



---

Abteilung V  
E-7560/2009  
{T 0/2}

## **Urteil vom 23. März 2010**

---

Besetzung

Richter Bruno Huber (Vorsitz),  
Richter Fulvio Haefeli,  
Richterin Regula Schenker Senn,  
Gerichtsschreiber Peter Jaggi.

---

Parteien

**A.** \_\_\_\_\_,  
**B.** \_\_\_\_\_,  
Kosovo,  
beide vertreten durch Guido Ehrler, Advokat,  
Beschwerdeführende,

gegen

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

---

Gegenstand

Vollzug der Wegweisung (Wiedererwägung);  
Verfügung des BFM vom 3. November 2009 / N (...).

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

Mit in Rechtskraft erwachsener Verfügung vom 6. Juni 2007 hob das BFM die am 16. Mai 2001 angeordnete vorläufige Aufnahme der Beschwerdeführenden auf und forderte sie (zusammen mit ihrer Mutter und ihren minderjährigen Geschwistern) auf, die Schweiz innert Frist zu verlassen. Am 19. September 2007 schrieb das Bundesverwaltungsgericht die gegen diese Verfügung eingereichte Beschwerde zufolge Wegfalls des Rechtsschutzinteresses als gegenstandslos geworden ab.

Für die weitere Prozessgeschichte wird auf die Akten und die Ausführungen des BFM in der angefochtenen Verfügung vom 3. November 2009 verwiesen.

**B.**

Mit Eingabe vom 4. Juni 2009 an das BFM ersuchten die Beschwerdeführenden durch ihren Rechtsvertreter unter Beilage von Dokumenten in materieller Hinsicht sinngemäss um wiedererwägungsweise Aufhebung der Verfügung vom 6. Juni 2007 und - zufolge Unzumutbarkeit des Wegweisungsvollzugs - um Anordnung der vorläufigen Aufnahme

Zur Begründung wurde geltend gemacht, nach der Rückschaffung der Eltern der Beschwerdeführenden am (...) (...) und (...) (...) in den Kosovo habe das Bundesamt in einem gesonderten Verfahren zu prüfen, ob der Wegweisungsvollzug für die beiden minderjährigen Beschwerdeführenden zumutbar sei. Bei dieser Prüfung komme dem Kindeswohl eine gewichtige Bedeutung zu. Dabei seien nicht nur das Alter und die persönliche Reife der minderjährigen Person als massgebliche Kriterien zu berücksichtigen, sondern insbesondere auch die effektive Tragfähigkeit eines allenfalls noch im Heimatstaat vorhandenen Beziehungsnetzes, ihre Ausbildung, ihre Perspektiven in Kosovo und der Grad der Integration. Die Asylbehörden seien verpflichtet, von Amtes wegen abzuklären, welche Situation sich für die unbegleitete minderjährige Person im Heimatland ergebe. Die Sachlage habe sich seit der Verfügung vom 6. Juni 2007 verändert; es sei unter dem Aspekt des Kindeswohls mit den Eltern Kontakt aufzunehmen und abzuklären, ob für die Beschwerdeführenden in Kosovo ein tragfähiges Beziehungsnetz bestehe.

Solche Abklärungen könnten indessen auch unterbleiben, weil eine Wiedervereinigung der Beschwerdeführenden mit ihren Eltern offensichtlich dem Kindeswohl widerspreche. Die Eltern hätten während ihres Aufenthalts in der Schweiz die Erziehungsaufgaben sträflich vernachlässigt respektive sie seien gar nicht in der Lage gewesen, diese wahrzunehmen. Zudem hätten sie ihre Kinder (...) und seien wegen (...) rechtskräftig verurteilt worden. Es sei offensichtlich, dass die Beschwerdeführenden nicht zu ihren (...) Eltern zurückgeschafft werden dürften.

Hinzu komme, dass der Beschwerdeführer (...), der mit einem Unterbruch von (...) bis (...) die (...) Schule der (...) besucht habe, besonderer Förderungsmassnahmen bedürfe. Die Beschwerdeführerin (...) leide unter (...) und sei wegen (...) behandelt worden. Sie werde vom (...) betreut und befinde sich zur Zeit in einem (...). Die Fortsetzung dieser notwendigen Behandlung sei im Kosovo nicht möglich.

Am 18. Juni 2009 wies das BFM die zuständige kantonale Behörde nach einer summarischen Prüfung der Akten an, den Vollzug der Wegweisung im Sinne einer vorsorglichen Massnahme einstweilen auszusetzen.

Am 9. Juli 2009 liessen die Beschwerdeführenden weitere Unterlagen zu den Akten reichen.

Abklärungen des BFM ergaben, dass die Eltern und Geschwister der Beschwerdeführenden am (...) in (...) um Asyl nachgesucht hatten.

### **C.**

Mit Verfügung vom 3. November 2009 - dem Rechtsvertreter am 4. November 2009 eröffnet - trat das BFM auf das Wiedererwägungsgesuch nicht ein, erklärte die Verfügung vom 6. Juni 2007 als rechtskräftig und vollstreckbar, erhob eine Gebühr von Fr. 600.- und stellte fest, einer allfälligen Beschwerde gegen diesen Entscheid komme keine aufschiebende Wirkung zu.

Zur Begründung führte das Bundesamt unter anderem aus, die Beschwerdeführenden seien seit (...) im Besitz einer rechtskräftigen Wegweisungsverfügung, welche sie verpflichte, die Schweiz zu verlassen. Auf das Vorbringen im Wiedererwägungsgesuch, mit der Rückführung der Eltern nach Kosovo liege eine wesentlich veränderte

Sachlage vor, könne nicht eingetreten werden, weil nun allenfalls bestehende Wegweisungsvollzugshindernisse auf das Verhalten der Beschwerdeführenden zurückzuführen und ihnen zuzuschreiben seien.

**D.**

Mit Rechtsmitteleingabe vom 4. Dezember 2009 beantragen die Beschwerdeführenden durch ihren Rechtsvertreter im materieller Hinsicht die Aufhebung der vorinstanzlichen Verfügung und die Rückweisung der Sache an das BFM zur materiellen Prüfung des Wiedererwägungsgesuchs, eventualiter die Rückweisung der Sache an die Vorinstanz mit der Anweisung, die vorläufige Aufnahme in der Schweiz anzuordnen. In prozessualer Hinsicht beantragen sie den Erlass einer vorsorglichen Massnahme (Aussetzen des Wegweisungsvollzugs) und die Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung der Beschwerde, eventualiter die Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege samt anwaltlicher Rechtsverteidigung.

Auf die Begründung der Rechtsbegehren wird, soweit für den Entscheid wesentlich, in den nachfolgenden Erwägungen eingegangen.

**E.**

Mit Telefaxverfügung vom 10. Dezember 2009 setzte der Instruktionsrichter nach einer summarischen Prüfung der Akten den Vollzug der Wegweisung aus.

**F.**

Mit Schreiben vom 16. Dezember 2009 ersuchte das BFM die (...) Behörden um Einsicht in allenfalls bestehende Asylverfahrensakten betreffend die Eltern und Geschwister der Beschwerdeführenden.

**G.**

Mit Zwischenverfügung vom 11. Januar 2010 teilte der Instruktionsrichter den Beschwerdeführenden mit, sie dürften den Ausgang des Rechtsmittelverfahrens in der Schweiz abwarten, trat auf den Antrag auf Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung der Beschwerde nicht ein, verlegte den Entscheid über den Eventualantrag auf Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege samt anwaltlicher Verteidigung gegebenenfalls auf einen späteren Zeitpunkt, verzichtete auf die Erhebung eines Kostenvorschusses und lud die Vorinstanz zur Vernehmlassung innert Frist ein.

**H.**

Am 12. Januar 2010 reichte der Rechtsvertreter des Beschwerdeführers seine Honorarnote gleichen Datums zu den Akten.

**I.**

Am 26. Januar 2010 ersuchte das BFM das Bundesverwaltungsgericht um Verlängerung der Vernehmlassungsfrist bis zum 31. März 2010 zwecks Abklärungen im Kosovo.

In seiner Vernehmlassung vom 29. Januar 2010, die den Beschwerdeführenden zur Kenntnis gebracht wurde, beantragte das Bundesamt unter Verweis auf seine Erwägungen in der angefochtenen Verfügung die Abweisung der Beschwerde. Gleichzeitig zog es sein Fristverlängerungsgesuch zurück.

**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 des Bundesgesetzes vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren (VwVG, SR 172.021). Das Bundesamt für Migration (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 in diesem Bereich endgültig (Art. 105 des Asylgesetzes vom 26. Juni 1998 [AsylG, SR 142.31]; 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 Beschwerdeführenden haben am Verfahren vor der Vorinstanz teilgenommen, sind durch die angefochtene Verfügung besonders berührt, haben ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung beziehungsweise Änderung und sind daher zur Einreichung der Beschwerde legitimiert (Art. 108 Abs. 1 und 105 AsylG i.V.m. Art. 37 VGG, Art. 48 Abs. 1 und 52 VwVG). Auf die Beschwerde ist einzutreten.

**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.**

**3.1** 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 Wiedererwägung abgeleitet (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 (Entscheidungen und Mitteilungen der Schweizerischen Asylrekurskommission [EMARK] 2003 Nr. 17 E. 2a S. 103 f., mit weiteren Hinweisen).

**3.2** Gegenstand des vorliegenden Beschwerdeverfahrens bildet praxisgemäss die Prüfung der Frage, ob das BFM zu Recht auf das Wiedererwägungsgesuch nicht eingetreten ist.

**3.3** Bei begründeter Beschwerde ist die angefochtene Verfügung aufzuheben und die Sache zur materiellen Prüfung des Wiedererwägungsgesuchs an die Vorinstanz zurückzuweisen. Nicht zu überprüfen ist die vom BFM am 6. Juni 2007 verfügte Aufhebung der vorläufigen Aufnahme, weil sich das Bundesamt dazu in materieller Hinsicht nicht geäussert hat.

#### **4.**

**4.1** Das Bundesverwaltungsgericht gelangt nachfolgend zum Schluss, dass das Bundesamt auf das Wiedererwägungsgesuch hätte eintreten müssen.

**4.2** In der vorliegend relevanten Bedeutung steht die Anpassung einer ursprünglich fehlerfreien Verfügung an eine nachträglich eingetretene Änderung der Sachlage zur Prüfung an. Diese Art eines Wiedererwägungsgesuches stellt ein ausserordentliches Rechtsmittel dar, auf dessen Behandlung ein Anspruch besteht.

**4.3** Vorliegend wird vom BFM nicht bestritten, dass die Beschwerdeführenden eine seit der Verfügung des BFM vom 6. Juni 2007 eingetretene Änderung der Sachlage geltend machen. Ohne an dieser Stelle eine vollständige Analyse der materiellen Wiedererwägungsvorbringen vorzunehmen, ist festzuhalten, dass das Kindeswohl bei der Zumutbarkeit des Wegweisungsvollzugs zu prüfen ist. Angesichts der im erstinstanzlichen Verfahren geltend gemachten Vollzugshindernisse und auch aufgrund der sich aus den Akten ergebenden Tatsache, dass die Eltern und Geschwister der minderjährigen, unbegleiteten Beschwerdeführenden am (...) in (...) um Asyl nachgesucht haben und sich offenbar nicht mehr im Kosovo aufhalten, wäre das Wiedererwägungsgesuch vom BFM materiell zu prüfen gewesen. Denn gemäss geltender Praxis (vgl. beispielsweise Urteil des Bundesverwaltungsgerichts D-3474/2008 vom 13. Juni 2008; EMARK 2005 Nr. 6 E. 6.2 S. 57 f., EMARK 1998 Nr. 13 E. 5e.aa S. 98 f.) sind unter dem Aspekt des Kindeswohls sämtliche Umstände - auch eine nachträglich eingetretene Änderung der Sachlage - , welche im Hinblick auf einen Wegweisungsvollzug wesentlich erscheinen, einzubeziehen und zu würdigen.

**4.4** Zusammenfassend ist festzustellen, dass mit dem Wiedererwägungsgesuch Gründe geltend gemacht worden sind, die materiell zu prüfen gewesen wären, weshalb das BFM zu Unrecht auf das Wiedererwägungsgesuch nicht eingetreten ist. Bezeichnenderweise erachtete das Bundesamt selber das Wiedererwägungsgesuch der Beschwerdeführenden nicht als aussichtslos, was sich darin zeigt, dass es den Vollzug der Wegweisung nach einer summarischen Prüfung der Akten einstweilen ausgesetzt und auf Beschwerdeebene sogar um Verlängerung der Vernehmlassungsfrist zwecks Abklärungen im Kosovo ersucht hat. Bei diesem Ausgang des Beschwerdeverfahrens erübrigt es

sich, auf die Ausführungen in der Rechtsmitteleingabe im Einzelnen einzugehen.

**5.**

Aus diesen Erwägungen ergibt sich, dass die angefochtene Verfügung Bundesrecht verletzt (Art. 106 AsylG). Die Beschwerde ist deshalb gutzuheissen, die angefochtene Verfügung aufzuheben und die Sache an das BFM zur materiellen Prüfung des Wiedererwägungsgesuches zurückzuweisen.

**6.**

Der Vollzug der Wegweisung bleibt bis zum materiellen Entscheid des Bundesamtes über das Wiedererwägungsgesuch ausgesetzt.

**7.**

**7.1** Bei diesem Ausgang des Verfahrens sind den Beschwerdeführenden keine Kosten aufzuerlegen (Art. 63 Abs. 1 und 3 VwVG und Art. 16 Abs. 1 Bst. a VGG i.V.m. Art. 2 und 3 des Reglements über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht vom 21. Februar 2008 [VGKE, SR 173.320.2]), womit der eventualiter gestellte Antrag auf Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege samt anwaltlicher Rechtsverteidigung hinfällig wird.

**7.2** Die Beschwerdeinstanz kann der ganz oder teilweise obsiegenden Partei von Amtes wegen oder auf Begehren eine Entschädigung für ihr erwachsene notwendige und verhältnismässig hohe Kosten zusprechen (Art. 64 Abs. 1 VwVG; Art. 7 VGKE). Die Beschwerdeführenden sind vertreten und haben im vorliegenden Rechtsmittelverfahren obsiegt. In der am 12. Januar 2010 eingereichten Kostennote weist der Rechtsvertreter der Beschwerdeführenden einen zeitlichen Vertretungsaufwand von 7.42 Stunden zu einem Stundenansatz von Fr. 250.–, total also Fr. 1'855.–, und Auslagen von insgesamt Fr. 25.– aus. Der geltend gemachte Zeitaufwand übersteigt den üblichen Rahmen deutlich und erscheint nicht als angemessen respektive nicht als notwendig im Sinne von Art. 64 Abs. 1 VwVG. Unter Berücksichtigung der massgebenden Bemessungsfaktoren (Art. 9 - 13 VGKE) und der Entschädigungspraxis in Vergleichsfällen ist der zeitliche Vertretungsaufwand für das Beschwerdeverfahren auf insgesamt 5 Stunden festzusetzen. Das BFM hat den Beschwerdeführenden somit eine Parteientschädigung im Betrag von Fr. 1'371.90 (Vertretungsaufwand von

5 Stunden à Fr. 250.– zuzüglich Auslagen von Fr. 25.– und Mehrwertsteuer von 7,6 Prozent) zu entrichten.

(Dispositiv nächste Seite)

**Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:**

**1.**

Die Beschwerde wird gutgeheissen.

**2.**

Die Verfügung vom 3. November 2009 wird aufgehoben und die Sache wird an das BFM zur materiellen Prüfung des Wiederwägungsgesuchs zurückgewiesen.

**3.**

Der Vollzug der Wegweisung bleibt bis zum materiellen Entscheid des BFM über das Wiedererwägungsgesuch ausgesetzt.

**4.**

Es werden keine Verfahrenskosten auferlegt.

**5.**

Das BFM hat den Beschwerdeführenden für das Rechtsmittelverfahren eine Parteientschädigung von Fr. 1'371.90.– zu entrichten.

**6.**

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

Der vorsitzende Richter:

Der Gerichtsschreiber:

Bruno Huber

Peter Jaggi

Versand: