

**2023 VI/4**

Auszug aus dem Urteil der Abteilung V  
i.S. A. gegen Staatssekretariat für Migration  
E-6348/2023 vom 24. November 2023

**Nichteintreten auf Asylgesuch (Dublin-Verfahren). Gehörsanspruch eines mutmasslichen unbegleiteten Minderjährigen.**

**Art. 30 Abs. 1 VwVG. Art. 17 Abs. 3<sup>bis</sup> AsylG. Art. 7 AsylV 1. Art. 5 Abs. 1 und Abs. 2 Dublin-III-VO.**

1. **Spezifische Verfahrensvorschriften zum Anhörungsrecht von Asylsuchenden, die behaupten, minderjährig zu sein. Tragweite von Art. 5 Dublin-III-VO (E. 6.2–6.5).**
2. **Nichtigkeit eines Dublin-Nichteintretensentscheids. Von der Rechtsprechung entwickelte Kriterien. Die fehlende Erstbefragung und das unterlassene Dublin-Gespräch eines unbegleiteten minderjährigen Asylsuchenden führen nicht zwingend zur Nichtigkeit des Entscheids des SEM (E. 7).**

**Non-entrée en matière sur une demande d'asile (procédure Dublin). Droit d'être entendu d'un prétendu mineur non accompagné.**

**Art. 30 al. 1 PA. Art. 17 al. 3<sup>bis</sup> LAsi. Art. 7 OA 1. Art. 5 par. 1 et 2 règlement Dublin III.**

1. **Dispositions de procédure spécifiques relatives au droit d'être entendu des requérants d'asile qui prétendent être mineurs. Portée de l'art. 5 du règlement Dublin III (consid. 6.2–6.5).**
2. **Nullité d'une décision de non-entrée en matière dans une procédure Dublin. Critères développés par la jurisprudence. Le fait de ne pas avoir mené de premier entretien et d'avoir omis l'entretien Dublin en présence d'un requérant d'asile mineur non accompagné n'entraîne pas forcément la nullité de la décision du SEM (consid. 7).**

**Non entrata nel merito di una domanda d'asilo (procedura Dublin). Diritto di essere sentito di un asserito minorenne non accompagnato.**

**Art. 30 cpv. 1 PA. Art. 17 cpv. 3<sup>bis</sup> LAsi. Art. 7 OAsi 1. Art. 5 cpv. 1 e cpv. 2 Regolamento Dublino III.**

1. **Disposizioni procedurali specifiche sul diritto di essere sentito dei richiedenti l'asilo che affermano di essere minorenni. Portata dell'art. 5 del Regolamento Dublino III (consid. 6.2–6.5).**
2. **Nullità di una decisione di non entrata nel merito Dublino. Criteri sviluppati dalla giurisprudenza. Il mancato svolgimento della prima audizione e del colloquio Dublino nel caso di un minorenne non accompagnato non comportano necessariamente la nullità della decisione della SEM (consid. 7).**

Der Beschwerdeführer suchte am 9. Juni 2023 in der Schweiz um Asyl nach. Ein Abgleich mit der europäischen Fingerabdruck-Datenbank « Eurodac » ergab, dass er bereits in Italien erkennungsdienstlich erfasst worden war und ein Asylgesuch gestellt hatte.

Das anschliessende Gesuch des Staatssekretariats für Migration (SEM) um Wiederaufnahme des Beschwerdeführers durch den italienischen Staat blieb unbeantwortet.

Ein vom SEM in Auftrag gegebenes rechtsmedizinisches Gutachten ergab, dass der Beschwerdeführer mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit das 18. Lebensjahr vollendet und somit die Volljährigkeit erreicht habe.

Mit Schreiben vom 22. September 2023 gewährte das SEM dem Beschwerdeführer das rechtliche Gehör.

Mit Schreiben vom 3. Oktober 2023 hielt der Beschwerdeführer an dem von ihm ursprünglich angegebenen Geburtsdatum und somit an der Minderjährigkeit fest und reichte dazu eine Geburtsurkunde im Original ein.

Mit Verfügung vom 1. November 2023 trat das SEM auf das Asylgesuch des Beschwerdeführers nicht ein und ordnete die Wegweisung nach Italien sowie deren Vollzug an. Schliesslich wurde der Eintrag des Geburtsdatums (Volljährigkeit) im Zentralen Migrationsinformationssystem (ZEMIS) verfügt.

Dagegen erhob der Beschwerdeführer beim Bundesverwaltungsgericht Beschwerde und beantragte in der Hauptsache, es sei die Nichtigkeit dieses Entscheids festzustellen und im ZEMIS sei das von ihm ursprünglich angegebene Geburtsdatum (Minderjährigkeit) einzutragen.

Das Verfahren betreffend Nichteintreten auf Asylgesuch und Wegweisung und betreffend ZEMIS-Eintrag wurde aufgetrennt.

Das Bundesverwaltungsgericht heisst die Beschwerde gut, soweit die Aufhebung der angefochtenen Verfügung beantragt wird.

*Aus den Erwägungen:*

## 6.

**6.1** Der Anspruch auf rechtliches Gehör (Art. 29 VwVG) umfasst als Mitwirkungsrecht alle Befugnisse, die einer Partei einzuräumen sind, damit sie in einem Verfahren ihren Standpunkt wirksam zur Geltung bringen kann (vgl. BGE 144 I 11 E. 5.3; BVGE 2009/35 E. 6.4.1). Das Recht auf vorgängige Anhörung im Sinne von Art. 30 Abs. 1 VwVG als Teilgehalt des rechtlichen Gehörs sieht insbesondere vor, dass die Behörde sich beim Erlass ihrer Verfügung nicht auf Tatsachen stützen darf, zu denen sich die von der Verfügung betroffene Person nicht vorgängig äussern und diesbezüglich Beweis führen konnte.

Gemäss Art. 12 VwVG stellt die Behörde den Sachverhalt von Amtes wegen fest und bedient sich nötigenfalls der unter Buchstaben a–c aufgelisteten Beweismittel. Der Untersuchungsgrundsatz findet seine Grenze an der Mitwirkungspflicht der Asylsuchenden (Art. 8 AsylG [SR 142.31]; Art. 13 VwVG). Die unrichtige oder unvollständige Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts in Verletzung der behördlichen Untersuchungspflicht bildet einen Beschwerdegrund (Art. 106 Abs. 1 Bst. b AsylG). Unrichtig ist die Sachverhaltsfeststellung, wenn der Verfügung ein falscher und aktenwidriger Sachverhalt zugrunde gelegt wird oder Beweise falsch gewürdigt worden sind; unvollständig ist sie, wenn nicht alle für den Entscheid rechtswesentlichen Sachumstände berücksichtigt werden (vgl. BVGE 2014/2 E. 5.1 m.w.H.).

**6.2** In Verfahren von minderjährigen Asylsuchenden hat das SEM gewisse Anforderungen und namentlich spezifische Verfahrensvorschriften zu beachten (vgl. BVGE 2021 VI/3 E. 5.1; dazu auch die einschlägigen Bestimmungen in Art. 17 AsylG und Art. 7 der Asylverordnung 1 vom 11. August 1999 [AsylV 1, SR 142.311]).

**6.3** Grundsätzlich trägt die asylsuchende Person die Beweislast für die behauptete Minderjährigkeit (vgl. BVGE 2018 VI/3 E. 3 und 4.2.3 m.w.H.). Im Asylverfahren ist das Geburtsdatum von der asylsuchenden Person zumindest glaubhaft zu machen, wobei die Minderjährigkeit dann als glaubhaft gemacht zu erachten ist, wenn für deren Vorhandensein

gewisse Elemente sprechen, selbst wenn das Gericht noch mit der Möglichkeit rechnet, dass die gesuchstellende Person bereits volljährig ist (BGE 140 III 610 E. 4.1; 130 III 321 E. 3.3)

**6.4** In Verfahren von potenziell minderjährigen unbegleiteten Asylsuchenden führt das SEM im Regelfall eine Erstbefragung für unbegleitete minderjährige Asylsuchende (nachfolgend: EB UMA) durch, damit einerseits die Urteilsfähigkeit abgeschätzt werden kann, aber auch, um Anhaltspunkte über weitere zu treffende Massnahmen im Hinblick auf die Beurteilung der behaupteten Minderjährigkeit und die Wahrung der Interessen des Minderjährigen zu gewinnen (vgl. Handbuch Asyl und Rückkehr des SEM, Artikel C9, UMA, Ziff. 2.4.1 Registrierung und Befragung zur Person, S. 9).

**6.5** Die Rechtsprechung verlangt, sofern (wie vorliegend) keine Reise- oder Identitätspapiere vorliegen, bei der Einschätzung des Alters von angeblich minderjährigen Asylsuchenden eine Gesamtwürdigung, bei der namentlich die protokollierten Aussagen zu den persönlichen Lebensumständen zu berücksichtigen sind; dabei interessieren insbesondere die Angaben zum Alter, zu Identitätspapieren respektive den Gründen für deren Nichteinreichung, zu den familiären Umständen, zum Schulbesuch, zu Berufsbildung/Berufstätigkeit, zu den Ausreiseumständen sowie gegebenenfalls länderspezifische Angaben zum behaupteten Herkunftsgebiet (vgl. bereits Entscheidungen und Mitteilungen der [vormaligen] Schweizerischen Asylrekurskommission [EMARK] 2004 Nr. 30 E. 6.4.3 f. und 2005 Nr. 16 E. 4.1; statt vieler auch die Urteile des BVGer D-264/2022 vom 14. März 2022 E. 6.2.1 oder D-102/2022 vom 17. Januar 2022 E. 4.5 und 5).

**6.6** Das «persönliche Gespräch» gemäss Art. 5 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), ist – unter Vorbehalt der in seinem Abs. 2 genannten Ausnahmetatbestände – in Form einer Befragung durchzuführen, auf die nicht verzichtet und die nicht durch eine schriftliche Stellungnahme ersetzt werden kann (vgl. Urteile des BVGer F-3788/2022 vom 20. September 2022 E. 3.4.2 m.H. auf BVGE 2017 VI/5 E. 7.2.; F-2619/2022 vom 24. Juni 2022 E. 5.3).

**7.**

**7.1** Fehlerhafte Verwaltungsakte sind in der Regel nicht nichtig, sondern bloss anfechtbar. Nach der vom Bundesgericht entwickelten sogenannten Evidenztheorie sind Entscheide nichtig, wenn der ihnen anhaftende Mangel erstens besonders schwer ist, wenn er zweitens offensichtlich oder zumindest leicht erkennbar ist und wenn zudem drittens die Rechtssicherheit durch die Annahme der Nichtigkeit nicht ernsthaft gefährdet wird. Inhaltliche Mängel einer Entscheidung führen nur ausnahmsweise zur Nichtigkeit. Als Nichtigkeitsgründe fallen vorab funktionelle und sachliche Unzuständigkeit der entscheidenden Behörde sowie krasse Verfahrensfehler in Betracht. Die Nichtigkeit eines Entscheids ist von sämtlichen rechtsanwendenden Behörden jederzeit von Amtes wegen zu beachten (vgl. zum Ganzen etwa BGE 145 IV 197 E. 1.3.2 und 138 II 501 E. 3.1, je m.w.H.).

**7.2** Nach Durchsicht der Akten ist festzustellen, dass das SEM im vorliegenden Asylverfahren in der Tat weder eine EB UMA noch ein Dublin-Gespräch durchgeführt hat. Der einzige aktenkundige persönliche Kontakt einer SEM-Sachbearbeiterin mit dem Beschwerdeführer erfolgte am 18. Juli 2023, als diesem Fragen gestellt wurden, deren Antworten für die Durchführung des Altersgutachtens relevant sein konnten ([...]). Die entsprechende Gesprächsnotiz umfasst eine halbe A4-Seite und betrifft sieben standardisierte Fragen nach den vom Beschwerdeführer beherrschten Sprachen, nach chronischen Erkrankungen und der Einnahme von Medikamenten, nach Erkrankungen, Hungerphasen und Knochenbrüchen in der Kindheit/Jugendzeit und nach dem Land, in dem er aufgewachsen sei.

**7.3**

**7.3.1** Der Beschwerdeführer hält – wie nachfolgend dargelegt wird – zu Recht fest, dass die angefochtene Verfügung des SEM an erheblichen Mängeln leidet. Bei der Beurteilung der Frage der Nichtigkeit ist jedoch auch zu berücksichtigen, dass die einschlägigen Verfahrensregeln der Dublin-III-VO Ausnahmen von der in Art. 5 Abs. 1 Dublin-III-VO statuierten Regel der persönlichen Anhörung der Asylsuchenden vorsehen. Diese betreffen gemäss Art. 5 Abs. 2 Dublin-III-VO nicht nur die offensichtliche Konstellation des Verschwindens der antragstellenden Person (Bst. a), sondern auch den wenig liquiden Sachverhalt, dass diese bereits sachdienliche Angaben gemacht habe, sodass der zuständige Mitgliedstaat « auf andere Weise » bestimmt werden könne (Bst. b).

**7.3.2** Dem Beschwerdeführer wurde nach Vorliegen des Altersgutachtens schriftlich das rechtliche Gehör gewährt ([...]); zudem hatte, wie erwähnt, zuvor immerhin eine kurze technische « Zusatzbefragung » mit ihm stattgefunden. Unter diesen Umständen kann nach Ansicht des Bundesverwaltungsgerichts jedenfalls nicht gesagt werden, dass die Rechtsverletzung des SEM – nach Massgabe der Evidenztheorie – offenkundig ist. Der Verzicht auf die Durchführung einer EB UMA und des Dublin-Gesprächs genügt vorliegend deshalb noch nicht, um der Verfügung des SEM jegliche Rechtsverbindlichkeit abzusprechen. Nichtigkeitsgründe sind damit hier nicht gegeben.

**7.4** Das Rechtsbegehren des Beschwerdeführers um Feststellung der Nichtigkeit der Verfügung des SEM vom 1. November 2023 ist demnach abzuweisen.

## **8.**

**8.1** Die Vorinstanz hat es versäumt, vom Beschwerdeführer Angaben zu seinem persönlichen Hintergrund einzuholen, die für die Beurteilung der von ihm geltend gemachten Minderjährigkeit erforderlich sind. Dass eine Konstellation vorliegen würde, aufgrund derer ausnahmsweise auf die Durchführung einer persönlichen Befragung verzichtet werden könne (Art. 5 Abs. 2 Dublin-III-VO), wird vom SEM in der angefochtenen Verfügung nicht einmal behauptet; solches ergibt sich auch aus den Akten nicht.

**8.2** Die Vorinstanz scheint zu verkennen, dass medizinische Altersabklärungen nicht den Beweis für das Vorliegen der Minder- beziehungsweise Volljährigkeit einer Person zu erbringen vermögen, sondern bestenfalls als Indiz hierfür gelten können (vgl. BVGE 2018 VI/3 E. 4.2.2). Die sich aus den Akten ergebenden Indizien für die Volljährigkeit des Beschwerdeführers (Altersgutachten, Angaben der italienischen Behörden) sind für eine umfassende diesbezügliche Beurteilung offensichtlich nicht ausreichend.

**8.3** Der Vollständigkeit halber ist darauf hinzuweisen, dass das Vorbringen des Beschwerdeführers, das SEM hätte mangels entsprechender Anhaltspunkte gar kein Altersgutachten in Auftrag geben dürfen – beziehungsweise das Altersgutachten sei nicht verwertbar – nicht zu überzeugen vermag. Das SEM konnte sich, nachdem Italien in seiner Mitteilung vom 8. August 2023 darauf verwies, der Beschwerdeführer sei dort als volljähriger Asylsuchender registriert, durchaus veranlasst sehen, ein medizinisches Altersgutachten in Auftrag zu geben. Bezüglich der gesetzlichen

Grundlage für solche Abklärungen wird auf Art. 12 VwVG (Möglichkeit zur Anordnung von Expertisen im Rahmen von Beweisanordnungen) verwiesen, sowie auf Art. 17 Abs. 3<sup>bis</sup> AsylG, wonach mit wissenschaftlichen Methoden abgeklärt werden kann, ob das von einem Gesuchstellenden genannte Alter mit dem tatsächlichen Alter übereinstimmt (s. auch Art. 26 Abs. 2 AsylG; vgl. Urteil des BVGer E-3630/2023 vom 11. Juli 2023 E. 6.3).

**8.4** Zusammenfassend ist festzustellen, dass das SEM den Sachverhalt unvollständig festgestellt und das rechtliche Gehör des Beschwerdeführers (sowie die Begründungspflicht) verletzt hat.