



## Urteil vom 7. Februar 2011

---

Besetzung

Richter Bruno Huber (Vorsitz),  
Richter Robert Galliker,  
Richter Kurt Gysi,  
Gerichtsschreiber Peter Jaggi.

---

Parteien

**A.** \_\_\_\_\_, geboren (...),  
Demokratische Republik Kongo,  
vertreten durch Annelise Gerber,  
Beschwerdeführer,

gegen

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

---

Gegenstand

Asyl und Wegweisung;  
Verfügung des BFM vom 11. Februar 2008 / N (...).

**Sachverhalt:****A.**

**A.a** Der Beschwerdeführer verliess seinen Heimatstaat gemäss eigenen Angaben am (...) und gelangte am 1. August 2005 in die Schweiz, wo er gleichentags um Asyl nachsuchte. Am 4. August 2005 erfolgte die Kurzbefragung im B.\_\_\_\_\_ und am 14. September 2005 die Anhörung zu seinen Asylgründen durch C.\_\_\_\_\_.

Zur Begründung seines Asylgesuchs machte der Beschwerdeführer geltend, sein Vater sei (...) anlässlich (...) getötet worden. (...) habe er ein Studium an der Universität begonnen und Kontakt mit der "Union pour la Démocratie et le Progrès Social" (UDPS) aufgenommen. Am (...) sei er in (...) (...) während der Teilnahme an einem von der UDPS organisierten Marsch festgenommen worden. Während der Haft sei er fotografiert worden. Daraufhin seien alle Gemeindebüros mit seinem Foto beliefert worden, um ihn bei einem weiteren Gesetzesverstoss festnehmen zu können. Nach zwei Tagen Haft sei er mit der Auflage, an keinen Märschen mehr teilzunehmen, freigelassen worden. Im (...) seien er und seine Kollegen von Soldaten beim Verteilen von Flugblättern für eine Kundgebung vom (...) ertappt worden und geflüchtet. Daraufhin hätten sich Soldaten dreimal bei ihm zu Hause nach seinem Verbleib erkundigt. Am (...) habe er trotz der Suche nach ihm an vorderster Front am Demonstrationmarsch teilgenommen. Plötzlich hätten Soldaten das Feuer eröffnet, woraufhin es zu einer Massenpanik gekommen und er verhaftet worden sei. Nach seiner Festnahme sei er in einem Büro mit dem Tode bedroht, in eine Zelle verbracht und von einem Soldaten vergewaltigt worden. Nach drei Tagen sei er von Soldaten, die ihn aufgefordert hätten, das Land so schnell wie möglich zu verlassen, nach (...) gebracht und seinem Onkel übergeben worden, bei dem er sich bis zu seiner Ausreise versteckt gehalten habe.

Für den Inhalt der weiteren Aussagen wird auf die Akten und, soweit für den Entscheid wesentlich, auf die nachstehenden Erwägungen verwiesen.

Der Beschwerdeführer reichte im erstinstanzlichen Verfahren eine (...) zu den Akten.

**A.b** Mit Verfügung vom 12. April 2007 – eröffnet am 18. April 2007 – trat das BFM gestützt auf Art. 32 Abs. 2 Bst. a des Asylgesetzes vom 26. Juni 1998 (AsylG, SR 142.31) auf das Asylgesuch des Beschwerdeführers nicht ein und ordnete die Wegweisung aus der Schweiz sowie den Vollzug an.

Mit Urteil vom 25. Juni 2007 hiess das Bundesverwaltungsgericht die dagegen eingereichte Beschwerde gut, hob die Verfügung vom 12. April 2007 auf und wies die Akten zur Wiederaufnahme des Asylverfahrens und zum neuen Entscheid an die Vorinstanz zurück.

**B.**

Mit Verfügung vom 11. Februar 2008 – eröffnet am 13. Februar 2008 – stellte das BFM fest, der Beschwerdeführer erfülle die Flüchtlingseigenschaft nicht, lehnte sein Asylgesuch ab und ordnete die Wegweisung aus der Schweiz sowie den Vollzug an.

**C.**

Mit Rechtsmitteleingabe vom 12. März 2008 (Poststempel) beantragte der Beschwerdeführer durch seine Rechtsvertreterin in materieller Hinsicht die Aufhebung der vorinstanzlichen Verfügung und unter Zuerkennung der Flüchtlingseigenschaft die Gewährung von Asyl oder jedenfalls die Feststellung der Flüchtlingseigenschaft, eventualiter unter Anordnung der vorläufigen Aufnahme die Feststellung der Unzulässigkeit respektive Unzumutbarkeit des Wegweisungsvollzugs. In prozessualer Hinsicht beantragte er unter Verzicht auf die Erhebung eines Kostenvorschusses die Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege. Zur Stützung seiner Vorbringen reichte er Faxkopien eines Schreibens seines Onkels und einer Vorladung ein; gleichzeitig verwies er hinsichtlich des prozessualen Antrags auf die bereits bei den Akten befindliche Fürsorgebestätigung vom 27. April 2007.

**D.**

Mit Zwischenverfügung vom 20. März 2008 teilte der Instruktionsrichter dem Beschwerdeführer mit, er könne den Ausgang des Verfahrens in der Schweiz abwarten, verzichtete auf die Erhebung eines Kostenvorschusses und forderte ihn auf, die in Aussicht gestellten Originale der eingereichten Beweismittel innert Frist nachzureichen.

Am 3. April 2008 liess der Beschwerdeführer aufforderungsgemäss die Originale der Faxkopien samt Zustellcouvert aus seinem Heimatland und zusätzlich einen Bericht der (...) vom (...) einreichen.

**E.**

Die Vorinstanz hielt in ihrer Vernehmlassung vom 21. Mai 2008 vollumfänglich an ihren Erwägungen fest und beantragte die Abweisung der Beschwerde. Zur Begründung führte sie an, eine Prüfung des auf Beschwerdeebene eingereichten (...) habe ergeben, dass das Dokument nicht authentisch sei.

In seiner Replik vom 19. Juni 2008 hielt der Beschwerdeführer mit entsprechender Begründung an den gestellten Rechtsbegehren fest.

**F.**

Am 27. Juni 2008 reichte der Beschwerdeführer ein weiteres Schreiben seines Onkels vom 16. Juni 2008 betreffend die Echtheit des eingereichten (...) ein.

Mit Eingaben vom 25. Juli 2008 und vom 10. März 2010 reichte der Beschwerdeführer nochmals Dokumente (am 25. Juli 2008 ein Schreiben eines Anwalts mit Briefumschlag, am 10. März 2010 eine Vorladung der [...] betreffend seine Person und ein weiteres Schreiben seines Onkels samt Briefumschlag) zu den Akten.

**G.**

Eine am 3. Februar 2011 durchgeführte telefonische Abklärung bei der (...) ergab, dass bei der Anhörung vom 14. September 2005 eine weibliche Hilfswerkvertretung anwesend war.

**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). Das BFM gehört zu den Behörden nach Art. 33 VGG und ist daher eine Vorinstanz des Bundesverwaltungsgerichts. Eine das Sachgebiet betreffende Ausnahme im Sinne von Art. 32 VGG liegt nicht vor. Das Bundesverwaltungsgericht ist daher zuständig für die Beurteilung der vorliegenden Beschwerde und entscheidet auf dem Gebiet des Asyls endgültig (Art. 105 AsylG; Art. 83 Bst. d Ziff. 1 des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 [BGG, SR 173.110]).

**1.2.** Die Beschwerde ist frist- und formgerecht eingereicht. Der Beschwerdeführer hat am Verfahren vor der Vorinstanz teilgenommen, ist durch die angefochtene Verfügung besonders berührt, hat ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung beziehungsweise Änderung und ist daher zur Einreichung der Beschwerde legitimiert (Art. 108 Abs. 1 und Art. 105 AsylG i.V.m. Art. 37 VGG, Art. 48 Abs. 1 und Art. 52 VwVG). Auf die Beschwerde ist einzutreten.

**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).

**3.**

**3.1.** Gemäss Art. 17 Abs. 2 AsylG i.V.m. Art. 6 der Asylverordnung 1 über Verfahrensfragen vom 11. August 1999 (AsylV 1, SR 142.311) wird die asylsuchende Person von einer Person gleichen Geschlechts befragt, wenn konkrete Hinweise auf geschlechtsspezifische Verfolgung vorliegen. Geschlechtsspezifisch ist die Verfolgung dann, wenn sie in der Form sexueller Gewalt stattfindet oder die sexuelle Identität des Opfers treffen soll (Entscheidungen und Mitteilungen der [vormaligen] Schweizerischen Asylrekurskommission [EMARK] 2003 Nr. 2 E. 5a und b S. 16 ff.). Das Geschlecht soll nach Möglichkeit auch bei der Auswahl der Personen, die als Dolmetscher eingesetzt werden und das Protokoll führen, berücksichtigt werden. Art. 6 AsylV 1 - der bei Frauen und Männern gleichermassen Anwendung findet - ist eine Ausgestaltung des rechtlichen Gehörs, mithin eine Schutzvorschrift, deren Zweck es ist, dass asylsuchende Personen ihre Vorbringen angemessen vortragen, das heisst konkret erlittene Übergriffe möglichst frei und unbeeinträchtigt von Schamgefühlen schildern können. Gleichzeitig dient sie dazu, die Richtigkeit der Sachverhaltsabklärung zu gewährleisten. Da diese Schutzvorschrift nicht bloss ein Recht der asylsuchenden Person beinhaltet, eine solche Befragung zu verlangen, sondern die Behörde dazu verpflichtet, in der vorgesehenen Weise vorzugehen, sobald entsprechende Hinweise vorliegen, ist sie von Amtes wegen anzuwenden. Ein Verzicht der betroffenen asylsuchenden Person auf die Befragung durch eine Person gleichen Geschlechts könnte nur dann angenommen werden, wenn er ausdrücklich erklärt wird (EMARK 2003 Nr. 2 E. 5b/dd und E5c S. 19 f.).

**3.2.** Mit der Aussage des Beschwerdeführers anlässlich der Kurzbefragung vom 4. August 2005, er sei in der Nacht vom (...) auf den (...) von einem Soldaten vergewaltigt worden (vgl. Akten BFM A1/10 S. 5), lagen konkrete Hinweise auf eine geschlechtsspezifische Verfolgung (Eingriff in die sexuelle Identität) vor, welche zwingend (EMARK 2003 Nr. 2 E. 5c S.19, Urteile des Bundesverwaltungsgerichts E-4285/2006 vom 25. November 2009 und E-5321/2007 vom 22. September 2010) Anlass dazu hätten geben müssen, die Schutzvorschrift von Art. 6 AsylV

1 anzuwenden und den Beschwerdeführer in der Folge durch ein reines Männerteam zu seinen Asylgründen anzuhören. Wie bereits vorstehend (E. 3.1) erwähnt, ist Zweck der Schutzvorschrift von Art. 6 AsylV 1, dass asylsuchende Personen ihre Vorbringen angemessen vortragen, das heisst, konkret erlittene Übergriffe möglichst frei und unbeeinträchtigt von Schamgefühlen schildern können. Zudem dient sie dazu, die Richtigkeit der Sachverhaltsabklärung zu gewährleisten. Vor diesem Hintergrund kann jedenfalls nicht ausgeschlossen werden, dass der Beschwerdeführer aus Scham gegenüber der bei der Anhörung anwesenden weiblichen Hilfswerkvertretung darauf verzichtet hat, den geltend gemachten Übergriff und allenfalls weitere Übergriffe frei zu schildern. Angesichts der Tatsache, dass es der Befrager anlässlich der Anhörung unterlassen hat, den Beschwerdeführer über seine diesbezüglichen Rechte aufzuklären, ist auch nicht davon auszugehen, der Beschwerdeführer habe auf eine Anhörung durch ein reines Männerteam ausdrücklich verzichtet. An dieser Sachlage vermag der Umstand, dass der Beschwerdeführer bei der Kurzbefragung auf die Frage, ob er bei der Anhörung von einem Mann oder von einer Frau befragt werden möchte oder ob dies keine Rolle spiele, antwortete, dies sei egal (vgl. A1/10 S. 5), nichts zu ändern, zumal er mit einer solchen Frage nicht über seine Rechte aufgeklärt wurde und folglich auch nicht darauf verzichten konnte.

**3.3.** Damit ergibt sich, dass das Bundesamt dadurch, dass es den Beschwerdeführer trotz klaren Hinweisen auf eine geschlechtsspezifische Verfolgung nicht durch ein reines Männerteam zu seinen Asylgründen anhören liess, den Anspruch auf rechtliches Gehör verletzt, den rechtserheblichen Sachverhalt unrichtig respektive unvollständig festgestellt und damit Bundesrecht verletzt hat. Angesichts der formellen Natur des Anspruchs auf rechtliches Gehör spielt von vornherein keine Rolle, ob die Missachtung der Verfahrensvorschrift von Art. 6 AsylV 1 auch Einfluss auf das Ergebnis hatte.

#### **4.**

Beschwerden gegen Verfügungen des BFM betreffend die Verweigerung des Asyls und die Anordnung der Wegweisung haben grundsätzlich reformatorischen und nur ausnahmsweise kassatorischen Charakter (Art. 105 AsylG sowie Art. 6 AsylG i.V.m. Art. 61 Abs. 1 VwVG). Eine reformatorische Entscheidung setzt indessen voraus, dass die Sache entscheidreif ist; dazu muss insbesondere der rechtserhebliche Sachverhalt richtig und vollständig festgestellt worden sein. Dies ist

vorliegend nicht der Fall. Es kann nicht Sinn des Beschwerdeverfahrens sein, für eine vollständige Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts zu sorgen, wenn im vorinstanzlichen Verfahren die erforderlichen Sachverhaltsabklärungen unterblieben sind (EMARK 2004 Nr. 38 E. 7). Vorliegend ist es insbesondere nicht Sache des Bundesverwaltungsgerichts, die vom BFM pflichtwidrig unterlassene Anhörung des Beschwerdeführers durch ein reines Männerteam nachzuholen. Abgesehen davon ginge dem Beschwerdeführer dadurch eine Überprüfungsinstanz verloren.

## **5.**

Bei dieser Sachlage ist die Beschwerde im Sinne der Erwägungen gutzuheissen. Die Verfügung vom 11. Februar 2008 ist aufzuheben und das BFM anzuweisen, dem Beschwerdeführer das rechtliche Gehör im Sinne der Erwägungen zu gewähren, den rechtserheblichen Sachverhalt richtig respektive vollständig festzustellen und über das Asylgesuch neu zu entscheiden.

Auf die im Beschwerdeverfahren in reformatorischer Hinsicht gestellten Rechtsbegehren und deren Begründung sowie auf die bisher eingereichten Dokumente ist bei diesem Verfahrensausgang nicht einzugehen, weil es Sache des Bundesamtes sein wird, sich damit zu befassen.

## **6.**

**6.1.** Bei diesem Ausgang des Beschwerdeverfahrens sind keine Verfahrenskosten aufzuerlegen (Art. 63 Abs. 1 VwVG), womit der Antrag des Beschwerdeführers auf Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege gegenstandslos wird.

**6.2.** Die Beschwerdeinstanz kann der ganz oder teilweise obsiegenden Partei von Amtes wegen oder auf Begehren eine Entschädigung für ihr erwachsene notwendige und verhältnismässig hohe Kosten zusprechen (Art. 64 Abs. 1 VwVG i.V.m. Art. 7 Abs. 1 und 2 des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]). Seitens der Rechtsvertretung liegt keine Kostennote vor, weshalb die Entschädigung für das Beschwerdeverfahren aufgrund der Akten festzusetzen ist (Art. 14 Abs. 2 in fine VGKE). Unter Berücksichtigung der massgebenden Bemessungsfaktoren (Art. 9 - 13 VGKE) und der Entschädigungspraxis in Vergleichsfällen ist das BFM anzuweisen, dem Beschwerdeführer für das Rechtsmittelverfahren eine Parteientschädigung in der Höhe von

pauschal Fr. 600.- (inkl. Auslagen und allfälliger Mehrwertsteuer)  
auszurichten.

(Dispositiv nächste Seite)

**Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:**

**1.**

Die Beschwerde wird im Sinne der Erwägungen gutgeheissen.

**2.**

Die Verfügung vom 11. Februar 2008 wird aufgehoben. Das BFM wird angewiesen, dem Beschwerdeführer das rechtliche Gehör im Sinne der Erwägungen zu gewähren, den rechtserheblichen Sachverhalt richtig respektive vollständig festzustellen und über das Asylgesuch neu zu entscheiden.

**3.**

Es werden keine Verfahrenskosten auferlegt.

**4.**

Das BFM hat dem Beschwerdeführer für das Rechtsmittelverfahren eine Parteientschädigung von Fr. 600.- zu entrichten.

**5.**

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

Der vorsitzende Richter:

Der Gerichtsschreiber:

Bruno Huber

Peter Jaggi

Versand: