



## Urteil vom 10. August 2023

---

Besetzung

Einzelrichterin Esther Marti,  
mit Zustimmung von Richter Thomas Segessenmann;  
Gerichtsschreiberin Patricia Petermann Loewe.

---

Parteien

A. \_\_\_\_\_, geboren am (...), und sein Sohn  
B. \_\_\_\_\_, geboren am (...),  
Serbien,  
beide vertreten durch MLaw Ruedy Bollack,  
(...),  
Beschwerdeführer,

gegen

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

---

Gegenstand

Asyl und Wegweisung (Art. 40 i.V.m. Art. 6a Abs. 2 AsylG);  
Verfügung des SEM vom 28. April 2023 / N (...).

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

**A.a** Der Beschwerdeführer A. \_\_\_\_\_, ein serbischer Staatsangehöriger der Ethnie der Roma, reiste gemäss eigenen Angaben zusammen mit seinem Sohn B. \_\_\_\_\_ am 24. August 2021 in die Schweiz ein, wo er für sich und seinen Sohn einen Tag später um Asyl nachsuchte (SEM-Akten: [...], nachfolgend A). Mit Verfügung vom 8. März 2022 stellte das SEM fest, die Beschwerdeführenden erfüllten die Flüchtlingseigenschaft nicht, wies ihre Asylgesuche ab, und ordnete die Wegweisung nach Serbien sowie deren Vollzug an.

**A.b** Dagegen erhoben die Beschwerdeführer am 16. März 2022 Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht (BVGer). Sie beantragten, nach Aufhebung der angefochtenen Verfügung sei festzustellen, dass der Vollzug der Wegweisung nach Serbien unzumutbar sei, weshalb sie vorläufig aufzunehmen seien; eventualiter sei die Sache wegen ungenügend festgestelltem Sachverhalt und Verletzung der Abklärungspflicht an das SEM zurückzuweisen sei.

**A.c** Mit Urteil E-1246/2022 vom 5. Mai 2022 stellte das BVGer zunächst fest, hinsichtlich der Frage der Flüchtlingseigenschaft, der Gewährung von Asyl und der Wegweisung sei die Verfügung vom 8. März 2022 mangels Anfechtung in Rechtskraft erwachsen (vgl. a.a.O. E. 2). Mit Blick auf das Kindeswohl als gewichtigem Aspekt des Wegweisungsvollzugs stellte es eine Verletzung der Untersuchungs- und der Begründungspflicht fest (vgl. a.a.O. E. 6.3). Die Frage, ob das SEM mangels Anhörung des Sohnes dessen rechtliches Gehör verletzt habe, liess das BVGer offen, stellte aber gleichzeitig fest, das SEM werde sich im Rahmen des wiederaufzunehmenden Verfahrens mit dem entsprechenden Beweisantrag zu befassen haben. Es werde zu prüfen haben, ob zur vollständigen Sachverhaltsfeststellung und Wahrung des rechtlichen Gehörs eine kindgerechte Anhörung durchzuführen sei, oder ob die Kindesinteressen in anderer geeigneter Weise Eingang ins Verfahren finden könnten (vgl. a.a.O. E. 6.4). Die angefochtene Verfügung wurde im Umfang des Verfahrensgegenstandes (Dispositivziffern 4 und 5 der Verfügung vom 8. März 2022) aufgehoben und die Sache im Sinne der Erwägungen an das SEM zurückgewiesen.

**B.**

**B.a** Am 18. Januar 2023 ersuchte das SEM die schweizerische Botschaft in Belgrad um Abklärungen und stellte dabei spezifische Fragen. Am

1. Februar 2023 wurde die Antwort der Botschaft dem SEM elektronisch übermittelt.

**B.b** Im Schreiben vom 15. März 2023 fasste das SEM den wesentlichen Inhalt der Botschaftsantwort zusammen und gewährte den Beschwerdeführern das rechtliche Gehör. Mit Eingabe vom 27. März 2023 reichten diese ihre Stellungnahme zu den Akten.

### **C.**

**C.a** Mit Schreiben vom 23. Januar 2023 forderte das SEM die Beschwerdeführer zur Einreichung eines aktuellen Arztberichts den Sohn betreffend auf.

**C.b** Die Rechtsvertretung reichte daraufhin am 22. Februar 2023 folgende Unterlagen zu den Akten: ein von der behandelnden Kinderärztin Dr. med. C.\_\_\_\_\_ ausgefülltes Formular "Ärztlicher Bericht für die medizinische Sachverhaltsabklärung im Asylverfahren" vom 18. Februar 2023 (A65) sowie einen ärztlichen Bericht derselben Ärztin vom 10. März 2023 (A68), einen pädagogischen Beobachtungsbericht des D.\_\_\_\_\_heims "E.\_\_\_\_\_" vom 15. November 2022 (A66) und einen ambulanten Bericht des (...)spitals F.\_\_\_\_\_ (G.\_\_\_\_\_, Neuropädiatrie) vom 26. Oktober 2022 (A67).

**C.c** Mit Eingabe vom 24. April 2023 reichte die Rechtsvertretung einen ambulanten Bericht der G.\_\_\_\_\_ vom 17. April 2023 (A73) ins Recht.

### **D.**

Mit am 3. Mai 2023 eröffneter Verfügung vom 28. April 2023 stellte das SEM erneut fest, die Beschwerdeführer erfüllten die Flüchtlingseigenschaft nicht, lehnte ihre Asylgesuche ab, wies sie aus der Schweiz weg und ordnete den Wegweisungsvollzug an.

### **E.**

Mit Beschwerde vom 10. Mai 2023 fochten die Beschwerdeführer diese Verfügung beim BVGer an. Sie beantragen, nach Aufhebung der Verfügung seien sie als Flüchtlinge anzuerkennen und es sei ihnen Asyl zu gewähren. Eventualiter sei wegen Unzulässigkeit respektive Unzumutbarkeit des Wegweisungsvollzugs die vorläufige Aufnahme anzuordnen. Subeventualiter sei die Sache zur Neuurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen. In verfahrensrechtlicher Hinsicht sei die unentgeltliche Prozessführung zu gewähren, auf die Erhebung eines Kostenvorschusses zu verzichten und MLaw Ninja Frey als amtliche Rechtsbeiständin zu bestellen.

Am gleichen Tag wurde eine Fürsorgebestätigung der Sozial-Hilfe Basel-Stadt vom 10. Mai 2023 zu den Akten gereicht.

#### **F.**

**F.a** Mit Zwischenverfügung vom 19. Mai 2023 forderte die zuständige Instruktionsrichterin die Beschwerdeführer unter Androhung eines Nichteintretensentscheides zur Verbesserung ihrer Beschwerde auf.

**F.b** Am 24. Mai 2023 reichten sie fristgerecht die Beschwerdeverbesserung ein. Gleichzeitig beantragten sie, statt MLaw Ninja Frey sei MLaw Ruedy Bollack als amtlicher Rechtsbeistand zu bestellen. Die dazugehörige Vollmacht mit Datum vom 24. Mai 2023 wurde am 26. Mai 2023 nachgereicht.

#### **G.**

Mit Zwischenverfügung vom 29. Juni 2023 trat das BVGer auf das Begehren, die Beschwerdeführer seien als Flüchtlinge anzuerkennen und es sei ihnen Asyl zu gewähren, nicht ein. Gleichzeitig hiess es das Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung gut, verzichtete auf die Erhebung eines Kostenvorschusses und setzte MLaw Ruedy Bollack als amtlichen Rechtsbeistand ein. Ferner wurde das SEM unter ausdrücklichem Hinweis auf Art. 58 Abs. 1 VwVG eingeladen, eine Vernehmlassung einzureichen.

#### **H.**

**H.a** Am 12. Juli 2023 ersuchte das SEM aufgrund der hohen Geschäftslast (bei gleichzeitigen Ausfällen von Mitarbeitenden) um Fristerstreckung bezüglich der Einreichung seiner Vernehmlassung.

**H.b** Mit Zwischenverfügung vom 17. Juli 2023 wies die Instruktionsrichterin das Gesuch um Fristerstreckung ab und gewährte eine Notfrist zur Einreichung der Vernehmlassung.

**H.c** In seiner Vernehmlassung vom 20. Juli 2023 hält das SEM an seinen Erwägungen in der angefochtenen Verfügung fest und beantragt sinngemäss die Abweisung der Beschwerde. Die Vernehmlassung wird den Beschwerdeführern zusammen mit dem vorliegenden Urteil zur Kenntnisnahme zugestellt.

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

### **1.**

**1.1** Gemäss Art. 31 VGG ist das Bundesverwaltungsgericht zur Beurteilung von Beschwerden gegen Verfügungen nach Art. 5 VwVG zuständig und entscheidet auf dem Gebiet des Asyls in der Regel – wie auch vorliegend – endgültig (Art. 83 Bst. d Ziff. 1 BGG; Art. 105 AsylG).

**1.2** 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).

**1.3** Die Beschwerde ist frist- und nach entsprechender Verbesserung auch formgerecht eingereicht worden. Die Beschwerdeführer sind zur Einreichung der Beschwerde legitimiert (Art. 105 und Art. 108 Abs. 3 AsylG; Art. 48 Abs. 1 sowie Art. 52 Abs. 1 VwVG). Auf die Beschwerde ist, im Rahmen des Verfahrensgegenstandes (vgl. nachfolgend E. 2) einzutreten.

### **2.**

Über das Asylgesuch der Beschwerdeführer vom 25. August 2021 hat das SEM mit Verfügung vom 8. März 2022 – soweit die Flüchtlingseigenschaft, die Asylgewährung und die Wegweisung betreffend (Dispositivziffern 1 bis 3) – bereits rechtskräftig entschieden. Für das SEM bestand mithin offensichtlich kein Raum, in seiner Verfügung vom 28. April 2023 nochmals über diese Fragen zu entscheiden. Entsprechend ist auch auf die diesbezüglichen Beschwerdebegehren nicht einzutreten (vgl. Zwischenverfügung vom 29. Juni 2023; Sachverhalt Bst. G.). Verfahrensgegenstand ist einzig die Frage, ob das SEM zu Recht festgestellt hat, dem Vollzug der Wegweisung stünden keine Hindernisse entgegen, sondern er sei zulässig, zumutbar und möglich (Dispositivziffern 4 und 5 der angefochtenen Verfügung).

### **3.**

Die Kognition des Bundesverwaltungsgerichts und die zulässigen Rügen richten sich im Bereich des Ausländerrechts nach Art. 49 VwVG (Art. 112 Abs. 1 AIG).

### **4.**

Über offensichtlich begründete Beschwerden wird in einzelrichterlicher Zuständigkeit mit Zustimmung eines zweiten Richters beziehungsweise einer zweiten Richterin entschieden (Art. 111 Bst. e AsylG). Wie nachstehend aufgezeigt, handelt es sich um eine solche, weshalb das Urteil nur summarisch zu begründen ist (Art. 111a Abs. 2 AsylG).

## **5.**

**5.1** In der Rechtsmitteleingabe wird in formeller Hinsicht eine Verletzung des Untersuchungsgrundsatzes, des rechtlichen Gehörs sowie der Begründungspflicht gerügt. Diese Rügen sind vorab zu prüfen, da sie allenfalls geeignet sind, eine Kassation der angefochtenen Verfügung zu bewirken.

**5.2** Gemäss Art. 12 VwVG stellt die Behörde den Sachverhalt von Amtes wegen fest und bedient sich nötigenfalls der unter dieser Norm aufgelisteten Beweismittel. Der in Art. 29 Abs. 2 BV garantierte und in den Art. 26 ff. VwVG konkretisierte Grundsatz des rechtlichen Gehörs umfasst das Recht, mit eigenen Begehren gehört zu werden, Einblick in die Akten zu erhalten und zu den für die Entscheidung wesentlichen Punkten Stellung nehmen zu können. Hinsichtlich der hinsichtlich dieser Verfahrensmaximen geltenden von Lehre und Rechtsprechung entwickelten Grundsätzen wird integral auf die E. 6.2 des in der vorliegenden Sache bereits getroffenen Kassationsurteils des BVGer E-1246/2022 (a.a.O.) verwiesen.

**5.3** Hebt das BVGer einen angefochtenen Entscheid auf und weist die Sache zur Neuurteilung an die Vorinstanz zurück (Art. 61 Abs. 1 VwVG) – wie dies vorliegend mit Urteil des BVGer E-1246/2022 (a.a.O.) geschehen ist –, so hat diese die Erwägungen, mit denen die Rückweisung begründet wird, ihrem neuen Entscheid zugrunde zu legen (vgl. WEISSENBERGER/HIRZEL, in: Praxiskommentar Verwaltungsverfahrensgesetz, Waldmann/Weissenberger [Hrsg.], 2. Aufl. 2016, Art. 61 N. 28 m.w.H.).

## **6.**

Das Kassationsbegehren ist, wie nachfolgend aufgezeigt, offensichtlich begründet:

### **6.1**

**6.1.1** Das BVGer hat in seinem Urteil E-1246/2022 (a.a.O.) festgestellt, hinsichtlich der Situation von B.\_\_\_\_\_ drängten sich zur hinreichenden Feststellung des rechtsrelevanten Sachverhalts weitere Abklärungen auf. Mit Blick auf den Vollzug der Wegweisung seien insbesondere Informationen über das aktuelle Obhut- und Sorgerecht des Kindes notwendig (vgl. a.a.O. E.6.3.2 und E. 6.3.4). Zwar wird durch die Botschaftsantwort (mit Hinweis auf einen richterlichen Entscheid vom 27. Oktober 2015) einerseits teilweise bestätigt, dass das Sorgerecht wohl beim Vater liege. Andererseits erwähnt dieselbe Botschaftsantwort, dass B.\_\_\_\_\_ zeitweise (zwischen 2017 und 2019) von einer Beiständin (curatrice) betreut worden sei. Damit ist jedoch nicht geklärt, wer aktuell das Obhut- und Sorgerecht

für B.\_\_\_\_\_ trägt, zumal keine Angaben über das Ausmass der Betreuungspflichten der damaligen Beiständin und darüber zu finden sind, ob ihre Pflichten auch heute noch für B.\_\_\_\_\_ bestehen, respektive, ob damit gerechnet werden darf, dass sie im Hinblick auf eine Rückkehr der Beschwerdeführenden rechtzeitig wieder eingesetzt wird. Es ist offensichtlich – B.\_\_\_\_\_ ist seit Oktober 2021 und nach wie vor fremdplatziert (A66) – , dass der Vater, selbst wenn das Sorgerecht auch heute noch bei ihm liegt, nicht in der Lage ist, seinen Fürsorgepflichten in einer Weise nachzukommen, dass das Kindeswohl nicht (erneut) gefährdet wäre. Hinzu kommt, dass dem Vater gegebenenfalls bei der Rückkehr eine (...)jährige Haftstrafe droht.

**6.1.2** In seinem Urteil E-1246/2022 (a.a.O.) hat das BVGer auch darauf hingewiesen, dass – wenn die Rückkehr zu den Eltern (respektive zu jenem Elternteil, der das Obhut- und Sorgerecht besitzt) nicht dem Kindeswohl entspreche – abzuklären sei, ob B.\_\_\_\_\_ in seinem Heimatstaat in einer geeigneten Institution oder bei geeigneten Drittpersonen – unter Beachtung seiner besonderen Bedürfnisse (wobei auch seine Ethnie zu berücksichtigen sei) – untergebracht werden könne (vgl. a.a.O. E. 6.3.4 m.w.H.). Dazu hat das BVGer auf seine Rechtsprechung zu unbegleiteten minderjährigen Asylsuchenden verwiesen, welche für vorliegende Konstellation analog anzuwenden sei. Gemäss dieser Praxis reicht die Feststellung, im Herkunftsland würden geeignete Einrichtungen existieren, nicht aus (vgl. BVGE 2021 VI/3 E. 11.5.2 m.w.H.). Die Erwägung des SEM, die serbischen Behörden hätten in Bezug auf B.\_\_\_\_\_ bereits ausreichend Unterstützung geleistet "und sich offenbar wiederholt um das gesundheitliche Wohlbefinden von B.\_\_\_\_\_ " gesorgt, ist offensichtlich unzureichend, zumal konkrete Abklärungen – inklusive einer allfälligen Übernahmezusicherung einer geeigneten Institution – vor Erlass der wegweisenden Verfügung des SEM vorzunehmen respektive einzuholen wäre, damit sie einer gerichtlichen Überprüfung offensteht (vgl. BVGE 2021 VI/3 E. 11.5.2 m.w.H.).

**6.1.3** Es ist vor dem Hintergrund der massgeblichen Rechtsprechung im Zusammenhang mit den Aspekten des Kindeswohls und insbesondere dem Urteil BVGer E-1246/2022 (a.a.O.) mit seinen konkreten Anweisungen nicht nachvollziehbar, weshalb das SEM nicht weiterführende Abklärungen getätigt hat. Dies noch umso weniger als das SEM in seiner Botschaftsanfrage zwar unter anderem die konkrete Frage gestellt hatte, welche Massnahmen bei einer Rückkehr von B.\_\_\_\_\_ nach Serbien getroffen würden (A59, Ziff. 3 Bst. C), diese dann zwar im Abklärungsergebnis nicht

beantwortet wurde, dort allerdings gleichzeitig die Frage gestellt wurde, ob die Informationen genügten oder ob es weiterer, konkreter Abklärungen bedürfe, insbesondere hinsichtlich der Frage C (A61 Bst. C).

**6.2** B. \_\_\_\_\_ wurde im ersten vorinstanzlichen Verfahren nicht angehört, was in der Beschwerde vom 16. März 2022 gerügt und wozu entsprechend Antrag gestellt wurde (vgl. ebd. Ziff. 2). Diesbezüglich hielt das BVGer im Urteil E-1246/2022 (a.a.O) fest, dass grundsätzlich auch andere Mittel zur hinreichenden Feststellung des Sachverhalts zur Verfügung stehen würden; nebst einer eingehenderen Anhörung des Vaters (nachdem dieser nur äusserst knapp zu B. \_\_\_\_\_ befragt worden sei, vgl. a.a.O. E. 6.3.2) und einer Botschaftsabklärung verwies es auch auf die Möglichkeit der Einholung von Begutachtungen durch Fachpersonen. Weil der erwähnte Beweis-antrag – konkret eine Anhörung des minderjährigen B. \_\_\_\_\_ – integraler Bestandteil des wiederaufzunehmenden Verfahrens sei, habe sich dann das SEM dann mit dieser Frage – wie auch mit derjenigen, ob B. \_\_\_\_\_ allenfalls ein Vertretungsbeistand beizordnen sei – zu befassen. Dass sich das SEM mit dem Beweisantrag vertieft auseinandergesetzt hätte (vgl. a.a.O. E. 6.4.2) geht weder aus der angefochtenen Verfügung noch aus den Akten hervor. Die kurze Begründung in der angefochtenen Verfügung (A72, I., Ziff. 7 in fine), weshalb auf eine Anhörung von B. \_\_\_\_\_ verzichtet worden sei, wird den entsprechenden Anweisungen jedenfalls nicht gerecht.

**6.3** Zusammenfassend hat das SEM den Sachverhalt offensichtlich erneut nicht vollständig festgestellt und das rechtliche Gehör des Beschwerdeführers verletzt hat.

## **7.**

Beschwerden gegen Verfügungen des SEM betreffend die Verweigerung des Asyls und die Anordnung des Wegweisungsvollzugs haben zwar grundsätzlich reformatorischen und nur ausnahmsweise kassatorischen Charakter (Art. 105 AsylG sowie Art. 6 AsylG i.V.m. Art. 61 Abs. 1 VwVG). Vorliegend ist offensichtlich, dass ein reformatorisches Urteil nicht in Betracht fällt, nachdem der rechtserhebliche Sachverhalt in einer Weise unvollständig abgeklärt ist, die nicht vom BVGer nachzuholen ist. Die angefochtene Verfügung ist im Umfang des Verfahrensgegenstandes aufzuheben und die Sache ist zur Feststellung des rechtserheblichen Sachverhaltes im Sinne der Erwägungen (und insbesondere auch derjenigen des Urteils BVGer E-1246/2022 [a.a.O.]) und zur neuen Beurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen. Das SEM wird angewiesen, den Sachverhalt

vollständig festzustellen und zuvor die notwendigen weiteren Abklärungen zu treffen. Den vollständig erstellten Sachverhalt hat das SEM anschliessend einer sorgfältigen erneuten Prüfung der Frage, ob dem Kindeswohl bei einem Vollzug der Wegweisung nach Serbien hinreichend Rechnung getragen werden kann zu Grunde zu legen, wobei alle entscheidungswesentlichen Beweismittel in die Würdigung einzufließen haben. In diesem Zusammenhang wird auch auf die Eingabe ans SEM vom 24. April 2023 (A73; ärztlicher Bericht G.\_\_\_\_\_ vom 17. April 2023) hingewiesen. Das SEM wird sich insbesondere auch erneut mit dem nur ungenügend beachteten Beweisantrag zu befassen haben und die neue Verfügung hat es schliesslich rechtsgenügend zu begründen. Angesichts der Rückweisung der Sache erübrigt sich eine Auseinandersetzung mit weiteren Vorbringen in der Beschwerde; diese bildet integraler Bestandteil des wieder aufzunehmenden erstinstanzlichen Verfahrens.

#### **8.**

Nach dem Gesagten ist die Beschwerde insofern gutzuheissen, als die angefochtene Verfügung vom 28. April 2023 aufzuheben und die Sache im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückzuweisen ist.

#### **9.**

**9.1** Bei diesem Ausgang des Verfahrens sind keine Kosten zu erheben (Art. 63 Abs. 1 und Abs. 2 VwVG).

**9.2** Den vertretenen Beschwerdeführern ist angesichts ihres Obsiegens in Anwendung von Art. 64 VwVG und Art. 7 Abs. 1 des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht (VGKE, SR 173.320.2) eine Entschädigung für die ihnen notwendigerweise erwachsenen Parteikosten zuzusprechen.

Es wurde keine Kostennote zu den Akten gereicht, allerdings lassen sich die notwendigen Parteikosten aufgrund der Akten bestimmen (Art. 14 Abs. 2 in fine VGKE). Die Parteientschädigung ist in Berücksichtigung der massgeblichen Faktoren (Art. 8 ff. VGKE) auf pauschal Fr. 800.– festzusetzen und den Beschwerdeführenden vom SEM zu entrichten sind.

(Dispositiv nächste Seite)

**Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:**

**1.**

Die Beschwerde wird gutgeheissen, soweit darauf einzutreten ist.

**2.**

Die Verfügung vom 28. April 2023 wird aufgehoben und im Sinne der Erwägungen zur Abklärung des Sachverhalts und zur Gewährung des rechtlichen Gehörs an die Vorinstanz zur Neuurteilung zurückgewiesen.

**3.**

Es werden keine Verfahrenskosten auferlegt.

**4.**

Das SEM wird angewiesen, den Beschwerdeführern für das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht eine Parteientschädigung von insgesamt Fr. 800.– auszurichten

**5.**

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

Die Einzelrichterin:

Die Gerichtsschreiberin:

Esther Marti

Patricia Petermann Loewe

Versand: