Bundesverwaltungsgericht
Tribunal administratif fédéral
Tribunale amministrativo federale
Tribunal administrativ federal

Abteilung VI
F-5140/2018

Urteil vom 16. November 2018

Besetzung

Richter Martin Kayser (Vorsitz),
Richter Fulvio Haefeli,
Richter Yannick Antoniazza-Hafner,
Gerichtsschreiberin Barbara Kradolfer.

Parteien

A._____,
vertreten durch Rechtsanwältin Verena Gessler,
Advokaturbüro Roulet, Ehrler & Gessler,
Beschwerdeführerin,

gegen

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

Gegenstand

Zustimmung zur Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung (Art. 30 Abs. 1 Bst. b AuG) / Wiedererwägung.

Sachverhalt:

A.
Der Beschwerdeführerin (geb. 1968, kosovarische Staatsangehörige) kam 2004 im Familiennachzug zu ihrem Ehemann in die Schweiz und erhielt eine Aufenthaltsbewilligung. Im Jahre 2008 liessen sich die Ehegatten scheiden. Mit Verfügung vom 19. Januar 2010 verweigerte die Vorinstanz die Zustimmung zur Verlängerung der Aufenthaltsbewilligung gestützt auf Art. 50 AuG (SR 142.20). Die dagegen eingelegten Rechtsmittel blieben ohne Erfolg (vgl. Urteil des BVGer C-899/2010 vom 10. August 2011, Urteil des BGer 2C_658/2011 vom 20. Januar 2012).

B.
Am 7. Juni 2012 ersuchte die Beschwerdeführerin beim Migrationsamt des Kantons Basel-Stadt (nachfolgend: Migrationsamt) um Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung gestützt auf Art. 30 Abs. 1 Bst. b AuG. Während des hängigen kantonalen Rechtsmittelverfahrens ersuchte das Migrationsamt nach einer Intervention der kantonalen Ombudsstelle die Vorinstanz um Wiedererwägung ihrer Verfügung vom 19. Januar 2010. Auf dieses Gesuch trat die Vorinstanz mit Verfügung vom 19. Juli 2013 mangels qualifizierter Wiedererwägungsgründe nicht ein und wies sie im Übrigen ab. Die hiergegen erhobene Beschwerde wies das BVGer mit Urteil C-5176/2013 vom 1. September 2014 ab.

C.
Nachdem die Beschwerdeführerin am 18. Dezember 2014 und 25. Juni 2015 beim Migrationsamt erfolglos um vorläufige Aufnahme ersucht hatte, entsprach dieses einem weiteren, von der kantonalen Ombudsstelle eingereichten Gesuch vom 22. September 2015, und ersuchte die Vorinstanz um Anordnung der vorläufigen Aufnahme. Dieses Gesuch nahm die Vorinstanz als Wiedererwägungsgesuch in Bezug auf ihre Verfügung vom 19. Januar 2010 entgegen und trat mit Verfügung vom 11. Dezember 2015 darauf nicht ein. Die dagegen eingereichte Beschwerde wies das BVGer mit Urteil F-639/2016 vom 13. Februar 2018 ab.

D.
Am 11. Mai 2018 ersuchte die Beschwerdeführerin beim Migrationsamt erneut um Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung gestützt auf Art. 30 Abs. 1 Bst. b AuG. Das Migrationsamt hiess das Gesuch gut und überwies es zur Zustimmung an die Vorinstanz. Diese nahm das Gesuch des Migrationsamts als Wiedererwägungsgesuch in Bezug auf ihre Verfügung vom

19. Januar 2010 entgegen und trat mit Verfügung vom 9. Juli 2018 nicht darauf ein.

E.
Mit Rechtsmitteleingabe vom 8. September 2018 beantragt die Beschwerdeführerin, die vorinstanzliche Verfügung sei aufzuheben. Die Vorinstanz sei anzuweisen, auf das Gesuch einzutreten und die Zustimmung zu erteilen. In verfahrensrechtlicher Hinsicht ersucht sie um Bewilligung des Aufenthalts für die Dauer des Verfahrens, um Sistierung des Verfahrens bis zum Abschluss des hängigen Einbürgerungsverfahrens sowie um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege im Sinne von Art. 65 Abs. 1 und Abs. 2 VwVG bzw. um Verzicht auf die Erhebung eines Kostenvorschusses (Art. 63 Abs. 4 letzter Satz VwVG).

Zur Begründung bringt sie im Wesentlichen vor, die Vorinstanz hätte das Gesuch nicht als Wiedererwägungsgesuch entgegen nehmen dürfen. Vielmehr hätte sie es als neues Gesuch um Zustimmung zu einer Härtefallbewilligung ansehen und darauf eintreten müssen.

F.
Auf den weiteren Akteninhalt wird – soweit rechtserheblich – in den Erwägungen eingegangen.

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:

1.
1.1 Verfügungen der Vorinstanz, welche die Zustimmung zur Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung bzw. die Wiedererwägung einer solchen Verfügung zum Gegenstand haben, sind beim Bundesverwaltungsgericht anfechtbar; dieses entscheidet endgültig (Art. 31 ff. VGG i.V.m. Art. 5 VwVG; Art. 83 Bst. c Ziff. 2 BGG). Das Rechtsmittelverfahren richtet sich nach dem VwVG, sofern das VGG nichts anderes bestimmt (Art. 37 VGG).

1.2 Die Beschwerdeführerin ist zur Beschwerde legitimiert. Auf die frist- und formgerecht eingereichte Beschwerde (vgl. Art. 50 und 52 VwVG) ist einzutreten, soweit damit die Verpflichtung der Vorinstanz auf das Gesuch einzutreten beantragt wird. Soweit die Beschwerdeführerin die Erteilung der Zustimmung beantragt, kann auf die Beschwerde nicht eingetreten werden, da diese Frage nicht Gegenstand der angefochtenen Verfügung

bildete (vgl. KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes, 3. Aufl. 2013, N 686 ff., FELIX UHLMANN, in: Waldmann/Weissenberger [Hrsg.], Praxiskommentar VwVG, 2. Aufl. 2016, N 4 zu Art. 5 VwVG).

1.3 Das Bundesverwaltungsgericht verzichtet vorliegend auf die Durchführung eines Schriftenwechsels, da die Beschwerde – wie nachfolgend gezeigt wird – als von vornherein unbegründet anzusehen ist (vgl. Art. 57 VwVG *e contrario*; vgl. Urteile des BVGer E-1968/2018 vom 24. April 2018 E. 3 und D-8126/2015 vom 15. März 2016 E. 1.6; SEETHALER/PLÜSS, in: Waldmann/Weissenberger [Hrsg.], Praxiskommentar VwVG, 2. Aufl. 2016, N 27 zu Art. 57 VwVG m.H.).

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

3.
3.1 Die Beschwerdeführerin macht geltend, es sei nie ein Wiedererwägungsgesuch in Bezug auf die Verfügung vom 19. Januar 2010 gestellt worden; vielmehr gehe es um ein „normales Härtefallgesuch“, das sie bei der kantonalen Behörde eingereicht habe. Die Vorinstanz hätte sich mit dem Gesuch des Migrationsamts befassen müssen, d.h. sie hätte darauf eintreten und es materiell behandeln müssen.

3.2 In E. 1.1 und 2.1 der angefochtenen Verfügung führt die Vorinstanz aus, dass bereits mehrere Verfügungen und Rechtsmittelentscheide zur Frage vorlägen, ob der Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung an die Beschwerdeführerin zuzustimmen sei – zunächst gestützt auf Art. 50 Abs. 2 AuG, dann gestützt auf Art. 30 Abs. 1 Bst. b AuG. Dabei habe letztlich in allen Verfahren die Situation der Beschwerdeführerin mit Blick auf den Vollzug der Wegweisung im Zentrum gestanden. Daraus zieht die Vorinstanz den

Schluss, dass das zur Zustimmung unterbreitete Gesuch als „sinngemässes Wiedererwägungsgesuch“ in Bezug auf die Verfügung vom 19. Januar 2010 entgegenzunehmen und zu prüfen sei (E. 1.2).

3.3 Wie das Bundesverwaltungsgericht bereits angesichts einer ähnlich verlaufenden Argumentationslinie der Beschwerdeführerin im Rahmen des Verfahrens F-639/2018 (E. 3.3) ausgeführt hat, ist die Vorgehensweise der Vorinstanz nicht zu beanstanden. Wie die Beschwerdeführerin und das Migrationsamt ihre jeweiligen Gesuche bezeichnet haben, steht einer davon abweichenden rechtlichen Einordnung des Gesuchs um Zustimmung durch die Vorinstanz nicht entgegen. Es ist somit nicht zu beanstanden, dass die Vorinstanz den Antrag des Migrationsamts auf Zustimmung zur Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung gestützt auf Art. 30 Abs. 1 Bst. b AuG an die Beschwerdeführerin als Wiedererwägungsgesuch entgegen genommen hat.

4.

4.1 Somit bleibt zu prüfen, ob die Vorinstanz verpflichtet gewesen wäre, auf das Wiedererwägungsgesuch einzutreten. Zu beachten ist zunächst, dass Wiedererwägungsgesuche nicht dazu dienen dürfen, formell rechtskräftige Verfügungen fortwährend in Frage zu stellen. Dies gilt auch bei negativen Verfügungen, wenn kurz nach einer ablehnenden Verfügung ein identisches Gesuch eingereicht wird (vgl. KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI, a.a.O., N 715 m.H.). Die Behörde ist unter anderem verpflichtet, auf ein solches Gesuch einzutreten, wenn sich die Verhältnisse seit der früheren Verfügung wesentliche geändert haben oder dieses neue erhebliche Tatsachen und Beweismittel enthält, die nicht bereits im früheren Verfahren bekannt waren bzw. nicht hatten geltend gemacht werden können (vgl. KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI, a.a.O., N 717, 735 ff. je m.H.; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 7. Aufl. 2016, Rz. 1273 f. m.H.). Auf den vorliegenden Fall angewendet heisst das, es müssten erhebliche Tatsachen oder Beweismittel vorliegen, die erst nach dem Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 13. Februar 2018 entstanden bzw. verfügbar geworden sind. Sie müssen zudem geeignet scheinen, zu einer anderslautenden Verfügung zu führen (vgl. Urteile des BVGer F-639/2016 vom 13. Februar 2018 E. 4.2 m.H. und C-5176/2013 vom 1. September 2014 E. 5 – 5.2 m.H.; KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI, a.a.O., N 738, 742 m.H.).

4.2 Inhaltlich wird das Gesuch damit begründet, dass bei der Beschwerdeführerin sämtliche Kriterien eines schwerwiegenden persönlichen Härtefalls erfüllt seien (vgl. Art. 31 der Verordnung vom 24. Oktober 2007 über

Zulassung, Aufenthalt und Erwerbstätigkeit [VZAE, SR 142.201]). Sie dürfe nicht schlechter behandelt werden als Sans-Papiers im Rahmen der *Operation Papyrus* in Genf. Ihre Integration sei so weit fortgeschritten, dass es ihr gelungen sei, sich als Kandidatin für die Einbürgerung zu qualifizieren.

4.3 Aus dieser Begründung wird deutlich, dass die oben erwähnten Voraussetzungen, die einen Anspruch auf Behandlung eines Wiedererwägungsgesuchs begründen könnten, nicht erfüllt sind.

Wie die Vorinstanz in der angefochtenen Verfügung richtig festhält, gibt es keine Anhaltspunkte für eine seit der letzten Beurteilung im Februar 2018 erheblich weiter fortgeschrittene Integration der Beschwerdeführerin. Dieser Umstand muss nicht weiter beleuchtet werden; vielmehr entspricht er dem allgemeinen Lauf der Dinge. Ausserordentliche Umstände vorbehalten, schreitet eine Integration erfahrungsgemäss nicht innerhalb weniger Monate derart fort, dass von einer *wesentlichen* Veränderung der Sachlage im oben erwähnten Sinne ausgegangen werden könnte. Das seit dem 21. Dezember 2017 hängige Einbürgerungsverfahren (Akten SEM S. 701) stellt offensichtlich keine neue erhebliche Tatsache dar, die erst nach der letzten Beurteilung vom Februar 2018 eingetreten wäre. Auch der Hinweis auf die *Operation Papyrus* im Kanton Genf führt nicht zur Pflicht der Vorinstanz, das Wiedererwägungsgesuch zu behandeln, da die Ausgangslage der Beschwerdeführerin (Verlust der Aufenthaltsbewilligung und Wegweisung aus der Schweiz, jahrelanger Aufenthalt aufgrund von Wiedererwägungsgesuchen) nicht mit derjenigen der Zielgruppe der *Operation Papyrus* zu vergleichen ist (Vermittlung eines rechtlichen Status an sozial und wirtschaftlich gut integrierte Sans-papiers; vgl. www.ge.ch/dossier/operation-papyrus, abgerufen am 17. Oktober 2018).

4.4 Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Vorinstanz zu Recht davon ausgegangen ist, es lägen keine qualifizierten Wiedererwägungsgründe vor. Folglich ist die angefochtene Verfügung im Lichte von Art. 49 VwVG nicht zu beanstanden.

5.

Mit diesem, das Verfahrend abschliessenden Urteil werden die Anträge auf Gestattung des Aufenthalts für die Dauer des Verfahrens und auf Sistierung des Verfahrens bis zum Entscheid in der Einbürgerungssache gegenstandslos. Das gleiche gilt für das Gesuch um Verzicht auf die Erhebung eines Kostenvorschusses.

6.
Bei diesem Ausgang des Verfahrens trägt die Beschwerdeführerin die Kosten (vgl. Art. 63 Abs. 1 VwVG). Ihrem Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege (vgl. Art. 65 Abs. 1 und Abs. 2 VwVG) kann nicht stattgegeben werden, da aus den vorstehenden Erwägungen hervorgeht, dass die gestellten Begehren von vornherein aussichtslos waren (zum Begriff der Aussichtslosigkeit vgl. statt vieler: BGE 140 V 521 E. 9.1 m.H.).

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.
Die Beschwerde wird abgewiesen, soweit darauf eingetreten wird.

2.
Die Verfahrenskosten von Fr. 1‘200.- werden der Beschwerdeführerin auferlegt.

Dieser Betrag ist innert 30 Tagen nach Versand des vorliegenden Urteils zu Gunsten der Gerichtskasse zu überweisen.

3.
Dieses Urteil geht an:

– die Beschwerdeführerin (Einschreiben; Beilage: Einzahlungsschein)
– die Vorinstanz (Ref-Nr. […]; Beilagen: Vorakten, Doppel der Beschwerdeschrift vom 8. September 2018)
– das Migrationsamt des Kantons Basel-Stadt

Der vorsitzende Richter:	Die Gerichtsschreiberin:
Martin Kayser	Barbara Kradolfer

Versand: