



---

Abteilung IV  
D-874/2021  
law/bah

## Urteil vom 18. Mai 2021

---

Besetzung

Einzelrichter Walter Lang,  
mit Zustimmung von Richter Markus König;  
Gerichtsschreiber Christoph Basler.

---

Parteien

**A.**\_\_\_\_\_, geboren am (...),  
seine Ehefrau  
**B.**\_\_\_\_\_,  
geboren am (...),  
und ihre Tochter  
**C.**\_\_\_\_\_, geboren am (...),  
Irak,  
alle vertreten durch lic. iur. Nesrin Ulu, Verein MOR Recht,  
(...),  
Beschwerdeführende,

gegen

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

---

Gegenstand

Nichteintreten auf Asylgesuch (Wiedererwägung);  
Verfügung des SEM vom 26. Januar 2021 / N (...).

**Sachverhalt:****A.**

**A.a** Die Beschwerdeführenden suchten am 9. September 2018 im Transitbereich des Flughafens Zürich um Asyl nach. Mit Verfügung vom selben Tag wurde ihnen die Einreise in die Schweiz vorläufig verweigert und der Transitbereich des Flughafens für maximal 60 Tage als Aufenthaltsort zugewiesen.

**A.b** Die Beschwerdeführenden wurden am 12. September 2018 im Rahmen der Befragung zur Person (BzP) zu ihren Personalien, dem Reiseweg und summarisch zu ihren Asylgründen befragt.

Der Beschwerdeführer gab an, er sei der türkische Staatsangehörige D.\_\_\_\_\_, geboren am (...), und habe sich im Jahr 1996 der PKK (Partiya Karkeren Kurdistan) angeschlossen. Bis im Jahr 2004 sei er in deren Reihen aktiv gewesen; aufgrund von Streitigkeiten in der Organisation sei er desertiert.

Die Beschwerdeführerin machte geltend, sie sei am (...) in E.\_\_\_\_\_ geboren worden und heisse F.\_\_\_\_\_. Zurzeit sei sie staatenlos, da eine Person, die der PKK angehöre, ihre (...) Identitätspapiere verwende. Sie sei ab dem Alter von 14 Jahren in einem PKK-Lager in G.\_\_\_\_\_ ausgebildet worden und habe danach auf Geheiss ihres Vaters im Irak bis zu ihrer Desertion im Jahr 2004 für die PKK Dienst geleistet.

Die beiden Beschwerdeführenden führten im Weiteren aus, sie hätten sich nach der Desertion der KDP (Partiya Demokrata Kurdistan) gestellt und nach Überprüfung in H.\_\_\_\_\_ (Norderak) gelebt, wo ihre Tochter geboren worden sei. Dort hätten sie keinen gesicherten Aufenthaltsstatus gehabt, weshalb sie mit käuflich erhaltenen irakischen Reisepässen nach Ägypten und von dort mit denselben Reisepässen und den entsprechenden Visa nach Südafrika gereist seien. Südafrika hätten sie nach zweitägigem Aufenthalt mit gefälschten französischen Reisepässen verlassen.

Die Beschwerdeführenden gaben verfälschte beziehungsweise gefälschte französische Reisepässe und Identitätskarten, die Geburtsurkunde ihrer Tochter und die Kopie eines Ehescheines der Eltern der Beschwerdeführerin zu den Akten.

**B.**

Mit Verfügung vom 21. September 2018 trat das SEM auf die Asylgesuche der Beschwerdeführenden nicht ein, verfügte die Wegweisung aus dem Transitbereich des Flughafens Zürich und ordnete den Wegweisungsvollzug in den Drittstaat Südafrika an. Der Vollzug der Wegweisung in den Irak, in die Türkei und nach I. \_\_\_\_\_ wurde ausgeschlossen.

**C.**

Das Bundesverwaltungsgericht wies eine gegen diese Verfügung gerichtete Beschwerde vom 28. September 2018 mit Urteil D-5566/2018 vom 3. Oktober 2018 ab, soweit es auf diese eintrat.

**D.**

**D.a** Die Beschwerdeführenden ersuchten durch ihre Rechtsvertreterin mit beim SEM eingereicherter Eingabe vom 23. Oktober 2018 um Aufhebung des Nichteintretensentscheids vom 21. September 2018 und Einleitung des ordentlichen Asylverfahrens, eventualiter um Weiterleitung ihrer Eingabe an das Bundesverwaltungsgericht zur Behandlung als Revisionsgesuch.

**D.b** Das Bundesverwaltungsgericht nahm die vom SEM am 25. Oktober 2018 überwiesene Eingabe vom 23. Oktober 2018 als Revisionsgesuch entgegen und trat auf dieses mit Urteil D-6122/2018 vom 2. November 2018 nicht ein.

**E.**

**E.a** Mit Eingabe an das SEM vom 22. November 2018 stellten die Beschwerdeführenden durch ihre damalige Rechtsvertreterin ein Wiedererwägungsgesuch, in dem sie beantragten, es sei festzustellen, dass der Vollzug der Wegweisung nicht durchführbar sei. Die Verfügung vom 21. September 2018 sei aufzuheben, in Anwendung von Art. 31a Abs. 2 AsylG [SR 142.31] sei auf ihr Asylgesuch einzutreten, und jegliche den Wegweisungsvollzug betreffende Korrespondenz zwischen den schweizerischen und den südafrikanischen Behörden sei offenzulegen. Mit Eingabe an das SEM vom 23. August 2019 liessen die Beschwerdeführenden eine Änderung ihrer Personalien im ZEMIS (Zentrales Migrationsinformationssystem) beantragen.

**E.b** Das SEM wies das Wiedererwägungsgesuch vom 22. November 2018 mit Entscheid vom 2. September 2019 ab, erklärte die Verfügung vom

21. September 2018 als rechtskräftig und vollstreckbar, und lehnte das Gesuch um Änderung der Personendaten im ZEMIS vom 23. August 2019 ab.

**E.c** Die Beschwerdeführenden erhoben mit Eingabe ihrer damaligen Rechtsvertreterin vom 2. Oktober 2019 gegen diese Verfügung Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht.

**E.d** Das Bundesverwaltungsgericht wies die Beschwerde mit Urteil D-5144/2019 vom 19. Oktober 2019 ab, soweit sinngemäss die Aufhebung der Dispositivziffer 5 der vorinstanzlichen Verfügung (Änderung der Personalien im ZEMIS) beantragt wurde. Es wies das SEM an, im ZEMIS einen Bestreitungsvermerk anzubringen. Die Beschwerde wurde ebenfalls abgewiesen, soweit die Aufhebung der Dispositivziffern 1 und 2 der vorinstanzlichen Verfügung (Abweisung des Wiedererwägungsgesuchs und Rechtskraft) beantragt wurde.

## **F.**

**F.a** Die Beschwerdeführenden ersuchten beim SEM mit Eingabe ihrer damaligen Rechtsvertreterin vom 30. November 2020 um Wiedererwägung des Nichteintretensentscheids des SEM vom 21. September 2018. Sie beantragten, es sei festzustellen, dass der Vollzug der Wegweisung nach Südafrika unzulässig, unzumutbar und unmöglich sei. Wie in ähnlich gelagerten Fällen sei auf das Asylgesuch einzutreten und Asyl oder eine vorläufige Aufnahme zu gewähren. Das Gesuch wurde damit begründet, dass die Verfügung vom 21. September 2018 keine rechtliche Anwendungsmöglichkeit habe, da mit Bezug auf Südafrika keine Vollzugsmöglichkeit bestehe. Wie in ähnlich gelagerten Fällen sei eine Rückkehr nach Südafrika als technisch und praktisch nicht durchführbar zu betrachten.

**F.b** Das SEM hiess das Wiedererwägungsgesuch vom 30. November 2020 mit Verfügung vom 26. Januar 2021 – eröffnet am 28. Januar 2021 – gut, soweit es sich auf den Vollzug der Wegweisung bezog. Es hob die Ziffern 3 und 5 der Verfügung vom 21. September 2018 auf, und stellte fest, dass der Vollzug der Wegweisung derzeit nicht möglich sei, weshalb es die vorläufige Aufnahme der Beschwerdeführenden anordnete. Der Entscheid wurde damit begründet, dass keine Gründe vorlägen, welche die Rechtskraft der angefochtenen Verfügung beseitigen könnten. Das Bundesverwaltungsgericht und das SEM hätten die Revisions- und Wiedererwägungsgesuche abgewiesen und die Vollstreckbarkeit der Verfügung vom 21. September 2018 festgestellt. Hingegen sei in Würdigung der besonde-

ren Umstände, namentlich der Schwierigkeiten, Reisedokumente zu beschaffen und von Südafrika eine Rückübernahmezusicherung zu erhalten, vom Vollzug der Wegweisung abzusehen, weil ein solcher im heutigen Zeitpunkt nicht möglich sei.

## **G.**

**G.a** Die Beschwerdeführenden erhoben durch ihre Rechtsvertreterin mit Eingabe an das Bundesverwaltungsgericht vom 26. Februar 2021 Beschwerde gegen diese Verfügung. Sie beantragten, die Beschwerde sei gutzuheissen und die Ziffer 1 der Verfügung des SEM vom 26. Januar 2021 sei aufzuheben. Das SEM sei anzuweisen, das Wiedererwägungsgesuch vom 30. November 2021 gutzuheissen und den Nichteintretensentscheid vom 21. September 2018 aufzuheben. Auf das Asylgesuch sei einzutreten. Es sei die unentgeltliche Rechtspflege im Sinne von Art. 65 Abs. 1 VwVG und Art. 110a Abs. 1 Bst. a und Abs. 3 AsylG zu bewilligen. Es sei auf die Erhebung eines Kostenvorschusses zu verzichten und die Rechtsvertreterin sei als unentgeltliche Rechtsbeiständin zu bestellen. Der Eingabe lag eine Bestätigung der Fürsorgeabhängigkeit der Beschwerdeführenden vom 17. Februar 2021 bei.

**G.b** Mit Zwischenverfügung vom 3. März 2021 hiess der Instruktionsrichter das Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung gut und verzichtete auf die Erhebung eines Kostenvorschusses. Das Gesuch um Bestellung der Rechtsvertreterin als amtliche Rechtsbeiständin wies er ab. Das SEM lud er ein, zur Beschwerde innert Frist eine Vernehmlassung einzureichen.

**G.c** Das SEM nahm in seiner Vernehmlassung vom 16. März 2021 zur Beschwerde Stellung.

**G.d** Das Bundesverwaltungsgericht setzte die Beschwerdeführenden am 18. März 2021 von der vorinstanzlichen Vernehmlassung in Kenntnis.

## **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** Das SEM versandte seine Verfügung vom 26. Januar 2021 irrtümlicherweise an die (...), die ihm am 28. Januar 2021 mitteilte, sie habe bezüglich der Beschwerdeführenden kein Mandat. Daraufhin versandte das SEM am 10. Februar 2021 eine vom Vortag datierende Verfügung mit dem Vermerk «Dieser Entscheid ersetzt unsere Verfügung vom 26. Januar 2021» an die vormalige Rechtsvertreterin der Beschwerdeführenden. Die vormalige Rechtsvertreterin teilte dem SEM mit Schreiben vom 10. Februar 2021 mit, ihr Mandat sei beendet, weshalb das SEM künftige Korrespondenz direkt an die Beschwerdeführenden richten sollte; eine Kopie dieses Schreibens ging an die heutige Rechtsvertreterin. Die Beschwerdeführenden und ihre heutige Rechtsvertreterin erhielten offenbar Kenntnis von der Verfügung des SEM vom 26. Januar 2021 – nicht hingegen von jener vom 9. Februar 2021 – und fochten diese beim Bundesverwaltungsgericht an. Aufgrund der Aktenlage ist davon auszugehen, dass die Verfügung vom 9. Februar 2021 nicht rechtsgenügend eröffnet wurde, wovon auch das SEM in seiner Vernehmlassung vom 16. März 2021 auszugehen scheint, in der er es an seinen Erwägungen in der Verfügung vom 26. Januar 2021 vollumfänglich festhält. Anfechtungsgegenstand der vorliegenden Beschwerde bildet somit die Verfügung des SEM vom 26. Januar 2021.

**1.3** Die Beschwerde ist frist- und formgerecht eingereicht (Art. 108 Abs. 2 AsylG; Art. 105 AsylG i.V.m. Art. 37 VGG und Art. 52 Abs. 1 VwVG). 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 AsylG i.V.m. Art. 37 VGG und Art. 48 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 (vgl. BVGE 2014/26 E. 5).

**3.**

Über offensichtlich begründete Beschwerden wird in einzelrichterlicher Zuständigkeit mit Zustimmung eines zweiten Richters entschieden (Art. 111 Bst. e AsylG). Wie nachstehend aufgezeigt, handelt es sich um eine solche, weshalb das Urteil nur summarisch zu begründen ist (Art. 111a Abs. 2 AsylG).

**4.**

Gemäss Art. 31a Abs. 1 Bst. c AsylG tritt das SEM in der Regel auf ein Asylgesuch nicht ein, wenn Asylsuchende in einen Drittstaat zurückkehren können, in welchem sie sich vorher aufgehalten haben.

**5.**

In der Beschwerde wird geltend gemacht, das SEM habe nicht begründet, wie es zum Schluss gekommen sei, dass vorliegend keine Gründe vorlägen, welche die Rechtskraft der ursprünglichen Verfügung vom 21. September 2018 im Nichteintretenspunkt beseitigen könnten. Damit verletze es seine Untersuchungs- und die Begründungspflicht sowie das rechtliche Gehör der Beschwerdeführenden. Mit der angefochtenen Verfügung verletze es auch Art. 31a Abs. 1 Bst. c AsylG, gemäss dem auf ein Asylgesuch nicht eingetreten werde, wenn Asylsuchende in einen sicheren Drittstaat nach Art. 6a Abs. 2 Bst. b AsylG zurückkehren *könnten*, in dem sie sich zuvor aufgehalten hätten. Das SEM anerkenne die Schwierigkeiten der Beschwerdeführenden, Reisepapiere zu beschaffen. Auch habe es festgehalten, dass deshalb die Einholung der Rückübernahmezusicherung von Südafrika Schwierigkeiten bereiten würde. Damit anerkenne das SEM implizit, dass die Beschwerdeführenden nicht nach Südafrika zurückkehren könnten. Anstatt daraus zu schliessen, dass der angewandte Nichteintretenstatbestand nicht vorliege, ordne es die Wegweisung an und hebe die angefochtene Verfügung nur im Vollzugspunkt auf. Der Nichteintretenstatbestand von Art. 31a Abs. 1 Bst. c AsylG sei somit pflichtwidrig angewandt worden. Indem das SEM lediglich die Unmöglichkeit des Vollzugs der Wegweisung festgestellt habe, werde den Beschwerdeführenden die Prüfung ihrer Asylgründe verwehrt. Diesbezüglich sei auf das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts E-5462/2020 vom 7. Dezember 2020 hinzuweisen.

## 6.

**6.1** Einleitend ist festzustellen, dass sich das SEM in den Erwägungen der angefochtenen Verfügung vom 26. Januar 2021 nur mangelhaft mit den sich stellenden Fragen auseinandergesetzt hat. Insbesondere schloss es eine Wiedererwägung der Verfügung vom 21. September 2018 in Bezug auf das Nichteintreten auf das Asylgesuch aus, ohne seine Schlussfolgerungen inhaltlich zu begründen. Zudem ist das Dispositiv unpräzise und somit mangelhaft abgefasst. So wird darin lediglich die Unmöglichkeit des Wegweisungsvollzugs festgestellt und die vorläufige Aufnahme der Beschwerdeführenden angeordnet, eine Dispositiv-Ziffer in Bezug auf die Abweisung des Wiedererwägungsgesuchs (Nichteintreten auf Asylgesuch) fehlt indessen.

**6.2** Ob bereits die vorstehend aufgeführten Mängel (mangelhafte Begründung und mangelhaft abgefasstes Dispositiv) zu einer Rückweisung der Sache an das SEM zur Neuurteilung führen, braucht vorliegend nicht geprüft zu werden, da aufgrund der nachstehenden Erwägungen die Verfügung ohnehin aufzuheben ist.

## 7.

Das SEM hat in der angefochtenen Verfügung festgestellt, es würden keine Gründe vorliegen, welche die Rechtskraft der Verfügung vom 21. September 2018 im Nichteintretenspunkt beseitigen könnten. Gleichzeitig kam es aufgrund der besonderen Umstände – Schwierigkeiten, Reisedokumente zu beschaffen und somit von Südafrika eine Rückübernahmezusicherung zu erhalten – zum Schluss, dass sich der Vollzug der Wegweisung der Beschwerdeführenden in den Drittstaat Südafrika als unmöglich erweise, weshalb das Wiedererwägungsgesuch in diesem Punkt gutgeheissen wurde. Dabei verkennt das SEM, dass die Anwendung von Art. 31a Abs. 1 Bst. c AsylG – jedenfalls wie vorliegend dann, wenn die asylsuchende Person im fraglichen Drittstaat nicht als Flüchtling anerkannt worden ist – voraussetzt, dass der Vollzug in den betreffenden Drittstaat tatsächlich stattfinden kann. Die Frage der Möglichkeit des Wegweisungsvollzugs in den Drittstaat bildet mithin ein materielles Kriterium, welches erfüllt sein muss, damit ein Nichteintretensentscheid auf das Asylgesuch überhaupt getroffen werden kann (vgl. CONSTANTIN HRUSCHKA in: Spescha et al. [Hrsg.], Kommentar zum Migrationsrecht, 5. Aufl. 2019, Art. 31a AsylG Rz. 3; Urteile des BVerfG E-5462/2020 vom 7. Dezember 2020 E. 9.3 [in der Beschwerde ausdrücklich erwähnt] und D-4991/2018 vom 11. November 2020 E. 4.1 m.w.H.). Da das SEM die Unmöglichkeit der Rückkehr der Beschwerdeführenden nach Südafrika festgestellt hat, wäre es somit gehalten gewesen,

die Verfügung vom 21. September 2018 vollständig in Wiedererwägung zu ziehen, auf die Asylgesuche der Beschwerdeführenden einzutreten und diese in der Schweiz materiell zu behandeln.

**8.**

Die Beschwerde ist nach dem Gesagten gutzuheissen, die Verfügungen vom 21. September 2018 und 26. Januar 2021 sind aufzuheben das SEM ist anzuweisen, auf die Asylgesuche der Beschwerdeführenden einzutreten und diese materiell zu behandeln.

**9.**

Bei diesem Ausgang des Verfahrens sind keine Kosten zu erheben (Art. 63 Abs. 1 und 2 VwVG).

**10.**

Den Beschwerdeführenden ist angesichts des Obsiegens in Anwendung von Art. 64 VwVG und Art. 7 Abs. 1 des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht (VGKE, SR 173.320.2) eine Entschädigung für die ihnen notwendigerweise erwachsenen Parteikosten zuzusprechen.

Es wurde keine Kostennote zu den Akten gereicht, weshalb die notwendigen Parteikosten aufgrund der Akten zu bestimmen sind (Art. 14 Abs. 2 in fine VGKE). Die von der Vorinstanz auszurichtende Parteientschädigung wird in Anwendung der genannten Bestimmungen und unter Berücksichtigung der massgeblichen Bemessungsfaktoren von Amtes wegen auf insgesamt Fr. 450.– festgelegt.

(Dispositiv nächste Seite)

**Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:**

**1.**

Die Beschwerde wird gutgeheissen.

**2.**

Die Verfügungen des SEM vom 21. September 2018 und 26. Januar 2021 werden aufgehoben. Das SEM wird angewiesen, auf die Asylgesuche der Beschwerdeführenden einzutreten und diese materiell zu behandeln.

**3.**

Es werden keine Verfahrenskosten auferlegt.

**4.**

Das SEM wird angewiesen, den Beschwerdeführenden für das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht eine Parteienschädigung von insgesamt Fr. 450.– auszurichten.

**5.**

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

Der Einzelrichter:

Der Gerichtsschreiber:

Walter Lang

Christoph Basler

Versand: