



Abteilung IV
D-4400/2021
law/bah

Urteil vom 23. November 2021

Besetzung

Richter Walter Lang (Vorsitz),
Richterin Roswitha Petry,
Richterin Jeannine Scherrer-Bänziger,
Gerichtsschreiber Christoph Basler.

Parteien

A. _____, geboren am (...),
Irak,
vertreten durch MLaw Michèle Byland,
HEKS Rechtsschutz Bundesasylzentren Nordwestschweiz,
(...),
Beschwerdeführer,

gegen

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

Gegenstand

Vollzug der Wegweisung;
Verfügung des SEM vom 3. September 2021 / N (...).

Sachverhalt:**A.**

A.a Der Beschwerdeführer, ein irakischer Staatsangehöriger kurdischer Ethnie mit letztem Aufenthalt in B. _____ (Provinz C. _____), verliess den Nordirak eigenen Angaben gemäss am 10. Juni 2021 und gelangte am 29. Juni 2021 in die Schweiz, wo er am gleichen Tag um Asyl nachsuchte.

A.b Am 14. Juli 2021 führte das SEM mit dem Beschwerdeführer die Erstbefragung für unbegleitete Minderjährige durch. Dabei erklärte er, er habe in seiner Heimat die Schule bis zur vierten Klasse besucht. Da er nichts habe lernen können, sei er von seinen Kollegen gemobbt worden. Nachdem er den Schulbesuch abgebrochen habe, habe er als Strassenverkäufer Geld verdient. Sein Vater sei Peshmerga und habe nur unregelmässig einen Lohn erhalten. Er habe einen Kollegen gehabt, der ihm «falsche Sachen» beigebracht habe. Als er einmal betrunken nach Hause gekommen sei, habe sein Vater ihn geschlagen, wobei er ihm (dem Beschwerdeführer) die Hand gebrochen habe. Seine Mutter habe ihn ins Spital gebracht, wo er operiert worden sei. Dieses Jahr habe sein Kollege ihn angerufen und ihm gesagt, er fahre mit anderen Kollegen nach C. _____. Er sei mitgegangen und sie seien um 20 Uhr dort eingetroffen. Nach dem Abendessen habe sein Kollege gesagt, sie wollten in einen Massagesalon gehen. Er habe nicht mitgehen wollen; sein Kollege habe ihm gesagt, er habe soeben bezahlt für ihn und er müsse mitkommen. Er habe dort etwas Alkohol getrunken und es sei ihm schlecht geworden. Sein Vater sei beim Kampf gegen den IS verletzt worden und habe noch Splitter im Körper. Wegen dieser Verletzungen werde sein Vater nervös und wütend. Er habe deshalb oft mit ihnen gestritten und ihn geschlagen. Er sei deshalb in die Schweiz gekommen und um etwas zu lernen. Als er an Strassenampeln Wasser verkauft habe, sei er mehrmals von der Polizei mitgenommen und an einen entfernten Ort gefahren worden, von wo aus er zu Fuss habe nach Hause gelangen müssen. Nach seinem Gesundheitszustand gefragt, sagte der Beschwerdeführer, er leide unter psychischen Problemen, weil er gerne bei seinem in der Schweiz lebenden Bruder sein möchte.

A.c Am 25. August 2021 hörte das SEM den Beschwerdeführer einlässlich zu seinen Asylgründen an. Er machte im Wesentlichen geltend, sein Vater sei Peshmerga und erhalte nur wenig Lohn. Er (der Beschwerdeführer) habe die Schule früh verlassen und als Strassenverkäufer gearbeitet. Er sei öfters mit einem Kollegen zusammen gewesen, der Alkohol getrunken habe. Leider habe er dies auch getan. Als er einmal betrunken nach Hause

gekommen sei, habe sein Vater ihn geschlagen und verletzt. Nachdem er aus dem Spital nach Hause gekommen sei, habe sein Vater ihm vergeben. Zirka ein oder zwei Jahre später habe er seinen Kollegen nach C. _____ begleitet, weil dieser im Auftrag seines Vaters jemandem hätte Geld überbringen sollen. Sein Kollege habe ihm nach dem Nachtessen gesagt, sie wollten «eine Runde drehen». Als sie vor einem Massagesalon gestanden seien, habe er nicht mit hineingehen wollen. Schliesslich habe er eingewilligt und sein Kollege habe für ihn 50 000 (Dinar; *Anmerkung des Gerichts*) bezahlt. Drinnen hätten sie «falsche Sachen» gemacht. Danach seien sie mit dem Auto zurückgefahren. Als sie zurückgekehrt seien, habe sein Kollege ihm gesagt, er müsse ihm das Geld zurückzahlen. Falls er nicht bezahle, werde er seinem Vater Fotografien zeigen, die er von ihm (dem Beschwerdeführer) im Massagesalon gemacht habe. Unterwegs im Auto habe es einen Streit gegeben, während dem er eine Alkoholflasche ergriffen und seinen Kollegen attackiert habe. Da dieser ohnmächtig gewesen sei, habe er Angst bekommen und sei aus dem Auto ausgestiegen. Er sei in ein anderes Auto eingestiegen und nach Hause gefahren. Der Vorfall habe sich im Tunnel von B. _____ zugetragen. Sein Vater sei im Dienst gewesen und habe die Fotografie am folgenden Tag gesehen. Der Vater seines Freundes habe seinen Vater angerufen und ihm gesagt, er werde ihn (den Beschwerdeführer) umbringen. Sein Vater habe seine Mutter angerufen und ihr gesagt, sie solle ihn nicht aus dem Haus gehen lassen. Er habe den Tod verdient. Er habe Angst gehabt, habe das Fenster seines Zimmers zerstört und die Flucht ergriffen. Das andere Problem sei der psychische Zustand seines Vaters gewesen, der ständig zornig gewesen sei und sie geschlagen habe. Er habe das nicht mehr ausgehalten und gedacht, es sei eine gute Gelegenheit, zu seinem Bruder zu gehen und die Schule besuchen zu können. Der Beschwerdeführer gab seine Identitätskarte ab.

A.d Das SEM stellte der Rechtsvertretung des Beschwerdeführers am 1. September 2021 seinen Entscheidungswurf zur Stellungnahme zu. Diese übermittelte am folgenden Tag ihre Stellungnahme.

B.

Mit gleichentags eröffneter Verfügung vom 3. September 2021 stellte das SEM fest, der Beschwerdeführer erfülle die Flüchtlingseigenschaft nicht, und lehnte das Asylgesuch ab. Zugleich verfügte es seine Wegweisung aus der Schweiz und ordnete den Vollzug der Wegweisung an.

C.

Gegen diesen Entscheid liess der Beschwerdeführer mit Eingabe seiner Rechtsvertreterin vom 4. Oktober 2021 beim Bundesverwaltungsgericht

D. Beschwerde erheben und beantragen, die angefochtene Verfügung sei aufzuheben und es sei die vorläufige Aufnahme anzuordnen. Eventualiter sei die Sache zur Neuurteilung an das SEM zurückzuweisen. Es sei die unentgeltliche Prozessführung zu gewähren und von der Erhebung eines Kostenvorschusses sei abzusehen.

E.

Der Instruktionsrichter hiess das Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung mit Zwischenverfügung vom 8. Oktober 2021 gut und verzichtete auf die Erhebung eines Kostenvorschusses. Die Akten übermittelte er zur Vernehmlassung an das SEM.

F.

In seiner Vernehmlassung vom 20. Oktober 2021 hielt das SEM an seinem Standpunkt fest.

G.

In der Replik vom 29. Oktober 2021, der ein Röntgenbericht der (...), (...), vom 11. Oktober 2021 und ein medizinisches Datenblatt für interne Arztbesuche (...) beilagen, nahm die Rechtsvertreterin zur Vernehmlassung Stellung und ersuchte um Gutheissung der Beschwerde.

H.

Mit Zuweisungsentscheid des SEM vom 3. November 2021 wurde der Beschwerdeführer für den weiteren Aufenthalt während des Asylverfahrens dem Kanton D. _____ zugewiesen.

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 endgültig, ausser bei Vorliegen eines Auslieferungersuchens des Staates, vor welchem die beschwerdeführende Person Schutz sucht (Art. 105 AsylG [SR 142.31]; Art. 83 Bst. d Ziff. 1 BGG). Eine solche Ausnahme im Sinne von Art. 83 Bst. d Ziff. 1 BGG liegt nicht vor.

1.2 Die Beschwerde ist frist- und formgerecht eingereicht worden (Art. 105 AsylG i.V.m. Art. 10 der Verordnung über Massnahmen im Asylbereich im Zusammenhang mit dem Coronavirus [Covid-19-Verordnung AsylG; SR 142.318]; Art. 37 VGG und Art. 52 Abs. 1 VwVG). 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 AsylG i.V.m. Art. 37 VGG und Art. 48 Abs. 1 VwVG). Auf die Beschwerde ist einzutreten.

2.

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

3.

Das Bundesverwaltungsgericht hat die Asylverfahrensakten des Bruders des Beschwerdeführers, E. _____ ([...]), der in der Schweiz lebt, beigezogen. In Anbetracht der Ausführungen in der Beschwerde ist davon auszugehen, dass der Rechtsvertreterin diese Akten zumindest teilweise vorliegen. Angesichts des vorliegenden Verfahrensausgangs kann gestützt auf Art. 30 Abs. 2 Bst. c VwVG auf die vorgängige Gewährung des rechtlichen Gehörs verzichtet werden.

4.

Aufgrund der Rechtsbegehren richtet sich die vorliegende Beschwerde ausschliesslich gegen den angeordneten Vollzug der Wegweisung. Gegenstand des Beschwerdeverfahrens bildet somit die Frage, ob das SEM den Vollzug der Wegweisung zu Recht angeordnet hat (vgl. Art. 44 AsylG), oder ob infolge Unzulässigkeit beziehungsweise Unzumutbarkeit desselben an Stelle des Vollzugs der Wegweisung die vorläufige Aufnahme anzuordnen ist (Art. 44 AsylG i.V.m. Art. 83 Abs. 1 und 4 AIG [SR 142.20]).

5.

5.1 Das SEM begründet seinen Entscheid damit, dass der Beschwerdeführer bezüglich des Streits mit F._____ einerseits gesagt habe, er habe seinen Freund mit einer Alkoholflasche attackiert, als sie zusammen im Auto unterwegs gewesen seien. F._____ sei ohnmächtig geworden und er sei aus dem Auto ausgestiegen; mit einem anderen Auto sei er nach B._____ gefahren. Andererseits habe er angegeben, dass F._____ und er gestritten hätten und er ihm sein Handy habe wegnehmen wollen. F._____ habe ihn geschlagen und das Handy sei auf den Wagenboden gefallen. Sie seien ausgestiegen und er habe F._____ mit einer Flasche attackiert, woraufhin dieser am Kopf geblutet habe. Er (der Beschwerdeführer) habe Angst bekommen und sei nach Hause gegangen. Auf die unterschiedlichen Aussagen angesprochen, habe er gesagt, der Streit habe sich im Auto zugetragen und er habe seinen Freund nach dem Aussteigen geschlagen. Zudem habe er zunächst angegeben, der Streit habe sich im Tunnel von B._____ abgespielt, später habe er geschildert, es sei in der Nähe des Tunnels geschehen. Abgesehen davon seien seine Ausführungen zum Streit wenig konkret und vage geblieben. Auf die mehrmalige Aufforderung hin, den Streit detailliert zu schildern, habe er lediglich oberflächlich und repetitiv angegeben, es habe eine Diskussion gegeben, er sei wütend geworden, habe F._____ mit einer Flasche geschlagen und sei dann nach Hause gegangen. Der Streit habe sich in der Nähe des Tunnels zugetragen und er sei eine Weile gegangen, bis er ein Auto gestoppt habe, um nach Hause zu gelangen. Auf Nachfrage, habe er einsilbig gesagt, F._____ Kopf habe geblutet und dieser sei nach Hause gegangen, als er wieder zu sich gekommen sei. Die Aussagen des Beschwerdeführers verfügten nicht über die nötige Tiefe und Detailliertheit, um als glaubhaft erachtet zu werden. Vor diesem Hintergrund könnten ihm die daraus resultierenden Todesdrohungen seitens seines Vaters und des Vaters von F._____ nicht geglaubt werden.

Das SEM erachte den Vollzug der Wegweisung in die Autonome Region Kurdistan (ARK) vor dem Hintergrund der relativ stabilen Sicherheitslage als grundsätzlich zumutbar. Diese Einschätzung stehe im Einklang mit der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts. Bei einem unbegleiteten minderjährigen Asylsuchenden sei im konkreten Fall zu prüfen, ob dieser bei einer Rückkehr ins Heimatland in angemessener Weise empfangen werde und eine seinem Alter und seiner Reife entsprechende Betreuung erhalte. Diese Untersuchungspflicht finde ihre Grenze an der Mitwirkungspflicht des Gesuchstellers. Die unglaubhaften Angaben des Beschwerde-

führers zu den Problemen mit seinem Vater verunmöglichten eine vernünftige Prüfung der Zumutbarkeit des Vollzugs. Abgesehen vom Vorfall, bei dem ihm vor zwei oder drei Jahren die Hand gebrochen worden sei, habe er keine konkreten Ereignisse erwähnt, sondern pauschal angegeben, seinem Vater gehe es psychisch nicht gut und er habe ihn ab und zu geschlagen. Sein Vorbringen, wonach sein Verhältnis zum Vater zerrüttet sei, habe er nicht glaubhaft gemacht. Seine unglaublichen Aussagen legten den Schluss nahe, dass er seine Beziehungen zur Familie bewusst als problematisch darstelle, um den Vollzug der Wegweisung zu erschweren oder zu verunmöglichen. In dieser Konsequenz sei mutmasslich davon auszugehen – vor allem vor dem Hintergrund, dass sein Vater für seine Weiterreise aus der Türkei 10 000 US-Dollar aufgetrieben habe –, dass er in der Heimat über ein intaktes familiäres Beziehungsnetz und eine gesicherte Wohnsituation verfüge sowie nach seiner Rückkehr von seiner Familie aufgenommen werde. Im Hinblick auf das Kindeswohl sei seine Rückkehr in das vertraute Umfeld anzustreben, zumal die familiären und verwandtschaftlichen Strukturen in einer sozial und kulturell gewohnten Umgebung für seine Weiterentwicklung förderlich sein dürften. Daran könne auch seine Angabe, er habe «ein psychisches Leiden» und würde gerne in der Nähe seines Bruders sein, damit es ihm wieder bessergehe, nichts ändern, zumal sein Bruder sich seit sechs Jahren in der Schweiz aufhalte und er diese Zeit ohne ihn verbracht habe. Anlässlich der Anhörung habe der Beschwerdeführer bestätigt, es gehe ihm gut.

Zur Stellungnahme der Rechtsvertretung des Beschwerdeführers zum Entscheidungswurf sei festzuhalten, dass die Prüfung der Zumutbarkeit des Wegweisungsvollzugs eng mit der Glaubhaftigkeit der Schilderungen verknüpft sei. Abgesehen von der Unglaubhaftigkeit des fluchtauslösenden Ereignisses seien dem Beschwerdeführer während der Befragung rund 15 Fragen zur Beziehung zu seinem Vater und dessen Verhalten gestellt worden. Er habe angegeben, sein Vater sei aufgrund einer Kriegsverletzung psychisch krank gewesen. Ab und zu sei es ihm schlecht gegangen und er habe ihn geschlagen und ihm kein Taschengeld gegeben. Auf zweifache Nachfrage habe er lediglich gesagt, sein Vater sei schnell zornig geworden und er sei erst nach Hause gegangen, wenn dieser geschlafen habe. Sein Vater sei schon lange zornig gewesen und sein Leben sei schon immer die Hölle gewesen. Darauf angesprochen habe er eine Antwort gegeben, die nichts mit seinem Vater zu tun gehabt habe. Bezüglich der Schläge durch seinen Vater habe er angegeben, dass er sie (im Plural) schlage. Auf Nachfrage habe er korrigiert, dass nur er geschlagen und schlecht behandelt worden sei. Auf die Frage, weshalb er in die Schweiz gekommen sei, habe

er keine auf seinen Vater bezogene Antwort gegeben. Gefragt, wie er das Verhältnis zu seinem Vater hätte verbessern können, habe er knapp angegeben, er hätte sich an niemanden wenden können. Er wisse nicht, was da los gewesen sei. Sein Vater sei einfach wütend gewesen, er wisse auch nicht, weshalb. Er habe ihn ab und zu geohrfeigt oder geschlagen und er habe das Haus verlassen.

Damit sei festzuhalten, dass nicht nur der fluchtauslösende Vorfall, sondern auch die angegebenen Probleme mit dem Vater als nicht glaubhaft einzuschätzen seien. Das SEM gehe davon aus, dass er zu seinen Eltern zurückkehren könne. Den beigezogenen Akten seines Bruders E. _____ (N [...]) sei nichts zu entnehmen, das diese Einschätzung umstossen könnte.

5.2 In der Beschwerde wird einleitend der Sachverhalt geschildert und geltend gemacht, dem in der Schweiz lebenden Bruder des Beschwerdeführers sei mit Entscheid des SEM vom (...) die vorläufige Aufnahme gewährt worden. An der Minderjährigkeit des Beschwerdeführers sei nicht gezweifelt worden. Bei allen Massnahmen, die Kinder betreffen, sei das Wohl des Kindes ein vorrangig zu berücksichtigender Gesichtspunkt (Art. 3 Abs. 1 und 2 der Konvention über die Rechte des Kindes (KRK; SR 0.107). Nach ständiger Rechtsprechung verpflichteten Art. 3 und Art. 22 KRK die Behörden, das Kindeswohl im Rahmen der Zumutbarkeitsprüfung als gewichtigen Aspekt zu berücksichtigen. Bloss allgemeine Feststellungen, im Heimatland würden Eltern oder andere Verwandte leben, genügten nicht. Gemäss Art. 69 Abs. 4 AIG habe die zuständige Behörde vor der Ausschaffung eines unbegleiteten Minderjährigen sicherzustellen, dass dieser im Rückkehrstaat einem Familienmitglied, einem Vormund oder einer Aufnahmeeinrichtung übergeben werde, die den Schutz des Kindes gewährleisten. Das SEM habe die Pflicht, konkret abzuklären, ob der Minderjährige in ein familiäres Umfeld zurückgeführt oder anderweitig untergebracht werden könne. Diese Abklärungen seien inklusive der allfälligen Übernahmezusicherung einer geeigneten Institution vor Erlass einer wegweisenden Verfügung vorzunehmen beziehungsweise einzuholen, damit sie einer gerichtlichen Prüfung offenstehen (Urteil des BVGer D-5411/2019 vom 20. September 2021 [zur Publikation vorgesehen]).

Das SEM sei dieser Pflicht vorliegend nicht rechtsgenügend nachgekommen. Der Verfügung sei nicht zu entnehmen, welche Abklärungen getätigt worden seien, um sicherzustellen, dass der Beschwerdeführer bei einer Wegweisung einem Familienmitglied übergeben werden könne, das ihn in

angemessener Weise unterstützen könne. Die Behauptung des SEM, er könne zu seinen Eltern zurückkehren, sei falsch. Das SEM verkenne, dass er über sehr wenig Schulbildung verfüge, weil er ein schlechter Schüler gewesen und gemobbt worden sei. Aufgrund der schlechten Situation der Familie habe er sich gezwungen gesehen, Geld zu verdienen und die Familie zu unterstützen. Das SEM setze sich mit der wirtschaftlich angespannten Situation, in der er sich befunden habe, nicht auseinander und verletze damit die Begründungspflicht. Das SEM stelle lapidar fest, dass das geltend gemachte zerrüttete Verhältnis zum Vater nicht glaubhaft sei, und gehe im Umkehrschluss davon aus, dass daher davon ausgegangen werden müsse, er verfüge im Heimatland über ein intaktes familiäres Beziehungsnetz. Die Aussagen des Beschwerdeführers zum problematischen Verhältnis mit seinem Vater seien vor dem Hintergrund seines geringen Bildungsstandes zu beleuchten. Aus den Anhörungsprotokollen sei ersichtlich, dass er öfters Fragen nicht verstanden und nicht dem Kontext entsprechende Antworten gegeben habe. Seine Aussagen zu den Problemen mit seinem Vater seien nicht substanzlos gewesen. Er habe angegeben, dass sein Vater im Kampf gegen den IS verletzt worden sei und noch Splitter im Körper habe. Aufgrund der Verletzung sei er immer nervös und wütend. Der Vater habe ihn viele Male geschlagen und mit ihm gestritten. Dieser sei psychisch krank und er habe es vermieden, nach Hause zu gehen, wenn der Vater zu Hause gewesen sei. Momentan spreche er nicht mit seinem Vater. Die Kriegsverletzung des Vaters und die damit verbundenen Schwierigkeiten habe auch sein Bruder in seinem Asylverfahren erwähnt. Auch wenn man davon ausgehe, die Aussagen des Beschwerdeführers seien knapp ausgefallen, könne nicht geschlossen werden, er habe keine Probleme mit seinem Vater gehabt. Die Kürze der Aussagen ziehe sich durch die ganze Anhörung und habe damit zu tun, dass er wenig Bildung genossen habe. Er antworte auch bei Geschehnissen, die sich nachweislich zugetragen hätten, eher kurz. Dies lasse darauf schließen, dass er sich aufgrund seiner Lebensumstände, seines Alters und seines niedrigen Bildungsstands gewöhnt sei, eher knapp zu antworten, was ihm nicht nachteilig ausgelegt werden dürfe. Insgesamt mache er stimmige Angaben zu den Problemen mit seinem Vater, weshalb nicht davon ausgegangen werden dürfe, er werde bei einer Rückkehr im Elternhaus aufgenommen. Der Beschwerdeführer habe klare Aussagen zu seinen bisherigen Wohnorten gemacht und seine Identitätskarte im Original abgegeben, weshalb Abklärungen vor Ort möglich gewesen wären. Da das SEM diese Abklärungen nicht vorgenommen habe, verletze es seine Untersuchungspflicht und habe den Sachverhalt nicht korrekt erstellt. Zudem setze es sich nicht mit den tatsächlichen Bedürfnissen des Beschwerdeführers auseinander,

der bei einer Rückkehr in eine existenzielle Notlage geriete. Eine Wegweisung in den Nordirak entspreche nicht dem Kindeswohl, weshalb er vorläufig aufzunehmen sei.

Der Bruder des Beschwerdeführers sei zum Zeitpunkt dessen Asylentscheids minderjährig gewesen. Aus dem Entscheid sei ersichtlich, dass das SEM seine Flüchtlingseigenschaft verneint habe. Es führe aus, dass individuelle Gründe, namentlich die Gesamtsituation und das Alter des Bruders im damaligen Zeitpunkt gegen einen Wegweisungsvollzug gesprochen hätten. Sein Bruder habe acht Jahre lang die Schule besucht und diese aus ähnlichen Gründen wie der Beschwerdeführer nicht mehr weiterbesucht. Der Bruder gebe an, er habe zusammen mit dem Vater in einem gemieteten Geschäft (...) verkauft. Der Vater sei Peshmerga und erhalte seit einigen Monaten keinen Lohn mehr. Es sei nicht ersichtlich, was an der Situation des Bruders im damaligen Entscheidzeitpunkt anders gewesen sei, als an derjenigen des Beschwerdeführers im jetzigen Zeitpunkt. Das SEM wende das Recht ungleich an, beziehungsweise mache es keine Ausführungen dazu, wieso die Situation des Beschwerdeführers bei einer Rückkehr in die Heimat günstiger wäre als bei seinem Bruder. Damit verletze das SEM seine Begründungspflicht und das Willkürverbot.

5.3 In der Vernehmlassung führt das SEM aus, der Beschwerdeführer sei bei der Erstbefragung durchaus in der Lage gewesen, gewisse Ereignisse mit persönlichem Bezug wiederzugeben. Auch vor dem Hintergrund seines Alters und des Bildungsgrades sei, selbst bei herabgesetzter Schwelle, zu erwarten, dass er erlebte Ereignisse, die zu seiner Ausreise geführt hätten, mit einer persönlichen Betroffenheit darlegen könne. Dies sei nicht geschehen. Der Vorwurf der ungleichen Anwendung des Rechts impliziere, dass dem Beschwerdeführer von Anfang an eine vorläufige Aufnahme hätte gewährt werden müssen, weil sein Bruder (...) diesen Status erhalten habe. Jedem Asylentscheid liege eine Einzelfallprüfung zugrunde, die sich auf den Zeitpunkt des Entscheides beziehe. Diese habe vorliegend ergeben, dass im Falle des Beschwerdeführers keine Gründe gegen den Vollzug sprächen.

5.4 In der Replik wird entgegnet, dass sich das SEM nicht substantiell zur Rüge der ungleichen Rechtsanwendung äussere. Es führe nicht aus, wieso im Falle des Beschwerdeführers eine Rückkehr in den Heimatstaat zumutbar sei, bei seinem Bruder jedoch nicht. Er sei deshalb vorläufig aufzunehmen.

6.

6.1 Ist der Vollzug der Wegweisung nicht zulässig, nicht zumutbar oder nicht möglich, so regelt das SEM das Anwesenheitsverhältnis nach den gesetzlichen Bestimmungen über die vorläufige Aufnahme (Art. 44 AsylG; Art. 83 Abs. 1 AIG).

Beim Geltendmachen von Wegweisungsvollzugshindernissen gilt gemäss Praxis des Bundesverwaltungsgerichts der gleiche Beweisstandard wie bei der Prüfung der Flüchtlingseigenschaft; das heisst, sie sind zu beweisen, wenn der strikte Beweis möglich ist, und andernfalls wenigstens glaubhaft zu machen (vgl. BVGE 2011/24 E. 10.2 m.w.H.).

6.2 Der Vollzug ist nicht zulässig, wenn völkerrechtliche Verpflichtungen der Schweiz einer Weiterreise der Ausländerin oder des Ausländers in den Heimat-, Herkunfts- oder einen Drittstaat entgegenstehen (Art. 83 Abs. 3 AIG).

So darf keine Person in irgendeiner Form zur Ausreise in ein Land gezwungen werden, in dem ihr Leib, ihr Leben oder ihre Freiheit aus einem Grund nach Art. 3 Abs. 1 AsylG gefährdet ist oder in dem sie Gefahr läuft, zur Ausreise in ein solches Land gezwungen zu werden (Art. 5 Abs. 1 AsylG; vgl. ebenso Art. 33 Abs. 1 des Abkommens vom 28. Juli 1951 über die Rechtsstellung der Flüchtlinge [FK, SR 0.142.30]).

Gemäss Art. 25 Abs. 3 BV, Art. 3 des Übereinkommens vom 10. Dezember 1984 gegen Folter und andere grausame, unmenschliche oder erniedrigende Behandlung oder Strafe (FoK, SR 0.105) und der Praxis zu Art. 3 EMRK darf niemand der Folter oder unmenschlicher oder erniedrigender Strafe oder Behandlung unterworfen werden.

6.3 Gemäss Art. 83 Abs. 4 AIG kann der Vollzug für Ausländerinnen und Ausländer unzumutbar sein, wenn sie im Heimat- oder Herkunftsstaat aufgrund von Situationen wie Krieg, Bürgerkrieg, allgemeiner Gewalt und medizinischer Notlage konkret gefährdet sind. Wird eine konkrete Gefährdung festgestellt, ist - unter Vorbehalt von Art. 83 Abs. 7 AIG - die vorläufige Aufnahme zu gewähren.

7.

7.1 Die unrichtige oder unvollständige Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts in Verletzung der behördlichen Untersuchungspflicht bildet einen Beschwerdegrund (Art. 106 Abs. 1 Bst. b AsylG). Unrichtig ist die

Sachverhaltsfeststellung, wenn der Verfügung ein falscher und aktenwidriger Sachverhalt zugrunde gelegt wird oder Beweise falsch gewürdigt worden sind; unvollständig ist sie, wenn nicht alle für den Entscheid rechtswesentlichen Sachumstände berücksichtigt werden (vgl. KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI, *Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes*, 3. Aufl. 2013, Rz. 1043).

7.2 Gemäss Art. 12 VwVG stellt die zuständige Behörde den Sachverhalt von Amtes wegen fest. Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts verpflichten Art. 3 und 22 KRK die asylrechtlichen Behörden, das Kindeswohl im Rahmen der Zumutbarkeitsprüfung als gewichtigen Aspekt zu berücksichtigen. Das SEM ist bezüglich unbegleiteter minderjähriger Asylsuchender verpflichtet abzuklären, ob Minderjährige zu ihren Eltern oder anderen Angehörigen zurückgeführt werden können und ob diese in der Lage sind, ihre Bedürfnisse abzudecken. Können die Angehörigen nicht ausfindig gemacht werden oder ergibt sich, dass die Rückkehr zu diesen dem Kindeswohl nicht entspricht, ist weiter abzuklären, ob das Kind in der Heimat allenfalls in einer geeigneten Anstalt oder bei einer Drittperson untergebracht werden kann. Diesbezüglich sind konkrete Abklärungen vorzunehmen; blosse allgemeine Feststellungen, im Heimat- oder Herkunftsland würden Eltern oder andere Angehörige leben beziehungsweise es gebe in dem betreffenden Land entsprechende Einrichtungen, genügen nicht.

Auch gemäss Art. 69 Abs. 4 AIG hat das SEM vor der Ausschaffung einer unbegleiteten minderjährigen Person sicherzustellen, dass diese im Rückkehrstaat einem Familienmitglied, einem Vormund oder einer Aufnahmeeinrichtung übergeben werden kann, welche den Schutz des Kindes gewährleistet. Die dafür notwendigen konkreten Abklärungen inklusive der allfälligen Übernahmezusicherungen einer geeigneten Institution sind vor Erlass einer wegweisenden Verfügung des SEM vorzunehmen respektive einzuholen, damit sie einer gerichtlichen Überprüfung offenstehen.

Das SEM ist jedoch nur in dem Ausmass zur Untersuchung des Sachverhaltes verpflichtet, wie man dies vernünftigerweise von ihm erwarten kann. Der Untersuchungsgrundsatz wird durch die Mitwirkungspflichten eingeschränkt, die das Gesetz vorsieht. Die Mitwirkungspflicht von Gesuchstellenden betrifft insbesondere Tatsachen, die ihre persönliche Situation betreffen und die sie besser kennen als die Behörden oder die von diesen ohne die Mitwirkung jener gar nicht oder nicht mit vernünftigem Aufwand erhoben werden können. Art. 13 VwVG verpflichtet die Parteien, an der

Feststellung des Sachverhaltes in Verfahren mitzuwirken, die sie durch ihr Begehren eingeleitet haben. Art. 8 AsylG konkretisiert diese Mitwirkungspflicht für das Asylverfahren. Insbesondere verpflichtet Art. 8 Abs. 1 Bst. a AsylG Asylsuchende dazu, ihre Identität offenzulegen. Die Identität einer Person ist eine Tatsache, die von den Behörden ohne die Mitwirkung der Gesuchstellenden gar nicht oder nicht mit vernünftigem Aufwand festgestellt werden kann. Die Mitwirkungspflicht trifft grundsätzlich auch unbegleitete minderjährige Asylsuchende, soweit diese dazu aufgrund ihres Alters, ihrer Reife und ihrer Ausbildung in der Lage sind. In der Beurteilung von Verletzungen der Mitwirkungspflicht sind die Umstände des Einzelfalles zu beachten.

Die Verpflichtung, sicherzustellen, dass unbegleitete minderjährige Asylsuchende nach ihrer Rückkehr unter die Obhut ihrer Eltern, anderer Familienmitglieder oder einer geeigneten Institution gestellt werden können, resultiert aus der KRK. Damit vom Vorliegen einer Betreuung ausgegangen werden kann, muss die Vorinstanz sich auf festgestellte Tatsachen stützen, welche aus den Akten ersichtlich sind, andernfalls müssen geeignete Abklärungen getroffen werden. Bei diesen Abklärungen handelt es sich um notwendige Informationen zur Beurteilung der Zumutbarkeit des Wegweisungsvollzuges. Die Abklärungspflicht des SEM wird einzig durch die Minderjährigkeit der betreffenden Person begründet. Steht diese fest, kann auch eine Verletzung der Mitwirkungspflicht das SEM grundsätzlich nicht von der Verpflichtung entbinden abzuklären, ob die unbegleitete minderjährige Person bei einer Rückkehr eine geeignete Unterkunft erhält – sei dies bei Familienangehörigen oder, wenn diesbezüglich keine Informationen vorliegen oder dies nicht möglich ist, in einer geeigneten Institution. Nur in Ausnahmefällen, in welchen das Ausmass der Verletzung der Mitwirkungspflicht eine Abklärung durch das SEM vollkommen verunmöglicht, da diesem jegliche Anhaltspunkte fehlen, kann diese Abklärungspflicht erlöschen. Dies wäre beispielsweise der Fall, wenn sich die Person in Bezug auf ihre Nationalität und Herkunft so widerspricht, dass weder Abklärungen betreffend die familiäre Situation möglich sind noch eine geeignete Institution gesucht werden kann. Die Pflicht des SEM, den Sachverhalt von Amtes wegen festzustellen, ist begründet mit der Minderjährigkeit und dem damit einhergehenden Anspruch auf Schutz durch den Staat, welcher sich aus der KRK und auch aus der Bundesverfassung ergibt (vgl. Art. 11 BV). Dabei ist zu präzisieren, dass aus diesen Bestimmungen, die zum Teil eher programmatischer Natur sind, zwar eine Pflicht der Abklärung von Amtes wegen, aber regelmässig kein unmittelbarer Anspruch auf Feststellung der

Unzumutbarkeit beziehungsweise Erteilung einer ausländerrechtlichen Bewilligung abgeleitet werden kann. Eine Verletzung der Mitwirkungspflicht wird regelmässig – nach erfolgten Abklärungen – bei der Beurteilung der Zumutbarkeit zum Tragen kommen (vgl. zum Ganzen Urteil des BVGer D-5411/2019 vom 20. September 2021 [zur Publikation vorgesehen] E. 11.5.2).

7.3

7.3.1 Der Beschwerdeführer reichte eine irakische Identitätskarte (ID) ein, an deren Echtheit das SEM keine Zweifel hegte. Das auf der ID vermerkte Geburtsdatum des Beschwerdeführers stimmt mit den von ihm gemachten Angaben überein. Das SEM ging im vorinstanzlichen Verfahren dementsprechend von der Minderjährigkeit des Beschwerdeführers aus.

7.3.2 Der Beschwerdeführer hat im Rahmen der durchgeführten Befragungen hinsichtlich seiner Identität keine voneinander abweichenden Angaben gemacht; das SEM brachte an derselben denn auch keine Zweifel an. Den Akten ist zu entnehmen, dass er hinsichtlich seiner Herkunft aus der Stadt B. _____ und der Adresse, an der seine Familie lebt, die gleichen Angaben wie sein in der Schweiz lebender Bruder machte (vgl. SEM-act. [...]14/13 S. 5 f., SEM-act. A3/10 S. 4 [Bruder]). Auch seine Angaben zu den im Nordirak lebenden weiteren Mitgliedern seiner Kernfamilie stimmen mit den Angaben, die sein Bruder gegenüber dem SEM machte, überein (vgl. SEM-act. [...]14/13 S. 7, SEM-act. A3/10 S. 4 [Bruder]). Der Beschwerdeführer und sein Bruder gaben übereinstimmend an, dass ihr Vater ein Peshmerga sei, der im Kampf verletzt worden sei. Beide äusserten sich dahingehend, dass ihr Vater nicht regelmässig beziehungsweise wenig Lohn erhalten habe (vgl. SEM-act. [...]14/13 S. 5, SEM-act. A3/10 S. 6 und A17/22 S. 5 [Bruder]).

7.3.3 Vorliegend hat das SEM zur Beantwortung der Frage, in welcher konkreten Situation der Beschwerdeführer sich bei einer Rückkehr in den Nordirak wiederfinden würde, keine eigenen Abklärungen getroffen. Es äusserte Zweifel an den Angaben des Beschwerdeführers, das Verhältnis zu seinem Vater sei zerrüttet und er könne nicht mehr zu seiner Familie zurückkehren. Es glaubte dem Beschwerdeführer ebenso wenig, dass sein Vater ihm gegenüber Todesdrohungen ausgestossen habe. Ungeachtet der Frage, ob die Angaben des Beschwerdeführers zu seinem Verhältnis mit seinem Vater zutreffen oder nicht, ist nicht ersichtlich, inwiefern der Beschwerdeführer die gemäss Rechtsprechung erforderlichen Abklärungen

des SEM damit erheblich erschwert beziehungsweise verunmöglicht haben sollte. Den Wegweisungsvollzug in Bezug auf die festgestellte Identität des Beschwerdeführers hat das SEM dahingehend geprüft, dass es davon ausgeht, das Verhältnis des Beschwerdeführers zu seiner Kernfamilie müsse intakt sein und er könne zu dieser zurückkehren. Es sei davon auszugehen, dass er über eine gesicherte Wohnsituation verfüge und nach seiner Rückkehr von der Familie aufgenommen werde. Damit ist das SEM seinen in Verfahren von unbegleiteten minderjährigen Asylsuchenden geltenden – oben dargelegten (E. 7.2) – Verpflichtungen bezüglich konkreter Abklärungen betreffend Übergabe an ein Familienmitglied, einen Vormund oder eine Aufnahmeeinrichtung, die den Schutz des Kindes gewährleistet, und adäquate Unterbringung bei einer Rückkehr nicht nachgekommen. Solche wären nach dem Gesagten ohne unverhältnismässigen Aufwand möglich gewesen und wurden durch das Verhalten des Beschwerdeführers weder massgeblich erschwert noch verunmöglicht.

7.4 Nach dem Gesagten ist festzuhalten, dass das SEM seinen sich aus der durch die Rechtsprechung betreffend den Wegweisungsvollzug von unbegleiteten Minderjährigen entwickelten Verpflichtungen nicht nachgekommen und den Anforderungen zur umfassenden Würdigung sämtlicher für das Kindeswohl relevanter Kriterien mithin nicht gerecht geworden ist. Es hat nicht geklärt, in wessen Obhut der Beschwerdeführer beim angeordneten Wegweisungsvollzug in den Nordirak übergeben werden und wie diese Empfangnahme im Heimatland konkret vonstattengehen soll. Somit ist es zum aktuellen Zeitpunkt nicht möglich zu prüfen, ob der Wegweisungsvollzug zumutbar ist. Im vorliegenden Verfahren sind weitere Abklärungen notwendig. Es liegt eine unvollständige Abklärung des Sachverhaltes durch das SEM vor.

8.

8.1 Gemäss Art. 61 Abs. 1 VwVG entscheidet das Bundesverwaltungsgericht in der Sache selbst oder weist diese ausnahmsweise mit verbindlichen Weisungen an die Vorinstanz zurück. Eine Kassation und Rückweisung an die Vorinstanz ist insbesondere angezeigt, wenn weitere Tatsachen festgestellt werden müssen und ein umfassendes Beweisverfahren durchzuführen ist. Die in diesen Fällen fehlende Entscheidungsreife kann zwar grundsätzlich auch durch die Beschwerdeinstanz selbst hergestellt werden, wenn dies im Einzelfall aus prozessökonomischen Gründen angebracht erscheint; sie muss dies aber nicht (vgl. Urteil des BVGer D-5411/2019 vom 20. September 2021 [zur Publikation vorgesehen] E. 12.1).

8.2 Im vorliegenden Fall ist die Sache an das SEM zurückzuweisen, zumal – wie bereits erwähnt – die Erstellung des Sachverhalts weiterer Abklärungen bedarf und diese den Rahmen des Beschwerdeverfahrens sprengen würden. Dem Beschwerdeführer bleibt auf diese Weise zudem der Instanzenzug erhalten, was umso wichtiger ist, als im Asylverfahren das Bundesverwaltungsgericht letztinstanzlich entscheidet (vgl. dazu BVGE 2009/53 E. 7.3, 2008/47 E. 3.3.4, 2008/14 E. 4.1).

9.

Die Beschwerde ist demnach gutzuheissen. Die Ziffern 4 und 5 der angefochtenen Verfügung sind aufzuheben und das Verfahren ist diesbezüglich zur vollständigen und richtigen Sachverhaltsermittlung und Neubeurteilung an das SEM zurückzuweisen.

10.

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

11.

Der Beschwerdeführer wurde im Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht durch seine zugewiesene Rechtsvertretung im Sinne von Art. 102f Abs. 1 in Verbindung mit Art. 102h Abs.3 AsylG vertreten. Das SEM richtet dem Leistungserbringer – der nach Art. 102f und Art. 102i AsylG für die Sicherstellung, Organisation und Durchführung der Rechtsvertretung zuständig ist – eine Entschädigung für die Wahrnehmung der Rechtsvertretung im Beschwerdeverfahren, insbesondere das Verfassen einer Beschwerdeschrift, aus (Art. 102k Abs. 1 Bst. d AsylG). Deshalb ist davon auszugehen, dass dem Beschwerdeführer keine Kosten erwachsen sind, weshalb keine Parteientschädigung zuzusprechen ist (vgl. dazu auch BVGE 2017 VI/3 E. 9.2.4 und 9.2.5).

(Dispositiv nächste Seite)

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.

Die Beschwerde wird gutgeheissen.

2.

Die Dispositivziffern 4 und 5 der Verfügung des SEM vom 3. September 2021 werden aufgehoben und die Sache im Sinne der Erwägungen zur vollständigen und richtigen Abklärung des rechtserheblichen Sachverhalts sowie zur Neubeurteilung an das SEM zurückgewiesen.

3.

Es werden keine Verfahrenskosten auferlegt.

4.

Es wird keine Parteientschädigung ausgerichtet.

5.

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

Der vorsitzende Richter:

Der Gerichtsschreiber:

Walter Lang

Christoph Basler

Versand: