



Urteil vom 22. Juli 2022

Besetzung

Richterin Jeannine Scherrer-Bänziger (Vorsitz),
Richterin Déborah D'Aveni, Richter Simon Thurnheer,
Gerichtsschreiberin Anna Dürmüller Leibundgut.

Parteien

1. **A.** _____, geboren am (...),
2. **B.** _____, geboren am (...),
3. **C.** _____, geboren am (...),

Eritrea,

alle vertreten durch Laura Rossi, Fürsprecherin,
Beschwerdeführende,

gegen

Staatssekretariat für Migration (SEM),

Quellenweg 6, 3003 Bern,
Vorinstanz.

Gegenstand

Asyl und Wegweisung

(Beschwerde gegen Wiedererwägungsentscheid);
Verfügung des SEM vom 30. Dezember 2020 / N (...).

Sachverhalt:**A.**

Die Beschwerdeführerin 1 suchte am 24. August 2015 in der Schweiz um Asyl nach. Das SEM lehnte das Asylgesuch mit Verfügung vom 23. Februar 2017 ab und verfügte die Wegweisung aus der Schweiz. Gleichzeitig ordnete es infolge Unzumutbarkeit des Wegweisungsvollzugs die vorläufige Aufnahme der Beschwerdeführerin 1 an. Das Bundesverwaltungsgericht wies die dagegen erhobene, ausschliesslich formelle Rügen enthaltende Beschwerde vom 28. März 2017 mit Urteil D-1872/2017 vom 14. Juni 2017 ab.

B.

Mit Verfügung vom 9. August 2019 hob das SEM die am 23. Februar 2017 gewährte vorläufige Aufnahme auf und verfügte den Vollzug der Wegweisung. Die Beschwerdeführerin 1 focht diese Verfügung mit Beschwerde vom 8. September 2019 beim Bundesverwaltungsgericht an (vgl. das Verfahren D-4527/2019).

C.

C.a Mit Eingabe an das SEM vom 8. August 2019 ersuchte die Beschwerdeführerin 1 um Wiedererwägung der vorinstanzlichen Verfügung vom 23. Februar 2017. Sie beantragte, die Verfügung vom 23. Februar 2017 sei vollumfänglich aufzuheben, und der Sachverhalt sei neu festzustellen. Es sei ihre Flüchtlingseigenschaft festzustellen, eventuell sei ihr unter Rückzug der Verfügung vom 9. August 2019 weiterhin die vorläufige Aufnahme zu gewähren.

C.b Zur Begründung führte sie aus, das SEM habe sie im Asylverfahren zu Unrecht als Volljährige betrachtet. Damit seien ihr die für Minderjährige geltenden Verfahrensregeln vorenthalten worden, und ihre Vorbringen seien nicht unter dem Gesichtspunkt ihrer Minderjährigkeit gewürdigt worden. Nun liege ein neues Beweismittel betreffend ihr Alter vor, und zwar ein Schulzeugnis, woraus hervorgehe, dass sie beim Jahresabschluss (...) ungefähr (...) Jahre alt gewesen sei. Das Dokument sei ein Indiz dafür, dass ihre Altersangabe im ordentlichen Asylverfahren mehr oder weniger zutreffend und das Ergebnis der Handknochenanalyse falsch gewesen sei. Das SEM habe sie ausserdem in einer Sprache (Arabisch) angehört, in welcher sie sich schlecht ausdrücken könne. Aufgrund dessen sowie der falschen Alterseinschätzung habe der Sachverhalt im ordentlichen Verfahren nicht korrekt erstellt werden können. Am 7. Dezember 2018 sei in einem ähnlich

gelagerten Fall ein Entscheid des Committee against Torture (CAT) ergangen, in welchem die Schweiz insbesondere gerügt worden sei, weil der betreffende Beschwerdeführer im SEM-Verfahren nicht vertreten gewesen und entgegen seinem Wunsch nicht in seiner Muttersprache angehört worden sei und weil die Authentizität der vorgelegten Dokumente ohne nähere Prüfung verneint worden sei (Verweis auf CAT /C/65/D/811/2017). Angesichts dessen sowie vor dem Hintergrund, dass das Bundesverwaltungsgericht in seinem Urteil vom 14. Juni 2017 (vgl. D-1872/2017) lediglich eine formelle Überprüfung der vorinstanzlichen Verfügung vom 23. Februar 2017 vorgenommen habe, müsse die Anhörung zu den Fluchtgründen wiederholt und das Asylgesuch neu beurteilt werden. Die Beschwerdeführerin 1 verwies im Weiteren auf die beim Bundesverwaltungsgericht anhängig gemachte Beschwerde betreffend die Aufhebung der vorläufigen Aufnahme.

C.c Dem Wiedererwägungsgesuch lagen ein Schuldokument (Kopie, inkl. Übersetzung), ein Zeugnis der (...) vom 3. September 2019 sowie eine Sozialhilfebestätigung vom 5. September 2019 bei.

D.

Am (...) gebar die Beschwerdeführerin 1 die Tochter B. _____.

E.

Mit Verfügung vom 30. Dezember 2020 wies das SEM das Wiedererwägungsgesuch ab, stellte die Rechtskraft und Vollstreckbarkeit seiner Verfügung vom 23. Februar 2017 sowie insbesondere die Durchführbarkeit des Wegweisungsvollzugs fest, wies die Gesuche um Erlass der Verfahrenskosten, unentgeltliche Verbeiständung und Durchführung einer Anhörung ab, erhob eine Gebühr und stellte fest, einer allfälligen Beschwerde komme keine aufschiebende Wirkung zu.

F.

Die Beschwerdeführerin 1 focht diese Verfügung mit Beschwerde vom 3. Februar 2021 beim Bundesverwaltungsgericht an. Sie beantragte, die angefochtene Verfügung sei aufzuheben, und sie sei als Flüchtling anzuerkennen. Eventuell sei infolge Unzulässigkeit oder Unzumutbarkeit des Wegweisungsvollzugs die vorläufige Aufnahme anzuordnen. In prozessualer Hinsicht beantragte sie, das vorliegende Beschwerdeverfahren sei mit dem Verfahren D-4527/2019 zu vereinigen, der Beschwerde sei die aufschiebende Wirkung zu gewähren, es sei ihr die unentgeltliche Prozess-

führung zu gewähren (inklusive Verzicht auf die Erhebung eines Kostenvorschusses), und ihre Rechtsvertreterin sei als amtliche Rechtsbeiständin einzusetzen.

Der Beschwerde lagen die angefochtene Verfügung (Kopie), eine Vollmacht vom 26. September 2019, der F-Ausweis von D._____ (Kopie), ein Schreiben des Zivilstandsamtes (...) vom 1. Dezember 2020, das bereits aktenkundige Schulzeugnis inkl. Übersetzung (Kopie), der B-Ausweis von E._____ (Kopie), Unterlagen betreffend die Integrationsbemühungen in der Schweiz (Kopien) sowie eine Fürsorgebestätigung vom 20. Januar 2021 (Kopie) bei.

G.

Mit Zwischenverfügung vom 15. Februar 2021 erteilte die Instruktionsrichterin der Beschwerde antragsgemäss aufschiebende Wirkung und setzte den Vollzug der Wegweisung für die Dauer des Beschwerdeverfahrens aus. Dem Antrag auf Verfahrensvereinigung wurde insoweit stattgegeben, als eine – soweit als möglich – zeitlich koordinierte Behandlung der beiden Beschwerdeverfahren durch denselben Spruchkörper in Aussicht gestellt wurde. Ferner wurde das Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung gutgeheissen und auf die Erhebung eines Kostenvorschusses verzichtet. Das Gesuch um amtliche Verbeiständung wurde abgewiesen.

H.

Das SEM hielt in seiner Vernehmlassung vom 19. März 2021 vollumfänglich an seiner Verfügung fest.

I.

Die Beschwerdeführenden replizierten darauf mit Eingabe vom 6. April 2021.

J.

Am (...) gebar die Beschwerdeführerin 1 den Sohn C._____.

K.

Im Rahmen eines (zweiten) Schriftenwechsels im Beschwerdeverfahren D-4527/2019 hob das SEM seinen Entscheid vom 9. August 2019 mit Verfügung vom 20. Mai 2022 wiedererwägungsweise auf und stellte fest, die vorläufige Aufnahme der Beschwerdeführerin 1 bleibe bestehen und gelte auch für die Beschwerdeführenden 2 und 3. Das Bundesverwaltungsgericht schrieb das Beschwerdeverfahren D-4527/2019 daraufhin mit Entscheid vom 25. Mai 2022 als gegenstandslos geworden ab.

L.

Die Instruktionsrichterin forderte die Beschwerdeführenden mit Zwischenverfügung vom 27. Mai 2022 auf, innert Frist mitzuteilen, ob sie ihre Beschwerde angesichts der veränderten Sachlage (vgl. vorstehend Bst. K) zurückziehen wollten, soweit sie nicht gegenstandslos geworden sei, und teilte mit, bei ungenutzter Frist werde vom (vollumfänglichen) Festhalten an der Beschwerde ausgegangen. Die Beschwerdeführenden liessen sich dazu nicht vernehmen.

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

1.1 Gemäss Art. 31 VGG beurteilt das Bundesverwaltungsgericht Beschwerden gegen Verfügungen nach Art. 5 VwVG. Das SEM ist eine Behörde im Sinne von Art. 33 VGG und somit 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 Beschwerdeführenden sind als Verfügungsadressaten zur Beschwerdeführung legitimiert (Art. 48 Abs. 1 VwVG). Auf die frist- und formgerecht eingereichte Beschwerde ist einzutreten (Art. 108 Abs. 6 AsylG und Art. 52 Abs. 1 VwVG).

2.

Nachdem das SEM im Beschwerdeverfahren D-4527/2019 mit Verfügung vom 20. Mai 2022 seinen Entscheid vom 9. August 2019 wiedererwägungsweise aufgehoben und festgestellt hat, die vorläufige Aufnahme der Beschwerdeführenden bestehe weiterhin (vgl. vorstehend Bst. K), ist die vorliegende Beschwerde im Wegweisungsvollzugspunkt gegenstandslos geworden. Es bleibt somit lediglich noch zu prüfen, ob das SEM das Wiedererwägungsgesuch in Bezug auf die Frage der Flüchtlingseigenschaft zu Recht abgewiesen hat.

3.

Die Kognition des Bundesverwaltungsgerichts und die zulässigen Rügen richten sich im Asylbereich nach Art. 106 Abs. 1 AsylG.

4.

4.1 Das Wiedererwägungsverfahren 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 (Art. 111b Abs. 1 AsylG).

4.2 Mit dem Wiedererwägungsgesuch wird in der Regel die Anpassung einer ursprünglich fehlerfreien Verfügung an eine nachträglich eingetretene erhebliche Veränderung der Sachlage bezweckt (vgl. BVGE 2014/39 E. 4.5 m.w.H.). Falls die abzuändernde Verfügung unangefochten blieb oder ein eingeleitetes Beschwerdeverfahren mit einem blossen Prozessentscheid abgeschlossen wurde, können auch Revisionsgründe einen Anspruch auf Wiedererwägung begründen. Ebenfalls im Rahmen einer Wiedererwägung zu prüfen sind Beweismittel, die erst nach dem Beschwerdeentscheid entstanden sind, aber vorbestandene Tatsachen belegen sollen (zum sogenannten "qualifizierten Wiedererwägungsgesuch" vgl. BVGE 2013/22 E. 5.4 m.w.H.).

4.3 Die Wiedererwägung ist nicht beliebig zulässig. Sie darf nicht dazu dienen, die Rechtskraft von Verwaltungsentscheiden immer wieder infrage zu stellen oder die Fristen für die Ergreifung von Rechtsmitteln zu umgehen. Gründe, welche bereits im Zeitpunkt der verpassten Anfechtungsmöglichkeit im ordentlichen Beschwerdeverfahren bestanden haben, können somit nicht als Wiedererwägungsgründe vorgebracht werden (vgl. Art. 66 Abs. 3 VwVG und Entscheidungen und Mitteilungen der [ehemaligen] Schweizerischen Asylrekurskommission [EMARK] 2000 Nr. 24 E. 5b S. 220).

5.

5.1 Das SEM führte zur Begründung seines Entscheids aus, das Bundesverwaltungsgericht habe in seinem Urteil vom 14. Juni 2017 erwogen, es sei der Beschwerdeführerin 1 nicht gelungen, die geltend gemachte Minderjährigkeit glaubhaft zu machen, weshalb auch nicht zu beanstanden sei, dass die Anhörung ohne Vertrauensperson durchgeführt worden sei. Das nun nachträglich und lediglich in Kopie eingereichte Schuldokument sei kein Identitätsdokument und überdies nicht fälschungssicher, weshalb es nicht geeignet sei, die geltend gemachte Minderjährigkeit im Zeitpunkt des

ordentlichen Asylverfahrens glaubhaft zu machen. Die Rüge, es sei anlässlich der Anhörungen im ordentlichen Verfahren infolge mangelhafter Arabischkenntnisse der Beschwerdeführerin 1 zu Verständigungsschwierigkeiten und gestützt darauf zu einer ungenügenden Sachverhaltsfeststellung und einer Verletzung des rechtlichen Gehörs gekommen, sei im Beschwerdeurteil vom 14. Juni 2017 ebenfalls als unbegründet erachtet worden. Insgesamt lägen keine Gründe vor, welche die Rechtskraft der Verfügung vom 23. Februar 2017 im Asylpunkt beseitigen könnten. Der im Wiedererwägungsgesuch erwähnte CAT-Entscheid vermöge daran nichts zu ändern, da das SEM einzelfallspezifisch entscheide. Betreffend den Wegweisungsvollzugspunkt verwies das SEM auf seine Verfügung vom 9. August 2019 (vgl. vorstehend Bst. B) und führte aus, der Vollzug der Wegweisung der Beschwerdeführerin 1 sei nach wie vor als zulässig, zumutbar und möglich zu erachten.

5.2 In der Beschwerde wird entgegnet, aus dem eingereichten Schuldokument – welches als nachträglich entstandenes Beweismittel zu qualifizieren sei –, ergebe sich, dass die Beschwerdeführerin 1 im Zeitpunkt der Anhörung minderjährig gewesen sei. Somit hätten die Schutzbestimmungen zugunsten von unbegleiteten Minderjährigen eingehalten werden müssen. Die Anhörung, welche damals ohne Beisein einer Vertrauensperson stattgefunden habe, müsse daher wiederholt werden, nur so werde das Non-Refoulement-Gebot eingehalten. Ferner wird vorgebracht, der Vollzug der Wegweisung sei aus mehreren Gründen (Flüchtlingsstatus des Kindsvaters, drohende Verletzung von Völkerrecht) unzulässig und überdies unzumutbar.

5.3 In seiner Vernehmlassung äussert sich das SEM lediglich zur Frage, ob sich die Beschwerdeführerin 1 auf Art. 8 EMRK berufen könne, wobei es dies verneint. Die Beschwerdeführenden widersprechen in der Replik dieser Auffassung.

6.

6.1 Mit dem eingereichten Schuldokument versucht die Beschwerdeführerin 1 nicht, eine nachträgliche Veränderung der Sachlage zu belegen, sondern möchte damit eine vorbestandene Tatsache – nämlich ihre angebliche Minderjährigkeit im Zeitpunkt der Asylgesuchstellung – glaubhaft machen. Das Dokument stammt mutmasslich aus dem Jahr (...) und ist somit offensichtlich vor Abschluss des ordentlichen Beschwerdeverfahrens (Urteilsdatum: 14. Juni 2017) entstanden, weshalb es entgegen der in der Be-

schwerde geäusserten Auffassung nicht als nachträglich entstandenes Beweismittel zu qualifizieren und in der Folge einer Wiedererwägung grundsätzlich nicht zugänglich sein dürfte, sondern im Rahmen eines Revisionsverfahrens gegen das Urteil D-1872/2017 vom 14. Juni 2017 hätte vorgebracht werden müssen. Ungeachtet dessen ist festzustellen, dass das Schuldokument nicht geeignet ist, die Minderjährigkeit der Beschwerdeführerin 1 im Zeitpunkt der Asylgesuchstellung nachträglich glaubhaft zu machen. So wurde bereits im Beschwerdeurteil vom 14. Juni 2017 erwogen, es sei der Beschwerdeführerin 1 nicht gelungen, ihre Minderjährigkeit glaubhaft zu machen, zumal die durchgeführte Handknochenanalyse ein Alter von achtzehn oder mehr Jahren ergeben habe, die Beschwerdeführerin 1 vage Aussagen zu ihrem Geburtsdatum gemacht und keinerlei Dokumente eingereicht habe, welche Rückschlüsse auf ihr Alter zulassen würden. Sie erwähnte schon damals Schuldokumente, unterliess es jedoch trotz mehrfacher Aufforderung, diese einzureichen (vgl. das Urteil D-1872/2017 vom 14. Juni 2017 E. 5.2.2). Da die Beschwerdeführerin 1 nach wie vor keine Identitätsausweise eingereicht hat, die Authentizität des Schuldokuments aufgrund der späten Einreichung und fehlenden Fälschungssicherheit zweifelhaft ist und das Dokument überdies lediglich in Kopie vorliegt, vermag die Beschwerdeführerin 1 die angebliche Minderjährigkeit während der Anhörung im Asylverfahren nicht glaubhaft zu machen.

6.2 Soweit im Wiedererwägungsgesuch auf den CAT-Entscheid vom 7. Dezember 2018 (CAT/C/65/D/811/2017) verwiesen wird, ist festzustellen, dass dieser entgegen der Auffassung der Beschwerdeführenden nicht geeignet ist zu belegen, dass der Sachverhalt im ordentlichen Asylverfahren der Beschwerdeführerin 1 infolge sprachlich bedingter Verständigungsschwierigkeiten und der vom SEM angenommenen Volljährigkeit der Beschwerdeführerin 1 nicht korrekt erhoben worden ist. Diese Rüge (mangelhafte Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts respektive Verletzung des rechtlichen Gehörs) wurde bereits im Rahmen des ordentlichen Beschwerdeverfahrens ausführlich behandelt und als unbegründet erachtet, wobei insbesondere erwogen wurde, es sei aufgrund der Aktenlage davon auszugehen, dass keine gravierenden Verständigungsprobleme bestanden hätten und die Beschwerdeführerin 1 alle wesentlichen Sachumstände habe vorbringen können und dass es ihr nicht gelungen sei, ihre angebliche Minderjährigkeit glaubhaft zu machen, weshalb nicht zu beanstanden sei, dass die Anhörung ohne Beisein einer Vertrauensperson durchgeführt worden sei (vgl. a.a.O., E. 5). Der erwähnte CAT-Entscheid vermag an dieser Einschätzung nichts zu ändern, zumal es sich dabei um

die Beurteilung eines spezifischen, eine Drittperson betreffenden Einzelfalls handelt, weshalb daraus keine pauschalen Schlussfolgerungen für den Fall der Beschwerdeführerin 1 gezogen werden können.

6.3 Im Ergebnis stellt weder das Schuldokument noch der CAT-Entscheid vom 7. Dezember 2018 ein zureichender Grund dar, um die vorinstanzliche Verfügung vom 23. Februar 2017 hinsichtlich der Beurteilung des Asylpunkts in Wiedererwägung zu ziehen und die Asylanhörnung zu wiederholen. Das SEM hat das Wiedererwägungsgesuch demnach diesbezüglich zu Recht abgewiesen.

7.

Aus diesen Erwägungen ergibt sich, dass die angefochtene Verfügung, soweit sie nicht durch die Verfügung des SEM vom 20. Mai 2022 gegenstandslos geworden ist (vgl. dazu vorstehend Bst. K sowie E. 2), Bundesrecht nicht verletzt und auch sonst nicht zu beanstanden ist (Art. 106 Abs. 1 AsylG). Die Beschwerde ist daher abzuweisen, soweit sie nicht abzuschreiben ist.

8.

8.1 Die Beschwerdeführenden sind bezüglich ihres Hauptantrags auf wiedererwägungsweise Feststellung der Flüchtlingseigenschaft unterlegen. Hinsichtlich des Eventualbegehrens um wiedererwägungsweise Anordnung der vorläufigen Aufnahme haben sie dagegen faktisch obsiegt, da das SEM im Beschwerdeverfahren D-4527/2019 seinen Entscheid vom 9. August 2019 mit Verfügung vom 22. Mai 2022 aufgehoben und den Fortbestand der vorläufigen Aufnahme festgestellt hat (vgl. vorstehend Bst. K), womit auch die Dispositivziffer 3 der angefochtenen Verfügung vom 30. Dezember 2020 obsolet geworden ist. Praxisgemäss bedeutet dies ein Obsiegen zur Hälfte.

8.2 Bei diesem Ausgang des Verfahrens wären dessen (hälftigen) Kosten den Beschwerdeführenden aufzuerlegen (Art. 63 Abs. 1 VwVG; Art. 1–3 des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]). Nachdem jedoch das mit der Beschwerde gestellte Gesuch um unentgeltliche Prozessführung mit Zwischenverfügung vom 15. Februar 2021 gutgeheissen worden ist, werden keine Verfahrenskosten erhoben.

8.3 Im Umfang ihres Obsiegens ist den Beschwerdeführenden sodann zu Lasten der Vorinstanz eine anteilmässige Parteientschädigung zuzusprechen (Art. 64 VwVG sowie Art. 7 Abs. 1 VGKE). Die Rechtsvertreterin hat im vorliegenden Beschwerdeverfahren keine Kostennote eingereicht, wohl aber im Parallelverfahren D-4527/2019, und es ist davon auszugehen, dass es sich bei den in dieser Kostennote vom 17. November 2021 ausgewiesenen Positionen ab dem 18. Januar 2021 («Besprechung mit Klientin») bis und mit 6. April 2021 («Schreiben an Bundesverwaltungsgericht [Replik]») um Aufwendungen im vorliegenden Verfahren handelt (total 8 Stunden 45 Minuten zeitlicher Aufwand sowie Auslagen von Fr. 34.60; vgl. dazu bereits den Abschreibungsentscheid D-4527/2019 vom 25. Mai 2022). Diese Aufwendungen erscheinen angemessen, und der in der Kostennote ausgewiesene Stundenansatz von Fr. 250.– bewegt sich im Rahmen von Art. 10 Abs. 2 VGKE. Gestützt auf die in Betracht zu ziehenden Bemessungsfaktoren (Art. 8–13 VGKE) hat das SEM den Beschwerdeführenden demnach eine (hälftige) Parteientschädigung in der Höhe von Fr. 1'197.– (inkl. Mehrwertsteuerzuschlag) auszurichten.

(Dispositiv nächste Seite)

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.

Die Beschwerde wird abgewiesen, soweit sie nicht gegenstandslos geworden ist.

2.

Es werden keine Verfahrenskosten auferlegt.

3.

Das SEM wird angewiesen, den Beschwerdeführenden eine Parteientschädigung in der Höhe von Fr. 1'197.– auszurichten.

4.

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

Die vorsitzende Richterin:

Die Gerichtsschreiberin:

Jeannine Scherrer-Bänziger

Anna Dürmüller Leibundgut

Versand: