



Abteilung IV
D-3454/2006/cvv
{T 0/2}

Urteil vom 6. Februar 2009

Besetzung

Richter Daniel Schmid (Vorsitz),
Richter Bendicht Tellenbach, Richter Gérard Scherrer;
Gerichtsschreiberin Stella Boleki.

Parteien

A._____, geboren (...),
Guinea,
vertreten durch **B.**_____, (...),
Beschwerdeführer,

gegen

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

Gegenstand

Nichteintreten auf Asylgesuch und Wegweisung;
Wiedererwägungsentscheid des BFF
vom 4. August 2004 / N (...).

Sachverhalt:**A.**

Der Beschwerdeführer, seinen eigenen Angaben zufolge ein Staatsangehöriger aus Guinea, ethnischer Peul und muslimischen Glaubens, verliess sein Heimatland im Juni 2002 per Flugzeug in Begleitung eines ihm unbekanntes Mannes, der die Reisepapiere für ihn bei sich hatte, und reiste am 23. Juni 2002 via Flughafen in die Schweiz ein, wo er gleichentags im Empfangs- und Verfahrenszentrum (...) (damals: Empfangsstelle (...)) um Asyl nachsuchte.

B.

Anlässlich der vorinstanzlichen Befragungen gab der Beschwerdeführer zu Protokoll, er sei am 1. Januar 1989 geboren. Trotz Aufforderung des Bundesamts, Identitäts- und Reisepapiere vorzulegen, hat er bis heute den Asylbehörden keine Identitätspapiere vorgelegt.

Zur Begründung seines Asylgesuchs machte der Beschwerdeführer im Wesentlichen geltend, er sei wie seine im Jahre 1998 verstorbene Mutter, Muslime; sein Vater sei Christ. Der Vater habe seit dem Tod der Mutter gewollt, dass er den Glauben wechsele. Eines Tages sei sein Vater von der Kirche zurückgekehrt und habe von ihm verlangt, dass er zum Christentum konvertiere. Er habe sich geweigert dies zu tun. Der Vater habe ihn mit dem Messer bedroht und ihm den Tod angedroht. Er sei daraufhin von zu Hause zu seinem Onkel gegangen, später zu einem Freund und habe mit Hilfe dessen Onkels aus dem Land ausreisen können.

C.

Mit Verfügung vom 20. Mai 2003 trat das damalige Bundesamt für Flüchtlinge (BFF) gestützt auf Art. 32 Abs. 2 Bst. b des Asylgesetzes vom 26. Juni 1998 (AsylG, SR 142.31) nicht auf das Asylgesuch des Beschwerdeführers vom 23. Juni 2002 ein und ordnete seine Wegweisung aus der Schweiz sowie den Wegweisungsvollzug an. Als Begründung führte das Bundesamt an, der Beschwerdeführer habe die Behörden über sein Alter, mithin seine Identität getäuscht. Seine Beurteilung stellte es auf die in Auftrag gegebenen wissenschaftlichen Expertisen des Instituts für Rechtsmedizin der Universität Zürich (IRMZ) ab, aus denen klar hervorgehe, dass das vom Beschwerdeführer angegebene Alter (14 Jahre und 1 Monat; Zeitpunkt der Untersuchung) nicht zutreffend sei und den Untersuchungsergebnissen eindeutig wider-

spreche. Einer allfälligen Beschwerde gegen diese Verfügung wurde die aufschiebende Wirkung vorsorglich entzogen.

D.

Mit Eingabe vom 19. Juni 2003 liess der Beschwerdeführer gegen diese Verfügung durch seine damalige Rechtsvertreterin bei der Schweizerischen Asylrekurskommission (ARK) Beschwerde erheben und unter anderem beantragen, die Verfügung vom 20. Mai 2003 sei aufzuheben und auf das Asylgesuch sei einzutreten. Eventualiter sei die Unzumutbarkeit des Wegweisungsvollzugs festzustellen. Der Beschwerde sei die aufschiebende Wirkung zuzuerkennen, und es sei ihm die unentgeltliche Rechtspflege zu gewähren. Auf die Erhebung eines Kostenvorschusses sei zu verzichten.

E.

Mit Zwischenverfügung vom 26. Juni 2003 wies die damalige zuständige Instruktionsrichterin der ARK das Gesuch um Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung sowie das Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege ab. Der Entscheid wurde damit begründet, dass die Ausführungen in der Beschwerde nach summarischer Prüfung nicht geeignet erschienen, einen anderen Schluss herbeizuführen. In verfahrensrechtlicher Hinsicht erhob die ARK einen innert Frist zu leistenden Kostenvorschuss.

F.

Der Beschwerdeführer liess am 8. Juli 2003 durch seine Rechtsvertreterin um wiedererwägungsweise Aufhebung der Ziffern 1-4 (Abweisen des Gesuchs um Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung, Abweisen des UP-Gesuchs, Abweisen des Gesuch um Verzicht des Kostenvorschusses, Frist) der Zwischenverfügung vom 26. Juni 2003 ersuchen. Im weiteren wiederholte er die bereits mit Eingabe vom 19. Juni 2003 gestellten Rechtsbegehren.

G.

Mit Zwischenverfügung vom 15. Juli 2003 stellte die Instruktionsrichterin fest, dass keine neuen Sachumstände vorlägen, welche ein Zurückkommen auf die besagte Zwischenverfügung rechtfertigen würde. Daran vermöchten auch die eingereichten Schreiben der verschiedenen Personen aus dem Umfeld des Beschwerdeführers, die das Resultat der von der Universität Zürich vorgenommenen Alterseinschätzung in Zweifel ziehen, nichts ändern. Zudem gewährte die ARK dem Be-

schwerdeführer eine Nachfrist von drei Tagen, um den ausstehenden Kostenvorschuss zu begleichen.

H.

Mit Urteil vom 28. Juli 2003 trat die ARK wegen Nichtbezahlung des einverlangten Kostenvorschusses innert der gesetzten Frist nicht ein.

I.

Mit Eingabe vom 21. Juni 2004 ersuchte der Beschwerdeführer mittels seines Lehrers beim Bundesamt um Wiedererwägung der rechtskräftigen Verfügung des BFF vom 20. Mai 2003. Er beantragte insbesondere die vorinstanzliche Verfügung sei aufzuheben und auf das Asylgesuch des Gesuchstellers sei einzutreten. Eventualiter sei die Unzumutbarkeit des Wegweisungsvollzugs festzustellen und der Beschwerdeführer sei in der Schweiz vorläufig aufzunehmen.

Mit derselben Eingabe liess der Beschwerdeführer dem Bundesamt mehrere Beweismittel zukommen, die einerseits seine Minderjährigkeit und andererseits die gute Integration in der Schweiz belegen sollen.

J.

Die Vorinstanz wies mit Verfügung vom 4. August 2004 das Wiedererwägungsgesuch ab und bestätigte die rechtskräftige und vollstreckbare Verfügung vom 20. Mai 2003. Zudem wurde festgestellt, einer allfälligen Beschwerde komme keine aufschiebende Wirkung zu. Ihren Entscheid begründete die Vorinstanz damit, die mit dem Wiedererwägungsgesuch eingereichten Schreiben vermöchten die Resultate der wissenschaftlichen Expertisen des IRMZ nicht umzustossen und seien daher als unerhebliche und untaugliche Beweismittel zu qualifizieren. Auf die Einzelheiten der Begründung wird, soweit Entscheid relevant, in den Erwägungen eingegangen.

K.

Mit Beschwerde vom 1. September 2004 liess der Beschwerdeführer durch einen Lehrer von C._____ die vorinstanzliche Verfügung anfechten. Er beantragte insbesondere die beiden vorinstanzlichen Verfügungen seien aufzuheben und auf das Asylgesuch sei einzutreten; eventualiter sei die Unzumutbarkeit des Wegweisungsvollzugs festzustellen. In verfahrensrechtlicher Hinsicht sei dem Beschwerdeführer die unentgeltliche Rechtspflege zu gewähren und es sei auf die Erhebung eines Kostenvorschusses zu verzichten. Im Wesentlichen wiederholt er seine bei der Vorinstanz dargelegten

Vorbringen und reichte die vorgenannten Beweismittel ein. Sinngemäss rügte der Beschwerdeführer die Verletzung des rechtlichen Gehörs, indem ihm die zahnärztliche Altersbestimmung nicht offengelegt worden sei, und beantragte diesbezüglich eine zweite Fachmeinung.

L.

Mit Zwischenverfügung vom 10. September 2004 stellte die ARK aufgrund einer summarischen Aktenprüfung fest, dass die in der Beschwerde formulierten Begehren nicht zum vornherein als aussichtslos erschienen, weshalb sie die Gesuche um Aussetzung des Wegweisungsvollzugs sowie um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege guthiess und auf die Erhebung eines Kostenvorschusses verzichtete. Die Akten gingen sodann zur Vernehmlassung an das BFF.

M.

In der Vernehmlassung vom 11. November 2004 hielt die Vorinstanz vollumfänglich an ihren Erwägungen fest. Sie beantragte, auf die sinngemäss gerügte Verletzung des rechtlichen Gehörs sei nicht einzutreten und der Beweis Antrag sei abzulehnen. Zur Begründung gab die Vorinstanz im Wesentlichen an, im erstinstanzlichen Verfahren sei der Beschwerdeführer bereits rechtlich vertreten gewesen. Bei genügender Sorgfalt hätte die Offenlegung der zahnärztlichen Untersuchung im Rahmen des ordentlichen Beschwerdeverfahrens beantragt werden können. Zudem müsse auf die 90-tägige Revisionsfrist verwiesen werden, die von der Eröffnung des angefochtenen Urteils an zu laufen beginne und dann gelte, wenn Verfahrensmängel im Sinne von Art. 66 Abs. 2 Bst. b oder c des Bundesgesetzes vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren (VwVG, SR 172.021) gerügt würden. Mit dem Einreichen des Wiedererwägungsgesuchs sei diese Zeit bereits verstrichen. Der Vollständigkeit halber sei aber darauf hinzuweisen, dass die Verletzung des rechtlichen Gehörs bereits geheilt worden sei, da der Beschwerdeführer vom Inhalt der zahnärztlichen Altersschätzung mit dem Wiedererwägungsentscheid in Kenntnis gesetzt worden sei und er die Möglichkeit gehabt habe, sich dazu zu äussern. Es sei dem Beschwerdeführer aus der Verletzung des rechtlichen Gehörs kein Nachteil erwachsen.

N.

Mit Schreiben vom 5. November 2008 gab die für das fremdenpolizeiliche Verfahren neu mandatierte Rechtsvertreterin des Beschwerde-

führers ihre Vollmacht zu den Akten sowie eine Kopie des Gesuchs um Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung vom 14. Januar 2008 an den Migrationsdienst des Kantons Bern. Des Weiteren führte sie aus, dass es dem Beschwerdeführer nach wie vor nicht gelungen sei, Identitätspapiere zu organisieren und sein Vater dieses Jahr verstorben sei, weshalb er nun keine Bezugspersonen mehr in seiner Heimat habe.

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 in diesem Bereich endgültig (Art. 105 AsylG; Art. 83 Bst. d Ziff. 1 des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 [BGG, SR 173.110]).

1.2 Das Bundesverwaltungsgericht übernimmt bei gegebener Zuständigkeit am 1. Januar 2007 die bei der vormaligen Schweizerischen Asylrekurskommission (ARK) hängigen Rechtsmittel. Das Bundesverwaltungsgericht ist daher zuständig für die Beurteilung der vorliegenden Beschwerde.

1.3 Nachdem nach Lehre und Praxis Wiedererwägungsentscheide grundsätzlich wie die ursprüngliche Verfügung auf dem ordentlichen Rechtsmittelweg weitergezogen werden können, ist das Bundesverwaltungsgericht auch zuständig für die Beurteilung der vorliegenden Wiedererwägungsbeschwerde.

1.4 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).

2.

Die Beschwerde ist form- und fristgerecht eingereicht. Der Be-

schwerdeführer ist durch die angefochtene Verfügung berührt und hat ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung beziehungsweise Änderung. Der Beschwerdeführer ist daher zur Einreichung der Beschwerde legitimiert (Art. 6 AsylG i.V.m. Art. 48 Abs. 1 und Art. 50 und Art. 52 VwVG). Auf die Beschwerde ist einzutreten.

3.

3.1

Die Wiedererwägung im Verwaltungsverfahren ist ein gesetzlich nicht geregelter Rechtsbehelf, auf dessen Behandlung durch die verfügende Behörde grundsätzlich kein Anspruch besteht. Gemäss herrschender Lehre und ständiger Praxis des Bundesgerichts wird jedoch aus Art. 29 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV, SR 101) unter bestimmten Voraussetzungen ein verfassungsmässiger Anspruch auf Wiedererwägung abgeleitet (vgl. BGE 127 I 133 E. 6 mit weiteren Hinweisen). Danach ist auf ein Wiedererwägungsgesuch einzutreten, wenn sich der rechtserhebliche Sachverhalt seit dem ursprünglichen Entscheid beziehungsweise seit dem Urteil der mit Beschwerde angerufenen Rechtsmittelinstanz in wesentlicher Weise verändert hat und mithin die ursprüngliche (fehlerfreie) Verfügung an nachträglich eingetretene Veränderungen der Sachlage anzupassen ist. Sodann können auch Revisionsgründe einen Anspruch auf Wiedererwägung begründen, sofern sie sich auf eine in materielle Rechtskraft erwachsene Verfügung beziehen, die entweder unangefochten geblieben oder deren Beschwerdeverfahren mit einem formellen Prozessurteil abgeschlossen worden ist. Ein solchermassen als qualifiziertes Wiedererwägungsgesuch zu bezeichnendes Rechtsmittel ist grundsätzlich nach den Regeln des Revisionsverfahrens zu behandeln (vgl. Entscheidungen und Mitteilungen der Schweizerischen Asylrekurskommission [EMARK] 2005 Nr. 25 E.4.2. S. 227 f., 2003 Nr. 17 E. 2a S. 103 f. mit weiteren Hinweisen, 2001 Nr. 20 E. 3c.dd S. 156). Bei qualifizierten Wiedererwägungsgesuchen gelten in Analogie zur Revision und gestützt auf einen Grundsatzentscheid des Bundesverwaltungsgerichts, wonach bei Revisionen gegen Urteile der Vorgängerorganisation wie bisher das VwVG zur Anwendung gelange – die Revisionsgründe von Art. 66 VwVG (vgl. BVGE 2007/11).

3.2 Nachdem das Beschwerdeverfahren mit einem formellen Prozessurteil abgeschlossen wurde, hat die Vorinstanz die Eingabe zu Recht als qualifiziertes Wiedererwägungsgesuch zur Hand genommen. Auch

wenn an die Begründung ausserordentlicher Rechtsmittel erhöhte Anforderungen gestellt werden (Art. 66 Abs. 3 und 67 Abs. 3 VwVG; vgl. FRITZ GYGI, Bundesverwaltungsrechtspflege, 2. Aufl., Bern 1983, S. 198 f.), ist demgegenüber nicht erforderlich, dass die angerufenen Revisionsgründe wirklich bestehen, sondern es genügt, wenn der Gesuchsteller deren Vorliegen behauptet (BGE 96 I 279; URSINA BEERLI-BONORAND, die ausserordentlichen Rechtsmittel in der Verwaltungsrechtspflege des Bundes und der Kantone, Zürich, S. 148 f.).

3.3 Im Sinne von Art. 66 Abs. 2 Bst. a VwVG sind Beweismittel nur dann als neu und erheblich zu qualifizieren, wenn sie entweder neue erhebliche Tatsachen erhärten oder sich eignen, dem Beweis von Tatsachen zu dienen, die zwar im früheren Verfahren bekannt waren und vorgebracht wurden, aber zum Nachteil der Gesuch stellenden Partei unbewiesen geblieben sind beziehungsweise nicht glaubhaft gemacht werden konnten. Im Gegensatz zu geltend gemachten neuen Tatsachen ist es nicht notwendig, dass die Beweismittel selber aus der Zeit vor dem Beschwerdeentscheid respektive der Verfügung der Vorinstanz stammen (vgl. zum Ganzen EMARK 2002 Nr. 13 E. 5 a S. 113 f., mit Hinweisen auf Doktrin und Praxis).

3.4 Sowohl neue erhebliche Tatsachen als auch neue erhebliche Beweismittel bilden im Übrigen nur dann einen Revisionsgrund, wenn sie der gesuchstellenden Person damals trotz hinreichender Sorgfalt nicht bekannt sein konnten oder ihr die Geltendmachung oder Beibringung aus entschuldigen Gründen nicht möglich war. (vgl. Art. 66 Abs. 3 VwVG).

3.5 Zu prüfen ist somit, ob die mit dem Wiedererwägungsgesuch eingereichten Beweismittel betreffend das Alter des Beschwerdeführers neu und erheblich im Sinne von Art. 66 Abs. 2 Bst. a VwVG sind, beziehungsweise nicht bereits im früheren Verfahren hätten beigebracht werden können. In Bezug auf die Neuheit und Erheblichkeit ist ausschlaggebend, dass die Beweismittel nicht bloss der Tatbestandswürdigung, sondern der Tatbestandsermittlung dienen. Es genügt daher beispielsweise nicht, dass ein neues Gutachten den Sachverhalt anders bewertet; vielmehr bedarf es neuer Elemente tatsächlicher Natur, welche die Entscheidungsgrundlagen als objektiv mangelhaft erscheinen lassen. Ferner ist ein Revisionsgrund nicht schon gegeben, wenn das Gericht bereits im Hauptverfahren bekannte Tatsachen möglicherweise unrichtig gewürdigt hat. Notwendig ist vielmehr, dass die

unrichtige Würdigung erfolgte, weil für den Entscheid wesentliche Tatsachen nicht bekannt waren oder unbewiesen blieben (vgl. BGE 108 V 171; BEERLI-BONORAND, die ausserordentlichen Rechtsmittel in der Verwaltungsrechtspflege des Bundes und der Kantone, Zürich, S. 97 f.).

3.6 Mit Eingabe vom 1. September 2004 wiederholt der Lehrer von C._____ die bei der Vorinstanz dargelegten Wiedererwägungsgründe. Insbesondere führt er aus, seines Erachtens habe die Vorinstanz die Expertisen zur Alterseinschätzung des Beschwerdeführers zu Unrecht zu dessen Ungunsten bewertet. Man hätte auch von einer deutlichen Minderjährigkeit ausgehen können. Die diversen Schreiben würden belegen, dass der Beschwerdeführer seinem angegebenen Alter entspreche.

Dem Schreiben seines Hausarztes vom 11. Juni 2004, sei zu entnehmen, dass er das vom Beschwerdeführer angegebene Alter von derzeit 15-einhalb Jahren (geboren am 1. Januar 1989) als durchaus plausibel erachte.

Aus dem Schreiben des verantwortlichen Betreuers der Juniorenmannschaft des Fussballclubs D._____ U15/U16 gehe hervor, er zweifle aufgrund seiner Erfahrungen und anhand der Vergleiche mit anderen Mannschaften aus dem Spitzensport nicht an der Richtigkeit des von A._____ angegebenen Alters, auch wenn dieser zwar überdurchschnittlich gross und kräftig sei, liege seine Beweglichkeit und die allgemeine Koordinationsfähigkeit doch eher unter dem Durchschnitt seines Jahrganges. Zudem sei zu erwähnen, dass sie alleine in ihrer U/15-Mannschaft 3 Spieler hätten, die noch grösser als A._____ seien.

Mit Schreiben vom 7. Juli 2003 habe die Deutschlehrerin für Fremdsprachige aufgrund ihrer langjährigen Erfahrung mit Jugendlichen, das Alter von A._____ aufgrund seines Verhaltens auf ungefähr 16 Jahre geschätzt.

Ein Kinder- und Jugendpsychologe habe sich im Schreiben vom 7. Juli 2003 erstaunt über die Alterseinschätzung des IRMZ gezeigt. Er kenne A._____ seit Juli 2002, dem Zeitpunkt des Eintritts ins Durchgangsheim C._____, und er habe sein Alter beim Eintritt auf zirka 14 Jahre geschätzt. Auch ein Jahr später habe sich an dieser Einschätzung nichts geändert, er würde sein Alter bei 15-einhalb bis 16 Jahren ansiedeln.

Der Leiter des Durchgangszentrums schätze ihn in einer Beurteilung vom 23. Juni 2003 auf 16 Jahre alt.

Bezüglich der weiteren eingereichten Schreiben mit ähnlich gelagerten Aussagen wird auf die Akten verwiesen.

3.7 Die meisten der vorgenannten Beweismittel sind im Zeitpunkt des ordentlichen Verfahrens erstellt worden und hätten demzufolge bereits in diesem Zeitpunkt von der ARK beurteilt werden können, wenn der Beschwerdeführer den Kostenvorschuss innert der ihm angesetzten Frist einbezahlt hätte. Die Frage, ob die Beweismittel verspätet im Sinne von Art. 66 Abs. 3 VwVG eingereicht wurden, kann indessen letztlich offengelassen werden, da ihnen ohnehin die Neuheit und Erheblichkeit abzuspochen ist.

Die vorgenannten Schreiben bringen nämlich keine neuen Elemente tatsächlicher Natur hervor. So vermag der Beschwerdeführer den Beweis seines tatsächlichen Alters mit den auf subjektive Wahrnehmungen basierende Altersschätzungen von Personen nicht zu erbringen, ebensowenig ist ein Rückschluss auf sein tatsächliches (chronologisches) Alter – wie vom Beschwerdeführer in der Replik zur Vernehmlassung vom 30. November 2004 gefordert – möglich, da es den Schreiben an objektivem Inhalt mangelt. Die Rüge des Beschwerdeführers, wonach die Vorinstanz auch zu einem für ihn günstigeren Ergebnis hätte kommen können, genügt, wie in E. 3.5 erwähnt, nicht, um der Vorinstanz vorwerfen zu müssen, sie habe den Nichteintretensentscheid auf einer objektiv mangelhaften Entscheidungsgrundlage gefällt. Die Beweismittel sind in diesem Sinne unerheblich, da sie bei deren Vorhandensein im Zeitpunkt des erstinstanzlichen Entscheids zu keinem anderen Ausgang des Verfahrens geführt hätten.

Letztlich wird im Wiedererwägungsgesuch eine rein appellatorische Kritik an der rechtskräftigen Verfügung des Bundesamts vom 20. Mai 2003 geübt, für welche jedoch im Rahmen einer Überprüfung eines Rechtsmittelentscheides unter dem Blickwinkel der Revision kein Raum bleibt (vgl. BEERLI-BONORAND, a.a.O., S. 131 f.; HANSJÖRG SEILER/NICOLAS VON WERDT/ANDREAS GÜNGERICH, *Stämpflis Handkommentar zum Bundesgerichtsgesetz [BGG]*, Bern 2007, Rz. 29 zu Art. 121 BGG, S. 518; KARL SPÜHLER/ANNETTE DOLGE/DOMINIK VOCK, *Kurzkomentar zum Bundesgerichtsgesetz [BGG]*, Winterthur/Schaffhausen/Zürich 2006, Rz. 5, S. 225).

Aus dem Obgenannten ergibt sich sodann auch, dass der vom Beschwerdeführer gestellte Antrag auf eine „second opinion“ abzuweisen ist, da zum Zeitpunkt der vorinstanzlichen Verfügung eine genügende Entscheidungsgrundlage bestand.

3.8 Die in der Beschwerde geltend gemachte Verletzung des rechtlichen Gehörs, wonach er sich nicht habe zum zahnärztlichen Gutachten äussern können, weil es im Hauptverfahren nicht vorgelegen habe, kann – wie die Vorinstanz zu Recht festgestellt hat – nicht gehört werden, weil zum Einen Verfahrensmängel im erstinstanzlichen Verfahren, welche die Beschwerdeinstanz nicht von Amtes wegen erkannt hat, nur dann als Revisionsgrund im Sinne von Art. 66 Abs. 2 Bst. c VwVG angerufen werden können, wenn die Partei keine Möglichkeit hatte, diese Mängel im ordentlichen Beschwerdeverfahren geltend zu machen. Der damaligen Rechtsvertreterin des Beschwerdeführers hätte bei genügender Sorgfalt auffallen müssen, dass die Akte Nr. 16 (zahnärztliche Altersschätzung) in den Akten vorhanden war und es wäre ihr zuzumuten gewesen, deren Akteneinsicht zu verlangen (vgl. E. MARK 1999 Nr. 4 E. 6a). Zum anderen ist das rechtliche Gehör auf Beschwerdestufe mit dem Replikrecht geheilt worden. Ob die 90 Tage Revisionsfrist tatsächlich zum Zeitpunkt des Wiedererwägungsgesuchs abgelaufen waren, kann daher offen bleiben.

3.9 Zusammenfassend ist festzuhalten, dass es dem Beschwerdeführer nicht gelungen ist, das Vorliegen neuer erheblicher Tatsachen oder Beweismittel im Sinne von Art. 66 Abs. 2 Bst. a VwVG oder die Verletzung von Verfahrensvorschriften im Sinne von Art. 66 Abs. 2 Bst. c VwVG darzutun, mithin keine Revisionsgründe vorliegen.

4.

4.1 In einem weiteren Punkt machte der Beschwerdeführer zur Begründung des Wiedererwägungsgesuchs geltend, dass aufgrund seiner deutlichen Minderjährigkeit bei der Zumutbarkeit des Wegweisungsvollzugs das Kindeswohl zu berücksichtigen sei. Er sei klar auf erwachsene Bezugspersonen angewiesen, weshalb er ohne adäquate Betreuung in eine „schwerwiegend persönliche Notlage“ geraten würde, zumal das soziale Netz bei einer Rückführung nicht gesichert sei.

4.2 Der Vollständigkeit halber ist vorab anzumerken, dass die – soweit vom Rechtsvertreter geltend gemachte – gute Integration des Beschwerdeführers in der Schweiz unter dem altem Recht primär im Rahmen der vorläufigen Aufnahme aufgrund einer schwerwiegenden

persönlichen Notlage zu berücksichtigen war (insbes. Art. 44 Abs. 3-5 AsylG in der Fassung vom 26. Juni 1998; AS 1999 2273). Mit der Aufhebung dieser Bestimmung auf den 1. Januar 2007 kann bei Beschwerden gegen Verfügungen des BFM beziehungsweise BFF im Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht das Vorliegen einer schwerwiegenden persönlichen Notlage nicht mehr geprüft werden. Die Integration in der Schweiz war unter altem Recht primär im Rahmen eben jener Notlagenprüfung zu berücksichtigen. Nach geltendem Recht ist es nun dem Kanton vorbehalten, mit Zustimmung des BFM einer ihm nach Gesetz zugewiesenen Person eine Aufenthaltsbewilligung zu erteilen, wenn wegen der fortgeschrittenen Integration ein schwerwiegender Härtefall vorliegt (Art. 14 Abs. 2 Bst. c AsylG). In diesem Sinne wird auf die hier nicht mehr namentlich erwähnten weiteren Beweismittel hinsichtlich der Integration des Beschwerdeführers nicht näher eingegangen. Die Frage der Integration wird daher im Rahmen des Härtefallgesuchs im Sinne von Art. 14 Abs. 2 AsylG zu erörtern sein (vgl. Sachverhalt Bst. N).

4.3 Die Vorinstanz hat sich zur Frage der Zumutbarkeit des Wegweisungsvollzugs – obwohl die (erneute) Prüfung dieser Frage im Wiedererwägungsgesuch vom 21. Juni 2004 explizit beantragt wurde – weder in ihrem Entscheid vom 4. August 2004 noch in der Vernehmlassung vom 11. November 2004 auch nur mit einem Wort geäußert und namentlich auch in keiner Weise begründet, wieso sie auf diesen Antrag nicht eingegangen respektive nicht eingetreten ist. Damit hat sie offensichtlich ihre Begründungspflicht (vgl. Art. 35 Abs. 1 VwVG) verletzt. Bei einer Verletzung des rechtlichen Gehörs durch mangelhafte Begründung eines Entscheides, ist dieser grundsätzlich aufzuheben, es sei denn, der Mangel könne im Rahmen des Beschwerdeverfahrens geheilt werden (vgl. EMARK 2006 Nr. 4 E. 5.2 – 5.4 S. 46 f.). Ungeachtet des Umstands, dass sich das Bundesamt auch im Rahmen seiner Vernehmlassung nicht zur Frage der Zumutbarkeit des Wegweisungsvollzugs geäußert hat, fällt im vorliegenden Verfahren aktuell eine Heilung des Mangels auf Beschwerdeebene aus nachfolgend aufgeführten Gründen nicht in Betracht.

Im heutigen Zeitpunkt ist der Beschwerdeführer – auch seinen eigenen Angaben zufolge – zwar über 19 Jahre alt, mithin volljährig und kann sich somit nicht mehr auf das Übereinkommen vom 20. November 1989 über die Rechte des Kindes (SR 0.107) berufen. Dennoch stellt

sich heute die Frage, ob bei ihm namentlich aufgrund seines über 6½-jährigen Aufenthalts während der prägenden Lebensphase der Pubertät eine derart aussergewöhnlich starke Assimilierung in der Schweiz stattgefunden hat, die mit einer eigentlichen, auch in die Frage der Zumutbarkeit des Wegweisungsvollzugs hineinwirkenden Entwurzelung im Heimatstaat einhergehen würde (vgl. EMARK 2005 Nr. 6 E. 6.2. S. 58).

Aus diesen Gründen ist es gerechtfertigt, das Verfahren an die Vorinstanz zurückzuweisen und diese anzuweisen, die Frage der Zumutbarkeit des Wegweisungsvollzugs im heutigen Zeitpunkt zu prüfen.

4.4 Aus den vorstehenden Erwägungen ergibt sich, dass die angefochtene Verfügung, soweit eine Verletzung der Begründungspflicht festgestellt wurde, Bundesrecht verletzt (vgl. 106 Abs. 1 Bst. a AsylG).

4.5 Die Beschwerde ist daher teilweise gutzuheissen. Die Verfügung vom 4. August 2004 ist aufzuheben, die Sache ist im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückzuweisen.

5.

Da die Vorinstanz das Wiedererwägungsgesuch im Nichteintretenspunkt zu Recht abgelehnt hat, unterliegt der Beschwerdeführer in diesem Punkt; hinsichtlich der Frage des Wegweisungsvollzugs obsiegt er. Bei diesem Ausgang des Verfahrens wären ihm praxisgemäss die hälftigen Kosten aufzuerlegen (vgl. Art. 63 Abs. 1 zweiter Satz VwVG). Da indessen das Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege mit Zwischenverfügung vom 10. September 2004 gutgeheissen wurde, sind keine Kosten aufzuerlegen.

6.

Da der Beschwerdeführer im vorliegenden Verfahren nicht anwaltlich vertreten war – die Vollmacht vom 3. November 2008 bezieht sich auf das Verfahren betreffend Härtefallprüfung (vgl. Sachverhalt Bst. N) – ist nicht davon auszugehen, ihm seien notwendige Kosten im Sinne von Art. 64 Abs. 1 VwVG erwachsen. Aus diesem Grund ist keine Parteientschädigung zu sprechen.

(Dispositiv nächste Seite)

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.

Die Beschwerde wird, soweit den Nichteintretenspunkt betreffend, abgewiesen.

2.

Die Beschwerde wird, soweit die Frage des Vollzugs der Wegweisung betreffend, gutgeheissen. Die Verfügung vom 4. August 2004 wird aufgehoben und die Sache im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückgewiesen.

3.

Es werden keine Verfahrenskosten auferlegt.

4.

Es wird keine Parteientschädigung gesprochen.

5.

Dieses Urteil geht an:

- den Rechtsvertreter des Beschwerdeführers (Einschreiben)
- das BFM, Abteilung Aufenthalt, mit den Akten Ref.-Nr. (...) (per Kurier; in Kopie)
- (zuständige kantonale Behörde) (in Kopie)

Der vorsitzende Richter:

Die Gerichtsschreiberin:

Daniel Schmid

Stella Boleki

Versand: