



Abteilung IV
D-1959/2017
lan

Urteil vom 13. April 2018

Besetzung

Richter Hans Schürch (Vorsitz),
Richterin Christa Luterbacher,
Richter Yanick Felley,
Gerichtsschreiberin Eva Zürcher.

Parteien

A. _____, geboren am (...),
B. _____, geboren am (...),
beide Sri Lanka,
beide vertreten durch Guido Ehrler,
Advokaturbüro Roulet, Ehrler & Gessler,
Beschwerdeführende,

gegen

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

Gegenstand

Asyl und Wegweisung (Beschwerde gegen Wiedererwägungsentscheid);
Verfügung des SEM vom 23. Februar 2017 / N (...).

Sachverhalt:**A.**

Mit Verfügung vom 10. September 2015 wies das SEM die Asylgesuche der Beschwerdeführenden vom 16. Oktober 2013 ab, wies die Beschwerdeführenden aus der Schweiz weg und ordnete den Vollzug der Wegweisung an. Auf die dagegen erhobene Beschwerde wurde vom Bundesverwaltungsgericht mit Urteil vom 23. November 2015 mangels Bezahlung des verlangten Kostenvorschusses nicht eingetreten.

B.

Mit Eingabe vom 8. September 2016 an das SEM ersuchte der Rechtsvertreter der Beschwerdeführenden um einen vorsorglichen Vollzugsstopp im Hinblick auf die Einreichung eines qualifizierten Wiedererwägungsgesuchs. Mit Verfügung des SEM vom 16. September 2016 wurde das Gesuch um Aussetzung des Wegweisungsvollzugs abgewiesen.

C.

Mit Eingabe vom 15. Februar 2017 wurde ein Wiedererwägungsgesuch eingereicht und beantragt, die Ziff. 4 der Verfügung vom 10. September 2015 sei aufzuheben, die Gesuchstellenden seien in der Schweiz vorläufig aufzunehmen, die zuständigen kantonalen Behörden seien in einer selbständig anfechtbaren Zwischenverfügung zum Erlass vorsorglicher Massnahmen anzuweisen, bis zum rechtskräftigen Entscheid über das Wiedererwägungsgesuch sei von jeglichen Vollzugsmassnahmen abzusehen und den Gesuchstellenden sei die Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege mit dem Unterzeichner als Rechtsbeistand zu gewähren. Auf die Begründung wird nachfolgend eingegangen. Der Eingabe lagen ein ärztlicher Bericht vom 27. September 2016, ein Austrittsbericht des zuständigen Kantonsspitals vom 4. Mai 2016, ein Ultraschallbericht des zuständigen Kantonsspitals vom 17. Mai 2016 sowie ein weiterer ärztlicher Bericht vom 13. Februar 2017 bei.

D.

Mit Verfügung vom 23. Februar 2017 – eröffnet am 2. März 2017 – wies das SEM das Wiedererwägungsgesuch der Beschwerdeführenden vom 16. Februar 2017 (recte: vom 15. Februar 2017) ab, stellte fest, seine Verfügung vom 10. September 2015 sei rechtskräftig und vollstreckbar, erhob eine Gebühr in der Höhe von Fr. 600.– und stellte fest, dass einer allfälligen Beschwerde keine aufschiebende Wirkung zukomme. Auf die Begründung wird in den nachfolgenden Erwägungen Bezug genommen.

E.

Mit Eingabe vom 3. April 2017 an das Bundesverwaltungsgericht wurde um Aufhebung der vorinstanzlichen Verfügung vom 23. Februar 2017, um Aufhebung der Ziff. 4 der vorinstanzlichen Verfügung vom 10. September 2015 und um Gewährung der vorläufigen Aufnahme sowie eventualiter um Rückweisung der Sache an die Vorinstanz zur Behandlung des Wiedererwägungsgesuchs ersucht. In verfahrensrechtlicher Hinsicht verlangten die Beschwerdeführenden, die zuständigen kantonalen Behörden seien in einer selbständig anfechtbaren Zwischenverfügung mittels vorsorglicher Massnahmen anzuweisen, bis zum rechtskräftigen Entscheid über das vorliegende Wiedererwägungsgesuch von jeglichen Vollzugsmassnahmen abzusehen; ausserdem sei die unentgeltliche Prozessführung und die amtliche Rechtsverbeiständung zu gewähren. Zu den Einzelheiten der Begründung wird nachfolgend Stellung genommen.

F.

Mit Telefax vom 7. April 2017 wurde der Eingang der Beschwerde angezeigt.

G.

Mit Zwischenverfügung vom 7. April 2017 wurde den Beschwerdeführenden mitgeteilt, dass der Vollzug der Wegweisung per sofort ausgesetzt werde und sie den Ausgang des Beschwerdeverfahrens in der Schweiz abwarten könnten. Sie wurden aufgefordert, innert Frist entweder eine aktuelle Fürsorgebestätigung oder das beiliegende Formular „Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege“ ausgefüllt nachzureichen, verbunden mit der Androhung, im Unterlassungsfall werde von einer fehlenden Bedürftigkeit ausgegangen, was die Abweisung des Gesuchs um Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung und die Erhebung eines Kostenvorschusses zur Folge hätte. Über das Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung werde zu einem späteren Zeitpunkt entschieden. Einstweilen werde auf die Erhebung eines Kostenvorschusses verzichtet. Das Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtsverbeiständung wurde abgewiesen und die Vorinstanz wurde zur Vernehmlassung eingeladen.

H.

Mit Eingabe vom 18. April 2017 teilte der Rechtsvertreter mit, dass seine Mandanten kein Erwerbseinkommen hätten und keine Nothilfe erhielten, weil sie bei ihrer Tochter lebten. Das Formular habe er noch nicht zurückbekommen, weshalb um eine kurze Fristerstreckung ersucht werde. Die Fristerstreckung wurde bis am 1. Mai 2017 gewährt.

I.

In seiner Vernehmlassung vom 24. April 2017 nahm das SEM zur Beschwerde Stellung und verwies im Übrigen auf seine Erwägungen, an welchen festgehalten werde.

J.

Am 26. April 2017 wurde den Beschwerdeführenden ein Replikrecht eingeräumt.

K.

Mit Eingabe vom 2. Mai 2017 wurde das ausgefüllte Formular „Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege“ nachgereicht und nochmals auf das fehlende Erwerbseinkommen der Beschwerdeführenden hingewiesen. Weitere Unterlagen könnten bei Bedarf mit der Replik eingereicht werden.

L.

Mit Eingabe vom 11. Mai 2017 wurde zur vorinstanzlichen Vernehmlassung Stellung genommen und eine Kostennote zu den Akten gegeben.

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:**1.**

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. Nachdem gemäss Lehre und Praxis Wiedererwägungsentscheide grundsätzlich wie die ursprüngliche Verfügung auf dem ordentlichen Rechtsmittelweg weitergezogen werden können, ist das Bundesverwaltungsgericht für die Beurteilung der vorliegenden Beschwerde zuständig. Es entscheidet auf dem Gebiet des Asyls – in der Regel und auch vorliegend – endgültig (Art. 105 AsylG [SR 142.31]; Art. 83 Bst. d Ziff. 1 BGG).

1.2 Die Beschwerde ist frist- und formgerecht eingereicht. Die Beschwerdeführenden haben am Verfahren vor der Vorinstanz teilgenommen, sind durch die angefochtene Verfügung besonders berührt und haben ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung beziehungsweise Änderung. Sie sind daher zur Einreichung der Beschwerde legitimiert (Art. 105

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

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).

3.

Vorliegend wurde im Wiedererwägungsgesuch vom 15. Februar 2017 in materieller Hinsicht die Aufhebung der Ziff. 4 der vorinstanzlichen Verfügung vom 10. September 2015, mithin also das Absehen vom Wegweisungsvollzug, beantragt. Prüfungsgegenstand ist somit nur die Frage, ob der Vollzug der Wegweisung der Beschwerdeführenden in ihr Heimatland zulässig, zumutbar und möglich ist, wobei diese Prüfung nur erfolgen kann, wenn keine formellen Mängel zu einer Rückweisung Anlass geben. Allfällige formelle Mängel der angefochtenen Verfügung sind nicht nur auf Begehren, sondern auch von Amtes wegen zu prüfen. Vorliegend wurde die Rückweisung an die Vorinstanz im Eventualantrag beantragt.

4.

4.1 In seinen Erwägungen hat das SEM in einem ersten Schritt argumentiert, die (...) der Beschwerdeführerin sei schon im April 2016 diagnostiziert worden, und ihre Hausärztin habe in ihrem Bericht vom 31. August 2016 keine neuen Erkenntnisse dargelegt. Auch dem ärztlichen Bericht vom 27. September 2016 könnten keine neuen Aspekte entnommen werden. Das erst am 15. Februar 2017 gestellte Wiedererwägungsgesuch hätte unter diesen Umständen spätestens 30 Tage nach Einholung des Arztberichtes der Hausärztin eingereicht werden müssen. Somit seien die Vorbringen und Beweismittel als verspätet zu betrachten. An dieser Einschätzung vermöge die am 13. Februar 2017 mittels blosser Unterschrift bestätigte Gültigkeit des Arztberichtes vom 31. August 2016 nichts zu ändern. Ferner hat das SEM in Bezug auf die Zulässigkeit des Wegweisungsvollzugs und auf die Begründung der Flüchtlingseigenschaft festgestellt, dass im Hinblick auf allfällige völkerrechtliche Schranken nicht von einem medizinischen Extremfall auszugehen sei und die Grundversorgung in Sri Lanka, auch im Vanni-Gebiet, gewährleistet sowie in staatlichen Gesundheitseinrichtungen der Erhalt von medizinischen Behandlungen und Medikamenten kostenlos sei.

4.2 Demgegenüber wurde in der Beschwerde argumentiert, dass die Beschwerdeführerin, eine betagte und gebrechliche Frau, aufgrund von (...) und einer (...) mehrmals habe hospitalisiert werden müssen, lebenslang (...) und (...) Medikamente benötige sowie an einem (...) und an einer (...) leide. Die Beschwerde richte sich gegen einen Nichteintretensentscheid des SEM, welchen das SEM mit fehlender Zuständigkeit begründe. Das SEM verkenne mit seiner Argumentation, dass der Arztbericht vom 31. August 2016 direkt dem Amt zugestellt worden sei, weshalb das SEM seit Ende August 2016 in voller Kenntnis der medizinisch begründeten Wegweisungshindernisse gewesen sei. Das SEM sei verpflichtet, auch ohne ausdrückliches Wiedererwägungsgesuch ein Wegweisungsverfahren durchzuführen, wenn neue Tatsachen vorlägen, welche auf ein Vollzugshindernis hindeuten würden. Spätestens nach der Mitteilung des Rechtsvertreters vom 8. September 2016 habe das SEM ein Wiedererwägungsverfahren eröffnet und den Beschwerdeführenden am 16. September 2016 mitgeteilt, dass der Vollzug der Wegweisung nicht ausgesetzt werde. Eine verfahrensabschliessende Verfügung sei nie erfolgt. Unter diesen Umständen könne den Beschwerdeführenden nicht vorgeworfen werden, sie hätten zu spät reagiert. Dies sei rechtsmissbräuchlich. Zudem treffe die in Art. 83 Abs. 3 AsylG (recte: AuG) geschilderte Gefährdungslage erst mit dem Vollzug der Wegweisung ein, mithin wenn die nötige medizinische Behandlung in der Schweiz nicht mehr gewährleistet sei und deshalb eine konkrete Gefahr drohe. Folglich könnten Fristen erst im Fall einer konkreten Androhung des Wegweisungsvollzugs zu laufen beginnen, was vorliegend am 9. Februar 2017 der Fall gewesen sei, als die Beschwerdeführenden vom zuständigen Migrationsamt darüber orientiert worden seien, dass heimatliche Ausweispapiere ausgestellt und die Flüge gebucht würden. Erst zu diesem Zeitpunkt sei klar gewesen, dass die medizinische Behandlung in der Schweiz abgebrochen würde. Unter diesen Umständen sei die Frist von Art. 111b AsylG eingehalten worden und das SEM hätte auf das Wiedererwägungsgesuch eintreten müssen. Die angefochtene Verfügung verletze zudem die Begründungspflicht, weil das SEM nicht näher ausgeführt habe, warum kein Extremfall nach Art. 3 EMRK vorliege. Das vorliegend komplexe medizinische Krankheitsbild könne nicht allein mit Medikamenten behandelt werden; vielmehr müsse auch sichergestellt werden, dass die überlebensnotwendige (...) im Heimatland erhältlich und finanzierbar sei sowie dass regelmässige engmaschige ärztliche Kontrollen durchführbar seien. Dies könne unter den gegebenen Bedingungen in Sri Lanka nicht bejaht werden. Insbesondere die von ärztlicher Seite festgestellte schlechte Behandlungsprognose stelle ein deutliches Indiz dar, dass ein Extremfall vorliege.

4.3 In ihrer Vernehmlassung vom 24. April 2017 legte die Vorinstanz dar, sie habe die Eingabe der Beschwerdeführenden vom 8. September 2016 nicht als Wiedererwägungsgesuch entgegengenommen, weil bloss um Aussetzung des Wegweisungsvollzugs ersucht und die Einreichung eines Wiedererwägungsgesuchs in Aussicht gestellt worden seien. Unter diesen Umständen habe das SEM nur über das Begehren um Vollzugsaussetzung befinden können, was mit Schreiben vom 16. September 2017 geschehen sei. Diese ablehnende Verfügung sei unangefochten in Rechtskraft erwachsen. Von einem seit dem 8. September 2016 fortbestehenden Wiedererwägungsverfahren könne somit nicht die Rede sein. Hinsichtlich des Beginns der Frist nach Art. 111b AsylG stellte das SEM fest, dass mit dem Entscheid des SEM vom 10. September 2015 nicht nur die Wegweisung, sondern auch – entgegen der Ansicht der Beschwerdeführenden – deren Vollzug konkret angeordnet worden sei. Vorliegend sei keine vorläufige Aufnahme verfügt worden, welche dem Vollzug der Wegweisung entgegengestanden hätte. Folglich stelle nicht der Zeitpunkt, in welchem das kantonale Migrationsamt die Ausstellung von Reisepässen in Aussicht stelle, den Beginn der 30-tägigen Frist nach Art. 111b AsylG dar.

4.4 In ihrer Replik vom 11. Mai 2017 legten die Beschwerdeführenden dar, das SEM stelle in seiner Vernehmlassung nicht in Abrede, dass es in der ersten Septemberwoche 2016 Kenntnis vom ärztlichen Bericht vom 31. August 2016 erhalten habe. Wegweisungsvollzugshindernisse seien von Amtes wegen zu berücksichtigen. Unter diesen Umständen könne der Argumentation des SEM betreffend verspäteter Vorbringen nicht gefolgt werden, da aus dem erwähnten Arztbericht ausreichende Hinweise auf das Bestehen von neu aufgetretenen medizinisch begründeten Vollzugshindernissen hervorgegangen seien. In Kenntnis der neuen Sachlage habe das SEM ein Wiedererwägungsverfahren eröffnet, zu welchem es auch ohne ausdrücklichen Antrag berechtigt sei. Die Aussicht auf ein Wiedererwägungsgesuch in der Eingabe vom 8. September 2016 spiele dabei keine Rolle. Zudem sei das Wiedererwägungsgesuch am 16. September 2016 ja eingereicht worden. Die Gefährdungslage von Art. 83 Abs. 4 AuG trete erst ein, wenn die betroffene Person mit dem Vollzug der Wegweisung rechnen müsse, weshalb die Frist erst dann zu laufen beginne, wenn der Wegweisungsvollzug konkret drohe. Aufgrund der besonderen Umstände treffe dies vorliegend nicht mit dem Zeitpunkt der Anordnung des Wegweisungsvollzugs zusammen, weil die Beschwerdeführerin wegen ihres Gesundheitszustandes nie zu einem Ausreisegespräch eingeladen worden sei und das SEM zusätzliche Abklärungsmassnahmen getroffen habe. Erst mit dem Schreiben vom 9. Februar 2017 sei der Wegweisungsvollzug konkret

geworden. Es sei nicht Sinn von Art. 111b AsylG, dass jede ärztliche Behandlung und jeder Arztbericht fristauslösend seien, weil in diesem Fall die Einreichung von Wiedererwägungsgesuchen aus Fristgründen auch dann nötig würde, wenn noch nicht feststehe, ob Wegweisungshindernisse dauerhaft seien oder nicht.

5.

Vorab ist Folgendes festzuhalten:

5.1 Entgegen der Argumentation seitens der Beschwerdeführenden im Beschwerdeverfahren hat das SEM von sich aus kein Wiedererwägungsverfahren eingeleitet. Ebenso wenig wurde gestützt auf die bestehenden Akten am 16. September 2016 ein Wiedererwägungsgesuch gestellt. Mit der Eingabe des Rechtsvertreters vom 8. September 2016 wurde konkret um Akteneinsicht im Hinblick auf die Einreichung eines Wiedererwägungsgesuchs und um einen vorsorglichen Vollzugsstopp ersucht. Weitere konkrete Begehren wurden nicht gestellt. Mit Schreiben des SEM vom 16. September 2016 wurde Akteneinsicht gewährt, und mit einer separaten Verfügung – ebenfalls vom 16. September 2016 – stellte das SEM fest, der Vollzug der Wegweisung werde nicht ausgesetzt, und gewährte den Beschwerdeführenden ein Rekursrecht beim Bundesverwaltungsgericht innerhalb von 10 Tagen. Gestützt auf die Aktenlage erwuchs die Verfügung des SEM vom 16. September 2016 in Rechtskraft. Weder die Eingabe des Rechtsvertreters vom 8. September 2016 noch die Verfügung des SEM vom 16. September 2016 kann als konkretes Wiedererwägungsgesuch qualifiziert werden. Vielmehr ist aus der Eingabe vom 8. September 2016 zu schliessen, dass möglicherweise die Einreichung eines Wiedererwägungsgesuchs von Seiten der Beschwerdeführenden geplant war, aber mangels Vorliegen der dazu nötigen Akten noch nicht erfolgen konnte. Die Argumentation des Rechtsvertreters, mit den beiden Schriftstücken vom 8. und 16. September 2016 sei nach wie vor ein Wiedererwägungsgesuch hängig, das vom SEM nie entschieden worden sei, ist unter diesen Umständen nicht zutreffend. Das SEM hat – entgegen der Darstellung seitens der Rechtsvertretung – keinen Verfahrensfehler begangen. Das erste und einzige konkret eingereichte Wiedererwägungsgesuch ist somit das vorliegend zu beurteilende vom 15. Februar 2017.

5.2 Sodann wurde in der Beschwerde geltend gemacht, die Beschwerde richte sich gegen einen Nichteintretensentscheid, den das SEM mit fehlender Zuständigkeit begründe. Die angefochtene Verfügung stellt indessen eine Abweisung und keinen Nichteintretensentscheid dar. Aus der Ziff. 1

des Verfügungsdispositivs ergibt sich, dass das SEM das Wiedererwägungsgesuch abgewiesen hat, wobei aus dem Zusammenhang klar ist, dass das Wiedererwägungsgesuch vom 15. Februar 2017 gemeint ist, zumal kein anderes Gesuch vorlag beziehungsweise hängig war, wie den vorangehenden Erwägungen entnommen werden kann. Darüber hinaus hat sich das SEM gestützt auf die Aktenlage nicht als unzuständig betrachtet. Die Rechtsvertretung der Beschwerdeführenden geht somit fehl in der Annahme, Anfechtungsgegenstand sei ein Nichteintretensentscheid, der mangels Zuständigkeit erfolgt sei.

6.

6.1 Anfechtungsgegenstand ist ferner das Dispositiv einer Verfügung (vgl. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-6522/2010 vom 18. März 2011 E. 4.2; FRITZ GYGI, Bundesverwaltungsrechtspflege, 2. Aufl., Bern 1983, S. 128). Im Dispositiv wird verbindlich festgelegt, wie ein Rechtsverhältnis zu regeln ist, während die Erwägungen bloss der Erläuterung und der Begründung dienen. Im Fall von Unklarheiten können sie zu dessen Auslegung herangezogen werden. Widersprechen sich Dispositiv und Erwägungen, ist Ersteres ausschlaggebend. Soll der Widerspruch beigelegt werden, ist eine Anfechtung der Verfügung nötig (vgl. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-2585/2013 vom 30. Mai 2013; MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER; Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht, 2. Aufl. Basel, 2013, RZ 3'185).

6.2 Aus der Ziff. 1 des Dispositivs der angefochtenen Verfügung ergibt sich, dass das SEM das Wiedererwägungsgesuch der Beschwerdeführenden vom 15. Februar 2017 abwies. Diese Formulierung lässt auf eine vollumfängliche Abweisung schliessen. In den Erwägungen unter Ziff. 2 hingegen argumentiert das SEM einerseits inhaltlich mit der Verspätung der Vorbringen, womit es auf ein Nichteintreten infolge verspäteter Vorbringen abzielt; indessen lässt es eine eindeutige diesbezügliche Schlussfolgerung vermissen. Andererseits setzt es sich in Ziff. 3 seiner Erwägungen (in Bezug auf die Flüchtlingseigenschaft und die Zulässigkeit des Wegweisungsvollzugs) auch materiell mit den Vorbringen auseinander, indem es zusammenfassend festhält, dass medizinische Gründe nur unter ganz aussergewöhnlichen Umständen, nämlich wenn ein Wegweisungsvollzug gegen Art. 3 EMRK verstossen würde, zur dessen Unzulässigkeit führen, vorliegend indessen keine solchen vorlägen. Seine Argumentation enthält mithin sowohl Elemente, welche auf ein Nichteintreten abzielen, als auch solche, welche zu einer Abweisung führen. Damit lässt sich der Inhalt der Erwägungen in

Bezug auf die Elemente des Nichteintretens nicht mit der Ziff. 1 des Dispositivs der angefochtenen Verfügung, wonach das Wiedererwägungsgesuch abgewiesen werde, vereinbaren.

6.3 Das Wiedererwägungsgesuch 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; im Übrigen richtet sich das Verfahren nach den revisionsrechtlichen Bestimmungen von Art. 66-68 VwVG (vgl. Art. 111b Abs. 1 AsylG).

6.4 Soweit das SEM in seinen Erwägungen zum Schluss kommt, die Beweismittel und Vorbringen im Wiedererwägungsgesuch seien verspätet, hätte es somit – gestützt auf die oben erwähnte gesetzliche Grundlage – auf das Wiedererwägungsgesuch nicht eintreten dürfen (vgl. als Beispiel: Urteil des Bundesverwaltungsgericht E-946/2018 vom 20. Februar 2018, das vorinstanzliche Verfahren N 661 553 betreffend). Im Dispositiv und in Ziff. 4 der Erwägungen der angefochtenen Verfügung wurde indessen das Wiedererwägungsgesuch vollumfänglich abgewiesen. Mithin stehen in diesem Punkt das Dispositiv und die Begründung in einem Widerspruch zueinander, wobei gestützt auf die vorangehenden Erwägungen in diesem Fall das Dispositiv massgeblich ist, mithin also trotz einer Argumentation, welche auf einen Nichteintretensentscheid abzielt, von einer vollumfänglichen Abweisung ausgegangen werden muss.

6.5 Es stellt sich somit die Frage, ob im vorliegenden Fall aufgrund der Divergenz zwischen Erwägungen und Dispositiv in der angefochtenen Verfügung von einer rechtsgenügelichen Begründung auszugehen ist:

6.5.1 Der in Art. 29 Abs. 2 BV verankerte Anspruch auf rechtliches Gehör, welcher in den Art. 29 ff. VwVG konkretisiert wird, dient einerseits der Aufklärung des Sachverhalts, andererseits stellt er ein persönlichkeitsbezogenes Mitwirkungsrecht der Partei dar. Der Anspruch auf rechtliches Gehör verlangt, dass die verfügende Behörde die Vorbringen des Betroffenen tatsächlich hört, sorgfältig und ernsthaft prüft und in der Entscheidungsfindung berücksichtigt, was sich entsprechend in der Entscheidungsbegründung niederschlagen muss. Die Begründung ist so abzufassen, dass der Betroffene den Entscheid gegebenenfalls sachgerecht anfechten kann, was nur dann der Fall ist, wenn sich sowohl der Betroffene als auch die Rechtsmittelinstanz über die Tragweite des Entscheides ein Bild machen können (vgl. LORENZ KNEUBÜHLER, in: Auer/Müller/Schindler [Hrsg.], Kommentar zum

Bundesgesetz über das VwVG, 2008, N. 6 ff. zu Art. 35; BVGE 2007/30 E. 5.6). Dabei muss sich die verfügende Behörde nicht ausdrücklich mit jeder tatbeständlichen Behauptung und jedem rechtlichen Einwand auseinandersetzen, sondern kann sich auf die wesentlichen Gesichtspunkte beschränken. Die Behörde hat allerdings wenigstens die Überlegungen kurz anzuführen, von denen sie sich leiten liess und auf welche sie ihren Entscheid stützt. Die Begründungsdichte richtet sich nach dem Verfügungsgegenstand, den Verfahrensumständen und den Interessen des Betroffenen, wobei bei schwerwiegenden Eingriffen in die rechtlich geschützten Interessen des Betroffenen – und um solche geht es bei den Fragen von Flüchtlingseigenschaft und Asyl beziehungsweise vorliegend eines Wegweisungsvollzugs – eine sorgfältige Begründung verlangt wird (BVGE 2008/47 E. 3.2; Entscheide und Mitteilungen der Schweizerische Asylrekurskommission [EMARK] 2006 Nr. 24 E. 5.1).

6.5.2 Das SEM hat sich in Bezug auf die Vorbringen der Beschwerdeführenden in einem ersten Teil (vgl. Ziff. 2 der Erwägungen der angefochtenen Verfügung) inhaltlich mit den formellen Voraussetzungen des Wiedererwägungsgesuchs auseinandergesetzt, was auch in seinem Einleitungssatz, wonach das Wiedererwägungsgesuch innert 30 Tagen nach Entdeckung des Wiedererwägungsgrundes einzureichen sei, zum Ausdruck kommt. Dabei ist es zum Schluss gekommen, dass die Vorbringen und Beweismittel als verspätet zu qualifizieren seien. Materiell hat es sich mit der Zumutbarkeit des Wegweisungsvollzugs nicht befasst. In einem zweiten Teil (vgl. Ziff. 3 der Erwägungen der angefochtenen Verfügung) hat das SEM argumentiert, dass verspätete Tatsachen und Beweismittel nur im Fall von völkerrechtlichen Schranken berücksichtigt werden könnten, worauf es unter diesem Aspekt eine materielle Prüfung vorgenommen und festgestellt hat, der Wegweisungsvollzug stelle keine Verletzung von Art. 3 EMRK dar. Mithin hat das SEM folglich unter dem Gesichtspunkt der Zulässigkeit des Wegweisungsvollzugs zwar die wiedererwägungsrechtlich geltend gemachten Vorbringen materiell geprüft, sich indessen mit Blick auf die Prüfung der Zumutbarkeit des Wegweisungsvollzugs darauf beschränkt, festzustellen, die Vorbringen und Beweismittel seien verspätet eingereicht worden, was inhaltlich keine materielle Beurteilung der Zumutbarkeit des Wegweisungsvollzugs darstellt. Dieses Vorgehen lässt sich nicht mit der im Dispositiv unter Ziff. 1 und in den Erwägungen unter Ziff. 4 erwähnten Feststellung, wonach das Wiedererwägungsgesuch abgewiesen werde, vereinbaren, weil eine vollumfängliche Abweisung derselben auch die materielle Prüfung der Zumutbarkeit des Wegweisungsvollzugs erfordert hätte, was aber vom SEM unterlassen worden ist. Mithin hat es inhaltlich Elemente

des Nichteintretens mit denjenigen einer Abweisung vermischt, was zur Folge hat, dass die Erwägungen nicht in allen Teilen mit der im Dispositiv festgehaltenen Schlussfolgerung übereinstimmen. Im Fall einer vollumfänglichen Abweisung hätte das SEM auch die Zumutbarkeit des Wegweisungsvollzugs materiell prüfen und entsprechend begründen müssen, weshalb es unter den vorliegenden Umständen die ihm obliegende Begründungspflicht verletzt hat.

6.5.3 Aufgrund des Gesagten ist die vorinstanzliche Verfügung vom 23. Februar 2017 zu Recht angefochten worden (vgl. MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER; a.a.O. RZ 3'185), auch wenn die Beschwerde nicht ausdrücklich damit begründet wurde, dass das Dispositiv nicht mit allen Teilen der Erwägungen übereinstimmt. Tatsache ist, dass das SEM die Zumutbarkeit des Wegweisungsvollzugs trotz materieller Abweisung des Wiedererwägungsgesuchs nicht begründet und damit den Untersuchungsgrundsatz beziehungsweise die Begründungspflicht verletzt hat.

6.6 Beschwerden gegen Verfügungen des SEM über die Verweigerung des Asyls und die Wegweisung haben grundsätzlich reformatorischen und nur ausnahmsweise kassatorischen Charakter (Art. 105 Abs. 1 und Art. 6 AsylG i.V.m. Art. 61 Abs. 1 VwVG). Reformatorische Entscheidungen setzen indessen Entscheidungsreife voraus, was vorliegend aufgrund der Divergenz zwischen Erwägungen und Dispositiv in der angefochtenen Verfügung nicht der Fall ist.

6.7 Die Heilung einer Gehörsverletzung aus prozessökonomischen Gründen auf Beschwerdeebene ist zudem nur dann möglich, wenn das Versäumte nachgeholt wird, die beschwerdeführende Person dazu Stellung nehmen kann und der Beschwerdeinstanz im streitigen Fall die freie Überprüfungsbefugnis in Bezug auf Tatbestand und Rechtsanwendung zukommt, sowie die festgestellte Verletzung nicht schwerwiegender Natur ist und die fehlende Entschaidungsreife durch die Beschwerdeinstanz mit vertretbarem Aufwand hergestellt werden kann (vgl. BVGE 2008/47 E. 3.3.4 S. 676 f. mit weiteren Hinweisen).

6.8 Im vorliegenden Fall handelt es sich um eine schwerwiegende Gehörsverletzung, welche auf Beschwerdeebene nicht geheilt werden kann. Das SEM hat mit der Divergenz zwischen Erwägungen und Dispositiv keine klare, unmissverständliche und eindeutige Verfügung erlassen, gestützt auf welche die Beschwerdeführenden hätten Beschwerde erheben kön-

nen, was auch in der Formulierung, das SEM sei auf das Wiedererwägungsgesuch nicht eingetreten beziehungsweise habe dieses abgewiesen (vgl. Ziff. 1 der Beschwerde) zum Ausdruck kommt. Folglich ist der in der Beschwerde gestellte Antrag (Ziff. 1 der Rechtsbegehren) zu Recht erhoben worden. Die Beschwerde ist in diesem Sinn gutzuheissen.

6.9 Die angefochtene Verfügung ist folglich aufzuheben und die Sache zur Neubeurteilung im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückzuweisen.

7.

Aufgrund der Gutheissung der Beschwerde werden keine Verfahrenskosten erhoben.

8.

Die Beschwerdeinstanz kann der ganz oder teilweise obsiegenden Partei von Amtes wegen oder auf Begehren eine Entschädigung für ihr erwachsene notwendige und verhältnismässig hohe Kosten zusprechen (Art. 64 Abs. 1 VwVG i.V.m. Art. 7 des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]). Die Beschwerdeführenden obsiegen mit der Kasation im ersten Rechtsbegehren der Beschwerde. Seitens der Rechtsvertretung wurde mit Eingabe vom 11. Mai 2017 eine Kostennote eingereicht, in welcher insgesamt ein Honorar in der Höhe von Fr. 2'212.60 geltend gemacht wurde, wobei Fr. 48.70 für Auslagen und Fr. 163.90 für die Mehrwertsteuer berechnet wurden. Dieser ausgewiesene Aufwand scheint angesichts des geringen Aktenumfangs als stark überhöht, weshalb unter Berücksichtigung der massgeblichen Bemessungsfaktoren eine Parteientschädigung von Fr. 1000.– (inkl. Auslagen und Mehrwertsteuerzuschlag) als angemessen zu erachten ist. Das SEM hat den Beschwerdeführenden eine Parteientschädigung in der Höhe von Fr. 1000.– auszurichten.

(Dispositiv nächste Seite)

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.

Die Beschwerde wird im Sinne der Erwägungen gutgeheissen, soweit darauf eingetreten wird.

2.

Die vorinstanzliche Verfügung vom 23. Februar 2017 wird aufgehoben, und die Sache wird zur Neuurteilung zurückgewiesen.

3.

Es werden keine Verfahrenskosten auferlegt.

4.

Das SEM hat den Beschwerdeführenden für das Rechtsmittelverfahren eine Parteientschädigung von Fr. 1000.– zu entrichten.

5.

Dieses Urteil geht an die Beschwerdeführenden, das SEM und die kantonale Migrationsbehörde.

Der vorsitzende Richter:

Die Gerichtsschreiberin:

Hans Schürch

Eva Zürcher

Versand: