



---

Abteilung V  
E-28/2010  
{T 0/2}

## **Urteil vom 25. Januar 2010**

---

Besetzung

Einzelrichterin Regula Schenker Senn,  
mit Zustimmung von Richter Walter Lang;  
Gerichtsschreiber Urs David.

---

Parteien

A. \_\_\_\_\_,  
Sri Lanka,  
vertreten durch Hans Peter Roth, Büro Timur,  
Beschwerdeführerin,

gegen

**Bundesamt für Migration (BFM),**  
Quellenweg 6, 3003 Bern,  
Vorinstanz.

---

Gegenstand

Nichteintreten (Wiedererwägung); Verfügung des BFM  
vom 25. November 2009 / N (...).

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

Die Beschwerdeführerin stellte am 28. Dezember 2008 in der Schweiz ein Asylgesuch. Dieses begründete sie hauptsächlich mit ihrer Absicht, ihren seit vielen Jahren in der Schweiz lebenden Freund zu heiraten; ferner sei sie einmal von der srilankischen Armee geschlagen worden. Einen vorgängigen Aufenthalt in Grossbritannien und ein dort eingereichtes Asylgesuch verschwieg sie.

Mit Verfügung vom 6. April 2009 trat das BFM in Anwendung von Art. 34 Abs. 2 Bst. d des Asylgesetzes vom 26. Juni 1998 (AsylG, SR 142.31) auf das Asylgesuch der Beschwerdeführerin nicht ein und verfügte die sofortige Wegweisung nach Grossbritannien. Den Vollzug der Wegweisung dorthin erachtete es als zulässig, zumutbar und möglich.

Eine gegen diesen Entscheid eingereichte Beschwerde vom 8. Mai 2009 wies das Bundesverwaltungsgericht mit Urteil vom 28. Juli 2009 vollumfänglich ab.

**B.**

Am 14. August 2009 verheiratete sich die Beschwerdeführerin in der Schweiz mit dem im Asylgesuch erwähnten, seit über zehn Jahren hier lebenden und vorläufig aufgenommenen Landsmann B.\_\_\_\_\_ (N [...]).

**C.**

Mit Eingabe vom 17. August 2009 reichte die Beschwerdeführerin beim BFM ein „Wiedererwägungsgesuch“ ein, mit welchem sie die Vorinstanz um wiedererwägungsweise Aufhebung der Verfügung vom 6. April 2009, Eintreten auf das Asylgesuch vom 28. Dezember 2008 und eventualiter Gewährung der vorläufigen Aufnahme ersuchte sowie in prozessualer Hinsicht den Verzicht auf die Erhebung eines Kostenvorschusses und die Anordnung der aufschiebenden Wirkung beziehungsweise vollzugshemmender vorsorglicher Massnahmen beantragte. Die Beschwerdeführerin machte in der Begründung im Wesentlichen geltend, durch die zwischenzeitlich erfolgte Heirat sei eine wesentlich veränderte Sachlage eingetreten, welche die ursprüngliche Verfügung in ein anderes rechtliches Licht stelle. Nunmehr sei nämlich der Grundsatz der Einheit der Familie zu beachten,

welcher das Bundesamt zur Ausübung des Rechts auf Selbsteintritt und mithin zum Eintreten auf das Asylgesuch verpflichtete, jedenfalls aber zur wiedererwägungsweise Aufhebung der Wegweisungs- und Vollzugsanordnung führen müsse, zumal ihrem Mann die Ausrichtung von IV-Leistungen und damit die Erteilung einer fremdenpolizeilichen Aufenthaltsbewilligung in Aussicht stehe und sie damit nachzugsberechtigt würde.

#### **D.**

Mit Zwischenverfügung vom 23. September 2009 forderte das BFM von der Beschwerdeführerin innert Frist einen Gebührevorschuss von Fr. 600.-- ein, unter der Androhung bei unbenütztem Fristablauf werde auf das Wiedererwägungsgesuch nicht eingetreten. In der Begründung erwog das Bundesamt, dass das Asylgesuch der Beschwerdeführerin letztinstanzlich rechtskräftig abgelehnt worden sei. Das vorliegende Wiedererwägungsgesuch sei aussichtslos: Auf ein solches müsse nämlich nur bei kumulativem Vorliegen der Sachurteilsvoraussetzungen eingetreten werden. Es würden keine seit der Rechtskraft der ablehnenden Asylverfügung eingetretenen neuen Gründe in Bezug auf den Asylpunkt geltend gemacht, und die zwischenzeitlich erfolgte Heirat stelle keine veränderte Sachlage dar, zumal bereits im Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 28. Juli 2009 ein Anspruch auf Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung und auf Einbezug in die vorläufige Aufnahme des Ehemannes verworfen worden sei. Über das Gesuch um Gewährung aufschiebender Wirkung beziehungsweise Anordnung vollzugshemmender vorsorglicher Massnahmen befand das BFM nicht explizit; in der Entscheidungsbegründung verwies es diesbezüglich jedoch auf Art. 112 AsylG, wonach die Einreichung ausserordentlicher Rechtsmittel und Rechtsbehelfe den Vollzug nicht hemme. In der Rechtsmittelbelehrung hielt die Vorinstanz unter Hinweis auf Art. 107 Abs. 1 AsylG fest, dass vorliegende Zwischenverfügung nur mit dem Endentscheid anfechtbar sei.

Die Frist zur Leistung des Kostenvorschusses verstrich unbenützt.

#### **E.**

Mit Verfügung vom 25. November 2009 (eröffnet am 2. Dezember 2009) trat das BFM auf das Wiedererwägungsgesuch infolge Nichtleistung des eingeforderten Kostenvorschusses androhungsgemäss nicht ein. Gleichzeitig stellte es die Rechtskraft und Vollstreckbarkeit

der Verfügung vom 6. April 2009 fest und sprach einer allfälligen Beschwerde die Zuerkennung aufschiebender Wirkung ab.

#### **F.**

Mit Eingabe vom 4. Januar 2010 erhob die Beschwerdeführerin gegen diesen Entscheid beim Bundesverwaltungsgericht Beschwerde. Darin beantragt sie die Aufhebung des Nichteintretensentscheides vom 25. November 2009, die Rückweisung der Sache an die Vorinstanz zur materiellen Prüfung des Wiedererwägungsgesuchs sowie in prozessualer Hinsicht die Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege für die Verfahrenskosten und die Anordnung einer vollzugshemmenden vorsorglichen Massnahme. In der Begründung bekräftigt sie die durch den Eheschluss eingetretene rechtlich massgebliche Veränderung der Sachlage, welche das BFM nunmehr zum Selbsteintritt gemäss der betreffenden Dublin-Verordnung und jedenfalls zur Anordnung der vorläufigen Aufnahme verpflichtet. Die in der Kostenvorschussverfügung erkannte Aussichtslosigkeit des Wiedererwägungsgesuchs sei angesichts der bereits im Wiedererwägungsgesuch dargelegten Gründe, vorab der völkerrechtlichen Bedeutsamkeit von Art. 8 der Konvention vom 4. November 1950 zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK, SR 0.101), ihrer psychischen Angeschlagenheit, des langjährigen Aufenthalts ihres Mannes in der Schweiz, seiner Vollinvalidität sowie seiner Aussicht auf IV-Leistungen und auf eine ordentliche Aufenthaltsbewilligung unstatthaft.

#### **G.**

Mit superprovisorischer Massnahme vom 5. Januar 2010 setzte das Bundesverwaltungsgericht den Vollzug der Wegweisung gestützt auf Art. 56 des Bundesgesetzes vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren (VwVG, SR 172.021) antragsgemäss einstweilen aus.

### **Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:**

#### **1.**

**1.1** Gemäss Art. 31 des Verwaltungsgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (VGG, SR 173.32) beurteilt das Bundesverwaltungsgericht Beschwerden gegen Verfügungen nach Art. 5 VwVG. Das BFM

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. Das Bundesverwaltungsgericht ist daher zuständig für die Beurteilung der vorliegenden Beschwerde und entscheidet auf dem Gebiet des Asyls endgültig (Art. 105 AsylG; Art. 83 Bst. d Ziff. 1 des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 [BGG, SR 173.110]).

**1.2** Die Beschwerde ist frist- und formgerecht eingereicht. Die Beschwerdeführerin 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. Auf die Beschwerde ist einzutreten (vgl. Art. 108 AsylG sowie Art. 105 AsylG i.V.m. Art. 37 VGG und Art. 48 Abs. 1 und 52 VwVG).

## **2.**

Mit Beschwerde kann die Verletzung von Bundesrecht, die unrichtige oder unvollständige Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts und die Unangemessenheit gerügt werden (Art. 106 Abs. 1 AsylG).

## **3.**

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

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

## **4.**

Anfechtungsobjekt ist die Verfügung vom 25. November 2009, mit welcher das BFM auf das Wiedererwägungsgesuch infolge Nichtleistung des eingeforderten Kostenvorschusses nicht eintrat. Die Nichtbezahlung des Kostenvorschusses ist unbestritten und die Nichteintretensfolge insofern rechtslogisch und konsequent. Gegenstand des Prüfungsverfahrens ist vorliegend die Frage, ob das Zustandekommen des angefochtenen Nichteintretensentscheides rechtskonform ist, wobei sich die Beschwerdeinstanz, sofern sie den Nichteintretensentscheid als unrechtmässig erachtet, einer selbst-

ständigen materiellen Prüfung enthält und – wie von der Rekurrentin korrekt beantragt – die angefochtene Verfügung aufhebt und die Sache zu neuer Entscheidung an die Vorinstanz zurückweist. Die angefochtene Nichteintretensverfügung basiert auf der Zwischenverfügung vom 23. September 2009, mit welcher das BFM die Kostenvorschusserhebung verfügte und begründete. Diese Zwischenverfügung ist somit auf ihre Rechtmässigkeit hin zu prüfen (vgl. E. 5 nachfolgend), zumal sie vom Bundesamt in der Rechtsmittelbelehrung als nicht selbständig, sondern erst mit dem vorliegenden Endentscheid anfechtbar qualifiziert wurde. Letztere Qualifikation ist insoweit korrekt, als das Bundesverwaltungsgericht seit dem Grundsatzentscheid (BVGE 2007/18) die selbständige Anfechtbarkeit von Kostenvorschusszwischenverfügungen im Rahmen von multiplen Asylgesuchen oder von Wiedererwägungsgesuchen betreffend Asylentscheiden konstant verneint. Die Qualifikation der nicht selbständigen Anfechtbarkeit ist indessen insoweit rechtsfehlerhaft, als die Vorinstanz das ausdrücklich gestellte Gesuch um Gewährung aufschiebender Wirkung beziehungsweise um Anordnung vollzugshemmender vorsorglicher Massnahmen im Dpositiv zwar unbeantwortet belies, es jedoch damit implizit abwies (vgl. auch die Erwägungen gemäss erwähnter Zwischenverfügung S. 1 unten). Das Bundesverwaltungsgericht hat in einem weiteren publizierten Entscheid (BVGE 2008/35 insbesondere E. 4.2.2) festgehalten, dass eine Zwischenverfügung des BFM, welche das Wiedererwägungsgesuch als aussichtslos bezeichnet und über die beantragte Vollzugsaussetzung qualifiziert schweigt, als implizite Verweigerung der Vollzugsaussetzung zu betrachten und mithin selbständig anfechtbar ist. Die Rechtsmittelbelehrung in der Zwischenverfügung ist daher fehlerhaft, welcher Umstand sich jedoch im heutigen Zeitpunkt für die Rekurrentin nicht (mehr) negativ auswirkt, weil das Gericht den Vollzug der Wegweisung einstweilen ausgesetzt hat.

## 5.

**5.1** Die Wiedererwägung im Verwaltungsverfahren ist ein gesetzlich nicht geregelter Rechtsbehelf, auf dessen Behandlung durch die verfügende Behörde grundsätzlich kein Anspruch besteht. Gemäss herrschender Lehre und ständiger Praxis des Bundesgerichts wird jedoch aus Art. 29 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV, SR 101) unter bestimmten Voraussetzungen ein verfassungsmässiger Anspruch auf Wieder-

erwägung abgeleitet (vgl. BGE 127 I 133 E. 6 mit weiteren Hinweisen). Danach ist auf ein Wiedererwägungsgesuch einzutreten, 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 ursprüngliche (fehlerfreie) Verfügung an nachträglich eingetretene Veränderungen der Sachlage anzupassen ist. Sodann können auch Revisionsgründe 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 (vgl. Entscheidungen und Mitteilungen der Schweizerischen Asylrekurskommission [EMARK] 2003 Nr. 17 E. 2a S. 103 f. mit weiteren Hinweisen).

**5.2** Vorliegend macht die Beschwerdeführerin im Wiedererwägungsgesuch ein wiedererwägungsbedeutsames neues Sachverhaltselement (Eheschluss) in jenem Sinne geltend, dass dieses behauptungsgemäss den rechtserheblichen Sachverhalt seit dem ursprünglichen Entscheid beziehungsweise seit dem Urteil der mit Beschwerde angerufenen Rechtsmittelinstanz in wesentlicher Weise verändert habe und mithin die ursprüngliche (fehlerfreie) Verfügung an nachträglich eingetretene Veränderungen der Sachlage anzupassen sei. Die angefochtene Verfügung und die zuvor ergangene Zwischenverfügung äussern sich zu dieser Qualifikation nicht, sondern das BFM kommt mittels eines logisch nicht nachvollziehbaren, konstruierten, textbausteinartigen Erwägungsgefüges in einer die Begründungspflicht und das rechtliche Gehör verletzenden Weise scheinbar zum Schluss, dass die – bezeichnenderweise nicht näher konkretisierten – kumulativen Sachurteilsvoraussetzungen nicht erfüllt seien. Dabei verkennt es zunächst, dass diese Sachurteilsvoraussetzungen je nach Qualifikation der Wiedererwägungsart unterschiedlich sind. Im Weiteren erstaunt es, dass die Vorinstanz nach der Erkenntnis des Nichtvorliegens der Sachurteilsvoraussetzungen weitere Instruktionsmassnahmen (insb. Kostenvorschusserhebung) ergreift, wo doch die rechtslogische Konsequenz das sofortige Nichteintreten auf das Wiedererwägungsgesuch sein müsste. Es macht selbstredend keinen Sinn, im Hinblick auf einen (aus Sicht des BFM) unausweich-

lichen Nichteintretensentscheid noch einen Kostenvorschuss erheben zu wollen und sich dabei sogar zu den materiellen Prozessaussichten zu äussern, um letztlich in einem unzulässigen Zirkelschluss festzuhalten, die Aussichten seien gering, weil gar keine Gründe angeführt würden, die erstinstanzlich im Rahmen eines Wiedererwägungsverfahrens zu beurteilen wären. Es ist klarzustellen, dass nur die Feststellung des Nichtvorhandenseins von Wiedererwägungsgründen potenziell geeignet ist, einen Nichteintretensentscheid zu bewirken, wogegen die Feststellung von zwar vorhandenen, aber aussichtslosen Wiedererwägungsgründen eine materielle Beurteilung nach sich ziehen muss, selbst wenn dies im Rahmen einer Kostenvorschusszwischenverfügung geschieht. Den betroffenen (Zwischen-) Verfügungen ist daher der entstehende Anschein einer willkürlichen Entscheidungsfindung nicht abzusprechen. Der Eindruck bestätigt sich dadurch, dass das BFM sowohl in der angefochtenen Verfügung als auch in der vorangegangenen Zwischenverfügung die vermeintliche prozessgeschichtliche Tatsache eines „ablehnenden“ Asylentscheides vom 6. April 2009 festhält, obwohl es sich dabei richtigerweise um einen Nichteintretensentscheid (nach Art. 34 Abs. 2 Bst. d AsylG) handelt. Diese Unterscheidung ist vorliegend insofern von nicht unerheblicher Relevanz, weil sich die möglichen Wiedererwägungsgründe und -konsequenzen ganz anders präsentieren. Die von der Beschwerdeführerin formell korrekt beantragte wiedererwägungsweise Ausübung des in der betreffenden Dublin-Verordnung vorgesehenen Selbsteintrittsrechts wäre beispielsweise beim Wiedererwägungsgegenstand eines materiellen Asylentscheides nicht denkbar. Wenn die Vorinstanz in der Zwischenverfügung vom 23. September 2009 sodann die Erkenntnis gewinnt, bezüglich des Asylpunktes würden gar keine neuen Gründe geltend gemacht, ist das zwar per se richtig. Die Beschwerdeführerin hatte indessen aber gar keinen prozessualen Anlass dazu, sondern machte von Beginn weg neue Gründe nur im Hinblick auf die Eintretensfrage und eventualiter auf die Wegweisungs- und Vollzugsfrage geltend.

**5.3** Aus vorstehenden Erwägungen ergibt sich, dass die angefochtene Verfügung vom 25. November 2009 und gleichzeitig die Kostenvorschusszwischenverfügung vom 23. September 2009 Bundesrecht verletzen und den rechtserheblichen Sachverhalt unrichtig und unvollständig feststellen (Art. 106 AsylG). Die beiden Verfügungen sind von Amtes wegen aufzuheben und die Sache an das

BFM zur Wiederaufnahme des Wiedererwägungsverfahrens und zu neuer Entscheidung - allenfalls zu neuer Instruktion - zurückzuweisen.

In Anbetracht dessen erübrigt es sich, die materielle Beschwerdeargumentation näher zu würdigen. Das Beschwerdedoppel ist jedoch Bestandteil des vorinstanzlichen Aktendossiers und gegebenenfalls im Rahmen des wieder aufzunehmenden erstinstanzlichen Wiedererwägungsverfahrens zu berücksichtigen. Im Sinne einer Klarstellung ist festzuhalten, dass sich das Bundesverwaltungsgericht im vorliegenden Entscheid angesichts der festgestellten Mängel auch nicht ansatzweise zur Beurteilung der (materiellen) Frage veranlasst sieht, ob dem Wiedererwägungsgesuch überhaupt Aussichten auf Erfolg zukämen.

#### **6.**

Zusammenfassend ist die Beschwerde gutzuheissen. Die angefochtene Verfügung vom 25. November 2009 und die Zwischenverfügung vom 23. September 2009 sind aufzuheben und die Sache an das BFM zur Wiederaufnahme des Verfahrens und zu neuer Entscheidung zurückzuweisen.

#### **7.**

Aufgrund der festgestellten Verfügungsmängel und zur Vermeidung einer intertemporalen Rechtsunsicherheit bleibt die mit Zwischenverfügung des Bundesverwaltungsgerichts vom 5. Januar 2010 angeordnete vollzugshemmende vorsorgliche Massnahme bis zu einer anders lautenden Anordnung des BFM im Rahmen des wieder aufzunehmenden Wiedererwägungsverfahrens einstweilen in Kraft.

#### **8.**

**8.1** Bei diesem Ausgang des Verfahrens sind der obsiegenden Beschwerdeführerin keine Kosten aufzuerlegen (Art. 63 Abs. 1 VwVG). Das Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege nach Art. 65 Abs. 1 VwVG wird damit gegenstandslos.

**8.2** Angesichts ihres Obsiegens ist der Beschwerdeführerin eine angemessene Parteientschädigung für die ihr durch das Beschwerdeverfahren erwachsenen notwendigen Kosten zuzusprechen (Art. 7 des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]). Eine Kostennote liegt nicht vor. Auf die Einholung

einer solchen ist jedoch zu verzichten, weil der Zeit- und Kostenaufwand des Rechtsvertreters im Beschwerdeverfahren aufgrund der Akten zuverlässig abschätzbar ist. Bei der Bemessung ist zu berücksichtigen, dass vorab die Beschwerdeeinreichung als solche zu entschädigen ist und die Gutheissung der Beschwerde in erster Linie aufgrund der Rechtsanwendung von Amtes wegen erfolgte, wobei sich das Gericht mit dem materiellen Beschwerdeinhalt kaum auseinanderzusetzen hatte. Die Parteientschädigung ist vorliegend auf insgesamt angemessene Fr. 600.-- (inklusive Auslagen) festzusetzen (Art. 16 Abs. 1 Bst. a VGG i.V.m. Art. 7, 8, 10 Abs. 2 und 14 Abs. 2 VGKE).

(Dispositiv nächste Seite)

**Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:**

**1.**

Die Beschwerde wird gutgeheissen.

**2.**

Die angefochtene Verfügung vom 25. November 2009 und die Zwischenverfügung vom 23. September 2009 werden aufgehoben und die Sache wird an das BFM zur Wiederaufnahme des Verfahrens und zu neuer Entscheidung zurückgewiesen.

**3.**

Die mit Zwischenverfügung des Bundesverwaltungsgerichts vom 5. Januar 2010 angeordnete vollzugshemmende vorsorgliche Massnahme bleibt bis zu einer anders lautenden Anordnung des BFM in Kraft.

**4.**

Der Beschwerdeführerin werden keine Verfahrenskosten auferlegt.

**5.**

Das BFM wird angewiesen, der Beschwerdeführerin eine Parteientschädigung von Fr. 600.-- (inklusive Auslagen) zu entrichten.

**6.**

Dieses Urteil geht an den Rechtsvertreter der Beschwerdeführerin, das BFM und die kantonale Behörde.

Die Einzelrichterin:

Der Gerichtsschreiber:

Regula Schenker Senn

Urs David

Versand: