



---

Abteilung IV  
D-7518/2009/wif  
{T 0/2}

## **Urteil vom 10. Dezember 2009**

---

Besetzung

Einzelrichterin Nina Spälti Giannakitsas  
mit Zustimmung von Richter Jean-Pierre Monnet;  
Gerichtsschreiber Patrick Weber.

---

Parteien

**X.** \_\_\_\_\_, gemäss vorinstanzlicher Verfügung am  
\_\_\_\_\_ geboren, Afghanistan,  
vertreten durch lic. iur. Fidan Köle, \_\_\_\_\_,  
Beschwerdeführer,

gegen

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

---

Gegenstand

Nichteintreten auf Asylgesuch und Wegweisung;  
Verfügung des BFM vom 25. November 2009 /  
N \_\_\_\_\_.

**Das Bundesverwaltungsgericht stellt fest und erwägt,**

dass der Beschwerdeführer sein Heimatland eigenen Angaben zufolge im Jahre 2000 verliess und fortan zusammen mit seinen Angehörigen im Iran lebte,

dass er den Iran im September 2008 verliess und via Türkei, Griechenland und Italien in die Schweiz gelangte, wo er am 27. Mai 2009 ein Asylgesuch stellte,

dass das BFM am 4. Juni 2009 aufgrund der geltend gemachten Minderjährigkeit beim Beschwerdeführer eine Knochenaltersanalyse durchführen liess und der Arzt ein Skeletalter von 19 Jahren diagnostizierte,

dass der Beschwerdeführer am 8. Juni 2009 summarisch zum Reiseweg und zu den Asylgründen befragt wurde,

dass er unter anderem geltend machte, auch seine Eltern und seine Schwestern hätten in der Schweiz um Asyl nachgesucht,

dass die Familie Afghanistan seinerzeit aus wirtschaftlichen Motiven beziehungsweise wegen politischer Probleme seines Vaters verlassen habe,

dass er und seine Angehörigen im Iran in verschiedener Hinsicht diskriminiert und schlecht behandelt worden seien,

dass sie ferner befürchtet hätten, nach Afghanistan deportiert zu werden,

dass der Beschwerdeführer am 9. Juni 2009 im Empfangszentrum telefonischen Kontakt mit seinen Eltern hatte und dabei emotional betroffen wirkte (vgl. A 12/1),

dass ihm am 16. Juni 2009 das rechtliche Gehör zur Knochenaltersanalyse gewährt wurde und er an der geltend gemachten Minderjährigkeit grundsätzlich festhielt,

dass ihm im Rahmen einer weiteren Befragung gleichentags das rechtliche Gehör zu einem EURODAC-Ergebnis Griechenland betref-

fend respektive zu einer allfälligen Wegweisung nach Italien oder Griechenland gewährt wurde,

dass er geltend machte, dort über keine Perspektiven zu verfügen beziehungsweise in Griechenland nicht mit einer korrekten Behandlung rechnen zu können, und unter anderem erneut auf seine Angehörigen in der Schweiz aufmerksam machte,

dass der Vater des Beschwerdeführers (Aufenthaltskanton: \_\_\_\_\_) am 20. Juli 2009 das BFM ersuchte, seinem dem Kanton \_\_\_\_\_ zugeteilten Sohn und Beschwerdeführer den Wechsel des Aufenthaltskantons zu bewilligen,

dass das BFM die Eingabe vom 20. Juli 2009 mit Schreiben vom 5. August 2009 beantwortete,

dass die Rechtsvertretung des Beschwerdeführers am 27. Oktober 2009 an die Vorinstanz gelangte und um die Beantwortung von Fragen im Zusammenhang mit dem Asylverfahren ihres Mandanten ersuchte,

dass sie ferner geltend machte, die Angehörigen ihres Mandanten seien in der Schweiz vorläufig aufgenommen worden, und ein Gesuch um Wechsel des Aufenthaltskantons für den Beschwerdeführer stellte,

dass das BFM diese Eingabe als Gesuch um Auskunftserteilung entgegennahm, am 9. respektive 13. November 2009 Akteneinsicht gewährte und betreffend der Behandlung des Gesuchs um Wechsel des Aufenthaltskantons auf einen späteren Zeitpunkt verwies,

dass die Rechtsvertretung in ihrer Eingabe vom 17. November 2009 an das BFM unter anderem darlegte, eine Rückführung ihres erst knapp volljährigen Mandanten nach Griechenland sei in Anbetracht der Situation vor Ort nicht zumutbar,

dass das BFM mit Verfügung vom 25. November 2009 in Anwendung von Art. 34 Abs. 2 Bst. d des Asylgesetzes vom 26. Juni 1998 (AsylG, SR 142.31) auf das Asylgesuch nicht eintrat und die Wegweisung aus der Schweiz nach Griechenland sowie den Vollzug anordnete,

dass das Bundesamt des Weiteren den Beschwerdeführer anwies, die Schweiz sofort zu verlassen und feststellte, eine allfällige Beschwerde habe keine aufschiebende Wirkung,

dass das BFM im Entscheid von der Volljährigkeit des Beschwerdeführers im Zeitpunkt der Einreichung des Asylgesuchs ausging,

dass das BFM zur Begründung der Nichteintretensverfügung im Wesentlichen anführte, gestützt auf das 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 (SR 0.142.392.68, nachfolgend Abkommen vom 26. Oktober 2004) und das Übereinkommen vom 17. Dezember 2004 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft, der Republik Island und dem Königreich Norwegen über die Umsetzung, Anwendung und Entwicklung des Schengen-Besitzstands und über die Kriterien und Verfahren zur Bestimmung des zuständigen Staates für die Prüfung eines in der Schweiz, in Island oder in Norwegen gestellten Asylantrags (SR 0.362.32, nachfolgend Übereinkommen vom 17. Dezember 2004) sei Griechenland für die Durchführung des Asylverfahrens zuständig,

dass die griechischen Behörden innert relevanter Frist keine Stellungnahme eingereicht hätten, weshalb davon auszugehen sei, Griechenland anerkenne seine Zuständigkeit,

dass weder vom Beschwerdeführer anlässlich des rechtlichen Gehörs vom 16. Juni 2009 noch im Rahmen der Stellungnahme der Rechtsvertretung vom 17. November 2009 Gründe, welche gegen die Zulässigkeit oder Zumutbarkeit der Rückkehr nach Griechenland sprechen würden, geltend gemacht worden seien,

dass der Vollzug der Wegweisung nach Griechenland zulässig, zumutbar und möglich sei,

dass der Entscheid des BFM gemäss Aktenlage durch die kantonale Behörde am 26. November 2009 der Post zwecks Eröffnung an die Rechtsvertretung übergeben wurde,

dass der Beschwerdeführer mit vorab per Fax übermittelter Eingabe seiner Rechtsvertretung vom 3. Dezember 2009 die Verfügung des BFM beim Bundesverwaltungsgericht anfechten liess,

dass auf die Beschwerdeanträge und die Beschwerdebegründung – soweit erforderlich – in den nachfolgenden Erwägungen einzugehen ist,

dass das Bundesverwaltungsgericht mit Zwischenverfügung vom 3. Dezember 2009 den Vollzug der Wegweisung im Sinne einer vor-sorglichen Massnahme aussetzte,

dass die vorinstanzlichen Akten am 4. Dezember 2009 beim Bundes-verwaltungsgericht eintrafen (Art. 109 Abs. 2 AsylG),

dass das Bundesverwaltungsgericht endgültig über Beschwerden ge-gen Verfügungen (Art. 5 des Bundesgesetzes vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren [VwVG, SR 172.021]) des BFM ent-scheidet (Art. 105 AsylG i.V.m. Art. 31-33 des Verwaltungsgerichtsge-setzes 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 mit Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht die Verletzung von Bundesrecht, einschliesslich Missbrauch und Überschreitung des Ermessens, die unrichtige oder unvollständige Feststellung des rechts-erheblichen Sachverhalts und die Unangemessenheit gerügt werden können (Art. 106 Abs. 1 AsylG),

dass der Beschwerdeführer am Verfahren vor der Vorinstanz teilge-nommen hat und durch die angefochtene Verfügung besonders berührt ist,

dass er ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung bezie-hungsweise Änderung hat und daher zur Einreichung der Beschwerde legitimiert ist (Art. 48 Abs. 1 VwVG),

dass die gesetzliche Beschwerdefrist von fünf Arbeitstagen gemäss Aktenlage jedenfalls gewahrt ist,

dass auf die im Übrigen formgerecht eingereichte Beschwerde somit einzutreten ist (Art. 105 AsylG i.V.m. Art. 37 VGG und Art. 52 VwVG),

dass das Bundesverwaltungsgericht über offensichtlich begründete Beschwerden in einzelrichterlicher Zuständigkeit mit Zustimmung ei-nes zweiten Richters oder einer zweiten Richterin entscheidet (Art. 111 Bst. e AsylG) und die vorliegende Beschwerde, wie nachfol-

gend aufgezeigt, offensichtlich begründet ist, weshalb auf einen Schriftwechsel verzichtet wird und der Beschwerdeentscheid nur summarisch zu begründen ist (Art. 111a AsylG),

dass vorab kurz auf die Frage des damaligen respektive aktuellen Alters des Beschwerdeführers einzugehen ist,

dass eine Knochenaltersanalyse zwar Schlussfolgerungen betreffend das tatsächliche Alter des Probanden enthält,

dass diesen Schlussfolgerungen in der vorliegenden Konstellation aber praxisgemäss nur ein bedingter Beweiswert zukommt,

dass dies mittlerweile offenbar auch vom BFM respektive dem beauftragten Arzt so festgehalten wird ("grobe Schätzung"; vgl. A 9/2, S. 2),

dass der Beschwerdeführer andererseits angab, sein genaues Geburtsdatum nicht zu kennen (vgl. A 1/12, S. 2: das angegebene Datum als "Wunschdatum"),

dass die Rechtsvertretung in ihrer Eingabe vom 17. November 2009 ihren Mandanten als knapp volljährig bezeichnete,

dass so durchaus Zweifel an der geltend gemachten Minderjährigkeit aufkommen können, sein genaues Alter respektive der Zeitpunkt der allfälligen Erlangung der Volljährigkeit im aktuell zu beurteilenden Verfahren indes offen gelassen werden kann,

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

dass der Anspruch auf rechtliches Gehör durch Art. 29-33 VwVG konkretisiert wird und verschiedene Teilaspekte umfasst, nämlich 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) und auf Abnahme der angebotenen und tauglichen Beweise durch die Behörde (Art. 33 VwVG),

dass Antworten auf die Frage, welche spezifischen Teilgehalte der Anspruch des rechtlichen Gehörs im Einzelnen umfasse, sich darüber hinaus auch unmittelbar aus dem übergeordneten Verfassungsrecht in Gestalt des Art. 29 Abs. 2 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV, SR 101) ergeben können,

dass der mit Grundrechtsqualität ausgestattete Grundsatz des rechtlichen Gehörs im Sinne von Art. 29 Abs. 2 BV unbestrittenermassen eine Anzahl verschiedener verfassungsrechtlicher Verfahrensgarantien umfasst (vgl. aus der Literatur 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.),

dass dazu zunächst – und für die Prozessparteien regelmässig im Vordergrund stehend – das Recht auf vorgängige Äusserung und Anhörung gehört, welches den Betroffenen einen Einfluss auf die Ermittlung des wesentlichen Sachverhaltes sichert,

dass unerlässliches Gegenstück der Mitwirkungsrechte der Parteien ausserdem als weiterer Teilgehalt des rechtlichen Gehörs die Pflicht der Behörden bildet, die Vorbringen der Betroffenen sorgfältig und ernsthaft zu prüfen und in der Entscheidungsfindung zu berücksichtigen,

dass daraus schliesslich aber auch die grundsätzliche Pflicht der Behörden folgt, 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.),

dass der angefochtene Entscheid des BFM diesen Kriterien offensichtlich nicht gerecht wird,

dass das BFM darin – wie erwähnt – festhält, weder vom Beschwerdeführer anlässlich des rechtlichen Gehörs vom 16. Juni 2009 noch im

Rahmen der Stellungnahme der Rechtsvertretung vom 17. November 2009 seien Gründe, welche gegen die Zulässigkeit oder Zumutbarkeit der Rückkehr nach Griechenland sprechen würden, geltend gemacht worden,

dass diese Behauptung offensichtlich aktenwidrig ist,

dass sowohl der Beschwerdeführer wie auch seine Vertretung bereits damals ihre Einwände betreffend Rückführung nach Griechenland formulierten (vgl. u.a. A 16/2, S. 1: Angst vor der Rückkehr ins "höllische Griechenland"),

dass das BFM auch darauf verzichtet hat, sich mit zahlreichen und weitgehend übereinstimmenden Berichten zur prekären Situation vor Ort auseinanderzusetzen,

dass die lapidaren Feststellungen, es beständen in Griechenland keine Hinweise auf Verletzung von Art. 3 EMRK, und weder die in Griechenland herrschende Situation noch andere Gründe würden gegen die Zumutbarkeit des Vollzugs sprechen, demnach offensichtliche Gehörsverletzungen ausmachen,

dass das BFM die geltend gemachte Minderjährigkeit des Beschwerdeführers für unglaubhaft erachtete, im angefochtenen Entscheid aber nicht erwog, seine weiteren Darlegungen, wonach die Eltern und die Schwester in der Schweiz ebenfalls um Asyl nachgesucht hätten, seien unzutreffend,

dass die 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), im Übrigen im Bestreben erlassen wurde, die Einheit der Familie zu wahren, soweit dies mit den sonstigen Zielen vereinbar ist (vgl. Ziff. 6 der Erwägungsgründe zur VO Dublin),

dass in Art. 2 Bst. i VO Dublin definiert wird, welche Personen unter den Begriff "Familienangehörige" fallen,

dass nach der Rechtsprechung der Strassburger Organe zu Art. 8 EMRK zudem über die Kernfamilie hinausgehende verwandtschaftliche Bande – namentlich auch diejenigen zwischen Grosseltern und ihren

Enkeln und Enkelinnen, zwischen Onkeln beziehungsweise Tanten und ihren Nichten und Neffen sowie zwischen Geschwistern – unter den Schutz der Einheit der Familie fallen, sofern eine nahe, echte und tatsächlich gelebte Beziehung zwischen den Angehörigen besteht (vgl. Entscheide des Schweizerischen Bundesverwaltungsgerichts, BVGE 2008/47 E. 4.1.1; CARONI MARTINA, Schriften zum Europäischen Recht, Band 58, Privat- und Familienleben zwischen Menschenrecht und Migration, S. 25 und S. 35 mit Hinweisen auf Urteile des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte, Strassburg),

dass mithin selbst unter der Annahme, der Beschwerdeführer sei bereits volljährig, eine diesbezügliche argumentative Auseinandersetzung des BFM zu seiner familiären Situation geboten gewesen wäre,

dass die Vorinstanz in ihrer Verfügung vom 25. November 2009 die in der Schweiz vorläufig aufgenommenen Eltern und die Schwester im Erwägungsteil indes mit keinem Wort erwähnte, obwohl ihr die Existenz dieser familiären Sachverhaltskonstellation vor Erlass der Verfügung zweifelsfrei bekannt war,

dass auch die bisherige Nichtanhandnahme des wiederholt gestellten Gesuchs um Wechsel des Aufenthaltskantons ein bezeichnendes Licht auf die Vorgehensweise des BFM wirft,

dass in diesem Zusammenhang schliesslich auf Art. 29a / 3 AV1 und Art. 15 VO Dublin (Humanitäre Klausel) hinzuweisen ist, welche es ermöglichen würden, aus humanitären Gründen die Familieneinheit herzustellen respektive zu bewahren, wenn kein Anspruch auf Familienzusammenführung besteht,

dass das BFM seine Pflicht zur Berücksichtigung der Vorbringen des Beschwerdeführers offenkundig nicht wahrgenommen, den Sachverhalt nur teilweise erstellt und so die Begründungspflicht beziehungsweise den Anspruch des Beschwerdeführers auf rechtliches Gehör verletzt hat,

dass sich nunmehr die Frage stellt, ob die festgestellte Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör geheilt werden kann oder zur Kassation der angefochtenen Verfügung führen muss,

dass aus prozessökonomischen Gründen der Gesetzgeber die Verwaltungsbeschwerde grundsätzlich reformatorisch ausgestaltet hat und

gemäss Art. 61 Abs. 1 VwVG eine Kassation und Rückweisung an die Vorinstanz nur ausnahmsweise erfolgen darf, so etwa, wenn weitere Tatsachen festgestellt werden müssen und ein umfassendes Beweisverfahren durchzuführen ist,

dass die in diesen Fällen fehlende Entscheidungsreife zwar grundsätzlich durch die Beschwerdeinstanz selbst hergestellt werden kann, wenn dies im Einzelfall aus prozessökonomischen Gründen angebracht erscheint, wobei allerdings eine Grenze gezogen werden muss, deren Überschreitung nicht mehr ohne Weiteres durch die Beschwerdeinstanz rückgängig gemacht werden kann,

dass eine sachgerechte Lösung im Sinne einer Heilung oder Kassation sich entscheidend an der Schwere der Verletzung einer Verfahrensvorschrift, aber auch daran zu orientieren hat, ob die Verletzung auf einem Versehen beruht oder das Resultat einer gehäuften unsorgfältigen Verfahrensführung ist,

dass indessen bei einer Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör angesichts seiner formellen Natur von vornherein keine Rolle spielen kann, ob die Missachtung von Verfahrensvorschriften durch die Vorinstanz Einfluss auf das Ergebnis hatte (Entscheidungen und Mitteilungen der Schweizerischen Asylrekurskommission [EMARK] 2004 Nr. 38 E. 7.1),

dass im vorliegenden Fall die Gehörsverletzungen als schwerwiegender Mangel zu erachten sind, weil das BFM über das Asylgesuch entschieden hat, ohne sich in seinen Erwägungen auch nur ansatzweise mit den Einwänden des Beschwerdeführers respektive der Frage der Familieneinheit auseinanderzusetzen,

dass dieses Unterlassen nicht auf einem Versehen beruht, sondern offensichtlich das Ergebnis einer unsorgfältigen Verfahrensführung ist,

dass nach dem Gesagten die Beschwerde insofern gutzuheissen ist, als damit die Aufhebung der angefochtenen Verfügung vom 25. November 2009 beantragt wird,

dass die Sache zur erneuten Beurteilung im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückzuweisen ist,

dass es sich bei dieser Sachlage erübrigt, auf die übrigen Anträge und Ausführungen in der Beschwerdeschrift näher einzugehen,

dass mit dem vorliegenden Entscheid in der Hauptsache das Gesuch um Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung der Beschwerde gegenstandslos wird,

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

dass gemäss Art. 64 Abs. 1 VwVG i.V.m. Art. 37 VGG der obsiegenden Partei von Amtes wegen oder auf Begehren eine Entschädigung für die ihr erwachsenen notwendigen und verhältnismässig hohen Kosten zugesprochen werden kann (vgl. für die Grundsätze der Bemessung der Parteientschädigung ausserdem Art. 7 ff. des Reglements über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht vom 21. Februar 2008 [VGKE, SR 173.320.2] und dieser Betrag antragsgemäss auf Fr. 700.– festzusetzen ist.

(Dispositiv nächste Seite)

**Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:**

**1.**

Die Beschwerde wird im Sinne der Erwägungen gutgeheissen. Die Verfügung des BFM vom 25. November 2009 wird aufgehoben.

**2.**

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

**3.**

Es werden keine Verfahrenskosten auferlegt.

**4.**

Das BFM wird angewiesen, dem Beschwerdeführer eine Parteient-schädigung von Fr. 700.– zu entrichten.

**5.**

Dieses Urteil geht an:

- die Rechtsvertretung des Beschwerdeführers (Einschreiben; vorab per Telefax)
- das BFM, Abteilung Aufenthalt, mit den Akten Ref.-Nr. N \_\_\_\_\_ (per Kurier; in Kopie)
- \_\_\_\_\_

Die Einzelrichterin:

Der Gerichtsschreiber:

Nina Spälti Giannakitsas

Patrick Weber

Versand: