



## Urteil vom 20. März 2019

---

Besetzung

Richter Markus König (Vorsitz),  
Richterin Mia Fuchs, Richterin Gabriela Freihofer,  
Richterin Barbara Balmelli, Richter Jean-Pierre Monnet,  
Gerichtsschreiberin Martina Stark.

---

Parteien

A. \_\_\_\_\_, geboren am (...),  
Ghana,  
vertreten durch Alfred Ngoyi Wa Mwanza,  
Beschwerdeführer,

gegen

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

---

Gegenstand

Asyl und Wegweisung;  
Verfügung des SEM vom 22. November 2017 / N (...).

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

Mit Schreiben an das SEM vom 4. Juli 2017 informierte der Rechtsvertreter des Beschwerdeführers über seine Mandatierung und stellte in Aussicht, dass sich sein Klient in den nächsten Tagen beim Empfangs- und Verfahrenszentrum (EVZ) in B.\_\_\_\_\_ melden und ein Asylgesuch stellen werde.

**B.**

Am 12. Juli 2017 suchte der Beschwerdeführer in diesem EVZ um Asyl nach. Das SEM eröffnete ihm noch am selben Tag mit Zwischenverfügung, dass er in Anwendung von Art. 4 Abs. 3 der Verordnung über die Durchführung von Testphasen zu den Beschleunigungsmassnahmen im Asylbereich vom 4. September 2013 (TestV; SR 142.318.1) dem Verfahrenszentrum C.\_\_\_\_\_ zugewiesen und sein Asylgesuch dort behandelt werde.

**C.**

Anlässlich der Befragung zur Person (BzP) vom 17. Juli 2017 gab der Beschwerdeführer zu Protokoll, seine nach Brauch angetraute Ehefrau D.\_\_\_\_\_ lebe in der Schweiz. Er habe seinen Heimatstaat am (...) Juni 2017 verlassen und sei mit einem Schengenvisum via Spanien am 26. Juni 2017 in die Schweiz gereist, wo er nun sein Asylgesuch gestellt habe.

**D.**

Am 18. Juli 2017 unterzeichnete der Beschwerdeführer eine Erklärung, in welcher er auf die ihm angebotene amtliche Rechtsvertretung durch Mitarbeitende der Rechtsberatungsstelle für Asylsuchende (...) C.\_\_\_\_\_ verzichtete.

**E.**

**E.a** Am 26. Juli 2017 fand ein persönliches Gespräch des SEM mit dem Beschwerdeführer statt, wobei ihm das rechtliche Gehör zur mutmasslichen Zuständigkeit Spaniens für die Durchführung seines Asylverfahrens gewährt wurde. Dabei gab er an, er habe in Spanien nicht um Asyl nachgesucht, sondern sei weiter in die Schweiz gereist, weil seine Ehefrau hier lebe.

**E.b** Mit Schreiben vom 8. August 2017 informierte das Dublin-Office in Spanien darüber, dass es die Schweiz als zuständig erachte für die Durchführung des Asylverfahrens des Beschwerdeführers, nachdem sich dessen Ehefrau rechtmässig dort aufhalte.

**E.c** Am 29. August 2017 ersuchte das Dublin-Office der Schweiz seine spanische Partnerbehörde erneut darum, einer Überstellung des Beschwerdeführers zuzustimmen. Nachdem darauf am 4. September 2017 wiederum eine Absage einging, informierte das SEM den Beschwerdeführer mit Zwischenverfügung vom 5. September 2017 darüber, dass das Dublin-Verfahren beendet und sein Asylgesuch in der Schweiz materiell behandelt werde.

**F.**

**F.a** In den Anhörungen des Beschwerdeführers zu seinen Asylgründen vom 17. Oktober 2017 sowie vom 10. November 2017 gab dieser zu Protokoll, er habe seine Frau im Jahr 2012 über das Internet kennengelernt. Nachdem ihre Beziehung ernsthaft geworden sei, hätten sie (in Abwesenheit der Braut) in Ghana traditionell geheiratet. Erstmals getroffen habe er sie, als sie ihre Ferien in Ghana verbracht habe.

**F.b** In der Schweiz beantrage er Asyl, weil er in den vergangenen zehn Jahren als bisexueller Mann gelebt habe, was in seinem Land sehr gefährlich sei. Er habe im Jahr 2006 an seiner Schule einen Lehrer kennengelernt und mit diesem dann eine sexuelle Beziehung unterhalten. Nachdem sein Partner im Jahr 2012 nach E. \_\_\_\_\_ zurückgekehrt sei, habe er noch im gleichen Jahr seine Frau geheiratet. Dennoch habe er im Jahr 2015, als er ein grosses (...)geschäft in F. \_\_\_\_\_ eröffnet habe, einen reichen Mann kennengelernt und sei mit ihm eine Liebesbeziehung eingegangen. Dieser habe ihn oft ausgeführt und auch jeweils in eine seiner Wohnungen eingeladen, obschon er eine Frau und Kinder gehabt habe. Anlässlich eines solchen Treffens, seien sie von der Ehefrau dieses Mannes überrascht worden, welche den Beschwerdeführer am folgenden Tag bei der Polizei angezeigt habe. Er sei aus diesem Grund am (...) 2016 verhaftet und auf die Polizeistation verbracht worden. Sein Freund habe alles Mögliche versucht, um ihn aus dem Gefängnis zu holen, was ihm schliesslich am (...) 2016 gelungen sei. Nach seiner Freilassung sei er vom Freund in eine andere Wohnung gebracht worden, und dieser habe die Ausreise für ihn organisiert, weil sein Leben in Gefahr gewesen sei. Sein Freund habe für ihn einen Pass und Reisedokumente ausstellen lassen, die er am (...) Juni 2017 erhalten habe, um damit nach Spanien zu reisen. Noch am gleichen Tag sei er nach G. \_\_\_\_\_ geflogen und daraufhin wegen seiner Ehefrau weiter in die Schweiz gereist. Seine Frau sei überrascht gewesen, als er sie am 26. Juni 2016 angerufen habe, weil sie von seiner Reise nichts gewusst habe. Dennoch habe sie sich über seinen Besuch gefreut und ihn abgeholt. Seine sexuelle Ausrichtung habe er ihr aber immer verschwiegen

gehabt, weshalb er ihr gegenüber politische Probleme im Heimatstaat als Grund für die Ausreise genannt habe. Nach zwei Wochen in der Schweiz habe er sich schliesslich einem Anwalt anvertraut, der für ihn den Kontakt zu den Asylbehörden hergestellt habe.

**F.c** Am Ende der Erstbefragung vom 17. Oktober 2017 hatte der Beschwerdeführer auf die Frage, ob er für eine allfällige zweite Anhörung eine gleichgeschlechtliche Teamzusammensetzung wünsche, die Antwort zu Protokoll gegeben, dies spiele für ihn keine Rolle.

**G.**

Mit Verfügung vom 22. November 2017 – eröffnet am 23. November 2017 – lehnte das SEM das Asylgesuch des Beschwerdeführers ab und ordnete die Wegweisung aus der Schweiz sowie den Wegweisungsvollzug an.

**H.**

Am 4. Dezember 2017 liess der Beschwerdeführer gegen diese Verfügung beim Bundesverwaltungsgericht Beschwerde erheben. Er beantragte die Aufhebung der angefochtenen Verfügung sowie die Asylgewährung, eventualiter die Anordnung der vorläufigen Aufnahme in der Schweiz, subeventualiter die Rückweisung der Sache an das SEM zur Neubeurteilung. In verfahrensrechtlicher Hinsicht ersuchte er um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege (nach Art. 65 Abs. 1 VwVG und Art. 110a Abs. 1 AsylG [SR 142.31]) und um Verzicht auf Erhebung eines Kostenvorschusses.

Als Beweismittel reichte der Beschwerdeführer ein Schreiben der Stadt C. \_\_\_\_\_ vom 21. September 2017 betreffend die bevorstehende zivilrechtliche Eheschliessung mit seiner Partnerin und eine Kopie seines Diploms "(...)" vom (...) 2013 zu den Akten.

**I.**

Mit Zwischenverfügung vom 12. Dezember 2017 forderte die vormalige zuständige Instruktionsrichterin den Beschwerdeführer zur Einreichung einer Fürsorgebestätigung auf, ansonsten er einen Kostenvorschuss zu bezahlen habe. Zudem hiess sie das Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung nach Art. 65 Abs. 1 VwVG unter Vorbehalt der Einreichung der Fürsorgebestätigung gut, lehnte aber das Gesuch um Beiordnung seines Rechtsvertreters als amtlichen Rechtsbeistand gemäss Art. 110a Abs. 1 AsylG ab, weil der Rechtsvertreter – mangels eines abgeschlossenen juristischen Hochschulstudiums – die in Art. 110a Abs. 3 AsylG für eine

Beiordnung genannten Voraussetzungen nicht erfülle. Die Instruktionsrichterin wies das SEM an, dem Beschwerdeführer Einsicht in zwei Aktenstücke zu gewähren, und lud die Vorinstanz zur Vernehmlassung ein.

**J.**

**J.a** Mit Eingabe vom 12. Dezember 2017 (Datum des Poststempels) liess Beschwerdeführer die Kopie eines Gesuchs an das Migrationsamt des Kantons C.\_\_\_\_\_ vom 11. Dezember 2017 um Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung (im Zusammenhang mit der Eheschliessung) ins Recht legen. Zudem liess er monieren, bei seinen beiden Anhörungen seien Frauen anwesend gewesen, obschon die geltend gemachten Verfolgungsgründe auf seine sexuelle Orientierung zurückzuführen seien. Auch wenn er anlässlich der ersten Anhörung sein Einverständnis zu einem gemischten Anhörungsteam gegeben habe, hätte dem SEM bewusst sein müssen, dass sich die Teamzusammensetzung auf sein Aussageverhalten auswirken würde. Gewisse Missverständnisse seien denn auch auf diesen Umstand zurückzuführen.

**J.b** Am 14. Dezember 2017 reichte der Beschwerdeführer eine Fürsorgebestätigung der "(...)" vom gleichen Tag nach.

**K.**

Am 21. Dezember 2017 wurde der Beschwerdeführer aus dem Verfahrenszentrum für den weiteren Aufenthalt dem Kanton C.\_\_\_\_\_ zugewiesen.

**L.**

In der Vernehmlassung vom 8. Januar 2018 hielt das SEM an den Erwägungen in seiner Verfügung fest und beantragte die Abweisung der Beschwerde.

**M.**

Mit Instruktionsverfügung vom 17. Januar 2018 erhielt der Beschwerdeführer Gelegenheit, eine Replik zu den Akten zu reichen. Mit Eingabe vom 12. Februar 2018 liess er – innert erstreckter Frist – an seinen Rechtsbehörden festhalten.

**N.**

Die Instruktionsrichterin brachte mit Zwischenverfügung vom 15. Februar 2018 einerseits dem SEM die Replik zur Kenntnis. Andererseits wies sie die Vorinstanz darauf hin, das Bundesverwaltungsgericht werde im vorliegenden Verfahren voraussichtlich eine prozessuale Fragestellung im Zusammenhang mit der Bestimmung von Art. 17 Abs. 2 Bst. f TestV in grundsätzlicher Weise klären. Dem SEM wurde Gelegenheit geboten, eine ergänzende Stellungnahme zu dieser Thematik zu den Akten zu reichen.

**O.**

In seiner Duplik vom 1. März 2018 äusserte sich das SEM zu der von der Instruktionsrichterin aufgeworfenen Rechtsfrage.

**P.**

Mit Instruktionsverfügung vom 6. März 2018 wurde dem Beschwerdeführer die Duplik zur Kenntnis gebracht und ihm Frist zur Stellungnahme gesetzt. Diese liess der Beschwerdeführer ungenutzt verstreichen.

**Q.**

Angesichts des bevorstehenden Wechsels der Instruktionsrichterin in eine andere Abteilung des Bundesverwaltungsgerichts wurde das Beschwerdeverfahren E-6885/2017 im Juli 2018 dem vorsitzenden Richter zur weiteren Behandlung zugeteilt.

**R.**

Anlässlich einer telefonischen Anfrage beim Zivilstandsamt der Stadt C. \_\_\_\_\_ vom 14. November 2018 wurde dem Gericht zur Kenntnis gebracht, dass der Beschwerdeführer im (...) 2018 seine Frau geheiratet hat, welche in der Schweiz seit (...) über eine Niederlassungsbewilligung verfüge.

**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 Sinn 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 endgültig, ausser bei Vorliegen eines Auslieferungsersuchens des Staates, vor welchem die beschwerdeführende Person Schutz sucht (Art. 105 AsylG; Art. 83 Bst. d Ziff. 1 BGG). Eine solche Ausnahme im Sinn von Art. 83 Bst. d Ziff. 1 BGG liegt nicht vor, weshalb das Bundesverwaltungsgericht endgültig entscheidet.

**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). Aufgrund der Zuweisung des Beschwerdeführers in die Testphase des Verfahrenszentrums in C.\_\_\_\_\_ kommt ausserdem die TestV zur Anwendung (Art. 1 und Art. 4 Abs. 1 TestV).

**1.3** Für das vorliegende Verfahren gilt das bisherige Recht (Abs. 2 der Übergangsbestimmungen zur Änderung des AsylG vom 25. September 2015).

**1.4** 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. 112b Abs. 3 AsylG i.V.m. Art. 38 TestV; Art. 48 Abs. 1 sowie Art. 52 Abs. 1 VwVG).

**1.5** Auf die Beschwerde ist einzutreten.

## **2.**

Die Kognition des Bundesverwaltungsgerichts und die zulässigen Rügen richten sich im Asylbereich nach Art. 106 Abs. 1 AsylG, im Bereich des Ausländerrechts nach Art. 49 VwVG (vgl. BVGE 2014/26 E. 5).

## **3.**

In Anwendung von Art. 21 Abs. 2 VGG und Art. 32 Abs. 2 und 3 des Geschäftsreglements vom 17. April 2008 für das Bundesverwaltungsgericht (VGR, SR 173.320.1) wurde für das vorliegende Urteil ein Spruchkörper mit fünf Richterinnen und Richtern eingesetzt.

#### 4.

Nachfolgend werden zunächst die verfahrensrechtlichen Rügen des Beschwerdeführers behandelt. Dieser macht insbesondere geltend, die Vorinstanz hätte seinem (gewillkürten) Rechtsvertreter vor Erlass der angefochtenen Verfügung den Entwurf des Asylentscheids zur Stellungnahme unterbreiten müssen (vgl. E. 5 und 6; aufgrund dieser Erwägungen wurde ein Spruchkörper aus fünf Richterinnen und Richtern eingesetzt). Weiter sei sein Anspruch auf rechtliches Gehör dadurch verletzt worden, dass bei seinen Anhörungen Frauen anwesend gewesen seien (vgl. E. 7.1). Die Verfügung des SEM sei auch deshalb aufzuheben, weil er am 21. Dezember 2017 einem Kanton und damit dem erweiterten Verfahren zugeteilt worden sei (vgl. E. 7.2). Schliesslich habe das SEM sein Akteneinsichtsrecht verletzt, weil ihm die Anhörungsprotokolle nicht mit dem Asylentscheid eröffnet worden seien (vgl. E. 7.3).

#### 5.

##### 5.1

**5.1.1** Der Beschwerdeführer rügt in seinem Rechtsmittel sowie im Schriftenwechsel die Verletzung seines Anspruchs auf rechtliches Gehör, weil seinem Rechtsvertreter vor Erlass der angefochtenen Verfügung der Entwurf des Asylentscheids nicht zur Stellungnahme zugestellt worden sei, obschon dies in Art. 17 TestV klar so vorgesehen sei. Es sei seinem Rechtsvertreter dadurch verunmöglicht worden, seine Beobachtungen kundzutun und das Verfahrensdossier zu konsultieren. Gerade im beschleunigten Verfahren sei es zur Wahrung des rechtlichen Gehörs unabdingbar, sämtliche in der TestV vorgesehenen Verfahrensschritte einzuhalten. Damit sei es auch zu einer Ungleichbehandlung gemäss Art. 8 BV gekommen, zumal er nicht von demselben rechtlichen Schutz habe profitieren können, wie andere Asylsuchende im Testverfahren. Es gebe hierfür keine klare gesetzliche Grundlage und weder die Umstände noch der Zweck der anwendbaren gesetzlichen Bestimmungen vermöchten dieses Verhalten zu rechtfertigen. Die Tatsache, dass er sich durch einen gewillkürten Rechtsvertreter vertreten lasse, dürfe nicht dazu führen, dass er von dieser Regelung ausgeschlossen werde; damit sei denn auch seinem Anspruch auf rechtliches Gehör nicht Rechnung getragen worden. Gemäss Art. 25 Abs. 1 TestV finde die TestV Anwendung sowohl auf Asylsuchende mit zugewiesener Rechtsvertretung als auch auf diejenigen mit gewillkürter Rechtsvertretung. Mit einer Stellungnahme zum Verfügungsentwurf hätte er zudem auch die Unangemessenheit des Asylentscheids geltend machen können; diese Rüge stehe ihm im Beschwerdeverfahren – aufgrund der eingeschränkten Kognition des Bundesverwaltungsgerichts – nicht

mehr offen, weshalb ihm durch dieses Unterlassen des SEM ein Nachteil erwachsen sei.

**5.1.2** Das SEM äusserte sich im Rahmen des erweiterten Schriftenwechsels vorwiegend zum Vorbringen, dem Rechtsvertreter sei der Entwurf des Asylentscheids nicht zur Stellungnahme unterbreitet worden. Die Vorinstanz vertrat die Auffassung, aus der Systematik der TestV gehe hervor, dass mit dem in Art. 17 Abs. 2 Bst. f TestV genannten "Rechtsvertreter" der im Verfahrenszentrum zugewiesene amtliche Rechtsbeistand gemeint sei. Dies liege insbesondere in der angestrebten Beschleunigung der Verfahrensabläufe begründet, weil sich der vom Leistungserbringer im Zentrum zugewiesene Rechtsbeistand im Gegensatz zu einem gewillkürten Rechtsvertreter vor Ort befinde. Die Übermittlung an eine gewillkürte Rechtsvertretung mittels moderner schneller Kommunikationsmittel sei zumindest im heutigen Zeitpunkt nicht möglich, zumal die Übermittlung per E-Mail oder Telefax aus Sicherheitsgründen zu unterlassen sei.

## 5.2

**5.2.1** Art. 17 TestV trägt den Randtitel "Beschleunigtes Verfahren" und lautet wie folgt:

- <sup>1</sup> Nach Abschluss der Vorbereitungsphase folgt das beschleunigte Verfahren. Dieses dauert zwischen acht und zehn Arbeitstagen.
- <sup>2</sup> Folgende Verfahrensschritte werden vorgenommen:
  - a. Vorbereitung der Anhörung zu den Asylgründen;
  - b. Anhörung zu den Asylgründen oder Gewährung des rechtlichen Gehörs;
  - c. Allfällige weitere Stellungnahme der Rechtsvertretung;
  - d. Triage: Fortführung des beschleunigten Verfahrens oder Wechsel in das Verfahren ausserhalb der Testphasen;
  - e. Redaktion des Entwurfs des Asylentscheids;
  - f. Stellungnahme der Rechtsvertretung zum Entwurf des ablehnenden Asylentscheids;
  - g. Schlussredaktion des Asylentscheids;
  - h. Eröffnung des Asylentscheids.
- <sup>3</sup> Liegen triftige Gründe vor und ist absehbar, dass der Asylentscheid im Zentrum des Bundes eröffnet werden kann, so kann die Verfahrensdauer nach Absatz 1 um einige Tage verlängert werden.

**5.2.2** Es ist zu prüfen, ob ein Entwurf der (ablehnenden) Asylverfügung auch dann gemäss Art. 17 Abs. 2 Bst. f TestV vorgängig zur Stellungnahme zu unterbreiten ist, wenn die asylsuchende Person auf ihre zugewiesene amtliche Rechtsvertretung verzichtet und einen anderen Rechtsvertreter oder eine andere Rechtsvertreterin mit der Wahrung ihrer Interessen beauftragt hat.

**5.3** Eine Durchsicht der zu dieser Frage bisher ergangenen Urteile des Bundesverwaltungsgerichts ergibt Folgendes:

**5.3.1** Im Entscheid E-1311/2014 vom 18. März 2014 S. 4 wurde einerseits festgestellt, dass es das damalige Bundesamt für Migration (BFM) unterlassen habe, dem gewillkürten Rechtsvertreter des Beschwerdeführers Gelegenheit zu geben, zum Entwurf der angefochtenen Verfügung Stellung zu nehmen; andererseits stellte das Gericht fest, dass hierauf nicht weiter einzugehen sei, weil der anwaltlich vertretene Beschwerdeführer "diese Unterlassung" nicht gerügt habe.

**5.3.2** Im Urteil D-1348/2015 vom 17. August 2016 E. 6.1 vertrat das Gericht die Auffassung, dass einer gewillkürten Rechtsvertretung vor Erlass des definitiven Asylentscheids kein Recht auf Stellungnahme zukomme. Zur Begründung wurde der Argumentation des SEM gefolgt, wonach Art. 27 Abs. 2 TestV dahingehend zu verstehen sei, dass ein Entscheidentwurf der zugewiesenen Rechtsvertretung zuzustellen sei, nicht aber einer gewillkürten Rechtsvertretung; dies entspreche auch Sinn und Zweck des im Testverfahren vorgesehenen beschleunigten Verfahrens und berücksichtige die dort geltenden kurzen Fristen.

Das Bundesverwaltungsgericht, warf dann jedoch die Frage auf, ob das SEM in diesem Fall nicht verpflichtet gewesen wäre, "den Entscheidentwurf zumindest den Beschwerdeführenden zuzustellen und den – dem SEM bekannten – Rechtsvertreter darüber umgehend in Kenntnis zu setzen". Weil in der Beschwerde im Zusammenhang mit dem gerügten Verfahrensmangel ausdrücklich auf das Stellen eines Kassationsantrags verzichtet worden sei, brauche diese Frage nicht abschliessend geklärt zu werden.

**5.3.3** In zwei späteren Urteilen wurde festgestellt, dass einer gewillkürten Rechtsvertretung vor Erlass des definitiven Asylentscheids kein Recht auf Stellungnahme zukomme (vgl. Urteile E-332/2015 vom 12. September

2017 E. 5.1.2 und D-4994/2017 vom 13. September 2017 S. 8). Zur Begründung wurde wiederum der Argumentation des SEM zu Art. 27 Abs. 2 TestV gefolgt.

**5.3.4** Schliesslich hob das Gericht im Urteil E-6985/2017 vom 21. Dezember 2017 S. 4 ff. die angefochtene Verfügung des SEM auf, weil dieses die korrekt und rechtzeitig mitgeteilte externe Rechtsvertretung während des gesamten Asylverfahrens nicht berücksichtigt habe. Bei der Auflistung der einzelnen versäumten Verfahrensschritte erwähnte das Gericht auch, dass dem gewillkürten Rechtsvertreter keine Möglichkeit zur Stellungnahme zum Verfügungsentwurf geboten worden sei.

**5.3.5** Diese unklare Rechtsprechung ist zu präzisieren (vgl. auch die identische Feststellung von HONGLER/SONDEREGGER, Die Testphase im gerichtlichen Beschwerdeverfahren, in: ASYL 2019/1 S. 20 f.). Es ist demnach durch Auslegung zu ermitteln, ob im beschleunigten Verfahren gemäss Art. 17 f. TestV nur die zugewiesene Rechtsvertretung die Möglichkeit zur Stellungnahme zum Verfügungsentwurf des SEM gemäss Art. 17 Abs. 2 Bst. f TestV erhält oder auch eine von der asylsuchenden Person bevollmächtigte Rechtsvertretung (im Folgenden: gewillkürte Rechtsvertretung).

**5.3.6** Die Bestimmungen der TestV zum beschleunigten Verfahren sind weitgehend in die Änderung des Asylgesetzes vom 25. September 2015 übernommen worden (vgl. Art. 26c AsylG und Art. 20c der Asylverordnung 1 vom 11. August 1999 [AsylV 1, SR 142.311]); die Formulierung von Art. 20c Bst. f AsylV1 entspricht sogar in allen Amtssprachen wörtlich derjenigen der hier interessierenden Bestimmung von Art. 17 Abs. 2 Bst. f TestV.

Angesichts des Übergangsrechts (vgl. vorstehende E. 1.3) enthält sich das Bundesverwaltungsgericht ausdrücklich einer Stellungnahme zu dem am 1. März 2019 in Kraft getretenen neuen Asylrecht, insbesondere zur Handhabung der – im vorliegenden Verfahren nicht anwendbaren – Bestimmung von Art. 20c Bst. f AsylV1.

## **6.**

**6.1** Am 1. Oktober 2013 trat die gestützt auf Art. 112b Abs. 2 AsylG erlassene TestV in Kraft; sie gilt mit Verlängerung der dringlichen Änderungen des Asylgesetzes bis 28. September 2019 (Änderung vom 26. September

2014). Mittels Testphasen sollen neue Verfahrensabläufe in der Praxis geprüft werden können, sofern diese aufgrund von aufwendigen, organisatorischen und technischen Massnahmen eine Testphase vor dem Erlass einer Gesetzesänderung erfordern (vgl. Art. 112b Abs. 1 AsylG). Die TestV dient der Beurteilung von Beschleunigungsmassnahmen im Asylbereich.

Als flankierende Massnahme, um trotz dieser Beschleunigungsmassnahmen ein faires Asylverfahren garantieren zu können, steht Personen, deren Asylgesuch in einem Zentrum des Bundes behandelt werden, gemäss Art. 23 Abs. 1 und Art. 25 Abs. 1 TestV unentgeltliche Beratung zur Verfügung und es wird ihnen eine unentgeltliche Rechtsvertretung zugewiesen, sofern sie darauf nicht ausdrücklich verzichten. Im Falle des Verzichts auf die zugewiesene Rechtsvertretung können die Asylsuchenden eine eigene Rechtsvertretung mit ihrer Verbeiständung beauftragen. Der 2. Abschnitt des 3. Kapitels der TestV regelt den Ablauf des erstinstanzlichen Testverfahrens. In Art. 17 TestV sind sodann alle im beschleunigten Verfahren vorzunehmenden Verfahrensschritte aufgelistet. Gemäss Art. 17 Abs. 2 Bst. e und f TestV ist ein Entwurf des Asylentscheids zu redigieren und dieser, bei ablehnendem Asylentscheid, der "Rechtsvertretung" der asylsuchenden Person zur Stellungnahme zu unterbreiten.

**6.2** Die Auslegung von Normen des Verwaltungsrechts folgt dem pragmatischen Methodenpluralismus, wonach die Auslegungselemente gleichberechtigt berücksichtigt werden, mithin kein Auslegungselement zu bevorzugen ist. Dadurch soll ein vernünftiger und praktikabler Normsinn ermittelt werden, welcher dem Problemlösungsbedarf der Gegenwart Rechnung trägt, ohne die Wertungen des Gesetzgebers zu missachten (vgl. etwa BGE 138 V 445 E. 5.1, 128 I 34 E. 3; BVGE 2010/63 E. 4.2.6.1; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 7. Aufl. 2016, Rz 177 ff.). Ausgangspunkt jeder Auslegung ist zunächst der Wortlaut. Das Gesetz ist so auszulegen, wie der Wortlaut nach allgemeiner Sprach- und Rechtsauffassung verstanden wird (grammatikalische Auslegung). Von einem klaren Wortlaut darf nur abgewichen werden, wenn triftige Gründe dafür bestehen, dass er nicht den wahren Sinn der Bestimmung wiedergibt. Solche triftigen Gründe können sich aus der Entstehungsgeschichte der Gesetzesnorm (historische Auslegung), ihrem Normzweck (teleologische Auslegung) oder dem Zusammenhang mit anderen Normen (systematische Auslegung) ergeben (vgl. BGE 138 V 445 E. 5, 131 II 217 E. 2.3; BVGE 2009/8 E. 7.2).

### 6.3

**6.3.1** Bei der grammatikalischen Auslegung ist Folgendes festzustellen: Art. 17 Abs. 2 Bst. f TestV sieht in den drei gleichrangigen Landessprachen unmissverständlich vor, dass die "Rechtsvertretung" ("représentant juridique"; "rappresentante legale") Gelegenheit erhält, eine Stellungnahme zum Verfügungsentwurf einzureichen. Aus dem Wortlaut von Art. 17 Abs. 2 Bst. f TestV wird aber nicht ersichtlich, ob mit dieser Formulierung jegliche Rechtsvertretung oder nur die zugewiesene Rechtsvertretung im Sinn von Art. 25 Abs. 1 TestV gemeint ist.

**6.3.2** Eine Durchsicht der TestV ergibt, dass in dieser einerseits von "Rechtsvertreter / Rechtsvertretung" ("représentant légal", "représentant / représentation juridique"; "rappresentante / rappresentanza legale") die Rede ist. Andererseits weisen diese Formulierungen in verschiedenen Artikeln sprachliche Zusätze, meistens in Form von Adjektiven auf (beispielsweise "zugewiesene"; "désigné"; "designato"), mit denen offenkundig auf die zugewiesene Rechtsvertretung im Sinn von Art. 25 Abs. 1 TestV Bezug genommen werden soll.

Diese Feststellung legt zunächst die Vermutung nahe, der Verordnungsgeber habe bei gewissen Bestimmungen der TestV bewusst die sprachlich weiter gefasste Bezeichnung "Rechtsvertreter" ("représentant juridique"; "rappresentanza legale") in dem Sinn verwendet, dass damit alle Formen von Rechtsvertretungen – also sowohl zugewiesene als auch gewillkürte – umfasst seien. Diese Annahme wird jedoch bei einer vertiefteren Betrachtung der TestV rasch widerlegt: Bei denjenigen Bestimmungen, bei denen sich aus dem Sachzusammenhang ergibt, dass die zugewiesene Rechtsvertretung gemeint sein muss (Art. 5 Abs. 1, Art. 13 Abs. 2 und 3, Art. 23 Abs. 1, Art. 25 Abs. 1–5, Art. 26 Abs. 1–3, Art. 27 Abs. 1 und 2 sowie Art. 28 Abs. 1 Bst. b und d TestV), sind die erwähnten adjektivischen Zusätze in den drei Sprachen nur zum (kleineren) Teil festzustellen.

**6.3.3** Hinweise auf einen untechnischen Sprachgebrauch ergeben sich beispielsweise auch in der französischsprachigen Fassung von Art. 13 TestV in der einmal von "représentant légal" (Abs. 2) und einmal von "représentant légal désigné" (Abs. 3) die Rede ist. Ähnliches ist bei der italienischsprachigen Fassung von Art. 15 TestV festzustellen, der einerseits die Formulierung "rappresentante legale designato" (Abs. 4), andererseits diejenige von "rappresentante legale" (Abs. 2 und 5) aufweist, obwohl offensichtlich das Gleiche gemeint ist.

**6.3.4** Und schliesslich werden für die sprachliche Hervorhebung der zugewiesenen Rechtsvertretung in den in E. 6.3.2 zitierten Bestimmungen in allen drei Sprachen ohne ersichtlichen Grund die verschiedensten Adjektive verwendet (zugewiesen/unentgeltlich; désigné/attribué/gratuit; asseg-nato/designato/gratuito), was den Eindruck sprachlicher Ungenauigkeit nicht verringert.

**6.3.5** Nach dem Gesagten ist festzuhalten, dass eine grammatikalische Betrachtungsweise für die interessierende Rechtsfrage zu keinem verwertbaren Auslegungsergebnis führt. Immerhin geht aus der Formulierung von Art. 17 Abs. 2 Bst. f TestV hinreichend deutlich hervor, dass die Stellungnahme durch eine "Rechtsvertretung" eingereicht werden soll. Dieser Wortlaut dürfte eher gegen die im Urteil D-1348/2015 erwähnte Möglichkeit sprechen, den Entscheidentwurf direkt der (vertretenen) Asylsuchenden zuzustellen (vgl. vorstehende E. 5.3.2).

**6.4** Auch die historische Auslegung ist nicht ergiebig: In den Materialien zur TestV (Bericht über Beschleunigungsmassnahmen im Asylbereich vom März 2011) sind keinerlei Hinweise auf den Willen des Verordnungsgebers in Bezug auf die Behandlung von gewillkürter Rechtsvertretung zu finden. Soweit feststellbar, wurde diese technische Frage im Entstehungsprozess der TestV nie thematisiert.

## **6.5**

**6.5.1** In systematischer Hinsicht ergibt sich aus der Formulierung von Art. 17 Abs. 2 Bst. f TestV zunächst, dass die Stellungnahme zum Entwurf des ablehnenden Asylentscheids – im Gegensatz etwa zu "allfälligen" weiteren Stellungnahmen gemäss Art. 17 Abs. 2 Bst. c TestV – ein zwingend vorzunehmender Verfahrensschritt ist. Dies folgt einerseits aus den Einleitungssätzen zu Art. 17 Abs. 2 TestV ("Folgende Verfahrensschritte werden vorgenommen"). Andererseits ist die Natur des beschleunigten Verfahrens respektive das Bemühen des Verordnungsgebers zu berücksichtigen, die Asylverfahren trotz Beschleunigungsmassnahmen korrekt und fair zu gestalten und deshalb "rechtsstaatliche Kompensationsmechanismen für das getaktete Kurzverfahren" zur Verfügung zu stellen (vgl. Urteil E-6985/2017 S. 5 und zum Ganzen die Ausführungen in den nachfolgenden E. 6.6.2 f.). Schliesslich ergibt sich auch aus der Bestimmung von Art. 17 Abs. 2 Bst. e (Redaktion des Entwurfs des Asylentscheids), dass es sich bei der Stellungnahme der Rechtsvertretung nach Art. 17 Abs. 2 Bst. f TestV nicht um einen fakultativen Verfahrensschritt handelt, zumal die Her- und Zustellung

des Ent-scheidentwurfs ohne Gewährung einer Äusserungsmöglichkeit sinnlos erscheinen würde.

**6.5.2** Das SEM begründete seine Rechtsauffassung mit der Schlussfolgerung, weil in Art. 27 Abs. 2 TestV (Teilnahme der Rechtsvertretung an den Verfahrensschritten) der "Leistungserbringer" erwähnt werde, könne in Art. 17 Abs. 2 Bst. f TestV nur die zugewiesene Rechtsvertretung gemeint sein. Diese Argumentation, der sich auch das Gericht in einzelnen Verfahren angeschlossen hat (vgl. vorstehende E. 5.3.2. f.), ist nur auf den ersten Blick überzeugend:

**6.5.3** In der Tat geht aus dem Inhalt von Art. 27 TestV deutlich hervor, dass diese Bestimmung das Verhältnis zwischen dem Leistungserbringer und den durch diesen organisierten amtlichen Rechtsvertreterinnen und Rechtsvertretern regelt. Absatz 1 bestimmt, dass die Handlungen des SEM auch dann Rechtswirkung entfalten, wenn die Rechtsvertretung nicht mitwirkt, sofern die Termine dem Leistungserbringer rechtzeitig mitgeteilt wurden; gemäss Absatz 2 gilt es als Verzicht auf eine Stellungnahme, wenn innert Frist keine solche eingereicht wird, obwohl der Leistungserbringer den Entwurf rechtzeitig erhalten hat. Art. 27 TestV äussert sich aber – naheliegenderweise, angesichts des soeben geschilderten Zwecks der Bestimmung – nicht zur Frage, wie denn im Fall einer gewillkürten Rechtsvertretung vorzugehen sei. Aus dieser Bestimmung lässt sich demnach nicht ableiten, der Verordnungsgeber habe damit festlegen wollen, dass nur asylsuchende Personen mit zugewiesener Rechtsvertretung vom (grundsätzlich zwingenden) Verfahrensschritt nach Art. 17 Abs. 2 Bst. f TestV profitieren können sollen.

**6.5.4** Die Richtigkeit dieser Annahme wird durch folgende Überlegung bestätigt: Art. 27 Abs. 1 TestV hält auch fest, dass das SEM dem Leistungserbringer die Termine für diejenigen Verfahrensschritte mit zwingender Mitwirkung der "Rechtsvertretung" – genannt werden namentlich die Erstbefragung und die Anhörung zu den Asylgründen – mitzuteilen habe. Gemäss der in der Vernehmlassung vertretenen Argumentationslogik hätte diese Feststellung konsequenterweise zur Folge, dass das SEM gewillkürten Rechtsvertretungen solche Termine nicht im Voraus bekanntgeben müsste respektive würde. Die hierdurch bewirkte Verunmöglichung der Mitwirkung nicht-amtlicher Rechtsvertretungen an Anhörungen ihrer Klienten kann vom Verordnungsgeber nicht gewollt gewesen sein. Erfahrungsgemäss informiert das SEM denn auch gewillkürte Rechtsvertretungen rechtzeitig

über solche Termine, damit sie an den Anhörungen teilnehmen können; so auch im vorliegenden Verfahren.

**6.5.5** Folglich vermag die mit der Systematik der TestV begründete Argumentation des SEM nicht zu überzeugen. Vielmehr spricht die systematische Auslegungsmethode dafür, dass der Verfahrensschritt nach Art. 17 Abs. 2 Bst. f TestV nicht nur der zugewiesenen Rechtsvertretung der Asylsuchenden vorbehalten ist.

## **6.6**

**6.6.1** Bei der teleologischen Auslegung ist Folgendes festzuhalten: Hauptziel der mit der TestV getesteten neuen Verfahren war und ist unbestrittenmassen die Beschleunigung des Asylverfahrens. Zur Erreichung dieses Ziels wurden die acht Verfahrensschritte des – an die Vorbereitungsphase anschliessenden – beschleunigten Verfahrens in Art. 17 TestV stark getaktet und das gesamte erstinstanzliche Verfahren auf lediglich acht bis zehn Tage beschränkt (vgl. Art. 17 Abs. 1 TestV). Zwei dieser acht Verfahrensschritte betreffen die Redaktion des Verfügungsentwurfs sowie die Stellungnahme der Rechtsvertretung zu diesem Entwurf des ablehnenden Asylentscheids, wofür höchstens zwei bis vier Arbeitstage eingesetzt werden sollen, um die Maximalfrist für das beschleunigte Verfahren nicht zu überschreiten.

**6.6.2** Um trotz dieser Beschleunigungsmassnahmen die Akzeptanz der Asylentscheide erhöhen sowie die Fairness des Verfahrens beibehalten zu können, wurde zur Erreichung dieser Ziele einerseits der umfassende Rechtsschutz eingeführt. Andererseits wurde (analog dem Modell des niederländischen Asylverfahrens) als Verfahrensschritt aufgenommen, dass der Rechtsvertretung der Entwurf eines negativen Asylentscheids zur Stellungnahme unterbreitet wird. Damit könne die Qualität und Akzeptanz des Asylentscheides erhöht und ein allfälliges Beschwerdeverfahren verkürzt werden, weil mögliche Beschwerdegründe bereits bei der Redaktion der Verfügung berücksichtigt werden könnten (vgl. Bericht über Beschleunigungsmassnahmen im Asylbereich, EJPD, März 2011, S. 52). Es ist naheliegend, dass Asylsuchende unter Umständen auf eine Beschwerde gegen ihre Asylverfügung verzichten, wenn sich bereits die Vorinstanz in ihrem Entscheid in nachvollziehbarer Weise mit ihren allfälligen Gegenargumenten auseinandergesetzt hat.

**6.6.3** Verschiedenen Berichten zufolge bewirke Art. 17 Abs. 2 Bst. f TestV zunächst, dass einige Verfahren nach eingereicherter Stellungnahme dem

erweiterten Verfahren zugewiesen worden seien und damit frühzeitig auf formell-rechtliche Fehler hingewiesen werden könne, so dass eine Auseinandersetzung damit bereits im Testbetrieb statt im Rechtsmittelverfahren stattfinde. Damit könne eine Verringerung von Beschwerdeverfahren vor Bundesverwaltungsgericht bewirkt werden. Sodann wird auf die für die asylsuchenden Personen wichtige "Ventilfunktion" der Stellungnahme zum Verfügungsentwurf hingewiesen, womit insbesondere die Akzeptanz der Asylentscheide erhöht werde. Aus psychologischer Sicht sei aber als wertvoll zu erachten, dass mit diesem Verfahrensschritt die schlechten Neuigkeiten abgestuft überbracht werden und der negative Asylentscheid dabei persönlich besprochen und erläutert wird. Die ursprüngliche Befürchtung, dies würde zu einer grösseren Anzahl von untergetauchten Asylsuchenden führen, habe sich denn auch nicht bewahrheitet (vgl. Externe Evaluation der Testphase für die Neustrukturierung im Asylbereich, Mandat 4, Rechtsschutz: Beratung und Rechtsvertretung, Zwischenbericht vom 1. Dezember 2014 und Schlussbericht vom 17. November 2015, jeweils S. 12 ff.; vgl. Evaluation Testbetrieb, Zusammenfassung der Evaluationsergebnisse, SEM, November 2015, S. 15; DOMINIQUE WETLI, Die unentgeltliche Rechtsvertretung im beschleunigten Asylverfahren, in: ASYL 2016/2, S. 12). In zeitlicher Hinsicht sei es schliesslich unabdingbar, dass die Asylsuchenden bereits vor Eröffnung des erstinstanzlichen Asylentscheids des SEM in der Lage seien zu entscheiden, ob sie auf eine Beschwerdeerhebung verzichten wollen beziehungsweise eine solche gar nicht notwendig sei (vgl. WETLI, a.a.O., S. 18; ebenso BEAT VON WATTENWYL, Die Umsetzung des Rechtsschutzes im Testbetrieb des Verfahrenszentrums Zürich in: ASYL 2016/2, S. 6). Im bereits erwähnten Artikel von HONGLER/SONDEREGGER wird im Übrigen zu Recht festgehalten, das Recht zur Stellungnahme zum Entscheidentwurf stehe nicht nur im Interesse der Asylsuchenden, "sondern auch in demjenigen des SEM sowie ganz allgemein im Sinne der mit der Gesetzesrevision angestrebten Verbesserung der Verfahrenseffizienz und -ökonomie" (vgl. HONGLER/SONDEREGGER, a.a.O., S. 20 FN 56).

**6.6.4** Bei der teleologischen Betrachtungsweise sprechen demnach mehrere Gründe dafür, auch der gewillkürten Rechtsvertretung die Möglichkeit zur Stellungnahme zum Entscheidentwurf zu gewähren: Die kurzen Beschwerdefristen, die Möglichkeit frühzeitig auf allfällige Verfahrensmängel hinzuweisen sowie das Gesuch gegebenenfalls ins erweiterte Verfahren zuzuweisen und die erwähnte Ventilfunktion (vgl. vorstehende E. 6.6.3), welche die Akzeptanz fördert und geeignet ist, die Zahl unnötiger Beschwerdeverfahren zu verringern.

## **6.7**

**6.7.1** Nach dem Gesagten ergeben die grammatikalische sowie die historische Auslegungsmethode für die Frage, ob Art. 17 Abs. 2 Bst. f TestV auch im Fall einer gewillkürten Rechtsvertretung angewendet werden soll, kein verwertbares Ergebnis. Die systematische Auslegung spricht hingegen für, die teleologische Methode sogar deutlich für eine Gleichbehandlung von zugewiesener und gewillkürter Rechtsvertretung. Nach der Auslegung von Art. 17 Abs. 2 Bst. f TestV geht das Bundesverwaltungsgericht davon aus, dass der Verordnungsgeber schlichtweg nicht bedacht hat, dass sich die Frage der Stellungnahme zum Verfügungsentwurf auch beim Ausnahmefall der gewillkürten Rechtsvertretung stellen könnte.

**6.7.2** Im Rahmen seiner Duplik vom 1. März 2018 hat das SEM Praktikabilitätsüberlegungen ins Feld geführt, wonach nur die zugewiesene Rechtsvertretung vor Ort im Bundeszentrum sei, weshalb einzig in dieser Konstellation die Durchführung eines beschleunigten Verfahrens überhaupt möglich sei. Diese Einwände sind zwar berechtigt; wie gleich dargelegt wird, kann ihnen aber leicht durch die nachfolgende Definition geeigneter Vorgehensregeln (analog der Bestimmung von Art. 27 TestV für die amtliche Rechtsvertretung) Rechnung getragen werden.

**6.8** Das SEM weist zu Recht darauf hin, dass der Telefax-Service in der Bundesverwaltung in den nächsten Monaten eingestellt wird und elektronische Übermittlungsmöglichkeiten (insbesondere E-Mail) aus Sicherheitsüberlegungen problematisch sind. Das Bundesverwaltungsgericht definiert deshalb hier – analog zu Art. 27 TestV (und umständehalber unter bewusster Nichtbeachtung der Bestimmung von Art. 13 Abs. 3 TestV) – vier Vorgehensregeln für die postalische Übermittlung des ablehnenden Entscheidungsentwurfs an die gewillkürte Rechtsvertretung:

**6.8.1** Erstens soll der gewillkürten Rechtsvertretung eine Frist von einem Arbeitstag für ihre Stellungnahme zustehen (vgl. im Übrigen hierzu die explizite Regel von Art. 52d Abs. 1 AsylV 1: "...endet am nachfolgenden Arbeitstag zur selben Uhrzeit, an welcher die Übergabe des Entwurfs an den Leistungserbringer stattgefunden hat").

**6.8.2** Diese Frist beginnt, zweitens, mit der Übergabe der Einschreibesendung an die gewillkürte Rechtsvertretung (respektive mit dem Eintreffen der Verfügung in deren Machtbereich); kann die Postsendung noch nicht übergeben werden, muss die Übergabe der Abholeinladung als fristauslösend gelten: Die Notwendigkeit dieser Durchbrechung der sogenannten

Zustellfiktion (vgl. Art. 12 Abs. 1 AsylG: nicht abgeholte Einschreibesendungen gelten grundsätzlich erst nach Ablauf der ordentlichen siebentägigen Abholfrist als rechtsgültig zugestellt) ergibt sich aus den Umständen des beschleunigten Verfahrens; sie erscheint auch deshalb als angemessen, weil gewillkürten Rechtsvertretern im beschleunigten Asylverfahren bewusst sein muss, dass innert absehbarer Zeit jeden Tag mit den in der TestV vorgesehenen Verfahrensschritten, namentlich mit Instruktionsverfügungen des SEM und kurzfristigen Reaktionen darauf, gerechnet werden muss.

**6.8.3** Drittens muss die Stellungnahme der Rechtsvertretung vor Ablauf der erwähnten Tagesfrist per Einschreibesendung an das SEM übermittelt werden, um von diesem berücksichtigt werden zu können.

**6.8.4** Und viertens wird das SEM Gesuche um Erstreckung der Antwortfrist umständehalber auch bei gewillkürter Rechtsvertretung restriktiv behandeln und in der Regel ablehnen dürfen (ohne dabei eine Nach- respektive Notfrist ansetzen zu müssen; zur bisherigen Praxis des SEM zu Fristverlängerungsgesuchen gemäss Art. 17 Abs. 3 TestV, vgl. Externe Evaluation der Testphase für die Neustrukturierung im Asylbereich, Mandat 4, a.a.O., Schlussbericht vom 17. November 2015, S. 12).

**6.8.5** Unter Einhaltung dieser vier Regeln verlängert das Einfordern einer Stellungnahme der gewillkürten Rechtsvertretung den Ablauf des konkreten beschleunigten Verfahrens voraussichtlich um drei bis vier Tage. Dies erscheint – zumal angesichts der Regelung von Art. 17 Abs. 3 TestV – als vertretbar.

**6.8.6** Ausserdem dürfte durch diesen Verfahrensschritt voraussichtlich in einzelnen Fällen die Zeit für die Durchführung des Beschwerdeverfahrens eingespart werden, weil die betreffenden Asylsuchenden danach auf das Einlegen einer aussichtslos erscheinenden Beschwerde verzichten werden. Über alle solchen Verfahren beider involvierter Behörden hinweg betrachtet, könnte dadurch insgesamt ein ungefähr zeitneutrales Ergebnis (eventuell sogar ein kleiner Zeitgewinn) resultieren.

## 6.9

**6.9.1** Der Beschwerdeführer vertritt die Auffassung, sein Anspruch auf rechtliches Gehör sei dadurch verletzt worden, dass seinem Rechtsvertreter der Entwurf des ablehnenden Asylentscheids nicht vorgängig zur Stellungnahme unterbreitet worden sei. Diese Rüge ist nach dem Gesagten insoweit begründet, als das SEM in diesem erstinstanzlichen Verfahren tatsächlich zu Unrecht einen prozessualen Schritt nicht vorgenommen hat. Durch diese Unterlassung wurde eine Verfahrensregel verletzt, die, wie erwähnt, zwar einerseits im Interesse des Beschwerdeführers steht, andererseits aber auch in demjenigen der ersten und zweiten Instanz des schweizerischen Asylsystems.

**6.9.2** Nach Durchsicht der Akten ist allerdings festzustellen, dass der Beschwerdeführer durch dieses Versäumnis keinen erheblichen Nachteil erlitten hat: Die vormalige Instruktionsrichterin führte zwei Schriftenwechsel mit der Vorinstanz durch und gewährte dem Beschwerdeführer beide Male Gelegenheit zur Einreichung einer Stellungnahme (wobei dieser die Frist beim zweiten Mal ungenutzt verstreichen liess). Das Versäumte konnte damit im Beschwerdeverfahren insoweit nachgeholt werden.

**6.9.3** Mit Bezug auf das Vorbringen des Beschwerdeführers, er hätte mit einer Stellungnahme zum Verfügungsentwurf auch die Unangemessenheit des Asylentscheids geltend machen können, was ihm im Beschwerdeverfahren angesichts der nunmehr eingeschränkten Kognition des Bundesverwaltungsgerichts nicht mehr möglich sei (vgl. Beschwerde S. 5), hält das Gericht Folgendes fest:

Der Kognitionsumfang ist nicht abstrakt, sondern mit Blick auf die konkrete Streitfrage zu betrachten; eine Heilung bleibt auch bei grundsätzlich eingeschränkter Kognition möglich, sofern es sich bei den vom Gericht zu beurteilenden Punkten um Rechtsfragen handelt, die vom Gericht frei überprüft werden können (vgl. WALDMANN / BICKEL in: Waldmann/Weissenberger [Hrsg.], Praxiskommentar VwVG, 2. Aufl. 2016, Art. 29, Rz. 119). In der angefochtenen Verfügung wurde einerseits die Flüchtlingseigenschaft verneint und das Asylgesuch abgelehnt (Dispositivziffern 1 und 2); bei der Prüfung dieser Hauptpunkte des Asylentscheids waren ausschliesslich Rechtsfragen zu beurteilen, weshalb dem Gericht hier volle Kognition zukommt (vgl. hierzu etwa THOMAS SEGESSENMANN, Wegfall der Angemessenheitskontrolle im Asylbereich [Art. 106 Abs. 1 lit. c AsylG], in: ASYL 2013/2, S. 16; COSTANTIN HRUSCHKA, in: Spescha et al. [Hrsg.], Kommentar Migrationsrecht, 4. Aufl. 2015, N. 4 zu Art. 106 AsylG). Auch

bei der Beurteilung der durch die Vorinstanz angeordneten Wegweisung und des Wegweisungsvollzugs waren keine Ermessens- respektive Angemessenheitsfragen zu beurteilen, weshalb sich die Kognitionsbeschränkung durch die Aufhebung von Art. 106 Abs. 1 aBst. c AsylG auch diesbezüglich nicht auswirkte (vgl. hierzu ausführlich das Grundsatzurteil BVGE 2014/26 E. 5 m.w.H.); abgesehen davon ist – wie noch darzulegen sein wird – das Rechtsmittel des Beschwerdeführers im Wegweisungspunkt gutzuheissen und die Verfügung insoweit aufzuheben.

**6.9.4** Der Verfahrensfehler des SEM führt bei dieser Sachlage nicht zur beantragten Rückweisung der Sache an die Vorinstanz zwecks Behebung des Mangels (was bei der heutigen Aktenlage in Übrigen einen vollständigen prozessualen Leerlauf darstellen würde).

## **7.**

**7.1** Der Beschwerdeführer rügte im Beschwerdeverfahren ausserdem, er hätte wegen seiner geschlechtsspezifischen Verfolgungsgründe in einem reinen Männerteam befragt werden müssen. Da bei seinen Anhörungen auch Frauen anwesend gewesen seien, sei es zu Missverständnissen gekommen. Dies hätte das SEM entsprechend berücksichtigen und vermeiden müssen, selbst wenn der Beschwerdeführer eingewilligt habe, von einem Frauenteam befragt zu werden. Aus diesen Gründen sei die angefochtene Verfügung aufzuheben und der Beschwerdeführer in einem reinen Männerteam erneut anzuhören.

**7.1.1** Gemäss Art. 6 AsylV 1 sind asylsuchende Personen dann von einer Person gleichen Geschlechts anzuhören, wenn konkrete Hinweise auf geschlechtsspezifische Verfolgung vorliegen oder die Situation im Herkunftsstaat auf geschlechtsspezifische Verfolgung hindeutet. Das die Praxis der Vorinstanz definierende Handbuch des SEM hält fest, dass diese Regelung analog für die an der Anhörung teilnehmenden dolmetschenden und protokollführenden Personen gilt. Zudem wird ausgeführt, dass diese Bestimmung einen Anspruch bei der gesuchstellenden Person sowie eine Pflicht der Behörde begründet, die asylsuchende Person aber auf diesen Anspruch verzichten könne; diesfalls müsse ihr ein formelles Anhörungsrecht gewährt werden (vgl. SEM-Handbuch Asyl und Rückkehr, die Anhörung zu den Asylgründen, S. 6 f.).

**7.1.2** Aus den Verfahrensakten geht hervor, dass der sich als bisexuell bezeichnende Beschwerdeführer im Anschluss an seine erste Anhörung zu den Asylgründen vom 17. Oktober 2017 gefragt wurde, ob er sich für eine allfällige zweite Befragung lieber ein rein weibliches oder männliches Team wünsche. Er beantwortete die Frage unmissverständlich mit den Worten "Für mich ist beides ok." (vgl. SEM-Akten, A45, F180). Für die ergänzende Anhörung vom 10. November 2017 wurde ein rein weibliches Befragungsteam eingesetzt; der Beschwerdeführer bemängelte dies während jener Befragung zu keinem Zeitpunkt. Dem Protokoll sind auch keine Anhaltspunkte für die Annahme zu entnehmen, das Geschlecht der Mitwirkenden hätte irgendeinen Einfluss auf sein Aussageverhalten gehabt.

**7.1.3** Der Antrag des Beschwerdeführers, die angefochtene Verfügung sei aufzuheben, weil eine erneute Anhörung in einem reinen Männerteam durchzuführen sei, erweist sich bei dieser Aktenlage als unbegründet und ist abzuweisen.

**7.2** Der Beschwerdeführer stellte sich weiter auf den Standpunkt, in Anwendung von Art. 19 Abs. 1 TestV wäre das SEM dazu verpflichtet gewesen, sein Asylgesuch zumindest ab Kantonszuteilung vom 21. Dezember 2017 im sogenannten erweiterten Verfahren zu behandeln (vgl. Replik vom 12. Februar 2018, S. 2).

Diese Rechtsauffassung ist unzutreffend: In BVGE 2017 VI/3 E. 9.2.5 wurde festgestellt, dass eine nach dem erstinstanzlichen Asylentscheid erfolgende Kantonszuweisung keinen Wechsel ins erweiterte Verfahren darstellt. Der diesbezügliche Kassationsantrag des Beschwerdeführers ist ebenfalls als unbegründet abzuweisen.

**7.3** Schliesslich machte der Beschwerdeführer geltend, das SEM habe ihm einerseits vor Verfügungserlass keine Möglichkeit gegeben, sein Dossier zu konsultieren, und es sei ihm andererseits zu Unrecht die Einsicht in die Anhörungsprotokolle verweigert worden, indem ihm Letztere bei Verfügungserlass nicht ausgehändigt worden seien. Das SEM habe folglich seinen Gehörsanspruch verletzt, zumal es ihm nicht möglich gewesen sei, seine Beschwerde vollständig begründen zu können.

**7.3.1** Die Konsultation der Verfahrensakten vor Abschluss des beschleunigten Verfahrens ist im beschleunigten Verfahren gemäss TestV nicht vorgesehen.

**7.3.2** Zur Einsicht in die Akten zusammen mit dem Asylentscheid führte das SEM aus, die Anhörungsprotokolle seien zwar als editionspflichtige Akten deklariert, ein Kanzleifehler könne aber nicht mit absoluter Sicherheit ausgeschlossen werden. Jedenfalls seien dem Beschwerdeführer zumindest mit Schreiben vom 14. Dezember 2017 sämtliche Akten zugestellt worden, womit er über genügend Zeit für eine allfällige Beschwerdeergänzung verfügt habe.

**7.3.3** Nach Durchsicht der Vorakten ist allerdings festzustellen, dass im Aktenverzeichnis des SEM eines der beiden Anhörungsprotokolle, das Aktenstück A45/21, den Editionscode "E" aufweist ("Der gesuchstellenden Person bekannte Akten [ohne ausdrücklichen Antrag wird aus ökologischen Gründen auf eine Edition dieser Akten verzichtet]). Demnach wurde jedenfalls dieses Protokoll dem Beschwerdeführer offenbar nicht mit dem Asylentscheid zugestellt. Aus diesem Grund forderte die vormalige Instruktionsrichterin das SEM mit Zwischenverfügung vom 12. Dezember 2017 dazu auf, dem Beschwerdeführer während der Vernehmlassungsfrist Einsicht in die beiden Anhörungsprotokolle zu gewähren, was in der Folge auftragsgemäss erledigt wurde. Der Beschwerdeführer hatte in der Folge Gelegenheit, seine Beschwerde im Rahmen der Replik vom 12. Februar 2018 nach vollständiger Akteneinsicht zu ergänzen.

**7.3.4** Bei dieser Aktenlage blieb auch eine allfällige versehentliche Verletzung der Bestimmung von Art. 17 Abs. 5 AsylG (unaufgeforderte Zustellung der Verfahrensakten zusammen mit dem Asylentscheid, sofern darin der Vollzug der Wegweisung angeordnet wurde) für den Beschwerdeführer letztlich ohne nachteilige Folge. Der Antrag auf Rückweisung der Sache an die Vorinstanz wegen Verletzung des Akteneinsichtsrechts ist ebenfalls abzuweisen.

**7.4** Zusammenfassend ist festzustellen, dass für eine Rückweisung des Verfahrens an die Vorinstanz keine Veranlassung besteht. Den festgestellten formalen Mängeln des erstinstanzlichen Verfahrens wird im Kostenrespektive Entschädigungspunkt Rechnung zu tragen sein.

**7.5** Bei diesem Verfahrensgang entscheidet das Gericht im Folgenden nun auch inhaltlich über die vorliegende Beschwerde.

**8.**

**8.1** Gemäss Art. 2 Abs. 1 AsylG gewährt die Schweiz Flüchtlingen grundsätzlich Asyl. Flüchtlinge sind Personen, die in ihrem Heimatstaat oder im Land, in dem sie zuletzt wohnten, wegen ihrer Rasse, Religion, Nationalität, Zugehörigkeit zu einer bestimmten sozialen Gruppe oder wegen ihrer politischen Anschauungen ernsthaften Nachteilen ausgesetzt sind oder begründete Furcht haben, solchen Nachteilen ausgesetzt zu werden (Art. 3 Abs. 1 AsylG). Als ernsthafte Nachteile gelten namentlich die Gefährdung des Leibes, des Lebens oder der Freiheit sowie Massnahmen, die einen unerträglichen psychischen Druck bewirken (Art. 3 Abs. 2 AsylG).

**8.2** Wer um Asyl nachsucht, muss die Flüchtlingseigenschaft nachweisen oder zumindest glaubhaft machen. Diese ist glaubhaft gemacht, wenn die Behörde ihr Vorhandensein mit überwiegender Wahrscheinlichkeit für gegeben hält. Unglaubhaft sind insbesondere Vorbringen, die in wesentlichen Punkten zu wenig begründet oder in sich widersprüchlich sind, den Tatsachen nicht entsprechen oder massgeblich auf gefälschte oder verfälschte Beweismittel abgestützt werden (Art. 7 AsylG). Das Bundesverwaltungsgericht hat die Anforderungen an das Glaubhaftmachen in einem publizierten Entscheid dargelegt und folgt dabei ständiger Praxis. Darauf kann hier verwiesen werden (vgl. BVGE 2015/3 E. 6.5.1 mit Verweisen).

**9.**

**9.1** Das SEM begründete die angefochtene Verfügung inhaltlich im Wesentlichen damit, dass der Beschwerdeführer die angebliche Inhaftierung auf der Polizeistation widersprüchlich geschildert habe, weshalb diese nicht geglaubt werden könne. Nicht nachvollziehbar sei zudem, dass sein angeblicher Partner keinerlei Verfolgungsmassnahmen erlitten und – auf Druck der Ehefrau hin – den Beschwerdeführer selber angezeigt haben solle; dass dieser nach der Entdeckung der Beziehung durch die Ehefrau seines Partners und in Erwartung einer Verhaftung einfach nach Hause zurückgekehrt sei, sei unrealistisch. Ausserdem sei die Schilderung der angeblichen Entlassung aus dem Gefängnis auffällig oberflächlich und unsubstanziert.

**9.2** Zur Begründung des Hauptbegehrens seiner Beschwerde führte der Beschwerdeführer aus, er fühle sich seit seinem zehnten Lebensjahr ebenso zu Männern wie zu Frauen hingezogen. Im Jahr 2006 habe er erstmals mit einem anderen Mann, der auch sein Lehrer gewesen sei, eine Beziehung gelebt. Sie hätten diese Beziehung geheim gehalten, zumal

ihnen bewusst gewesen sei, dass diese Art von Beziehung in seinem Heimatland illegal sei. Nachdem sein damaliger Partner das Land im Jahr 2012 verlassen habe, habe die Beziehung zu seiner religiös angetrauten Ehefrau begonnen. Im Jahr 2014 habe er sich auf eine Affäre mit einem anderen Mann eingelassen, der selbst Ehemann und Vater gewesen sei. Als dessen Frau im Jahr 2016 davon erfahren habe, habe sie ihn verhaften lassen. Sein Freund, der über gute Verbindungen und genügend Mittel verfüge, habe ihn aus dem Gefängnis geholt und ihm zur Flucht aus dem Land verholfen. Nach dem Gesagten erfülle er die Flüchtlingseigenschaft und es sei ihm Asyl zu erteilen.

## **10.**

**10.1** In materieller Hinsicht erachtet das Gericht die vorinstanzliche Verfügung als überzeugend begründet. Das SEM hat in der angefochtenen Verfügung die den Befragungsprotokollen zu entnehmenden Widersprüche und Ungereimtheiten ausführlich und anschaulich aufgelistet. Auf diese Argumentation kann vorab verwiesen werden (vgl. SEM-Verfügung S. 3 f.).

**10.2** Auch dem Gericht erscheint das vom Beschwerdeführer geschilderte Verhalten seines Freundes H. \_\_\_\_\_ als unlogisch. Zunächst gab er an, nachdem H. \_\_\_\_\_ Frau ihre Beziehung entdeckt gehabt habe, habe sein Freund sich aus Angst davor, sie würde ihm die Kinder entziehen, nicht für ihn eingesetzt (vgl. SEM-Akten, A48, F78 und F85). Später gab er hingegen zu Protokoll, H. \_\_\_\_\_ habe ihm am Folgetag, als er auf die Polizeistation verbracht worden sei, gesagt, er werde alles für seine Entlassung tun. In der Folge habe H. \_\_\_\_\_ ihn tatsächlich mehrmals im Gefängnis besucht, ihn persönlich aus dem Gefängnis abgeholt und ihn schliesslich an einen sicheren Ort gebracht, wo er bis zu seiner Ausreise einige Monate später verblieben sei (vgl. a.a.O., F47 ff., F65 und F82 ff.).

**10.3** Unvereinbar sind sodann auch die protokollierten Aussagen des Beschwerdeführers betreffend das Verhalten seines Freundes in der Öffentlichkeit. So gab er einerseits an, er sei mit seinem Freund – obschon sie Geschäftspartner gewesen seien – möglichst versteckt ausgegangen, um nicht aufzufallen. Nach seiner Verhaftung habe H. \_\_\_\_\_ ihn aber mehrmals im Gefängnis besucht und ihn persönlich bei seiner Entlassung abgeholt (vgl. a.a.O., F119; A45, F99 ff., 103, F113: "[...] Sie werden nicht auf die Idee kommen, in was für einer Beziehung wir sind. Sie konnten denken, dass wir nur Freunde waren.", F114: "Und warum hat er Ihnen gesagt, dass Sie jeweils das Taxi nehmen sollen? A: Um alles geheim zu halten.>").

**10.4** Einen lebensfremden Eindruck hinterlässt einerseits das Vorbringen des Beschwerdeführers, er habe mit der Verhaftung gerechnet, sei aber dennoch zu Hause verblieben (vgl. A48, F69 ff. und F73 ff.). Andererseits gab er zu seinem knapp siebenmonatigen versteckten Aufenthalt in einer Wohnung in unrealistisch erscheinender Weise zu Protokoll, diese ungefähr einmal monatlich verlassen zu haben, ansonsten sei er stets drinnen gewesen (vgl. A45, F20; A48, F95: "Ich war einfach alleine. Ich erinnere mich, dass noch eine andere Person da lebte. Ich habe aber keinen Kontakt zu ihr gehabt. Er kam mich besuchen und ging wieder."; A48, F96 ff.).

**10.5** Schliesslich spricht auch der Umstand klar gegen die Glaubhaftigkeit der angeblichen Verfolgungssituation, dass sich der Beschwerdeführer nach seiner angeblichen Haftentlassung durch die heimatlichen Behörden einen Reisepass ausstellen liess und damit kontrolliert aus seinem Heimatstaat ausreiste (vgl. A48, F118).

**10.6** Da die geltend gemachten Fluchtgründe nicht geglaubt werden können und den Aussagen des Beschwerdeführers zufolge bis auf sein Cousin weder seine Familie noch seine Freunde Kenntnis von seiner sexuellen Orientierung haben (vgl. a.a.O., F76 und F105 ff., und F107: "[...], aber mein Cousin hat etwas über meine Sexualität erfahren, über meine Homosexualität, aber er ist nicht sicher. [...]"; A45, F55), ist nicht davon auszugehen, er habe bei einer allfälligen Rückkehr in seinen Heimatstaat allein aufgrund seiner sexuellen Orientierung in absehbarer Zukunft erhebliche Nachteile zu befürchten.

**10.7** Nach dem Gesagten hat das SEM zu Recht die Flüchtlingseigenschaft des Beschwerdeführers verneint und sein Asylgesuch abgelehnt.

## **11.**

**11.1** Lehnt das Staatssekretariat das Asylgesuch ab oder tritt es darauf nicht ein, verfügt es in der Regel die Wegweisung aus der Schweiz und ordnet den Vollzug an; es berücksichtigt dabei den Grundsatz der Einheit der Familie (Art. 44 AsylG). Gemäss Art. 32 AsylV 1 wird die Wegweisung aus der Schweiz unter anderem dann nicht verfügt, wenn die asylsuchende Person im Besitz einer gültigen Aufenthalts- oder Niederlassungsbewilligung ist (Art. 32 Bst. a AsylV 1).

## 11.2

**11.2.1** In der angefochtenen Verfügung stellte sich das SEM auf den Standpunkt, der Beschwerdeführer habe bisher nicht rechtswirksam die Ehe geschlossen, weshalb er keine Aufenthaltsansprüche geltend machen könne.

**11.2.2** Der Beschwerdeführer gab in seinen Beschwerdeeingaben an, er habe sich bereits im Jahr 2014 mit seiner jetzigen Ehefrau, einer ghanaischen Staatsangehörigen mit Niederlassungsbewilligung in der Schweiz, nach Brauch verheiratet. Inzwischen hätten sie ein Ehevorbereitungsverfahren in der Schweiz eingeleitet und würden eine Familiengemeinschaft bilden, weshalb er zumindest in der Schweiz vorläufig aufzunehmen sei. Am 11. Dezember 2017 habe er im Hinblick auf seine bevorstehende Eheschliessung beim Kanton C. \_\_\_\_\_ um Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung ersucht. Tagsüber lebe er bei seiner Frau und unterstütze sie bei der Betreuung ihrer drei Kinder. Nur für die Übernachtung kehre er ins Bundeszentrum zurück (vgl. auch SEM-Akten, A45, F13).

**11.2.3** Gemäss Auskunft des Zivilstandsamts der Stadt C. \_\_\_\_\_ fand die Eheschliessung im (...) 2018 statt.

**11.3** Art. 14 Abs. 1 AsylG regelt das Verhältnis des Asylverfahrens zu anderen ausländerrechtlichen Verfahren und setzt den Grundsatz des Vorrangs des Asylverfahrens fest. Demnach kann eine asylsuchende Person ab Einreichung des Asylgesuches bis zur Ausreise nach einer rechtskräftig angeordneten Wegweisung, nach einem Rückzug des Asylgesuches oder bis zur Anordnung einer Ersatzmassnahme bei nicht durchführbarem Vollzug kein Verfahren um Erteilung einer ausländerrechtlichen Aufenthaltsbewilligung einleiten, ausser es bestehe ein Anspruch auf deren Erteilung. Ist dies der Fall, geht die Zuständigkeit, die Wegweisung aus der Schweiz zu verfügen, von den Asylbehörden auf die kantonale Ausländerbehörde über, welche über die Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung zu befinden hat (vgl. zum Ganzen BVGE 2013/37 E. 4.4 S. 579 f. sowie Entscheidungen und Mitteilungen der vormaligen Schweizerischen Asylrekurskommission [EMARK] 2001 Nr. 21 E. 8d S. 175 f.).

**11.4** Im Asyl- und Wegweisungsverfahren ist die Wegweisung deshalb nicht zu verfügen, falls ein grundsätzlicher Anspruch auf Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung besteht, über den konkret zu befinden die kantonale Ausländerbehörde zuständig ist (vgl. auch EMARK 2006 Nr. 23 E. 3.2 S. 231 f., EMARK 2001 Nr. 21 E. 9 S. 176 f.). Ist die asylsuchende Person

nicht im Besitze einer Aufenthalts- oder Niederlassungsbewilligung, ist im Asyl- und Wegweisungsverfahren mit Blick auf die mögliche Zuständigkeit der kantonalen Ausländerbehörde daher vorfrageweise zu prüfen, ob die asylsuchende Person sich im Sinn von Art. 14 Abs. 1 AsylG auf einen grundsätzlichen Anspruch auf Erteilung einer Aufenthaltswilligung berufen kann (vgl. EMARK 2001 Nr. 21 E. 10 S. 177). Soweit nicht Gesetz oder Freizügigkeitsabkommen einen Anspruch auf Erteilung einer Aufenthaltswilligung vermitteln, fällt als Anspruchsgrundlage Art. 8 EMRK in Betracht, wobei diesbezüglich die bundesgerichtliche Rechtsprechung massgeblich ist, wonach eine intakte und tatsächlich gelebte Familienbande zu nahen Verwandten bestehen muss, die über ein gefestigtes Anwesenheitsrecht in der Schweiz verfügt (vgl. BVGE 2013/37 E. 4.4, insbes. E. 4.4.2.2; EMARK 2001 Nr. 21 E. 8a und b S. 173 f. sowie E. 9 S. 176 f.; BGE 135 I 143 E. 1.3.1 S. 145 f., BGE 130 II 281 E. 3.1 S. 285 f.; EMARK 2005 Nr. 3 E. 3.1 S. 31 f.).

**11.5** Ergibt die vorfrageweise Prüfung, dass sich die asylsuchende Person auf einen grundsätzlichen Anspruch auf Erteilung einer Aufenthaltswilligung berufen kann, ist sie im Asyl- und Wegweisungsverfahren darauf hinzuweisen, dass sie ein entsprechendes Bewilligungsgesuch bei der zuständigen kantonalen Ausländerbehörde einzureichen hat. Ist bei der kantonalen Ausländerbehörde bereits ein Verfahren um Erteilung einer Aufenthaltswilligung hängig, so hat das SEM – weist es das Asylgesuch ab oder tritt es auf dieses nicht ein – die Wegweisung nicht zu verfügen, respektive hebt das Bundesverwaltungsgericht in diesem Fall eine vom SEM verfügte Wegweisung auf (vgl. auch EMARK 2001 Nr. 21 E. 9a S. 177). Andererseits haben sich die Asylbehörden bei der Prüfung der Zulässigkeit des Wegweisungsvollzugs nicht mehr mit Art. 8 EMRK zu befassen, wenn die kantonale Ausländerbehörde es bereits ablehnte, gestützt auf diese Norm eine Aufenthaltswilligung zu erteilen (vgl. EMARK 2001 Nr. 21 E. 12b S. 178 f. und c sowie E. 14a S. 179).

**11.6** Eine vorfrageweise Prüfung ergibt nach dem Gesagten, dass der Beschwerdeführer, der mit einer in der Schweiz niedergelassenen Frau verheiratet ist, sich auf einen grundsätzlichen Anspruch auf Erteilung einer Aufenthaltswilligung aus Art. 8 EMRK berufen können dürfte. Damit ist aber auch gesagt, dass durch das kantonale Migrationsamt noch zu prüfen sein wird, ob der Beschwerdeführer sämtliche sich aus dem Gesetz und der Rechtsprechung ergebenden Voraussetzungen zur Erteilung einer Aufenthaltswilligung erfüllt.

**11.7** Somit ist die durch das SEM angeordnete Wegweisung aufzuheben (vgl. BVGE 2013/37 E. 4.4.2.2; Urteil des Bundesverwaltungsgerichts E-1002/2014 vom 5. März 2015 E. 4.5). Das kantonale Migrationsamt ist für die Prüfung der Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung zuständig. Die Beschwerde ist folglich betreffend Anordnung der Wegweisung gutzuheissen und die angefochtene Verfügung in diesem Punkt aufzuheben.

**11.8** Die Prüfung der Zulässigkeit, Zumutbarkeit und Möglichkeit des Vollzugs der Wegweisung ist damit nicht mehr Gegenstand des vorliegenden Verfahrens, sondern wäre gegebenenfalls zu prüfen, würde die Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung verweigert und (erneut) die Wegweisung angeordnet.

## **12.**

Zusammenfassend ist die Beschwerde im Asylpunkt abzuweisen. Die Dispositivziffern 1 (Verneinung der Flüchtlingseigenschaft) und 2 (Abweisung des Asylgesuchs) sind zu bestätigen. Hingegen ist die Beschwerde betreffend Wegweisung des Beschwerdeführers aus der Schweiz gutzuheissen und die Dispositivziffer 3 – sowie die darauf basierenden Dispositivziffern 4 und 5 – der angefochtenen Verfügung sind aufzuheben.

## **13.**

**13.1** Die Kosten des Beschwerdeverfahrens und die Parteientschädigung sind grundsätzlich nach dem Verhältnis von Obsiegen und Unterliegen dem Beschwerdeführer aufzuerlegen beziehungsweise zuzusprechen (vgl. Art. 63 Abs. 1 und Art. 64 Abs. 1 VwVG).

**13.2** Der Beschwerdeführer ist bezüglich seiner Anträge auf Anerkennung der Flüchtlingseigenschaft und Asylgewährung unterlegen. Betreffend Anordnung der Wegweisung ist seinen Rechtsbegehren hingegen zu entsprechen.

**13.3** Nachdem mit Zwischenverfügung vom 12. Dezember 2017 die unentgeltliche Prozessführung im Sinn von Art. 65 Abs. 1 VwVG gewährt worden ist, sind keine Verfahrenskosten zu erheben.

**13.4** Angesichts des Ausgangs des vorliegenden Verfahrens und der Tatsache, dass Verletzungen des rechtlichen Gehörs und des Akteneinsichtsrechts des Beschwerdeführers zu heilen waren, steht diesem eine Parteientschädigung zu. Sein Rechtsvertreter hat keine Kostennote zu den Akten gereicht, weshalb die notwendigen Parteikosten von Amtes wegen und auf der bestehenden Aktengrundlage festzusetzen sind (Art. 14 Abs. 2 des

Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]). Unter Würdigung der massgebenden Bemessungsfaktoren (vgl. Art. 9–13 VGKE) ist die Parteientschädigung auf insgesamt Fr. 1200.– (inkl. sämtlicher Auslagen) festzusetzen und dem SEM zur Bezahlung aufzuerlegen.

(Dispositiv nächste Seite)

**Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:**

**1.**

Die Beschwerde wird im Hauptpunkt (Flüchtlingseigenschaft, Asyl) abgewiesen. Im Wegweisungspunkt wird die Beschwerde gutgeheissen, soweit sie nicht gegenstandslos geworden ist.

**2.**

Die Dispositivziffern 3–5 der angefochtenen Verfügung werden aufgehoben.

**3.**

Es werden keine Verfahrenskosten erhoben.

**4.**

Das SEM wird angewiesen, dem Beschwerdeführer für das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht eine Parteienschädigung von Fr. 1200.– auszurichten.

**5.**

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

Der vorsitzende Richter:

Die Gerichtsschreiberin:

Markus König

Martina Stark