



## Urteil vom 2. Februar 2021

---

Besetzung

Richter Andreas Trommer (Vorsitz),  
Richterin Gabriela Freihofer,  
Richterin Jenny de Coulon Scuntaro,  
Gerichtsschreiber Mathias Lanz.

---

Parteien

**A.** \_\_\_\_\_, geb. (...), Afghanistan,  
Beschwerdeführer,  
vertreten durch MLaw Marina Filou,  
HEKS Rechtsschutz Bundesasylzentren (...),

gegen

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

---

Gegenstand

Nichteintreten auf Asylgesuch und Wegweisung  
(Dublin-Verfahren);  
Verfügung des SEM vom 28. Dezember 2020 / N (...).

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

Der Beschwerdeführer suchte am 19. Oktober 2020 in der Schweiz um Asyl nach. Auf dem Personalienblatt gab er unter anderem an beziehungsweise liess er von seinem Übersetzer angeben, am (...) 2004 geboren worden und deshalb minderjährig zu sein. Den Einträgen in der "Eurodac"-Datenbank zufolge hatte er zuvor am 23. September 2020 in Rumänien um Asyl nachgesucht (Akten der Vorinstanz [SEM-act.] 1 ff.).

**B.**

Am 5. November 2020 führte die Vorinstanz eine Erstbefragung nach den Vorgaben für unbegleitete Minderjährige durch. Zu seinem Geburtsdatum befragt, behauptete der Beschwerdeführer zunächst erneut, er sei am (...) 2004 zur Welt gekommen. Im Verlaufe der Befragung erklärte er dann, ein Dolmetscher habe das Geburtsdatum in seinem Asylgesuch ausgefüllt. Da sie unterschiedliche Dialekte gesprochen hätten, hätten sie sich sprachlich nicht verstanden. Er werde in (...) Monaten 17 Jahre alt. Die Vorinstanz ihrerseits eröffnete dem Beschwerdeführer gegen Ende der Befragung, dass aus verschiedenen Gründen starke Zweifel an der behaupteten Minderjährigkeit bestünden, diese nicht als erstellt erachtet und als Geburtsdatum der (...) 2002 angenommen werde (SEM-act. 12).

**C.**

Am 10. November 2020 ersuchte die Vorinstanz die rumänischen Behörden in Anwendung von 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) um Wiederaufnahme des Beschwerdeführers (SEM-act. 17).

**D.**

Die rumänischen Behörden lehnten eine Rückübernahme des Beschwerdeführers am 23. November 2020 ab. Sie führten aus, der Beschwerdeführer habe in seinem Asylgesuch in Rumänien den (...) 2003 als Geburtsdatum angegeben, ohne dass er zum Nachweis seines Alters Dokumente vorgelegt hätte. Für die Beurteilung von Asylgesuchen Minderjähriger sei der Aufenthaltsstaat zuständig, weshalb sie die Wiederaufnahme des Beschwerdeführers nicht akzeptierten, es sei denn, eine medizinische Altersabklärung ergebe dessen Volljährigkeit (SEM-act. 20).

**E.**

In der Folge veranlasste die Vorinstanz beim Institut (...) die Erstellung eines Altersgutachtens. In dem am 2. Dezember 2020 erarbeiteten Dokument wurde festgehalten, die vorgenommenen Untersuchungen ergäben ein durchschnittliches Lebensalter des Beschwerdeführers von 18 bis 22 Jahren. Basierend auf dem Medianwert der radiologischen Untersuchung der Schlüsselbein-Brustbeingelenke liege das wahrscheinlichste Alter bei 19 Jahren. Demnach sei mit überwiegender Wahrscheinlichkeit von einer Volljährigkeit auszugehen. In Zusammenschau aller Untersuchungsbefunde lasse sich beim Beschwerdeführer zum Zeitpunkt der Untersuchung (26. November 2020) ein Mindestalter von 17 Jahren ermitteln. Das angenommene chronologische Lebensalter von 18 Jahren (...) könne somit aufgrund der Ergebnisse der forensischen Altersschätzung zutreffen (SEM-act. 24).

**F.**

Am 3. Dezember 2020 ersuchte die Vorinstanz die rumänischen Behörden gestützt auf das Altersgutachten um Wiedererwägung (SEM-act. 25). Die rumänischen Behörden stimmten der Wiederaufnahme des Beschwerdeführers in Anwendung von Art. 18 Abs. 1 Bst. d Dublin-III-VO am 15. Dezember 2020 zu. Dabei wiesen sie einleitend darauf hin, dass das Asylgesuch des Beschwerdeführers in Rumänien am 16. Oktober 2020 abgewiesen worden sei (SEM-act. 29).

**G.**

Mit Verfügung vom 28. Dezember 2020 – eröffnet am 30. Dezember 2020 – trat die Vorinstanz in Anwendung von Art. 31a Abs. 1 Bst. b AsylG (SR 142.31) auf das Asylgesuch nicht ein, ordnete die Wegweisung nach Rumänien an und forderte den Beschwerdeführer auf, die Schweiz am Tag nach Ablauf der Beschwerdefrist zu verlassen. Gleichzeitig wies die Vorinstanz auf die einer allfälligen Beschwerde von Gesetzes wegen fehlende aufschiebende Wirkung hin und beauftragte den Kanton Thurgau mit dem Vollzug der Wegweisung (SEM-act. 33).

**H.**

Gegen den vorinstanzlichen Entscheid liess der Beschwerdeführer am 7. Januar 2021 Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht erheben. Er beantragte, die Verfügung vom 28. Dezember 2020 sei aufzuheben und die Vorinstanz anzuweisen, auf sein Asylgesuch einzutreten und in der Schweiz ein materielles Asylverfahren durchzuführen. Eventualiter sei die vorinstanzliche Verfügung aufzuheben und die Sache zur Gewährung des

rechtlichen Gehörs zum Altersgutachten, zur vollständigen Sachverhaltsfeststellung und zur rechtsgenügenden Anfrage an die rumänischen Behörden an die Vorinstanz zurückzuweisen. In verfahrensrechtlicher Hinsicht beantragte der Beschwerdeführer die Gewährung der aufschiebenden Wirkung sowie der unentgeltlichen Prozessführung und den Verzicht auf die Erhebung eines Kostenvorschusses. Zudem seien die Vollzugsbehörden im Sinne einer superprovisorischen vorsorglichen Massnahme unverzüglich anzuweisen, von seiner Überstellung nach Rumänien abzusehen, bis das Bundesverwaltungsgericht über die Erteilung der aufschiebenden Wirkung entschieden habe (Akten des Bundesverwaltungsgerichts [BVGer-act.] 1).

## **I.**

Am 8. Januar 2021 lagen dem Bundesverwaltungsgericht die Akten in elektronischer Form vor und gleichentags setzte der Instruktionsrichter den Vollzug der Überstellung gestützt auf Art. 56 VwVG einstweilen aus (BVGer-act. 2).

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

### **1.**

**1.1** 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** Die Beschwerde ist zulässig (Art. 105 AsylG; Art. 31 ff. VGG). Der Beschwerdeführer ist zur Einreichung der Beschwerde legitimiert (Art. 105 AsylG und Art. 48 Abs. 1 VwVG). Auf die im Übrigen frist- und formgerecht eingereichte Beschwerde ist einzutreten (Art. 108 Abs. 3 AsylG und Art. 52 Abs. 1 VwVG). Das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts ist endgültig (Art. 83 Bst. d Ziff. 1 BGG).

**1.3** Gestützt auf Art. 111a Abs. 1 AsylG wurde vorliegend auf einen Schriftenwechsel verzichtet.

### **2.**

Mit Beschwerde können die Verletzung von Bundesrecht (einschliesslich Missbrauch und Überschreiten des Ermessens) sowie die unrichtige und unvollständige Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts gerügt werden (Art. 106 Abs. 1 AsylG).

### 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). Gemäss Art. 3 Abs. 1 Dublin-III-VO wird jeder Asylantrag von einem einzigen Mitgliedstaat geprüft, der nach den Kriterien des Kapitels III der Dublin-III-VO als zuständiger Staat bestimmt wird (vgl. auch Art. 7 Abs. 1 Dublin-III-VO). Im Rahmen des Wiederaufnahmeverfahrens (Art. 23 – 25 Dublin-III-VO) findet grundsätzlich keine (neue) Zuständigkeitsprüfung nach Kapitel III Dublin-III-VO mehr statt (vgl. zum Ganzen BVGE 2017 VI/5 E. 6.2 und 8.2.1).

**3.2** Entsprechenden Einträgen in der "Eurodac"-Datenbank zufolge stellte der Beschwerdeführer am 23. September 2020 in Rumänien erstmals ein Asylgesuch. Am 10. November 2020 ersuchte die Vorinstanz die rumänischen Behörden um Übernahme des Beschwerdeführers gestützt auf Art. 18 Abs. 1 Bst. b Dublin-III-VO. Diese stimmten dem Übernahmeansuchen am 15. Dezember 2020 im Rahmen eines Remonstrationsverfahrens zu. Die Zustimmung stützte sich auf Art. 18 Abs. 1 Bst. d Dublin-III-VO.

**3.3** Der Beschwerdeführer bestreitet zunächst, in Rumänien einen Asylantrag gestellt zu haben, vielmehr sei er dort nur daktyloskopisch erfasst worden.

**3.3.1.** Die rumänischen Behörden haben einen Asylantrag des Beschwerdeführers geprüft und diesen am 16. Oktober 2020, das heisst bereits vor der Einreise des Beschwerdeführers in die Schweiz, abgewiesen (Antwortschreiben der rumänischen Behörden vom 15. Dezember 2020 [SEM-act. 29]). Für die Annahme eines Schutzesantrages ist es ausreichend, wenn sich dieser in irgendeiner Form aus dem Willen einer Person erschliesst (vgl. Art. 2 Bst. h der Qualifikationsrichtlinie 2011/95/EU i.V.m. Art. 2 Bst. b Dublin-III-VO; Art. 18 AsylG; ULRICH KOEHLER, Praxiskommentar zum Europäischen Asylzuständigkeitssystem, 2018, Art. 2 N. 6). Der Beschwerdeführer legt nicht nachvollziehbar und einlässlich dar, weshalb die rumänischen Behörden zu Unrecht von einem Asylantrag ausgegangen sein sollen. Ein Antrag des Beschwerdeführers auf Asyl in Rumänien muss demnach vorgelegen haben, zumal er ohne diesen wohl auch mit nachteiligen (Entfernungs-) Massnahmen hätte rechnen müssen.

**3.3.2.** Die Dublin-III-VO räumt den Schutzsuchenden kein Recht ein, den ihren Antrag prüfenden Staat selber auszuwählen (vgl. BVGE 2010/45

E. 8.3). In diesem Sinne ist der Einwand des Beschwerdeführers auch deshalb nicht zielführend, weil die Zuständigkeit zur Prüfung des Asylgesuchs nach Art. 13 Abs. 1 Dublin-III-VO aufgrund seines vorgängigen Aufenthalts in Serbien selbst dann bei Rumänien als Ersteinreisestaat gelegen hätte, wenn er sein Asylgesuch tatsächlich erst in der Schweiz gestellt hätte (vgl. Urteil des BVGer F-6213/2018 vom 12. November 2018; zur schwebenden Dublin-Zuständigkeit bis zur Antragstellung siehe auch Urteil des BVGer F-4557/2019 vom 4. Dezember 2019 E. 3.4.5).

### **3.4**

**3.4.1.** Die grundsätzliche Wiederaufnahmezuständigkeit Rumäniens ist somit gegeben. Der Beschwerdeführer führt jedoch an, minderjährig zu sein, und macht geltend, die Schweiz sei deshalb für die Durchführung seines Asyl- und Wegweisungsverfahrens zuständig.

**3.4.2.** Im Falle einer unbegleiteten minderjährigen Person ohne familiäre Anknüpfungspunkte (zu einem anderen Mitgliedstaat) ist gemäss Art. 8 Abs. 4 Dublin-III-VO der Staat zuständig, in welchem jene einen Antrag auf internationalen Schutz gestellt hat, wobei von der Situation zum Zeitpunkt der ersten Antragstellung in einem Mitgliedstaat ausgegangen wird (vgl. Art. 7 Abs. 2 Dublin-III-VO). Als Minderjähriger gilt ein Drittstaatsangehöriger unter 18 Jahren (Art. 2 Bst. i Dublin-III-VO; Art. 1a Bst. d der Asylverordnung 1 vom 11. August 1999 [AsyIV 1, SR 142.311]). Unbegleitete Minderjährige sind vom Wiederaufnahmeverfahren ausgenommen (vgl. FILZWIESER/SPRUNG, Dublin-III-VO, Wien 2014, Kap. 15 f. zu Art. 8, m.H.). Vorliegend bestünde deshalb bei Minderjährigkeit des Beschwerdeführers eine der grundsätzlichen Wiederaufnahmezuständigkeit Rumäniens vorrangige Zuständigkeit der Schweiz (vgl. statt vieler: Urteile des BVGer F-6213/2020 vom 5. Januar 2021 E. 3.4; F-5625/2020 vom 18. November 2020; F-3255/2020 vom 2. Juli 2020 E. 5.2). Dadurch soll aber der im Dublin-Zuständigkeitssystem geltende Grundsatz, dass ein Asylantrag von einem einzigen Mitgliedstaat geprüft wird (Art. 3 Abs. 1 Dublin-III-VO), nicht ausgehebelt werden (Urteil des BVGer E-51/2020 vom 6. Februar 2020 E. 6.2.1, m.H. auf Urteil des Europäischen Gerichtshofs [EuGH] vom 6. Juni 2013 in der Rechtssache C-648/11, M.A., B.T. und D.A. vs. Vereinigtes Königreich).

### **4.**

Nachfolgend ist daher zu prüfen, ob der Beschwerdeführer minderjährig und die Schweiz für die Durchführung des Asyl- und Wegweisungsverfahrens zuständig ist. In Bezug auf die Festsetzung seines Alters durch die

Vorinstanz rügt der Beschwerdeführer eine Verletzung seines Anspruches auf rechtliches Gehör, was vorab zu behandeln ist.

**4.1** Der Beschwerdeführer bringt vor, er sei allein aufgrund seiner Aussagen anlässlich der Erstbefragung und dem Nichteinreichen von Identitätsdokumenten für volljährig erklärt worden. Diesbezüglich sei ihm zwar das rechtliche Gehör gewährt worden. Bezüglich des von der Vorinstanz später in Auftrag gegebenen Altersgutachtens habe er aber weder die Gelegenheit erhalten, sich vorgängig zu äussern, noch sei ihm nachträglich das rechtliche Gehör dazu gewährt worden. Die Rechtsvertretung habe erst mit Eingang des Entscheids am 30. Dezember 2020 von der Existenz des Altersgutachtens erfahren. Dies obwohl die Zustimmung der rumänischen Behörden von der Anordnung des Altersgutachtens abhängig gewesen und letzteres zu seinem Nachteil verwendet worden sei. Die Rechtsvertretung sei von der Vorinstanz nicht einmal darüber informiert worden, dass entgegen den Äusserungen der Fachspezialistin in der Erstbefragung nun doch ein Altersgutachten durchgeführt werde. Sie habe deshalb auch nicht um Akteneinsicht ersuchen können. Mit diesem Vorgehen habe die Vorinstanz seinen Anspruch auf rechtliches Gehör (Art. 26 Abs. 1 VwVG, Art. 29 f. VwVG, Art. 29 Abs. 2 BV) verletzt und den rechtserheblichen Sachverhalt nicht vollständig festgestellt.

**4.2** Der Anspruch auf rechtliches Gehör (Art. 29 Abs. 2 BV; Art. 29 VwVG; Art. 36 Abs. 1 AsylG) umfasst als Mitwirkungsrecht all jene Befugnisse, die einem Betroffenen einzuräumen sind, damit er seinen Standpunkt wirksam zur Geltung bringen kann. Daraus folgt das Recht auf Einsicht in die Akten, sich vor Erlass eines in seine Rechtsstellung eingreifenden Entscheids zur Sache zu äussern sowie der Anspruch auf Abnahme der rechtzeitig und formrichtig angebotenen rechtserheblichen Beweismittel (BGE 144 II 427 E. 3.1; 144 I 11 E. 5.3; BVGE 2015/10 E. 3.3). Dazu gehört ausserdem das Recht, an der Erhebung wesentlicher Beweise entweder mitzuwirken oder sich zumindest zum Beweisergebnis äussern zu können, wenn dieses geeignet ist, den Entscheid zu beeinflussen (BGE 142 I 86 E. 2.2; 140 I 99 E. 3.4; 135 II 286 E. 5.1; RENÉ RHINOW ET AL., Öffentliches Prozessrecht, 3. Aufl. 2014, Rz. 327). Voraussetzung dafür ist, dass Betroffene in geeigneter Weise über die entscheidungswesentlichen Vorgänge und Grundlagen vorweg orientiert werden (BGE 140 I 99 E. 3.4). Asylsuchende können allerdings zur Beweisanordnung der Behörde vorgängig nicht Stellung nehmen (Art. 11 AsylG).

**4.3** Aus den Akten ergibt sich nicht, dass dem Beschwerdeführer vor Erlass des Nichteintretensentscheids Einsicht in das Altersgutachten gewährt und

ihm die Möglichkeit gegeben worden wäre, sich dazu zu äussern. Eine Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör wäre deshalb nur dann zu verneinen, wenn das Altersgutachten auf den Entscheid betreffend die Dublin-Zuständigkeit keinerlei Einfluss zeitigen würde (vgl. oben E. 4.2).

**4.3.1.** Zur Altersfrage hielt die Vorinstanz im angefochtenen Entscheid fest, der Beschwerdeführer sei im Rahmen der Erstbefragung darauf aufmerksam gemacht worden, dass erhebliche Zweifel an der von ihm behaupteten Minderjährigkeit bestanden hätten, weil er keine plausiblen und glaubhaften Gründe für das Fehlen von Ausweispapieren gehabt habe, die Angaben zur Ausstellung der angeblich in Griechenland verlorenen Tazkira vage geblieben seien, er aufgrund des starken Bartwuchses älter ausgesehen habe und seine Ausdrucksweise und Gebärden nicht denjenigen eines Sechzehnjährigen entsprochen hätten. Ein Altersgutachten werde nur in Fällen eingeholt, in denen ein Bedarf bestehe. Das medizinische Altersgutachten sei erstellt worden, nachdem die rumänischen Behörden ihre Zustimmung für eine Wiederaufnahme des Beschwerdeführers davon abhängig gemacht hätten. Das Altersgutachten bestätige die Richtigkeit der Annahme der Vorinstanz, wonach es sich beim Beschwerdeführer um eine volljährige Person handle.

**4.3.2.** Damit spricht die Vorinstanz im Ergebnis dem Altersgutachten die Entscheidrelevanz ab und vertritt die Auffassung, die Volljährigkeit sei bereits aufgrund fehlender Ausweis- und Identitätsdokumente, widersprüchlicher und unlogischer Aussagen zum Alter und zur Tazkira sowie aufgrund des äusseren Erscheinungsbildes des Beschwerdeführers erstellt gewesen. Dieser Auffassung kann, wie nachfolgend zu zeigen sein wird, nicht gefolgt werden.

## **5.**

**5.1** Asylsuchende sind verpflichtet, an der Feststellung des Sachverhalts mitzuwirken. Sie müssen ihre Identität offenlegen und Reisepapiere sowie Identitätsausweise abgeben (Art. 8 Abs. 1 Bst. a und b AsylG). Die asylsuchende Person trägt grundsätzlich die Beweislast für die von ihr behauptete Minderjährigkeit. Mit Bezug auf das Beweismass, dem Altersangaben zu genügen haben, ist von der allgemeinen Regel von Art. 7 AsylG auszugehen, das heisst, die behauptete Minderjährigkeit muss zumindest glaubhaft erscheinen. Im Rahmen einer Gesamtwürdigung ist eine Abwägung aller Anhaltspunkte, die für oder gegen die Richtigkeit der betreffenden Altersangabe sprechen, vorzunehmen (vgl. BVGE 2018 VI/3 E. 4.2.3; 2009/54 E. 4.1; Entscheidungen und Mitteilungen der Schweizerischen

Asylrekurskommission [EMARK] 2004 Nr. 30 E. 5.3.3). Wesentlich sind dabei als für echt befundene Identitätspapiere oder eigene Angaben der betroffenen Person. Bei der Beurteilung der Frage der Glaubhaftigkeit einer geltend gemachten Minderjährigkeit stellt das Resultat des Altersgutachtens nur ein Element dar (Art. 17 Abs. 3<sup>bis</sup> AsylG; Urteil des BVGer F-3255/2020 vom 2. Juli 2020 E. 7.2). Altersgutachten stellen in der Regel bloss schriftliche Auskünfte dar, die der freien Beweiswürdigung unterliegen (Art. 49 und Art. 40 BZP [SR 273] i.V.m. Art. 19 VwVG). Je stärker die medizinischen Abklärungen ein Indiz für das Vorliegen der Minder- respektive der Volljährigkeit einer Person darstellen, desto weniger kommt es auf eine Gesamtwürdigung der Beweise an (BVGE 2018 VI/3 E. 4.2.2). Sind Altersgutachten von einer medizinischen Fachperson verfasst, erscheinen sie schlüssig, sind sie nachvollziehbar begründet sowie widerspruchsfrei und bestehen keine konkreten Indizien gegen ihre Zuverlässigkeit, kommt ihnen ein erhöhter Beweiswert zu (BVGE 2019 I/6 E. 5.7; EMARK 2004 Nr. 31 E. 6.2).

**5.2** Dem Beschwerdeführer ist insoweit beizupflichten, als allein dadurch, dass die rumänischen Behörden ihre Zustimmung zu seiner Wiederaufnahme von der Vorlegung eines medizinischen Altersgutachtens abhängig gemacht haben, dieses Einfluss auf die Dublin-Zuständigkeit hatte. Dem Beschwerdeführer hätte schon deshalb vorgängig zum Entscheid in der Sache rechtliches Gehör zum Ergebnis des Altersgutachtens gewährt werden müssen (vgl. Urteil des BVGer E-4172/2014 vom 18. August 2014 E. 7.3).

**5.3** Darüber hinaus ist festzuhalten, dass eine Gesamtwürdigung zur Altersfestsetzung eine vollständige und richtige Sachverhaltsfeststellung voraussetzt (BVGE 2019 I/6 E. 5.4). Zwar ist nicht zu verkennen, dass die vom Beschwerdeführer für das Fehlen und die Unmöglichkeit zur Beschaffung von Identitäts- und Ausweispapieren vorgebrachten Gründe zumindest fragwürdig sind sowie dass er in den Asylverfahren in Rumänien und in der Schweiz ohne nachvollziehbare Begründung unterschiedliche Geburtsdaten angegeben hat. Die Beweislastregel, wonach es dem Beschwerdeführer obliegt, seine Minderjährigkeit glaubhaft zu machen, greift aber erst dann, wenn der Sachverhalt vollständig festgestellt und sämtliche rechtzeitig und formrichtig angebotenen rechtserheblichen Beweismittel abgenommen wurden, die Behauptung der Minderjährigkeit aber dennoch unbewiesen geblieben ist (BVGE 2019 I/6 E. 5.3; 2012/21 E. 5.1; EMARK 2004/30 E. 5.2 und E. 5.3.1). Insofern hätte die Vorinstanz auf die Einholung eines Altersgutachtens nicht verzichten können (vgl. BGE 136 I

229 E. 5.3; 134 I 140 E. 5.3). Dem eingeholten Altersgutachten vom 2. Dezember 2020 kann vorliegend für die Altersbestimmung des Beschwerdeführers somit nicht jegliche Entscheidrelevanz abgesprochen werden. Ohne dieses erscheint aufgrund der bisherigen Sachlage weder die Voll- noch die Minderjährigkeit des Beschwerdeführers als hinreichend klar erstellt (vgl. BVGE 2018 VI/3 E. 4.2.3; EMARK 2004/30 E. 5.2). Wie es sich mit der Glaubhaftigkeit der behaupteten Minderjährigkeit des Beschwerdeführers im Detail verhält, ist an dieser Stelle aber explizit offen zu lassen.

**5.4** Nach dem bisher Gesagten hätte die Vorinstanz dem Beschwerdeführer vor Erlass der angefochtenen Verfügung am 28. Dezember 2020 das rechtliche Gehör zum eingeholten Altersgutachten gewähren müssen, zumal letzteres Einfluss auf den Entscheid über die Dublin-Zuständigkeit hat. Dass sich der Beschwerdeführer nach Durchführung der medizinischen Abklärungen nicht an seine Rechtsbeiständin wandte und sich über diese nicht umgehend und vorsorglich die Möglichkeit einer Stellungnahme zum Beweisergebnis einräumen liess, kann ihm nicht entgegengehalten werden. Zum einen kann ein konkludenter Verzicht auf eine Stellungnahme zum Altersgutachten nicht leichthin angenommen werden (BGE 137 IV 33 E. 9.2; BERNHARD WALDMANN/JÜRIG BICKEL, in Waldmann/Weissenberger [Hrsg.], Praxiskommentar Verwaltungsverfahrensgesetz, 2. Aufl. 2016, Art. 29 N. 65 ff.). Zum andern sind Mitteilungen in Bundesasylzentren dem Leistungserbringer zu eröffnen und der zugewiesenen Rechtsvertretung bekannt zu geben (Art. 12a Abs. 2 AsylG; Art. 102j Abs. 1 AsylG; Art. 11 Abs. 3 VwVG). Indem die Vorinstanz dem Beschwerdeführer keine Möglichkeit gewährte, zum Altersgutachten Stellung zu nehmen, verletzte sie dessen Anspruch auf rechtliches Gehör (vgl. oben E. 4.2).

## **6.**

Es stellt sich die Frage nach den Konsequenzen der Gehörsverletzung.

**6.1** Gemäss Art. 61 Abs. 1 VwVG entscheidet das Bundesverwaltungsgericht in der Sache selbst oder weist diese ausnahmsweise mit verbindlichen Weisungen an die Vorinstanz zurück. Angesichts des formellen Charakters des Gehörsanspruchs führt eine Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör – unabhängig davon, ob die angefochtene Verfügung bei korrekter Verfahrensführung im Ergebnis anders ausgefallen wäre – grundsätzlich zur Aufhebung des angefochtenen Entscheids. Die Heilung von Gehörsverletzungen aus prozessökonomischen Gründen ist auf Beschwerdeebene nur möglich, sofern das Versäumte nachgeholt wird, der Beschwerdeführer dazu Stellung nehmen kann und der Beschwerdeinstanz für die

konkrete Streitfrage die freie Überprüfungsbefugnis in Bezug auf Tatbestand und Rechtsanwendung zukommt (BGE 137 I 195 E. 2.3.2; 136 V 117 E. 4.2.2.2; 127 V 431 E. 3d/aa; BVGE 2015/10 E. 7.1).

**6.2** Mit Rechtsmitteleingabe an das Bundesverwaltungsgericht konnte sich der Beschwerdeführer zum Ergebnis des Altersgutachtens äussern, was er in äusserst knapper Form und lediglich beiläufig auch getan hat. Dennoch ist es grundsätzlich nicht Aufgabe des Bundesverwaltungsgerichts, Versäumnisse der Vorinstanz auf Beschwerdeebene systematisch zu beheben und sie damit von einer sorgfältigen Verfahrensführung zu entbinden (BVGE 2015/10 E. 7.1). Die Verletzung des rechtlichen Gehörs wiegt vorliegend schwer, zumal die Vorinstanz im Verfahren auf Bestimmung der Dublin-Zuständigkeit mit Rumänien durchaus noch Zeit gehabt hätte, den Beschwerdeführer zum Altersgutachten anzuhören. Ausserdem wird im vorliegenden Verfahren kein Schriftenwechsel durchgeführt. Eine Heilung der Verfahrensmängel kommt somit nicht in Betracht.

**6.3** Die angefochtene Verfügung ist dementsprechend aufzuheben und die Sache zur Gewährung des rechtlichen Gehörs, zur allfälligen ergänzenden Sachverhaltsabklärung und anschliessendem neuem Entscheid an die Vorinstanz zurückzuweisen.

## 7.

Der Beschwerdeführer rügt auch die Modalitäten des in seinem Fall durchgeführten Wiederaufnahmeverfahrens und beantragt die Rückweisung der Sache zur Wiederholung der Anfrage an die rumänischen Behörden.

**7.1** Das Wiederaufnahmegesuch muss die Beweismittel und Indizien im Sinne der beiden Verzeichnisse nach Art. 22 Abs. 3 Dublin-III-VO und/oder sachdienliche Angaben aus der Erklärung der betroffenen Person enthalten, anhand deren die Behörden des ersuchten Mitgliedstaates prüfen können, ob ihr Staat auf Grundlage der in dieser Verordnung festgelegten Kriterien zuständig ist (Art. 23 Abs. 4 Dublin-III-VO; Art. 2 Bst. a der Durchführungsverordnung [EU] Nr. 118/2014 der Kommission vom 30. Januar 2014 zur Änderung der Verordnung [EG] Nr. 1560/2003 mit Durchführungsbestimmungen zur Verordnung [EG] Nr. 343/2003 des Rates zur Festlegung der Kriterien und Verfahren zur Bestimmung des Mitgliedstaats, der für die Prüfung eines von einem Drittstaatsangehörigen in einem Mitgliedstaat gestellten Asylantrags zuständig ist [nachfolgend: DVO]; vgl. statt vieler: Urteil des BVGer F-6030/2020 vom 8. Dezember 2020 E. 5.4; D-6935/2016 vom 24. Januar 2017 E. 5.3.2). Dies betrifft insbesondere Informationen, die der

ersuchte Staat nicht bereits besitzt oder nicht selber innerhalb der Antwortfrist beschaffen kann (Urteil E-4172/2014 E. 6.1).

**7.2** Im Wiederaufnahmegesuch vom 10. November 2020 informierte die Vorinstanz die rumänischen Behörden in englischer Sprache unter anderem darüber, dass der Beschwerdeführer durch die Schweizer Behörden befragt worden sei, weil er keine Identitätsdokumente habe vorweisen können. Gleichzeitig teilte die Vorinstanz mit, die Aussagen des Beschwerdeführers zu seinem Geburtsdatum beziehungsweise seinem Alter seien widersprüchlich. Die Aussagen betreffend Familie und Identitätsdokumente seien vage, nicht plausibel und widersprüchen seinen Angaben zum aktuellen Alter. Zudem sehe der Beschwerdeführer älter als 16 Jahre aus. Aufgrund seiner eigenen Aussagen sei die behauptete Minderjährigkeit nicht glaubhaft, weshalb er in der Schweiz als Volljähriger behandelt werde (SEM-act. 17).

**7.3** Das Wiedererwägungsgesuch vom 3. Dezember 2020 an die rumänischen Behörden enthält zunächst die vom Beschwerdeführer in der Schweiz und in Rumänien angegebenen Geburtsdaten ([...] 2003 bzw. [...] 2004), sowie das von der Vorinstanz angenommene Geburtsdatum ([...] 2002). Die Vorinstanz wies in englischer Sprache darauf hin, dass ernsthafte Zweifel an den Altersangaben des Beschwerdeführers bestünden, weshalb ein medizinisches Altersgutachten angeordnet worden sei. Daraus ergebe sich ein durchschnittliches Lebensalter ("average age") von 18 bis 22 Jahren. Basierend auf dem Medianwert der radiologischen Untersuchung der Schlüsselbein-Brustbeingelenke liege das wahrscheinlichste Alter bei 19 Jahren. Es sei daher wahrscheinlicher ("more likely than not"), dass der Beschwerdeführer volljährig sei (SEM-act. 25).

#### **7.4**

**7.4.1.** Zutreffend ist zwar, dass die Vorinstanz die rumänischen Behörden im Wiedererwägungsgesuch vom 3. Dezember 2020 nicht in englischer Sprache auf das in der zusammenfassenden Beurteilung festgehaltene Mindestalter von 17 Jahren hingewiesen hat. Richtig ist auch, dass sie im Gesuch nicht erwähnt hat, dass im Gutachten ein Alter von 18 Jahren (...) für möglicherweise zutreffend gehalten wird. Diese Informationen wurden aber den rumänischen Behörden dennoch in überprüfbarer Weise zur Verfügung gestellt. Dem Wiedererwägungsgesuch war das medizinische Gutachten nämlich beigelegt, sodass die rumänischen Behörden davon ohne Weiteres Kenntnis nehmen und dieses eingehend überprüfen konnten. Zudem wies die Vorinstanz mit Wiederaufnahmegesuch vom 10.

November 2020 klar auf das vom Beschwerdeführer im Asylverfahren angegebene Alter von 16 Jahren hin.

**7.4.2.** Bereits festgehalten wurde, dass das medizinische Altersgutachten vorliegend für den Zuständigkeitsentscheid relevant ist (vgl. oben E. 5.3). Insofern hätte dem Beschwerdeführer das rechtliche Gehör zu dessen Ergebnis bereits vor dem Wiederaufnahme- respektive Wiedererwägungsgesuch gewährt werden müssen (vgl. Urteil E-4172/2014 E. 7.4). Eine Verletzung des Anspruchs der antragstellenden Person auf rechtliches Gehör führt indes für sich allein genommen nicht bereits zur Ungültigkeit des gesamten Wiederaufnahmeverfahrens (Urteil des BVerfG D-2846/2020 vom 16. Juli 2020 E. 5.2.1). Im vorliegenden Fall waren die rumänischen Behörden im Besitze aller sachdienlichen Informationen, denen sie bedurft haben, um ihre Wiederaufnahmezuständigkeit zu überprüfen. Zwischen den beiden Dublin-Behörden bestand vollumfängliche Transparenz. Es ist nicht ersichtlich und wird vom Beschwerdeführer auch nicht dargetan, welche weiteren Angaben die rumänischen Behörden hierzu noch gebraucht hätten. Ihnen hätte es freigestanden, bei Zweifeln am Altersgutachten oder an der Volljährigkeit des Beschwerdeführers weitere Informationen von der Vorinstanz einzufordern.

**7.4.3.** Somit halten die Gesuche der Vorinstanz an die rumänischen Behörden den Anforderungen an Art. 23 Abs. 4 Dublin-III-VO i.V.m. Art. 2 Bst. a DVO auch vor dem Hintergrund stand, dass dem Altersgutachten gestützt auf BVGE 2018 VI/3 allenfalls ein nur eingeschränkter Beweiswert zukommt. Eine Verletzung der Informationspflicht ist nicht auszumachen. Soweit der Beschwerdeführer vorbringt, für die zweite Anfrage vom 3. Dezember 2020 sei nicht das Standardblatt gemäss Art. 23 Abs. 4 Dublin-III-VO verwendet worden, so ist er darauf hinzuweisen, dass es sich dabei um ein Wiedererwägungsgesuch im Sinne von Art. 5 Abs. 2 DVO handelt, das keinen besonderen Formvorschriften unterworfen ist.

**7.5** Folglich ist die Sache nicht zur erneuten Durchführung des Zuständigkeitsbestimmungsverfahrens respektive zur Wiederholung der (Wiederaufnahme-) Anfrage an die rumänischen Behörden zurückzuweisen.

## **8.**

Die Beschwerde ist gutzuheissen. Die angefochtene Verfügung ist aufzuheben und die Sache zur Gewährung des rechtlichen Gehörs, zur allfällig ergänzenden Sachverhaltsabklärung und zu neuem Entscheid an die Vorinstanz zurückzuweisen. Da im Rahmen der Rückweisung nun vorweg zu klären ist (siehe oben E. 6.3), ob aufgrund der allfälligen Minderjährigkeit

eine prioritäre Zuständigkeit der Schweiz für die Durchführung des Asyl- und Wegweisungsverfahrens des Beschwerdeführers besteht, ist auf die (vordergründig und unpräjudizierlich zu Unrecht) geltend gemachten systemischen Mängel im rumänischen Asylsystem sowie auf die Forderung eines Selbsteintritts der Schweiz aufgrund einer Verletzung von Art. 3 EMRK (Verletzung des Non-Refoulement-Prinzips, Kettenabschiebung, Fehlen bzw. Entzug der Aufnahmebedingungen im Falle einer Rückkehr nach Rumänien) im vorliegenden Beschwerdeverfahren nicht weiter einzugehen.

**9.**

Bei diesem Ausgang des Verfahrens sind keine Kosten zu erheben (Art. 63 Abs. 1 und 2 VwVG). Das Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung ist folglich gegenstandslos geworden. Dem vertretenen Beschwerdeführer ist für das vorliegende Verfahren keine Parteientschädigung zuzusprechen (Art. 111a<sup>ter</sup> AsylG).

(Dispositiv nächste Seite)

**Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:**

**1.**

Die Beschwerde wird gutgeheissen.

**2.**

Die angefochtene Verfügung vom 28. Dezember 2020 wird aufgehoben und die Sache zur Gewährung des rechtlichen Gehörs, zur allfälligen ergänzenden Sachverhaltsabklärung und zum anschliessenden neuen Entscheid an die Vorinstanz zurückgewiesen.

**3.**

Es werden keine Verfahrenskosten erhoben.

**4.**

Es wird keine Parteientschädigung zugesprochen.

**5.**

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

Der vorsitzende Richter:

Der Gerichtsschreiber:

Andreas Trommer

Mathias Lanz

Versand: