

JAAC 68.117

Auszug aus dem Urteil der Schweizerischen Asylrekurskommission vom 18. September 2003 i.S. D.E., Türkei, auch erschienen in Entscheidungen und Mitteilungen der Schweizerischen Asylrekurskommission [EMARK] 2004 Nr. 9

Art. 65 al. 2 PA. Assistance judiciaire gratuite en procédure de première instance.

1. En première instance, la désignation d'un mandataire d'office ne peut être ordonnée qu'à des conditions très strictes (cf. JICRA 2001 n° 11= [JAAC 66.35](#); consid. 3a et b).

2. Dans le cas concret, l'octroi de l'assistance judiciaire complète était nécessaire, car le demandeur d'asile, à l'époque mineur non accompagné, n'avait pas été pourvu à temps d'une personne de confiance (consid. 3d).

3. L'autorité parentale sur un demandeur d'asile mineur n'appartient pas à ses frères et soeurs majeurs vivant en Suisse; c'est pourquoi, il doit être considéré comme mineur non accompagné (consid. 3c).

Art. 65 Abs. 2 VwVG. Unentgeltliche Verbeiständung im erstinstanzlichen Verfahren.

1. Die Notwendigkeit einer amtlichen Verbeiständung im erstinstanzlichen Verfahren wird nur unter sehr restriktiven Voraussetzungen bejaht (vgl. EMARK 2001 Nr. 11 = [VPB 66.35](#); E. 3a und b).

2. Im konkreten Fall erachtet die Schweizerische Asylrekurskommission eine amtliche Verbeiständung als notwendig, da das Bundesamt für Flüchtlinge dem damals noch minderjährigen und unbegleiteten Gesuchsteller nicht rechtzeitig eine Vertrauensperson einsetzte (E. 3d).

3. In der Schweiz lebenden volljährigen Geschwistern eines minderjährigen Asylsuchenden steht die elterliche Sorge nicht zu, weshalb dieser als unbegleiteter Minderjähriger zu behandeln ist (E. 3c).

Art. 65 cpv. 2 PA. Gratuito patrocinio in procedura di prima istanza.

1. La necessità del gratuito patrocinio in procedura di prima istanza è ammessa solo a condizioni molto restrittive (GICRA 2001 n. 11 = [GAAC 66.35](#); consid. 3a e b).

2. Nel caso concreto, la Commissione svizzera di ricorso in materia d'asilo ha ammesso la necessità del gratuito patrocinio considerato che l'Ufficio federale dei rifugiati non ha tempestivamente designato, all'allora minorenni non accompagnato, una persona di fiducia (consider. 3d).

3. L'autorità parentale su un richiedente l'asilo minorenni non spetta ai suoi fratelli maggiorenni che vivono in Svizzera. Egli deve dunque essere considerato come un minorenni non accompagnato (consider. 3c).

Zusammenfassung des Sachverhalts:

Der Beschwerdeführer stellte durch seinen Rechtsvertreter mit Eingabe vom 25. März 2000 ein Asylgesuch in der Schweiz; gleichzeitig reichte er ein Gesuch um Beigabe seines Rechtsvertreters als unentgeltlichen Rechtsbeistand ein. Das kantonale Migrationsamt hörte am 2. Mai 2000 den Beschwerdeführer zu seinen Asylgründen an. Bei der Anhörung war der Rechtsvertreter des Beschwerdeführers anwesend. Das Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege wiederholte der Beschwerdeführer durch seinen Rechtsvertreter mit Eingabe vom 5. Mai 2000. Mit Verfügung vom 2. November 2001 stellte das Bundesamt für Flüchtlinge (BFF) fest, der Beschwerdeführer erfülle die Flüchtlingseigenschaft, und gewährte ihm Asyl in der Schweiz. Mit Eingabe vom 12. November 2001 ersuchte der Beschwerdeführer durch seinen Vertreter das BFF, über das gestellte Gesuch um Beigabe eines unentgeltlichen Rechtsbeistandes zu entscheiden.

Mit Verfügung vom 30. Januar 2002 wies das BFF das «Gesuch um unentgeltliche Rechtsverteiständung» ab. Zur Begründung wurde im Wesentlichen ausgeführt, die Minderjährigkeit des Beschwerdeführers allein rechtfertige eine unentgeltliche Rechtsverteiständung nicht, da die kantonalen Behörden für die Vertretung minderjähriger Asylsuchender im Asylverfahren von Amtes wegen Vertreter zu Verfügung stellen würden. Im Weiteren sei die Bedürftigkeit des Beschwerdeführers nicht belegt. Zudem hätten sich keine komplexen Sach- oder Rechtsfragen gestellt, die eine anwaltliche Vertretung erfordert habe. Die Voraussetzungen für eine unentgeltliche Verbeiständung seien deshalb nicht erfüllt.

Mit Beschwerde vom 4. März 2002 an die Schweizerische Asylrekurskommission (ARK) beantragte der Beschwerdeführer durch seinen Vertreter die Aufhebung der Verfügung des BFF vom 30. Januar 2002,

und es sei dem Beschwerdeführer in der Person seines Rechtsvertreters ein unentgeltlicher Rechtsbeistand für das Asylverfahren beizugeben. Zudem sei ihm die unentgeltliche Prozessführung und Verbeiständung für das Beschwerdeverfahren zu gewähren. Auf die Begründung und auf die als Beweismittel eingereichten Dokumente sowie auf die Anträge auf Akteneinsicht und Fristansetzung zur Beschwerdeergänzung wird, soweit für den Entscheid wesentlich, in den Erwägungen eingegangen.

Mit Zwischenverfügung vom 10. April 2002 verzichtete der zuständige Instruktionsrichter der ARK implizit auf die Erhebung eines Kostenvorschusses und verwies die Beurteilung der Gesuche um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege und Beigabe eines Anwalts (Art. 65 Abs. 1 und 2 des Bundesgesetzes vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren [VwVG], SR 172.021) auf einen späteren Zeitpunkt.

In ihrer Vernehmlassung vom 13. Februar 2003 beantragte die Vorinstanz die Abweisung der Beschwerde.

Die ARK heisst die Beschwerde gut.

Aus den Erwägungen:

3.a. Das VwVG gewährt für das Verwaltungsbeschwerdeverfahren bei gegebenen Voraussetzungen explizit die Kostenbefreiung (vgl. Art. 65 Abs. 1) wie auch die unentgeltliche anwaltliche Verbeiständung (vgl. Art. 65 Abs. 2). Die vom Bundesgericht in seiner Rechtsprechung zu Art. 4 Abs. 1 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 29. Mai 1874 (aBV[121]) entwickelten Regeln über die Gewährung der unentgeltlichen Verbeiständung im nichtstreitigen Verwaltungsverfahren gelten auch für erstinstanzliche Verfahren vor Bundesbehörden, die sich nach dem VwVG richten (vgl. Entscheidungen und Mitteilungen der Schweizerischen Asylrekurskommission [EMARK] 2001 Nr. 11, S. 84, = VPB 66.35 E. 4c). *In casu* ist in erster Linie die Frage der Notwendigkeit anwaltlicher Verbeiständung im erstinstanzlichen Asylverfahren strittig.

b. Das den Beizug eines professionellen Rechtsvertreters erfordernde Anstehen komplexer Tatsachen- und Rechtsfragen wird im erstinstanzlichen Asylverfahren nur äusserst selten verwirklicht (vgl. EMARK 2001 Nr. 11, S. 86 f. = VPB 66.35 E. 6b/bb). So wird das Asylverfahren vom Untersuchungsgrundsatz wie auch vom Prinzip der Rechtsanwendung von Amtes wegen beherrscht, weshalb sich das Zutun (Mitwirken) eines Asylsuchenden in aller Regel auf das Schildern von Erlebnissen und das Bezeichnen (und allenfalls Beschaffen) von Beweismitteln beschränken kann. Zwar mag es zutreffen, dass - wie vom Bundesgericht im Entscheid BGE 112 Ia 14 ff. erwogen - «[...] die Unparteilichkeit von Verwaltungsbehörden wohl überschätzt [wird], wenn man ihnen zumutet, dass sie in vollkommen unvoreingenommener Weise gleichzeitig das öffentliche Interesse wahrnehmen und dafür Sorge tragen, dass der an der verwaltungsrechtlichen Auseinandersetzung beteiligte Bürger nicht benachteiligt wird» (vgl. a.a.O., S. 16 f.). Das Asylverfahren jedoch kennt Einrichtungen, die in aller Regel durchaus geeignet sind, möglichen negativen Auswirkungen eines solchen Interessenkonflikts auf den Asylsuchenden wirksam zu begegnen. So ist es die eigentliche Funktion der gesetzlich vorgesehenen Hilfswerkvertretung, durch die Teilnahme an Anhörungen deren korrekten Ablauf sicherzustellen

bzw. diesbezügliche Mängel aktenkundig - und damit später nachprüfbar - zu machen (vgl. Art. 30 Abs. 4 des Asylgesetzes vom 26. Juni 1998 [AsylG], SR 142.31). Ferner bieten die zahlreichen im Asylbereich tätigen Hilfswerke und Beratungsstellen mannigfaltig weitergehende Leistungen an, unter anderem auch die weitgehend kostenlose (bzw. zumindest nicht von Vorschussleistung an die Mandatäre abhängige) Verbeiständung durch sachkundige Personen und Übersetzungsdienste. Und letztlich kommt noch dazu, dass der zur Begründung des Asylgesuches vorgetragene Sachverhalt bloss glaubhaft sein muss (reduziertes Beweismass). Auch ein erhebliches subjektives Zurückbleiben des konkreten Asylsuchenden hinter dem «durchschnittlichen Asylbewerber» wird nur in sehr seltenen Ausnahmefällen nach der Beigabe eines Rechtsanwaltes verlangen (vgl. EMARK 2001 Nr. 11, S. 88 = [VPB 66.35](#) E. 6c). Somit erweist sich im Asylverfahren vor dem BFF die Verbeiständung durch einen professionellen Rechtsvertreter in aller Regel als nicht notwendig (vgl. EMARK 2001 Nr. 11, S. 93 = [VPB 66.35](#)).

c. *In casu* besteht begründeter Anlass, von diesem Grundsatz abzuweichen. Der Beschwerdeführer wurde - ausgehend von seinen nicht bestrittenen Angaben - am 18. Januar 2003 volljährig. Er war indessen im Zeitpunkt der Anhörung zu den Asylgründen (2. Mai 2000) 15 Jahre alt und somit nach dem massgebenden schweizerischen Recht (vgl. EMARK 1994 Nr. 11, S. 92 = [VPB 59.43](#) E. 4d) noch minderjährig. Gemäss dem praxisändernden Grundsatzentscheid (vgl. EMARK 1998 Nr. 13, S. 84 ff. = [VPB 63.13](#)) ist einem urteilsfähigen und nicht vertretenen unbegleiteten Minderjährigen, dem kein Vormund oder Beistand ernannt worden ist, vor der ersten Anhörung zu den Asylgründen für die Dauer des Asylverfahrens eine rechtskundige Person (heute: Vertrauensperson gemäss Art. 17 Abs. 3 AsylG und Art. 7 Abs. 3 der Asylverordnung 1 vom 11. August 1999 über Verfahrensfragen [AsylV 1], SR 142.311; vgl. auch EMARK 2003 Nr. 1, S. 1 ff.) zuzuordnen, falls entsprechende vormundschaftliche Massnahmen seitens der kantonalen Behörden nicht innert vernünftiger Frist zu erwarten sind. Die Nichtbeachtung dieses Grundsatzes führt als Verletzung des rechtlichen Gehörs grundsätzlich zur Kassation des vorinstanzlichen Entscheides. Nach EMARK 1999 Nr. 24, S. 154, E. 4a, muss indes einem Minderjährigen keine rechtskundige Person beigegeben werden, wenn sich «ein Elternteil oder eine erziehungsberechtigte Person» in der Schweiz befindet. Erziehungsberechtigte Person im rechtlichen Sinne ist nur jemand, der die elterliche Sorge (vgl. Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907 [ZGB], SR 210, Überschrift zum dritten Abschnitt des achten Titels; vor der ZGB-Revision von 1998: elterliche Gewalt) inne hat. «Alle Unmündigen oder Entmündigten stehen entweder unter elterlicher Sorge oder unter Vormundschaft. Tertium non datur» (vgl. *P. Tuor/B. Schnyder/A. Rumo-Jungo*, Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, Zürich/Basel/Genf 2002, 12. Aufl., S. 428). Das Sorgerecht steht verheirateten Eltern, unverheirateten Eltern sowie vertretungsweise Stief- und Pflegeeltern (vgl. *Tuor/Schnyder/Rumo-Jungo*, a.a.O., S. 429), nicht aber volljährigen Geschwistern zu. «Unbegleitet» bedeutet demnach von

niemandem begleitet, der die elterliche Sorge inne hat. Der Umstand, dass volljährige Geschwister des Beschwerdeführers in der Schweiz wohnhaft sind, macht aus dem Beschwerdeführer somit keinen begleiteten Minderjährigen.

d. Bereits in EMARK 1998 Nr. 13 = [VPB 63.13](#) hat sich die ARK mit der Frage der anwaltlichen Verbeiständung von unbegleiteten Minderjährigen im erstinstanzlichen Verfahren respektive nichtstreitigen Verwaltungsverfahren befasst (E. 4b/dd und ee, S. 91 ff.) und dabei festgehalten, dass schon in Bezug auf die Frage der Urteilsfähigkeit und damit verbunden der Möglichkeit, selbständig ein Asylgesuch einreichen zu können, eine Verbeiständung Minderjähriger unter Umständen erforderlich sein könne (E. 4b/ee, S. 93 f.). Den Akten sind keine Anhaltspunkte zu entnehmen, wonach dem Beschwerdeführer während des vorinstanzlichen Verfahrens - und insbesondere vor der kantonalen Anhörung zu den Asylgründen - ein Vormund oder Beistand ernannt beziehungsweise ihm von Amtes wegen eine rechtskundige Vertrauensperson beigegeben worden wäre (vgl. Art. 17 Abs. 3 AsylG, Art. 7 Abs. 2 und 3 AsylV 1). (...) *In casu* reichte der Beschwerdeführer durch seinen Rechtsvertreter am 25. März 2000 gleichzeitig mit seinem Asylgesuch das Gesuch um Beigabe einer anwaltlichen Verbeiständung im Sinne von Art. 65 Abs. 2 VwVG ein. Angesichts der damaligen Minderjährigkeit des Beschwerdeführers hätte das BFF dieses Gesuch sofort nach Eingang behandeln und im Falle einer Abweisung dem Beschwerdeführer eine rechtskundige Person beordnen müssen, zumal seitens des zuständigen Kantons keine vormundschaftlichen Massnahmen angeordnet worden waren und Art. 17 Abs. 3 AsylG eine unverzügliche Ernennung einer Vertrauensperson fordert. Das BFF entschied hingegen erst am 30. Januar 2002 und somit nach dem rechtskräftigen Abschluss des Asylverfahrens (2. November 2001) über das Gesuch um anwaltliche Verbeiständung im Sinne von Art. 65 Abs. 2 VwVG. Der minderjährige unbegleitete Beschwerdeführer war aufgrund der Untätigkeit des BFF in Bezug auf sein Gesuch um anwaltliche Verbeiständung und des Fehlens einer beigeordneten rechtskundigen Vertrauensperson beziehungsweise vormundschaftlicher Massnahmen deshalb zwingend auf seine anwaltliche Vertretung im erstinstanzlichen Asylverfahren angewiesen, andernfalls er im Asylverfahren ganz auf sich allein gestellt gewesen wäre, was die Wahrung seiner Parteirechte in unzulässiger Weise geschmälert hätte (vgl. EMARK 1998 Nr. 13, S. 94 = [VPB 63.13](#) E. 4b/ee).

e. Entgegen der Vorinstanz ist deshalb festzustellen, dass der Beschwerdeführer die Voraussetzungen für die Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege nach Art. 65 Abs. 2 VwVG im vorinstanzlichen Verfahren erfüllte, zumal dessen Bedürftigkeit aufgrund der eingereichten Bestätigung der (zuständigen Fürsorgebehörde) vom 7. Februar 2002 erwiesen ist. Somit ist die angefochtene Verfügung der Vorinstanz vom 30. Januar 2002 aufzuheben und das BFF anzuweisen, dem Beschwerdeführer eine Entschädigung für die Bemühungen seines Vertreters im erstinstanzlichen Asylverfahren zu entrichten. (...)

[121] Zu lesen auf der Internetseite des Bundesamtes für Justiz unter http://www.ofj.admin.ch/etc/medialib/data/staat_buerger/gesetzgebung/bundesverfassung.Par.0006.File.tmp/bv-alt-d.pdf

JAAC 68.117 - Auszug aus dem Urteil der Schweizerischen Asylrekurskommission vom 18. September 2003 i.S. D.E., Türkei, auch erschienen in Entscheidungen und Mitteilungen der Schweizerischen Asylrekurskommission [EMARK] 2004 Nr. 9

| | |
|---------|---|
| In | Verwaltungspraxis der Bundesbehörden |
| Dans | Jurisprudence des autorités administratives de la Confédération |
| In | Giurisprudenza delle autorità amministrative della Confederazione |
| Jahr | 2004 |
| Année | |
| Anno | |
| Band | 68 |
| Volume | |
| Volume | |
| Seite | --- |
| Page | |
| Pagina | |
| Ref. No | 150 006 245 |

Das Dokument wurde durch das Schweizerische Bundesarchiv und die Bundeskanzlei konvertiert.

Le document a été digitalisé par les Archives Fédérales Suisses et la Chancellerie fédérale.

Il documento è stato convertito dall'Archivio federale svizzero e della Cancelleria federale.