

# **BVGer E-3075/2008 vom 8. August 2011**

Bundesverwaltungsgericht, 2011-08-08, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger\\_E-3075\\_2008](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_E-3075_2008)

FR: TAF E-3075/2008 du 8 août 2011

IT: TAF E-3075/2008 del 8 agosto 2011

## **Regeste**

Wegweisung und Wegweisungsvollzug (Beschwerde gegen Wiedererwägungsentscheid)

## **Erwägungen**

### **E. 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 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 auf dem Gebiet des Asyls endgültig, ausser bei Vorliegen eines Auslieferungsersuchens des Staates, vor welchem die beschwerdeführende Person Schutz sucht (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 Verfahren richtet sich nach dem VwVG, soweit das VGG nichts anderes bestimmt (Art. 37 VGG).

### **E. 1.3**

Anfechtungsgegenstand ist nicht nur die Verfügung des BFM vom 9. April 2008, mit welcher auf das Wiedererwägungsgesuch mangels Bezahlung des Gebührenvorschusses nicht eingetreten worden ist, sondern auch die erst mit dem Endentscheid anfechtbare Zwischenverfügung des BFM vom 14. März 2008, mit welcher dieses den Gebührenvorschuss mit der Begründung, das Wiedererwägungsgesuch sei aussichtslos, eingefordert hat.

### **E. 1.4**

Die Beschwerde ist frist- und formgerecht eingereicht. Die Beschwerdeführerin ist durch die angefochtenen Verfügungen besonders berührt und hat ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung beziehungsweise Änderung; sie ist daher zur Einreichung der Beschwerde legitimiert (Art. 105 und Art. 108 Abs. 1 AsylG, Art. 48 Abs. 1 sowie Art. 52 VwVG). Auf die Beschwerde ist einzutreten.

### **E. 1.5**

Die während des Beschwerdeverfahrens geborene Tochter B. \_\_\_\_\_ wird in das Verfahren ihrer Mutter, der Beschwerdeführerin, eingeschlossen.

## **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. 3.1**

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 unter anderem dann 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 (vgl. Entscheidungen und Mitteilungen der Schweizerischen Asylrekurskommission [EMARK] 2003 Nr. 7 E. 1). Wiedererwägungsentscheide können, wie die ursprüngliche Verfügung, auf dem ordentlichen Rechtsweg an das Bundesverwaltungsgericht weitergezogen werden.

### **E. 3.2**

Gemäss Art. 17b AsylG erhebt das BFM eine Verfahrensgebühr, wenn eine Person nach rechtskräftigem Abschluss ihres Asyl- und Wegweisungsverfahrens ein Wiedererwägungsgesuch einreicht, sofern es das Gesuch ablehnt oder darauf nicht eintritt. Das BFM kann von der gesuchstellenden Person einen Gebührenvorschuss in der Höhe der mutmasslichen Verfahrenskosten verlangen. Es 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 unter anderem von Amtes wegen oder auf Gesuch hin verzichtet, wenn die gesuchstellende Person bedürftig ist und ihre Begehren nicht von vornherein aussichtslos erscheinen.

### **E. 3.3**

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, wenn ihr Rechtsbegehren nicht aussichtslos erscheint. Soweit es zur Wahrung ihrer Rechte notwendig ist, hat sie unter den gleichen Voraussetzungen ausserdem Anspruch auf die Beigabe eines unentgeltlichen Rechtsbeistandes. Dieser Anspruch gilt als verfassungsmässige Minimalgarantie auch in Verwaltungsverfahren. Für das hier interessierende Verfahren vor dem BFM wird der verfassungsrechtliche Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege durch Art. 17b Abs. 2 AsylG konkretisiert. Aussichtslos sind nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung Prozessbegehren, bei denen die Gewinnaussichten beträchtlich geringer sind als die Verlustgefahren und die deshalb kaum als ernsthaft bezeichnet werden können. Dagegen gilt ein Begehren nicht als aussichtslos, wenn sich Gewinnaussichten und Verlustgefahren ungefähr die Waage halten oder jene nur wenig geringer sind als diese. 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 zur Zeit, in der das Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege gestellt wird, und gestützt auf eine summarische Betrachtungsweise (vgl. BGE 133 III 614 E. 5; Urteil des Bundesverwaltungsgericht A-1411/2007 vom 18. Juni 2007 E. 2, mit Hinweisen auf die einschlägige bundesgerichtliche Rechtsprechung).

#### **E. 4.1**

Die Beschwerdeführerin hat ihr Wiedererwägungsgesuch mit ihren nach rechtskräftigem Abschluss des Asylverfahrens ausgebrochenen Krankheiten begründet. Ein Vollzug der Wegweisung sei deswegen nicht mehr zulässig, zumindest nicht mehr zumutbar. Damit hat sie eine Änderung des rechtserheblichen Sachverhalts geltend gemacht, wodurch sie Anspruch auf Wiedererwägung hatte. Das BFM ist denn auch nicht mangels Anspruchs, sondern aus formellen Gründen - infolge des nicht geleisteten Gebührenvorschusses - auf das Gesuch nicht eingetreten.

#### **E. 4.2**

Gegenstand des vorliegenden Verfahrens ist nach dem Gesagten die Frage, ob das BFM zu Recht von der Beschwerdeführerin einen Gebührenvorschuss erhoben hat beziehungsweise ob seine Einschätzung, dem Wiedererwägungsgesuch fehle es an Erfolgsaussichten, zutreffend war, und ob die nach Nichtbezahlung des Gebührenvorschusses erlassene Nichteintretensverfügung zu Recht erfolgt ist. Die Beschwerdeführerin rügt in der Beschwerde sinngemäss, das BFM sei in seiner Zwischenverfügung vom 14. März 2008 - welche erst zusammen mit der Endverfügung angefochten werden kann (vgl. BVGE 2007/18 E. 4) - zu Unrecht von der Aussichtslosigkeit ihres Wiedererwägungsgesuches ausgegangen. Angesichts ihrer Infizierung mit dem HI- und dem Hepatitis C-Virus sowie ihrer Heroinsucht sei sie auf regelmässige ärztliche Kontrollen angewiesen. Diese seien an ihrem Herkunftsort nicht gewährleistet. Insgesamt sei der Vollzug der Wegweisung unzulässig beziehungsweise unzumutbar.

#### **E. 5.1**

Ist der Vollzug der Weg- oder Ausweisung nicht möglich, nicht zulässig oder nicht zumutbar, so verfügt das BFM die vorläufige Aufnahme (Art. 83 Abs. 1 des Bundesgesetzes vom 16. Dezember 2005 über die Ausländerinnen und Ausländer [AuG, SR 142.20]). 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. Der Vollzug ist nicht zulässig, wenn völkerrechtliche Verpflichtungen der Schweiz einer Weiterreise der Ausländerin oder des Ausländers in den Heimat-, Herkunfts- oder in 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 - 4 AuG).

#### **E. 5.2**

Im für die Beurteilung der Erfolgchancen des Wiedererwägungsgesuches massgeblichen Zeitpunkt lag dem BFM der ärztliche Bericht vom 4. Januar 2008 vor. Der damals schon seit über zwei Jahren behandelnde Arzt diagnostizierte für die Beschwerdeführerin einerseits einen Status nach Heroinsucht mit erfolgreicher Methadon-Therapie und andererseits die Infektion mit dem "Human Immunodeficiency Virus" (HIV) und dem Hepatitis C-Virus (HCV). Die Infektionsleiden bedürften aktuell, abgesehen von regelmässigen vierteljährlichen Kontrollen, keiner Behandlung. In durchschnittlich

monatlichem Abstand seien Urinproben zu nehmen und bis auf weiteres sei Methadon abzugeben. Hinsichtlich einer Prognose hielt der Arzt fest, in der Schweiz seien beim Auftreten der entsprechenden Viren im Blut die Behandlungsmöglichkeiten gegeben, um einen Ausbruch der Krankheiten zu verhindern, im Heimatland nicht. Ohne Behandlung sei von einem wahrscheinlichen Krankheitsausbruch hinsichtlich der beiden Virusinfektionen im Laufe der kommenden zehn Jahre auszugehen, mit Behandlung sei die Prognose gut, bei normaler Lebenserwartung.

### **E. 5.3**

In seiner Zwischenverfügung vom 14. März 2008 legte das BFM ausführlich dar, dass regelmässige Kontrollen und wirksame HIV/AIDS-Therapien in Moldova zur Verfügung stünden. Das breit abgestützte Programm werde im ganzen Land, einschliesslich Transnistrien, durchgeführt und sei kostenlos. Zudem beinhalte das Programm auch durch verschiedene nichtstaatliche Organisationen auf der Gemeindeebene sichergestellte finanzielle, soziale und psychologische Unterstützung. Seit November 2004 existiere in Moldova zudem eine Methadon-Ersatztherapie. Es besteht für das Gericht kein Anlass, daran zu zweifeln, dass diese Feststellungen des BFM im massgeblichen Zeitpunkt zutrafen und die von der Beschwerdeführerin im Hinblick auf ihre HIV-Infektion benötigten ärztlichen Leistungen also grundsätzlich in Moldova (auch an ihrem Herkunftsort Transnistrien) kostenlos zur Verfügung standen, zumal sie durch das auf Beschwerdestufe eingereichte SFH-Gutachten gestützt werden.

### **E. 5.4**

Demgegenüber blieben im massgeblichen Zeitpunkt offene Fragen. Zum einen äussert sich das BFM in seiner Einschätzung der Erfolgchancen zur Behandelbarkeit der HCV-Infektion der Beschwerdeführerin überhaupt nicht. Dem erwähnten SFH-Gutachten, das sich in diesem Punkt auf Angaben der WHO stützte, ist zu entnehmen, dass es zur Behandlung von HCV-Infektionen in Moldova kein regierungsfinanziertes Programm gebe, wenn es auch einmal ein Pilotprojekt für 100 Patienten gegeben habe. In Transnistrien bestehe weder die Behandlungsmöglichkeit für HCV, noch gebe es Methadon-Therapien. Auf Vernehmlassungsstufe räumt auch das BFM ein, dass es zur Behandlung von HCV-Infizierten in Moldova keine regierungsfinanzierten Programme gebe, immerhin sei die Infektion aber behandelbar. Zur Behandelbarkeit in Transnistrien äussert es sich nicht. Das BFM ging in seiner Verfügung zudem stillschweigend davon aus, die Beschwerdeführerin habe, auch wenn sie aus Transnistrien stamme, Zugang zu Behandlungsmöglichkeiten in Moldova, soweit diese nur dort zur Verfügung stünden. In ihrer Vernehmlassung hält es präzisierend fest, dass sie dazu einzig einen moldawischen Reisepass benötige, der für Bewohner Transnistriens problemlos erhältlich sei. Die SFH führt in ihrem Gutachten aus, im Zusammenhang mit der medizinischen Betreuung und Behandlung könnten Schwierigkeiten auftreten, wenn die betreffende Person nicht über einen gültigen Pass oder ein anderes gültiges Identitätspapier verfüge. Den BFM-Akten ist nun aber zu entnehmen, dass die Beschwerdeführerin im Rahmen des Asylverfahrens keine Papiere abgegeben hatte. Aktenkundig ist, dass seitens der Vollzugsbehörden Schritte unternommen wurden, um die seit Sommer 2004 rechtskräftige Wegweisung zu vollziehen. Bei der Papierbeschaffung hat die Beschwerdeführerin mitgewirkt. Dieser Prozess endet allerdings mit einem Schreiben des Ministry of Internal Affairs of the Republic of Moldova vom (...), worin festgehalten wird, dass keine Person mit der Identität der Beschwerdeführerin als Bürgerin Moldovas bekannt sei. Daraufhin und bis zur Einreichung

des Wiedererwägungsgesuches im Februar 2008 sind keine Aktenvorgänge zu verzeichnen. Es bestanden demzufolge im massgeblichen Beurteilungszeitpunkt der Erfolgchancen des Wiedererwägungsgesuches Zweifel, ob die Beschwerdeführerin bei einer Rückkehr über die Papiere verfügen würde, die ihr einen Zugang zu medizinischer Behandlung ermöglichen würden, und darüber hinaus, ob ein Vollzug der Wegweisung in jenem Zeitpunkt überhaupt technisch durchführbar, also möglich war. Schliesslich ist ihr Einwand, sie fürchte aufgrund ihrer Krankheiten und ihrer HIV-Infektion im Speziellen, in ihrem Heimatstaat diskriminiert und stigmatisiert zu werden und erhöhte Schwierigkeiten beim Zugang zu einer Erwerbstätigkeit zu haben, nicht ohne weiteres von der Hand zu weisen, namentlich in ihrem Beruf als (...), wozu sich das BFM überhaupt nicht äussert.

#### **E. 5.5**

In Anbetracht aller im Zeitpunkt der Zwischenverfügung des BFM vom 14. März 2008 bekannt gewordenen Umstände und der vorstehend aufgezeigten, damals offenen Fragen in wesentlichen Punkten kommt das Bundesverwaltungsgericht zum Schluss, dass das BFM das Wiedererwägungsgesuch in seiner summarischen Beweiswürdigung zu Unrecht als aussichtslos im unter Erwägung 3.3 umschriebenen Sinne erachtete. In Anwendung von Art. 17b Abs. 2 und 3 AsylG hätte es auf die Einforderung des Gebührenvorschusses verzichten müssen und das Nichteintreten mangels Bezahlung des Gebührenvorschusses nicht verfügt dürfen. Die Beschwerde ist demzufolge gutzuheissen und die beiden angefochtenen Verfügungen sind aufzuheben. Das BFM ist anzuweisen, das Wiedererwägungsverfahren fortzusetzen. Es wird dabei dem gegenwärtigen Gesundheitszustand der Beschwerdeführerin und ihrer Tochter - und den auf Beschwerdestufe eingereichten ärztlichen Berichten vom 14. Januar 2008 und 17. Juni 2009 (...), vom 22. März 2011 (Dr. ...) und dem Bericht der behandelnden Psychotherapeutin vom 12. Juni 2008 - und der medizinischen Behandlung der Beschwerdeführerin und ihres Kindes sowie der gegenwärtigen Lebenssituation der beiden Rechnung zu tragen haben.

#### **E. 6**

Der vom Bundesverwaltungsgericht angeordnete Aussetzung des Wegweisungsvollzugs bleibt aufrechterhalten, bis das BFM über das Wiedererwägungsverfahren entschieden hat.

#### **E. 7**

Bei diesem Ausgang des Beschwerdeverfahrens sind keine Kosten zu erheben (Art. 63 Abs. 1 VwVG).

#### **E. 8**

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) Die bis zur Niederlegung ihres Mandats am 9. März 2010 für die Beschwerdeführerin tätige Rechtsvertretung (Freiplatzaktion Zürich) stellte pauschal einen Betrag von Fr. 500. in Rechnung. Eine weitere, angekündigte Kostennote reichte sie bei der Mandatsniederlegung nicht ein, weshalb von diesem Betrag auszugehen ist. Der Zeitaufwand der seit dem 26. April 2010 tätigen Rechtsvertretung (Zürcher Beratungsstelle für Asylsuchende) ist auf 2 Stunden zu schätzen, und es ist von einem Stundenansatz von Fr. 150. und Pauschalauslagen von Fr. 20. auszugehen. Daraus ergeben sich Vertretungskosten von Fr. 820.-. Das BFM ist anzuweisen, die Beschwerdeführerin in diesem Umfang zu entschädigen.

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