



Abteilung IV
D-3880/2007
spn/wer
{T 0/2}

Urteil vom 27. September 2007

Mitwirkung: Richterin Nina Spälti Giannakitsas, Richterin Therese Kojic,
Richter Thomas Wespi
Gerichtsschreiber Patrick Weber

X. _____, geboren _____, Tunesien,
vertreten durch Ruadi Thöni, Rechtsanwalt, _____,

Beschwerdeführer

gegen

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

Vorinstanz

betreffend

Verfügung vom 2. Mai 2007 i.S. Asyl / N _____

Das Bundesverwaltungsgericht stellt fest:

- A. Der Beschwerdeführer verliess seinen Heimatstaat nach eigenen Angaben im Jahre 1992 auf dem Luftweg Richtung damaliger Tschechoslowakei. Nach einem mehrmonatigen Aufenthalt in Österreich reiste er nach Italien. Von dort aus gelangte er am 20. November 2002 in die Schweiz, wo er am 25. November 2002 ein Asylgesuch stellte. Am 27. November 2002 wurde er im Empfangszentrum _____ summarisch befragt.
- B. Anlässlich der dortigen Befragung machte der Beschwerdeführer im Wesentlichen geltend, seit 1987 oder 1988 in Tunesien mit der regierungsfeindlichen Ennahda-Bewegung sympathisiert zu haben. Er habe an deren Versammlungen teilgenommen, aber keine weiteren Aktivitäten zugunsten der Bewegung ausgeführt. Er sei wiederholt für einige Tage auf Polizeiposten festgehalten und geschlagen worden. In Italien habe er die letzten sechs bis acht Jahre in _____ (Italien) mit ungeregeltem Status gelebt. Er habe Kleider auf dem Markt verkauft. Bereits im Jahre 1993 sei er aufgefordert worden, Italien zu verlassen. Einem 1998 gestellten Antrag auf Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung sei nicht entsprochen worden. Im Januar 2002 sei er durch das Militärgericht in _____ (Tunesien) zu einer Gefängnisstrafe von zehn Jahren verurteilt worden. Die tunesischen Behörden hätten ihn zuhause wiederholt gesucht. Vor einigen Monaten sei ein Versuch der italienischen Behörden, ihn nach Tunesien auszuschaffen, fehlgeschlagen. Da er nach wie vor befürchte, durch die italienischen Behörden in sein Heimatland ausgeschafft zu werden, sei er in die Schweiz weitergeflohen.

Als Beweismittel gab der Beschwerdeführer eine Fax-Kopie des erwähnten Urteils des tunesischen Militärgerichts zu den Akten.

- C. Am _____ lehnten die italienischen Behörden das von der Schweiz gestellte Ersuchen um Rückübernahme des Beschwerdeführers ab. Einem bei den deutschen Behörden gestellten entsprechenden Ersuchen wurde am _____ ebenfalls nicht entsprochen.
- D. Am 7. Februar 2003 wurde der Beschwerdeführer durch die kantonale Behörde angehört. Dabei erwähnte er gesundheitliche Probleme. Sein Heimatland habe er am 17. Mai 1992 verlassen. Er sei wegen der im Januar 2002 im Heimatland erfolgten gerichtlichen Verurteilung in die Schweiz weitergeflohen. Bereits zuvor hätten ihn die tunesischen Behörden wiederholt zuhause gesucht. Im Falle seiner Rückkehr müsse er ins Gefängnis und um sein Leben fürchten. Auf einen entsprechenden Vorhalt räumte der Beschwerdeführer ferner ein, Tunesien zum ersten Mal bereits früher als angegeben verlassen zu haben und 1989 von der Schweiz mit einem Einreiseverbot belegt worden zu sein.
- E. In der Folge gelangte das Bundesamt an die Schweizerische Vertretung in Tunis und ersuchte um Abklärungen vor Ort. Deren Ergebnis, welches bei der Vorinstanz am _____ einging, bestätigte im Wesentlichen die Vorbringen des Beschwerdeführers. Er sei im Heimatland gerichtlich verurteilt worden und werde aus politischen Gründen behördlich gesucht.
- F. Am _____ entsprach die Schweiz einem Rückübernahmeersuchen der

französischen Behörden hinsichtlich des Beschwerdeführers.

- G. Ein erneutes Gesuch der Schweiz um Rückübernahme des Beschwerdeführers bei den italienischen Behörden wurde am _____ negativ entschieden.
- H. Am 3. Oktober 2005 ging bei der Vorinstanz ein den Beschwerdeführer betreffendes Arztzeugnis vom 18. August 2005 samt einem Begleitschreiben der Aufenthaltsgemeinde des Beschwerdeführers ein. Diese Unterlagen reichte der Beschwerdeführer am 8. März 2006 mit einem italienischsprachigen Begleitschreiben nochmals ein.
- I. Am _____ heiratete der Beschwerdeführer in _____ eine in der Schweiz niedergelassene _____ (ausländische Staatsangehörige). Daraufhin gab ihm die Vorinstanz mit Schreiben vom 10. Juli 2006 in Anbetracht des allfälligen Anspruchs auf Erteilung einer fremdenpolizeilichen Aufenthaltsbewilligung in der Schweiz Gelegenheit, sein Asylgesuch vom 25. November 2002 zurückzuziehen. Der Beschwerdeführer hielt mit schriftlicher Erklärung vom 20. Juli 2006 an seinem Asylgesuch fest.
- J. Mit Schreiben vom 8. August 2006 teilte die Vorinstanz dem Beschwerdeführer mit, gemäss Meldung der zuständigen Behörde seines Aufenthaltskantons _____ sei er nicht bereit, nach _____, wo seine Ehefrau lebe, umzuziehen. Das BFM ersuchte ihn deshalb um Mitteilung innert Frist, ob er beabsichtige, zu seiner Ehefrau zu ziehen, oder ob diese in seinen aktuellen Aufenthaltskanton umziehe. Der Beschwerdeführer liess sich in der Folge innert angesetzter Frist nicht vernehmen.
- K. Am _____ wurde der Beschwerdeführer auf Ersuchen der italienischen Justizbehörden in der Schweiz festgenommen.
- L. Mit Schreiben vom 5. und 16. Oktober 2006 ersuchten die (damaligen) Vertreter des Beschwerdeführers die Vorinstanz um Akteneinsicht.
- M. Mit Schreiben vom 23. Oktober 2006 teilte das BFM dem damals hinsichtlich Asylrecht mandatierten Vertreter des Beschwerdeführers mit, die beantragte Akteneinsicht werde nach Abschluss des Instruktionsverfahrens gewährt. In der Folge legte der erwähnte Vertreter sein Mandat nieder.
- N. Mit Eingabe vom 13. November 2006 erneuerte beziehungsweise modifizierte der nunmehr alleinige Vertreter des Beschwerdeführers sein Akteneinsichtsgesuch beim BFM.
- O. Mit Zwischenverfügung vom 24. November 2006 entsprach das BFM dem Gesuch vom 13. November 2006 teilweise.
- P. Mit Entscheid vom _____ bewilligte das Bundesamt für Justiz (BJ) die Auslieferung des Beschwerdeführers an Italien für die dem Auslieferungsersuchen der italienischen Botschaft in Bern vom _____ zugrunde liegende (einmalige) Teilnahme an der im August 2004 begangenen Fälschung von Aufenthaltsbewilligungen. Für allfällig darüber hinaus gehende Vorwürfe (namentlich Mitgliedschaft bei einer terroristischen Organisation, mehrfacher beziehungsweise regelmässiger Handel mit gefälschten Ausweisschriften) wurde die Auslieferung abgewiesen.

- Q. Am _____ wies das Bundesstrafgericht den gegen den obenstehend erwähnten Entscheid eingereichten Rekurs des Beschwerdeführers vom _____ ab. Am 12. April 2007 wurde der Beschwerdeführer nach Italien ausgeliefert.
- R. Mit Verfügung vom 2. Mai 2007 wies die Vorinstanz das Asylgesuch vom 25. November 2002 gestützt auf Art. 52 Abs. 2 des Asylgesetzes vom 26. Juni 1998 (AsylG, SR 142.31) ab. Zur Begründung führte das BFM aus, der Beschwerdeführer sei im Rahmen des rechtskräftig abgeschlossenen Auslieferungsverfahrens den italienischen Behörden überstellt worden. Italien sei als Signatarstaat an die relevanten flüchtlingsrechtlichen Bestimmungen gebunden. Da sich der Beschwerdeführer nun dort aufhalte, sei ihm zuzumuten, den Schutz eines Drittstaates - beispielsweise Italiens - in Anspruch zu nehmen. Im Weiteren gewährte die Vorinstanz dem Vertreter des Beschwerdeführers Akteneinsicht.
- S. Mit Eingabe seines Vertreters vom 4. Juni 2007 beantragte der Beschwerdeführer beim Bundesverwaltungsgericht die Aufhebung des vorinstanzlichen Entscheids und die Asylgewährung. Eventualiter sei die Sache ans BFM zur Neuurteilung zurückzuweisen. Es sei ihm die Wiedereinreise in die Schweiz zu bewilligen. In diesem Zusammenhang sei die Ausstellung eines Visums durch die zuständige Behörde zu veranlassen. Ferner beantragte der Beschwerdeführer die Einräumung einer Nachfrist zur ergänzenden Beschwerdebegründung, den Beizug der Akten seines Auslieferungsverfahrens und die Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege (Art. 65 Abs. 1 und 2 des Bundesgesetzes vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren [VwVG, SR 172.021]). Zur Begründung führte der Vertreter aus, dass sich der Beschwerdeführer gemäss Auskunft seiner in der Schweiz niedergelassenen Ehefrau offenbar nicht mehr in _____ (Italien) in Haft befinde. Es sei ihm aber verboten, _____ zu verlassen, und er unterliege einer Meldepflicht vor Ort. Jedenfalls verfüge er in Italien über kein Bleiberecht und könne auch kein solches erlangen. Betreffend das italienische Verfahren stellte der Vertreter des Beschwerdeführers Beweismittel in Aussicht. Aufgrund der dargelegten Situation sei Frist zur Beschwerdeergänzung zu gewähren. Der Beschwerdeführer sei im Übrigen schwer krank und habe die Schweiz nicht freiwillig verlassen. Unmittelbar nach Abschluss des gestützt auf die Auslieferung erfolgten Verfahrens beziehungsweise der Aufhebung der dortigen Zwangsmassnahmen sei ihm daher die Wiedereinreise in die Schweiz zu gestatten. Auf die Pflicht der schweizerischen Behörden, dem Beschwerdeführer nach Abschluss des Strafverfahrens in Italien die Wiedereinreise - vorbehältlich einer zwischenzeitlich rechtskräftigen Abweisung des Asylgesuchs - zu gestatten, sei auch im Beschwerdeentscheid des Bundesstrafgerichts vom _____ ausdrücklich hingewiesen worden. Bei der vorliegenden speziellen Situation (unfreiwilliges Verlassen der Schweiz und unfreiwilliger Aufenthalt in Italien) komme der vom BFM für die Abweisung des Asylgesuchs angerufene Art. 52 Abs. 2 AsylG gar nicht zur Anwendung. Jede andere Sichtweise würde zum stossenden Resultat führen, dass die Bewilligung der Auslieferung an einen Drittstaat immer auch zu einer Abweisung des Anspruchs auf Asyl beziehungsweise des Anspruchs auf materielle Prüfung des Asylgesuchs führen würde. Ferner sei dem Beschwerdeführer nicht zuzumuten, sich in Italien oder einem weiteren Drittstaat um Aufnahme zu bemühen. So verfüge er über eine vorrangige und starke Beziehung zur Schweiz, wo er sich seit rund viereinhalb Jahren aufhalte. Er sei mit einer in der Schweiz geborenen und niedergelassenen Frau

verheiratet. In Italien halte er sich unfreiwillig erst seit dem 12. April 2007 wieder auf. Bei seinem früheren dortigen Aufenthalt sei ihm keine Aufenthaltsbewilligung erteilt worden. Vielmehr hätten die italienischen Behörden versucht, ihn im Jahre 2002 widerrechtlich nach Tunesien zurückzuschaffen. Unter diesen Umständen sei es illusorisch, davon auszugehen, er könne in Italien eine Aufenthaltsbewilligung erlangen. Dies auch deshalb, weil ihn die italienischen Behörden der Mitgliedschaft in einer terroristischen Vereinigung verdächtigten und seine Rückübernahme Ende 2002 abgelehnt hätten. Im Falle der Rückkehr in sein Heimatland sei er indes einer asylrelevanten politischen Verfolgung ausgesetzt. Dies hätten offenbar auch die vom Bundesamt veranlassten Abklärungen vor Ort ergeben. In besagte und weitere Akten sei aber nicht rechtsgenügend Einsicht gewährt worden. Eine nachträgliche Edition sei zu gewähren. Hinsichtlich des Eventualantrags (Kassation) wurde ausgeführt, dass dem Vertreter des Beschwerdeführers zur Anwendung von Art. 52 Abs. 2 AsylG kein vorgängiges rechtliches Gehör gewährt worden sei.

Der Eingabe lagen als Beweismittel der Auslieferungsentscheid des BJ vom _____, der Entscheid des Bundesstrafgerichts vom _____, zwei Arztzeugnisse vom 29. September beziehungsweise 23. Oktober 2006, Unterlagen bezüglich der finanziellen Situation des Beschwerdeführers, ein Auszug aus dem Eheregister, das Auslieferungsbegehren der italienischen Botschaft in Bern vom _____ samt Haftbefehl des Bezirksgerichts _____ (Italien) vom _____ und Pressematerial (alle Dokumente in Kopie) bei.

- T. Mit Zwischenverfügung des Bundesverwaltungsgerichts vom 14. Juni 2007 wurde die aufschiebende Wirkung der Beschwerde festgestellt. Der Antrag auf Ansetzung einer Nachfrist zwecks Beschwerdeergänzung wurde unter Hinweis auf Art. 32 Abs. 2 VwVG abgewiesen. Der Antrag auf Beizug der Akten des Auslieferungsverfahrens des Beschwerdeführers wurde ebenfalls abgewiesen. Das Bundesverwaltungsgericht wies die Vorinstanz an, dem Beschwerdeführer Einsicht in gewisse Verfahrensakten zu gewähren. Das Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege gemäss Art. 65 Abs. 1 und 2 VwVG wurde gutgeheissen und auf die Erhebung eines Kostenvorschusses verzichtet. Rechtsanwalt Thöni wurde als unentgeltlicher Rechtsbeistand eingesetzt.
- U. Mit Vernehmlassung vom 20. Juni 2007 hielt das Bundesamt an seiner Verfügung vollumfänglich fest und beantragte ohne detaillierte Erwägungen die Abweisung der Beschwerde. Gleichzeitig wies es auf die gewährte Akteneinsicht im Sinne der Zwischenverfügung des Bundesverwaltungsgerichts vom 14. Juni 2007 hin.
- V. Im Rahmen des eingeräumten Replikrechts beantragte der Beschwerdeführer mit Eingabe vom 13. Juli 2007, die Vorinstanz sei ohne Verzug anzuweisen, ihm für die Dauer des Asylverfahrens einen N-Ausweis auszustellen, und es sei festzustellen, dass es ihm nicht zugemutet werden könne, den Asylentscheid in Italien abzuwarten, weshalb die Vorinstanz überdies anzuweisen sei, ihm ohne Verzug eine ausdrückliche Ermächtigung zu erteilen, die Schweiz während des hängigen Asylverfahrens zweimal wöchentlich zwecks Erfüllung der ihm durch das Strafgericht Mailand auferlegten Meldepflicht zu verlassen. Zur Begründung machte er geltend, das in Italien eingeleitete Strafverfahren daure zwar länger als erwartet. Die ihm auferlegte Meldepflicht sei indes gemäss Haftverfügung des Strafgerichts _____

(Italien) vom _____ von drei- auf zweimal wöchentlich reduziert worden. Überdies sei ihm die Ausreise in die Schweiz nicht untersagt worden. Er halte sich wieder an seiner vormaligen Adresse in _____ auf. Anlässlich der bereits erfolgten Einreisen in die Schweiz sei er aber durch die Grenzbehörden wiederholt angehalten und zurückgewiesen worden, da er über keinen N-Ausweis verfüge. Dies sei für den psychisch angeschlagenen Beschwerdeführer eine unhaltbare rechtlose Situation. Im Weiteren sei das eingereichte tunesische Strafurteil vom 11. Januar 2002 aufgrund der Mittellosigkeit des Beschwerdeführers von Amtes wegen zu übersetzen. Ferner sei die Frist zur Stellungnahme um zwei Wochen zu erstrecken. Der Beschwerdeführer weile zwar mittlerweile wieder grundsätzlich in der Schweiz; wegen der geschilderten Umstände sei aber die Kommunikation mit ihm erschwert. Zudem müssten umfangreiche Akten aus Italien noch ausgewertet werden. Im Sinne einer summarischen Stellungnahme könne bereits jetzt festgehalten werden, dass sich der Beschwerdeführer aktuell wieder rechtmässig in der Schweiz aufhalte und einzig aufgrund des Auslieferungsentscheids verpflichtet sei, sich zweimal wöchentlich in _____ (Italien) zu melden. Dort verfüge er aber über kein Bleiberecht. Vielmehr sei Italien aktenkundig nicht bereit, ihn wieder aufzunehmen. So sei er mit Beschluss der Prefäktur von _____ (italienische Behörde) vom _____ ohne Prüfung seiner Asylgründe aus Italien weggewiesen worden. Ende Mai 2002 hätten die italienischen Behörden nach zweiwöchiger Ausschaffungshaft gar versucht, ihn nach Tunesien auszuschaffen. Schliesslich müsse die in den Fedpol-Berichten enthaltene Verunglimpfung des Beschwerdeführers als radikaler Islamist der ersten Stunde und als Kommunikator zwischen der jungen und der alten Generation von Dihadisten entschieden zurückgewiesen werden. Bezeichnenderweise hätten ihm trotz zweijähriger Observation durch die Fedpol keine strafrechtlich relevanten Handlungen nachgewiesen werden können beziehungsweise er sei solcher gar nicht verdächtigt worden. Durch die erwähnten Berichte werde die Unschuldsvermutung mit Füßen getreten. Der Eingabe lagen die Haftverfügung eines _____ (italienischen) Gerichts vom _____ samt Weisung der Gerichtspolizei, ein den Beschwerdeführer betreffendes Arztzeugnis vom 22. Juni 2007 und zwei Verfügungen der _____ (italienische Behörde) vom _____ (sämtliche Dokumente in Kopie) bei.

- W. Mit Instruktionsverfügung vom 19. Juli 2007 wies das Bundesverwaltungsgericht den Antrag auf amtliche Übersetzung des tunesischen Strafurteils vom 11. Januar 2002 ab. Die Frist zur erneuten Stellungnahme und Nachreichung allfälliger Beweismittel wurde erstreckt. Hinsichtlich des Entscheids über die Anträge bezüglich Anweisungen an die Vorinstanz (aufenthaltsrechtliche Situation des Beschwerdeführers) wurde auf einen späteren Zeitpunkt verwiesen.
- X. Mit Eingabe vom 8. August 2007 hielt der Vertreter des Beschwerdeführers im Sinne einer nochmaligen Klarstellung fest, dass sich sein Mandant auf "freiem Fuss" befinde. Er halte sich rechtmässig in der Schweiz auf und unterliege einzig der Pflicht, sich zweimal wöchentlich bei den Behörden in _____ (Italien) zu melden. Sein Aufenthaltsrecht als Asylsuchender und damit sein Wohnsitz in der Schweiz seien dadurch nicht grundsätzlich tangiert. Der Eingabe lag eine weitere Haftverfügung des erwähnten Gerichts in _____ (Italien) vom _____ in Kopie bei.

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 VwVG, sofern keine Ausnahme nach Art. 32 VGG vorliegt. Als Vorinstanzen gelten die in Art. 33 und 34 VGG genannten Behörden. Dazu gehören Verfügungen des BFM gestützt auf das Asylgesetz; das Bundesverwaltungsgericht entscheidet in diesem Bereich endgültig (Art. 105 AsylG; Art. 83 Bst. d Ziff. 1 des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 [BGG, SR 173.110]).
 - 1.2 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).
2. Die Beschwerde ist form- und fristgerecht eingereicht; der Beschwerdeführer ist legitimiert (Art. 6 AsylG i.V.m. Art. 48 Abs. 1 und Art. 50 ff. VwVG). Auf die Beschwerde ist mithin einzutreten.
3. Die Vorinstanz hat das Asylgesuch des Beschwerdeführers vom 25. November 2002 am 2. Mai 2007 gestützt auf Art. 52 Abs 2 AsylG ohne materielle Prüfung der Flüchtlingseigenschaft abgewiesen. Den Asylbehörden kommt bei der Anwendung dieser Bestimmung ein weiter Ermessensspielraum zu. Neben der erforderlichen Gefährdung im Sinne von Art. 3 AsylG sind namentlich die Beziehungsnähe zur Schweiz und zu anderen Staaten, die Möglichkeit der Schutzgewährung durch einen anderen Staat, die praktische Möglichkeit und objektive Zumutbarkeit einer anderweitigen Schutzsuche sowie die voraussichtlichen Eingliederungs- und Assimilationsmöglichkeiten in Betracht zu ziehen. Ausschlaggebend ist mit anderen Worten die Schutzbedürftigkeit der betreffenden Person, das heisst die Beantwortung der Fragen, ob eine Gefährdung im Sinne von Art. 3 AsylG glaubhaft erscheint und ob der betreffenden Person - ohne nähere Prüfung einer allfälligen Gefährdung im Sinne von Art. 3 AsylG - zuzumuten ist, sich in einem anderen Staat um Aufnahme zu bemühen (vgl. zum Ganzen Entscheidungen und Mitteilungen der Schweizerischen Asylrekurskommission/EMARK 1997 Nr. 15, 2004 Nr. 20 und Nr. 21 sowie 2005 Nr. 19).
4.
 - 4.1 Das Prinzip von Treu und Glauben, das gemäss Art. 5 Abs. 3 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV, SR 101) als allgemeiner Grundsatz rechtsstaatlichen Handelns gilt und dem darüber hinaus nach Art. 9 BV Grundrechtscharakter zukommt, gebietet ein loyales und vertrauenswürdiges Verhalten im Rechtsverkehr (vgl. ANDREAS AUER/GIORGIO MALINVERNI/MICHEL HOTTELIER, *Droit constitutionnel suisse*, Bd. II, 2. Aufl., Bern 2006, N 1159 ff.; YVO HANGARTNER, in: Ehrenzeller/Mastronardi/Schweizer/Vallender [Hrsg.], *Die schweizerische Bundesverfassung, Kommentar*, Zürich u.a. 2002, N 39 zu Art. 5 BV; ULRICH HÄFELIN/GEORG MÜLLER/FELIX UHLMANN, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 5. Aufl., Zürich 2006, N 622; ELISABETH CHIARIELLO, *Treu und Glauben als Grundrecht nach Art. 9 der schweizerischen Bundesverfassung*, Bern 2004, S. 224 ff.; RENÉ

RHINOW, Grundzüge des Schweizerischen Verfassungsrechts, Basel u.a. 2003, N 1788 ff. u. 2397 ff.). In Konkretisierung dieses allgemeinen Verhaltensgebots umfasst der Anspruch auf rechtliches Gehör, welcher auch im Asylverfahren Anwendung findet (vgl. Art. 6 AsylG), im weiten Sinn das Recht einer Person, in einem verwaltungsrechtlichen Verfahren mit seinen Begehren angehört zu werden, Akteneinsicht zu erhalten und zu den für den Entscheid wesentlichen Punkten (vorgängig) Stellung nehmen zu können.

- 4.2 Der Beschwerdeführer beantragt die Kassation der angefochtenen Verfügung. Begründet wird dieses - zu Unrecht als Eventualantrag gestellte Begehren - mit der Tatsache, dass dem Vertreter des Beschwerdeführers das rechtliche Gehör zur Anwendung von Art. 52 Abs. 2 AsylG wegen der erfolgten Ausschaffung seines Mandanten nicht vorgängig gewährt worden sei. Dadurch liege eine nicht heilbare Gehörsverletzung vor.

Diese Einschätzung kann mit gewissen Vorbehalten grundsätzlich geteilt werden. Entgegen der Ansicht des Beschwerdeführers ist zwar nicht zwingend erforderlich, dass sich der Betroffene freiwillig in ein Drittland begeben hat beziehungsweise sich dort aufhält, damit Art. 52 Abs. 2 AsylG überhaupt zur Anwendung kommt. Andererseits stellt die Auslieferung an einen Drittstaat im Rahmen eines strafrechtlichen Verfahrens zweifellos einen Tatbestand dar, welcher beim Gesetzgeber im Rahmen der Legiferierung der genannten Bestimmung nicht im Vordergrund gestanden ist. Jedenfalls war die Beendigung des Asylverfahrens in der Schweiz gestützt auf Art. 52 Abs. 2 AsylG für den in Italien weilenden Beschwerdeführer respektive seinen Vertreter kaum voraussehbar. Dies umso weniger, als der Beschwerdeführer sich nunmehr jahrelang in der Schweiz aufgehalten hat und seine Ehefrau mit einer Niederlassungsbewilligung in der Schweiz lebt. Bereits aus diesem Grund sowie in Berücksichtigung der langen Dauer des erstinstanzlichen Verfahrens wäre das BFM gehalten gewesen, dem Vertreter des Beschwerdeführers vor Abschluss des Verfahrens Gelegenheit einzuräumen, zur beabsichtigten Anwendung von Art. 52 Abs. 2 AsylG Stellung zu nehmen beziehungsweise sich zur aktuellen Entwicklung des Falles vernehmen zu lassen. Diese Unterlassung ist in Berücksichtigung der Fallumstände als gravierend zu bezeichnen. Im Weiteren wird im angefochtenen Entscheid festgehalten, der Beschwerdeführer halte sich nun in Italien auf. Dieses Land sei Signatarstaat der Flüchtlingskonvention und respektiere die entsprechenden Bestimmungen. Demzufolge könne vom Beschwerdeführer erwartet werden, dass er sich um den Schutz eines Drittstaates - beispielsweise Italiens, wo er sich ohne Gefährdung aufhalte - bemühe. Diese Begründung ist als äusserst rudimentär zu bezeichnen. Insbesondere im Hinblick auf den weiten Ermessensspielraum bei der Anwendung dieser Bestimmung ist es unabdingbar, dass die Überlegungen der Vorinstanz in der Begründung ihren Niederschlag finden. Angesichts des langen Aufenthaltes des Beschwerdeführers in der Schweiz und der Heirat mit einer hier niedergelassenen _____ (ausländische Staatsbürgerin) hätten Ausführungen zur Beziehungsnähe zur Schweiz und zu anderen Staaten oder zur Möglichkeit und objektiven Zumutbarkeit einer anderweitigen Schutzsuche zwingend erfolgen müssen. Ohne Angaben dazu, welche Überlegungen die Vorinstanz zum angefochtenen Entscheid leiteten, ist weder die korrekte Beschwerdeerhebung,

noch die Überprüfung durch die Beschwerdeinstanz möglich. Vor diesem Hintergrund ist von einer Verletzung der Begründungspflicht beziehungsweise des rechtlichen Gehörs auszugehen.

- 4.3 Eine Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör führt in der Regel zur Aufhebung des angefochtenen Hoheitsakts ohne Rücksicht darauf, ob Letzterer bei korrekter Gewährung des rechtlichen Gehörs anders ausgefallen wäre, zumal eine solche Betrachtungsweise dem formellen Charakter des Gehörsanspruchs widerspräche (vgl. u.a. EMARK 1999 Nr. 20 S. 131 und 1998 Nr. 34 S. 292). Gemäss Praxis des Bundesgerichts besteht indes die Möglichkeit, dass die Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör durch die untere Instanz im Beschwerdeverfahren geheilt wird, wenn die Rekursinstanz mit gleicher Kognition entscheidet und den Betroffenen die gleichen Mitwirkungsrechte zustehen (vgl. BGE 116 Ia 95 f.; 110 Ia 82 E. d). Dabei können insbesondere prozessökonomische Überlegungen eine Rolle spielen. Gemäss Praxis der ARK, welche in diesem Punkt ihre Gültigkeit beibehalten hat, sollte auf eine Kassation indes nur dann verzichtet werden, wenn die Gehörsverletzung für den Betroffenen keinen schweren Nachteil bedeutet beziehungsweise ihn nicht in schwerer Weise trifft.
- 4.4 Vorliegend erscheint eine Heilung der Gehörsverletzung unter Würdigung sämtlicher Umstände nicht als gerechtfertigt. Zwar verfügt die Beschwerdeinstanz vorliegend über die gleiche Kognition wie die Vorinstanz. Auch konnte der Beschwerdeführer im Rahmen des Instruktionsverfahrens zur Frage der Anwendbarkeit von Art. 52 Abs. 2 AsylG ausführlich Stellung nehmen. Hingegen hat die Vorinstanz es auch im Rahmen des Vernehmlassungsverfahrens unterlassen, die entscheidleitenden Überlegungen genügend darzustellen, weshalb sich bereits deshalb eine Heilung kaum rechtfertigen liesse. Schliesslich ist aber auch darauf hinzuweisen, dass geltend gemacht wird, im Laufe des durch die erforderliche nachträgliche Gewährung von Akteneinsicht ausführlichen Instruktionsverfahrens habe sich der Sachverhalt verändert. Gemäss den Angaben seines Vertreters sei der Beschwerdeführer in Italien bereits wieder aus der Haft entlassen worden. Im Rahmen der ihm auferlegten Meldepflicht müsse er wöchentlich zweimal bei den Behörden in _____ (Italien) vorstellig werden. Ansonsten habe er aktuell keine Verpflichtungen gegenüber dem italienischen Staat und habe das Land legal verlassen können. Demnach wird sich im wiederaufzunehmenden erstinstanzlichen Verfahren zweifellos die Frage des aktuellen Wohnsitzes des Beschwerdeführers beziehungsweise seine Pflicht, sich weiterhin in Italien aufzuhalten, und die Frage der anzuwendenden Bestimmung (Abs. 1 oder 2) stellen, sollte die Vorinstanz nach wie vor die Anwendung von Art. 52 AsylG in Betracht ziehen. Zu begründen wäre diesfalls auch die praktische Möglichkeit des Beschwerdeführers, in Italien wirksam Schutz zu erlangen, nachdem den eingereichten Beweismitteln entnommen werden kann, dass die italienischen Behörden die Flüchtlingseigenschaft des Beschwerdeführers vor dessen Einreise in die Schweiz verneinten und offenbar versuchten, ihn (nach Tunesien) auszuschaffen (vgl. dazu die zwei Verfügungen der _____ (italienische Behörde) vom _____ sowie E. 7.4 in fine des Beschwerdeentscheids des Bundesstrafgerichts _____).
5. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Vorinstanz im angefochtenen Entscheid das rechtliche Gehör des Beschwerdeführers in gravierender Weise verletzt

hat. Eine Heilung erscheint aufgrund der speziellen Sachumstände nicht gerechtfertigt. Die Sache ist im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zur Neuurteilung zurückzuweisen. Bei dieser Sachlage kann davon abgesehen werden, auf die Beschwerdevorbringen respektive die weiteren Prozessanträge und die Beweismittel detaillierter einzugehen.

6.

- 6.1 Bei diesem Ausgang des Verfahrens sind keine Kosten aufzuerlegen (vgl. Art. 63 Abs. 1 und 2 VwVG).
- 6.2 Obsiegende Parteien haben Anspruch auf eine Parteientschädigung für die ihnen erwachsenen notwendigen Kosten (Art. 7 Abs. 1 des Reglements vom 11. Dezember 2006 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]). Seitens der Rechtsvertretung wurde am 13. September 2007 eine Kostennote eingereicht. Der dort ausgewiesene Aufwand erscheint als angemessen. Die von der Vorinstanz zu entrichtende Parteientschädigung ist demnach auf Fr. 3'152.-- (inkl. allfällige Spesen und Mehrwertsteuer) festzusetzen. Der Anspruch auf amtliches Honorar des als unentgeltlicher Rechtsvertreter eingesetzten Rechtsanwaltes ist damit beglichen.

(Dispositiv nächste Seite)

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1. Die Beschwerde wird gutgeheissen.
2. Der angefochtene Entscheid wird aufgehoben und die Sache zur Neuurteilung im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückgewiesen.
3. Es werden keine Kosten erhoben.
4. Das BFM hat dem Beschwerdeführer für das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht eine Parteientschädigung in der Höhe von Fr. 3'152.-- zu entrichten.
5. Dieses Urteil geht an:
 - den Beschwerdeführer durch Vermittlung seiner Vertretung (eingeschrieben)
 - das Bundesamt, Abteilung Asylverfahren, mit den vorinstanzlichen Akten und dem Beschwerdedossier (Kopie; Ref.-Nr. N _____)
 - _____

Die Richterin:

Der Gerichtsschreiber:

Nina Spälti Giannakitsas

Patrick Weber

Versand am: