



## **Urteil vom 18. August 2014**

---

Besetzung

Richter Walter Stöckli (Vorsitz),  
Richterin Muriel Beck Kadima, Richterin Esther Karpathakis,  
Gerichtsschreiber Tobias Grasdorf.

---

Parteien

A.\_\_\_\_\_, geboren (...),  
Sri Lanka,  
vertreten durch Raffaella Massara, Rechtsberatungsstelle  
für Asylsuchende,  
Beschwerdeführer,

gegen

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

---

Gegenstand

Nichteintreten auf Asylgesuch und Wegweisung (Dublin-Verfahren); Verfügung des BFM vom 17. Juli 2014 / N (..).

## Sachverhalt

### A.

**A.a.** Der Beschwerdeführer suchte am 8. April 2014 im Empfangs- und Verfahrenszentrum Basel um Asyl nach. Am gleichen Tag wurde er der Testphase des Verfahrenszentrums Zürich zugewiesen.

**A.b.** Am 25. April 2014 wurde der Beschwerdeführer zur Person befragt. Der Befrager des BFM äusserte die Vermutung, der Beschwerdeführer sei über Italien in die Schweiz eingereist, weshalb mutmasslich Italien für die Durchführung seines Asyl- und Wegweisungsverfahrens zuständig sei. Er fragte den Beschwerdeführer, wie er dazu Stellung nehme und ob es Gründe gebe, die gegen die Zuständigkeit Italiens sprächen. Der Beschwerdeführer antwortete, er wisse nicht, ob er in Italien gewesen sei und was er dazu sagen solle. Es sei von Anfang an abgemacht gewesen, ihn in die Schweiz zu bringen. Auf die Frage, ob es Gründe gebe, die gegen die Wegweisung nach Italien sprächen, wusste der Beschwerdeführer nichts zu erwidern.

**A.c.** Am 2. Mai 2014 bat das BFM per E-Mail eine Kontaktperson bei der Schweizerischen Botschaft in Colombo abzuklären, ob dem Beschwerdeführer von einem anderen Schengen-Mitgliedstaat ein Visum ausgestellt worden sei. Am 8. Mai 2014 antwortete die Kontaktperson per E-Mail, die "italienischen Kollegen" hätten am 4. März 2014 ein vom (...) März bis (...) Juni 2014 gültiges "Seasonal Work"-Visum ausgestellt.

**A.d.** Am 8. Mai 2014 ersuchte das BFM die italienischen Behörden um Übernahme des Beschwerdeführers gemäss Art. 12 Abs. 2 der Verordnung (EU) Nr. 604/2013 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Juni 2013 zur Festlegung der Kriterien und Verfahren zur Bestimmung des Mitgliedstaats, der für die Prüfung eines von einem Drittstaatsangehörigen oder Staatenlosen in einem Mitgliedstaat gestellten Antrags auf internationalen Schutz zuständig ist (Neufassung), ABl. L 180/31 vom 29.6.2013 (nachfolgend Dublin-III-VO).

Dieses Gesuch blieb innert der in Art. 22 Abs. 1 Dublin-III-VO vorgesehenen Frist unbeantwortet, was das BFM am 15. Juli 2014 gegenüber dem Dublin Office Italien feststellte.

**A.e.** Am 15. Juli 2014 wurde der Rechtsvertretung ein Entwurf der hier angefochtenen Verfügung zur Stellungnahme übergeben. In ihrer Stellungnahme vom 16. Juli 2014 stellte diese fest, der Beschwerdeführer

bringe vor, er sei nicht mit seinem eigenen Pass gereist; falls eine andere Person mit seinem Pass gereist sei, könne er darüber nichts wissen.

**A.f.** Mit Schreiben vom 17. Juli 2014 (fälschlicherweise mit 15. Juli 2014 datiert) ersuchte die Rechtsvertretung des Beschwerdeführers beim BFM um Akteneinsicht in die Botschaftsanfrage und -antwort und um Gewährung des rechtlichen Gehörs vor Eröffnung des Entscheid.

**A.g.** Mit Verfügung vom 17. Juli 2014 trat das BFM auf das Asylgesuch des Beschwerdeführers nicht ein, wies den Beschwerdeführer nach Italien weg und beauftragte den zuständigen Kanton mit dem Vollzug. Gleichzeitig verfügte es die Aushändigung der editionspflichtigen Akten gemäss Aktenverzeichnis an den Beschwerdeführer.

**B.**

Mit Eingabe vom 24. Juli 2014 erhob der Beschwerdeführer beim Bundesverwaltungsgericht Beschwerde und beantragte, die Verfügung des BFM sei aufzuheben und zur Neubehandlung an das BFM zurückzuweisen. In prozessualer Hinsicht ersuchte er um vollständige Akteneinsicht sowie um Ansetzung einer Frist zur Beschwerdeergänzung, Gewährung der aufschiebenden Wirkung, Aussetzung des Vollzugs für die Dauer des Beschwerdeverfahrens, Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung und Verzicht auf die Erhebung eines Kostenvorschusses.

**C.**

Mit Zwischenverfügung vom 25. Juli 2014 setzte das Bundesverwaltungsgericht den Vollzug der Überstellung des Beschwerdeführers per sofort einstweilen aus.

### **Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:**

**1.**

**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 Asyls in der Regel – und so auch vorliegend – endgültig (Art. 105 AsylG [SR 142.31]; Art. 83 Bst. d Ziff. 1 BGG).

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

**1.3** Die Beschwerde ist frist- und formgerecht eingereicht. Der Beschwerdeführer hat am Verfahren vor der Vorinstanz teilgenommen, ist durch die angefochtene Verfügung besonders berührt und hat ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung beziehungsweise Änderung. Er ist daher zur Einreichung der Beschwerde legitimiert (Art. 105 und 108 Abs. 2 AsylG; Art. 48 Abs. 1 und Art. 52 Abs. 1 VwVG). Auf die Beschwerde ist einzutreten.

## **2.**

**2.1.** Mit Beschwerde kann die Verletzung von Bundesrecht (einschliesslich Missbrauch und Überschreiten des Ermessens) sowie die unrichtige oder unvollständige Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts gerügt werden (Art. 106 Abs. 1 AsylG).

**2.2.** Aufgrund der Zuweisung des Beschwerdeführers in die Testphase des Verfahrenszentrums in Zürich kommt die Verordnung vom 4. September 2013 über die Durchführung von Testphasen zu den Beschleunigungsmassnahmen im Asylbereich (TestV, SR 142.318.1) zur Anwendung (Art. 112b Abs. 2 AsylG i.V.m. Art. 1 und Art. 4 Abs. 1 TestV). Das Asylgesetz findet auf das Asylverfahren im Rahmen von Testphasen Anwendung, sofern die Testphasenverordnung in Bezug auf die Ausgestaltung des erstinstanzlichen Asylverfahrens und des Wegweisungsverfahrens nichts Abweichendes vorsieht (Art. 112b Abs. 2 AsylG i.V.m. Art. 7 TestV).

**2.3.** Bei Beschwerden gegen Nichteintretensentscheide, mit denen es das BFM ablehnt, das Asylgesuch auf seine Begründetheit hin zu überprüfen (Art. 31a Abs. 1–3 AsylG), ist die Beurteilungskompetenz der Beschwerdeinstanz grundsätzlich auf die Frage beschränkt, ob die Vorinstanz zu Recht auf das Asylgesuch nicht eingetreten ist (vgl. BVGE 2012/4 E. 2.2 m.w.H.).

## **3.**

**3.1.** Das BFM begründet die angefochtene Verfügung im Wesentlichen damit, seine Abklärungen hätten ergeben, dass der Beschwerdeführer ein vom (...) März bis (...) Juni 2014 gültiges italienisches Visum gehabt habe. Gestützt darauf habe das BFM die italienischen Behörden um Übernahme des Beschwerdeführers ersucht. Da die italienischen Behörden innerhalb der festgelegten Frist nicht Stellung zur Anfrage genommen

hätten, sei die Zuständigkeit für das Asyl- und Wegweisungsverfahren des Beschwerdeführers an Italien übergegangen.

Der Einwand der Rechtsvertretung in der Stellungnahme zum Entwurf, wonach der Beschwerdeführer nicht mit seinem eigenen Pass nach Europa gereist sei, sei wenig plausibel und ohne Belang, da Italien das Ersuchen um Übernahme im Rahmen der Dublin-Verordnung geprüft und gutgeheissen habe, womit die Zuständigkeit für das Asyl- und Wegweisungsverfahren des Beschwerdeführers bei Italien liege.

Zu der in besagter Stellungnahme aufgeworfenen Frage der Einsicht in die Abklärung des BFM zum Bestehen eines italienischen Visums stellte es fest, dass eine solche Abklärung sich grundlegend von den klassischen Botschaftsanfragen unterscheidet. Der Entscheid über die Zuständigkeit liege ausschliesslich bei den Behörden des angefragten Dublin-Staates. Es sei davon auszugehen, dass die italienischen Behörden dem Ersuchen der Schweiz auch ohne den Hinweis auf ein bestehendes italienisches Visum zugestimmt hätten. Die gewonnenen Informationen seien damit bloss Inhalt des zwischenstaatlichen Austausches zur Klärung der Zuständigkeit. Für den Entscheid des BFM über das Eintreten auf das Asylgesuch seien sie nicht von Bedeutung. Damit bestehe diesbezüglich weder ein Anspruch auf Akteneinsicht noch auf rechtliches Gehör.

**3.2.** Der Beschwerdeführer macht in der Beschwerdeschrift eine Verletzung seines Anspruchs auf rechtliches Gehör in der Form des Akteneinsichtsrechts und des Rechts, sich zu allen Tatsachen seines Falles äussern zu können, die geeignet sind, den Entscheid zu beeinflussen, geltend. Der ersuchende Dublin-Staat müsse die Art und Gründe des Ersuchens aufzählen (nach Art. 2 Verordnung (EG) Nr. 1560/2003 der Kommission vom 2. September 2003 mit Durchführungsbestimmungen zur Verordnung (EG) Nr. 343/2003 des Rates 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 ABl. L 222/3 vom 5.9.2003; nachfolgend Dublin-Durchführungsverordnung). Das BFM habe aber in seinem Gesuch an Italien nicht aufgeführt, dass der Beschwerdeführer ausgesagt habe, er habe nie ein Visum besessen und er sei mit einem gefälschten Pass unter einem anderen Namen aus Sri Lanka ausgereist. Es sei ausserdem problematisch, wenn sich die asylsuchende Person zu den Gründen des Ersuchens im Vorfeld nicht äussern könne. In Anbetracht dessen, dass vorliegend erst mit den gewonnenen Informationen die notwendige

Grundlage für ein Gesuch geschaffen worden sei, seien die durch das BFM festgestellten Tatsachen entscheidend relevant geworden. Es sei insbesondere nicht davon auszugehen, dass die italienischen Behörden dem Ersuchen der Schweiz auch ohne Hinweis auf ein bestehendes italienisches Visum zugestimmt hätten. Im Übrigen könne das allenfalls zuständigkeitsbegründende Nichtantworten von Italien am Anspruch auf rechtliches Gehör des Beschwerdeführers nichts ändern.

Materiell macht der Beschwerdeführer geltend, es bestünden ernsthafte Zweifel daran, dass der Aufenthaltstitel ihm überhaupt zugeordnet werden könne. Er sei nämlich mit einem gefälschten Pass unter einem anderen Namen ausgereist und habe seinen persönlichen Pass vom Schlepper nie zurückbekommen. Die dem Gesuch an Italien zugrundeliegenden Fingerabdrücke könnten daran nichts ändern, weil zunächst abzuklären sei, ob für ein "Seasonal Work"-Visum für Italien überhaupt Fingerabdrücke abgenommen würden.

Der (mündlich am 15. und 16. Juli 2014 geäußerte) Einwand des BFM, dass die Einsicht in Botschaftsanfragen generell und gemäss gängiger Praxis aufgrund des diplomatischen Schutzes verweigert werden dürfe, vermöge nicht zu überzeugen. Inwiefern sich die Abklärungen des BFM über die Schweizer Vertretung in Sri Lanka von klassischen Botschaftsanfragen unterscheiden, werde ebenfalls nicht näher begründet.

#### **4.**

**4.1.** Auf Asylgesuche wird in der Regel nicht eingetreten, wenn Asylsuchende in einen Drittstaat ausreisen können, der für die Durchführung des Asyl- und Wegweisungsverfahrens staatsvertraglich zuständig ist (Art. 31a Abs. 1 Bst. b AsylG). Zur Bestimmung des staatsvertraglich zuständigen Staates prüft das BFM die Zuständigkeitskriterien gemäss Dublin-III-VO. Führt diese Prüfung zur Feststellung, dass ein anderer Mitgliedstaat für die Prüfung des Asylgesuchs zuständig ist, tritt das BFM, nachdem der betreffende Mitgliedstaat einer Aufnahme oder Wiederaufnahme zugestimmt hat, auf das Asylgesuch nicht ein.

**4.2.** Die italienischen Behörden liessen das Gesuch der Schweizer Behörden um Aufnahme des Beschwerdeführers nach Art. 12 Abs. 2 Dublin-III-VO innert der in Art. 22 Abs. 1 Dublin-III-VO vorgesehenen Frist unbeantwortet. Damit anerkannte Italien implizit seine Zuständigkeit und wurde zu dem für die Durchführung des Asylverfahrens zuständigen Staat nach der Dublin-III-VO (Art. 22 Abs. 7 Dublin-III-VO).

**4.3.** Jeder Mitgliedstaat kann abweichend von Art. 3 Abs. 1 Dublin-III-VO beschliessen, einen bei ihm von einem Drittstaatsangehörigen gestellten Antrag auf internationalen Schutz zu prüfen, auch wenn er nach den in dieser Verordnung festgelegten Kriterien nicht für die Prüfung zuständig ist (Art. 17 Abs. 1 Satz 1 Dublin-III-VO; sog. Selbsteintrittsrecht).

**5.**

Der Beschwerdeführer macht zwei Rechtsverletzungen des BFM geltend: Einerseits wäre das BFM seiner Meinung nach verpflichtet gewesen, die italienischen Behörden im Aufnahmeersuchen darüber zu informieren, dass er vorbringe, nicht mit seinem Pass ausgereist zu sein. Andererseits habe das BFM seinen Anspruch auf rechtliches Gehör verletzt, weil er nicht zu den Abklärungen bezüglich des Visums habe Stellung nehmen können und keine Einsicht in diese Abklärungen erhalten habe.

**6.**

**6.1.** Der ersuchende Staat muss nach Art. 21 Abs. 3 Dublin-III-VO Beweismittel, Indizien und sachdienliche Angaben aus der Erklärung der Antragsstellers übermitteln, damit der ersuchte Mitgliedstaat seine Zuständigkeit prüfen kann. Art. 2 Dublin-Durchführungsverordnung, auf den sich der Beschwerdeführer bezieht, ist nur auf Wiederaufnahmegesuche nach Art. 23 ff. Dublin-III-VO anwendbar. Art. 1 der gleichen Verordnung, welcher Aufnahmegesuche nach Art. 21 f. Dublin-III-VO betrifft, enthält die Formulierung, dass der ersuchende Staat "die Art und die Gründe für das Gesuch" angeben muss, nicht. Trotzdem ist aufgrund von Art. 21 Abs. 3 Dublin-III-VO davon auszugehen, dass das BFM verpflichtet ist, auch in einem Aufnahmegesuch an einen Dublin-Staat alle für die Beurteilung der Zuständigkeit potentiell relevanten Informationen anzugeben. Dies betrifft insbesondere Informationen, die der ersuchte Staat nicht bereits besitzt oder nicht selber innerhalb der Antwortfrist beschaffen kann, zum Beispiel Aussagen der asylsuchenden Person (vgl. Art. 1 Abs. 1 Bst. b Dublin-Durchführungsverordnung), unabhängig davon ob diese für oder gegen die Zuständigkeit des ersuchten Staates sprechen.

Vorliegend wusste das BFM zum Zeitpunkt der Anfrage an Italien allerdings gar nicht, dass der Beschwerdeführer geltend macht, er sei nicht mit seinem Pass ausgereist. Entsprechend konnte das BFM dies Italien auch nicht mitteilen, weshalb dem BFM insoweit kein Vorwurf gemacht werden kann. Zudem hat der Beschwerdeführer grundsätzlich keinen subjektiven Rechtsanspruch auf richtige Anwendung der Zuständigkeitskriterien des Dublin-III-Verordnung, solange keine Grundrechtsansprüche

betroffen sind (vgl. CHRISTIAN FILZWIESER/ANDREA SPRUNG, Dublin III-Verordnung, Das Europäische Asylzuständigkeitssystem, Wien/Graz 2014, K3 zu Art. 17). Nicht von Bedeutung ist der Einwand des BFM, Italien hätte dem Gesuch auch ohne Hinweis auf das Visum zugestimmt. Der Beschwerdeführer kann aus dem Umstand, dass das BFM die italienischen Behörden nicht über seine Aussagen informierte, nichts zu seinen Gunsten ableiten.

**6.2.** Zu prüfen bleibt aber, ob das BFM verpflichtet gewesen wäre, den Beschwerdeführer vor der Anfrage an Italien über das Resultat seiner Abklärungen zu informieren und ihn dazu Stellung nehmen zu lassen. Diesbezüglich stellt sich die Frage, ob das BFM, indem es dies unterlassen hat, den Anspruch auf rechtliches Gehör verletzt hat und den rechtserheblichen Sachverhalt unvollständig abgeklärt hat.

## **7.**

**7.1.** Der in Art. 29 Abs. 2 BV garantierte und in den Art. 26–33 VwVG konkretisierte Grundsatz des rechtlichen Gehörs umfasst das Recht, mit eigenen Begehren angehört zu werden, Einblick in die Akten zu erhalten und zu den für die Entscheidung wesentlichen Punkten Stellung nehmen zu können. Der Anspruch auf rechtliches Gehör dient einerseits der Sachaufklärung und stellt andererseits ein persönlichkeitsbezogenes Mitwirkungsrecht der Parteien dar. Der Grundsatz des rechtlichen Gehörs beinhaltet die Pflicht der Behörden, die Vorbringen des vom Entscheid in seiner Rechtsstellung Betroffenen sorgfältig und ernsthaft zu prüfen und in der Entscheidungsfindung zu berücksichtigen (Art. 32 Abs. 1 VwVG).

Gemäss Art. 12 VwVG stellt die zuständige Behörde den Sachverhalt von Amtes wegen fest. Sie ist in dem Ausmass zur Untersuchung des Sachverhaltes verpflichtet, als man dies vernünftigerweise von ihr erwarten kann. Das BFM ist deshalb verpflichtet, nicht nur zu denjenigen Sachverhaltselementen Beweis zu führen, welche die asylsuchende Person belasten, sondern auch diejenigen Elemente, welche sie begünstigen. Der Untersuchungsgrundsatz findet seine Grenze an der gesetzlichen Mitwirkungspflicht. Art. 13 VwVG verpflichtet die Parteien, an der Feststellung des Sachverhaltes in Verfahren mitzuwirken, die sie durch ihr Begehren eingeleitet haben. Die Mitwirkungspflicht des Gesuchstellers betrifft insbesondere Tatsachen, die seine persönliche Situation betreffen und die der Gesuchsteller besser kennt als die Behörden oder die von diesen ohne seine Mitwirkung gar nicht oder nicht mit vernünftigem Aufwand erho-

ben werden können (vgl. BVGE 2008/24 E. 7.2 m.w.H.). Art. 8 AsylG konkretisiert diese Mitwirkungspflicht für das Asylverfahren.

**7.2.** Einleitend ist festzuhalten, dass die Grundsätze des Anspruchs auf rechtliches Gehör und des Untersuchungsgrundsatzes auch im Dublin-Verfahren – im Sinne des Verfahrens nach Art. 20 Abs. 1 Dublin-III-VO zur Bestimmung des zuständigen Staates, das gewissermassen als in sich geschlossenes (Teil-)Verfahren des gesamten Asylverfahren gesehen werden kann (vgl. Art. 2 Bst. d Dublin-III-VO) – gelten, unabhängig von der Frage, ob der Beschwerdeführer einen Anspruch darauf hat, dass die Zuständigkeitskriterien der Dublin-III-Verordnung korrekt angewendet werden.

Entsprechend ist zu prüfen, ob das BFM verpflichtet gewesen wäre, dem Beschwerdeführer das rechtliche Gehör zur angeblichen Existenz eines italienischen Visums zu gewähren, und ob es aufgrund seiner Pflicht, den rechtserheblichen Sachverhalt abzuklären, verpflichtet gewesen wäre, diesbezüglich weitere Abklärungen vorzunehmen.

**7.3.** Das BFM erfuhr – auf Anfrage – am 8. Mai 2014 per E-Mail von der Schweizerischen Botschaft in Colombo, dass dem Beschwerdeführer gemäss "den italienischen Kollegen" ein saisonales Arbeitsvisum für Italien, gültig vom (...) März bis (...) Juni 2014, ausgestellt worden sei. Am gleichen Tag ersuchte das BFM die italienischen Behörden um Aufnahme des Beschwerdeführers. Zur Begründung führte es ausschliesslich an, der Beschwerdeführer besitze ein Visum für Italien. Mithin war die (vom BFM behauptete) Tatsache, dass der Beschwerdeführer über ein italienisches Visum verfügt habe, für die Anfrage an Italien wesentlich.

Ob diese Tatsache auch für die (stillschweigende und implizite) Zustimmung Italiens wesentlich war, ist nicht von Bedeutung. Nach Ablauf der in der Dublin-III-VO vorgesehenen Frist wurde Italien – unabhängig vom tatsächlichen Bestehen eines auf den Beschwerdeführer lautenden Visums und den Beweggründen für die faktische Zustimmung Italiens – mangels Reaktion aufgrund der so genannten Verfristung zu dem für die Durchführung des Asylverfahrens zuständigen Staat. Das Zustandekommen der Zuständigkeit Italiens war damit eine direkte Folge des Gesuchs des BFM an Italien. Damit hing die Zuständigkeit Italiens unmittelbar von der Entscheidung des BFM ab, das Gesuch zu stellen. Und da das Gesuch offensichtlich basierend auf der Information, Italien habe ein befristetes Arbeitsvisum erteilt, gestellt wurde, ist dieses Sachverhaltselement wesent-

lich für den Entscheid des BFM, auf das Asylgesuch wegen der Zuständigkeit Italiens nicht einzutreten.

#### **7.4.**

**7.4.1.** Aus dem Anspruch auf rechtliches Gehör ergibt sich ein Recht der betroffenen Parteien, sich zu entscheidewesentlichen Sachverhaltsfeststellungen der entscheidenden Behörde zu einem Zeitpunkt äussern zu können, zu dem die Äusserungen (noch) einen Einfluss auf den Ausgang des (Asyl- und/oder Dublin-)Verfahrens haben können. Bei einem Übernehmersuchen an einen Dublin-Staat (bei Aufnahme- ebenso wie bei Wiederaufnahmegesuchen) kann die Zuständigkeit dieses Staates und damit die Voraussetzungen für einen Nichteintretensentscheid – wie im vorliegenden Fall geschehen – ohne Weiteres (durch Verfristung) zustande kommen. Nachdem der ersuchte Dublin-Staat die Zuständigkeit anerkannt hat, kann die Zuständigkeit nur noch durch einen Selbsteintritt auf den ersuchenden Staat übertragen werden. Da die asylsuchende Person jedoch grundsätzlich keinen Anspruch auf Selbsteintritt hat, genügt die Gewährung des rechtlichen Gehörs zu einem Zeitpunkt, zu dem die Zuständigkeit bereits feststeht, nicht. Deshalb ist das BFM verpflichtet, asylsuchende Personen *vor* Stellung des Gesuchs an einen Dublin-Staat zu Tatsachen Stellung nehmen zu lassen, die aufgrund der Dublin-III-Verordnung die Zuständigkeit eines Dublin-Staates begründen können. Gewährt das BFM, wie vorliegend, der asylsuchenden Person das rechtliche Gehör nicht, bevor es ein Gesuch um Übernahme stellt, kann es sich auch im Nachhinein nicht hinter der Feststellung verschanzen, der ersuchte Staat habe seiner Zuständigkeit zugestimmt. Diese bilaterale Beziehung zwischen den Staaten und ihren Behörden ändert nichts am subjektiven Rechtsanspruch der asylsuchenden Person auf rechtliches Gehör, ansonsten würde dieser in unangemessener Weise ausgehöhlt.

Das BFM gewährte dem Beschwerdeführer im Rahmen der Befragung zur Person das rechtliche Gehör zu einer eventuellen Zuständigkeit Italiens für sein Asylverfahren. Dies genügte jedoch im vorliegenden Fall nicht. Zu diesem Zeitpunkt wusste das BFM noch nichts von einem (angeblichen) Visum des Beschwerdeführers, weshalb es ihn damit auch nicht konfrontieren und dieser dazu nicht Stellung nehmen konnte. Auch durch die Möglichkeit der Einreichung einer Stellungnahme der Rechtsvertretung des Beschwerdeführers zum Entwurf der Verfügung (Art. 17 Abs. 2 Bst. f TestV) wurde der Anspruch des Beschwerdeführers auf rechtliches Gehör nicht erfüllt, da auch selbige erst nach dem Zustandekommen der Zuständigkeit Italiens erfolgte. Zudem wurden dem Be-

schwerdeführer für die Stellungnahme nicht alle wesentlichen Informationen zugänglich gemacht und eine unangemessen kurze Frist – nämlich nur 24 Stunden – für eine Stellungnahme angesetzt.

Dem Beschwerdeführer kann schliesslich auch keine Verletzung seiner Mitwirkungspflicht vorgeworfen werden, da aufgrund der unterbliebenen Konfrontation mit den Abklärungen des BFM gerade nicht feststeht, ob der Beschwerdeführer vom angeblichen Visum Kenntnis hatte oder nicht.

**7.4.2.** Das BFM wäre damit verpflichtet gewesen, den Beschwerdeführer über die Auskunft der Botschaft in Colombo zu informieren und ihm Frist zur Stellungnahme anzusetzen (oder ihn dazu mündlich anzuhören). Dies hätte ihm ermöglicht, seine Behauptung, er habe nie ein italienisches Visum erhalten und sei nicht mit seinem Pass ausgereist, zu einem Zeitpunkt vorzubringen und zu begründen, zu welchem sie noch einen Einfluss auf den Ausgang des Verfahrens haben konnte. Dieses Vorgehen hätte ihm auch ermöglicht, die Belege des BFM für das Visum (eine dreizeilige E-Mail der Botschaft in Colombo) zu hinterfragen und das BFM aufzufordern, weitere Abklärungen zu unternehmen und Belege für das Visum zu beschaffen. Erst anschliessend hätte das BFM darüber entscheiden dürfen, ob es ein Gesuch an Italien stellt, von Italien weitere Informationen einholt oder das Asylgesuch selber behandelt. Das BFM hat damit gegen den Anspruch auf rechtliches Gehör und den Untersuchungsgrundsatz verstossen.

**7.5.** Aus diesen Erwägungen folgt auch, dass dem Beschwerdeführer angemessen Einsicht in die Akten des BFM bezüglich des Visums (BFM-Akte A12) hätte gewährt werden müssen (Art. 26 VwVG), da das Akteneinsichtsrecht eine Vorbedingung dafür darstellt, dass der Anspruch auf rechtliches Gehör wirksam wahrgenommen werden kann.

Die Akteneinsicht kann nach Art. 27 Abs. 1 VwVG nur verweigert werden, wenn wesentliche öffentliche Interessen des Bundes oder der Kantone, insbesondere die innere oder äussere Sicherheit der Eidgenossenschaft, die Geheimhaltung erfordern (Bst. a), wesentliche private Interessen, insbesondere von Gegenparteien, die Geheimhaltung erfordern (Bst. b) oder das Interesse einer noch nicht abgeschlossenen amtlichen Untersuchung es erfordern (Bst. c).

Das BFM macht in der angefochtenen Verfügung keinen dieser drei Gründe geltend, sondern argumentiert, seine Abklärungen bezüglich des Vi-

sums des Beschwerdeführers seien nicht entscheidrelevant. Wie oben aufgezeigt (E. 7.3) ist das Gegenteil der Fall.

Im Aktenverzeichnis des BFM-Dossiers ist die BFM-Akte A12 mit "überwiegende öffentliche oder private Interessen an Geheimhaltung" gekennzeichnet. Es ist zwar theoretisch vorstellbar, dass die Einsicht in eine solche Abklärung wesentliche öffentliche Interessen des Bundes tangieren könnte, weshalb die Einsicht unter Umständen verweigert werden dürfte. Im vorliegenden Fall ist jedoch nicht ersichtlich, inwiefern dies beim Mailwechsel zwischen dem BFM und der Kontaktperson von der Schweizerischen Botschaft in Colombo der Fall sein könnte. Es sind deshalb grundsätzlich keine Gründe dafür ersichtlich, wieso das BFM dem Beschwerdeführer nicht Einsicht in den Mailwechsel geben könnte, allenfalls unter Abdeckung der Namen der beteiligten Personen und weiterer sensibler Daten. Das BFM hat damit auch den Anspruch des Beschwerdeführers auf Akteneinsicht verletzt.

**7.6.** Das BFM hat damit gegen den Anspruch des Beschwerdeführers auf rechtliches Gehör in der Form des Rechts auf Stellungnahme bezüglich entscheidwesentlichen Sachverhaltselementen (Art. 31 VwVG) und in der Form des Rechts auf Akteneinsicht (Art. 26 ff. VwVG) verstossen.

Die Gehörsverletzung kann nicht auf Beschwerdeebene geheilt werden, da das rechtliche Gehör bereits vor Stellung des Gesuchs an den Dublin-Staat, im Verfahren nach Art. 20 Abs. 1 Dublin-III-VO zur Bestimmung des zuständigen Mitgliedstaates, gewährt werden muss.

## **8.**

Die Beschwerde ist gutzuheissen. Die angefochtene Verfügung ist aufzuheben und die Sache zur Gewährung des rechtlichen Gehörs, zur vollständigen Abklärung des Sachverhaltes und zur Neuurteilung an das BFM zurückzuweisen.

Bezüglich des weiteren Vorgehens ist zu beachten, dass die Zuständigkeit Italiens für das Asylverfahren des Beschwerdeführers zum jetzigen Zeitpunkt grundsätzlich feststeht, weshalb eine (nochmalige) Anfrage an Italien um Übernahme des Beschwerdeführers keinen Sinn hat. Zudem kann die Zuständigkeit zum jetzigen Zeitpunkt nur mit einem Selbsteintritt auf die Schweiz übertragen werden. Das BFM ist deshalb anzuweisen, dem Beschwerdeführer Einsicht in die Akte A12 zu gewähren (allenfalls unter Abdeckung sensibler Daten) und ihm eine angemessene Frist zur

Stellungnahme einzuräumen (oder ihn dazu mündlich anzuhören). Anschliessend hat das BFM je nach Inhalt der Stellungnahme weitere Abklärungen bezüglich der Frage zu treffen, ob das Visum tatsächlich für den Beschwerdeführer ausgestellt wurde, zum Beispiel indem es abklärt, wann und wo das Visum beantragt und ausgestellt wurde und ob dabei die Fingerabdrücke des Beschwerdeführers registriert wurden. Dem BFM steht es frei, diese Abklärungen allenfalls vor Gewährung des rechtlichen Gehörs zu machen. Ist der rechtsrelevante Sachverhalt in diesem Sinne abgeklärt und erkennt das BFM es als nicht glaubhaft, dass die Visumserteilung einer anderen Person als dem Beschwerdeführer zuzurechnen ist, kann die Zuständigkeit Italiens bestehen bleiben und das BFM kann erneut auf das Asylgesuch nicht eintreten und den Beschwerdeführer nach Italien wegweisen. Kommt das BFM aber zum Schluss, er habe glaubhaft machen können, dass ihm kein Visum ausgestellt worden ist, hat das BFM (ausnahmsweise, siehe oben E. 7.4.1) von seinem Recht auf Selbsteintritt Gebrauch zu machen, die Zuständigkeit für das Asylverfahren des Beschwerdeführers zu übernehmen und sein Asylgesuch zu behandeln.

#### **9.**

Bei diesem Verfahrensausgang sind keine Kosten zu erheben (Art. 63 Abs. 1 und 2 VwVG). Die Anträge auf Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung, Verzicht auf die Erhebung eines Kostenvorschusses, Gewährung der Akteneinsicht und Ansetzung einer Frist zur Ergänzung der Beschwerde werden mit dem vorliegenden Urteil gegenstandslos.

#### **10.**

Dem vertretenen Beschwerdeführer wäre angesichts seines Obsiegens in Anwendung von Art. 64 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) grundsätzlich eine Entschädigung für die ihm notwendigerweise erwachsenen Parteikosten zuzusprechen. Der Beschwerdeführer war auf Beschwerdeebene jedoch durch eine zugewiesene Rechtsvertretung im Sinne von Art. 25 TestV vertreten. Nach Art. 28 TestV richtet das BFM dem Leistungserbringer – der nach Art. 26 TestV für die Sicherstellung, Organisation und Durchführung der Rechtsvertretung zuständig ist – eine Entschädigung für die Wahrnehmung der Rechtsvertretung im Beschwerdeverfahren, insbesondere das Verfassen einer Beschwerdeschrift, aus (Abs. 1 Bst. d). Damit ist davon auszugehen, dass dem Beschwerdeführer keine Parteikosten erwachsen, weshalb keine Parteientschädigung zuzusprechen ist.

**Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:**

**1.**

Die Beschwerde wird gutgeheissen.

**2.**

Die angefochtene Verfügung wird aufgehoben und die Sache wird zur Gewährung des rechtlichen Gehörs, der vollständigen Feststellung des rechtserheblichen Sachverhaltes und zur Neuurteilung an das BFM zurückgewiesen.

**3.**

Es werden keine Verfahrenskosten auferlegt.

**4.**

Es wird keine Parteientschädigung zugesprochen.

**5.**

Dieses Urteil geht an den Beschwerdeführer, das BFM und die kantonale Migrationsbehörde.

Der vorsitzende Richter:

Der Gerichtsschreiber:

Walter Stöckli

Tobias Grasdorf

Versand: