

# **BVGer E-1/2016 vom 30. März 2016**

Bundesverwaltungsgericht, 2016-03-30, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger\\_E-1\\_2016](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_E-1_2016)

FR: TAF E-1/2016 du 30 mars 2016

IT: TAF E-1/2016 del 30 marzo 2016

## **Regeste**

Rechtsverzögerung/Rechtsverweigerung

## **Erwägungen**

### **E. 1.1**

Gemäss Art. 31 VGG 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. Gegen das unrechtmässige Verweigern oder Verzögern einer anfechtbaren Verfügung kann wie gegen die Verfügung selbst Beschwerde geführt werden (Art. 46a VwVG; vgl. Markus Müller, in: Auer/Müller/Schindler [Hrsg.], Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren [VwVG], Zürich 2008, Rz. 3 zu Art. 46a VwVG). Das Bundesverwaltungsgericht ist daher zuständig für die Beurteilung der vorliegenden Beschwerde und entscheidet auf dem Gebiet des Asyls - eine Ausnahme im Sinne von Art. 83 Bst. d Ziff. 1 BGG liegt nicht vor - endgültig (Art. 105 AsylG).

### **E. 1.2**

Die Rechtsverweigerungs- und Rechtsverzögerungsbeschwerde ist akzessorisch zum Hauptverfahren, weshalb sich die Beschwerdebefugnis nach der Legitimation im Hauptverfahren richtet. Demnach ist zur Beschwerde berechtigt, wer vor der Vorinstanz am Verfahren teilgenommen (respektive teilzunehmen versucht) hat, durch eine ordnungsgemäss ergangene Verfügung besonders berührt wäre und ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Änderung hätte, mithin im Hauptprozess Parteistellung beanspruchen könnte (Art. 6 in Verbindung mit Art. 48 Abs. 1 VwVG; vgl. Alfred Kölz/Isabelle Häner, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes, 2. Aufl., Zürich 1998, S. 78 und S. 255). Sodann muss der oder die Rechtssuchende ein Begehren auf Erlass einer Verfügung gestellt haben, und es muss ein Anspruch auf Erlass einer solchen bestehen, folglich die Behörde nach den massgebenden Bestimmungen verpflichtet sein, in Verfügungsform zu handeln (vgl. BVGE 2008/15 E. 3.2 mit weiterem Verweis auf BGE 130 II 521). Im Rahmen des Eintretens ist somit vorweg von Amtes wegen zu prüfen, ob eine beschwerdeführende Person plausibel macht, dass die säumige Behörde zum Erlass einer anfechtbaren Verfügung rechtlich verpflichtet gewesen wäre (vgl. dazu Müller, a.a.O., Rz. 7 ff. zu Art. 46a VwVG, m.w.H.).

### **E. 2**

Zu prüfen ist mithin, ob das SEM vorliegend verpflichtet gewesen wäre, eine anfechtbare Verfügung zu erlassen:

### **E. 2.1**

Mit Eingabe vom 27. August 2015 reichte der Rechtsvertreter im Namen der damals 9-jährigen Beschwerdeführerin beim SEM ein Asylgesuch ein und beantragte dabei insbesondere im Falle der Abweisung des Asylgesuches den Erlass einer (separaten, auf die Beschwerdeführerin bezogenen) Wegweisungsverfügung mit gleichzeitiger Feststellung von Wegweishindernissen (vgl. oben, Bst. V). Dabei wurde explizit ein Eintreten auf das (auf die Beschwerdeführerin alleine bezogene erste) kinderspezifische Asylverfahren beantragt und dazu ausgeführt, das SEM sei zur Eröffnung eines solchen kinderspezifischen (Erst-) Asylverfahrens verpflichtet, namentlich müsse die 9-jährige Beschwerdeführerin im Rahmen eines "geeigneten Settings" von speziell geschultem Personal befragt werden (vgl. Eingabe vom 22. September 2015; oben Bst. Z).

### **E. 2.2**

In seiner Vernehmlassung vom 2. Februar 2016 äusserte sich das SEM einlässlich zur vorliegenden Verfahrenskonstellation und stellte fest, die Beschwerdeführerin habe bereits ein ordentliches Asylverfahren durchlaufen, indem sie im Asylgesuch und dem Asylverfahren ihrer Mutter - als ihre gesetzliche Vertreterin - miteinbezogen worden sei. Insbesondere hält das SEM fest, damit sei für die Beschwerdeführerin eine entsprechende Asyl- und Wegweisungsverfügung ergangen, welche rechtskräftig geworden sei. Die Eingabe vom 27. August 2015, in welcher die Eröffnung eines (eigenen) Asylverfahrens für die 9-jährige Beschwerdeführerin beantragt worden sei, habe das SEM mit Schreiben vom 17. September 2015 beantwortet. Dabei habe das Staatssekretariat aufgezeigt, dass respektive weshalb mangels substantieller Begründung - von auf die 9-jährige A. \_\_\_\_\_ bezogenen Asylgründen - kein neues, eigenes Asylverfahren für die Beschwerdeführerin eröffnet werde.

### **E. 3**

Nach Prüfung der Verfahrensakten kommt das Bundesverwaltungsgericht zum Schluss, dass das Vorgehen des SEM weder inhaltlich noch im Ergebnis zu beanstanden ist.

#### **E. 3.1**

Zu folgen ist zunächst der vorinstanzlichen Argumentation, wonach die Beschwerdeführerin bereits im Asylgesuch ihrer Mutter beziehungsweise ihrer Eltern miteinbezogen gewesen ist. Im Asylgesuch vom 1. November 2012 hatten die Mutter und der Vater für sich und ihre drei Kinder - und somit auch für die Tochter A. \_\_\_\_\_ - um Asyl nachgesucht. Mit Verfügung vom 1. November 2013 hat das BFM die Flüchtlingseigenschaft der gesamten Familie (der Eltern und der drei minderjährigen Kinder) geprüft und abgelehnt. Gleichzeitig ordnete es die Wegweisung der ganzen Familie aus der Schweiz an und verfügte für die gesamte Familie den Wegweisungsvollzug. Diese Einschätzung erwuchs mit Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 24. Februar 2014 (E-6794/2013) in Rechtskraft (vgl. oben, Bst. A-C). Die Auffassung, die Beschwerdeführerin habe nie ein Asylverfahren in der Schweiz gehabt, ist unzutreffend.

#### **E. 3.2**

Auch die auf das ordentliche Asyl- und Wegweisungsverfahren folgenden vier Wiedererwägungsgesuche vom 24. Mai 2014, 31. Juli 2014, 19. November 2014 und 22. April 2015 hat die Mutter der Beschwerdeführerin für sich und ihre drei Töchter gestellt. Diese vier Wiedererwägungsgesuche wurden vom SEM geprüft, und das SEM ist darauf

entweder nicht eingetreten (Wiedererwägungsgesuche vom 24. Mai 2014 und 19. November 2014) oder hat sie materiell abgelehnt (Wiedererwägungsgesuche vom 31. Juli 2014 und 22. April 2015). In keinem dieser Verfahren wurden Gründe vorgetragen, die zu einer Änderung oder Anpassung der vorinstanzlichen Verfügung vom 1. November 2013, mit welcher die Asylgesuche der Familie der Beschwerdeführerin materiell abgewiesen wurden, geführt hätten. Die Abweisung der Asylgesuche der Beschwerdeführerin und ihrer Familie erwuchs in Rechtskraft, und seither wurden weder vom SEM noch vom Bundesverwaltungsgericht Gründe erkannt, die zu einer nachträglichen Veränderung der Sachlage und zur Wiedererwägung geführt hätten. In keinem der Wiedererwägungsgesuche hat im Übrigen die Mutter der Beschwerdeführerin, als gesetzliche Vertreterin, auf die 9-jährige Beschwerdeführerin alleine bezogene Asyl- oder Wegweisungsgründe geltend gemacht.

### **E. 3.3**

Der Rechtsvertreter hat in seinen Eingaben vom 28. September, 7. Oktober und 13. Oktober 2015 auf eine angeblich begonnene psychotherapeutische Behandlung der Beschwerdeführerin in der Schweiz hingewiesen und stellt sich diesbezüglich auf den Standpunkt, diese begonnene Behandlung stelle für sich alleine bereits einen Wiedererwägungsgrund dar. Wie das SEM in seiner Vernehmlassung von 2. Februar 2016 korrekt festhält, ist dieses Vorbringen weder mit Arztberichten noch mit anderen Beweismitteln untermauert worden. Der in der Rechtsverweigerungsbeschwerde vom 31. Dezember 2015 erwähnte Bericht vom 21. September 2015, welcher die Beschwerdeführerin wegen Depressivität als behandlungsbedürftig eingestuft haben soll, ist weder dem SEM noch im Rahmen des vorliegenden Rechtsverweigerungsbeschwerdeverfahrens dem Gericht eingereicht worden. Ein solcher Bericht befindet sich nicht in den Akten. Im Weiteren trifft es - entgegen der anderslautenden Behauptung des Rechtsvertreters - nicht zu, dass die Beschwerdeführerin seitens des SEM aufgefordert worden wäre, einen entsprechenden Therapiebericht einzureichen; auch eine solche angebliche Aufforderung ist nicht aktenkundig. Aus den entsprechenden Vorbringen können daher auch keine Wiedererwägungsgründe abgeleitet werden, welche eine Pflicht des SEM zur Anhandnahme eines Wiedererwägungsverfahrens und den Erlass entsprechender Instruktions- oder Entscheidverfügungen ausgelöst hätten.

### **E. 3.4**

Soweit der Rechtsvertreter in der Replikeingabe vom 10. Februar 2016 die Auffassung vertritt, die Beschwerdeführerin habe im bisherigen Verlauf der mehrfachen Verfahren nie die Gelegenheit gehabt, ihre eigenen Interessen selbst oder durch eine selbst gewählte, gewillkürte Vertretung einbringen können, ist Folgendes festzustellen: Der Rechtsvertreter ist durch die Mandatierung durch die Mutter (als gesetzliche Vertreterin des Kindes) dadurch als gewillkürten Rechtsvertreter der minderjährigen Beschwerdeführerin eingesetzt und mit deren Interessenwahrung betraut worden. Gerade der Umstand, dass er mehrere Eingaben im Namen seiner Mandantin eingereicht hat, die vom SEM und vom Bundesverwaltungsgericht entgegengenommen worden sind, zeigt auf, dass die minderjährige Beschwerdeführerin sowohl von ihrer Mutter als gesetzlicher Vertreterin als auch von ihrem Rechtsvertreter als gewillkürter Rechtsvertretung von Personen vertreten worden ist, die ihre Interessen wahrnehmen können. Der Rechtsvertreter hat in seinen zahlreichen Eingaben an keiner Stelle aufgezeigt, weshalb es ihm - als gewillkürtem Rechtsvertreter von A. \_\_\_\_\_ - nicht möglich gewesen sein sollte, auf seine Mandantin

alleine bezogene individuell-konkrete Asylgründe oder Wegweisungshindernisse vorzutragen, wenn es solche gegeben hätte.

### **E. 3.5**

Wie bereits festgehalten, sind die Interessen der Beschwerdeführerin im ordentlichen Asylverfahren und in den vier Wiedererwägungsverfahren eingebracht worden. Die Auffassung, die Beschwerdeführerin hätte angehört werden müssen, trifft nicht zu.

#### **E. 3.5.1**

Das Bundesverwaltungsgericht hat sich im Entscheid BVGE 2012/31 einlässlich mit der Thematik der angemessenen Anhörung von Kindern im Verwaltungsverfahren auseinandergesetzt und dabei insbesondere Folgendes erwogen: Gemäss Art. 12 Abs. 1 KRK haben Kinder, die fähig sind, sich eine Meinung zu bilden, das Recht auf Respekt ihrer Meinung. Abs. 2 desselben Artikels bestimmt, dass zu diesem Zweck dem Kind insbesondere Gelegenheit zu geben ist, in allen das Kind berührenden Gerichts- oder Verwaltungsverfahren entweder unmittelbar oder durch einen Vertreter oder eine geeignete Stelle im Einklang mit den innerstaatlichen Verfahrensvorschriften gehört zu werden. Eine gesetzliche Bestimmung zum Anhörungsrecht des Kindes im Verwaltungsverfahren findet sich nicht im Schweizer Recht. Das Bundesgericht hat anerkannt, dass Art. 12 KRK im fremdenpolizeilichen Verfahren unmittelbar anwendbar ist, die Erforderlichkeit einer persönlichen Anhörung hat es indessen verneint. Nach der Kinderrechtskonvention sei das Kind nicht zwingend persönlich (mündlich), sondern lediglich in angemessener Weise anzuhören. Den Anforderungen von Art. 12 KRK sei insbesondere Genüge getan, wenn der Standpunkt in den schriftlichen Eingaben ausführlich zum Ausdruck kommt. Art. 12 Abs. 2 KRK ermöglicht die Anhörung eines Vertreters des Kindes. Dabei handelt es sich um einen gewillkürten (von den Eltern oder dem Kind beauftragten) oder einen behördlichen Vertreter (in Anlehnung an Art. 146 ZGB) des Kindes, nicht aber um die Eltern selber. Soweit die Interessenlage des Kindes und seiner (beiden) Eltern indessen konvergiert, deckt sich die Meinung der Eltern mit jener des Kindes, so dass hier auf eine gesonderte Anhörung des Kindes (bzw. dessen Vertreters) verzichtet werden kann. Das gilt nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts in fremdenpolizeilichen Fällen sogar generell, sofern es sich nicht um Sachverhalte wie zum Beispiel eine Scheidung handelt, wo die Interessen der Beteiligten nicht gleichläufig sind. Nach Bundesgericht genügt auch, dass die Interessen der Kinder über die Aussagen der Eltern ins Verfahren eingebracht werden können. Das Bundesgericht geht davon aus, dass eine persönliche Anhörung des Kindes sich dann anzeigt, wenn dessen persönlichkeitsrelevanten essentiellen eigenen Interessen unmittelbar auf dem Spiel stehen und sich namentlich nicht mit den Interessen der Eltern oder eines Elternteils decken, so bei Kindsschutzmassnahmen mit der damit verbundenen Trennung von einem Elternteil, beim Entscheid über das Sorgerecht in Scheidungsverfahren, oder bei Entscheiden, die eine Unterbrechung oder Erschwerung der Kontaktmöglichkeit zum nicht betreuungsberechtigten Elternteil bedeuten. Das SEM hat diese Rechtsprechung in seinen Weisungen übernommen und umgesetzt. (vgl. zum Ganzen: BVGE 2012/21 E. 5.1 ff. mit mehrfachen Verweisen auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung und die Literatur).

#### **E. 3.5.2**

Zusammenfassend ist daher festzustellen, dass Kinder zwar gemäss Art. 12 KRK das Recht auf Respekt ihrer Meinung haben und ihnen in den sie als Kind betreffenden Verfahren Gelegenheit zu geben ist, entweder unmittelbar oder durch einen Vertreter oder eine

geeignete Stelle gehört zu werden. Es besteht jedoch gemäss geltender Rechtsprechung in ausländerrechtlichen Verfahren - unabhängig von der Frage der Urteilsfähigkeit des Kindes - keine aus der KRK fliessende Pflicht zur persönlichen, mündlichen Anhörung von Kindern im Asylverfahren. Somit besteht auch kein vorbehaltloser Anspruch auf persönliche Anhörung eines Kindes, sondern es genügt eine Anhörung in angemessener Weise. Dies entspricht der in BVerGE 2012/31 publizierten Praxis des Gerichts.

### **E. 3.5.3**

Es ist denn auch an dieser Stelle festzuhalten, dass es nicht zutrifft, dass im vorliegenden Verfahren mit Zwischenverfügung vom 13. Januar 2016 ein "Recht auf Anhörung" der 9-jährigen Beschwerdeführerin "implizit bejaht" worden sei, wie dies in der Aufsichtsanzeige vom 20. Januar 2016 an das Bundesgericht (vgl. oben Bst. LL) behauptet worden ist. Ein entsprechender Anspruch auf eine eigene, mündliche Anhörung eines minderjährigen Kindes kann aus den Erwägungen in der Zwischenverfügung vom 13. Januar 2016 nirgends ansatzweise abgeleitet werden. Ebenso wenig trifft es zu, dass in der Zwischenverfügung vom 13. Januar 2016 festgehalten worden sei, aus der "Achtung der Menschenwürde von Kindern" ergebe sich, dass in Konstellationen wie der vorliegenden "ein Kind ein eigenes Erstasylgesuch einzureichen" habe, wie der Rechtsvertreter in seinem Schreiben vom 18. Januar 2016 an Bundesrätin Sommaruga (vgl. oben Bst. KK) behauptet; auch solche Aussagen lassen sich der Zwischenverfügung in keiner Art und Weise entnehmen.

### **E. 3.6**

Der Standpunkt und die Interessen der Beschwerdeführerin im Asylverfahren sind durch die Ausführungen ihrer Mutter (gesetzliche Vertreterin) und ihres Rechtsvertreters (gewillkürter Rechtsvertreter) in ihren jeweiligen mehrfachen Eingaben zum Ausdruck gekommen. In den vorinstanzlichen Akten befindet sich ein von der Beschwerdeführerin persönlich unterzeichnetes Schreiben, in welchem sie erklärt, sie wolle in der Schweiz bleiben und ersuche die Behörden darum, dieses Anliegen zu prüfen. Darin hält die Beschwerdeführerin ausdrücklich fest, dass sie diese Angelegenheit mit ihrem (gewillkürten) Rechtsvertreter besprochen habe (vgl. Beilage zur Eingabe vom 28. August 2015, oben Bst. W). Auch diesem persönlichen Schreiben der Beschwerdeführerin lassen sich keinerlei konkrete Hinweise entnehmen, wonach die persönlichen Anliegen und wegweisungsrelevanten Interessen der minderjährigen Beschwerdeführerin inhaltlich den Haltungen und Interessen ihrer Mutter entgegenstehen oder von diesen abweichen könnten. Vorliegend vertrat die Mutter (beziehungsweise vertraten die Eltern) während des gesamten Asylverfahrens dieselben (persönlichen) Interessen wie ihre Kinder und verfolgte das gemeinsame Ziel hinsichtlich des weiteren Verbleibs in der Schweiz. Es ist somit davon auszugehen, dass die Eltern in ihrem Asylgesuch vom 1. November 2012 beziehungsweise anlässlich ihrer mündlichen Befragungen und Anhörungen auch den Standpunkt ihrer Kinder - und somit auch die Interessen der Beschwerdeführerin - vertraten. Auch in den nach Abschluss des ordentlichen Asyl(beschwerde)verfahrens am 24. Februar 2014 erfolgten Wiedererwägungsgesuchen hat die Mutter die Interessen der Beschwerdeführerin (mit-)vertreten. Aus den Verfahrensakten dieser vier Wiedererwägungsverfahren gehen nirgends Hinweise hervor, die darauf schliessen liessen, dass die Beschwerdeführerin persönliche Interessen hätte oder Haltungen einnehmen könnte, die zu denjenigen ihrer Mutter in Widerspruch gestanden sein könnten. Wie bereits festgestellt, wurden auch im vorliegenden Rechtsverweigerungsverfahren, in welchem die Beschwerdeführerin in

zweifacher Hinsicht vertreten ist (gesetzliche Vertretung durch die Mutter sowie gewillkürte Vertretung durch den Rechtsvertreter), keinerlei substantiierte Gründe dargelegt, wonach oder inwiefern vorliegend besondere Kindesinteressen, die sich nicht mit den Interessen der Mutter decken würden, auf dem Spiel stehen würden. Das SEM ist daher zu Recht davon ausgegangen, dass sich die Asylvorbringen und die vorliegend zur Diskussion stehende wegweisungsrelevante Haltung der Beschwerdeführerin (in der Schweiz verbleiben zu wollen) mit denjenigen ihrer Mutter inhaltlich decken. Aus den gesamten Verfahrensakten gehen keine Hinweise hervor, dass sich die persönlichen Interessen der Beschwerdeführerin als Kind nicht mit den Interessen ihrer Mutter decken würden oder gedeckt hätten. Es bestand daher in der vorliegenden Konstellation kein Anspruch auf eine persönliche Anhörung der Beschwerdeführerin (zu ihren eigenen Asyl- und Wegweisungsgründen). Entgegen der in der Rechtsverweigerungsbeschwerde vertretenen Ansicht war das SEM daher - in Übereinstimmung mit der Rechtsprechung des Bundesgerichts und des Bundesverwaltungsgerichts - nicht gehalten, für die Beschwerdeführerin ein eigenes, nur sie betreffendes Asylverfahren zu eröffnen. Das SEM hat mit der eingeschlagenen Vorgehensweise, namentlich mit seinem Schreiben vom 17. September 2015 keine Verfahrensansprüche der Beschwerdeführerin verletzt und war auch nicht gehalten, eine Verfügung betreffend Eröffnung eines eigenen Asylverfahrens oder der Anordnung einer persönlichen Anhörung zu erlassen.

### **E. 3.7**

Nach dem Gesagten hatte die Beschwerdeführerin keinen Anspruch auf Erlass einer Verfügung, womit es vorliegend an der Beschwerdelegitimation fehlt. Daher fehlt es der Rechtsverweigerungsbeschwerde an einem zwingend erforderlichen Element (vgl. oben E. 1.2), und es ist auf die daher unzulässige Beschwerde somit nicht einzutreten.

### **E. 4**

Soweit der Rechtsvertreter in seiner Rechtsverweigerungsbeschwerde die Umstände und Modalitäten der Ausschaffung der Beschwerdeführerin und ihrer Mutter und Geschwister nach Nigeria kritisiert, ist festzuhalten, dass das SEM in seiner Vernehmlassung vom 2. Februar 2016 zu Recht auf die Zuständigkeit der kantonalen Migrationsbehörde als Vollzugsbehörde verwiesen hat. Für die Überprüfung des Vollzugs der Ausschaffung fehlt es an der Zuständigkeit des SEM, weshalb auch das Bundesverwaltungsgericht als Beschwerdeinstanz keine entsprechende Überprüfungsbefugnisse hat.

### **E. 5**

Bei diesem Ausgang des Verfahrens wären die Verfahrenskosten der Beschwerdeführerin aufzuerlegen. Auf deren Erhebung wird angesichts der Minderjährigkeit der Beschwerdeführerin gestützt auf Art. 63 Abs. 1 in fine VwVG ausnahmsweise verzichtet. (Dispositiv nächste Seite)