



## Urteil vom 6. Juni 2011

Besetzung

Richter Martin Zoller (Vorsitz),  
Richter Kurt Gysi,  
Richter Hans Schürch;  
Gerichtsschreiber Daniel Widmer.

Parteien

A.\_\_\_\_\_, B.\_\_\_\_\_, C.\_\_\_\_\_,  
China (Volksrepublik),  
alle vertreten durch Martina Culic, Rechtsanwältin,  
Berner Rechtsberatungsstelle für Menschen in Not,  
(...),  
Beschwerdeführende,

gegen

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

Gegenstand

Nichteintreten auf Asylgesuch und Wegweisung  
(Dublin-Verfahren);  
Verfügung des BFM vom 28. August 2009 / (...).

**Sachverhalt:****A.**

Die Beschwerdeführenden (Eltern) – chinesische Staatsangehörige tibetischer Ethnie mit letztem Wohnsitz in D. \_\_\_\_\_ in der Autonomen Region Tibet – verliessen ihren Heimatstaat eigenen Angaben zufolge am 1. März 2004 auf dem Landweg in Richtung E. \_\_\_\_\_, von wo sie nach einem Aufenthalt von (...) Monaten auf dem Luftweg nach Belgien weiterreisten. In der Folge hielten sie sich dort während etwa viereinhalb Jahren auf, wobei auch F. \_\_\_\_\_ geboren wurde. Am 3. Januar 2009 gelangten sie von K. \_\_\_\_\_ per Bahn auf direktem Weg unter Umgehung der Grenzkontrolle in die Schweiz, wo sie gleichentags um Asyl nachsuchten. Anlässlich der Kurzbefragung im Empfangs- und Verfahrenszentrum (EVZ) G. \_\_\_\_\_ vom 13. Januar 2009 wurde den Beschwerdeführenden mitgeteilt, dass gestützt auf ihre Angaben mutmasslich Belgien für das Asyl- und Wegweisungsverfahren zuständig sein. Gleichzeitig wurde ihnen im Rahmen des rechtlichen Gehörs Gelegenheit gegeben, zu einem allfälligen Nichteintretensentscheid des BFM und zur Zuständigkeit Belgiens für die Behandlung der Asylgesuche beziehungsweise zur Rückweisung nach Belgien Stellung zu nehmen. Dazu führten sie aus, dass sie in Belgien keine Zukunft hätten, da ihre dortigen Asylgesuche abgelehnt und sie aufgefordert worden seien, das Land zu verlassen. Zudem hätten sie dort seit (...) Jahren keine Hilfe mehr erhalten. Gegen Ende des Jahres 2006 hätten sie auch erfolglos in H. \_\_\_\_\_ um Asyl nachgesucht. Wegen der Situation in Belgien habe die Beschwerdeführerin gesundheitliche Probleme bekommen.

**B.**

Mit Schreiben vom 23. Januar 2009 teilte ein Mitarbeiter der I. \_\_\_\_\_ dem EVZ G. \_\_\_\_\_ (Eingang EVZ am selben Tag) unter Beilage einer entsprechenden Vollmacht mit, dass er von den Beschwerdeführenden mit der Wahrung ihrer Interessen beauftragt worden sei.

**C.**

Mit Verfügung vom 14. April 2009 wies das BFM die Beschwerdeführenden für die Dauer des Verfahrens dem Kanton J. \_\_\_\_\_ zu.

**D.**

Am 15. Juni 2009 ersuchte das BFM gestützt auf einen Eurodac-Treffer vom (...) in K. \_\_\_\_\_ die zuständige belgische Behörde um Übernahme

der Beschwerdeführenden. Belgien stimmte dem Ersuchen am 18. Juni 2009 zu.

**E.**

Mit Schreiben vom 24. August 2009 teilte eine Mitarbeiterin der L.\_\_\_\_\_ dem BFM (Eingang BFM: 25. August 2009) unter Beilage einer entsprechenden Vollmacht mit, dass sie von den Beschwerdeführenden mit der Wahrung ihrer Interessen beauftragt worden sei.

**F.**

Mit Verfügung vom 28. August 2009 trat das BFM in Anwendung von Art. 34 Abs. 2 Bst. d des Asylgesetzes vom 26. Juni 1998 (AsylG, SR 142.31) auf die Asylgesuche der Beschwerdeführenden nicht ein, wies diese aus der Schweiz nach Belgien weg, ordnete den sofortigen Vollzug der Wegweisung an, stellte fest, dass einer allfälligen Beschwerde keine aufschiebende Wirkung zukomme und verfügte die Aushändigung der editionspflichtigen Akten an die Beschwerdeführenden.

Zur Begründung wurde im Wesentlichen ausgeführt, gemäss Art. 34 Abs. 2 Bst. d AsylG werde auf ein Asylgesuch nicht eingetreten, wenn Asylsuchende in einen Drittstaat ausreisen könnten, welcher für die Durchführung des Asyl- und Wegweisungsverfahrens zuständig sei. Die Beschwerdeführenden seien im (...) 2004 nach Belgien gereist und hätten dort ein Asylgesuch eingereicht, welches abgelehnt worden sei. Der Beschwerdeführer habe zudem in H.\_\_\_\_\_ erfolglos um Asyl nachgesucht und sei nach einem Fingerabdruckvergleich nach Belgien zurückgeschickt worden. Belgien sei gestützt auf das Abkommen vom 26. Oktober 2004 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Gemeinschaft über die Kriterien und Verfahren zur Bestimmung des zuständigen Staates für die Prüfung eines in einem Mitgliedstaat oder in der Schweiz gestellten Asylantrags [Dublin-Assoziierungsabkommen (DAA), SR 0.142.392.68] und das Übereinkommen vom 17. Dezember 2004 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft, der Republik Island und dem Königreich Norwegen über die Umsetzung, Anwendung und Entwicklung des Schengen-Besitzstands und über die Kriterien und Verfahren zur Bestimmung des zuständigen Staates für die Prüfung eines in der Schweiz, in Island oder in Norwegen gestellten Asylantrags [Übereinkommen vom 17. Dezember 2004, SR 0.362.32]) für die Durchführung des Asyl- und Wegweisungsverfahrens zuständig, und habe am 18. Juni 2009 einer

Übernahme der Beschwerdeführenden zugestimmt. Die Rückführung habe – vorbehaltlich einer Unterbrechung (Art. 19 Abs. 3 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 Asylantrags zuständig ist, den ein Staatsangehöriger eines Drittlandes in einem Mitgliedstaat gestellt hat [Dublin-II-VO]) oder Verlängerung (Art. 19 Abs. 4 Dublin-II-VO) – bis zum 18. November 2009 zu erfolgen. Ferner hätten die Beschwerdeführenden im Rahmen des rechtlichen Gehörs erklärt, sie würden in Belgien keine Hilfe erhalten, seien zum Verlassen des Landes aufgefordert worden und hätten wegen der Situation psychische Probleme bekommen. Indes habe sich Belgien für die Beschwerdeführenden zuständig erklärt. Da sie in Belgien Schutz vor Rückführung im Sinne von Art. 5 Abs. 1 AsylG fänden, sei das Non-Refoulement-Gebot bezüglich des Heimat- und Herkunftsstaats nicht zu prüfen. Ferner beständen keine Hinweise darauf, dass im Falle einer Rückkehr der Beschwerdeführenden nach Belgien Art. 3 der Konvention vom 4. November 1950 zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK, SR 0.101) verletzt würde. Der Vollzug der Wegweisung nach Belgien sei zulässig, zumutbar und möglich.

Als Adressaten der Verfügung führte das BFM die I. \_\_\_\_\_ auf und hielt gleich einleitend fest, der Entscheid sei durch die zuständige Behörde des Kantons J. \_\_\_\_\_ zu eröffnen. Im der Verfügung angehängten Verteiler der Verfügung wurde das Migrationsamt des Kantons J. \_\_\_\_\_ aufgeführt und gleichzeitig gebeten, den Entscheid dem Ausländer zu eröffnen und das Datum der Entscheideröffnung mit der beigelegten Empfangsbestätigung unterschriftlich bestätigen zu lassen. Die I. \_\_\_\_\_ war im Rubrum gleich anschliessend an die Personalien der Beschwerdeführenden sowie im bereits erwähnten Verteiler unter der Rubrik "Beilagen" verzeichnet, mit dem Vermerk "Editionspflichtige Asylakten inkl. Kopie des Aktenverzeichnisses (für die Rechtsvertretung)".

## **G.**

**G.a.** Mit Schreiben vom 4. September 2009 erteilte der Migrationsdienst des Kantons J. \_\_\_\_\_ der Kantonspolizei J. \_\_\_\_\_ einen Ausschaffungsauftrag für die Beschwerdeführenden, wobei ein Flug nach Belgien zu buchen sei und in Bezug auf den Beschwerdeführer die Ausschaffungshaft angeordnet wurde. Gleichzeitig wurde darauf hingewiesen, dass der Nichteintretensentscheid dem Beschwerdeführer gegen Unterzeichnung der Eröffnungs- und Empfangsbestätigung zu

eröffnen sei und auf Anfrage ein Dolmetscher aufgeboten werde; zudem seien, da die Beschwerdeführenden über eine Rechtsvertretung verfügten, dieser am Morgen des Tags der Eröffnung der Entscheid sowie die der Akteneinsicht unterliegenden Akten gemäss Begleitnotiz durchzufaxen.

**G.b.** Mit Schreiben vom 16. September 2009 liess das BFM der Ausreiseorganisation M.\_\_\_\_\_ im Flughafen N.\_\_\_\_\_ die Laissez-Passers für die Beschwerdeführenden im Hinblick auf ihre die Überstellung am 14. Oktober 2009 per Flug von Zürich nach K.\_\_\_\_\_ zukommen.

**G.c.** Mit Schreiben vom 1. Oktober 2009 teilte der Mitarbeiter der I.\_\_\_\_\_ (vgl. Bst. B) dem BFM (Eingang BFM: 6. Oktober 2009) mit, dass er gleichentags sein Mandat niederlege und ersuchte um direkte Zustellung der verfahrensmässigen Mitteilungen an die Beschwerdeführenden beziehungsweise ihre Rechtsvertretung.

**G.d.** Mit an die Beschwerdeführenden persönlich adressierter Vorladung vom 5. Oktober 2009 lud der Migrationsdienst des Kantons J.\_\_\_\_\_ diese zur Eröffnung und Aushändigung einer Verfügung des BFM auf den 16. Oktober 2009 vor.

## **H.**

Mit Schreiben vom 16. Oktober 2009 (Datum des Poststempels und des Telefaxempfangs) beantragte die Berner Rechtsberatungsstelle für Menschen in Not für die Beschwerdeführenden unter Kosten und Entschädigungsfolge, es sei die angefochtene Verfügung aufzuheben; eventualiter sei die angefochtene Verfügung aufzuheben und die Vorinstanz anzuweisen, das Selbsteintrittsrecht auszuüben und sich für das Asylgesuch zuständig zu erklären. In prozessualer Hinsicht wurde beantragt, es sei die aufschiebende Wirkung der Beschwerde wiederherzustellen und die Vorinstanz im Rahmen einer vorsorglichen Massnahme unverzüglich anzuweisen, bis zum Entscheid über die Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung der Beschwerde von jeglichen Vollzugsmassnahmen abzusehen; zudem wurde die Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege im Sinne von Art. 65 Abs. 1 des Bundesgesetzes vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren (VwVG, SR 172.021), der Verzicht auf die Erhebung eines Kostenvorschusses sowie die Ausrichtung einer Parteientschädigung gestützt auf Art. 64 Abs. 1 VwVG beantragt.

Gleichzeitig wurden eine Vollmacht vom 24. September 2009 und eine Fürsorgebestätigung zu den Akten gereicht. Darauf sowie auf die Begründung wird, soweit für den Entscheid wesentlich, in den Erwägungen eingegangen.

**I.**

Mit Instruktionsverfügung vom 16. Oktober 2009 wies der Instruktionsrichter den Migrationsdienst des Kantons J.\_\_\_\_\_ an, einstweilen von Vollzugsmassnahmen abzusehen.

**J.**

Mit Zwischenverfügung vom 26. Oktober 2009 wurden die Gesuche um Gewährung der aufschiebenden Wirkung der Beschwerde und um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege inklusive Rechtsverteiständung gutgeheissen, auf die Erhebung eines Kostenvorschusses verzichtet und die Vorinstanz unter Fristansetzung eingeladen, sich zur eingereichten Beschwerde zu äussern.

**K.**

Mit Vernehmlassung vom 4. November 2009 beantragte das BFM die Abweisung der Beschwerde. Zur Begründung führte es aus, in der Beschwerde würde der Eröffnungsakt der angefochtenen Verfügung bemängelt und das Verhalten des belgischen Staates gegenüber tibetischen Asylsuchenden, welchen eine Wegweisung in die Volksrepublik China drohe, beklagt. Am 23. Januar 2009 – so das BFM – sei ihm die von der I.\_\_\_\_\_ unter Einreichung einer Vollmacht die Übernahme der Rechtsvertretung mitgeteilt worden. Dieses Mandat sei erst am 1. Oktober 2009 niedergelegt worden, so dass der Nichteintretensentscheid korrekterweise an die I.\_\_\_\_\_ adressiert gewesen sei. Die Vertretung durch die L.\_\_\_\_\_ vom 25. August 2009 sei als nichtig qualifiziert worden, da bereits eine Vollmacht vorgelegen habe. Der Migrationsdienst des Kantons J.\_\_\_\_\_ sei aufgefordert worden, den Entscheid zu eröffnen und entsprechend den Richtlinien des BFM die Rechtsvertretung zu involvieren. Im Dossier befänden sich jedoch drei Vollmachten. Welche davon dem Migrationsdienst vorgelegen habe, als dieser die Beschwerdeführenden am 5. Oktober 2009 vorgeladen habe, sei aus den Akten nicht ersichtlich. Die Vollmacht der Berner Rechtsberatungsstelle habe jedenfalls nicht vorgelegen, weshalb diese dem Migrationsdienst vermutlich nicht bekannt gewesen sei. Mit der Mandatsniederlegung der I.\_\_\_\_\_ vom 1. Oktober 2009 habe der Migrationsdienst die Beschwerdeführenden möglicherweise als nicht

vertreten erachtet und diese dementsprechend persönlich vorgeladen. Offensichtlich erachte das Bundesverwaltungsgericht die Berner Beratungsstelle für Menschen in Not entsprechend deren vorliegenden Vollmacht als aktuelle Rechtsvertretung der Beschwerdeführenden, weshalb das BFM diesbezüglich dem Bundesverwaltungsgericht folge. Sollten der Migrationsdienst im Besitz der aktuellen Vollmacht gewesen sein, so sei die Vorladung fälschlicherweise an die Beschwerdeführenden gegangen. Offenkundig sei es der Rechtsvertretung – zwar über Umwege – dennoch gelungen, Beschwerde einzulegen, so dass sich der Schaden für die Beschwerdeführenden im Rahmen gehalten habe. Folglich könne offen gelassen werden, ob der Fehler in diesem Einzelfall dem Migrationsdienst zuzuschreiben sei oder ob die Umstände ein anderes Vorgehen verunmöglicht hätten. Des Weiteren sei gemäss Art. 107a AsylG ein Nichteintretensentscheid gestützt auf die Zustimmung eines anderen Staates nach der Dublin-II-VO sofort vollziehbar und habe eine allfällige Beschwerde keine aufschiebende Wirkung. Dem BFM lägen keine konkreten Anhaltspunkte vor, dass sich Belgien nicht an seine völkerrechtlichen Verpflichtungen halte. Sollten Beschwerden gegen Amtshandlungen der belgischen Behörden vorliegen, so könnten die dortigen und die internationalen Rechtswege von Belgien aus beschritten werden.

#### **L.**

In ihrer Replik vom 16. November 2009 nahmen die Beschwerdeführenden zum Inhalt der Vernehmlassung Stellung, worin sie grundsätzlich an ihren bisherigen Vorbringen festhielten. Darauf wird, soweit für den Entscheid wesentlich, in den Erwägungen eingegangen.

#### **M.**

Mit Schreiben vom 24. Februar 2011 reichten die Beschwerdeführenden (...)ein. Aus dem (...) gehe hervor, dass (...) leide. (...).

#### **N.**

Mit Schreiben vom 21. April 2011 liessen die Beschwerdeführenden dem Bundesverwaltungsgericht ein im Ausland gestelltes Asylgesuch ihres O.\_\_\_\_\_ in Kopie zukommen, welcher seit (...) Jahren bei Bekannten in D.\_\_\_\_\_ wohnhaft sei. In diesem Zusammenhang ersuchten sie um einen baldigen Abschluss des Beschwerdeverfahrens.

### **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 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 Asyls endgültig, ausser bei Vorliegen eines Auslieferungsersuchens des Staates, vor welchem die beschwerdeführende Person Schutz sucht (Art. 105 AsylG; Art. 83 Bst. d Ziff. 1 des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 [BGG, SR 173.110]).

**1.2.** Die Beschwerde ist frist- und formgerecht eingereicht. Die Beschwerdeführenden haben am Verfahren der Vorinstanz teilgenommen, sind durch die angefochtene Verfügung besonders berührt, haben ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung beziehungsweise Änderung und sind daher zur Einreichung der Beschwerde legitimiert (Art. 108 Abs. 2 AsylG sowie 105 AsylG i.V.m. Art. 37 VGG und Art. 48 Abs. 1 und Art. 52 VwVG). Auf die Beschwerde ist einzutreten.

## **2.**

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).

## **3.**

Bei Beschwerden gegen Nichteintretensentscheide, mit denen es das BFM ablehnt, das Asylgesuch auf seine Begründetheit hin zu überprüfen (Art. 32-35 AsylG), ist die Beurteilungskompetenz der Beschwerdeinstanz grundsätzlich auf die Frage beschränkt, ob die Vorinstanz zu Recht auf das Asylgesuch nicht eingetreten ist (vgl. die diesbezüglich weiterhin zutreffende Rechtsprechung der ARK in Entscheidungen und Mitteilungen der Schweizerischen Asylrekurskommission [EMARK] 2004 Nr. 34 E. 2.1 S. 240 f. sowie Urteil des Bundesverwaltungsgerichts E-7878/2008 vom 31. Dezember 2008). Die Beschwerdeinstanz enthält sich einer selbständigen materiellen Prüfung und weist die Sache – sofern sie den Nichteintretensentscheid als unrechtmässig erachtet – zu neuer Entscheidung an die Vorinstanz zurück. Die Vorinstanz prüft die Frage

der Wegweisung und des Vollzugs materiell, weshalb dem Bundesverwaltungsgericht diesbezüglich volle Kognition zukommt. In Dublin-Verfahren findet diese Prüfung jedoch bereits bei der Frage des Nichteintretens statt (vgl. auch nachfolgend E. 6).

#### **4.**

**4.1.** In der Beschwerde wird zur Begründung des Antrags auf Rückweisung an die Vorinstanz ausgeführt, die Verfügung des BFM sei fehlerhaft eröffnet und begründet worden. So hätten die Beschwerdeführenden nur dank Zufall davon erfahren, dass sie einen Nichteintretensentscheid erhalten würden und deswegen die Berner Beratungsstelle für Menschen in Not kontaktieren und mandatieren können. Die Eröffnung des Entscheids sei für die Anhaltung der Beschwerdeführenden zwecks Rückschaffung nach Belgien geplant gewesen. Nach der Mandatsanzeige beim Migrationsdienst habe eine Entscheideröffnung ohne Festnahme erreicht werden können. Das Vorgehen der Vorinstanz bei der Eröffnung von Nichteintretensentscheiden gestützt auf die Dublin-II-VO sei jedoch in grundsätzlicher Weise zu hinterfragen, da dieses den Beschwerdeführenden und anderen betroffenen Asylsuchenden den Zugang zum Gericht in erheblicher Weise erschwere. Der Anspruch auf rechtliches Gehör sowie der durch die EMRK garantierte Anspruch auf richterliche Überprüfung würden de facto ausgehebelt. Das Bundesverwaltungsgericht werde gebeten, sich über die Rechtmässigkeit der Eröffnung solcher Nichteintretensentscheide in grundsätzlicher Weise zu äussern. Zudem müsse gemäss Art. 19 Abs. 2 Dublin-II-VO der ersuchte Mitgliedstaat – vorliegend die Schweiz – den Entscheid begründen, wobei die Frist für die Durchführung der Überstellung anzugeben und gegebenenfalls der Zeitpunkt und Ort zu nennen sei, an dem sich die asylsuchende Person zu melden habe, wenn sie auf eigene Initiative in den zuständigen Dublin-Staat reise. In der angefochtenen Verfügung fehlten die diesbezüglichen Angaben.

#### **4.2.**

**4.2.1.** Im Grundsatzurteil E-5841/2009 vom 2. Februar 2010 qualifizierte das Bundesverwaltungsgericht die Praxis des BFM, bei Nichteintretensentscheiden gemäss Art. 34 Abs. 2 Bst. d AsylG ohne aufschiebende Wirkung den Vollzug der Wegweisung so zu koordinieren, dass die Eröffnung des Entscheids mit der Ausreise zusammenfällt, als nicht rechtmässig, und stellte fest, dass ein solches Vorgehen auch gegen das Gebot effektiven Rechtsschutzes aus Art. 29a der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April

1999 (BV, SR 101) und Art. 13 EMRK verstösst sowie gleichzeitig der EGMR-Rechtsprechung zu Art. 13 EMRK i.V.m. Art. 3 EMRK widerspricht, wonach bei einer durch Ausweisung drohenden Art. 3 EMRK entgegenstehenden Behandlung vorläufiger Rechtsschutz zu gewähren ist; die Verletzung des Gebots des effektiven Rechtsschutzes kann nur dadurch verhindert werden, 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; mithin ist eine angemessene Frist einzuräumen, damit im Rahmen der Beschwerdeerhebung effektiv um Gewährung vorsorglichen Rechtsschutzes ersucht werden kann (vgl. BVGE 2010/1 E. 3.5, 4.5, 5.7, 6.5).

Auf den vorliegenden Fall bezogen ist zunächst – wie die Rechtsvertreterin der Beschwerdeführenden zu Recht geltend macht – mit Hinweis auf BVGE 2010/1 festzustellen, dass sich die Vorgehensweise des BFM im Zusammenhang mit dem Vollzug der angefochtenen Verfügung (wie auch bei deren Eröffnung; vgl. sogleich E. 4.3) – aufgrund der Aktenlage ist davon auszugehen, dass ursprünglich eine Koordination der Eröffnung mit der Ausreise beabsichtigt war – zweifelsohne als mangelhaft erweist.

**4.2.2.** Was die erwähnte Rüge der mangelhaften Begründung anbelangt, ist die freiwillige Reise in den zuständigen Dublin-Staat eine von drei durch die Verordnung (EG) Nr. 1560/2003 der Kommission vom 2. September 2003 mit Durchführungsbestimmungen zur Dublin-II-VO (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 lässt diesbezüglich auf eine Wahlfreiheit des Dublin-Mitgliedstaates und nicht der zu überstellenden Person schliessen. Aus der Verpflichtung, eine "Frist für die Durchführung der Überstellung" anzugeben, lässt sich keine Ermächtigung für einen sofortigen Vollzug der Wegweisung ableiten (vgl. BVGE 2010/1 E. 4.2.2).

Auch unter diesem Gesichtspunkt erweist sich mithin der in der angefochtenen Verfügung angeordnete sofortige Vollzug der Wegweisung als nicht rechtmässig.

#### **4.3.**

**4.3.1.** Gemäss Art. 38 VwVG darf den Parteien aus mangelhafter Eröffnung kein Nachteil erwachsen. Wird die Verfügung einer *vertretenen Partei im Original* und *ihrer Rechtsvertretung in Kopie* zugestellt, liegt (zwar) ein Eröffnungsmangel vor. Die Partei wird dadurch aber nicht irreführt und benachteiligt, weshalb die Rechtsmittelfrist mit der Zustellung der Verfügungskopie an die Rechtsvertretung ausgelöst wird (vgl. FELIX UHLMANN/ALEXANDRA SCHWANK, in: Praxiskommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, Bernhard Waldmann/Philippe Weissenberger [Hrsg], Zürich 2009, N 12 zu Art. 38 mit weiteren Hinweisen sowie Urteil des Bundesverwaltungsgerichts E-5841/2009 vom 2. Februar 2010 E. 2.2.2).

**4.3.2.** Gemäss der Empfangs- und Eröffnungsbestätigung wurde die angefochtene Verfügung am 16. Oktober 2009 direkt den Beschwerdeführenden mündlich eröffnet, wobei ihnen die Eröffnung telefonisch in ihre Muttersprache übersetzt wurde und die Verfügung sowie die editionspflichtigen Asylakten inklusive Kopie des Aktenverzeichnisses ausgehändigt wurden.

Nach dem Gesagten erweist sich die direkte mündliche Eröffnung der angefochtenen Verfügung an die über eine Rechtsvertretung verfügenden Beschwerdeführenden als mangelhaft (abgesehen davon, dass die Eröffnung von Nichteintretensentscheiden im Sinne von Art. 34 Abs. 2 Bst. d AsylG an Asylsuchende, die durch eine bevollmächtigte Person vertreten werden unter unverzüglicher Bekanntgabe der Eröffnung an Letztere erst durch den am 1. Januar 2011 in Kraft getretenen Abs. 5 von Art. 14 AsylG ermöglicht wurde).

#### **4.4.**

**4.4.1.** Vor diesem Hintergrund ist festzuhalten, dass die in der Rechtsmitteleingabe vorgebrachte Unrechtmässigkeit der Vollzugspraxis des BFM beziehungsweise des sofortigen Vollzugs im Wesentlichen zutreffend ist und angesichts ihrer formellen Natur grundsätzlich zur Aufhebung der angefochtenen Verfügung führen würde. Gestützt auf die nachfolgend dargelegten Ausführungen sind die festgestellten Mängel indessen im Rahmen des Beschwerdeverfahrens ausnahmsweise zu heilen, zumal den Beschwerdeführenden in materieller Hinsicht kein Nachteil erwachsen ist (vgl. hierzu EMARK 1999 Nr. 3 E. 3.c S. 20 f.; vgl. auch Urteile des Bundesverwaltungsgerichts D-645/2010 vom 1. März 2010, E-4763/2009 vom 22. März 2010 sowie D-6971/2009 vom 8. April 2010).

**4.4.2.** Zunächst ist zu berücksichtigen, dass die vorinstanzliche Verfügung vom 28. August 2009 und somit vor dem Grundsatzurteil BVGE 2010/1 datiert, weshalb die darin festgelegten Grundsätze noch nicht beachtet werden konnten (vgl. hierzu EMARK 1999 Nr. 3 a.a.O.).

**4.4.3.** Obwohl die angefochtene Verfügung trotz am 1. Oktober 2009 erfolgter, beim BFM am 6. Oktober 2009 eingetrossener Mandatsniederlegung an die I. \_\_\_\_\_ adressiert war, welche auch im Rubrum als Vertreterin der Beschwerdeführenden aufgeführt ist, und aus den Akten des BFM nicht entnommen werden kann, ob zum Zeitpunkt der Eröffnung eine Faxkopie an die L. \_\_\_\_\_, welche zum damaligen Zeitpunkt gemäss Art. 12 Abs. 2 AsylG als Zustelladressatin zu betrachten gewesen wäre, gesandt wurde, ist aufgrund der Ausführungen in der Beschwerde davon auszugehen, dass der Berner Beratungsstelle für Menschen in Not gestützt auf die Anzeige ihres seit dem 24. September 2009 bestehenden Mandats an den Migrationsdienst am 16. Oktober 2009 die Verfügung des BFM samt editationspflichtigen Asylakten und Kopie des Aktenverzeichnisses übermittelt wurde; ansonsten wäre es der nunmehrigen Rechtsvertreterin der Beschwerdeführenden nicht möglich gewesen, die Verfügung des BFM noch gleichentags und mithin fristgerecht mit einer rechtsgenügenden Beschwerde anzufechten. Mithin sind den Beschwerdeführenden durch den Eröffnungsfehler konkret keine Nachteile erwachsen.

**4.5.** Nach dem Gesagten ist der in der Rechtsmitteleingabe gestellte Rückweisungsantrag abzuweisen.

## **5.**

**5.1.** Auf Asylgesuche wird in der Regel nicht eingetreten, wenn Asylsuchende in einen Drittstaat ausreisen können, welcher für die Durchführung des Asyl- und Wegweisungsverfahrens staatsvertraglich zuständig ist (Art. 34 Abs. 2 Bst. d AsylG).

**5.2.** In der Beschwerde wird zur Begründung des Antrags, die Vorinstanz sei anzuweisen, von ihrem Selbsteintrittsrecht Gebrauch zu machen und sich für die Beurteilung des Asylgesuchs zuständig zu erklären, auf EMARK 2006 Nr. 1 verwiesen, wonach bei illegal aus China ausgereisten Tibetern, welche – ohne sich länger in Indien oder Indien aufgehalten zu haben – in der Schweiz ein Asylgesuch gestellt haben, vom Vorliegen subjektiver Nachfluchtgründe gemäss Art. 54 AsylG auszugehen ist. Im darauf basierenden Grundsatzurteil BVGE 2009/29 habe das

Bundesverwaltungsgericht sodann festgehalten, dass für das Vorliegen subjektiver Nachfluchtgründe nur noch massgeblich sei, dass Tibeter illegal aus Tibet geflohen seien und nicht mehr, wie lange sie sich im (westlichen) Ausland befunden hätten. Lägen subjektive Nachfluchtgründe vor, komme Art.34 Abs. 3 Bst. b AsylG zur Anwendung, weshalb die Vorinstanz auf die entsprechenden Asylgesuche einzutreten habe. Art.34 Abs.2 und 3 AsylG erlaube den schweizerischen Asylbehörden nur dann, auf ein Asylgesuch aus einem sicheren Drittstaat, der Schutz vor Rückschiebung im Sinne von Art. 5 Abs. 1 AsylG biete, nicht einzutreten, wenn die asylsuchende Person offensichtlich die Flüchtlingseigenschaft nach Art. 3 AsylG erfülle. Lägen subjektive Nachfluchtgründe vor, erfüllten Asylsuchende laut Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts offensichtlich die Flüchtlingseigenschaft (vgl. Beschwerde S. 6 und Stellungnahme vom 16. November 2009).

Dieser Argumentation der Beschwerdeführenden kann nicht gefolgt werden. Zwar geben sie die Praxis der schweizerischen Asylbehörden betreffend Asylgesuche von Personen tibetischer Ethnie und die Folgen des Vorliegens subjektiver Nachfluchtgründe zutreffend wieder. Indes betrifft das von ihnen im Zusammenhang mit der offensichtlichen Erfüllung der Flüchtlingseigenschaft erwähnte Urteil des Bundesverwaltungsgerichts E - 3143/2009 vom 25. Mai 2009 einen Anwendungsfall von Art. 34 Abs. 2 Bst. a AsylG in Verbindung mit Art. 34 Abs. 3 Bst. b AsylG; mithin verkennen die Beschwerdeführenden, dass die letztgenannte Bestimmung im Zusammenhang mit dem vorliegend interessierenden Art. 34 Abs. 2 Bst. d AsylG explizit keine Anwendung findet.

**5.3.** Sodann wenden die Beschwerdeführenden weiter ein, bei einer Rückkehr nach Belgien drohte ihnen im Rahmen einer Kettenabschiebung ein Wegweisungsvollzug nach China, da die belgischen Behörden das Non-Refoulement-Gebot nicht mit absoluter Sicherheit und Gewissheit einhalten würden (vgl. Beschwerde S. 6 und Stellungnahme vom 16. November 2009 S. 2).

Gemäss den Akten steht fest, dass die Beschwerdeführenden am 9. Juni 2004 in Belgien im Rahmen eines Asylverfahrens registriert wurden. Bei dieser Sachlage ist Belgien für die Durchführung des Asylantrags der Beschwerdeführenden zuständig. Die belgischen Behörden stimmten einer Wiederaufnahme gestützt auf Art. 16 Abs. 1 Bst. e Dublin-II-VO zu.

In diesem Zusammenhang ist nicht erheblich, dass die Überstellungsfrist am 18. November 2009 abgelaufen ist, zumal mit Zwischenverfügung vom 26. Oktober 2009 der Beschwerde die aufschiebende Wirkung gewährt wurde, weshalb die Überstellungsfrist bis zum Zeitpunkt des Endurteils ausgesetzt wird.

Es bestehen sodann keine Hinweise darauf, dass Belgien, welches für die Prüfung seines Asylantrages staatsvertraglich zuständig ist, sich nicht an die massgebenden völkerrechtlichen Bestimmungen, insbesondere an das Refoulement-Verbot oder die einschlägigen Normen der EMRK halten würde. Zudem gewährt Belgien nach Kenntnis des Bundesverwaltungsgerichts tibetischen Asylsuchenden, die China illegal verlassen haben und glaubhafte Angaben machen, zurzeit den Flüchtlingsstatus (vgl. Urteil E-5950/2009 vom 9. Februar 2009 E. 3.3).

Sodann ist festzuhalten, dass medizinische Probleme einer Überstellung nicht entgegenstehen, sofern eine ausreichende medizinische Versorgung im zuständigen Staat gewährleistet ist. Davon ist vorliegend auszugehen.

Schliesslich vermag auch der Umstand, dass inzwischen ein sich in D.\_\_\_\_\_ aufhaltender O.\_\_\_\_\_ der Beschwerdeführenden ein Asylgesuch aus dem Ausland eingereicht hat, an der Zuständigkeit der belgischen Behörden nichts zu ändern.

**5.4.** Das BFM ist in Anwendung von Art. 34 Abs. 2 Bst. d AsylG demnach zu Recht auf die Asylgesuche der Beschwerdeführenden nicht eingetreten, weshalb es sich erübrigt, auf die weiteren Ausführungen in der Beschwerdeschrift und den weiteren Eingaben einzugehen.

## **6.**

**6.1.** Das Nichteintreten auf ein Asylgesuch hat in der Regel die Wegweisung aus der Schweiz zur Folge (Art. 44 Abs. 1 AsylG). Vorliegend ist keine Ausnahme von diesem Grundsatz ersichtlich (vgl. BVGE 2009/50 E. 9 S. 733; EMARK 2001 Nr. 21). In Verfahren nach Art. 34 Abs. 2 Bst. d AsylG ist die Frage nach der Zulässigkeit und Möglichkeit des Wegweisungsvollzugs regelmässig bereits Voraussetzung (und nicht erst Regelfolge) des Nichteintretensentscheides. Auf die Frage einer drohenden Verletzung des Non-Refoulement-Gebots muss daher an dieser Stelle nicht weiter eingegangen werden.

**6.2.** Weiter stellt sich die Frage nach der Zumutbarkeit des Wegweisungsvollzugs in Verfahren nach Art. 34 Abs. 2 Bst. d AsylG nicht unter dem Aspekt von Art. 83 Abs. 1 und 4 des Bundesgesetzes vom 16. Dezember 2005 über die Ausländerinnen und Ausländer (AuG, SR 142.20), sondern ebenfalls vor der Prüfung des Nichteintretens im Rahmen des Selbsteintrittsrechts oder gegebenenfalls – sofern sich Familienmitglieder in verschiedenen Dublin-Staaten befinden und allenfalls zusammengeführt werden sollten – bei der Ausübung der sog. Humanitären Klausel (Art. 15 Dublin-II-VO).

**6.3.** In diesem Sinne ist die vom BFM verfügte Wegweisung und deren Vollzug zu bestätigen.

## **7.**

Aus diesen Erwägungen ergibt sich, dass die angefochtene Verfügung Bundesrecht nicht verletzt, den rechtserheblichen Sachverhalt richtig und vollständig feststellt und angemessen ist (Art. 106 AsylG). Die Beschwerde ist nach dem Gesagten abzuweisen.

## **8.**

**8.1.** Bei diesem Ausgang des Verfahrens wären die Kosten des Verfahrens grundsätzlich vollumfänglich den Beschwerdeführenden aufzuerlegen (Art. 63 Abs. 1 VwVG). Nachdem sich die Beschwerde jedoch zum Zeitpunkt ihrer Anhängigmachung nicht als aussichtslos erwiesen hat, das Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege mit Zwischenverfügung vom 26. Oktober 2009 gutheissen wurde (vgl. Bst. J) und aufgrund der Aktenlage nach wie vor von der prozessualen Bedürftigkeit der Beschwerdeführenden auszugehen ist, ist auf die Auferlegung von Verfahrenskosten zu verzichten.

**8.2.** Nachdem das Gesuch der Beschwerdeführenden um Gewährung der unentgeltlichen Rechtsverteidigung mit Zwischenverfügung vom 26. Oktober 2009 gutgeheissen wurde (vgl. Bst. J), ist diesen trotz des Umstands, dass sie im vorliegenden Beschwerdeverfahren nicht durchgedrungen sind, eine angemessene Parteientschädigung für die ihnen daraus erwachsenen, notwendigen Kosten zuzusprechen (vgl. BVGE 2008/47 a.a.O. E. 5.2 S. 680).

Nachdem keine Kostennote zu den Akten gereicht worden ist und sich der notwendige Vertretungsaufwand aufgrund der Aktenlage hinreichend zuverlässig abschätzen lässt, ist die von der Vorinstanz auszurichtende Parteientschädigung unter Berücksichtigung der massgebenden Berechnungsfaktoren von Amtes wegen auf Fr. 2'000.– (inklusive allfällige Auslagen und Mehrwertsteuer) festzusetzen (Art. 14 Abs. 2 VGKE).

**Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:**

**1.**

Die Beschwerde wird abgewiesen.

**2.**

Es werden keine Verfahrenskosten auferlegt.

**3.**

Das BFM wird angewiesen, den Beschwerdeführenden für das Rechtsmittelverfahren eine Parteientschädigung von Fr. 2'000.– (inkl. Auslagen und Mehrwertsteuer) zu entrichten.

**4.**

Dieses Urteil geht an die Beschwerdeführenden, das BFM und die zuständige kantonale Behörde.

Der vorsitzende Richter:

Der Gerichtsschreiber:

Martin Zoller

Daniel Widmer

Versand: