



Urteil vom 5. Mai 2022

Besetzung

Einzelrichterin Esther Marti,
mit Zustimmung von Richter Thomas Segessenmann;
Gerichtsschreiberin Patricia Petermann Loewe.

Parteien

A. _____, geboren am (...),
und dessen Sohn
B. _____, geboren am (...),
Serbien,
beide vertreten durch MLaw Ninja Frey,
BAS Beratungsstelle für Asylsuchende der Region Basel,
(...),
Beschwerdeführer,

gegen

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

Gegenstand

Vollzug der Wegweisung (verkürzte Beschwerdefrist);
Verfügung des SEM vom 8. März 2022 / N (...).

Sachverhalt:**A.**

Der Beschwerdeführer A._____, ein serbischer Staatsangehöriger der Ethnie der Roma, ist gemäss eigenen Angaben zusammen mit seinem Sohn B._____ am 24. August 2021 in die Schweiz eingereist, wo sie einen Tag später um Asyl nachsuchten. Am 9. September 2021 fand die Personalienaufnahme (PA) statt (Protokoll in den SEM-Akten [Vorhabensnummer (...), nachfolgend A]13).

B.

Mitte September 2021 hielt die Kantonspolizei C._____ den Beschwerdeführer mit B._____ drei Mal wegen «Betteln mit einem Kind» an und informierte die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde (KESB) C._____.

C.

Am 14. September 2021 mandatierte der Beschwerdeführer die Mitarbeitenden des Rechtsschutzes des Bundesasylzentrums (BAZ) (...) zur Rechtsvertretung im Rahmen des Asylverfahrens.

D.

Am 16. September 2021 fand das Dublin-Gespräch mit dem Beschwerdeführer statt (A20). Er wurde insbesondere auf den Umstand, dass er vor seiner Einreise in die Schweiz bereits siebenmal in Europa um Asyl nachgesucht hatte, angesprochen und gab dazu an, er könne sich aufgrund des zerrütteten familiären Verhältnisses mit der Mutter von B._____, welche nicht der Ethnie der Roma angehöre, nicht mehr in Serbien aufhalten. Bezüglich des medizinischen Sachverhalts gab er an, er habe Rücken- und Ohrenschmerzen und sein Sohn lehne das Essen im BAZ ab. B._____ sei ferner in Serbien einmal für einen Monat im Koma gelegen, anschliessend hätten die Ärzte ihm Medikamente gegen (...) verschrieben. Er hoffe, dass sein Sohn an dem noch anstehenden Arzttermin ebenfalls teilnehmen könne.

Gestützt auf diese Informationen ersuchte das SEM die Pflege des BAZ am gleichen Tag, sich mit dem Gesundheitszustand des Sohnes zu befassen.

E.

Am 29. September 2021 machte das SEM bei der Kinder- und Erwachse-

nenschutzbehörde (KESB) des Kantons C._____ eine Meldung betreffend eine eventuelle Kindeswohlgefährdung. Die Meldung seitens des SEM wurde dahingehend begründet, dass B._____ nicht zur Schule gehe, in Bezug auf seine Körperhygiene und Bekleidung vernachlässigt wirke und oft das Essen im BAZ versäume. Ferner lasse der Vater seinen Sohn unbeaufsichtigt. Darauf angesprochen habe der Vater selbst erklärt, er könne dem Kind nicht gerecht werden.

F.

Im Rahmen eines Ausreisegesprächs vom 1. Oktober 2021 (A33) brachte der Beschwerdeführer vor, er sei nur in die Schweiz gekommen, um seinen Sohn vor dessen Mutter – von ihr lebe er seit sechs Jahren getrennt – in Sicherheit zu bringen. Die Mutter von B._____ sowie ihr neuer Partner, beide Angehörige der D._____, wollten das Kind töten. B._____ sei mehrmals im Spital gewesen, habe teilweise auch bei einer Pflegefamilie gelebt, zwischenzeitlich auch wieder beim Beschwerdeführer.

An diesem Gespräch wurde auch das weitere Vorgehen besprochen; so werde B._____ künftig von der KESB beaufsichtigt. Einer Aktennotiz vom 5. Oktober 2021 lässt sich unter anderem entnehmen, dass der Beschwerdeführer angegeben habe, er fühle sich mit dem Kind überfordert, und dass B._____ in ein Kinderheim in E._____ fremdplatziert wurde.

G.

An der Anhörung zu seinen Asylgründen vom 14. Oktober 2021 (Anhörung; Protokoll in den SEM-Akten A40) brachte der Beschwerdeführer vor, dass er von der Familie seiner ehemaligen Ehefrau schon seit Jahren verfolgt werde, weil er der Ethnie der Roma angehöre. Alles habe damit begonnen, dass sie zusammen im 2015 in F._____ um Asyl nachgesucht hätten; seine damalige Ehefrau sei dann von ihrer Familie genötigt worden, zurückzukehren. Nach ihrer Rückkehr nach Serbien habe sie B._____ – auch er Angehöriger der Ethnie der Roma – in einer sozialen Einrichtung zurückgelassen. Als auch der Beschwerdeführer zurückgekehrt sei, sei er von einer D._____ -Gruppe angegriffen und darauffolgend hospitalisiert worden; nach seiner Entlassung aus dem Spital sei er nach F._____ zurückgekehrt. Später habe er erfahren, dass B._____ von Angehörigen der D._____ aus dieser Einrichtung abgeholt und einige Tage später hospitalisiert worden sei. Aufgrund seiner schweren Verletzungen – es sei schliesslich (...) diagnostiziert worden – sei er während dieses Spitalaufenthalts für sieben Tage ins Koma gefallen, weshalb der Beschwerdeführer wieder nach Serbien heimgekehrt sei. Nach drei Monaten sei

B._____, in seinem Wesen sehr verändert, aus dem Spital entlassen worden und sie hätten zusammen eine Wohnung bezogen. Mangels ausreichendem Sozialgeld habe der Beschwerdeführer seinen Sohn nach dem Winter 2015/16 zu einer Pflegefamilie gebracht. Weil er sich vor der D._____-Gruppe gefürchtet habe, habe er 2017, zunächst in G._____, und später in H._____, um Asyl nachgesucht. Als er nach ungefähr drei Monaten erfahren habe, dass es B._____ in der Pflegefamilie nicht gut gehe, sei er erneut nach Serbien zurückgekehrt und habe ihn wieder bei sich aufgenommen. Aufgrund von Drohungen seitens Angehöriger der D._____ seien sie nach I._____ umgesiedelt, doch auch dort hätten sie keine Ruhe gefunden; so sei ihre Wohnbaracke angezündet worden. Während der Beschwerdeführer zwischen März 2018 und April 2019 in H._____ und den J._____ um Asyl nachgesucht habe, sei B._____ wieder bei einer Pflegefamilie in Serbien geblieben. Nach der Rückkehr des Beschwerdeführers sei er mit B._____ von Dorf zu Dorf gezogen, wo sie jeweils mangels Sozialgeld gebettelt hätten. In dieser Zeit sei er auch wegen Störung der öffentlichen Ordnung polizeilich gesucht und zuletzt auch verurteilt worden. Als er für 15 bis 20 Tage inhaftiert worden sei, sei B._____ zu dessen Mutter gekommen. Nach seiner Entlassung aus der Haft habe der Beschwerdeführer seinen Sohn aufgrund von dessen schlechtem Gesundheitszustand wieder für ungefähr 20 Tage in ein Spital bringen müssen, wo er auch künstlich ernährt worden sei.

Schliesslich habe die Mutter B._____ zu sich nehmen wollen, weshalb die Polizei ihn im (...) 2021 beim Beschwerdeführer abgeholt habe. Doch schon am (...) 2021 habe er erfahren, dass B._____ in einer psychiatrischen Einrichtung zurückgelassen worden sei, nachdem er physisch misshandelt worden sei. Daraufhin habe der Beschwerdeführer ihn wieder abgeholt und zu sich genommen, doch dann sei ihre Unterkunft wiederum verwüstet und ihr Fahrzeug angezündet worden. Aus Sorge um seinen Sohn habe er Serbien schliesslich zusammen mit ihm verlassen. Im Hinblick auf eine mögliche Rückkehr nach Serbien machte der Beschwerdeführer abschliessend geltend, es erwarte ihn dort unmittelbar eine dreijährige Haftstrafe. Was mit ihm selbst passiere, sei aber irrelevant, wichtig sei ihm, dass sein Sohn in Sicherheit sei.

H.

Mit Verfügung vom 15. Oktober 2021 wurden die Beschwerdeführer dem erweiterten Verfahren zugeteilt und dem Kanton C._____ zugewiesen.

I.

Am 18. Oktober 2021 bestätigte der Beschwerdeführer unterschriftlich, dass er von der Beendigung des Mandatsverhältnisses mit der Rechtsvertretung des BAZ in Folge der Zuteilung ins erweiterte Verfahren Kenntnis genommen habe und willigte gleichzeitig ein, dass die Rechtsvertretung des BAZ der Beratungsstelle für Asylsuchende der Region E. _____ (BAS) Auskunft erteile und die Verfahrensakten zustelle. Am 18. November 2021 bevollmächtigte er die BAS, ihn und seinen Sohn im Asyl- und Wegweisungsverfahren zu vertreten.

J.

Einer Aktennotiz vom 4. Februar 2022 (A52) lässt sich entnehmen, dass B. _____ in einem (...)heim für Kinder und Jugendliche in E. _____ untergebracht sei, jedoch weiterhin in ständigem Kontakt mit seinem Vater stehe. Er verfüge über einen sehr tiefen IQ (Intelligenzquotient), was damit begründet wird, dass er noch nie eine Schule besucht und möglicherweise aufgrund von Misshandlungen eine Hirnschädigung erlitten habe. Es habe sich herausgestellt, dass er in Serbien in verwahrlosten Zuständen gelebt habe und körperlichen, möglicherweise auch sexuellen Misshandlungen ausgesetzt gewesen sei.

Weiter hielt das SEM fest, dass B. _____ in psychiatrischer Hinsicht untersucht worden sei und der Bericht Ende März 2022 vorliege; er sei sodann für neuro-pädiatrische Abklärungen im Universitäts-Kinderspital K. _____ angemeldet.

K.

Mit tags darauf eröffneter Verfügung vom 8. März 2022 stellte das SEM fest, der Beschwerdeführer und sein Kind erfüllten die Flüchtlingseigenschaft nicht, lehnte ihre Asylgesuche ab und ordnete die Wegweisung sowie deren Vollzug an.

L.

Mit Eingabe vom 16. März 2022 erhoben die Beschwerdeführer durch ihre Rechtsvertreterin Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht. Sie beantragen, nach Aufhebung der angefochtenen Verfügung sei festzustellen, dass der Vollzug der Wegweisung nach Serbien für sie nicht zumutbar sei, weshalb sie vorläufig aufzunehmen seien. Eventualiter sei festzustellen, dass die Vorinstanz den Sachverhalt nur ungenügend festgestellt und ihre Abklärungspflicht nicht erfüllt habe, weshalb die Sache an das SEM zu-

rückzuweisen sei. In verfahrensrechtlicher Hinsicht ersuchen sie um Erteilung der aufschiebenden Wirkung der Beschwerde. Ferner sei die unentgeltliche Prozessführung zu gewähren, auf die Erhebung eines Kostenvorschusses zu verzichten und die Rechtsvertreterin als amtliche Rechtsbeiständin zu bestellen. Im Sinne eines Beweisantrages ersuchen sie um nachträgliche Anhörung von B._____.

Als Beweismittel reichten sie nebst einer Fürsorgebestätigung vom 14. März 2022 und eine Honorarnote vom 16. März 2022 insbesondere einen Bericht des Schulpsychologischen Dienstes der Stadt E._____ vom 1. Dezember 2021, einen Bericht der Universitären Psychiatrischen Kliniken E._____ (UPK) vom 2. Februar 2022 sowie einen Arztbericht der Kindermedizinischen Praxis E._____ vom 10. März 2022, alle Berichte betreffend B._____, ein.

M.

Am 18. März 2022 bestätigte die zuständige Instruktionsrichterin den Eingang der Beschwerde und stellte das einstweilige Anwesenheitsrecht der Beschwerdeführer in der Schweiz 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 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 worden. Die Beschwerdeführer haben am Verfahren vor der Vorinstanz teilgenommen, sind durch die angefochtene Verfügung besonders berührt und haben ein

schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung beziehungsweise Änderung; sie sind daher zur Einreichung der Beschwerde legitimiert (Art. 105 und Art. 108 Abs. 3 AsylG; Art. 48 Abs. 1 sowie Art. 52 Abs. 1 VwVG).

Auf den Antrag, es sei der Beschwerde die aufschiebende Wirkung zu gewähren, ist angesichts dessen, dass der Beschwerde von Gesetzes wegen aufschiebende Wirkung zukommt (Art. 55 Abs. 1 VwVG), nicht einzutreten.

Im Übrigen ist auf die Beschwerde einzutreten.

2.

In der Beschwerde wird die angefochtene Verfügung nur betreffend Vollzug der Wegweisung angefochten. Die Verfügung des SEM vom 8. März 2022 ist, soweit sie die Fragen der Flüchtlingseigenschaft, der Asylgewährung sowie der Wegweisung (Dispositivziffern 1 bis 3) betrifft, somit nach Ablauf der Rechtsmittelfrist in Rechtskraft erwachsen. Der Prozessgegenstand beschränkt sich demnach auf die die Frage, ob der Vollzug der Wegweisung zu Recht als zulässig, zumutbar und möglich erachtet wurde (Dispositivziffern 4 und 5).

3.

Die Kognition des Bundesverwaltungsgerichts und die zulässigen Rügen richten sich im Bereich des Ausländerrechts nach Art. 49 VwVG (Art. 112 Abs. 1 AIG).

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 nachstehend aufgezeigt, handelt es sich um eine solche, weshalb das Urteil nur summarisch zu begründen ist (Art. 111a Abs. 2 AsylG). Gestützt auf Art. 111a Abs. 1 AsylG wurde auf die Durchführung eines Schriftenwechsels verzichtet.

5.

5.1 Das SEM führt in der angefochtenen Verfügung bezüglich des Wegweisungsvollzugs aus, dass – gestützt auf einen Beschluss des Bundesrates vom 25. Oktober 2017 – Serbien ein Staat sei, in welchen eine Rückkehr von aus der Schweiz weggewiesenen Personen in der Regel zumutbar sei (Art. 83 Abs. 5 AIG [Ausländer- und Integrationsgesetz, SR 142.20]). Weil der Beschwerdeführer weiterhin zu seinem Anwalt Kontakt gehalten habe, könne dieser ihn in allen noch hängigen Verfahren in Serbien unterstützen.

Ferner ergebe sich aus den Akten, dass die dortigen Behörden im Zusammenhang mit der Situation von B. _____ ausreichend Unterstützung geleistet und sich um dessen Wohlergehen gesorgt hätten. Folglich würden sich aus den Akten keine geeigneten Hinweise dafür ergeben, dass die Regelvermutung widerlegt worden sei.

5.2 Die Beschwerdeführer wenden mit Hinweis auf Art. 12 des Übereinkommens über die Rechte des Kindes (KRK, SR 0.107) in der Rechtsmitteleingabe zunächst ein, dass die Vorinstanz zu Unrecht auf eine Befragung respektive Anhörung von B. _____ verzichtet habe. Dieser hätte zwingend betreffend seine traumatischen Erlebnisse in Serbien befragt werden und seine Meinung hätte in die Erwägungen des SEM Eingang finden müssen. Ferner habe das SEM es unterlassen, überhaupt Ermittlungen zur Kindeswohlgefährdung (Art. 3 KRK) von B. _____ anzustellen. Insbesondere seien die Umstände bezüglich seiner Gesundheit und des Zugangs zu Bildung aus zeitlichen Gründen nicht aufgearbeitet worden (A40 F23). So sei etwa nicht geklärt worden, weshalb er mit (...) Jahren ins Koma gefallen sei und bis heute unter der damit einhergehenden Beeinträchtigung sowie den problematischen Familienverhältnissen leide. Es sei ferner nicht abgeklärt worden, ob sich in Serbien neben der Kindsmutter noch weitere Familienangehörige finden lassen würden. Weil er sich in Serbien mehrheitlich in Kinderheimen, bei Pflegefamilien, in Spitälern oder einer psychiatrischen Klinik aufgehalten habe, wäre es essenziell gewesen, ihn diesbezüglich zu befragen, zumal die Kindsmutter kein Interesse an ihrem Sohn gezeigt und ihn, obwohl er im Jahr 2020 in ihre Obhut zugeteilt worden sei, darauffolgend in einer psychiatrischen Klinik zurückgelassen habe. Nach einer Meldung der serbischen Sozialbehörden habe dann der Beschwerdeführer seinen Sohn wieder bei sich aufgenommen.

Aus den beigelegten Berichten lasse sich entnehmen, dass bei B. _____ eine Entwicklungsverzögerung aufgrund mangelnder Förderung vorliege, weshalb weitere medizinische Abklärungen vonnöten seien. Gemäss dem Bericht des Schulpsychologischen Dienstes (a.a.O.) sei ferner eine Posttraumatische Belastungsstörung (PTBS) und ein konfliktbeladenes Verhalten, vor allem dann, wenn er mit den erlebten traumatischen Ereignissen konfrontiert worden sei, festgestellt worden. Der Bericht der L. _____ stelle aufgrund des steten Wechsels von Bezugspersonen eine Bindungsproblematik und eine Traumafolgestörung fest. Des Weiteren seien Kinderheime und Pflegefamilien in Serbien nicht in der Lage, alle Herausforderungen zu bewältigen, welche das Pflegekinderwesen mit sich bringe.

In materieller Hinsicht monieren die Beschwerdeführer, ein Vollzug der Wegweisung nach Serbien sei unzumutbar. Das Wohl des Kindes sei in mehrfacher Hinsicht gefährdet, zumal B._____ in seiner Heimat über kein familiäres Netz verfüge. Gleichzeitig bestehe die einzig liebevolle Beziehung des Kindes in jener zum Vater, der jedoch mit der Sorge überfordert sei. Diesbezüglich wird auf das Urteil des BVGer D-167/2016 vom 23. November 2018 verwiesen, welches in einer ähnlichen Konstellation die Sache an die Vorinstanz zurückgewiesen habe, um die Familienverhältnisse aus rechtlicher Sicht und die entsprechenden Folgen zu klären (vgl. ebenda E. 5.2).

6.

6.1 Auch wenn als Eventualantrag formuliert, ist die Rüge der unrichtigen und unvollständigen Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts als erstes zu prüfen, da sie allenfalls geeignet ist, eine Kassation der angefochtenen Verfügung zu bewirken.

6.2 Gemäss Art. 12 VwVG stellt die Behörde den Sachverhalt von Amtes wegen fest und bedient sich nötigenfalls der unter dieser Norm aufgelisteten Beweismittel. Als Verfahrensmaxime besagt der Untersuchungsgrundsatz, dass die Verwaltungsbehörden für die Beschaffung des die Urteilsgrundlage bildenden Tatsachenmaterials zuständig sind. Er auferlegt der Behörde die Pflicht, von Amtes wegen den rechtserheblichen Sachverhalt vollständig und richtig zu ermitteln und beinhaltet gewissermassen eine Art «behördliche Beweisführungspflicht» (vgl. KRAUSKOPF/EMMENEGER/BABEY, in: Praxiskommentar VwVG, Waldmann/Weissenberger [Hrsg.], 2. Aufl. 2016, Art. 12 N. 16). Der Untersuchungsgrundsatz findet seine Grenze an der gesetzlichen Mitwirkungspflicht der Parteien (Art. 13 VwVG). Die unrichtige oder unvollständige Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts in Verletzung der Untersuchungspflicht bildet einen Beschwerdegund (Art. 49 Bst. b VwVG). Unrichtig ist die Sachverhaltsfeststellung, wenn der Verfügung ein falscher und aktenwidriger Sachverhalt zugrunde gelegt wird; 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, N. 1043).

Der in Art. 29 Abs. 2 BV garantierte und in den Art. 26 ff. VwVG konkretisierte Grundsatz des rechtlichen Gehörs umfasst das Recht, mit eigenen Begehren gehört zu werden, Einblick in die Akten zu erhalten und zu den für die Entscheidung wesentlichen Punkten Stellung nehmen zu können.

Der Anspruch auf rechtliches Gehör dient einerseits der Sachaufklärung und stellt andererseits ein persönlichkeitsbezogenes Mitwirkungsrecht der Parteien dar. Der Grundsatz beinhaltet, dass die Vorbringen des vom Entscheid in seiner Rechtsstellung Betroffenen sorgfältig sowie ernsthaft geprüft und in der Entscheidungsfindung berücksichtigt werden (Art. 32 Abs. 1 VwVG). Zudem müssen die angebotenen Beweismittel abgenommen werden, wenn sie zur Abklärung des Sachverhalts tauglich erscheinen (Art. 33 Abs. 1 VwVG). Daraus folgt die grundsätzliche Pflicht der Behörden, sich mit den wesentlichen Vorbringen des Rechtssuchenden zu befassen und Entscheide zu begründen (Art. 35 Abs. 1 VwVG). Die Begründung eines Entscheides muss so abgefasst sein, dass der Betroffene ihn sachgerecht anfechten kann. In diesem Sinne müssen wenigstens kurz die Überlegungen genannt werden, die für den Entscheid bedeutsam sind (vgl. BVGE 2009/35 E. 6.4.1 m.w.H.).

6.3 Den Beschwerdeführern ist Recht zu geben, wenn sie monieren, das SEM habe den rechtserheblichen Sachverhalt nicht vollständig festgestellt und seine Begründungspflicht verletzt. Der Bundesrat hat, wie das SEM richtigerweise festgestellt hat, Serbien als Staat bezeichnet, in welchen eine Rückkehr für weggewiesene Personen in der Regel zumutbar ist (Art. 83 Abs. 5 AIG i.V.m. der Verordnung über den Vollzug der Weg- und Ausweisung sowie der Landesverweisung von ausländischen Personen [VWAL, SR 142.281]). Mit Blick auf das Kindeswohl als gewichtigem Aspekt einer Prüfung der Zumutbarkeit eines Wegweisungsvollzugs und die sich bereits im Zeitpunkt des vorinstanzlichen Entscheides sich aus den Akten ergebenden offensichtlich problematischen Lebensverhältnisse von B._____ lagen konkrete Anzeichen für eine mögliche Widerlegung dieser Regelvermutung vor und das SEM hätte seiner Abklärungspflicht umfassender nachkommen müssen, um feststellen zu können, ob die Regelvermutung auch in Berücksichtigung der Umstände des vorliegenden Einzelfalls greift.

6.3.1 Die KRK ist ein Bestandteil der schweizerischen Rechtsordnung. Gemäss dem grundlegenden Prinzip von Art. 3 Abs. 1 KRK ist das Wohl des Kindes ein Gesichtspunkt, der vorrangig zu berücksichtigen ist (vgl. BGE 146 IV 267 E. 3.3.1). Nach geltender Rechtsprechung sind bei der Auslegung von Art. 83 Abs. 4 AIG im Lichte von Art. 3 Abs. 1 KRK unter dem Aspekt des Wohls des Kindes im Rahmen einer gesamtheitlichen Beurteilung namentlich folgende Kriterien von Bedeutung: Alter, Reife, Abhängigkeiten, Art (Nähe, Intensität, Tragfähigkeit) seiner Beziehungen, Eigenschaften seiner Bezugspersonen (insb. Unterstützungsbereitschaft und

-fähigkeit), Stand und Prognose bezüglich Entwicklung/Ausbildung sowie der Grad der erfolgten Integration bei einem längeren Aufenthalt in der Schweiz (vgl. BVGE 2015/30 E. 7.2; 2009/51 E. 5.6; 2009/28 E. 9.3.2, jeweils m.w.H.). Die aktuelle Aktenlage lässt begründete Zweifel offen, ob dem so verstandenen Kindeswohl von B. _____ bei einem Vollzug der Wegweisung in den Heimatstaat hinreichend Rechnung getragen werden kann. Zur Beantwortung dieser Frage beschränkt sich das SEM auf einen einzigen Satz (vgl. Verfügung Ziff. III.2 zweiter Abschnitt). Mit dem darin formulierten pauschalen Hinweis, die serbischen Behörden hätten bezüglich B. _____ ausreichend Unterstützung geleistet und sich offenbar wiederholt um sein Wohlergehen gesorgt, nahm die Vorinstanz keine umfassende Würdigung sämtlicher für das Kindeswohl relevanten Kriterien vor, welche jedoch – auch wenn grundsätzlich die Regelvermutung von Art. 83 Abs. 5 AIG gilt – unerlässlich gewesen wäre. Gleichzeitig hat das SEM damit die Begründungspflicht verletzt.

6.3.2 Das SEM hat sich im Hinblick auf die Situation von B. _____ auf die Aussagen des Beschwerdeführers sowie die aktenkundigen Beweismittel gestützt, diese aber in ihrem wesentlichen Gehalt offenbar nicht hinreichend erfasst. Auf eine Anhörung von B. _____ hat es verzichtet, weil es ihn für zu jung erachtete; gleichzeitig ging es davon aus, dass sein Vater die Interessen des Kindes ins Verfahren einbringen könne (A20). Vor diesem Hintergrund erstaunt dann die knappe Anhörung des Beschwerdeführers betreffend die Situation von B. _____. Angesichts der klaren Problematik rund um das Kindeswohl, die bereits aktenkundig war, sowie nach den ausführlichen Aussagen des Beschwerdeführers in der freien Rede hätten sich Rückfragen aufgedrängt (vgl. auch Bemerkung der Rechtsvertretung nach A40 F23). Aus den Akten geht auch hervor, dass der Beschwerdeführer seiner Mitwirkungspflicht im Rahmen seiner Möglichkeiten hinreichend nachgekommen ist und deshalb durchaus weitere spezifische Angaben, etwa rund um die Pflegefamilien, zu erwarten gewesen wären (u.a. A40 F19). Die Anhörung ist aber bereits kurz nach der freien Schilderung abgeschlossen worden, zu B. _____ wurde einzig noch die Frage gestellt, wann er letztmals Kontakt zu seiner Mutter gehabt habe (A40 F20). Dies, obwohl auch weitere Aussagen des Beschwerdeführers darauf schliessen liessen, dass sich hinsichtlich des Kindeswohls Fragen stellen würden (A40 F15 und 24). Auch das Telefongespräch vom 4. Februar 2022 zwischen dem SEM und dem Durchgangsheim, wo B. _____ inzwischen platziert worden war, veranlasste das SEM nicht zu weiteren Abklärungen. Dies, obwohl es offensichtlich alarmierende Informationen zu Aspekten des Kindeswohls zu Tage förderte und daraus auch hervorging, dass weitere

neuropädiatrische Untersuchungen hinsichtlich einer möglichen Hirnschädigung anstanden (A33). Vielmehr erliess dann das SEM am 8. März 2022 den angefochtenen Entscheid.

Vorweg lässt sich nicht eindeutig sagen, wer das Obhut- und Sorgerecht für B. _____ trägt. Gemäss Bericht der UPK (a.a.O., S. 1) sei das Sorgerecht beim Vater, wobei nicht klar wird, ob dies, wie die anamnestischen Angaben, alleine auf der Aussage des Beschwerdeführers beruht. Auch geht aus den Akten hervor, dass dem Beschwerdeführer das Wohl von B. _____ offenbar durchaus am Herzen liegt und er sich insbesondere im Zusammenhang mit den Umständen im Heimatstaat um ihn sorgt (u.a. A33, A40 F13, 15 und 24). Demgegenüber gibt es ebenso klare Hinweise, dass er mit der Sorge um B. _____ überfordert ist und ihr auch nicht minimal gerecht wird, was er auch selbst eingesteht (u.a. A35). Hinzu kommt, dass ihm bei einer Rückkehr nach Serbien möglicherweise die Verbüssung einer dreijährigen Haftstrafe droht. Auf der anderen Seite soll es die Kindsmutter gewesen sein, die ihren Sohn im Jahr 2015 ein erstes Mal einer sozialen Einrichtung abgegeben und ihn im Jahr 2020 – als der Beschwerdeführer 15 bis 20 Tage in Haft gewesen sei – wieder für diese Zeit «übernommen» hat (A40 S. 4 und 6). Im (...) 2021 habe die Kindsmutter das Kind dem Vater wegnehmen wollen, weil sie scheinbar rechtlich dazu berechtigt gewesen sei (A40 S. 6) respektive sei B. _____ ihr zugewiesen worden (vgl. Beschwerde S. 3); kurz darauf wurde er wieder hospitalisiert. Es gehen auch mehrere Hinweise aus den Akten hervor, wonach bei einer Rückkehr von B. _____ nach Serbien auch die Kindsmutter nicht willens oder fähig sein könnte, sich in einer Weise um ihren Sohn zu kümmern, dass sein Wohl nicht gefährdet wäre. Zu diesen Zweifeln tragen auch Aussagen des Beschwerdeführers bei, wie etwa er selbst sei von der Familie der Kindsmutter, aber auch von ihr selbst, gewalttätig angegriffen worden, wobei auch B. _____ immer wieder in Mitleidenschaft gezogen worden sei (u.a. A33, A40 F7 und 13). Diese Angaben werden vom SEM nicht grundsätzlich in Zweifel gezogen. Dazu besteht auch kein Grund, hinterlässt doch die aktuelle Aktenlage insgesamt einen authentischen Eindruck des Beschwerdeführers. Gemäss dem Bericht der L. _____ sei die Kindsmutter in Untersuchungshaft gekommen, nachdem B. _____ aufgrund von körperlichen Misshandlungen mehrere Monate im Spital gelegen habe (und ins Koma gefallen sei), jedoch habe die Polizei scheinbar das Verfahren eingestellt. Dem bereits früher erwähnten Telefongespräch vom 4. Februar 2022 ist ferner die Information zu entnehmen, dass

B._____ sich weigere, über seine Mutter zu sprechen und nach Einschätzung keine Hinweise dafür erkennbar seien, dass er eine Zusammenführung mit der Mutter wünsche.

Zwar wird aus den Angaben des Beschwerdeführers ersichtlich, dass serbische Behörden – im Zusammenhang mit B._____ – wiederholt involviert waren (A40 F13 und 19), womit auch Hinweise dafür vorhanden sind, dass die Regelvermutung im vorliegenden Fall greift. Demgegenüber lässt sich diese aufgrund der aktuellen Aktenlage nicht bestätigen. Es bleibt völlig unklar, ob über die medizinische Versorgung und die finanzielle Unterstützung hinaus auch eine Behörde im Sinne eines Kindes- und Jugendschutzes befasst war, etwa im Zusammenhang mit der Unterbringung von B._____ bei Pflegefamilien und in einer psychiatrischen Klinik.

In den inzwischen vorliegenden ärztlichen und sozialpsychologischen Berichten wird auf diverse Entwicklungsdefizite von B._____ hingewiesen und es wird unter anderem eine Traumafolgestörung diagnostiziert. Zudem wird darauf hingewiesen, dass bei einer potenziellen Rückkehr von einer erneuten Kindeswohlgefährdung auszugehen sei (vgl. Bericht des Schulpsychologischen Dienstes, a.a.O., S. 14 und der L._____, S. 4).

6.3.3 Zusammenfassend ergibt sich, dass das SEM die Untersuchungspflicht verletzt hat. Es waren hinreichende Anhaltspunkte dafür ersichtlich, dass das Kindeswohl von B._____ bei einer Rückkehr mit seinem Vater nach Serbien gefährdet sein könnte. Gleichzeitig hat das SEM die Begründungspflicht verletzt, indem es sich darauf beschränkt hat, in einem einzigen Satz festzuhalten, es ergebe sich aus den zahlreichen Arztberichten, dass die serbischen Behörden im Zusammenhang mit der Situation von B._____ genügend Unterstützung geleistet hätten und sich «offenbar» wiederholt um das Wohlergehen von B._____ und auch die finanzielle und persönliche Situation gekümmert hätten.

6.3.4 Folglich ist das SEM verpflichtet, abzuklären, wer die elterliche Sorge für B._____ innehat. Sodann hat es abzuklären, ob die Eltern tatsächlich in der Lage und willens sind, sich bei einer Rückkehr des Beschwerdeführers mit seinem Sohn nach Serbien um B._____ zu kümmern; dies unter Berücksichtigung seines Gesundheitszustandes – der zu aktualisieren ist – sowie seiner bereits jetzt ausgewiesenen besonderen Bedürfnisse. Alle im Hinblick auf die Wahrung des Kindeswohls wesentlichen Umstände haben dann in die neue Würdigung einzufließen. Entspricht die Rückkehr zu den Eltern nach Serbien nicht dem Kindeswohl, ist weiter abzuklären, ob

B._____ in seinem Heimatstaat allenfalls in einer geeigneten Institution oder bei geeigneten Drittpersonen – unter Beachtung seiner besonderen Bedürfnisse – untergebracht werden kann (vgl. bezüglich serbisches Kinderschutzsystem Urteil des BVGer D-167/2016 vom 23. November 2018 E. 4.5.3). Das SEM ist darauf hinzuweisen, dass konkrete Abklärungen, gegebenenfalls über die schweizerische Vertretung in Belgrad, vorzunehmen sind; blosser Feststellungen, im Heimat- oder Herkunftsland würden die Eltern oder andere Angehörige leben beziehungsweise es gebe in dem betreffenden Land entsprechende Einrichtungen, genügen nicht. Die konkreten Abklärungen sind in Berücksichtigung der Ethnie von B._____ vor Erlass einer ablehnenden Verfügung des SEM vorzunehmen respektive einzuholen, damit sie einer allfälligen gerichtlichen Überprüfung offenstehen (vgl. hierzu analog BVGE 2021 VI/3 E. 11.5.2 m.w.H.).

6.4 Ferner monieren die Beschwerdeführer, das Anhörungsrecht des neunjährigen B._____ sei verletzt worden. In Form eines Beweisantrages begehren sie eine nachträgliche Anhörung des Kindes.

6.4.1 Nach Art. 12 Abs. 1 KRK sichern die Vertragsstaaten dem Kind, das fähig ist, sich eine eigene Meinung zu bilden, das Recht zu, diese Meinung in allen das Kind berührenden Angelegenheiten frei zu äussern, und sie berücksichtigen die Meinung des Kindes angemessen und entsprechend seinem Alter und seiner Reife. Eine persönliche Anhörung ist jedoch nicht in jedem Fall unerlässlich, sondern die Anhörung hat jedenfalls in angemessener Weise zu erfolgen. Insbesondere können die Interessen des Kindes auch über die Aussagen der Eltern in das Verfahren eingebracht werden, dies insbesondere dann, wenn die Interessenlage des Kindes mit jener der Eltern konvergiert und der rechtserhebliche Sachverhalt auch ohne eine persönliche Anhörung rechtsgenügend festgestellt werden kann (vgl. BGE 147 I 149 E. 3.2 m.w.H.; BVGE 2012/31 E. 5.1ff. m.w.H.). Das Bundesgericht geht sodann davon aus, dass eine Kinderanhörung grundsätzlich ab dem vollendeten sechsten Altersjahr möglich sei (vgl. Urteil des BGer 2C_81/2021 vom 29. Juli 2021 m.w.H. auf BGE 131 III 553). In E. 1.3.1 des soeben erwähnten Urteils hält das Bundesgericht sodann fest, ein Kind anzuhören, das geistig behindert oder in seiner Entwicklung in einer Weise retardiert sei, dass seinen Ausführungen kein Aussagewert beigemessen werden könnte, würde keinen Sinn machen.

6.4.2 Das SEM hat den neunjährigen B._____ nicht angehört. Es ergibt sich aus den Akten, dass es ihn als zu jung erachtet hat (A20 S. 2). Eine offensichtliche Verletzung des rechtlichen Gehörs von B._____ alleine

aufgrund der fehlenden Anhörung dürfte nicht zu bejahen sein, zumal das SEM auch andere Mittel zur hinreichenden Feststellung des Sachverhaltes hätte wahrnehmen können, nebst einer eingehenderen Befragung des Vaters und einer Botschaftsabklärung etwa die Einholung von Begutachtungen durch Fachpersonen (vgl. BVGE 2012/31 E. 5.2). Hinzu kommt, dass nicht klar ist, ob eine solche auch sachdienlich gewesen wäre. Auf der anderen Seite kann nicht ohne Weiteres von konvergierenden Interessen der Eltern ausgegangen werden und aus dem Bericht der L. _____ geht die Empfehlung hervor B. _____ im Sinne der KRK in alle weiteren Schritte einzubeziehen, seine Bedürfnisse und seinen Willen zu erfassen und in allen Schritten zu berücksichtigen (ebd. S. 4). Abschliessend braucht die Frage allerdings an dieser Stelle nicht geklärt zu werden. Der Beweisantrag ist Teil der Beschwerde, die nach der Aufhebung der angefochtenen Verfügung und Rückweisung der Angelegenheit an das SEM zum integralen Bestandteil des wiederaufzunehmenden Verfahrens wird. Das SEM wird sich entsprechend auch mit dieser Frage zu befassen haben; dies unter Berücksichtigung der massgeblichen Rechtsprechung und dem Beizug der inzwischen involvierten Fachpersonen. Gegebenenfalls ist in diesem Rahmen auch zu prüfen, ob B. _____ ein Vertretungsbeistand beizuordnen ist, über welchen die Interessen von B. _____ in das Verfahren eingebracht werden können.

6.4.3 Zusammenfassend ist festzustellen, dass die Frage, ob das SEM alleine mit der fehlenden Anhörung von B. _____ dessen rechtliches Gehör verletzt hat, angesichts des bereits aus anderen Gründen gutzuheissenden Rückweisungsantrages im heutigen Zeitpunkt offenbleiben kann. Das SEM wird sich allerdings im Rahmen des wiederaufzunehmenden Verfahrens mit der Frage, ob eine kindergerechte Anhörung von B. _____ zur Feststellung des vollständigen rechtserheblichen Sachverhalts sowie zur Wahrung seines rechtlichen Gehörs durchzuführen ist oder ob seine Interessen in anderer geeigneter Weise Eingang ins Verfahren finden können, zu befassen haben.

7.

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 reformatorische Entscheidung setzt voraus, dass die Sache entscheidreif ist; dazu muss insbesondere der rechtserhebliche Sachverhalt richtig und vollständig festgestellt worden sein. Dies ist vorliegend nicht der Fall. Die in diesen Fällen fehlende Ent-

scheidungsreife kann grundsätzlich zwar auch durch das Bundesverwaltungsgericht selbst hergestellt werden, wenn dies im Einzelfall aus prozessökonomischen Gründen angebracht erscheint (vgl. BVerwGE 2012/21 E. 5). Eine solche Vorgehensweise ist vorliegend offensichtlich nicht angezeigt, zumal zur vollständigen und rechtsgenügenden Erstellung des Sachverhalts weitgehende und grundlegende zusätzliche Abklärungen bezüglich des Kindeswohls im Sinne der Erwägungen vorzunehmen sind. Des Weiteren hat das SEM seine Begründungspflicht verletzt. Eine Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör führt – angesichts des formellen Charakters dieses Anspruchs – unabhängig davon, ob die angefochtene Verfügung bei korrekter Verfahrensführung im Ergebnis anders ausgefallen wäre – grundsätzlich zur Kassation und Rückweisung der Sache an die Vorinstanz.

8.

Das SEM hat mit der angefochtenen Verfügung Bundesrecht verletzt und den rechtserheblichen Sachverhalt nicht vollständig festgestellt (Art. 49 Bst. a und b VwVG). Die angefochtene Verfügung vom 8. März 2022 ist aufzuheben und die Angelegenheit an das SEM zurückgewiesen. Die Vorinstanz wird angewiesen, den rechtserheblichen Sachverhalt im Sinne der Erwägungen vollständig abzuklären. Den vollständig erstellten Sachverhalt hat das SEM anschliessend einer sorgfältigen neuen Prüfung der Frage, ob dem Kindeswohl bei einem Vollzug der Wegweisung nach Serbien hinreichend Rechnung getragen werden kann zu Grunde zu legen. Eine neue Verfügung hat es schliesslich rechtsgenügend zu begründen. Angesichts der Rückweisung der Sache erübrigt sich eine Auseinandersetzung mit weiteren Vorbringen in der Beschwerde; diese bildet integralen Bestandteil des wiederaufzunehmenden erstinstanzlichen Verfahrens. In diesem Zusammenhang ist insbesondere auf den Beweisantrag hinsichtlich einer Anhörung von B. _____ sowie auf Beschwerdestufe nachgereichten Beweismittel (vgl. Sachverhalt Bst. L) hinzuweisen.

9.

9.1 Bei diesem Ausgang des Verfahrens sind keine Kosten zu erheben (Art. 63 Abs. 1 und Abs. 2 VwVG). Damit sind die Gesuche um Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung sowie um Verzicht auf die Erhebung eines Kostenvorschusses gegenstandslos geworden.

9.2 Den vertretenen Beschwerdeführern ist angesichts ihres 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 ihnen notwendigerweise erwachsenen Parteikosten zuzusprechen. Damit wird auch die Behandlung des Antrages auf amtliche Rechtsverteidigung hinfällig.

Die bei den Akten liegende Kostennote erscheint den Verfahrensumständen angemessen. Die von der Vorinstanz auszurichtende Parteientschädigung (bei einem Stundenansatz von Fr. 200.– [vgl. Art. 10 Abs. 2 VGKE]) ist demnach auf insgesamt Fr. 1'800.– (inkl. Auslagen) festzusetzen. Dieser Betrag ist den Beschwerdeführern seitens des SEM auszurichten.

(Dispositiv nächste Seite)

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.

Die Beschwerde wird gutgeheissen, soweit darauf einzutreten ist.

2.

Die Verfügung vom 8. März 2022 wird im Umfang des vorliegenden Verfahrensgegenstandes (Dispositivziffern 4 und 5) aufgehoben und die Sache wird zur vollständigen Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts und zu neuem Entscheid in Wahrung des rechtlichen Gehörs an das SEM zurückgewiesen.

3.

Es werden keine Verfahrenskosten auferlegt.

4.

Das SEM wird angewiesen, den Beschwerdeführern für das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht eine Parteientschädigung von insgesamt Fr. 1'800.– auszurichten.

5.

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

Die vorsitzende Richterin:

Die Gerichtsschreiberin:

Esther Marti

Patricia Petermann Loewe