auf Art. 112 AsylG, wonach die Einreichung ausserordentlicher Rechtsmittel und Rechtsbehelfe den Vollzug nicht hemme. In der Rechtsmittelbelehrung hielt die Vorinstanz unter Hinweis auf Art. 107 Abs. 1 AsylG fest, dass die Zwischenverfügung nur mit dem Endentscheid anfechtbar sei.

Die Frist zur Leistung des Kostenvorschusses verstrich unbenützt.

E.

Mit Verfügung vom 25. November 2009 trat das BFM auf das Wieder-

erwägungsgesuch infolge Nichtleistung des Kostenvorschusses androhungsgemäss nicht ein. Gleichzeitig stellte es die Rechtskraft und Vollstreckbarkeit der Verfügung vom 6. April 2009 fest und sprach einer allfälligen Beschwerde die aufschiebende Wirkung ab.

F.

Mit Eingabe vom 4. Januar 2010 erhob die Beschwerdeführerin gegen diesen Entscheid beim Bundesverwaltungsgericht Beschwerde. Darin beantragte sie die Aufhebung der Nichteintretensverfügung vom 25. November 2009, die Rückweisung der Sache an die Vorinstanz zur materiellen Prüfung des Wiedererwägungsgesuchs sowie in prozessualer Hinsicht die Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege für die Verfahrenskosten und die Anordnung einer vollzugshemmenden vorsorglichen Massnahme. Zur Begründung führte die Beschwerdeführerin aus, wenn klare Verstösse gegen die Menschenrechte durch eine Abschiebung drohen würden, bestünde ein einklagbarer Anspruch auf Ausübung des Selbsteintrittsrechts. Da die Beschwerdeführerin psychisch stark angeschlagen sei und ihr Mann seit 10 Jahren in der Schweiz lebe, allerdings wegen seiner Invalidität und der damit verbundenen Fürsorgeabhängigkeit noch immer den Status F besitze, sei die Ausübung des Selbsteintrittsrechts aus humanitären Gründen angezeigt. Aufgrund der langjährigen Anwesenheit des Ehemanns der Beschwerdeführerin in der Schweiz könne diese gemäss Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) Rechte im Sinne von Art. 8 der Konvention vom 4. November 1950 zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK, SR 0.101) geltend machen.

G.

Mit superprovisorischer Massnahme vom 5. Januar 2010 setzte das Bundesverwaltungsgericht den Vollzug der Wegweisung gestützt auf Art. 56 des Bundesgesetzes vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren (VwVG, SR 172.021) antragsgemäss einstweilen aus.

H.

Mit Urteil vom 25. Januar 2010 hiess das Bundesverwaltungsgericht die Beschwerde vom 4. Januar 2010 gut. Die angefochtene Verfügung vom 25. November 2009 und die Zwischenverfügung vom 23. September 2009 wurden aufgehoben und die Sache an das BFM zur Wiederaufnahme des Verfahrens und zu neuer Entscheidung zurückgewiesen. Zur Vermeidung einer intertemporalen Rechtsunsicherheit ordnete das Gericht an, dass die mit Zwischenverfügung des Bundesverwaltungsge-

richts vom 5. Januar 2010 angeordnete vollzugshemmende vorsorgliche Massnahme bis zu einer anders lautenden Anordnung des BFM in Kraft bleibe.

I.

Nach Wiederaufnahme des erstinstanzlichen Wiedererwägungsverfahrens führte das BFM am 9. Juni 2010 gestützt auf Art. 29 AsylG eine Anhörung der Beschwerdeführerin zu den Asylgründen durch. Dabei machte diese geltend, Sri Lanka im Jahre 2007 wegen Problemen mit der srilankischen Armee, deren Soldaten sie einmal geschlagen und mit einer Zigarette verletzt hätten, verlassen zu haben. Diesen Ausreisegrund habe sie auch in Grossbritannien geltend gemacht und dort ebenfalls auf ihre Heiratsabsichten mit ihrem in der Schweiz lebenden Partner aufmerksam gemacht. Das Gesuch sei jedoch negativ beurteilt worden, weil man ihr nicht geglaubt habe. Die Soldaten hätten sie auch vergewaltigt.

Als Beweismittel gab die Beschwerdeführerin diverse zivilstandsamtliche Dokumente zu den Akten. Ferner reichte sie zum Zwecke des Eheschlusses beim Zivilstandsamt ihre Identitätskarte ein, die in der Folge zuhänden der Asylbehörden sichergestellt wurde.

J.

Mit Verfügung vom 14. Juli 2010 (eröffnet am 16. Juli 2010) wies das BFM das Wiedererwägungsgesuch vom 17. August 2009 unter Erhebung einer Gebühr und Verweigerung der Ausrichtung einer Parteientschädigung ab. Gleichzeitig stellte es die Rechtskraft und Vollstreckbarkeit der Verfügung vom "6. April 2010" (vgl. Ziffer 2 des Dispositivs der Verfügung vom 14. Juli 2010; recte 6. April 2009) fest, hob "die vom BVGer angeordneten vollzugshemmenden Massnahmen" auf und sprach einer allfälligen Beschwerde die Zuerkennung der aufschiebenden Wirkung ab.

K.

Mit Eingabe vom 17. Juli 2010 erhob die Beschwerdeführerin gegen die Verfügung vom 14. Juli 2010 beim Bundesverwaltungsgericht Beschwerde. Darin beantragt sie die Aufhebung des besagten Entscheides, die materielle Prüfung der Asylvorbringen, den Verzicht auf eine Wegweisung nach Grossbritannien sowie in prozessualer Hinsicht die Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege für die Verfahrenskosten, die Gewährung aufschiebender Wirkung und die Anordnung vollzugshemmender vorsorglicher Massnahmen.

L.

Mit superprovisorischer Massnahme vom 19. Juli 2010 (telefonisch) beziehungsweise vom 20. Juli 2010 (schriftlich) setzte das Bundesverwaltungsgericht den Vollzug der Wegweisung gestützt auf Art. 56 VwVG) antragsgemäss einstweilen aus, bis nach Eingang und Prüfung der Vorakten über weitere Instruktionsmassnahmen und Anträge befunden werden könne.

M.

Mit Zwischenverfügung vom 24. August 2010 setzte das Bundesverwaltungsgericht den Wegweisungsvollzug aus und stellte fest, die Beschwerdeführerin könne den Ausgang des Verfahrens in der Schweiz abwarten. Ferner gewährte es die unentgeltliche Rechtspflege und setzte der Vorinstanz Frist zur Einreichung einer Vernehmlassung.

N.

Mit Vernehmlassung vom 10. September 2010, welche der Beschwerdeführerin am 14. September 2010 zur Kenntnis gebracht wurde, beantragte die Vorinstanz die Abweisung der Beschwerde.

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:

1.

1.1 Gemäss Art. 31 des Verwaltungsgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (VGG, SR 173.32) beurteilt das Bundesverwaltungsgericht Beschwerden gegen Verfügungen nach Art. 5 VwVG. 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 in der Regel – und so auch vorliegend – endgültig (Art. 105 AsylG; Art. 83 Bst. d Ziff. 1 des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 [BGG, SR 173.110]).

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).

1.3 Die Beschwerde ist frist- und formgerecht eingereicht. Die Beschwerdeführerin ist durch die angefochtene Verfügung besonders berührt und hat ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung beziehungsweise Änderung; sie ist daher zur Einreichung der Beschwerde legitimiert. Auf die Beschwerde ist einzutreten (vgl. Art. 108 AsylG sowie Art. 105 AsylG i.V.m. Art. 37 VGG und Art. 48 Abs. 1 und 52 VwVG).

2.

Mit Beschwerde kann die Verletzung von Bundesrecht, die unrichtige oder unvollständige Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts und die Unangemessenheit gerügt werden (Art. 106 Abs. 1 AsylG).

3.

3.1

Die Wiedererwägung im Verwaltungsverfahren ist ein Rechtsbehelf, auf dessen Behandlung durch die verfügende Behörde grundsätzlich kein Anspruch besteht. Gemäss herrschender Lehre und ständiger Praxis des Bundesgerichts wird jedoch aus Art. 29 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV, SR 101) unter bestimmten Voraussetzungen ein verfassungsmässiger Anspruch auf Wiedererwägung abgeleitet (vgl. BGE 127 I 133 E. 6 mit weiteren Hinweisen). Danach ist auf ein Wiedererwägungsgesuch einzutreten, wenn sich der rechtserhebliche Sachverhalt seit dem ursprünglichen Entscheid beziehungsweise seit dem Urteil der mit Beschwerde angerufenen Rechtsmittelinstanz in wesentlicher Weise verändert hat und mithin die ursprüngliche (fehlerfreie) Verfügung an nachträglich eingetretene Veränderungen der Sachlage anzupassen ist. Sodann können auch Revisionsgründe einen Anspruch auf Wiedererwägung begründen, sofern sie sich auf eine in materielle Rechtskraft erwachsene Verfügung beziehen, die entweder unangefochten geblieben oder deren Beschwerdeverfahren mit einem formellen Prozessurteil abgeschlossen worden ist. Ein solchermassen als qualifiziertes Wiedererwägungsgesuch zu bezeichnendes Rechtsmittel ist grundsätzlich nach den Regeln des Revisionsverfahrens zu behandeln (vgl. Entscheidungen und Mitteilungen der Schweizerischen Asylrekurskommission [EMARK] 2003 Nr. 17 E. 2a S. 103 f. mit weiteren Hinweisen).

3.2 Nachdem die Vorinstanz den Anspruch der Beschwerdeführerin auf Behandlung des Wiederwägungsgesuchs nicht in Abrede gestellt hat und darauf eingetreten ist, hat das Bundesverwaltungsgericht zu prüfen, ob sie das Gesuch zu Recht abgewiesen hat.

4.

In der Rechtsmitteleingabe wird beantragt, es sei aufgrund einer drohenden Verletzung der EMRK gemäss Art. 3 Abs. 2 Dublin-II-VO auf das Asylgesuch der Beschwerdeführerin einzutreten. Es wird geltend gemacht und ist zu prüfen, ob eine seit dem Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 28. Juli 2009 eingetretene, wesentlich veränderte Sachlage vorliegt. Die Beschwerdeführerin erblickt eine solche in ihrem Eheschluss mit einem in der Schweiz vor über zehn Jahren vorläufig aufgenommenen Landsmann.

5.

5.1 Bei Beschwerden gegen Nichteintretensentscheide, mit denen es das BFM ablehnt, das Asylgesuch auf seine Begründetheit zu überprüfen (Art. 32-35a AsylG), ist die Beurteilungskompetenz der Beschwerdeinstanz grundsätzlich auf die Frage beschränkt, ob die Vorinstanz zu Recht auf das Asylgesuch nicht eingetreten ist (vgl. BVGE 2007/8 E. 2.1). Qualifiziert die Beschwerdeinstanz den Nichteintretensentscheid als unrechtmässig, enthält sie sich einer materiellen Prüfung der Asylgründe und weist die Sache zur neuen Entscheidungsfindung an die Vorinstanz zurück.

5.2 Auf Asylgesuche wird in der Regel nicht eingetreten, wenn Asylsuchende in einen Drittstaat ausreisen können, der für die Durchführung des Asyl- und Wegweisungsverfahrens staatsvertraglich zuständig ist (Art. 34 Abs. 2 Bst. d AsylG).

6.

6.1 In der Begründung der angefochtenen Verfügung erkannte das BFM zunächst die neu geltend gemachte Vergewaltigung als unbeachtlich unter dem Aspekt des Nichteintretenstatbestandes von Art. 34 Abs. 2 Bst. d AsylG. Weiter begründete es seine negative Verfügung damit, dass es sich bei Art. 3 Abs. 2 Dublin-II-VO um eine Kann-Bestimmung handle und es somit keinerlei völkerrechtliche Verpflichtungen zum Selbsteintreten gebe. Es bleibe grundsätzlich dem innerstaatlichen Recht oder dem Ermessen der Behörden anheimgestellt, in welchen Fällen selbst eingetreten werde. Bezüglich der nachträglich erfolgten Heirat der Beschwerdeführerin sei festzuhalten, dass gemäss Art. 8 EMRK zwar grundsätzlich ein Recht auf Einheit der Familie bestehe, diesbezüglich jedoch auf das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 28. Juli 2009 verwiesen werden könne, welches die vom BFM verfügte Wegweisung nach Grossbritannien mit Verweis auf das Asyl- beziehungsweise Ausländergesetz bestätigt habe. Sodann seien keine Anhaltspunkte ersichtlich, wonach

Grossbritannien seinen rechtsstaatlichen und völkerrechtlichen Verpflichtungen nicht nachkommen würde. Schliesslich begründe die (mit einem Arztzeugnis vom 6. Mai 2009 belegte) Suizidalität gemäss Praxis des EGMR keine Unzumutbarkeit des Wegweisungsvollzuges, wenn – wie vorliegend – konkrete Verhütungs- und Weiterbehandlungsmassnahmen gewährleistet seien. Ergänzend machte das BFM die Beschwerdeführerin darauf aufmerksam, dass sie sich in Grossbritannien aufhalten könne, bis die Familiennachzugsvoraussetzungen in der Schweiz erfüllt seien.

6.2 In der Beschwerde wird zunächst auf eine falsche, um ein Jahr verspätete Datierung der Verfügung vom 6. April 2009 aufmerksam gemacht. Sodann wird weiter ausgeführt, die sechsmonatige Rücküberstellungsfrist sei inzwischen abgelaufen. Im Weiteren wurde die bloss oberflächliche Auseinandersetzung des BFM mit der neuen, nach Ergehen des Nichteintretensentscheides vom 6. April 2009 hinzugetretenen Tatsache der erfolgten Heirat kritisiert. Das Bundesamt begnüge sich mit dem Hinweis auf das Urteil vom 28. Juli 2009, in welchem das Bundesverwaltungsgericht den infolge Fürsorgeabhängigkeit und trotz allfälliger Heirat fehlenden Anspruch auf eine ausländerrechtliche Aufenthaltsbewilligung erkannt habe. Dazu müsse allerdings erwähnt werden, dass im vorliegenden Fall von einer Verletzung von Art. 8 Abs. 2 BV und Art. 8 EMRK auszugehen sei. Die Invalidenversicherung verweigere die Auszahlung einer Rente an den Ehemann mit der Konsequenz, dass dieser wohl zeitlebens fürsorgeabhängig und ohne Aussicht auf eine Aufenthaltsbewilligung sein werde, womit er aufgrund der Praxis der Behörden nie einen Anspruch auf Familiennachzug erhalten könne. Der Schutzbereich von Art. 8 EMRK umfasse jedoch gemäss der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte auch Personen mit einem "langen" und damit gesicherten Aufenthalt im Gastland. Dies treffe auf den Ehemann der Beschwerdeführerin zu. Zur Vermeidung eines klaren Verstosses gegen die Menschenrechte sei die Vorinstanz somit gehalten, das Recht auf Selbsteintritt aus humanitären Gründen auszuüben. Ergänzend wird auf ihre Suizidgefährdung aufmerksam gemacht, welche die Anordnung einer vorsorglichen Massnahme erforderlich mache.

7.

7.1 Das Bundesverwaltungsgericht stellt zunächst fest, dass die Vorinstanz das im Wiedererwägungsgesuch ausdrücklich gestellte Gesuch um Gewährung aufschiebender Wirkung beziehungsweise um Anordnung vollzugshemmender vorsorglicher Massnahmen auch nach Wiederaufnahme des erstinstanzlichen Wiedererwägungsverfahrens unbeantwortet

beliess, obwohl dieser Mangel bereits im Urteil vom 25. Januar 2010 gerügt worden war (vgl. dort E. 4). Das Gericht hielt zwar fest, dass die zuvor mit Zwischenverfügung vom 5. Januar 2010 angeordnete vollzugshemmende vorsorgliche Massnahme "bis zu einer anders lautenden Anordnung des BFM im Rahmen des wieder aufzunehmenden Wiedererwägungsverfahrens" in Kraft bleibe, jedoch deklarierte es diese Massnahme ausdrücklich als "einstweilig" und "zur Vermeidung einer intertemporalen Rechtsunsicherheit" (vgl. a.a.O. E. 7 und Dispositiv Ziff. 3). Der Beschwerdeführerin ist dadurch immerhin kein Rechtsnachteil erwachsen, da sie sich auf diese einstweilige Massnahme bis zum Ergehen der angefochtenen Verfügung berufen konnte und anschliessend bis zur neuerlichen superprovisorischen Massnahme vom 19. Juli 2010 keine Vollzugshandlungen vorgenommen wurden.

7.2 Ferner erkennt das Bundesverwaltungsgericht in der Falschangabe des Verfügungsdatums in Ziffer 2 des Dispositivs der angefochtenen Verfügung ("6. April 2010" statt 6. April 2009) ein offensichtliches Redaktionsversehen, zumal sowohl im prozessgeschichtlichen Teil der Verfügung als auch in der Entscheidungsbegründung bereits mehrfach und übereinstimmend vom 6. April 2009 die Rede ist. Im Weiteren kann die Rüge des Rechtsvertreters, die "maximale Frist" sei am 3. März 2010 abgelaufen, nicht gehört werden, da die Überstellungsfrist jeweils durch die Aussetzung des Vollzugs unterbrochen wurde (Art. 19 Abs. 3 Dublin-II-VO) und somit nicht abgelaufen ist. Es ist nicht klar, aufgrund welcher Berechnung beziehungsweise welcher gesetzlichen Bestimmung der Rechtsvertreter die Frist als am 3. März 2010 abgelaufen vermutet, zumal die Dublin-II-Verordnung keine "Maximalfrist" für eine Überstellung kennt. An der grundsätzlichen Zuständigkeit Grossbritanniens zur Durchführung des Asylverfahrens bestehen keine Zweifel. Grossbritannien hat denn auch einer Übernahme der Beschwerdeführerin nach Art. 16 Abs. 1 Bst. e Dublin-II-VO zugestimmt.

7.3 Mit gewissem Erstaunen nimmt das Bundesverwaltungsgericht hingegen die Tatsache zur Kenntnis, dass das BFM gestützt auf Art. 29 AsylG eine Anhörung der Beschwerdeführerin zu deren Asylgründen durchgeführt hat, zumal eine solche Massnahme ihrem Titel entsprechend eine wesentliche Abklärungsmassnahme im Rahmen eines ordentlichen Asylverfahrens darstellt. Die Durchführung einer solchen Anhörung ist im Rahmen eines Wiedererwägungsverfahrens eigentlich sachfremd, dies im Gegensatz zu einem (ersten oder allenfalls multiplen) erstinstanzlichen Asylverfahren. Das BFM erkannte denn auch die in be-

sagter Anhörung geltend gemachte Vergewaltigung zutreffenderweise als unbeachtlich, zumal es sich bei der angefochtenen Verfügung um einen Nichteintretensentscheid handelt.

7.4 In der Rechtsmitteleingabe wird beantragt, das BFM sei anzuweisen, gemäss Art. 3 Abs. 2 Dublin-II-VO auf das Asylgesuch der Beschwerdeführerin einzutreten und von einer Wegweisung nach Grossbritannien abzusehen.

7.4.1 Nach Art. 3 Abs. 2 Dublin-II-VO kann die Schweiz ein Asylgesuch materiell prüfen, auch wenn nach den in der Verordnung vorgesehenen Kriterien ein anderer Staat zuständig ist (sog. Selbsteintrittsrecht). Diese Bestimmung ist nicht direkt anwendbar, sondern kann nur in Verbindung mit einer anderen Norm des nationalen oder internationalen Rechts angerufen werden (BVGE 2010/45 E. 5). Art. 29a Abs. 3 AsylV 1 sieht vor, dass das BFM aus humanitären Gründen ein Gesuch behandeln kann, auch wenn nach den Kriterien der Dublin-II-Verordnung ein anderer Staat zuständig ist. Es handelt sich dabei um eine Kann-Bestimmung, die den Behörden einen gewissen Ermessensspielraum lässt und restriktiv auszulegen ist (a.a.O. E. 8.2.2.). Droht hingegen ein Verstoss gegen übergeordnetes Recht, zum Beispiel gegen eine Norm des Völkerrechts, so besteht ein einklagbarer Anspruch auf Ausübung des Selbsteintrittsrechts (CHRISTIAN FILZWIESER/ANDREA SPRUNG, Dublin II-Verordnung, 3. Aufl., Wien/Graz 2010, K8 zu Art. 3). In Frage kommen insbesondere das flüchtlingsrechtliche Refoulement-Verbot nach Art. 33 des Abkommens vom 28. Juli 1951 über die Rechtsstellung der Flüchtlinge (FK, SR 0.142.30) und menschenrechtliche Garantien der EMRK, des Internationalen Paktes über bürgerliche und politische Rechte (UNO-Pakt II, SR 0.103.2), des Übereinkommens vom 10. Dezember 1984 gegen Folter und andere grausame, unmenschliche oder erniedrigende Behandlung oder Strafe (FoK, SR 0.105).

7.4.2 Die Beschwerdeführerin ist seit dem 14. August 2009 mit einem in der Schweiz vorläufig aufgenommenen Landsmann verheiratet und lebt seither mit diesem zusammen. Nachdem sie nun seit über drei Jahren mit ihrem Ehemann zusammenlebt, ist von einer stabilen ehelichen Beziehung auszugehen. Eine solche lag zum Zeitpunkt der ursprünglichen Verfügung der Vorinstanz vom 6. April 2009 sowie zum Zeitpunkt des Urteils des Bundesverwaltungsgerichts vom 28. Juli 2009 nicht vor. Aufgrund dieser mehrjährigen ehelichen Beziehung ist somit von einer wesentlich

veränderten Sachlage gegenüber der Verfügung vom 6. April 2009 auszugehen.

7.4.3 Die Beschwerdeführerin macht geltend, auf ihr Asylgesuch müsse gemäss Art. 3 Abs. 2 Dublin-II-VO i.V.m. Art. 8 EMRK eingetreten werden. Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung kann sich eine Person auf den Schutz des Familienlebens nach Art. 8 EMRK berufen, wenn eine Beziehung zu einer Person mit gefestigtem Anwesenheitsrecht (Bürgerrecht oder Niederlassungsbewilligung) in der Schweiz besteht, wobei eine blosser Aufenthaltsbewilligung hierzu nur genügt, soweit diese auf einem gefestigten Rechtsanspruch beruht (vgl. statt vieler BGE 130 II 281, 135 I 143, jeweils mit weiteren Hinweisen). Das Bundesgericht hat es abgelehnt, von einer bestimmten Aufenthaltsdauer an schematisierend eine solche besondere, einen Anspruch auf die Erteilung eines Anwesenheitsrechts begründende Verwurzelung in den hiesigen Verhältnissen anzunehmen (vgl. BGE 130 II 281 E. 3.2.1 S. 286f.). Im Rahmen von Art. 8 EMRK ist eine umfassende Interessen- und Rechtsgüterabwägung vorzunehmen, wobei die Anwesenheitsdauer ein Element unter anderen bildet und dem Umstand Rechnung zu tragen ist, dass - besondere Bestimmungen vorbehalten - eine Niederlassungsbewilligung in der Regel nach zehn Jahren Aufenthalt erteilt wird und ein Gesuch um Einbürgerung grundsätzlich nach zwölf Jahren möglich ist (vgl. BGE 130 II 281, E. 3.2.1). Weiter ist zu erwähnen, dass der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) in seinen Urteilen *Agraw gegen die Schweiz* und *Mengesha Kimfe gegen die Schweiz* (beide vom 29. Juli 2010) feststellte, die Rechtmässigkeit eines Eingriffes in das Privat- oder Familienleben einer Person sei auch ohne Vorliegen eines gefestigten oder dauerhaften Anwesenheitsrechtes zu prüfen. Es handelte sich in den genannten Fällen um abgelehnte Asylsuchende, deren Wegweisung jedoch über längere Zeit nicht vollzogen werden konnte. Die Verweigerung der Bewilligung zum Wechsel in den Kanton des Ehepartners würde ein eheliches Zusammenleben somit über Jahre hinweg verunmöglichen, zumal die betroffenen Personen auch nicht in einem anderen Land hätten zusammenleben können. Der EGMR erklärte Art. 8 EMRK für anwendbar und eine potentiell langfristige Trennung für rechtswidrig. Er machte hier deutlich, dass eine Familientrennung in einer solchen Konstellation nicht zulässig ist.

Der Ehemann der Beschwerdeführerin verfügt zwar lediglich über eine vorläufige Aufnahme, hält sich jedoch seit über 14 Jahren in der Schweiz auf. Ferner ist zu beachten, dass er aus medizinischen Gründen – er erlitt

am (...) 1999 in der Schweiz (...) – vorläufig aufgenommen wurde und nicht absehbar ist, dass sich seine gesundheitliche Situation verbessert. Unter diesen Umständen ist de facto wohl kaum davon auszugehen, dass die Wegweisung nach Sri Lanka in absehbarer Zukunft vollzogen wird. Ausserdem ist zu bemerken, dass die gesundheitlichen Probleme des Ehemannes ihn daran hindern, seinen Aufenthaltsstatus zu verbessern. Es kann bei ihm somit trotz des Status der vorläufigen Aufnahme von einem faktisch gesicherten Anwesenheitsrecht ausgegangen werden, weshalb die Anwendung von Art. 8 EMRK in diesem speziellen Ausnahmefall als angebracht erscheint. In diesem Zusammenhang ist überdies zu berücksichtigen, dass im Kontext der Dublin-II-VO der Wahrung der Einheit der Familie grosses Gewicht zukommt, was sich unter anderem im 6. Erwägungsgrund der Verordnung niederschlägt. Würde in vorliegendem Fall nicht vom Selbsteintrittsrecht gemäss Art. 3 Abs. 2 Dublin-II-VO Gebrauch gemacht, würde dies faktisch zu einer Familientrennung und somit zu einer Verletzung von Art. 8 EMRK führen. Für die Schweiz besteht deshalb vorliegend eine völkerrechtliche Pflicht, von ihrem Recht auf Selbsteintritt nach Art. 3 Abs. 2 Dublin-II-VO Gebrauch zu machen.

8.

Die Beschwerde ist gutzuheissen, die Verfügung des BFM vom 14. Juli 2010 und entsprechend diejenige vom 6. April 2009 sind aufzuheben und das BFM ist anzuweisen, vom Selbsteintrittsrecht nach Art. 3 Abs. 2 Dublin-II-VO (i.V.m. Art. 8 EMRK) Gebrauch zu machen.

9.

9.1 Bei diesem Ausgang des Verfahrens sind keine Verfahrenskosten aufzuerlegen (Art. 63 Abs. 1 und 2 VwVG).

9.2 Der Beschwerdeführerin ist angesichts ihres Obsiegens im Beschwerdeverfahren in Anwendung von Art. 64 Abs. 1 VwVG eine Parteientschädigung für die ihr erwachsenen Vertretungskosten zuzusprechen (vgl. Art. 7 des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]). Der Rechtsvertreter hat keine Kostennote zu den Akten gereicht. Da sich der notwendige Vertretungsaufwand aufgrund der Aktenlage zuverlässig abschätzen lässt, kann auf die Einholung einer solchen jedoch verzichtet werden (Art. 14 Abs. 2 in fine VGKE). Der notwendige Aufwand wird gestützt auf die in Betracht zu ziehenden Bemessungsfaktoren (Art. 7 ff. VGKE) auf insgesamt Fr. 900.- (inkl. Auslagen) geschätzt.

Dieser Betrag ist von der Vorinstanz als Parteientschädigung auszurichten.

(Dispositiv nächste Seite)

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.

Die Beschwerde wird gutgeheissen.

2.

Die angefochtene Verfügung vom 14. Juli 2010 sowie die Verfügung des BFM vom 6. April 2009 werden aufgehoben und das BFM wird angewiesen, auf das Asylgesuch der Beschwerdeführerin einzutreten.

3.

Es werden keine Verfahrenskosten auferlegt.

4.

Das BFM hat dem Beschwerdeführer für das Rechtsmittelverfahren eine Parteientschädigung von Fr. 900.- zu entrichten.

5.

Dieses Urteil geht an die Beschwerdeführerin, das BFM und die zuständige kantonale Behörde.

Die vorsitzende Richterin:

Die Gerichtsschreiberin:

Regula Schenker Senn

Aglaja Schinzel

Versand: