



Urteil vom 1. November 2017

Besetzung

Richterin Gabriela Freihofer (Vorsitz),
Richterin Contessina Theis,
Richterin Regula Schenker Senn,
Gerichtsschreiber Arthur Brunner.

Parteien

A._____, geboren am (...),
Afghanistan,
vertreten durch lic. iur. Pierre André Rosselet,
Rechtsanwalt, ammann + rosselet rechtsanwälte,
Beschwerdeführer,

gegen

Staatssekretariat für Migration (SEM),
Quellenweg 6, 3003 Bern,
Vorinstanz.

Gegenstand

Asyl und Wegweisung;
Verfügung des SEM vom 10. Dezember 2015 / N (...).

Sachverhalt:**A.**

Der Beschwerdeführer suchte am 22. Juli 2002 in Deutschland erstmals um Asyl nach. Zur Begründung seines Asylgesuchs gab er im Wesentlichen an, sein Bruder B._____ habe für die Partei unter Nadjibullah gearbeitet. In diesem Zusammenhang hätten die Taliban ihn und seinen Bruder mehrmals aufgegriffen, verhaftet und befragt. Sein Bruder sei getötet und er sei freigelassen worden. Anschliessend habe er Afghanistan verlassen.

Mit Bescheid vom 4. November 2003 lehnte das deutsche Bundesamt für die Anerkennung ausländischer Flüchtlinge die Anträge auf Anerkennung als Asylberechtigter ab und ordnete die Wegweisung an.

B.

Mit Urteil des Amtsgerichtes C._____ (D) wurde der Beschwerdeführer am 23. Oktober 2003 zu einer Freiheitsstrafe von neun Monaten auf Bewährung verurteilt.

C.

Am 22. Juni 2005 wurde er zwangsweise nach Afghanistan abgeschoben.

D.

In der Schweiz suchte der Beschwerdeführer am 15. Februar 2006 erstmals um Asyl nach. Das Asylgesuch begründete er zusammenfassend damit, seine Familie und im gleichen Dorf wohnhafte Usbeken hätten sich um Grundstücke gestritten. Nach seiner zwangsweisen Rückschaffung nach Afghanistan sei er von usbekischen Polizisten, welche zuvor bereits seinen Bruder umgebracht hätten, verhaftet worden. Er habe jedoch fliehen können und am 1. Juli 2005 Afghanistan verlassen.

Mit Verfügung vom 21. März 2006 stellte das damalige Bundesamt für Migration (BFM) fest, der Beschwerdeführer erfülle die Flüchtlingseigenschaft nicht, lehnte das Asylgesuch ab, verfügte die Wegweisung aus der Schweiz und ordnete den Vollzug an. Die gegen den angeordneten Wegweisungsvollzug erhobene Beschwerde vom 10. April 2006 wurde mit Urteil E-5854/2006 des Bundesverwaltungsgerichts vom 7. November 2011 abgewiesen.

E.

Am 18. Februar 2013 verfügte das BFM gegenüber dem Beschwerdeführer

ein dreijähriges Einreiseverbot und ordnete die Ausschreibung der Massnahme im Schengener Informationssystem (SIS) an. Die Vorinstanz begründete die Massnahme damit, dass der Beschwerdeführer aus der Schweiz habe weggewiesen werden müssen und die ihm dazu ange setzte Frist ungenutzt habe verstreichen lassen.

Mit Urteil C-1406/2013 vom 17. September 2015 wies das Bundesverwaltungsgericht eine gegen das Einreiseverbot erhobene Beschwerde ab.

F.

Am 10. November 2015 reichte der Beschwerdeführer durch seinen Rechtsvertreter beim SEM eine als Asylgesuch respektive Wiedererwägungsgesuch bezeichnete Eingabe ein, welche als Mehrfachgesuch entgegengenommen wurde. Er beantragte, es sei ihm die Flüchtlingseigenschaft zuzuerkennen und ihm demzufolge in der Schweiz Asyl zu gewähren, eventualiter sei die Verfügung des SEM vom 21. März 2006 in Wiedererwägung zu ziehen und ihm Asyl zu gewähren, subeventualiter sei festzustellen, dass eine Wegweisung unzulässig und unzumutbar sei und ihm die vorläufige Aufnahme zu gewähren.

In erster Linie begründete er sein Asylgesuch damit, er sei im Kindesalter mit seinen Eltern aufgrund des Krieges in den Iran geflüchtet. In seinen Jugendjahren habe er festgestellt, dass er homosexuell sei, und im Iran seine erste homosexuelle Beziehung mit M. geheim gelebt. Der Intoleranz im afghanischen Kontext wegen habe er später eine Familie gegründet. Während des Aufenthalts in Deutschland habe sich seine Ehefrau ohne Angabe eines Grundes von ihm getrennt. Nach seiner zwangsweisen Rückschiebung im Jahre 2005 und einer kurzen Aufenthaltsdauer in Afghanistan habe er sein Heimatland aus Angst vor einer Verfolgung durch die Usbeken aber auch wegen der Vermutung, dass seine Familie über seine Homosexualität Bescheid wisse, verlassen.

Zur Untermauerung seiner Vorbringen reichte der Beschwerdeführer zwei Schreiben vom Oktober 2015 von D. _____ (nachfolgend F.G.), zwei Fotos von ihm zusammen mit F.G., eine Kopie der Karte von E. _____, ein von ihm handschriftlich verfasstes Schreiben vom Oktober 2015, eine Vollmacht von ihm und F.G. an die ammann + rosselet rechtsanwälte betreffend Aufenthalt und Partnerschaft sowie diverse Berichte im Zusammenhang mit Afghanistan im Allgemeinen und der Verfolgung von Homosexuellen im Speziellen ein.

G.

Mit Verfügung vom 10. Dezember 2015 stellte das SEM fest, der Beschwerdeführer erfülle die Flüchtlingseigenschaft nicht, lehnte das Asylgesuch ab, verfügte die Wegweisung aus der Schweiz, ordnete den Vollzug an und erhob eine Gebühr in der Höhe von Fr. 600.—.

H.

Mit Eingabe vom 21. Dezember 2015 erhob der Beschwerdeführer durch seinen Rechtsvertreter gegen diese Verfügung beim Bundesverwaltungsgericht Beschwerde und beantragte, die Verfügung vom 10. Dezember 2015 sei aufzuheben, ihm sei die Flüchtlingseigenschaft zuzuerkennen und ihm demzufolge in der Schweiz Asyl zu gewähren, eventualiter sei er vorläufig aufzunehmen, subeventualiter seien die Akten an die Vorinstanz zur Neubeurteilung zurückzuweisen.

In formeller Hinsicht beantragte er, die aufschiebende Wirkung der Beschwerde zu bewilligen und die unentgeltliche Prozessführung zu gewähren. Zudem ersuchte er darum, auf die Erhebung allfälliger Kostenvorschüsse zu verzichten sowie den unterzeichnenden Rechtsvertreter als amtlichen Rechtsbeistand beizuordnen.

Er reichte ein ärztliches Zeugnis vom 18. Dezember 2015 von F. _____ sowie diverse Berichte über Afghanistan ein.

I.

Die Instruktionsrichterin wies mit Zwischenverfügung vom 30. Dezember 2015 das Gesuch um Einsetzung eines amtlichen Rechtsbeistands ab und forderte den Beschwerdeführer gleichzeitig auf, eine Fürsorgebestätigung nachzureichen. Auf die Erhebung eines Kostenvorschusses wurde einstweilen verzichtet.

J.

Den Unterstützungsentscheid vom 7. Januar 2016 reichte der Beschwerdeführer am 12. Januar 2016 ein.

K.

Auf Einladung des Bundesverwaltungsgerichts liess sich das SEM am 22. Januar 2016 vernehmen.

L.

Mit Eingabe vom 18. April 2016 replizierte der Beschwerdeführer und hielt

an seinen Beschwerdeanträgen fest. Der Replik waren ein psychologisches Attest vom 26. Januar 2016 von G._____, Psychotherapeut FSP, sowie weitere Berichte und Zeitungsartikel über Afghanistan beigelegt.

M.

Auf Einladung des Bundesverwaltungsgerichts reichte das SEM am 30. September 2016 eine weitere Vernehmlassung ein. Diese wurde dem Beschwerdeführer am 3. Oktober 2016 zur Kenntnisnahme zugestellt.

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:

1.

1.1 Gemäss Art. 31 VGG beurteilt das Bundesverwaltungsgericht Beschwerden gegen Verfügungen nach Art. 5 VwVG. Das SEM 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, ausser bei Vorliegen eines Auslieferungersuchens des Staates, vor welchem die beschwerdeführende Person Schutz sucht (Art. 105 AsylG [SR 142.31]; Art. 83 Bst. d Ziff. 1 BGG). Eine solche Ausnahme im Sinne von Art. 83 Bst. d Ziff. 1 BGG liegt nicht vor, weshalb das Bundesverwaltungsgericht endgültig entscheidet.

1.2 Das Verfahren richtet sich nach dem VwVG, dem VGG und dem BGG, soweit das AsylG nichts anderes bestimmt (Art. 37 VGG und Art. 6 AsylG).

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

1.4 Der Vollständigkeit halber ist zu erwähnen, dass aufgrund von Art. 9 BV ein Anspruch darauf besteht, von den staatlichen Organen ohne Willkür und nach Treu und Glauben behandelt zu werden. Ein wichtiger Anwendungsfall dieses verfassungsmässigen Rechts besteht darin, dass einer Partei aus einer fehlerhaften Rechtsmittelbelehrung grundsätzlich kein

Nachteil erwachsen darf (BGE 117 Ia 421 E. 2a, vgl. insoweit auch Art. 38 VwVG).

In der angefochtenen Verfügung verwies die Vorinstanz in der Rechtsmittelbelehrung fälschlicherweise auf die fünftägige Beschwerdefrist nach Art. 108 Abs. 2 AsylG anstatt die ordentliche 30-tägige Frist nach Art. 108 Abs. 1 AsylG. Der Rechtsvertreter handelte innert der fünftägigen Frist, womit ihm deutlich weniger Zeit blieb, die Beschwerde zu verfassen und Beweismittel beizubringen, als eigentlich gesetzlich vorgesehen. Allerdings blieb ihm im Rahmen des Schriftenwechsels genügend Zeit, womöglich Versäumtes nachzuholen. Dem Beschwerdeführer ist daher kein Rechtsnachteil im Sinne von Art. 38 VwVG erwachsen, womit die angefochtene Verfügung rechtsgültig eröffnet wurde.

2.

Das Bundesverwaltungsgericht überprüft die angefochtene Verfügung auf Verletzung von Bundesrecht sowie unrichtige und unvollständige Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts hin (Art. 106 Abs. 1 AsylG). Im Zusammenhang mit dem Wegweisungsvollzug kann zudem die Unangemessenheit gerügt werden (Art. 37 VGG i.V.m. Art. 49 VwVG; vgl. BVGE 2014/26 E. 5).

3.

Der Beschwerdeführer rügt die Verletzung seines rechtlichen Gehörs (Art. 29 BV) und sinngemäss auch die Verletzung des Untersuchungsgrundsatzes (Art. 6 AsylG i. V. m. Art. 12 VwVG), weil nach Stellung seines neuerlichen Asylgesuchs vom 10. November 2015 keine Anhörung nach Art. 29 AsylG durchgeführt worden sei. Die Vorinstanz hält dem entgegen, vorliegend habe aufgrund von Art. 111c Abs. 1 AsylG keine Anhörung durchgeführt werden müssen, weshalb der Anspruch auf rechtliches Gehör nicht verletzt worden sei.

3.1 Der Vorinstanz ist beizupflichten, dass gemäss der einschlägigen Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts im Falle von Mehrfachgesuchen im Grundsatz keine Anhörung (Art. 29 AsylG) durchgeführt zu werden braucht (vgl. BVGE 2014/39 E. 4.3). Diese Rechtsprechung wird im vorliegenden Verfahren jedoch auch vom Beschwerdeführer nicht in Frage gestellt. Vielmehr steht vorliegend die Frage im Zentrum, ob überhaupt von einem Mehrfachgesuch im Sinne von Art. 111c Abs. 1 AsylG ausgegangen werden kann.

3.2 Dem Wortlaut der Bestimmung von Art. 111c Abs. 1 AsylG lässt sich entnehmen, dass ein Asylgesuch nur in den fünf Jahren nach Rechtskraft des Asyl- und Wegweisungsentscheides als Mehrfachgesuch qualifiziert werden kann. Nach Ablauf dieser Frist ist wieder nach Art. 18 AsylG zu beurteilen, ob es sich um ein Asylgesuch handelt, zumal dann dem Normzweck von Art. 111c Abs. 1 AsylG – der Verhinderung missbräuchlicher Gesuche – kaum mehr eigenständige Tragweite zukommt. Ist in einem solchen Fall gestützt auf Art. 18 AsylG das Vorliegen eines neuerlichen Asylgesuchs zu bejahen, kommen die ordentlichen Verfahrensregelungen zur Anwendung und muss im Regelfall namentlich eine Anhörung durchgeführt werden (Art. 36 Abs. 2 AsylG).

Die Vorinstanz geht vorliegend nun davon aus, der letzte Asyl- und Wegweisungsentscheid betreffend den Beschwerdeführer sei am 9. November 2011 rechtskräftig geworden, womit die Frist von Art. 111c Abs. 1 AsylG im Zeitpunkt des neuerlichen Asylgesuchs vom 10. November 2015 tatsächlich noch nicht abgelaufen gewesen wäre (vgl. Vernehmlassung vom 22. Januar 2016).

Diese Auffassung geht jedoch fehl. Im Asyl- und Wegweisungspunkt ist die Verfügung des damaligen BFM vom 21. März 2006 vielmehr schon mit dem Ablauf der diesbezüglich ungenutzt gebliebenen Beschwerdefrist von 30 Tagen (mithin im April 2006) rechtskräftig geworden. Dies geht im Übrigen auch klar aus dem Urteil des BVGer E-5854/2006 vom 7. November 2011 hervor, in dem in E. 3 ausdrücklich statuiert wurde, die Verfügung des damaligen BFM vom 21. März 2006 sei rechtskräftig geworden und deshalb nicht mehr Verfahrensgegenstand, soweit sie „die Frage der Flüchtlingseigenschaft, des Asyls und die Anordnung der Wegweisung“ betreffe.

3.3 Das Asylgesuch des Beschwerdeführers vom vom 10. November 2015 ist folglich nicht als Mehrfachgesuch zu qualifizieren. Vor diesem Hintergrund kommen die ordentlichen Verfahrensvorschriften – und namentlich Art. 29 AsylG – zur Anwendung. Die Vorinstanz hat es zu Unrecht unterlassen, eine Anhörung durchzuführen und damit sowohl die Verfahrensrechte des Beschwerdeführers als auch den Untersuchungsgrundsatz verletzt.

4.

Nach Art. 61 Abs. 1 VwVG entscheidet das Bundesverwaltungsgericht in der Sache selbst oder weist diese ausnahmsweise mit verbindlichen Weisungen an die Vorinstanz zurück. Eine Rückweisung kommt insbesondere dann in Betracht, wenn weitere Tatsachen festgestellt werden müssen und

ein umfassendes Beweisverfahren durchzuführen ist (WEISSENBERGER/HIRZEL, N 16 zu Art. 61 VwVG, in: Waldmann/Weissenberger [Hrsg.], Praxiskommentar Verwaltungsverfahrensgesetz, 2. Aufl. 2016). Dies ist hier der Fall: Die Vorinstanz wird zur Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts eine Anhörung nach Art. 29 AsylG durchführen müssen.

Soweit aufgrund der zahlreichen und aussagekräftigen im Recht liegenden Beweismittel überhaupt noch in Frage gestellt werden kann, dass die vom Beschwerdeführer als Asylgrund angeführte Homosexualität glaubhaft ist, wird die Vorinstanz bei der Anhörung ergänzende Fragen zu diesem Themenkomplex (und dessen Asylrelevanz) stellen müssen. Zudem hat sie in Anbetracht der langen Zeitdauer seit der letzten Anhörung und der verschlechterten Sicherheitslage in Afghanistan (vgl. auch Urteil des BVGer D-5800/2016 vom 12. Oktober 2017 [zur Publikation vorgesehen]) im Hinblick auf eine allfällige Prüfung der Zumutbarkeit des Wegweisungsvollzugs auch diesbezüglich den Sachverhalt vollständig festzustellen.

5.

Die Beschwerde ist demnach insoweit gutzuheissen, als die Aufhebung der angefochtenen Verfügung beantragt wird. Die Sache ist zur vollständigen Sachverhaltsermittlung und Neubeurteilung im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückzuweisen.

6.

6.1 Bei diesem Ausgang des Verfahrens sind keine Kosten zu erheben (Art. 63 Abs. 1 und 2 VwVG).

Gemäss Art. 64 Abs. 1 VwVG in Verbindung mit Art. 37 VGG kann der ob-siegenden Partei von Amtes wegen oder auf Begehren eine Entschädigung für die ihr erwachsenen notwendigen und verhältnismässig hohen Kosten zugesprochen werden (vgl. Art. 7 ff. des Reglements über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht vom 21. Februar 2008 [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 zuverlässig abgeschätzt werden kann. Gestützt auf die in Betracht zu ziehenden Bemessungsfaktoren (Art. 9-13 VGKE) sind dem Beschwerdeführer Fr. 2'500.– (inkl. Auslagen und Mehrwertsteuer) als Parteientschädigung zuzusprechen. Dieser Betrag ist dem Beschwerdeführer durch das SEM zu entrichten.

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.

Die Beschwerde wird gutgeheissen, soweit die Aufhebung der Verfügung des SEM vom 10. Dezember 2015 beantragt wird.

2.

Die Akten werden zur vollständigen Abklärung des rechtserheblichen Sachverhaltes und zur Neuurteilung im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückgewiesen.

3.

Es werden keine Verfahrenskosten erhoben.

4.

Das SEM wird angewiesen, dem Beschwerdeführer eine Parteientschädigung von Fr. 2'500.– auszurichten.

5.

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

Die vorsitzende Richterin:

Der Gerichtsschreiber:

Gabriela Freihofer

Arthur Brunner