



Urteil vom 8. November 2018

Besetzung

Richter David R. Wenger (Vorsitz),
Richter Jürg Marcel Tiefenthal,
Richterin Regula Schenker Senn,
Gerichtsschreiberin Eliane Kohlbrenner.

Parteien

A. _____, geboren am (...),
Staat unbekannt,
vertreten durch Klausfranz Rüst-Hehli,
Beschwerdeführer,

gegen

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

Gegenstand

Rechtsverweigerung; N (...).

Sachverhalt:**A.**

Das damalige Bundesamt für Migration (BFM, heute SEM) wies mit Verfügung vom 4. Juni 2010 das Asylgesuch der Mutter des Beschwerdeführers vom 21. Juni 2008 ab und ordnete die Wegweisung und deren Vollzug für die Mutter und den damals zweijährigen Beschwerdeführer an. Eine dagegen erhobene Beschwerde wies das Bundesverwaltungsgericht mit Urteil E-4794/2010 vom 16. August 2010 ab. Mit Verfügung vom 3. April 2013 wies die Vorinstanz ein erstes Wiedererwägungsgesuch ab. Eine dagegen erhobene Beschwerde wies das Bundesverwaltungsgericht mit Urteil E-2499/2013 vom 21. Mai 2013 ab. Am 8. Mai 2014 wurde der Halbbruder des Beschwerdeführers geboren. Mit Verfügung vom 28. Juli 2016 wies die Vorinstanz das zweite Wiedererwägungsgesuch ab. Auf die dagegen erhobene Beschwerde trat das Bundesverwaltungsgericht mit Urteil E-2499/2013 vom 21. Mai 2013 aufgrund des nicht geleisteten Kostenvorschusses nicht ein. Das Migrationsamt des Kantons Zürich lehnte ein Härtefallgesuch am 31. Januar 2017 ab. Mit Verfügung vom 6. Juli 2017 wies die Vorinstanz das dritte Wiedererwägungsgesuch ab. Eine dagegen erhobene Beschwerde wies das Bundesverwaltungsgericht mit Urteil E-4184/2017 vom 3. August 2017 ab. Im Dezember 2017 wurde der Beschwerdeführer mit seiner Mutter und seinem Halbbruder nach Nigeria zurückgeschafft.

B.

Am 4. Mai 2018 stellte der mit seiner Mutter und seinem Halbbruder in Nigeria lebende Beschwerdeführer durch seinen Rechtsvertreter beim SEM ein Gesuch um Einreisebewilligung wegen widerrechtlich verletzter Identität gemäss Übereinkommen über die Rechte des Kindes (Kinderrechtskonvention [KRK], SR 0.107) von A._____, geboren am (...) in der Schweiz, Sohn der B._____, geboren am (...), beide nigerianische Staatsangehörige (N [...]).

C.

Am 9. Mai 2018 leitete das SEM das Gesuch zuständigkeitshalber an das Migrationsamt des Kantons Zürich weiter.

D.

Am 9. Mai 2018 und am 15. Mai 2018 reichte der Beschwerdeführer beim SEM weitere Schreiben betreffend das Gesuch um Wiederherstellung seiner widerrechtlich verletzten Identität mittels Einreisevisums und Erteilung

einer Anwesenheitsberechtigung ein, in denen er ausführte, es gebe keinen Grund, weshalb das SEM nicht für sein Gesuch zuständig sein soll, und um eine zügige Verfahrensleitung sowie um eine baldmöglichst formell- und materiell-rechtliche Entscheidfällung ersuchte.

E.

Mit Schreiben vom 25. Mai 2018 sandte das Migrationsamt des Kantons Zürich das Gesuch des Beschwerdeführers zuständigkeitshalber an die Vorinstanz zurück.

F.

Am 31. Mai 2018 ersuchte der Beschwerdeführer um eine ungesäumte Entscheidfällung. Das SEM teilte dem Beschwerdeführer mit Schreiben vom 5. Juni 2018 mit, die Schweizer Migrationsbehörden, insbesondere das SEM, seien für die Behandlung seines Gesuchs um Einreisebewilligung wegen widerrechtlich verletzter Identität nicht zuständig und auf analoge Eingaben werde aufgrund der hohen Geschäftslast im Asylverfahren nicht mehr eingegangen.

G.

Mit Schreiben vom 13. Juni 2018 und 21. Juni 2018 ersuchte der Beschwerdeführer das SEM um speditive Verfahrensleitung und Erlass eines anfechtbaren materiellen oder wenigstens formellen Eintretensentscheids (z.B. Nichteintretensentscheid).

H.

Mit Schreiben vom 26. Juni 2018 und 2. Juli 2018 ersuchte der Beschwerdeführer das SEM um Erlass einer anfechtbaren Verfügung betreffend ihre Zuständigkeit. Das SEM teilte dem Beschwerdeführer mit Schreiben vom 13. Juli 2018 mit, seine Anfrage für ein humanitäres Visum werde bearbeitet und auf analoge Schreiben betreffend Einreisebewilligung wegen widerrechtlich verletzter Identität werde nicht mehr eingegangen.

I.

Am 4. August 2018 gelangte der Beschwerdeführer an Mario Gattiker, Staatssekretär des SEM, und informierte ihn über das Verfahren betreffend seines obengenannten Gesuchs.

J.

Das Bundesgericht trat mit Urteil BGer 2C_661/2018 vom 16. August 2018 auf eine Rechtsverweigerungsbeschwerde des Beschwerdeführers mangels Zuständigkeit nicht ein.

K.

Mit Schreiben vom 16. August 2018 teilte die Vizedirektorin des SEM dem Beschwerdeführer mit, das SEM habe ihm im Detail erklärt, es könne infolge fehlender Rechtsgrundlagen sein Gesuch vom 4. Mai 2018 nicht entgegennehmen, und sie habe diesen Ausführungen nichts hinzuzufügen.

L.

Nach einem erneuten Gesuch um Erlass einer Verfügung verwies die Vizedirektorin des SEM den Beschwerdeführer mit Schreiben vom 5. September 2018 auf seine umfangreiche Korrespondenz mit dem SEM und erklärte, auf wiederholt gleiche Schreiben inskünftig nicht mehr zu antworten.

M.

Mit Eingabe vom 3. September 2018 reichte der Beschwerdeführer eine Rechtverweigerungsbeschwerde beim Bundesverwaltungsgericht ein. Er beantragt, es sei festzustellen, dass sich die Vorinstanz zu Unrecht weigere, das Gesuch vom 4. Mai 2018 gemäss Art. 8 Abs. 2 KRK an die Hand zu nehmen und über das Gesuch um Einreisebewilligung zwecks Wiederherstellung der Identität zu befinden und dass die Vorinstanz anzuweisen sei, ungesäumt die Sache an die Hand zu nehmen, pflichtgemäss zu untersuchen und innert anzusetzender Frist zum Entscheid zu bringen. Es sei ihm die unentgeltliche Rechtspflege zu gewähren, insbesondere sei von einem Kostenvorschuss abzusehen.

Der Beschwerdeführer reichte einen Zeitungsartikel von Peter Aeschlimann, Das Kindeswohl ist wohl egal, in: Schweizer Beobachter, 3/2018, den Entscheid der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde (KESB) Dübendorf vom 3. März 2015, das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts E-5437/2009 vom 23. November 2009, die amtliche Publikation des Entscheids der KESB Dübendorf vom 17. April 2018, die Präsidialverfügung des Bezirksrats Uster vom 18. Juni 2018, ein E-Mail des Migrationsamts des Kantons Zürich vom 14. Juni 2017, zwei Schreiben der KESB Dübendorf vom 22. Juni 2018 und 1. Juli 2018, einen Bericht der Stiftung Buchweid vom 19. Juni 2018 betreffend seinen dortigen dreijährigen Aufenthalt, ein Schreiben der Vizedirektorin des SEM vom 16. August 2018 und die Eingabe an den Kinderrechtsausschuss der UNO ein.

N.

Mit Zwischenverfügung vom 10. September 2018 hiess der Instruktionsrichter das Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung

gut, verzichtete auf die Erhebung eines Kostenvorschusses und ersuchte das SEM um Einreichung einer Vernehmlassung.

O.

Am 11. September 2018 reichte der Beschwerdeführer eine lesefreundliche Version seiner Eingabe an den Kinderrechtsausschuss der UNO ein.

P.

Nach gewährter Fristerstreckung nahm das SEM mit Vernehmlassung vom 28. September 2018 Stellung zur Rechtsverweigerungsbeschwerde.

Q.

Der Beschwerdeführer reichte am 3. Oktober 2018 eine Replik, am 11. Oktober 2018 eine Ergänzung zur Replik und am 15. Oktober 2018 eine Vernehmlassung des SEM zu seiner Beschwerde beim Kindesrechtsausschuss der UNO ein.

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:

1.

1.1 Gemäss Art. 31 VGG ist das Bundesverwaltungsgericht zur Beurteilung von Beschwerden gegen Verfügungen nach Art. 5 VwVG zuständig und entscheidet auf dem Gebiet des Asyls in der Regel endgültig (Art. 83 Bst. d Ziff. 1 BGG; Art. 105 AsylG). Gegen das unrechtmässige Verweigern oder Verzögern einer anfechtbaren Verfügung kann Beschwerde geführt werden (Art. 46a VwVG). Beschwerde kann wie gegen die Verfügung selbst geführt werden (vgl. MARKUS MÜLLER, in: Auer/Müller/Schindler [Hrsg.], Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren [VwVG], 2008, Art. 46a, Rz. 3). Das Bundesverwaltungsgericht ist zur Beurteilung der vorliegenden Rechtsverweigerungsbeschwerde somit zuständig.

1.2 Das Beschwerdeverfahren betreffend Rechtsverweigerung richtet sich nach dem VwVG.

1.3 Rechtsverweigerungsbeschwerden richten sich gegen den Nichterlass einer anfechtbaren Verfügung. Die Beschwerdelegitimation setzt voraus, dass ein Begehren um Erlass einer Verfügung gestellt wurde und Anspruch darauf besteht. Ein Anspruch ist anzunehmen, wenn die Behörde verpflichtet ist, in Verfügungsform zu handeln, und der ansprechenden Person nach Art. 6 i.V.m. Art. 48 Abs. 1 VwVG Parteistellung zukommt (vgl. BVGE

2008/15 E. 3.2). Da der Beschwerdeführer bei der Vorinstanz ein Gesuch um Einreisebewilligung wegen widerrechtlich verletzter Identität stellte, ist er zur Beschwerdeführung legitimiert.

1.4 Beschwerde gegen das unrechtmässige Verweigern oder Verzögern einer Verfügung kann jederzeit geführt werden (Art. 50 Abs. 2 VwVG). Die Grenze bildet der Grundsatz von Treu und Glauben. Bietet eine bestimmte behördliche Handlung oder Äusserung objektiv begründeten Anlass für eine Rechtsverweigerungs- oder Rechtsverzögerungsbeschwerde, darf nicht beliebig lange zugewartet werden. Vielmehr muss die Beschwerde innert angemessener Frist erhoben werden. Was angemessen ist, bemisst sich nach den konkreten Umständen, namentlich nach der dem Beschwerdeführer zumutbaren Sorgfaltspflicht. Verweigert die Behörde ausdrücklich den Erlass einer Verfügung, so ist nach diesen Grundsätzen innerhalb der gesetzlichen Frist von 30 Tagen Beschwerde zu erheben (vgl. BVE 2008/15 E. 3.2; MÜLLER, a.a.O., Art. 46a, Rz. 10; RHINOW/KOLLER/KISS/THURNHERR/BRÜHL-MOSER, Öffentliches Prozessrecht, 3. Aufl. 2014, Rz. 1606).

1.5 Der Beschwerdeführer ersuchte die Vorinstanz mehrmals um Behandlung seines Gesuchs um Einreisebewilligung wegen widerrechtlich verletzter Identität gemäss Art. 8 Abs. 2 KRK vom 4. Mai 2018 und verlangte den Erlass einer anfechtbaren Verfügung. Auf die frist- und formgerecht eingereichte Beschwerde ist folglich einzutreten (Art. 50 und Art. 52 VwVG).

2.

2.1 Das Verbot der Rechtsverweigerung oder Rechtsverzögerung ergibt sich als Teilgehalt aus der allgemeinen Verfahrensgarantie von Art. 29 Abs. 1 BV. Danach hat jede Person vor Gerichts- und Verfahrensinstanzen Anspruch auf gleiche und gerechte Behandlung sowie auf Beurteilung innert angemessener Frist (sog. Beschleunigungsgebot).

2.2 Eine Rechtsverweigerung liegt vor, wenn eine Behörde sich weigert, eine Verfügung zu erlassen, obwohl sie dazu aufgrund der einschlägigen Rechtsnormen verpflichtet wäre. Wenn eine Behörde der Ansicht ist, dass sie für den Erlass einer Verfügung nicht zuständig sei, darf sie ebenfalls nicht untätig bleiben. Zunächst hat sie in einem solchen Fall zu prüfen, ob die Sache an die zuständige Behörde überwiesen werden kann (Art. 8 Abs. 2 VwVG). Wenn die gesuchstellende Person ausdrücklich den Erlass einer Verfügung verlangt und im Sinne von Art. 9 Abs. 2 VwVG die Zustän-

digkeit der angerufenen (ihre Zuständigkeit verneinenden) Behörde behauptet, hat die Behörde zwingend eine förmliche Nichteintretensverfügung zu fällen, in welcher sie ihre Unzuständigkeit feststellt (Art. 9 Abs. 2 VwVG; THOMAS FLÜCKIGER, in: Waldmann/Weissenberger (Hrsg.), Praxis-kommentar zum Verwaltungsverfahrensgesetz, 2. Aufl. 2016, Art. 9 N 9 und 13; MICHAEL DAUM, in: Auer/Müller/Schindler (Hrsg.), Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren (VwVG), 2008, Art. 9 N 6 f.; Urteile des BVGer A-36/2013 vom 7. August 2013 E. 2.3.2; A-6471/2009 vom 2. März 2010 E. 3).

3.

3.1 Der Beschwerdeführer bringt vor, die Vorinstanz sei am ehesten für die Behandlung seines Gesuchs um Einreisebewilligung wegen widerrechtlich verletzter Identität gemäss Art. 8 Abs. 2 KRK vom 4. Mai 2018 zuständig. Die Vorinstanz habe nirgends angedeutet, welche Amtsstelle sonst in Frage käme. Sie habe sich daher in einem anfechtbaren Verfahrensent-scheid über die eigene sachliche (Un-)Zuständigkeit zu äussern, was sie indes unterlassen habe.

3.2 Die Vorinstanz führt in ihrer Vernehmlassung aus, soweit das Gesuch vom 4. Mai 2018 als Gesuch um Erteilung einer Einreisebewilligung aus humanitären Gründen qualifiziert werden könnte, sei darauf hinzuweisen, dass letzteres am 12. Juli 2018 von einer anderen Rechtsvertretung des Beschwerdeführers, seiner Mutter und seines Halbbruders beim SEM an-hängig gemacht worden sei. Dieses Gesuch werde derzeit geprüft. Betref-fend das Gesuch vom 4. Mai 2018 fehle es deshalb an einem schutzwür-digen Interesse am Erlass einer Verfügung betreffend Nichtanhandnahme beziehungsweise Nichteintreten. Es sei zudem unklar, welches zusätzliche Verfahren der Rechtsvertreter des Beschwerdeführers anstreben wolle. Im Übrigen sei sie nicht untätig geblieben, sondern habe die zahlreichen Ein-gaben des Beschwerdeführers beantwortet und die Situation bezüglich des hängigen Verfahrens betreffend das humanitäre Visa abgeklärt.

3.3 Der Beschwerdeführer bringt in der Replik vor, das Gesuch um Einrei-sebewilligung aufgrund Art. 8 Abs. 2 KRK sei hinreichend begründet, wes-halb er einen Anspruch auf einen Verfahrensent-scheid, mindestens einen Nichteintretensentscheid, habe. Die blosser Prüfung eines humanitären Einreisevisums lasse das rechtliche Interesse an einem Entscheid betref-fend Eintreten auf das Gesuch nach Art. 8 Abs. 2 KRK nicht entfallen.

4.

Die Vorinstanz leitete das Gesuch des Beschwerdeführers vom 4. Mai 2018 am 9. Mai 2018 zuständigkeithalber an das Migrationsamt des Kantons Zürich weiter, welches sich in der Folge für unzuständig erklärte. Daraufhin ersuchte der Beschwerdeführer die Vorinstanz in mehreren Schreiben darum, sein Gesuch zu behandeln und in einer anfechtbaren Verfügung darüber zu entscheiden. Die Vorinstanz antwortete jeweils mit formlosen, nicht anfechtbaren Schreiben, in denen sie ihre Zuständigkeit für die Behandlung des Gesuchs verneinte. Wie in Erwägung 2.2 bereits ausgeführt, wäre die Vorinstanz gehalten gewesen, ihre Unzuständigkeit in einer anfechtbaren Verfügung festzustellen (vgl. Art. 9 Abs. 2 VwVG); formlose Antwortschreiben genügen nicht. Dass sie zeitgleich in einem anderen Verfahren aufgrund eines anderen Gesuchs des Beschwerdeführers prüft, ob ihm eine Einreisebewilligung aus humanitären Gründen erteilt werden könnte, befreit sie nicht von der Pflicht, im vorliegenden Verfahren eine anfechtbare Verfügung zu erlassen. Ein schutzwürdiges Interesse ist zudem nicht Voraussetzung für den Anspruch auf Erlass einer Verfügung (vgl. E. 1.3).

5.

Die Beschwerde ist gutzuheissen. Die Akten gehen an die Vorinstanz zurück, verbunden mit der Anweisung, das Gesuch des Beschwerdeführers um Einreisebewilligung wegen widerrechtlich verletzter Identität gemäss Art. 8 Abs. 2 KRK vom 4. Mai 2018 beförderlich zu behandeln und rasch darüber zu verfügen.

6.

6.1 Bei diesem Ausgang des Verfahrens sind dem Beschwerdeführer keine Kosten aufzuerlegen (Art. 63 Abs. 1 und Abs. 2 VwVG).

6.2 Dem Beschwerdeführer ist angesichts des Obsiegens im Beschwerdeverfahren in Anwendung von Art. 64 Abs. 1 VwVG eine Parteientschädigung für seine notwendigerweise erwachsenen Vertretungskosten zuzusprechen (vgl. Art. 7 des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]). Da der Rechtsvertreter keine Kostennote eingereicht hat, ist die Entschädigung aufgrund der Aktenlage zu schätzen. Unter Berücksichtigung der massgebenden Berechnungsfaktoren (Art. 9–11 und Art. 13 VGKE) ist die Parteientschädigung auf Fr. 700.-- (inkl. Auslagen) festzusetzen. Das SEM ist anzuweisen, dem Beschwerdeführer diesen Betrag als Parteientschädigung auszurichten.

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.

Die Beschwerde wird gutgeheissen.

2.

Das SEM wird angewiesen, über das Gesuch um Einreisebewilligung wegen widerrechtlich verletzter Identität der Beschwerdeführer rasch eine anfechtbare Verfügung zu erlassen.

3.

Es werden keine Verfahrenskosten erhoben.

4.

Das SEM wird angewiesen, dem Beschwerdeführer eine Parteientschädigung von Fr. 700.-- zu entrichten.

5.

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

Der vorsitzende Richter:

Die Gerichtsschreiberin:

David R. Wenger

Eliane Kohlbrenner