

# **BVGer E-5523/2013 vom 3. März 2014**

Bundesverwaltungsgericht, 2014-03-03, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger\\_E-5523\\_2013](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_E-5523_2013)

FR: TAF E-5523/2013 du 3 mars 2014

IT: TAF E-5523/2013 del 3 marzo 2014

## **Regeste**

Rechtsverzögerung/Rechtsverweigerung

## **Erwägungen**

### **E. 1.1**

Rechtsverzögerungs- und Rechtsverweigerungsbeschwerden richten sich gegen den Nichterlass einer anfechtbaren Verfügung. Nach Art. 46a des Verwaltungsverfahrensgesetzes vom 20. Dezember 1968 (VwVG, SR 172.021) kann gegen das unrechtmässige Verweigern oder Verzögern einer Verfügung Beschwerde geführt werden. Beschwerdeinstanz ist jene Behörde, die auch für eine ordnungsgemäss ergangene Verfügung der in Frage stehenden Art zuständig wäre (André Moser/Michael Beusch/Lorenz Kneubühler, *Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht*, 2. Aufl., Basel 2013, Rz. 5.18; Markus Müller, in: Auer/Müller/Schindler [Hrsg.], *Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren (VwVG)*, Zürich 2008, Rz. 3 zu Art. 46a). Gemäss Art. 31 des Verwaltungsgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (VGG, SR 173.32) ist das Bundesverwaltungsgericht zur Beurteilung von Beschwerden gegen Verfügungen nach Art. 5 VwVG zuständig und entscheidet auf dem Gebiet des Asyls in der Regel - so auch vorliegend - endgültig (vgl. Art. 83 Bst. d Ziff. 1 des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 [BGG, SR 173.110]; Art. 105 AsylG). Das BFM gehört zu den Behörden nach Art. 33 VGG und ist daher eine Vorinstanz des Bundesverwaltungsgerichts. Eine das Sachgebiet betreffende Ausnahme i.S. von Art. 32 VGG liegt nicht vor. Das Bundesverwaltungsgericht ist somit zuständig für die Beurteilung der vorliegenden Beschwerde.

### **E. 1.2**

Die Beschwerdelegitimation setzt bei Rechtsverzögerungs- und Rechtsverweigerungsbeschwerden voraus, dass einerseits bei der zuständigen Behörde ein Begehren um Erlass einer Verfügung gestellt wurde und andererseits ein Anspruch auf Erlass einer solchen besteht. Ein Anspruch ist gegeben, wenn die Behörde verpflichtet ist, in Verfügungsform zu handeln, und der betroffenen Person nach Art. 6 i.V.m. Art. 48 Abs. 1 VwVG Parteistellung zukommt (vgl. BVGE 2008/15 E. 3.2, m.w.H.).

#### **E. 1.2.1**

Zur Begründung seines dritten Asylgesuchs vom 29. Mai 2011 machte der Beschwerdeführer in der Befragung zur Person am 8. Juni 2011 unter anderem geltend, er habe seit dem 18. Januar 2011 zusammen mit seiner Ehefrau einen Sohn und beantrage eine Bewilligung, um mit ihnen zusammenleben zu können (BFM-Akte F6 S. 5). Am 25. August 2011 gewährte das BFM dem Beschwerdeführer das rechtliche Gehör und fragte ihn dabei, weshalb er die eheliche Gemeinschaft nicht im Sudan leben könne. Zu seinen Asylgründen befragt gab dieser erneut an, er habe mit seiner Ehefrau ein gemeinsames Kind und seine

Ehefrau habe in der Schweiz Asyl, weshalb er ein Recht habe, "als Familiennachzug" bei ihr und ihrem Sohn zu bleiben (BFM-Akte F14 S. 2 und 4 f.). Spätestens nach seinen Aussagen in der Befragung zur Person am 8. Juni 2011 steht fest, dass der Beschwerdeführer beim BFM um Erlass einer Verfügung bezüglich des Einbezugs in die Flüchtlingseigenschaft und den Asylstatus seiner Ehefrau ersuchte, begründet durch den neuen Umstand der Geburt seines Sohnes. Dieses Gesuch bestätigte er mit Schreiben an das BFM vom 12. Januar 2012 (ohne Aktennummer), in dem er ausdrücklich um Familienasyl nach Art. 51 Abs. 1 AsylG ersuchte (wobei er fälschlicherweise behauptete, das BFM habe noch nie über Familienasyl entschieden). Mit Schreiben vom 3. April 2012 beantragte er zudem erneut ausdrücklich Ableitung der Flüchtlingseigenschaft von seiner Ehefrau und Asylgewährung (diesmal korrekterweise wiedererwägungsweise). Mit Schreiben vom 12. September 2013 machte er das BFM darauf aufmerksam, dass sein Gesuch seines Erachtens noch nicht behandelt worden sei. Es ist damit offensichtlich, dass der Beschwerdeführer bei der zuständigen Behörden ein Begehren um Erlass einer Verfügung stellte. Unbestritten ist auch das aktuelle, schutzwürdige Interesse des Beschwerdeführers am Erlass einer solchen, da er weder über die Flüchtlingseigenschaft noch über eine Aufenthaltsbewilligung in der Schweiz verfügt.

### **E. 1.2.2**

Zu beurteilen bleibt, ob der Beschwerdeführer einen Anspruch auf Erlass einer Verfügung hat. Unbestritten ist, dass das BFM ein erstes Gesuch des Beschwerdeführers um Einbezug in die Flüchtlingseigenschaft und den Asylstatus seiner Ehefrau mit Verfügung vom 15. März 2010 mit der Begründung ablehnte, es sei seiner Ehefrau zuzumuten, ihm in den Sudan zu folgen, und diese Verfügung unangefochten in Rechtskraft erwuchs (siehe Prozessgeschichte D.e). Der Beschwerdeführer bezeichnete denn auch sein erneutes Gesuch um Einbezug ausdrücklich als Wiedererwägungsgesuch. Die Wiedererwägung im Verwaltungsverfahren ist ein gesetzlich nicht geregelter Rechtsbehelf gegen eine in Rechtskraft erwachsene Verfügung, mit dem Begehren um deren Neuüberprüfung. Das Wiedererwägungsgesuch richtet sich an die verfügende Behörde. Es besteht grundsätzlich kein Anspruch auf Behandlung von Wiedererwägungsgesuchen. Der mit der Asylgesetzrevision vom 14. Dezember 2012 eingeführte und am 1. Februar 2014 in Kraft getretene Art. 111b AsylG, der Bestimmungen bezüglich der Wiedererwägung enthält, ist im vorliegenden Beschwerdeverfahren nicht anzuwenden, da das Gesuch des Beschwerdeführers vor dem Inkrafttreten von Art. 111b AsylG eingereicht wurde (Übergangsbestimmungen zur Änderung vom 14. Dezember 2012, Abs. 2). Neben dieser Grundkonstellation des Wiedererwägungsgesuchs als Rechtsbehelf wird gemäss herrschender Lehre und ständiger Praxis des Bundesgerichts aus Art. 29 Abs. 2 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV, SR 101) unter bestimmten Voraussetzungen ein verfassungsmässiger Anspruch auf Wiedererwägung abgeleitet (vgl. BGE 136 II 177 E. 2). 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 (qualifiziertes Wiedererwägungsgesuch). Daneben besteht auch ein Anspruch auf Behandlung, wenn der Gesuchsteller, der in der Schweiz bereits erfolglos ein Asylverfahren durchlaufen hat, eine neu eingetretene Verfolgungsgefahr geltend macht und die Feststellung seiner Flüchtlingseigenschaft verlangt; das BFM hatte nach damals

geltendem Recht ein solches Gesuch als zweites Asylgesuch entgegen zu nehmen und es nach den Regeln von Art. 32 Abs. 2 Bst. e alt AsylG zu behandeln (Entscheidungen und Mitteilungen der Schweizerischen Asylrekurskommission [EMARK] 2006 Nr. 20 E. 2.1 m.w.H.). Das BFM hat das Gesuch des Beschwerdeführers vom 29. Mai 2011 korrekterweise als (neues) Asylgesuch entgegengenommen und entschieden (mit Nichteintretensentscheid vom 27. März 2012). In dieser Verfügung äusserte sich das Bundesamt jedoch weder in den Erwägungen noch im Dispositiv zum Einbezug des Beschwerdeführers in die Flüchtlingseigenschaft und den Asylstatus seiner Ehefrau. Der Beschwerdeführer hatte aber auch auf die Behandlung seines Gesuchs um Familienasyl i.S. von Art. 51 Abs. 1 AsylG einen Anspruch. Dies ergibt sich daraus, dass er einen neu entstandenen, wesentlichen Umstand geltend machte, nämlich die Geburt seines Sohnes, der am 18. Januar 2011 - und damit nach dem rechtskräftigen Entscheid bezüglich Familienasyl vom 15. März 2010 - auf die Welt kam. Die Geburt des gemeinsamen Sohnes stellt ein wiedererwägungsweise relevantes Vorbringen dar. Dies gilt umso mehr, nachdem das Bundesamt diesen mit Verfügung vom 31. Mai 2011 in die Flüchtlingseigenschaft und den Asylstatus seiner Mutter aufgenommen hatte. Das Gesuch um Familienasyl stellt deshalb ein qualifiziertes Wiedererwägungsgesuch dar, weshalb der Beschwerdeführer einen verfassungsmässigen Anspruch auf Behandlung dieses Begehrens gehabt hat und weiterhin hat. Das Argument des BFM, der Beschwerdeführer habe seine Vorbringen nicht genügend substantiiert, trifft nicht zu. Dieser hatte auf die Geburt seines Sohnes und dessen Einbezug in die Flüchtlingseigenschaft sowie den Asylstatus seiner Ehefrau hingewiesen, ebenso wie auf das Kindeswohl nach Art. 3 KRK. Damit hat er sein Rechtsbegehren und den neu entstandenen, wesentlichen Umstand in genügendem Masse substantiiert und den Sachverhalt, auf den er sein Begehren stützte, hinreichend dargelegt. Es wäre am BFM gewesen, im Rahmen seiner Untersuchungspflicht den Beschwerdeführer zu allenfalls benötigten weiteren Auskünften aufzufordern.

### **E. 1.3**

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 Rechtsverzögerungs- und Rechtsverweigerungsbeschwerde, darf nicht beliebig lange mit der Einreichung einer Beschwerde 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 (vgl. Müller, a.a.O., Rz. 10 zu Art. 46a). Die Beschwerde wurde am 1. Oktober 2013 eingereicht. Der Beschwerdeführer hatte beim BFM am 29. Mai 2011, am 12. Januar 2012 und am 3. April 2012 um Einbezug in die Flüchtlingseigenschaft und ins Asyl seiner Ehefrau ersucht. Am 12. September 2013 mahnte er das Bundesamt schriftlich und wartet darauf noch zweieinhalb Wochen bis zur Einreichung der Rechtsverzögerungs- bzw. Rechtsverweigerungsbeschwerde. Der Beschwerdeführer hat sich seinerseits zwischen dem 3. April 2012 und dem 12. September 2013 in dieser Sache beim BFM nicht mehr gemeldet. Diese Untätigkeit erklärt sich wohl dadurch, dass er in dieser Zeit über eine (befristete) kantonale Aufenthaltsbewilligung zwecks Verbleibs bei seiner Ehefrau verfügte, deren Verlängerung der Kanton am 21. August 2013 jedoch ablehnte (siehe Prozessgeschichte E.b). Obwohl er auch in dieser Zeit ein aktuelles Rechtsschutzinteresse am Einbezug in die Flüchtlingseigenschaft und den Asylstatus seiner Ehefrau hatte, ist nachvollziehbar, dass er in dieser Zeit nicht beim BFM

vorstellig wurde und auch keine Rechtsverzögerungs- oder Rechtsverweigerungsbeschwerde einreichte. Auch ist zu berücksichtigen, dass das Bundesverwaltungsgericht in seinem Urteil vom 18. April 2012 erneut darauf hingewiesen hatte, dass der Beschwerdeführer grundsätzlich einen Anspruch auf Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung habe, und der Kanton deshalb für die Wegweisung und den Wegweisungsvollzug zuständig sei. Unter diesen Umständen ist es ihm nicht vorzuwerfen, dass er während eineinhalb Jahren gegenüber dem BFM nicht aktiv wurde. Eine Sorgfaltspflichtverletzung ist ihm diesbezüglich auf jeden Fall nicht vorzuwerfen. Dies insbesondere auch deshalb, weil das BFM sich erst in der Vernehmlassung im Rahmen des vorliegenden Verfahrens ausdrücklich weigerte, das Gesuch um Familienasyl zu behandeln. Die Rechtsverweigerungsbeschwerde - als welche sie sich durch diese ausdrückliche Weigerung letztlich herausstellt - ist damit als rechtzeitig zu betrachten.

### **E. 2.1**

Das Verbot der Rechtsverweigerung und -verzögerung ist ein Teilgehalt der Verfahrensgarantie von Art. 29 Abs. 1 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV, SR 101). Danach hat jede Person vor Gerichts- und Verwaltungsinstanzen Anspruch auf gleiche und gerechte Behandlung sowie in Nachachtung des so genannten Beschleunigungsgebots auf Beurteilung seines Gesuches innert angemessener Frist. Eine Rechtsverweigerung liegt vor, wenn eine Behörde sich weigert, eine Verfügung zu erlassen, obwohl sie dazu aufgrund der einschlägigen Rechtsnormen verpflichtet wäre.

### **E. 2.2**

Das BFM setzte sich nach dem wiedererwägungsweisen Gesuch um Einbezug in die Flüchtlingseigenschaft und Asyl seiner Ehefrau in keiner Verfügung mit diesem Begehren auseinander - weder in der Verfügung vom 27. März 2012, mit welcher es auf das Asylgesuch nicht eingetreten war, noch in seiner Verfügung vom 31. Mai 2012 bezüglich Einbezug des Sohnes in die Flüchtlingseigenschaft und den Asylstatus seiner Mutter. Damit ist der Anspruch des Beschwerdeführers auf Behandlung seines Gesuchs um Einbezug in die Flüchtlingseigenschaft und Asyl seiner Ehefrau durch die zuständige Behörde nicht als erfüllt zu betrachten. In der Vernehmlassung vom 15. November 2013 stellte das BFM zudem ausdrücklich fest, es habe dem Wiedererwägungsgesuch des Beschwerdeführers mit Absicht keine Beachtung geschenkt, und machte klar, dass es auch nicht gedenkt, das Gesuch in Zukunft zu behandeln. Da das Bundesamt, wie aufgezeigt, verpflichtet gewesen wäre und weiterhin verpflichtet ist, das Wiedererwägungsgesuch des Beschwerdeführers zu behandeln, begeht es damit eine Rechtsverweigerung.

### **E. 2.3**

Demzufolge ist die Beschwerde gutzuheissen. Das BFM ist anzuweisen, das wiedererwägungsweise gestellte Gesuch des Beschwerdeführers um Einbezug in die Flüchtlingseigenschaft und ins Asyl seiner Ehefrau unverzüglich an die Hand zu nehmen und in der Sache zu verfügen.

### **E. 3**

Bei diesem Ausgang des Verfahrens sind keine Kosten zu erheben (Art. 63 Abs. 1 und 2 VwVG).

### **E. 4**

Dem obsiegenden und vertretenen Beschwerdeführer ist zulasten der Vorinstanz eine Parteientschädigung für die ihm erwachsenen notwendigen und verhältnismässig hohen Kosten zuzusprechen (Art. 64 Abs.1 VwVG i.V.m. Art. 7 des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]). Der Rechtsvertreter des Beschwerdeführers legte am 5. Dezember 2013 eine Kostennote für Gebühren und Auslagen in der Höhe von Fr. 840.- vor (4,5 Stunden Arbeitsaufwand bei einem Stundenansatz von Fr. 180.- sowie Fr. 30.- Spesenpauschale). Dies erscheint angemessen. Die vom BFM auszurichtende Parteientschädigung ist demnach auf pauschal Fr. 840.- (inkl. Auslagen) festzusetzen.

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