39

Auszug aus dem Urteil der Abteilung V
i. S. A. gegen Bundesamt für Migration
E–3162/2011 vom 6. Dezember 2011

Asylgesuch aus dem Ausland. Höchstpersönlichkeit und Vertretungsfeindlichkeit einer Asylgesuchstellung.

Art. 11 Abs. 1 und Art. 48 Abs. 1 VwVG.

Höchstpersönlichkeit und damit Vertretungsfeindlichkeit der Initiierung eines Asylverfahrens aus dem Ausland durch die urteilsfähige (mündige oder unmündige) Person. Notwendigkeit eines persönlichen Antrags und Möglichkeit der Mangelbehebung im Verlaufe des erstinstanzlichen Verfahrens. Wenn eine angeblich um Asyl ersuchende Person im erstinstanzlichen Verfahren nie persönlich vor einer schweizerischen Asylbehörde im In- oder Ausland aufgetreten ist, steht nicht fest, ob sie tatsächlich ein Asylgesuch stellen wollte. Damit ist unklar, ob sie als Gesuchstellerin am vorinstanzlichen Verfahren teilgenommen hat und demnach zur Beschwerde berechtigt ist (E. 4.3.2).

Demande d'asile présentée à l'étranger. Caractère strictement personnel et non délégable du dépôt d'une demande d'asile.

Art. 11 al. 1 et art. 48 al. 1 PA.

L'engagement d'une procédure d'asile depuis l'étranger par une personne capable de discernement (majeure ou mineure) est un acte strictement personnel non susceptible de représentation. Nécessité d'une demande personnelle et possibilité de réparer le vice au cours de la procédure de première instance. Lorsque, lors de la procédure de première instance, le prétendu demandeur d'asile ne s'est jamais présenté personnellement devant une autorité d'asile suisse en Suisse ou à l'étranger, il n'est pas établi qu'il ait réellement voulu déposer une demande d'asile. Il est ainsi impossible de déterminer s'il a pris part à la procédure devant l'autorité inférieure en tant que requérant, et s'il a, par conséquent, qualité pour recourir (consid. 4.3.2).

Domanda d'asilo presentata all'estero. Carattere strettamente personale e indelegabilità della presentazione di una domanda d'asilo.

Art. 11 cpv. 1 e art. 48 cpv. 1 PA.

Carattere strettamente personale e conseguente indelegabilità dell'avvio di una procedura d'asilo all'estero per una persona capace di discernimento (maggiorenne o minorenne). Esigenza di una richiesta personale e possibilità di sanare il vizio nel corso della procedura di prima istanza. Se nel corso della procedura di prima istanza il supposto richiedente l'asilo non si è mai presentato personalmente in Svizzera o all'estero dinanzi a un'autorità svizzera competente in materia d'asilo, non è accertato che abbia effettivamente voluto presentare una domanda d'asilo. Di conseguenza, non è possibile determinare se abbia partecipato in qualità di richiedente alla procedura di prima istanza e se abbia pertanto il diritto di ricorrere (consid. 4.3.2).

Der angebliche Vertreter, welcher mit Entscheid des Bundesamtes für Migration (BFM) vom 29. Januar 2010 unter Zuerkennung seiner Flüchtlingseigenschaft Asyl in der Schweiz erhielt, reichte mit Eingabe vom 22. Februar 2011 « im Auftrag » der Beschwerdeführerin – bei dieser handle es sich um seine sich seit Ende 2009 im Sudan aufhaltende Verlobte – ein Asylgesuch ein, ohne hierzu eine Vollmacht vorzulegen.

Das BFM erklärte mit Schreiben vom 21. März 2011 an den Vertreter die Anhandnahme des Asylgesuchs, den Verzicht auf die Durchführung einer Anhörung durch die Schweizerische Botschaft in Khartum und stattdessen die Durchführung des Verfahrens in schriftlicher Form. Gleichzeitig ersuchte das BFM den Vertreter um schriftliche Beantwortung von Fragen betreffend die Beschwerdeführerin (hinsichtlich Aufenthalte in Eritrea und im Sudan, Familienangehörige und Verwandte in Drittländern, Ausreisegründe) bis zum 11. April 2011. Dieser Aufforderung kam der Vertreter durch Antwortschreiben vom 28. März 2011 nach.

Das BFM verweigerte mit an den Vertreter adressierter Verfügung vom 5. Mai 2011 die Bewilligung der Einreise der Beschwerdeführerin in die Schweiz und lehnte das Asylgesuch ab. In der Begründung stellte es vorab fest, dass es sich um ein eigenständiges Asylgesuch aus dem Ausland im Sinne von Art. 20 des Asylgesetzes vom 26. Juni 1998 (AsylG, SR 142.31) handle und die Abklärung des rechtserheblichen Sachverhalts die Anwesenheit der Beschwerdeführerin nicht erfordere. In der Sache

selbst erwog das BFM im Wesentlichen, dass die Beschwerdeführerin aufgrund des zumutbaren weiteren Aufenthalts im Sudan den Schutz der Schweiz im Sinne von Art. 52 Abs. 2 AsylG nicht benötige.

Mit Eingabe an das Bundesverwaltungsgericht vom 1. Juni 2011 erhob der Vertreter für seine Verlobte Beschwerde gegen diese Verfügung. Darin beantragt er im Wesentlichen die Aufhebung des angefochtenen Entscheides, die Feststellung der Flüchtlingseigenschaft und die Gewährung des Asyls zugunsten der Beschwerdeführerin sowie eventualiter die Feststellung der Undurchführbarkeit des Wegweisungsvollzuges.

Mit Zwischenverfügung des Bundesverwaltungsgerichts vom 15. Juni 2011 wurde die Vorinstanz zur Einreichung einer Vernehmlassung und im Besonderen zur Beantwortung der Fragen eingeladen, ob und weshalb sie das Asylgesuch der Beschwerdeführerin als vertretungszugänglich erachtet und (bejahendenfalls) weshalb sie darüber hinaus auf die Einforderung einer Vertretungsvollmacht verzichtet und die Eintretensvoraussetzungen als erfüllt betrachtet hat.

Mit Vernehmlassung vom 21. Juni 2011 hält das BFM an seinen bisherigen Standpunkten und Erwägungen fest. Bezug nehmend auf den Inhalt der Zwischenverfügung räumt die Vorinstanz insbesondere ein, die Einforderung einer Vertretungsvollmacht irrtümlich unterlassen zu haben, wodurch vorliegend « der Vertreterin » aber kein Nachteil erwachsen sei.

Das Bundesverwaltungsgericht hebt die angefochtene Verfügung auf und weist die Sache an das BFM zurück zur Wiederaufnahme oder allenfalls Beendigung des erstinstanzlichen Asylverfahrens.

Aus den Erwägungen:

1.3 Die Beschwerde ist fristgerecht eingereicht und zumindest insoweit auch formgerecht, als sie Begehren, Begründung und Unterschrift des angeblichen Vertreters enthält. Auf die Beschwerde ist daher insofern einzutreten (Art. 105 und Art. 108 Abs. 1 AsylG; Art. 52 des Verwaltungsverfahrensgesetzes vom 20. Dezember 1968 [VwVG, SR 172.021]).

Vorliegend stellen sich indessen nicht nur Fragen hinsichtlich der Vertretungsbefugnis des keine Vertretungsvollmacht vorlegenden Vertreters, sondern bereits hinsichtlich der Vertretungszugänglichkeit eines Asylgesuchs und der Beschwerdelegitimation überhaupt. Mithin ist im Sinne der Legitimationsvoraussetzungen (Art. 48 Abs. 1 VwVG) zu klären, ob

die Beschwerdeführerin am Verfahren vor der Vorinstanz überhaupt teilgenommen hat, entsprechend durch die angefochtene Verfügung besonders berührt ist und somit ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung beziehungsweise Änderung haben kann. Diese Fragen werden in E. 4 unten zu erörtern sein.

2. (Ausführungen zur Frage des Prüfungsgegenstandes der Familienzusammenführung nach Art. 51 AsylG.)

3. Der Umstand, dass das Asylgesuch nicht entsprechend dem Wortlaut in Art. 19 Abs. 1 und Art. 20 AsylG bei einer schweizerischen Vertretung, sondern direkt beim BFM eingereicht wurde, ist nicht massgebend (vgl. in dieser Hinsicht die weiterhin Geltung beanspruchende Praxis der Schweizerischen Asylrekurskommission [ARK] in Entscheidungen und Mitteilungen der ARK [EMARK] 1997 Nr. 15 E. 2b, die sich zwar auf den damaligen Art. 13*a* AsylG bezieht, jedoch auch nach geltendem AsylG massgeblich bleibt). Insofern wurde daher das vorliegende Asylgesuch zu Recht als Asylgesuch aus dem Ausland anhand genommen.

4.

4.1 Die Bundesverfassung gewährleistet das Recht auf Vertretung als Teilgehalt des Anspruchs auf rechtliches Gehör (Art. 29 Abs. 2 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 [BV, SR 101]; ULRICH HÄFELIN/GEORG MÜLLER/FELIX UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 6. Aufl., Zürich 2010, Rz. 1704 mit Hinweisen). Für das Verwaltungsverfahren und damit auch für das Asylverfahren gilt Art. 11 VwVG, welche Bestimmung mittels Art. 37 des Verwaltungsgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (VGG, SR 173.32) und Art. 6 AsylG auch für das Asylbeschwerdeverfahren Anwendung findet. Gemäss Art. 11 Abs. 1 VwVG kann sich eine Partei, wenn sie nicht persönlich zu handeln hat, auf jeder Stufe des Verfahrens vertreten oder, soweit die Dringlichkeit einer amtlichen Untersuchung es nicht ausschliesst, verbeiständen lassen. Die Behörde kann den Vertreter auffordern, sich durch schriftliche Vollmacht auszuweisen (Art. 11 Abs. 2 VwVG). Solange die Partei die Vollmacht nicht widerruft, macht die Behörde ihre Mitteilungen an den Vertreter (Art. 11 Abs. 3 VwVG).

Beim angeblichen Verhältnis zwischen dem Vertreter und der Gesuchstellerin handelt es sich um eine gewillkürte Vertretung, zumal aus einem Verlöbnis kein gesetzliches Vertretungsrecht erwächst. Selbst das Eherecht könnte nicht in sinngemässer Anwendung zur Begründung einer ge-

setzlichen Vertretungsbefugnis herangezogen werden: Der diesbezüglich relevante Art. 166 des Schweizerischen Zivilgesetzbuchs vom 10. Dezember 1907 (ZGB, SR 210) stellt im Wortlaut und mangels anderslautender Auslegungsergebnisse in Literatur (vgl. PETER TUOR/BERNHARD SCHNYDER/JÖRG SCHMID/ALEXANDRA RUMO-JUNGO, Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, 13. Aufl., Zürich 2009, S. 326 f.; BERNHARD ISENRING/MARTIN A. KESSLER, in: Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I, 4. Aufl., Basel 2010, S. 990 ff.) und Praxis klar, dass es um eine (bloss unechte) Vertretung der ehelichen Gemeinschaft durch den einen oder anderen Ehepartner und einzig für familiäre Bedürfnisse geht (welche Solidarhaftung begründet), nicht aber um eine (echte) Vertretung des einen durch den anderen. Die gewillkürte Vertretung einer Partei durch einen frei bestimmten Dritten ist unter Vorbehalt des Erfordernisses des persönlichen Handelns jederzeit möglich. Die Rechtsbeziehungen zwischen dem gewillkürten Vertreter und dem Vertretenen werden grundsätzlich vom Privatrecht bestimmt (vorab durch Art. 32 ff. des Obligationenrechts vom 30. März 1911 [OR, SR 220]). Die Bestellung eines Vertreters erfolgt durch dessen Bevollmächtigung. Dabei handelt es sich um ein einseitiges empfangsbedürftiges Rechtsgeschäft, das dem Vertreter die Befugnis verschafft, den Vertretenen Dritten gegenüber zu vertreten. Die Wirkungen der Vertretung bestehen darin, dass die vom Vertreter im Namen der vertretenen Partei vorgenommenen Handlungen oder Unterlassungen unmittelbar für oder gegen die vertretene Partei gelten, wie wenn sie selbst gehandelt hätte. Der Umfang der Vertretungsbefugnis richtet sich nach der erteilten Vollmacht. Das verfassungsmässige Recht auf Vertretung (Art. 29 Abs. 2 BV) gilt nicht absolut. Eine Einschränkung ist unter Wahrung der Verhältnismässigkeit zulässig, wenn sachliche Gründe es rechtfertigen. So sind Verfahrenshandlungen von der Möglichkeit der Vertretung ausgenommen, die eine persönliche Mitwirkung des oder der Vertretenen erfordern, entweder weil es gesetzlich vorgeschrieben ist oder weil die Verfahrenshandlungen der Natur der Sache nach nur von ihm ausgehen können (vgl. zum Ganzen das in der Materie des Steuerrechts ergangene Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-4355/2007 vom 20. November 2009 E. 3 mit weiterführenden Hinweisen).

4.2 Festzustellen ist zunächst, dass der angebliche Vertreter im gesamten bisherigen Verfahren nie eine Vertretungsvollmacht vorgelegt hat und er hierzu vom BFM auch nie aufgefordert wurde. Das Fehlen wird vom BFM in seiner Vernehmlassung als Verfahrensmangel eingestanden und mit einem nicht näher konkretisierten Irrtum erklärt. Durch die

gleichzeitige Aussage, der « Vertreterin » sei dadurch aber kein Nachteil entstanden, stiftet die Vorinstanz einerseits Verwirrung und Unklarheit; anderseits gibt sie damit implizit zu verstehen, der Mangel sei aus ihrer Sicht jedenfalls nicht erheblich. Diese Argumentation ist nicht nachvollziehbar, geht es bei der Frage über die Vertretungsbefugnis doch nicht um die Gewichtung eines möglichen Nachteils, sondern vielmehr um die Prüfung der Verfahrensvoraussetzungen. Konkret geht es darum, ob das Stellen eines Asylgesuchs vertretungszugänglich ist.

4.3.

4.3.1 Das Bundesverwaltungsgericht hält vorab fest, dass die Beschwerdeführerin im ganzen bisherigen Verfahren und insbesondere im gesamten erstinstanzlichen Verfahren nie persönlich aufgetreten ist, sei dies beispielsweise als Verfasserin ihres eigenen Asylgesuchs, als Direktbeteiligte an einer Befragung oder Anhörung oder in anderer Weise. Vielmehr hat stets der Vertreter für sie gehandelt. Angesichts dessen und in Berücksichtigung des zuvor unter E. 4.2 Erwogenen sind nicht unerhebliche Zweifel angebracht, ob die Beschwerdeführerin überhaupt jemals als Asylgesuchstellerin an die schweizerischen Behörden herangetreten ist und – bejahendenfalls – ob die schriftlich geltend gemachten Verfolgungsgründe tatsächlich die ihrigen sind. Entsprechende Zweifel sind daher auch unter dem Aspekt eines potenziellen Missbrauchs des Asylrechts angebracht. Zu denken ist beispielsweise an die Möglichkeit, dass die sich Vertretungsbefugnis anmassenden Personen unter dem Titel Asyl in Umgehung der asylrechtlichen und ausländerrechtlichen Bestimmungen die Einreise von Ausländerinnen und Ausländern in die Schweiz erwirken könnten, ohne dass die ausländische Person überhaupt Verfolgungsgründe geltend zu machen gedenkt, geschweige denn hat.

4.3.2 Gemäss Art. 11 Abs. 1 VwVG kann sich eine Partei, wenn sie nicht persönlich zu handeln hat, auf jeder Stufe des Verfahrens vertreten lassen. Als Einschränkung sind, wie oben (E. 4.1) gesehen, Verfahrenshandlungen von der Möglichkeit der Vertretung ausgenommen, die eine persönliche Mitwirkung des oder der Vertretenen erfordern, entweder weil es gesetzlich vorgeschrieben ist (z. B. die Anhörung zu den Asylgründen nach Art. 29 AsylG) oder – etwa betreffend die Mitwirkung bei daktyloskopischen Erhebungen – weil die Verfahrenshandlungen der Natur der Sache nach nur von ihm ausgehen können.

Gemäss langjähriger asylrechtlicher Praxis gilt die Einreichung eines Asylgesuches als sogenannt « relativ höchstpersönliches Recht » (vgl. EMARK 1996 Nr. 5). Als höchstpersönliches Recht steht es einer Person

um ihrer selbst Willen, zum Schutz ihrer Grundrechte zu und kann gemäss Art. 19 Abs. 2 ZGB von einer urteilsfähigen unmündigen Person allein, ohne Zustimmung ihres gesetzlichen Vertreters, ausgeübt werden (vgl. EMARK 1996 Nr. 3 E. 2c, EMARK 1996 Nr. 4 E. 2d, EMARK 1996 Nr. 5 E. 4b). Die Ausübung eines höchstpersönlichen Rechts setzt somit lediglich die Urteilsfähigkeit, nicht aber die Mündigkeit einer für sich selbst handelnden Person voraus. Als « relativ höchstpersönliches Recht » lässt das Stellen eines Asylgesuches indessen (im Gegensatz zu den sogenannt « absolut höchstpersönlichen Rechten ») eine Vertretung insofern zu, als für eine urteilsunfähige Person ein Asylgesuch auch durch ihren gesetzlichen Vertreter eingereicht werden kann (vgl. EMARK 1996 Nr. 4 E. 2d, EMARK 1996 Nr. 5 E. 4c–e). Demgegenüber verpflichtet ein höchstpersönliches Recht – sei dieses nun relativer oder absoluter Natur – dessen urteilsfähigen unmündigen Träger grundsätzlich auch, dieses selbständig, also ohne Hilfe eines allfälligen gesetzlichen Vertreters, geltend zu machen (vgl. bspw. HEINZ HAUSHEER/REGINA E. AEBI-MÜLLER, Das Personenrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, 2. Aufl., Bern 2008, Rz. 07.24 S. 68). Dies muss somit erst recht auf urteilsfähige Mündige zutreffen.

Angesichts des Gesagten setzt die Initiierung eines Asylverfahrens aus dem Ausland durch die urteilsfähige (mündige oder unmündige) Person prinzipiell einen persönlichen Antrag derselben voraus (so im Grundsatz auch Urteil des Bundesverwaltungsgerichts D–239/2010 vom 4. Juni 2010 E. 3, Urteil des Bundesverwaltungsgerichts E–1147/2010 vom 5. März 2010 S. 6 f., Urteil des Bundesverwaltungsgerichts D–591/2009 vom 24. Februar 2009 E. 4 oder Urteil des Bundesverwaltungsgerichts E–490/2009 vom 23. Februar 2009 S. 5 f.). Fehlt ein solcher, ist eine Mangelbehebung indes nicht zwangsläufig ausgeschlossen. Eine Heilung kann beispielsweise dadurch erfolgen, dass der Inhalt eines vertretungsweise eingereichten Asylgesuchs anlässlich einer mündlichen Anhörung oder durch Einreichung einer persönlich verfassten oder zumindest unterzeichneten Stellungnahme zum Fragenkatalog des BFM im Falle des Verzichts auf eine Befragung bestätigt wird. So würde es stossend erscheinen, wenn Personen, die sich im Zustand schwerer Krankheit oder Todesgefahr befinden, das Stellen eines Asylgesuchs durch einen Vertreter aufgrund des abstrakten Kriteriums mangelnder Höchstpersönlichkeit verwehrt wäre. Auch in solchen Konstellationen ist aber zwingend eine spätere Heilung des Mangels vor Ergehen eines erstinstanzlichen Asylentscheides nötig, beispielsweise mittels persönlicher « Absegnung » des seitens Dritter eingereichten Asylgesuchs durch den

Gesuchsteller vor der Asylbehörde nach dessen Entkommen aus der Todesgefahr. Im vorliegenden Fall ist die Beschwerdeführerin aber im ganzen bisherigen Verfahren und insbesondere im gesamten erstinstanzlichen Verfahren nie in irgendeiner Weise persönlich vor einer schweizerischen Asylbehörde im In- oder Ausland aufgetreten. Somit steht für das Bundesverwaltungsgericht aufgrund der sich präsentierenden Aktenlage nicht fest, ob sie überhaupt ein ihrer Intention entsprechendes Asylgesuch stellen wollte und will. Damit bleibt zudem unklar, ob sie selber überhaupt als Gesuchstellerin am vorinstanzlichen Verfahren teilgenommen hat und dadurch die Legitimationsvoraussetzungen (Art. 48 Abs. 1 VwVG) zur Beschwerdeführung erfüllt. Die angefochtene Verfügung hätte aufgrund des sich in jenem Zeitpunkt präsentierenden Abklärungsstandes hinsichtlich der Erfüllung der Verfahrensvoraussetzungen nicht ergehen dürfen und ist daher aufzuheben. Es bleibt dem BFM überlassen, über das weitere Vorgehen zu befinden; das heisst, es hat zu entscheiden, ob es das Asylverfahren unter Behebung der festgestellten Mängel wieder aufzunehmen und gegebenenfalls einer neuen Entscheidung zuzuführen gedenkt oder ob es dem angeblichen Vertreter eine Mitteilung betreffend die Nichtanhandnahme des Asylgesuchs infolge fehlender höchstpersönlicher Einreichung zu machen hat.

4.3.3 Aus dem Erwogenen wird nunmehr klar, dass sich die nachgelagerte Frage, ob der angebliche Vertreter überhaupt zur Beschwerdeführung vor dem Bundesverwaltungsgericht befugt ist, vorliegend gar nicht stellt. Dementsprechend hatte das Bundesverwaltungsgericht keine Veranlassung, eine gültige Vollmacht nachzufordern, denn deren Nachreichung hätte den Mangel eines nicht höchstpersönlichen Auftretens der Beschwerdeführerin im Zusammenhang mit ihrem erstinstanzlichen Asylgesuch nicht beheben können.

4.4 Zusammenfassend ist festzustellen, dass das BFM die Höchstpersönlichkeit des Rechts zum Stellen eines Asylgesuchs verkennt und – unbesehen der ungenügend abgeklärten Vertretungsbefugnis des angeblichen Vertreters – mithin eine Verfügung erlassen hat, die mangels zureichender Prüfung der Verfahrensvoraussetzungen nicht hätte ergehen dürfen.