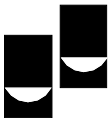
Bundesverwaltungsgericht
Tribunal administratif fédéral
Tribunale amministrativo federale
Tribunal administrativ federal



Abteilung V
E-5841/2009
{T 0/2}

Urteil vom 2. Februar 2010

Besetzung

Richterin Muriel Beck Kadima (Vorsitz),
Richter Daniel Schmid, Richter Maurice Brodard,
Richter Walter Stöckli, Richter Pietro Angeli-Busi,
Gerichtsschreiber Andreas Felder.

Parteien

A._____,
Afghanistan,
vertreten durch lic. iur. Muriel Trummer,
Beschwerdeführer,
gegen

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

Gegenstand

Nichteintreten auf Asylgesuch und Wegweisung;
Verfügung des BFM vom 14. September 2009 /
N (...).

Sachverhalt:

A.

Der aus Afghanistan (Provinz Baghlan) stammende Beschwerdeführer verliess sein Heimatland eigenen Angaben zufolge im Jahr 1999 und hielt sich bis Januar 2008 in Pakistan auf. Nach einem etwa dreitägigen Aufenthalt in Kabul im Januar 2008, wo er sich einen Reisepass habe ausstellen lassen, sei er mit einem gefälschten Visum in die Türkei geflogen, von wo aus er ohne Papiere nach etwa zwei Wochen auf dem Landweg nach Griechenland eingereist sei. In Griechenland seien ihm die Fingerabdrücke genommen worden, und er habe im Februar 2008 einen Landesverweis erhalten. Er sei in Griechenland einer illegalen Beschäftigung nachgegangen. Im März/April 2009 sei er weiter nach Ungarn gereist, wo er bis etwa Mai 2009 inhaftiert worden sei. Auch in Ungarn sei er daktyloskopisch erfasst worden. Von Anfang Mai bis Ende Juni 2009 habe er sich in Österreich aufgehalten, sei dort datenrechtlich erfasst und des Landes verwiesen worden. Von Österreich aus sei er am 26. Juni 2009 in die Schweiz eingereist, wo er gleichentags um Asyl nachgesucht hat. Die Empfangsstellenbefragung erfolgte am 3. Juli 2009.

In der Befragung machte der Beschwerdeführer geltend, er stamme aus einem Dorf in der Provinz Baghlan, wo er bis zur Flucht nach Pakistan zusammen mit seinen Eltern und Geschwistern gelebt habe. Aufgrund der kriegerischen Ereignisse sei die Familie ausgereist. Sein Vater sei trotz des noch immer herrschenden Krieges zwischen Paschtunen und Hazara nach Afghanistan zurückgekehrt und getötet worden. Sein Onkel väterlicherseits habe im Jahr 2008 die Ausstellung eines Reisepasses für ihn veranlasst, um ihm ein Leben in Frieden in Europa zu ermöglichen. Seine Familie habe noch immer Feinde. Seine Mutter und Geschwister lebten nach wie vor in Pakistan.

Dem Beschwerdeführer wurde in der Empfangsstellenbefragung das rechtliche Gehör zu einer allfälligen Überstellung nach Griechenland, Österreich und/oder Ungarn gewährt. Er gab zu Protokoll, dass er nicht in diese Länder zurückkehren wolle, da er in all diesen Staaten einen „Landesverweis“ erhalten habe und eine asylsuchende Person in diesen Ländern „keinen Wert“ habe.

In der Befragung wurde die erste Seite eines 37-seitigen Asylentscheides aus Österreich eingezogen, aus welcher hervorgeht, dass

der Antrag des Beschwerdeführers vom 2. Mai 2009 auf Gewährung internationalen Schutzes zurückgewiesen und gestützt auf Art. 20 der Dublin-II-VO (Verordnung [EG] Nr. 343/2003 des Rates vom 18. Februar 2003 zur Festlegung von 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) die Zuständigkeit Griechenlands für die Prüfung des Asylantrags festgestellt wurde.

B.
Mit Schreiben der Rechtsvertreterin an das BFM vom 2. Juli 2009 teilte diese dem Amt ihre gleichentags erfolgte Mandatierung durch den Beschwerdeführer mit und bat um möglichst frühzeitige Mitteilung allfälliger Termine sowie um Akteneinsicht spätestens bei Entscheidreife.

C.
Mit Schreiben vom 27. August 2009 an das BFM rügte die Rechtsvertreterin, dass sich der Beschwerdeführer seit dem 26. Juni 2009 im Empfangszentrum aufhalte, weshalb die im Asylgesetz vorgeschriebene Höchstdauer von sechzig Tagen überschritten sei. Es werde um umgehende Kantonszuweisung des Beschwerdeführers ersucht.

D.
Mit Verfügung vom 14. September 2009 trat das BFM in Anwendung von Art. 34 Abs. 2 Bst. d des Asylgesetzes vom 26. Juni 1998 (AsylG, SR 142.31) auf das Asylgesuch nicht ein, wies den Beschwerdeführer nach Griechenland weg und forderte ihn auf, die Schweiz sofort zu verlassen. Gleichzeitig hielt es fest, dass einer Beschwerde gegen diese Verfügung keine aufschiebende Wirkung zukomme. Zur Begründung des Entscheides führte es aus, der Beschwerdeführer habe sich nach eigenen Angaben in Griechenland aufgehalten, zudem liege ein EURODAC-Treffer in Griechenland vom 28. Februar 2008 vor. Die Zuständigkeit Griechenlands für die Durchführung des Asylverfahrens sei staatsvertraglich gegeben und angesichts dessen, dass Griechenland auf das Übernahmeersuchen vom 9. Juli 2009 bis zum 24. Juli 2009 nicht geantwortet habe, sei von der Zustimmung Griechenlands zum Übernahmeersuchen auszugehen. Dem Beschwerdeführer sei das rechtliche Gehör zu einer möglichen Überstellung nach Griechenland gewährt worden. Der Wegweisungsvollzug nach Griechenland sei zulässig, zumutbar und möglich. Der Beschwerdeführer werde zur Si-

cherstellung des Vollzuges für maximal 20 Tage in Haft genommen gemäss Art. 76 Abs. 1 Bst. b Ziff. 5 i.V.m. Art. 76 Abs. 2 des Bundesgesetzes über die Ausländerinnen und Ausländer vom 16. Dezember 2005 (AuG, SR 142.20), da der Vollzug angesichts der Zuständigkeit Griechenlands absehbar sei. Gegen die Anordnung der Ausschaffungshaft könne jederzeit nach Art. 105 und 108 Abs. 4 AsylG Beschwerde erhoben werden.

E.
Die vorinstanzliche Verfügung wurde dem Beschwerdeführer gemäss „Eröffnungs- und Empfangsbestätigung“ am 14. September 2009 persönlich „mündlich“ eröffnet (vgl. act. A35). Der Rechtsvertreterin wurde sie am selben Tag per Telefax übermittelt (vgl. act. A37). Nach Angaben der Rechtsvertreterin und gemäss deren Eingangsstempel erfolgte die Entgegennahme der per Einschreiben versandten Originalverfügung am 15. September 2009.

F.
Aus dem vorinstanzlichen Dossier ergibt sich eine Flugbuchung für den 15. September 2009, Zürich-Athen, um 9.45 Uhr (vgl. act. A26).

G.
Mit Beschwerde vom 15. September 2009 (vorab per Telefax) an das Bundesverwaltungsgericht beantragte der Beschwerdeführer durch seine Rechtsvertreterin, die vorinstanzliche Verfügung sei aufzuheben und das BFM anzuweisen, sein Recht zum Selbsteintritt auszuüben und sich für das Asylgesuch als zuständig zu erachten. In prozessualer Hinsicht wurde beantragt, das BFM sei anzuweisen, den Nichteintretensentscheid ordentlich zu eröffnen. Dem Beschwerdeführer sei ferner die unentgeltliche Rechtspflege gemäss Art. 65 Abs. 1 und 2 des Bundesgesetzes vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren (VwVG, SR 172.021) zu bewilligen und auf die Erhebung eines Kostenvorschusses sei zu verzichten. Der Beschwerde sei die aufschiebende Wirkung zu erteilen; die Vollzugsbehörden seien anzuweisen, von einer Überstellung nach Griechenland abzusehen, bis über den Suspensiveffekt der Beschwerde entschieden worden sei.

In der Beschwerde wurde unter Verweis auf menschenrechtliche Berichte und Gerichtsurteile anderer europäischer Länder sowie der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR) geltend gemacht, dass die Schweiz aus völkerrechtlichen Gründen gehalten sei, ihr Selbsteintrittsrecht angesichts des mangel-

haften Asylverfahrens und der Aufnahmebedingungen in Griechenland auszuüben, da Asylsuchende, auch Dublin-Rückkehrer, in Griechenland keinen effektiven Zugang zu einem fairen Asylverfahren hätten. Es bestehe daher die Gefahr, dass Flüchtlinge ohne Prüfung ihres Asylantrages unter erniedrigenden Bedingungen in Ausschaffungshaft gehalten und in ihr Heimatland zurückgeschickt oder nach der Freilassung von den Behörden aufgefordert würden, das Land sofort zu verlassen, ohne dass der Asylantrag entgegengenommen worden wäre. Diese Gefahr bestehe auch für den Beschwerdeführer. Im Gegensatz zur Auffassung des BFM handle es sich beim Selbsteintrittsrecht nach Art. 3 Abs. 2 der Dublin-II-VO auch nicht um eine reine Kann-Bestimmung, vielmehr bestehe bei klaren Verstössen gegen Menschenrechte im Falle der Abschiebung – wie im vorliegenden Fall – ein einklagbarer Anspruch auf die Ausübung des Selbsteintrittsrechts. Auch im Dublin-Verfahren müsse das Refoulement-Verbot beachtet werden.

In verfahrensrechtlicher Hinsicht wurde sodann ausgeführt, der vorliegende Entscheid sei mangelhaft eröffnet worden, da gemäss Art. 11 Abs. 3 VwVG die Zustellung der Mitteilung an den Rechtsvertreter zu erfolgen habe und kein gesetzlicher Ausnahmefall vorliege, wonach eine direkte Eröffnung an den Beschwerdeführer mit einer Zustellung des Entscheids per Telefax an die Rechtsvertreterin zulässig sei. Die Eröffnung sei daher mangelhaft. Da die mündliche Eröffnung den sofortigen Vollzug ermögliche, durch welchen es der Rechtsvertreterin erschwert werde, angemessen mit dem Beschwerdeführer in Kontakt zu treten, werde der effektive Rechtsschutz nach Art. 13 der Konvention vom 4. November 1950 zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK, SR 0.101) eingeschränkt; dies habe einen Nachteil nach Art. 38 VwVG zur Folge gehabt. Der Nachteil liege darin, dass dem Beschwerdeführer durch den Wegweisungsvollzug eine Verletzung von Art. 3 EMRK drohe. Um dem Recht des Beschwerdeführers auf eine wirksame Beschwerdeerhebung aus Art. 13 EMRK nachkommen zu können, sei der Nichteintretensentscheid der rechtlichen Vertretung ordentlich zu eröffnen. Da ein erhebliches Risiko bestehe, dass der Beschwerdeführer ohne Prüfung seines Asylgesuches direkt in sein Heimatland überstellt werde, und angesichts der verheerenden Verhältnisse in Griechenland berge die Rückführung nach Griechenland die Gefahr einer Verletzung von Art. 3 EMRK. Mit der Entscheideröffnung sei der Beschwerdeführer zudem in Haft genommen worden, weshalb eine angemessene Kontaktaufnahme der

Rechtsvertreterin zum Beschwerdeführer nicht möglich gewesen sei und damit ebenfalls ein Nachteil im Sinne von Art. 38 VwVG vorliege.

Der Beschwerde lagen folgende Berichte in Kopie bei: Schreiben des UNHCR an das Verwaltungsgericht Frankfurt am Main vom 23. Januar 2009; UNHCR Berlin/Nürnberg/Wien, Übersetzung vom 22. Juli 2009 der Pressemitteilung des UNHCR Athen vom 17. Juli 2009; Greek Council for Refugees, The Dublin-Dilemma – „Burden shifting and putting asylum seekers at risk", Note vom 15. Februar 2009.

H.
Mit Telefax vom 16. September 2009 ordnete die zuständige Instruktionsrichterin des Bundesverwaltungsgerichtes gestützt auf Art. 56 VwVG an, es sei einstweilen von Vollzugshandlungen abzusehen, bis das Gericht über den Antrag auf Erteilung der aufschiebenden Wirkung befunden habe.

I.
Mit Zwischenverfügung vom 18. September 2009 wurde festgestellt, dass die Dispositivziffern 7 und 8 der Verfügung des BFM vom 14. September 2009 (Haftanordnung und deren Vollzug durch den Kanton) nicht angefochten worden seien. Das Gesuch des Beschwerdeführers um Erteilung der aufschiebenden Wirkung der Beschwerde wurde sodann wegen Vorliegens begründeter Anhaltspunkte für eine Verletzung der durch die EMRK garantierten Rechte in Anwendung von Art. 107a AsylG gutgeheissen. Diese Zwischenverfügung wurde unter Hinweis auf aktuelle Erkenntnisquellen damit begründet, dass ein ordnungsgemässer und gleichwertiger Zugang zum Asylverfahren in Griechenland sehr fraglich sei und die Aufnahme- und Verfahrensbedingungen für Flüchtlinge europa- und völkerrechtlichen Mindeststandards nicht genügten. Es scheine, dass Griechenland bei der Aufnahme von Flüchtlingen überfordert sei, weshalb diese Gefahr liefen, in überfüllten Aufnahmelagern unter menschenunwürdigen Bedingungen bei fehlender medizinischer und sozialer Versorgung leben zu müssen beziehungsweise angesichts der mangelnden Aufnahmekapazität in der Obdachlosigkeit zu landen. Damit lägen nach momentanem Stand der Lage begründete Anhaltspunkte für eine Verletzung von Art. 3 EMRK vor. All diese Faktoren würden auf das Fehlen eines fairen Verfahrens hinweisen und nach Auffassung vom UNHCR das Risiko einer Refoulement-Verletzung für Asylsuchende und Dublin-Rückkehrer begründen.

Das BFM wurde sodann zur Vernehmlassung eingeladen; es wurde insbesondere gebeten, sich zu allfälligen Mängeln des griechischen Asylsystems (inklusive Aufnahme- und Verfahrensbedingungen) und den damit einhergehenden Rechtsverletzungen zu äussern. Auch wurde um Stellungnahme zur Rechtsauffassung des Beschwerdeführers gebeten, wonach die vom BFM geübte Praxis der gleichzeitigen direkten Entscheideröffnung an den Beschwerdeführer mit Telefaxkopie an die Rechtsvertreterin sowie der sofortigen Inhaftierung gegen das Gebot des effektiven Rechtsschutzes verstosse. Ausserdem wurde das BFM aufgefordert, sich dazu zu äussern, ob vorliegend allenfalls ein Sachverhalt vorliege, der die Ausübung des Selbsteintrittsrechts rechtfertigen würde. In diesem Zusammenhang wurde es gebeten zu erläutern, welches die für die Ausübung des Selbsteintrittsrechts anzuwendenden Kriterien seien beziehungsweise zu welchem Zeitpunkt das BFM einen solchen Ermessensentscheid fällen würde (erst im Rahmen der Prüfung des Wegweisungsvollzuges oder bereits bei der Kernfrage des Eintretens). Das Gesuch des Beschwerdeführers um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege gemäss Art. 65 Abs. 1 und 2 VwVG sowie um Verzicht auf die Erhebung eines Kostenvorschusses wurde gutgeheissen.

J.
Mit Telefax-Schreiben vom 21. September 2009 informierte die Rechtsvertreterin, Abklärungen hätten ergeben, dass der Beschwerdeführer bereits nach Griechenland überstellt worden sei. Es werde daher gebeten, die Vollzugsbehörden aufzufordern, ihn wieder in die Schweiz zurückzuholen.

K.
Mit Telefax vom 22. September 2009 an das BFM teilte die zuständige Instruktionsrichterin mit, am Vortag habe die Rechtsvertreterin die telefonische Information der zuständigen kantonalen Behörde vom 22. September 2009 bestätigt, wonach die Überstellung des Beschwerdeführers nach Griechenland bereits am 15. September 2009 stattgefunden habe, ohne dass der nach Eingang der Beschwerde vom 15. September 2009 vom Bundesverwaltungsgericht angewiesene Vollzugsstopp habe greifen können. Mit Zwischenverfügung des Bundesverwaltungsgerichts vom 18. September 2009 sei zudem die aufschiebende Wirkung der Beschwerde gemäss Art. 107a AsylG gewährt worden. Gestützt auf Art. 56 VwVG werde ersucht, dass auf

Kosten des BFM unverzüglich alles unternommen werde, um den Beschwerdeführer wieder in die Schweiz einreisen zu lassen.

L.
In ihrer Vernehmlassung vom 2. Oktober 2009 äusserte sich die Vorinstanz wie folgt:

L.a Artikel 3 Abs. 2 Dublin-II-VO sei eine Ermessensnorm und es gebe somit keinerlei völkerrechtliche Verpflichtungen, bei bestimmten Kategorien auf die Anwendung des Abkommens 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]) zu verzichten. In der Verordnung würden keine Fallkonstellationen aufgeführt, wann die Souveränitätsklausel anzuwenden sei. Artikel 29 der Asylverordnung 1 vom 11. August 1999 über Verfahrensfragen (AsylV 1, SR 142.311) beziehe sich auf die humanitäre Klausel des Art. 15 Dublin-II-VO. Auch nach herrschender Literaturmeinung soll die Souveränitätsklausel nur ausnahmsweise angewandt werden, um die Effektivitätssicherung der Dublin-II-VO zu garantieren. Im Übrigen werde bei der Forderung nach der Anwendung der Souveränitätsklausel leicht übersehen, dass ein Selbsteintritt nicht zum Verbleib in der Schweiz führe, sondern nur zur Durchführung des nationalen Asyl- und Wegweisungsverfahrens, was zu einem Wegweisungsvollzug in den Heimatstaat führen könne.

L.b Dennoch mache das BFM bei bestimmten Kategorien besonders verletzlicher Personen von seinem Selbsteintrittsrecht Gebrauch, da Anhaltspunkte vorlägen, dass Griechenland diese Personen weder identifiziere noch angemessene Vorkehrungen treffe. Als besonders verletzlich würden gelten: ältere Personen, Familien mit minderjährigen Kindern, unbegleitete Minderjährige und auf wesentliche medizinische Hilfe angewiesene Personen. Diese Vorgehensweise stehe im Einklang mit der aktuellen Praxis der Ausübung des Selbsteintritts bei bestimmten Personengruppen anderer Dublin-Staaten, wie Deutschland, Österreich, Finnland, Belgien und Norwegen. Der Beschwerdeführer sei nicht als besonders verletzlich anzusehen, weshalb vom Selbsteintrittsrecht kein Gebrauch gemacht worden sei.

L.c Zur direkten Entscheideröffnung an den Beschwerdeführer mit Telefaxkopie an die Rechtsvertreterin sei festzuhalten, dass die ehe-

malige Schweizerische Asylrekurskommission (ARK) in Entscheidungen und Mitteilungen der ARK (EMARK) 1993 Nr. 30 festgehalten habe, dass eine solche Eröffnung den Formvorschriften genüge, wenn die gesuchstellende Person durch diese Art der Eröffnung weder irregeführt noch benachteiligt werde und wenn es keine Anhaltspunkte dafür gebe, dass die gefaxte Verfügung nicht mit der Originalverfügung übereinstimme. Es könne nicht den geringsten Zweifel geben, dass eine solche Übereinstimmung im vorliegenden Fall gegeben sei, da die gefaxte Verfügung im Original vorliege.

L.d In Art. 107a AsylG sei ausdrücklich vorgesehen, dass Beschwerden nach Art. 34 Abs. 2 Bst. d AsylG keine aufschiebende Wirkung hätten. Daher seien diese Nichteintretensentscheide nach der Eröffnung sofort vollziehbar. Die Möglichkeit aus Art. 107a AsylG, im Einzelfall aufschiebende Wirkung zu gewähren, richte sich ans Bundesverwaltungsgericht, nicht ans BFM. Eine Frist zwischen Eröffnung und Vollzug der Wegweisung bei Entscheiden ohne aufschiebende Wirkung, wie sie beispielsweise noch im alten Asylgesetz vor dem 1. Oktober 1999 in Art. 112 vorhanden war, sei absichtlich nicht wieder eingeführt worden. Vielmehr sei der Gesetzgeber bewusst davon ausgegangen, dass der Beschwerdeführer seine Beschwerde aus dem zuständigen Dublin-Staat einreichen beziehungsweise dort seinen Beschwerdeentscheid abwarten könne.

Artikel 107a AsylG stehe im Einklang mit Art. 19 Abs. 2 und Art. 20 Abs. 1 Bst. e Dublin-II-VO, wonach die Beschwerden grundsätzlich keine aufschiebende Wirkung hätten. Es werde davon ausgegangen, dass die Überstellung in einen anderen Mitgliedstaat keinen groben und nicht wiedergutzumachenden Schaden verursache, da in allen Dublin-Staaten faktischer und rechtlicher Schutz (Erwägungsgründe 2, 12 und 15 Dublin-II-VO) gegeben sei. Daher sei auch keine Verletzung von Art. 13 EMRK gegeben. Vorliegend habe das Bundesverwaltungsgericht aber aufschiebende Wirkung gewährt, weshalb der Vorwurf der Verletzung von Art. 13 EMRK ohnehin nicht verfange.

L.e Hinsichtlich einer allfälligen Verletzung des Refoulement-Verbotes aus Art. 3 EMRK und Art. 33 des Abkommens vom 28. Juli 1951 über die Rechtsstellung der Flüchtlinge (FK, SR 0.142.30) sei festzuhalten, dass Griechenland sowohl die FK, die EMRK als auch das Übereinkommen vom 10. Dezember 1984 gegen Folter und andere grausame, unmenschliche oder erniedrigende Behandlung oder Strafe (FoK, SR

0.105) unterzeichnet habe und keine konkreten Anhaltspunkte für eine Verletzung dieser völkerrechtlichen Verpflichtungen durch Griechenland vorlägen. Diese Einschätzung werde auch vom Bundesverwaltungsgericht geteilt (unter Verweis auf das Urteil des Bundesverwaltungsgerichtes E-3805/2009) und vom EGMR, der in seinem Urteil K.R.S. gegen Vereinigtes Königreich festhalte, dass sich aus der Überstellung einer asylsuchenden Person nach Griechenland keine Gefahr der Refoulement-Verletzung im Sinne von Art. 3 EMRK ergebe (Zuständigkeitsentscheidung vom 2. Dezember 2008, Beschwerde Nr. 32733/08).

L.f Zum Asylsystem in Griechenland und der Möglichkeit der Einreichung einer wirksamen Beschwerde sei zu betonen, dass verschiedene Menschenrechtsberichte und das UNHCR die sogenannte Praxis des Asylabbruchs kritisiert hätten, wonach das Asylverfahren einer Person, die ihren Aufenthaltsort während des laufenden Asylverfahrens verlasse, ohne die griechischen Behörden zu informieren, abgebrochen werde. Aus diesem Grund habe ein Vertragsverletzungsverfahren vor dem (damaligen) Europäischen Gerichtshof (EuGH; neu: Gerichtshof der Europäischen Union) stattgefunden, woraufhin es in Griechenland zu verschiedenen Gesetzesänderungen gekommen sei, mit der Folge, dass die EU-Kommission die Klage zurückgenommen habe. Es sei bereits zu spürbaren Verbesserungen gekommen. So hätten nach griechischen Informationen alle im Rahmen eines Dublin-Verfahrens überstellten Personen die Möglichkeit, ein Asylgesuch einzureichen. Auch bereits abgebrochene Verfahren würden wieder aufgenommen. Nach Auffassung des BFM seien daher Befürchtungen, wonach die Asylgründe von Dublin-Rückkehrern nicht geprüft würden, unbegründet, was erst kürzlich in einem Urteil des obersten Gerichtshofes Grossbritanniens festgestellt worden sei. Daher überstellten beispielsweise die Dublin-Staaten Grossbritannien, Frankreich und Italien ohne Einschränkungen nach Griechenland.

L.g Bezüglich der vom UNHCR Mitte Juli 2009 vorgenommenen Kritik an der Abschaffung der bestehenden Berufungsinstanz in Griechenland gemäss Präsidialerlass Nr. 81/2009 mit der Folge fehlenden effektiven Rechtsschutzes sei festzuhalten, dass Art. 13 EMRK nicht indirekt verletzt werden könne. Daher könnten die schweizerischen Behörden nicht für eine allfällige Verletzung von Art. 13 EMRK durch die griechischen Behörden verantwortlich sein. Diese Auffassung werde auch vom EGMR in seinem Urteil K.R.S. gegen Vereinigtes Königreich

bestätigt, in welchem entschieden worden sei, dass eine Klage nach Art. 13 EMRK sich gegen Griechenland und nicht gegen Grossbritannien zu richten habe.

M.
Mit Verfügung vom 6. Oktober 2009 hielt die Vorinstanz fest, der Nichteintretensentscheid sei am 14. September 2009 eröffnet worden. Mangels aufschiebender Wirkung der Beschwerde sei die Überstellung nach Griechenland am nächsten Tag erfolgt. Gestützt auf den Telefax des Bundesverwaltungsgerichts vom 22. September 2009 und auf Art. 56 VwVG bewilligte die Vorinstanz dem Beschwerdeführer die Einreise in die Schweiz. Er habe sich nach seiner Einreise unverzüglich an das Migrationsamt des Kantons (...) zu wenden.

N.
In ihrer Replik vom 23. Oktober 2009 machte die von der Rechtsvertreterin mit Substitutionsvollmacht vom 14. Oktober 2009 beauftragte Schweizerische Flüchtlingshilfe (SFH) Folgendes geltend:

N.a Entgegen der Ansicht des BFM bestehe bei klaren Verstössen gegen die Menschenrechte im Fall einer Abschiebung ein einklagbarer Anspruch auf die Ausübung des Selbsteintrittsrechts. Asylsuchende hätten in Griechenland keinen effektiven Zugang zum Asylverfahren und riskierten, ohne Prüfung der Asylgründe in ihre Heimatländer abgeschoben zu werden. Das dortige Asylsystem stehe nicht im Einklang mit der Genfer Flüchtlingskonvention und der EMRK; auch die EU-Asylrichtlinien seien nicht in die Praxis umgesetzt worden. Die Situation habe sich angesichts der neuen rechtlichen Strukturen durch den Präsidialerlass Nr. 81/2009 weiter verschärft, so dass sich das UNHCR veranlasst gesehen habe, seine Beteiligung am griechischen Asylverfahren zu beenden. In den bereits in der Beschwerdeschrift zitierten Berichten vom UNHCR werde auf die problematischen griechischen Asylverfahrens- und Unterbringungsmöglichkeiten eingegangen und erklärt, dass diese Bedingungen die Gefahr direkten und indirekten Refoulements bergen würden. Dem schliesse sich die Rechtsvertreterin an. Der EGMR-Entscheid K.R.S. gegen Vereinigtes Königreich sei im Dezember 2008 gefällt worden; inzwischen habe der EGMR in zahlreichen Fällen den Vollzug vorsorglicher Massnahmen nach Griechenland ausgesetzt. Mittlerweile gebe es Hinweise, dass der EGMR die Gefahr eines indirekten Refoulements durch Griechenland und den fehlenden Zugang zum Asylverfahren befürchte. Dies habe

der Gerichtshof im Urteil S.D. gegen Griechenland (Urteil vom 11. Juni 2009, Beschwerde Nr. 53541/07) ausgeführt.

N.b Die Aufnahmebedingungen in Griechenland seien so prekär, dass begründete Anhaltspunkte für eine Verletzung von Art. 3 EMRK vorlägen. Dies sei im EGMR-Entscheid K.R.S. gegen das Vereinigte Königreich nicht untersucht worden. Entgegen den Ausführungen des BFM seien zahlreichen Menschenrechtsberichten konkrete Anhaltspunkte zu entnehmen, wonach sich Griechenland nicht an seine völkerrechtlichen Verpflichtungen halte. Dies spiegle sich auch in der Rechtsprechung anderer europäischer Länder wider. Insbesondere die Indizien für das Vorliegen einer Verletzung von Art. 3 EMRK verpflichteten die Schweiz zum Selbsteintritt. Hinzuweisen sei auch auf deutsche und französische Entscheide von September/Oktober 2009, mit denen drohende Überstellungen ausgesetzt worden seien beziehungsweise die Behörden angewiesen worden seien, vom Selbsteintrittsrecht Gebrauch zu machen.

N.c Ein gesetzlich zulässiger Ausnahmefall für eine direkte Entscheideröffnung an den Beschwerdeführer liege nicht vor. Das vom BFM zitierte Urteil EMARK 1993 Nr. 30 habe im Übrigen nicht die Zulässigkeit der Eröffnung per Telefax zum Gegenstand gehabt, sondern die Anforderungen an die Schriftlichkeit. Es liege somit eine mangelhafte Eröffnung vor. Im vorliegenden Fall sei dem Beschwerdeführer eindeutig ein Nachteil erwachsen, da er direkt mit der mündlichen Eröffnung in Haft genommen und am folgenden Tag nach Griechenland überstellt worden sei. Die Rechtsvertreterin habe aber von einer ordentlichen Zustellung nach Art. 11 Abs. 3 VwVG ausgehen dürfen und von der Möglichkeit, ihren Mandanten zu informieren und sich mit ihm abzusprechen. Infolge des vom BFM veranlassten Ablaufs habe sie aber keinen Kontakt mehr zum Beschwerdeführer herstellen können, um ihn beispielsweise über griechische Anlaufstellen informieren zu können. Infolgedessen sei der Kontakt abgebrochen. Die bisherigen Bemühungen, namentlich über das UNHCR und die griechische Anwältin M. Tzeferakou, den Beschwerdeführer ausfindig zu machen, seien erfolglos geblieben. Das Gericht werde ersucht, zum heutigen Zeitpunkt nicht von einem fehlenden Rechtsschutzinteresse auszugehen, da der Kontaktabbruch nicht dem Beschwerdeführer, sondern dem BFM anzulasten sei. Vorliegend sei der effektive Rechtsschutz im Sinne von Art. 13 EMRK verletzt, da dieser voraussetze, dass der beschwerdeführenden Partei eine realistische

Möglichkeit auf die Erhebung eines Rechtsmittels eingeräumt werde, welches den Vollzug einer Massnahme, die zu Verletzungen der Konventionsrechte und zu irreversiblen Schäden führen könne, zu verhindern vermöge. Angesichts der erfolgten mangelhaften Eröffnung, der Anordnung der Empfangsstellenhaft und des bereits während der laufenden Beschwerdefrist erfolgten Wegweisungsvollzugs bestehe vorliegend ein erhebliches Risiko einer Verletzung von Art. 3 EMRK. Dem Beschwerdeführer sei somit ein Nachteil im Sinne von Art. 38 VwVG erwachsen. Angesichts dessen, dass auch in anderen Dublin-Staaten diese Praxis der Entscheideröffnung bestehe, habe die EU-Kommission Änderungsvorschläge zur Gewährleistung eines effektiven Rechtsschutzes gegen Dublin-Überstellungsentscheide gemacht. Auch wenn es in der Schweiz formell die Möglichkeit gebe, nach Art. 107a AsylG aufschiebende Wirkung zu beantragen, gebe es in der Praxis, wie der vorliegende Fall zeige, keine realistische Möglichkeit auf Beschwerdeerhebung und Beantragung der aufschiebenden Wirkung. Angesichts der Verletzung des effektiven Rechtsschutzes aus Art. 13 EMRK sei der Entscheid noch einmal ordentlich zu eröffnen. Bisher sei das BFM der Aufforderung des Bundesverwaltungsgerichtes nicht nachgekommen, unverzüglich auf eigene Kosten alles für die Wiedereinreise des Beschwerdeführers zu unternehmen. Das BFM habe die Rechtsvertreterin lediglich mit Schreiben vom 6. Oktober 2009 informiert, dass die Einreise des Beschwerdeführers gestützt auf Art. 56 VwVG bewilligt werde, und die Rechtsvertreterin aufgefordert, dem Beschwerdeführer nach erfolgter Wiedereinreise mitzuteilen, dass er sich unverzüglich an das zuständige kantonale Migrationsamt zu wenden habe. Auch habe die Rechtsvertreterin das BFM zu informieren, sobald sie Kenntnis vom Zeitpunkt der Wiedereinreise des Beschwerdeführers in die Schweiz habe.

Das Gericht werde gebeten, das BFM anzuweisen, den Beschwerdeführer ausfindig zu machen. Das BFM gehe schliesslich von einem funktionierenden Asylsystem in Griechenland aus und verfüge über Kontakt zu den griechischen Behörden, weshalb es für das BFM leichter sei, in Zusammenarbeit mit diesen den Beschwerdeführer ausfindig zu machen und seine Rückreise zu organisieren. Auch sei darauf hinzuweisen, dass der Beschwerdeführer für die Wiedereinreise Ersatzreisedokumente benötige und auf die Organisation der Flugreise durch die Schweizer Behörden angewiesen sei.

N.d Die griechische Abbruchpraxis sei kein primäres Thema in der vorliegenden Beschwerde, da der Beschwerdeführer dort nie ein Asylgesuch gestellt habe. Auch wenn Art. 13 EMRK, wie das BFM ausführte, nicht indirekt verletzt werden könne, so sei anzumerken, dass das durch den Präsidialerlass verschlechterte Asylverfahren in Griechenland keine Chance auf eine faire Prüfung der Asylgesuche biete und somit die erhebliche Gefahr indirekten Refoulements nach sich ziehe.

N.e Der Replik lagen folgende Dokumente bei: Substitutionsvollmacht für die SFH vom 14. Oktober 2009; Ausdrucke der E-Mail-Korrespondenz vom 21. und 22. Oktober 2009 mit dem UNHCR und der griechischen Rechtsvertreterin; englischsprachiger Bericht von UNHCR-Griechenland vom 17. Juni 2009; Verfügung des BFM vom 6. Oktober 2009 an die Rechtsvertreterin betreffend Wiedereinreise.

O.
Mit Telefax-Schreiben vom 4. November 2009 wurde die zuerst mandatierte Rechtsvertreterin des Beschwerdeführers eingeladen, eine Kostennote einzureichen, welcher Aufforderung sie gleichentags nachkam.

P.
Am 27. November 2009 erkundigt sich die (neu mandatierte) Rechtsvertreterin nach dem Stand der Suche des Beschwerdeführers in Griechenland durch das BFM.

Q.
Mit Instruktionsverfügung vom 1. Dezember 2009 forderte das Bundesverwaltungsgericht das BFM auf, bis zum 16. Dezember 2009 mitzuteilen, was es hinsichtlich der Wiedereinreise des Beschwerdeführers unternommen habe und wo sich dieser heute befinde. Das BFM kam dieser Aufforderung innert Frist nach; es habe bisher vom griechischen Dublin-Büro keine Antwort auf seine diesbezügliche Anfrage erhalten.

R.
Mit Telefax-Schreiben vom 11. Januar 2010 wurde die Rechtsvertreterin des Beschwerdeführers eingeladen, eine Kostennote einzureichen, welcher Aufforderung sie am folgenden Tag nachkam.

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 in diesem Bereich endgültig (Art. 105 AsylG).

1.2

1.2.1 Die Beschwerde ist frist- und formgerecht eingereicht. Der Beschwerdeführer hat am Verfahren vor der Vorinstanz teilgenommen und ist durch die angefochtene Verfügung besonders berührt (Art. 108 Abs. 2 AsylG und Art. 105 AsylG i.V.m. Art. 37 VGG und Art. 48 Abs. 1 Bst. a und b und 52 VwVG).

1.2.2 Gemäss Art. 48 Abs. 1 Bst. c VwVG ist zur Beschwerde berechtigt, wer ein schutzwürdiges Interesse an der Aufhebung oder Änderung der angefochtenen Verfügung hat.

1.2.3 Gemäss ständiger Rechtsprechung muss ein Beschwerdeführer nicht nur bei Einreichen eines Rechtsmittels, sondern auch noch im Zeitpunkt der Urteilsfällung über ein aktuelles praktisches (d.h. schutzwürdiges) Interesse an der Überprüfung der von ihm erhobenen Rügen verfügen, damit das Gericht nicht über bloss theoretische Fragen entscheidet (vgl. BVGE 2009/9 E. 1.2.1 und BVGE 2007/12 E. 2.1 m.w.H.). Danach liegt ein aktuelles praktisches Interesse an der Überprüfung nur dann vor, wenn der erlittene Nachteil im Zeitpunkt der Beurteilung durch das Gericht noch besteht und durch die beantragte Aufhebung des angefochtenen Akts beseitigt würde. Das Interesse ist sodann schutzwürdig, wenn durch den Ausgang des Verfahrens die tatsächliche und rechtliche Situation des Beschwerdeführers noch beeinflusst werden kann. Hingegen fehlt ein solches Interesse, wenn der angefochtene Akt im Zeitpunkt des Urteils keine Rechtswirkungen mehr entfaltet, weil das Ereignis, auf welches er sich bezogen hatte, bereits stattgefunden hat (vgl. BERNHARD WALDMANN, in: Marcel Alexander Niggli/Peter Uebersax/Hans Wiprächtiger [Hrsg.], Basler Kommentar zum Bundesgerichtsgesetz, Basel 2008, N 17 zu Art. 89).

In den vorliegend interessierenden Dublin-Verfahren kann ein Beschwerdeführer grundsätzlich auch aus dem von der Vorinstanz als zuständig erachteten Dublin-Staat eine Beschwerde einreichen oder den Beschwerdeentscheid in diesem Staat abwarten. Die bereits überstellte asylsuchende Person verliert ihr aktuelles Rechtsschutzinteresse allein durch den Vollzug der Wegweisung nicht.

Selbst wenn in casu das aktuelle Rechtsschutzinteresse weggefallen sein sollte, da sich der Beschwerdeführer in Griechenland befindet und jeglicher Kontakt zwischen ihm und seiner Rechtsvertreterin abgebrochen ist (vgl. EMARK 1993 Nr. 17, 1997 Nr. 18 und 1997 Nr. 19), ist aus nachfolgenden Gründen dennoch auf die Beschwerde einzutreten.

1.2.4 Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung können Beschwerden trotz fehlendem aktuellen Rechtsschutzinteresse ausnahmsweise materiell geprüft werden, wenn sich die aufgeworfenen Fragen jederzeit unter gleichen oder ähnlichen Umständen wieder stellen können, an deren Beantwortung wegen der grundsätzlichen Bedeutung ein hinreichendes öffentliches Interesse besteht und im Einzelfall kaum je rechtzeitig eine höchstrichterliche Prüfung stattfinden könnte (vgl. BGE 124 I 231 E. 1b; BGE 111 1b 56 E. 2; EMARK 1997 Nr. 19 E. 2b; Alfred Kölz/Isabelle Häner, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes, 2. Aufl., Zürich 1998, S. 194, Rz. 540; Marion Spori, Vereinbarkeit des Erfordernisses des aktuellen schutzwürdigen Interesses mit der Rechtsweggarantie von Art. 29a BV und dem Recht auf eine wirksame Beschwerde nach Art. 13 EMRK, in: Aktuelle Juristische Praxis [AJP] 2008 S. 147 ff., mit je weiteren Hinweisen).

Vorliegend besteht ein allgemeines öffentliches Interesse daran, die Frage des effektiven Rechtsschutzes und der Eröffnungspraxis der Vorinstanz in Dublin-Verfahren gerichtlich zu überprüfen, da eben gerade diese Faktoren zum Abbruch der Beziehungen mit der Rechtsvertretung (und folglich zu einer Beeinträchtigung des Rechts auf eine wirksame Beschwerde) führen können. Diese Fragen werden sich auch in künftigen Dublin-Verfahren wieder stellen, stellt das fragliche Vorgehen der Vorinstanz doch deren regelmässige Praxis dar. Angesichts der Tatsache, dass die Überstellung der jeweiligen Beschwerdeführer in den Zielstaat in einer Vielzahl der Fälle zum Zeitpunkt der Beschwerdeerhebung schon stattgefunden hat oder unmittelbar bevor-

steht, dürfte auch eine richterliche Überprüfung häufig erschwert werden oder gänzlich ausbleiben.

1.2.5 Nach dem Gesagten ist auf die Beschwerde einzutreten.

1.3 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). Auch die Überprüfung der vom Beschwerdeführer kritisierten Entscheideröffnungspraxis des BFM sowie des sofortigen Wegweisungsvollzuges (vgl. EMARK 2004 Nr. 27 E. 5b) fallen somit in die Kompetenz des Bundesverwaltungsgerichtes.

1.4 In einem Dublin-Entscheid werden die Entscheidungen über die Zuständigkeit und über die Überstellung verbunden (siehe Art. 19 Abs. 1 und 2 bzw. Art. 20 Abs. 1 Bst. e Dublin-II-VO). Der Rechtsbehelf kann sich damit neben der Rüge der Zuständigkeitsentscheidung auch gegen alle mit der Entscheidung verbundenen Modalitäten der Überstellung richten; er ist dem Wortlaut und der Systematik der Verordnung nach umfassend gewährleistet. Im Beschwerdeverfahren können zumindest Verletzungen objektiven Rechts gerügt werden, die auch Individualinteressen berühren bzw. in die menschenrechtlichen Positionen der Betroffenen eingreifen (vgl. CHRISTIAN FILZWIESER/ANDREA SPRUNG, Dublin II-Verordnung, Das Europäische Asylzuständigkeitssystem, 3., überarbeitete Auflage, Wien/Graz 2010, K9 zu Art. 19, mit dem Verweis auf Erwägungsgrund 15 der Dublin-II-VO).

2.
Vorab ist zu prüfen, ob, wann und wem gegenüber die Verfügung rechtsgenüglich eröffnet wurde.

2.1 Die Rechtsvertreterin teilte dem BFM ihre Mandatsübernahme am 2. Juli 2009 schriftlich mit (vgl. act. A8). Die angefochtene Verfügung wurde dem Beschwerdeführer gemäss „Eröffnungs- und Empfangsbestätigung“ (vgl. act. A35) am 14. September 2009 vom BFM „mündlich eröffnet“. Gemäss demselben Aktenstück wurde die „mündliche Eröffnung“ dem Beschwerdeführer sogleich übersetzt. Gleichentags wurde die Verfügung der Rechtsvertreterin per Telefax zur Kenntnis gebracht (vgl. act. A37). Das Original der Verfügung ging bei der Rechtsvertreterin per Einschreiben am 15. September 2009 ein (vgl. Eingangsstempel der Rechtsvertreterin [BVGer act. 4 S. 27]). Die Überstellung des Beschwerdeführers nach Griechenland fand am

15. September 2009 statt (Flug Zürich-Athen, Abflug 9.45 Uhr [vgl. act. A26]). Die von der Rechtsvertreterin gleichentags erhobene Beschwerde ging beim Bundesverwaltungsgericht vorab per Telefax nach Büroschluss und am 16. September 2009 im Original ein. Der am 16. September 2009 per Telefax verfügte Vollzugsstopp durch das Gericht blieb damit wirkungslos.

2.2

2.2.1 Als Eröffnung ist die an bestimmte Formen gebundene Bekanntgabe eines behördlichen Hoheitsaktes zu verstehen (vgl. LORENZ KNEUBÜHLER, in: Auer/Müller/Schindler [Hrsg.], Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren [VwVG], Zürich 2008, N 1 zu Art. 34). Die Adressaten der Verfügung sollen die Möglichkeit erhalten, vom Inhalt der Verfügung Kenntnis zu erlangen (vgl. FELIX UHLMANN/ALEXANDRA SCHWANK, in: Praxiskommentar VwVG, Waldmann/Weissenberger [Hrsg.], Zürich 2009, N 2 zu Art. 34). Mit der ordnungsgemässen Zustellung beginnt die Rechtsmittelfrist zu laufen. Die Eröffnung ist grundsätzlich Voraussetzung für die Gültigkeit einer Verfügung (siehe JÜRG STADELWIESER, Die Eröffnung von Verfügungen, St. Gallen 1994, S. 10).

2.2.2 Nach Art. 34 Abs. 1 VwVG eröffnet die Behörde Verfügungen den Parteien schriftlich. Eine nach der Ausnahmeregelung von Art. 13 Abs. 1 und 2 AsylG mögliche mündliche Eröffnung hätte gewissen Regeln zu folgen, welche in casu ohnehin nicht berücksichtigt wurden.

Weder die persönliche Übergabe noch der Versand mit eingeschriebener Post sind Voraussetzungen für eine gültige Eröffnung. Nach weiterhin geltender Rechtsprechung der ARK beinhaltet das klare gesetzliche Erfordernis der Schriftlichkeit einer Verfügung nach Art. 34 VwVG nach allgemeinem Verständnis und Bundesrechtsprechung eine Originalunterschrift der verfügenden Behörde. Eine faksimilierte oder kopierte Unterschrift erfüllt diese Anforderungen nicht, weshalb eine Eröffnung per Telefax an sich als mangelhaft zu qualifizieren ist. Trotz dieses Mangels ist die Eröffnung indessen rechtsgültig, wenn eine Irreführung oder andere Benachteiligung des Beschwerdeführers (im Sinne von Art. 38 VwVG) ausgeschlossen werden kann (vgl. EMARK 1993 Nr. 30 E. 6a).

Der soeben zitierte Grundsatzentscheid der ARK (EMARK 1993 Nr. 30), welcher sich auf das Flughafenverfahren bezog, führte zur Einführung folgender spezifischen Bestimmung im Asylgesetz:

Gemäss Art. 13 Abs. 3 AsylG bilden bestimmte Fallkonstellationen (Asylgesuch an der Grenze oder bei der Grenzkontrolle an einem schweizerischen Flughafen) Ausnahmen, in welchen die Eröffnung von per Telefax übermittelten Verfügungen ausdrücklich vorgesehen ist. E contrario ist in Dublin-Verfahren, sowie in allen andern Asylverfahren, die Eröffnung per Telefax nicht zulässig. Artikel 13 Abs. 4 AsylG sieht zudem die Möglichkeit für das BFM vor, in dringlichen Fällen eine kantonale Behörde oder eine schweizerische Vertretung im Ausland zu ermächtigen, unterschriebene, mit Telefax übermittelte Verfügungen oder Entscheide zu eröffnen.

2.2.3 Nach Art. 11 Abs. 3 VwVG hat die Behörde ihre Mitteilungen – sofern vorhanden – an den mandatierten Rechtsvertreter der Partei zu richten. Der Begriff der Mitteilung ist weit gefasst und umfasst unter anderem die Zustellung von Verfügungen und Entscheiden. Die Behörde hat sich in allen Belangen an den Rechtsvertreter als Ansprechperson zu wenden. Erfolgt die Mitteilung direkt gegenüber der Partei und nicht an den Vertreter und ist – wie hier – der Vertretungsbefugte der Behörde bekannt, so stellt dies einen Eröffnungsmangel dar (siehe VERA MARANTELLI-SONANINI/SAID HUBER, in: Praxiskommentar VwVG, N 30 zu Art. 11). Artikel 13 Abs. 3 AsylG bildet auch hier eine Ausnahme, indem die zuständigen Behörden Personen, die ein Asylgesuch an der Grenze oder bei der Grenzkontrolle an einem schweizerischen Flughafen einreichen, auch unterschriebene, mit Telefax übermittelte Verfügungen und Entscheide direkt eröffnen können. Die betreffenden Personen müssen die Aushändigung der Verfügung oder des Entscheides schriftlich bestätigen. Artikel 11 Abs. 3 VwVG findet explizit keine Anwendung. Der bevollmächtigten Person wird die Eröffnung lediglich bekanntgegeben, die Eröffnung erfolgt also gegenüber dem Beschwerdeführer (Art. 3 AsylV 1). In den dringlichen Fällen nach Art. 13 Abs. 4 AsylG, in welchen die Eröffnung einer unterschriebenen, per Telefax übermittelten Verfügung ebenfalls möglich ist, wird hingegen die Anwendung von Art. 11 Abs. 3 VwVG (Mitteilungen an den Vertreter) nicht ausgeschlossen (vgl. Botschaft des Bundesrates zur Totalrevision des Asylgesetzes sowie zur Änderung des Bundesgesetzes über Aufenthalt und Niederlassung der Ausländer vom 4. Dezember 1995, BBl 1996 II 48).

2.2.4 Der Beschwerdeführer befindet sich nicht im Anwendungsfall von Art. 13 Abs. 3 oder 4 AsylG, weshalb diese Ausnahmetatbestände vorliegend nicht zum Tragen kommen.

2.3 Nach dem Gesagten ist festzustellen, dass die angefochtene Verfügung erst mit dem Eingang deren Originals (mit der Originalunterschrift des verfügenden BFM versehen) bei der Rechtsvertreterin des Beschwerdeführers rechtmässig eröffnet wurde, also am 15. September 2009. Insofern trifft die Feststellung des BFM in seiner Verfügung betreffend Genehmigung der Wiedereinreise vom 6. Oktober 2009 (vgl. Sachverhalt Bst. M), wonach der Nichteintretensentscheid am 14. September 2009 eröffnet worden sei, nicht zu (vgl. act. A44). Die direkte „mündliche Eröffnung“ an den Beschwerdeführer und die gleichzeitige Faxzustellung an die Rechtsvertreterin vom 14. September 2009 stellen keine rechtsgültige Eröffnung dar und lösen entsprechend keine Beschwerdefrist aus. In diesem Zusammenhang ist der Vollständigkeit halber sodann festzuhalten, dass sowohl die Benennung als solche der „Eröffnungs- und Empfangsbestätigung“ (vgl. act. A35) als auch die darin enthaltene Bezeichnung „mündliche Eröffnung“ nach dem Gesagten als falsch zu bezeichnen sind.

2.4 Zwar konnte die Rechtsvertreterin nach Abwarten der nachträglichen ordnungsgemässen Zustellung der Originalverfügung am 15. September 2009 fristgerecht eine Beschwerde einreichen. Damit vermochte sie allerdings den sofortigen Wegweisungsvollzug, der kurz nach der Kenntnisgabe der Verfügung an den Beschwerdeführer erfolgte, nicht zu verhindern. Die Rechtsvertreterin war nach den Grundsätzen von Treu und Glauben beziehungsweise im Vertrauen darauf, dass eine mangelhafte Eröffnung keinen Rechtsnachteil bewirken darf, wie sie zu Recht geltend macht, nicht verpflichtet, am Tag der Telefaxzustellung, am 14. September 2009, eine Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht zu faxen, sondern konnte im Vertrauen auf eine rechtmässige Gesetzesanwendung von Art. 11 Abs. 3 VwVG die ordentliche Eröffnung abwarten und somit nach Empfang der Verfügung per Post innert Frist Beschwerde einlegen.

Allenfalls wäre sie jedoch aus der Verpflichtung, die Interessen ihres Mandanten wahrzunehmen, zu dieser Handlung gehalten gewesen; so hätte sie eine kurze Beschwerde mit einem Gesuch um Fristansetzung zur Beschwerdeergänzung einreichen können. Die mit angefochtener Verfügung angeordnete Ausschaffungshaft zur Sicherung des Vollzuges konnte indessen zur Einschätzung führen, die Überstellung stehe nicht so unmittelbar bevor, dass sofortiger Handlungsbedarf ihrerseits bestehe.

3.
Im Folgenden wird zunächst auf die Frage eingegangen, unter welchen Umständen in Dublin-Verfahren die aufschiebende Wirkung einer Beschwerde gewährt wird. Daran anschliessend ist zu untersuchen, ob die Praxis des BFM, den sofortigen Vollzug der Wegweisung anzuordnen, gesetzeskonform ist (E. 4) und ob dieses Vorgehen das Recht des Beschwerdeführers auf eine wirksame Beschwerde nach Art. 29a der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV, SR 101) und Art. 13 EMRK verletzt (E. 5).

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

3.2 Auch nach Art. 107a AsylG – dem massgeblichen innerstaatlichen Recht – hat eine Beschwerde gegen einen Dublin-Nichteintretensentscheid grundsätzlich keine aufschiebende Wirkung. Allerdings kann diese nach Art. 107a AsylG angeordnet werden, wenn begründete Anhaltspunkte für eine Verletzung der durch die EMRK garantierten Rechte durch den zuständigen Dublin-Staat vorliegen. Dem Bundesverwaltungsgericht wird die Kompetenz eingeräumt, in solchen Konstellationen die aufschiebende Wirkung der Beschwerde zu gewähren. Dieser zweite Halbsatz, der die Möglichkeit der Anordnung der aufschiebenden Wirkung vorsieht, war in der ursprünglichen Entwurfsfassung des Bundesrates noch nicht enthalten (wie nota bene immer noch in Art. 64a Abs. 2 AuG, welcher die Dublin-Verfahren von nicht ins Asylverfahren aufgenommenen Personen regelt [und der in der laufenden Gesetzesrevision jedoch entsprechend angepasst werden soll, vgl. BBl 2009 8916]), sondern wurde erst im Laufe des Gesetzgebungsverfahrens eingefügt (siehe Entwurf des Bundesbeschlusses über die Genehmigung und die Umsetzung der bilateralen Abkommen zwischen der Schweiz und der EU über die Assoziierung an Schengen und Dublin, BBl 2004 6415, 6425). In den parlamentarischen Debatten wurde klar, dass die aufschiebende Wirkung nur in wenigen Ausnahmefällen – bei Menschenrechtsverletzungen – zum Tragen kommen solle (vgl. die Voten von Nationalrätin Müller-Hemmi und

Bundesrat Blocher, Amtliches Bulletin der Bundesversammlung [AB] 2004 N 1952 f., sowie der Ständeräte Stähelin und Heberlein sowie von Bundesrat Blocher, AB 2004 S 863 f.) Die Diskussion drehte sich dabei ausschliesslich um unmittelbar im zuständigen Dublin-Staat drohende Menschenrechtsverletzungen (beispielsweise Gewaltanwendung durch die Polizei, schwere Krankheit). Darüber hinaus ist die aufschiebende Wirkung einer Beschwerde jedoch auch zu gewähren, wenn von Seiten des zuständigen Dublin-Staates eine Kettenabschiebung in den Herkunftsstaat der asylsuchenden Person oder in einen Drittstaat droht, wo sie Opfer einer Menschenrechtsverletzung werden könnte (vgl. Nationalrat Mario Fehr, AB 2004 N 1953). Dabei ist nicht nur dem menschenrechtlichen Refoulement-Verbot in Art. 3 EMRK Nachachtung zu verschaffen, sondern auch entsprechenden Bestimmungen in anderen völkerrechtlichen Instrumenten (beispielsweise Art. 33 FK, Art. 3 FoK; vgl. dazu nur MATHIAS HERMANN, Refoulement-Verbote und effektiver Rechtsschutz bei Dublin-Entscheidungen, in: Jusletter 25. Mai 2009, Rz. 6 ff.).

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

3.4 Konkret konnte der Beschwerdeführer angesichts der von der Rechtsvertreterin vorgebrachten Situation zum griechischen Asylverfahren, die sich mit den Erkenntnisquellen des Gerichts deckt, nicht darauf verwiesen werden, seine Rechte von Griechenland aus geltend

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

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

die Wegweisung nicht vollzogen werden darf. Vorgängig ist auch der asylsuchenden Person oder ihrer Rechtsvertretung eine gewisse Zeit zuzugestehen, um im Rahmen des Beschwerdeverfahrens begründeten Antrag um Gewährung der aufschiebenden Wirkung zu stellen.

Ein – wie vorliegend praktizierter – sofortiger Vollzug der Wegweisung verunmöglicht es einer beschwerdeführenden Person, noch während ihres Aufenthaltes in der Schweiz die Gewährung der aufschiebenden Wirkung ihrer Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht zu verlangen, und Letzterem, darüber zu befinden.

4.
In der Folge werden die Rechtmässigkeit und die Bedingungen des sofortigen Vollzugs im Rahmen eines Verfahrens nach Art. 34 Abs. 2 Bst. d AsylG geprüft.

4.1 Das BFM koordiniert den Vollzug der Wegweisung so, dass die Eröffnung des Entscheides mit der Ausreise zusammenfällt (vgl. Merkblatt des BFM an die kantonalen Migrationsbehörden zum Vorgehen bezüglich der Entscheideröffnung und des Wegweisungsvollzugs in Dublin Verfahren [Stand März 2009]: „Die Eröffnung des [...] Asylentscheides erfolgt erst im Zeitpunkt des Vollzugs."). Dementsprechend ordnet das BFM in den entsprechenden Nichteintretensverfügungen – in der vorliegenden Verfügung unter Dispositivziffer 3 – regelmässig an, dass die beschwerdeführende Person „die Schweiz sofort zu verlassen" habe.

4.2
4.2.1 Gemäss Art. 44 Abs. 1 AsylG verfügt das BFM, wenn es auf ein Asylgesuch nicht eintritt, in der Regel die Wegweisung aus der Schweiz und ordnet den Vollzug an. Beides, das Nichteintreten und die Wegweisung, ist in derselben Verfügung enthalten. Diese enthält den „Zeitpunkt, bis zu dem [die asylsuchende Person] die Schweiz verlassen haben muss" (Art. 45 Abs. 1 Bst. b AsylG).

Der Wortlaut der zuletzt genannten Bestimmung lässt darauf schliessen, dass keine unmittelbare, d.h. mit der Eröffnung zeitgleiche Vollstreckung der Verfügung beabsichtigt ist: Das Wort „bis" weist auf einen in der Zukunft liegenden Zeitpunkt hin und bedeutet eine klare Aufforderung an die asylsuchende Person, das Land (selbstständig) zu verlassen. Der (subsidiär zu verstehende) Vollzug durch den Kanton

wird denn auch erst in Bst. f von Art. 45 Abs. 1 und in Art. 46 AsylG separat geregelt.

4.2.2 Die Dublin-II-VO sieht (weder explizit noch implizit) eine Ausreisefrist vor, noch schliesst sie eine solche aus. Sie verpflichtet indessen die verfügende Behörde, im Nichteintretens- und Wegweisungsentscheid die „Frist für die Durchführung der Überstellung“ anzugeben. Sofern sich die asylsuchende Person „auf eigene Initiative“, d.h. freiwillig, in den zuständigen Mitgliedstaat begibt, ist „gegebenenfalls“ der Zeitpunkt zu nennen, zu dem sie sich (dort) zu melden hat (Art. 19 Abs. 2 und Art. 20 Abs. 1 Bst. e Dublin-II-VO). Die freiwillige Reise in den zuständigen Dublin-Staat ist eine von drei durch die Dublin-DVO (Verordnung [EG] Nr. 1560/2003 der Kommission vom 2. September 2003 mit Durchführungsbestimmungen zur Dublin-II-VO) vorgesehenen Überstellungsarten: Daneben gibt es die kontrollierte Ausreise und die Überstellung in Begleitung (Art. 7 Abs. 1 Dublin-DVO). Der Wortlaut der Bestimmung („die Überstellung [...] kann auf eine der folgenden Weisen erfolgen“) lässt darauf schliessen, dass es sich dabei um eine Wahlfreiheit des Dublin-Mitgliedstaates und nicht der zu überstellenden Person handelt (vgl. dazu Filzwieser/Sprung, a.a.O., K6 zu Art. 19; Matthias Hermann, Das Dublin System, Eine Analyse der europäischen Regelungen über die Zuständigkeit der Staaten zur Prüfung von Asylanträgen unter besonderer Berücksichtigung der Assoziation der Schweiz, Zürich/Basel/Genf 2008, S. 152 ff., der zudem aus dem Gebot der Verhältnismässigkeit des Handelns der öffentlichen Verwaltung folgert, dass eine Abstufung der unterschiedlichen Überstellungsarten nach deren Eingriffsintensität in den Rechtskreis des Asylbewerbers erfolgen sollte, und demnach grundsätzlich die Überstellung in Eigeninitiative, d.h. die freiwillige Ausreise, Priorität haben sollte).

Aus der genannten Verpflichtung, eine „Frist für die Durchführung der Überstellung“ anzugeben, lässt sich aber auch keine Ermächtigung für einen sofortigen Vollzug der Wegweisung ableiten: Eine Frist beinhaltet begriffslogisch eine Dauer; sie definiert einen Zeitraum, innerhalb dessen eine bestimmte Handlung vorgenommen werden oder ein Ereignis eintreten soll.

4.2.3 Nach Art. 39 Bst. b VwVG kann eine Behörde ihre Verfügung vollstrecken, wenn sie zwar noch angefochten werden kann, das zulässige Rechtsmittel aber keine aufschiebende Wirkung hat.

Daraus folgt einerseits, dass eine noch nicht formell rechtskräftige Verfügung vollstreckt werden darf, andererseits aber auch, dass erst geprüft und festgestellt werden können muss, ob dem Rechtsmittel im konkreten Fall tatsächlich keine aufschiebende Wirkung zukommt. In der vorliegend interessierenden Konstellation heisst das, dass das Bundesverwaltungsgericht die Gelegenheit haben muss, darüber befinden zu können, ob der Beschwerde im konkreten Ausnahmefall die beantragte aufschiebende Wirkung zu gewähren ist. Und dies, bevor die Verfügung vollstreckt wird – da ansonsten das Gesuch um die aufschiebende Wirkung sinn- respektive gegenstandslos wird (vgl. E. 3.5).

4.2.4 Bevor die Behörde ein Zwangsmittel zur Vollstreckung einer Verfügung ergreift, droht sie es der verpflichteten Person an und räumt ihr eine angemessene Erfüllungsfrist ein (Art. 41 Abs. 2 VwVG). Damit wird ihr eine letzte Möglichkeit eröffnet, der Verfügung freiwillig Folge zu leisten. Die Dauer der Erfüllungsfrist ist so anzusetzen, dass den Interessen des Adressaten und den Interessen der Öffentlichkeit angemessen Rechnung getragen wird (vgl. TOBIAS JAAG/RETO HÄGGI, in: Praxiskommentar VwVG, N 43 f. zu Art. 41).

Diese Bestimmung verdeutlicht den allgemeinen verwaltungsrechtlichen Grundsatz, wonach eine Person einer Verfügung primär freiwillig und selbstständig nachkommen können muss. Erst nach Ablauf einer angemessenen Erfüllungsfrist – was wiederum eine bestimmte Zeitdauer beinhaltet – soll die Behörde zu Zwangsmassnahmen greifen.

Diesem Grundsatz steht in der vorliegenden Konstellation das öffentliche Interesse gegenüber, einer allfälligen Untertauchgefahr der in den zuständigen Dublin-Staat zu überstellenden Person entgegenzuwirken. Dieser Gefahr könnte jedoch auch mit anderen verwaltungsrechtlichen Zwangsmassnahmen als der des sofortigen Vollzugs begegnet werden, ohne der asylsuchenden Person das Recht auf eine effektive Beschwerde und dem Bundesverwaltungsgericht die Möglichkeit, die aufschiebende Wirkung zu gewähren, zu beschneiden (beispielsweise durch die Anordnung von Ausschaffungshaft, wobei damit jedoch die freiwillige Erfüllung der Verfügung ebenfalls verunmöglicht wird, aber zumindest – wie soeben erwähnt – das Beschwerderecht gewahrt bleibt).

4.3

4.3.1 Das BFM bringt in der Vernehmlassung vor, es sei bei Dublin-Verfügungen bewusst keine Frist zwischen Eröffnung und Vollzug der

Wegweisung eingeführt worden, wie es beispielsweise noch im ursprünglichen Art. 112 AsylG (AS 1999 2262, in Kraft bis 31. Dezember 2007) der Fall gewesen sei. Diese Bestimmung hielt fest, dass bei Verfügungen, mit welchen der sofortige Vollzug angeordnet wurde, die betreffende Person innerhalb von 24 Stunden ein Gesuch um Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung einreichen konnte – und dass die Rekursinstanz innerhalb von 48 Stunden über das Gesuch zu entscheiden hatte.

Dem BFM muss jedoch entgegengehalten werden, dass im damaligen Art. 45 Abs. 2 AsylG (AS 1999 2262, in Kraft bis 31. März 2004) denn auch ausdrücklich festgehalten wurde, dass bei Nichteintretensentscheiden nach Art. 32-34 AsylG der sofortige Vollzug angeordnet werden konnte. In der heute geltenden Fassung des AsylG ist ein sofortiger Vollzug der Wegweisung generell nicht mehr vorgesehen. Wenn der Gesetzgeber in einem Teil der Asylverfahren also tatsächlich vom Regelfall von Art. 45 Abs. 1 Bst. b AsylG (vgl. E. 4.2.1) hätte abweichen wollen, hätte er explizit ins Gesetz aufnehmen müssen, dass in den Dublin-Verfahren kein „Zeitpunkt, bis zu dem [die asylsuchenden Person] die Schweiz verlassen haben muss“, angegeben werden muss, sondern die Wegweisung unmittelbar mit Eröffnung der Verfügung vollzogen werden kann. Da er dies unterlassen hat, muss davon ausgegangen werden, dass es eine dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit entsprechend angemessene Ausreisefrist geben muss – und nicht etwa gerade vom Gegenteil, wie es die Vorinstanz anführt.

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

4.3.3 Im Zuge der Übernahme der EG-Rückführungsrichtlinie beabsichtigt der Bundesrat, Art. 45 AsylG wiederum zu revidieren. Der neue Abs. 2 soll vorsehen, dass mit der Wegweisungsverfügung in der

Regel eine angemessene Ausreisefrist zwischen sieben und dreissig Tagen anzusetzen ist. Gemäss neuem Abs. 3 soll eine Dublin-Wegweisung jedoch sofort vollstreckt oder es soll eine Ausreisefrist von weniger als sieben Tagen angesetzt werden können (vgl. BBl 2009 8915 [8921]). In der entsprechenden Botschaft hält der Bundesrat dazu fest, die Mindestausreisefrist bei einem Nichteintretensentscheid betrage nach heute geltender Praxis sieben Tage. Der sofortige Vollzug von Dublin-Überstellungen stelle die einzige Ausnahme von diesem Grundsatz dar (BBl 2009 8881 [8902]).

Aus der erst geplanten Verankerung einer gesetzlichen Grundlage für den sofortigen Vollzug der Wegweisung in Dublin-Verfahren muss umso mehr gefolgert werden, dass es gegenwärtig an einer gültigen gesetzlichen Grundlage für den sofortigen Wegweisungsvollzug in Dublin-Verfahren fehlt.

4.4 Die augenfälligste Folge dieser ungesetzmässigen Praxis des BFM ist, dass damit bewusst verhindert wird, dass das Bundesverwaltungsgericht die nach Art. 107a AsylG vorgesehene aufschiebende Wirkung der Beschwerde bei begründeten Anhaltspunkten für eine EMRK-Verletzung anordnen kann. Auch eine allfällige, der Anordnung der aufschiebenden Wirkung vorgeschaltete vorsorgliche Massnahme nach Art. 56 VwVG wird so regelmässig verhindert.

Beides ist auch hier geschehen: Weder der provisorische Vollzugsstopp noch die Anordnung der aufschiebenden Wirkung der Beschwerde konnten angesichts der bereits erfolgten Überstellung greifen.

4.5 Um seinen gesetzlichen Auftrag erfüllen zu können, muss dem Gericht eine Frist zur Behandlung von Gesuchen um Gewährung der aufschiebenden Wirkung der Beschwerde zur Verfügung stehen. Bei einer – gesetzlich nicht vorgesehenen – unmittelbar an die Eröffnung der BFM-Verfügung anschliessenden Überstellung beziehungsweise einer sehr kurzen Zeitspanne zwischen diesen beiden Handlungen ist die Beschwerdeerhebung und die rechtzeitige Prüfung der Anwendung von Art. 107a AsylG durch das Gericht verunmöglicht bzw. erschwert.

Mangels expliziter gesetzlicher Grundlage und infolge Widerspruchs zu den vorgängig erwähnten Bestimmungen des AsylG, des VwVG und der Dublin-II-VO ist die beschriebene Praxis der Vorinstanz in Dublin-Verfahren als nicht rechtmässig zu qualifizieren.

5.
Im Folgenden soll dargelegt werden, inwiefern die heutige Praxis des sofortigen Wegweisungsvollzuges das Gebot effektiven Rechtsschutzes verletzt.

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

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

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

lässigkeitsentscheidung vom 7. März 2000, Beschwerde-Nr. 43844/98).

5.2.2 Art. 29a BV unterscheidet sich von Art. 13 EMRK einerseits in der Weise, dass die Rechtsweggarantie aus Art. 29a BV einen Anspruch auf Beurteilung durch eine richterliche Behörde einräumt, während bei Art. 13 EMRK eine unabhängige und unparteiische Verwaltungsbehörde genügt. Andererseits werden von Art. 29a BV auch andere Rechtsverletzungen erfasst als EMRK-Verletzungen (RHINOW/SCHEFER, a.a.O., S. 542, Z. 2832).

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

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

5.4 Auch wenn der Anwendungsbereich der Dublin-II-VO nicht die Wegweisung in den Heimatstaat, sondern die Überstellung in einen anderen Mitgliedstaat umfasst, können die Grundzüge dieser Rechtsprechung angesichts der Bindung der Dublin-Staaten an das Refoulement-Verbot herangezogen werden. Zu erinnern ist nämlich daran, dass die Mitgliedstaaten auch in Bezug auf das Asyl-Zuständigkeitssystem der Dublin-II-VO, in dem sich die Mitgliedstaaten wechselseitig als sichere Drittstaaten ansehen (vgl. Erwägungsgrund 2 der Dublin-II-VO), an die menschenrechtlichen Verpflichtungen der EMRK gebunden sind (vgl. EGMR, T.I. gegen Vereinigtes Königreich, Beschwerde Nr. 43844/98, Zuständigkeitsentscheidung vom 7. März

2000; bestätigt in K.R.S. gegen Vereinigtes Königreich, Beschwerde Nr. 32733/08, Zuständigkeitsentscheidung vom 2. Dezember 2008).

Der Grundsatz, bei Hinweisen auf eine drohende Menschenrechtsverletzung die aufschiebende Wirkung einer Beschwerde zu gewähren, gilt für die Schweiz demzufolge unabhängig von dessen ausdrücklichen Bekräftigung in Art. 107a AsylG. Handelt es sich beim Grundgedanken, wonach die Dublin-Staaten für Drittstaatsangehörige als sichere Staaten angesehen werden, denn auch lediglich um eine widerlegbare Vermutung (FILZWIESER/SPRUNG, a.a.O., S. 47 K 9). Auch wenn der Bundesrat in seiner Botschaft zu den „Bilateralen II“ davon ausgeht, dass 99% der Gesuche um aufschiebende Wirkung aussichtslos sind (BBl 2004 6253), muss in Konstellationen, in denen es um drohende Menschenrechtsverletzungen geht, dennoch die Möglichkeit bestehen, einstweiligen Rechtsschutz zu gewähren.

5.5 Auf der Ebene des Europarates wurde in zahlreichen Empfehlungen das Erfordernis der aufschiebenden Wirkung für ein effektives Rechtsmittel bei Ausweisungsentscheidungen in den Herkunftsstaat und in Frage stehenden Menschenrechtsverletzungen festgehalten (so beispielsweise vom Ministerkomitee des Europarates: Recommendations No. R [94] 5; R [98] 15; R [98] 13; siehe auch „Twenty Guidelines of the Committee of Ministers of Europe on forced return“, Guidelines 2 and 5; von der Parlamentarischen Versammlung: Recommendations 1163 [1991]; 1309 [1996]; 1327 [1997]; 1440 [2000]; Resolution 1471 [2005]; und vom Menschenrechtskommissar: Comm [DH/Rec{2001}19]: Eine Abschiebung solle zumindest bei Geltendmachung eines Verstoss gegen Art. 2 und 3 EMRK ausgesetzt werden). Auch der EuGH stellte fest, dass das europarechtliche Gebot der Gewährung effektiven Rechtsschutzes die Möglichkeit, bei der Gefahr eines groben und schwer wiedergutzumachenden Schadens für die betreffende Person einstweiligen Rechtsschutz zu erlangen, gegeben sein muss (vgl. EuGH, Urteil vom 3. Mai 1996 in der Rechtssache C-399/95, Deutschland/Kommission, Slg. I-2441).

5.6 Vorliegend ergab sich die Notwendigkeit der Anordnung der aufschiebenden Wirkung nach Art. 107a AsylG, der mittels Verfügung vom 18. September 2009 formal (aber ohne Wirkung) nachgekommen wurde, wegen begründeten Anhaltspunkten einer Verletzung von Art. 3 EMRK durch die Schweiz (Abschiebeverbot), welche ihrerseits auf diversen Indizien beruht, dass die Lebens-, Unterbringungs- und

Haftbedingungen in Griechenland menschenrechtswidrig sind und eine Abschiebung ins Heimatland drohen könnte. Auch ein mangelnder effektiver Zugang zum Asylverfahren mag indirekt eine Verletzung des Refoulement-Verbotes zur Folge haben (vgl. UNHCR-Positionspapier zur Überstellung von Asylsuchenden nach Griechenland nach der Dublin-II-Verordnung, 15. April 2008, S. 10).

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

6.
Es bleibt zu prüfen, wie die Verletzung des Gebots des effektiven Rechtsschutzes verhindert werden kann.

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

6.2 Um wirksam Beschwerde erheben zu können, ist also sicherzustellen, dass die Wegweisung in den vom BFM als zuständig erachteten Dublin-Staat während einem gewissen Zeitraum nicht vollzogen wird, so dass einerseits die Beschwerde eingereicht und das Gesuch um Gewährung der aufschiebenden Wirkung gestellt werden, und andererseits das Gericht darüber befinden kann (vgl. UN High Commissioner for Refugees, The Dublin II Regulation, A UNHCR Discussion Paper, April 2006, S. 20).

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

Auch für die Schweiz sind die Vorschläge der Kommission unmittelbar relevant. Bei einer allfälligen Umsetzung der Vorschläge ist die Schweiz gemäss Art. 4 Abs. 1 des Dublin-Assoziierungsabkommens Schweiz-EG grundsätzlich zur Übernahme und Anwendung der Modifizierungen verpflichtet.

6.4 Um einen angemessenen Ausgleich zu finden zwischen dem öffentlichen Interesse an einem effizienten, baldigen Wegweisungsvollzug in den als zuständig erachteten Dublin-Mitgliedsstaat und dem Recht des Beschwerdeführers auf eine wirksame Beschwerdemöglichkeit, inklusive der tatsächlichen Gewährleistung vorsorglichen Rechtsschutzes bei Vorliegen der Voraussetzungen von Art. 107a AsylG bzw. Art. 56 VwVG, ist dem Beschwerdeführer eine beiden Interessen gerecht werdende Frist zu gewähren, innerhalb welcher er diesbezügliche Gesuche einreichen kann. Da ein wirksamer Rechtsbehelf nach Art. 13 EMRK – wie oben erwähnt (E. 5.3 und 5.7) – auch die Möglichkeit der Gewährung der aufschiebenden Wirkung in Einzelfällen vorsieht, stellt sich die Frage, ob diese Frist mit der Beschwerdefrist von fünf Arbeitstagen identisch sein soll – und namentlich, ob dies mangels anderer Hinweise der Wille des Gesetzgeber

gewesen sein dürfte – oder ob sie noch weiter verkürzt werden darf. Ersteres ist naheliegend; Letzteres scheint immerhin nicht a priori ausgeschlossen, muss doch mindestens der Zweck erreicht werden, dass die Einreichung eines begründeten Gesuchs um Erteilung der aufschiebenden Wirkung der Beschwerde faktisch möglich sein soll. Nur mit der Einhaltung einer Frist kann dem Gebot des effektiven Rechtsschutzes aus Art. 29a BV und Art. 13 EMRK gerecht werden.

Das Bundesverwaltungsgericht sollte sodann innerhalb der in Art. 109 Abs. 2 AsylG vorgesehenen Behandlungsfrist prüfen können, ob die Voraussetzungen von Art. 107a AsylG erfüllt sind – dies auch unabhängig eines diesbezüglichen Antrags (vgl. dazu die im Gesetzesentwurf zur Revision des Bundesgesetzes vom 16. Dezember 2005 über die Ausländerinnen und Ausländer im Zuge der Übernahme der Rückführungsrichtlinie vorgesehene 10-tägige Behandlungsfrist für die Beschwerdeinstanz zur Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung in Dublin-Verfahren von Personen, die in der Schweiz kein Asylgesuch gestellt haben [BBl 2009 8915 ff., Art. 64a i.V.m. Art. 64d Abs. 2 Bst. f AuG]).

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

7.

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

Nachteil für den Beschwerdeführer geführt, indem die Überstellung nach Griechenland nicht verhindert werden konnte.

8.
8.1
Die Beschwerde ist damit in diesem Sinne gutzuheissen, die angefochtene Verfügung aufzuheben und das BFM aufzufordern, unter Einhaltung der oben ausgeführten Eröffnungsvorschriften einen neuen Entscheid zu erlassen, sofern die Wiedereinreise des Beschwerdeführers erfolgt. Hierbei ist das BFM anzuweisen – nicht nur im vorliegenden Fall, sondern allgemein in seinen Dublin-Nichteintretensverfügungen – den Vollzug solange auszusetzen, bis das Bundesverwaltungsgericht über eine allfällige Anwendung von Art. 107a AsylG entscheiden konnte.

8.2 Gleichzeitig ist mit diesem Entscheid die Anordnung der Wiedereinreise gemäss Telefaxverfügung des Bundesverwaltungsgerichts vom 22. September 2009 aufrechtzuerhalten, handelt es sich bei der sofortigen Überstellung doch um eine unmittelbare Konsequenz der rechtsverletzenden Praxis des BFM.

Über die weiteren Anträge der Beschwerdeseite, insbesondere den Antrag auf Selbsteintritt des BFM aus Art. 3 Abs. 2 Dublin-II-VO, ist bei dieser Sachlage nicht zu befinden.

9.
Bei diesem Ausgang des Verfahrens sind keine Verfahrenskosten zu erheben (Art. 63 Abs. 1 VwVG).

10.
Der obsiegenden Partei ist für die ihr erwachsenen notwendigen Kosten von Amtes wegen oder auf Begehren eine Parteientschädigung auszurichten (Art. 64 Abs. 1 VwVG, Art. 7 des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]).

Die ehemalige Rechtsvertreterin (...) weist in ihrer Kostennote vom 4. November 2009 einen zeitlichen Aufwand von 15 Stunden, einen Stundenansatz von Fr. 150.– sowie Portokosten von Fr. 10.– aus. Die sich damit ergebenden Vertretungskosten von Fr. 2'260.– erscheinen angemessen. Der Aufwand der mit Substitutionsvollmacht vom 14. Oktober 2009 neu mandatierten Rechtsvertretung (...) wird mit

Kostennote vom 12. Januar 2010 ausgewiesen. Sie macht einen zeitlichen Aufwand von 7.5 Stunden, einen Stundenansatz von Fr. 150.– und Spesen von Fr. 25.– geltend, was einen angemessenen Vertretungsaufwand von Fr. 1'150.– ergibt. Zusammen ergibt dies insgesamt Vertretungskosten im Umfang von Fr. 3'410.–.

Das BFM ist folglich anzuweisen, dem Beschwerdeführer eine Parteientschädigung im Umfang von Fr. 3'410.– auszurichten.

(Dispositiv nächste Seite)

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.
Die Beschwerde wird gutgeheissen, soweit die Aufhebung der angefochtenen Verfügung beantragt wird.

2.
Die Verfügung des BFM vom 14. September 2009 wird aufgehoben und die Sache im Sinne der Erwägungen zur Wiederaufnahme des Verfahrens und zu neuem Entscheid an die Vorinstanz zurückgewiesen.

3.
Die Anordnung der Wiedereinreise bleibt aufrechterhalten.

4.
Es werden keine Verfahrenskosten erhoben.

5.
Das BFM wird angewiesen, dem Beschwerdeführer eine Parteientschädigung von Fr. 3'410.– auszurichten.

6.
Dieses Urteil geht an den Beschwerdeführer, das BFM und die zuständige kantonale Behörde.

Die vorsitzende Richterin: Der Gerichtsschreiber:

Muriel Beck Kadima Andreas Felder

Versand: