



Urteil vom 11. Februar 2021

Besetzung

Richterin Regula Schenker Senn (Vorsitz),
Richterin Esther Marti, Richter Fulvio Haefeli,
Gerichtsschreiberin Susanne Stockmeyer.

Parteien

X. _____,
vertreten durch
MLaw Laura Heimgartner-Castelnovi,
Rechtsschutz für Asylsuchende,
Förllibuckstrasse 110, 8005 Zürich,
Beschwerdeführer,

gegen

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

Gegenstand

Nichteintreten auf Asylgesuch und Wegweisung
(Dublin-Verfahren); Verfügung des SEM vom
15. Oktober 2020 / [...].

Sachverhalt:**A.**

Der Beschwerdeführer ersuchte am 9. Juli 2020 in der Schweiz um Asyl (Akten der Vorinstanz [SEM act.] 1).

B.

Ein Abgleich seiner Fingerabdrücke mit der europäischen Fingerabdruck-Datenbank (Zentraleinheit Eurodac) ergab, dass er am 17. Juni 2020 in Slowenien um Asyl ersucht hatte und am 18. Oktober 2019 in Kroatien aufgegriffen und daktyloskopisch erfasst worden war (SEM act. 7).

C.

Da sich der Beschwerdeführer vom 22. Juli 2020 bis zum 25. Juli 2020 nicht im Bundesasylzentrum Zürich (BAZ Zürich) aufhielt, sagte das SEM das auf den Montag 27. Juli 2020 angesetzte Dublin-Gespräch am 24. Juli 2020 (Freitag) ab (vgl. Akten des Bundesverwaltungsgerichts [BVGer act.] 4 S. 2).

D.

Mit Strafbefehl vom 24. Juli 2020 wurde der Beschwerdeführer wegen Hehlerei und Verletzung der Bestimmung von Art. 115 Abs. 1 Bst. a AIG zu einer Geldstrafe von 60 Tagessätzen und einer Busse von Fr. 500.- verurteilt (SEM act. 18 ff.). Gemäss den polizeilichen Akten wurde er am 24. Juli 2020 in Genf verhaftet und gleichentags wieder aus der Haft entlassen (SEM act. 19, act. 24).

E.

Das SEM gewährte dem Beschwerdeführer schriftlich das rechtliche Gehör zur Zuständigkeit von Slowenien und Kroatien für die Durchführung des Asyl- und Wegweisungsverfahrens, zum Nichteintretensentscheid und zu einer Wegweisung nach Slowenien beziehungsweise Kroatien (SEM act. 15). Mit Schreiben vom 31. Juli 2020 führte die Rechtsvertretung aus, der Beschwerdeführer sei nicht zum Termin erschienen. Es könne keine Stellungnahme aus Sicht des Gesuchstellers eingereicht werden (SEM act. 17).

F.

Zwischenzeitlich erfolgte am 30. Juli 2020 die Personalienaufnahme des Beschwerdeführers (SEM act. 16).

G.

Am 27. Juli 2020 ersuchte das SEM die slowenischen Behörden um Rückübernahme des Beschwerdeführers gemäss Art. 18 Abs. 1 Bst. b 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). Die slowenischen Behörden wiesen das Gesuch mit Schreiben vom 26. August 2020 ab und verwiesen auf die Zuständigkeit Kroatiens (SEM act. 26).

H.

In der Folge stellte das SEM bei den kroatischen Behörden ein Gesuch um Rückübernahme des Beschwerdeführers gemäss Art. 18 Abs. 1 Bst. b Dublin-III-VO. Diese stimmten dem Gesuch gemäss Art. 18 Abs. 1 Bst. a Dublin-III-VO am 14. September 2020 zu (SEM act. 30).

I.

Mit Verfügung vom 15. Oktober 2020 – eröffnet am 19. Oktober 2020 – trat das SEM auf das Asylgesuch des Beschwerdeführers nicht ein, verfügte seine Wegweisung nach Kroatien und forderte ihn auf, die Schweiz am Tag nach Ablauf der Beschwerdefrist zu verlassen. Gleichzeitig beauftragte es den Kanton Zürich mit dem Vollzug der Wegweisung und stellte fest, einer allfälligen Beschwerde gegen den Entscheid komme keine aufschiebende Wirkung zu.

J.

Gegen diesen Entscheid erhob der Beschwerdeführer am 26. Oktober 2020 Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht und beantragte, die angefochtene Verfügung sei aufzuheben und die Vorinstanz anzuweisen, auf sein Asylgesuch einzutreten und ein Asylverfahren in der Schweiz durchzuführen. Eventualiter sei die Sache zur vollständigen Feststellung des Sachverhalts an die Vorinstanz zurückzuweisen. Subeventualiter sei die Vorinstanz anzuweisen, individuelle Zusicherungen bezüglich des Zugangs zum Asylverfahrens, zu adäquater medizinischer Versorgung sowie zur Unterbringung von den kroatischen Behörden einzuholen. In prozessualer Hinsicht ersuchte er um Gewährung der aufschiebenden Wirkung der Beschwerde. Zudem seien die Vorinstanz und die Vollzugsbehörden im Rahmen von vorsorglichen Massnahmen unverzüglich anzuweisen, bis zum Entscheid über das Rechtsmittel von jeglichen Vollzugshandlungen abzusehen. Schliesslich beantragte er die Gewährung der unentgeltlichen

Prozessführung unter Verzicht auf die Erhebung eines Kostenvorschusses (BVGer act. 1).

K.

Am 28. Oktober 2020 setzte die Instruktionsrichterin gestützt auf Art. 56 VwVG den Vollzug der Wegweisung per sofort einstweilen aus (BVGer act. 2). Die vorinstanzlichen Akten lagen dem Bundesverwaltungsgericht gleichentags in elektronischer Form vor (vgl. Art. 109 Abs. 3 AsylG).

L.

Mit Zwischenverfügung vom 3. November 2020 hiess das Bundesverwaltungsgericht das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege gemäss Art. 65 Abs. 1 VwVG gut und erteilte der Beschwerde die aufschiebende Wirkung (BVGer act. 3).

M.

In seiner Vernehmlassung vom 16. November 2020 beantragte das SEM die Abweisung der Beschwerde (SEM act. 4).

N.

Mit Replik vom 28. Dezember 2020 nahm der Beschwerdeführer abschliessend Stellung (SEM act. 8).

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 so auch vorliegend – endgültig (Art. 105 AsylG; 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. Der Beschwerdeführer hat am Verfahren vor der Vorinstanz teilgenommen, ist durch die angefochtene Verfügung besonders berührt und hat ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung beziehungsweise Änderung. Er ist daher zur Einreichung der Beschwerde legitimiert (Art. 105 und Art. 108 Abs. 3 AsylG; Art. 48 Abs. 1 sowie Art. 52 VwVG). Auf die Beschwerde ist einzutreten.

2.

2.1 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).

2.2 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.).

3.

3.1 Auf Asylgesuche wird in der Regel nicht eingetreten, wenn Asylsuchende in einen Drittstaat ausreisen können, der für die Durchführung des Asyl- und Wegweisungsverfahrens staatsvertraglich zuständig ist (Art. 31a Abs. 1 Bst. b AsylG). Zur Bestimmung des staatsvertraglich zuständigen Staates prüft das SEM die Zuständigkeitskriterien gemäss Dublin-III-VO. Führt diese Prüfung zur Feststellung, dass ein anderer Mitgliedstaat für die Prüfung des Asylgesuchs zuständig ist, tritt das SEM, nachdem der betreffende Mitgliedstaat einer Überstellung oder Rücküberstellung zugestimmt hat, auf das Asylgesuch nicht ein (vgl. BVGE 2017 VI/5 E. 6.2).

3.2 Gemäss Art. 3 Abs. 1 Dublin-III-VO wird jeder Asylantrag von einem einzigen Mitgliedstaat geprüft, der nach den Kriterien des Kapitels III als zuständiger Staat bestimmt wird. Das Verfahren zur Bestimmung des zuständigen Mitgliedstaates wird eingeleitet, sobald in einem Mitgliedstaat erstmals ein Asylantrag gestellt wird (Art. 20 Abs. 1 Dublin-III-VO). Im Fall eines sogenannten Aufnahmeverfahrens (engl.: take charge) sind die in Kapitel III (Art. 8–15 Dublin-III-VO) genannten Kriterien in der dort aufgeführten Rangfolge (Prinzip der Hierarchie der Zuständigkeitskriterien; vgl.

Art. 7 Abs. 1 Dublin-III-VO) anzuwenden, und es ist von der Situation im Zeitpunkt, in dem der Antragsteller erstmals einen Antrag in einem Mitgliedstaat gestellt hat, auszugehen (Art. 7 Abs. 2 Dublin-III-VO). Im Rahmen eines Wiederaufnahmeverfahrens (engl.: take back) findet demgegenüber grundsätzlich keine (erneute) Zuständigkeitsprüfung nach Kapitel III statt (vgl. zum Ganzen BVGE 2017 VI/5 E. 6.2 und 8.2.1 m.w.H.).

3.3 Ein Abgleich der Fingerabdrücke des Beschwerdeführers mit der "Eurodac"-Datenbank ergab, dass dieser am 17. Juni 2020 in Slowenien um Asyl ersucht hatte und am 18. Oktober 2019 in Kroatien aufgegriffen und daktyloskopisch erfasst worden war. Das SEM ersuchte die kroatischen Behörden am 1. September 2020 *um Wiederaufnahme des Beschwerdeführers* gestützt auf Art. 18 Abs. 1 Bst. b Dublin-III-VO. Die kroatischen Behörden stimmten dem Gesuch um Übernahme am 14. September 2020 zu, präzisierten aber, es handle sich um eine Übernahme gemäss Art. 18 Abs. 1 Bst. a Dublin-III-VO.

4.

In casu hat die Vorinstanz die Zuständigkeit Sloweniens beziehungsweise Kroatiens aus dem Eurodac-Eintrag abgeleitet (vgl. auch Ausführungen in der Vernehmlassung S. 3, 2. Abschnitt). Nachdem sie das Dublin-Gespräch vom 27. Juli 2020 abgesagt hatte, gewährte sie dem Beschwerdeführer mit Schreiben vom 28. Juli 2020 auf schriftlichem Weg das rechtliche Gehör. Er wendet diesbezüglich ein, es sei nicht nachvollziehbar, wieso die Vorinstanz im Wissen darum, dass er wegen illegaler Einreise in Kroatien registriert worden sei, ohne Weiteres auf die Ansetzung eines erneuten Dublin-Gesprächs verzichtet habe und ihm bereits am 28. Juli 2020 auf dem Schriftweg das rechtliche Gehör gewährt habe. Insbesondere deshalb, weil er bereits ab dem 25. Juli 2020 wieder im BAZ Zürich anwesend gewesen sei. In seinem Falle habe von Beginn weg von der Möglichkeit der Zuständigkeit Kroatiens ausgegangen werden müssen, mithin eines Dublin-Staates der für sein rigoroses Vorgehen gegen Asylsuchende derzeit stark in Kritik stehe. Die Vorinstanz habe somit ohne Zweifel Kenntnis von den für den Beschwerdeführer auf dem Spiel stehenden Rechtsgütern gehabt. Dies wäre von der Vorinstanz zu berücksichtigen gewesen (vgl. Beschwerde S. 6, 2. Abschnitt).

5.

Nachfolgend gilt es vorerst darüber zu befinden, ob das SEM auf die Durchführung des Dublin-Gesprächs gemäss Art. 5 Dublin-III-VO verzichten durfte.

5.1 Art. 5 Abs. 1 Dublin-III-VO sieht vor, dass ein persönliches Gespräch mit der asylsuchenden Person geführt wird. Dieses Gespräch soll der Person (unter anderem) das richtige Verständnis der in Art. 4 Dublin-III-VO erwähnten Informationen ermöglichen und sie über folgende Elemente informieren: die Ziele der Dublin-III-VO, die Kriterien für die Bestimmung des zuständigen Mitgliedstaates, die Rangfolge dieser Kriterien, die Dauer des Verfahrens sowie über die Möglichkeit, Angaben über die Anwesenheit von Familienangehörigen, Verwandten oder Personen jeder anderen verwandtschaftlichen Beziehung in den Mitgliedstaaten zu machen. In diesem Sinne soll es der Stärkung der Rechtsgarantien der asylsuchenden Person im Dublin-Verfahren dienen (vgl. BBI 2014 2687; Urteil des Europäischen Gerichtshofes [EuGH] vom 7. Juni 2016 C-63/15 Mehrdad Ghezelbash gegen Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie, 45-48).

Gemäss Art. 5 Abs. 2 Dublin-III-VO kann auf das persönliche Gespräch nur verzichtet werden, wenn der Asylsuchende flüchtig ist (Bst. a) oder er, nachdem er die in Artikel 4 genannten Informationen erhalten hat, bereits die sachdienlichen Angaben gemacht hat, so dass der zuständige Mitgliedstaat auf andere Weise bestimmt werden kann. Der Mitgliedstaat, der auf das Gespräch verzichtet, gibt dem Antragsteller Gelegenheit, alle weiteren sachdienlichen Informationen vorzulegen, die für die ordnungsgemässe Bestimmung des zuständigen Mitgliedstaates von Bedeutung sind, bevor eine Entscheidung über die Überstellung des Antragsstellers in den nach Art. 26 Abs. 1 zuständigen Mitgliedstaat ergeht (Bst. b). Das persönliche Gespräch ist gemäss Art. 5 Dublin-III-VO zeitnah, in jedem Fall bevor über die Überstellung in einen anderen Mitgliedstaat entschieden wird, zu führen (Art. 5 Abs. 3 Dublin-III-VO).

5.2 In seiner Verfügung vom 15. Oktober 2020 führte das SEM aus, der Beschwerdeführer habe sich vom 22. Juli 2020 bis zum 25. Juli 2020 nicht im BAZ Zürich aufgehalten, weshalb das auf den 27. Juli 2020 angesetzte Dublin-Gespräch abgesagt worden sei. In der Folge habe die Vorinstanz dem Beschwerdeführer am 28. Juli 2020 schriftlich das rechtliche Gehör zur Zuständigkeit Kroatiens zur Durchführung des Asyl- und Wegweisungsverfahrens, zum Nichteintretensentscheid gemäss Art. 31 Abs. 1 Bst. b AsylG sowie zur Wegweisung dorthin gewährt (vgl. S. 2).

Mit Zwischenverfügung vom 3. November 2020 wurde die Vorinstanz vom Bundesverwaltungsgericht zur Einreichung einer Vernehmlassung aufgefordert, dies mit dem Hinweis, es befinde sich weder eine Meldung an das

SEM bezüglich der Abwesenheit des Beschwerdeführers im besagten Zeitraum noch eine Vorladung zum Dublin-Gespräch in den vorinstanzlichen Akten.

Das SEM reichte mit Vernehmlassung vom 16. November 2020 eine anonymisierte Version des Emails zur Absage des Dublin-Gesprächs, sowie je einen Auszug aus der Geschäftsübersicht und der Ausgangshistorie aus den Migrationsdaten Empfangsstellen (MIDES) ein. Es machte dazu geltend, wie dem der Stellungnahme beigelegten Geschäftsbericht MIDES entnommen werden könne, sei das Dublin-Gespräch des Beschwerdeführers auf den 27. Juli 2020 angesetzt gewesen. Gemäss der beigelegten Ausgangshistorie sei der Beschwerdeführer am 22. Juli 2020 um 15:55 Uhr ausgebucht worden, seine Rückkehr sei am 25. Juli 2020 (Samstag) um 21:51 Uhr registriert worden. Da er am Freitag, dem 24. Juli 2020 nicht im BAZ Zürich anwesend gewesen sei, hätte das SEM keinen Grund zur Annahme gehabt, dass er für das geplante Dublin-Gespräch vom 27. Juli 2020 wieder anwesend sei. Bereits zu jenem Zeitpunkt sei zudem laut MIDES ersichtlich gewesen, dass er verschiedentlich verspätet von seinem Ausgang zurückgekommen und in mindestens zwei anderen Fällen auch unbewilligt mehrere Tage weggeblieben sei. Aufgrund des herankommenden Wochenendes sei demzufolge am Freitag, 24. Juli 2020 das Dublin-Gespräch für Montag, 27. Juli 2020 abgesagt worden, um Ressourcen personeller, finanzieller und zeitlicher Art nicht weiter zu blockieren. Die Absage des Dublin-Gesprächs sei per Email erfolgt und sei auch an den «Single Point of Contact» des Rechtsschutzes versandt worden. Somit sei die Rechtsvertretung über das Verschwindensein des Beschwerdeführers sowie die Absage des Dublin-Gesprächs informiert gewesen (S. 2 der Vernehmlassung).

5.3 Nicht bestritten wird vorliegend, dass der Beschwerdeführer mit seiner unbewilligten Abwesenheit nicht immer den Behörden zur Verfügung stand. In Bezug auf allfällige Konsequenzen ist auf Art. 8 Abs. 3*bis* AsylG zu verweisen. Fest steht jedoch auch, dass den Akten des SEM keine an den Beschwerdeführer beziehungsweise an seine Rechtsvertretung gerichtete Vorladung zum persönlichen Gespräch gemäss Art. 5 Dublin-III-VO zu entnehmen ist, welche über den Zeitpunkt des Gesprächs und den Durchführungsort informiert hätte. Das SEM reichte denn auch im vorliegenden Verfahren keine solche Vorladung nach, sondern verwies lediglich auf den Geschäftsbericht MIDES. Damit bleibt unklar, wann und ob überhaupt der Beschwerdeführer Kenntnis bezüglich der Durchführung des persönlichen

Gesprächs gemäss Art. 5 Dublin-III-VO erhalten hatte, was ihm nicht angelastet werden kann. Ohnehin befand sich der Beschwerdeführer am 25. Juli 2020 wieder im BAZ Zürich und hätte der Vorladung bezüglich des auf den 27. Juli 2020 angesetzten Gesprächs – sofern er darüber mittels Vorladung in Kenntnis gesetzt wurde – Folge leisten können. Ein Anwendungsfall von Art. 5 Abs. 2 Bst. a Dublin-III-VO liegt mithin nicht vor.

Weiter ist dem Protokoll der Personalienaufnahme vom 30. Juli 2020 zu entnehmen, dass der Beschwerdeführer dort zwar Angaben zu seinem Reiseweg gemacht hatte, diese bezogen sich jedoch lediglich auf das erste europäische Land, in welches er nach der Ausreise aus seinem Heimatland gelangt war sowie die Einreise in die Schweiz (SEM act. 16, S. 5). Nicht thematisiert wurden hingegen weitere Stationen seiner Reise. Auch Gründe für einen allfälligen Selbsteintritt gemäss Art. 17 Dublin-III-VO konnte er nicht darlegen.

Ein Ausnahmefall, in welchem gemäss Art. 5 Abs. 2 Dublin-III-VO auf ein persönliches Gespräch verzichtet werden konnte, liegt damit nicht vor. Der Beschwerdeführer war – wie aufgezeigt – weder flüchtig noch erfolgten sachdienliche Angaben zur Bestimmung des zuständigen Mitgliedstaates.

5.4 Nach Prüfung der Akten gelangt das Bundesverwaltungsgericht zum Schluss, dass die Vorinstanz vorliegend den im nationalen und internationalen Recht normierten Vorgaben nicht hinreichend Rechnung getragen hat, indem das persönliche Gespräch nach Art. 5 der Dublin-III-VO nicht durchgeführt wurde. Es kann offen bleiben, ob dieser Umstand überhaupt einer Heilung zugänglich wäre, ist doch davon auszugehen, dass die festgestellte Gehörsverletzung *schwerwiegender Natur* ist (vgl. WALDMANN/BICKEL in: Praxiskommentar VwVG, 2. Aufl. 2016, Art. 29 N 114 ff.; vgl. auch Urteil des BVGer E-1734/2016 vom 13. April 2016 E. 4.6). Damit hat die Vorinstanz den entscheiderelevanten Sachverhalt unsorgfältig und unvollständig abgeklärt sowie elementare Verfahrensgarantien verletzt (vgl. Art. 5 Dublin-III-VO, Art. 36 AsylG, Art. 29 VwVG).

6.

Die angefochtene Verfügung verletzt demnach Bundesrecht (Art. 106 AsylG). Die Beschwerde ist im Sinne der Erwägungen gutzuheissen; die vorinstanzliche Verfügung vom 15. Oktober 2020 ist aufzuheben und die Sache zwecks Erstellung des rechtserheblichen Sachverhalts und zur Neubeurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen.

7.

7.1 Bei diesem Ausgang sind dem Beschwerdeführer keine Kosten aufzuerlegen (Art. 63 Abs. 1 VwVG). Ihm ist keine Parteientschädigung auszurichten, da es sich vorliegend um eine zugewiesene unentgeltliche Rechtsvertretung im Sinne von Art. 102h AsylG handelt, deren Leistungen vom Bund nach Massgabe von Art. 102k AsylG entschädigt werden (vgl. auch Art. 111^{ter} AsylG).

7.2 Mit dieser Kostenregelung ist die dem Beschwerdeführer während des Verfahrens gewährte unentgeltliche Rechtspflege gegenstandslos geworden (MARCEL MAILLARD, in: Praxiskommentar VwVG, 2. Aufl. 2016, Art. 65 N 46).

(Dispositiv nächste Seite)

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.

Die Beschwerde wird gutgeheissen.

2.

Die angefochtene Verfügung vom 15. Oktober 2020 wird aufgehoben und die Sache im Sinne der Erwägungen zur Neuurteilung an die Vorinstanz zurückgewiesen.

3.

Es werden keine Verfahrenskosten erhoben.

4.

Es wird keine Parteientschädigung ausgerichtet.

5.

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

Die vorsitzende Richterin:

Die Gerichtsschreiberin:

Regula Schenker Senn

Susanne Stockmeyer

Versand: