22

Auszug aus dem Urteil der Abteilung IV
i.S. A. und Kinder gegen Bundesamt für Migration
D–1991/2014 vom 7. Juli 2014

Altrechtliches Asylgesuch aus dem Ausland. Übernahme von Einreisekosten. Kognition. Ermessensfrage. Rechtliches Gehör. Heilung.

Art. 29 Abs. 2 BV. Art. 92 und Art. 106 Abs. 1 AsylG. aArt. 53 AsylV 2. Art. 30 Abs. 1 VwVG.

1. **Die Übernahme von Einreisekosten im Zusammenhang mit einem altrechtlichen Auslandverfahren ist eine Ermessensfrage, die vom Bundesverwaltungsgericht nicht auf ihre Angemessenheit hin überprüft werden kann (E. 5.1–5.8).**
2. **Eine Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör in Ermessensbereichen kann nicht auf Beschwerdestufe geheilt werden (E. 5.3).**

Demande d'asile déposée à l'étranger sous l'empire de l'ancien droit. Prise en charge des frais d'entrée en Suisse. Cognition. Pouvoir discrétionnaire. Droit d'être entendu. Réparation du vice formel.

Art. 29 al. 2 Cst. Art. 92 et art. 106 al. 1 LAsi. Anc. art. 53 OA 2. Art. 30 al. 1 PA.

1. **La décision portant sur la prise en charge des frais d'entrée, en cas de dépôt d'une demande d'asile à l'étranger sous l'empire de l'ancien droit, procède du pouvoir discrétionnaire de l'autorité qui l'a prise, et ne peut pas être portée devant le Tribunal administratif fédéral pour inopportunité (consid. 5.1–5.8).**
2. **En présence d'une décision basée sur l'exercice du pouvoir discrétionnaire, la violation du droit d'être entendu ne peut pas être réparée au stade du recours (consid. 5.3).**

Domanda d'asilo presentata all'estero secondo il diritto previgente. Assunzione delle spese d'entrata. Cognizione. Potere d'apprezzamento. Diritto di essere sentito. Sanatoria.

Art. 29 cpv. 2 Cost. Art. 92 e art. 106 cpv. 1 LAsi. vArt. 53 OAsi 2. Art. 30 cpv. 1 PA.

1. **L'assunzione delle spese d'entrata in relazione ad una domanda presentata dall'estero secondo il previgente diritto costituisce una questione inerente il potere d'apprezzamento la cui adeguatezza non può essere esaminata dal Tribunale amministrativo federale (consid. 5.1–5.8).**
2. **Una violazione del diritto di essere sentito in merito a questioni che rientrano nella sfera del potere d'apprezzamento non può essere sanata in sede ricorsuale (consid. 5.3).**

Die Beschwerdeführenden suchten am 7. September 2012 bei der Schweizerischen Botschaft in Khartum (Sudan) um Asyl sowie um eine Einreisebewilligung in die Schweiz nach.

Mit Verfügung des Bundesamts für Migration (BFM) vom 12. Februar 2014 wurde den Beschwerdeführenden die Einreise in die Schweiz zwecks Durchführung eines Asylverfahrens bewilligt.

Am 18. Februar 2014 ersuchten die Beschwerdeführenden mit Eingabe ihrer Rechtsvertreterin beim BFM um Übernahme der Einreisekosten.

Mit Verfügung vom 13. März 2014 (Eröffnung am 17. März 2014) lehnte das BFM dieses Gesuch ab.

Diese Verfügung fochten die Beschwerdeführenden mit Eingabe ihrer Rechtsvertreterin vom 11. April 2014 beim Bundesverwaltungsgericht an und beantragten die Aufhebung der angefochtenen Verfügung und die Übernahme der Einreisekosten. Eventualiter sei die angefochtene Verfügung aufzuheben und zur eingehenden Prüfung und erneuten Entscheidung an die Vorinstanz zurückzuweisen.

Am 16. April 2014 reisten die Beschwerdeführenden per Flugzeug in die Schweiz ein.

Das Bundesverwaltungsgericht heisst die Beschwerde gut, soweit die Aufhebung der angefochtenen Verfügung beantragt wird. Es hebt die angefochtene Verfügung auf und weist die Sache zur Neubeurteilung an die Vorinstanz zurück.

Aus den Erwägungen:

3. Art. 53 Bst. d der Asylverordnung 2 vom 11. August 1999 über Finanzierungsfragen (AsylV 2, SR 142.312) wurde per 1. Oktober 2013

geändert. Gemäss den Übergangsbestimmungen gilt bei vor dem 29. September 2012 eingereichten Auslandgesuchen – und somit auch im vorliegenden Fall – jedoch noch die Fassung vom 1. Januar 2008 (vgl. Abs. 2 der Übergangsbestimmungen zur Änderung vom 4. September 2013 zur Asylverordnung 2, AS 2013 3065).

4.

4.1 Die Beschwerdeführenden begründeten ihr Kostenübernahmegesuch damit, dass weder die Beschwerdeführerin A. (nachfolgend: Beschwerdeführerin) noch ihre in der Schweiz wohnhafte Schwester F. (nachfolgend: Schwester), die von der Sozialhilfe abhängig sei, über genügend finanzielle Mittel verfügen würden. Es gebe auch keine Verwandten, welche die Einreisekosten übernehmen könnten. Als Beweismittel wurde eine Fürsorgebestätigung vom 17. Februar 2014 betreffend die Schwester sowie der Kostenvoranschlag der Organisation für Migration (IOM) eingereicht.

4.2 Das BFM begründete seine Verfügung damit, dass die Einreisekosten nur übernommen würden, wenn die einreisende Person über keine anderen Finanzierungsmöglichkeiten verfüge. Aus den Eingaben sowie den Akten gehe nicht hervor, inwiefern die Beschwerdeführerin, ihre Schwester sowie ihre anderen Familienangehörigen nicht in der Lage sein sollten, die Reisekosten zu übernehmen. Die tatsächliche finanzielle Situation der Beschwerdeführerin und ihrer Familienangehörigen werde nicht offengelegt und mit entsprechenden Belegen untermauert. Die pauschale Behauptung, es seien keine finanziellen Mittel vorhanden, werde nicht belegt und sei daher auch nicht stichhaltig. Die Beschwerdeführerin verfüge über zahlreiche Familienangehörige, welche sich an den Kosten beteiligen könnten. Neben den Familienangehörigen in Eritrea würden sich eine verheiratete Schwester in Schweden, ein verheirateter Bruder in Italien, ein verheirateter Bruder in der Schweiz und ein weiterer Bruder in Äthiopien befinden. Der in G. (Eritrea) wohnhafte Vater sei laut den Angaben der Schwester der Beschwerdeführerin ein wohlhabender Geschäftsmann, der unter anderem mit Vieh handle. So habe er die Reisekosten für die Schwester übernommen. Es könne somit davon ausgegangen werden, dass in der Familie der Beschwerdeführenden finanzielle Mittel vorhanden seien.

4.3 Diesen Erwägungen wurde in der Beschwerdeschrift entgegnet, dass sich die Beschwerdeführenden unter prekären Umständen als registrierte Flüchtlinge in Khartum aufhalten würden und akut gefährdet seien. Ihre Reise in die Schweiz dürfe sich daher nicht verzögern. Das

BFM habe das Gesuch abgelehnt, ohne weitere Sachverhaltsabklärungen zu treffen und ohne den Beschwerdeführenden Gelegenheit zu bieten, sich zum geplanten ablehnenden Entscheid zu äussern. Es gehe in seiner Verfügung pauschal davon aus, die Familienangehörigen seien in der Lage, für die Einreisekosten aufzukommen. Dabei werde verkannt, dass die in der Schweiz wohnhaften zwei Geschwister der Beschwerdeführerin fürsorgeabhängig seien. Ein Bruder der Beschwerdeführerin (H.) lebe in Italien unter prekären Verhältnissen. Er werde vom italienischen Staat in keiner Weise unterstützt und lebe auf der Strasse. Dieser Umstand werde durch die Tatsache untermauert, dass er schon mehrere Male versucht habe, in die Schweiz zu gelangen, im Rahmen des Dublin-Übereinkommens aber jeweils wieder nach Italien weggewiesen worden sei. Auch dieser könne sich daher nicht an den Einreisekosten beteiligen. Die in Schweden wohnhafte Schwester sei verheiratet und habe vier Kinder. Auch sie werde von der Sozialhilfe unterstützt. Ein weiterer Bruder befinde sich derzeit in Äthiopien und habe ein Asylgesuch aus dem Ausland eingereicht, welches beim BFM immer noch hängig sei, diese beiden Geschwister hätten ebenfalls keine finanziellen Kapazitäten für eine Kostenbeteiligung. Der vom BFM erwähnte Vater der Beschwerdeführerin sei heute betagt und nicht mehr erwerbstätig. Die Ausreise der Schwester habe er nur finanzieren können, indem er damals das Familienhaus verkauft habe. Es habe sich aber um eine einmalige Unterstützung gehandelt, die im vorliegenden Fall nicht wiederholt werden könne. Das BFM wäre mittels Ergänzungsfragen verpflichtet gewesen, diesen Sachverhalt umfassend abzuklären, anstatt pauschal davon auszugehen, dass entsprechende Mittel vorhanden seien. Dadurch sei der Anspruch auf rechtliches Gehör verletzt worden. Der Kostenvoranschlag des IOM über Fr. 3 413.– sei sehr hoch ausgefallen, weshalb nicht von einem kleinen Unterstützungsbeitrag der Angehörigen ausgegangen werden könne, welcher unter Umständen hätte erwartet werden können. Ohne Übernahme der Kosten seien die Beschwerdeführenden entweder gezwungen, im Sudan zu bleiben, oder aber die in der Schweiz lebenden Geschwister seien gehalten, sich mittels Aufnahme eines Darlehens bei einem Kreditinstitut zu verschulden. Sowohl die betreuende Gemeinde der Schwester als auch diejenige des Bruders hätten es bereits abgelehnt, ein Darlehen bei der Schweizerischen Flüchtlingshilfe (SFH) zu beantragen, weil eine Rückzahlung nicht garantiert werden könne. Ein Verschulden bei einem Kreditinstitut sei unzumutbar. Das BFM habe die Einreisebewilligung erteilt und gehe daher von einer konkreten Gefährdung aus. Konsequenterweise müsse nun auch die Einreise effektiv ermöglicht wer-

den, indem die Kosten übernommen würden, da die Einreisebewilligung anderenfalls ins Leere laufen würde. Dies würde insbesondere dem Kindeswohl widersprechen, welches bei sämtlichen Massnahmen, welche Kinder beträfen, vorrangig zu berücksichtigen sei.

Als Beweismittel wurden die bereits eingereichte Fürsorgebestätigung betreffend F. und eine Fürsorgebestätigung (…) betreffend den Bruder I. ins Recht gelegt.

4.4 In der ergänzenden Eingabe vom 30. April 2014 wurde ausgeführt, die Beschwerdeführenden seien am 16. April 2014 legal in die Schweiz eingereist. Die Schwester habe sich bei der Gemeinde erfolglos um Unterstützung bemüht. Anschliessend sei sie an den Sozialdienst der Katholischen Kirchgemeinde J. gelangt, welcher bei der SFH ein Darlehensgesuch eingereicht hätte, das aber abgelehnt worden sei. Sie sei daher gezwungen gewesen, bei einer Privatperson ein Darlehen in der Höhe von Fr. 1 300.– aufzunehmen, mit der Verpflichtung, diesen Betrag nach erfolgter Einreise umgehend zurückzuerstatten. Die Drittperson sei kein Familienangehöriger, sondern lediglich ein Bekannter. Die Einreise sei mit USD 1 465.– wesentlich günstiger ausgefallen als gemäss Voranschlag der IOM. Gemäss Praxis des Bundesverwaltungsgerichts müsse auch in Fällen, in welchen die Kosten effektiv hätten aufgebracht werden können, in einer Einzelfallprüfung über die Übernahme der Kosten befunden werden. Dabei sei zu berücksichtigen, wie die Mittel beschafft worden seien und in welcher Situation sich die einreisewillige Person im Heimat- respektive Herkunftsstaat befunden habe. Würden die Mittel von einem Kreditinstitut oder einer Privatperson vorgestreckt, um einer akut gefährdeten Person die Einreise zu ermöglichen, sei eine Kostenübernahme nicht von vornherein ausgeschlossen. Im vorliegenden Fall habe die Einreise aufgrund der bereits beschafften Reisedokumente nicht verzögert werden können und die Schwester sei daher gezwungen gewesen, sich trotz Mittellosigkeit zu verschulden.

Als Beweismittel lagen der Eingabe eine Fürsorgebestätigung betreffend die Schwester, Auszüge aus einem E-Mail-Verkehr zwischen der Kirchgemeinde und der SFH, eine Darlehensbestätigung sowie die Reisedokumente und Flugtickets bei.

5.

5.1 Eingangs ist auf die formelle Rüge einer Verletzung des rechtlichen Gehörs einzugehen. Das rechtliche Gehör, welches in Art. 29 Abs. 2 BV verankert und in den Art. 29 ff. VwVG für das Verwaltungsverfahren

konkretisiert wird, dient einerseits der Aufklärung des Sachverhalts, andererseits stellt es ein persönlichkeitsbezogenes Mitwirkungsrecht der Parteien dar. Gemäss Art. 30 Abs. 1 VwVG hört die Behörde die Parteien an, bevor sie verfügt. Der Anspruch auf vorgängige Anhörung beinhaltet insbesondere, dass die Behörde sich beim Erlass ihrer Verfügung nicht auf Tatsachen abstützen darf, zu denen sich die von der Verfügung betroffene Person nicht vorgängig äussern und diesbezüglich Beweis führen konnte (vgl. BVGE 2013/23 E. 6.1 m.w.H.).

5.2 Das BFM stützt seine Verfügung unter anderem auf eine Aussage der Schwester der Beschwerdeführerin anlässlich der Anhörung im Verfahren (…). Die Beschwerdeführerin wurde jedoch vor Entscheidfällung nie auf dieses, aus einem anderen Verfahren stammende Aktenstück hingewiesen und zu einer Stellungnahme aufgefordert. Dadurch verletzt die Vorinstanz den Anspruch der Beschwerdeführerin auf rechtliches Gehör.

5.3 Der Anspruch auf rechtliches Gehör ist formeller Natur. Eine Verletzung des rechtlichen Gehörs führt deshalb grundsätzlich, das heisst ungeachtet der materiellen Auswirkungen, zur Aufhebung des daraufhin ergangenen Entscheides (vgl. BVGE 2012/24 E. 3.4; 2009/53 E. 7.3; 2008/47 E. 3.3.4; 2008/14 E. 4.1; 2007/30 E. 8.2; 2007/27 E. 10.1). Die Heilung von Gehörsverletzungen aus prozessökonomischen Gründen ist auf Beschwerdeebene nur möglich, sofern das Versäumte nachgeholt wird, die Beschwerdeführenden dazu Stellung nehmen können, die festgestellte Verletzung nicht schwerwiegender Natur ist, die fehlende Entscheidreife durch die Beschwerdeinstanz mit vertretbarem Aufwand hergestellt werden kann und der Beschwerdeinstanz im streitigen Fall die freie Überprüfungsbefugnis zukommt (vgl. BVGE 2012/24 E. 3.4; 2009/53 E. 7.3). Dieser Kognitionsumfang ist jedoch nicht abstrakt zu betrachten, sondern stets auf die konkrete Streitfrage zu beziehen. So bleibt eine Heilung auch bei grundsätzlich eingeschränkter Kognition möglich, sofern es sich bei den Streitpunkten ausschliesslich um (Rechts-)Fragen handelt, welche vom Gericht frei überprüft werden können (vgl. WALDMANN/BICKEL, in: Praxiskommentar VwVG, 2009, Art. 29 N. 119).

5.4 Gemäss geltendem Recht prüft das Bundesverwaltungsgericht Verfügungen des BFM im Anwendungsbereich des AsylG nicht auf ihre Angemessenheit (Art. 106 Abs. 1 AsylG). Es ist somit der Frage nachzugehen, ob und in welchem Umfang es sich beim Entscheid über die Übernahme von Einreisekosten um eine Ermessensfrage handelt, welche

hinsichtlich der Ermessensausübung vom Bundesverwaltungsgericht nicht frei, sondern nur auf qualifizierte Fehler (d.h. Missbrauch und Überschreiten des Ermessens) geprüft werden kann.

5.5 Umschreibt eine Rechtsnorm die Tatbestandsvoraussetzungen oder Rechtsfolgen in offener Weise, spricht man von einem unbestimmten Rechtsbegriff. Genau wie bei Normen, welche ein Ermessen einräumen, handelt es sich bei unbestimmten Rechtsbegriffen um offene Formulierungen (vgl. HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 6. Aufl. 2010, Rz. 445 und 447). Während Ermessensbestimmungen der Verwaltung Handlungsspielräume verschaffen, bei deren sachgerechter Handhabung sie Opportunitätsgesichtspunkte berücksichtigen kann, liegt es bei unbestimmten Rechtsbegriffen gerade nicht im Ermessen der Verwaltung zu bestimmen, wie diese Begriffe zu verstehen sind. Vielmehr erfolgt deren Konkretisierung mittels Auslegung und ist daher eine Rechtsfrage (vgl. TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, Allgemeines Verwaltungsrecht, 3. Aufl. 2009, § 26 Rz. 28). Die Abgrenzung zwischen diesen beiden Rechtsfiguren ist vorliegend deshalb von Bedeutung, weil eine fehlerhafte Konkretisierung eines unbestimmten Rechtsbegriffs eine Rechtsverletzung (Art. 106 Abs. 1 Bst. a AsylG) darstellt und daher von der Kognitionsbeschränkung nicht betroffen ist.

5.6 Hinsichtlich der Frage der Abgrenzung zwischen unbestimmten Rechtsbegriffen und Ermessen gibt es drei Theorien. Der Ansatz der einzig richtigen Lösung geht davon aus, dass es bei unbestimmten Rechtsbegriffen lediglich eine richtige Lösung gebe, während beim Ermessen zwischen mehreren gleichwertigen Lösungen gewählt werden könne (vgl. dazu die frühere Rechtsprechung des Bundesgerichts in BGE 95 I 33, S. 40). Diese Theorie gilt jedoch als überholt, zumal sie den Erkenntnissen der Methodenlehre widerspricht, wonach auch die Auslegung eine schöpferische Komponente enthält, und das Bundesgericht den Behörden selbst bei der Auslegung unbestimmter Rechtsbegriffe teilweise einen Beurteilungsspielraum zugesteht, den es unter der Prämisse der einzig richtigen Lösung gar nicht geben könnte (vgl. HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, a.a.O., Rz. 450). Andere Autoren sehen die ausschlaggebende Unterscheidungsdeterminante darin, dass unbestimmte Rechtsbegriffe stets den Tatbestand beträfen, während sich das Ermessen auf die Rechtsfolgeseite eines Rechtssatzes beziehe (vgl. TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, a.a.O., § 26 Rz. 27). Eine neuere Auffassung plädiert für eine Unterscheidung anhand der Funktion der offenen Formulierung. Massgeblich sei, ob nach Sinn und Zweck des Gesetzes die Anwendung der

offenen Normierung von einem Gericht überprüft werden soll oder nicht. Es ist demnach zu fragen, ob das Gesetz die Befugnis zur Konkretisierung der offenen Rechtsnorm ausschliesslich der Verwaltungsbehörde überlassen will, da diese dazu fachlich besser geeignet erscheint als ein Gericht, oder ob es eine richterliche Überprüfung als sinnvoll erachtet (vgl. HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, a.a.O., Rz. 453; KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes, 3. Aufl. 2013, Rz. 1049).

5.7 Klammert man die überholte Theorie der einzig richtigen Lösung aus, so ergibt sich folgendes Bild: Gemäss Urteil des Bundesverwaltungsgerichts D–7792/2006 vom 26. Mai 2009 E. 3.1.5 räumt Art. 92 Abs. 1 AsylG dem BFM ein Rechtsfolgeermessen ein. Die Offenheit der Norm bezieht sich demgemäss auf die Rechtsfolgeseite und stellt – in Anwendung des Abgrenzungskriteriums Tatbestand/Rechtsfolge – eine Ermessensausübung dar. Zum gleichen Ergebnis gelangt man bei einer Betrachtung anhand der Eignung des Gerichts zur Überprüfung des Verwaltungsentscheides. Der Gesetzgeber hat in Art. 92 AsylG lediglich die grundsätzliche Möglichkeit einer Kostenübernahme sowie den potenziellen Kreis von Personen festgelegt, welche als Beitragsempfänger in Frage kommen. Die Frage der Voraussetzungen, an welche eine solche Kostenübernahme im Einzelnen geknüpft ist, hat er demgegenüber nicht einlässlicher geregelt, sondern diesbezüglich in Art. 92 Abs. 4 AsylG dem Bundesrat die Rechtsetzungsbefugnis überlassen. Dem Bundesrat als Verordnungsgeber wurde dabei ein grosser Gestaltungsspielraum zugestanden, ohne im Gesetz selbst diesbezügliche konkrete Vorgaben zu machen. Dies lässt darauf schliessen, dass das Gesetz den Entscheid über die Übernahme der Einreisekosten ins sachgemässe Ermessen der Verwaltung stellen wollte, und die Offenheit der Norm daher keinen unbestimmten Rechtsbegriff darstellt. Diesen Gedanken greift die Verordnung denn auch in aArt. 53 AsylV 2 auf, indem wiederum in sehr offener Weise der Entscheid über die Kostenübernahme dem Ermessen des BFM überlassen wird (vgl. Bericht vom Oktober 2007 zur Änderung der Asylverordnungen 1, 2 und 3 sowie der Verordnung über den Vollzug der Weg- und Ausweisung von ausländischen Personen, S. 34). Auch dies lässt eine volle gerichtliche Überprüfung nicht sachgemäss erscheinen. Die zu behandelnde Materie betrifft ferner keinen Kernpunkt der von den Asylabteilungen des Bundesverwaltungsgerichts zu beurteilenden Rechtsmaterien (Asylgewährung, Wegweisung und Wegweisungsvollzug), sondern die Leistungsverwaltung, was wiederum dafür spricht, dass

die konkrete Beurteilung eines Kostenübernahmegesuchs nach Sinn und Zweck des Gesetzes einen Ermessensentscheid darstellt.

5.8 Der Entscheid über die Übernahme der Einreisekosten stellt mithin einen Ermessensentscheid dar. In der in casu zu beurteilenden Frage kommt dem Gericht daher nur eine eingeschränkte Kognition zu. Eine Heilung auf Beschwerdestufe ist daher ausgeschlossen.

6. Die Beschwerde ist somit gutzuheissen, soweit die Aufhebung der angefochtenen Verfügung beantragt wird. Die vorinstanzliche Verfügung vom 13. März 2014 ist aufzuheben und die Sache in Anwendung von Art. 61 Abs. 1 in fine VwVG zur Neubeurteilung unter Achtung des Anspruchs auf rechtliches Gehör an das BFM zurückzuweisen.