

# **BVGer E-3482/2022 vom 27. März 2023**

Bundesverwaltungsgericht, 2023-03-27, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger\\_E-3482\\_2022](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_E-3482_2022)

FR: TAF E-3482/2022 du 27 mars 2023

IT: TAF E-3482/2022 del 27 marzo 2023

## **Regeste**

Rechtsverzögerung/Rechtsverweigerung

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Aufgrund des engen sachlichen Zusammenhangs werden die am Bundesverwaltungsgericht eröffneten Verfahren E-3482/2022 und E-5371/2022 koordiniert behandelt und im gleichen Spruchgremium entschieden. Betreffend das Verfahren E-5371/2022 ergeht gleichentags ein Urteil.

### **E. 2.1**

Das Bundesverwaltungsgericht entscheidet unter anderem über Beschwerden gegen Verfügungen des SEM im Bereich des Datenschutzes (vgl. Art. 31–33 VGG).

### **E. 2.2**

Das Bundesverwaltungsgericht entscheidet auf dem Gebiet des Datenschutzes auch über Beschwerden, mit denen das unrechtmässige Verweigen oder Verzögern einer anfechtbaren Verfügung durch das SEM geltend gemacht wird (Art. 46a VwVG).

### **E. 2.3**

Das Verfahren richtet sich nach dem VwVG, soweit das VGG nichts anders bestimmt (vgl. Art. 37 VGG).

### **E. 2.4**

Der Beschwerdeführer ist als Verfügungsadressat zur Beschwerdeführung legitimiert (Art. 48 Abs. 1 VwVG). Auf die formgerecht eingereichte Beschwerde ist – vorbehaltlich der nachfolgenden Erwägungen – einzutreten (Art. 52 Abs. 1 und Art. 50 Abs. 2 VwVG).

### **E. 3.1**

Der Beschwerdeführer hat mit Beschwerde vom 12. August 2022 die von der Vorinstanz vorgenommene ZEMIS-Berichtigung seines Geburtsdatums angefochten. Er stellt sich auf den Standpunkt, dass dem

E-3482/2022 Seite 9 vorinstanzlichen Handeln vom 3. August 2022, namentlich der vorgenommenen ZEMIS-Datenberichtigung, der E-Mail vom gleichen Tag (inkl. angehängtes ZEMIS-Mutationsformular) an die Rechtsvertretung, dem Antwortschreiben an die Rechtsvertretung vom 3. August 2022 (Eingang Rechtsvertretung 4. August 2022) Verfügungscharakter zukomme.

### **E. 3.2**

Das SEM nahm zu dieser Rechtsauffassung und zur Frage des Rechtscharakters seiner Handlungen im Rahmen der Vernehmlassung nicht explizit Stellung.

#### **E. 4.1**

Als Verfügungen im Sinne von Art. 5 VwVG gelten individuelle, an den Einzelnen gerichtete Hoheitsakte, durch die eine konkrete verwaltungsrechtliche Rechtsbeziehung rechtsgestaltend oder feststellend in verbindlicher und durchsetzbarer Weise geregelt wird. Für das Vorliegen einer Verfügung ist nicht massgebend, ob sie als solche bezeichnet ist, eine Rechtsmittelbelehrung enthält oder den gesetzlichen Formvorschriften für eine Verfügung entspricht. Massgebend ist vielmehr, ob die inhaltlichen Strukturmerkmale einer Verfügung vorhanden sind (Urteile des Bundesverwaltungsgerichts [BVGer] A-3558/2018 vom 12. März 2019 E. 1.1; A-4464/2015 vom 23. November 2015 E. 1.1 und C-8135/2010 vom 10. Januar 2013 E. 1.4; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 8. Aufl. 2020, Rz. 849 ff.; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, Allgemeines Verwaltungsrecht, 4. Aufl. 2014, § 28 Rz. 16 ff. und § 29 Rz. 3).

#### **E. 4.2**

Verfügungscharakter weist grundsätzlich nur eine verwaltungsrechtliche Handlung auf, mit denen die Behörde eine Rechtswirkung anstrebt. Fehlt einer Anordnung der Verwaltungsbehörde die Regelungsabsicht, das heisst der immanente Wille, ein verwaltungsrechtliches Rechtsverhältnis zu regeln, liegt keine Verfügung vor (vgl. BICKEL/OESCHGER/STÖCKLI, Die verfahrensfreie Verfügung. Ein Beitrag zu einem übersehenen Konzept des VwVG, ZBl 110/2009 S. 593 ff., S. 596, auch zum Folgenden; vgl. auch GENNER SUSANNE, Zur Abgrenzung von Rechtsakt und Realakt im öffentlichen Recht, AJP 2011 S. 1153 ff. Ziff. 2.1; Urteile des BVGer A-2069/2015 vom 11. August 2015 E. 2.1.1; A-1967/2016 vom 6. September 2016 E. 3.4). Betreffend das Erfordernis der Rechtswirkung ist daher entscheidend, ob das Handlungsziel der Behörden die Regelung, das heisst die bewusste, ausdrückliche und verbindliche Gestaltung der Rechtsstellung der Betroffenen ist (Urteil des BVGer A-2235/2017 vom 11. Juli 2017 E. 1.2; UHLMANN FELIX, in: Waldmann/Weissenberger [Hrsg.], Praxiskommentar Verwaltungsverfahrensgesetz, 2. Aufl. 2016, Art. 5 N. 17 ff. und 94;

E-3482/2022 Seite 10 GENNER, a.a.O., Ziff. 2.2). In der Ausrichtung auf Rechtsverbindlichkeit unterscheidet sich die Verfügung vom tatsächlichen oder informellen Verwaltungshandeln. Letzteres ist nicht auf die Herbeiführung eines Rechts-, sondern eines Taterfolgs ausgerichtet; es kann indessen gleichwohl die Rechtsstellung von Privaten beeinträchtigen. Als Strukturmerkmal der Verfügung gilt mithin die Regelung eines Rechtsverhältnisses im Einzelfall und nicht eine allfällige Beeinträchtigung der Rechtsstellung des Adressaten respektive der Adressatin.

#### **E. 5.1**

Zum Regelungsgehalt des ZEMIS: Das ZEMIS dient den Behörden, namentlich auch dem SEM, als Informationssystem zur Bearbeitung von Personendaten ausländischer Personen, einschliesslich von Personen im Asylbereich (Art. 3 des Bundesgesetzes über das Informationssystem für den Ausländer- und den Asylbereich vom 20. Juni 2003 [BGIAA, SR 142.51]). Es ist ein Informationssystem und stellt aufgrund der fehlenden Publizitätswirkung und des eingeschränkten Kreises der Zugriffs- und Einsichtsberechtigten ein blosses Behördenregister dar. Dementsprechend enthält das ZEMIS keine Angaben

über Begründung, Bestand oder Änderung von Rechten (vgl. zur Wirkung öffentlicher Register: RUDIN BEAT, in: Handkommentar Datenschutzgesetz, 2015 [SHK DSG], Art. 2 DSG Rz. 36). Es vermag somit unmittelbar keine Rechte zu begründen.

### **E. 5.2**

Der Eintrag des Geburtsdatums ist lediglich das Festhalten einer allen- falls umstrittenen und auf Indizien beruhenden Tatsache. Wenn das im ZEMIS eingetragene Geburtsdatum – wie auch vorliegend – mit einem Be- streitungsvermerk versehen ist, kann das ZEMIS weder die Richtigkeit der Einträge garantieren, noch kann und soll es das Alter einer Person rechts- kräftig und rechtsverbindlich feststellen. Dementsprechend ist eine Person nicht aufgrund des ZEMIS-Eintrags als voll- oder minderjährig zu betrach- ten; diese Frage stellt sich vielmehr im Asylverfahren und ist dort unter Be- achtung der besonderen Beweisregeln (mindestens Glaubhaftmachung) aufgrund der Aktenlage im Asylossier zu bestimmen. Folglich vermag der Eintrag eines Geburtsdatums im ZEMIS – über die datenrechtliche Wirkung des Eintrages hinaus – nicht direkt eine materiell-rechtliche Wirkung zu entfalten. Der Eintrag stellt einen Realakt dar (s. auch STURNY MONIQUE, in: SHK DSG, Art. 25 DSG Rz. 3).

### **E. 5.3**

Der Rechtsschutz bei (die Rechtsstellung tangierenden) Realakten be- schränkt sich darauf, dass ein Anspruch auf Erlass einer Verfügung über die Rechtmässigkeit des Realakts besteht (Art. 25a Abs. 2 VwVG). Erst

E-3482/2022 Seite 11 durch diese Verfügung öffnet sich der ordentliche Beschwerdeweg; ein Re- alakt kann somit nicht direkt angefochten werden (vgl. Urteil des Bundes- gerichts [BGer] 2C\_167/2016 vom 17. März 2017 E. 3.1; Urteil des BVGer A-5323/2012 vom 6. November 2012; WEBER-DÜRLER/KUNZ-NOTTER, in: Kommentar zum VwVG, Art. 25a Rz. 1 ff.; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, a.a.O., § 38 Rz. 1 ff. und 22; MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER, a.a.O., Rz. 2.38 f.). Ergänzend ist zum ZEMIS-Datenberichtigungsverfahren festzuhalten, dass das im Datenschutzgesetz vorgesehene Berichtigungsverfahren auch auf das ZEMIS-Verfahren anwendbar ist (Art. 19 der Verordnung über das Zentrale Migrationsinformationssystem vom 12. April 2006 (ZEMIS- Verordnung; SR 142.513), Art. 6 Abs. 1 BGIAA, Art. 5 Abs. 2 DSG sowie Art. 25 DSG). Die Praxis des SEM scheint von dem im DSG vorgesehenen Verfahrensablauf abzuweichen. Will eine Person die eigenen Daten berich- tigen lassen, muss sie gemäss DSG bei der zuständigen Behörde ein Ge- such stellen. Gesuche um Berichtigung werden den Unterlassungs- und Beseitigungsbegehren zugeordnet (STURNY MONIQUE, in: SHK DSG, Art. 25 DSG Rz. 5 sowie Rz. 11). Die gesuchstellende Person verlangt von der Behörde ein Tun. Demgemäss sollte der Entscheid der Behörde auf Gutheissung oder Abweisung des Berichtigungsbegehrens lauten bezie- hungsweise sollte eine positive (Art. 5 Abs.1 Bst. a VwVG) oder eine nega- tive Verfügung erlassen werden (Art. 5 Abs.1 Bst. c VwVG). Das Vorgehen des SEM bei ZEMIS-Änderungen stimmt nicht exakt mit dem vorstehend beschriebenen Verfahrensablauf überein. Gemäss Praxis teilt das SEM der gesuchstellenden Person mit, dass es beabsichtige, den ZEMIS-Eintrag zu ändern (rechtliches Gehör). Nach Stellungnahme der betroffenen Person erfolgt die Änderung des Eintrages. Gleichzeitig oder zusammen mit dem Asylentscheid erfolgt der Erlass einer anfechtbaren Verfügung respektive Dispositivziffer mit dem Wortlaut, der einer Feststellungsverfügung ähnelt: «Ihr Geburtsdatum wird im Zentralen

Migrationsinformationssystem (ZEMIS) auf den (...) festgelegt und mit einem Bestreitungsvermerk versehen». Letztlich kann eine weitergehende Auseinandersetzung mit dem vorgesehnen ZEMIS-Datenberichtigungsverfahren aber aufgrund der nachstehenden Erwägungen unterbleiben.

### **E. 6.1**

Zu prüfen ist, ob die angefochtene E-Mail, das Mutationsformular (SEM-Vorhaben [...]23/2) sowie das Antwortschreiben des SEM (SEM-

E-3482/2022 Seite 12 Vorhaben [...]27/2), alle datierend vom 3. August 2022, die Voraussetzungen an eine anfechtbare Verfügung im Sinne von Art. 5 VwVG erfüllen.

### **E. 6.2**

Der Beschwerdeführer begründete sein Begehren um Aufhebung des vorinstanzlichen Entscheids damit, dass der E-Mail sowie dem Mutationsformular vom 3. August 2022 Verfügungscharakter zukomme. So regle das SEM mit der E-Mail und dem Mutationsformular den weiteren Ablauf des Asylverfahrens verbindlich. Es habe damit seine Absicht kundgetan, sein Geburtsdatum im ZEMIS anzupassen, so dass er den Status als UMA verlieren würde, einhergehend mit dem Anspruch auf separate Unterbringung im UMA-Trakt, dem Anspruch auf sozialpädagogische Begleitung und Unterstützung durch die Vertrauensperson sowie dem Anspruch auf Schulbesuch und Teilnahme an UMA-Aktivitäten. Das SEM habe sich dabei auf das Datenschutzgesetz gestützt und seine Rechte nach Art. 10 Abs. 2, Art. 11 und 19 BV, Art. 17 Abs. 3 AsylG i.V.m. Art. 1a Bst. d und Art. 7 Abs. 2 der Asylverordnung 1 vom 11. August 1999 [AsylV 1, SR 142.311], Art. 17 Abs. 2bis AsylG, Art. 7 Abs. 4 AsylV 1, Art. 8 Abs. 4 Dublin-III-VO und die Rechte der Kinderrechtskonvention (SR 0.107) aufgehoben. Das SEM weise explizit darauf hin, dass er, der Beschwerdeführer, nun volljährig sei. Diese Absicht, ihn mit Blick auf das weitere Asylverfahren als volljährige Person zu erachten, zeige sich an sämtlichen bisherigen Schreiben des SEM, in welchen er mit dem neuen Geburtsdatum aufgeführt werde sowie den Änderungen hinsichtlich Vertretung und Unterkunft. Die E-Mail mit dem Mutationsformular habe konkrete Rechtsauswirkungen auf ihn persönlich. Die E-Mail des SEM inklusive Mutationsformular vom 3. August 2022 stelle mithin eine – wenn auch formell mangelhafte – Verfügung gemäss Art. 5 VwVG dar.

### **E. 6.3**

Das Bundesverwaltungsgericht kommt zum Schluss, dass vorliegend nicht von einer anfechtbaren Verfügung im Sinne von Art. 5 VwVG auszugehen ist. In der E-Mail vom 3. August 2022 vom zuständigen Fachspezialisten des SEM an die Rechtsberatungsstelle wird auf das Mutationsformular hingewiesen, welches seinerseits die vorzunehmenden Änderungen im ZEMIS dokumentiert (vgl. auch Urteil des BVGer A-1987/2016 vom 6. September 2016 E. 3.4). Die am 29. Juli 2022 vorgenommene Änderung im ZEMIS ist, wie bereits erläutert, ein Realakt. Die E-Mail mit dem Wortlaut: «Bitte beachten Sie die beigefügte Mutation der Personendaten. Der Gesuchsteller

E-3482/2022 Seite 13 ist nun volljährig.» samt Mutationsformular stellen somit eine blosser Information darüber dar, dass eine strittige Tatsache, das Geburtsdatum des Beschwerdeführers, im ZEMIS mit Bestreitungsvermerk geändert wurde. Das SEM hat sodann der Rechtsvertretung gegenüber im Antwortschreiben vom 3. August 2022 auf die Eingabe vom 28. Juli 2022 deutlich zum Ausdruck gebracht, dass es sich der Begehren um

Erlass einer anfechtbaren Verfügung in Bezug auf die vorgenommene Mutation im ZEMIS zu einem späteren Zeitpunkt annehme und zwar mit folgendem Wortlaut: «Wir werden Ihre Anträge anhand nehmen. Sie erhalten diesbezüglich zu geeigneter Zeit entsprechende Rückmeldungen. Je nach Verlauf des Verfahrens wird das SEM Ihrem Mandanten entweder mit dem Entscheid im beschleunigten nationalen Verfahren oder mit Entscheid im Dublin-Verfahren mittels separater Dispositivziffer nach Datenschutzgesetz oder anlässlich der Zuweisung ins erweiterte Verfahren im Rahmen eines separaten ZEMIS-Berichtigungsverfahrens eine Verfügung zum Alter erlassen. Betreffend Ihrem Schreiben vom 28. Juli 2022 ist noch anzumerken, dass während des beschleunigten Verfahrens kein gesetzlicher Anspruch auf einen Erlass einer anfechtbaren ZEMIS-Verfügung oder einer Beantwortung einer siebenseitigen Eingabe mit insgesamt sechs Anträgen innert eines (1) Arbeitstages besteht. Das SEM ist somit nicht an die von Ihnen willkürlich gesetzte Frist von einem (1) Arbeitstag gebunden.» Dieses Schreiben erfüllt in Bezug auf die begehrte Änderung der nun vorgenommenen ZEMIS-Berichtigung keine Merkmale einer Verfügung, weder die einer abweisenden Verfügung noch die einer Feststellungsverfügung. Die – zugegebenermassen unglückliche – Formulierung in der E-Mail des SEM vom 3. August 2022 an die Rechtsvertretung, wonach der Gesuchsteller nun volljährig sei, vermag an dieser Einschätzung nichts zu ändern, zumal, wie bereits erläutert, eine Person nicht aufgrund der blossen Anpassung im ZEMIS minder- oder volljährig ist beziehungsweise wird.

#### **E. 6.4**

Vor dem Hintergrund der vorangegangenen Erwägungen kann im Schriftverkehr zwischen der Rechtsvertretung des Beschwerdeführers und dem SEM vom 3. August 2022 kein Ergehen einer anfechtbaren Verfügung im Sinne von Art. 5 VwVG erblickt werden. Da mithin kein taugliches Anfechtungsobjekt vorliegt, ist auf die Beschwerde vom 12. August 2022 (E-3482/2022) hinsichtlich der entsprechenden Rechtsbegehren 1–2 und Subeventualbegehren 3, 7–8 nicht einzutreten.

#### **E. 6.5**

In diesem Zusammenhang ist festzustellen, dass das SEM zwischenzeitlich zusammen mit dem ergangenen Dublin-Nichteintretensentscheid

E-3482/2022 Seite 14 vom 15. November 2022, in welchem auch über die Frage der Glaubhaftmachung der Minderjährigkeit zu befinden war, eine anfechtbare Dispositivziffer zur begehrten ZEMIS-Datenberichtigung erlassen hat (s. SEM-Vorhaben [...] S. 12 Dispositivziffer 6). Diese bildet Gegenstand des Beschwerdeverfahrens E-5371/2022.

#### **E. 7.1**

Die ebenfalls mit der Eingabe vom 12. August 2022 eventualiter anhängig gemachte Rechtsverweigerungs- respektive Rechtsverzögerungsbeschwerde zielte darauf ab, das SEM dazu zu veranlassen, die Änderung der Personendaten im ZEMIS in einer Verfügung festzustellen.

#### **E. 7.2**

Die Vorinstanz hat mit Verfügung vom 15. November 2022 dem Antrag in der Beschwerde vom 12. August 2022 um Erlass einer beschwerdefähigen Verfügung betreffend Änderung der Personendaten im ZEMIS nunmehr entsprochen. Mithin ist das Rechtsschutzinteresse (Art. 48 Abs. 1 Bst. c VwVG) an der Rechtsverweigerungs- respektive Rechtsverzögerungs-

rungsbeschwerde nachträglich weggefallen (vgl. MOSER/BEUSCH/KNEU- BÜHLER, Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht, 2. Aufl. 2013, S. 301, Rz. 5.31 m.w.H.). Das Beschwerdeverfahren betreffend Rechtsver- weigerungs- respektive Rechtsverzögerungsbeschwerde ist daher als ge- genstandslos geworden abzuschreiben (Art. 23 Abs. 1 Bst. a VGG).

#### **E. 8.1**

Da dem Beschwerdeführer mit Zwischenverfügung vom 21. September 2022 die unentgeltliche Prozessführung im Sinne von Art. 65 Abs. 1 VwVG gewährt wurde und von seiner weiterbestehenden Bedürftigkeit auszuge- hen ist, hat er im vorliegenden Verfahren keine Verfahrenskosten zu tra- gen.

#### **E. 8.2**

Dem vertretenen Beschwerdeführer ist sodann in Bezug auf die gegen- standslos gewordene Rechtsverweigerungsbeschwerde keine Parteient- schädigung auszurichten, da davon auszugehen ist, dass das vorliegende Verfahren von den Leistungen der dem Beschwerdeführer zugewiesenen unentgeltlichen Rechtsvertretung im Sinne von Art. 102h AsylG umfasst ist und diese vom Bund nach Massgabe von Art. 102k AsylG entschädigt wer- den (vgl. Urteile des BVGer D-2844/2022 vom 5. Juli 2022 E. 5.2 und D-1170/2021 vom 28. Mai 2021 E. 4.2).

E-3482/2022 Seite 15

#### **E. 9**

Entscheide des Bundesverwaltungsgerichts auf dem Gebiet des Daten- schutzes sind gemäss Art. 35 Abs. 2 der Verordnung vom 14. Juni 1993 zum Bundesgesetz über den Datenschutz (VDSG, SR 235.11) dem Eidge- nössischen Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragten (EDÖB) bekannt zu geben.

(Dispositiv nächste Seite)

E-3482/2022 Seite 16

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.