



Abteilung V
E-4129/2006/ame
{T 0/2}

Urteil vom 6. März 2009

Besetzung

Richter Kurt Gysi (Vorsitz), Richter Robert Galliker,
Richterin Regula Schenker Senn,
Gerichtsschreiberin Barbara Balmelli.

Parteien

A. _____,
Kosovo,
vertreten durch Martin Ilg,
(...),
Beschwerdeführer,

gegen

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

Gegenstand

Nichteintreten auf Asylgesuch und Wegweisung;
Verfügung des BFM vom 21. Oktober 2005 / N (...).

Sachverhalt:**A.**

Eigenen Angaben zufolge verliess der Beschwerdeführer den Kosovo am 10. November 2001 und reiste am 12. November 2001 in die Schweiz ein, wo er gleichentags ein Asylgesuch einreichte. Mit Verfügung vom 5. März 2002 stellte das Bundesamt fest, der Beschwerdeführer erfülle die Flüchtlingseigenschaft nicht, lehnte das Asylgesuch ab und ordnete die Wegweisung aus der Schweiz sowie deren Vollzug an. Gegen diese Verfügung reichte der Beschwerdeführer am 3. April 2002 bei der damals zuständigen Schweizerischen Asylrekurskommission (ARK) Beschwerde ein, welche diese mit Urteil vom 18. August 2005 abwies. In der Folge verliess der Beschwerdeführer die Schweiz nicht.

B.

Mit Eingabe vom 18. Oktober 2005 reichte der Beschwerdeführer beim BFM durch seinen Rechtsvertreter ein zweites Asylgesuch ein und beantragte, es sei ihm Asyl zu gewähren. Eventualiter sei er vorläufig aufzunehmen. Zur Begründung wurde im Wesentlichen ausgeführt, der Beschwerdeführer und seine Familie gehörten der Ethnie der slawischen Muslime an und stammten aus B._____, Kosovo. Angehörige aus dem Clan seien trotz der anwesenden KFOR getötet worden. Die Ehefrau des Beschwerdeführers sei von Albanern massiv geschlagen, vergewaltigt und mit dem Tod bedroht worden. Zudem seien die Kinder aufgrund ihrer ethnischen Zugehörigkeit in der Schule benachteiligt worden.

C.

Mit Verfügung vom 21. Oktober 2005 - eröffnet am 25. Oktober 2005 - trat das BFM auf das Asylgesuch nicht ein, verfügte die Wegweisung und ordnete deren Vollzug an.

D.

Mit Eingabe vom 1. November 2005 (Poststempel) reichte der Beschwerdeführer bei der damals zuständigen ARK Beschwerde ein und beantragte durch seinen Rechtsvertreter, die angefochtene Verfügung sei aufzuheben und das Verfahren zwecks Bewilligung der Einreise der Ehefrau des Beschwerdeführers und deren Kindern zur Neubeurteilung zurückzuweisen. Im Sinne einer vorsorglichen Massnahme sei das kantonale Ausländeramt anzuweisen, den Aufenthalt in der

Schweiz während des Verfahrens zu dulden und keine Vollzugsmassnahmen vorzunehmen.

E.

Mit Zwischenverfügung vom 13. Dezember 2005 stellte die damals zuständige Instruktionsrichterin der ARK fest, der Beschwerdeführer könne den Ausgang des Verfahrens in der Schweiz abwarten.

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 in diesem Bereich endgültig (Art. 105 des Asylgesetzes vom 26. Juni 1998 [AsylG, SR 142.31]; Art. 83 Bst. d Ziff. 1 des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 [BGG, SR 173.110]).

1.2 Das Bundesverwaltungsgericht hat am 1. Januar 2007 die Beurteilung der bei der ARK hängigen Rechtsmittel übernommen. Das neue Verfahrensrecht ist anwendbar (vgl. Art. 53 Abs. 2 VGG).

1.3 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. Auf die form- und fristgerecht eingereichte Beschwerde ist somit einzutreten (aArt. 108 AsyG [neu: Art. 108 Abs. 2 AsylG] Art. 6 AsylG i.V.m. Art. 48 Abs. 1 und Art. 52 Abs. 1 VwVG).

2.

2.1

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). Bei der Beurteilung von Beschwerden gegen Nichteintretensentscheide des BFM beschränkt sich die Beschwerdeinstanz praxisgemäss auf die Überprüfung der Frage, ob die Vorinstanz zu Recht auf das Asylgesuch nicht eingetreten ist. Die Beurteilungskompetenz des Bundesverwaltungsgerichts ist somit darauf beschränkt, im Fall der Begründetheit des Rechtsmittels die angefochtene Verfügung aufzuheben und die Sache zu neuer Entscheidung an die Vorinstanz zurückgehen zu lassen (vgl. Entscheidungen und Mitteilungen der ARK [EMARK] 2004 Nr. 34 E. 2.1. S. 240 f.). Lediglich betreffend die verfügte Wegweisung und deren Vollzugs hat das Bundesverwaltungsgericht volle Kognition, weil diese Punkte vom BFM bereits materiell geprüft wurden.

3.

3.1 In der Rechtsmitteleingabe wird ausgeführt, der Beschwerdeführer habe zusammen mit seinem Asylgesuch auch ein solches für seine in der Heimat verbliebenen Ehefrau und Kinder eingereicht. Diesbezüglich habe es das Bundesamt jedoch unterlassen, eine Anhörung durchzuführen, mithin habe es den Anspruch auf rechtliches Gehör verletzt.

3.2 Diese verfahrensrechtliche Rüge ist vorab zu prüfen, da sie allenfalls geeignet wäre, eine Kassation der vorinstanzlichen Verfügung zu bewirken (vgl. EMARK 2004 Nr. 38 und 1994 Nr. 1; FRITZ GYGI, Bundesverwaltungsrechtspflege, 2. Aufl., Bern 1983, S. 233 mit weiteren Hinweisen, S. 287 und 297; ALFRED KÖLZ/ISABELLE HÄNER, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes, 2. Aufl., Zürich 1998, S. 225 mit weiteren Hinweisen).

4.

4.1 Zum Zeitpunkt des Erlasses der angefochtenen Verfügung galt das alte AsylG, wobei aArt. 32 AsylG die Nichteintretensgründe anführte und aArt. 36 AsylG das Verfahren vor Nichteintretensentscheiden regelte. Diese Bestimmungen wurden, abgesehen von einigen sprachlichen Änderungen, inhaltlich deckungsgleich ins neue Asylgesetz aufgenommen.

4.2 Gemäss Art. 53 Abs. 2 VVG ist auf hängige Verfahren, welche das Bundesverwaltungsgericht übernimmt, das neue Verfahrensrecht anwendbar (vgl. auch Übergangsbestimmungen AsylG zur Änderung vom 16. Dezember 2005).

4.3 Gemäss Art. 32 Abs. 2 Bst. e AsylG wird auf ein Asylgesuch nicht eingetreten, wenn Asylsuchende in der Schweiz bereits ein Asylverfahren erfolglos durchlaufen oder ihr Gesuch zurückgezogen haben oder während des hängigen Asylverfahrens in den Heimat- oder Herkunftsstaat zurückgekehrt sind, ausser es gebe Hinweise, dass in der Zwischenzeit Ereignisse eingetreten sind, die geeignet sind, die Flüchtlingseigenschaft zu begründen, oder die für die Gewährung vorübergehenden Schutzes relevant sind.

4.4 Nach Art. 36 Abs. 1 Bst. b AsylG hat in Fällen von Art. 32 Abs. 2 Bst. e AsylG eine Anhörung nach Art. 29 und 30 AsylG stattzufinden, wenn die asylsuchende Person aus ihrem Heimatstaat- oder Herkunftsstaat in die Schweiz zurückgekehrt ist. Nach Abs. 2 von Art. 36 AsylG wird in den übrigen Fällen nach Art. 32 AsylG der asylsuchenden Person das rechtlich Gehör gewährt.

5.

5.1 Vorliegend steht fest, dass der Beschwerdeführer ein erstes Asylgesuch - soweit die Feststellung der Flüchtlingseigenschaft, die Gewährung von Asyl sowie die verfügte Wegweisung betreffend - erfolglos durchlaufen hat und nach dessen Abschluss nicht in seinen Heimatstaat zurückgekehrt ist. Weiter ergibt sich aufgrund der Akten, dass der Beschwerdeführer am 18. Oktober 2005 ein zweites Asylgesuch für sich und seine im Kosovo verbliebene Familie eingereicht hat. Bei dieser Konstellation war das BFM gemäss den gesetzlichen Bestimmungen offensichtlich nicht gehalten, den Beschwerdeführer anzuhören. Indes hätte es ihn gemäss dem alten wie dem neuen Art. 36 Abs. 2 AsylG vor Erlass der Verfügung das rechtliche Gehör gewähren müssen. Dies vorliegend um so mehr, als der Beschwerdeführer auch ein Gesuch für seine Familie eingereicht hat, ein Umstand der vom BFM in keiner Weise zu Kenntnis genommen wurde. Indem das BFM dem Beschwerdeführer keine Gelegenheit gegeben hat, sich zu einem allfälligen Nichteintretensentscheid beziehungsweise zu seinem für die Familie gestellten Gesuch zu äussern, hat es den Anspruch auf rechtliches Gehör verletzt.

5.2 Aus prozessökonomischen Gründen hat der Gesetzgeber die Verwaltungsbeschwerde und damit auch die Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht grundsätzlich reformatorisch ausgestaltet (vgl. Art. 105 AsylG i.V.m. Art. 83 Bst. d Ziff. 1 BGG und die weiterhin zutreffende Praxis der ARK in EMARK 2004 Nr. 38 E.7.1); gemäss Art. 61 Abs.

1 VwVG darf eine Kassation und Rückweisung an die Vorinstanz nur ausnahmsweise erfolgen, so etwa, wenn weitere Tatsachen festgestellt werden müssen und ein umfassendes Beweisverfahren durchzuführen ist. Eine sachgerechte Lösung im Sinne einer Heilung oder Kassation wird sich entscheidend an der Schwere der Verletzung einer Verfahrensvorschrift (vgl. EMARK 2004 Nr. 38 E. a.a.O.) orientieren.

5.3 Vorliegend hat das BFM den Anspruch auf rechtliches Gehör des Beschwerdeführer verletzt, indem es eine zwingend anwendbare gesetzliche Bestimmung nicht berücksichtigt hat. Ein Versehen dürfte dabei nicht vorliegen, sondern vielmehr eine unsorgfältige Verfahrensführung. Eine Heilung kommt daher nicht in Betracht, weshalb die angefochtene Verfügung zu kassieren ist.

6. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass das BFM Bundesrecht verletzt hat, indem es den Anspruch des Beschwerdeführers auf rechtliches Gehör verletzt hat, wobei eine Heilung ausser Betracht fällt. Die Beschwerde ist daher gutzuheissen. Die Verfügung vom 21. Oktober 2005 ist aufzuheben und die Sache zur Wiederaufnahme des Verfahrens und anschliessend Entscheid an das BFM zurückzuweisen. Dabei hat das BFM dem Beschwerdeführer jedenfalls das rechtliche Gehör zu dessen Asylgründen zu gewähren, beziehungsweise ihn - aufgrund der zeitlichen Verhältnisse seit Erlass der letzten Verfügung - zu einer Anhörung vorzuladen und ihn dabei auch zu fragen, inwiefern er auch um Asyl für seine Familie ersuche.

7.

7.1 Bei diesem Ausgang des Verfahrens sind dem Beschwerdeführer keine Kosten aufzuerlegen (Art. 63 Abs. 1 VwVG).

7.2 Obsiegende Parteien haben Anspruch auf eine Parteientschädigung für die ihnen erwachsenen notwendigen und verhältnismässig hohen Kosten (Art. 64 Abs. 1 VwVG, Art. 7 Abs. 1 und 4 des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]).

Der Vertreter des Beschwerdeführers hat keine Kostennote zu den Akten gereicht. Auf die Nachforderung einer solchen kann jedoch verzichtet werden, da sich die Vertretungskosten aufgrund der Akten abschätzen lassen (Art. 14 Abs. 2 VGKE). Die vom BFM zu entrichtende Parteientschädigung ist in Anwendung von Art. 8, 9 und 11 VGKE von Amtes wegen auf insgesamt Fr. 500.-- (inkl. Barauslagen und MWSt)

festzusetzen. Das BFM wird angewiesen, diesen Betrag dem Beschwerdeführer auszurichten.

(Dispositiv nächste Seite)

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.

Die Beschwerde wird gutgeheissen.

2.

Die Verfügung des BFM vom 21. Oktober 2005 wird aufgehoben und die Akten werden zur Wiederaufnahme des Verfahrens und zum neuen Entscheid im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückgewiesen.

3.

Es werden keine Verfahrenskosten erhoben.

4.

Das BFM wird angewiesen, dem Beschwerdeführer eine Parteientschädigung von Fr. 500.-- auszurichten.

5.

Dieses Urteil geht an:

- den Rechtsvertreter des Beschwerdeführers (Einschreiben)
- das BFM, Abteilung Aufenthalt, mit den Akten Ref.-Nr. N (...) (in Kopie)
- C. _____ (in Kopie)

Der vorsitzende Richter:

Die Gerichtsschreiberin:

Kurt Gysi

Barbara Balmelli

Versand: