



---

Abteilung IV  
D-6128/2016  
plo

## Urteil vom 9. Mai 2017

---

Besetzung

Richterin Nina Spälti Giannakitsas (Vorsitz),  
Richterin Emilia Antonioni Luftensteiner,  
Richterin Daniela Brüscheweiler,  
Gerichtsschreiberin Sara Steiner.

---

Parteien

A. \_\_\_\_\_, geboren am (...),  
Eritrea,  
vertreten durch MLaw Sonja Comte, Caritas Schweiz,  
Beschwerdeführer,

gegen

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

---

Gegenstand

Asyl (ohne Wegweisungsvollzug);  
Verfügung des SEM vom 1. September 2016 / N (...).

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

Der Beschwerdeführer verliess Eritrea eigenen Angaben zufolge im Januar 2015 und gelangte über Äthiopien, den Sudan, Libyen, wo er sich bis Juni 2015 aufgehalten habe, und Italien am 26. Juni 2015 in die Schweiz, wo er gleichentags ein Asylgesuch stellte. Am 9. Juli 2015 wurde er summarisch befragt und am 1. Februar 2016 einlässlich angehört.

Zur Begründung seines Gesuches gab er im Wesentlichen an, er habe immer wieder die Schule unterbrechen müssen, um der Familie bei der landwirtschaftlichen Arbeit zu helfen, da sein Vater als Soldat selten zu Hause gewesen sei. Aus diesem Grund sei er aus der Schule gewiesen worden. Weil er die Schule nicht regelmässig besuchen können und weil er Angst gehabt habe, wegen seinen Schulunterbrüchen verhaftet und in den Militärdienst geschickt zu werden, habe er das Land illegal verlassen.

**B.**

Das SEM wies das Asylgesuch des Beschwerdeführers mit Verfügung vom 1. September 2016 – eröffnet am 8. September 2016 – ab und ordnete die Wegweisung aus der Schweiz an, nahm den Beschwerdeführer aber wegen Unzumutbarkeit des Wegweisungsvollzugs in der Schweiz vorläufig auf.

**C.**

Mit Eingabe vom 5. Oktober 2016 erhob der Beschwerdeführer – handelnd durch seine Rechtsvertreterin – gegen diesen Entscheid beim Bundesverwaltungsgericht Beschwerde und beantragte die Aufhebung der Dispositivziffern 1 und 3 der angefochtenen Verfügung und die Feststellung der Flüchtlingseigenschaft sowie eventualiter die Rückweisung der Sache an die Vorinstanz zur Sachverhaltsfeststellung. In formeller Hinsicht ersuchte er um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege im Sinne von Art. 65 Abs. 1 VwVG i.V.m. Art. 110a Abs. 1 AsylG (SR 142.31) und um Verzicht auf die Erhebung eines Kostenvorschusses.

**D.**

Mit Zwischenverfügung vom 14. Oktober 2016 wies der vormalige Instruktionsrichter das Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege ab und verzichtete auf die Erhebung eines Kostenvorschusses.

**E.**

Mit Eingabe vom 21. Oktober 2016 beantragte der Beschwerdeführer unter

anderem, der vormalige Instruktionsrichter habe in den Ausstand zu treten und die Zwischenverfügung vom 14. Oktober 2016 sei aufzuheben.

**F.**

Mit Entscheid D-6523/2016 vom 17. Februar 2017 schrieb das Bundesverwaltungsgericht das Ausstandsgesuch als gegenstandslos geworden ab. Die Akten des vorliegenden Verfahrens wurden der neu zugeteilten Instruktionsrichterin zur weiteren Veranlassung überwiesen.

**G.**

Mit Zwischenverfügung vom 2. März 2017 stellte die Instruktionsrichterin fest, der Beschwerdeführer könne den Ausgang des Verfahrens in der Schweiz abwarten. Das Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege im Sinne von Art. 65 Abs. 1 VwVG wurde wiedererwägungsweise gutgeheissen und die Verfügung vom 14. Oktober 2016 aufgehoben. Die rubrizierte Rechtsvertreterin wurde aufgefordert, eine allenfalls bestehende Leistungsvereinbarung zwischen dem Kanton B. [REDACTED] und der Caritas für den Einsatz von Vertretern für unbegleitete minderjährige Asylsuchende im Asylverfahren einzureichen. Der Beschwerdeführer wurde zur Stellungnahme eingeladen, ob er aufgrund der Praxisänderung des Bundesverwaltungsgerichts bezüglich der illegalen Ausreise aus Eritrea seine Beschwerde zurückziehen will.

**H.**

Mit Eingabe vom 13. März 2017 reichte die Rechtsvertreterin die eingeforderte Leistungsvereinbarung ein und führte aus, diese beinhalte die Führung des Beschwerdeverfahrens. Gleichzeitig ersuchte sie um Fristerstreckung in Bezug auf die Rückzugsanfrage.

**I.**

Mit Verfügung vom 22. März 2017 wurde das Gesuch um Gewährung der amtlichen Rechtsverbeiständung gemäss Art. 110a AsylG abgewiesen und die Frist zur Stellungnahme zum Beschwerderückzug erstreckt.

**J.**

Mit Eingabe vom 18. April 2017 hielt der Beschwerdeführer an seiner Beschwerde fest.

## **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 – was vorliegend nicht der Fall ist – bei Vorliegen eines Auslieferungsersuchens des Staates, vor welchem die beschwerdeführende Person Schutz sucht (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. 1 AsylG; Art. 48 Abs. 1 sowie Art. 52 Abs. 1 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 (vgl. BVGE 2014/26 E. 5).

### **3.**

Gemäss Art. 111a AsylG wurde vorliegend auf die Durchführung eines Schriftenwechsels verzichtet.

### **4.**

Mit der Beschwerde wurde ein Antrag auf Rückweisung der Sache an die Vorinstanz zur Sachverhaltsfeststellung gestellt. In der Begründung wurde auf eine Verletzung der Begründungspflicht hingewiesen, da das SEM entgegen der Praxis des Bundesverwaltungsgerichts die illegale Ausreise nicht als subjektiven Nachfluchtgrund anerkannt habe.

Das SEM hat in seiner Verfügung ausführlich dargelegt, weshalb es die illegale Ausreise nicht für asylrelevant hält. Eine Verletzung der Begründungspflicht ist für das Gericht ebenso wenig ersichtlich wie eine Verletzung der Pflicht zur Sachverhaltsfeststellung.

## **5.**

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

**5.2** Wer um Asyl nachsucht, muss die Flüchtlingseigenschaft nachweisen oder zumindest glaubhaft machen. Diese ist glaubhaft gemacht, wenn die Behörde ihr Vorhandensein mit überwiegender Wahrscheinlichkeit für gegeben hält. Unglaubhaft sind insbesondere Vorbringen, die in wesentlichen Punkten zu wenig begründet oder in sich widersprüchlich sind, den Tatsachen nicht entsprechen oder massgeblich auf gefälschte oder verfälschte Beweismittel abgestützt werden (Art. 7 AsylG).

## **6.**

**6.1** Das SEM führte zur Begründung seiner Verfügung aus, bei der familiären Situation des Beschwerdeführers und dem Schulverweis handle es sich nicht um eine Benachteiligung im Sinne von Art. 3 AsylG. Der Beschwerdeführer habe ansonsten zu Protokoll gegeben, keinerlei Probleme mit den Behörden gehabt zu haben.

In Bezug auf seine illegale Ausreise hielt das SEM fest, diese sei nicht asylrelevant. Auf freiwilliger Basis könnten illegal Ausgereiste nach Eritrea zurückkehren, wenn sie die 2%-Steuer bezahlt und ein Reueformular unterzeichnet hätten, für den Fall, dass sie ihre Nationaldienstpflicht nicht erfüllt hätten. Davon befreit seien insbesondere Personen, die das dienstpflichtige Alter noch nicht erreicht hätten. Bei Zwangsrückgeführten werde der Nationaldienststatus überprüft und entsprechend verfahren. Die illegale Ausreise spiele nur eine untergeordnete Rolle. Der Beschwerdeführer habe den Nationaldienst weder verweigert noch sei er daraus desertiert.

Zum Zeitpunkt der Ausreise sei er noch minderjährig gewesen und habe keine Dienstaufforderung erhalten. Demnach habe er nicht gegen die Nationaldienstproklamation verstossen. Seinen Akten sei auch sonst nichts zu entnehmen, wonach er bei einer Rückkehr nach Eritrea ernsthafte Nachteile zu gewärtigen habe.

**6.2** Der Beschwerdeführer hielt dem in seiner Beschwerde im Wesentlichen entgegen, bei der angefochtenen Verfügung handle es sich um eine unrechtmässige Abweichung von der bisherigen Praxis der Vorinstanz und des Bundesverwaltungsgerichts in Bezug auf die illegale Ausreise. Die Vorinstanz habe dabei geltende Standards bezüglich der Country of Origin Informations (COI) nicht respektiert. Es existierten zahlreiche Quellen, welche für eine Aufrechterhaltung der bisherigen Praxis sprächen. Die allgemeine Menschenrechtssituation in Eritrea sei weiterhin problematisch. Zu verweisen sei hier insbesondere auf einen Bericht der Untersuchungskommission des UNO-Menschenrechtsrates vom Juni 2016. Im Falle einer Rückkehr bestehe für ihn ein reales Risiko von Folter oder unmenschlicher oder erniedrigender Behandlung. Die Vorinstanz verlange von ihm, dass er sich im Falle einer Rückkehr diskret zu verhalten habe, indem er die 2%-Steuer bezahle und ein Reueschreiben unterzeichne. Ein solches Diskretionserfordernis sei unzulässig.

## 7.

**7.1** Vorliegend ist insbesondere auf die Frage einzugehen, ob der Beschwerdeführer infolge illegaler Ausreise aus Eritrea die Flüchtlingseigenschaft erfüllt, zumal sich die Beschwerdebeurteilung ausschliesslich darauf bezieht. Die Feststellung der Vorinstanz, dass der Beschwerdeführer keine asylrechtlich relevanten Vorfluchtgründe geltend gemacht habe, ist damit zu bestätigen.

**7.2** Wer sich darauf beruft, dass durch sein Verhalten nach der Ausreise aus dem Heimat- oder Herkunftsstaat – etwa durch ein illegales Verlassen des Landes – eine Gefährdungssituation erst geschaffen worden ist, macht sogenannte subjektive Nachfluchtgründe im Sinne von Art. 54 AsylG geltend. Subjektive Nachfluchtgründe begründen zwar die Flüchtlingseigenschaft im Sinne von Art. 3 AsylG, führen jedoch gemäss Art. 54 AsylG zum Ausschluss des Asyls, unabhängig davon, ob sie missbräuchlich oder nicht missbräuchlich gesetzt wurden. Stattdessen werden Personen, welche subjektive Nachfluchtgründe nachweisen oder glaubhaft machen können, als Flüchtlinge vorläufig aufgenommen (vgl. BVGE 2009/28 E. 7.1).

**7.3** Die am 1. Februar 2014 in Kraft getretene Bestimmung von Art. 3 Abs. 4 AsylG hält zwar fest, dass Personen, die Gründe geltend machen, die wegen ihres Verhaltens nach der Ausreise entstanden und weder Ausdruck noch Fortsetzung einer bereits im Heimat- oder Herkunftsstaat bestehenden Überzeugung oder Ausrichtung sind, nicht als Flüchtlinge gelten können; diese einschränkende Feststellung wurde vom Gesetzgeber allerdings durch den ausdrücklichen Hinweis auf den Vorbehalt der Geltung der FK relativiert (vgl. Art. 3 Abs. 4 in fine AsylG).

**7.4** Im Referenzurteil D-7898/2015 gelangte das Bundesverwaltungsgericht zum Schluss, dass die bisherige Praxis, wonach eine illegale Ausreise per se zur Flüchtlingseigenschaft führt, nicht mehr aufrechterhalten werden kann. So sei bereits fraglich, inwiefern die Strafbestimmungen der illegalen Ausreise überhaupt noch zur Anwendung gelangten, zumal – wohl auch durch den massiven „Braindrain“, mit welchem sich Eritrea derzeit konfrontiert sehe – ein gewisses Umdenken der Behörden stattgefunden zu haben scheine und gegen Rückkehrer nicht mehr rigoros vorgegangen werde. Unbestritten und auch von regimekritischen Quellen bestätigt sei zudem, dass Personen aus der Diaspora in nicht unerheblichem Ausmass (für kurze Aufenthalte) relativ problemlos nach Eritrea zurückkehren könnten. Es sei ferner anzunehmen, dass sich unter diesen Personen auch solche befänden, welche Eritrea illegal verlassen hätten. Vor diesem Hintergrund lasse sich die Annahme, dass sich Eritreer aufgrund der unerlaubten Ausreise mit Sanktionen ihres Heimatstaates konfrontiert sehen, die bezüglich ihrer Intensität und der politischen Motivation des Staates ernsthafte Nachteile gemäss Art. 3 Abs. 2 AsylG darstellen würden, nicht mehr aufrechterhalten. Insbesondere fehle es an einem politischen Motiv, zumal bei einer problemlosen Rückkehr, sei es auch nur für einen kurzen Aufenthalt, nicht davon gesprochen werden könne, illegal ausgereiste Personen würden generell als Verräter betrachtet. Dafür spreche auch, dass illegal ausgereiste Personen nach einer gewissen Zeit den Diaspora-Status erhielten, welcher eine gefahrlose (vorübergehende) Rückkehr ermögliche. Ferner sei zu beachten, dass eine etwaige Bestrafung aufgrund des Umstandes, dass der Status mit den eritreischen Behörden vor der Rückkehr nicht geregelt worden sei, insbesondere die 2%-Steuer nicht entrichtet worden sei, nicht auf ein asylrelevantes Motiv (Politmalus) zurückgehen würde. Somit sei auch der Einwand verfehlt, eine kurze Rückkehr könne nicht mit einer permanenten Rückkehr gleichgesetzt werden, zumal die Grundannahme, dass illegal ausgereiste Personen nicht allein aufgrund der Ausreise als Verräter betrachtet und aus asylrelevanten Motiven einer harten Bestrafung zuge-

führt würden, dieselbe bleibe. Ebenfalls nicht asylrelevant sei die Möglichkeit einer Einziehung in den Nationaldienst nach der Rückkehr, da es sich dabei ebenfalls nicht um eine Massnahme handle, die aus asylrechtlich relevanten Motiven erfolge. Ob eine drohende Einziehung in den Nationaldienst unter dem Aspekt von Art. 3 EMRK oder des Verbots der Sklaverei und der Zwangsarbeit gemäss Art. 4 EMRK relevant sein könne, betreffe jedoch die Frage der Zulässigkeit bzw. Zumutbarkeit des Wegweisungsvollzugs. Ein erhebliches Risiko einer Bestrafung bei einer Rückkehr gestützt auf asylrelevante Motive sei nur dann anzunehmen, wenn nebst der illegalen Ausreise weitere Faktoren hinzuträten, welche die asylsuchende Person in den Augen der eritreischen Behörden als missliebige Person erscheinen liessen (vgl. Referenzurteil des Bundesverwaltungsgerichts D-7898/2015 vom 30. Januar 2017, E. 5.1).

**7.5** Das Vorliegen solcher zusätzlicher Faktoren ist im Falle des Beschwerdeführers zu verneinen. Er macht nicht geltend, dass er vor seiner Ausreise, welche im Alter von fünfzehn Jahren erfolgte, mit den Militärbehörden in Kontakt gekommen sei. Vor diesem Hintergrund kann er nicht als Deserteur oder Refraktär gelten. Andere Anknüpfungspunkte, welche ihn in den Augen des eritreischen Regimes als missliebige Person erscheinen lassen könnten, sind ebenfalls nicht ersichtlich.

**7.6** Nach dem Gesagten ist festzuhalten, dass der Beschwerdeführer die Flüchtlingseigenschaft nicht erfüllt. Das SEM hat deshalb sein Asylgesuch zu Recht abgelehnt.

## **8.**

**8.1** Lehnt das Staatssekretariat das Asylgesuch ab oder tritt es darauf nicht ein, so verfügt es in der Regel die Wegweisung aus der Schweiz und ordnet den Vollzug an; es berücksichtigt dabei den Grundsatz der Einheit der Familie (Art. 44 AsylG).

**8.2** Der Beschwerdeführer verfügt weder über eine ausländerrechtliche Aufenthaltsbewilligung noch über einen Anspruch auf Erteilung einer solchen. Die Wegweisung wurde demnach zu Recht angeordnet (Art. 44 AsylG; vgl. BVGE 2013/37 E. 4.4; 2009/50 E. 9, je m.w.H.).

**8.3** Da der Beschwerdeführer mit der angefochtenen Verfügung vom 1. September 2016 wegen Unzumutbarkeit des Wegweisungsvollzuges in der Schweiz vorläufig aufgenommen wurde, erübrigen sich praxismässig

Ausführungen zur Zulässigkeit und Möglichkeit des Wegweisungsvollzuges.

**9.**

Aus diesen Erwägungen ergibt sich, dass die angefochtene Verfügung Bundesrecht nicht verletzt, den rechtserheblichen Sachverhalt richtig sowie vollständig feststellt (Art. 106 Abs. 1 AsylG) und – soweit diesbezüglich überprüfbar – angemessen ist. Die Beschwerde ist abzuweisen.

**10.**

**10.1** Bei diesem Ausgang des Verfahrens wären die Kosten dem Beschwerdeführer aufzuerlegen (Art. 63 Abs. 1 VwVG). Nachdem jedoch das mit der Beschwerde gestellte Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung mit Zwischenverfügung vom 2. März 2017 gutgeheissen wurde, sind keine Verfahrenskosten aufzuerlegen.

**10.2** Im Abschreibungsentscheid D-6523/2016 des Bundesverwaltungsgerichts vom 17. Februar 2017 wurde bezüglich des vom Beschwerdeführer angehobenen Ausstandverfahrens festgehalten, es sei grundsätzlich eine Parteientschädigung zuzusprechen, über die Entschädigungsfolgen sei aber in der Hauptsache und somit im vorliegenden Entscheid zu befinden. Die Rechtsvertreterin hat jedoch ihr Mandat im Rahmen einer Tätigkeit als amtliche Rechtsvertreterin bereits ausschliesslich aufgrund staatlicher Beauftragung und damit für den Beschwerdeführer unentgeltlich ausgeführt, sodass davon auszugehen ist, für den Beschwerdeführer seien keine Vertretungskosten angefallen, weshalb keine Parteientschädigung zuzusprechen ist.

(Dispositiv nächste Seite)

**Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:**

**1.**

Die Beschwerde wird abgewiesen.

**2.**

Es werden keine Verfahrenskosten auferlegt.

**3.**

Für das Verfahren D-6523/2016 wird keine Parteientschädigung zugesprochen.

**4.**

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

Die vorsitzende Richterin:

Die Gerichtsschreiberin:

Nina Spälti Giannakitsas

Sara Steiner

Versand: