

2023 VI/2

Auszug aus dem Urteil der Abteilung V
i.S. A. gegen Staatssekretariat für Migration
E-5608/2022 vom 31. Mai 2023

Asylrecht. Dublin-Verfahren. Rechtsvertretung für Asylsuchende in den Zentren des Bundes. Verzicht auf Teilnahme der gesetzlichen Rechtsvertretung an einzelnen Verfahrensschritten. Voraussetzungen. Art. 26b, Art. 102f ff. AsylG. Art. 20b Abs. 1 AsylV 1. Art. 5 Abs. 1 Dublin-III-VO.

1. Asylsuchende, deren Gesuche in einem Zentrum des Bundes behandelt werden, haben von Gesetzes wegen Anspruch auf unentgeltliche Beratung und Rechtsvertretung (E. 5.1 ff.).
2. Die Handlungen des SEM entfalten ihre Rechtswirkung grundsätzlich auch ohne die Anwesenheit oder Mitwirkung der Rechtsvertretung, sofern die Mitteilung der Termine rechtzeitig erfolgte (E. 5.4 ff.).
3. Das « Dublin-Gespräch » gemäss Art. 5 Dublin-III-VO ist weder eine Erstbefragung noch eine Anhörung zu den Asylgründen. Für die Wirksamkeit dieses Verfahrensschritts ist die Mitwirkung der Rechtsvertretung im Rahmen des rechtlichen Gehörs nicht zwingend und die asylsuchende Person muss der Abwesenheit der Rechtsvertretung nicht ausdrücklich zustimmen (E. 5.4 und 5.5).

Droit d'asile. Procédure Dublin. Représentation juridique pour requérants d'asile dans les centres de la Confédération. Renonciation à la participation de la représentation juridique à certaines étapes de la procédure. Conditions.

Art. 26b, art. 102f ss, LAsi. Art. 20b al. 1 OA 1. Art. 5 par. 1 règlement Dublin III.

1. Les requérants d'asile, dont la demande est traitée dans un centre de la Confédération, ont légalement droit à un conseil et une représentation juridique gratuits (consid. 5.1 ss).
2. Lorsque les dates sont communiquées à temps, les actes du SEM déploient en principe leurs effets juridiques même sans la présence ni la participation d'un représentant juridique (consid. 5.4 ss).

3. L'« entretien Dublin » au sens de l'art. 5 du règlement Dublin III ne constitue ni un premier entretien ni une audition sur les motifs d'asile. Cette étape de procédure déploie ses effets indépendamment de la participation du représentant juridique dans le cadre du droit d'être entendu, et le requérant ne doit pas consentir expressément à l'absence du représentant légal lors de l'entretien (consid. 5.4 et 5.5).

Diritto d'asilo. Procedura Dublino. Rappresentanza legale per i richiedenti l'asilo nei centri della Confederazione. Rinuncia alla partecipazione del rappresentante legale ad alcune fasi della procedura. Presupposti.

Art. 26b, art. 102f segg. LAsi. Art. 20b cpv. 1 OAsi 1. Art. 5 par. 1 Regolamento Dublino III.

1. I richiedenti l'asilo la cui domanda è trattata in un centro della Confederazione hanno diritto a una consulenza e una rappresentanza legale gratuite (consid. 5.1 segg.).
2. Se la comunicazione delle date è tempestiva, di principio, le azioni della SEM esplicano effetto giuridico anche senza la presenza o la collaborazione del rappresentante legale (consid. 5.4 segg.).
3. Il « colloquio Dublino » ai sensi dell'art. 5 del Regolamento Dublino III non costituisce né una prima interrogazione né un'audizione sui motivi d'asilo. Affinché questa fase procedurale sia efficace, la partecipazione del rappresentante legale nell'ambito del diritto di essere sentito non è obbligatoria e non è necessario che il richiedente l'asilo acconsenta espressamente all'assenza del rappresentante legale durante il colloquio (consid. 5.4 e 5.5).

Der Beschwerdeführer, ein afghanischer Staatsangehöriger, ersuchte die Schweiz am 12. August 2022 um Asyl. Am 19. August 2022 erteilte er der Rechtsvertretung des Hilfswerks der Evangelisch-reformierten Kirche Schweiz (nachfolgend: Rechtsvertretung) die Vollmacht zur Vertretung im Rahmen des Asylverfahrens gemäss Art. 102f ff. AsylG (SR 142.31).

Am 30. August 2022 gewährte das Staatssekretariat für Migration (SEM, nachfolgend auch: Vorinstanz) dem Beschwerdeführer im Rahmen des

« Dublin-Gesprächs » das rechtliche Gehör zur mutmasslichen Zuständigkeit Italiens für sein Asylverfahren, zu einer allfälligen Rückkehr dorthin sowie zum medizinischen Sachverhalt. Die bevollmächtigte Rechtsvertretung war am Gespräch nicht anwesend.

Nachdem die Zuständigkeit zur Durchführung des Asylverfahrens definitiv auf Italien übergegangen war, trat die Vorinstanz mit Verfügung vom 22. November 2022 auf das Asylgesuch des Beschwerdeführers nicht ein, ordnete seine Überstellung nach Italien an und forderte ihn auf, die Schweiz zu verlassen. Am 29. November 2022 legte die Rechtsvertretung das Mandat nieder.

Am 5. Dezember 2022 beantragte der Beschwerdeführer dem Bundesverwaltungsgericht, die Verfügung vom 22. November 2022 sei aufzuheben und die Vorinstanz anzuweisen, sich für sein Asylverfahren zuständig zu erklären; eventualiter sei die Angelegenheit zu weiteren Sachverhaltsabklärungen an die Vorinstanz zurückzuweisen. Ferner sei bis zum Entscheid des Bundesverwaltungsgerichts von der Überstellung abzusehen. Inhaltlich rügt der Beschwerdeführer namentlich eine Verletzung seines Anspruchs auf rechtliches Gehör durch die Abwesenheit seiner Rechtsvertretung während des « Dublin-Gesprächs ».

Das Bundesverwaltungsgericht weist die Beschwerde ab.

Aus den Erwägungen:

4.

4.1 Der Beschwerdeführer macht in seinem Rechtsmittel geltend, die ihm zugewiesene Rechtsvertretung habe ihn nicht ausreichend auf das Dublin-Gespräch vorbereitet und sei während des Gesprächs nicht anwesend gewesen. Vielmehr habe er sie das erste Mal gesehen, als er den Nichteintretensentscheid erhalten und die Rechtsvertretung das Mandat niedergelegt habe; davor habe er keine Möglichkeit gehabt, sich mit seiner Rechtsvertretung auszutauschen und diese sei während des gesamten Verfahrens nicht anwesend gewesen. Das Bundesverwaltungsgericht habe in seinem Urteil E-4638/2022 vom 21. Oktober 2022 festgestellt, der Verzicht auf eine Rechtsvertretung oder auf deren Anwesenheit beim Dublin-Gespräch müsse ausdrücklich erfolgen. Dies habe er nicht getan. Die fehlende Vertretung stelle eine Verletzung seines rechtlichen Gehörs sowie einen gravierenden Verfahrensfehler dar ([...]).

4.2 In ihrer Vernehmlassung vom 14. Dezember 2022 führt die Vorinstanz unter Verweis auf das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts D-5482/2022 vom 6. Dezember 2022 aus, der Entscheid über die Notwendigkeit der Teilnahme am Dublin-Gespräch obliege der zugewiesenen Rechtsvertretung. Vorliegend habe die Rechtsvertretung am 4. August 2022 mitgeteilt, ab dem 10. August 2022 auf die Teilnahme an Dublin-Gesprächen – mit Ausnahme von Fällen verletzlicher Personen – zu verzichten. Den Akten könne entnommen werden, dass die Vorladung zum Dublin-Gespräch der Rechtsvertretung am 25. August 2022 zugestellt worden sei. Das Dublin-Gespräch habe sodann am 30. August 2022 stattgefunden, am 25. November 2022 sei der Nichteintretensentscheid der Rechtsvertretung angekündigt und am 28. November 2022 derselben ausgehändigt worden. Dem Beschwerdeführer und seiner Rechtsvertretung habe somit genügend Zeit zur Verfügung gestanden, um sich bei Bedarf zum Ablauf des Dublin-Gesprächs zu äussern. Angesichts der am 19. August 2022 erfolgten Bevollmächtigung der Rechtsvertretung nach Art. 102f ff. AsylG durch den Beschwerdeführer erscheine zudem dessen Behauptung, diese erstmals bei der Mandatsniederlegung gesehen zu haben, nicht glaubhaft.

4.3 Am 26. Januar 2023 nahm der Beschwerdeführer – handelnd durch seine mit Vollmacht vom selben Datum mandatierte Rechtsvertreterin – dazu Stellung, indem er ausführte, die Abwesenheit der Rechtsvertretung ohne ausführliche Information beziehungsweise den ausdrücklichen Verzicht darauf sei vom Bundesverwaltungsgericht in den Urteilen D-5650/2022 vom 15. Dezember 2022 und E-4638/2022 als gravierender Verfahrensfehler eingestuft worden. Demnach könne ein Verzicht auf die Rechtsvertretung erst dann rechtswirksam angenommen werden, wenn die Asylsuchenden vorgängig über die Konsequenzen eines Verzichts informiert worden und allfällige Alternativen bekannt seien. Überdies müsse der Verzicht ausdrücklich erfolgen. Er habe jedoch einen solchen Verzicht weder gegenüber der Vorinstanz noch gegenüber der Rechtsvertretung erklärt, zumal Letzteres gar nicht möglich gewesen wäre, da er diese gar nie gesehen oder gesprochen habe. Bereits aus diesem Grund hätte die Rechtsvertretung am Gespräch teilnehmen müssen. Am Gespräch selbst sei er sodann von der Vorinstanz nicht über die Umstände der Abwesenheit der Rechtsvertretung informiert oder dahingehend belehrt worden, dass er einen Anspruch auf deren Anwesenheit habe. Stattdessen sei lediglich fest-

gehalten worden, dass die Rechtsvertretung nicht anwesend sei. Damit habe die Vorinstanz seinen Anspruch auf rechtliches Gehör verletzt und den Sachverhalt nicht vollständig und richtig erstellt.

Es sei ausserdem besorgniserregend, dass die Rechtsvertretung mitgeteilt habe, ab dem festgelegten Datum auf die Teilnahme an Dublin-Gesprächen zu verzichten, was wahrscheinlich zu einer grossen Menge an unvollständig erstellten Sachverhalten und Verletzungen des rechtlichen Gehörs geführt habe. Das Gericht werde ersucht zu prüfen, ob dies nach wie vor Praxis sei.

Soweit die Vorinstanz in ihrer Vernehmlassung bezweifle, dass er von der Rechtsvertretung nicht auf das Dublin-Gespräch vorbereitet worden sei, führt er an, dass – falls er tatsächlich eine Bevollmächtigung unterschrieben habe – ihm der Inhalt des Formulars nicht erklärt worden sei. Falls er sodann vor dem Dublin-Gespräch einen Termin bei der Rechtsvertretung gehabt habe, sei ihm jedenfalls nicht klar gewesen, dass diese Organisation seine Rechtsvertretung übernehme. Falls es mithin tatsächlich zu einem Treffen mit der Rechtsvertretung gekommen sei – was bestritten werde –, habe diese in jedem Fall ihre Pflichten insofern verletzt, dass sie ihn nicht in verständlicher Art und Weise über ihre Rolle sowie das Dublin-Gespräch aufgeklärt habe. Das Nichterfolgen eines solchen Gesprächs könne von ihm nicht bewiesen werden, da die Rechtsvertretung anlässlich telefonischer Nachfragen keine Auskunft über ihre Terminpläne habe geben können. Dementsprechend bitte er darum, dass das Gericht die Akten oder den Terminkalender der ehemaligen Rechtsvertretung beiziehe.

5.

5.1 Laut Art. 102*f* AsylG haben asylsuchende Personen, deren Gesuch in einem Zentrum des Bundes behandelt wird, Anspruch auf unentgeltliche Beratung und Rechtsvertretung. Dieser kommt unter anderem die Aufgabe zu, die Asylsuchenden zu informieren, sie zu beraten und an der Erstbefragung in der Vorbereitungsphase und an der Anhörung zu den Asylgründen teilzunehmen (Art. 102*k* Abs. 1 Bst. a und b AsylG). Art. 102*j* AsylG regelt die Teilnahme der Rechtsvertretung an Verfahrensschritten im vorinstanzlichen Verfahren, bei denen eine Mitwirkung der Rechtsvertretung notwendig ist.

Gemäss Art. 102*j* Abs. 2 AsylG entfalten die Handlungen des SEM bei rechtzeitiger Mitteilung der Termine ihre Rechtswirkungen auch ohne die Anwesenheit oder Mitwirkung der Rechtsvertretung. Vorbehalten bleiben

kurzfristige Verhinderungen aus entschuldbaren, schwerwiegenden Gründen.

5.2 Art. 102*h* Abs. 1 AsylG sieht vor, dass Asylsuchende für das gesamte Asylverfahren auf die Mandatierung einer Rechtsvertretung verzichten können. Daraus folgt – a maiore ad minus –, dass es für Asylsuchende auch möglich ist, für einzelne Verfahrenshandlungen auf die Rechtsvertretung zu verzichten. Ein Verzicht auf Rechtsvertretung kann jedoch grundsätzlich erst dann rechtswirksam angenommen werden, wenn die Asylsuchenden vorgängig über die Konsequenzen eines Verzichts informiert wurden und ihnen allfällige Alternativen bekannt sind. Mithin müssen sie sich der Tragweite eines Verzichts bewusst sein (vgl. Urteile des BVGer D-657/2021 vom 25. Februar 2021 E. 5.3.3 sowie E-2805/2020 vom 29. Juli 2020 E. 3.5).

5.3 Den Akten ist zu entnehmen, dass die zugewiesene Rechtsvertretung der Vorinstanz mit E-Mail vom 4. August 2022 mitteilte, das Leitungsgremium habe beschlossen, ab dem 10. August 2022 auf die Teilnahme an Dublin-Gesprächen zu verzichten ([...]). Die Vorgespräche würden auf jeden Fall weiterhin durchgeführt und man werde in Ausnahmefällen, wie bei verletzlichen Personen, bemüht sein, diese an ihr Gespräch zu begleiten. Diese Verzichtsplanung werde laufend geprüft. Die Vorinstanz werde gebeten, der Rechtsvertretung die Protokolle der Dublin-Gespräche auf elektronischem Weg zukommen zu lassen ([...]). Den Akten lässt sich weiter entnehmen, dass die Vorinstanz dem Beschwerdeführer am 25. August 2022 via die zugewiesene Rechtsvertretung mitteilte, das Dublin-Gespräch werde am 30. August 2022 stattfinden ([...]). Zu Beginn des Gesprächs wurde der Beschwerdeführer darüber informiert, dass die Rechtsvertretung an der Anhörung nicht teilnehmen werde ([...]); das Protokoll des Gesprächs wurde im Anschluss daran per E-Mail an die zugewiesene Rechtsvertretung geschickt ([...]).

5.4 Vorab gilt es festzustellen, dass die Anwesenheit der Rechtsvertretung am Dublin-Gespräch nicht zwingend vorgeschrieben ist, da gemäss Art. 102*k* Abs. 1 Bst. b AsylG zu den Aufgaben der Rechtsvertretung die Teilnahme an der Erstbefragung in der Vorbereitungsphase und an der Anhörung zu den Asylgründen gehört. Das Dublin-Gespräch stellt indessen keine Erstbefragung im Rahmen der Vorbereitungsphase dar, sondern es handelt sich vielmehr um ein persönliches Gespräch (vgl. Art. 5 Abs. 1 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 [Neufassung], ABl. L 180/31 vom 29.6.2013 [nachfolgend: Dublin-III-VO]), das nach Art. 26b AsylG in Verbindung mit Art. 20b Abs. 1 der Asylverordnung 1 vom 11. August 1999 (AsylV 1, SR 142.311) als rechtliches Gehör zu einer allfälligen Überstellung ausgestaltet ist (vgl. SCHWEIZERISCHE FLÜCHTLINGSHILFE [SFH], Handbuch zum Asyl- und Wegweisungsverfahren, 3. Aufl. 2021, S. 160).

Die Anforderungen an das persönliche Gespräch sind in Art. 5 Dublin-III-VO aufgeführt, wonach der die Zuständigkeit prüfende Mitgliedstaat ein solches zu führen hat, um das richtige Verständnis der dem Antragsteller gemäss Art. 4 Dublin-III-VO bereitgestellten Informationen zu ermöglichen und auf welches gemäss Art. 5 Abs. 2 Dublin-III-VO ausnahmsweise verzichtet werden darf. Die Norm sieht keine Teilnahme der Rechtsvertretung vor (zur effektiven Rechtsberatung siehe nur Art. 27 Abs. 5 Dublin-III-VO). Die Teilnahme der zugewiesenen Rechtsvertretung am Dublin-Gespräch *kann* indessen zur wirksamen Interessenvertretung im Asylverfahren im Einzelfall notwendig sein, wobei der Entscheid über die Notwendigkeit jedoch der zugewiesenen Rechtsvertretung obliegt ([...]) und die Nicht-Teilnahme der Rechtsvertretung bei rechtzeitiger Mitteilung des Termins die Rechtswirkung der Verfahrensschritte nicht hemmt (vgl. Art. 102j Abs. 2 AsylG; vgl. oben E. 5.1; vgl. auch Urteile des BVGer D-5482/2022 S. 6 ff. [zum Ganzen] und D-5625/2022 vom 14. Dezember 2022 E. 4.5).

5.5 In casu liegt ein schriftlicher Verzicht seitens der zugewiesenen Rechtsvertretung in Bezug auf die Teilnahme am Dublin-Gespräch des Beschwerdeführers (bzw. an den in jenem Zeitfenster durchgeführten Dublin-Gesprächen) sowie seitens der Vorinstanz eine rechtzeitige und korrekte Vorladung zum Dublin-Gespräch zuhanden der Rechtsvertretung vor (vgl. oben E. 5.3), womit der infrage stehende Verfahrensschritt grundsätzlich gesetzeskonform durchgeführt wurde und nach dem Gesagten auch ohne ausdrückliche Zustimmung des Beschwerdeführers seine Rechtswirkung entfaltet. Soweit der Beschwerdeführer auf die Urteile D-5650/2022 und E-4638/2022 verweist, ist festzuhalten, dass zum Zeitpunkt der Urteilsfällung durch das Gericht in den genannten Fällen dieses keine Kenntnis des Verzichts auf die Teilnahme an den Dublin-Gesprächen seitens der Rechtsvertretung beziehungsweise deren Umfang hatte und auch nicht haben

konnte: Die entsprechende Mitteilung der Rechtsvertretung vom 4. August 2022 (vgl. oben E. 5.3) wurde von der Vorinstanz erst am 5. Januar 2023 ([...]) respektive gar nicht ([...]) in den entsprechenden elektronischen Akten abgelegt. Vorliegend kann der Beschwerdeführer deshalb nach dem Gesagten daraus nichts für sich ableiten. Ebenfalls nichts für sich ableiten kann der Beschwerdeführer bei dieser Sachlage aus Art. 102*h* Abs. 1 AsylG, da es sich im Lichte obiger Ausführungen gerade nicht um einen Anwendungsfall dieser Norm handelt.

5.6 Soweit in der Beschwerde geltend gemacht und in der Replik bekräftigt wird, der Beschwerdeführer habe keinerlei Kontakt mit der zugewiesenen Rechtsvertretung gehabt und diese erstmals bei der Eröffnung des Entscheids und gleichzeitig der Mandatsniederlegung getroffen, sind diese Behauptungen als unglaubhaft zu erachten: In den Akten liegen eine durch den Beschwerdeführer unterschriebene Vollmacht in Bezug auf die Rechtsvertretung vom 19. August 2022, die an die Rechtsvertretung erfolgte Vorladung zum Dublin-Gespräch, über die der Beschwerdeführer offensichtlich in Kenntnis gesetzt wurde, sowie eine Eingabe der Rechtsvertretung vom 31. August 2022 (Einreichung Kopie der Identitätskarte des Beschwerdeführers und der Aufenthaltsbewilligung seines Bruders sowie ein Berichtigungsantrag bezüglich der Schreibweise des Namens des Beschwerdeführers) vor. Weiter hat die Rechtsvertretung schriftlich zugesichert, die Vorbereitungsgespräche weiterhin durchzuführen und um Zusendung der Protokolle der Dublin-Gespräche gebeten, was vorliegend geschah (vgl. oben E. 5.3). Der Beschwerdeführer vermag diesen Tatsachen denn auch nichts Stichhaltiges entgegenzusetzen, sondern bestreitet lediglich pauschal, jemals Kontakt mit der Rechtsvertretung gehabt zu haben. Dies widerspricht nach dem Gesagten der Aktenlage, weshalb sich weitere Ausführungen dazu erübrigen. Dasselbe gilt für das (Eventual-)Vorbringen, dass – im Falle er entgegen seinen Aussagen doch Kontakt mit der Rechtsvertretung gehabt habe – diese ihre Aufgabe mangelhaft wahrgenommen habe, zumal sich auch dieses in pauschalen Parteibehauptungen erschöpft und nicht näher substantiiert wird.

5.7 Insgesamt ergibt sich im vorliegenden Fall, dass – was die zugewiesene Rechtsvertretung, deren Pflichten und die damit verbundenen Rechte der Asylsuchenden betrifft – seitens der Vorinstanz keine Verletzung verfahrensrechtlicher Vorschriften vorliegt.