



Urteil vom 25. Oktober 2022

Besetzung

Richterin Nina Spälti Giannakitsas (Vorsitz),
Richterin Gabriela Freihofer, Richter Daniele Cattaneo,
Richter Gérald Bovier, Richterin Mia Fuchs,
Gerichtsschreiber Linus Sonderegger.

Parteien

A. _____, geboren am (...),
Sri Lanka,
vertreten durch MLaw Aileen Rose Kreyden, Rechtsanwältin,
substituiert durch MLaw David Hongler,
(...),
Beschwerdeführerin,

gegen

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

Gegenstand

Asyl und Wegweisung (Wiedererwägung);
Verfügung des SEM vom 22. April 2021 / N (...).

Sachverhalt:**A.**

Die Beschwerdeführerin suchte am 21. Oktober 2019 in der Schweiz um Asyl nach. Sie machte im Wesentlichen geltend, sie sei nach einem Streit mit ihrem Ex-Verlobten, welcher der sri-lankischen Armee angehört habe, mehrfach von ihm und weiteren Soldaten misshandelt und vergewaltigt worden.

B.

Mit Verfügung vom 6. April 2020 lehnte das SEM das Asylgesuch ab und ordnete die Wegweisung aus der Schweiz sowie den Vollzug an. Gegen diese Verfügung erhob die Beschwerdeführerin Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht, welche mit Urteil D-2279/2020 vom 9. November 2020 abgewiesen wurde.

C.

Mit einer als Mehrfachgesuch bezeichneten Eingabe gelangte die Beschwerdeführerin am 4. März 2021 erneut ans SEM. Darin machte sie im Wesentlichen geltend, dass sie im ersten Asylverfahren einen wesentlichen Teil ihrer Fluchtgründe verschwiegen habe. Die sexuellen Übergriffe durch die Angehörigen des sri-lankischen Militärs hätten sich tatsächlich so zugetragen, allerdings vor einem anderen Hintergrund. Sie sei langjähriges Mitglied der Liberation Tigers of Tamil Eelam (LTTE) gewesen und habe als Agentin des Geheimdienstes Beziehungen zu Militärpersonal aufgebaut, was ihr schlussendlich zum Verhängnis geworden sei. Sie habe ihre LTTE-Vergangenheit bisher verschwiegen, da sie sich vor einer Rückführung nach Sri Lanka gefürchtet habe. Das Verschweigen sei ein Fehler gewesen, den sie bereue.

Zur Stützung ihrer Vorbringen reichte sie einen persönlichen Bericht, zwei Fotografien, die sie angeblich in LTTE-Uniform in den Jahren 1995 und 1997 zeigen, zwei Vergleichsfotos und einen Kurzaustrittsbericht der (...) vom (...) 2021 ein.

D.

Das SEM nahm die Eingabe als Wiedererwägungsgesuch nach Art. 111b AsylG (SR 142.31) entgegen, trat mit Verfügung vom 22. April 2021 (Eröffnung am 23. April 2021) auf dieses nicht ein und erhob eine Gebühr von Fr. 600.–.

E.

Diese Verfügung focht die Beschwerdeführerin mit Eingabe ihres Rechtsvertreters vom 30. April 2021 beim Bundesverwaltungsgericht an. Sie beantragte die Aufhebung der angefochtenen Verfügung verbunden mit der Anweisung an das SEM, auf das Asylgesuch einzutreten.

In prozessualer Hinsicht beantragte sie die Gewährung der aufschiebenden Wirkung und die Anordnung eines vorsorglichen Vollzugsstopps. Ferner sei die Beschwerde mit dem gleichzeitig anhängig gemachten Revisionsgesuch (Verfahren D-2046/2021) koordiniert zu behandeln. Schliesslich sei der Beschwerdeführerin die unentgeltliche Prozessführung und amtliche Rechtsverteidigung gemäss Art. 65 Abs. 1 und 2 VwVG zu gewähren.

F.

Mit Zwischenverfügung vom 21. Mai 2021 hiess das Bundesverwaltungsgericht das Gesuch um Aussetzung des Vollzugs gut. Die Gesuche um Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung und amtlichen Rechtsverteidigung wurden ebenfalls gutgeheissen und die rubrizierte Rechtsvertreterin als amtliche Rechtsbeiständin beigeordnet.

G.

Das gleichzeitig angehobene Revisionsverfahren wurde mit Zwischenverfügung ebenfalls vom 21. Mai 2021 bis zum Entscheid über das vorliegende Beschwerdeverfahren sistiert.

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; Art. 83 Bst. d Ziff. 1 BGG).

1.2 Die Beschwerde ist frist- und formgerecht eingereicht worden. Die Beschwerdeführerin hat am Verfahren vor der Vorinstanz teilgenommen, 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 (Art. 105 und Art. 108 Abs. 3 AsylG; Art. 48 Abs. 1 sowie Art. 52 Abs. 1 VwVG). Auf die Beschwerde ist einzutreten.

1.3 Dieses Urteil ergeht in Anwendung von Art. 21 und Art. 24 VGG in Verbindung mit Art. 32 Abs. 2 und 3 des Geschäftsreglements vom 17. April 2008 für das Bundesverwaltungsgericht (VGR, SR 173.320.1) in Besetzung mit fünf Richtern beziehungsweise Richterinnen. Folgende Aussage bildete Gegenstand eines gesamtgerichtlichen Koordinationsverfahrens aller Abteilungen des Bundesverwaltungsgerichts im Sinne von Art. 25 Abs. 2 und 3 VGG:

Liegt ein materielles Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vor, sind Tatsachen, die von einer Partei im ordentlichen Verfahren verschwiegen worden sind, im Rahmen eines Revisionsverfahrens nach Art. 45 VGG in Verbindung mit Art. 121 ff. BGG geltend zu machen.

2.

Gestützt auf Art. 111a Abs. 1 AsylG wurde auf die Durchführung eines Schriftenwechsels verzichtet.

3.

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).

4.

Vorliegend ist die Beurteilungskompetenz des Gerichts auf die Frage beschränkt, ob die Vorinstanz zu Recht auf die Eingabe vom 4. März 2021 nicht eingetreten ist (vgl. BVGE 2007/8 E. 2.1 m.w.H.).

5.

Die Vorinstanz qualifizierte die Eingabe vom 4. März 2021 als Wiedererwägungsgesuch im Sinne von Art. 111b AsylG und trat auf dieses hinsichtlich der neu vorgebrachten Fluchtgründe mangels funktionaler Zuständigkeit und hinsichtlich der gesundheitlichen Gründe mangels hinreichender Begründung nicht ein.

Nachfolgend wird zunächst auf die Fragen der rechtlichen Qualifikation und funktionalen Zuständigkeit bezüglich der neu vorgebrachten Fluchtgründe eingegangen (vgl. E. 6-9) und im Anschluss auf die Frage der hinreichenden Begründung der gesundheitlichen Gründe (vgl. E. 10).

6.

6.1 Die Vorinstanz begründete ihre Unzuständigkeit damit, dass es sich bei den Ausführungen zur LTTE-Vergangenheit um eine Tatsache handle, die sich vor dem materiellen Urteil des Bundesverwaltungsgerichts D-2279/2020 vom 9. November 2020 ereignet habe und daher im Rahmen eines Revisionsgesuchs nach Art. 45 VGG in Verbindung mit Art. 121 ff. BGG beim Bundesverwaltungsgericht einzubringen wäre. Denn dieses Vorbringen zielt auf eine Neuurteilung eines Sachverhalts ab, mit dem sich das Bundesverwaltungsgericht bereits materiell auseinandergesetzt habe. Aus den revisionsrechtlichen Regelungen ergebe sich, dass nur das Gericht selbst Sachverhalte einer Neuurteilung unterziehen dürfe, die durch ein materielles Urteil in Rechtskraft erwachsen seien.

6.2 Die Beschwerdeführerin hielt dieser Argumentation entgegen, das SEM hätte das Gesuch als Mehrfachgesuch entgegennehmen und beurteilen müssen. Bei den neu geltend gemachten Tatsachen würde es sich um Asylgründe handeln, die im Erstverfahren nicht geltend gemacht worden seien. Sie bezögen sich auf die Flüchtlingseigenschaft sowie das Non-Refoulement-Gebot, mithin auf zwingendes Völkerrecht. In Konstellationen wie der vorliegenden, in welcher unverschuldet nachträglich neue asylrelevante Tatsachen vorgetragen würden, müsse das SEM diese im Rahmen eines Mehrfachgesuchs prüfen. Ansonsten werde der Instanzenzug unterwandert. In diesem Punkt unterscheide sich die Konstellation auch von derjenigen in den Entscheiden und Mitteilungen der Schweizerischen Asylrekurskommission (EMARK) 1995 Nr. 9, in welcher im Falle einer verschuldeten nachträglichen Geltendmachung ein Verweis auf den Revisionsweg erfolgt sei. Der Anspruch auf materielle Behandlung durch das SEM ergebe sich daraus, dass es nicht nur um die Frage der Asylrelevanz, sondern um die Wahrung des Refoulement-Verbots, mithin zwingendes Völkerrecht gehe. Zudem gebiete auch die Verfahrensökonomie eine Behandlung durch das SEM, da allfällige weitere Beweiserhebungen von der Vorinstanz vorgenommen werden sollten, die in erster Linie für die Sachverhaltsabklärung zuständig sei.

7.

7.1 Nachfolgend ist damit zunächst auf die Frage der Abgrenzung zwischen Wiedererwägungsgesuch und Mehrfachgesuch im Sinne der Art. 111b und 111c AsylG einzugehen.

7.2 Ein Mehrfachgesuch stellt im Asylrecht eine spezielle Form eines klassischen Wiedererwägungsgesuchs dar. Bei einem klassischen Wiedererwägungsgesuch wie auch bei einem Mehrfachgesuch wird eine Anpassung einer ursprünglich fehlerfreien Verfügung an einen erst nachträglich eingetretenen Sachverhalt verlangt. Betrifft dieser Sachverhalt ausschliesslich den Wegweisungsvollzug, liegt ein Wiedererwägungsgesuch vor. Beschlagen die neu eingetretenen Ereignisse aber auch die Flüchtlingseigenschaft, sind diese als Mehrfachgesuch zu prüfen (vgl. BVGE 2014/39 E. 4.5 f. m.w.H.). Im Rahmen eines Mehrfachgesuchs können folglich ausschliesslich Sachverhalte geltend gemacht werden, die sich nach Abschluss des ordentlichen Asylverfahrens verwirklicht haben.

Mit der LTTE-Vergangenheit werden keine Tatsachen angerufen, die erst nach Abschluss des ersten Asylverfahrens eingetreten sind, sondern vielmehr solche, die sich bereits zuvor ereignet haben, von der Beschwerdeführerin aber bisher verschwiegen worden sind. Ein Mehrfachgesuch scheidet somit von vornherein aus.

7.3 Weshalb das zwingende Völkerrecht bei unverschuldet erst verspätet vorgebrachten Tatsachen zu einer ausnahmsweisen Prüfung als Mehrfachgesuch durch das SEM führen müsste, ist nicht ersichtlich. Das zwingende Völkerrecht gebietet einzig, dass landesrechtliche Prozessbestimmungen völkerrechtskonform auszulegen und anzuwenden sind, damit sie die Durchsetzung der staatsvertraglichen Garantien von zwingenden Bestimmungen des Völkerrechts wie der Refoulement-Verbote gemäss Art. 3 EMRK, Art. 3 des Übereinkommens vom 10. Dezember 1984 gegen Folter und andere grausame, unmenschliche oder erniedrigende Behandlung oder Strafe (FoK, SR 0.105) und Art. 33 des Abkommens vom 28. Juli 1951 über die Rechtsstellung der Flüchtlinge (FK, SR 0.142.30) nicht vereiteln. Tatsachen und Beweismittel, die eine entsprechende Verletzung schlüssig darzulegen vermögen, dürfen deshalb nicht einzig aufgrund von Überlegungen der Rechtssicherheit und Rechtskraft eines einmal gefällten Entscheids unberücksichtigt bleiben (vgl. BVGE 2013/22 E. 5.4 und E. 9.3.2). Eine zwingende Zuständigkeit des SEM zur Behandlung als Mehrfachgesuch gemäss Art. 111c AsylG wird dadurch aber nicht begründet.

7.4 Auch die prozessökonomischen Argumente und der Hinweis auf den Instanzenzug vermögen zu keiner Durchbrechung der erwähnten Abgrenzungskriterien zu führen. Beide Argumente betreffen ohnehin weniger die Abgrenzung zwischen Mehrfach- und Wiedererwägungsgesuch, sondern könnten bestenfalls in Bezug auf die Frage der funktionalen Zuständigkeit eine Rolle spielen (vgl. E. 9.4.2).

Das SEM hat die Eingabe vom 4. März 2021 zu Recht nicht als Mehrfachgesuch entgegengenommen.

8.

8.1 Die funktionale Zuständigkeit beschlägt die Frage, welche Instanz (verfügende Behörde, Beschwerdebehörde etc.) für die Behandlung einer Sache zuständig ist (vgl. THOMAS FLÜCKIGER, in: Waldmann/Weissenberger [Hrsg.], Praxiskommentar VwVG, 2. Aufl. 2016, N 14 ff. zu Art. 7 VwVG). Zu klären ist folglich, ob die Zuständigkeit zur Prüfung der neuen, im ordentlichen Verfahren noch verschwiegenen Tatsachen beim Bundesverwaltungsgericht – im Rahmen eines Revisionsverfahrens nach Art. 45 VGG in Verbindung mit Art. 121 bis 123 BGG – oder beim SEM – im Rahmen eines qualifizierten Wiedererwägungsverfahrens nach Art. 111b Abs. 1 AsylG in Verbindung mit Art. 66 Abs. 2 Bst. a VwVG analog – liegt. Dabei ist der Grundsatz beachtlich, wonach das Institut der «Wiedererwägung» durch die Vorinstanz subsidiär zur «Revision» durch die Beschwerdeinstanz steht (vgl. EMARK 1995 Nr. 21 E. 1c S. 204 sowie BGE 107 V 84 E.1). Eine funktionale Zuständigkeit der Beschwerdeinstanz zur Prüfung von Vorbringen unter dem Titel der Revision schliesst damit die Zuständigkeit der Vorinstanz aus. Umgekehrt ist praxisgemäss eine Prüfung durch die Vorinstanz im Asylbereich zwingend, sollte die Zuständigkeit der Beschwerdeinstanz verneint werden. Gestützt auf eine mit zwingendem Völkerrecht konforme Auslegung der anwendbaren Verfahrensbestimmungen müssen erstmals vorgebrachte Tatsachen, sollten sie nicht im Rahmen eines Revisionsverfahrens geprüft werden können, zu einer von der Vorinstanz vorzunehmenden Prüfung unter dem Aspekt der Wiedererwägung führen (vgl. BVGE 2013/22 E. 11 m.w.H.).

8.2 Vorauszuschicken ist, dass nach den einschlägigen Bestimmungen sowohl des Bundesgerichtsgesetzes (Art. 123 Abs. 2 Bst. a BGG) als auch des Verwaltungsverfahrensgesetzes (Art. 66 Abs. 2 Bst. a VwVG) lediglich Tatsachen Gegenstand eines Revisionsverfahrens bilden können, die bereits zum Zeitpunkt des Abschlusses des ordentlichen Verfahrens bestan-

den haben (sog. unechte Noven), während Tatsachen, die sich erst nachträglich verwirklicht haben (sog. echte Noven), ausscheiden (vgl. ELISABETH ESCHER, in: Niggli/Uebersax/Wiprächtiger [Hrsg.], Basler Kommentar zum Bundesgerichtsgesetz, 2. Aufl. 2011, N 5 zu Art. 123 und KARIN SCHERRER REBER, in: Waldmann/Weissenberger [Hrsg.], a.a.O., N 26 zu Art. 66 VwVG).

Praxisgemäss sind hinsichtlich der funktionalen Zuständigkeit zur Beurteilung neuer erheblicher Tatsachen grundsätzlich zwei Konstellationen zu unterscheiden. Dabei ist ausschlaggebend, wer rechtskräftig über das ordentliche Asylgesuch befunden hat. Liegt ein materielles Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vor, ist das Gericht gemäss Art. 45 VGG in Verbindung mit Art. 121 ff. BGG zuständig. Handelt es sich demgegenüber um eine Verfügung des SEM, die entweder unangefochten geblieben oder deren Beschwerdeverfahren mit einem formellen Prozessurteil abgeschlossen worden ist, sind die neuen erheblichen Tatsachen als sogenanntes «qualifiziertes Wiedererwägungsgesuch» beim SEM nach Art. 111b Abs. 1 AsylG in Verbindung mit Art. 66 Abs. 2 Bst. a VwVG analog einzubringen (vgl. BVGE 2013/22 E. 5.4 m.w.H.).

8.3 Allerdings ist die Rechtsprechung der Asylabteilungen zur funktionalen Zuständigkeit für die Beurteilung vorbestandener Tatsachen, die im ordentlichen Verfahren noch verschwiegen worden sind, nicht einheitlich.

So wurden entsprechende Eingaben bisweilen dem in Erwägung 8.2 skizzierten Grundsatz folgend als Revisionsgesuche entgegengenommen (vgl. etwa Urteil des BVGer D-214/2016 vom 19. September 2017) oder Verfügungen des SEM, in denen dieses auf ein Wiedererwägungsgesuch, in welchem bisher verschwiegene Tatsachen geltend gemacht wurden, mangels Zuständigkeit nicht eingetreten ist, mit der Begründung bestätigt, nicht das SEM, sondern das Bundesverwaltungsgericht sei zuständig, im ordentlichen Verfahren verschwiegene und erst nachträglich geltend gemachte Tatsachen im Rahmen eines Revisionsverfahrens zu prüfen (vgl. etwa Urteil des BVGer E-6715/2017 vom 13. Dezember 2017).

In anderen Verfahren hat das Bundesverwaltungsgericht hingegen seine Zuständigkeit verneint und festgehalten, bei im ordentlichen Verfahren verschwiegenen Tatsachen könne es sich nicht um nachträglich erfahrene Tatsachen im Sinne von Art. 123 Abs. 2 Bst. a BGG handeln, die zur Revision eines Urteils des Bundesverwaltungsgerichts Anlass geben könnten. Es obliege deshalb dem SEM, im Rahmen eines Wiedererwägungsverfahrens

zu prüfen, ob die verschwiegenen Tatsachen zur Wiedererwägung des ursprünglichen Asylentscheides führen könnten (vgl. etwa Urteile D-2245/2018 vom 24. April 2018; D-1099/2015 vom 7. November 2017 E. 5.3 und E-2152/2015 vom 27. August 2015 E. 5).

8.4 Angesichts dieser divergierenden Rechtspraxis zumindest in den Abteilungen IV und V des Bundesverwaltungsgerichts ist nachfolgend die Frage der funktionalen Zuständigkeit bei der Geltendmachung von im ordentlichen Verfahren noch verschwiegenen Tatsachen grundsätzlich zu klären.

9.

9.1 Ziel der Auslegung ist die Ermittlung des wahren Sinngehaltes einer gesetzlichen Regelung. Dabei muss eine Gesetzesbestimmung in erster Linie aus sich selbst heraus, das heisst nach Wortlaut, Sinn und Zweck und den ihr zugrundeliegenden Wertungen auf der Basis einer teleologischen Verständnismethode ausgelegt werden. Auszurichten ist die Auslegung auf die «ratio legis», die zu ermitteln dem Gericht allerdings nicht nach seinen eigenen, subjektiven Wertvorstellungen, sondern nach den Vorgaben des Gesetzgebers aufgegeben ist. Die Auslegung des Gesetzes hat zwar nicht entscheidend historisch zu erfolgen, ist im Grundsatz aber dennoch auf die Regelungsabsicht des Gesetzgebers und die damit erkennbar getroffenen Wertentscheidungen auszurichten, da sich die Zweckbezogenheit des rechtsstaatlichen Normverständnisses nicht aus sich selbst begründen lässt, sondern aus den Absichten des Gesetzgebers abzuleiten ist. Die Gesetzesauslegung hat sich vom Gedanken leiten zu lassen, dass nicht schon der Wortlaut die Rechtsnorm darstellt, sondern erst das an Sachverhalten verstandene und konkretisierte Gesetz. Das Bundesverwaltungsgericht folgt bei der Auslegung – wie das Bundesgericht – einem pragmatischen Methodenpluralismus (vgl. BVGE 2013/22 E. 4.1 m.w.H.).

9.2 Der Wortlaut von Art. 123 Abs. 2 Bst. a BGG, der bei Revisionsgesuchen aufgrund des Verweises in Art. 45 VGG durch das Bundesverwaltungsgericht sinngemäss anzuwenden ist, lautet folgendermassen:

„Die Revision kann [zudem] verlangt werden: a. in Zivilsachen und öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten, wenn die ersuchende Partei nachträglich erhebliche Tatsachen erfährt oder entscheidende Beweismittel auffindet, die sie im früheren Verfahren nicht beibringen konnte, unter Ausschluss der Tatsachen und Beweismittel, die erst nach dem Entscheid entstanden sind (französischer Text: «si le requérant

découvre après coup des faits pertinents...»; respektive italienischer Text: «viene a conoscenza di fatti rilevanti...»).

Der gewöhnliche Sprachgebrauch legt bei der Wortwahl «nachträglich erfahrenen Tatsachen» den Schluss nahe, dass eine Tatsache nur dann «nachträglich erfahren» werden kann, wenn sie vorher nicht bekannt gewesen ist, was bei einer verschwiegenen Tatsache stets zu verneinen ist. In diesem Punkt unterscheidet sich der Wortlaut auch massgeblich von demjenigen von Art. 66 Abs. 2 Bst. a VwVG, wonach die Beschwerdeinstanz den Entscheid in Revision zieht, wenn "die Partei neue erhebliche Tatsachen oder Beweismittel vorbringt".

9.3 Der Blick in die Materialien zeigt jedoch, dass ein derart striktes, rein grammatikalisches Verständnis nicht der Regelungsabsicht des Gesetzgebers entspricht.

9.3.1 Dabei sind zunächst die Gesetzesmaterialien der per 1. Januar 2007 in Kraft getretenen Bundesjustizreform, aus der das VGG wie auch das BGG hervorgegangen sind, heranzuziehen. Die Botschaft zur Totalrevision der Bundesrechtspflege vom 28. Februar 2001 (BBI 2001 4202 ff.) hält fest, dass das VwVG zurücktritt, soweit das VGG selber Verfahrensbestimmungen aufstellt. Das VGG verweist sodann bezüglich des Revisionsverfahrens ausdrücklich auf das BGG und erklärt, dass die Art. 121-128 BGG sinngemäss gelten (vgl. Art. 45 VGG). Derselben Botschaft ist hinsichtlich der Revisionsbestimmungen des BGG zu entnehmen, dass der Gesetzgeber die "bewährten Regeln des geltenden Rechts über die Revision (Art. 136 ff. des Bundesrechtspflegegesetzes vom 16. Dezember 1943 [OG, AS 1991 288; im Folgenden: OG]) ohne grosse Änderungen" übernehmen wollte. Abgesehen vom neuen Revisionsgrund der Verletzung der Europäischen Menschenrechtskonvention, wie sie heute in Art. 122 BGG geregelt ist, handle es sich bei den vorgenommenen Änderungen um "redaktionelle und systematische Modifikationen" (vgl. Botschaft, a.a.O., S. 4352). Aus diesen Erwägungen muss einerseits geschlossen werden, dass der Gesetzgeber zum Institut der Revision grundsätzlich die Einheitlichkeit der Rechtspraxis von Bundesgericht und Bundesverwaltungsgericht angestrebt hat und andererseits die bisherige Praxis des Bundesgerichts zur Anwendung der bisherigen Revisionsbestimmungen gemäss OG überführen wollte (vgl. auch BVGE 2013/22 E. 6.2 f.).

9.3.2 Nachdem der Botschaft zur Bundesrechtspflegereform zu entnehmen ist, dass der Gesetzgeber die "bewährten Regeln des geltenden

Rechts über die Revision (Art. 136 ff. OG; vgl. oben E. 9.3.1) ohne grosse Änderungen" übernehmen wollte, wird im Folgenden kurz auf diese Bestimmung und die entsprechende Praxis eingegangen. Der hier interessierende Gesetzestext von Art. 137 OG, welcher seit 1. Oktober 1969 in Kraft war und nie abgeändert wurde (AS 1969 767 und 788; BBI 1965 II 1265), lautete:

„Die Revision eines bundesgerichtlichen Entscheides ist (ferner) zulässig: [a.: Einwirkung durch eine Straftat] b. wenn der Gesuchsteller nachträglich neue erhebliche Tatsachen erfährt oder entscheidende Beweismittel auffindet, die er im früheren Verfahren nicht beibringen konnte.“

Damit entspricht der damalige Wortlaut im hier interessierenden Kontext genau demjenigen der anzuwendenden Revisionsbestimmung des BGG. Aus der zu den Bestimmungen des OG entwickelten, langjährigen bundesgerichtlichen Rechtsprechung ergibt sich sodann, dass eben auch bisher verschwiegene Tatsachen als «neu erfahren» qualifiziert werden können und damit im Rahmen eines Revisionsverfahrens zu prüfen sind. So wurde eine entschuldbare verspätete Geltendmachung in einem Fall angenommen, in welchem die revisionsweise angerufene Tatsache zwar schon bekannt war, die gesuchstellende Person aber keine Möglichkeit gehabt hat, diese vorzubringen, da kein Schriftenwechsel durchgeführt worden ist (vgl. BGE 121 IV 317 E. 2 m.w.H.). Hier handelte es sich – wie auch im Falle des Verschweigens – um eine bereits bekannte Tatsache und nicht um eine nachträglich erfahrene, welche aber aus entschuldbaren Gründen nicht ins ordentliche Verfahren eingebracht worden ist.

9.3.3 Den oben erwähnten Erwägungen gemäss war es die Absicht des Gesetzgebers, die entsprechende Rechtspraxis zum OG mit der Einführung des BGG zu übernehmen beziehungsweise weiterzuführen. Dies wird denn auch vom Bundesgericht so bestätigt (vgl. statt vieler BGE 134 III 45 E. 2). So erwog das Bundesgericht hinsichtlich der vorgetragene Tatsache, dass eine Scheinehe aus einer echten Notsituation eingegangen worden sei, dass dieser Umstand bereits vorher bekannt gewesen und nicht ersichtlich sei, inwiefern es der Gesuchstellerin verwehrt gewesen wäre, die angeblich fehlende Rechtsmissbräuchlichkeit der Scheinehe bereits im ordentlichen Verfahren vorzubringen (vgl. Urteil des BGer 2F_23/2017 vom 9. Januar 2018 E. 3.2; siehe auch Urteil des BGer 2F_5/2015 vom 18. März 2015 E. 3.2.2, hinsichtlich einer Berufung auf eine italienische Staatsangehörigkeit; siehe auch NIKLAUS OBERHOLZER, in: Seiler/Werdt/Oberholzer, Handkommentar Bundesgerichtsgesetz, 2. Aufl. 2015, N 9 zu Art. 123;

YVES DONZALLAZ, *Loi sur le Tribunal fédéral, Commentaire*, 2008, N 4702 zu Art. 123).

9.3.4 Gemäss dem Willen des Gesetzgebers beziehungsweise der bundesgerichtlichen Rechtsprechung umfasst Art. 123 Abs. 2 Bst. a BGG wie bereits Art. 137 OG somit nicht nur «nachträglich erfahrene» Tatsachen, sondern auch bereits bekannte (aber verschwiegene) Tatsachen. Verschwiegene Tatsachen bilden demgemäss potentielle Revisionsgründe, was die funktionale Zuständigkeit der Revisionsinstanz für die Behandlung der Sache nach sich zieht. Für die Frage der Zuständigkeit ist damit einzig entscheidend, dass es sich um eine vorbestandene Tatsache, das heisst ein unechtes Novum handelt, während es unerheblich bleibt, ob die Tatsache der Partei im ordentlichen Verfahren bereits bekannt war. Erst im Rahmen der Prüfung der vorgebrachten Revisionsgründe durch die für das Revisionsverfahren zuständige Instanz, stellen sich in der Folge die Fragen nach der Einhaltung der prozessualen Sorgfaltspflicht beziehungsweise nach der Entschuldigbarkeit des Verschweigens und gegebenenfalls der Erheblichkeit.

9.3.5 Eine von der Praxis des Bundesgerichts abweichende Auslegung durch das Bundesverwaltungsgericht ist vorliegend schon deshalb nicht angezeigt, weil der Gesetzgeber offenbar ganz bewusst das Revisionsverfahren vor dem Bundesgericht und vor dem Bundesverwaltungsgericht identisch geregelt hat. Eine Abweichung unter Berufung auf den Spielraum, welcher sich aus dem Verweis in Art. 45 VGG auf die sinngemässe Anwendung der Revisionsbestimmungen der Art. 121–128 BGG ergibt, ist – wenn überhaupt – nur bei triftigen, in der Natur des bundesverwaltungsgerichtlichen (im Gegensatz zum bundesgerichtlichen) Verfahrens liegenden Gründen angezeigt. Solche Gründe sind vorliegend nicht ersichtlich.

9.3.6 Im Sinne dieses Auslegungsergebnisses wird auch in der Lehre hinsichtlich des Revisionsverfahrens vor dem Bundesverwaltungsgericht unter Hinweis auf die Rechtsprechung der Schweizerischen Asylrekurskommission in EMARK 1995 Nr. 9 ausgeführt, dass auch bereits bekannte Tatsachen zur Revision berechtigen würden, wenn es der gesuchstellenden Person im ordentlichen Verfahren subjektiv unmöglich gewesen sei, sich darauf zu berufen (vgl. MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER, *Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht*, 2. Aufl. 2013, Rz. 5.47).

9.4 Die entsprechende Auslegung lässt sich denn auch rechtssystematisch ohne weiteres einbetten.

9.4.1 So wird erstens die Praxis bestätigt, dass Tatsachen, welche sich vor dem Abschluss des ordentlichen Verfahrens zugetragen haben (unechte Noven), als Revisionsgründe geltend zu machen sind, während solche, die erst nach Abschluss entstanden sind (echte Noven), keine Revisionsgründe darstellen, allenfalls aber zu einer neuen Verfügung des SEM im Rahmen eines Wiedererwägungsverfahrens führen können (vgl. KARIN SCHERRER REBER, in: Waldmann/Weissenberger [Hrsg.], a.a.O., N 27 zu Art. 66 VwVG).

Zweitens gilt in der Regel, dass Revisionsgründe durch diejenige Instanz zu prüfen sind, welche das ordentliche Verfahren rechtskräftig abgeschlossen hat (vgl. BVGE 2007/21 E. 2.1 m.w.H.). Die dargelegte Auslegung entspricht auch diesem Grundsatz.

9.4.2 Zu keiner anderen Beurteilung vermögen auch die Argumente auf Beschwerdeebene bezüglich der Sachverhaltsermittlung oder der Einschränkung des Instanzenzugs zu führen. Diese Argumentation vermag schon deshalb nicht zu überzeugen, da die Sachverhaltsermittlung auch dann Aufgabe der Revisionsinstanz ist, wenn Revisionsgründe tatsächlich nachträglich erfahren wurden. Ebenso bleibt dann der Instanzenzug eingeschränkt. Eine entsprechende Besserstellung bei bewusstem Verschweigen von Tatsachen gegenüber denjenigen, die Revisionsgründe nachträglich erfahren, kann offensichtlich nicht im Sinne des Gesetzgebers liegen.

9.4.3 Schliesslich spricht auch die Einheit der Rechtsordnung für diese Auslegung, zumal in Bezug auf die im Wortlaut identischen Bestimmung in Art. 328 Abs. 1 Bst. a ZPO gilt, dass die Unmöglichkeit der Beibringung im ordentlichen Verfahren sowohl in einer damaligen Unkenntnis der Existenz als auch in einer entschuldbaren Unterlassung der gerichtlichen Beibringung liegen könne (vgl. FREIBURGH/AUFHELDT, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 3. Aufl. 2016, N 18 zu Art. 328). Auch hier sind somit bereits bekannte Tatsachen nicht zum vornherein als Revisionsgrund ausgeschlossen. Entscheidend ist vielmehr, ob die Unmöglichkeit der Beibringung entschuldbar war (vgl. FREIBURGH/AUFHELDT, a.a.O. N 18 f. zu Art. 328.).

9.5 Zusammengefasst können dieser Auslegung zufolge auch verschwiegene Tatsachen unter den Begriff «nachträglich erfahrene Tatsachen» subsumiert werden und damit einen potentiellen Revisionsgrund nach Art. 123 Abs. 2 Bst. a BGG darstellen, was die Zuständigkeit der Revisionsinstanz

nach sich zieht. Vorliegend ist somit das Bundesverwaltungsgericht funktional zuständig und hat im Rahmen des bereits anhängig gemachten Revisionsverfahrens D-2046/2021 – dessen Sistierung mit dem vorliegenden Entscheid aufzuheben ist – über die Einhaltung der prozessualen Sorgfaltspflicht und gegebenenfalls über die Erheblichkeit der neuen Tatsachen zu befinden. Das SEM ist daher aufgrund der Subsidiarität des Wiedererwägungsverfahrens zu Recht auf die in der Eingabe vom 4. März 2021 vorgebrachten neuen Fluchtgründe nicht eingetreten.

10.

Die angefochtene Verfügung erweist sich auch hinsichtlich des Nichteintretens auf den Arztbericht mangels hinreichender Begründung als rechtmässig (vgl. zum Nichteintretensgrund der mangelhaften Begründung BVGE 2014/39 E. 7). Im Urteil des Bundesverwaltungsgerichts D-2279/2020 vom 9. November 2020 ist hinsichtlich der damals diagnostizierten posttraumatischen Belastungsstörung (PTBS; ICD-10 F43.1) und der mittelschweren depressiven Episode mit somatischem Syndrom (ICD-10 F31.11) festgehalten worden, dass diese dem Wegweisungsvollzug nicht entgegenstehen würden. Inwiefern die im Austrittsbericht vom (...) 2021 diagnostizierten PTBS und chronische Schmerzstörung mit somatischen und psychischen Faktoren (ICD-10 F45.41) diese Feststellung umzustossen vermögen, wurde in der Eingabe vom 4. März 2021 nicht dargelegt. Auf Beschwerdeebene wurden gegenüber dem Nichteintreten auf diesen Punkt denn auch keine Einwände formuliert, sondern einzig darauf hingewiesen, dass die im Austrittsbericht diagnostizierten Leiden die verspätete Geltendmachung der LTTE-Vergangenheit erklären könnten.

11.

Aus diesen Erwägungen ergibt sich, dass die angefochtene Verfügung Bundesrecht nicht verletzt, den rechtserheblichen Sachverhalt richtig sowie vollständig feststellt (Art. 106 Abs. 1 AsylG) und – soweit diesbezüglich überprüfbar – angemessen ist. Die Beschwerde ist abzuweisen.

12.

12.1 Bei diesem Ausgang des Verfahrens wären die Kosten der Beschwerdeführerin aufzuerlegen (Art. 63 Abs. 1 VwVG). Da ihr jedoch mit Zwischenverfügung vom 21. Mai 2021 die unentgeltliche Prozessführung gewährt wurde, sind ihr keine Verfahrenskosten aufzuerlegen.

12.2 Der Rechtsvertretung der Beschwerdeführerin ist ein amtliches Honorar zu entrichten. Die Kostennote vom 1. Juni 2021 weist sowohl den Aufwand für das vorliegende Beschwerdeverfahren sowie denjenigen für das Revisionsverfahren D-2046/2021 aus. Der Aufwand für die Revisionseingabe ist daher nicht zu berücksichtigen und derjenige, der auf beide Verfahren angefallen ist, ist nur hälftig anzurechnen (Kenntnisnahme vom 23.04.2021; Telefon vom 28.04.2021; Kopien und Porto vom 30.04.2021; Kenntnisnahme und Porto vom 04.05.2021; Telefon vom 19.05.2021; Kenntnisnahme, Porto und Telefon vom 25.05.2021). Der sich daraus ergebende Zeitaufwand von 4.3 Stunden ist angemessen. Der Stundenansatz ist unter Hinweis auf die Zwischenverfügung vom 21. Mai 2021 auf Fr. 150.– (Aufwendungen von MLaw David Hongler) respektive Fr. 220.– (Aufwendungen von Rechtsanwältin Aileen Rose Kreyden) festzulegen. Folglich beläuft sich das Honorar inklusive Mehrwertsteuerzuschlag im Sinne von Art. 9 Abs. 1 Bst. c VGKE auf Fr. 900.– (300 [2x150] plus 506 [2.3x220] plus 29.15 [Auslagen] plus 64.30 [MWSt]).

(Dispositiv nächste Seite)

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.

Die Beschwerde wird abgewiesen.

2.

Es werden keine Verfahrenskosten erhoben.

3.

Rechtsanwältin Aileen Rose Kreyden wird ein amtliches Honorar von Fr. 900.– ausgerichtet.

4.

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

Die vorsitzende Richterin:

Der Gerichtsschreiber:

Nina Spälti Giannakitsas

Linus Sonderegger

Versand: