



---

Abteilung IV  
D-4754/2012  
law/auj

## Urteil vom 21. November 2012

---

Besetzung

Richter Walter Lang (Vorsitz),  
Richter Kurt Gysi, Richter Daniele Cattaneo;  
Gerichtsschreiberin Jacqueline Augsburger.

---

Parteien

A. \_\_\_\_\_, geboren (...),  
Ghana,  
vertreten durch Christian Hoff,  
HEKS Rechtsberatungsstelle für Asylsuchende SG/AI/AR,  
(...),  
Beschwerdeführer,

gegen

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

---

Gegenstand

Nichteintreten auf Asylgesuch und Wegweisung  
(Dublin-Verfahren);  
Verfügung des BFM vom 28. August 2012 / N (...).

**Das Bundesverwaltungsgericht stellt fest,**

dass das BFM mit Verfügung vom 28. August 2012 – eröffnet am 6. September 2012 – in Anwendung von Art. 34 Abs. 2 Bst. d des Asylgesetzes vom 26. Juni 1998 (AsylG, SR 142.31) auf das Asylgesuch des Beschwerdeführers vom 12. Juni 2012 nicht eintrat, die Wegweisung nach Italien verfügte, den Beschwerdeführer – unter Androhung von Zwangsmitteln im Unterlassungsfall – aufforderte, die Schweiz spätestens am Tag nach Ablauf der Beschwerdefrist zu verlassen, feststellte, der Kanton B.\_\_\_\_\_ sei verpflichtet, die Wegweisungsverfügung zu vollziehen, dem Beschwerdeführer die editionspflichtigen Akten gemäss Aktenverzeichnis aushändigte und feststellte, eine allfällige Beschwerde gegen die vorliegende Verfügung habe keine aufschiebende Wirkung,

dass der Beschwerdeführer mit Eingabe seines Rechtsvertreters vom 13. September 2012 gegen diesen Entscheid beim Bundesverwaltungsgericht Beschwerde erheben und beantragen liess, die angefochtene Verfügung sei aufzuheben und an die Vorinstanz zur richtigen und vollständigen Abklärung des Sachverhaltes und erneuter Entscheidung zurückzuweisen,

dass er in verfahrensrechtlicher Hinsicht beantragen liess, es sei im Sinne vorsorglicher Massnahmen die aufschiebende Wirkung zu erteilen und die Vollzugsbehörden seien anzuweisen, von einer Überstellung nach Italien abzusehen, bis das Bundesverwaltungsgericht über den Suspensiveffekt der vorliegenden Beschwerde entschieden haben werde,

dass er ferner unter Beilage einer Fürsorgeabhängigkeitserklärung in prozessualer Hinsicht darum ersuchen liess, es sei ihm die unentgeltliche Rechtspflege im Sinne von Art. 65 Abs. 1 des Verwaltungsverfahrensgesetzes vom 20. Dezember 1968 (VwVG, SR 172.021) zu gewähren und auf die Erhebung eines Kostenvorschusses zu verzichten,

dass zur Begründung der Beschwerde unter Beilage eines vom 10. September 2012 datierenden medizinischen Rapportes geltend gemacht wird, der Beschwerdeführer sei wegen einer vorbestehenden, in der Befragung vom 2. Juli 2012 erwähnten Bauchdeckenproblematik am 6. Juli 2012 in der Schweiz erstmals in medizinischer Behandlung gewesen und habe sich am 18. Juli 2012 einer grösseren Operation am Bauch unterzogen, nach welcher Komplikationen aufgetreten seien, welche nach wie vor eine ambulante Therapie der Wunde und allenfalls auch einen erneuten operativen Eingriff erforderten und mit einer weiteren medizinischen Behandlung für 6-12 Wochen zu rechnen sei,

dass man dem Beschwerdeführer gemäss einer beigelegten E-Mail des stellvertretenden Zentrumsleiters vom 11. September 2012 nach erneuter Hospitalisierung wegen des Platzens der Wunde eine Pumpe zum Absaugen von Blut und Wundflüssigkeit (NPWT-System) montiert habe und eine erneute Operation der nicht verheilenden Wunde sehr wahrscheinlich sei,

dass unter diesen Umständen eine Rückkehr nach Italien derzeit medizinisch ausgeschlossen sei, da die kontinuierliche Versorgung der Wunde in Italien nicht gesichert sei,

dass die angefochtene Verfügung vom 28. August 2012 aufzuheben sei, weil das BFM die medizinische Situation des Beschwerdeführers der vergangenen zwei Monate ignoriert und damit den rechtserheblichen Sachverhalt bezüglich der Zumutbarkeit der Wegweisung nach Italien nicht vollständig und nicht richtig erfasst und die Zumutbarkeit fälschlicherweise bejaht habe,

dass der Instruktionsrichter des Bundesverwaltungsgerichts mit Zwischenverfügung vom 18. September 2012 die aufschiebende Wirkung der Beschwerde wiederherstellte, das Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege im Sinne von Art. 65 Abs. 1 VwVG unter Vorbehalt einer nachträglichen Veränderung der finanziellen Verhältnisse des Beschwerdeführers guthiess, auf die Erhebung eines Kostenvorschusses verzichtete und die Beschwerde der Vorinstanz mit deren Akten zur Vernehmlassung überwies,

dass das BFM in seiner Vernehmlassung vom 8. Oktober 2012 die Abweisung der Beschwerde beantragte,

dass es zur Begründung unter Hinweis auf die (bereits in der angefochtenen Verfügung) zitierte italienische Gesetzgebung ausführte, in Italien hätten auch illegal anwesende Personen ein Recht auf die erforderliche medizinische Grundversorgung, weshalb davon auszugehen sei, dass der Beschwerdeführer – selbst wenn sein Asylverfahren bereits rechtskräftig abgeschlossen sein sollte – in Italien Zugang zu den benötigten ärztlichen Behandlungen und Medikamenten haben werde, dies umso mehr, als er gemäss dem Befragungsprotokoll vom 2. Juli 2012 in Italien bereits einmal medizinisch behandelt worden sei,

dass dem beim Bundesverwaltungsgericht eingereichten Arztbericht vom 10. September 2012 zu entnehmen sei, die Behandlung werde 6-12 Wo-

chen in Anspruch nehmen, und die Überstellung des Beschwerdeführers nach Beendigung der Behandlung oder sobald angemessen unter Berücksichtigung seines gesundheitlichen Zustandes durchgeführt werde, wobei soweit erforderlich die italienischen Behörden über seine medizinischen Bedürfnisse vorab informiert würden,

dass der Beschwerdeführer mittels seines Rechtsvertreters mit Eingabe vom 30. Oktober 2012 zur vorinstanzlichen Vernehmlassung des BFM Stellung nahm und vier ärztliche Kurzberichte sowie eine Kostennote zu den Akten reichte,

### **und zieht in Erwägung,**

dass das Bundesverwaltungsgericht auf dem Gebiet des Asyls in der Regel – so auch vorliegend – endgültig über Beschwerden gegen Verfügungen (Art. 5 VwVG) des BFM entscheidet (Art. 105 AsylG i. V. m. Art. 31-33 des Verwaltungsgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 [VGG, SR 173.32]; Art. 83 Bst. d Ziff. 1 des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 [BGG, SR 173.110]),

dass der Beschwerdeführer am Verfahren vor der Vorinstanz teilgenommen hat, durch die angefochtene Verfügung besonders berührt ist, ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung beziehungsweise Änderung hat und daher zur Einreichung der Beschwerde legitimiert ist (Art. 105 AsylG i.V.m. Art. 37 VGG und Art. 48 Abs. 1 VwVG),

dass somit auf die frist- und formgerecht eingereichte Beschwerde einzutreten ist (Art. 108 Abs. 2 AsylG; Art. 105 AsylG i.V.m. Art. 37 VGG und Art. 52 Abs. 1 VwVG),

dass mit Beschwerde die Verletzung von Bundesrecht, einschliesslich Missbrauch und Überschreitung des Ermessens, die unrichtige oder unvollständige Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts und die Unangemessenheit gerügt werden können (Art. 106 Abs. 1 AsylG),

dass auf Asylgesuche in der Regel nicht eingetreten wird, wenn Asylsuchende in einen Drittstaat ausreisen können, welcher für die Durchführung des Asyl- und Wegweisungsverfahrens staatsvertraglich zuständig ist (Art. 34 Abs. 2 Bst. d AsylG),

dass diesbezüglich das Dublin-Assoziierungsabkommen vom 26. Oktober 2004 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Gemeinschaft über die Kriterien und Verfahren zur Bestimmung des zuständigen Staates für die Prüfung eines in einem Mitgliedstaat oder in der Schweiz gestellten Asylantrags (Dublin-Assoziierungsabkommen [DAA, SR 0.142.392.68]) zur Anwendung gelangt,

dass gestützt auf die einleitenden Bestimmungen sowie Art. 1 Abs. 1 DAA i.V.m. Art. 29a Abs. 1 der Asylverordnung 1 über Verfahrensfragen vom 11. August 1999 (AsyIV 1, SR 142.311) die Prüfung der staatsvertraglichen Zuständigkeit zur (materiellen) Behandlung eines Asylgesuches nach den Kriterien der Verordnung Nr. 343/2003 des Rates vom 18. Februar 2003 zur Festlegung von Kriterien und Verfahren zur Bestimmung des Mitgliedstaats, der für die Prüfung eines von einem Drittstaatsangehörigen in einem Mitgliedstaat gestellten Asylantrags zuständig ist (Dublin-II-Verordnung), zu erfolgen hat,

dass Art. 34 Abs. 2 Bst. d AsylG im Weiteren voraussetzt, dass der staatsvertraglich zuständige Staat einer Übernahme der asylsuchenden Person zugestimmt hat (vgl. Art. 29a Abs. 2 AsyIV 1),

dass gemäss Art. 3 Abs. 1 Dublin-II-Verordnung die Mitgliedstaaten jeden Asylantrag prüfen, den ein Drittstaatsangehöriger an der Grenze oder im Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaates stellt, wobei der Antrag von einem einzigen Mitgliedstaat geprüft wird, der nach den Kriterien des Kapitels III Dublin-II-Verordnung als zuständiger Staat bestimmt wird,

dass das Verfahren zur Bestimmung des zuständigen Mitgliedstaates eingeleitet wird, sobald ein Asylantrag erstmals in einem Mitgliedstaat gestellt wurde (Art. 4 Abs. 1 Dublin-II-Verordnung),

dass dabei – im Falle eines sogenannten Aufnahmeverfahrens (engl.: take charge) – die Kriterien der in Kapitel III der Dublin-II-Verordnung genannten Rangfolge anzuwenden sind (vgl. Art. 5-14 Dublin-II-Verordnung) und von der Situation zum Zeitpunkt, in dem die asylsuchende Person erstmals einen Antrag in einem Mitgliedstaat stellt, auszugehen ist (Art. 5 Abs. 1 und 2 Dublin-II-Verordnung),

dass im Rahmen eines Wiederaufnahmeverfahrens (engl.: take back) demgegenüber keine – neuerliche – Zuständigkeitsprüfung nach Kapitel III Dublin-II-Verordnung stattfindet, sondern ein solches insbesondere auf den materiellen Zuständigkeitsbestimmungen von Art. 16 Bst. c, d und e

Dublin-II-Verordnung gründet (vgl. CHRISTIAN FILZWIESER, ANDREA SPRUNG, Dublin-II-Verordnung: Das Europäische Asylzuständigkeitssystem, 3. Auflage, Wien-Graz 2012, Art. 16 K5 S. 129),

dass in Abweichung der erwähnten Zuständigkeitskriterien respektive Zuständigkeitsbestimmungen nach Art. 3 Abs. 2 Dublin-II-Verordnung die Schweiz ein Asylgesuch materiell prüfen kann, auch wenn nach den in der Verordnung vorgesehenen Kriterien ein anderer Staat zuständig ist (sog. Selbsteintrittsrecht), wobei diese Bestimmung nicht direkt anwendbar ist, sondern nur in Verbindung mit einer anderen Norm des nationalen oder internationalen Rechts angerufen werden kann (vgl. BVGE 2010/45 E. 5 S. 635 f.),

dass Art. 29a Abs. 3 AsylV 1 sodann vorsieht, dass das BFM auch aus humanitären Gründen ein Gesuch behandeln kann, auch wenn nach den Kriterien der Dublin-II-Verordnung ein anderer Staat zuständig ist, wobei diese Bestimmung den Behörden einen gewissen Ermessensspielraum lässt und restriktiv auszulegen ist (vgl. BVGE 2011/9 E. 4.1 S. 114 f., BVGE 2010/45 E. 8.2.2 S. 643 f.),

dass hingegen bei drohendem Verstoss gegen Normen des Völkerrechts, wie insbesondere das flüchtlingsrechtliche Refoulement-Verbot nach Art. 33 des Abkommens vom 28. Juli 1951 über die Rechtsstellung der Flüchtlinge (FK, SR 0.142.30), die Konvention vom 4. November 1950 zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK, SR 0.101), den Internationalen Pakt über bürgerliche und politische Rechte (UNO-Pakt II, SR 0.103.2) oder das Übereinkommen vom 10. Dezember 1984 gegen Folter und andere grausame, unmenschliche oder erniedrigende Behandlung oder Strafe (FoK, SR 0.105), ein einklagbarer Anspruch auf Ausübung des Selbsteintrittsrechts besteht (vgl. BVGE 2010/45 E. 7.2 S. 636 f., FILZWIESER/ SPRUNG, a.a.O., Art. 3 K8 K11 S. 74),

dass den Akten zu entnehmen ist, dass der Beschwerdeführer am 14. Mai 2011 in Italien illegal in das Hoheitsgebiet der Dublin-Staaten eingereist ist, am 23. Mai 2011 in Italien um Asyl ersucht hat und entsprechend in der EURODAC-Datenbank erfasst worden ist (vgl. act. A7/1),

dass somit die erste Asylantragsstellung gemäss Art. 4 Abs. 1 Dublin-II-Verordnung in Italien erfolgte,

dass das BFM aufgrund der Aussage des Beschwerdeführers anlässlich der summarischen Befragung vom 2. Juli 2012, Italien habe sein Asylgesuch abgewiesen, und er habe einen Anwalt kontaktiert, jedoch keine Beschwerde erhoben (vgl. act. A8/10 S. 2, 7), die italienischen Behörden am 13. August 2012 gestützt auf Art. 16 Abs. 1 Bst. e Dublin-II-Verordnung um Wiederaufnahme des Beschwerdeführers (vgl. Art. 20 Dublin-II-Verordnung) ersuchte (vgl. act. A14/5),

dass die italienischen Behörden das Übernahmeersuchen innert der in Art. 20 Abs. 1 Bst. b Dublin-II-Verordnung vorgesehenen zweiwöchigen Frist unbeantwortet liessen (vgl. act. A16/1), weshalb das BFM zu Recht davon ausging, Italien habe die Wiederaufnahme des Beschwerdeführers akzeptiert (Art. 20 Abs. 1 Bst. c Dublin-II-Verordnung),

dass demzufolge das BFM in der angefochtenen Verfügung zu Recht Italien als für die Durchführung des Asylverfahrens zuständig erachtet hat,

dass der Beschwerdeführer weder im Rahmen des vorinstanzlichen Verfahrens noch in seiner Beschwerde die Zuständigkeit Italiens explizit bestreitet,

dass er vorbringt, sein Asylgesuch sei in Italien abgewiesen worden, und er habe unwissentlich eine Einwilligung zur freiwilligen Rückkehr nach Ghana unterschrieben, könne jedoch nicht dorthin zurückkehren, und in Italien sei er wegen seines gesundheitlichen Zustandes gefährdet (vgl. act. A8/10 S. 8),

dass diese Einwände jedoch keinen Selbsteintritt der Schweiz gemäss Art. 3 Abs. 2 Dublin-II-Verordnung zu rechtfertigen vermögen,

dass Italien unter anderem Signatarstaat der FK und der EMRK ist und die FoK ratifiziert hat und keine konkreten Hinweise dafür bestehen, der italienische Staat würde sich allgemein oder in Bezug auf die Person des Beschwerdeführers nicht an die sich daraus resultierenden Verpflichtungen halten,

dass Italien als nach Art. 3 Abs. 1 Dublin-II-Verordnung zuständiger Staat zudem gehalten ist, unter anderem die Richtlinie 2005/85/EG des Rates vom 1. Dezember 2005 über Mindestnormen für Verfahren in den Mitgliedstaaten zur Zuerkennung und Aberkennung der Flüchtlingseigenschaft (sog. Verfahrensrichtlinie) und die Richtlinie 2003/9/EG des Rates vom 27. Januar 2003 zur Festlegung von Mindestnormen für die Aufnah-

me von Asylbewerbern in Mitgliedstaaten (sog. Aufnahme richtlinie) anzuwenden respektive umzusetzen (vgl. zum Ganzen Urteil D-4866/2011 vom 13. April 2012 E. 7),

dass das BFM zutreffend festgestellt hat, dass keine Hinweise vorliegen, wonach Italien seinen völkerrechtlichen Verpflichtungen nicht korrekt nachgekommen wäre und das Asyl- und Wegweisungsverfahren nicht korrekt durchgeführt hätte, und auch ein abgeschlossenes Asyl- und Wegweisungsverfahren in Italien keine Änderung der Zuständigkeit zu bewirken vermag,

dass der Beschwerdeführer auf Beschwerdeebene medizinische Gründe als Wegweisungsvollzugshindernis geltend macht und mit einem ärztlichen Bericht belegt, und der Instruktionsrichter mit der Gewährung der aufschiebenden Wirkung der Beschwerde in der Zwischenverfügung vom 18. September 2012 der in der Schweiz seit 6. Juli 2012 laufenden medizinischen Behandlung Rechnung getragen hat,

dass den mit der Replik eingereichten ärztlichen Kurzberichten zu entnehmen ist, dass die NPTW-Behandlung erfolgreich verlief und gemäss Angaben in der Replik mittlerweile beendet ist, und aus dem aktuellsten Arztbericht vom 15. Oktober 2012 hervorgeht, dass zu diesem Zeitpunkt kein Handlungsbedarf mehr bestand und ein ärztlicher Kontrolltermin für den 5. November 2012 vorgesehen war,

dass aufgrund der aktuellen Aktenlage davon auszugehen ist, dass dem Vollzug der Wegweisung des Beschwerdeführers nach Italien keine medizinischen Gründe mehr entgegenstehen, und der Vollzug im Übrigen auch in der Replik als zumutbar erachtet wird,

dass Dublin-Rückkehrende betreffend Unterbringung von den italienischen Behörden in der Regel bevorzugt behandelt werden und sich zudem – neben den staatlichen Strukturen – auch zahlreiche private Hilfsorganisationen der Betreuung von Asylsuchenden annehmen,

dass vorliegend keine konkreten Anhaltspunkte ersichtlich sind, die darauf hindeuten, dass der Beschwerdeführer im Falle einer Rückkehr nach Italien in eine existenzielle Notlage geraten würde,

dass mithin keine Gründe vorliegen, die einen Selbsteintritt der Schweiz gemäss Art. 3 Abs. 2 Dublin-II-Verordnung nahelegen würden,

dass das BFM demnach in Anwendung von Art. 34 Abs. 2 Bst. d AsylG zu Recht auf das Asylgesuch des Beschwerdeführers nicht eingetreten ist und, da dieser nicht im Besitz einer gültigen Aufenthalts- oder Niederlassungsbewilligung ist, ebenfalls zu Recht in Anwendung von Art. 44 Abs. 1 AsylG die Überstellung nach Italien angeordnet hat (Art. 32 Bst. a AsylV 1),

dass es sich beim Dublin-Verfahren um ein Überstellungsverfahren in den für die Prüfung des Asylgesuches zuständigen Staat handelt, weshalb das Fehlen von Wegweisungsvollzugshindernissen regelmässig bereits Voraussetzung (und nicht erst Regelfolge) des gestützt auf Art. 34 Abs. 2 Bst. d AsylG erfolgenden Nichteintretensentscheides ist (vgl. BVGE 2010/45 E. 10.2 S. 645),

dass mithin allfällige völkerrechtliche und humanitäre Vollzugshindernisse im Rahmen der eventuellen Anwendung der sogenannten Souveränitätsklausel (Art. 3 Abs. 2 Dublin-II-Verordnung i.V.m. Art. 29a Abs. 3 AsylV 1) zu prüfen sind und folglich kein Raum für Ersatzmassnahmen im Sinne von Art. 44 Abs. 2 AsylG i.V.m. Art. 83 Abs. 1-4 des Bundesgesetzes vom 16. Dezember 2005 über die Ausländerinnen und Ausländer (AuG, SR 142.20) besteht,

dass aufgrund der Aktenlage davon auszugehen ist, dass die Vorinstanz erst im Rahmen der Vernehmlassung Kenntnis von den medizinischen Behandlungen des Beschwerdeführers in der Schweiz erhielt,

dass der Beschwerdeführer aufgrund seiner gesetzlichen Mitwirkungspflicht bei der Feststellung des Sachverhaltes (vgl. Art. 8 Abs. 1 Bst. d AsylG) gehalten gewesen wäre, das BFM mittels eines Arztberichtes vor Erlass der angefochtenen Verfügung vom 28. August 2012 über seine medizinische Situation zu informieren, zumal ihm dies – da die erste Operation bereits am 18. Juli 2012 stattfand – auch möglich und zumutbar gewesen wäre,

dass dem BFM insofern nicht vorgeworfen werden kann, es habe in Verletzung des Untersuchungsgrundsatzes den rechtserheblichen Sachverhalt unvollständig festgestellt,

dass aufgrund der mit der Beschwerde und der Replik eingereichten Beweismittel der rechtserhebliche Sachverhalt inzwischen vollständig erstellt ist, weshalb keine Veranlassung besteht, die angefochtene Verfügung

aufzuheben und die Sache zwecks Feststellung des vollständigen rechtserheblichen Sachverhalts an die Vorinstanz zurückzuweisen,

dass es dem Beschwerdeführer demnach nicht gelungen ist darzutun, inwiefern die angefochtene Verfügung Bundesrecht verletzen, den rechtserheblichen Sachverhalt unrichtig oder unvollständig feststellen oder unangemessen sein sollte (Art. 106 Abs. 1 AsylG),

dass die Beschwerde daher abzuweisen ist,

dass das Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege gemäss Art. 65 Abs. 1 VwVG mit Zwischenverfügung vom 18. September 2012 gutgeheissen wurde und sich die finanziellen Verhältnisse des Beschwerdeführers seither nicht verbessert haben, weshalb die unentgeltliche Rechtspflege nicht zu widerrufen ist und keine Verfahrenskosten zu erheben sind,

dass dem in der Replik geäusserten Anliegen, es sei dem Beschwerdeführer ein Teil seiner Verfahrenskosten in Form einer Parteientschädigung zu erstatten, nicht zu entsprechen ist, weil es ihm – wie erwähnt – möglich und zumutbar gewesen wäre, das BFM vor Erlass der angefochtenen Verfügung über seine medizinische Situation zu informieren, weshalb die ihm durch die Beschwerde entstandenen Kosten nicht als notwendig im Sinne von Art. 64 Abs. 1 VwVG i.V.m. Art. 7 Abs. 1 des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]) zu erachten sind.

(Dispositiv nächste Seite)

**Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:**

**1.**

Die Beschwerde wird abgewiesen.

**2.**

Es werden keine Verfahrenskosten auferlegt.

**3.**

Dieses Urteil geht an den Beschwerdeführer, das BFM und die zuständige kantonale Behörde.

Der vorsitzende Richter:

Die Gerichtsschreiberin:

Walter Lang

Jacqueline Augsburg

Versand: