



Urteil vom 1. April 2020

Besetzung

Richterin Constance Leisinger (Vorsitz),
Richterin Christa Luterbacher,
Richterin Muriel Beck Kadima,
Gerichtsschreiberin Claudia Jorns Morgenegg.

Parteien

A. _____, geboren am (...),
Tunesien,
vertreten durch Raffaella Massara, Rechtsanwältin,
(...),
Beschwerdeführer,

gegen

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

Gegenstand

Asyl und Wegweisung;
Verfügung des SEM vom 28. Februar 2020.

Sachverhalt:**A.**

Gemäss dem zentralen Visa-Informationssystem hatte der Beschwerdeführer am 24. Mai 2019 auf der Französischen Botschaft in Tunesien um Erlass eines Schengen-Visums zwecks beruflichen Aufenthalts ersucht. Dieses wurde ihm für eine Gültigkeitsdauer vom 29. Mai 2019 bis zum 29. Juli 2019 gewährt.

B.

Am 27. Januar 2020 reiste der Beschwerdeführer in die Schweiz ein. Wegen illegalen Aufenthalts wurde er der Polizei zugeführt. Danach wurde er in Haft versetzt.

C.

Mit schriftlichen Eingaben vom 5. Februar 2020 (Poststempel) und vom 6. Februar 2020 (Poststempel) ersuchte der Beschwerdeführer beim SEM um Asyl und um Entlassung aus der Haft.

D.

Am 21. Februar 2020 ersuchte rubrizierte Rechtsanwältin beim SEM um Einsichtnahme in die Asylakten und reichte dazu eine ausschliesslich die Akteneinsicht umfassende Vollmacht des Beschwerdeführers ein.

E.

Am 26. Februar 2020 hörte das SEM den Beschwerdeführer in Anwendung von Art. 29 AsylG zu seinen Asylgründen an. Dabei machte er im Wesentlichen Probleme mit der tunesischen Regierung geltend.

F.

Mit Verfügung vom 27. Februar 2020 gewährte das SEM rubrizierter Rechtsanwältin – unter Ausnahme gewisser Aktenstücke – Einsicht in die Asylverfahrensakten. Das SEM wies darauf hin, dass keine Frist zur Stellungnahme eingeräumt werde, da nach Abschluss der amtlichen Untersuchung grundsätzlich kein Anspruch auf Durchführung eines Schriftenwechsels bestehe.

G.

Mit Verfügung vom 28. Februar 2020 (eröffnet am 2. März 2020) stellte das SEM fest, dass der Beschwerdeführer die Flüchtlingseigenschaft nicht erfülle. Es lehnte sein Asylgesuch ab und ordnete die Wegweisung aus der

Schweiz sowie den Wegweisungsvollzug an. Einer allfälligen Beschwerde gegen die Verfügung entzog das SEM die aufschiebende Wirkung.

In seiner Verfügung stellte sich das SEM in verfahrensrechtlicher Hinsicht auf den Standpunkt, Asylgesuche von Personen, die sich wie der Beschwerdeführer in Haft befinden würden, seien als "übrige Fälle" im Sinne von Art. 108 Abs. 6 AsylG, mithin als Verfahren sui generis zu erachten. Es handle sich dabei um Verfahren, die weder im beschleunigten Verfahren, noch im Dublin-Verfahren, noch im erweiterten Verfahren behandelt würden. Aus der für solche "übrigen Verfahren" geltenden Beschwerdefrist ergebe sich – anders als bei Verfahren in den Zentren des Bundes – keine verfassungsrechtliche Notwendigkeit eines durchgängigen unentgeltlichen Rechtsschutzes. Auch das Bundesamt für Justiz (BJ) habe in einer Stellungnahme vom 16. Juni 2017 zur Ämterkonsultation beziehungsweise Umsetzung der Neustrukturierung des Asylbereichs (Paket 3) erwähnt, dass asylsuchende Personen, die sich in Haft befänden und dort ein Asylgesuch im Sinne von Art. 8 Abs. 3 der Asylverordnung 1 vom 11. August 1999 (AsyV 1, SR 142.311) einreichen würden, nicht als einem Kanton zugewiesen zu erachten seien. Art. 102/Abs. 1 AsylG stelle demnach keine genügende Gesetzesgrundlage dar, um Asylsuchenden, die in Haft seien, den kostenlosen Zugang zu einer Rechtsberatungsstelle zu gewähren. Eine unentgeltliche Rechtsvertretung sei daher für solche Personen nicht vorgesehen.

H.

Mit – vorab per Telefax übermittelter – Eingabe vom 10. März 2020 erhob der Beschwerdeführer durch die rubrizierte Rechtsanwältin gegen diese Verfügung Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht. Darin wurde beantragt, die Verfügung des SEM sei aufzuheben und die Sache sei zur Wiederaufnahme des Verfahrens sowie zwecks Neuurteilung an das SEM zurückzuweisen. In verfahrensrechtlicher Hinsicht wurde beantragt, es sei der Beschwerde die aufschiebende Wirkung zu gewähren, die Vorinstanz sowie die kantonalen Vollzugsbehörden seien im Rahmen von vorsorglichen Massnahmen unverzüglich anzuweisen, bis zum Entscheid über das Rechtsmittel von jeglichen Vollzugshandlungen abzusehen. Ferner wurde um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege, insbesondere um Beiordnung der Unterzeichnenden als amtliche Rechtsbeiständin sowie um Erlass von der Kostenvorschusspflicht ersucht.

Zur Begründung wurde unter Berufung auf Art. 102h und 102j AsylG sowie das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts D-5705/2019 vom 25. November 2019 ausgeführt, jeder asylsuchenden Person sei kraft Gesetzes eine Rechtsvertretung zur Verfügung zu stellen. Die vorliegend unterlassene Verbeiständung habe die Ungültigkeit der in diesem Zeitraum durchgeführten Prozesshandlungen zur Folge. Der Beschwerdeführer habe vorliegend nicht ausdrücklich auf die ihm zustehende Rechtsvertretung verzichtet. Er sei daher bei der Befragung nicht gehörig vertreten gewesen und damit sein Anspruch auf rechtliches Gehör verletzt worden.

Der Beschwerde lag eine Vollmacht vom 4. beziehungsweise 6. März 2020 betreffend das Asyl- und Zwangsmassnahmeverfahren des Beschwerdeführers bei.

I.

Am 12. März 2020 bestätigte das Bundesverwaltungsgericht den Eingang der Beschwerde.

J.

Mit – vorab per Telefax übermitteltem – Schreiben vom 16. März 2020 wiederholte die Rechtsvertreterin ihr Ersuchen um Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung sowie um Anordnung vorsorglicher Massnahmen. Dem Schreiben wurde eine – betreffend die Nummerierung – korrigierte Version der Beschwerde vom 10. März 2020 beigelegt.

K.

Mit superprovisorischer Verfügung vom 17. März 2020 setzte die zuständige Instruktionsrichterin den Vollzug der Wegweisung des Beschwerdeführers vorerst aus.

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:

1.

1.1 Gemäss Art. 31 VGG beurteilt das Bundesverwaltungsgericht Beschwerden gegen Verfügungen nach Art. 5 VwVG. Das SEM 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 entscheidet auf dem Gebiet des Asyls in der Regel – wie auch vorliegend – endgültig (Art. 105 AsylG; Art. 83 Bst. d Ziff. 1 BGG). Das Verfahren richtet sich nach

dem VwVG, dem VGG und dem BGG, soweit das AsylG nichts anderes bestimmt (Art. 37 VGG und Art. 6 AsylG).

1.2 Der Beschwerdeführer ist als Verfügungsadressat zur Beschwerdeführung legitimiert (Art. 48 VwVG). Auf die frist- und formgerecht eingereichte Beschwerde (Art. 108 AsylG sowie Art. 52 Abs. 1 VwVG) ist demnach einzutreten.

2.

Die Kognition des Bundesverwaltungsgerichts und die zulässigen Rügen richten sich im Asylbereich nach Art. 106 Abs. 1 AsylG, im Bereich des Ausländerrechts nach Art. 49 VwVG (vgl. BVGE 2014/26 E. 5).

3.

3.1 Gemäss Art. 102*f* Abs. 1 AsylG haben asylsuchende Personen, deren Gesuch in einem Zentrum des Bundes behandelt wird, Anspruch auf unentgeltliche Rechtsberatung und Rechtsvertretung. Art. 102*h* Abs. 1 AsylG besagt ausserdem, dass jeder asylsuchenden Person ab Beginn der Vorbereitungsphase (Art. 26 AsylG) und für das weitere Asylverfahren eine Rechtsvertretung zugeteilt wird, sofern die asylsuchende Person nicht ausdrücklich darauf verzichtet. Die – der Person dergestalt zugewiesene, unentgeltliche – Rechtsvertretung dauert gemäss Art. 102*h* Abs. 3 AsylG – unter Vorbehalt von Art. 102*i* AsylG – bis zur Rechtskraft des Entscheides im beschleunigten Verfahren und im Dublin-Verfahren oder aber bis zum Entscheid über die Durchführung eines erweiterten Verfahrens. Eine Zuteilung in das erweiterte Verfahren erfolgt nach Art. 26*d* AsylG dann, wenn ein Entscheid im beschleunigten Verfahren nicht möglich ist, namentlich, wenn weitere Abklärungen erforderlich sind.

3.2 Das SEM stellt sich in seiner Verfügung insbesondere auf den Standpunkt, es handle sich vorliegend um ein Asylverfahren *sui generis*, da der Beschwerdeführer sein Asylgesuch aus der Haft und nicht in einem Zentrum des Bundes (Bundesasylzentrum, BAZ) gestellt habe. Lediglich Personen, die sich in einem Dublin-Verfahren oder einem beschleunigten Verfahren befänden und deren Gesuch im Zentrum des Bundes behandelt würden, hätten uneingeschränkten Anspruch auf eine unentgeltliche Rechtsvertretung. Im erweiterten Verfahren bestehe gemäss Art. 102*i* AsylG kein genereller Anspruch auf eine unentgeltliche Rechtsvertretung, sondern lediglich bei entscheidrelevanten Schritten. Da das Asylgesuch des Beschwerdeführers nie in einem BAZ behandelt worden und daher

nicht ins erweiterte Verfahren zugewiesen worden sei, bestehe keine Möglichkeit der Anwendung von Art. 102f AsylG. Es bestehe für ihn daher keine Möglichkeit sich bei entscheiderelevanten Schritten an eine Rechtsberatungsstelle im Kanton oder an die ihm zuvor zugewiesene Rechtsvertretung zu wenden.

3.3 Zu diesen Schlussfolgerungen ist Folgendes zu bemerken: Das SEM hält in seinen Sachverhaltsfeststellungen fest: "Sie stellten am 6. Februar 2020 aus der Haft im Regionalgefängnis B. _____ ein schriftliches Asylgesuch und wurden zuständigkeitshalber dem Bundesasylzentrum (BAZ) der Region C. _____ zugewiesen." Damit signalisiert die Vorinstanz, dass der Beschwerdeführer ab Stellung des Asylgesuches in verfahrensrechtlicher Hinsicht, wenn auch nicht physisch (da dies aufgrund seines Haftaufenthaltes nicht möglich war), so doch zumindest formal einem BAZ zugewiesen wurde. Wenn das SEM in seinen Erwägungen zudem darauf schliesst, der Beschwerdeführer könne sich bei entscheiderelevanten Schritten im erweiterten Verfahren nicht an eine Rechtsberatungsstelle im Kanton oder aber an eine ihm zugewiesene Rechtsvertretung wenden und in diesem Zusammenhang auf Art. 102f AsylG hinweist, deutet es gleichzeitig darauf hin, dass es *sinngemäss nach Art. 26 ff. AsylG* vorgegangen ist. Demnach würde sich der Beschwerdeführer (in Analogie zu Art. 26d AsylG) im erweiterten Verfahren befinden. Dies lässt sich auch aus der in der Rechtsmittelbelehrung genannten Norm von Art. 108 Abs. 2 AsylG schliessen, welche sich auf materiell getroffene Entscheide des SEM im erweiterten Verfahren bezieht. Wenn das SEM jedoch – zumindest in Analogie – von einem erweiterten Verfahren ausgeht, so wäre es – entgegen seiner Auffassung in der Verfügung – gehalten gewesen, dem Beschwerdeführer von Beginn weg den Zugang zu einer kostenlosen Rechtsvertretung zu ermöglichen.

So steht nämlich gemäss Art. 26 AsylG einer um Asyl nachsuchenden Person ab Beginn der Vorbereitungsphase die unentgeltliche Rechtsverbesserung zu. Diese Verfahrensphase geht nicht nur dem eigentlichen Asylverfahren in Form eines beschleunigten oder eines Dublin-Verfahrens voraus, sondern mithin auch dem sogenannten erweiterten Asylverfahren. Die Triage, ob ein Entscheid im beschleunigten Verfahren oder im erweiterten Verfahren getroffen wird, weil weitere Abklärungen, wie etwa eine zusätzliche Anhörung angezeigt sind, erfolgt erst nach der Anhörung zu den Asylgründen (Art. 26d AsylG). Der Bundesrat hat dies in diesem Zusammenhang in seiner Botschaft zu der am 1. März 2019 in Kraft getretenen Änderung des Asylgesetzes 3. September 2014 klar festgehalten. So

hat er ausgeführt, im erweiterten Verfahren bestehe der Anspruch auf eine kostenlose Beratung und Rechtsvertretung bis zum Entscheid, dass das (eigentliche) erweiterte Verfahren zum Tragen komme, was bedeute, dass der Anspruch bis und mit der Anhörung zu den Asylgründen (nach Art. 29 AsylG) bestehe (vgl. Botschaft zur Änderung des Asylgesetzes [Neustrukturierung des Asylbereichs] vom 3. September 2014 [BBI 2014 7991] S. 8023 und 8090). Bis nach der Anhörung zu den Asylgründen und damit bis zum Entscheid, ob das erweiterte Verfahren durchzuführen ist, haben asylsuchende Personen somit uneingeschränkten Anspruch auf eine Rechtsverteiständung. Erst nach erfolgter Anhörung und – damit verbunden – dem definitiven Entscheid darüber, dass das Verfahren im erweiterten Verfahren durchgeführt wird, wird der Anspruch auf unentgeltliche Beratung und Vertretung eingeschränkt, indem diese nur bei sogenannten entscheiderelevanten Schritten wie etwa einer zusätzlichen Anhörung (vgl. Art. 102l, Art. 52h AsylV1), gewährt wird.

3.4 Eine – zumindest – analoge Anwendung von Art. 26 ff. und Art. 102f-k AsylG ist vorliegend denn auch angezeigt:

3.4.1 Einerseits ist darauf hinzuweisen, dass bei asylsuchenden Personen im sogenannten Flughafenverfahren (bei denen keine eigentliche Vorbereitungsphase nach Art. 26 AsylG stattfindet, *sinngemäss die Art. 102f – 102k AsylG* zum Tragen kommen (vgl. Art. 22 Abs. 3 bis AsylG). Diesen Personen steht *analog zur Regelung in den Zentren des Bundes ab dem Tag der Einreichung des Gesuches im Flughafen die unentgeltliche Rechtsvertretung und Beratung zur Verfügung* (vgl. BBI 2014 7991, S. 8024 und S. 8066). Ein Aufenthalt in einem Zentrum des Bundes ab Stellung des Asylgesuches ist demnach – entgegen der Annahme des SEM – nicht zwingend eine Bedingung für den Zugang zur kostenlosen Rechtsvertretung.

3.4.2 Andererseits hat das Bundesverwaltungsgericht bereits im Urteil D-5705/2019 vom 25. November 2019 festgehalten, dass (nach ihrer Einreise in die Schweiz) eine Person ab Stellung ihres Asylgesuches grundsätzlich Anspruch auf unentgeltliche Rechtsberatung und Rechtsvertretung habe (a.a.O. S. 4). Dies gilt nach Auffassung des Gerichts und wie in zitiertem Urteil explizit festgestellt wurde, auch für Asylsuchende, die sich in Haft befinden (vgl. a.a.O. S. 5).

3.4.3 Die Berufung des SEM auf die Stellungnahme des BJ, wonach Personen, die sich im Strafvollzug oder in Haft befinden würden und dort gestützt auf Art. 8 Abs. 3 AsylV1 ein Asylgesuch einreichen würden, keinem Kanton im Sinne von Art. 102/AsylG zugewiesen werden könnten, vermag an dieser Ansicht nichts zu ändern. Das BJ bezog sich vielmehr auf die Frage nach einer Kantonszuweisung für eine sich in Haft befindliche Person. Aus der Stellungnahme des BJ lässt sich hingegen nicht schliessen, dass inhaftierten Personen ab Beginn der Asylgesuchstellung keine kostenlose Vertretung zustehen würde. Denn aus dem blossen Umstand, dass sich der Rechtsschutz gemäss Art. 102/AsylG lediglich auf die rechtliche Unterstützung bei sogenannten entscheidungsrelevanten Schritten beschränkt, lässt sich – wie schon erwähnt – nicht folgern, inhaftierte Personen hätten ab Asylgesuchstellung und mindestens bis und mit ihrer Anhörung zu den Asylgründen keinen Anspruch auf unentgeltliche Rechtsvertretung.

3.5 Im Weiteren ist festzuhalten, dass das Gebot der kostenlosen Vertretung von Asylsuchenden – wie vom SEM zwar zu Recht erkannt – als flankierende Massnahme zwecks Beschleunigung der Asylverfahren eingeführt wurde, da sowohl im Dublin-Verfahren als auch im beschleunigten Verfahren kurze Verfahrens- und Beschwerdefristen gelten (vgl. BBI S. 8023). So gilt in Dublin-Verfahren eine Beschwerdefrist von fünf Arbeitstagen, in den beschleunigten Verfahren beträgt sie sieben Arbeitstage (Art. 108 Abs. 3 und 1 AsylG). Im erweiterten Verfahren ist sie auf dreissig Tage festgesetzt (Art. 108 Abs. 2 AsylG) und damit bedeutend länger. Trotz dieser längeren Beschwerdefrist gilt aber – wie zuvor aufgezeigt – auch hier, dass eine asylsuchende Person im erstinstanzlichen Verfahren zumindest bis zum Entscheid über die Durchführung des erweiterten Verfahrens einen Anspruch auf kostenlose Rechtsvertretung hat. Die Auffassung des SEM, wonach sich aus der ordentlichen Beschwerdefrist gemäss Art. 108 Abs. 6 AsylG von dreissig Tagen keine verfassungsrechtliche Notwendigkeit eines unentgeltlichen Rechtsschutzes ergebe, greift in dieser generellen Form nicht.

3.6 Ohnehin erscheint aus dem Verfügungstext nicht ganz klar, auf welche konkrete Norm sich das SEM hinsichtlich der Rechtsmittelfrist stützen will. Denn einerseits erwähnt es diesbezüglich in seinen Erwägungen die in Art. 108 Abs. 6 AsylG verankerte dreissigtägige Beschwerdefrist, weil es sich seiner Ansicht nach vorliegend um ein Verfahren sui generis handle. Andererseits bezieht es sich in seiner Begründung hinsichtlich der Frage des Zugangs des Beschwerdeführers zur kostenlosen Rechtsvertretung – wie erwähnt – mehrmals auf Normen des erweiterten Verfahrens. In seiner

Rechtsmittelbelehrung stützt es sich auf Art. 108 Abs. 2 AsylG und damit auf die – wie bei Art. 108 Abs. 6 AsylG gleichsam dauernde – dreissigtägige Rechtsmittelfrist, welche für materielle Entscheide im erweiterten Verfahren gilt. Die Verfügung erweist sich somit in diesem Punkt als widersprüchlich und damit als nicht hinreichend begründet.

3.7 Aus diesen Erwägungen folgt, dass das SEM zu Unrecht davon ausging, der Beschwerdeführer habe keinen Anspruch auf unentgeltliche Rechtsvertretung. Ab Asylgesuchstellung hätte analog Art. 26 ff. AsylG das Asylverfahren durchgeführt werden und ihm in Analogie von Art. 102f ff. AsylG eine kostenlose Rechtsvertretung zugewiesen werden müssen. Indem das SEM die vorgesehenen gesetzlichen Verfahrensgarantien ausser Acht gelassen hat, hat es in schwerwiegender Weise Bundesrecht verletzt. Zudem liegt – wie zuvor erwähnt – eine mangelnde Begründung vor (vgl. BGE 136 I 184 E. 2.2.1).

4.

Die Beschwerde ist daher gutzuheissen. Die vorinstanzliche Verfügung vom 28. Februar 2020 ist aufzuheben und die Sache ist im Sinne der Erwägungen ans SEM zurückzuweisen (Art. 61 Abs. 1 in fine VwVG).

5.

Bei diesem Ausgang des Verfahrens ist das Gesuch um Gewährung der aufschiebenden Wirkung der Beschwerde gegenstandslos geworden.

6.

Bei diesem Verfahrensausgang sind keine Kosten zu erheben (Art. 63 Abs. 1 und 2 VwVG). Das Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege im Sinne von Art. 65 Abs. 1 VwVG ist ebenso wie das Gesuch um amtliche Rechtsvertretung im Sinne von Art. 102m Abs. 1 Bst. a AsylG gegenstandslos geworden.

7.

Dem vertretenen Beschwerdeführer ist angesichts des Ausgangs des Verfahrens zu Lasten der Vorinstanz eine Parteientschädigung für die ihm erwachsenen notwendigen und verhältnismässig hohen Kosten zuzusprechen (Art. 64 Abs. 1 VwVG i.V.m. Art. 7 Abs. 1 des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]). Obwohl in Aussicht gestellt, wurde bis dato keine Kostennote durch die Rechtsvertreterin eingereicht,

weshalb die notwendigen Parteikosten aufgrund der Akten bestimmt werden (Art. 14 Abs. 2 in fine VGKE). Gestützt auf die in Betracht zu ziehenden Bemessungsfaktoren (Art. 9–13 VGKE) ist dem Beschwerdeführer zulasten der Vorinstanz eine Parteientschädigung von insgesamt Fr. 900.– zuzusprechen.

(Dispositiv nächste Seite)

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.

Die Beschwerde wird gutgeheissen.

2.

Die Verfügung vom 28. Februar 2020 wird aufgehoben und die Sache zur Neubeurteilung im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückgewiesen.

3.

Es sind keine Verfahrenskosten zu sprechen.

4.

Das SEM wird angewiesen, dem Beschwerdeführer für das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht eine Parteientschädigung von insgesamt Fr. 900.– auszurichten.

5.

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

Die vorsitzende Richterin:

Die Gerichtsschreiberin:

Constance Leisinger

Claudia Jorns Morgenegg

Versand: