Bundesverwaltungsgericht
Tribunal administratif fédéral
Tribunale amministrativo federale
Tribunal administrativ federal

Abteilung V
E-6496/2009

Urteil vom 16. November 2011

Besetzung

Richter Markus König (Vorsitz),
Richter Walter Lang, Richter François Badoud,
Gerichtsschreiberin Karin Maeder-Steiner.

Parteien

A._____,
B._____,
C._____,
D._____,
alle Mongolei,
vertreten durch

1. Stefan Hery, Rechtsberatungsstelle für Asylsuchende (…), Rechtsvertreter 1
2. lic. iur. Markus Härdi, Rechtsanwalt, (…), Rechtsvertreter 2

Beschwerdeführende,

gegen

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

Gegenstand

Nichteintreten auf Asylgesuch und Wegweisung;
Verfügungen des BFM vom 9. Oktober 2009
und 21. Mai 2010 / N (…).

Sachverhalt:

A.
Die Beschwerdeführenden verliessen ihren Angaben zufolge den Heimatstaat am 11. August 2009 und gelangten über Russland und andere ihnen unbekannte Länder am 23. August 2009 in die Schweiz, wo sie gleichentags um Asyl nachsuchten. Am 4. September 2009 wurden sie im damaligen Transitzentrum Altstätten summarisch befragt und am 17. September 2009 durch das Bundesamt für Migration (BFM) zu ihren Asylgründen angehört.

Zur Begründung ihres Asylgesuchs machten die Beschwerdeführenden im Wesentlichen geltend, sie hätten am (…) 2009 an einem Flussufer (…) Frauen beobachtet und am 1. April 2009 erfahren, dass eine von ihnen – die einzige Tochter des lokalen (…) – dort an diesem Tag ertrunken sei. Am (…) 2009 seien sie zum Polizeiposten gegangen, hätten dort ihre Beobachtungen zu Protokoll gegeben, welche den behördlichen Verdacht entkräftet hätten, die drei übrigen Frauen seien schuld am Tod der Tochter des (…). Sie seien in der Folge als Zeugen für die spätere Gerichtsverhandlung registriert worden und hätten sich ab diesem Zeitpunkt bedroht gefühlt. Die (…), die der Beschwerdeführer ohne entsprechende Bewilligung betrieben habe, sei behördlich geschlossen; zudem sei versucht worden, der beim Militär arbeitenden Beschwerdeführerin einen (…) anzuhängen. Deshalb hätten sie sich im Sommerhaus einer Tante in einem anderen Stadtteil vier Monate lang versteckt. Während dieser Zeit seien ihre Dokumente aus dem Haus entwendet worden und man habe nach ihnen gesucht. Aus Furcht vor Verfolgung hätten sie sich zur Ausreise entschieden, hätten auf der Flucht jedoch ihre (…) jährige Tochter nicht mitnehmen können, die bei den Grosseltern zurückgeblieben sei.

B.
Mit Verfügung vom 9. Oktober 2009 – gleichentags eröffnet – trat das BFM gestützt auf Art. 32 Abs. 2 Bst. a des Asylgesetzes vom 26. Juni 1998 (AsylG, SR 142.31) auf das Asylgesuch der Beschwerdeführenden wegen Nichtabgabe von Reise- oder Identitätspapieren nicht ein, verfügte die Wegweisung aus der Schweiz und ordnete den Wegweisungsvollzug an.

Zur Begründung führte das BFM im Wesentlichen aus, die Beschwerdeführenden hätten den Asylbehörden nur die Kopie eines (…) ausweises der Beschwerdeführerin abgegeben, während der

Beschwerdeführer bislang keinerlei Ausweisdokumente beigebracht habe. Ein (…) ausweis gelte jedoch nicht als rechtsgenügliches Reise- oder Identitätspapier im Sinn von Art. 1 Bstn. b und c der Asylverordnung 1 vom 11. August 1999 über Verfahrensfragen (AsylV 1, SR 142.311). Aufgrund der Gesamtumstände sei davon auszugehen, dass die Beschwerdeführenden die Umstände ihrer Aus- und Herreise sowie ihre Identität zu verschleiern versuchten. Die Angaben zum Diebstahl ihrer Dokumente seien nicht glaubhaft; es lägen somit keine entschuldbaren Gründe vor, die es den Beschwerdeführenden verunmöglicht hätten, Reise- oder Identitätspapiere zu den Akten zu reichen.

Die Asylvorbringen der Beschwerdeführenden seien widersprüchlich, würden einen konstruierten Eindruck hinterlassen und seien unglaubhaft. Im Übrigen wäre es ihnen möglich und zumutbar gewesen, sich mit den gesetzlich vorgesehenen Mitteln gegen allfällige falsche Anschuldigungen beziehungsweise Voreingenommenheit der untersuchenden Behörden zu wehren. Die Beschwerdeführenden erfüllten somit die Flüchtlingseigenschaft nicht und zusätzliche Abklärungen zur Feststellung der Flüchtlingseigenschaft oder eines Wegweisungsvollzugshindernisses seien aufgrund der Aktenlage nicht erforderlich.

Den Vollzug der Wegweisung der Beschwerdeführenden bezeichnete das BFM als zulässig, zumutbar und möglich.

C.

Mit Eingabe vom 15. Oktober 2009 liessen die Beschwerdeführenden (durch den Rechtsvertreter 1) Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht erheben und beantragen, die angefochtene Verfügung sei aufzuheben und die Sache sei an die Vorinstanz zur Durchführung zusätzlicher Abklärungen und zur materiellen Prüfung des Asylgesuchs zurückzuweisen. In prozessualer Hinsicht ersuchten sie um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege und um Verzicht auf die Erhebung eines Kostenvorschusses.

Zur Begründung der Beschwerde führten sie aus, das BFM sei zu Unrecht auf ihr Asylgesuch nicht eingetreten. An den Anhörungen habe sich herausgestellt, dass zusätzliche Abklärungen zur Feststellung eines Wegweisungsvollzugshindernisses gemäss Art. 32 Abs. 3 Bst. c AsylG nötig seien: Die Beschwerdeführerin sei schwanger, und es handle sich um eine Risikoschwangerschaft. Ein Vollzug ihrer Wegweisung sei zum

heutigen Zeitpunkt unzumutbar. Das BFM habe Kenntnis von der Schwangerschaft der Beschwerdeführerin gehabt, diese aber in der angefochtenen Verfügung nicht erwähnt. Somit seien vorliegend zusätzliche Abklärungen zur Feststellung eines Wegweisungsvollzugshindernisses erforderlich.

D.
Mit Zwischenverfügung vom 22. Oktober 2009 verzichtete der Instruktionsrichter auf die Erhebung eines Kostenvorschusses und verwies für den Entscheid über das Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege auf einen späteren Zeitpunkt.

E.
In seiner Vernehmlassung vom 16. November 2009 äusserte sich das BFM zur Schwangerschaft der Beschwerdeführerin, hielt indessen an seinen Erwägungen fest und beantragte die Abweisung der Beschwerde.

Das BFM führte aus, Asylsuchende seien gesetzlich verpflichtet, bei der Feststellung des Sachverhalts mitzuwirken. Die Beschwerdeführerin habe anlässlich der Anhörungen zwar erwähnt, dass sie schwanger sei, indessen keine gesundheitlichen Probleme im Zusammenhang mit ihrer Schwangerschaft geltend gemacht. Dass es sich um eine Risikoschwangerschaft handle, sei erst auf Beschwerdeebene geltend gemacht worden und deshalb in der angefochtenen Verfügung unberücksichtigt geblieben. Die auf Beschwerdeebene geltend gemachten gesundheitlichen Probleme seien ausserdem mit keinerlei Arztzeugnissen belegt worden. Aufgrund der Gesamtumstände, insbesondere der mittlerweile fortgeschrittenen Schwangerschaft, werde indessen vorläufig auf einen Vollzug der Wegweisung verzichtet und die Situation nach der Geburt erneut geprüft.

F.
In ihrer Replik vom 3. Dezember 2009 machten die Beschwerdeführenden geltend, das BFM habe seine Begründungspflicht und den Anspruch der Beschwerdeführenden auf rechtliches Gehör verletzt, indem es die Schwangerschaft der Beschwerdeführerin nicht erwähnt und nicht in seine Erwägungen einbezogen habe. Das BFM versuche in diesem Punkt unzulässigerweise, die Begründung der angefochtenen Verfügung in der Vernehmlassung nachzuliefern.

G.
Am (…) 2010 kam das Kind der Beschwerdeführenden zur Welt.

H.
Mit Eingabe vom 29. April 2010 reichte der Rechtsvertreter 1 seine Kostennote zu den Akten.

I.
Mit Datum vom 21. Mai 2010 erliess das BFM eine neue Verfügung und überschrieb diese mit der Formulierung "Ersetzt unsere Verfügung vom 9. Oktober 2009". Es trat gestützt auf Art. 34 Abs. 1 AsylG (Herkunft aus einem so genannten Safe Country) auf das Asylgesuch der Beschwerdeführenden erneut nicht ein, verfügte die Wegweisung aus der Schweiz und ordnete den Wegweisungsvollzug an. Den Beschwerdeführenden wurde eine Ausreisefrist bis zum 21. Juni 2010 gesetzt. Die Verfügung wurde dem Rechtsvertreter 1 der Beschwerdeführenden eröffnet, dem Bundesverwaltungsgericht jedoch nicht zur Kenntnis gebracht.

J.
Mit Eingabe vom 17. August 2010 machte der Rechtsvertreter 1 das Bundesverwaltungsgericht auf die neue Verfügung des BFM vom 21. Mai 2010 aufmerksam und hielt fest, damit sei der Anfechtungsgegenstand der Beschwerde vom 15. Oktober 2009 weggefallen, weshalb das Beschwerdeverfahren – unter Zusprechung einer Parteientschädigung – als gegenstandslos geworden abzuschreiben sei.

K.
Mit Zwischenverfügung vom 19. August 2010 gab der Instruktionsrichter des Bundesverwaltungsgerichts den Beschwerdeführenden Gelegenheit, sich zum Verfahrensgang und zur faktischen Auswechslung der rechtlichen Begründung der angefochtenen Verfügung zu äussern.

L.
Mit Eingabe vom 1. September 2010 legten die Beschwerdeführenden ihre Stellungnahme ins Recht.

M.
Mit Eingabe vom 5. April 2011 reichte der Rechtsvertreter 2 seine Vollmacht zu den Akten.

N.
Mit Eingaben vom 19. und 20. April 2011 reichte der Rechtsvertreter 1 ein Beweismittel im Original (samt Übersetzung) sowie zwei Fotografien zu den Akten.

O.
Am (…) 2011 sprach die Beschwerdeführerin mit der in die Schweiz nachgereisten ältesten Tochter der Beschwerdeführenden bei den kantonalen Migrationsbehörden vor.

P.
Mit Eingabe vom 25. Oktober 2011 informierte der Rechtsvertreter 1 das Bundesverwaltungsgericht einerseits über die Einreise der Tochter der Beschwerdeführenden in die Schweiz; andererseits setzte es das Gericht davon in Kenntnis, dass die Beschwerdeführerin derzeit im (…) Monat schwanger sei; es müsse auch dieses Mal von einer Risikoschwangerschaft und einer voraussichtlichen Risikogeburt ausgegangen werden.

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 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 auf dem Gebiet des Asyls endgültig, ausser bei Vorliegen eines Auslieferungsersuchens des Staates, vor welchem die beschwerdeführende Person Schutz sucht (Art. 105 AsylG); Art. 83 Bst. d Ziff. 1 des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 [BGG, SR 173.110]).

1.2. Das Verfahren richtet sich nach dem VwVG, dem VGG und dem BGG, soweit das AsylG nichts anderes bestimmt (Art. 37 VGG und Art. 6 AsylG).

1.3. Die Beschwerde ist frist- und formgerecht eingereicht. Die Beschwerdeführenden haben am Verfahren vor der Vorinstanz teilgenommen, sind durch die angefochtene Verfügung besonders berührt und haben ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung beziehungsweise Änderung; sie sind daher zur Einreichung der Beschwerde legitimiert (Art. 105 und Art. 108 Abs. 1 AsylG, Art. 48 Abs. 1 und Art. 52 VwVG). Auf die Beschwerde ist einzutreten.

1.4. Die beiden nach Erlass der angefochtenen Verfügung geborenen beziehungsweise in die Schweiz eingereisten Kinder der Beschwerdeführenden sind in deren Asyl(beschwerde)verfahren einzubeziehen.

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.
Bei Beschwerden gegen Nichteintretensentscheide, mit denen es das BFM ablehnt, das Asylgesuch auf seine Begründetheit hin zu überprüfen (Art. 32-35a AsylG), ist die Beurteilungskompetenz der Beschwerdeinstanz praxisgemäss auf die Überprüfung der Frage beschränkt, ob die Vorinstanz zu Recht auf das Asylgesuch nicht eingetreten ist. Die Beschwerdeinstanz enthält sich, sofern sie die Anwendung des Nichteintretenstatbestands als unrechtmässig erachtet, einer selbständigen materiellen Prüfung, hebt die angefochtene Verfügung auf und weist die Sache zu neuer Entscheidung an die Vorinstanz zurück (vgl. Entscheidungen und Mitteilungen der Schweizerischen Asylrekurskommission [EMARK] 2004 Nr. 34 E. 2.1 S. 240 f.).

4.
Das vorliegende Beschwerdeverfahren weist die Besonderheit auf, dass das BFM im Frühling 2010 seine Akten beim Bundesverwaltungsgericht bestellte und mit Verfügung am 21. Mai 2010 den angefochtenen Nichteintretensentscheid vom 9. Oktober 2009 ersetzte. Beide Verfügungen wiesen – abgesehen von einer neu gesetzten Ausreisefrist – ein identisches Dispositiv auf (Nichteintreten auf das Asylgesuch, Anordnung der Wegweisung und des Wegweisungsvollzugs, Bezeichnung des mit dem Vollzug beauftragten Kantons). Hingegen hatte

sich die juristische Begründung der ersten Verfügung auf Art. 32 Abs. 2 Bst. a AsylG (Nichtabgabe von Reise- oder Identitätspapieren) abgestützt, während die zweite mit der Bestimmung von Art. 34 Abs. 1 AsylG (Herkunft aus einem so genannten Safe Country) begründet wurde. Im Ergebnis wechselte das Bundesamt somit während des Beschwerdeverfahrens die Begründung seines Nichteintretensentscheids aus.

Die Verfügung vom 21. Mai 2010 erging ausserhalb eines Vernehmlassungsverfahrens und ohne vorgängige Absprache mit dem Instruktionsrichter des Bundesverwaltungsgerichts. Die neu erlassene Verfügung wurde den Beschwerdeführenden korrekt eröffnet, dem in der Sache zuständigen Gericht jedoch nicht zur Kenntnis gebracht. Das BFM beschränkte sich darauf, die neue Verfügung zu seinen Akten zu nehmen und diese daraufhin ungeachtet des hängigen Beschwerdeverfahrens in seinem Archiv abzulegen. Das Gericht erfuhr erst nach Eingang des Schreibens des Rechtsvertreters 1 vom 17. August 2010 – und erneuter Bestellung der Vorakten aus dem BFM-Archiv – von der Verfügung vom 21. Mai 2010 und ihrer Begründung.

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

5.

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 (so genannter Devolutiveffekt; vgl. hierzu etwa FRITZ GYGI, Bundesverwaltungsrechtspflege, 2. Aufl., Bern 1983, S. 189 f.; ALFRED KÖLZ / ISABELLE HÄNER, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes, 2. Aufl., Zürich 1998, S. 236). 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; insbesondere wird der Vorinstanz die Herrschaft über den Streitgegenstand entzogen, und sie darf sich grundsätzlich nicht mehr mit der Angelegenheit befassen (vgl. REGINA KIENER in: Auer/Müller/Schindler [Hrsg.], Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren [VwVG], Zürich 2008 [nachfolgend:

Kommentar Auer/Müller/Schindler], Rz. 1 ff. zu Art. 54, mit weiteren Hinweisen auf Lehre und Praxis).

5.2. Eine Ausnahme von diesem Grundsatz – mithin ein Durchbrechen respektive Aufschieben des Devolutiveffekts – bilden die Regeln über die Wiedererwägung gemäss Art. 58 Abs. 1 VwVG. Diese Bestimmung sieht ausdrücklich vor, dass die Vorinstanz die angefochtene Verfügung "bis zu ihrer Vernehmlassung" in Wiedererwägung ziehen darf. Somit besteht in diesen Fällen trotz Eintritt des Devolutiveffekts eine Art Zuständigkeitskonkurrenz zwischen der Vorinstanz und der Rechtsmittelinstanz, die es der Verwaltungsbehörde ermöglichen soll, aufgrund neuer Tatsachen oder aus besserer Einsicht auf die Verfügung zurückzukommen. Die Regelung knüpft an die in Lehre und Rechtsprechung anerkannte Vorstellung an, wonach einmal erlassene Verfügungen grundsätzlich abgeändert werden können. Muss die Behörde aufgrund der berechtigten Einwände in der Beschwerde anerkennen, dass ihr ein Fehler unterlaufen ist, soll sie, wenn dies möglich ist, aus prozessökonomischen Gründen sogleich neu verfügen können; damit lassen sich unnötiger Aufwand und Kosten im Rechtsmittelverfahren sparen (vgl. etwa AUGUST MÄCHLER in: Kommentar Auer/Müller/Schindler, Rz. 2 ff. zu Art. 58 mit weiteren Hinweisen).

5.3.

5.3.1. Nach herrschender Lehre und Praxis des Bundesgerichts ist eine Wiedererwägung durch die Vorinstanz nur bis zum Abschluss des Schriftenwechsels möglich, wobei nicht nur die erste Vernehmlassung der Vorinstanz, sondern auch jede weitere Stellungnahme im Sinn von Art. 57 Abs. 2 VwVG gemeint ist, zu der diese von der Beschwerdeinstanz eingeladen worden ist. Die Befugnis der Vorinstanz zur Wiedererwägung endet demnach spätestens nach Ablauf der Frist zur letztmals ermöglichten Stellungnahme; nach diesem Zeitpunkt erlassene neue Verfügungen sind nichtig (vgl. BGE 130 V 138 E. 4.2 mit weiteren Hinweisen; MÄCHLER, a.a.O., Rz. 12 zu Art. 58, und ANDREA PFLEIDERER, in: Praxiskommentar VwVG, Waldmann/Weissenberger [Hrsg.], Zürich 2009, Art. 58 N 36, je mit weiteren Hinweisen). Nichtigkeit bedeutet die absolute Unwirksamkeit einer Verfügung, die demnach keinerlei Rechtswirkung entfalten kann (vgl. ULRICH HÄFELIN / GEORG MÜLLER / FELIX UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 6. Aufl., Zürich / St. Gallen 2010, Rz. 955).

Wird eine neue Verfügung zu einem späteren Zeitpunkt erlassen, kann sie allenfalls als Antrag einer Prozesspartei an den Richter interpretiert werden, in diesem Sinn zu verfügen (vgl. BGE 130 V 138 E. 4.2) oder einen weiteren Schriftenwechsel zur Ermöglichung einer Wiedererwägung zu eröffnen (vgl. PFLEIDERER, a.a.O., und MÄCHLER, a.a.O.).

5.3.2. Diese in Lehre und Praxis vertretene Auffassung ist auch deshalb überzeugend, weil der geordnete Ablauf eines Beschwerdeverfahrens kaum mehr möglich wäre, wenn es der Vorinstanz zu jedem beliebigen Zeitpunkt, beispielsweise also auch während der Urteilsfällung, freistehen würde, in eigener Regie auf ihre Verfügung zurückzukommen. Die gleichen prozessökonomischen Überlegungen, die zur Regelung von Art. 58 Abs. 1 VwVG geführt haben (vgl. oben E. 5.2), sprechen demnach auch für eine zeitliche Beschränkung der Wiedererwägungsmöglichkeit der Vorinstanz respektive dafür, dass diese im Rahmen eines von der Beschwerdeinstanz angeordneten Schriftenwechsels auf ihre Verfügung zurückkommen soll. Dies zeigt sich beispielhaft am vorliegenden Verfahren, in dem die Wiedererwägungsverfügung vom 21. Mai 2010 nicht zur Vermeidung von unnötigem Aufwand und Kosten im Beschwerdeverfahren geführt hat, sondern zum Gegenteil.

5.4. Nach dem Gesagten war es dem BFM verwehrt, in der Angelegenheit nach geschlossenem Schriftenwechsel eine neue Verfügung zu erlassen. Die zweite Verfügung vom 21. Mai 2010, die ohne funktionelle Zuständigkeit der verfügenden Behörde und unter Verletzung der Bestimmung von Art. 58 Abs. 2 in fine VwVG (umgehende Benachrichtigung der Beschwerdeinstanz) zustande gekommen ist, erweist sich damit als nichtig (vgl. BGE 133 II 366 E. 3.2 und BGE 129 I 361 E. 2.1).

5.5. Mit dieser Feststellung der Nichtigkeit der zweiten, auf der Grundlage von Art. 34 Abs. 1 AsylG erlassenen Nichteintretensverfügung ist das Beschwerdeverfahren in Bezug auf den ersten Nichteintretensentscheid gemäss Art. 32 Abs. 2 Bst. a AsylG weiterzuführen.

5.6. Nach dem oben (vgl. E. 5.3.2) Gesagten stellt sich die Frage, ob das BFM durch den Versuch, seine erste Verfügung in Wiedererwägung zu ziehen, nicht implizit die Fehlerhaftigkeit der ersten Verfügung eingestanden und das Gericht im Ergebnis um deren Aufhebung – oder

um Eröffnung eines die Möglichkeit der Wiedererwägung eröffnenden – weiteren Schriftenwechsels ersucht hat.

Dieser Punkt braucht hier nicht geklärt zu werden: Wie sich aus den nachfolgenden Erwägungen ergibt, ist das BFM offensichtlich zu Recht gestützt auf Art. 32 Abs. 2 Bst. a AsylG auf das Asylgesuch der Beschwerdeführenden nicht eingetreten. Es bleibt damit die Feststellung, dass das vom BFM gewählte prozessuale Vorgehen auch inhaltlich schwer nachvollziehbar ist.

5.7. Dass die Vorinstanz mit der Konzeption des einzig durch die Wiedererwägungsmöglichkeit gemäss Art. 58 Abs. 1 (und Art. 57 Abs. 2) VwVG eingeschränkten Devolutiveffekts nicht vertraut ist, zeigt sich auch an der Feststellung in ihrer Vernehmlassung, angesichts der mittlerweile fortgeschrittenen Schwangerschaft, werde vorläufig auf einen Vollzug der Wegweisung verzichtet. In der angefochtenen Nichteintretensverfügung waren die Beschwerdeführenden verpflichtet worden, die Schweiz am Tag nach Eintritt der Rechtskraft der Verfügung zu verlassen, und der Aufenthaltskanton war mit dem Vollzug der Wegweisung beauftragt worden. Hätte das Bundesverwaltungsgericht die Beschwerde gleich nach Eingang der Vernehmlassung abgewiesen, wäre der legale Aufenthalt der Beschwerdeführenden umgehend beendet worden und der Aufenthaltskanton ab diesem Zeitpunkt verpflichtet gewesen, die rechtskräftige Wegweisung sofort zu vollziehen. Konsequenterweise hätte das BFM in dieser Vernehmlassung die entsprechenden Dispositivziffern der angefochtenen Verfügung wiedererwägungsweise aufheben und nach Geburt sowie Abschluss des Beschwerdeverfahrens neu verfügen müssen.

6.

6.1. Auf ein Asylgesuch wird unter anderem nicht eingetreten, wenn Asylsuchende den Behörden nicht innerhalb von 48 Stunden nach Stellen des Gesuchs Reise- oder Identitätspapiere abgeben (Art. 32 Abs. 2 Bst. a AsylG). Keine Anwendung findet diese Bestimmung, wenn Asylsuchende glaubhaft machen können, sie seien dazu aus entschuldbaren Gründen nicht in der Lage (Art. 32 Abs. 3 Bst. a AsylG), wenn aufgrund der Anhörung sowie gestützt auf Art. 3 und 7 AsylG die Flüchtlingseigenschaft festgestellt wird (Art. 32 Abs. 3 Bst. b AsylG), oder wenn sich aufgrund der Anhörung die Notwendigkeit zusätzlicher Abklärungen zur Feststellung der Flüchtlingseigenschaft oder eines Wegweisungsvollzugshindernisses ergibt (Art. 32 Abs. 3 Bst. c AsylG).

6.2.

6.2.1. Vorliegend wurden im Rahmen des erstinstanzlichen Asylverfahrens innerhalb von 48 Stunden nach Stellen des Asylgesuchs unbestrittenermassen keine Reise- oder Identitätspapiere abgegeben. Die überzeugenden Argumente, mit denen das BFM das Vorliegen von entschuldbaren Gründen für die Nichtabgabe von Ausweisschriften verneint und das Nichterfüllen der Flüchtlingseigenschaft begründet hat, werden in der Beschwerdeschrift nicht bestritten.

6.2.2. Die Beschwerdeführenden erfüllen die Flüchtlingseigenschaft offensichtlich nicht, was vorliegend bereits im Rahmen der summarischen Vorprüfung gemäss Art. 32 Abs. 2 Bst. a respektive Abs. 3 Bst. b AsylG (vgl. hierzu BVGE 2007/8 E. 5) festgestellt werden kann.

An dieser Feststellung ändert auch der Umstand nichts, dass die Beschwerdeführenden mit Eingabe vom 20. April 2011 – ohne weiteren Kommentar ihrer Rechtsvertretung – das angebliche Schreiben einer mongolischen Rechtsanwältin vom 4. April 2011 und zwei Fotografien einreichen, welche die Beschwerdeführerin in (…) uniform zeigen: Ihre Tätigkeiten für die (…) war vom BFM nicht bestritten worden, und im Dokument wird bestätigt, dass gegen die Beschwerdeführerin ein Strafverfahren wegen Beschädigung von (…) im Wert von umgerechnet rund (…) Schweizer Franken ((…) MNT) hängig und die maximale Strafandrohung bei diesem Delikt eine Freiheitsstrafe von sieben Jahren sei. Das Bundesverwaltungsgericht schliesst sich in diesem Zusammenhang der ausführlich begründeten Haltung der Vorinstanz an, es sei der Beschwerdeführerin möglich und zuzumuten sich in der Mongolei – nötigenfalls mit Hilfe ihrer Rechtsanwältin – gegen die angeblich gänzlich unberechtigten Vorwürfe zur Wehr zu setzen (vgl. Verfügung vom 9. Oktober 2009 S. 5 f.).

Die Frage der Authentizität der Bestätigung – in der ausgeführt wird, das (…) material sei "verletzt und geschädigt" worden, während die Beschwerdeführerin ein Strafverfahren wegen (…) diebstahls geltend gemacht hatte – kann offenbleiben.

6.3. In der Beschwerde wird inhaltlich einzig gerügt, die Vorinstanz habe in der angefochtenen Verfügung die Schwangerschaft der Beschwerdeführerin nicht erwähnt. Vorliegend sei von einer ausgeprägten Risikoschwangerschaft und einer voraussichtlichen Risikogeburt auszugehen. Weil das BFM über die Situation der

Beschwerdeführerin bezüglich ihrer Schwangerschaft und folglich über das offensichtliche Vorhandensein eines Wegweisungsvollzugshindernisses keine Kenntnis zu haben scheine, sei die Vorinstanz gestützt auf Art. 32 Abs. 3 Bst. c AsylG anzuweisen, auf das Asylgesuch einzutreten und diesbezüglich zusätzliche Abklärungen vorzunehmen.

6.3.1. In ihrer Vernehmlassung äussert sich die Vorinstanz sodann ausführlich zur geltend gemachten Risikoschwangerschaft der Beschwerdeführerin und hält fest, diese habe die Probleme im Zusammenhang mit ihrer Schwangerschaft weder anlässlich der summarischen Befragung noch während der Anhörung zu den Asylgründen deutlich vorgebracht. Auch bei der Gewährung des rechtlichen Gehörs betreffend den Wegweisungsvollzug habe die Beschwerdeführerin die Probleme im Zusammenhang mit ihrer Schwangerschaft nicht als Grund genannt, der gegen eine Heim- beziehungsweise Rückführung in den Heimatstaat sprechen würde. Asylsuchende seien gestützt auf Art. 8 Abs. 1 Bst. c AsylG verpflichtet, bei der Anhörung anzugeben, aus welchem Grund sie um Asyl nachsuchten. Es könne nicht Aufgabe der Behörden sein, aufgrund beiläufiger Bemerkungen nach weiteren möglichen Asylgründen oder Wegweisungsvollzugshindernissen zu suchen. Der Beschwerdeführer seinerseits habe zwar auf die Schwangerschaft seiner Frau hingewiesen und auch ausgeführt, dass zwei frühere Schwangerschaften nicht problemlos verlaufen seien. Bis zum Zeitpunkt des Erlasses der Verfügung des BFM habe indessen noch nichts für das Vorliegen einer Risikoschwangerschaft gesprochen. Die Bedenken und Probleme im Zusammenhang mit der Schwangerschaft und der Geburt seien erstmals auf Beschwerdeebene vorgebracht worden, so dass das BFM im erstinstanzlichen Verfahren gar nicht Gelegenheit gehabt habe, sich dazu zu äussern. Ausserdem seien die Vorbringen auch nicht mit einem Arztbericht belegt worden.

6.3.2. In ihrer Replik bringen die Beschwerdeführenden vor, die Argumentation in der Vernehmlassung erscheine nicht überzeugend, und halten daran fest, das BFM habe durch sein Vorgehen im vorliegenden Fall seine Begründungspflicht beziehungsweise den Anspruch auf rechtliches Gehör verletzt.

6.4. Das Bundesverwaltungsgericht kommt zum Schluss, dass das BFM vorliegenden nicht gehalten war, zusätzliche Abklärungen zur gesundheitlichen Situation der Beschwerdeführerin vorzunehmen.

6.4.1. Zum einen sind Asylsuchende gestützt auf Art. 8 Abs. 1 Bst. d AsylG verpflichtet, an der Feststellung des Sachverhalts mitzuwirken und müssen insbesondere allfällige Beweismittel vollständig bezeichnen und sie unverzüglich einreichen oder, soweit dies zumutbar erscheint, sich darum bemühen, sie innerhalb einer angemessenen Frist zu beschaffen. In Bezug auf gesundheitliche Probleme von Asylsuchenden bedeutet dies, dass solche Probleme in geeigneter Form unaufgefordert geltend zu machen sind. Erwartet werden darf dabei in der Regel zumindest eine Umschreibung und Konkretisierung der behaupteten gesundheitlichen Beschwerden. Eine allfällige bereits stattfindende medizinische Behandlung ist aktenkundig zu machen und Arztzeugnisse sind – falls vorhanden – unaufgefordert einzureichen (vgl. BVGE 2009/50 E. 10.2.2).

6.4.2. Zum anderen umfasst der Begriff des "Wegweisungsvollzugshindernisses" gemäss Art. 32 Abs. 3 Bst. c AsylG ohnehin ausschliesslich diejenigen Hindernisse, welche sich auf die Zulässigkeit des Vollzugs (Art. 83 Abs. 3 des Bundesgesetzes vom 16. Dezember 2005 über die Ausländerinnen und Ausländer [AuG, SR 142.20]) auswirken können. Gesundheitliche Beschwerden von Asylsuchenden werden üblicherweise unter dem Aspekt der Zumutbarkeit des Wegweisungsvollzugs geprüft (Art. 83 Abs. 4 AuG; vgl. EMARK 2003 Nr. 24) und werden nur in ganz aussergewöhnlich gelagerten Fällen für die Zulässigkeit des Wegweisungsvollzugs von Relevanz. Falls sich aufgrund der Anhörung die Notwendigkeit zusätzlicher Abklärungen zur Feststellung eines Wegweisungsvollzugshindernisses gemäss Art. 83 Abs. 2 und 4 AuG (Möglichkeit bzw. Zumutbarkeit des Vollzugs) ergibt, führt dies nicht zum Eintreten auf das Asylgesuch einer (unentschuldigt) papierlosen Person (vgl. BVGE 2009/50 E. 8.4).

6.4.3. Vorliegend hat das BFM in seiner Vernehmlassung zu Recht auf die Mitwirkungspflicht der Beschwerdeführenden hingewiesen. Diese haben anlässlich der Anhörungen keine besonderen Probleme im Zusammenhang mit der Schwangerschaft geltend gemacht. Das BFM sah sich unter diesen Umständen berechtigterweise nicht veranlasst, diesbezüglich weitere Abklärungen vorzunehmen. Probleme mit der Schwangerschaft wurden erst auf Beschwerdeebene geltend gemacht

und die Vorinstanz nahm dazu in der Vernehmlassung ausführlich Stellung. Dieses Vorgehen des BFM ist somit nicht zu beanstanden.

Den Akten sind keine Anhaltspunkte für die Annahme von ganz aussergewöhnlichen Umständen zu entnehmen, unter denen sich geltend gemachten Gesundheitsprobleme auf die Zulässigkeit des Wegweisungsvollzugs auswirken können. Somit hätten allfällige Abklärungen ohnehin nur die Frage der Zumutbarkeit des Wegweisungsvollzugs betroffen und wären unter dem Blickwinkel von Art. 32 Abs. 3 Bst. c AsylG nicht relevant (vgl. BVGE 2009/50 E. 8.4 f.).

6.4.4. Nach dem Gesagten fällt eine Kassation aufgrund einer Verletzung der prozessualen Rechte der Beschwerdeführenden ausser Betracht.

6.5. Die Beschwerdeführenden haben den Behörden ohne entschuldbare Gründe innerhalb von 48 Stunden nach Einreichung des Asylgesuchs keinen Reise- oder Identitätspapiere abgegeben. Aufgrund der Anhörung konnte ihre Flüchtlingseigenschaft nicht festgestellt werden und zusätzliche Abklärungen zur Feststellung der Flüchtlingseigenschaft oder eines Wegweisungsvollzugshindernisses waren nach dem oben Gesagten nicht nötig. Zusammenfassend lässt sich somit festhalten, dass die Vorinstanz zu Recht gestützt auf Art. 32 Abs. 2 Bst. a AsylG auf das Asylgesuch der Beschwerdeführenden nicht eingetreten ist.

7.
Lehnt das BFM das Asylgesuch ab oder tritt es darauf nicht ein, so verfügt es in der Regel die Wegweisung aus der Schweiz und ordnet den Vollzug an; es berücksichtigt dabei den Grundsatz der Einheit der Familie (Art. 44 Abs. 1 AsylG).

Die Beschwerdeführenden verfügen weder über eine ausländerrechtliche Aufenthaltsbewilligung noch über Anspruch auf Erteilung einer solchen. Die Wegweisung wurde demnach zu Recht angeordnet (Art. 44 Abs. 1 AsylG; vgl. BVGE 2009/50 E. 9).

8.
8.1. Ist der Vollzug der Wegweisung nicht zulässig, nicht zumutbar oder nicht möglich, so regelt das BFM das Anwesenheitsverhältnis nach den gesetzlichen Bestimmungen über die vorläufige Aufnahme von Ausländern (Art. 44 Abs. 2 AsylG; Art. 83 Abs. 1 AuG).

Bezüglich der Geltendmachung von Wegweisungshindernissen gilt gemäss ständiger Praxis des Bundesverwaltungsgerichts und seiner Vorgängerorganisation ARK der gleiche Beweisstandard wie bei der Flüchtlingseigenschaft, das heisst, sie sind zu beweisen, wenn der strikte Beweis möglich ist, und andernfalls wenigstens glaubhaft zu machen (vgl. WALTER STÖCKLI, Asyl, in: Uebersax/Rudin/Hugi Yar/Geiser [Hrsg.], Ausländerrecht, 2. Aufl., Basel 2009, Rz. 11.148).

8.2. Der Vollzug der Wegweisung ist nicht zulässig, wenn völkerrechtliche Verpflichtungen der Schweiz einer Weiterreise der Ausländerin oder des Ausländers in den Heimat- Herkunfts- oder in einen Drittstaat entgegenstehen (Art. 83 Abs. 3 AuG).

So darf keine Person in irgendeiner Form zur Ausreise in ein Land gezwungen werden, in dem ihr Leib oder ihre Freiheit aus einem Grund nach Art. 3 Abs. 1 AsylG gefährdet ist oder in dem sie Gefahr läuft, zur Ausreise in ein solches Land gezwungen zu werden (Art. 5 Abs. 1 AsylG; vgl. ebenso Art. 33 Abs. 1 des Abkommens vom 28. Juli 1951 über die Rechtsstellung der Flüchtlinge [FK, SR 0.142.30]).

Gemäss Art. 25 Abs. 3 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV, SR 101), Art. 3 des Übereinkommens vom 10. Dezember 1984 gegen Folter und andere grausame, unmenschliche oder erniedrigende Behandlung oder Strafe (FoK, SR 0.105) und der Praxis zu Art. 3 der Konvention vom 4. November 1950 zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK, SR 0.101) darf niemand der Folter oder unmenschlicher oder erniedrigender Strafe oder Behandlung unterworfen werden.

8.2.1. Die Vorinstanz wies in ihrer angefochtenen Verfügung zutreffend darauf hin, dass der Grundsatz der Nichtrückschiebung nur Personenschützt, die die Flüchtlingseigenschaft erfüllen (vgl. MARIO GATTIKER, Das Asyl- und Wegweisungsverfahren, 3. Aufl., Bern 1999, S. 89). Angesichts des rechtskräftigen Nichteintretensentscheids gemäss Art. 32 Abs. 2 Bst. a AsylG kann das in Art. 5 AsylG verankerte Prinzip des flüchtlingsrechtlichen Non-Refoulements im vorliegenden Verfahren praxisgemäss keine Anwendung finden. Eine Rückkehr der Beschwerdeführenden in den Heimat- bzw. Herkunftsstaat ist demnach unter dem Aspekt von Art. 5 AsylG rechtmässig.

8.2.2. Vorliegend sind den Akten, wie erwähnt, auch keine Umstände zu entnehmen, unter denen sich die behaupteten Gesundheitsprobleme auf die Zulässigkeit des Wegweisungsvollzugs auswirken könnten.

8.2.3. Sodann ergeben sich weder aus den Aussagen der Beschwerdeführenden noch aus den Akten Anhaltspunkte dafür, dass sie für den Fall einer Ausschaffung in den Heimatstaat dort mit beachtlicher Wahrscheinlichkeit einer nach Art. 3 oder Art. 1 FoK verbotenen Strafe oder Behandlung ausgesetzt wären. Gemäss Praxis des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte (EGMR) sowie jener des UN-Anti-Folteraus-schusses müssten die Beschwerdeführenden eine konkrete Gefahr ("real risk") nachweisen oder glaubhaft machen, dass ihnen im Fall einer Rückschiebung Folter oder unmenschliche Behandlung drohen würde (vgl. EGMR, [Grosse Kammer], Saadi gegen Italien, Urteil vom 28. Februar 2008, Beschwerde Nr. 37201/06, §§ 124-127, mit weiteren Hinweisen). Auch die allgemeine Menschenrechtssituation im Heimatland lässt den Wegweisungsvollzug zum heutigen Zeitpunkt nicht als unzulässig erscheinen.

8.2.4. Nach dem Gesagten ist der Vollzug der Wegweisung sowohl im Sinn der asyl- als auch der völkerrechtlichen Bestimmungen zulässig.

8.3. Gemäss Art. 83 Abs. 4 AuG kann der Vollzug für Ausländerinnen und Ausländer unzumutbar sein, wenn sie im Heimat- oder Herkunftsstaat aufgrund von Situationen wie Krieg, Bürgerkrieg, allgemeiner Gewalt und medizinischer Notlage konkret gefährdet sind. Wird eine konkrete Gefährdung festgestellt, ist – unter Vorbehalt von Art. 83 Abs. 7 AuG – die vorläufige Aufnahme zu gewähren (vgl. Botschaft zu Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer vom 8. März 2002, BBl 2002 3818).

8.3.1. Im vorliegenden Fall ist der Vollzug der Wegweisung der Beschwerdeführenden in die Mongolei als zumutbar im Sinn von Art. 83 Abs. 4 AuG zu bezeichnen, da sie nicht glaubhaft darzutun vermochten, dass sie bei einer Rückkehr ins Heimatland einer konkreten Gefährdungssituation im Sinn der zu beachtenden Bestimmung ausgesetzt wären. In der Mongolei herrscht zurzeit keine Situation allgemeiner Gewalt, weshalb in konstanter Praxis von der grundsätzlichen Zumutbarkeit des Wegweisungsvollzugs ausgegangen wird.

8.3.2. Den Akten sind keine Anhaltspunkte dafür zu entnehmen, dass die Beschwerdeführenden bei einer Rückkehr in die Heimat aus individuellen Gründen wirtschaftlicher, sozialer oder gesundheitlicher Art in eine existenzbedrohende Situation geraten würden.

8.3.3. Was die geltend gemachte Risikoschwangerschaft und -geburt anbelangt kann auf den Arztbericht vom 1. März 2010 verwiesen werden. Darin hält der behandelnde Arzt fest, die Beschwerdeführerin habe sich am (…) 2009 in der (…) Schwangerschaftswoche erstmals bei ihm gemeldet. Am (…) 2010 sei ein Kaiserschnitt durchgeführt und ein gesundes Kind geboren worden. Seither habe er die Patientin nicht mehr gesehen; er gehe davon aus, dass sie gesund sei. Es wurden keine weiteren Arztberichte eingereicht.

8.3.4. Mit Eingabe vom 25. Oktober 2011 macht der Rechtsvertreter 1 geltend, die Beschwerdeführerin sei – im (…) Monat – erneut in Erwartung; nachdem die bisherigen Schwangerschaften mit Kaiserschnitt hätten beendet werden müssen, sei auch dieses Mal von einer Risikoschwangerschaft und einer voraussichtlichen Risikogeburt ausgegangen werden.

8.3.5. Das Ende der geltend gemachten neuen Schwangerschaft der Beschwerdeführerin ist absehbar. Sie hat erneut kein Arztzeugnis zu den Akten gereicht und auch keine konkreten Gesundheitsbeschwerden geltend gemacht. Unter diesen Umständen stellt auch die bevorstehende Geburt keinen Umstand dar, der als konkrete Gefährdung im Sinn von Art. 83 Abs. 4 AuG zu werten wäre. Hingegen wird das BFM der Geburt und der medizinischen Situation bei der Neufestsetzung der Ausreisefrist Rechnung zu tragen haben.

Das BFM hat in der angefochtenen Verfügung zu Recht festgehalten, die Beschwerdeführenden hätten bisher keine Mühe gehabt, in der Mongolei für ihren finanziellen Unterhalt aufzukommen. Dieser Auffassung schliesst sich das Bundesverwaltungsgericht auch unter Berücksichtigung des Umstands an, dass die Beschwerdeführenden mit ihren Kindern in die Heimat zurückkehren werden. Es ist nicht davon auszugehen, dass sie bei einer Rückkehr in die Mongolei in eine existenzbedrohende Lage geraten würden.

8.3.6. Der Vollzug der Wegweisung erweist sich damit auch als zumutbar.

8.4. Schliesslich obliegt es den Beschwerdeführenden, sich bei der zuständigen Vertretung des Heimatstaates die für eine Rückkehr allenfalls noch notwendigen Reisedokumente zu beschaffen (Art. 8 Abs. 4 AsylG), weshalb der Vollzug der Wegweisung auch als möglich zu bezeichnen ist (Art. 83 Abs. 2 AuG).

9.
Aus diesen Erwägungen ergibt sich, dass die angefochtene Verfügung Bundesrecht nicht verletzt, den rechtserheblichen Sachverhalt richtig und vollständig feststellt und angemessen ist (Art. 106 AsylG). Die Beschwerde ist abzuweisen.

10.
Bei diesem Ausgang des Verfahrens wären die Kosten grundsätzlich den Beschwerdeführenden aufzuerlegen (Art. 63 Abs. 1 VwVG; Art. 1-3 des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]). Indessen ist ihr Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege gutzuheissen, weil sich ihre Mittellosigkeit aus den Akten ergibt und ihre Begehren zum Zeitpunkt der Beschwerdeeinreichung nicht als aussichtlos gemäss Art. 65 Abs. 1 VwVG bezeichnet werden konnten. Deshalb sind keine Verfahrenskosten aufzuerlegen.

11.
Das Bundesamt hat durch den Erlass der als nichtig zu erklärenden Verfügung vom 21. Mai 2010 nicht nur einen ergänzenden Schriftenwechsel des Gerichts mit den Beschwerdeführenden erforderlich gemacht. Es darf aufgrund der Akten auch ohne weiteres davon ausgegangen werden, dass diese – zusätzlich zum bestehenden Mandat einer spezialisierten Rechtsberatungsstelle (Rechtsvertreter 1) – nicht einen Rechtsanwalt mit der Wahrung ihrer Interessen beauftragt hätten, wenn das BFM durch den vermeintlichen Ersatz der angefochtenen Verfügung nicht unnötigerweise eine komplexe prozessuale Ausgangslage geschaffen hätte. Unter diesen Umständen erscheint es trotz Abweisung der Beschwerde gerechtfertigt, das BFM die einzig dadurch verursachten Parteikosten der Beschwerdeführenden angemessen entschädigen zu lassen (vgl. etwa BVGE 2008/47 E. 5 mit weiteren Hinweisen). Der Rechtsvertreter 2 hat keine Kostennote zu den Akten gereicht. In Anwendung von Art. 14 des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht (VGKE, SR 173.320.2) ist die pauschale,

anteilmässige Parteientschädigung auf insgesamt Fr. 1'000.– (inklusive sämtlicher Auslagen) festzusetzen.

(Dispositiv nächste Seite)

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.
Es wird die Nichtigkeit der Verfügung des BFM vom 21. Mai 2010 festgestellt.

2.
Die Beschwerde wird abgewiesen.

3.
Das BFM wird angewiesen den Beschwerdeführenden eine neue Ausreisefrist zu setzen und dabei die bevorstehende Geburt angemessen zu berücksichtigen.

4.
Das Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege wird gutgeheissen. Es werden keine Verfahrenskosten auferlegt.

5.
Das BFM wird verpflichtet, den Beschwerdeführenden eine anteilmässige Parteientschädigung von Fr. 1'000.– zu vergüten.

6.
Dieses Urteil geht an die Beschwerdeführenden, das BFM und die kantonale Migrationsbehörde.

Der vorsitzende Richter:	Die Gerichtsschreiberin:
Markus König	Karin Maeder-Steiner

Versand: