

# **BVGer F-4918/2020 vom 8. September 2020**

Bundesverwaltungsgericht, 2020-09-08, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger\\_F-4918\\_2020](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_F-4918_2020)

FR: TAF F-4918/2020 du 8 septembre 2020

IT: TAF F-4918/2020 del 8 settembre 2020

## **Regeste**

Personen mit vorläufiger Aufnahme

## **Erwägungen**

### **E. 1.1**

Gemäss Art. 31 VGG beurteilt das Bundesverwaltungsgericht Beschwerden gegen Verfügungen nach Art. 5 VwVG, welche von einer der in Art. 33 VGG aufgeführten Behörden erlassen wurden. Eine Ausnahme nach Art. 32 VGG liegt nicht vor.

### **E. 1.2**

Das Rechtsmittelverfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht richtet sich nach dem VwVG, soweit das VGG nichts anderes bestimmt (vgl. Art. 37 VGG).

### **E. 1.3**

Die Beschwerdeführerin ist zur Beschwerde legitimiert (vgl. Art. 48 Abs. 1 VwVG). Auf die frist- und formgerecht eingereichte Beschwerde ist demnach einzutreten (Art. 50 und 52 VwVG).

### **E. 2**

Mit Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht kann die Verletzung von Bundesrecht einschliesslich Überschreitung oder Missbrauch des Ermessens, die unrichtige oder unvollständige Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts sowie die Unangemessenheit gerügt werden (Art. 49 VwVG). Das Bundesverwaltungsgericht wendet das Bundesrecht von Amtes wegen an. Es ist gemäss Art. 62 Abs. 4 VwVG an die Begründung der Begehren nicht gebunden und kann die Beschwerde auch aus anderen als den geltend gemachten Gründen gutheissen oder abweisen. Massgebend ist grundsätzlich die Sachlage zum Zeitpunkt seines Entscheids (vgl. BVGE 2014/1 E. 2).

### **E. 3**

Wird der Vorinstanz ein Antrag zur vorläufigen Aufnahme unterbreitet, so ist es an ihr, den rechtserheblichen Sachverhalt vollständig zu ermitteln (vgl. Art. 12 VwVG). Die das öffentlich-rechtliche Verwaltungsverfahren beherrschende Untersuchungsmaxime wird relativiert durch die in Art. 13 VwVG statuierte Mitwirkungspflicht der Parteien. Sie gilt insbesondere für Personen, welche das Verfahren eingeleitet haben oder darin Rechte geltend machen (BVGE 2008/24 E. 7.2). Ergänzend dazu sieht Art. 90 AIG eine besondere ausländerrechtliche Mitwirkungspflicht vor. Verlangt wird namentlich, dass die genannten Personen die für die Regelung ihres Aufenthalts erforderlichen Angaben machen und entsprechende Beweismittel einreichen. Diese in Art. 90 Bst. a - c AIG zitierten Anforderungen sind nicht nur auf Bewilligungserteilungen ausgerichtet, sondern betreffen

auch die Mitwirkung im Falle einer Verpflichtung zur Ausreise (vgl. Tarkan Göksu in: Caroni/Gächter/Thurnherr, Stämpflis Handkommentar zum Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer, 2010, Art. 90 N 1 ff.).

#### **E. 4**

Die Voraussetzungen der vorläufigen Aufnahme werden in Art. 83 Abs. 1 AIG geregelt.

##### **E. 4.1**

Gemäss Art. 83 Abs. 1 AIG verfügt das SEM die vorläufige Aufnahme, wenn der Vollzug der Weg- oder Ausweisung nicht möglich, nicht zulässig oder nicht zumutbar ist. Der Vollzug ist nicht möglich, wenn er technisch undurchführbar ist (Abs. 2). Er ist unzulässig, wenn ihm völkerrechtliche Verpflichtungen der Schweiz entgegenstehen (Abs. 3). Er kann schliesslich unzumutbar sein, wenn die betroffenen Ausländerinnen oder Ausländer in Situationen wie Krieg, Bürgerkrieg, allgemeiner Gewalt und medizinischer Notlage im Heimat- oder Herkunftsstaat konkret gefährdet sind (Abs. 4).

##### **E. 4.2**

HIV-Infekte werden in drei 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 (> 500 "Helferzellen"), 2 (200 - 499) und 3 (< 200) unterteilt (vgl. Urteil des BVGer D-1614/2014 vom 7. April 2015 E. 6.6.1 und Öffentliches Gesundheitsportal Österreich, < <https://www.gesundheit.gv.at/labor/laborwerte/immunsystem/labor-helfertz-cd43-tzellen-lymphozyten-relativ-absolut2> >, abgerufen im November 2021). In der Rechtsprechung wird zwar davon ausgegangen, dass ab dem Stadium C, d.h. nach dem Ausbruch von AIDS, der Vollzug der Wegweisung in der Regel als unzumutbar anzusehen ist. Gleichzeitig wird aber betont, dass nicht nur das Stadium, in dem sich die Krankheit befindet, zu beachten ist, sondern die konkrete Situation der betroffenen Person im Zielland. Dabei sind der Zugang zu adäquater medizinischer Versorgung, das soziale Umfeld (z.B. familiäre und soziale Beziehungen, berufliche Qualifikation, finanzielle Situation) und die allgemeine Sicherheitslage zu berücksichtigen. Je nach den im Einzelfall relevanten Umständen kann demnach eine HIV-Infektion, die sich im Stadium B3 oder sogar erst im Stadium B2 befindet, zur Unzumutbarkeit des Wegweisungsvollzugs führen (vgl. Urteil des BVGer D-6206/2009 vom 23. April 2012 E. 5 mit Hinweisen), während umgekehrt das Auftreten von AIDS definierenden Krankheiten, mithin das Stadium C, den Wegweisungsvollzug noch nicht zwingend als unzumutbar erscheinen lässt (vgl. BVGE 2009/2 E. 9.3.4 mit Hinweisen).

#### **E. 5**

Der Beschwerdeführerin wurde im Jahr 2010 in Kenia in Zusammenhang mit einer Lungentuberkulose erstmals eine HIV-Infektion diagnostiziert. In der Schweiz wurde festgestellt, dass sie mit HPV infiziert ist. Nach einer Beschreibung der erhaltenen Behandlungen in Kenia und in der Schweiz (E. 5.1 infra) nimmt das Gericht Stellung zur aktuell benötigten Behandlung (E. 5.2 infra) sowie deren Verfügbarkeit und Erschwinglichkeit in Kenia (E. 5.3 infra).

##### **E. 5.1**

In Kenia wurde die antiretrovirale Therapie im Anschluss an die 6-monatige tuberkulostatische Therapie gestartet und bestand aus Efavirenz, Lamivudine und Zidovudine. Obwohl die Beschwerdeführerin anscheinend nie über ihre HIV-Infektion (genügend) aufgeklärt und auch nie ärztlich nachkontrolliert wurde, konnte sie, gemäss Arztbericht vom 17. August 2017 des [Spitals], Zürich, anamnestisch adäquat behandelt werden; sie nahm die Therapie auch gewissenhaft ein, trotz Nebenwirkungen vom Medikament Efavirenz in Form von Schwindel und Kopfschmerzen (vgl. SEM-Akt. 4/81). Zwischen ihrer Einreise in die Schweiz Ende 2015 und ihrer ersten hiesigen medizinischen Kontrolle Mitte 2017, bezog sie die nötigen Medikamente aus Kenia (SEM-Akt. 4/81). Seit Juli 2017 befindet sich die Beschwerdeführerin in ärztlicher Behandlung in der Schweiz. Aus den sich in den Akten befindenden Arztberichten von 17. August 2017 und 9. August 2018 von Dr. (...) ([Spital], Zürich) geht im Wesentlichen hervor, dass die Beschwerdeführerin sich in einem guten Allgemeinzustand befindet: Sie konsumiere regelmässig Bier (2-3 Stangen täglich) sowie einmal wöchentlich Cannabis. Laborchemisch konnte eine unterdrückte HI-Viruslast nachgewiesen werden. Es wurde entschieden auf das besser verträgliche Kombinationspräparat bestehend aus Tivicay und Descovy umzusteigen. Die nachfolgenden Kontrollen hätten laborchemisch und klinisch einen erfreulichen Verlauf, inkl. supprimierter HI-Viruslast gezeigt. Die Nebenwirkungen in Form von Kopfschmerzen und Schwindel seien darunter weitgehend verschwunden (SEM-Akt. 4/81). Im August 2018 wurde eine Stabilisierung der CD4-Zellzahl auf 636/ $\mu$ l festgestellt. Seit 2010 sei es zu keiner weiteren HIV-assoziierten Krankheit mehr gekommen. Bei Abbruch der Therapie (z.B. infolge suboptimaler Betreuung, fehlendem Zugang zu der HIV-Therapie, fehlenden Laborkontrollen, ungenügender Einbindung der Patientin, etc.), sei das Auftreten von u.U. lebensgefährlichen opportunistischen Infektionen möglich (SEM-Akt. 4/82).

## **E. 5.2**

Die Beschwerdeführerin macht in ihrer Replik von Januar 2021 nicht geltend, ihr Zustand habe sich zwischenzeitlich verschlechtert. Auch hat die anwaltlich vertretene Beschwerdeführerin bis heute keine ergänzende medizinischen Berichte eingereicht. Das Gericht stützt sich deshalb auf die zwei vorerwähnten Arztberichte. Zusammenfassend stellt das Gericht somit fest, dass die Beschwerdeführerin sich nicht mehr in einer akuten Phase ihrer Krankheit befindet, und sich die CD4-Zellzahl auf der Stufe 1 stabilisiert hat (vgl. E. 4.2 supra). Sie benötigt allerdings nicht nur eine ununterbrochene medikamentöse Therapie, sondern auch alle drei Monate eine medizinische Konsultation mit Bestimmung der CD4-Zellzahl sowie der HI-Viruslast und aufgrund der HPV-Diagnose eine regelmässige gynäkologische Untersuchung, damit die Entstehung eines Gebärmutterhalskrebses nicht verpasst wird (Pap-Test), was die Vorinstanz nicht bestreitet. Strittig bleibt hingegen, welche antiretrovirale Therapie die Beschwerdeführerin benötigt. Letztere macht geltend, sie bedürfe das in Kenia nicht oder nur schwer erhältlich bzw. kostspielige Kombinationspräparat bestehend aus Tivicay und Descovy. Sie macht geltend, gemäss Arztbericht vom 9. August 2018 stehe fest, dass die laborchemischen Verlaufskontrollen durch die Umstellung auf die neue Therapie eine unterdrückte HI-Viruslast zeigen würden. Es sei daher entscheidend, dass der Zugang zu dieser Therapie, und nicht irgendeiner HIV-Therapie, zwingend sichergestellt werde (BVGer-Akt. 7 S. 3). Entgegen der Meinung der Beschwerdeführerin ist jedoch aus den eingereichten Unterlagen nicht ersichtlich, dass sie auf die von ihr genannten Medikamente zwingend angewiesen wäre. Die Behandlung in Kenia war im Gegenteil gemäss Arztbericht vom 9. August 2018 medikamentös

anamnestisch adäquat (s. SEM-Akt. 4/81). Dass die dort eingenommene Therapie zu einer drastischen und lebensbedrohlichen Verschlechterung der Gesundheitslage führen würde, ist aus den Akten nicht ersichtlich. In der Tat beschränkte sich die Beschwerdeführerin auf Nebenwirkungen in Form von Schwindel und Kopfschmerzen hinzuweisen, ohne dazu nähere Ausführungen zu machen oder weitergehende Arztberichte einzureichen. Dies auch nicht, als die Vorinstanz die Schwere der Nebenwirkungen bestritt. Somit erscheint eine Rückumstellung auf die Medikamente Efavirenz, Lamivudine und Zidovudine trotz den geltend gemachten Nebenwirkungen durchaus als zumutbar. Die Beschwerdeführerin hat denn auch nach ihrer Einreise in die Schweiz diese Medikamente bevorzugt eingenommen, indem sie sogar dafür mehrmals nach Kenia reiste. Schliesslich sei hier nochmals darauf hingewiesen, dass kein Anspruch auf eine dem schweizerischen Standard entsprechende medizinische Behandlung besteht (vgl. E. 4.2 supra). Der Vollständigkeit halber, sei an dieser Stelle noch angemerkt, dass der in Tivicay erhaltene Stoff Dolutegravir in Kenia seit 2017 erhältlich ist und immer öfters verschrieben wird (cf. namentlich The Borgen Project, New HIV Drug Implemented in Kenya, 8.2019, < <https://borgenproject.org/new-hiv-drug-implemented-in-kenya/> > und PEPFAR 2021 Country and Regional Operational Plan, S. 28 < <https://2017-2021.state.gov/wp-content/uploads/2020/12/PEPFAR-COP21-Guidance-Final.pdf> >, abgerufen im November 2021).

### **E. 5.3**

Bleibt zu prüfen, ob diese Medikamente und Behandlungen in Kenia, insbesondere in Mombasa wo die Beschwerdeführerin wohnte, verfügbar und für sie bezahlbar sind.

#### **E. 5.3.1**

Durch die relativ hohe Anzahl an Fällen in Kenia, ist dieses Land stark im Kampf gegen AIDS engagiert und wird vom U.S. Presidential's Emergency Plan for AIDS Relief (PEPFAR) bei der Implementierung von medizinischen und sozialen Massnahmen unterstützt. Gemäss PEPFAR-Bericht vom Juli 2020 haben in Kenia rund 96 Prozent der Personen mit AIDS Zugang zu einer Behandlung, die sie im öffentlichen Sektor oder durch «faith-based organizations» bekommen, und knapp 91 Prozent davon haben eine supprimierte Viruslast (PEPFAR, Country Operational Plan 2020 - Strategic Direction Summary: Kenya, 24.07.2020, S. 5, < <https://www.state.gov/wp-content/uploads/2020/08/Kenya-COP20-SDS-Final.pdf> >, abgerufen im November 2021). In den letzten Jahren ist die HIV bezogene Mortalitätsrate stark zurückgegangen (PEPFAR 2021 Country and Regional Operational Plan, S. 28 < <https://2017-2021.state.gov/wp-content/uploads/2020/12/PEPFAR-COP21-Guidance-Final.pdf> >, abgerufen im November 2021). Das kenianische HIV-Programm ist, wie das gesamte öffentliche Gesundheitssystem in Kenia, stark von ausländischen Organisationen abhängig (so PEPFAR und UNAIDS [Joint United Nations Programme on HIV/AIDS]). Somit sind die benötigten Medikamente Efavirenz, Lamivudine und Zidovudine in Kenia verfügbar, was die Beschwerdeführerin denn auch anerkennt (BVGer-Akt. 1 Ziff. 21). Sie bestreitet ferner auch nicht, dass sie Zugang zu einer Therapie in Kenia hatte, macht diesbezüglich aber lediglich geltend, dass daraus nicht auf einen erneuten Zugang im Falle einer Rückkehr geschlossen werden könne (BVGer-Akt. 1 Ziff. 3). Entgegen der Meinung der Beschwerdeführerin kann aus der Tatsache, dass ihre Krankheit erst im letzten Stadium entdeckt wurde, nicht abgeleitet werden, dass die Gesundheitsversorgung in Kenia allgemein ungenügend war oder ist (BVGer-Akt. 1 Ziff. 16). Die Argumente der beweis- und mitwirkungspflichtigen

Beschwerdeführerin sind somit nicht geeignet, die Feststellungen der Vorinstanz, dass die benötigte antiretrovirale Therapie effektiv in Kenia erhältlich ist, als bundesrechtswidrig erscheinen zu lassen. Daran würden auch allfällige Lieferengpässe aufgrund der COVID-19 Pandemie nichts ändern. Davon sind hauptsächlich jene Patienten betroffen, die lange Reisen für die Medikamentenabgabe unternehmen müssen, was nicht auf die in Mombasa beheimatete Beschwerdeführerin zutrifft, lebte sie doch in einer grossen Hafenstadt die über mehrere Spitäler verfügt (PEPFAR, People's COP21 Kenya, S. 10 <https://healthgap.org/wp-content/uploads/2021/03/Peoples-COP21-Kenya.pdf> >, abgerufen im November 2021). Entsprechendes macht sie denn auch nicht geltend. Ferner bestreitet sie auch nicht, dass sie in Kenia Zugang zu einer medizinischen Konsultation mit Bestimmung von CD4-Zellzahl und HI-Viruslast sowie einer gynäkologischen Untersuchung hat.

### **E. 5.3.2**

Was die Gesundheitskosten anbelangt, ist zuerst festzuhalten, dass die benötigte antiretrovirale Therapie an allen von PEPFAR unterstützten Orten grundsätzlich kostenlos erhältlich ist (PEPFAR Country Operational Plan 2020, < <https://www.state.gov/wp-content/uploads/2020/08/Kenya-COP20-SDS-Final.pdf> >, S. 52 und 103, abgerufen im November 2021). Gebärmutterhalskrebs-Screenings sollten im öffentlichen Sektor kostenlos sein ; Pap-tests werden oft im Rahmen von Krebs sensibilisierungstagen gratis angeboten, können ausserhalb dieser Tage für ca 8 CHF durchgeführt werden (BMC Public Health, Predictors of cervical cancer screening among Kenyan women: results of a nested case-control study in a nationally representative survey, 2018, S. 35 < [https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC6219012/pdf/12889\\_2018\\_Article\\_6054.pdf](https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC6219012/pdf/12889_2018_Article_6054.pdf) > und Wikitionary 254 < <https://wikitionary254.com/how-much-does-a-pap-smear-cost-in-kenya/> abgerufen im November 2021). Sollten zudem allfällige Transport- oder (versteckte) Gesundheitskosten für die antiretrovirale Therapie anfallen - gemäss einer 2011 gemachten Studie beliefen diese sich auf ca. 4 CHF pro Monat (Star, Heavy HIV burden warrants domestic sources of funding to strengthen health systems, April 2021, < <https://www.the-star.co.ke/opinion/star-blogs/2021-04-26-heavy-hiv-burden-warrants-domestic-sources-of-funding-to-strengthen-health-systems/> , abgerufen im November 2021) - dürften sie sich in einem durch die Beschwerdeführerin verkraftbaren Rahmen halten. In der Tat kann von ihr verlangt werden, dass sie wieder auf dem kenianischen Arbeitsmarkt Fuss fasst, so wie sie dies als Verkäuferin oder Kellnerin vor ihrer Ausreise gemacht hatte und damit 55 CHF Monatseinkommen erzielte (SEM-Akt. 133 S. 351). Sie erachtet sich denn auch als zu 100% arbeitsfähig (SEM-Akt. 136 S. 383 [2019], s. auch SEM-Akt. 4/133 S. 351 [ZH Rekursentscheid]). Schliesslich macht diesbezüglich die beweis- und mitwirkungspflichtige Beschwerdeführerin lediglich geltend, sie habe keinen Zugang zu den in der Schweiz erhaltenen Medikamenten, die jedoch, wie schon die Vorinstanz ausgeführt hat, substituiert werden können (s. E. 5.2 supra und BVGer-Akt. 1 S. 7ff.). Auch dem Arztbericht vom 9. August 2018 lässt sich nicht entnehmen, dass eine erneute Umstellung auf die früher in Kenia eingenommenen Medikamente für die Beschwerdeführerin lebensgefährlich wäre.

### **E. 5.4**

Nach dem Gesagten ist festzustellen, dass der Beschwerdeführerin bei einer Rückkehr in ihre Heimat keine baldige und wesentliche Verschlechterung ihres Gesundheitszustands droht, die zu starkem Leiden oder einer erheblichen Verkürzung der Lebensdauer führen

würde. Auch besteht ihr in ihrer Heimat ein Familiennetzwerk leben dort ein Bruder sowie eine Schwester, die sich um den gehbehinderten Neffen kümmert (BVGer-Akt. 1 Ziff. 22 S. 10).

#### **E. 5.5**

Auch eine Würdigung sämtlicher Umstände lässt eine Rückkehr der Beschwerdeführerin in ihr Heimatland als zumutbar erscheinen. So hat sich die bei ihrer Einreise 28-jährige Beschwerdeführerin während ihres sechsjährigen Aufenthalts in der Schweiz nicht integriert, da sie nie einer Erwerbstätigkeit nachging und seit 2018 vollumfänglich von der Sozialhilfe unterstützt wird; zudem wurde sie 2018 der mehrfachen Nötigung zum Nachteil ihres 57 Jahre älteren Ehemannes schuldig gesprochen (SEM-Akt. 4/142 S. 401; vgl. auch Bst. A supra). Auch kam die Beschwerdeführerin mit einer HIV-Erkrankung im Stadium C3 in die Schweiz und reiste zwischenzeitlich mehrmals - und offensichtlich problemlos - zurück in ihr Heimatland (vgl. auch E. 5.2 supra). Angesichts dieser Umstände durfte der Beschwerdeführerin schon bei ihrer Einreise ein gewisses Rückkehrisiko bewusst gewesen sein (vgl. Urteil des BGer 2C\_1008/2020 vom 23. Februar 2021 E. 2.3 mit Hinweisen zum Altersunterschied). Ferner sind allfällige Bedenken zur Sicherheitslage in Kenia, die gegen ihre Rückweisung sprächen, nicht ersichtlich, was diese auch nicht geltend macht.

#### **E. 6**

Daher ist die angefochtene Verfügung im Lichte von Art. 49 VwVG nicht zu beanstanden und die Beschwerde abzuweisen.

#### **E. 7.1**

Bei diesem Ausgang des Verfahrens wären die Kosten der Beschwerdeführerin aufzuerlegen (Art. 63 Abs. 1 VwVG; Art. 1-3 des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]). Da die unentgeltliche Rechtspflege gewährt wurde, sind jedoch keine Verfahrenskosten zu erheben.

#### **E. 7.2**

Der Rechtsvertreter der Beschwerdeführerin hat keine Kostennote eingereicht. Der Aufwand lässt sich allerdings aufgrund der Akten zuverlässig abschätzen (Art. 14 Abs. 2 VGKE). In Anwendung der massgeblichen Bemessungsfaktoren (vgl. Art. 8-11 VGKE) ist das Honorar für lic. iur Peter Bolzli auf Fr. 1'800.- (inkl. Auslagen und MwSt) festzusetzen. (Dispositiv nächste Seite)

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