



Abteilung IV
D-1810/2018
lan

Urteil vom 4. Februar 2019

Besetzung

Einzelrichterin Nina Spälti Giannakitsas,
mit Zustimmung von Richter David R. Wenger;
Gerichtsschreiberin Nathalie Alemayehu.

Parteien

A._____, geboren am (...),
Eritrea,
vertreten durch MLaw Sara Lenherr,
Berner Rechtsberatungsstelle für Menschen in Not,
Beschwerdeführer,

gegen

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

Gegenstand

Vollzug der Wegweisung;
Verfügung des SEM vom 22. Februar 2018 / N (...).

Sachverhalt:**A.**

Der Beschwerdeführer reiste am 13. Juni 2015 in die Schweiz ein, wo er am 15. Juni 2015 um Asyl nachsuchte. Am 25. Juni 2015 wurde er im Rahmen der Befragung zur Person (BzP) summarisch befragt und am 8. November 2016 zu seinen Asylgründen angehört.

Zur Begründung seines Asylgesuchs gab er im Wesentlichen an, er sei in B._____, Eritrea geboren und aufgewachsen. Sein Vater sei als Märtyrer gestorben, so dass seine Mutter alleinerziehend gewesen sei. Er habe die Schule bis zur 9. Klasse besucht. Bis zur 6. Klasse habe er bei seiner Mutter gelebt. Als diese krank geworden sei, seien seine Geschwister zur Schwester ins Quartier C._____, gegangen und er sei auf der Strasse gelandet. In den Jahren 2009/2010 sei er obdachlos sowie alkoholabhängig gewesen. Er habe im Quartier D._____ mit unterschiedlichen (...) gehandelt. Als seine Schwester davon erfahren habe, habe sie ihm erlaubt, in ihrer Küche zu schlafen. Damals sei er in der 8. Klasse gewesen, habe aber aufgrund seiner Alkoholprobleme diese Klasse nicht bestanden. Zur selben Zeit habe er Streit mit dem Mann seiner Schwester bekommen, weshalb er von dort weggegangen sei. Danach habe er wieder mit (...) gehandelt und die 8. Klasse wiederholt. Er sei zwei Mal von den Behörden festgehalten worden. Nachdem man ihn nach seiner Tätigkeit befragt habe, habe man ihn nach einigen Tagen wieder freigelassen. Im März 2013 sei er ein drittes Mal bei der Arbeit aufgegriffen worden. Man habe ihn aber nicht wie sonst auf den Polizeiposten, sondern nach E._____ bei F._____ zum militärischen Training gebracht. Nach drei Tagen sei ein Fluchtversuch gescheitert und er sei dafür hart bestraft worden. Nach einer medizinischen Behandlung sei er wieder nach E._____ zurückgekehrt. Einen Monat nach seiner Ankunft sei er nach B._____ geflüchtet. Eine Woche später sei er erneut von den Behörden beim Handeln aufgegriffen, für eine Woche festgehalten und wieder freigelassen worden. Er habe die 8. Klasse weiterführen, die Generalprüfung erfolgreich abschliessen und dann die 9. Klasse beginnen können. Im April 2014 habe er diese aber wegen Obdachlosigkeit wieder abgebrochen. Seine Heimat habe er am (...) 2014 verlassen.

B.

Am (...) kam sein Sohn G._____ (N [...]) zur Welt.

C.

Mit Verfügung vom 22. Februar 2018 – am Folgetag eröffnet – stellte das

SEM fest, der Beschwerdeführer erfülle die Flüchtlingseigenschaft nicht, lehnte sein Asylgesuch ab und ordnete die Wegweisung sowie den Vollzug an.

D.

Diesen Entscheid focht der Beschwerdeführer mit Eingabe seiner Rechtsvertreterin vom 26. März 2018 beim Bundesverwaltungsgericht an. Er beantragte, die angefochtene Verfügung sei in den Ziffern den Wegweisungsvollzug betreffend aufzuheben, es sei die Unzulässigkeit, eventualiter die Unzumutbarkeit des Wegweisungsvollzugs festzustellen und die Vorinstanz sei anzuweisen, ihn vorläufig aufzunehmen. In prozessualer Hinsicht ersuchte er um Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung samt Verzicht auf die Erhebung eines Kostenvorschusses sowie um Bestellung einer amtlichen Rechtsbeiständin.

Der Rechtsmittelschrift legte er verschiedene Beilagen unter anderem Kopien des F-Ausweises von G._____ und H._____ (N [...]), eine Fürsorgebestätigung vom 5. März 2018 sowie eine Honorarnote bei.

E.

Mit Schreiben vom 17. April 2018 reichte der Beschwerdeführer die Vaterschaftsanerkennung und die Erklärung der gemeinsamen elterlichen Sorge für das Kind, G._____, beide vom 10. April 2018, sowie eine Kopie seines Lehrvertrags vom 27. Februar 2018 mit Genehmigungsschreiben des Mittelschul- und Berufsbildungsamts ein.

F.

Mit Zwischenverfügung vom 1. Mai 2018 hiess die damals zuständige Instruktionsrichterin die Gesuche um Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung und der amtlichen Rechtsverteidigung gut und ordnete dem Beschwerdeführer Sara Lenherr als amtliche Rechtsbeiständin bei.

G.

Mit Vernehmlassung vom 10. September 2018 nahm die Vorinstanz zu den Rügen in der Beschwerde Stellung.

H.

Der Beschwerdeführer replizierte am 27. September 2018 und reichte eine aktualisierte Honorarnote ein.

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 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 in der Regel – und so auch vorliegend – endgültig (Art. 105 AsylG; Art. 83 Bst. d Ziff. 1 BGG).

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. 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 108 Abs. 2 AsylG; Art. 48 Abs. 1 sowie Art. 52 VwVG). 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.

Die Beschwerde richtet sich lediglich gegen den angeordneten Wegweisungsvollzug (Dispositivziffern 3. bis 5. der angefochtenen Verfügung). Demnach ist die vorinstanzliche Verfügung in Rechtskraft erwachsen, soweit sie die Frage des Asyls und der Flüchtlingseigenschaft betrifft. Gegenstand des vorliegenden Beschwerdeverfahrens bildet demnach nur noch die Frage, ob das SEM die Wegweisung zu Recht angeordnet hat oder ob allenfalls anstelle des Vollzugs eine vorläufige Aufnahme anzuordnen ist.

4.

Über offensichtlich begründete Beschwerden wird in einzelrichterlicher Zuständigkeit mit Zustimmung eines zweiten Richters beziehungsweise einer zweiten Richterin entschieden (Art. 111 Bst. e AsylG). Wie nachfolgend aufgezeigt wird, handelt es sich vorliegend um eine solche, weshalb der

Beschwerdeentscheid nur summarisch zu begründen ist (Art. 111a Abs. 2 AsylG).

5.

5.1 Das SEM begründete seine Verfügung bezüglich Wegweisungsvollzug damit, dass der militärische Nationaldienst grundsätzlich nicht unter den Anwendungsbereich von Art. 4 Abs. 2 ERMK falle. Personen, welche die Schule abgebrochen hätten, würden jedoch in den militärischen und nicht den nach Art. 4 Abs. 2 ERMK verbotenen zivilen Teil des Nationaldienstes eingezogen werden. Beim Beschwerdeführer als Schulabbrecher könne nicht von einer tatsächlichen und unmittelbaren Gefahr einer Einberufung in den zivilen Teil des Nationaldienstes ausgegangen werden. Aus den Akten seien zudem keine konkreten Hinweise zu entnehmen, dass ihm bei einer Rückkehr nach Eritrea mit beachtlicher Wahrscheinlichkeit eine Behandlung oder Strafe nach Art. 3 EMRK drohe. Schliesslich verfüge er im Heimatstaat über ein tragfähiges Beziehungsnetz. Der Wegweisungsvollzug sei insgesamt zulässig, zumutbar und möglich.

5.2 Der Beschwerdeführer rügte unter anderem, eine Trennung von seinem Sohn wäre vorliegend mit dem Grundsatz der Einheit der Familie nach Art. 44 AsylG und der Achtung des Familienlebens nach Art. 8 EMRK nicht vereinbar, weshalb er in die vorläufige Aufnahme seines Sohnes einzubeziehen sei. Sein Sohn, G. _____, sei am (...) zur Welt gekommen. Die Mutter seines Sohnes, H. _____, habe er in der Schweiz kennengelernt. Sie würden seit zwei Jahren eine Beziehung führen. Er besuche seinen Sohn und seine Freundin täglich und sei sehr bemüht, eine Beziehung zu seinem Sohn aufzubauen. Zwischen ihm und seinem Sohn bestehe eine intakte und gelebte Vater-Kind-Beziehung. Angesichts seines noch jungen Alters und dem der Kindsmutter, hätten sie es mit dem Zusammenziehen nicht eilig. Dies auch unter der Berücksichtigung, dass er noch zur Schule gehe und die Kindsmutter zurzeit bei der Kinderbetreuung noch auf Hilfe ihrer Familie, die im gleichen Haus wohne, angewiesen sei. Er bemühe sich ein guter Vater zu sein und wolle dies auch zukünftig tun. Sein Wunsch sei es, arbeiten zu gehen und einmal auch finanziell für seine Familie zu sorgen.

5.3 In seiner Vernehmlassung hielt die Vorinstanz diesbezüglich fest, es sei zu betonen, dass zum Zeitpunkt des Entscheids, die bereits (...) Vaterschaft des Beschwerdeführers nicht bekannt gewesen und erst in der Beschwerde zur Kenntnis gebracht worden sei. Aus der Anerkennungserklä-

rung vom 10. April 2018 liessen sich indes nicht automatisch Rechte ableiten. Vielmehr müssten weitere Abklärungen gemacht werden, um einen allfälligen Anspruch zu prüfen.

5.4 Der Beschwerdeführer machte in der Replik geltend, die Beziehung zu seinem Kind habe sich zwischenzeitlich intensiviert. Er hole seinen Sohn drei Mal in der Woche nach der Arbeit von der Kindertagesstätte ab und bringe ihn dann zur Kindsmutter, mit der er immer noch eine Beziehung führe. Die Abende würden sie dann gemeinsam verbringen. Am Sonntagvormittag betreue er seinen Sohn selbständig, da die Kindsmutter und deren Mutter zur Kirche gehen würden. Er geniesse die Zeit mit seinem Sohn, wechselt ihm bei Bedarf die Windeln und Kleider. Ein gemeinsamer Haushalt bestehe zwar nicht, faktisch verbringe er jedoch mehr Zeit in der Wohnung der Kindsmutter und mit seinem Kind, als bei sich zu Hause. Wenn er für die Berufsschule lernen müsse, habe es bei der Kindsmutter ein Zimmer mit Schreibtisch, wo er sich zurückziehen könne. Ansonsten teile er ein Zimmer mit einem Kollegen in einer Wohngemeinschaft, bleibe aber dort meist nur zum Übernachten. Er und die Kindsmutter würden oft über das Zusammenziehen sprechen. Beide möchten jedoch warten, bis er seine Ausbildung abgeschlossen habe damit sie eine geeignetere Wohnung für ihre Familie finden könnten. Mit seinem geringen Lehrlingslohn kaufe er seinem Sohn regelmässig Kleider und Spielzeug. Teilweise kaufe er auch Lebensmittel für die ganze Familie, wenn er bei seiner Freundin und deren Eltern zu Abend esse. Er habe eine sehr enge Beziehung zu den Eltern der Kindsmutter. Am Sonntagnachmittag würden sie immer alle zusammen Zeit verbringen. Er fühle sich bei ihnen zu Hause und sie alle würden seinen Lebensmittelpunkt bilden.

6.

6.1 Gemäss Art. 29 Abs. 2 BV haben die Parteien Anspruch auf rechtliches Gehör. Dieser Grundsatz wird in den Art. 29 ff. VwVG für das Verwaltungsverfahren konkretisiert. Er dient einerseits der Aufklärung des Sachverhalts, andererseits stellt er ein persönlichkeitsbezogenes Mitwirkungsrecht der Partei dar. Der Anspruch auf rechtliches Gehör verlangt, dass die verfügende Behörde die Vorbringen des Betroffenen tatsächlich hört, sorgfältig und ernsthaft prüft und in der Entscheidungsfindung berücksichtigt, was sich entsprechend in der Entscheidungsbegründung niederschlagen muss (vgl. BGE 129 I 232 E. 3.2; BVGE 2011/37 E. 5.4.1).

6.2 Die Mitwirkungspflicht gemäss Art. 8 AsylG und Art. 13 VwVG verlangt unter anderem, dass asylsuchende Personen an der Feststellung des

Sachverhalts mitwirken und in der Anhörung die Asylgründe darlegen, allfällige Beweismittel vollständig bezeichnen und unverzüglich einreichen (vgl. BvGE 2011/28 E. 3.4).

6.3 Im Rahmen seiner Mitwirkungspflicht wäre der Beschwerdeführer gehalten gewesen, den zuständigen Behörden – vorliegend dem SEM – von der Geburt seines Sohnes zu berichten. Aus den Akten ergibt sich, dass seine Anhörung am 8. November 2016 stattgefunden hat und sein Sohn am (...) geboren ist. Bis zum Erlass der angefochtenen Verfügung vom 22. Februar 2018 hätte der Beschwerdeführer sodann (...) Jahr Zeit gehabt die Behörden entsprechend zu informieren. Mit Schreiben vom 12. März 2018 ersuchte der Zivilstandskreis Bern-Mittelland aufgrund einer Kindsanerkennung beim SEM um Akteneinsicht. Das SEM hatte somit vor dem Erlass der Verfügung keine Kenntnis von der Geburt des Sohnes des Beschwerdeführers. Auf der anderen Seite kann dem damals nicht vertretenen und noch jugendlichen Beschwerdeführer auch nicht vorgeworfen werden, wenn er deren Relevanz für sein Asylgesuch nicht ohne weiteres erkannt hat. Praxisgemäss ist für den Entscheid des Bundesverwaltungsgerichts ohnehin der Sachverhalt relevant, wie er im Zeitpunkt der Urteils vorliegt.

6.4 Im vorliegenden Verfahren beantragte der Beschwerdeführer die teilweise Aufhebung der angefochtenen Verfügung und machte dabei unter anderem geltend, ihm sei unter Berücksichtigung von Art. 44 AsylG und Art. 8 EMRK die vorläufige Aufnahme in der Schweiz zu gewähren. Das SEM räumt in seiner Vernehmlassung selber ein, dass angesichts der neuen Vorbringen zu prüfen sei, ob dem Beschwerdeführer gestützt auf den in Art. 44 AsylG statuierten Grundsatz der Einheit der Familie die vorläufige Aufnahme zu gewähren sei und ob ihm gestützt auf Art. 8 EMRK ein grundsätzlicher Anspruch auf Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung zukomme. Diese Ansicht ist zu teilen, zumal einiges darauf hinweist, dass zwischen dem Beschwerdeführer und dem Kind seit dessen Geburt sowie zu der Kindsmutter seit mehreren Jahren eine gelebte Beziehung besteht. Die Eltern teilen sich auch das Sorgerecht des Kindes. In Anwendung von Art. 44 AsylG könnte damit ein geschütztes Familienleben vorliegen und der Einbezug in die vorläufige Aufnahme ist zu prüfen. Der Sachverhalt diesbezüglich ist aber nicht genügend abgeklärt.

6.5 Gemäss Art. 61 Abs. 1 VwVG entscheidet die Beschwerdeinstanz in der Sache selbst oder weist diese ausnahmsweise mit verbindlichen Weisungen an die Vorinstanz zurück. Ein reformatorischer Entscheid bedingt allerdings, dass der Sachverhalt genügend erstellt ist, zumal es nicht der

Beschwerdeinstanz obliegt, aufwändige Sachverhaltsabklärungen an die Hand zu nehmen. Es entspricht gemäss ständiger Praxis nicht der Rolle der Beschwerdeinstanz, Sachverhaltselemente zusammenzutragen und erstmals einer rechtlichen Würdigung zu unterziehen. Mit anderen Worten ist kassatorisch zu entscheiden, wenn wie vorliegend die Vorinstanz ihrem Entscheid nicht den vollständigen Sachverhalt zu Grunde legen und ihre rechtliche Begründung nicht in Kenntnis sämtlicher Tatsachen erarbeiten konnte (vgl. insbesondere BVGE 2011/54 E. 5.1, 2009/57 E. 1.2 sowie mit entsprechenden Referenzen Urteil D-7853/2015 vom 31. Mai 2017 E. 13 [als Referenzurteil publiziert]).

6.6 Nach dem Gesagten ist die Verfügung des SEM vom 22. Februar 2018 in den Dispositivziffern 3 bis 5 antragsgemäss und gestützt auf Art. 61 Abs. 1 in fine VwVG aufzuheben und die Sache zur vollständigen Sachverhaltsfeststellung sowie zur Neuurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen. Angesichts der Rückweisung der Sache an die Vorinstanz erübrigt es sich, auf die weiteren Ausführungen in der Beschwerde näher einzugehen.

6.7 Die Beschwerde ist daher gutzuheissen, soweit die teilweise Aufhebung der vorinstanzlichen Verfügung beantragt wurde.

7.

7.1 Bei diesem Ausgang des Verfahrens sind keine Kosten zu erheben (Art. 63 Abs. 1 und 2 VwVG).

7.2 Dem Beschwerdeführer ist angesichts seines Obsiegens in Anwendung von Art. 64 VwVG und Art. 7 Abs. 1 des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht (VGKE, SR 173.320.2) eine Entschädigung für die ihm notwendigerweise erwachsenen Parteikosten zuzusprechen. In der eingereichten aktualisierten Honorarnote vom 27. September 2018 wurde ein Aufwand von 6.25 Stunden bei einem Stundenansatz von Fr. 180.– geltend gemacht, was angemessen erscheint. Auslagenpauschalen können nur insoweit entschädigt werden, als sie angemessen erscheinen. Dem Beschwerdeführer ist somit unter Berücksichtigung der Bemessungsgrundsätze nach Art. 7 ff. VGKE zulasten des SEM eine Parteientschädigung von Fr. 1'220.– (inkl. Auslagen und Mehrwertsteuerzuschlag) auszurichten.

(Dispositiv nächste Seite)

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.

Die Beschwerde wird gutgeheissen, soweit die teilweise Aufhebung der vorinstanzlichen Verfügung beantragt wurde.

2.

Die Verfügung des SEM vom 22. Februar 2018 wird in den Dispositivziffern 3. bis 5. aufgehoben und die Sache wird im Sinne der Erwägungen zur Neubeurteilung an die Vorinstanz zurückgewiesen.

3.

Es werden keine Verfahrenskosten erhoben.

4.

Das SEM wird angewiesen, dem Beschwerdeführer für das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht eine Parteientschädigung von insgesamt Fr. 1'220.– auszurichten.

5.

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

Die Einzelrichterin:

Die Gerichtsschreiberin:

Nina Spälti Giannakitsas

Nathalie Alemayehu

Versand: