

# **BVGer BVGE 2010/1 vom 2. Februar 2010**

Bundesverwaltungsgericht, 2010-02-02, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger\\_BVGE\\_2010\\_1](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_BVGE_2010_1)

FR: TAF BVGE 2010/1 du 2 février 2010

IT: TAF BVGE 2010/1 del 2 febbraio 2010

## **Regeste**

Nichteintreten auf Asylgesuch und Wegweisung (Dublin-Verfahren)

## **Erwägungen**

### **E. 3**

Im Folgenden wird zunächst auf die Frage eingegangen, unter welchen Umständen in Dublin-Verfahren die aufschiebende Wirkung einer Beschwerde gewährt wird. Daran anschliessend ist zu untersuchen, ob die Praxis des BFM, den sofortigen Vollzug der Wegweisung anzuordnen, gesetzeskonform ist (E. 4) und ob dieses Vorgehen das Recht des Beschwerdeführers auf eine wirksame Beschwerde nach Art. 29a der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV, SR 101) und Art. 13 EMRK verletzt (E. 5).

#### **E. 3.1**

In Art. 19 Abs. 2 und Art. 20 Abs. 1 Bst. e der 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 (Amtsblatt der Europäischen Union L 50 vom 25. Februar 2003, S. 1, nachfolgend: Dublin-II-VO) ist festgehalten, dass gegen den Nichtzuständigkeits- und Überstellungsentscheid ein Rechtsbehelf eingelegt werden kann. Dieser hat jedoch gemäss denselben Bestimmungen keine aufschiebende Wirkung für die Durchführung der Überstellung, es sei denn, die Gerichte oder zuständigen Stellen des betreffenden Dublin-Staats entscheiden im Einzelfall nach Massgabe ihres innerstaatlichen Rechts anders, wenn dies nach ebendiesem Recht zulässig ist.

#### **E. 3.2**

Auch nach Art. 107a AsylG - dem massgeblichen innerstaatlichen Recht - hat eine Beschwerde gegen einen Dublin-Nichteintretensentscheid grundsätzlich keine aufschiebende Wirkung. Allerdings kann diese nach Art. 107a AsylG angeordnet werden, wenn begründete Anhaltspunkte für eine Verletzung der durch die EMRK garantierten Rechte durch den zuständigen Dublin-Staat vorliegen. Dem BVGer wird die Kompetenz eingeräumt, in solchen Konstellationen die aufschiebende Wirkung der Beschwerde zu gewähren. Dieser zweite Halbsatz, der die Möglichkeit der Anordnung der aufschiebenden Wirkung vorsieht, war in der ursprünglichen Entwurfsfassung des Bundesrates noch nicht enthalten (wie nota bene immer noch in Art. 64a Abs. 2 AuG, welcher die Dublin-Verfahren von nicht ins Asylverfahren aufgenommenen Personen regelt [und der in der laufenden Gesetzesrevision jedoch entsprechend angepasst werden soll, vgl. Entwurf des Bundesbeschlusses über die Genehmigung und die Umsetzung des Notenaustauschs zwischen der Schweiz und der EG betreffend die Übernahme der

EG-Rückführungsrichtlinie [Richtlinie 2008/115/EG] [Weiterentwicklung des Schengen-Besitzstands], BBl 2009 8916], nachfolgend: Bundesbeschluss Schweiz/EG), sondern wurde erst im Laufe des Gesetzgebungsverfahrens eingefügt (siehe Entwurf des Bundesbeschlusses über die Genehmigung und die Umsetzung der bilateralen Abkommen zwischen der Schweiz und der EU über die Assoziierung an Schengen und Dublin, BBl 2004 6415, 6425, nachfolgend: Dublin-Assoziierungsabkommen Schweiz-EG). In den parlamentarischen Debatten wurde klar, dass die aufschiebende Wirkung nur in wenigen Ausnahmefällen - bei Menschenrechtsverletzungen - zum Tragen kommen sollte (vgl. die Voten von Nationalrätin Vreni Müller-Hemmi und Bundesrat Christoph Blocher, Amtliches Bulletin der Bundesversammlung [AB] 2004 N 1952 f., sowie der Ständeräte Philipp Stähelin und Trix Heberlein sowie von Bundesrat Christoph Blocher, AB 2004 S 863 f.) Die Diskussion drehte sich dabei ausschliesslich um unmittelbar im zuständigen Dublin-Staat drohende Menschenrechtsverletzungen (bspw. Gewaltanwendung durch die Polizei, schwere Krankheit). Darüber hinaus ist die aufschiebende Wirkung einer Beschwerde jedoch auch zu gewähren, wenn von Seiten des zuständigen Dublin-Staates eine Kettenabschiebung in den Herkunftsstaat der asylsuchenden Person oder in einen Drittstaat droht, wo sie Opfer einer Menschenrechtsverletzung werden könnte (vgl. Nationalrat Mario Fehr, AB 2004 N 1953). Dabei ist nicht nur dem menschenrechtlichen Refoulement-Verbot in Art. 3 EMRK Nachachtung zu verschaffen, sondern auch entsprechenden Bestimmungen in anderen völkerrechtlichen Instrumenten (bspw. Art. 33 des Abkommens vom 28. Juli 1951 über die Rechtsstellung der Flüchtlinge [FK, SR 0.142.30], Art. 3 des Übereinkommens vom 10. Dezember 1984 gegen Folter und andere grausame, unmenschliche oder erniedrigende Behandlung oder Strafe [SR 0.105, nachfolgend: FoK]; vgl. dazu nur MATHIAS HERMANN, Refoulement-Verbote und effektiver Rechtsschutz bei Dublin-Entscheidungen, in: Jusletter 25. Mai 2009, Rz. 6 ff.).

### **E. 3.3**

Das BFM hält in seiner Vernehmlassung fest, in Art. 107a AsylG sei ausdrücklich vorgesehen, dass Dublin-Nichteintretensentscheide keine aufschiebende Wirkung hätten und somit sofort vollziehbar seien. Die Möglichkeit der Gewährung der aufschiebenden Wirkung nach Art. 107a AsylG richte sich an das BVGer. Bewusst sei im Gesetzestext keine Frist zwischen Eröffnung und Vollzug eingeführt worden. Vielmehr sei der Gesetzgeber davon ausgegangen, dass die asylsuchende Person ein allfälliges Beschwerdeverfahren aus dem zuständigen Dublin-Staat in die Wege zu leiten habe. Art. 107a AsylG stehe im Einklang mit der Dublin-II-VO. Die Beschwerdemöglichkeit ohne aufschiebende Wirkung beruhe auf der Auffassung, dass bei der Überstellung in einen anderen Dublin-Staat nicht die Gefahr eines groben und nicht wiedergutzumachenden Nachteils bestehe. Die Behauptung einer Verletzung völkerrechtlicher Bestimmungen sei objektiv wenig begründet. Vorliegend habe das Gericht die aufschiebende Wirkung angeordnet, weshalb die Rüge einer Verletzung des Rechts auf eine effektive Beschwerde aus Art. 13 EMRK ohnehin ins Leere laufe.

### **E. 3.4**

Konkret konnte der Beschwerdeführer angesichts der von der Rechtsvertreterin vorgebrachten Situation zum griechischen Asylverfahren, die sich mit den Erkenntnisquellen des Gerichts deckt, nicht darauf verwiesen werden, seine Rechte von Griechenland aus geltend zu machen. Die bisher erfolglosen Versuche der Kontaktaufnahme mit dem Beschwerdeführer in Griechenland verdeutlichen zum Einen die

Zweifel an der realistischen Chance, vom Drittstaat aus ein faires Asylverfahren im ursprünglichen Mitgliedstaat führen zu können und lassen angesichts der bisher erfolglosen Rücküberstellungsversuche auch befürchten, dass im Einzelfall sogar eine Abschiebung in den Herkunftsstaat als nicht wiedergutzumachender Schaden - trotz per Verfügung vom 6. Oktober 2009 erlaubter Wiedereinreise in die Schweiz - nicht zu verhindern ist. Angesichts dessen, dass die Anordnung der aufschiebenden Wirkung nach Art. 107a AsylG vorliegend wegen der bereits erfolgten Überstellung nicht greifen konnte, geht zum Anderen die Argumentation des BFM in der Vernehmlassung fehl, wonach die Rüge der Verletzung des Rechts auf eine effektive Beschwerde wegen der durch das Gericht erfolgten Gewährung der aufschiebenden Wirkung der Beschwerde ins Leere laufe.

### **E. 3.5**

Wenn das BFM davon ausgeht, die asylsuchende Person habe das Beschwerdeverfahren gegen einen überstellenden Staat aus dem von der Vorinstanz als zuständig erachteten Dublin-Staat in die Wege zu leiten und seinen Ausgang dort abzuwarten, ist dem nur bedingt zuzustimmen. Vorerst ist den Anforderungen aus Art. 107a AsylG Nachachtung zu verschaffen. Diese Bestimmung will verhindern, dass es im Dublin-Zielstaat zu einer EMRK-Verletzung gegenüber der rücküberstellten Person kommt. Die Befugnis aus der genannten Norm, einer Beschwerde aufschiebende Wirkung zu gewähren, richtet sich ausschliesslich an das BVGer (vgl. Ständerat Philipp Stähelin und Bundesrat Christoph Blocher, AB 2004 S 863 f.). Kommt schon die Vorinstanz zum Schluss, dass im Zielstaat eine EMRK-Verletzung droht, darf sie keine Dublin-Wegweisung verfügen. Nach Erlass eines Dublin-Nichteintretensentscheids ist es also alleinige Sache des BVGer zu prüfen, ob im Zielstaat allenfalls eine EMRK-Verletzung droht. Es liegt in der Natur der Sache, dass diese Prüfung erfolgen muss, solange sich die asylsuchende Person noch in der Schweiz befindet - würde sie doch andernfalls gerade der zu prüfenden allfälligen Gefahr ausgesetzt. Auch kann die aufschiebende Wirkung der Beschwerde - was nichts anderes bedeutet, als dass die Überstellung (noch) nicht vollzogen wird - nach erfolgter Überstellung gar nicht mehr gewährt werden: Das entsprechende Gesuch würde gegenstandslos, da ein bereits eingetretenes Ereignis (die Überstellung) begriffslogisch nicht aufgeschoben werden kann. Für diese Prüfung braucht das BVGer eine gewisse Zeit, während der die Wegweisung nicht vollzogen werden darf. Vorgängig ist auch der asylsuchenden Person oder ihrer Rechtsvertretung eine gewisse Zeit zuzugestehen, um im Rahmen des Beschwerdeverfahrens begründeten Antrag um Gewährung der aufschiebenden Wirkung zu stellen. Ein - wie vorliegend praktizierter - sofortiger Vollzug der Wegweisung verunmöglicht es einer beschwerdeführenden Person, noch während ihres Aufenthaltes in der Schweiz die Gewährung der aufschiebenden Wirkung ihrer Beschwerde beim BVGer zu verlangen, und Letzterem, darüber zu befinden.

### **E. 4**

In der Folge werden die Rechtmässigkeit und die Bedingungen des sofortigen Vollzugs im Rahmen eines Verfahrens nach Art. 34 Abs. 2 Bst. d AsylG geprüft.

#### **E. 4.1**

Das BFM koordiniert den Vollzug der Wegweisung so, dass die Eröffnung des Entscheides mit der Ausreise zusammenfällt (vgl. Merkblatt des BFM an die kantonalen Migrationsbehörden zum Vorgehen bezüglich der Entscheideröffnung und des Wegweisungsvollzugs in Dublin Verfahren [Stand März 2009]: « Die Eröffnung des [...]

Asylentscheid erfolgt erst im Zeitpunkt des Vollzugs. »). Dementsprechend ordnet das BFM in den entsprechenden Nichteintretensverfügungen - in der vorliegenden Verfügung unter Dispositivziffer 3 - regelmässig an, dass die beschwerdeführende Person « die Schweiz sofort zu verlassen » habe.

#### **E. 4.2.1**

Gemäss Art. 44 Abs. 1 AsylG verfügt das BFM, wenn es auf ein Asylgesuch nicht eintritt, in der Regel die Wegweisung aus der Schweiz und ordnet den Vollzug an. Beides, das Nichteintreten und die Wegweisung, ist in derselben Verfügung enthalten. Diese enthält den « Zeitpunkt, bis zu dem [die asylsuchende Person] die Schweiz verlassen haben muss » (Art. 45 Abs. 1 Bst. b AsylG). Der Wortlaut der zuletzt genannten Bestimmung lässt darauf schliessen, dass keine unmittelbare, das heisst mit der Eröffnung zeitgleiche Vollstreckung der Verfügung beabsichtigt ist: Das Wort « bis » weist auf einen in der Zukunft liegenden Zeitpunkt hin und bedeutet eine klare Aufforderung an die asylsuchende Person, das Land (selbstständig) zu verlassen. Der (subsidiär zu verstehende) Vollzug durch den Kanton wird denn auch erst in Bst. f von Art. 45 Abs. 1 und in Art. 46 AsylG separat geregelt.

#### **E. 4.2.2**

Die Dublin-II-VO sieht (weder explizit noch implizit) eine Ausreisefrist vor, noch schliesst sie eine solche aus. Sie verpflichtet indessen die verfügende Behörde, im Nichteintretens- und Wegweisungsentscheid die « Frist für die Durchführung der Überstellung » anzugeben. Sofern sich die asylsuchende Person « auf eigene Initiative », das heisst freiwillig, in den zuständigen Mitgliedstaat begibt, ist « gegebenenfalls » der Zeitpunkt zu nennen, zu dem sie sich (dort) zu melden hat (Art. 19 Abs. 2 und Art. 20 Abs. 1 Bst. e Dublin-II-VO). Die freiwillige Reise in den zuständigen Dublin-Staat ist eine von drei durch die Verordnung (EG) Nr. 1560/2003 der Kommission vom 2. September 2003 mit Durchführungsbestimmungen zur Dublin-II-VO (nachfolgend: Dublin-DVO) vorgesehenen Überstellungsarten: Daneben gibt es die kontrollierte Ausreise und die Überstellung in Begleitung (Art. 7 Abs. 1 Dublin-DVO). Der Wortlaut der Bestimmung (« die Überstellung [...] kann auf eine der folgenden Weisen erfolgen ») lässt darauf schliessen, dass es sich dabei um eine Wahlfreiheit des Dublin-Mitgliedstaates und nicht der zu überstellenden Person handelt (vgl. dazu CHRISTIAN FILZWIESER/ANDREA SPRUNG, Dublin II-Verordnung, Das Europäische Asylzuständigkeitssystem, 3. überarbeitete Aufl., Wien/Graz 2010, K6 zu Art. 19 mit dem Verweis auf Erwägungsgrund 15 der Dublin-II-VO; MATTHIAS HERMANN, Das Dublin System, Eine Analyse der europäischen Regelungen über die Zuständigkeit der Staaten zur Prüfung von Asylanträgen unter besonderer Berücksichtigung der Assoziation der Schweiz, Zürich/Basel/Genf 2008, S. 152 ff., der zudem aus dem Gebot der Verhältnismässigkeit des Handelns der öffentlichen Verwaltung folgert, dass eine Abstufung der unterschiedlichen Überstellungsarten nach deren Eingriffsintensität in den Rechtskreis des Asylbewerbers erfolgen sollte, und demnach grundsätzlich die Überstellung in Eigeninitiative, d. h. die freiwillige Ausreise, Priorität haben sollte). Aus der genannten Verpflichtung, eine « Frist für die Durchführung der Überstellung » anzugeben, lässt sich aber auch keine Ermächtigung für einen sofortigen Vollzug der Wegweisung ableiten: Eine Frist beinhaltet begriffslogisch eine Dauer; sie definiert einen Zeitraum, innerhalb dessen eine bestimmte Handlung vorgenommen werden oder ein Ereignis eintreten soll.

#### **E. 4.2.3**

Nach Art. 39 Bst. b VwVG kann eine Behörde ihre Verfügung vollstrecken, wenn sie zwar noch angefochten werden kann, das zulässige Rechtsmittel aber keine aufschiebende Wirkung hat. Daraus folgt einerseits, dass eine noch nicht formell rechtskräftige Verfügung vollstreckt werden darf, andererseits aber auch, dass erst geprüft und festgestellt werden können muss, ob dem Rechtsmittel im konkreten Fall tatsächlich keine aufschiebende Wirkung zukommt. In der vorliegend interessierenden Konstellation heisst das, dass das BVGer die Gelegenheit haben muss, darüber befinden zu können, ob der Beschwerde im konkreten Ausnahmefall die beantragte aufschiebende Wirkung zu gewähren ist. Und dies, bevor die Verfügung vollstreckt wird - da ansonsten das Gesuch um die aufschiebende Wirkung sinn- respektive gegenstandslos wird (vgl. E. 3.5).

#### **E. 4.2.4**

Bevor die Behörde ein Zwangsmittel zur Vollstreckung einer Verfügung ergreift, droht sie es der verpflichteten Person an und räumt ihr eine angemessene Erfüllungsfrist ein (Art. 41 Abs. 2 VwVG). Damit wird ihr eine letzte Möglichkeit eröffnet, der Verfügung freiwillig Folge zu leisten. Die Dauer der Erfüllungsfrist ist so anzusetzen, dass den Interessen des Adressaten und den Interessen der Öffentlichkeit angemessen Rechnung getragen wird (vgl. TOBIAS JAAG/RETO HÄGGI, in: Bernhard Waldmann/Philippe Weissenberger [Hrsg.], Praxiskommentar VwVG, Zürich 2009, Art. 41 N 43 f.). Diese Bestimmung verdeutlicht den allgemeinen verwaltungsrechtlichen Grundsatz, wonach eine Person einer Verfügung primär freiwillig und selbstständig nachkommen können muss. Erst nach Ablauf einer angemessenen Erfüllungsfrist - was wiederum eine bestimmte Zeitdauer beinhaltet - soll die Behörde zu Zwangsmassnahmen greifen. Diesem Grundsatz steht in der vorliegenden Konstellation das öffentliche Interesse gegenüber, einer allfälligen Untertauchgefahr der in den zuständigen Dublin-Staat zu überstellenden Person entgegenzuwirken. Dieser Gefahr könnte jedoch auch mit anderen verwaltungsrechtlichen Zwangsmassnahmen als der des sofortigen Vollzugs begegnet werden, ohne der asylsuchenden Person das Recht auf eine effektive Beschwerde und dem BVGer die Möglichkeit, die aufschiebende Wirkung zu gewähren, zu beschneiden (bspw. durch die Anordnung von Ausschaffungshaft, wobei damit jedoch die freiwillige Erfüllung der Verfügung ebenfalls verunmöglicht wird, aber zumindest - wie soeben erwähnt - das Beschwerderecht gewahrt bleibt).

#### **E. 4.3.1**

Das BFM bringt in der Vernehmlassung vor, es sei bei Dublin-Verfügungen bewusst keine Frist zwischen Eröffnung und Vollzug der Wegweisung eingeführt worden, wie es beispielsweise noch im ursprünglichen aArt. 112 (AS 1999 2262, in Kraft bis 31. Dezember 2007) des Asylgesetzes vom 26. Juni 1998 (AsylG, SR 142.2) der Fall gewesen sei. Diese Bestimmung hielt fest, dass bei Verfügungen, mit welchen der sofortige Vollzug angeordnet wurde, die betreffende Person innerhalb von 24 Stunden ein Gesuch um Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung einreichen konnte - und dass die Rekursinstanz innerhalb von 48 Stunden über das Gesuch zu entscheiden hatte. Dem BFM muss jedoch entgegengehalten werden, dass im damaligen aArt. 45 Abs. 2 AsylG (AS 1999 2262, in Kraft bis 31. März 2004) denn auch ausdrücklich festgehalten wurde, dass bei Nichteintretensentscheiden nach Art. 32 -34 AsylG der sofortige Vollzug angeordnet werden konnte. In der heute geltenden Fassung des AsylG ist ein sofortiger Vollzug der Wegweisung generell nicht mehr vorgesehen. Wenn der Gesetzgeber in einem Teil der Asylverfahren also tatsächlich vom Regelfall von Art. 45 Abs. 1 Bst. b AsylG (vgl. E. 4.2.1) hätte abweichen wollen, hätte er explizit ins Gesetz aufnehmen müssen, dass in den

Dublin-Verfahren kein « Zeitpunkt, bis zu dem [die asylsuchenden Person] die Schweiz verlassen haben muss », angegeben werden muss, sondern die Wegweisung unmittelbar mit Eröffnung der Verfügung vollzogen werden kann. Da er dies unterlassen hat, muss davon ausgegangen werden, dass es eine dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit entsprechend angemessene Ausreisefrist geben muss - und nicht etwa gerade vom Gegenteil, wie es die Vorinstanz anführt.

#### **E. 4.3.2**

Auch den parlamentarischen Debatten über die Assoziierung der Schweiz an Schengen und Dublin ist nicht zu entnehmen, dass die Frist zwischen Eröffnung einer (Dublin-)Nichteintretensverfügung und dem Vollzug einer Überstellung bewusst nicht wieder eingeführt worden wäre, beziehungsweise dass der Gesetzgeber den sofortigen Vollzug gewollt hätte. Vielmehr ist ihnen zu entnehmen, dass der Gesetzgeber dem Gericht den Auftrag geben wollte zu entscheiden, ob die betreffende Person den Entscheid im Inland abwarten könne (vgl. Ständerat Philipp Stähelin AB 2004 S 863). Diese Sichtweise wurde auch vom Bundesrat (BR) bestätigt (vgl. Bundesrat Christoph Blocher, AB 2004 S 864).

#### **E. 4.3.3**

Im Zuge der Übernahme der EG-Rückführungsrichtlinie beabsichtigt der BR, Art. 45 AsylG wiederum zu revidieren. Der neue Abs. 2 soll vorsehen, dass mit der Wegweisungsverfügung in der Regel eine angemessene Ausreisefrist zwischen sieben und dreissig Tagen anzusetzen ist. Gemäss neuem Abs. 3 soll eine Dublin-Wegweisung jedoch sofort vollstreckt oder es soll eine Ausreisefrist von weniger als sieben Tagen angesetzt werden können (vgl. Bundesbeschluss Schweiz/EG, BBl 2009 8915 [8921]). In der entsprechenden Botschaft hält der BR dazu fest, die Mindestausreisefrist bei einem Nichteintretensentscheid betrage nach heute geltender Praxis sieben Tage. Der sofortige Vollzug von Dublin-Überstellungen stelle die einzige Ausnahme von diesem Grundsatz dar (vgl. Bundesbeschluss Schweiz/EG, BBl 2009 8881 [8902]). Aus der erst geplanten Verankerung einer gesetzlichen Grundlage für den sofortigen Vollzug der Wegweisung in Dublin-Verfahren muss umso mehr gefolgert werden, dass es gegenwärtig an einer gültigen gesetzlichen Grundlage für den sofortigen Wegweisungsvollzug in Dublin-Verfahren fehlt.

#### **E. 4.4**

Die augenfälligste Folge dieser ungesetzmässigen Praxis des BFM ist, dass damit bewusst verhindert wird, dass das BVGer die nach Art. 107a AsylG vorgesehene aufschiebende Wirkung der Beschwerde bei begründeten Anhaltspunkten für eine EMRK-Verletzung anordnen kann. Auch eine allfällige, der Anordnung der aufschiebenden Wirkung vorgeschaltete vorsorgliche Massnahme nach Art. 56 VwVG wird so regelmässig verhindert. Beides ist auch hier geschehen: Weder der provisorische Vollzugsstopp noch die Anordnung der aufschiebenden Wirkung der Beschwerde konnten angesichts der bereits erfolgten Überstellung greifen.

#### **E. 4.5**

Um seinen gesetzlichen Auftrag erfüllen zu können, muss dem Gericht eine Frist zur Behandlung von Gesuchen um Gewährung der aufschiebenden Wirkung der Beschwerde zur Verfügung stehen. Bei einer - gesetzlich nicht vorgesehenen - unmittelbar an die Eröffnung der BFM-Verfügung anschliessenden Überstellung beziehungsweise einer sehr kurzen Zeitspanne zwischen diesen beiden Handlungen ist die Beschwerdeerhebung und

die rechtzeitige Prüfung der Anwendung von Art. 107a AsylG durch das Gericht verunmöglicht beziehungsweise erschwert. Mangels expliziter gesetzlicher Grundlage und infolge Widerspruchs zu den vorgängig erwähnten Bestimmungen des AsylG, des VwVG und der Dublin-II-VO ist die beschriebene Praxis der Vorinstanz in Dublin-Verfahren als nicht rechtmässig zu qualifizieren.

## **E. 5**

Im Folgenden soll dargelegt werden, inwiefern die heutige Praxis des sofortigen Wegweisungsvollzuges das Gebot effektiven Rechtsschutzes verletzt.

### **E. 5.1**

Die durch die Justizreform neu in die Bundesverfassung aufgenommene Rechtsweggarantie aus Art. 29a BV begründet den verfassungsmässigen Anspruch des Einzelnen in Rechtsstreitigkeiten auf eine tatsächlich wirksame und umfassende gerichtliche Kontrolle der Rechts- und Sachverhaltsfragen. Der Zugang zum Gericht darf hierbei weder in grundsätzlicher Weise ausgeschlossen, noch in unzumutbarer Weise erschwert werden. Lediglich in Ausnahmefällen können Bund und Kantone die richterliche Beurteilung ausschliessen, wofür jedoch eine gesetzliche Grundlage erforderlich ist (vgl. ANDREAS KLEY, in: Die schweizerische Bundesverfassung, Kommentar, 2. Aufl., Zürich 2008, N. 5 ff. zu Art. 29a; RENÉ A. RHINOW/MARKUS SCHEFER, Schweizerisches Verfassungsrecht, 2. Aufl., Basel 2009, S. 541 ff.).

### **E. 5.2**

Nach Art. 13 EMRK hat eine Person, welche in ihren von der Konvention anerkannten Rechten oder Freiheiten verletzt worden ist, das Recht auf eine wirksame Beschwerde. Art. 13 EMRK kann nicht selbstständig, sondern bloss - akzessorisch - im Zusammenhang mit einem anderen Konventionsrecht geltend gemacht werden. Dabei muss in vertretbarer Weise behauptet werden (« arguable claim »), es liege eine Konventionsverletzung vor (Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte [EGMR], Kudla gegen Polen, Urteil vom 26. Oktober 2000, Beschwerde Nr. 30210/96, Ziff. 157; BGE 130 I 369 E. 7.1). Der EGMR fordert für das Recht auf eine wirksame Beschwerde, dass das nach dem nationalen Recht zur Verfügung stehende Rechtsmittel sowohl in rechtlicher als auch praktischer Hinsicht effektiv sein müsse (EGMR, Conka gegen Belgien, Urteil vom 5. Februar 2002, Beschwerde Nr. 51564/99, Ziff. 75).

#### **E. 5.2.1**

Aus Art. 3 EMRK ergibt sich ein implizites Verbot der Abschiebung, Auslieferung oder Zurückweisung, falls stichhaltige Gründe für die Annahme vorliegen, dass die betroffene Person im Falle der Abschiebung einer konkreten Gefahr (« real risk ») einer Art. 3 EMRK zuwiderlaufenden Behandlung ausgesetzt wird (vgl. statt vieler EGMR [Grosse Kammer], Saadi gegen Italien, Urteil vom 28. Februar 2008, Beschwerde Nr. 37201/06, Ziff. 124-127 mit weiteren Hinweisen). Auch dieses Refoulement-Verbot im weiteren Sinne umfasst Fälle der Kettenabschiebung (EGMR, T.I. gegen Vereinigtes Königreich, Zulässigkeitsentscheidung vom 7. März 2000, Beschwerde Nr. 43844/98).

#### **E. 5.2.2**

Art. 29 a BV unterscheidet sich von Art. 13 EMRK einerseits in der Weise, dass die Rechtsweggarantie aus Art. 29a BV einen Anspruch auf Beurteilung durch eine richterliche Behörde einräumt, während bei Art. 13 EMRK eine unabhängige und unparteiische

Verwaltungsbehörde genügt. Andererseits werden von Art. 29a BV auch andere Rechtsverletzungen erfasst als EMRK-Verletzungen (RHINOW/SCHEFER, a. a. O., S. 542 Z. 2832).

### **E. 5.2.3**

Art. 6 EMRK (Recht auf ein faires Verfahren) ist vorliegend nicht anwendbar, da die hoheitlichen Entscheidungen über die Einreise, den Aufenthalt und die Ausweisung von Fremden weder zivilrechtliche Ansprüche und Verpflichtungen noch eine strafrechtliche Anklage im Sinne von Art. 6 EMRK betreffen (vgl. MARK E. VILLIGER, Handbuch der Europäischen Menschenrechtskonvention, 2. Aufl., Zürich 1999, Rz. 391; KÖLZ/HÄNER, a. a. O., S. 15 Rz. 37; CHRISTOPH GRABENWARTER, Europäische Menschenrechtskonvention, 4. Aufl., München 2009, § 24 Rz. 13).

### **E. 5.3**

Der EGMR hat in einigen Urteilen, in denen eine drohende Abschiebung in den Heimatstaat gegen Konventionsrecht versties, die Möglichkeit des Suspensiveffektes des Rechtsbehelfs als zwingend für das aus Art. 13 EMRK i. V. m. anderen Konventionsrechten garantierte Recht auf eine wirksame Beschwerde erachtet (z. B. EGMR, Gebremedhin gegen Frankreich, Urteil vom 26. April 2007, Beschwerde Nr. 25389/05, Ziff. 58 und 66, EGMR, ?onka gegen Belgien, Urteil vom 5. Februar 2002, Beschwerde Nr. 51564/99, Ziff. 79).

### **E. 5.4**

Auch wenn der Anwendungsbereich der Dublin-II-VO nicht die Wegweisung in den Heimatstaat, sondern die Überstellung in einen anderen Mitgliedstaat umfasst, können die Grundzüge dieser Rechtsprechung angesichts der Bindung der Dublin-Staaten an das Refoulement-Verbot herangezogen werden. Zu erinnern ist nämlich daran, dass die Mitgliedstaaten auch in Bezug auf das Asyl-Zuständigkeitsystem der Dublin-II-VO, in dem sich die Mitgliedstaaten wechselseitig als sichere Drittstaaten ansehen (vgl. Erwägungsgrund 2 der Dublin-II-VO), an die menschenrechtlichen Verpflichtungen der EMRK gebunden sind (vgl. EGMR, T.I. gegen Vereinigtes Königreich, Beschwerde Nr. 43844/98, Zuständigkeitsentscheidung vom 7. März 2000; bestätigt in EGMR, K.R.S. gegen Vereinigtes Königreich, Beschwerde Nr. 32733/08, Zuständigkeitsentscheidung vom 2. Dezember 2008). Der Grundsatz, bei Hinweisen auf eine drohende Menschenrechtsverletzung die aufschiebende Wirkung einer Beschwerde zu gewähren, gilt für die Schweiz demzufolge unabhängig von dessen ausdrücklichen Bekräftigung in Art. 107a AsylG. Handelt es sich beim Grundgedanken, wonach die Dublin-Staaten für Drittstaatsangehörige als sichere Staaten angesehen werden, denn auch lediglich um eine widerlegbare Vermutung (FILZWIESER/SPRUNG, a. a. O., S. 47 K 9). Auch wenn der BR in seiner Botschaft zu den « Bilateralen II » davon ausgeht, dass 99 % der Gesuche um aufschiebende Wirkung aussichtslos sind (Dublin-Assoziierungsabkommens Schweiz-EG, BBl 2004 6253), muss in Konstellationen, in denen es um drohende Menschenrechtsverletzungen geht, dennoch die Möglichkeit bestehen, einstweiligen Rechtsschutz zu gewähren.

### **E. 5.5**

Auf der Ebene des Europarates wurde in zahlreichen Empfehlungen das Erfordernis der aufschiebenden Wirkung für ein effektives Rechtsmittel bei Ausweisungsentscheidungen in den Herkunftsstaat und in Frage stehenden Menschenrechtsverletzungen festgehalten (so bspw. vom Ministerkomitee des Europarates: Recommendations No. R [94] 5; R [98] 15; R

[98] 13; siehe auch « Twenty Guidelines of the Committee of Ministers of Europe on forced return », Guidelines 2 and 5; von der Parlamentarischen Versammlung: Recommendations 1163 [1991]; 1309 [1996]; 1327 [1997]; 1440 [2000]; Resolution 1471 [2005]; und vom Menschenrechtskommissar: Comm [DH/Rec{2001}19]: Eine Abschiebung solle zumindest bei Geltendmachung eines Verstosses gegen Art. 2 und Art. 3 EMRK ausgesetzt werden). Auch der EuGH stellte fest, dass das europarechtliche Gebot der Gewährung effektiven Rechtsschutzes die Möglichkeit, bei der Gefahr eines groben und schwer wiedergutzumachenden Schadens für die betreffende Person einstweiligen Rechtsschutz zu erlangen, gegeben sein muss (vgl. EuGH, Urteil vom 3. Mai 1996 in der Rechtssache C-399/95, Deutschland/Kommission, Slg. I-2441).

### **E. 5.6**

Vorliegend ergab sich die Notwendigkeit der Anordnung der aufschiebenden Wirkung nach Art. 107a AsylG, der mittels Verfügung vom 18. September 2009 formal (aber ohne Wirkung) nachgekommen wurde, wegen begründeten Anhaltspunkten einer Verletzung von Art. 3 EMRK durch die Schweiz (Abschiebeverbot), welche ihrerseits auf diversen Indizien beruht, dass die Lebens-, Unterbringungs- und Haftbedingungen in Griechenland menschenrechtswidrig sind und eine Abschiebung ins Heimatland drohen könnte. Auch ein mangelnder effektiver Zugang zum Asylverfahren mag indirekt eine Verletzung des Refoulement-Verbotes zur Folge haben (vgl. UNHCR-Positionspapier zur Überstellung von Asylsuchenden nach Griechenland nach der Dublin-II-Verordnung, 15. April 2008, S. 10).

### **E. 5.7**

Zusammenfassend ist festzustellen, dass die Praxis des BFM, den Nichteintretensentscheid faktisch sofort zu vollziehen, gegen das Gebot effektiven Rechtsschutzes aus Art. 29a BV und Art. 13 EMRK verstösst. Gleichzeitig widerspricht sie der EGMR-Rechtsprechung zu Art. 13 i. V. m. Art. 3 EMRK, wonach bei einer durch Ausweisung drohenden Art. 3 EMRK entgegenstehenden Behandlung vorläufiger Rechtsschutz zu gewähren ist. Deshalb muss ein Gesuch um Anordnung einer vorsorglichen Massnahme beziehungsweise der aufschiebenden Wirkung einer Beschwerde in Anwendung von Art. 107a AsylG durch das BVGer tatsächlich wirksam geprüft werden können.

### **E. 6**

Es bleibt zu prüfen, wie die Verletzung des Gebots des effektiven Rechtsschutzes verhindert werden kann.

#### **E. 6.1**

Im Schweizer Asylverfahren hat ein Gesuchsteller, der mit der Gewährung des rechtlichen Gehörs im Rahmen der summarischen Erstbefragung von der möglichen Zuständigkeit und Überstellung in einen anderen Dublin-Staat in Kenntnis gesetzt wird, erst ab Eröffnung der belastenden Verfügung die Möglichkeit, einstweiligen Rechtsschutz zu beantragen. Deshalb ist es umso wichtiger, einen sofortigen Vollzug des Wegweisungsentscheides verhindern zu können und die damit einhergehende einzige Möglichkeit des einstweiligen Rechtsschutzes zu gewährleisten.

#### **E. 6.2**

Um wirksam Beschwerde erheben zu können, ist also sicherzustellen, dass die Wegweisung in den vom BFM als zuständig erachteten Dublin-Staat während einem gewissen Zeitraum nicht vollzogen wird, so dass einerseits die Beschwerde eingereicht und das Gesuch um

Gewährung der aufschiebenden Wirkung gestellt werden, und andererseits das Gericht darüber befinden kann (vgl. UN High Commissioner for Refugees, The Dublin II Regulation, A UNHCR Discussion Paper, April 2006, S. 20).

### **E. 6.3**

Die vorliegend behandelte Problematik beschäftigt auch die Behörden anderer Dublin-Staaten. So hat die EU-Kommission in ihrem Vorschlag zur Ergänzung der Dublin-II-VO Anforderungen an den effektiven Rechtsschutz in Dublin-Verfahren gestellt und sich unter anderem auf die Rechtsprechung des EGMR bezogen. Der Vorschlag sieht ein tatsächlich und rechtlich wirksames Rechtsmittel gegen den Überstellungsentscheid vor; die Mitgliedstaaten sollen eine « reasonable period of time » gewähren, während welcher der Beschwerdeführer von seiner Beschwerdemöglichkeit Gebrauch machen kann. Spätestens sieben Arbeitstage nach Beschwerdeeinreichung soll entschieden werden, ob der Beschwerdeführer während des hängigen Verfahrens in dem betreffenden Mitgliedstaat bleiben kann. Vorher soll keine Überstellung stattfinden. Dem Beschwerdeführer soll damit die Möglichkeit gegeben werden aufzuzeigen, wieso in seinem bestimmten Fall der Suspensiveffekt gewährt werden soll (vgl. Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council establishing the criteria and mechanisms for determining the Member State responsible for examining an application for international protection lodged in one of the Member States by a third-country national or a stateless person, 3. Dezember 2008). Auch für die Schweiz sind die Vorschläge der Kommission unmittelbar relevant. Bei einer allfälligen Umsetzung der Vorschläge ist die Schweiz gemäss Art. 4 Abs. 1 des Dublin-Assoziierungsabkommens Schweiz-EG (BBl 2004 6415) grundsätzlich zur Übernahme und Anwendung der Modifizierungen verpflichtet.

### **E. 6.4**

Um einen angemessenen Ausgleich zu finden zwischen dem öffentlichen Interesse an einem effizienten, baldigen Wegweisungsvollzug in den als zuständig erachteten Dublin-Mitgliedsstaat und dem Recht des Beschwerdeführers auf eine wirksame Beschwerdemöglichkeit, inklusive der tatsächlichen Gewährleistung vorsorglichen Rechtsschutzes bei Vorliegen der Voraussetzungen von Art. 107a AsylG beziehungsweise Art. 56 VwVG, ist dem Beschwerdeführer eine beiden Interessen gerecht werdende Frist zu gewähren, innerhalb welcher er diesbezügliche Gesuche einreichen kann. Da ein wirksamer Rechtsbehelf nach Art. 13 EMRK - wie oben erwähnt (E. 5.3 und 5.7) - auch die Möglichkeit der Gewährung der aufschiebenden Wirkung in Einzelfällen vorsieht, stellt sich die Frage, ob diese Frist mit der Beschwerdefrist von fünf Arbeitstagen identisch sein soll - und namentlich, ob dies mangels anderer Hinweise der Wille des Gesetzgeber gewesen sein dürfte - oder ob sie noch weiter verkürzt werden darf. Ersteres ist naheliegend; Letzteres scheint immerhin nicht a priori ausgeschlossen, muss doch mindestens der Zweck erreicht werden, dass die Einreichung eines begründeten Gesuchs um Erteilung der aufschiebenden Wirkung der Beschwerde faktisch möglich sein soll. Nur mit der Einhaltung einer Frist kann dem Gebot des effektiven Rechtsschutzes aus Art. 29a BV und Art. 13 EMRK gerecht werden. Das BVGer sollte sodann innerhalb der in Art. 109 Abs. 2 AsylG vorgesehenen Behandlungsfrist prüfen können, ob die Voraussetzungen von Art. 107a AsylG erfüllt sind - dies auch unabhängig eines diesbezüglichen Antrags (vgl. dazu die im Gesetzesentwurf zur Revision des Bundesgesetzes vom 16. Dezember 2005 über die Ausländerinnen und Ausländer im Zuge der Übernahme der Rückführungsrichtlinie vorgesehene 10-tägige Behandlungsfrist für die Beschwerdeinstanz

zur Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung in Dublin-Verfahren von Personen, die in der Schweiz kein Asylgesuch gestellt haben [Bundesbeschluss Schweiz/EG, BBl 2009 8915 ff., Art. 64a i. V. m. Art. 64d Abs. 2 Bst. f AuG]).

#### **E. 6.5**

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Verletzung des Gebots des effektiven Rechtsschutzes nur dadurch verhindert werden kann, indem der Wegweisungsvollzug ausgesetzt wird, bis über eine allfällige Gewährung der aufschiebenden Wirkung nach Art. 107a AsylG entschieden beziehungsweise eine superprovisorische Massnahme nach Art. 56 VwVG angeordnet werden konnte.

#### **E. 7**

Bei der Verletzung des Rechts auf effektiven Rechtsschutz handelt es sich in casu um eine schwerwiegende Verfahrensverletzung, weshalb eine Heilung offensichtlich nicht in Betracht fällt. Eine Heilung ist nur dann möglich, wenn die ursprünglich fehlerhafte Verfügung aufrechterhalten werden kann, weil sie nach der Heilung mit keinem Rechtsmangel mehr belastet ist (siehe STADELWIESER, a. a. O., S. 163). Hier aber geht es um eine wiederholte rechtswidrige Praxis des BFM, die in Nichteintretensverfahren nach Art. 34 Abs. 2 Bst. d AsylG das Recht der betroffenen Personen auf effektiven Rechtsschutz verletzt. Dieser kann nur mittels Kassation und Anweisung an das BFM, diese Praxis gemäss den oben stehenden Erwägungen zu ändern, entgegengewirkt werden. Zudem hat vorliegend die gegen Art. 13 EMRK verstossende Entscheideröffnung mit dem zeitgleichen Vollzug zu einem schweren Nachteil für den Beschwerdeführer geführt, indem die Überstellung nach Griechenland nicht verhindert werden konnte.

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.