



Urteil vom 10. Juli 2023

Besetzung

Einzelrichter Sebastian Kempe,
mit Zustimmung von Richter William Waeber;
Gerichtsschreiber Julius Longauer.

Parteien

1. **A.F.**_____, geb. (...) 1991,
ihre Kinder
2. **B.F.**_____, geb. (...) 2010,
3. **C.F.**_____, geb. (...) 2011,
4. **D.F.**_____, geb. (...) 2013,
5. **E.F.**_____, geb. (...) 2015,
sowie ihr Lebenspartner
6. **G.J.**_____, geb. (...) 1992,
und sein Kind
7. **H.J.**_____, geb (...) 2011,
alle Russland,
Beschwerdeführende,

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 23. Mai 2023 / N (...),
Verfügung des SEM vom 23. Mai 2023 / N (...).

Sachverhalt:**A.**

Die Beschwerdeführerin 1 und ihre vier minderjährigen Kinder (Beschwerdeführende 2–5) ersuchten am 8. März 2023 in der Schweiz um Asyl (Akten der Beschwerdeführenden 1-5 beim SEM, Vorhaben: [...] / N [...] [SEM-1-act.] 1-5). Sie wurden begleitet vom Lebenspartner der Beschwerdeführerin 1 (Beschwerdeführer 6) und dessen minderjährigen Sohn (Beschwerdeführer 7), die ebenfalls ein Asylgesuch stellten (Akten der Beschwerdeführer 6 und 7 beim SEM, Vorhaben: [...] / N [...] [SEM-2-act.] 1, 2).

B.

Ein Abgleich der Fingerabdrücke der Beschwerdeführenden mit der europäischen Fingerabdruck-Datenbank (Zentraleinheit EURODAC) ergab, dass sie am 7. Februar 2023 in Kroatien um Asyl nachgesucht hatten (SEM-1-act. 18, SEM-2-act. 14).

C.

Am 10. März 2023 mandatierten die Beschwerdeführenden die ihnen zugewiesenen Rechtsvertretungen (SEM-1-act. 25, SEM-2-act. 11).

D.

Am 23. März bzw. am 11. April 2023 erfolgte – in Abwesenheit der zugewiesenen Rechtsvertretung – 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 (nachfolgend: Dublin-III-VO) (SEM-1-act. 33, SEM-2-act. 19).

E.

Am 3. Mai 2023 ersuchte die Vorinstanz die kroatischen Behörden um Wiederaufnahme der Beschwerdeführenden gestützt auf Art. 18 Abs. 1 Bst. b Dublin-III-VO (SEM-1-act. 35, SEM-2-act. 22). Diesem Gesuch wurde am 17. Mai 2023 gestützt auf Art. 20 Abs. 5 Dublin-III-VO entsprochen (SEM-1-act. 39, SEM-2-act. 24).

F.

Mit zwei Verfügungen vom 23. Mai 2023 (eröffnet am 24. Mai 2023) trat die Vorinstanz in Anwendung von Art. 31a Abs. 1 Bst. b AsylG (SR 142.31) auf die Asylgesuche der Beschwerdeführenden nicht ein, ordnete ihre

Wegweisung aus der Schweiz nach Kroatien an und forderte sie auf, die Schweiz am Tag nach Ablauf der Beschwerdefrist zu verlassen. Gleichzeitig verfügte sie die Aushändigung der editionspflichtigen Akten an die Beschwerdeführenden und stellte fest, dass einer allfälligen Beschwerde gegen ihre Verfügung keine aufschiebende Wirkung zukomme (SEM-1-act. 43, 44, SEM-2-act. 27, 28).

G.

Mit Eingaben vom 24. bzw. 25. Mai 2023 legten die zugewiesenen Rechtsvertretungen das Mandat nieder (SEM-1-act. 45, SEM-2-act. 29).

H.

Mit zwei Beschwerden, datiert vom 31. Mai 2023 (Beschwerdeführer 6 und 7, erfasst unter der Referenz F-3153/2023) und 1. Juni 2023 (Beschwerdeführende 1 bis 5, erfasst unter der Referenz F-3149/2023), gelangten die Beschwerdeführenden an das Bundesverwaltungsgericht (Akten des BVGer F-3149/2023 [Rek-1-act.] 1 und F-3153/2023 [Rek-2-act.] 1).

In der Sache beantragten die Beschwerdeführenden die Aufhebung der angefochtenen Verfügungen und das Eintreten auf ihre Asylgesuche. Eventualiter sei die Angelegenheit zur weiteren Sachverhaltsabklärung und Neubeurteilung, subeventualiter zur Einholung von Zusicherungen der kroatischen Behörden an die Vorinstanz zurückzuweisen. In prozessualer Hinsicht ersuchten die Beschwerdeführenden um Vereinigung ihrer Verfahren, um Verzicht auf die Erhebung eines Kostenvorschusses und um Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung sowie um Erteilung der aufschiebenden Wirkung und Anweisung an die Vollzugsbehörden, von einer Überstellung nach Kroatien abzusehen, bis das Bundesverwaltungsgericht über ihre Beschwerden entschieden habe.

I.

Mit zwei Zwischenverfügungen vom 7. Juni 2023 erteilte der Instruktionsrichter der Beschwerde die aufschiebende Wirkung und forderte die Vorinstanz im Sinne einer Beweisanordnung auf, aktenmässig zu belegen, wann das Protokoll des Dublin-Gesprächs vom 23. März 2023 der Rechtsvertretung der Beschwerdeführenden zugestellt wurde (Rek-1-act. 5, Rek-2-act. 5).

J.

Im Rechtsmittelverfahren F-3153/2023 reichte die Vorinstanz am 12. Juni 2023 eine Stellungnahme ein (Rek-2-act. 6). Im Rechtsmittelverfahren F-3149/2023 liess sie die Beweisanordnung des Gerichts unbeachtet.

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:

1.

Aus prozessökonomischen Gründen rechtfertigt es sich, die im engen persönlichen und sachlichen Zusammenhang stehenden Rechtsmittelverfahren F-3149/2023 und F-3153/2023 zu vereinigen.

2.

2.1. 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. Es entscheidet auf dem Gebiet des Asyls in der Regel – und so auch vorliegend – endgültig (Art. 105 AsylG; Art. 83 Bst. d Ziff. 1 BGG).

2.2. 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).

2.3. Die Beschwerden sind frist- und formgerecht eingereicht worden. Die Beschwerdeführenden haben am Verfahren vor der Vorinstanz teilgenommen, sind durch die angefochtenen Verfügungen besonders berührt und haben ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung beziehungsweise Änderung. Sie sind daher zur Einreichung der Beschwerde legitimiert (Art. 105 und Art. 108 Abs. 3 AsylG; Art. 48 Abs. 1 sowie Art. 52 VwVG). Auf die Beschwerden ist einzutreten.

3.

3.1. Mit Beschwerde kann 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).

3.2. Bei Beschwerden gegen Nichteintretensentscheide, mit denen es das SEM ablehnt, das Asylgesuch auf seine Begründetheit hin zu überprüfen (Art. 31a Abs. 1–3 AsylG), ist die Beurteilungskompetenz der Beschwerdeinstanz grundsätzlich auf die Frage beschränkt, ob die Vorinstanz zu Recht auf das Asylgesuch nicht eingetreten ist (vgl. BVGE 2017 VI/5 E. 3.1; 2012/4 E. 2.2, je m.w.H.).

4.

Die vorliegenden Beschwerden erweisen sich – wie nachfolgend zu zeigen sein wird – als offensichtlich begründet. Über sie ist daher in einzelrichterlicher Zuständigkeit mit Zustimmung eines zweiten Richters zu befinden (Art. 111 Bst. e AsylG), und das Urteil ist summarisch zu begründen (Art. 111a Abs. 2 AsylG). Auf die Durchführung eines Schriftenwechsels wurde verzichtet (Art. 111a Abs. 1 AsylG).

5.

5.1. Die Beschwerdeführenden beanstanden als Verletzung ihres rechtlichen Gehörs, dass ihre Dublin-Gespräche in Abwesenheit der zugewiesenen Rechtsvertretung durchgeführt wurden. Sie hätten diesem Vorgehen zwar zugestimmt, seien jedoch vorweg weder auf das Gespräch vorbereitet noch über das Dublin-System informiert worden. Auch seien sie nicht über ihr Recht auf Anwesenheit der Rechtsvertretung und die Konsequenzen eines Verzichts darauf aufgeklärt worden. Weiter beanstanden die Beschwerdeführenden, es sei nicht ersichtlich, ob die Protokolle der Dublin-Gespräche zwecks Stellungnahme an die zugewiesene Rechtsvertretung weitergeleitet worden seien. Die zugewiesene Rechtsvertretung habe daher nicht die Möglichkeit gehabt, sich zu dem vermerkten Verzicht auf die Durchführung eines Vorgesprächs zu äussern. Es handle sich hierbei nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts um schwerwiegende Verfahrensfehler, deren Heilung nicht in Betracht komme.

5.2. Es ist gerichtsnotorisch, dass das SEM vom HEKS, dem Leistungserbringer in der vorliegenden Angelegenheit, mit E-Mail vom 4. August 2022 bedauernd über den Beschluss seines Leitungsgremiums orientiert wurde, ab dem 10. August 2022 auf die Teilnahme an Dublin-Gesprächen zu verzichten. Das HEKS versicherte jedoch, es werde die Vorgespräche in jedem Fall weiter durchführen und bemüht sein, in Ausnahmefällen wie bei verletzlichen Personen seine Mandanten ans Dublin-Gespräch zu begleiten. Abschliessend wurde das SEM um elektronische Übermittlung der Gesprächskontrolle gebeten.

5.3. Den Akten lässt sich entnehmen, dass die Vorinstanz den Beschwerdeführenden am 20. März 2023 bzw. 4. April 2023 über ihren Leistungserbringer mitteilte, die Dublin-Gespräche würden am 23. März 2023 bzw. 11. April 2023 stattfinden (SEM-1-act 32, SEM-2-act. 18), und dass die Beschwerdeführenden zu Beginn der Gespräche über die Abwesenheit ihrer Rechtsvertretung orientiert wurden. Ob die dabei erstellten Protokolle im Anschluss an die Dublin-Gespräche der zugewiesenen Rechtsvertretung

übermittelt wurden, wie vom Leistungserbringer am 4. August 2022 erbeten, ist nicht aktenkundig.

5.4. Dass ihre Dublin-Gespräche in Abwesenheit der zugewiesenen Rechtsvertretung durchgeführt wurden, ist entgegen der Rechtsauffassung der Beschwerdeführenden als solches nicht zu beanstanden. Die Termine der Dublin-Gespräche wurden dem zuständigen Leistungserbringer jeweils rechtzeitig übermittelt (vgl. Art. 102j Abs. 1 erster Satz AsylG i.V.m. Art. 52c Abs. 2 der Asylverordnung 1 vom 11. August 1999 [AsylV 1, SR 142.311]), und es wird weder geltend gemacht noch ist es ersichtlich, dass die zugewiesene Rechtsvertretung aus entschuldbaren, schwerwiegenden Gründen kurzfristig an der Teilnahme gehindert worden wäre (vgl. dazu Art. 102j Abs. 2 zweiter Satz AsylG). Tatsächlich wird es sich so verhalten haben, dass die nach wie vor aktuelle, allgemeine Verzichtsplanning des HEKS Grund für die Nichtteilnahme der zugewiesenen Rechtsvertretung war. Gemäss dem zur Publikation bestimmten Grundsatzurteil des Bundesverwaltungsgerichts E-5608/2022 vom 31. Mai 2022 ist das Dublin-Gespräch somit gesetzeskonform durchgeführt worden und entfaltet selbst ohne ausdrückliche Zustimmung der asylsuchenden Person seine Rechtswirkungen (E. 5 m.H.).

Aus den Protokollen der Dublin-Gespräche geht im Übrigen hervor, dass die Beschwerdeführenden nicht nur über die Abwesenheit ihrer Rechtsvertretung informiert wurden und ihr Einverständnis dazu gaben, sondern auch bestätigten, dass ein Vorgespräch (mit der Rechtsvertretung) durchgeführt wurde. Zum Abschluss des Gesprächs bestätigten die Beschwerdeführenden unterschriftlich, dass ihnen die Protokolle rückübersetzt worden seien, sie die Aussagen verstanden hätten und das Protokoll ihre freien Äusserungen entspreche. Dabei müssen sie sich behaften lassen. Ihre Behauptung, es habe kein vorbereitendes Gespräch mit der zugewiesenen Rechtsvertretung stattgefunden, ist daher zurückzuweisen.

5.5. Gemäss Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts ist das SEM in Konstellationen wie der vorliegenden verpflichtet, der zugewiesenen Rechtsvertretung das Protokoll des Dublin-Gesprächs vor dem Entscheid in der Sache von Amtes wegen zuzustellen, damit diese allfällige Einwände, Ergänzungen und Anträge zuhanden des noch hängigen erstinstanzlichen Verfahrens einbringen kann (vgl. dazu auch Art. 5 Abs. 6 Dublin-III-VO). Das SEM kommt diesem Erfordernis, entsprechend dem Ersuchen des HEKS mit Mail vom 4. August 2022, denn auch regelmässig nach. Die Vorinstanz spricht in ihrer Stellungnahme vom 12. Juni 2023 zuhanden des Verfahrens F-3153/2023 gar von einem Automatismus. Erfolgt

in einem Einzelfall keine Zustellung, ist grundsätzlich von einer schwerwiegenden, der Heilung unzugänglichen Verletzung des rechtlichen Gehörs und gleichzeitig einer Verletzung des Untersuchungsgrundsatzes auszugehen (Urteil des BVGer F-2437/2023 vom 25. Mai 2023 E. 3.4 m.H.; vgl. ferner Urteil des BVGer D-3455/2023 vom 26. Juni 2023 E. 4.3 f.). Die Beweislast für die Zustellung des Gesprächsprotokolls trägt dabei das SEM. Dieses hat die Zustellung entsprechend den Regeln einer ordnungsgemässen Aktenführung aktenkundig zu machen.

Die Zustellung der Gesprächsprotokolle vor dem Entscheid in der Sache wurde vorliegend entgegen den Regeln einer ordnungsgemässen Aktenführung nicht aktenkundig. Daher forderte das Bundesverwaltungsgericht die Vorinstanz mit zwei Beweisanordnungen vom 7. Juli 2023 unter Ansetzung einer Frist auf, den Beweis über die rechtzeitige Zustellung der Gesprächsprotokolle an die zugewiesene Rechtsvertretung zu führen, ansonsten gestützt auf die Akten entschieden werde. Im Rechtsmittelverfahren F-3149/2023 liess die Vorinstanz die Beweisanordnung unbeachtet. Im Verfahren F-3153/2023 reichte sie am 12. Juni 2023 eine Stellungnahme ein. Darin räumte sie ein, dass der Nachweis einer Zustellung vor dem Erlass der angefochtenen Verfügung nicht möglich sei. Aufgrund eines eingespielten, vom HEKS nie beanstandeten Automatismus sei jedoch davon auszugehen, dass eine solche Zustellung erfolgt sei.

Der Auffassung der Vorinstanz kann nicht gefolgt werden. Dass entgegen dem allgemeinen Prozedere in einem Einzelfall die Zustellung des Gesprächsprotokolls an die zugewiesene Rechtsvertretung nicht erfolgt, erscheint nicht als völlig unwahrscheinlich und im Rahmen der Beweiswürdigung vernachlässigbar. Entsprechend der Beweislastverteilung ist daher davon auszugehen, dass das Gesprächsprotokoll der zugewiesenen Rechtsvertretung nicht übermittelt und ihr somit die Möglichkeit zur Stellungnahme genommen wurde. In Übereinstimmung mit der oben dargestellten Rechtsprechung ist die Unterlassung der Vorinstanz als eine schwerwiegende, auf Beschwerdeebene nicht heilbare Verletzung des rechtlichen Gehörs der Beschwerdeführenden und gleichzeitig als Verletzung des Untersuchungsgrundsatzes zu werten.

6.

Aus den vorstehenden Erwägungen folgt, dass die angefochtenen Verfügungen in Gutheissung der Beschwerden aufzuheben und die Sachen an die Vorinstanz zurückzuweisen sind. Die Vorinstanz wird den Beschwerdeführenden eine neue Rechtsvertretung zuweisen und dieser die Protokolle der Dublin-Gespräche zur Stellungnahme unterbreiten müssen. Nach

Eingang der Stellungnahme und gegebenenfalls der Vornahme weiterer Massnahmen zur vollständigen Ermittlung des entscheidenderheblichen Sachverhalts wird die Vorinstanz unter Wahrung der Verfahrensrechte der Beschwerdeführenden neu über das Eintreten auf ihre Asylgesuche befinden müssen. Die Eingaben der Beschwerdeführenden auf Beschwerdeinstufe bilden dabei integralen Bestandteil des wiederaufzunehmenden erstinstanzlichen Verfahrens.

7.

7.1. Bei diesem Ausgang des Verfahrens sind keine Kosten zu erheben (Art. 63 Abs. 1 und 2 VwVG). Die Gesuche der Beschwerdeführenden um Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung werden damit gegenstandslos.

7.2. Den nicht vertretenen Beschwerdeführenden sind offensichtlich keine verhältnismässig hohen bzw. nur verhältnismässig geringe Kosten erwachsen. Eine Parteientschädigung ist ihnen daher nicht zuzusprechen (Art. 64 Abs. 1 VwVG, Art. 7 Abs. 4 des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]).

(Dispositiv nächste Seite)

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.

Die Beschwerdeverfahren F-3149/2023 und F-3153/2023 werden vereinigt.

2.

Die Beschwerden werden gutgeheissen, die angefochtenen Verfügungen vom 23. Mai 2023 aufgehoben und die Sachen im Sinne der Erwägungen zum neuen Entscheid an die Vorinstanz zurückgewiesen.

3.

Es werden keine Verfahrenskosten auferlegt und keine Parteientschädigungen zugesprochen.

4.

Dieses Urteil geht an die Beschwerdeführenden, die Vorinstanz und die kantonale Migrationsbehörde.

Der Einzelrichter:

Der Gerichtsschreiber:

Sebastian Kempe

Julius Longauer

Versand: