



Urteil vom 21. September 2011

Besetzung

Richterin Muriel Beck Kadima (Vorsitz),
Richter Kurt Gysi, Richterin Gabriela Freihofer, Richter
Walter Stöckli, Richterin Jenny de Coulon,
Gerichtsschreiberin Stella Boleki.

Parteien

A. _____, geboren am (...),
B. _____, geboren am (...),
Afghanistan,
beide vertreten durch Carmen Lehmann, Amt für Jugend-
und Berufsberatung Zürich\Zentralstelle MNA, (..),
Beschwerdeführende,

gegen

Bundesamt für Migration (BFM),
Quellenweg 6, 3003 Bern,
Vorinstanz.

Gegenstand

Nichteintreten auf Asylgesuch und Wegweisung (Dublin-
Verfahren); Verfügung des BFM vom 2. Dezember 2010 / N
(...).

Sachverhalt:**A.**

Die aus C._____ (Provinz Herat) stammenden minderjährigen afghanischen Staatsangehörigen verliessen ihre Heimat eigenen Angaben zufolge am 30. Juni 2010 mit ihrem volljährigen Bruder G._____[N (...); [...]] und reisten am 14. September 2010 illegal in die Schweiz ein, wo sie am 20. September 2009 im Empfangs- und Verfahrenszentrum (EVZ) D._____ um Asyl nachsuchten.

B.

Der Meldung der europäischen Fingerabdruckdatenbank "Eurodac" vom 21. September 2010 konnte hinsichtlich A._____ kein Eintrag entnommen werden. Betreffend B._____ liegt keine Eurodac-Meldung in den Akten. Ihr älterer Bruder G._____ wurde am 10. September in Italien in der Eigenschaft als "Asylbewerber" mit der Kennziffer "1" daktyloskopisch erfasst.

B.a. Am 29. September 2010 wurde B._____ das rechtliche Gehör zum sogenannten Dublin-Verfahren gewährt. Am selben Tag wurden A._____ beziehungsweise am 4. Oktober 2010 B._____ im Transitzentrum Altstätten zu den Personalien, den Familienverhältnissen und den Aufenthalten in anderen Ländern befragt, wobei sich das BFM hinsichtlich des Reisewegs und des Datums sowie der Umstände der Einreise in die Schweiz grösstenteils auf die Angaben von G._____ abstützte (vgl. BFM-Akte A1 S.5, A2 S. 5). Alle drei Befragungen fanden in Anwesenheit von G._____ statt.

Der ältere der beiden minderjährigen Beschwerdeführenden A._____ führte dabei aus, sie (die drei Brüder) seien im Boot von der italienischen Polizei aufgegriffen und in eine ihm unbekannte Stadt auf einen Polizeiposten gebracht worden, wo die Polizei mit ihrem volljährigen Bruder gesprochen habe. Anderntags seien sie entlassen und mit einem Schlepper zu einem Bahnhof gebracht worden, von wo sie per Zug zu einer ihm unbekannten Stadt gefahren seien. Nachdem sie einen halben Tag gewartet hätten, habe sie der Schlepper per Auto in die Schweiz gefahren.

B.b. Im Hinblick auf einen allfälligen Nichteintretensentscheid nach Art. 34 Abs. 2 Bst. d des Asylgesetzes vom 26. Juni 1998 (AsylG, SR 142.31) und einen Wegweisungsvollzug nach Italien oder Griechenland führten die Beschwerdeführenden anlässlich der Gewährung des

rechtlichen Gehörs aus, nicht dorthin zurückkehren zu wollen; in Griechenland seien sie unmenschlich behandelt worden und auch in Italien sei es sehr unangenehm gewesen. Die Menschen dort seien komisch gewesen, so dass es zu einem Streit zwischen dem älteren Bruder und einigen dortigen Personen gekommen sei.

B._____ führte diesbezüglich zusätzlich aus, in Griechenland seien sie von der Polizei voneinander getrennt worden und der ältere Bruder sei vor ihren Augen geschlagen und nackt ausgezogen worden, danach seien auch sie geschlagen worden. In Italien hätten ihnen zwei ältere Männer in der Bahnhoftoilette nachgestellt, dabei hätten sie ihnen zugezwinkert. Im Übrigen gab er an, kein Asylgesuch in Italien gestellt zu haben.

C.

Das BFM teilte der zuständigen kantonalen Migrationsbehörde mit Schreiben vom 29. September 2010, welches am 11. Oktober 2010 zugestellt wurde, mit, es handle sich bei den Beschwerdeführenden um unbegleitete minderjährige Asylsuchende, weshalb gestützt auf die geltenden Vorschriften unverzüglich Schutzmassnahmen in die Wege zu leiten seien oder die zuständige Vormundschaftsbehörde zu informieren sei. Am 11. Oktober 2010 wurden die Beschwerdeführenden für die Dauer des Verfahrens dem Kanton E._____ zugeteilt.

D.

Mit Schreiben vom 15. Oktober 2010 ersuchte das BFM Italien um Rückübernahme der Beschwerdeführenden gestützt auf Art. 16 Abs. 1 Bst. c der Verordnung EG Nr. 343/2003 des Rates vom 18. Februar 2003 zur Festlegung von Kriterien und Verfahren zur Bestimmung des Mitgliedstaats, der für die Prüfung eines von einem Drittstaatsangehörigen in einem Mitgliedstaat gestellten Asylantrages zuständig ist (Dublin-II-VO).

E.

Am 19. November 2010 teilte die Vorinstanz den italienischen Behörden auf elektronischem Weg mit, dass sie von der stillschweigenden Zustimmung zur Wiederaufnahme der Asylsuchenden infolge Verfristung Kenntnis genommen hätten und Italien gestützt auf Art. 20 Abs. 1 Bst. c Dublin-II-VO für die Überprüfung des Asylgesuchs zuständig sei.

F.

Mit Schreiben vom 23. November 2010 (Eingang BFM: 1. Dezember

2010) stellte die gesetzlich zuständige Vertretung der Beschwerdeführenden ein Gesuch um Akteneinsicht und rechtliches Gehör. Dabei beantragte sie, dieses sei ihr vor einem allfälligen negativen Entscheid zu gewähren.

G.

Mit Verfügung vom 2. Dezember 2010, welche den Beschwerdeführenden am 10. Dezember 2010 direkt eröffnet wurde, trat das BFM gestützt auf Art. 34 Abs. 2 Bst. d AsylG auf deren Asylgesuche nicht ein, ordnete die gemeinsame Wegweisung nach Italien mit deren volljährigem Bruder (N [...]) an und forderte sie auf, die Schweiz spätestens am Tag nach Ablauf der Beschwerdefrist zu verlassen. Zudem wurde festgehalten, dass einer Beschwerde gegen diesen Entscheid keine aufschiebende Wirkung zukomme und die editionspflichtigen Verfahrensakten den Beschwerdeführenden gemäss Aktenverzeichnis ausgehändigt würden.

Auf die Begründung wird – soweit für den Entscheid relevant – in den Erwägungen eingegangen.

H.

Mit Schreiben vom 16. Dezember 2010 (Poststempel: 17. Dezember 2010) erhoben die Beschwerdeführenden durch ihre gesetzliche Vertreterin beim Bundesverwaltungsgericht gegen die vorinstanzliche Verfügung Beschwerde und beantragten, die angefochtene Verfügung sei aufzuheben und die Vorinstanz anzuweisen, das Asylgesuch materiell zu behandeln, (eventualiter) sei festzustellen, dass die Beschwerdeführenden die Flüchtlingseigenschaft erfüllten und es sei ihnen Asyl zu gewähren, subeventualiter sei die Unzumutbarkeit, Unzulässigkeit und Unmöglichkeit des Wegweisungsvollzugs festzustellen und die Beschwerdeführenden in der Schweiz vorläufig aufzunehmen. Subsubeventualiter sei die Vorinstanz anzuweisen, das Recht des Selbsteintritts auszuüben und sich für die vorliegende Asylverfahren für zuständig zu erklären.

In verfahrensrechtlicher Hinsicht wurde beantragt, es sei der Beschwerde die aufschiebende Wirkung zu gewähren und es seien die Vollzugsbehörden unverzüglich anzuweisen, von allfälligen Vollzugsmassnahmen abzusehen. Weiter sei im Sinne einer vorsorglichen Massnahme die Kontaktaufnahme mit dem Heimatstaat sowie jegliche Weitergabe von Daten an denselben bis zum Entscheid über die Beschwerde zu sistieren. Vor einer allfälligen Ablehnung der

Beschwerde sei eine eventuell bereits erfolgte Datenweitergabe offen zu legen und den Beschwerdeführenden dazu das rechtliche Gehör im Hinblick auf subjektive Nachfluchtgründe zu gewähren. Ferner sei den Beschwerdeführenden die unentgeltliche Rechtspflege zu gewähren.

Auf die Begründung wird – soweit für den Entscheid relevant – in den Erwägungen eingegangen.

I.

Mit Telefax vom 20. Dezember 2010 setzte das Bundesverwaltungsgericht den Vollzug der Wegweisung sofort einstweilen aus.

J.

Nach Eingang der vorinstanzlichen Akten beim Bundesverwaltungsgericht ordnete dieses mit Verfügung vom 22. Dezember 2010 an, die bereits per Telefax vom 20. Dezember 2010 superprovisorisch angeordnete Aussetzung des Vollzuges gestützt auf Art. 56 des Bundesgesetzes vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren (VwVG, SR 172.021) sei weiterhin aufrechtzuerhalten. Das Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege hiess es gut und verzichtete auf die Erhebung eines Verfahrenskostenvorschusses. Des Weiteren verfügte es die koordinierte Behandlung der Verfahren (...) ([...]) und (...) ([...]) und lud die Vorinstanz insbesondere hinsichtlich einer allfälligen Anwendung von Art. 6 Abs. 2 Dublin-II-VO zur Vernehmlassung ein.

K.

Am 31. Dezember 2010 reichte die Vorinstanz innert der ihr angesetzten Frist eine Vernehmlassung zu den Akten und beantragte die Abweisung der Beschwerde.

L.

Mit Verfügung vom 10. Januar 2011 forderte die Instruktionsrichterin des Bundesverwaltungsgerichts die Beschwerdeführenden auf, zu den vorinstanzlichen Ausführungen Stellung zu nehmen, worauf diese das Replikrecht durch ihre Rechtsvertreterin mit Eingabe vom 24. Januar 2011 fristgerecht wahrnahmen und Kopien eines sie betreffenden Arztberichtes von med. H._____, Praxis Dr. med. I._____, und med. H._____, Fachärzte für Allgemeinmedizin und Klassische Homöopathie FMH/SVHA, (...), vom 18. Januar 2011 sowie einer sie betreffende und an die Rechtsvertreterin adressierte Email von einer Betreuungsperson

des AOZ MNA-Zentrums Lilienberg vom 21. Dezember 2010 zu den Akten reichten.

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:

1.

1.1. Gemäss Art. 31 des Verwaltungsgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (VGG, SR 173.32) beurteilt das Bundesverwaltungsgericht Beschwerden gegen Verfügungen nach Art. 5 VwVG. Das BFM gehört zu den Behörden nach Art. 33 VGG und ist daher eine Vorinstanz des Bundesverwaltungsgerichts. Eine das Sachgebiet betreffende Ausnahme im Sinne von Art. 32 VGG liegt nicht vor. Das Bundesverwaltungsgericht ist daher zuständig für die Beurteilung der vorliegenden Beschwerde und entscheidet auf dem Gebiet des Asyls gemäss Art. 105 AsylG endgültig, ausser bei Vorliegen eines Auslieferungsersuchens des Staates, vor welchem die beschwerdeführende Person Schutz sucht.

1.2. Das Verfahren richtet sich nach dem VwVG, dem VGG und dem BGG, soweit das AsylG nichts anderes bestimmt (Art. 37 VGG und Art. 6 AsylG).

1.3. Die Beschwerde ist frist- und formgerecht eingereicht (Art. 108 Abs. 2 AsylG, Art. 37 VGG i.V.m. Art. 52 VwVG). Die Beschwerdeführenden sind durch die angefochtene Verfügung besonders berührt und haben ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung beziehungsweise Änderung; sie sind daher zur Einreichung der Beschwerde legitimiert (Art. 105 AsylG i.V.m. Art. 37 VGG und Art. 48 Abs. 1 VwVG). Auf die Beschwerde ist – unter nachfolgendem Vorbehalt E. 3.1 – einzutreten.

2.

Mit Beschwerde kann die Verletzung von Bundesrecht, die unrichtige oder unvollständige Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts und die Unangemessenheit gerügt werden (Art. 106 Abs. 1 AsylG).

3.

3.1. Nach herrschender Rechtspraxis der Schweizerischen Asylrekurskommission (ARK), welche vom Bundesverwaltungsgericht weitergeführt wird, kommt diesem bei Beschwerden gegen Nichteintretensentscheide, mit denen das BFM es ablehnt, das Asylgesuch auf deren Begründetheit hin zu überprüfen (Art. 32 bis Art. 35 AsylG), eine beschränkte Kognition zu. Erachtet die Beschwerdeinstanz den Nichteintretensentscheid als unrechtmässig, enthält sie sich einer materiellen Prüfung und weist die Sache zur erneuten Überprüfung an die Vorinstanz zurück. Hingegen steht der Beschwerdeinstanz hinsichtlich der Wegweisung und des Vollzugs volle Kognition zu, weil die Vorinstanz eine materielle Prüfung vorgenommen hat (vgl. Entscheidungen und Mitteilungen der Schweizerischen Asylrekurskommission/ARK [EMARK] 2004 Nr. 34 E. 2.1. S. 240, und auch BVGE 2007/8 E. 2.1). Bei einem Nichteintretensentscheid gemäss Art. 34 Abs. 2 Bst. d AsylG, wonach eine asylsuchende Person in einen Drittstaat weiterreisen kann, welcher für die Durchführung des Asyl- und Wegweisungsverfahrens zuständig ist, umfasst die beschränkte Kognition nebst der eigentlichen Zuständigkeitsprüfung nach Art. 3 der Dublin-II-VO auch die Frage, ob die Vorinstanz wegen Drohung von völkerrechtlichen Verletzungen im nach Dublin-II-VO zuständigen Staat oder aus humanitären Gründen vom Selbsteintrittsrecht gemäss Art. 3 Abs. 2 der Dublin-II-VO i. V. m. Art. 29a Abs. 3 der Asylverordnung 1 vom 11. August 1999 über Verfahrensfragen [AsylV 1, SR 142.311] hätte Gebrauch machen sollen. Gelangt das Bundesverwaltungsgericht zur Auffassung, die Vorinstanz hätte einen Nichteintretensentscheid nach Art. 34 Abs. 2 Bst. d AsylG nicht erlassen dürfen, hebt sie die Verfügung auf und weist die Sache zur Neubeurteilung – allenfalls mit der Anweisung das Asylgesuch materiell zu beurteilen – an diese zurück. Demzufolge ist aufgrund der sogenannt eingeschränkten Kognition des Bundesverwaltungsgerichts hinsichtlich der Zuerkennung der Flüchtlingseigenschaft, der Asylgewährung und der vorläufigen Aufnahme auf die diesbezüglichen Anträge der Beschwerdeführenden nicht einzutreten (vgl. das zur Publikation vorgesehene Urteil E-7221/2009 vom 10. Mai 2011 mit Hinweis auf BVGE 2010/45).

3.2. Der Antrag auf vorsorgliche Massnahme, wonach die Kontaktaufnahme mit dem Heimatstaat sowie jegliche Weitergabe von Daten an denselben bis zum Entscheid über die Beschwerde zu sistieren sei, ist mit vorliegendem Endentscheid gegenstandslos geworden.

4.

4.1. Grundsätzlich sind den Parteien Verfügungen schriftlich zu eröffnen (Art. 34 Abs. 1 VwVG) ausnahmsweise können sie – jedoch unter Einhaltung gewisser Regeln – mündlich eröffnet werden (vgl. 13 Abs. 1 AsylG). Gemäss Art. 11 Abs. 3 VwVG erfolgen die Mitteilungen von Behörden an den Vertreter der Partei, sofern der mit der Rechtssache beauftragte Rechtsvertreter den Behörden angezeigt worden ist. Erfolgt die Mitteilung direkt gegenüber der Partei und nicht an den Vertreter, insbesondere wenn der Vertretungsbefugte bekannt ist, stellt dieses Vorgehen ein Eröffnungsmangel dar (vgl. VERA MARANTELLI-SONANINI/SAID HUBER, in: Waldmann/Weissenberger, Praxiskommentar zum VwVG, N 30 zu Art. 11). Aus dieser mangelhaften Eröffnung darf den Parteien kein Nachteil erwachsen (Art. 38 VwVG), diese tangiert deren Rechsgültigkeit indessen nicht (vgl. die weiterhin geltende Rechtsprechung in EMARK 1998 Nr. 5 E. 3.a S. 34). Mit dem seit 1. Januar 2011 in Kraft getretenen Art. 13 Abs 5 AsylG ist neu eine Abweichung von der Grundregel gesetzlich verankert worden. Demnach kann das BFM asylsuchenden Personen, welche durch eine bevollmächtigte Person vertreten werden, Nichteintretensentscheide nach Art. 34 Abs. 2 Bst. d AsylG direkt eröffnen, wobei der bevollmächtigten Person die Eröffnung unverzüglich bekanntgegeben wird.

4.2. Die gesetzliche Vertreterin (Zentralstelle MNA, Amt für Jugend und Berufsberatung, Zürich) der Beschwerdeführenden zeigte dem BFM mit Schreiben vom 23. November 2010 die Mandatsübernahme an. Dieses Schreiben ging beim BFM am 1. Dezember 2010 ein, weshalb es von diesem Rechtsverhältnis vor Erlass seiner Verfügung vom 2. Dezember 2010 Kenntnis hatte. Unter diesen Umständen wäre das BFM gesetzlich verpflichtet gewesen, die angefochtene Verfügung der Rechtsvertreterin der Beschwerdeführenden zu eröffnen, zumal Art. 13 Abs. 5 AsylG zu diesem Zeitpunkt noch nicht in Kraft war. Die am 10. Dezember 2010 erfolgte direkte Eröffnung an die Beschwerdeführenden stellt somit einen Eröffnungsmangel dar, wobei den Beschwerdeführenden aus diesem Verfahrensfehler kein schwerwiegender nicht wiedergutzumachender Nachteil im Sinne von Art. 38 VwVG erwachsen ist. Die Beschwerdeführenden konnten rechtzeitig durch ihre gesetzliche Vertreterin eine gültige Beschwerde einreichen. Somit schadete der festgestellte Verfahrensmangel der Rechtsgültigkeit der Eröffnung der angefochtenen Verfügung nicht.

5.

5.1. In formeller Hinsicht rügte die Rechtsvertreterin, die Vorinstanz habe die Rechte der unbegleiteten minderjährigen Asylsuchenden verletzt. Das BFM hätte den Beschwerdeführenden anlässlich der Befragungen eine rechtskundige Person beordnen müssen, weil kein Vormund oder Vertretungsbeistand für sie ernannt worden sei und sie selbst keine rechtskundige Person zur Wahrung ihrer Interessen beauftragt hätten (vgl. Art. 22 Abs. 1 des Übereinkommens vom 20. November 1989 über die Rechte des Kindes [SR 0.107]; EMARK 1998 Nr. 13 und Art. 7 AsylV 1 i.V.m. Art. 17 Abs. 2 und Abs. 3 AsylG). Damit wird implizit gerügt, dass die am 29. September 2010 erfolgte Anordnung von Schutzmassnahmen zu spät ergangen sei.

5.2. Aktenkundig ist, dass das BFM die unbegleiteten minderjährigen Asylsuchenden am 29. September 2010 und am 4. Oktober 2010 im F. _____ in Anwesenheit des erwachsenen Bruders – indes ohne Beisein einer rechtskundigen Person – befragte. Mit am gleichen Tag verfasstem Schreiben, welches gleichzeitig wie die Kantonszuweisung aber erst am 11. Oktober 2010 versendet wurde, wies das BFM die zuständige Migrationsbehörde des Kantons (...) an, die für die unbegleiteten minderjährigen Asylsuchenden vorgesehenen Schutzmassnahmen in die Wege zu leiten. Zu Recht ging das BFM nicht davon aus, dass eine gewohnheitsrechtlich übertragene Verantwortung des erwachsenen Bruders über dessen minderjährige Brüder bestehe (vgl. Weisung des BFM vom 1. Januar 2008 Kapitel III 1.3.1 S. 9; vgl. dazu auch Art. 2 Abs. 1 Bst. h Dublin-II-VO). Somit geht es im vorliegenden Verfahren unbestrittenermassen um unbegleitete minderjährige Asylsuchende.

5.3. An diese Feststellung schliesst sich die Frage an, ob das BFM die Beschwerdeführenden zu Recht ohne Anwesenheit einer rechtskundigen Person befragt hat bzw. ob die unbegleiteten minderjährigen Asylsuchenden im erstinstanzlichen Dublin-Verfahren ihre Interessen rechtsgenügend wahrnehmen können und ihren Mitwirkungspflichten zur Erstellung des rechtserheblichen Sachverhalts nachkommen können.

5.3.1. Die Vorgängerorganisation des Bundesverwaltungsgerichts im Asylbereich, die ARK, hat sich in ihrer Rechtsprechung mehrfach mit der Frage der verfahrensrechtlichen Garantien von unbegleiteten minderjährigen Asylsuchenden – auch im Lichte der Konvention über die Rechte des Kindes vom 20. November 1989 (Kinderrechtskonvention; SR 0.107), welche von der Schweiz am 24. Februar 1997 ratifiziert wurde

und für sie am 26. März 1997 in Kraft trat – auseinandergesetzt; letztmals im Entscheid EMARK 2006 Nr. 14, in welchem sie unter anderem die bisherige Rechtsprechung zusammenfasste. Diesbezüglich führte sie aus, in EMARK 1998 Nr. 13 habe die ARK eine seither konstante Rechtsprechung mit dem Grundsatz begründet, dass die mit der Anhörung betraute Behörde verpflichtet sei, unbegleiteten Minderjährigen – solange keine vormundschaftsrechtlichen Massnahmen Platz gegriffen hätten – für die Dauer des Asylverfahrens von Amtes wegen eine rechtskundige Person beizuordnen, bevor die Anhörung zu den Asylgründen erfolge. Diese Verpflichtung ergebe sich aus den Grundsätzen der Achtung des Kindeswohls (Art. 3 KRK, Art. 11 BV), der Rechtsgleichheit sowie des Anspruchs auf rechtliches Gehör (Art. 8 und Art. 29 BV) und solle der speziellen Situation von Minderjährigen im Asylverfahren Rechnung tragen. Die ARK habe diese Rechtsprechung in EMARK 1999 Nr. 18 E. 5b dahingehend präzisiert, dass die Verpflichtung zur Beordnung einer Vertrauensperson auch in Konstellationen gelte, in denen die betroffene minderjährige Person zwar nicht von den kantonalen Behörden zu ihren Asylgründen, aber von einem vom Bundesamt beauftragten Sachverständigen befragt werde. In solchen Konstellationen sei das Bundesamt verpflichtet, die erforderlichen Massnahmen zu treffen. Eine Missachtung der Pflicht zur Beordnung einer Vertrauensperson sei als Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör zu behandeln (vgl. EMARK 1999 Nr. 2 E. 5) und führe, wenn sie auf Beschwerdeebene gerügt werde, in der Regel zur Kassation der angefochtenen Verfügung, da eine Heilung nur in Ausnahmefällen zulässig sei (vgl. EMARK 1999 Nr. 18 E. 5d).

5.3.2. In gesetzgeberischer Hinsicht ist darauf zu verweisen, dass der Bundesrat anlässlich der Teilrevision des Asylgesetzes vom 16. Dezember 2005 insbesondere betreffend besondere Verfahrensbestimmungen für unbegleitete Minderjährige gemäss Art. 17 Abs. 3 AsylG in seiner Botschaft zur Änderung des Asylgesetzes vom 4. September 2002 Folgendes beantragte: "Unbegleiteten Minderjährigen kommt nach den Bestimmungen der Kinderrechtskonvention (SR 0.107) ein besonderer Schutz zu. Entsprechend dem anwendbaren schweizerischen Recht sind deshalb die zuständigen kantonalen Behörden bereits heute verpflichtet, bei diesen Personen vormundschaftliche Massnahmen einzuleiten. Ist die Bestellung eines Vormundes oder Beistandes nicht sofort möglich, muss eine Vertrauensperson bestimmt werden, welche die Interessen der minderjährigen Person während der Dauer des Asylverfahrens wahrt. Der

bisherige Absatz 3 setzte für die Einleitung vormundschaftlicher Massnahmen und die Bestellung einer Vertrauensperson die Zuweisung (Art. 27 Abs. 3 AsylG) des Minderjährigen an einen Kanton voraus. *Neu sollen auch bei unbegleiteten Minderjährigen Entscheide an der Empfangsstelle gefällt und Wegweisungen vollzogen werden können. Sowohl im Verfahren am Flughafen wie in der Empfangsstelle müssen folglich vormundschaftliche Massnahmen eingeleitet werden und eine Vertrauensperson ernannt werden, wenn entscheidrelevante Verfahrensschritte vorgenommen werden* [Hervorhebung durch das Bundesverwaltungsgericht], die über die summarische Erstbefragung hinausgehen. Art. 17 Absatz 3 erwähnt abschliessend, in welchen Fällen eine Vertrauensperson ernannt werden muss."(vgl. Botschaft zur Änderung des Asylgesetzes (...) vom 4. September 2002, 02.060 BBl 2002 6845 [6878 f.]). Art. 17 Abs. 3 AsylG ist dergestalt in der Fassung des Asylgesetzes vom 16. Dezember 2005 seit dem 1. Januar 2008 in Kraft. Zuvor hielt Art. 17 Abs. 3 aAsylG lediglich fest, dass, wird einem Kanton eine unbegleitete minderjährige Asylsuchende Person zugewiesen, dieser unverzüglich eine Vertrauensperson zu ernennen habe. Die neue Fassung von Art. 17 Abs. 3 AsylG präzisiert, dass die zuständigen kantonalen Behörden für unbegleitete minderjährige Asylsuchende unverzüglich eine Vertrauensperson bestimmen, welche deren Interessen wahrnimmt für die Dauer a) des Verfahrens am Flughafen, wenn dort entscheidrelevante Verfahrensschritte durchgeführt werden; b) des Aufenthalts in einer Empfangsstelle, wenn dort über die Kurzbefragung gemäss Art. 26 Abs. 2 hinausgehende *entscheidrelevante Verfahrensschritte* [Hervorhebung durch das Bundesverwaltungsgericht] durchgeführt werden oder c) des Verfahrens nach Zuweisung in den Kanton. Art. 26 Abs. 2 AsylG gibt vor, welche Angaben anlässlich der Kurzbefragung im EVZ erhoben werden können (Personalien der Asylsuchenden, in der Regel deren Fingerabdrücke und Photographien, allenfalls weitere biometrische Daten). Gleichzeitig werden die Asylsuchenden summarisch zum Reiseweg und zu den Gründen befragt, warum sie ihr Land verlassen haben.

5.3.3. Seit dem 12. Dezember 2008, also nach Inkrafttreten von Art. 17 Abs. 3 AsylG in seiner heutigen Fassung, ist die Schweiz Schengener- bzw. Dublin-Assoziierungsstaat (vgl. Art. 21 Abs. 3 AsylG und Dublin-Assoziierungsabkommen, Anhang 1 zum AsylG) und als solcher verpflichtet, seine Zuständigkeit zur Durchführung des Asylverfahrens unter Berücksichtigung der Bestimmungen der Dublin-Assoziierungsabkommen zu prüfen (Art. 21 Abs. 2 AsylG).

5.4. Folglich ist zu prüfen, wie Art. 17 Abs. 3 AsylG auf Dublin-Verfahren anzuwenden ist.

5.4.1. Die Europäische Union hat hinsichtlich des Verfahrensschutzes für unbegleitete Minderjährige in Erwägungsgrund 14 der Richtlinie 2005/85/EG des Rates vom 1. Dezember 2005 über Mindestnormen für Verfahren in den Mitgliedstaaten zur Zuerkennung und Aberkennung der Flüchtlingseigenschaft festgelegt, dass die Mitgliedstaaten für unbegleitete Minderjährige aufgrund ihrer Verletzlichkeit spezifische Verfahrensgarantien vorsehen sollten und hierbei in erster Linie das Wohl des Kindes zu berücksichtigen sei. Gemäss Art. 17 derselben Richtlinie ergreifen Mitgliedstaaten sobald wie möglich Massnahmen, um zu gewährleisten, dass ein Vertreter bestellt wird, der den unbegleiteten Minderjährigen bei der Prüfung des Antrags vertritt und/oder unterstützt. Weiter stellen sie sicher, dass der Vertreter Gelegenheit erhält, den unbegleiteten Minderjährigen über die Bedeutung und die möglichen Konsequenzen seiner persönlichen Anhörung sowie gegebenenfalls darüber aufzuklären, wie er sich auf seine persönliche Anhörung vorbereiten kann. Die Mitgliedstaaten gestatten dem Vertreter bei dieser Anhörung anwesend zu sein sowie innerhalb des von der anhörenden Person festgelegten Rahmens Fragen zu stellen und Bemerkungen vorzubringen. Die Schweiz als Nichtmitglied der Europäischen Union ist nicht verpflichtet, diese für sie nicht verbindliche Richtlinie umzusetzen, kann sich indes daran orientieren. Den für das sogenannte Dublin-Verfahren für die Schweiz verbindlichen europäischen Verordnungen und Richtlinien (insbesondere Dublin-II-VO) ist hingegen hinsichtlich der Verfahrensgarantien für unbegleitete Minderjährige nichts Konkretes zu entnehmen. Demzufolge ist die diesbezügliche innerstaatliche Gesetzgebung und Rechtsprechung unter Berücksichtigung der Kinderrechtskonvention entscheidend.

5.4.2. Wie oben dargelegt, ist unbegleiteten minderjährigen Asylsuchenden seit der teilweisen Asylgesetzrevision vom 16. Dezember 2005 (in Kraft seit 1. Januar 2008) auch in beschleunigten Verfahren, die bei der "Empfangsstelle" (Art. 17 Abs. 3 AsylG; heute: Empfangs- und Verfahrenszentrum) und an den Flughäfen vollständig abgewickelt werden können, der erforderliche minimale Schutz – Beiordnung einer Vertrauensperson – zu gewähren, sofern entscheidrelevante Verfahrensschritte (im Flughafen) bzw. *über die Kurzbefragung hinausgehende entscheidrelevante Verfahrensschritte* durchgeführt werden. Nachfolgend ist also zu prüfen, wann in Dublin-Verfahren die entscheidrelevanten Verfahrensschritte getätigt werden.

5.4.3. Nach Art. 29a Abs. 1 AsylV 1 prüft das BFM die Zuständigkeit zur Behandlung eines Asylgesuchs nach den Kriterien der Dublin-II-VO, wenn Hinweise dafür bestehen, dass eine asylsuchende Person in einen Drittstaat ausreisen kann, welcher für die Durchführung des Asyl- und Wegweisungsverfahrens staatsvertraglich zuständig ist (Art. 34 Abs. 2 Bst. d AsylG). Folglich ist bei der Asylantragstellung jeder asylsuchenden Person vorab festzustellen, ob ein Drittstaat staatsvertraglich für die Durchführung des Asylverfahrens zuständig ist. Um dies zu erfahren, sind – neben einem allfälligen Eintrag in der europäischen Datenbank Eurodac zur Speicherung von Fingerabdrücken – insbesondere Angaben über die Reiseroute entscheidungswesentlich. Ergibt diese Prüfung, dass ein anderer Staat für die Behandlung des Asylgesuchs zuständig ist, und hat dieser Staat der Aufnahme oder Wiederaufnahme der asylsuchenden Person zugestimmt, so fällt das BFM eine Nichteintretensentscheid (Art. 29a Abs. 2 AsylV 1). Die Erstellung dieser Entscheidungsgrundlage findet in der Regel anlässlich der summarischen Befragung im EVZ statt. Gleichzeitig bzw. in gewissen Fällen auch nachträglich wird der asylsuchenden Person das rechtliche Gehör zu etwaigen Überstellungshindernissen in die für das Asylverfahren im Sinne der Dublin-II-VO allfällig zuständigen Mitgliedstaaten gewährt. Eine weitere Anhörung findet nicht statt. Damit wird deutlich, dass der Kurzbefragung, welche in Art. 17 Abs. 3 Bst. b AsylG erwähnt wird, in einem Asyl- und Wegweisungsverfahren nicht die gleiche Bedeutung zukommt wie in einem Dublin-Verfahren. Bei Letzterem werden nämlich meist keine "über die Kurzbefragung hinausgehende Verfahrensschritte" getätigt, da bereits zu diesem Zeitpunkt der entscheidungsrelevante Sachverhalt (wie beispielsweise die Personalien, die Reiseroute, allfällige Asylgesuche im Ausland und eventuelle Überstellungshindernisse) erhoben wird. Immerhin hat die summarische Befragung im Hinblick auf die Prüfung der Zuständigkeit eines Drittstaates nach den Kriterien der Dublin-II-VO auch der Erstellung von allfälligen Sachverhaltselementen, die zu einem Selbsteintritt verpflichten beziehungsweise zu einem solchen aus humanitären Gründen Anlass geben können (vgl. das zur Publikation vorgesehene Urteil des Bundesverwaltungsgerichts E-7221/2009 vom 10. Mai 2011 E. 7 bzw. 8), zu dienen.

5.4.4. Hinsichtlich der Erstellung des entscheidungsrelevanten Sachverhalts gilt sodann zu berücksichtigen, dass die Mitgliedstaaten sowie die Dublin-Assoziierungsstaaten gemäss Art. 8 der Verordnung (EG) Nr. 2725/2000 des Rates vom 11. Dezember 2000 über die Einrichtung von "Eurodac" für den Vergleich von Fingerabdrücken zum Zwecke der effektiven

Anwendung des Dubliner Übereinkommens (Eurodac-Verordnung), Ausländern, die in Verbindung mit dem illegalen Überschreiten einer Aussengrenze aufgegriffen werden, erst ab dem vierzehnten Lebensjahr die Fingerabdrücke abnehmen dürfen, was hingegen gemäss Erfahrung des Bundesverwaltungsgerichts nicht immer der Praxis entspricht. Deshalb kommt der Erfragung der Reiseroute und der vorgängigen Aufenthalte bei Minderjährigen unter vierzehn Jahren eine noch gewichtigere Bedeutung für eine sie betreffende Entscheidung zu als bei älteren Asylsuchenden.

5.4.5. Weiter obliegt dem EU-Mitgliedstaat oder Dublin-Assoziierungsstaat die Pflicht zu überprüfen, ob eine Wegweisung der unbegleiteten minderjährigen Asylsuchenden in den Zielstaat (der für die Durchführung des Asylverfahrens zuständig ist) mit dem Kindeswohl vereinbar ist, bzw. ob Minderjährige einem Mitglied der Familie, einem offiziellen Vormund oder einer geeigneten Aufnahmeeinrichtung im Sinne der Richtlinie 2008/115/EG des Rates vom 16. Dezember 2008 über gemeinsame Normen und Verfahren in den Mitgliedstaaten zur Rückführung illegal aufhältiger Drittstaatsangehöriger übergeben werden können (vgl. dazu auch der seit dem 1. Januar 2011 in Kraft stehende Art. 69 Abs. 4 des Bundesgesetzes vom 16. Dezember 2005 über die Ausländerinnen und Ausländer [AuG, SR 142.20], BVGE 2010/45 E. 8.3 mit weiteren Hinweisen).

5.4.6. Im Ergebnis steht fest, dass die Befragung im EVZ *den* entscheidungsrelevanten Verfahrensschritt für die Entscheidung des BFM darstellt, ob Art. 34 Abs. 2 Bst. d AsylG Anwendung findet. Bejahendenfalls wird darüber hinaus keine weitere Anhörung durchgeführt. Folgerichtig wäre bereits für diese summarische Befragung eine Vertrauensperson zu bestellen. Dabei ist jedoch zu berücksichtigen, dass dies erst geschehen kann, wenn die entscheidenden Fragen hierfür geklärt sind, namentlich ob die asylsuchende Person unbegleitet und minderjährig ist sowie ob sie sich in einem Dublin-Verfahren befindet. Deshalb erscheint es zweckdienlicher, bei unbegleiteten minderjährigen Asylsuchenden, für welche das Dublin-Verfahren in Frage kommen könnte, nachträglich eine weitere Befragung in Anwesenheit einer Vertrauensperson zum für dieses Verfahren entscheidungsrelevanten Sachverhalt durchzuführen.

6.

6.1. Im vorliegenden Verfahren ist aktenkundig, dass die Vorinstanz die beiden Beschwerdeführenden zum entscheidungswesentlichen Sachverhalt nicht vollständig persönlich befragt hat; der jüngere minderjährige Beschwerdeführer B._____ wurde weder zur Ausreise noch zu den Umständen der Ausreise oder der Durchreise durch andere Länder beziehungsweise Einreise in die Schweiz befragt; der ältere der beiden minderjährigen Beschwerdeführenden A._____ wurde zum Aufenthalt in Italien nur kurz befragt. Dabei führte er aus, sie (die drei Brüder) seien im Boot von der italienischen Polizei aufgegriffen und in eine ihm unbekannte Stadt auf einen Polizeiposten gebracht worden, wo die Polizei mit ihrem volljährigen Bruder gesprochen habe. Anderntags seien sie entlassen und mit einem Schlepper zu einem Bahnhof gebracht worden, wo sie per Zug zu einer ihm unbekannten Stadt gefahren seien.

6.2. Bei der Erstellung des sie betreffenden rechtserheblichen Sachverhalts stellte das BFM hauptsächlich darauf ab, dass deren erwachsener Bruder in Italien in der Eigenschaft als Asylbewerber mit der Kennziffer "1" daktyloskopiert worden ist (vgl. Art. 2 Abs. 3 der Verordnung (EG) Nr. 407/2002 des Rates vom 28. Februar 2002 zur Festlegung von Durchführungsbestimmungen zur Verordnung (EG) Nr. 2725/2000 über die Einrichtung von "Eurodac" [...]). In ihrer Vernehmlassung vom 31. Dezember 2010 führte die Vorinstanz dazu ergänzend aus, die Zuständigkeit Italiens sei auch für die Minderjährigen gegeben, zumal diese in Italien nicht daktyloskopisch erfasst worden seien; gemäss der Eurodac-Verordnung würden anlässlich eines Asylgesuchs nur Fingerabdrücke von Personen gespeichert, welche mindestens 14 Jahre alt seien.

6.3. Die rudimentären Aussagen des älteren minderjährigen Asylsuchenden und der Eurodac-Eintrag des erwachsenen Bruders der Beschwerdeführenden, auf welche sich das BFM für seinen Entscheid abstützte, erscheinen klar unzureichend, um Italien als für die Durchführung von deren Asylverfahren zuständig zu erachten. Insbesondere vermag dieses Vorgehen der besonderen Bestimmung von Art. 6 Abs. 1 und Abs. 2 Dublin-II-VO – welche das Bundesverwaltungsgericht als self-executing erachtet (vgl. BVGE 2010/27 E. 5.2.1 ff.) – zum Schutz von minderjährigen Asylsuchenden nicht Rechnung zu tragen. Denn alleine die erkennungsdienstliche Erfassung von unbegleiteten minderjährigen Asylsuchenden im Ersteinreisestaat rechtfertigt eine Rücküberstellung in diesen nicht, solange kein Asylantrag gestellt beziehungsweise wirksam gestellt wurde (vgl. DOMINIK BENDER und MARIA BETHKE, Das Kindeswohl im Dublin-

Verfahren, in: Asylmagazin 3 und 4/2011, S. 70 und 113). Ob die Beschwerdeführenden tatsächlich in Italien ein Asylgesuch gestellt haben, ist aufgrund des vorliegend erhobenen Sachverhalts nicht zu beantworten. Das BFM hätte die Beschwerdeführenden vielmehr ausführlicher zum Aufenthalt in Italien befragen und sich allenfalls an die zuständigen italienischen Behörden wenden müssen, um den rechtsrelevanten Sachverhalt erheben zu können. Im Zweifelsfall hätte das BFM vom Selbsteintrittsrecht Gebrauch machen müssen. Dieses unsorgfältige Vorgehen der Vorinstanz zur Abklärung des entscheidungsrelevanten Sachverhalts stellt einen schwerwiegenden Verfahrensmangel dar, zumal die Minderjährigen im Verfahren vor der Vorinstanz keine Begleitung und Unterstützung von einer Vertrauensperson erfuhren (vgl. Art. 7 Abs. 3 AsylV1). Dieser Mangel kann auf Beschwerdeebene nicht geheilt werden, weshalb das Verfahren im Sinne der Erwägungen zur ergänzenden Befragung in Anwesenheit einer Vertrauensperson und zur neuen Beurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen ist.

6.4. Bei einem allfälligen Wegweisungsvollzug nach Italien dürften überdies konkrete Abklärungen hinsichtlich vorhandener Institutionen für unbegleitete minderjährige Asylsuchende getätigt werden müssen, um dem Kindeswohl ausreichend Rechnung zu tragen (Art. 69 Abs. 4 AuG; BVGE 2010/45 E. 8.3 mit weiteren Hinweisen, EMARK 2006 Nr. 24 E. 6.2.5, EMARK 1998 Nr. 13 E. 5).

6.5. Aufgrund der vorstehenden Erwägungen ist die Beschwerde gutzuheissen, soweit beantragt wird, die angefochtene Verfügung vom 2. Dezember 2010 sei aufzuheben. Die Sache ist demnach im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückzuweisen.

7.

Zusammenfassend ist im Allgemeinen festzuhalten, dass das BFM in Dublin-Verfahren vor der Erhebung des rechtserheblichen Sachverhalts die zuständigen kantonalen Behörden über die Anwesenheit einer unbegleiteten minderjährigen asylsuchenden Person informieren muss, um die unverzügliche Bestimmung einer Vertrauensperson nach Art. 17 Abs. 3 Bst. b AsylG und die Befragung zum rechtserheblichen Sachverhalt in deren Anwesenheit zu gewährleisten.

8.

8.1. Bei diesem Ausgang des Verfahrens sind keine Verfahrenskosten zu erheben (Art. 63 Abs. 3 VwVG i.V.m. Art. 37 VGG), weshalb das Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege gemäss Art. 65 Abs. 1 VwVG gegenstandslos geworden ist.

8.2. Den obsiegenden Beschwerdeführenden wäre in Anwendung von Art. 64 Abs. 1 VwVG i.V.m. Art. 7 des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2] für die ihnen erwachsenen notwendigen Kosten eine Parteientschädigung zuzusprechen. Die Beschwerdeführenden werden indes von der kantonalen Zentralstelle, also einer dafür zuständigen Behörde, vertreten, welche den Beschwerdeführenden keine Kosten in Rechnung stellt. Demzufolge sind ihnen keine notwendigen Kosten erwachsen und ist ihnen keine Parteientschädigung zu entrichten.

(Dispositiv nächste Seite)

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.

Die Beschwerde wird – soweit darauf eingetreten wird – gutgeheissen, soweit beantragt wird, die angefochtene Verfügung sei aufzuheben.

2.

Die angefochtene Verfügung vom 2. Dezember 2010 wird aufgehoben und die Sache im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückgewiesen.

3.

Es werden keine Verfahrenskosten auferlegt.

4.

Es wird keine Parteientschädigung entrichtet.

5.

Dieses Urteil geht an die Beschwerdeführenden, das BFM und die zuständige kantonale Behörde.

Die vorsitzende Richterin:

Die Gerichtsschreiberin

Muriel Beck Kadima

Stella Boleki

Versand: