



Abteilung V
E-2612/2008/ame
{T 0/2}

Urteil vom 18. November 2010

Besetzung

Richterin Christa Luterbacher (Vorsitz), Richter Kurt Gysi,
Richter Maurice Brodard,
Gerichtsschreiberin Gabriela Oeler.

Parteien

A_____, geboren (...) 1990,
Somalia,
vertreten durch lic. iur. Randi von Stechow, (...)
Beschwerdeführer,

gegen

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

Gegenstand

Nichteintreten auf Asylgesuch und Wegweisung;
Verfügung des BFM vom 16. April 2008 / N (...).

Sachverhalt:**A.**

Eigenen Angaben zufolge verliess der Beschwerdeführer seinen Heimatstaat Somalia im November 2007 auf dem Landweg in Richtung Jemen, von wo aus er auf dem Luftweg mit einem gefälschten italienischen Pass nach Italien gelangt sei. Am 6. Dezember 2007 reiste er mit dem Zug in die Schweiz, nachdem ihm ein erster Einreiseversuch am 4. Dezember 2007 misslungen und er den italienischen Behörden rückübergeben worden war. Am 3. März 2008 reichte er im Empfangs- und Verfahrenszentrum (EVZ) Kreuzlingen ein Asylgesuch ein. Der Beschwerdeführer wies sich anlässlich der Asylgesuchstellung mit einer Kopie seines in Mogadishu ausgestellten Geburtsscheines aus. Hinsichtlich seines Alters gab er an, am 21. Oktober 1990 geboren und damit noch minderjährig zu sein.

B.

Aufgrund von Zweifeln an der behaupteten Minderjährigkeit gab das BFM beim Spital Thurgau in Frauenfeld am 6. März 2008 eine radiologische Untersuchung des Skeletalters (sog. dorso-ventrales Handskelettröntgen) in Auftrag. Diese ergab – bei einer zu berücksichtigenden doppelten Standardabweichung von plus/minus 30,8 Monaten - ein Skeletalter von 19 Jahren.

C.

Am 13. März 2008 wurde der Beschwerdeführer im EVZ summarisch zu seiner Herreise (siehe Bst. A) und den Ausreisegründen befragt. Als Ausreisegründe gab er an, dass seine Familie aufgrund ihrer Hellhäutigkeit in Somalia in verschiedener Weise diskriminiert worden sei. Man habe sie ausgeraubt, bedroht und tätlich angegriffen. Sein Bruder sei auf den Hinterkopf geschlagen worden. Seinem Vater hätten sie bei einem Überfall das Bein gebrochen. Eine seiner Schwestern sei vergewaltigt worden, ein Bruder sei ermordet worden. Er selbst sei am Finger verletzt worden und hätte diesen beinahe verloren. Auch sei er auf den Hinterkopf geschlagen worden und habe dabei das Gedächtnis verloren. Schliesslich sei er mit einem Gewehrkolben in den Bauch geschlagen worden, so dass er beim Gehen nun starke Schmerzen habe. Diese Angriffe seien jeweils aus rassistischen Gründen erfolgt.

D.

Ebenfalls am 13. März 2008 fand eine als Nachbefragung bezeichnete

Anhörung des Beschwerdeführers statt, welche insbesondere den familiären Hintergrund des Beschwerdeführers und seine Altersangabe zum Thema hatte. Anlässlich dieser Nachbefragung wurde ihm auch das Resultat der Knochenaltersanalyse zur Kenntnis gebracht und es wurde ihm zur Annahme der Volljährigkeit beziehungsweise den Gründen (und Folgen) für diese Annahme das rechtliche Gehör gewährt. Konkret wurde dem Beschwerdeführer mitgeteilt, dass das BFM aufgrund der Nichtabgabe von Ausweispapieren, des Fehlens von plausiblen Gründen für deren Nichtabgabe, dem Erscheinungsbild und dem Ergebnis der Knochenaltersanalyse starke Zweifel an der Minderjährigkeit hege. Es gehe deshalb davon aus, dass er volljährig sei und verzichte folglich auf die Beiordnung einer Vertrauensperson für Minderjährige. Der Beschwerdeführer gab dazu zu Protokoll, er sei nicht bereit, diese Einschätzung zu akzeptieren. Er habe das wahre Alter angegeben.

E.

Mit Anfrage vom 20. März 2008 gelangte das BFM bezüglich Rückübernahme des Beschwerdeführers unter Hinweis auf die bereits am 4. Dezember 2007 erstmals erfolgte Rückweisung des Beschwerdeführers nach Italien an die italienischen Behörden. Gestützt auf das Rückübernahmeabkommen Italien-Schweiz stimmten die italienischen Behörden mit Antwortschreiben vom 1. April 2008 der Rückübernahme zu. Einem Begleitschreiben vom 1. April 2008 des EVZ Chiasso zuhanden des EVZ Kreuzlingen ist zu entnehmen, dass die Übergabe innert 30 Tagen erfolgen könne.

F.

Am 9. April 2008 fand eine Anhörung des Beschwerdeführers nach Art. 29 Abs. 1 AsylG zu seinen Ausreisegründen statt. Der Anhörung wohnte eine Person einer Hilfswerksvertretung bei, nicht jedoch eine Vertrauensperson gemäss Art. 17 Abs. 3 Bst. b des Asylgesetzes vom 26. Juni 1998 (AsylG, SR 142.31) .

G.

Mit gleichentags eröffneter Verfügung vom 16. April 2008 trat das BFM gestützt auf Art. 34 Abs. 2 Bst. a AsylG auf das Asylgesuch des Beschwerdeführers nicht ein und ordnete seine Wegweisung samt Vollzug nach Italien an. Für die Begründung wird auf die nachstehenden Erwägungen verwiesen.

H.

Mit Eingabe vom 23. April 2008 erhob der Beschwerdeführer durch seine Rechtsvertreterin Beschwerde gegen den Nichteintretensentscheid. Diese beantragte die Aufhebung der Verfügung und die Rückweisung an die Vorinstanz. Eventualiter sei die Flüchtlingseigenschaft festzustellen und dem Beschwerdeführer sei Asyl zu gewähren. Subeventualiter sei die Unzulässigkeit des Wegweisungsvollzugs festzustellen und die vorläufige Aufnahme anzuordnen. Sodann sei dem Beschwerdeführer die unentgeltliche Rechtspflege zu gewähren und es sei auf die Erhebung eines Kostenvorschusses zu verzichten. Zur Begründung der Eingabe wurde unter anderem angeführt, die geltend gemachte Minderjährigkeit des Beschwerdeführers sei in der angefochtenen Verfügung völlig unerwähnt geblieben. Dem Beschwerdeführer sei für die Anhörung gemäss Art. 29 AsylG zu Unrecht keine Vertrauensperson für Minderjährige beigeordnet worden. Zudem verfüge der minderjährige Beschwerdeführer in der Schweiz über eine Tante und damit über eine nahe Angehörige gemäss Art. 34 Abs. 3 Bst. a AsylG, weshalb er nicht hätte nach Italien weggewiesen werden dürfen, sondern sein Asylgesuch in der Schweiz materiell hätte behandelt werden müssen.

I.

Mit Instruktionsverfügung vom 29. April 2010 verzichtete die zuständige Instruktionsrichterin auf die Erhebung eines Kostenvorschusses. Den Entscheid über die Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege verschob sie auf einen späteren Zeitpunkt. Sodann forderte sie den Beschwerdeführer unter anderem auf, das Verwandtschaftsverhältnis innert Frist zu dokumentieren und eine leserliche Kopie der Identitätskarte der angeblichen Tante einzureichen, ansonsten das behauptete verwandtschaftliche Verhältnis zu Frau B_____ nicht als glaubhaft erachtet werde.

J.

Mit Eingabe vom 14. Mai 2008 nahm die Rechtsvertreterin zum verwandtschaftlichen Verhältnis Stellung und reichte eine leserliche Kopie der schweizerischen Identitätskarte von Frau B_____ zu den Akten. Des Weiteren machte sie geltend, der Beschwerdeführer und Frau B_____ hätten beide einen Gentest machen lassen, über dessen Resultat in Kürze informiert werde.

K.

Am 2. Juni 2008 reichte die Rechtsvertreterin das Resultat der Gen-tests zu den Akten. Diesem ist zu entnehmen, dass bei einer Annahme einer heterogenen Population (Allelfrequenzen ähnlich zur Schweizer Population) eine Wahrscheinlichkeit von Tante-Neffe-Beziehung von 97.59% gegeben sei, bei Annahme einer homogenen Population eine Wahrscheinlichkeit von 22.47%. Da gemäss der ergänzenden Stellungnahme der Rechtsvertreterin vom 5. Juni 2008 keine Erhebungen zu den Allelfrequenzen der somalischen Bevölkerung existierten, seien laut Rücksprache mit dem Analysearzt keine genaueren Angaben zur Wahrscheinlichkeit des Verwandtschaftsverhältnisses möglich, ausser es erfolge eine weitere Untersuchung mittels Genmaterials der Mutter des Beschwerdeführers.

L.

Am 10. Juli 2008 überwies das Bundesverwaltungsgericht das Beschwerdedossier der Vorinstanz zur Vernehmlassung. Diese führte in ihrer Stellungnahme vom 18. Juli 2010 zur behaupteten Tante-Neffe-Beziehung aus, der Beschwerdeführer habe anlässlich der Befragung an der EVZ angegeben, keine Verwandten in der Schweiz zu haben. Die Tante finde erstmalige Erwähnung auf Beschwerdeebene. Aufgrund der Mitwirkungspflicht sei von ihm zu erwarten gewesen, dass er eine angebliche nahe verwandtschaftliche Beziehung bereits von Anfang an erwähne. Dies sei nicht erfolgt. Auch anlässlich des rechtlichen Gehörs zur Minderjährigkeit anlässlich der Nachbefragung habe er keine in der Schweiz lebende Tante, sondern nur zwei Onkel mütterlicherseits erwähnt. Des weiteren habe der Beschwerdeführer zu seiner Clanzugehörigkeit unterschiedliche Angaben gemacht und versucht, eine Minderjährigkeit vorzugeben. Hinsichtlich des eingereichten Untersuchungsergebnisses hielt das BFM fest, eine Verwandtschaft könne zwar formal nicht ausgeschlossen, aber auch nicht eindeutig bejaht werden. Das BFM beantragte die Abweisung der Beschwerde.

M.

Mit Eingabe vom 17. September 2008 nahm die Rechtsvertreterin in-nerter der ihr gewährten Frist zur Vernehmlassung der Vorinstanz Stellung. Darin monierte sie erneut, dass zur Minderjährigkeit im Ent-scheid mit keinem Wort Stellung genommen worden sei. Das BFM habe Abklärungen zum Alter vorgenommen und eine Stellungnahme des Beschwerdeführers eingeholt – beides habe im Entscheid keinen

Niederschlag gefunden. Die Rechtsvertreterin wies sodann darauf hin, dass aufgrund des Resultats der Knochenaltersanalyse eben gerade nicht ausgeschlossen werden könne, dass der Beschwerdeführer minderjährig sei. Weiter machte sie geltend, die Zusatzbefragung hätte aufgrund ihrer Intensität die Anwesenheit einer Vertrauensperson erfordert. Für den weiteren Inhalt wird auf die Akten verwiesen.

N.

Am 9. November 2010 reichte die Rechtsvertreterin eine Kostennote zu den Akten.

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:

1.

1.1 Gemäss Art. 31 des Verwaltungsgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (VGG, SR 173.32) beurteilt das Bundesverwaltungsgericht Beschwerden gegen Verfügungen nach Art. 5 des Bundesgesetzes vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren (VwVG, SR 172.021). Das Bundesamt für Migration (BFM) gehört zu den Behörden nach Art. 33 VGG und ist daher eine Vorinstanz des Bundesverwaltungsgerichts. Eine das Sachgebiet betreffende Ausnahme im Sinne von Art. 32 VGG liegt nicht vor. Das Bundesverwaltungsgericht ist daher zuständig für die Beurteilung der vorliegenden Beschwerde und entscheidet im Bereich des Asyls endgültig (Art. 105 des Asylgesetzes vom 26. Juni 1998 [AsylG, SR 142.31]; Art. 83 Bst. d Ziff. 1 des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 [BGG, SR 173.110]).

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 und ist daher zur Einreichung der Beschwerde legitimiert (Art. 108 AsylG sowie Art. 105 AsylG i.V.m. Art. 37 VGG und Art. 48 Abs. 1 und 52 VwVG).

2.

Mit Beschwerde kann die Verletzung von Bundesrecht, die unrichtige

oder unvollständige Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts und die Unangemessenheit gerügt werden (Art. 106 Abs. 1 AsylG).

3.

Bei der Beurteilung von Beschwerden gegen Nichteintretensentscheide des BFM hat die Beschwerdeinstanz hinsichtlich des Nichteintretenstatbestandes einzig zu beurteilen, ob die Vorinstanz zu Recht auf das Asylgesuch nicht eingetreten ist. Im Falle der Begründetheit des Rechtsmittels in diesem Punkt ist die angefochtene Verfügung demzufolge aufzuheben und die Sache zur neuen Entscheidung an die Vorinstanz zurückzuweisen (vgl. Entscheidungen und Mitteilungen der Schweizerischen Asylrekurskommission [EMARK] 2004 Nr. 34 E. 2.1 S. 240 f.). In Bezug auf die Frage der Wegweisung und deren Vollzugs ist die Beurteilungszuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichts hingegen nicht eingeschränkt, da das BFM diese Frage bereits materiell geprüft hat (vgl. Art. 44 AsylG i.V.m. Art. 83 Abs. 1-4 des Bundesgesetzes vom 16. Dezember 2005 über die Ausländerinnen und Ausländer [AuG, SR 142.20]).

4.

Gemäss Art. 34 Abs. 2 Bst. a AsylG wird auf Asylgesuche in der Regel nicht eingetreten, wenn Asylsuchende in einen sicheren Drittstaat nach Art. 6a Abs. 2 Bst. b AsylG zurückkehren können, in welchem sie sich vorher aufgehalten haben.

Diese Bestimmung findet jedoch gemäss Art. 34 Abs. 3 Bst. a-c AsylG keine Anwendung, wenn Personen, zu denen die asylsuchende Person enge Beziehungen hat, oder nahe Angehörige in der Schweiz leben (Bst. a), die asylsuchende Person offensichtlich die Flüchtlingseigenschaft nach Art. 3 AsylG erfüllt (Bst. b), oder Hinweise darauf bestehen, dass im Drittstaat kein effektiver Schutz vor Rückschiebung nach Art. 5 Abs. 1 AsylG besteht.

5.

5.1

Die Vorinstanz brachte zur Begründung ihres Nichteintretensentscheids im Wesentlichen vor, der Beschwerdeführer habe sich vor der Einreise in Italien aufgehalten und Italien habe sich bereit erklärt, diesen zurückzunehmen. Italien sei am 14. Dezember 2007 als sicherer Drittstaat bezeichnet worden. Gründe, welche die Vermutung der Beachtung des Non-refoulement-Gebotes durch Italien vorliegend wider-

legen könnten, habe der Beschwerdeführer keine vorgebracht. Der Beschwerdeführer habe vielmehr bloss geltend gemacht, dass er nicht nach Italien gehen möchte, da dies nicht seine Heimat sei. Weiter erwog die Vorinstanz, es lebten keine Personen, zu denen der Beschwerdeführer eine enge Beziehung habe, und keine nahen Angehörigen in der Schweiz. Sodann trete die Flüchtlingseigenschaft nicht offensichtlich zutage, nachdem der Beschwerdeführer unterschiedliche Angaben zu seiner Clanzugehörigkeit gemacht und sich widersprüchlich zu seinen getöteten Geschwistern und zu den Umständen, unter welchen sein Finger gebrochen worden sei, geäußert habe. Sachverhaltserhebungen oder Erwägungen zur angegebenen Minderjährigkeit beziehungsweise dem Verzicht auf die Beiordnung einer Vertrauensperson sind dem Entscheid nicht zu entnehmen. Einzig aus den beiden unterschiedlichen Geburtsdaten auf dem Rubrum des Entscheides lässt sich schliessen, dass das BFM eine Korrektur des Alters hin zur Volljährigkeit vorgenommen hat.

5.2

Auf Beschwerdeebene wird eine Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör geltend gemacht. So lasse der Nichteintretensentscheid eine Begründung, weshalb der Beschwerdeführer entgegen seinen Aussagen im Asylverfahren als volljährig betrachtet worden sei – mit der Folge des Verzichts auf die Beiordnung einer Vertrauensperson für Minderjährige – gänzlich vermissen. Die Gründe für die Annahme der Volljährigkeit seitens des Mitarbeiters des BFM müssten ausschliesslich den Befragungsprotokollen entnommen werden. Die dortige Begründung für die Annahme der Volljährigkeit vermöge jedoch nicht zu überzeugen. Dem Beschwerdeführer sei folglich zu Unrecht keine Vertrauensperson für die Anhörung gemäss Art. 29 AsylG beigeordnet worden. Dies habe zur Folge, dass für die Begründung des Entscheides nicht auf das betreffende Protokoll hätte abgestützt werden dürfen.

5.3

Ist einer unbegleiteten minderjährigen Person kein Vormund oder Beistand ernannt worden und sind entsprechende vormundschaftliche Massnahmen seitens der zuständigen kantonalen Behörden auch nicht innert vernünftiger Frist zu erwarten, so ist urteilsfähigen, unbegleiteten und nicht vertretenen Minderjährigen für die Dauer des Asylverfahrens eine rechtskundige Vertrauensperson beizuordnen, bevor die erste Anhörung zu den Asylgründen (Art. 29 AsylG bzw. Art. 36 Abs. 1 AsylG) durchgeführt wird (vgl. Art. 17 Abs. 3 AsylG; Art. 7 Abs. 3

u. 5 der Asylverordnung 1 vom 11. August 1999 über Verfahrensfragen [AsylV 1, SR 142.311]; Art 3 und 22 des Übereinkommens vom 20. November 1989 über die Rechte des Kindes [SR 0.107] und EMARK 2003 Nr. 1 mit weiteren Hinweisen).

Der Beschwerdeführer gab bei der Einreichung seines Asylgesuches im EVZ an, er sei am 21. Oktober 1990 geboren. Würden diese Angaben zutreffen, wäre der Beschwerdeführer im Zeitpunkt der Einreise und während des gesamten erstinstanzlichen Verfahrens minderjährig gewesen. Folglich hätte dem Beschwerdeführer für die Anhörung gemäss Art. 29 AsylG vom 9. April 2008 eine Vertrauensperson bestellt werden müssen. Die Vorinstanz vertrat indessen, wie sich deren Akten entnehmen lässt, die Ansicht, dass der Beschwerdeführer seine Minderjährigkeit nicht habe glaubhaft machen können, weshalb ihm auch keine Vertrauensperson beizuordnen gewesen sei.

5.4

Die ARK hat sich in EMARK 2004 Nr. 30 einlässlich mit der Thematik der Prüfung von Altersangaben bei behaupteter Minderjährigkeit auseinandergesetzt. Im Wesentlichen lässt sich diesem Entscheid zu den vorliegend interessierenden Fragen Folgendes entnehmen:

- Die asylsuchende Person trägt zwar grundsätzlich die Beweislast für die behauptete Minderjährigkeit und damit die Folgen der Beweislosigkeit. Bezüglich des Beweismasses, dem Altersangaben zu genügen haben, ist von der allgemeinen Regel von Art. 7 AsylG auszugehen, das heisst, die behauptete Minderjährigkeit muss zumindest glaubhaft erscheinen. Dabei ist im Rahmen einer Gesamtwürdigung eine Abwägung sämtlicher Anhaltspunkte, welche für oder gegen die Richtigkeit der betreffenden Altersangaben sprechen, vorzunehmen.

- Für die Beurteilung des Alters einer asylsuchenden Person fallen in erster Linie von dieser Person selbst abgegebene oder von den Behörden auf andere Weise erlangte und für echt befundene Identitätspapiere in Betracht.

- Liegen keine Identitätspapiere und keine schlüssigen Erklärungen für die Nichtabgabe vor, fallen als Beweismittel sodann Abklärungsergebnisse in Betracht, welche auf "wissenschaftliche Methoden" im

Sinne von Art. 7 Abs. 1 AsylV 1 abstellen. In der Praxis des BFM handelt es sich dabei in der Regel um so genannte Knochenaltersanalysen. Diesen Analysen kommt jedoch nur ein äusserst beschränkter Beweiswert zu. Hinsichtlich der Frage, ob eine Person das 18. Altersjahr tatsächlich bereits erreicht hat, sind aufgrund einer Knochenaltersanalyse nämlich keine wissenschaftlich zuverlässigen Aussagen möglich. Ein entsprechender Schluss lässt sich insbesondere auch dann nicht ziehen, wenn aufgrund einer Knochenaltersanalyse der Abschluss des Knochenwachstums und damit ein so genanntes Knochenalter von 19 Jahren und mehr festgestellt worden ist, kann doch dies durchaus auch bei Personen mit einem tatsächlichen Alter von wesentlich weniger als 18 Jahren der Fall sein, ohne dass sie sich ausserhalb des statistischen 90-95%-Normalbereichs bewegen.

- Gewisse Rückschlüsse auf das Alter einer asylsuchenden Person sind zuweilen auch aufgrund ihres äusseren Erscheinungsbilds möglich. Indessen kann das Alter anhand des Erscheinungsbildes nur sehr grob geschätzt werden. Ein eindeutiger Schluss über die Volljährigkeit beziehungsweise Minderjährigkeit kann auf diese Weise nur dann gezogen werden, wenn es sich um eine Person handelt, deren Alter ganz klar ausserhalb des Grenzbereichs liegt, also entweder noch um ein Kind oder aber um eine erwachsene Person mittleren oder reiferen Alters. Für die Alterskategorie von Personen von ungefähr 15 - 25 Jahren ist dagegen nach "Augenschein" eine einigermaßen zuverlässige Schätzung, ob sie weniger oder mehr als 18 Jahre alt sind, nicht möglich. Dem Augenschein kommt somit kaum praktische Bedeutung zu.

- Entscheidende Bedeutung kommt demgegenüber in der Regel den Aussagen des Asylgesuchstellers hinsichtlich seines Geburtsdatums/Alters zu. Bestehen an der Richtigkeit der gemachten Altersangaben von Anfang an Zweifel, sind dazu bereits im Rahmen der Empfangsstellenbefragung durch gezielte Fragestellung nähere Informationen einzuholen. Dabei ist die betreffende Person insbesondere auch zu den Gründen für die unterbliebene Abgabe von Identitätspapieren sowie zu ihren persönlichen Lebensumständen (familiäre Verhältnisse, Schulbesuch, Berufsausbildung, bisher ausgeübte Erwerbstätigkeit usw.) einlässlich zu befragen.

- Bei der vorfrageweisen Prüfung des Alters eines Asylsuchenden kann als gegen die Glaubhaftigkeit der Altersangabe sprechendes In-

diz gewertet werden, wenn er neben nicht schlüssigen Aussagen zu den oben genannten Punkten ganz offensichtlich unzutreffende Angaben über den Reiseweg macht, oder wenn elementare Kenntnisse über das Heimat- oder Herkunftsland fehlen, wobei der persönlichen Reife des Asylsuchenden und seinem Bildungsgrad besonders Rechnung zu tragen ist.

- Im Falle unzureichender Mitwirkung bei der Erhebung der Personalien in der Empfangsstelle ist es grundsätzlich nicht zu beanstanden, wenn die Behörden vor dem Entscheid über die Notwendigkeit der Beiordnung einer Vertrauensperson weitere Altersabklärungen unterlassen und von der Unglaubhaftigkeit der geltend gemachten Minderjährigkeit ausgehen. Da es jedoch immer wieder vorkommt, dass sich die im EVZ vorgenommene Alterseinschätzung im Nachhinein als unrichtig erweist, kann es angezeigt sein, die für Minderjährige geltenden Verfahrensgarantien auch bei anfänglich überwiegender Zweifel an der Altersangaben einzuhalten. Basiert ein Entscheid nämlich auf einer Anhörung eines Minderjährigen, dem keine Vertrauensperson beigeordnet worden ist, hat dies regelmässig die Kassation des vorinstanzlichen Entscheids wegen Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör zur Folge.

6.

Das Bundesverwaltungsgericht stellt vorab fest, dass der Umstand der geltend gemachten Minderjährigkeit beziehungsweise die Gründe für die Annahme der Volljährigkeit und den damit verbundenen Verzicht auf Beiordnung einer Vertrauensperson in der Tat keinen Eingang in den angefochtenen Entscheid gefunden haben. Diese Säumnis allein ist als Verletzung der sich aus dem Anspruch auf rechtliches Gehör ergebenden Begründungspflicht zu werten, da die Rechtsvertreterin die Verfügung nur unter Zuhilfenahme der Protokolle, vorab des Protokolls der Nachbefragung vom 13. März 2008, sachgerecht anfechten konnte. Im fraglichen Protokoll brachte der BFM-Mitarbeiter dem Beschwerdeführer zur Kenntnis, er habe starke Zweifel an der behaupteten Minderjährigkeit, weil dieser keine Ausweispapiere abgegeben habe, plausible Gründe für deren Nichtabgabe fehlten, er zudem älter aussehe als angegeben und auch das Resultat der Knochenaltersanalyse ein Alter von 19 Jahren vorgebe.

Diese Begründung vermag das Gericht nicht zu überzeugen: Was das Begründungselement des Analyseresultats betrifft, kann vorab auf die

Ausführungen unter 5.4 verwiesen werden, wonach ein Knochenalter von 19 Jahren auch bei Minderjährigen festgestellt werden kann, ohne dass sie sich ausserhalb des statistischen Normbereichs bewegen. Auch der vom BFM in Auftrag gegebene Untersuchungsbericht des Kantonsspitals Frauenfeld (A8/4) hält nochmals in gleicher Weise fest, dass ein gesunder 17-Jähriger durchaus ein Knochenalter von 19 Jahren aufweisen könne und die vorgenommene Altersbestimmung nach Greulich und Pyle nur eine grobe Schätzung des biologischen Alters darstelle. Der untersuchende Arzt führte weiter aus, eine Beurteilung der Knochenreife ohne zusätzliche medizinische Untersuchung des Asylbewerbers sei abzulehnen. Ebenso wenig vermag nach vorstehenden Ausführungen (5.4) sowie nach Betrachtung der Fotografie des Beschwerdeführers das weitere Begründungselement des BFM-Mitarbeiters zu verfangen, dass das Erscheinungsbild des Beschwerdeführers nicht einem Minderjährigen entspreche.

Weiter führte der Mitarbeiter des BFM die Aussagen des Beschwerdeführers zum Verbleib seiner Ausweispapiere als gegen die Minderjährigkeit sprechend an. Dazu ist vorab festzustellen, dass der Beschwerdeführer der Vorinstanz zwar keine Reisepapiere, hingegen eine Farbkopie seines Geburtsscheins abgegeben hat. Dieser ist vom BFM-Mitarbeiter bereits in der Befragung im EVZ als völlig unleserlich qualifiziert und in der Folge nicht mehr beachtet worden (A1/12, S. 5). Obwohl die Einträge in der Tat klein und teilweise undeutlich sind, vermochte das Bundesverwaltungsgericht - jedenfalls bei einer Vergrösserung der Kopie - als Geburtsdatum den 21. 10. (allenfalls 12.) 1990 zu erkennen. Das BFM hat diesem Dokument somit zu Unrecht und vorschnell keinerlei Beachtung geschenkt, stattdessen Aussagen zur Ausreise und zum Verbleib der Reisepapiere hinzugezogen und diese – ohne näheres Eingehen - als gegen die Glaubhaftigkeit der Altersangabe sprechend gewertet. Auch diese Würdigung vermag das Bundesverwaltungsgericht nicht nachzuvollziehen. So gab der Beschwerdeführer nämlich an, mit einem italienischen, auf den Namen Hussein Mahamud, geboren 1988, ausgestellten Pass gereist zu sein, welcher ihm in Rom wieder abgenommen worden sei. An anderer Stelle führte er aus, seine Mutter sei auf Anfrage hin nicht bereit gewesen, den zurückgelassenen somalischen Pass in die Schweiz zu schicken. Das Gericht erachtet diese Aussagen zum Verbleib der Reise- bzw. Identitätspapiere – insbesondere auch vor dem Hintergrund der

Abgabe einer die Minderjährigkeit bestätigenden Kopie eines Geburtsscheins aus Mogadishu – kaum als geeignet, und erst recht nicht als ausreichend, um die Angaben des Beschwerdeführers bezüglich seines im Übrigen durchwegs konstant angegebenen Geburtsdatums in Frage zu stellen.

7.

Zusammenfassend ist somit festzuhalten, dass die der Nachbefragung des BFM vom 13. März 2008 zu entnehmenden Gründe für die Annahme der Volljährigkeit nicht zu überzeugen vermögen. Vielmehr ist aufgrund der Umstände, dass der Beschwerdeführer eine Kopie seines Geburtsscheines abgegeben hat, welche vom BFM-Mitarbeiter vorschnell wegen Unleserlichkeit als beweisuntauglich abgetan worden ist, das radiologische Ergebnis nicht in signifikanter Weise vom angegebenen Alter abweicht, das Erscheinungsbild des Beschwerdeführers auf der Fotografie des BFM keine Bestimmung der Minderjährigkeit bzw. Volljährigkeit zulässt und die weiter als Indizien angeführten Punkte nicht zu überzeugen vermögen, die im Zeitpunkt der Asylgesuchstellung behauptete Minderjährigkeit als überwiegend wahrscheinlich anzunehmen.

In Beachtung der Bestimmung von Art. 17 Abs. 3 Bst. b AsylG, wonach unbegleiteten minderjährigen Asylsuchenden bereits für die Dauer des Aufenthalts in einem EVZ eine Vertrauensperson zugewiesen werden muss, wenn dort entscheidrelevante Verfahrensschritte durchgeführt werden, die über die Kurzbefragung nach Art. 26 Abs. 2 AsylG hinausgehen, hätte die Anhörung des Beschwerdeführers gemäss Art. 29 AsylG vom 9. April 2008 somit nicht ohne Anwesenheit einer rechtskundigen Vertrauensperson stattfinden dürfen. Demzufolge ist die in der Beschwerde erhobene Rüge, wonach das BFM das rechtliche Gehör auch wegen Missachtung der Verfahrensgarantien für Minderjährige verletzt habe, begründet. Das Protokoll der Anhörung vom 9. April 2008 hätte somit für die Begründung des Nichteintretensentscheides nicht verwendet werden dürfen.

8.

Eine Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör führt in der Regel zur Aufhebung der angefochtenen Verfügung. Der Rechtsmittelinstanz steht es jedoch offen, die Gehörsverletzung zu heilen, wenn ihr eine umfassende Kognition zusteht (Art. 106 Abs. 1 AsylG) und dem Beschwerdeführer aus der Heilung kein Nachteil erwächst. Da das

Bundesverwaltungsgericht vorliegend auf ein rechtsungenügend erstelltes Anhörungsprotokoll und damit möglicherweise auf einen mangelhaft festgestellten Sachverhalt abstellen müsste, kommt eine Heilung des Verfahrensfehlers nicht in Frage (zur Heilung siehe BVGE 2008/ 47 E. 3.3.4, mit weiteren Hinweisen).

Eine Rückweisung an die Vorinstanz rechtfertigt sich des Weiteren auch aus dem Grunde, weil das Bundesverwaltungsgericht sich zwischenzeitlich einlässlich mit dem Nichteintretenstatbestand von Art. 34 Abs. 2 AsylG und der Ausnahmebestimmung von Art. 34 Abs. 3 Bst. a AsylG auseinandergesetzt hat (vgl. BVGE 2009/8). Das BFM wird sich in seinem neu zu erlassenden Entscheid an diesem Grundsatzurteil zu orientieren und sich zur Frage des Vorhandenseins einer in der Schweiz lebenden Tante sowie des persönlichen Verhältnisses zwischen Tante und Neffe zu äussern haben. Auch wird sich die Frage stellen, ob die italienischen Behörden nach Ablauf der gewährten Rücküberstellungsfrist von nur einem Monat heute noch bereit sind, den Beschwerdeführer zurückzunehmen.

9.

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Vorinstanz den Anspruch des Beschwerdeführers auf das rechtliche Gehör in zweifacher Hinsicht verletzt hat. Da – wie obstehend erläutert – von einer Heilung der Verfahrensmängel abzusehen ist, ist der angefochtene Entscheid aufzuheben und zur Neu Beurteilung im Sinne der Erwägungen (Wiederholung einer Anhörung gestützt auf Art. 29 AsylG, Vornahme weiterer Abklärungen rund um die Ausnahmebestimmung von Art. 34 Abs. 3 Bst. a AsylG und Beantwortung der Frage der Rückübernahme) an die Vorinstanz zurückzuweisen.

10.

Bei diesem Ausgang des Verfahrens sind keine Kosten aufzuerlegen (Art. 63 Abs. 1 und 2 VwVG). Dem Beschwerdeführer ist aufgrund seines Obsiegens für die ihm im Beschwerdeverfahren erwachsenen notwendigen Kosten eine Parteientschädigung zuzusprechen (vgl. Art. 16 Abs. 1 Bst. a VGG i.V.m. Art. 8 Abs. 1 des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht (VGKE, SR 173.320.2). Die Rechtsvertreterin des Beschwerdeführers hat am 3. November 2010 eine Kostennote eingereicht. Der in der Kostennote ausgewiesene zeitliche Aufwand von 16,75 Stunden für das Beschwerdeverfahren erscheint angemessen,

ebenso der Stundenansatz von Fr. 150.- sowie die ausgewiesenen Auslagen (namentlich für den Gentest) in der Höhe von Fr. 659.-. Die dem Beschwerdeführer geschuldete Parteientschädigung ist demnach auf Fr. 3'171.50 (inklusive Auslagen, exklusive Mehrwertsteuer) festzusetzen.

(Dispositiv nächste Seite)

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.

Die Beschwerde wird gutgeheissen.

2.

Der Nichteintretensentscheid des BFM vom 16. April 2008 wird aufgehoben und das BFM wird angewiesen, das Verfahren im Sinne der Erwägungen fortzusetzen und in der Sache neu zu entscheiden.

3.

Es werden keine Verfahrenskosten erhoben.

4.

Das BFM wird angewiesen, dem Beschwerdeführer eine Parteientschädigung in der Höhe von Fr. 3'171.50 auszurichten.

5.

Dieses Urteil geht an die Rechtsvertreterin des Beschwerdeführers, das BFM und die kantonale Migrationsbehörde.

Die vorsitzende Richterin:

Die Gerichtsschreiberin:

Christa Luterbacher

Gabriela Oeler

Versand:

-