



Abteilung IV
D-5538/2016
law/bah

Urteil vom 29. September 2016

Besetzung

Richter Walter Lang (Vorsitz),
Richterin Barbara Balmelli,
Richter Daniele Cattaneo,
Gerichtsschreiber Christoph Basler.

Parteien

A. _____, geboren am (...),
Sri Lanka,
vertreten durch Gabriel Püntener, Rechtsanwalt,
Beschwerdeführer,

gegen

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

Gegenstand

Nichteintreten auf Asylgesuch und Wegweisung (Dublin-Verfahren/Nichteintreten auf Wiedererwägungsgesuch);
Verfügung des SEM vom 17. August 2016 / N (...).

Sachverhalt:**A.**

Mit Verfügung vom 27. Januar 2016 trat das SEM in Anwendung von Art. 31a Abs. 1 Bst. b AsylG (SR 142.31) auf das Asylgesuch des Beschwerdeführers vom 3. August 2015 nicht ein, verfügte die Wegweisung nach Italien und forderte ihn – unter Androhung von Zwangsmitteln im Unterlassungsfall – auf, die Schweiz am Tag nach Ablauf der Beschwerdefrist zu verlassen. Diese Verfügung erwuchs unangefochten in Rechtskraft.

B.

B.a. Mit Eingabe vom 27. Mai 2016 an das SEM machte der Beschwerdeführer unter Bezugnahme auf ein Einweisungsschreiben von Dr. med. B._____, Allgemeine innere Medizin FMH, C._____, an die (...) vom 20. April 2016 (Gesuchsbeilage 1) geltend, dass er nach dem Entscheid vom 27. Januar 2016 akut erkrankt sei und sich seit dem 20. April 2016 in stationärer Behandlung befinde. Dies stelle einen neuen rechtserheblichen Sachverhalt dar, welcher zwangsläufig im Rahmen eines neuen Asylgesuchs zu prüfen sei. Zudem ergebe sich aus einem Bericht der Asylum Information Database (AIDA) – Country Report Italy vom Dezember 2015 (Gesuchsbeilage 2), dass die vom European Refugee Fund finanzierten Lager für Dublin-Rückkehrer, in welchen versucht worden sei, Ansprüchen von besonders verletzlichen Personen – darunter Traumatisierte – gerecht zu werden, seit Juni 2015 nicht mehr in Betrieb seien. Somit habe sich der rechtserhebliche Sachverhalt seit dem Nichteintretensentscheid des SEM vom 27. Januar 2016 in diesem Punkt ebenfalls verändert, so dass auch diesbezüglich ein neuer rechtserheblicher Sachverhalt vorliege, welcher im Rahmen eines neuen Asylgesuches zu prüfen sei. Namentlich sei Italien, unter Bezugnahme auf die auf Seite 8 der Eingabe vom 27. Mai 2016 als Beilagen 3 bis 12 aufgeführten Berichte von Nichtregierungsorganisationen (NGOs) und Zeitungsartikel, aktuell mit der Unterbringung und Betreuung der vielen Asylsuchenden, insbesondere auch von vulnerablen Personen, überfordert. Zudem kritisierte er, dass das SEM im Rahmen des Umsiedlungsprogramms der Europäischen Union (EU) besonders verletzliche Asylsuchende aus Italien aufnehme und gleichzeitig den Beschwerdeführer dorthin zurückschicke, und forderte das Staatssekretariat sinngemäss auf, vom Selbsteintrittsrecht der Schweiz Gebrauch zu machen. Schliesslich ersuchte er um Ansetzung einer Frist zur Einreichung eines ausführlichen Arztberichts bezüglich seiner Erkrankung.

B.b. Mit Schreiben vom 1. Juni 2016 räumte das SEM dem Beschwerdeführer eine Frist bis zum 12. Juni 2016 zur Einreichung eines ausführlichen Arztberichts ein.

B.c. Am 3. beziehungsweise 9. Juni 2016 übermittelte das (...) dem SEM einen ausführlichen Arztbericht der (...) vom 3. Juni 2016.

B.d. Mit Schreiben vom 13. Juni 2016 reichte der Rechtsvertreter den erwähnten Arztbericht ebenfalls ein und führte aus, dass eine Überstellung des Beschwerdeführers nach Italien aufgrund von dessen aktueller stationärer Hospitalisierung nicht zumutbar sei. Dieser benötige eine intensive Behandlung, ansonsten mit einem erhöhten Suizidrisiko zu rechnen sei. Eine solche Behandlung könne in Italien nicht garantiert werden und es bestehe eine Gefährdung seines Lebens. Demnach habe die Schweiz im Rahmen eines Selbsteintritts ihre Zuständigkeit für die Behandlung des Asylgesuchs anzuerkennen.

B.e. Mit Zwischenverfügung vom 15. Juni 2016 – eröffnet am 24. Juni 2016 – nahm das SEM die Eingabe vom 27. Mai 2016 als Wiedererwägungsgesuch entgegen, räumte dem Beschwerdeführer eine Frist bis zum 29. Juni 2016 zur Bezahlung eines Gebührenvorschusses von Fr. 600.– ein, unter Androhung des Nichteintretens im Unterlassungsfall, und setzte den Vollzug der Wegweisung nicht aus.

B.f. Mit Eingabe vom 4. Juli 2016 beantragte der Beschwerdeführer durch seinen Rechtsvertreter beim Bundesverwaltungsgericht unter der Überschrift "Verwaltungsbeschwerde" in der Hauptsache, die Verfügung des SEM vom 15. Juni 2016 sei aufzuheben und das Staatssekretariat anzuweisen, das Verfahren des Beschwerdeführers korrekt an die Hand zu nehmen (Antrag 2); in verfahrensrechtlicher Hinsicht sei dem Beschwerdeführer im Sinne einer vorsorglichen Massnahme für die Dauer des gesamten Verfahrens vor dem Bundesverwaltungsgericht und dem SEM zu gestatten, den Ausgang des Beschwerdeverfahrens in der Schweiz abzuwarten (Antrag 3); im Sinne einer superprovisorischen Massnahme seien das SEM und die zuständigen kantonalen Behörden unverzüglich anzuweisen, von Handlungen zum Vollzug der Wegweisung nach Italien abzusehen (Antrag 4); das Bundesverwaltungsgericht habe nach dem Eingang der Beschwerde unverzüglich darzulegen, welche Gerichtspersonen mit der vorliegenden Sache betraut würden, und gleichzeitig mit geeigneten Mitteln zu belegen, dass diese Gerichtspersonen tatsächlich zufällig ausgewählt worden seien (Antrag 1). Als Beweismittel wurden, nebst einer Kopie

der angefochtenen Zwischenverfügung, die auf Seite 11 der Beschwerde als Beilagen 2 bis 6 aufgeführten Internetberichte betreffend Unterbringung und Betreuung der vielen, auch besonders verletzlichen Asylsuchenden in Italien eingereicht.

B.g. Mit Urteil D-4139/2016 vom 11. August 2016 wies das Bundesverwaltungsgericht die Beschwerde gegen die Zwischenverfügung ab, soweit es auf diese eintrat.

C.

C.a. Mit Verfügung vom 17. August 2016 – eröffnet am 31. August 2016 – trat das SEM auf das Wiedererwägungsgesuch des Beschwerdeführers vom 27. Mai 2016 nicht ein und stellte fest, die Verfügung vom 27. Januar 2016 sei rechtskräftig sowie vollstreckbar und einer allfälligen Beschwerde komme keine aufschiebende Wirkung zu.

C.b. Mit Eingabe seines Rechtsvertreters vom 12. September 2016 liess der Beschwerdeführer gegen diese Verfügung beim Bundesverwaltungsgericht Beschwerde erheben und beantragen, das Bundesverwaltungsgericht habe nach dem Eingang der Beschwerde unverzüglich darzulegen, welche Gerichtspersonen mit der Behandlung der vorliegenden Sache betraut würden, und es habe mit geeigneten Mitteln zu belegen, dass diese Gerichtspersonen tatsächlich zufällig ausgewählt worden seien [1], die Verfügung des SEM vom 17. August 2016 sei aufzuheben, ihm sei eine angemessene Frist zur Bezahlung des Gebührevorschusses anzusetzen und nach dessen Bezahlung sei das Verfahren korrekt fortzusetzen [2], eventuell sei festzuhalten, dass der Vollzug der Wegweisung nach Italien unzulässig sei [3], es sei ihm im Sinne einer vorsorglichen Massnahme für die Dauer des gesamten Verfahrens vor dem Bundesverwaltungsgericht und dem SEM zu gestatten, den Ausgang des Beschwerdeverfahrens in der Schweiz abzuwarten [4], und im Sinne einer superprovisorischen Massnahme seien das SEM und die kantonalen Behörden unverzüglich anzuweisen, von Handlungen zum Vollzug der Wegweisung nach Italien abzusehen; eine Kopie der entsprechenden Anordnung sei dem unterzeichneten Anwalt sofort per Telefax zuzustellen [5].

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. Da 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. Seit dem Inkrafttreten der Änderung des Asylgesetzes vom 14. Dezember 2012 am 1. Februar 2014 ist das Wiedererwägungsverfahren im Asylgesetz 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 (Art. 111b Abs. 1 AsylG).

1.3. Gemäss herrschender Lehre und ständiger Praxis des Bundesgerichts ergibt sich aus Art. 29 BV unter bestimmten Voraussetzungen ein verfassungsrechtlicher Anspruch auf Wiedererwägung (vgl. BGE 138 I 61 E. 4.3; BGE 136 II 177 E. 2, je mit weiteren Hinweisen). Danach hat die zuständige Behörde eine selbst getroffene Verfügung in Wiedererwägung zu ziehen, wenn sich der rechtserhebliche Sachverhalt seit dem ursprünglichen Entscheid beziehungsweise seit dem Urteil der mit Beschwerde angerufenen Rechtsmittelinstanz in wesentlicher Weise verändert hat und mithin die ursprünglich fehlerfreie Verfügung an nachträglich eingetretene Veränderungen der Sachlage anzupassen ist. Sodann können auch Revisionsgründe im Sinne von Art. 66 Abs. 2 VwVG einen Anspruch auf Wiedererwägung begründen, sofern sie sich auf eine in materielle Rechtskraft erwachsene Verfügung beziehen, die entweder unangefochten geblieben oder deren Beschwerdeverfahren mit einem formellen Prozessurteil abgeschlossen worden ist. Ein solchermassen als qualifiziertes Wiedererwägungsgesuch zu bezeichnendes Rechtsmittel ist grundsätzlich nach den Regeln des Revisionsverfahrens zu behandeln.

1.4. Im Rahmen eines Wiedererwägungsverfahrens können ebenfalls Beweismittel geprüft werden, die erst nach einem materiellen Beschwerde-

entscheid des Bundesverwaltungsgerichts entstanden sind und daher revisionsrechtlich nicht von Relevanz sein können (vgl. BVGE 2013/22 E. 12.3).

2.

2.1. Das SEM ist mit Verfügung vom 17. August 2016 auf das Wiedererwägungsgesuch vom 27. Mai 2016 nicht eingetreten, nachdem der Beschwerdeführer den von ihm gestützt auf Art. 111d Abs. 3 AsylG verlangten Gebührenvorschuss innert angesetzter Frist nicht bezahlt hat.

2.2. Gemäss Art. 108 Abs. 2 AsylG beträgt die Beschwerdefrist gegen Nichteintretensentscheide fünf Arbeitstage. Diese Frist gilt unter anderem auch für Nichteintretensentscheide des SEM, mit welchen es auf ein Wiedererwägungsgesuch nicht eintritt (vgl. Botschaft zur Änderung des Asylgesetzes vom 26. Mai 2010 [BBl 2010 4504]; Urteile des BVGer E-1666/2014 vom 16. Dezember 2014 E. 1.3 [nicht publizierte Erwägung aus BVGE 2014/39]; D-533/2016 vom 8. Februar 2016 E. 1.2; D-1010/2016 vom 10. März 2016 S. 6; D-3505/2015 vom 17. Juni 2015 E. 1.3; E-5175/2014 vom 25. September 2014 E. 1.3; D-4021/2010 vom 18. Juni 2010 S. 6).

3.

3.1. Schriftliche Eingaben sind spätestens am letzten Tag der Frist der Behörde einzureichen oder zu deren Händen der schweizerischen Post zu übergeben (Art. 21 Abs. 1 VwVG). Gemäss Rückschein wurde die Verfügung vom 17. August 2016 dem Rechtsvertreter des Beschwerdeführers, Rechtsanwalt Gabriel Püntener, am 31. August 2016 eröffnet. Demnach ist die Frist von fünf Arbeitstagen am 7. September 2016 abgelaufen (Art. 53 der Asylverordnung 1 vom 11. August 1999 über Verfahrensfragen [AsylV 1, SR 142.311]; vgl. auch BVGE 2009/55), womit die Beschwerde verspätet eingereicht wäre.

3.2. Das SEM hat die angefochtene Verfügung allerdings mangelhaft eröffnet, indem es in seiner Rechtsmittelbelehrung anstatt auf Art. 108 Abs. 2 AsylG und die darin vorgesehene Beschwerdefrist von fünf Arbeitstagen zu verweisen, unter Hinweis auf Art. 50 VwVG und Art. 105 AsylG festhielt, gegen diesen Entscheid könne innert 30 Tagen seit Eröffnung beim Bundesverwaltungsgericht Beschwerde erhoben werden.

3.3. Gemäss Art. 38 VwVG darf den Parteien aus mangelhafter Eröffnung kein Nachteil erwachsen. Dies hat insbesondere zur Folge, dass ein aufgrund einer falschen Rechtsmittelbelehrung verspätet eingereichtes Rechtsmittel als gültig anzuerkennen ist (vgl. MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER, Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht, 2. Auflage 2013, Rz. 2.106/7). Durch Art. 38 VwVG geschützt ist eine Prozesspartei allerdings nur, wenn sie sich nach Treu und Glauben auf die fehlerhafte Rechtsmittelbelehrung verlassen durfte. Wer die Unrichtigkeit erkannte oder bei gebührender Aufmerksamkeit hätte erkennen können, kann sich nicht auf Art. 38 VwVG berufen, wobei allerdings nur eine grobe prozessuale Unsorgfalt der betroffenen Partei oder ihres Anwalts eine unrichtige Rechtsmittelbelehrung aufzuwiegen vermag. Der Vertrauensschutz versagt zudem nur dann, wenn der Mangel in der Rechtsmittelbelehrung für den Rechtsuchenden beziehungsweise seinen Rechtsvertreter allein schon durch Konsultierung der massgebenden Verfahrensbestimmung ersichtlich gewesen wäre. Wann der Prozesspartei, die sich auf eine unrichtige Rechtsmittelbelehrung verlassen hat, eine als grob zu wertende Unsorgfalt vorzuwerfen ist, beurteilt sich nach den konkreten Umständen und nach ihren Rechtskenntnissen. Ist sie rechtsunkundig und auch nicht rechtskundig vertreten, darf sie nicht der anwaltlich vertretenen Partei gleichgestellt werden, es sei denn, sie verfüge namentlich aus früheren Verfahren über einschlägige Erfahrungen. Eine Überprüfung der in der Rechtsmittelbelehrung enthaltenen Angaben kann von einer Prozesspartei im Übrigen nur dann verlangt werden, wenn diese über die Kenntnisse verfügt, die es ihr überhaupt ermöglichen, die massgebende Gesetzesbestimmung ausfindig zu machen und gegebenenfalls auszulegen (vgl. zum Ganzen BGE 139 III 78 E. 5.4.2; BGE 138 I 49 E. 8.3.2; BGE 135 III 374 E. 1.2.2; BGE 129 II 125 E. 3.3).

3.4. Gabriel Püntener ist ein seit Jahrzehnten insbesondere auch auf dem Gebiet des Asyls tätiger Rechtsanwalt, der infolge zahlloser Verfahren, in denen er als Rechtsvertreter aufgetreten ist, über umfassende Erfahrung im Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht verfügt. Von einem derart spezialisierten Rechtsanwalt darf erwartet werden, er habe Kenntnis davon, dass die Beschwerdefrist gegen Nichteintretensentscheide im Asylbeschwerdeverfahren in Art. 108 Abs. 2 AsylG spezialgesetzlich geregelt ist, diese fünf Arbeitstage beträgt, und er deshalb ohne weiteres hätte erkennen können, dass die vom SEM unter Hinweis auf Art. 50 VwVG und Art. 105 AsylG erfolgte Rechtsmittelbelehrung, wonach gegen diesen Entscheid innert 30 Tagen seit Eröffnung beim Bundesverwaltungsgericht Beschwerde erhoben werden könne, nicht zutreffend ist. Der Umstand, dass

er die Beschwerde erst am 12. September 2016, und damit nach Ablauf der Beschwerdefrist, eingereicht hat, kann daher nicht als begriffliche Folge der falschen Rechtsmittelbelehrung des SEM in der angefochtenen Verfügung betrachtet werden. Vielmehr ist im Umstand, dass er es versäumt hat, innert der in Art. 108 Abs. 2 AsylG vorgesehenen Frist von fünf Arbeitstagen Beschwerde gegen die Verfügung des SEM vom 17. August 2016 zu erheben, eine grobe prozessuale Unsorgfalt zu erblicken. Auf die verspätet eingereichte Beschwerde ist deshalb nicht einzutreten.

4.

4.1. Aufgrund dieses Ausgangs des Verfahrens ist sowohl der Antrag, im Sinne einer vorsorglichen Massnahme sei dem Beschwerdeführer für die Dauer des gesamten Verfahrens vor dem Bundesverwaltungsgericht und dem SEM zu gestatten, den Ausgang des Beschwerdeverfahrens in der Schweiz abzuwarten, als auch derjenige um Erlass superprovisorischer Massnahmen gegenstandslos geworden. Dasselbe gilt für das Ersuchen, dem Beschwerdeführer sei mitzuteilen, welche Gerichtspersonen mit der Behandlung der vorliegenden Sache betraut würden, da das Spruchgremium mit dem Nichteintretensentscheid mitgeteilt wird. Bezüglich des Gesuchs, es sei mit geeigneten Mitteln zu belegen, dass das Spruchgremium tatsächlich zufällig ausgewählt worden sei, ist auf die einschlägigen Bestimmungen des Geschäftsreglements vom 17. April 2008 für das Bundesverwaltungsgericht (VGR, SR 173.320.1) zu verweisen.

4.2. Gemäss Art. 21 Abs. 1 VGG entscheiden die Abteilungen des Bundesverwaltungsgerichts in der Regel in der Besetzung mit drei Richtern. Art. 23 Abs. 1 Bst. b VGG sieht vor, dass der Instruktionsrichter oder die Instruktionsrichterin als Einzelrichter beziehungsweise Einzelrichterin über das Nichteintreten auf offensichtlich unzulässige Rechtsmittel entscheidet. Auf dem Gebiet des Asyls entscheiden gemäss Art. 111 Bst. b AsylG die Richter ebenfalls als Einzelrichter über das Nichteintreten auf offensichtlich unzulässige Beschwerden.

Vorliegend hat das SEM die angefochtene Verfügung mangelhaft eröffnet, indem es eine falsche Rechtsmittelbelehrung anführte. Aufgrund der sich in diesem Zusammenhang stellenden Frage des Vertrauensschutzes erweist sich die Beschwerde nicht als offensichtlich unzulässig. Der Nichteintretensentscheid ergeht deshalb gestützt auf Art. 21 Abs. 1 VGG in der Besetzung mit drei Richtern.

4.3. Bei diesem Ausgang des Verfahrens sind die Kosten von Fr. 600.– (Art. 1–3 des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]) dem Beschwerdeführer aufzuerlegen (Art. 63 Abs. 1 VwVG).

(Dispositiv nächste Seite)

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.

Auf die Beschwerde wird nicht eingetreten.

2.

Die Verfahrenskosten von Fr. 600.– werden dem Beschwerdeführer auferlegt. Dieser Betrag ist innert 30 Tagen ab Versand des Urteils zugunsten der Gerichtskasse zu überweisen.

3.

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

Der vorsitzende Richter:

Der Gerichtsschreiber:

Walter Lang

Christoph Basler

Versand: