



## Urteil vom 15. Dezember 2022

---

Besetzung

Einzelrichter Simon Thurnheer,  
mit Zustimmung von Richter Gérald Bovier;  
Gerichtsschreiberin Leslie Werne.

---

Parteien

**A.** \_\_\_\_\_,  
geboren am (...),  
Irak,  
(...),  
Beschwerdeführer,

gegen

**Staatssekretariat für Migration (SEM),**  
Quellenweg 6, 3003 Bern,  
Vorinstanz.

---

Gegenstand

Nichteintreten auf Asylgesuch und Wegweisung  
(Dublin-Verfahren - Art. 31a Abs. 1 Bst. b AsylG);  
Verfügung des SEM vom 28. November 2022 / N (...).

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

Der Beschwerdeführer suchte am 31. Juli 2022 in der Schweiz um Asyl nach. Ein Abgleich mit der europäischen Fingerabdruck-Datenbank (Zentraleinheit Eurodac) ergab, dass er am 27. Juli 2022 illegal in Italien eingereist und tags darauf daktyloskopisch erfasst worden war.

**B.**

Die Vorinstanz gewährte dem Beschwerdeführer am 17. August 2022 in Abwesenheit einer Rechtsvertretung das rechtliche Gehör (Dublin-Gespräch) zu einem allfälligen Nichteintretensentscheid und einer Überstellung nach Italien.

Zu einer Überstellung nach Italien äusserte sich der Beschwerdeführer ablehnend. Er begründete dies damit, dass die italienischen Behörden sehr schlecht mit ihm umgegangen seien und er in Italien von der Familie seiner Exfrau bedroht werde. Ein Asylgesuch habe er in Italien nie gestellt und seine Fingerabdrücke seien ihm unter Zwang abgenommen worden. Seinen Gesundheitszustand betreffend gab er an, er leide an einer Allergie respektive einem Juckreiz und er komme schnell ausser Atem und falle teilweise in Ohnmacht. Zudem verspüre er ein Gefühl der Angst und Unsicherheit.

**C.**

Am 5. August 2022 ersuchte das SEM die italienischen Behörden um Übernahme des Beschwerdeführers gestützt auf Art. 13 Abs. 1 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 (nachfolgend: Dublin-III-VO). Dieses Gesuch blieb unbeantwortet.

**D.**

Mit Verfügung vom 28. November 2022 – eröffnet am 30. November 2022 – trat das SEM in Anwendung von Art. 31a Abs. 1 Bst. b AsylG (SR 142.31) auf das Asylgesuch des Beschwerdeführers nicht ein, verfügte seine Überstellung nach Italien und forderte ihn auf, die Schweiz am Tag nach Ablauf der Beschwerdefrist zu verlassen. Gleichzeitig wies die Vorinstanz auf die einer allfälligen Beschwerde von Gesetzes wegen fehlende aufschiebende

Wirkung hin und beauftragte den Kanton B. \_\_\_\_\_ mit dem Vollzug der Wegweisung.

**E.**

Die zugewiesene Rechtsvertretung des Beschwerdeführers legte das Mandat am 1. Dezember 2022 nieder.

**F.**

Mit Beschwerde vom 7. Dezember 2022 an das Bundesverwaltungsgericht beantragte der Beschwerdeführer, die angefochtene Verfügung sei aufzuheben und die Vorinstanz anzuweisen, auf sein Asylgesuch einzutreten. Eventualiter sei die Sache an die Vorinstanz zurückzuweisen. In verfahrensrechtlicher Hinsicht beantragte er, der Beschwerde sei die aufschiebende Wirkung zu erteilen und die Vollzugsbehörden seien anzuweisen, von Vollzugshandlungen abzusehen. Zudem ersuchte er um Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung sowie um Kostenvorschussverzicht.

Der Beschwerde lag ein Bericht der Schweizerischen Flüchtlingshilfe (SFH) vom 6. Mai 2022 bei.

**G.**

Am 9. Dezember 2022 ordnete der Instruktionsrichter einen superprovisorischen Vollzugsstopp an.

**Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:**

**1.**

Gemäss Art. 105 AsylG i.V.m. Art. 31 VGG ist das Bundesverwaltungsgericht zur Beurteilung von Beschwerden auf dem Gebiet des Asyls zuständig und entscheidet über diese in der Regel – wie auch vorliegend – endgültig (vgl. Art. 83 Bst d Ziff. 1 BGG). Der Beschwerdeführer ist zur Beschwerdeführung legitimiert (Art. 48 Abs. 1 VwVG). Auf die frist- und formgerecht eingereichte Beschwerde ist einzutreten (Art. 108 Abs. 3 AsylG und Art. 52 Abs. 1 VwVG).

**2.**

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

**3.**

Die vorliegende Beschwerde erweist sich – wie nachfolgend aufgezeigt – als offensichtlich begründet und ist im Verfahren einzelrichterlicher Zuständigkeit mit Zustimmung einer zweiten Richterin (Art. 111 Bst. e AsylG), ohne Weiterungen und mit summarischer Begründung zu behandeln (Art. 111a Abs. 1 und 2 AsylG).

**4.**

**4.1** Der Beschwerdeführer macht (unter anderem) eine Verletzung des rechtlichen Gehörs geltend, da er davon ausgehe, dass das Dublin-Gespräch in Abwesenheit seiner Rechtsvertretung durchgeführt worden sei.

**4.2** Der in Art. 29 Abs. 2 BV garantierte und in den Art. 26 - 33 VwVG konkretisierte Anspruch auf rechtliches Gehör umfasst alle Befugnisse, die einer Partei einzuräumen sind, damit sie ihren Standpunkt wirksam zur Geltung bringen kann (vgl. BGE 135 II 286 E. 5.1; BVGE 2009/35 E. 6.4.1). Asylsuchende Personen, deren Gesuch in einem Zentrum des Bundes behandelt wird, haben Anspruch auf unentgeltliche Beratung und Rechtsvertretung (Art. 102f AsylG). Jeder asylsuchenden Person wird ab Beginn der Vorbereitungsphase und für das weitere Asylverfahren eine Rechtsvertretung zugeteilt (Art. 102h Abs. 1 AsylG). Auf diese Mandatierung verzichten können asylsuchende Personen sowohl für einzelne Verfahrenshandlungen als auch das gesamte Asylverfahren (vgl. Urteil des BVGer D-5420/2022 vom 30. November 2022 E. 4.2 und E-4638/2022 vom 21. Oktober 2022 E. 4.2; jeweils m.w.H.). Aufgrund ihrer schwächeren Verfahrensposition kann ein Verzicht auf Rechtsvertretung jedoch erst dann rechtswirksam angenommen werden, wenn die Asylsuchenden vorgängig über die Konsequenzen eines Verzichts informiert wurden und ihnen allfällige Alternativen bekannt sind (vgl. beispielsweise Urteil des BVGer D-657/2021 vom 25. Februar 2021 E. 5.3.3 sowie E-2805/2020 vom 29. Juli 2020 E. 3.5). Unabdingbar ist denn auch, dass der Verzicht ausdrücklich erklärt wird (vgl. ebd. sowie Urteil des BVGer E-2805/2020 vom 29. Juli 2020 E. 3.5).

**4.3** Aufgrund der Akten steht fest, dass der zuständige Sachbearbeiter des SEM den Beschwerdeführer zu Beginn des Dublin-Gesprächs darüber in Kenntnis setzte, dass seine Rechtsvertretung aus Kapazitätsgründen nicht am Gespräch teilnehme. Daraufhin führte die Vorinstanz das Dublin-Gespräch mit dem Beschwerdeführer in Abwesenheit einer Rechtsvertretung (vgl. A17/2). Obgleich das SEM offensichtlich Kenntnis des am 5. August 2022 begründeten Mandatsverhältnisses hatte (vgl. A13/1), unterliess es

der zuständige Sachbearbeiter, das (ausdrückliche) Einverständnis des Beschwerdeführers für die Durchführung des Gesprächs in Abwesenheit seiner Rechtsvertretung einzuholen und ihn auf mögliche Alternativen hinzuweisen. Auch finden sich in den Akten keine Hinweise auf einen allfälligen (grundsätzlichen) Verzicht auf Rechtsvertretung zu einem früheren Zeitpunkt im Verfahren. Der Vollständigkeit halber ist denn noch festzuhalten, dass, obgleich die Vorinstanz dies dem Beschwerdeführer gegenüber angekündigt hatte (vgl. A17/2), sie das Protokoll des Dublin-Gesprächs der Rechtsvertretung vor Erlass ihres Nichteintretensentscheids offensichtlich nicht zustellte und ihr keine Möglichkeit zur Stellungnahme bot.

**4.4** Die Vorinstanz hat damit den Anspruch des Beschwerdeführers auf rechtliches Gehör verletzt. Dementsprechend kann auch der rechtserhebliche Sachverhalt nicht als vollständig und richtig erstellt gelten. Der vorliegend festgestellte Verfahrensfehler wiegt schwer und eine Heilung fällt ausser Betracht. Die Vorinstanz ist demzufolge anzuweisen, dem Beschwerdeführer eine neue Rechtsvertretung zuzuweisen, ihn unter Wahrung seiner Verfahrensrechte erneut zu befragen und unter vollständiger und richtiger Feststellung des rechtserheblichen Sachverhaltes neu zu entscheiden. Die Eingaben auf Beschwerdestufe werden zum integralen Bestandteil des wiederaufzunehmenden erstinstanzlichen Verfahrens.

## **5.**

Die Beschwerde ist somit insofern gutzuheissen, als die Aufhebung der angefochtenen Verfügung und die Rückweisung zur Neuurteilung an die Vorinstanz beantragt wird. Es erübrigt sich, auf die weiteren mit der Beschwerdeschrift erhobenen Rügen einzugehen.

## **6.**

**6.1** Bei diesem Verfahrensausgang sind keine Kosten zu erheben (Art. 63 Abs. 1 und 2 VwVG). Die Gesuche um unentgeltliche Prozessführung und Kostenvorschussverzicht sind mit dem vorliegenden Entscheid in der Sache gegenstandslos geworden. Gleiches gilt für das Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung.

**6.2** Der ganz oder teilweise obsiegenden Partei kann von der Beschwerdeinstanz von Amtes wegen oder auf Begehren eine Entschädigung für ihr erwachsene notwendige und verhältnismässig hohe Kosten zugesprochen werden (Art. 64 Abs. 1 VwVG). Da dem nicht vertretenen Beschwerdeführer keine Kosten entstanden sein dürften, ist ihm keine Parteientschädigung zuzusprechen. (Dispositiv nächste Seite)

**Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:**

**1.**

Die Beschwerde wird gutgeheissen.

**2.**

Die Verfügung des SEM vom 28. November 2022 wird aufgehoben und die Sache im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückgewiesen.

**3.**

Es werden keine Verfahrenskosten auferlegt.

**4.**

Es wird keine Parteientschädigung ausgerichtet.

**5.**

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

Der Einzelrichter:

Die Gerichtsschreiberin:

Simon Thurnheer

Leslie Werne

Versand: