

# **BVGer E-1193/2008 vom 27. Mai 2011**

Bundesverwaltungsgericht, 2011-05-27, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger\\_E-1193\\_2008](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_E-1193_2008)

FR: TAF E-1193/2008 du 27 mai 2011

IT: TAF E-1193/2008 del 27 maggio 2011

## **Regeste**

Asyl und Wegweisung (Beschwerden gegen Wiedererwägungsentscheid)

## **Erwägungen**

### **E. 1.1**

Gemäss Art. 31 des Verwaltungsgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (VGG, SR 173.32) beurteilt das Bundesverwaltungsgericht unter Vorbehalt der in Art. 32 VGG genannten Ausnahmen Beschwerden gegen Verfügungen nach Art. 5 VwVG. Das 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 in diesem Bereich 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]).

### **E. 1.2**

Das Bundesverwaltungsgericht hat am 1. Januar 2007 die Beurteilung der bei der ARK hängigen Rechtsmittel übernommen. Das neue Verfahrensrecht ist anwendbar (vgl. Art. 53 Abs. 2 VGG). 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).

### **E. 1.3**

Die Beschwerde ist frist- und formgerecht eingereicht. Die Beschwerdeführenden haben am Verfahren vor der Vorinstanz teilgenommen, sind durch die angefochtene Verfügung besonders berührt und haben ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung beziehungsweise Änderung. Die Beschwerdeführenden sind daher zur Einreichung der Beschwerde legitimiert (Art. 105 AsylG i.V.m. Art. 37 VGG, Art. 48 Abs. 1 und Art. 50 VwVG sowie Art. 52 VwVG). Auf die Beschwerde ist einzutreten.

### **E. 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).

### **E. 3**

Die Wiedererwägung im Verwaltungsverfahren ist ein gesetzlich nicht geregelter Rechtsbehelf, auf dessen Behandlung durch die verfügende Behörde grundsätzlich kein Anspruch besteht. Gemäss herrschender Lehre und ständiger Praxis des Bundesgerichts wird jedoch aus Art. 29 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom

18. April 1999 (BV, SR 101) unter bestimmten Voraussetzungen ein verfassungsmässiger Anspruch auf Wiedererwägung abgeleitet (vgl. BGE 127 I 133 E. 6, mit weiteren Hinweisen). Danach ist auf ein Wiedererwägungsgesuch einzutreten, wenn sich der rechtserhebliche Sachverhalt seit dem ursprünglichen Entscheid beziehungsweise seit dem Urteil der mit Beschwerde angerufenen Rechtsmittelinstanz in wesentlicher Weise verändert hat und mithin die ursprüngliche (fehlerfreie) Verfügung an nachträglich eingetretene Veränderungen der Sachlage anzupassen ist. Sodann können auch Revisionsgründe einen Anspruch auf Wiedererwägung begründen, sofern sie sich auf eine in materielle Rechtskraft erwachsene Verfügung beziehen, die entweder unangefochten geblieben oder deren Beschwerdeverfahren mit einem formellen Prozessurteil abgeschlossen worden ist. Ein solchermaßen als qualifiziertes Wiedererwägungsgesuch zu bezeichnendes Rechtsmittel ist grundsätzlich nach den Regeln des Revisionsverfahrens zu behandeln (vgl. Entscheidungen und Mitteilungen der ARK [EMARK] 2003 Nr. 17 E. 2a S. 103 f., mit weiteren Hinweisen).

#### **E. 4**

Wie unter Bst. G. des Sachverhalts erläutert, schrieb das Bundesverwaltungsgericht das Beschwerdeverfahren in Bezug auf D. R. mangels Rechtsschutzinteresses als gegenstandslos geworden ab, nachdem dieser unbekanntes Aufenthalts gemeldet worden war und der Rechtsvertreter auch keinen Kontakt mehr mit ihm aufnehmen konnte. In Berücksichtigung der Anträge in der Beschwerde vom 21. März 2005 ist vorliegend zu beurteilen, ob das BFM das Wiedererwägungsgesuch der Beschwerdeführenden vom 8. Februar 2005 betreffend den Vollzug der Wegweisung zu Recht abgewiesen und die Verfügung vom 13. Juni 2003 als rechtskräftig sowie vollstreckbar erklärt beziehungsweise den Vollzug der Wegweisung zu Recht als zulässig, zumutbar und möglich erachtet hat oder ob aufgrund einer wesentlich veränderten Sachlage allenfalls die vorläufige Aufnahme anzuordnen wäre. Die Fragen der Flüchtlingseigenschaft und des Asyls bilden demgegenüber nicht Gegenstand des vorliegenden Verfahrens.

#### **E. 5.1**

Ist der Vollzug der Wegweisung nicht zulässig, nicht zumutbar oder nicht möglich, so regelt die Vorinstanz gemäss Art. 44 Abs. 2 AsylG das Anwesenheitsverhältnis nach den gesetzlichen Bestimmungen über die vorläufige Aufnahme von Ausländern.

#### **E. 5.2**

Der Vollzug ist nicht möglich, wenn die Ausländerin oder der Ausländer weder in den Heimat- oder in den Herkunftsstaat noch in einen Drittstaat ausreisen oder dorthin gebracht werden kann. Er ist nicht zulässig, wenn völkerrechtliche Verpflichtungen der Schweiz einer Weiterreise der Ausländerin oder des Ausländers in den Heimat-, Herkunfts- oder einen Drittstaat entgegenstehen. Der Vollzug kann für Ausländerinnen oder Ausländer unzumutbar sein, wenn sie in Situationen wie Krieg, Bürgerkrieg, allgemeiner Gewalt und medizinischer Notlage im Heimat- oder Herkunftsstaat konkret gefährdet sind (Art. 83 Abs. 2, 3 und 4 des Bundesgesetzes vom 16. Dezember 2005 über die Ausländerinnen und Ausländer [AuG, SR 142.20]).

#### **E. 5.3**

Gemäss Rechtsprechung der ARK, welcher sich das Bundesverwaltungsgericht anschliesst, sind die Bedingungen für einen Verzicht auf den Vollzug der Wegweisung (Unzulässigkeit, Unzumutbarkeit, Unmöglichkeit) alternativer Natur: Sobald eine von ihnen erfüllt ist, ist

der Vollzug der Wegweisung als undurchführbar zu betrachten und die weitere Anwesenheit in der Schweiz gemäss den Bestimmungen über die vorläufige Aufnahme zu regeln (vgl. EMARK 2006 Nr. 6 E. 4.2. S. 54 f.). Gegen eine allfällige Aufhebung der vorläufigen Aufnahme steht dem weggewiesenen Asylsuchenden wiederum die Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht offen (vgl. Art. 105 AsylG i.V.m. Art. 44 Abs. 2 AsylG). In diesem Verfahren wäre dann der Wegweisungsvollzug vor dem Hintergrund sämtlicher Vollzugshindernisse von Amtes wegen nach Massgabe der in diesem Zeitpunkt herrschenden Verhältnisse zu prüfen.

#### **E. 5.4**

Gemäss Art. 83 Abs. 4 AuG ist der Vollzug der Wegweisung nicht zumutbar, wenn die beschwerdeführende Person bei einer Rückkehr in ihren Heimatstaat einer konkreten Gefährdung ausgesetzt wäre. Diese Bestimmung wird vor allem bei Gewaltflüchtlingen angewendet, das heisst bei Ausländerinnen und Ausländern, die mangels persönlicher Verfolgung weder die Voraussetzungen der Flüchtlingseigenschaft noch jene des völkerrechtlichen Non-Refoulement-Prinzips erfüllen, jedoch wegen der Folgen von Krieg, Bürgerkrieg oder einer Situation allgemeiner Gewalt nicht in ihren Heimatstaat zurückkehren können. Im Weiteren findet sie Anwendung auf andere Personen, die nach ihrer Rückkehr ebenfalls einer konkreten Gefahr ausgesetzt wären, weil sie die absolut notwendige medizinische Versorgung nicht erhalten könnten oder - aus objektiver Sicht - wegen der vorherrschenden Verhältnisse mit grosser Wahrscheinlichkeit unwiederbringlich in völlige Armut gestossen würden, dem Hunger und somit einer ernsthaften Verschlechterung ihres Gesundheitszustands, der Invalidität oder sogar dem Tod ausgeliefert wären (EMARK 1995 Nr. 5 E. 6e S. 47, EMARK 1994 Nr. 20 S. 155 ff., EMARK 1994 Nr. 19 S. 145 ff., EMARK 1994 Nr. 18 S. 139 ff.). Bei der Prüfung der Voraussetzungen von Art. 83 Abs. 4 AuG sind humanitäre Überlegungen im Einzelfall abzuwägen gegen andere öffentliche Interessen, die allenfalls für einen Vollzug sprechen würden. Entsprechend kommt den Asylbehörden im Rahmen der Anwendung von Art. 83 Abs. 4 AuG ein Ermessensspielraum zu (vgl. EMARK 2001 Nr. 16 E. 6b S. 123, mit weiteren Hinweisen).

#### **E. 5.5.1**

Sind von einem allfälligen Wegweisungsvollzug Kinder betroffen, so bildet im Rahmen der Zumutbarkeitsprüfung das Kindeswohl einen Gesichtspunkt von gewichtiger Bedeutung. Dies ergibt sich nicht zuletzt aus einer völkerrechtskonformen Auslegung des Art. 83 Abs. 4 AuG im Licht von Art. 3 Abs. 1 der Konvention vom 20. November 1989 über die Rechte des Kindes (KRK, SR 0.107). Unter dem Aspekt des Kindeswohls sind demnach sämtliche Umstände einzubeziehen und zu würdigen, die im Hinblick auf eine Wegweisung wesentlich erscheinen. In Bezug auf das Kindeswohl können namentlich folgende Kriterien im Rahmen einer gesamtheitlichen Beurteilung von Bedeutung sein: Alter, Reife, Abhängigkeiten, Art (Nähe, Intensität, Tragfähigkeit) seiner Beziehungen, Eigenschaften seiner Bezugspersonen (insbesondere Unterstützungsbereitschaft und -fähigkeit), Stand und Prognose bezüglich Entwicklung/Ausbildung, Grad der erfolgten Integration bei einem längeren Aufenthalt in der Schweiz. Gerade letzterer Aspekt, die Dauer des Aufenthaltes in der Schweiz, ist im Hinblick auf die Prüfung der Chancen und Hindernisse einer Reintegration im Heimatland bei einem Kind als gewichtiger Faktor zu werten, da Kinder nicht ohne guten Grund aus einem einmal vertrauten Umfeld herausgerissen werden sollten. Dabei ist aus entwicklungspsychologischer Sicht nicht nur das unmittelbare persönliche

Umfeld des Kindes (d.h. dessen Kernfamilie) zu berücksichtigen, sondern auch dessen übrige soziale Einbettung. Die Verwurzelung in der Schweiz kann eine reziproke Wirkung auf die Frage der Zumutbarkeit des Wegweisungsvollzugs haben, indem eine starke Assimilierung in der Schweiz mithin eine Entwurzelung im Heimatstaat zur Folge haben kann, welche unter Umständen die Rückkehr dorthin als unzumutbar erscheinen lässt (vgl. die vom Bundesverwaltungsgericht übernommene Praxis der ARK: EMARK 2005 Nr. 6 E. 6 S. 55 ff., EMARK 1998 Nr. 31 E. 8c.ff.ccc S. 260 f., EMARK 1998 Nr. 13 E. 5e.aa S. 98 f.).

### **E. 5.5.2**

Die Beschwerdeführerin und ihr Lebenspartner hielten sich bis zu ihrer Ausreise aus G.\_\_\_\_\_ am 10. Oktober 2002 während (...) Jahren in Italien auf, wo ihre gemeinsamen Kinder B.\_\_\_\_\_, C.\_\_\_\_\_ und D.\_\_\_\_\_ geboren wurden. Nach diesen Geburten erhielten sie - eigenen Aussagen gemäss - von den italienischen Behörden jeweils eine befristete Aufenthaltsbewilligung. Die letzte für vier bis fünf Monate. Vor diesem Hintergrund entschlossen sie sich, Italien zu verlassen, und gelangten über Frankreich am 11. Oktober 2002 in die Schweiz, wo sie am 14. Oktober 2002 um Asyl nachsuchten. Demnach hält sich die Familie seit (...) Jahren im Ausland und davon seit bald neun Jahren in der Schweiz auf. Im Zeitpunkt der Einreise in die Schweiz war B.\_\_\_\_\_ knapp (...) Jahre, C.\_\_\_\_\_ (...) Jahre und D.\_\_\_\_\_ (...) Monat alt. Heute sind B.\_\_\_\_\_ gut (...), C.\_\_\_\_\_ (...) und D.\_\_\_\_\_ bald (...) Jahre alt.

### **E. 5.5.3**

Aufgrund des Alters der Kinder im Zeitpunkt der Einreise in die Schweiz ergibt sich, dass sie nahezu ihr ganzes Leben in der Schweiz verbracht haben. Es ist davon auszugehen, dass sie nach der Einschulung in der Schweiz den Schweizer Dialekt und Hochdeutsch erlernt und sich zusehends an die schweizerische Lebensweise assimiliert haben und durch den Besuch der Schule in erheblichem Mass durch das hiesige kulturelle und soziale Umfeld geprägt wurden. Es ist auch anzunehmen, dass sie in den vergangenen Jahren eigene persönliche Beziehungsnetze aufgebaut haben. Demgegenüber werden sie kaum über die - namentlich schriftlichen - Kenntnisse der polnischen Sprache verfügen, welche für eine erfolgreiche Eingliederung ins Schulsystem in Polen vorauszusetzen wäre. Da alle drei Kinder in Italien geboren wurden und als Klein(st)kinder in die Schweiz gekommen sind, muss angenommen werden, dass sie weder enge Kontakte zu ihren Familienangehörigen noch zu anderen gleichaltrigen Jugendlichen in Polen haben. Angesichts dessen sowie der kulturellen Differenzen zwischen der Schweiz und Polen wäre ihre Reintegration in Polen in Frage gestellt. Bei dieser Sachlage besteht für die Kinder somit die konkrete Gefahr, dass die mit einem Vollzug der Wegweisung verbundene Entwurzelung aus dem gewachsenen sozialen Umfeld in der Schweiz einerseits und die sich gleichzeitig abzeichnende Problematik einer Reintegration in die ihr weitgehend fremde Kultur und Umgebung in Polen andererseits zu starken Belastungen in ihrer weiteren Entwicklung führen würden, die mit dem Schutzanliegen des Kindeswohls nicht zu vereinbaren wären.

### **E. 6.1**

Erschwerend kommt hinzu, dass gemäss einem ärztlichen Zeugnis des Spitals E.\_\_\_\_\_, vom 17. Dezember 2007 die Beschwerdeführerin an einer HIV-Infektion im CDC-Stadium A2 mit einem CD4-Wert von 433 Zellen/ $\mu$ l sowie einer schweren (...) (...) mit Zeichen eines (...) leidet. Aktuelle Arztzeugnisse wurden trotz entsprechender Aufforderung bis heute

nicht beigebracht.

### **E. 6.2.1**

Nach der Klassifikation des amerikanischen "Center for Disease Control and Prevention" wird eine HIV-Infektion in verschiedene Stadien unterteilt. Im Stadium A leidet der Betroffene unter keinerlei Beschwerden, während im Stadium B Erkrankungen auftreten, welche auf eine Störung des Immunsystems hinweisen, und das Stadium C die eigentliche Erkrankung an AIDS bedeutet. Die Stadien A-C werden nach dem jeweiligen CD4-Wert (Anzahl "Helferzellen" pro Mikroliter Blut) jeweils in die Stufen 1 (mehr als 500 "Helferzellen" pro Mikroliter Blut), 2 (zwischen 300 und 499 "Helferzellen" pro Mikroliter Blut) und 3 (weniger als 300 "Helferzellen" pro Mikroliter Blut) unterteilt (vgl. BVGE 2009/2 E. 9.1.4).

### **E. 6.2.2**

Gemäss telefonischer Auskunft der Sozialbehörde F. \_\_\_\_\_ vom 8. April 2011 sei die Beschwerdeführerin seit längerer Zeit in Spitalpflege und in einem schlechten Allgemeinzustand, weshalb es ihr nicht möglich gewesen sei, ein aktuelles und detailliertes Arztzeugnis einzureichen. Aufgrund dieser Informationen muss davon ausgegangen werden, ihr Gesundheitszustand habe sich nicht - wenn überhaupt - verbessert. Ferner ist zu berücksichtigen, dass HIV-Infizierte in Polen ihre medizinische Versorgung in speziellen Aids-Zentren erhalten, von denen es dort nur gerade elf gebe (vgl. statt Vieler [www.ondamaris.de/Leben mit HIV in Polen](http://www.ondamaris.de/Leben%20mit%20HIV%20in%20Polen), abgerufen am 13. Mai 2011). Dies hat zur Folge, dass viele HIV-Positive, bei jeder Behandlung und jedem Medikamentenbedarf eine weite Anreise von zum Teil mehr als über 150 Kilometer in Kauf nehmen müssen. Vor diesem Hintergrund und in Anbetracht, dass gemäss dem eingereichten ärztlichen Bericht regelmässige klinische und immunologische Kontrollen der Beschwerdeführerin indiziert sind, sie seit dem Verschwinden ihres Lebenspartners alleinerziehende Mutter von drei minderjährigen Kindern ist und angenommen werden muss, dass sie aufgrund ihrer langen Abwesenheit in Polen (... Jahre) auf kein tragfähiges verwandtschaftliches Beziehungsnetz mehr zurückgreifen kann sowie angesichts ihrer familiären Aufgaben, wird es ihr kaum möglich sein, wieder eine Stelle in ihren erlernten Berufen als (...) respektive (...) (vgl. Akten BFM A2/11 S. 2) zu finden. Damit kann nicht davon ausgegangen werden, dass sie eine existenzsichernde Grundlage für sich und ihre Kinder in Polen aufzubauen vermag.

### **E. 6.3**

In Würdigung sämtlicher Sachverhaltselemente gelangt das Bundesverwaltungsgericht zum Schluss, dass von einer seit Abschluss des ordentlichen Asylverfahrens wesentlich veränderten Sachlage im Sinne der unter E. 3 aufgeführten Kriterien auszugehen und der Vollzug der Wegweisung der Beschwerdeführenden im heutigen Zeitpunkt als unzumutbar im Sinne von Art. 83 Abs. 4 AuG zu qualifizieren ist. Nachdem sich aus den Akten keine Hinweise auf das Vorliegen von Ausschlussgründen gemäss Art. 83 Abs. 7 AuG ergeben, sind die Voraussetzungen für die Anordnung der vorläufigen Aufnahme erfüllt.

### **E. 7.1**

Aus diesen Erwägungen ergibt sich, dass die Beschwerde gutzuheissen ist. Die angefochtene Verfügung des BFM vom 18. Februar 2005 ist nach dem Gesagten aufzuheben. Das BFM ist sodann anzuweisen, in teilweiser Wiedererwägung seiner Verfügung vom 13. Juni 2003 die Beschwerdeführerin sowie ihre drei Kinder in der Schweiz vorläufig aufzunehmen (Art. 44 Abs. 2 AsylG i.V.m. Art. 83 Abs. 1 und Abs.4

AuG).

### **E. 7.2**

Bei diesem Ausgang des Verfahrens sind keine Verfahrenskosten aufzuerlegen (vgl. Art. 63 Abs. 1 VwVG).

### **E. 7.3**

Den Beschwerdeführenden ist - als vollständig obsiegender Partei - für die ihnen im Beschwerdeverfahren erwachsenen notwendigen Kosten eine Parteientschädigung zuzusprechen (Art. 64 Abs. 1 VwVG, Art. 16 Abs. 1 VGG i.V.m. Art. 7 Abs. 1 des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]). Im vorliegenden Verfahren wurden die Beschwerdeführenden bis zur Anzeige der Mandatsniederlegung bezüglich der Beschwerdeführenden vom 21. Februar 2008 während des gesamten Beschwerdeverfahrens anwaltlich vertreten, weshalb es sich rechtfertigt ihnen für den Vertretungsaufwand eine Parteientschädigung zu entrichten. Seitens der Rechtsvertretung wurde keine Kostennote eingereicht. Auf die Nachforderung einer solchen wird indessen verzichtet (vgl. Art. 14 Abs. 2 VGKE), da sich der Parteiaufwand zuverlässig abschätzen lässt. Gestützt auf die in Betracht zu ziehenden Bemessungsfaktoren (Art. 9-13 VGKE) wird die Parteientschädigung aufgrund der Akten auf pauschal Fr. 600.- (inkl. Auslagen und Mehrwertsteuer) festgesetzt. Das BFM ist anzuweisen, den Beschwerdeführenden diesen Betrag als Parteientschädigung auszurichten (Art. 10 Abs. 2 und Art. 14 VGKE).

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.