



Urteil vom 18. Februar 2019

Besetzung

Richterin Contessina Theis (Vorsitz),
Richter Walter Lang, Richter Gérard Scherrer,
Gerichtsschreiberin Irina Wyss.

Parteien

A. _____, geboren am (...),
Afghanistan,
vertreten durch Karine Povlakic,
Entraide Protestante Suisse EPER/SAJE,
(...),
Beschwerdeführer,

gegen

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

Gegenstand

Nichteintreten auf Asylgesuch und Wegweisung (Dublin-Verfahren; Beschwerde gegen Wiedererwägungsentscheid);
Verfügung des SEM vom 20. Juli 2018 / N (...).

Sachverhalt:**A.**

Der Beschwerdeführer suchte am 13. März 2018 in der Schweiz um Asyl nach.

B.

Ein am 14. März 2018 vom SEM durchgeführter Abgleich seiner Daktyloskopierungen mit der Eurodac-Datenbank ergab, dass der Beschwerdeführer am 30. November 2017 in B. _____ und am 27. Februar 2018 in C. _____ um Asyl nachgesucht hatte.

C.

Am 31. März 2018 befragte das SEM den Beschwerdeführer zu seinem Reiseweg sowie – summarisch – zu seinen Ausreisegründen (Befragung zur Person [BzP]). Der Beschwerdeführer führte dabei hinsichtlich seines Alters aus, er kenne sein genaues Geburtsdatum nicht, wisse aber, dass er (...) Jahre alt und zwischen dem (...) und (...) geboren worden sei. Seine Tazkara befinde sich in Afghanistan.

D.

Mit E-Mail vom 1. April 2018 liess der Beschwerdeführer dem SEM die Kopie einer Tazkara zukommen.

E.

Anlässlich der Gewährung des rechtlichen Gehörs zur Altersbestimmung am 4. April 2018 teilte das SEM dem Beschwerdeführer mit, dass es ihn für volljährig halte. In der Folge wurde im Zentralen Migrationsinformationssystem (ZEMIS) der 1. Januar 2000 als Geburtsdatum des Beschwerdeführers erfasst.

F.

Am 18. April 2018 ersuchte das SEM gestützt auf Art. 18 Abs. 1 Bst. b der Verordnung (EU) Nr. 604/2013 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Juni 2013 zur Festlegung der Kriterien und Verfahren zur Bestimmung des Mitgliedstaats, der für die Prüfung eines von einem Drittstaatsangehörigen oder Staatenlosen in einem Mitgliedstaat gestellten Antrags auf internationalen Schutz zuständig ist (Dublin-III-VO), die (...) Behörden um Übernahme des Beschwerdeführers. Die (...) Behörden hiessen das Gesuch am 23. April 2018 gut.

G.

Mit Verfügung vom 24. April 2018 trat das SEM auf das Asylgesuch in Anwendung von Art. 31a Abs. 1 Bst. b AsylG (SR 142.31) nicht ein und ordnete die Wegweisung des Beschwerdeführers aus der Schweiz nach C._____ an. Die Verfügung erwuchs unangefochten in Rechtskraft.

Das SEM begründete seine Verfügung damit, dass ein Abgleich mit der Eurodac-Datenbank ergeben habe, dass der Beschwerdeführer am 27. Februar 2018 in C._____ ein Asylgesuch gestellt habe und die (...) Behörden ihr Rückübernahmeersuchen gutgeheissen hätten. Bei der Einreichung seines Asylgesuchs habe der Beschwerdeführer angegeben, am (...) geboren worden und noch minderjährig zu sein. Sein geltend gemachtes Alter habe er jedoch mit keinerlei Identitätspapieren belegen können. Die von ihm eingereichte Tazkara vermöge sein Alter nicht rechtsgenügend zu beweisen, da diese leicht käuflich und fälschbar seien. Zudem handle es sich dabei nur um eine Kopie. Anlässlich der Gewährung des rechtlichen Gehörs habe er zudem unsubstantiierte und teils widersprüchliche Angaben zu seinem Alter und seinem Lebenslauf gemacht. Schliesslich hätten die (...) Behörden der Wiederaufnahme ausdrücklich zugestimmt.

H.

Mit Eingabe vom 8. Juni 2018 ersuchte der Beschwerdeführer durch seine Rechtsvertreterin beim SEM um Wiedererwägung des Entscheids vom 24. April 2018.

Mit dem Wiedererwägungsgesuch reichte der Beschwerdeführer eine Tazkara im Original mit Übersetzung zu den Akten.

I.

Mit Schreiben vom 12. Juni 2018 teilte das SEM dem Beschwerdeführer mit, dass er gemäss Mitteilung des kantonalen Migrationsamts seit dem 6. Mai 2018 unbekanntem Aufenthalts sei und forderte ihn auf, sich bis zum 22. Juni 2018 beim Migrationsamt zu melden, damit das Wiedererwägungsgesuch behandelt werden könne.

J.

Mit Schreiben vom 18. Juni 2018 teilte der Beschwerdeführer dem SEM mit, dass er bei seiner Familie im Kanton D._____ lebe und dass er die Behandlung seines Wiedererwägungsgesuchs verlange.

K.

Mit Zwischenverfügung vom 2. Juli 2018 forderte das SEM den Beschwerdeführer auf, innert Frist einen Gebührenvorschuss in der Höhe von Fr. 600.– zu leisten unter Androhung des Nichteintretens bei Nichtbezahlung innert Frist. Weiter teilte es mit, der Vollzug der Wegweisung werde nicht ausgesetzt.

L.

Mit Verfügung vom 20. Juli 2018 – eröffnet am 26. Juli 2018 – trat das SEM infolge nicht geleisteten Gebührenvorschusses auf das Wiedererwägungsgesuch vom 8. Juni 2018 nicht ein, erklärte die Verfügung vom 24. April 2018 als rechtskräftig und vollstreckbar und teilte dem Beschwerdeführer mit, einer allfälligen Beschwerde komme keine aufschiebende Wirkung zu.

M.

Mit Eingabe vom 2. August 2018 erhob der Beschwerdeführer durch seinen Rechtsvertreter Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht und beantragte, die Verfügungen des SEM vom 20. Juli 2018 (Nichteintreten auf das Wiedererwägungsgesuch wegen Nichtleisten des Kostenvorschusses) sowie die Verfügung vom 2. Juli 2018 (Zwischenverfügung betreffend Erhebung eines Kostenvorschusses) seien aufzuheben. In verfahrensrechtlicher Hinsicht ersuchte er um Erteilung der aufschiebenden Wirkung sowie um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege im Sinne von Art. 65 Abs. 1 VwVG.

N.

Mit Zwischenverfügung vom 9. August 2018 setzte der damals zuständige Instruktionsrichter den Vollzug der Überstellung des Beschwerdeführers per sofort aus, lud die Vorinstanz ein, innert Frist eine Vernehmlassung einzureichen, und hielt fest, über die Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege werde nach Ablauf der Frist für die Vernehmlassung befunden.

O.

Mit Eingabe vom 24. August 2018 reichte das SEM eine Vernehmlassung zu den Akten.

P.

Mit Verfügung vom 30. August 2018 bot der damals zuständige Instruktionsrichter dem Beschwerdeführer Gelegenheit, eine Replik einzureichen.

Q.

Mit Eingabe vom 14. September 2018 reichte der Beschwerdeführer eine Replik zu den Akten.

R.

Mit Schreiben vom 15. Oktober 2018 teilte der Beschwerdeführer dem Bundesverwaltungsgericht seine neue Adresse mit.

S.

Mit Eingabe vom 11. Januar 2019 stellte der Beschwerdeführer dem Gericht mehrere dem Kantonalen Migrationsamt eingereichte Dokumente zur Kenntnisnahme zu.

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 – so auch vorliegend – endgültig (Art. 105 AsylG [SR 142.31]; Art. 83 Bst. d Ziff. 1 BGG).

1.2 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.

Mit Beschwerde kann die Verletzung von Bundesrecht, einschliesslich Missbrauch und Überschreitung des Ermessens sowie die unrichtige oder unvollständige Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts gerügt werden (Art. 106 Abs. 1 AsylG).

3.

Anfechtungsgegenstand ist vorliegend nicht nur die Verfügung des SEM vom 20. Juli 2018, mit welcher es auf das Wiedererwägungsgesuch mangels Bezahlung des Gebührenvorschusses nicht eingetreten ist, sondern auch die gemäss Art. 107 Abs. 1 AsylG erst mit dem Endentscheid anfechtbare Zwischenverfügung vom 2. Juli 2018, mit welcher das SEM einen Gebührenvorschuss eingefordert hat mit der Begründung, das Wiedererwägungsgesuch sei als aussichtslos zu erachten. Demnach ist nachfolgend zu prüfen, ob das SEM zu Recht einen Gebührenvorschuss erhoben hat beziehungsweise ob seine Einschätzung, dem Wiedererwägungsgesuch fehle es an Erfolgsaussichten, zutreffend war, und die nach Nichtbezahlung des Gebührenvorschusses erlassene Nichteintretensverfügung zu Recht erfolgt ist.

4.

4.1 Das Wiedererwägungsverfahren ist im Asylrecht spezialgesetzlich geregelt (vgl. Art. 111b ff. AsylG). Ein entsprechendes Gesuch ist dem SEM innert 30 Tagen nach Entdeckung des Wiedererwägungsgrundes schriftlich und begründet einzureichen; im Übrigen richtet sich das Verfahren nach den revisionsrechtlichen Bestimmungen von Art. 66–68 VwVG (Art. 111b Abs. 1 AsylG).

In seiner praktisch relevantesten Form bezweckt das Wiedererwägungsgesuch die Änderung einer ursprünglich fehlerfreien Verfügung an eine nachträglich eingetretene erhebliche Veränderung der Sachlage (vgl. BVGE 2014/39 E. 4.5 m.w.H.). Prozessgegenstand bei einem Wiedererwägungsgesuch hinsichtlich eines gestützt auf Art. 31a Abs. 1 Bst. b AsylG gefällten Nichteintretensentscheides (Dublin-Verfahren) kann lediglich die Frage bilden, ob sich seit Abschluss des ordentlichen Verfahrens eine nachträglich veränderte Sachlage respektive Gründe nach Art. 66 Abs. 2 VwVG im Hinblick auf die staatsvertragliche Zuständigkeit des fraglichen Mitgliedstaates oder hinsichtlich der Völkerrechtskonformität einer Wegweisung dorthin ergeben haben, oder ob seither humanitäre Gründe im Sinne von Art. 29a Abs. 3 der Asylverordnung 1 vom 11. August 1999 über Verfahrensfragen (AsylV 1, SR 142.311) eingetreten sind.

4.2 Der Beschwerdeführer reiste (nachdem er bereits in B._____ um Asyl nachgesucht hatte) in den Dublin-Mitgliedstaat C._____ ein, wo er gemäss der EUODAC-Datenbank am 27. Februar 2018 ebenfalls ein Asylgesuch stellte. Bei dieser Sachlage wäre grundsätzlich C._____ zuständig für die Prüfung seines Asylantrags (vgl. Art. 18 Abs. 1 Bst. b Dublin-

III-VO). Dieses Zuständigkeitskriterium hätte allerdings zurückzutreten, sofern von der Minderjährigkeit des Beschwerdeführers auszugehen wäre. Art. 6 und 8 Dublin-III-VO sehen verschiedene Garantien für Minderjährige vor; so gilt gemäss Art. 8 Abs. 4 Dublin-III-VO insbesondere, dass im Falle eines unbegleiteten Minderjährigen ohne familiäre Anknüpfungspunkte zu einem anderen Mitgliedstaat derjenige Mitgliedstaat für die Prüfung des Asylgesuchs zuständig ist, in welchem er seinen Antrag gestellt hat, sofern dies dem Wohl des Minderjährigen dient. Gemäss der genannten Bestimmung sind somit unbegleitete Minderjährige von (Wieder-)Aufnahmeverfahren ausgenommen (vgl. dazu FILZWIESER/SPRUNG, Dublin-III-Verordnung, 2014, K15 f. zu Art. 8). Falls der Beschwerdeführer als minderjährig zu erachten wäre, würde dies demnach gemäss Art. 8 Abs. 4 Dublin-III-VO eine vorrangige Zuständigkeit der Schweiz begründen.

5.

5.1 In seinem Wiedererwägungsgesuch machte der Beschwerdeführer neue Tatsachen und das Auffinden von neuen Beweismitteln geltend. Anlässlich der BzP habe er das SEM ersucht, ihm Zeit für die Beschaffung eines Dokuments zu geben, welches seine Minderjährigkeit belegen solle, was vom SEM jedoch abgelehnt worden sei. Vor einigen Tagen, nachdem das SEM auf sein Asylgesuch nicht eingetreten sei, habe er nun eine neue Tazkara erstellen lassen können, welche aufgrund seiner in der Schweiz aufgetretenen Probleme neu angefertigt worden sei. Seine Familie habe das Original derjenigen Tazkara, welche er dem SEM in Kopie am 1. April 2018 eingereicht habe, nicht auffinden können, und deswegen eine Neue anfertigen müssen. Aufgrund der dargelegten Minderjährigkeit, fehlender Familienangehörigen und der Tatsache, dass er in der Schweiz um Asyl nachgesucht habe, sei die Schweiz gemäss Art. 8 Abs. 4 Dublin-III-VO zuständig für die Durchführung seines Asylverfahrens. In seinem Nichteintretensentscheid vom 24. April 2018 habe das SEM praktisch nicht begründet, weshalb es von seiner Volljährigkeit ausgegangen sei. Mit dem Einreichen dieser Tazkara im Original könne die Vermutung des SEM betreffend seine Volljährigkeit umgestossen werden.

5.2 Das SEM begründete in seiner Zwischenverfügung das Erheben eines Gebührevorschusses damit, dass der Beschwerdeführer seit dem 6. Mai 2018 unbekanntem Aufenthalts sei und sich Asylsuchende im Rahmen ihrer Mitwirkungspflicht während des Verfahrens den Behörden zur Verfügung halten müssten. Solange er nicht beim zuständigen Migrationsamt vorse-

che, gelte er weiter als unbekanntem Aufenthalts, womit von einem fehlenden Rechtsschutzinteresse auszugehen sei. Aus diesem Grund sei das Wiedererwägungsgesuch von vornherein als aussichtslos zu erachten.

5.3 In der Beschwerde machte der Beschwerdeführer geltend, dass er neu bei seinem Cousin in E. _____ wohne. Die Ausführungen des SEM, er habe sich den Behörden während des Verfahrens nicht zur Verfügung gehalten, seien falsch; er habe seine neue Adresse den Behörden umgehend bekannt gegeben. Das SEM hätte auf das Wiedererwägungsgesuch eingetreten und das neu entstandene Beweismittel und dessen Beweiswert ernsthaft prüfen müssen. Das SEM habe dies aber unterlassen, obwohl sein Alter ausschlaggebend sei für die Behandlung seines Asylgesuchs und die korrekte Anwendung der geltenden Dublin-Bestimmungen. Die Aussagen des SEM, die Tazkara sei leicht fälschbar und käuflich, würden allgemeine Behauptungen darstellen. Das SEM hätte keinen Gebührenvorschuss verlangen dürfen, da sein Wiedererwägungsgesuch nicht von vornherein aussichtslos sei. Da das SEM dieses Beweismittel nicht untersucht habe, sei sein Anspruch auf rechtliches Gehör verletzt worden. Die Zwischenverfügung vom 2. Juli 2018 und die Nichteintretensverfügung vom 20. Juli 2018 müssten deswegen aufgehoben werden. Die von den (...) Behörden angenommene Volljährigkeit binde die schweizerischen Behörden nicht. Diese Gründe auf seinen Angaben gegenüber den (...) Behörden anlässlich einer vorübergehenden Festhaltung von 24 Stunden, welche er nur gemacht habe, um nicht von seinen Mitreisenden getrennt zu werden, und welchen nicht mehr Gewicht beigemessen werden dürfe, als denjenigen in der BzP. Ausserdem würden seine Altersangaben den (...) Behörden gegenüber aus keinem einzigen Dokument hervorgehen. Der Vorhalt des SEM, bei den (...) und den (...) Behörden unterschiedliche Altersangaben gemacht zu haben, stelle somit eine Behauptung dar und könne nicht nachgeprüft werden. Die Aussage des SEM, die (...) Behörden hätten der Wiederaufnahme des Beschwerdeführers ausdrücklich zugestimmt, womit er dort ebenfalls als volljährig gelte, sei lückenhaft und stelle kein Beurteilungskriterium für sein Alter dar. Das SEM hätte gestützt auf Art. 17 Abs. 3^{bis} AsylG ein Altersgutachten veranlassen müssen. Zudem hätte es die Glaubhaftigkeitsmassstäbe gemäss Art. 7 AsylG richtig anwenden müssen. Sein Verhalten, den Namen des zweiten durchreisten Staates in Europa nicht genannt zu haben, sei entgegen den Ausführungen des SEM in der Anhörung zu seinem Alter nicht als typisches Verhalten eines Erwachsenen zu werten, da auch Kinder ein solches Verhalten an den Tag legen würden. Den Namen dieses Staates habe er tatsächlich nicht nennen kön-

nen. Die Ansicht des SEM, er habe das Verhalten und Aussehen einer volljährigen Person, entbehre jeglicher Grundlage und sei ausschliesslich der persönlichen Auffassung der befragenden Person zuzusprechen. Insgesamt habe das SEM keine anderen Hinweise darauf, dass er nicht minderjährig sei, als die angebliche Registrierung des Beschwerdeführers in anderen Ländern, wobei unklar sei, um was für Angaben es sich dabei handeln solle. Zudem würden sich die Gründe für die Änderung seines Alters nicht in der Verfügung vom 24. April 2018 finden, was ebenfalls eine Verletzung des rechtlichen Gehörs darstelle. Schliesslich habe das SEM seinen Anspruch, in der Nähe seiner Familie bleiben zu können, sowie sein Recht auf Identität im Sinne von Art. 8 EMRK verletzt.

5.4 Das SEM hielt in seiner Vernehmlassung an seinen bisherigen Erwägungen fest. Dabei führte es aus, dass es in den beiden angefochtenen Verfügungen nicht auf das Alter des Beschwerdeführers eingegangen sei, weil aufgrund seines unbekanntes Aufenthaltes von einem fehlenden Rechtsschutzinteresse habe ausgegangen werden müssen. Der Migrationsdienst des Kantons F. _____ sei weiterhin für die Unterbringung des Beschwerdeführer zuständig, solange das SEM einem Kantonswechsel nicht zugestimmt habe. Die eingereichte Tazkara vermöge sein Alter nicht rechtsgenügend zu beweisen, da diese leicht fälschbar und käuflich zu erwerben sei und der Beschwerdeführer anlässlich des rechtlichen Gehörs angegeben habe, seiner Familie sei es nicht möglich, ihm das Original seiner Tazkara zukommen zu lassen. Die mit dem Wiedererwägungsgesuch eingereichte Tazkara im Original stimme zudem nicht mit derjenigen überein, welche dem SEM am 1. April 2018 zugestellt worden sei. Es sei nicht nachvollziehbar, weshalb der Beschwerdeführer das Original einer Tazkara zu den Akten gereicht habe, welche jedoch vom gleichen Tag (11. Februar 2014) datiere. Zudem scheine der Stempel auf dem Passfoto nicht mit dem Rest des Stempels übereinzustimmen, was zusätzlich an der Echtheit des Dokuments zweifeln lasse. Die (...) Behörden hätten zudem ihrem Wiederaufnahmeersuchen zugestimmt und es bestehe kein Grund, die Registrierung des Beschwerdeführers als volljährige Person durch die (...) Behörden anzuzweifeln. Hätten diese Zweifel an seiner Volljährigkeit gehabt, wäre das Ersuchen des SEM abgelehnt worden. Dass sich der Beschwerdeführer als volljährig ausgegeben habe, um nicht von seinen Reisegefährten getrennt zu werden, sei nicht zu seinen Gunsten auszulegen, sondern bestätige, dass er gewillt sei, falsche Angaben zu machen, um daraus einen Vorteil zu ziehen. In B. _____ habe er ebenfalls ein falsches Geburtsdatum angegeben, wonach er ungefähr ein bis zwei Jahre älter wäre als

das in der Schweiz angegeben Alter. Da er nicht als minderjährig gelte, werde das Kindeswohl nicht weiter gewürdigt.

5.5 In der Replik hielt der Beschwerdeführer daran fest, dass mit dem Nichteintretensentscheid des SEM vom 20. Juli 2018 sein Anspruch auf rechtliches Gehör verletzt worden sei. Ausserdem stelle dieser Entscheid eine Rechtsverweigerung dar. Weiter hielt der Beschwerdeführer an seiner Minderjährigkeit fest und führte dazu aus, er habe alles ihm Mögliche dazu beigetragen, um diese zu belegen, wobei die zu diesem Zweck produzierte Tazkara vom SEM nicht berücksichtigt worden sei. Die Angaben zu seiner Identität, welche er in B._____ und C._____ gemacht habe, seien nicht als Indiz für irgendetwas zu werten, da sich minderjährige Asylsuchende für gewöhnlich älter machen würden, um ihre Zielland zwecks Stellung eines Asylgesuches zu erreichen.

6.

6.1 Gemäss Art. 29 Abs. 3 BV hat jede Person, die nicht über die erforderlichen Mittel verfügt, auf Gesuch hin Anspruch auf die Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege im Sinne eines Verzichts auf die Erhebung von Verfahrenskosten und eines Kosten- bzw. Gebührenvorschusses, wenn ihr Rechtsbegehren nicht aussichtslos erscheint. Dieser Anspruch gilt als verfassungsmässige Minimalgarantie auch in Verwaltungsverfahren. Für das vorliegende Verfahren vor dem SEM wird der verfassungsrechtliche Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege durch Art. 65 Abs. 1 VwVG konkretisiert.

6.2 Das SEM erhebt gemäss Art. 111b AsylG eine Gebühr, wenn eine Person nach rechtskräftigem Abschluss ihres Asyl- und Wegweisungsverfahrens ein Wiedererwägungsgesuch einreicht und das SEM das Gesuch ablehnt oder darauf nicht eintritt. Es kann von der gesuchstellenden Person einen Gebührenvorschuss in der Höhe der mutmasslichen Verfahrenskosten verlangen und setzt zu dessen Leistung unter Androhung, dass im Säumnisfall auf das Gesuch nicht eingetreten werde, eine angemessene Frist an. Auf die Erhebung eines Gebührenvorschusses wird verzichtet, wenn die gesuchstellende Person bedürftig ist und ihre Begehren nicht von vornherein aussichtslos erscheinen oder im Verfahren mit unbegleiteten Minderjährigen, wenn das Wiedererwägungsgesuch nicht von vornherein aussichtslos erscheint.

6.3 Aussichtslos sind nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung Prozessbegehren, bei denen die Gewinnaussichten beträchtlich geringer sind

als die Verlustgefahr und die deshalb kaum als ernsthaft bezeichnet werden können. Dagegen gilt ein Begehren nicht als aussichtslos, wenn sich Gewinnaussichten und Verlustgefahr ungefähr die Waage halten oder die Gewinnaussichten nur wenig geringer sind als die Verlustgefahr. Massgebend ist, ob eine Partei, die über die nötigen finanziellen Mittel verfügt, sich bei vernünftiger Überlegung zu einem Prozess entschliessen würde. Ob im Einzelfall genügende Erfolgsaussichten bestehen, beurteilt sich nach den Verhältnissen in dem Zeitpunkt, in welchem das Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege gestellt wird, und gestützt auf eine summarische Betrachtungsweise (vgl. BGE 138 III 218 E. 2.2.4 m.w.H.).

7.

7.1 Der Beschwerdeführer machte in seiner Beschwerde unter anderem Verfahrensfehler geltend und führte dazu aus, das SEM habe sich in seiner Zwischenverfügung vom 2. Juli 2018, in welcher es einen Gebührenvorschuss erhob und diesen mit der Aussichtslosigkeit begründete, nicht mit dem eingereichten Beweismittel befasst.

7.2 Gemäss Art. 6 AsylG in Verbindung mit Art. 12 VwVG stellt die Behörde den Sachverhalt von Amtes wegen fest. 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. Die asylsuchende Person hat bei der Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts mitzuwirken. Unter anderem hat sie ihre Identität offenzulegen und ihre Reisepapiere und Identitätsausweise abzugeben (Art. 8 Abs. 1 Bstn. a und b AsylG). Ausserdem hat die asylsuchende Person insbesondere die geltend gemachte Minderjährigkeit zu beweisen, soweit der Beweis möglich ist, und andernfalls wenigstens glaubhaft zu machen. Gemäss Rechtsprechung trägt die asylsuchende Person die Beweislast für die behauptete Minderjährigkeit, das heisst die behauptete Minderjährigkeit gilt als unbewiesen, wenn weder der asylsuchenden Person der Nachweis gelingt, dass sie jünger als 18 Jahre alt ist, noch der Behörde, dass sie 18-jährig oder älter ist (vgl. dazu das Urteil D-5785/2015 des Bundesverwaltungsgerichts vom 10. März 2016, E. 3.1, m.w.H.). Im Rahmen einer Gesamtwürdigung ist eine Abwägung sämtlicher Anhaltspunkte, welche für oder gegen die Richtigkeit der betreffenden Altersangaben sprechen, vorzunehmen (vgl. das Urteil des BVGer E-429/2015 vom 12. Februar 2015 E. 5.1 S. 9 mit Hinweis auf Entscheidungen und Mitteilungen der Schweizerischen Asylrekurskommission [EMARK] 2004 Nr. 30 E. 5.2 sowie E. 5.3.4). Fehlen rechtsgenügende Identitätsausweise oder bestehen Hinweise, dass eine

angeblich minderjährige asylsuchende Person das Mündigkeitsalter bereits erreicht hat, so kann im Rahmen der Feststellung des Sachverhalts mit Unterstützung wissenschaftlicher Methoden – beispielsweise Knochenaltersanalysen – abgeklärt werden, ob die Altersangabe der asylsuchenden Person dem tatsächlichen Alter entspricht (Art. 17 Abs. 3^{bis} AsylG; Art. 7 Abs. 1 AsylV 1).

7.3 Gemäss Art. 29 VwVG haben die Parteien Anspruch auf rechtliches Gehör. Das rechtliche Gehör dient einerseits der Sachaufklärung, andererseits stellt es ein persönlichkeitsbezogenes Mitwirkungsrecht beim Erlass eines Entscheides dar, welcher in die Rechtsstellung des Einzelnen eingreift.

Die Begründungspflicht, welche sich ebenfalls aus dem Anspruch auf rechtliches Gehör ergibt, verlangt, dass die Behörde ihren Entscheid so begründet, dass der Betroffene den Entscheid gegebenenfalls sachgerecht anfechten kann und sich sowohl der Betroffene als auch die Rechtsmittelinstanz über die Tragweite des Entscheides ein Bild machen können (vgl. LORENZ KNEUBÜHLER, in: Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren [VwVG], 2008, Art. 35 N. 6ff.; BVGE 2007/30 E. 5.6). Dabei kann sich die verfügende Behörde auf die wesentlichen Gesichtspunkte beschränken, hat jedoch wenigstens die Überlegungen kurz anzuführen, von denen sie sich leiten liess und auf welche sie ihren Entscheid stützt (BVGE 2008/47 E. 3.2; EMARK 2006 Nr. 24 E. 5.1).

7.4

7.4.1 Das SEM begründete die Aussichtslosigkeit in seiner Zwischenverfügung vom 2. Juli 2018 damit, dass sich der Beschwerdeführer aufgrund seines Umzugs in den Kanton D._____ den Behörden nicht zur Verfügung halte. Dabei verkannte es einerseits, dass der Beschwerdeführer seinen neuen Aufenthaltsort (E._____) dem SEM mit Schreiben vom 18. Juni 2018 mitgeteilt hatte (vgl. Sachverhalt J). Sein Aufenthaltsort war dem SEM demnach zu diesem Zeitpunkt nicht unbekannt. Der Beschwerdeführer nahm aber einen eigenmächtigen Umzug in einen anderen Kanton vor (ohne sich je beim vom SEM zugewiesenen Kanton F._____ zu melden). Die mögliche Rechtsfolge davon wäre allenfalls gewesen, den Beschwerdeführer durch Amtshilfe des selbst gewählten Wohnkantons dem vom SEM bestimmten Kanton zuzuführen (vgl. Art. 48 AsylG). Andererseits verkannte die Vorinstanz, dass Folge davon, dass sich asylsuchende Personen aufgrund unbekanntem Aufenthalts während eines hän-

gigen Asylverfahrens den Behörden nicht zur Verfügung halten, ausschliesslich eine formlose Abschreibung des Verfahrens bewirken können, indem angenommen wird, sie verzichten auf die Weiterführung des Verfahrens (Art. 8 Abs. 3^{bis} AsylG). In keinem Fall vermag jedoch eine Verletzung dieser den asylsuchenden Personen auferlegte Mitwirkungspflicht im Sinne dieser Bestimmung zur Feststellung zu führen, die gestellten Rechtsbegehren seien aufgrund unbekanntem Aufenthalts als aussichtslos einzustufen. Das SEM wäre gehalten gewesen, die Erfolgchancen des Wiedererwägungsgesuchs *anhand der im Gesuch geltend gemachten neuen Tatsachen* (vorliegend das neu entstandene und zu den Akten gereichte Beweismittel) zu prüfen und das Ergebnis dieser Prüfung in der Verfügung entsprechend zu begründen. Mit dem eben skizzierten Vorgehen hat das SEM folglich seine Begründungspflicht verletzt. Der auf Beschwerdeebene eingereichten Vernehmlassung des SEM sind zwar Äusserungen zum Alter des Beschwerdeführers, der damit verbundenen Änderung seines Geburtsdatums sowie zur eingereichten Tazkara zu entnehmen. Ob und inwiefern diese nachträgliche Begründung jedoch zu einer Heilung des Verfahrensfehlers zu führen vermag, kann aufgrund der nachfolgenden Erwägungen offengelassen werden.

7.4.2 Der Beschwerdeführer gab im ersten Asylverfahren an, (...) Jahre alt zu sein, sein genaues Geburtsdatum jedoch nicht zu kennen (es liege zwischen dem (...) und (...)) [vgl. BzP 1.06, SEM-Akte A6]). Seine Tazkara befinde sich in Afghanistan. Identitätsdokumente (beziehungsweise eine Kopie davon) reichte der Beschwerdeführer zu einem späteren Zeitpunkt (per E-Mail vom 1. April 2018) zu den Akten. Sowohl anlässlich der BzP als auch in der Anhörung zur Bestimmung seines Alters bat der Beschwerdeführer um Gewährung einer Frist, seine Tazkara einreichen zu können. Diese gewährte das SEM dem Beschwerdeführer offenbar nicht, obwohl dieser anlässlich der Anhörung zu seinem Alter ausführte, er benötige mehr Zeit als die 14 Tage zwischen den beiden Anhörungen, um ein originales Identitätsdokument zu beschaffen (vgl. A8 Q41, A6 4.07). Das SEM änderte somit das Alter des Beschwerdeführers auf volljährig, ohne den Eingang eines solchen Dokuments abzuwarten und einzig basierend auf Angaben, welche der Beschwerdeführer angeblich gegenüber den Behörden auf seiner Reise durch Europa gemacht hatte sowie aufgrund subjektiver Eindrücke der befragenden Person. Seiner Mitwirkungspflicht ist der Beschwerdeführer insofern nachgekommen, als er zweimal anbot, ein Identitätsdokument zu beschaffen sowie bereits im ersten vorinstanzlichen Asylverfahren ein solches in Kopie zu den Akten reichte. Letzterem Dokument entnahm das SEM, dass der Beschwerdeführer minderjährig sei (vgl. A8 Q16), mass

dem Dokument aufgrund der Eigenschaft als Kopie jedoch keinen Beweiswert zu. Mit seinem Wiedererwägungsgesuch reichte der Beschwerdeführer schliesslich eine Original-Tazkara ein, gemäss welcher der Beschwerdeführer Jahrgang (...) hat (vgl. A29). Diese beiden Beweismittel stellen (wenn auch schwache) Indizien für die Minderjährigkeit des Beschwerdeführers dar, auch wenn diese Dokumente aufgrund der leichten Fälsch- und Erwerbbarkeit nicht den vollen Beweis seiner Minderjährigkeit zu erbringen vermögen. Den Ausführungen der Vorinstanz in ihrer Vernehmlassung ist denn insofern zuzustimmen, dass das auf der Original-Tazkara vorhandene Passfoto erst nachträglich auf das Dokument geklebt wurde, was durch den nicht passenden Stempel auf dem Passfoto sowie dadurch, dass der Stempel auf dem Papier auch unter dem Passfoto vorhanden ist, ersichtlich ist. Dies lässt, wie das SEM zu Recht ausführte, Zweifel an der Echtheit der Tazkara aufkommen. Nichtsdestotrotz ergeben sich aufgrund der Aktenlage mehrere Hinweise auf eine mögliche Minderjährigkeit des Beschwerdeführers. Falls der Beschwerdeführer zu Unrecht als volljährig qualifiziert würde, würden ihm dadurch wesentliche Nachteile entstehen. Aufgrund des Untersuchungsgrundsatzes wäre das SEM daher (spätestens) nach Kenntnis der mit dem Wiedererwägungsgesuch eingereichten Tazkara im Original verpflichtet gewesen, sachdienliche Abklärungen bezüglich des Alters des Beschwerdeführers vorzunehmen und daraus die korrekten Schlüsse zu ziehen. Dies muss insbesondere in Anbetracht dessen gelten, dass die befragende Person dem Beschwerdeführer in der Anhörung zum Alter mitteilte, sie benötige eine Tazkara im Original, um seine Alter bestimmen zu können (vgl. A8 Q68), diese aber, als der Beschwerdeführer wiedererwägungsweise eine solche zu den Akten reichte, nicht ansatzweise prüfte.

7.5 Im Ergebnis ist damit festzustellen, dass die Zuständigkeit C. _____ für das Asyl- und Wegweisungsverfahren des Beschwerdeführers gestützt auf eine unvollständige Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts vorgenommen wurde und das SEM die ihm obliegende Untersuchungspflicht verletzt hat. Zudem verletzte das SEM damit, dass es das im Wiedererwägungsverfahren eingereichte Beweismittel in der angefochtenen Verfügung überhaupt nicht würdigte, seine Begründungspflicht und den Anspruch des Beschwerdeführers auf rechtliches Gehör.

7.6 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 (vgl. BVGE 2012/21 E. 5). Im vorliegenden Fall ist nach dem Gesagten eine Kassation als angezeigt zu erachten, da das SEM aufgrund der vorstehenden Erwägungen geeignete Abklärungen zur möglichen Minderjährigkeit des Beschwerdeführers vorzunehmen und anschliessend über sein Wiedererwägungsgesuch neu zu befinden hat.

7.7 In Anbetracht aller im Zeitpunkt der Zwischenverfügung des SEM vom 2. Juli 2018 bekannt gewesenen Umstände und der vorstehend aufgezeigten offenen Fragen in wesentlichen Punkten das Alter des Beschwerdeführers betreffend kommt das Gericht zum Schluss, dass das SEM das Wiedererwägungsgesuch in seiner summarischen Würdigung zu Unrecht als aussichtslos erachtete. In Anwendung von Art. 111d Abs. 2 AsylG hätte es auf die Einforderung des Gebührenvorschusses verzichten müssen und das Nichteintreten mangels Bezahlung des Gebührenvorschusses nicht verfügen dürfen. Die Beschwerde ist folglich gutzuheissen. Die beiden angefochtenen Verfügungen vom 2. Juli 2018 und 20. Juli 2018 sind aufzuheben und die Sache ist zur Neuurteilung an das SEM zurückzuweisen. Das SEM wird dabei dem im Wiedererwägungsverfahren neu zu den Akten gereichten Beweismittel sowie den entsprechenden gesetzlichen Bestimmungen die Feststellung des Alters von asylsuchenden Personen betreffend Rechnung zu tragen haben.

8.

Die vom Bundesverwaltungsgericht angeordnete Aussetzung des Wegweisungsvollzugs bleibt aufrechterhalten, bis das nunmehr zuständige SEM im Rahmen des Wiedererwägungsverfahrens entsprechende Anordnungen trifft.

9.

9.1 Bei diesem Ausgang des Beschwerdeverfahrens sind keine Kosten zu erheben (Art. 63 Abs. 1 VwVG). Das Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege ist somit mit dem vorliegenden Urteil gegenstandslos geworden.

9.2 Der obsiegenden Partei ist für die ihr erwachsenen notwendigen Kosten von Amtes wegen oder auf Begehren eine Parteientschädigung auszurichten (Art. 64 Abs. 1 VwVG; Art. 7 des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht (VGKE, SR 173.320.2).

9.3 Der Rechtsvertreter des Beschwerdeführers hat keine Kostennote zu den Akten gereicht. Indessen lässt sich der entstandene Vertretungsaufwand aufgrund der Aktenlage zuverlässig abschätzen, weshalb auf die Einholung einer Kostennote verzichtet werden kann (vgl. Art. 14 Abs. 2 in fine VGKE). Unter Berücksichtigung der massgebenden Berechnungsfaktoren (Art. 9 ff. VGKE) ist die von der Vorinstanz zu entrichtende Parteientschädigung auf Fr. 1'200.– (inkl. Auslagen und Mehrwertsteuer) festzusetzen.

(Dispositiv nächste Seite)

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.

Die Beschwerde wird gutgeheissen. Die Verfügung des SEM vom 20. Juli 2018 sowie die Zwischenverfügung vom 2. Juli 2018 werden aufgehoben und die Sache wird zur Neu beurteilung im Sinne der Erwägungen an das SEM zurückgewiesen.

2.

Der Vollzug der Wegweisung bleibt bis zum Abschluss des Wiedererwägungsverfahrens vor dem SEM ausgesetzt.

3.

Es werden keine Verfahrenskosten erhoben.

4.

Das SEM wird angewiesen, dem Beschwerdeführer eine Parteientschädigung in der Höhe von Fr. 1'200.– auszurichten.

5.

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

Die vorsitzende Richterin:

Die Gerichtsschreiberin:

Contessina Theis

Irina Wyss

Versand: