

# **BVGer E-7312/2018 vom 13. März 2019**

Bundesverwaltungsgericht, 2019-03-13, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger\\_E-7312\\_2018](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_E-7312_2018)

FR: TAF E-7312/2018 du 13 mars 2019

IT: TAF E-7312/2018 del 13 marzo 2019

## **Regeste**

Wegweisung und Wegweisungsvollzug (Beschwerde gegen Wiedererwägungsentscheid)

## **Erwägungen**

### **E. 1.1**

Gemäss Art. 31 VGG beurteilt das Bundesverwaltungsgericht Beschwerden gegen Verfügungen nach Art. 5 VwVG. Das SEM 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. Nachdem gemäss Lehre und Praxis Wiedererwägungsentscheide grundsätzlich wie die ursprüngliche Verfügung auf dem ordentlichen Rechtsmittelweg weitergezogen werden können, ist das Bundesverwaltungsgericht für die Beurteilung der vorliegenden Beschwerde zuständig. Es entscheidet auf dem Gebiet des Asyls - in der Regel und auch vorliegend - endgültig (Art. 105 AsylG; Art. 83 Bst. d Ziff. 1 BGG).

### **E. 1.2**

Die Beschwerde ist frist- und formgerecht eingereicht. Der Beschwerdeführer hat am Verfahren vor der Vorinstanz teilgenommen, ist durch die angefochtene Verfügung besonders berührt und hat ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung beziehungsweise Änderung. Er ist daher zur Einreichung der Beschwerde legitimiert (Art. 105 und Art. 108 Abs. 1 AsylG; Art. 48 Abs. 1 sowie Art. 52 Abs. 1 VwVG). Auf die Beschwerde ist - unter Miteinbezug der nachfolgenden Erwägung 6 - einzutreten.

### **E. 1.3**

Die Vernehmlassung des SEM vom 12. Februar 2019 ist dem Beschwerdeführer bisher nicht zur Kenntnis gebracht worden. Angesichts des Ausgangs des vorliegenden Verfahrens kann auf eine vorgängige Zustellung verzichtet werden (vgl. Art. 30 Abs. 2 Bst. c VwVG). Die Vernehmlassung wird dem Beschwerdeführer mit dem heutigen Urteil zugestellt.

### **E. 2**

Die Kognition des Bundesverwaltungsgerichts und die zulässigen Rügen richten sich im Asylbereich nach Art. 106 Abs. 1 AsylG, im Bereich des Ausländerrechts nach Art. 49 VwVG (vgl. BVGE 2014/26 E. 5).

### **E. 3**

Das Wiedererwägungsverfahren ist im Asylrecht spezialgesetzlich geregelt (vgl. Art. 111b ff. AsylG). Ein entsprechendes Gesuch ist dem SEM innert 30 Tagen nach Entdeckung des Wiedererwägungsgrundes schriftlich und begründet einzureichen; im Übrigen richtet sich das Verfahren nach den revisionsrechtlichen Bestimmungen von Art. 66-68 VwVG (Art.

111b Abs. 1 AsylG). In seiner praktisch relevantesten Form bezweckt das Wiedererwägungsgesuch die Änderung einer ursprünglich fehlerfreien Verfügung an eine nachträglich eingetretene erhebliche Veränderung der Sachlage (vgl. BVG 2014/39 E. 4.5 m.w.H.). Die angefochtene Verfügung vom 6. Dezember 2018 stützt sich auf Art. 111b AsylG.

#### **E. 4.1**

Das vorliegende Beschwerdeverfahren weist die Besonderheit auf, dass das SEM im ordentlichen Verfahren nach Erlass und Eröffnung seines negativen Asylentscheids vom 16. Oktober 2017 die fremdsprachige Eingabe des Beschwerdeführers vom 14. November 2017 (Poststempel) - welche innert der noch laufenden ordentlichen 30-tägigen Beschwerdefrist gemäss Art. 108 AsylG beim SEM eingereicht wurde - selbst entgegennahm und in der Folge mit Verfügung vom 16. November 2017 den Beschwerdeführer zur Übersetzung dieser Eingabe aufforderte. Innert der ihm angesetzten Frist (bis zum 1. Dezember 2017) reichte der Beschwerdeführer eine entsprechende Übersetzung ein. Bei der Eingabe vom 14. November 2017 handelt es sich - wie aus der nachstehenden E. 6 hervorgeht - offenkundig um eine Beschwerdeschrift.

#### **E. 4.2**

Das Zustellcouvert der eingereichten Übersetzung, welches das Datum der postalischen Abgabe der Sendung belegen würde, fehlt in den vorinstanzlichen Akten. Das SEM hat jedoch mit Schreiben vom 30. November 2017 ausdrücklich bestätigt, dass die Übersetzung am 28. November 2017 beim SEM eingegangen ist. Somit steht fest, dass der Beschwerdeführer die vom SEM angeforderte Übersetzung seiner fremdsprachigen Eingabe vom 16. Oktober 2017 innert der ihm von der Vorinstanz angesetzten Frist vom 1. Dezember 2017 fristgerecht einreichte (vgl. Sachverhalt, Bst. G oben).

#### **E. 4.3**

Gleichzeitig geht aus den vorinstanzlichen Verfahrensakten hervor, dass das SEM am 27. November 2017 eine Mitteilung an die zuständige kantonale Behörde erliess, in welcher das Eintreten der Rechtskraft der SEM-Verfügung vom 16. Oktober 2017 mit Datum vom 20. November 2017 festgestellt wurde (vgl. Sachverhalt, Bst. E oben).

#### **E. 4.4**

Nach dem Gesagten steht fest, dass das SEM die dem Beschwerdeführer für die Einreichung der Übersetzung selbst angesetzte Frist vom 1. Dezember 2017 nicht abgewartet hat, sondern bereits vor Ablauf dieser Frist - am 27. November 2017 - eine Mitteilung zuhanden der kantonalen Behörde erliess, in welcher der Eintritt der Rechtskraft am 20. November 2017 festgehalten wurde.

#### **E. 4.5**

Es stellt sich in diesem Zusammenhang vorab die Frage der Zulässigkeit respektive der rechtlichen Konsequenzen dieser prozessualen Vorgehensweise des SEM.

#### **E. 5.1**

Gemäss Art. 54 VwVG geht die Behandlung der Sache, die Gegenstand der mit Beschwerde angefochtenen Verfügung bildet, mit Einreichung der Beschwerde auf die Beschwerdeinstanz über. Die verfügende (Vor-) Instanz verliert somit die Herrschaft über den Streitgegenstand sowohl in Bezug auf die tatsächlichen Verfügungsgrundlagen als auch

in Bezug auf die Entscheidungsgrundlagen (so genannter Devolutiveffekt; vgl. hierzu etwa Fritz Gygi, Bundesverwaltungsrechtspflege, 2. Aufl., Bern 1983, S. 189 f.; Alfred Kölz/Isabelle Häner/Martin Bertschi, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes, 3. Aufl., 2013, Rz. 1065, S. 377).

### **E. 5.2**

Die Zuständigkeitsordnung im öffentlichen Recht ist zwingender Natur. Verfügungen, die von einer unzuständigen Instanz getroffen werden, leiden unter Umständen an einem derart gravierenden Mangel, dass sie nichtig sind. Nichtigkeits Verfügungen entfalten weder Verbindlichkeit noch Rechtswirksamkeit. Im Sinne der Evidenztheorie ist eine Verfügung dann nichtig, wenn der ihr anhaftende Mangel besonders schwer und offensichtlich oder zumindest leicht erkennbar ist. Die Rechtsprechung geht bei der funktionellen Unzuständigkeit für den Regelfall von der Nichtigkeit der Verfügung aus (vgl. dazu: Regina Kiener/Bernhard Rütche/Mathias Kuhn, Öffentliches Verfahrensrecht, 2. Aufl., 2015, Rz. 513, S. 129 und Rz. 1286, S. 317, sowie: Thomas Flückiger, in: Waldmann/Weissenberger [Hrsg.], Praxiskommentar Verwaltungsverfahrensgesetz, 2. Aufl., 2016, Rz. 40 und 47 zu Art. 7 VwVG, mit weiterem Verweis auf BGE 132 II 21 E. 3.1 und BGE 129 I 361 E. 2.1).

### **E. 5.3**

Mit der Rechtshängigkeit der Beschwerde übernimmt die Beschwerdeinstanz die Prozessleitungsbefugnis, was bedeutet, dass sich grundsätzlich keine andere Behörde als die zuständige Rechtsmittelinstanz mit der Angelegenheit befassen darf. Mit der Einreichung der Beschwerde geht die Zuständigkeit zum Entscheid sowohl über die formelle Zulässigkeit des Rechtsmittels als auch über die materielle Begründetheit der Sache auf die Rechtsmittelinstanz über. Grundsätzlich kann sich keine andere Behörde mit der Angelegenheit befassen als die zuständige Rechtsmittelinstanz. Diese ist nicht nur zum Entscheid in der Sache, sondern auch zum Erlass von vorsorglichen Massnahmen und anderen prozessleitenden Verfügungen berechtigt. Der Devolutiveffekt hat somit auch direkte Auswirkungen für die Vorinstanz. Was der Rechtsmittelinstanz mit Rechtshängigkeit der Beschwerde zusteht, ist der Vorinstanz ab diesem Moment untersagt. Die Herrschaft über den Streitgegenstand ist ihr entzogen und sie darf sich nicht mehr mit der Angelegenheit befassen; eine gleichwohl erlassene Verfügung ist nichtig. Es ist der Vorinstanz ebenfalls verwehrt, weitere prozessuale Anordnungen in der Streitsache zu treffen (vgl. Regina Kiener, in: Auer/Müller/Schindler [Hrsg.], Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren [VwVG], 2. Aufl., 2019, Rz. 7 ff. und Rz 11 ff., zu Art. 54, m.w.H. auf Lehre und Praxis).

### **E. 6.1**

In seiner Eingabe vom 14. November 2017 - gemäss der am 28. November 2017 beim SEM eingegangenen Übersetzung - trug der Beschwerdeführer vor, dass sein Leben in Afghanistan in Gefahr sei, weil er von Angehörigen der Taliban verfolgt worden sei ("Je suis en danger en Afghanistan. Ma vie était dangereuse, c'est pourquoi j'ai quitté le pays. Un taliban d'Al Qaïda m'a suivi et m'a menacé. [...] Je suis venu en Suisse parce-qu'il n'y a pas de guerre [...] Malheureusement, après le deuxième interview, j'ai pris un négatif. Si je retourne en Afghanistan, ma vie est en danger, je n'ai plus de maison, et je risque de tomber dans une embuscade. J'espère que vous y repenserez et me donnerez une réponse positif").

### **E. 6.2**

Aus dem am 28. November 2017 nachgereichten, übersetzten Inhalt der Eingabe vom 14. November 2017 geht ein offensichtlicher Beschwerdewille des Beschwerdeführers hervor. Dieser bezieht sich im Rahmen seiner Eingabe explizit auf die SEM-Verfügung vom 16. Oktober 2017 ("j'ai pris un négatif") und bringt zum Ausdruck, dass er sich gegen diese Verfügung beschwert und einen anderen Ausgang seines Asylverfahrens wünscht ("J'espère que vous y repenserez et me donnerez une réponse positif").

### **E. 6.3**

Hinzu kommt, dass die Eingabe des Beschwerdeführers vom 14. November 2017 innert der laufenden 30-tägigen Beschwerdefrist zur Anfechtung der am 19. Oktober 2017 eröffneten SEM-Verfügung vom 16. Oktober 2017 beim SEM eingegangen ist.

### **E. 6.4**

Das SEM hätte unter den genannten Umständen erkennen können und müssen, dass es sich bei dieser innert der ordentlichen Beschwerdefrist eingereichten Eingabe vom 14. November 2017 offensichtlich inhaltlich um eine Beschwerde gegen die Verfügung vom 16. Oktober 2017 handelt. Spätestens beim Eingang der Übersetzung der Eingabe beim SEM (Eingangsstempel vom 28. November 2017; vgl. A26) wurde das SEM über den Inhalt der Eingabe vom 14. November 2017 in Kenntnis gesetzt. In diesem Zeitpunkt wurde nach Auffassung des Gerichts für die Vorinstanz unverkennbar, dass eine Beschwerde gegen die SEM-Verfügung vom 16. November 2017 eingegangen war und somit vorliegt. Das Schreiben vom 30. November 2017, in welchem das SEM die Rechtskraft seiner Verfügung vom 16. Oktober 2017 feststellte und weiter festhielt, es sei "kein weiteres Verfahren vor dem SEM hängig", respektive in der Eingabe des Beschwerdeführers vom 14. November 2017 seien keine Begehren enthalten, weshalb dieses "ohne weitere Folge zu den Akten" gelegt werde, ist deshalb in mehrfacher Hinsicht inhaltlich falsch.

### **E. 6.5**

Mit der fristgerechten Einreichung der Beschwerdeeingabe vom 14. November 2017 in Verbindung mit der nachträglich eingereichten Übersetzung deren Inhalts trat der Devolutiveffekt im Sinne von Art. 54 VwVG ein. Die formelle Zuständigkeit für die Behandlung dieser Eingabe ist in diesem Zeitpunkt auf das für die Behandlung von Asylbeschwerdeverfahren zuständige Bundesverwaltungsgericht übergegangen. Das SEM wäre bei dieser Sachlage gehalten gewesen, die Eingabe vom 14. November 2017 gestützt auf Art. 8 VwVG umgehend dem Bundesverwaltungsgericht zur Behandlung des Asylbeschwerdeverfahrens zu überweisen.

### **E. 6.6**

Nach Eingang der Beschwerdeeingabe vom 14. November 2017 (inklusive Übersetzung) und des Eintritts des Devolutiveffekts war es dem SEM auch verwehrt, in der Angelegenheit selbst weitere Verfahrensschritte vorzunehmen.

#### **E. 6.6.1**

Bei dieser Sachlage ist die Rechtskraftmitteilung an die kantonale Behörde vom 27. November 2017 zu Unrecht erfolgt, inhaltlich unzutreffend und mangels funktionaler Zuständigkeit des SEM nichtig.

#### **E. 6.6.2**

Der am 10. Oktober 2018 vom Beschwerdeführer mandatierte Rechtsvertreter hat in Unkenntnis der falschen Vorgehensweise des SEM am 19. Oktober 2018 ein Wiedererwägungsgesuch eingereicht. Der Rechtsvertreter war über den Umstand, dass der Beschwerdeführer mit seiner Eingabe vom 14. November 2017 (und der am 28. November 2017 eingegangenen Übersetzung dieser Eingabe) eine Beschwerde gegen die SEM-Verfügung vom 16. Oktober 2017 eingereicht hatte, nicht orientiert.

### **E. 6.6.3**

Das SEM hat das Gesuch vom 19. Oktober 2018 formell als Wiedererwägungsgesuch entgegengenommen und behandelt. In der Folge setzte das SEM mit einer verfahrensleitenden Verfügung an den zuständigen Kanton vom 29. Oktober 2018 den Vollzug der Wegweisung gestützt auf Art. 111b Abs. 3 AsylG einstweilen aus (vgl. Sachverhalt, Bst. J oben).

### **E. 6.6.4**

Nachdem mit der Einreichung der Eingabe vom 14. November 2017 materiell eine ordentliche Beschwerde gegen die SEM-Verfügung vom 16. Oktober 2017 vorlag, bestand kein Raum für die Entgegennahme eines Wiedererwägungsgesuches durch die Vorinstanz. Das SEM war weder für die Entgegennahme der Eingabe vom 19. Oktober 2018 zur eigenen Behandlung noch für die Eröffnung eines Wiedererwägungsgesuchs und die darauf folgende verfahrensleitende Anordnung von vorsorglichen Massnahmen gestützt auf Art. 111b Abs. 3 AsylG funktional zuständig, weshalb auch diese Verfahrensschritte als nichtig und somit wirkungslos zu betrachten sind. Funktionell handelt es sich beim Wiedererwägungsgesuch vom 19. Oktober 2018 um eine Ergänzung der weiterhin hängigen Beschwerde vom 14. November 2017.

### **E. 6.7**

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass das SEM die Eingabe des Beschwerdeführers vom 14. November 2017 nicht rechtskonform entgegengenommen und behandelt hat. In der Folge wurde auch die Eingabe des Beschwerdeführers vom 19. Oktober 2018 fälschlicherweise vom SEM als Wiedererwägungsgesuch entgegengenommen und dieses Gesuch mit Entscheid vom 6. Dezember 2018 abgewiesen.

### **E. 7.1**

Nach dem Gesagten ist festzustellen, dass die Rechtskraftmitteilung vom 27. November 2017 sowie die SEM-Verfügungen vom 29. Oktober 2018 und 6. Dezember 2018 mangels funktionaler Zuständigkeit des SEM nichtig sind.

### **E. 7.2**

Mit dieser Feststellung der Nichtigkeit der Rechtskraftmitteilung vom 27. November 2017 und der im Rahmen eines Wiedererwägungsverfahrens erlassenen SEM-Verfügungen ist weiter festzustellen, dass der Beschwerdeführer mit seiner Eingabe vom 14. November 2017 fristgerecht Beschwerde gegen die SEM-Verfügung vom 16. Oktober 2017 eingereicht hat. Das mit der Einreichung der Eingabe vom 14. November 2017 anhängig gemachte Beschwerdeverfahren ist der neuen Verfahrensnummer E-7377/2017 fortzuführen. Der hängigen Beschwerde kommt aufschiebende Wirkung zu, und der Beschwerdeführer kann den Ausgang des Verfahrens in der Schweiz abwarten.

### **E. 8.1**

Bei diesem Ausgang des Verfahrens ist von einem Obsiegen des Beschwerdeführers auszugehen. Sinngemäss dringt der Beschwerdeführer mit dem Begehren, die Wiedererwägungsverfügung vom 6. Dezember 2018 sei aufzuheben, vollumfänglich durch, nachdem diese Verfügung für nichtig zu erklären ist. Es sind demnach keine Verfahrenskosten zu erheben (Art. 63 Abs. 1 VwVG).

#### **E. 8.2**

Dem Beschwerdeführer ist angesichts dieses Verfahrensausgangs eine Parteientschädigung zu Lasten des SEM für die notwendigen Kosten des Beschwerdeverfahrens E-7312/2018 zuzusprechen (Art. 64 VwVG). Der Aufwand des Rechtsvertreters für die Einreichung des Wiedererwägungsgesuches - welches, wie erwähnt, funktionell eine Beschwerdeergänzung darstellt - wird gegebenenfalls im Beschwerdeverfahren E-7377/2017 zu vergüten sein. In seiner Rechtsmitteleingabe weist der Rechtsvertreter für das Beschwerdeverfahren E-7312/2018 einen Arbeitsaufwand von drei Arbeitsstunden und ein Stundenhonorar von Fr. 193.-, total ausmachend Fr. 579.-, aus. Dieser Aufwand erscheint angemessen. Hinzu kommt der von Amtes wegen zu schätzende Aufwand für die Bemühungen des Rechtsvertreters während des Instruktionsverfahrens. Dem obsiegenden Beschwerdeführer ist deshalb zulasten der Vorinstanz eine Entschädigung in der Höhe von Fr. 650.- (inkl. Mehrwertsteuer) auszurichten. (Dispositiv nächste Seite)

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