



Abteilung IV
D-7419/2009
{T 0/2}

Urteil vom 1. Dezember 2009

Besetzung

Einzelrichter Thomas Wespi,
mit Zustimmung von Richter Fulvio Haefeli;
Gerichtsschreiber Stefan Weber.

Parteien

A._____, geboren X._____,
Sri Lanka,
vertreten durch Rainer Weibel, Fürsprecher,
Beschwerdeführer,

gegen

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

Gegenstand

Nichteintreten auf Asylgesuch und Wegweisung; Verfügung des BFM vom 16. November 2009 / N_____.

Sachverhalt:**A.**

Der Beschwerdeführer, ein aus B._____ stammender srilankischer Staatsangehöriger tamilischer Ethnie mit letztem Wohnsitz in C._____ respektive D._____, verliess seinen Heimatstaat nach eigenen Angaben am 28. April 2009 in Richtung E._____. Am 20. August 2009 reiste er von F._____ her kommend illegal in die Schweiz ein und stellte gleichentags im G._____ ein Asylgesuch. Am 1. September 2009 wurde er dort summarisch zu seinen Asylgründen befragt.

B.

Im Rahmen seiner Befragung im G._____ gab der Beschwerdeführer unter anderem Folgendes zu Protokoll: Am 28. April 2009 sei er von D._____ aus nach H._____ und weiter in die E._____ geflogen. Dort habe er sich an einem ihm unbekanntem Ort während zweier Monate in einem Zimmer aufgehalten. Anschliessend sei er mit einem Personenwagen während vier Nächten bis in ein ihm unbekanntes Land gefahren, wo ihn die Polizei erwischt habe. Während dreier Tage sei er in Haft gehalten worden. Man habe ihm die Fingerabdrücke genommen und ihn verhört; anschliessend habe er gehen können. In der Folge sei er mit einem weiteren Personenwagen nach F._____ und danach bis in die Schweiz gefahren.

Am Schluss der Befragung wurde dem Beschwerdeführer seitens des BFM das rechtliche Gehör zum Umstand gewährt, wonach er nach vorinstanzlichen Erkenntnissen in Rumänien ein Asylgesuch eingereicht habe und gestützt auf den Eurodac-Treffer vom 6. Juli 2009 mutmasslich Rumänien für die Durchführung seines Asylverfahrens zuständig sei, weshalb es mutmasslich nicht auf sein Asylgesuch eintreten und ihn aus der Schweiz nach Rumänien wegweisen werde. Der Beschwerdeführer bestritt, in Rumänien ein Asylgesuch eingereicht zu haben, und erklärte, dass er nicht dorthin zurückkehren, sondern in der Schweiz bleiben wolle.

C.

Am 7. September 2009 richtete das BFM an die zuständigen rumänischen Behörden das Ersuchen, gestützt auf die einschlägigen Staatsverträge (Abkommen 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, SR 0.142.392.68]; Verordnung [EG] Nr. 343/2003 des Rates vom 18. Februar 2003 zur Festlegung der Kriterien und Verfahren zur Bestimmung des Mitgliedstaats, der für die Prüfung eines von einem Drittstaatsangehörigen in einem Mitgliedstaat gestellten Asylantrags zuständig ist [VO Dublin]; Verordnung [EG] Nr. 1560/2003 der Kommission vom 2. September 2003 mit Durchführungsbestimmungen zur Verordnung [EG] Nr. 343/2003 des Rates [DVO Dublin]) den Beschwerdeführer wieder aufzunehmen.

Mit Antwortschreiben der rumänischen Einwanderungsbehörden vom 21. September 2009 stimmten diese einer Wiederaufnahme des Beschwerdeführers zu.

D.

Mit Schreiben vom 30. September 2009 ersuchte der Beschwerdeführer um Gewährung von Asyl und eventuell um Gewährung der vorläufigen Aufnahme. Ferner seien ihm respektive seinem Rechtsvertreter die Asyldokumente zur Einsichtnahme zuzustellen und sein Rechtsvertreter wünsche an der zweiten Einvernahme persönlich teilzunehmen. Ferner sei das Asylverfahren im ordentlichen Verfahren abzuwickeln und er sei für die Dauer des Verfahrens dem Kanton I._____ zuzuweisen, dem Wohnsitzkanton seines in der Stadt I._____ wohnhaften (Nennung Person). Weiter sei, sofern das BFM eine Rückschiebung seiner Person nach Rumänien in Betracht ziehe, ihm die Möglichkeit zur Stellungnahme einzuräumen. Überdies sei ein Gutachten zur Feststellung der von ihm einerseits in Sri Lanka und andererseits erst kürzlich in Rumänien beziehungsweise J._____ erlittenen Folterungen anzuordnen. Zur Begründung machte der Beschwerdeführer insbesondere geltend, er sei in Rumänien von der Polizei festgenommen und während dreier Tage in einem Gefängnis festgehalten und gefoltert worden, was namentlich mit dem beantragten Foltergutachten bewiesen werden könne. Anschliessend habe er sich in Rumänien noch einige Tage in einer Art Flüchtlingslager befunden, ohne dass er aber im erwähnten Land ausdrücklich oder implizit ein Asylgesuch eingereicht habe. Es seien ihm lediglich zwangsweise die Fingerabdrücke genommen worden.

E.

Mit Schreiben vom 14. Oktober 2009 ersuchte der Beschwerdeführer unter Bezugnahme auf seine Eingabe vom 30. September 2009, er sei über den Verlauf des vorgesehenen Verfahrens zu informieren. Er halte sich schon bald zwei Monate im G._____ auf und erhoffe namentlich, dass kurzfristig über die beantragte Kantonzuteilung befunden werde, zumal ihm angesichts einer bestehenden (...) Beziehung in der Schweiz der weitere Verbleib im G._____ nicht zugemutet werden könne.

F.

Mit Verfügung vom 16. November 2009 - dem Rechtsvertreter am 27. November 2009 vorab per Fax eröffnet - trat das BFM gestützt auf Art. 34 Abs. 2 Bst. d des Asylgesetzes vom 26. Juni 1998 (AsylG, SR 142.31) auf das Asylgesuch des Beschwerdeführers nicht ein und ordnete dessen Wegweisung aus der Schweiz nach Rumänien sowie den Vollzug an. Das Bundesamt wies den Beschwerdeführer an, die Schweiz sofort zu verlassen, und hielt fest, eine allfällige Beschwerde habe keine aufschiebende Wirkung. Weiter ordnete die Vorinstanz gestützt auf Art. 76 Abs. 1 Bst. b Ziff. 5 i.V.m. Art. 76 Abs. 2 des Bundesgesetzes vom 16. Dezember 2005 über die Ausländerinnen und Ausländer (AuG, SR 142.20) die Ausschaffungshaft des Beschwerdeführers während höchstens zwanzig Tagen an. Auf die Begründung der Verfügung wird, soweit für den Entscheid wesentlich, in den Erwägungen eingegangen.

G.

Mit Eingabe vom 27. November 2009 beantragte der Beschwerdeführer beim Bundesverwaltungsgericht, es sei der vorinstanzliche Entscheid vom 16. November 2009 aufzuheben, es sei die Asylsache zur materiellen Prüfung des Asylgesuchs an das BFM zurückzuweisen, es sei der vorliegenden Beschwerde die aufschiebende Wirkung zuzuerkennen und diese sei der Vorinstanz und der kantonalen Behörde vorerst superprovisorisch und danach formell zu eröffnen, er sei ferner aus der Ausschaffungshaft zu entlassen und es seien ihm die Akten bei der rumänischen Immigrationsbehörde zu edieren und danach eine Frist zur Stellungnahme und Ergänzung seiner Beschwerde einzuräumen.

H.

Mit Telefax vom 30. November 2009 setzte der Instruktionsrichter des

Bundesverwaltungsgerichts den Vollzug der Wegweisung im Sinne einer vorsorglichen Massnahme vorläufig aus.

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). Über Verfügungen, die gestützt auf das AsylG durch das BFM erlassen worden sind, entscheidet das Bundesverwaltungsgericht endgültig (Art. 105 AsylG i.V.m. Art. 31-33 VGG; Art. 83 Bst. d Ziff. 1 des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 [BGG, SR 173.110]).

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

1.3 Die Beschwerde ist frist- und formgerecht eingereicht. Der Beschwerdeführer ist durch die angefochtene Verfügung besonders berührt und hat ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung. Er ist damit zur Einreichung der Beschwerde legitimiert (Art. 108 Abs. 2 AsylG, Art. 6 AsylG i.V.m. Art. 48 Abs. 1 und Art. 52 VwVG). Auf die Beschwerde ist einzutreten.

2.

2.1 Über offensichtlich begründete Beschwerden wird in einzelrichterlicher Zuständigkeit mit Zustimmung eines zweiten Richters oder einer zweiten Richterin entschieden (Art. 111 Bst. e AsylG). Wie nachfolgend aufgezeigt wird, handelt es sich im vorliegenden Fall um eine solche, weshalb der Beschwerdeentscheid nur summarisch zu begründen ist (Art. 111a Abs. 2 AsylG).

Über Beschwerden gegen die Anordnung der Haft nach Art. 76 Abs. 1 Bst. b Ziff. 5 AuG entscheidet der Einzelrichter (Art. 111 Bst. d AsylG).

2.2 Gestützt auf Art. 111a Abs. 1 AsylG wird auf einen Schriftenwechsel verzichtet.

3.

Im vorliegenden Fall besteht Anlass zur Frage, ob die Vorinstanz im Rahmen der angefochtenen Verfügung ihren Pflichten hinreichend nachgekommen ist, die sich aus dem Anspruch des Beschwerdeführers auf rechtliches Gehör ergeben.

3.1

3.1.1 Der Anspruch auf rechtliches Gehör wird durch Art. 29-33 VwVG konkretisiert. Danach umfasst der Anspruch auf rechtliches Gehör als Teilaspekte einen Anspruch der Parteien auf vorgängige Anhörung durch die Behörde (Art. 30 und 30a VwVG), auf Anhörung in Bezug auf erhebliche Vorbringen einer Gegenpartei (Art. 31 VwVG), auf Prüfung eigener erheblicher Vorbringen durch die Behörde (Art. 32 VwVG) sowie auf Abnahme der angebotenen und tauglichen Beweise durch die Behörde (Art. 33 VwVG). Antworten auf die Frage, welche spezifischen Teilgehalte der Anspruch des rechtlichen Gehörs im Einzelnen umfasse, können sich darüber hinaus auch unmittelbar aus dem übergeordneten Verfassungsrecht in Gestalt von Art. 29 Abs. 2 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV, SR 101) ergeben.

3.1.2 Der mit Grundrechtsqualität ausgestattete Grundsatz des rechtlichen Gehörs im Sinne von Art. 29 Abs. 2 BV umfasst unbestrittenermassen eine Anzahl verschiedener verfassungsrechtlicher Verfahrensgarantien (vgl. aus der Literatur etwa MICHELE ALBERTINI, *Der verfassungsmässige Anspruch auf rechtliches Gehör im Verwaltungsverfahren des modernen Staates*, Bern 2000, S. 202 ff.; ANDREAS AUER/GIORGIO MALINVERNI/MICHEL HOTTELIER, *Droit constitutionnel suisse. Vol. II. Les droits fondamentaux*, 2. Aufl., Bern 2006, S. 606 ff.; BENOIT BOVAY, *Procédure administrative*, Bern 2000, S. 207 ff.; ULRICH HÄFELIN/GEORG MÜLLER/FELIX UHLMANN, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 5. Aufl., Zürich/Basel/Genf/St. Gallen 2006, S. 360 ff.; ALFRED KÖLZ/ISABELLE HÄNER, *Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes*, 2. Aufl., Zürich 1998, S. 46, 107 ff.; MARKUS SCHEFER, *Grundrechte in der Schweiz*, Bern 2005, S. 285 ff.). Zunächst – und für die Prozessparteien regelmässig im Vordergrund stehend – gehört dazu das Recht auf vorgängige Äusserung und Anhörung, welches den Betroffenen einen Einfluss auf die Ermittlung des wesentlichen Sachverhaltes sichert.

Unerlässliches Gegenstück der Mitwirkungsrechte der Parteien bildet ausserdem als weiterer Teilgehalt des rechtlichen Gehörs die Pflicht der Behörden, die Vorbringen der Betroffenen sorgfältig und ernsthaft zu prüfen und in der Entscheidungsfindung zu berücksichtigen; daraus folgt schliesslich auch die grundsätzliche Pflicht der Behörden, ihren Entscheid zu begründen (BGE 123 I 31 E. 2c; vgl. etwa AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, a.a.O., S. 611 ff.; REINHOLD HOTZ, St. Galler Kommentar zu Art. 29 BV, Rz. 34 ff.; KÖLZ/HÄNER, a.a.O., S. 119; SCHEFER, a.a.O., S. 300 ff.).

3.2 Es ist festzustellen, dass der angefochtene Entscheid des BFM diesen Kriterien offensichtlich nicht gerecht wird.

Zwar wurde dem Beschwerdeführer anlässlich der Befragung im G._____ vom 1. September 2009 das Recht gewährt, sich zur Ansicht des Bundesamts zu äussern, für die Durchführung des Asylverfahrens sei Rumänien zuständig, zumal er am 6. Juli 2009 in Rumänien daktyloskopiert worden sei und dort ein Asylgesuch eingereicht habe. Insofern kam das BFM der Bestimmung von Art. 36 Abs. 2 AsylG nach. Indessen wird das Recht auf vorgängige Anhörung durch die Pflicht der Behörde ergänzt, die Äusserungen des Betroffenen tatsächlich zur Kenntnis zu nehmen und sich damit in der Entscheidungsfindung und -begründung sachgerecht auseinanderzusetzen (PATRICK SUTTER, in: Christoph Auer, Markus Müller, Benjamin Schindler [Hrsg.], Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren (VwVG), Zürich/St. Gallen 2008, Art. 30, N 5; vgl. ausserdem PATRICK SUTTER, ebd., Art. 32 N 2). In der angefochtenen Verfügung wird zwar festgehalten, dem Beschwerdeführer sei am 1. September 2009 das rechtliche Gehör gewährt worden. Indessen wird weder erwähnt, dass der Beschwerdeführer mit Eingabe seines Rechtsvertreters an das BFM vom 30. September 2009 diverse Anträge - so insbesondere auch prozessualer Natur (u.a. Erstellung eines Foltergutachtens, vorbehaltene Edierung der rumänischen Asylakten, falls dort ein Asylverfahren durchgeführt worden sei) - stellte, noch wird ausgeführt, wie er sich dabei äusserte, noch wird auf seine entsprechenden Vorbringen eingegangen. Zu erwähnen ist dabei, dass sich der Beschwerdeführer in seiner Eingabe vom 30. September 2009 ausdrücklich dazu äusserte, weshalb er mit einer allfälligen Ausschaffung nach Rumänien nicht einverstanden sei. Weiter erkundigte sich der Beschwerdeführer mit Schreiben vom 14. Oktober 2009 - unter Hinweis auf seine Eingabe vom 30. September 2009 -

über den Verlauf des vorgesehenen Verfahrens. Auch zu dieser Eingabe liess sich die Vorinstanz weder im Verlaufe des vorinstanzlichen Verfahrens noch im Rahmen der angefochtenen Verfügung vernehmen. Auffallend ist zudem, dass die Eingabe des Beschwerdeführers vom 30. September 2009 im vorinstanzlichen Aktenverzeichnis als „Vollmacht RV per Fax“ und „Vollmacht RV Original“ aufgeführt ist, was darauf hinweist, dass das BFM den Inhalt dieser Eingabe offensichtlich nur teilweise zur Kenntnis nahm. Das Schreiben des Beschwerdeführers vom 14. Oktober 2009 ist überdies im Aktenverzeichnis nicht enthalten. Somit ist offenkundig, dass das BFM seine Pflicht zur Berücksichtigung der Vorbringen (und Anträge) des Beschwerdeführers nicht wahrgenommen und somit dessen Anspruch auf rechtliches Gehör verletzt hat.

3.3 Nach dem Gesagten ist die Beschwerde insofern gutzuheissen, als damit die Aufhebung der angefochtenen Verfügung beantragt wird, und die Sache ist zur erneuten Beurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen. Unter diesen Umständen erübrigt es sich, auf die weiteren Rechtsbegehren und Vorbringen in der Beschwerdeschrift näher einzugehen. Die Aufhebung der angefochtenen Verfügung bedeutet auch, dass der Beschwerdeführer aus der Ausschaffungshaft zu entlassen ist, da deren Voraussetzungen nicht mehr bestehen (vgl. Art. 76 Abs. 1 Bst. b Ziff. 5 AuG).

4.

4.1

Bei diesem Ausgang des Verfahrens sind keine Kosten zu erheben (Art. 63 Abs. 3 VwVG i.V.m. Art. 37 VGG).

4.2 Gemäss Art. 64 Abs. 1 VwVG i.V.m. Art. 37 VGG kann der ganz oder teilweise obsiegenden Partei von Amtes wegen oder auf Begehren eine Entschädigung für die ihr erwachsenen notwendigen und verhältnismässig hohen Kosten zugesprochen werden (vgl. für die Grundsätze der Bemessung der Parteientschädigung ausserdem Art. 7 ff. des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]). Seitens des Rechtsvertreters des Beschwerdeführers wurde keine Kostennote eingereicht. Auf die Nachforderung einer solchen wird indessen verzichtet (vgl. Art. 14 Abs. 2 VGKE), weil im vorliegenden Verfahren der Aufwand des Schriftenwechsels zuverlässig abgeschätzt werden kann. Gestützt auf die in Betracht zu ziehenden Bemessungs-

faktoren (Art. 9-13 VGKE) sind dem Beschwerdeführer Fr. 600.-- (inkl. Auslagen und Mehrwertsteuer) als Parteientschädigung zuzusprechen. Dieser Betrag ist dem Beschwerdeführer durch das BFM zu entrichten.

(Dispositiv nächste Seite)

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.

Die Beschwerde wird im Sinne der Erwägungen gutgeheissen und die Verfügung des BFM vom 16. November 2009 wird aufgehoben.

2.

Die Akten werden dem BFM zur erneuten Beurteilung der Sache überwiesen.

3.

Der Beschwerdeführer wird aus der Ausschaffungshaft entlassen.

4.

Es werden keine Verfahrenskosten auferlegt.

5.

Das BFM wird angewiesen, dem Beschwerdeführer eine Parteient-schädigung von Fr. 600.-- auszurichten.

6.

Dieses Urteil geht an:

- den Rechtsvertreter des Beschwerdeführers (vorab per Fax; Ein-schreiben)
- das BFM, Abteilung Asylverfahren, zu den Akten Ref.-Nr. N_____ (per Fax)
- K._____ (per Fax)

Der Einzelrichter:

Der Gerichtsschreiber:

Thomas Wespi

Stefan Weber

Versand: