



## Urteil vom 14. Februar 2023

---

Besetzung

Richterin Roswitha Petry (Vorsitz),  
Richter David Wenger,  
Richterin Camilla Mariéthoz Wyssen,  
Gerichtsschreiber Urs David.

---

Parteien

A. \_\_\_\_\_, geboren am (...),  
B. \_\_\_\_\_, geboren am (...),  
C. \_\_\_\_\_, geboren am (...),  
D. \_\_\_\_\_, geboren am (...),  
E. \_\_\_\_\_, geboren am (...),  
Ukraine,  
alle vertreten durch MLaw Sophia Delgado, Caritas Suisse,  
Bureau de consultation juridique,  
(...),  
Beschwerdeführende,

gegen

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

---

Gegenstand

Verweigerung vorübergehender Schutz;  
Verfügung des SEM vom 7. November 2022 / N (...).

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

Die erstrubrizierte Beschwerdeführerin (im Folgenden: die Beschwerdeführerin) und ihre vier Kinder stellten am 15. August 2022 im Bundesasylzentrum (BAZ) der Region Bern ein Gesuch um Gewährung vorübergehenden Schutzes.

Anlässlich der gleichentags durchgeführten standardisierten, schriftlichen Kurzbefragung erklärte die Beschwerdeführerin im Wesentlichen, sie sei von Beruf (...), zusammen mit ihren vier Kindern in die Schweiz gekommen und sie verfügten über einen Schutzstatus in einem anderen Staat. Zudem gab sie an, ein behandlungsbedürftiges medizinisches Problem zu haben.

Mit Schreiben des SEM vom 9. September 2022 (Postaufgabe am 12. September 2022; Zustellung am Postschalter am 14. September 2022) wurde die mit ihren Kindern in einer (...) Institution im Kanton F. \_\_\_\_\_ untergebrachte Beschwerdeführerin unter Hinweis auf die Notwendigkeit weiterer Abklärungen zu einer mündlichen Kurzbefragung vom 15. September 2022 betreffend das Gesuch vom «22. Juli» (recte: 15. August) 2022 um vorübergehenden Schutz eingeladen und aufgefordert, sachdienliche Dokumente, Schriftstücke und Ausweise mitzubringen. Die Kurzbefragung fand nicht statt.

Mit Schreiben des SEM vom 20. September 2022 wurde die Beschwerdeführerin unter Hinweis, dass noch nicht alle notwendigen Fakten vorlägen, zur Beantwortung von drei Fragen bis zum 3. Oktober 2022 aufgefordert (Wohnorte vor der Einreise in die Schweiz mit Zeitangaben; Angabe eines bestehenden Schutzstatus in einem konkreten Drittstaat; Erklärung einer zwischen dem Registrierungsformular und den Geburtsurkunden der Kinder abweichenden Namensschreibweise der Beschwerdeführerin).

Die Beschwerdeführerin beantwortete die gestellten Fragen mit Schreiben vom 27. September 2022 (Poststempel) wie folgt: Sie seien am (...) April 2022 in Ungarn angekommen, wo man ihnen die umgehende Weiterreise in irgendein anderes Land empfohlen habe. Da die Kinder aber krank geworden seien, hätten sie in Ungarn bleiben müssen, wo sie alle vorübergehenden Schutz erhalten hätten. Am 14. August 2022 seien sie mit dem Zug in die Schweiz weitergereist. Die leicht abweichende Schreibweise ihres Namens gründe im Umstand, dass sie bei der Registrierung in der Schweiz zur Verwendung der lateinischen Schrift aufgefordert worden sei und sie deshalb die Schreibweise des Übersetzers übernommen habe. Für weitere

Angaben und Auskünfte stehe sie dem SEM bei Bedarf jederzeit zur Verfügung. Als Beilagen reichte die Beschwerdeführerin Kopien der ungarischen Aufenthaltsgenehmigung von sich und ihren Kindern ein.

Als Beweismittel präsentierte die Beschwerdeführerin abgesehen von den erwähnten ungarischen Aufenthaltsgenehmigungen ihren ukrainischen Inlandpass und die Geburtsurkunden ihrer vier Kinder.

**B.**

Mit Verfügung vom 7. November 2022 – eröffnet am 9. November 2022 – lehnte das SEM das Gesuch um Gewährung vorübergehenden Schutzes für die Beschwerdeführerin und ihre vier Kinder ab.

**C.**

Mit Eingabe an das Bundesverwaltungsgericht vom 6. Dezember 2022 erhoben die Beschwerdeführenden Beschwerde gegen diese Verfügung. Darin beantragen sie deren Aufhebung, die Gewährung vorübergehenden Schutzes, eventualiter die Gewährung einer vorläufigen Aufnahme infolge Unzulässigkeit und/oder Unzumutbarkeit des Wegweisungsvollzuges sowie in verfahrensrechtlicher Hinsicht die Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung inklusive Verzicht auf die Erhebung eines Kostenvorschusses und die Beordnung der rubrizierten Rechtsvertreterin als amtliche Rechtsbeiständin.

**D.**

Mit Verfügung vom 7. Dezember 2022 bestätigte das Bundesverwaltungsgericht den Eingang der Beschwerde.

**E.**

Mit Zwischenverfügung vom 14. Dezember 2022 verzichtete die Instruktronsrichterin auf die Erhebung eines Kostenvorschusses. Gleichzeitig lud sie das SEM zur Einreichung einer Vernehmlassung bis zum 29. Dezember 2022 ein. Entscheidungen über weitere Anträge und allfällige weitere Instruktionsmassnahmen stellte sie auf einen späteren Zeitpunkt in Aussicht.

**F.**

Einem mit der Notwendigkeit weiterer Abklärungen begründeten Gesuch des SEM vom 20. Dezember 2022 um Erstreckung der Vernehmlassungsfrist bis zum 13. Januar 2022 gab das Bundesverwaltungsgericht am 27. Dezember 2022 statt.

**G.**

Mit Vernehmlassung vom 12. Januar 2023 beantragt das SEM sinngemäss die Abweisung der Beschwerde.

Vorab aus Gründen der Prozessökonomie und angesichts des kassatorischen Ausgangs des Verfahrens wird das Doppel der Vernehmlassung ohne vorgängige Kenntnissgabe mit Einräumung des Replikrechts an die Beschwerdeführenden direkt als Beilage zum vorliegenden Urteil zuge stellt.

**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 ist daher zuständig für die Beurteilung der vorliegenden Beschwerde und entscheidet auf dem Gebiet des Asyls – in der Regel und auch vorliegend – endgültig (Art. 72 i.V.m. 105 AsylG [SR 142.31]; Art. 83 Bst. d Ziff. 1 BGG).

**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 formgerecht eingereicht worden. Die Beschwerdeführenden haben am Verfahren vor der Vorinstanz teilgenommen, sind durch die angefochtene Verfügung besonders berührt und haben ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung beziehungsweise Änderung. Sie sind daher zur Einreichung der Beschwerde legitimiert (Art. 72 i.V.m. Art. 108 Abs. 6 AsylG, Art. 48 Abs. 1 und Art. 52 Abs. 1 VwVG). Auf die Beschwerde ist einzutreten.

**2.**

Die Kognition des Bundesverwaltungsgerichts und die zulässigen Rügen richten sich, soweit die Verweigerung vorübergehenden Schutzes betreffend, nach Art. 106 Abs. 1 AsylG (i.V.m. Art. 72 AsylG), im Bereich des Ausländerrechts nach Art. 49 VwVG (vgl. BVGE 2014/26 E. 5).

### **3.**

#### **3.1**

Gestützt auf Art. 4 AsylG kann die Schweiz Schutzbedürftigen für die Dauer einer schweren allgemeinen Gefährdung, insbesondere während eines Kriegs oder Bürgerkriegs sowie in Situationen allgemeiner Gewalt, vorübergehenden Schutz gewähren. Der Bundesrat entscheidet, ob und nach welchen Kriterien Gruppen von Schutzbedürftigen vorübergehender Schutz gewährt wird (Art. 66 Abs. 1 AsylG).

Am 11. März 2022 hat der Bundesrat gestützt auf Art. 66 Abs. 1 AsylG eine Allgemeinverfügung zur Gewährung des vorübergehenden Schutzes im Zusammenhang mit der Situation in der Ukraine erlassen (BBl 2022 586). Gemäss Ziff. I (Bstn. a-c) dieses Erlasses gilt der Schutzstatus für folgende Personenkategorien:

- schutzsuchende ukrainische Staatsbürgerinnen und -bürger und ihre Familienangehörige (Partnerinnen und Partner, minderjährige Kinder und andere enge Verwandte, welche zum Zeitpunkt der Flucht ganz oder teilweise unterstützt wurden), welche vor dem 24. Februar 2022 in der Ukraine wohnhaft waren;
- schutzsuchende Personen anderer Nationalität und Staatenlose sowie ihre Familienangehörige gemäss Definition in Buchstabe a, welche vor dem 24. Februar 2022 einen internationalen oder nationalen Schutzstatus in der Ukraine hatten;
- Schutzsuchende anderer Nationalität und Staatenlose sowie ihre Familienangehörige gemäss Definition in Buchstabe a, welche mit einer gültigen Kurzaufenthalts- oder Aufenthaltsbewilligung belegen können, dass sie über eine gültige Aufenthaltsberechtigung in der Ukraine verfügen und nicht in Sicherheit und dauerhaft in ihre Heimatländer zurückkehren können.

**3.2** Lehnt das SEM ein Gesuch um Gewährung des vorübergehenden Schutzes ab, verfügt es in der Regel die Wegweisung aus der Schweiz und ordnet den Vollzug an (vgl. Art. 69 Abs. 4 AsylG).

**3.3** Ist der Vollzug der Wegweisung nicht zulässig, nicht zumutbar oder nicht möglich, so regelt das SEM das Anwesenheitsverhältnis nach den gesetzlichen Bestimmungen über die vorläufige Aufnahme (vgl. Art. 69 Abs. 4 AsylG; Art. 83 Abs. 1 AIG [SR 142.20]).

Der Vollzug ist nicht zulässig, wenn völkerrechtliche Verpflichtungen der Schweiz (insb. Art. 5 Abs. 1 AsylG, Art. 33 Abs. 1 FK, Art. 25 Abs. 3 BV, Art. 3 des Übereinkommens vom 10. Dezember 1984 gegen Folter und andere grausame, unmenschliche oder erniedrigende Behandlung oder Strafe [FoK, SR 0.105] und Art. 3 EMRK) einer Weiterreise der Ausländerin oder des Ausländers in den Heimat-, Herkunfts- oder einen Drittstaat entgegenstehen (Art. 83 Abs. 3 AIG). Gemäss Art. 83 Abs. 4 AIG kann der Vollzug für Ausländerinnen und Ausländer unzumutbar sein, wenn sie im Heimat- oder Herkunftsstaat aufgrund von Situationen wie Krieg, Bürgerkrieg, allgemeiner Gewalt und medizinischer Notlage konkret gefährdet sind. Wird eine konkrete Gefährdung festgestellt, ist – unter Vorbehalt von Art. 83 Abs. 7 AIG – die vorläufige Aufnahme zu gewähren. Der Vollzug ist schliesslich nicht möglich, wenn die Ausländerin oder der Ausländer weder in den Heimat- oder in den Herkunftsstaat noch in einen Drittstaat ausreisen oder dorthin gebracht werden kann (Art. 83 Abs. 2 AIG).

Beim Geltendmachen von Wegweisungsvollzugshindernissen gilt gemäss Praxis des Bundesverwaltungsgerichts der gleiche Beweisstandard wie bei der Prüfung der Flüchtlingseigenschaft; das heisst, sie sind zu beweisen, wenn der strikte Beweis möglich ist, und andernfalls wenigstens glaubhaft zu machen (vgl. BVGE 2011/24 E. 10.2 m.w.H.).

#### **4.**

**4.1** Im Sachverhaltsteil der angefochtenen Verfügung stellt das SEM unter anderem fest, dass die Beschwerdeführerin nicht zur mündlichen Befragung vom 15. September 2022 erschienen sei, da sie vom Personal Ihrer Unterkunft nicht fristgerecht über den Termin informiert worden sei. Zur Begründung des ablehnenden Entscheids betreffend Gewährung vorübergehenden Schutzes erwog das SEM, dass die Beschwerdeführenden nicht zu der vom Bundesrat definierten Gruppe der schutzberechtigten Personen gehörten, weil sie gemäss seinen Abklärungen bereits über einen gültigen Schutzstatus in Ungarn verfügten. Es gelte daher das Subsidiaritätsprinzip (Schutzalternative in anderem Staat). Weil das Gesuch somit abzulehnen sei, seien die Beschwerdeführenden grundsätzlich zur Ausreise aus der Schweiz verpflichtet. Aufgrund der «vorliegenden Konstellation» verzichte es jedoch darauf, die Frage der Wegweisung zu prüfen, den Vollzug der Wegweisung anzuordnen und eine Kantonszuweisung vorzunehmen.

**4.2** In ihrer Rechtsmitteleingabe ergänzen die Beschwerdeführenden zunächst den aus ihrer Sicht unvollständig abgeklärten und festgestellten Sachverhalt wie folgt: Sie stammten aus der Region G. \_\_\_\_\_, wo sie bis

Kriegsausbruch wohnhaft gewesen seien. Am (...) April 2022 seien sie nach Ungarn gelangt, in der Absicht von dort weiterzureisen. Da die Kinder krank geworden seien, habe sich die Beschwerdeführerin gezwungen gesehen, mit diesen in Ungarn zu verbleiben. Dort hätten sie zwar vorübergehenden Schutz, aber keinen Zugang zu medizinischer Behandlung erhalten. Zudem seien die Lebensbedingungen für sie auf einem abgelegenen Bauernhof extrem schwierig und inhuman gewesen; der Hofbesitzer habe sie schlecht behandelt und sei gar aggressiv geworden. Während ihres Aufenthalts in Ungarn seien sie zudem von anderen Asylbewerbern verbal und physisch belästigt, bedroht und bestohlen worden. Auf Empfehlung eines Arztes hätten sie die Polizei eingeschaltet, die sich aber nicht für ihre Anliegen interessiert habe. Sie selber sei an (...) erkrankt und habe sich in Spitalpflege begeben müssen, ohne dass man sie dort angemessen behandelt hätte. In dieser ausweglosen Lage habe sie den Entscheid zur Weiterreise in die Schweiz getroffen, um hier vorübergehenden Schutz für sich und die Kinder zu erhalten. Die Kinder seien hier eingeschult – beiliegend die entsprechenden Schulbestätigungen – und sie alle befänden sich in spezialärztlicher Behandlung ihrer verschiedenartigen gesundheitlichen Probleme.

Zur Erstellung des Sachverhalts habe das SEM einzig eine schriftliche Kurzbefragung in Formularform, jedoch keine mündliche Befragung durchgeführt, sondern bloss wenige kurze Zusatzfragen in schriftlicher Form gestellt, die sie auch beantwortet habe. Angesichts der dürftigen Abklärungslage habe sie den Sachverhalt aus eigener Initiative in einem E-Mail vom 1. Dezember 2022 (an die Rechtsvertreterin) komplettiert. Den Ausdruck davon reiche sie nun ein und sie bitte um eine amtliche Übersetzung, da sie die Mittel hierfür nicht aufbringen könne. Zudem habe sie die ungarische Botschaft mittels ebenfalls beiliegender E-Mail vom (...) November 2022 um Auskunft über den Bestand beziehungsweise den Verfall ihres vorübergehenden Schutzes in Ungarn erbeten, aber noch keine Antwort erhalten. Das SEM habe mit seinem Entscheid in mehrfacher Hinsicht ihren Anspruch auf Wahrung des rechtlichen Gehörs sowie den Untersuchungsgrundsatz, die Abklärungspflicht, die Pflicht zur vollständigen und richtigen Sachverhaltsfeststellung und die Begründungspflicht verletzt. Insbesondere habe sie keine Gelegenheit zur mündlichen Schilderung ihrer Gründe für die Beantragung vorübergehenden Schutzes, zur Nennung der Motive ihrer Ausreise aus Ungarn, zu einem (gemäss ihren Informationen mit der Ausreise dahingefallenen) Verlust des Schutzstatus in Ungarn oder zur Darlegung der vielfältigen gesundheitlichen Beeinträchtigungen (z.B. [...] bei ihr oder [...] beim jüngeren Sohn) erhalten. Das in der KRK verbriefte

und vorrangig zu berücksichtigende Kindeswohl sei gar gänzlich ohne Erwähnung und Würdigung geblieben. Die vorliegende Abklärungs- und Sachverhaltsbasis sei für den Erlass einer Verfügung betreffend Verweigerung vorübergehenden Schutzes klar ungenügend. Das SEM habe sich in Missachtung der Begründungspflicht ebenso in keiner Weise über die systemischen Mängel im ungarischen Asylsystem ausgesprochen. Eine Prüfung der Wegweisungs- und Vollzugsvoraussetzungen sei gänzlich unterblieben. Zwar könnten sie sich während 90 Tagen visumsfrei und mithin legal in der Schweiz aufhalten. Eine Entscheidung wenige Tage vor Ablauf dieser Frist und ohne jegliche Prüfung der Wegweisungs- und Vollzugsvoraussetzungen sei aber angesichts der hochgradigen Wahrscheinlichkeit eines Verbleibs in der Schweiz über diese Frist hinaus höchst problematisch. Das SEM hätte somit unter Berücksichtigung der ihm obliegenden Untersuchungs- und Begründungspflicht auch die Fragen des Bestandes der Schutzgewährung in Ungarn, ihrer dort zu erwartenden Lebensbedingungen, ihrer Gesundheitszustände und des Kindeswohls abklären und würdigen müssen.

In materieller Hinsicht rügen die Beschwerdeführenden eine Verletzung der für die Beurteilung des vorübergehenden Schutzes relevanten Art. 4, 66 und 73 AsylG durch das SEM. Sie würden durchaus die Bedingungen zur Gewährung vorübergehenden Schutzes erfüllen und das Subsidiaritätsprinzip sei infolge des Dahinfallens beziehungsweise Verzichts auf die Beanspruchung des durch Ungarn gewährten Schutzstatus nicht anwendbar. Den Eventualantrag betreffend Gewährung der vorläufigen Aufnahme begründen sie mit der Unzulässigkeit, Unzumutbarkeit und Unmöglichkeit des Wegweisungsvollzuges, wobei sie im Besonderen die durch das Bundesverwaltungsgericht mehrfach festgestellten systemischen Mängel im ungarischen Asylsystem und ihre individuell bestehenden vollzugshinderlichen Umstände (Krieg in der Ukraine, schwierige und inhumane Lebensbedingungen in Ungarn, medizinische Gründe, Traumatisierungen, Gefährdung des Kindeswohls) bekräftigen und auch diesbezüglich ergänzend auf das beiliegende E-Mail vom 1. Dezember 2022 verweisen. Es sei unverständlich, dass das SEM auf eine Prüfung dieser Umstände verzichtet habe. Für die detaillierte Begründung in materieller Hinsicht wird auf die Akten verwiesen.

**4.3** In seiner Einladung zur Vernehmlassung (vgl. oben Bst. E.) zeigte die Instruktionsrichterin in den diesbezüglichen Erwägungen ausdrücklich ein Interesse nicht nur an einer Stellungnahme des SEM zu den in der Be-

schwerde erhobenen Rügen, sondern insbesondere auch an der Beantwortung der Frage, weshalb das SEM auf eine Prüfung der Wegweisungs- und Vollzugsfrage verzichtet habe (mit Hinweis auf die angefochtene Verfügung E. III: «aufgrund der vorliegenden Konstellation»).

**4.4** In seiner Vernehmlassung stellt das SEM fest, dass mit der Beschwerde keine neuen und erheblichen Tatsachen oder Beweismittel vorgelegt würden, die eine Änderung seines Standpunktes rechtfertigen könnten. Im Besonderen macht es darauf aufmerksam, dass Fragen nach der Zulässigkeit und Zumutbarkeit einer Rückkehr der Beschwerdeführenden in den Heimat- respektive Herkunftsstaat im Rahmen eines Wegweisungsverfahrens zu prüfen wären. Aufgrund des grundsätzlich legalen Aufenthalts der Beschwerdeführenden in der Schweiz habe das SEM aber auf die Prüfung der Wegweisung und der Wegweisungsvollzugsvoraussetzungen verzichtet. Die Beschwerdeführenden besäßen denn auch die ukrainische Staatsangehörigkeit, womit sie grundsätzlich und unabhängig von der Einreichung eines Asylgesuches oder eines Gesuchs um Erlangung des Schutzstatus berechtigt seien, legal in die Schweiz einzureisen und sich hier bis zu 90 Tage aufzuhalten. Weil die Beschwerdeführenden nicht über biometrische Reisepässe verfügten, unterlägen sowohl die Einreise als auch der Aufenthalt in der Schweiz einer Visumpflicht. Sollten sie also beabsichtigen, sich weiterhin in der Schweiz aufzuhalten, so hätten sie sich zur allfälligen Regelung Ihres Aufenthalts an die kantonalen Migrationsbehörden zu richten. Lägen die Voraussetzungen zur Erteilung von Aufenthaltvisa nicht vor, so wären die kantonalen Migrationsbehörden in Anwendung von Art. 64 Abs. 2 AIG gehalten, die Beschwerdeführenden formlos aus der Schweiz wegzuweisen. Im Weigerungsfall wäre sodann in einem weiteren Schritt entsprechend der in Art. 64 Abs. 2 AIG normierten Vorgehensweise zu verfahren. Diesbezüglich stünde den Beschwerdeführenden die Beschwerdemöglichkeit ans Bundesverwaltungsgericht offen. Angesichts ihrer unbeantwortet gebliebenen Anfrage an das ungarische Konsulat in Bern könne im Übrigen nicht davon ausgegangen werden, dass der Schutzstatus in Ungarn tatsächlich erloschen sei. Im Übrigen verweise es auf seine Erwägungen, an denen es vollumfänglich festhalte.

## **5.**

**5.1** Gemäss Art. 29 VwVG haben die Parteien Anspruch auf rechtliches Gehör, welches als Mitwirkungsrecht alle Befugnisse umfasst, 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). Mit dem Gehörsanspruch korreliert die Pflicht der Behörden, die Vorbringen tatsächlich zu hören, ernsthaft zu prüfen und in ihrer Entscheidungsfindung angemessen zu berücksichtigen, was sich entsprechend in einer sachgerecht anfechtbaren Entscheidungsbegründung niederschlagen hat (vgl. Art. 29 Abs. 2 BV; Art. 29, Art. 32 Abs. 1 und Art. 35 Abs. 1 VwVG). Nicht erforderlich ist, dass sich die Begründung mit allen Parteistandpunkten einlässlich auseinandersetzt und jedes einzelne Vorbringen ausdrücklich widerlegt (vgl. BGE 143 III 65 E. 5.2). Der Anspruch auf rechtliches Gehör beschränkt nur die Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts, nicht aber dessen rechtliche Würdigung.

Der Untersuchungsgrundsatz gehört sodann zu den allgemeinen Grundsätzen des Verwaltungs- beziehungsweise Asylverfahrens (vgl. Art. 6 AsylG i.V.m. Art. 12 VwVG). Demnach hat die Behörde von Amtes wegen für die richtige und vollständige Abklärung des rechtserheblichen Sachverhalts zu sorgen, die für das Verfahren notwendigen Unterlagen zu beschaffen, die rechtlich relevanten Umstände abzuklären und ordnungsgemäss darüber Beweis zu führen. Gemäss Art. 33 Abs. 1 VwVG nimmt sie die ihr angebotenen Beweise ab, wenn diese zur Abklärung des Sachverhalts tauglich erscheinen. Der Untersuchungsgrundsatz findet seine Grenze an der Mitwirkungspflicht der Gesuchstellenden (Art. 13 VwVG und im Asylbereich speziell Art. 8 AsylG). Dazu gehört, die Identität offenzulegen, vorhandene Identitätspapiere abzugeben, an der Feststellung des Sachverhalts mitzuwirken und in der Anhörung die Asylgründe (bzw. die Gründe für die Beantragung vorübergehenden Schutzes) darzulegen, allfällige Beweismittel vollständig zu bezeichnen und unverzüglich einzureichen sowie bei der Erhebung der biometrischen Daten mitzuwirken (vgl. BVGE 2011/28 E. 3.4).

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. KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI, a.a.O., Rz. 1043). Die unrichtige oder unvollständige Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts bildet einen Beschwerdegrund und dem Bundesverwaltungsgericht obliegt gemäss Art. 49 Bst. b VwVG beziehungsweise Art. 106 Abs. 1 Bst. b AsylG eine umfassende Sachverhaltskontrolle. Ermittelt das Bundesverwaltungsgericht eine fehler- oder lückenhafte Feststellung des Sachverhalts, hebt es die Verfügung auf und weist die Sache an die Vorinstanz zurück, damit diese den rechtserheblichen Sachverhalt neu und vollständig feststellt (vgl.

MOSER ET AL., Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht, 3. Aufl. 2022, Rz. 2.191; KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes, 3. Aufl., 2013, Rz. 1155).

Sodann besteht eine Aktenführungspflicht. Diese beinhaltet insbesondere die geordnete Ablage, die Paginierung und die Registrierung der vollständigen Akten im Aktenverzeichnis und ergibt sich aus dem Akteneinsichtsrecht, welches in Art. 26 ff. VwVG geregelt ist und ebenfalls Teilgehalt des Anspruchs auf rechtliches Gehör darstellt (vgl. dazu ausführlich BVGE 2011/37 E. 5.4.1).

Die in der Beschwerde in diesen Themenzusammenhängen erhobenen formelle Rügen haben eine potenzielle Eignung, eine Kassation der vorinstanzlichen Verfügung zu bewirken, weshalb sie vorab zu beurteilen sind (vgl. BGE 142 II 218 E. 2.8.1).

## **5.2**

**5.2.1** Art. 69 Abs. 2 AsylG spricht von einer bei Gesuchen um Gewährung vorübergehenden Schutzes durchzuführenden Befragung im Sinne von Art. 26 AsylG. Ob eine solche auch in schriftlicher Form durchführbar ist, oder zwingend mündlich erfolgen muss, kann einstweilen dahingestellt bleiben. Für das Gericht ist unzweifelhaft, dass die gestützt auf die standardisierte, schriftliche Kurzbefragung vom 15. August 2022 (Formular hauptsächlich mit Kästchen zum Ankreuzen) und das Antwortschreiben vom 27. September 2022 (auf drei vom SEM unterbreitete Fragen) erstellte Sachverhaltsgrundlage für einen Entscheid über ein solches Gesuch und eine allfällige Wegweisung aus der Schweiz jedenfalls dann nicht genügt, wenn wie vorliegend der Entscheid zuungunsten der Beschwerdeführenden ausfällt. Es gilt vorab festzuhalten, dass die Beschwerdeführerin die ihr obliegende Mitwirkungspflicht erfüllt hat, soweit sie hierzu aufgefordert und ihr Gelegenheit geboten wurde; im Antwortschreiben hat sie zudem ausdrücklich ihre weitere Mitwirkung offeriert, sollte diesbezüglich seitens des SEM Bedarf bestehen. Eine Mitwirkungspflichtverletzung kann ihr insbesondere und unbestrittenermassen auch nicht im Zusammenhang mit der zwar infolge Abklärungsbedarfs beabsichtigten, letztlich aber nicht durchgeführten mündlichen Befragung vom 15. September 2022 vorgeworfen werden. Der Grund für das Nichterscheinen der Beschwerdeführerin wird in der angefochtenen Verfügung zwar mit einer nicht fristgerecht erfolgten Information durch das Unterkunftspersonal angegeben, ohne dass ein solches Kommunikationsproblem aber aus den Akten hervor-

ginge; es muss in diesem Zusammenhang von einer lückenhaften Aktenführung des SEM ausgegangen werden. Ebenfalls nicht aktenkundig ist der Grund, weshalb das SEM in der Folge die mündliche Befragung durch eine schriftliche Befragung (mit drei Fragen in Kurzform) ersetzt hat. Tatsache ist aber, dass die beiden schriftlichen Befragungen keine offenen Fragen enthielten und insbesondere auch nicht auf Antworten ausgerichtet waren, die Aufschluss über den Wohn- beziehungsweise Aufenthaltsort der Beschwerdeführenden zum Zeitpunkt des Kriegsausbruchs (vgl. Ziff. I Bst. a der Allgemeinverfügung), über die Art der von ihnen deklarierten gesundheitlichen Beeinträchtigungen, die Gründe des Wegzugs aus Ungarn oder allfällige Hindernisse einer Rückkehr dorthin (z.B. möglicher Verlust des dortigen Schutzstatus) hätten erwarten lassen. Antworten hierauf hat die Beschwerdeführerin aus eigener Initiative in der Beschwerde und vermutlich bereits zuvor in ihrem (fremdsprachigen) E-Mail vom 1. Dezember 2022 geliefert. Erstaunlich ist zum einen, dass das SEM das Antwortschreiben der Beschwerdeführerin vom 27. September 2022 zur Kenntnis genommen und sowohl in der Verfügung als auch in der Vernehmlassung verwertet hat, obwohl es nicht unterzeichnet war; immerhin nimmt die Beschwerdeführerin in der Beschwerde Bezug auf dieses Schreiben, weshalb sie nachträglich als Verfasserin feststehen dürfte. Ebenso erstaunlich ist zum andern, dass das SEM seit Beginn des Verfahrens in regelmässigen Abständen Abklärungsbedarf erkannt hat (vgl. Akten Nr. 4 [dort Zusatzblatt betr. medizinische Abklärungen], Nr. 6, Nr. 7 sowie Nr. 9 i.V.m. Nr. 13), ohne dann aber hinreichende Massnahmen zu ergreifen. Sogar das Gesuch um Erstreckung der Vernehmlassungsfrist hat das SEM noch mit notwendigen weiteren Abklärungen begründet und dennoch wurden solche in der Folge weder in einem Heilungsprozess auf Vernehmlassungsstufe noch mittels Rückkommen auf die angefochtene Verfügung mit Wiederaufnahme des erstinstanzlichen Verfahrens umgesetzt. Die Kernerwägung in der angefochtenen Verfügung, wonach die Beschwerdeführenden gemäss «Abklärungen des SEM (...) über einen gültigen Schutzstatus in Ungarn verfügen» und daher das Subsidiaritätsprinzip anwendbar sei, erstaunt insofern, als den Akten solche Abklärungen nicht zu entnehmen sind (z.B. Anfrage an die ungarischen Behörden) und die Beschwerdeführerin in ihrem Schreiben vom 27. September 2022 in der Vergangenheitsform behauptete: «En Hongrie nous avions une protection temporaire». In der Vernehmlassung begnügt sich das SEM in diesem Zusammenhang mit dem Hinweis, dass angesichts der unbeantwortet gebliebenen Anfrage der Beschwerdeführerin an das ungarische Konsulat in Bern nicht von einem Erlöschen des Schutzstatus in Ungarn auszugehen sei. Eine solche Schlussfolgerung auf der bestehenden Aktenlage ist nicht zulässig, sondern hätte

einer vorgängigen Verifizierung bei den zuständigen ungarischen Behörden bedurft.

Es ergibt sich, dass das SEM den rechtserheblichen Sachverhalt für die Anwendbarkeit des Subsidiaritätsprinzips und mithin für die Verweigerung vorübergehenden Schutzes der Beschwerdeführenden ungenügend abgeklärt und dadurch deren Anspruch auf Wahrung des rechtlichen Gehörs verletzt hat.

**5.2.2** Sollte das SEM im Rahmen des wiederaufzunehmenden erstinstanzlichen Verfahrens erneut zum Ergebnis einer Verweigerung vorübergehenden Schutzes gelangen, ist es bereits an dieser Stelle auf Folgendes aufmerksam zu machen:

Die Ablehnung eines Gesuchs um Gewährung des vorübergehenden Schutzes hat in aller Regel die Wegweisung aus der Schweiz zur Folge und diese Regelfolge greift insbesondere, wenn kein Kanton eine Aufenthaltsbewilligung erteilt hat und auch kein Anspruch auf Erteilung einer solchen besteht. In einem weiteren Schritt ist sodann der Vollzug der Wegweisung anzuordnen, soweit sich dieser als zulässig, zumutbar und möglich erweist (vgl. zum Ganzen E. 3.2 f. oben, Art. 69 Abs. 4 AsylG, Art. 83 Abs. 1 AIG; ferner BVGE 2013/37 E. 4.4, 2009/50 E. 9). Allseits unbestritten ist vorliegend, dass die Beschwerdeführenden weder eine kantonale Aufenthaltsbewilligung besitzen noch über einen Anspruch auf Erteilung einer solchen verfügen. Weitere mögliche Ausnahmen von der Regelfolge der Wegweisungsanordnung sehen weder Gesetz noch Praxis vor. Art. 69 Abs. 4 AsylG spricht ausdrücklich von der gebotenen Weiterführung des Wegweisungsverfahrens durch das SEM, sofern dieses die Verweigerung des vorübergehenden Schutzes beabsichtigt. Das SEM kann diesfalls somit weder auf die Prüfung der Wegweisungs- noch der Vollzugsfrage verzichten und/oder den Entscheid darüber der kantonalen Behörde überlassen. Es geht bei der Beurteilung dieser Zuständigkeitsfrage somit vorliegend von einem unrichtigen rechtlichen Sachverhalt aus. Zudem wäre mit dem in der angefochtenen Verfügung erwähnten Verzichtsgund («aufgrund der vorliegenden Konstellation») offensichtlich auch die Begründungspflicht verletzt, da nicht ersichtlich ist, welche Konstellation gemeint ist und inwiefern diese einen Prüfungsverzicht rechtfertigt. In der Vernehmlassung nimmt das SEM auf ausdrücklichen Hinweis der Instruktionsrichterin zwar näher Bezug auf dieses Thema und verweist auf den im Verfügungszeitpunkt grundsätzlich legalen Aufenthalt der Beschwerdeführenden in der Schweiz

als Grund für den Verzicht auf die Prüfung der Wegweisung und der Vollzugsvoraussetzungen, zumal sie als ukrainische Staatsangehörige berechtigt seien, sich legal und visumsfrei bis zu 90 Tage hier aufzuhalten. Diese Auffassung relativiert das SEM aber sogleich mit dem Hinweis auf das Fehlen biometrischer Pässe, womit sowohl die Einreise als auch der Aufenthalt in der Schweiz einer Visumspflicht unterlägen, deren Regelung wiederum in den Zuständigkeitsbereich der kantonalen Migrationsbehörden falle, die ihrerseits bei Nichterfüllung der Voraussetzungen zur formlosen Wegweisung der Beschwerdeführenden beziehungsweise zum Vorgehen nach Anwendung von Art. 64 Abs. 2 AIG berechtigt seien.

Diese Argumentation missachtet die Tatsache, dass der visumsfreie Aufenthalt während 90 Tagen zwar einen legalen Aufenthalt in der Schweiz in dieser Zeitspanne begründet (vergleichbar mit dem grundsätzlich legalen Aufenthalt während eines Asylverfahrens nach Art. 42 AsylG), nicht aber ein gefestigtes Aufenthaltsrecht. Ebenso verkennt das SEM die bei Asylverfahren oder Verfahren betreffend vorübergehenden Schutz geltende Priorität des AsylG vor AIG. Das AIG kommt erst, aber immerhin dann zum Tragen, wenn über ein Asylgesuch oder ein Gesuch um Gewährung vorübergehenden Schutzes abschlägig verfügt wird (mittels Abweisung oder Nichteintreten). Ist dies der Fall, muss ein Entscheid des SEM betreffend Wegweisung und Vollzug der Wegweisung ergehen und hierfür wiederum sind bei Bedarf die nötigen Abklärungen im Rahmen des Untersuchungsgrundsatzes zu treffen. Vorliegend besteht ein solcher Abklärungsbedarf (vgl. oben E. 5.2.1). Dem Umstand, dass ein Verfahren betreffend Gewährung vorübergehenden Schutzes während der Dauer des 90-tägigen legalen und visumsfreien Aufenthalts ergeht, kann beispielsweise mittels Ansetzung der Ausreisefrist auf einen Zeitpunkt nach Ablauf dieser 90-tägigen Frist Rechnung getragen werden.

Das SEM wäre folglich mit einer beabsichtigten beziehungsweise verfügten Abweisung des Gesuchs um Gewährung vorübergehenden Schutzes gehalten gewesen, in der angefochtenen Verfügung sowohl im Dispositiv als auch in der Begründung ebenso über die Wegweisung und den Wegweisungsvollzug zu befinden. Zu diesem Zweck hat es nunmehr den Sachverhalt unter Mitberücksichtigung der betreffenden Ausführungen in der Beschwerde abzuklären und zur Spruchreife zu bringen.

**5.3** Da nach dem Gesagten nicht alle für den Entscheid rechtswesentlichen Sachumstände abgeklärt und berücksichtigt wurden und mithin eine fehler-

und lückenhafte Feststellung des Sachverhalts vorliegt, ist die angefochtene Verfügung aufzuheben und die Sache zur vollständigen Sachverhaltsabklärung und –feststellung unter Mitberücksichtigung des Beschwerdeinhalts sowie zur Neuurteilung an das SEM zurückzuweisen. Die Beschwerde ist insoweit gutzuheissen. Eine (praxisgemäss nur unter restriktiven Voraussetzungen mögliche) Heilung der erkannten Verfahrensmängel aus prozessökonomischen Gründen auf Beschwerdeebene fällt vorliegend schon deshalb nicht mehr in Betracht, weil die Sachverhaltsabklärung und -feststellung Sache der Vorinstanz ist, das SEM vorliegend die Gelegenheit für ein Rückkommen auf seine Verfügung ungenutzt belies und die Beschwerdeführenden im Falle eines für sie ungünstigen Ergebnisses der weiteren Abklärungen oder einer fehlerhaft vervollständigten Sachverhaltsfeststellung durch das letztinstanzlich entscheidende Bundesverwaltungsgericht der Rechtsweg abgeschnitten würde.

## **6.**

Aus diesen Erwägungen ergibt sich, dass die angefochtene Verfügung Bundesrecht verletzt sowie den rechtserheblichen Sachverhalt unrichtig und unvollständig feststellt (Art. 106 Abs. 1 AsylG). Die Sache ist zur vollständigen und richtigen Abklärung und Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts sowie zur Neuurteilung an das SEM zurückzuweisen. Die angefochtene Verfügung ist daher aufzuheben und die Beschwerde ist entsprechend im Kassationsbegehren gutzuheissen.

## **7.**

**7.1** Bei diesem Ausgang des Verfahrens sind keine Kosten zu erheben (Art. 63 Abs. 1 und 2 VwVG). Das Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung wird damit hinfällig.

**7.2** Den vertretenen Beschwerdeführenden 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.

Die bei den Akten liegende Kostennote erscheint den Verfahrensumständen als angemessen. Die von der Vorinstanz auszurichtende Parteientuschädigung ist demnach auf insgesamt Fr. 1'352.80 (inkl. Auslagen und Mehrwertsteuerzuschlag im Sinne von Art. 9 Abs. 1 Bst. c VGKE) festzusetzen.

**Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:**

**1.**

Die angefochtene Verfügung wird aufgehoben und die Sache wird zur rechtsgenügenden Sachverhaltsabklärung und -feststellung sowie zur Neuurteilung an das SEM zurückgewiesen. Die Beschwerde wird insoweit gutgeheissen.

**2.**

Es werden keine Verfahrenskosten auferlegt.

**3.**

Das SEM wird angewiesen, den Beschwerdeführenden für das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht eine Parteientschädigung von insgesamt Fr. 1'352.80 auszurichten.

**4.**

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

Die vorsitzende Richterin:

Der Gerichtsschreiber:

Roswitha Petry

Urs David

Versand: