

# **BVGer E-3598/2014 vom 31. Juli 2014**

Bundesverwaltungsgericht, 2014-07-31, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger\\_E-3598\\_2014](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_E-3598_2014)

FR: TAF E-3598/2014 du 31 juillet 2014

IT: TAF E-3598/2014 del 31 luglio 2014

## **Regeste**

Wegweisung Dublin (Ausländerrecht)

## **Erwägungen**

### **E. 1.1**

Gemäss Art. 31 VGG beurteilt das Bundesverwaltungsgericht Beschwerden gegen Verfügungen nach Art. 5 VwVG. 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 Ausländerrechts betreffend Wegweisung endgültig (Art. 83 Bst. c Ziff. 4 BGG).

### **E. 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 und hat ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung beziehungsweise Änderung; er ist daher zur Einreichung der Beschwerde legitimiert (Art. 48 Abs. 1 und Art. 52 Abs. 1 VwVG). Auf die Beschwerde ist einzutreten.

### **E. 1.3**

Das Gericht entscheidet in der Regel in der Besetzung mit drei Richtern oder Richterinnen (Art. 21 Abs. 1 VGG).

### **E. 2**

Die Vernehmlassung des BFM vom 9. Juli 2014 wurde dem Beschwerdeführer bisher nicht zur Kenntnis gebracht. Auf vorgängige Anhörung in diesem Zusammenhang kann gestützt auf Art. 30 Abs. 2 Bst. c VwVG angesichts des vorliegenden Verfahrensausgangs denn auch verzichtet werden. Die Vernehmlassung wird dem Beschwerdeführer zusammen mit dem Urteil zur Kenntnis zugeschickt.

### **E. 3**

Mit Beschwerde kann die Verletzung von Bundesrecht (einschliesslich Missbrauch und Überschreiten des Ermessens), die unrichtige und unvollständige Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts sowie die Unangemessenheit gerügt werden (Art. 49 VwVG).

### **E. 4.1**

Eine Wegweisungsverfügung des BFM gemäss Art. 64a Abs. 1 AuG setzt voraus, dass sich die betroffene Person illegal in der Schweiz aufhält und sich ein anderer, an das Dublin-Assoziierungsabkommen gebundener Staat für die Durchführung des

Asylverfahrens für zuständig erklärt hat.

#### **E. 4.2**

Das rechtliche Gehör ist in Art. 29 Abs. 2 BV verankert und wird in den Art. 29 ff. VwVG für das Verwaltungsverfahren konkretisiert. Es dient einerseits der Aufklärung des Sachverhalts, andererseits stellt es ein persönlichkeitsbezogenes Mitwirkungsrecht der Parteien dar. Das rechtliche Gehör umfasst in erster Linie das Recht des Betroffenen, vor Erlass einer Verfügung von der zuständigen Behörde angehört zu werden (vgl. Art. 30 Abs. 1 VwVG). Der Anspruch auf vorgängige Anhörung beinhaltet insbesondere, dass die Behörde sich beim Erlass ihrer Entscheidung nicht auf Tatsachen stützen darf, zu denen sich die von der Verfügung betroffene Person nicht vorgängig äussern und diesbezüglich Beweis führen konnte. Der Anspruch auf rechtliches Gehör beinhaltet auch, dass die Behörden alles in den Akten festzuhalten haben, was zur Sache gehört und entscheiderelevant sein kann. Die Aktenführung hat geordnet, übersichtlich und vollständig zu sein und es muss ersichtlich sein, wer die jeweiligen Akten erstellt hat und wie sie zustande gekommen sind. Aus dem Grundsatz des rechtlichen Gehörs ergibt sich schliesslich die Pflicht der zuständigen Behörde, den Entscheid in genügender Weise zu begründen. Die Abfassung der Begründung soll dem Betroffenen ermöglichen, den Entscheid sachgerecht anfechten zu können, was nur der Fall ist, wenn sich sowohl der Betroffene als auch die Rechtsmittelinstanz über die Tragweite des Entscheides ein Bild machen können (vgl. BVGE 2011/37 E. 5.4.1).

#### **E. 5**

Nach Durchsicht der Akten kommt das Bundesverwaltungsgericht aus den nachfolgenden Gründen zum Schluss, dass das BFM den Anspruch des Beschwerdeführers auf rechtliches Gehör in schwerwiegender Weise verletzt hat.

#### **E. 5.1**

In seiner Verfügung vom 6. Juni 2014 erwähnt das BFM mit keinem Wort, weshalb es sich parallel zur Migrationsbehörde des Kantons C. \_\_\_\_\_ für die Anordnung der Wegweisung des Beschwerdeführers für zuständig erachtet, obwohl es darüber in Kenntnis war, dass der Kanton C. \_\_\_\_\_ bereits eine Wegweisungsverfügung erlassen hatte (mit Datum vom 29. April 2014, vgl. oben in Bst. B), wurde das BFM doch erst infolge der Mitteilung [der Migrationsbehörde] des Kantons C. \_\_\_\_\_ vom 30. April 2014 tätig. Die auf Aufforderung des Bundesverwaltungsgerichts im Rahmen der Vernehmlassung abgegebene Stellungnahme des Bundesamtes - die Wegweisungsverfügung des Kantons und jene des BFM stützten sich auf unterschiedliche Rechtsgrundlagen, welche die Kompetenz zwischen den Kantonen und dem BFM klar aufteilten - greift zu kurz und wirkt folglich nachgeschoben. Sie beantwortet die Zuständigkeitsfrage nicht. So bleibt doch unklar, in welchem Verhältnis Art. 64 AuG und Art. 64a AuG zueinander stehen - dies nicht zuletzt vor dem Hintergrund, dass es sich beim Dublin-Assoziierungsbereich um eine ausschliessliche Bundeskompetenz handelt (vgl. BGE 2C.1223/2013 vom 21. Januar 2014). Auch bleibt unklar, wie sich, bei paralleler Anwendung der beiden Bestimmungen, das Risiko unterschiedlicher Entscheide der jeweils unterschiedlichen Beschwerdeinstanzen zu ein und derselben Frage (sowohl Art. 64 AuG und Art. 64a AuG setzen voraus, dass sich der Betroffene illegal in der Schweiz aufhält) - von unterschiedlichen Entscheiden bezüglich aufschiebender Wirkung gar nicht zu sprechen - rechtfertigt und welche Entscheidung im Konfliktfall Vorrang hat. In diesem Zusammenhang sei darauf

hingewiesen, dass gemäss ständiger für das Bundesverwaltungsgericht massgeblicher Praxis seiner Vorgängerorganisation, der Schweizerischen Asylrekurskommission, Doppelspurigkeiten bei der Anordnung der Wegweisung durch unterschiedliche Behörden möglichst vermieden werden sollten (vgl. EMARK 1996 Nr. 35 E. 2; EMARK 2006 Nr. 23 E. 3.4.2; vgl. auch EMARK 2001 Nr. 21 E. 8d). Da mangels Begründung aus der Verfügung vom 6. Juni 2014 nach dem Gesagten nicht hervorgeht, durch welche Überlegungen sich die Vorinstanz bei der Beantwortung der Zuständigkeitsfrage leiten liess, war es dem Beschwerdeführer nicht möglich, den vorinstanzlichen Zuständigkeitsentscheid sachgerecht anzufechten, weshalb sein Anspruch auf rechtliches Gehör verletzt wurde.

5.2.1 In der angefochtenen Verfügung führte das BFM zur Begründung der Wegweisung des Beschwerdeführers nach Italien aus, dieser halte sich ohne Aufenthaltsregelung und somit illegal im Sinne von Art. 64a Abs. 1 AuG in der Schweiz auf. Vom Bundesverwaltungsgericht mit der Regelung in Art. 4 Abs. 2 Bst. a VEV konfrontiert, änderte das Bundesamt im Rahmen seiner Vernehmlassung seine Begründung und führte, im Widerspruch zur ursprünglichen Argumentation aus, dass sich der Beschwerdeführer trotz des Umstandes, dass er mit seiner italienischen Aufenthaltsbewilligung und seinem marokkanischen Pass in die Schweiz eingereist sei - was bedeutet, dass er sehr wohl über eine Aufenthaltsregelung für die Schweiz verfügte - illegal in der Schweiz aufhalte, da er die Einreisevoraussetzungen gemäss Art. 5 AuG nicht erfülle, weil er eine Gefahr für die öffentliche Sicherheit und Ordnung der Schweiz im Sinne von Art. 5 Abs. 1 Bst. c AuG darstelle. Zur Begründung führt das Bundesamt aus, dass der Beschwerdeführer bereits vor seiner neuerlichen, am 26. beziehungsweise 27. April 2014 getätigten Einreise rechtskräftig wegen rechtswidrigen Aufenthalts, Betäubungsmitteldelikten, Missachtung der Ausgrenzung und Diebstahls zu insgesamt 60 Tagen Freiheitsstrafe, Geldstrafen von 35 Tagessätzen und Bussen von Fr. 400.- verurteilt war. Indem das BFM seine Verfügung folglich mit einer auf Vernehmlassungsstufe nachgeschobenen Begründung, die mit keinem Wort Niederschlag in der Verfügung vom 6. Juni 2014 gefunden hatte, nachträglich zu untermauern versuchte, hat es seine Begründungspflicht und somit das rechtliche Gehör des Beschwerdeführers verletzt, war es letzterem unter diesen Umständen doch unmöglich, sich gezielt gegen den vorinstanzlichen Entscheid zu wehren.

5.2.2 Das Gericht hegt grosse Zweifel, dass diese Gehörsverletzung durch die Gewährung des Replikrechts geheilt werden kann, zumal sich der Beschwerdeführer in Haft befindet. Die nachgeschobene Begründung der Vorinstanz verletzt aus Sicht des Gerichts in schwerwiegender Weise den verfassungsmässigen Anspruch des Beschwerdeführers auf Gewährung des rechtlichen Gehörs, weil er keine Gelegenheit hatte, zum Vorwurf der fehlenden Einreisevoraussetzungen Stellung zu nehmen.

5.2.3 Darüber hinaus ist auch fraglich, ob das BFM bei der Anwendung von Art. 5 AuG nicht vorerst dessen Verhältnis zum für die Schweiz einschlägigen Recht der Europäischen Union, so zum Beispiel zu Art. 5 der Verordnung (EG) Nr. 562/2006 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 15. März 2006 über einen Gemeinschaftskodex für das Überschreiten der Grenzen durch Personen (ABl. L 105/5 vom 13.4.2006; Schengener Grenzkodex), hätte prüfen müssen.

### **E. 5.3**

Zu bemerken ist ferner, dass vorliegend nicht ersichtlich ist - und vom BFM auch in keiner Weise geprüft worden ist - ob im Fall des Beschwerdeführers ein Sachverhalt vorliegt, der eine Wegweisung nach Italien aufgrund des allein auf Asylverfahren abzielenden Dublin-Assoziierungsabkommens gemäss Art. 64a AuG erlaubt, namentlich ob der

Beschwerdeführer in Italien je ein Asylgesuch gestellt hat.

#### **E. 5.4**

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass das BFM den Anspruch des Beschwerdeführers auf rechtliches Gehör in schwerwiegender Weise verletzt hat, weil es ihn nicht zu allen entscheiderelevanten Tatsachen angehört hat.

#### **E. 6.1**

Der Anspruch auf rechtliches Gehör ist formeller Natur, weshalb dessen Verletzung grundsätzlich - ohne Rücksicht darauf, ob die angefochtene Verfügung bei korrekter Verfahrensführung im Ergebnis anders ausgefallen wäre - zur Aufhebung des vorinstanzlichen Entscheides führt. Die Heilung von Gehörsverletzungen ist aus prozessökonomischen Gründen auf Beschwerdeebene nur möglich, sofern das Versäumte nachgeholt wird, der Beschwerdeführer dazu Stellung nehmen kann und der Beschwerdeinstanz im streitigen Fall die freie Überprüfungsbefugnis in Bezug auf Tatbestand und Rechtsanwendung zukommt, sowie die festgestellte Verletzung nicht schwerwiegender Natur ist und die fehlende Entscheidung durch die Beschwerdeinstanz mit vertretbarem Aufwand hergestellt werden kann. Im vorliegenden Fall ist die mehrfache und offensichtliche Verletzung des rechtlichen Gehörs seitens des BFM als schwerwiegend zu bezeichnen. Es ist zudem nicht Aufgabe des Bundesverwaltungsgerichts, Versäumnisse des Bundesamtes auf Beschwerdeebene systematisch zu beheben und damit die Vorinstanz gleichsam von einer sorgfältigen Verfahrensführung zu entbinden, zumal den Beschwerdeführenden durch ein solches Vorgehen eine Instanz verloren ginge. Eine Heilung der festgestellten Mängel in der angefochtenen Verfügung fällt deshalb nicht in Betracht (vgl. zum Ganzen BVGE 2009/53 E. 7.3).

#### **E. 6.2**

Die Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör wird von Amtes wegen als Kassationsgrund berücksichtigt, wenn die Mängel schwerwiegend sind und eine vernünftige Prozesserledigung in der Rechtsmittelinstanz verunmöglichen (vgl. BVGE 2013/23 E. 6.1.3; BVGE 2009/54 E. 2.5; BVGE 2009/53 E. 7.3). Da eine Heilung angesichts der schwerwiegenden Verletzung des rechtlichen Gehörs auf Beschwerdeebene nicht in Betracht fällt, ist die Beschwerde gutzuheissen, die angefochtene Verfügung aufzuheben und die Sache zur Neuurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen.

#### **E. 6.3**

In diesem Zusammenhang wird das BFM aufgefordert, im Rahmen der Neuurteilung den Nachweis zu erbringen, dass sich der Beschwerdeführer während seines Aufenthaltes in Italien in einem Verfahren befand oder befindet, welches die Grundlage bildet für eine Wegweisung im Rahmen des Dublin-Assoziierungsabkommens gemäss Art. 64a AuG. Dies wäre dann der Fall, wenn Italien für die Durchführung eines Asylverfahrens zuständig wäre aufgrund der Bestimmungen der Dublin-III-Verordnung. Nur für diesen Fall können die Sachurteilsvoraussetzungen für eine Anwendung von Art. 64a AuG als gegeben erachtet werden.

#### **E. 7.1**

Bei diesem Ausgang des Verfahrens sind keine Verfahrenskosten aufzuerlegen (Art. 63 Abs. 1 und 2 VwVG).

## **E. 7.2**

Obsiegende Parteien haben Anspruch auf eine Entschädigung für die ihnen erwachsenen notwendigen und verhältnismässig hohen Kosten (Art. 64 Abs. 1 VwVG und Art. 7 Abs. 1 des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]). Der Beschwerdeführer hat seine Beschwerde selbst eingereicht; es sind ihm mithin keine Kosten im Rahmen der Beschwerdeerhebung erwachsen. Hingegen sind die von seinem ab 18. Juli 2014 mandatierten Rechtsvertreter eingereichten Kurzschreiben (vgl. Sachverhalt G.c und G.d) als notwendige und verhältnismässig hohe Auslagen zu entschädigen (vgl. Art. 9 Abs. 1 und Art. 13 VGKE). Die zu entschädigenden Auslagen sind in Anwendung der massgebenden Bemessungsfaktoren (Art. 9-14 VGKE) auf pauschal Fr. 300.- (inkl. allfällige Auslagen und Mehrwertsteueranteil) festzusetzen, welcher Betrag das BFM dem Beschwerdeführer als Parteientschädigung zu entrichten hat.

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