



Urteil vom 2. Oktober 2019

Besetzung

Richter Jürg Marcel Tiefenthal (Vorsitz),
Richterin Esther Marti, Richter Hans Schürch,
Gerichtsschreiber Daniel Merkli.

Parteien

A._____, geboren am (...),
und deren Sohn
B._____, geboren am (...),
Äthiopien,
beide vertreten durch lic. iur. Ariane Burkhardt,
Berner Rechtsberatungsstelle für Menschen in Not,
(...),
Beschwerdeführende,

gegen

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

Gegenstand

Wegweisungsvollzug
(Beschwerde gegen Wiedererwägungsentscheid);
Verfügung des SEM vom 9. Juli 2019.

Das Bundesverwaltungsgericht stellt fest,

dass die Beschwerdeführerin am 26. Oktober 2011 in der Schweiz um Asyl nachsuchte und am (...) ihren Sohn B. _____ gebar,

dass das SEM mit Verfügung vom 25. November 2015 feststellte, die Beschwerdeführerin und ihr Kind würden die Flüchtlingseigenschaft nicht erfüllen, das Asylgesuch vom 26. Oktober 2011 abwies und die Wegweisung aus der Schweiz und deren Vollzug anordnete,

dass das Bundesverwaltungsgericht mit Entscheid D-8395/2015 vom 22. Juni 2018 eine gegen diesen Entscheid erhobene Beschwerde abwies,

dass es in Bestätigung der vorinstanzlichen Erwägungen die Vorbringen der Beschwerdeführerin, sie habe in Äthiopien mit einer Frau eine homosexuelle Beziehung geführt und sei deswegen von ihrem Bruder angegriffen und aufgrund einer Anzeige ihres Vaters für zwei Monate ins Gefängnis namens Bole Awraja verbracht worden, als nicht glaubhaft erachtete,

dass es im Weiteren ausführte, aufgrund der als unglaubhaft erachteten Verfolgungsvorbringen müsse der Schluss gezogen werden, dass die im fachärztlichen Bericht der (...) vom (...) erwähnten psychischen Beeinträchtigungen (Anpassungsstörung mit depressiver Reaktion, depressive Episode und soziale Ausgrenzung im Heimatstaat wegen Homosexualität) auf andere als die von der Beschwerdeführerin genannten Entstehungsgründe zurückzuführen seien,

dass schliesslich auf die nicht wahrheitsgemässen Angaben hinsichtlich ihrer persönlichen, familiären und beruflichen Situation im Heimatstaat hingewiesen und die Zumutbarkeit des Wegweisungsvollzugs, von der Behandelbarkeit der gesundheitlichen Schwierigkeiten der Beschwerdeführerin (Diabetes, psychische Erkrankungen) ausgehend, bejaht wurde,

dass mit dem vorgenannten Urteil die Verfügung des SEM vom 25. November 2015 in Rechtskraft erwuchs,

dass die Beschwerdeführenden mit Eingabe ihre Rechtsvertreterin vom 12. Oktober 2018 an die Vorinstanz in Bezug auf den Wegweisungsvollzug die wiedererwägungsweise Aufhebung der Verfügung des SEM vom 25. November 2015 beantragten und dabei unter anderem einen ärztlichen Bericht vom (...) einreichten,

dass mit ergänzender Eingabe vom 1. Februar 2019 ein weiterer ärztlicher Bericht des behandelnden Arztes vom (...) eingereicht und geltend gemacht wurde, durch diese ärztlichen Berichte sei die im abgeschlossenen Asylverfahren bezweifelte und damit im Vollzugspunkt nicht berücksichtigte Homosexualität der Beschwerdeführerin als erstellt zu erachten, was zu einer anderen Einschätzung der Zumutbarkeit des Wegweisungsvollzugs führe,

dass das SEM mit Entscheid vom 9. Juli 2019 (Eröffnung am 10. Juli 2019) die Eingabe vom 12. Oktober 2019 als qualifiziertes Wiedererwägungsgesuch entgegennahm und abwies, seine Verfügung vom 25. November 2015 als rechtskräftig und vollstreckbar erklärte, und eine Gebühr in der Höhe von Fr. 600.– erhob,

dass es im Weiteren feststellte, einer allfälligen Beschwerde komme keine aufschiebende Wirkung zu,

dass die Beschwerdeführenden mit Eingabe ihrer Rechtsvertreterin vom 29. Juli 2019 an das Bundesverwaltungsgericht gegen diese Verfügung Beschwerde erhoben,

dass sie die Aufhebung der angefochtenen Verfügung und die Gewährung der vorläufigen Aufnahme wegen Unzumutbarkeit des Wegweisungsvollzugs, die Aufhebung der Dispositivziffer 3 und die Gutheissung des im erstinstanzlichen Verfahrens nicht behandelten Gesuches um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege beantragten,

dass in verfahrensrechtlicher Hinsicht um Erteilung der aufschiebenden Wirkung der Beschwerde im Sinne einer vorsorglichen Massnahme und unter Verzicht auf das Erheben eines Kostenvorschusses um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege im Sinne von Art. 65 Abs. 1 und 2 VwVG ersucht wurde,

dass mit Eingabe vom 26. August 2019 ein ärztlicher Bericht der behandelnden Kinderärztin, C._____, vom (...) und ein Bestätigungsschreiben einer Nachbarin D._____ der Beschwerdeführenden vom (...) und mit Eingaben vom 5. September 2019 und vom 20. September 2019 ein ärztlicher Bericht der behandelnden Ärztin der Beschwerdeführerin vom (...) beziehungsweise ein psychiatrischer Bericht des (...) vom (...) nachgereicht wurden,

und zieht in Erwägung,

dass das Bundesverwaltungsgericht auf dem Gebiet des Asyls endgültig über Beschwerden gegen Verfügungen (Art. 5 VwVG) des SEM entscheidet, ausser bei Vorliegen eines Auslieferungersuchens des Staates, vor welchem die beschwerdeführende Person Schutz sucht (Art. 105 AsylG [SR 142.31] i.V.m. Art. 31–33 VGG; Art. 83 Bst. d Ziff. 1 BGG),

dass eine solche Ausnahme im Sinne von Art. 83 Bst. d Ziff. 1 BGG nicht vorliegt, weshalb das Bundesverwaltungsgericht endgültig entscheidet,

dass sich das Verfahren nach dem VwVG, dem VGG und dem BGG richtet, soweit das AsylG nichts anderes bestimmt (Art. 37 VGG und Art. 6 AsylG),

dass am 1. März 2019 die Teilrevision (AS 2016 3101) des Asylgesetzes vom 26. Juni 1998 in Kraft getreten ist und für das vorliegende Verfahren das bisherige Recht gilt (vgl. Abs. 1 der Übergangsbestimmungen zur Änderung des AsylG vom 25. September 2015),

dass die Beschwerdeführenden am Verfahren vor der Vorinstanz teilgenommen haben, durch die angefochtene Verfügung besonders berührt sind, ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung beziehungsweise Änderung haben und daher zur Einreichung der Beschwerde legitimiert sind (Art. 105 AsylG und Art. 48 Abs. 1 VwVG),

dass somit auf die frist- und formgerecht eingereichte Beschwerde einzutreten ist (aArt. 108 Abs. 1 AsylG und Art. 52 Abs. 1 VwVG),

dass sich die Kognition des Bundesverwaltungsgerichts und die zulässigen Rügen im Asylbereich nach Art. 106 Abs. 1 AsylG richten,

dass gestützt auf Art. 111a Abs. 1 AsylG auf die Durchführung eines Schriftwechsels verzichtet wurde,

dass das Wiedererwägungsverfahren im Asylrecht spezialgesetzlich geregelt ist (Art. 111b ff. AsylG) und ein entsprechendes Gesuch dem SEM innert 30 Tagen nach Entdeckung des Wiedererwägungsgrundes schriftlich und begründet einzureichen ist,

dass sich im Übrigen das Verfahren nach den revisionsrechtlichen Bestimmungen von Art. 66–68 VwVG (aArt. 111b Abs. 1 AsylG) richtet,

dass das Wiederwägungsgesuch in seiner praktisch relevantesten Form die Änderung einer ursprünglich fehlerfreien Verfügung aufgrund einer

nachträglich eingetretenen erheblichen Veränderung der Sachlage bezweckt (vgl. Entscheidungen und Mitteilungen der Schweizerischen Asylrekurskommission [EMARK] 1995 Nr. 21 E. 1 S. 202 ff.) und gemäss herrschender Lehre und ständiger Praxis des Bundesgerichts aus Art. 29 BV unter bestimmten Voraussetzungen ein verfassungsmässiger Anspruch auf Wiedererwägung abgeleitet wird (vgl. BGE 127 I 133 E. 6 S. 137 f. m.w.H.),

dass danach auf ein Wiedererwägungsgesuch einzutreten ist, 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,

dass, falls die abzuändernde Verfügung unangefochten blieb oder ein eingeleitetes Beschwerdeverfahren mit einem blossen Prozessentscheid abgeschlossen wurde, auch Revisionsgründe einen Anspruch auf Wiedererwägung begründen (zum sogenannten «qualifizierten Wiedererwägungsgesuch» vgl. etwa EMARK 2003 Nr. 17 E. 2.a S. 103 f. m.w.H.),

dass ebenfalls im Rahmen einer Wiedererwägung Beweismittel geprüft werden können, die, wie vorliegend, erst nach einem materiellen Beschwerdeentscheid des Bundesverwaltungsgerichts entstanden sind und daher revisionsrechtlich nicht von Relevanz sein können (vgl. BVGE 2013/22 E. 12.3),

dass die Rechtsvertreterin in ihrem Wiedererwägungsgesuch vom 12. Oktober 2018 geltend machte, durch die ärztlichen Berichte des behandelnden Arztes vom (...) und vom (...) sei die im abgeschlossenen Asylverfahren bezweifelte und damit im Vollzugspunkt nicht berücksichtigte Homosexualität der Beschwerdeführerin als erstellt zu erachten,

dass die Beschwerdeführerin aufgrund ihrer Homosexualität bei einer Rückkehr soziale Ächtung und Diskriminierung erfahren würde,

dass das SEM im angefochtenen Entscheid zu Recht die zwei ärztlichen Berichte – worin lediglich aufgrund der (als unglaublich erachteten) biografischen Informationen der Beschwerdeführerin auf deren Homosexualität geschlossen wird – zum Nachweis der behaupteten sexuellen Ausrichtung der Beschwerdeführerin als nicht geeignet erachtete,

dass der Gesundheitszustand der Beschwerdeführerin und die medizinische Versorgung in deren Heimatstaat bereits Gegenstand des Beschwerdeverfahrens waren und sich aus den neu eingereichten ärztlichen Berichten keine Hinweise auf eine diesbezügliche nachträglich veränderte Sachlage ergeben,

dass zwar im ärztlichen Bericht vom (...) festgehalten wird, dass eine Verschlechterung der Diabetes eingetreten sei (Dekompensation aufgrund eines ungünstig veränderten Glucosestoffwechsels), welche neben der bisherigen Diabetesmedikation zur Aufnahme einer Insulintherapie geführt habe, indessen von der Behandelbarkeit der genannten gesundheitlichen Schwierigkeiten im Heimatstaat ausgegangen werden kann (vgl. Urteil D-8395/2015 vom 22. Juni 2018),

dass diese Einschätzung auch für die im psychiatrischen Bericht vom (...) festgestellten psychischen Schwierigkeiten (mittelgradig bis schwere rezidivierende depressive Störung, Posttraumatische Belastungsstörung) gilt,

dass im Weiteren in der Beschwerde geltend gemacht wird, dass im vorliegenden Wiederwägungsverfahren (unabhängig von der Frage der Glaubhaftigkeit der Asylvorbringen) einzig die Frage der Glaubhaftigkeit der sexuellen Ausrichtung der Beschwerdeführerin Gegenstand des vorliegenden Asylverfahrens sei,

dass diese Argumentation die Tatsache unberücksichtigt lässt, dass im abgeschlossenen Asylverfahren die geltend gemachte *homosexuelle Beziehung* mit einer Frau und die damit verbundenen Vorbringen als nicht glaubhaft erachtet wurden,

dass im Weiteren auch unter dem Blickwinkel des Kindeswohls keine nachträglich veränderte Sachlage vorliegt,

dass das Kindeswohl bereits Gegenstand des abgeschlossenen Asylverfahrens war (vgl. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts D-8395/2015 vom 22. Juni 2018 E. 8.4.6) und im Wiedererwägungsgesuch vom 12. Oktober 2019 keine diesbezüglichen neuen Sachverhaltselemente vorgebracht wurden, weshalb das SEM nicht gehalten war, sich erneut darüber zu äußern,

dass auf Beschwerdeebene unter Einreichung eines ärztlichen Berichts der behandelnden Kinderärztin vom 26. August 2019 geltend gemacht

wird, dass der Sohn B. _____ der Beschwerdeführerin stark übergewichtig sei und eine vermutlich stimulationsbedingte Entwicklungsstörung vorliege, was multiple medizinische sowie pädagogische Interventionen notwendig gemacht habe,

dass nach Einschätzung der behandelnden Ärztin ein Unterbruch im betreuenden System von B. _____ «grösste Probleme in der Entwicklung und im körperlichen Wohl des Kindes» zur Folge hätte,

dass von der Behandelbarkeit der genannten gesundheitlichen Schwierigkeiten von B. _____ (Übergewicht, psychomotorische Entwicklungsstörung) im Heimatstaat auszugehen ist, weshalb die Zumutbarkeit des Wegweisungsvollzugs auch unter dem Aspekt des Kindeswohls zu bejahen ist,

dass somit insgesamt keine wesentlich veränderte Sachlage vorliegt, die zu einer abweichenden Beurteilung der Frage der Zumutbarkeit des Wegweisungsvollzugs führt,

dass das SEM jedoch zu Unrecht von der Aussichtslosigkeit des Wiedererwägungsgesuchs ausgegangen ist und folglich keine Kosten hätten erhoben werden dürfen, zumal die Beschwerdeführerin auch für bedürftig zu erachten ist (Art. 111d Abs. 2 AsylG),

dass die Dispositivziffer drei der angefochtenen Verfügung daher aufzuheben ist,

dass die Vorinstanz die Gebühr, sollte diese bereits bezahlt worden sein, zurückzuerstatten hat,

dass die angefochtene Verfügung in den übrigen Punkten Bundesrecht nicht verletzt, den rechtserheblichen Sachverhalt richtig oder vollständig feststellt (Art. 106 Abs. 1 AsylG) und – soweit überprüfbar – angemessen ist, weshalb die Beschwerde abzuweisen ist,

dass mit Ergehen des vorliegenden Urteils die Gesuche um Gewährung der aufschiebenden Wirkung der Beschwerde und um Verzicht auf das Erheben eines Kostenvorschusses gegenstandslos werden,

dass die Beschwerde als nicht von vornherein aussichtslos zu bezeichnen und die Beschwerdeführerin bedürftig ist, weshalb das Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege im Sinne von Art. 65 Abs. 1 VwVG

gutzuheissen ist, weswegen keine (reduzierten) Verfahrenskosten zu erheben sind,

dass hinsichtlich des Gesuchs um Gewährung der unentgeltlichen Rechtsverbeiständung festzustellen ist, dass im Rahmen von Mehrfachgesuchen unter den in Art. 65 Abs. 1 VwVG umschriebenen Voraussetzungen eine unentgeltliche Rechtsbeiständin oder ein unentgeltlicher Rechtsbeistand bestellt wird, wenn es zur Wahrung der Rechte der Partei notwendig ist (aArt. 110a Abs. 2 AsylG i.V.m. 65 Abs. 2 VwVG),

dass dabei ausschlaggebend ist, ob die Partei zur Wahrung ihrer Rechte notwendigerweise der professionellen juristischen Hilfe eines Anwaltes bedarf (vgl. dazu BGE 128 I 225 E. 2.5.2 S. 232 f.; 122 I 49 E. 2c S. 51 ff.; 120 Ia 43 E. 2a S. 44 ff.),

dass in Verfahren, welche – wie das vorliegende – vom Untersuchungsgrundsatz beherrscht sind, strenge Massstäbe an die Gewährung der unentgeltlichen Rechtsverbeiständung anzusetzen sind (vgl. EMARK 2000 Nr. 6 sowie BGE 122 I 8 E. 2c S. 10) und im asylrechtlichen Beschwerdeverfahren zur wirksamen Beschwerdeführung besondere Rechtskenntnisse im Regelfall nicht unbedingt erforderlich sind,

dass deshalb die unentgeltliche Rechtsverbeiständung im Sinne von Art. 65 Abs. 2 VwVG praxisgemäss nur in den besonderen Fällen gewährt wird, in welchen in rechtlicher oder tatsächlicher Hinsicht erhöhte Schwierigkeiten bestehen,

dass das vorliegende Verfahren weder in tatsächlicher noch in rechtlicher Hinsicht besonders komplex erscheint, weshalb das Gesuch um unentgeltliche Rechtsverbeiständung im Sinne von Art. 65 Abs. 2 VwVG abzuweisen ist,

dass die Beschwerdeinstanz der ganz oder teilweise obsiegenden Partei von Amtes wegen oder auf Begehren eine Entschädigung für ihr erwachsene notwendige und verhältnismässig hohe Kosten zusprechen kann (Art. 64 Abs. 1 VwVG),

dass, obsiegt eine Partei nur teilweise, die Parteientschädigung zu kürzen (Art. 7 Abs. 2 VGKE) ist,

dass von einer Entschädigung abgesehen werden kann, wenn die Kosten verhältnismässig gering sind (Art. 7 Abs. 4 VGKE),

dass als geringe Kosten Aufwendungen von weniger als Fr. 100.– gelten (analog zu Art. 13 Bst. b VGKE: als verhältnismässig hohe Kosten gelten Spesen von mehr als Fr. 100.–; vgl. zum Ganzen: MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER, Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht, 2. Aufl. 2013, RZ 4.69),

dass im vorliegenden Verfahren der Aufwand für die Rüge der Gebührenerhebung durch die Vorinstanz als gering einzustufen ist (weniger als Fr. 100.–), weshalb von einer Parteientschädigung abzusehen ist.

(Dispositiv nächste Seite)

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.

Die Beschwerde wird betreffend die Aufhebung der Dispositivziffer 3 der angefochtenen Verfügung gutgeheissen. In den übrigen Punkten wird sie abgewiesen.

2.

Das Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege im Sinne von Art. 65 Abs. 1 VwVG wird gutgeheissen. Es werden keine Verfahrenskosten erhoben.

3.

Das Gesuch um Gewährung der amtlichen Rechtsverteidigung gemäss Art. 65 Abs. 2 VwVG wird abgewiesen.

4.

Es wird keine Parteientschädigung zugesprochen.

5.

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

Der vorsitzende Richter:

Der Gerichtsschreiber

Jürg Marcel Tiefenthal

Daniel Merkli

Versand: