

# **BVGer D-5743/2009 vom 11. November 2009**

Bundesverwaltungsgericht, 2009-11-11, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger\\_D-5743\\_2009](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_D-5743_2009)

FR: TAF D-5743/2009 du 11 novembre 2009

IT: TAF D-5743/2009 del 11 novembre 2009

## **Regeste**

Nichteintreten auf Asylgesuch und Wegweisung (Dublin-Verfahren)

## **Erwägungen**

### **E. 1.1**

Gemäss Art. 31 des Verwaltungsgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (VGG, SR 173.32) beurteilt das Bundesverwaltungsgericht Beschwerden gegen Verfügungen nach Art. 5 VwVG. Über Verfügungen, die gestützt auf das AsylG durch das BFM erlassen worden sind, entscheidet das Bundesverwaltungsgericht endgültig (Art. 105 AsylG i.V.m. Art. 31-33 VGG; Art. 83 Bst. d Ziff. 1 des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 [BGG, SR 173.110]).

### **E. 1.2**

Mit Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht können die Verletzung von Bundesrecht, einschliesslich Missbrauch und Überschreitung des Ermessens, die unrichtige oder unvollständige Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts und die Unangemessenheit gerügt werden (Art. 106 Abs. 1 AsylG).

### **E. 2.1**

Der Beschwerdeführer ist durch die angefochtene Verfügung besonders berührt und hat ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung. Er ist damit zur Einreichung der Beschwerde legitimiert (Art. 48 Abs. 1 VwVG).

### **E. 2.2**

Wie bereits im mit Urteil vom 10. August 2009 abgeschlossenen Verfahren ist auch im vorliegenden Beschwerdeverfahren mangels ausreichender Belege im vorinstanzlichen Aktendossier nicht mit Sicherheit zu eruieren, zu welchem Zeitpunkt die vom 28. August 2009 datierende Verfügung des BFM dem Beschwerdeführer rechtswirksam eröffnet wurde.

#### **E. 2.2.1**

Zwar geht aus einer vom Beschwerdeführer unterzeichneten "Eröffnungs- und Empfangsbestätigung" hervor, dass die Verfügung dem Genannten am 8. September 2009 mündlich eröffnet wurde. Im Asylverfahren können gemäss Art. 13 Abs. 1 AsylG Verfügungen und Entscheide in geeigneten Fällen mündlich eröffnet werden. Indessen hatte der Beschwerdeführer bereits im vorinstanzlichen Verfahren eine Rechtsvertretung bestellt, womit die rechtswirksame Eröffnung der Verfügung grundsätzlich nur der Rechtsvertreterin gegenüber erfolgen kann (vgl. Felix Uhlmann/Alexandra Schwank, in: Bernhard Waldmann/ Philippe Weissenberger [Hrsg.], Praxiskommentar VwVG,

Zürich/Basel/Genf 2009, Art. 34, N 26). Diesbezüglich ist ferner festzustellen, dass der Migrationsdienst des Kantons Bern dem BFM mit Schreiben vom 8. September 2009 mitteilte, man habe die bundesamtliche Verfügung am Tag der mündlichen Entscheideröffnung ausserdem der Rechtsvertreterin des Beschwerdeführers sowohl per Telefax als auch mit eingeschriebener Postsendung zugestellt. Allerdings erweist sich hinsichtlich dieser Angaben, dass - abgesehen davon, dass die Eröffnung der Verfügung per Telefax grundsätzlich als mangelhaft zu erachten ist (vgl. Entscheidungen und Mitteilungen der Schweizerischen Asylrekurskommission [EMARK] 1993 Nr. 30 E. 6a S. 213) - weder für die Übermittlung per Telefax noch für die eingeschriebene Postzustellung der angefochtenen Verfügung an die Rechtsvertreterin des Beschwerdeführers im vorinstanzlichen Aktendossier Belege vorhanden sind. Dabei ist ausserdem festzuhalten, dass die Beweislast für die erfolgte Zustellung und deren Zeitpunkt die Behörde trägt, welche die Zustellung veranlasst hat (s. Uhlmann/Schwank, a.a.O, Art. 34, N 10).

### **E. 2.2.2**

Im vorliegenden Fall stellt sich eine entsprechende Beweisfrage lediglich deshalb nicht, weil der Beschwerdeführer ohnehin selbst geltend macht, die angefochtene Verfügung sei ihm am 8. September 2009 mündlich eröffnet worden beziehungsweise seiner Rechtsvertreterin am 9. September 2009 brieflich zugegangen. Somit ist im vorliegenden Fall davon auszugehen, dass die angefochtene Verfügung dem Beschwerdeführer am 9. September 2009 rechtswirksam eröffnet wurde. Die am 11. September 2009 eingereichte Beschwerde wurde nach dem Gesagten innert der gesetzlichen Frist (Art. 108 Abs. 2 und 5 AsylG) beim Bundesverwaltungsgericht erhoben. Auf die im Übrigen auch formgerecht eingereichte Beschwerde ist somit einzutreten (Art. 6 AsylG i.V.m. Art. 48 Abs. 1, Art. 50 und 52 VwVG).

### **E. 3**

Nachdem mit Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 10. August 2009 bereits der erste Nichteintretensentscheid des BFM vom 3. Juli 2009 aufgrund einer Verletzung des rechtlichen Gehörs aufgehoben wurde, stellt sich im vorliegenden Fall erneut die Frage, ob die Vorinstanz im Rahmen der nunmehr angefochtenen Verfügung ihre Pflichten ausreichend beachtet hat, die sich aus dem Anspruch des Beschwerdeführers auf rechtliches Gehör ergeben.

#### **E. 3.1**

Grundlegende Ausführungen zu den zu beachtenden Gehalten des verfassungsmässigen Anspruchs auf rechtliches Gehör wurden bereits mit dem Urteil vom 10. August 2009 (dortige E. 4.1) gemacht, und es erübrigt sich daher, entsprechende Wiederholungen anzustellen. Hingegen besteht offensichtlich Anlass, zuhanden des BFM festzuhalten, dass die Wirksamkeit der Anhörungs- und Äusserungsrechte des Beschwerdeführers von weiteren Teilgehalten des rechtlichen Gehörs abhängig ist, so namentlich vom Akteneinsichtsrecht (vgl. Bernhard Waldmann/Jürg Bickel, in: Bernhard Waldmann/Philippe Weis-senberger [Hrsg.], Praxiskommentar VwVG, Zürich/Basel/Genf 2009, Art. 26, N 5 ff.; Waldmann/Bickel, ebd., Art. 30, N 4). Das Recht auf Akteneinsicht ist allgemein in Art. 26 ff. VwVG geregelt. Demgemäss ist den Parteien grundsätzlich Einsicht in die Akten zu gewähren, und dieses Recht darf nur ausnahmsweise verweigert werden. Unter die als Beweismittel dienenden Aktenstücke im Sinne von Art. 26 Abs. 1 Bst. b VwVG fallen insbesondere die im konkreten Fall tatsächlich als Beweismittel

herangezogenen Aktenstücke sowie ausserdem alle Unterlagen, welche grundsätzlich geeignet sind, in einem konkreten Verfahren als Beweismittel zu dienen (dazu EMARK 1994 Nr. 1 E. 3a; vgl. diesbezüglich auch Waldmann/Bickel, a.a.O., Art. 26, N 58, mit weiteren Nachweisen). Des Weiteren besteht Anlass, das BFM auf die Tragweite der mit dem Urteil vom 10. August 2009 (E. 4.1 f.) bereits angesprochenen Begründungspflicht hinzuweisen. Die Begründung eines Entscheids soll der betroffenen Person die Tatsachen und Rechtsnormen zur Kenntnis bringen, die für die entscheidende Behörde massgeblich waren. Damit soll der Adressat des Entscheids ausserdem in die Lage versetzt werden, den Entscheid sachgerecht anzufechten (vgl. Felix Uhlmann/Alexandra Schwank, in: Bernhard Waldmann/Philippe Weissenberger [Hrsg.], Praxiskommentar VwVG, Zürich/Basel/Genf 2009, Art. 35, N 10, 17).

### **E. 3.2**

Mit Blick auf die vorliegend angefochtene Verfügung erweist sich zum einen, dass dem Recht des Beschwerdeführers auf Akteneinsicht nicht in der erforderlichen Weise Rechnung getragen wurde. Zum anderen ist das BFM auch seiner Pflicht nicht ausreichend nachgekommen, die Äusserungen des Betroffenen tatsächlich zur Kenntnis zu nehmen und sich damit in der Entscheidungsfindung und -begründung sachgerecht auseinanderzusetzen.

#### **E. 3.2.1**

Das BFM führt in der angefochtenen Verfügung aus, der Beschwerdeführer habe in seiner Eingabe an das Bundesamt vom 5. Mai 2009 mitgeteilt, er sei in Griechenland weder zu den Asylgründen befragt worden, noch habe er dort einen entsprechenden Entscheid erhalten. Dem BFM liege jedoch ein vom 30. Juli 2008 datierendes Schreiben der griechischen Asylbehörde vor, mit welchem diese gegenüber den zuständigen Behörden Deutschlands (wo sich der Beschwerdeführer vor seiner Einreise in die Schweiz zwischenzeitlich aufhielt) der Rückübernahme des Beschwerdeführers zugestimmt hätten. Dabei werde durch die griechische Behörde erwähnt, in Griechenland sei eine Beschwerde hängig, mit welcher sich der Beschwerdeführer gegen einen negativen erstinstanzlichen Asylentscheid wehre. Dies bestätige, dass in Griechenland ein Asylverfahren durchgeführt worden sei, und widerspreche den Angaben des Beschwerdeführers in seiner Stellungnahme vom 5. Mai 2009. Somit misslinge der (in der genannten Stellungnahme geäusserte) Vorwurf, die griechischen Behörden würden von vornherein kein faires Asylverfahren ermöglichen. Vielmehr sei folglich Griechenland für die Durchführung des Asylverfahrens zuständig.

#### **E. 3.2.2**

Es ist zunächst festzustellen, dass das erwähnte Aktenstück - ein vom 30. Juli 2008 datierendes Schreiben der griechischen Asylbehörde an die Adresse der zuständigen deutschen Behörden - dem Beschwerdeführer durch das BFM im vorinstanzlichen Verfahren nicht offengelegt wurde. Auch hat das Bundesamt gegenüber dem Beschwerdeführer mit der vorliegend angefochtenen Verfügung überhaupt erstmals vorgebracht, der Genannte habe in Griechenland ein erstinstanzliches Asylverfahren erfolglos durchlaufen und hiergegen ein Rechtsmittel ergriffen.

#### **E. 3.2.3**

Weiter ist festzustellen, dass es sich bei dem fraglichen Schreiben der griechischen Behörden nicht nur um ein grundsätzlich als Beweismittel geeignetes Aktenstück handelt. Sondern das BFM nahm in der angefochtenen Verfügung folgendermassen auf das Dokument Bezug: Nachdem der Beschwerdeführer mit Eingabe an das BFM vom 5. Mai

2009 ausgeführt habe, er sei in Griechenland weder zu seinen Asylgründen befragt worden, noch habe er dort einen Asylentscheid erhalten, bestätige das Schriftstück der griechischen Behörden, dass in Bezug auf die Person des Beschwerdeführers in Griechenland durchaus ein Asylverfahren durchgeführt worden sei. Somit werde auch das Argument des Beschwerdeführers widerlegt, er könne in Griechenland kein faires Asylverfahren erwarten. Insofern stützt sich das Bundesamt in der angefochtenen Verfügung in entscheidender Weise auf das genannte Dokument.

#### **E. 3.2.4**

Der Beschwerdeführer rügt mit seiner Beschwerde unter anderem, sein Recht auf Akteneinsicht sei verletzt worden. Hierzu nahm das BFM im Rahmen seiner Vernehmlassung vom 5. Oktober 2009 Stellung. Dabei räumte es ein, dieser Vorwurf sei berechtigt, und mit der Vernehmlassung werde dies nun nachgeholt.

#### **E. 3.2.5**

Nach dem Gesagten erweist sich, dass das BFM jedenfalls im vorinstanzlichen Verfahren dem Beschwerdeführer in Bezug auf ein entscheidungserhebliches Beweismittel das Recht auf Akteneinsicht nicht gewährte, womit dem Genannten gleichzeitig die Möglichkeit genommen wurde, sich zu einem wesentlichen Vorbringen des Bundesamts vorgängig zu äussern. Nachdem das Bundesamt dies im Rahmen der Vernehmlassung im Beschwerdeverfahren eingeräumt hat, stellt sich allerdings die Frage, ob die Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör damit - beziehungsweise nachdem dem Beschwerdeführer durch den Instruktionsrichter mit Zwischenverfügung vom 8. Oktober 2009 im Zusammenhang mit der Erteilung des Replikrechts eine Kopie des fraglichen Aktenstücks zugestellt wurde - als geheilt zu erachten ist.

#### **E. 3.3.1**

Nach herrschender Praxis (vgl. anstelle vieler BGE 132 V 387 E. 5.1, mit weiteren Hinweisen) kann die Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör durch die untere Instanz zwar in oberer Instanz geheilt werden, wenn diese mit gleicher Kognition entscheidet und den Betroffenen die gleichen Mitwirkungsrechte zustehen. Indessen ist von einer Heilung angesichts der möglichen verfahrensmässigen Nachteile für die Betroffenen nur mit Zurückhaltung auszugehen (s. E-MARK 1994 Nr. 1 E. 6b, 1998 Nr. 34 E. 10d; vgl. zu entsprechenden Argumenten aus der Literatur zusammenfassend Michele Albertini, Der verfassungsmässige Anspruch auf rechtliches Gehör im Verwaltungsverfahren des modernen Staates, Bern 2000, S. 463 f.; Waldmann/Bickel, a.a.O., Art. 29, N 108 ff.). Ausserdem ist hervorzuheben, dass der Sinn der Heilung einer Gehörsverletzung nicht darin besteht, vermeidbare Versäumnisse der Vorinstanz auf Beschwerdeebene zu beheben und damit die Vorinstanz von einer sorgfältigen Verfahrensführung zu entbinden (so Waldmann/Bickel, a.a.O., Art. 29, N 109).

#### **E. 3.3.2**

Im vorliegenden Fall ist zunächst von einer unsorgfältigen Verfahrensführung durch das BFM zu sprechen, hat das Bundesamt nach der mit dem Urteil vom 10. August 2009 aufgehobenen Verfügung vom 3. Juli 2009 doch mit der nunmehr angefochtenen Verfügung bereits zum zweiten Mal den Anspruch des Beschwerdeführers auf rechtliches Gehör in offenkundiger Weise verletzt. Zu berücksichtigen ist ferner, dass dem Beschwerdeführer durch das Vorgehen des Bundesamts - sollte dieses geschützt werden - in verfahrensmässiger Hinsicht eine Instanz genommen würde, vor welcher er seine

Vorbringen gegen einen allfälligen Vollzug der Wegweisung nach Griechenland geltend machen kann: Zum Argument des BFM, der Beschwerdeführer sei in Griechenland Adressat eines Asylentscheids gewesen und habe dagegen ein Rechtsmittel ergriffen, muss sich der Genannte bereits im vorinstanzlichen Verfahren äussern können. Ferner ist auch der Umstand zu bemängeln, dass durch das BFM erst im Rahmen der Vernehmlassung eingehend auf die Vorbringen des Beschwerdeführers, weshalb er nicht nach Griechenland ausgeschafft werden wolle, eingegangen worden ist beziehungsweise die Sichtweise des Bundesamts zur asylrechtlichen Situation in Griechenland dargelegt wurde. Diese Argumente sind auf der Ebene der vorinstanzlichen Entscheidfindung vorzubringen, wobei garantiert sein muss, dass der Beschwerdeführer dagegen mit dem Mittel einer Beschwerde vorgehen kann. Im vorliegenden Fall ist ausserdem von Bedeutung, dass der Beschwerdeführer im Rahmen der Replik geltend macht, er habe - anders als in der vom 30. Juli 2008 datierenden Mitteilung der griechischen an die zuständigen deutschen Behörden angegeben - in Griechenland gar keinen Entscheid bezüglich seines Asylgesuchs erhalten und entsprechend auch kein Rechtsmittel eingelegt. Hätte er dieses Vorbringen bereits im vorinstanzlichen Verfahren geltend machen können, so wäre das BFM gehalten gewesen, den entsprechenden Sachverhalt in eigener Regie durch eine Anfrage bei den griechischen Behörden näher abzuklären. Angesichts der dem Bundesverwaltungsgericht vorliegenden Erkenntnisse über die in Griechenland bestehenden Schwierigkeiten mit der Umsetzung der Rechtsvorgaben des gemeinschaftlichen Asylsystems der EU ist durchaus als im Bereich des Möglichen zu erachten, dass die in der Mitteilung an Deutschland gemachten (inhaltlich höchst summarischen) Angaben der griechischen Behörden nicht vollends den Tatsachen entsprechen. Es liegt am BFM, diese Fragen - die der Beschwerdeführer wie gesagt bereits im vorinstanzlichen Verfahren hätte geltend machen können, wäre sein Anspruch auf rechtliches Gehör gewährleistet worden - abzuklären und in die Entscheidfindung einzubeziehen. Im Übrigen liesse sich auch nicht aus dem alleinigen Umstand, dass der Beschwerdeführer in Griechenland möglicherweise gegen einen erstinstanzlichen Asylentscheid ein Rechtsmittel eingelegt hat, ohne weiteres - wie durch das Bundesamt in der angefochtenen Verfügung angenommen - auf den Qualitätsstandard der in Griechenland zur Durchführung gelangenden Verfahren schliessen.

### **E. 3.3.3**

Zusammenfassend erweist sich die Verletzung der Parteirechte des Beschwerdeführers durch das BFM als derart schwerwiegend, dass für eine Heilung des Verfahrensmangels durch die Beschwerdeinstanz kein Raum besteht.

### **E. 3.4**

Nach dem Gesagten ist die Beschwerde insofern gutzuheissen, als damit die Aufhebung der angefochtenen Verfügung beantragt wird, und die Sache ist zur erneuten Beurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen.

### **E. 4.1**

Bei diesem Ausgang des Verfahrens sind keine Kosten zu erheben (Art. 63 Abs. 3 VwVG i.V.m. Art. 37 VGG). Das mit der Beschwerdeschrift gestellte Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege im Sinne von Art. 65 Abs. 1 VwVG erweist sich somit als gegenstandslos.

### **E. 4.2**

Gemäss Art. 64 Abs. 1 VwVG i.V.m. Art. 37 VGG kann der obsiegenden Partei von Amtes wegen oder auf Begehren eine Entschädigung für die ihr erwachsenen notwendigen und verhältnismässig hohen Kosten zugesprochen werden (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]). Seitens der Rechtsvertreterin 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 des Schriftenwechsels zuverlässig abgeschätzt werden kann. Gestützt auf die in Betracht zu ziehenden Bemessungsfaktoren (Art. 9-13 VGKE) sind dem Beschwerdeführer Fr. 250.-- (inkl. Auslagen und Mehrwertsteuer) als Parteientschädigung zuzusprechen. Dieser Betrag ist dem Beschwerdeführer durch das BFM zu entrichten. (Dispositiv nächste Seite)

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