



Urteil vom 9. März 2020

Besetzung

Richterin Jeannine Scherrer-Bänziger (Vorsitz),
Richterin Mia Fuchs,
Richter Gérard Scherrer,
Gerichtsschreiberin Teresia Gordzielik.

Parteien

A. _____, geboren am (...),
Marokko,
vertreten durch Rechtsanwalt Peter Wicki,
(...),
Beschwerdeführerin,

gegen

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

Gegenstand

Unentgeltliche Rechtspflege;
Verfügung des SEM vom 8. Juni 2018.

Sachverhalt:**A.**

Mit Verfügung vom 18. August 2016 lehnte das SEM das Asylgesuch der Beschwerdeführerin vom 10. Februar 2016 ab und stellte fest, der Entscheidung über den weiteren Aufenthalt in der Schweiz oder eine allfällige Wegweisung falle in die Zuständigkeit der kantonalen Migrationsbehörde.

B.

Mit Eingabe vom 19. August 2016 beantragte die Beschwerdeführerin bei der zuständigen kantonalen Migrationsbehörde die Erteilung einer ausländerrechtlichen Aufenthaltsbewilligung zwecks Familiennachzugs zu ihrem Ehemann B. _____ (N ...), welchen sie am 8. August 2016 geheiratet hatte und der als anerkannter Flüchtling mit Asylgewährung in der Schweiz lebt.

Am 22. September 2017 lehnte die Migrationsbehörde die Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung ab, woraufhin die Beschwerdeführerin Beschwerde beim zuständigen kantonalen Justiz- und Sicherheitsdepartement erhob.

C.

Mit Eingabe vom 13. November 2017 gelangte die Beschwerdeführerin an das SEM und beantragte, sie sei in die Flüchtlingseigenschaft ihres Ehemannes einzubeziehen und ihr sei Asyl zu gewähren. Zugleich stellte sie einen Antrag auf unentgeltliche Rechtspflege unter Ernennung des rubrizierten Rechtsanwalts als unentgeltlichen Rechtsbeistand für das vorinstanzliche Verfahren. Während des Verfahrens reichte sie mehrere Unterlagen, namentlich Arztberichte über ihren Gesundheitszustand und Dokumente zum kantonalen Bewilligungsverfahren, zu den Akten (vgl. vorinstanzliche Akten B1/21, B6/12, B19/12).

Das kantonale Beschwerdeverfahren (vgl. Bst. B. hievor) wurde aufgrund dieses Gesuchs sistiert.

D.

Mit Verfügung vom 8. Juni 2018 stellte das SEM fest, dass die Beschwerdeführerin nicht gemäss Art. 3 Abs. 1 und 2 AsylG, wohl aber gemäss Art. 51 Abs. 1 AsylG als Flüchtling anerkannt und ihr Asyl gewährt werde. Auf die prozessualen Anträge ging es in seiner Verfügung nicht ein.

Am 10. Juli 2018 wurde die Beschwerde gegen die Nichterteilung der ausländerrechtlichen Aufenthaltsbewilligung (vgl. Bst. B. hievor) vom zuständigen Justiz- und Sicherheitsdepartement für erledigt erklärt.

E.

Mit Eingabe vom 11. Juli 2018 erhob die Beschwerdeführerin gegen die Verfügung des SEM vom 8. Juni 2018 Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht. Sie beantragte, die angefochtene Verfügung sei insoweit aufzuheben, als die Zusprechung einer Parteientschädigung beziehungsweise eventualiter die Gewährung der unentgeltlichen Rechtsverteiständung abgewiesen werde, und es sei ihr für das erstinstanzliche Verfahren eine Parteientschädigung von Fr. 2'198.30 (inkl. Mehrwertsteuer) zuzusprechen, eventualiter sei ihr für das erstinstanzliche Verfahren die unentgeltliche Rechtsverteiständung zu gewähren und gestützt darauf eine Entschädigung in derselben Höhe zuzusprechen.

Zugleich erhob sie die Rüge der Rechtsverweigerung, da das SEM in der angefochtenen Verfügung auf ihren Antrag auf Parteientschädigung beziehungsweise eventualiter auf unentgeltliche Rechtsverteiständung zu Unrecht nicht eingegangen sei.

In prozessualer Hinsicht ersuchte sie um Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung sowie um Beiordnung des rubrizierten Rechtsvertreters als amtlicher Anwalt für das Beschwerdeverfahren.

Als Beilage reichte sie ein Formular über die unentgeltliche Rechtspflege mit Beilagen zum Einkommen, einen Auszug aus dem Abschreibungsentscheid mit Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege durch die kantonale Behörde sowie eine Liste des Rechtsvertreters über die im vorinstanzlichen Verfahren (Familienasyl) erbrachten Leistungen ein.

F.

Mit Zwischenverfügung vom 18. Juli 2018 hiess die zuständige Instruktionsrichterin das Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung im Beschwerdeverfahren gut und verzichtete auf die Erhebung eines Kostenvorschusses. Das Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtsverteiständung wies sie ab. Zugleich lud sie die Vorinstanz zur Vernehmlassung ein.

G.

Nach einmaliger Fristerstreckung nahm das SEM mit Vernehmlassung

vom 7. August 2018 zur Beschwerde Stellung. Dabei räumte sie mit Bedauern ihr Versäumnis der Prüfung des Gesuchs um unentgeltliche Rechtsverteidigung im vorinstanzlichen Verfahren ein und beantragte die Abweisung des Gesuchs nach entsprechender Beurteilung.

H.

Am 9. August 2018 liess das Gericht der Beschwerdeführerin ein Doppel der Vernehmlassung zukommen und lud sie zur Replik ein.

I.

Mit Replik vom 24. August 2018 nahm die Beschwerdeführerin zur Vernehmlassung Stellung und reichte einen Bericht ihres Hausarztes vom 11. Oktober 2017 ein.

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:

1.

1.1 Gemäss Art. 31 VGG ist das Bundesverwaltungsgericht zur Beurteilung von Beschwerden gegen Verfügungen nach Art. 5 VwVG zuständig und entscheidet auf dem Gebiet des Asyls in der Regel – wie auch vorliegend – endgültig (Art. 83 Bst. d Ziff. 1 BGG; Art. 105 AsylG [SR 142.31]).

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

2.

2.1 Die vorliegende Beschwerde richtet sich gegen den Entscheid des SEM vom 8. Juni 2018, mit welchem dieses über den Antrag auf Familienasyl befand, jedoch – wie in der Vernehmlassung bemerkt – aus Versehen nicht über die prozessualen Anträge entschied. Diesbezüglich macht die Beschwerdeführerin die Rüge der Rechtsverweigerung geltend.

2.2 Art. 46a VwVG betrifft (neben der Rechtsverzögerung) nur die sogenannte formelle Rechtsverweigerung im engeren Sinne, wenn sich also

eine Behörde weigert, eine Verfügung zu erlassen, obwohl sie dazu verpflichtet wäre. Die Rechtsverweigerungsbeschwerde setzt mithin die Inexistenz einer solchen voraus (vgl. Urteil des BVGer B-1290/2017 vom 22. September 2017 E. 1.2.). Verweigert sich eine Behörde demgegenüber implizit, indem sie zwar eine Verfügung erlässt, diese aber an schwerwiegenden materiellen (z.B. Widersprüchlichkeit, fehlende Logik, Unvollständigkeit) oder formellen Mängeln (fehlende Begründung, Nichtausschöpfen der Kognition) leidet, ist diese Verfügung nicht mittels Rechtsverweigerungs-, sondern «normaler Verwaltungsbeschwerde» anzufechten, zumal ein förmliches Anfechtungsobjekt – wenn auch ein rechtsfehlerhaftes – vorliegt (vgl. BVGE 2010/53 E. 1.2.3; 2010/29 E. 1.2.2; vgl. zu allem auch MARKUS MÜLLER/PETER BIERI, in: Christoph Auer/Markus Müller/Benjamin Schindler [Hrsg.], Kommentar VwVG, 2. Aufl., 2019, Art. 46a, N 9 ff.; FELIX UHLMANN/SIMONE WÄLLE-BÄR, in: Bernhard Waldmann/Philippe Weissenberger [Hrsg.], Praxiskommentar VwVG, 2. Aufl., 2016, Art. 46a, N 12).

2.3 Mit der Verfügung vom 8. Juni 2018 liegt ein solches Anfechtungsobjekt vor. Die nicht behandelten prozessualen Anträge wurden zudem im sachlichen Zusammenhang mit dem Hauptantrag (Familienasyl) gestellt, hier aber, wie von der Vorinstanz angemerkt, übersehen. Nicht zuletzt wird ihr mit der Beschwerde nicht die Verweigerung einer anfechtbaren Verfügung vorgeworfen. Vielmehr zielen die Rechtsbegehren auf eine teilweise Aufhebung der Verfügung vom 8. Juni 2018 und eine materielle Auseinandersetzung mit den prozessualen Anträgen. Die Beschwerde vom 11. Juli 2018 ist demnach als Beschwerde gegen den angefochtenen Entscheid vom 8. Juni 2018 entgegenzunehmen. Die darin erhobene Rüge der Rechtsverweigerung ist im Sinne nachfolgender Erwägungen zu behandeln (vgl. E. 5).

2.4 Die Beschwerdeführerin ist legitimiert (Art. 48 Abs. 1 VwVG) und ihre Beschwerde erfolgte frist- und formgerecht (aArt. 108 Abs. 1 AsylG, Art. 52 Abs. 1 VwVG), womit auf die Beschwerde einzutreten ist.

3.

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

4.

Die prozessführende Partei definiert mit ihren Rechtsbegehren den Prozessgegenstand (sog. Verfügungsgrundsatz respektive Dispositionsma-

xime, vgl. zum Ganzen statt vieler FRITZ GYGI, Bundesverwaltungsrechtspflege, 2. Aufl. 1983, S. 203 ff. m.w.H.). Die Beschwerdeführerin beantragt die Aufhebung der angefochtenen Verfügung, soweit die Vorinstanz ihre prozessualen Anträge auf Parteientschädigung, eventualiter unentgeltliche Rechtsverteidigung, nicht behandelte. Hinsichtlich ihrer Anerkennung als Flüchtling und Asylgewährung gemäss Art. 51 Abs. 1 AsylG ist die Verfügung vom 8. Juni 2018 in Rechtskraft erwachsen.

5.

Vorab ist zur prozessualen Rüge der Rechtsverweigerung Stellung zu nehmen, da diese allenfalls zu einer Kassation und Rückweisung der Sache an die Vorinstanz führen könnte.

5.1 Gemäss Art. 29 Abs. 1 BV haben die Parteien eines Gerichtsverfahrens einen Anspruch auf ein faires Gerichtsverfahren. Das Verbot der Rechtsverweigerung ergibt sich als Teilgehalt aus der allgemeinen Verfahrensgarantie von Art. 29 Abs. 1 BV. Eine formelle Rechtsverweigerung liegt vor, wenn eine Behörde auf eine Eingabe fälschlicherweise nicht eintritt oder eine solche ausdrücklich bzw. stillschweigend nicht an die Hand nimmt und behandelt, obwohl sie dazu verpflichtet wäre. Vorliegend macht die Beschwerdeführerin allerdings in erster Linie geltend, dass die Behörde zwar eine Verfügung erlassen, sich dabei aber nicht mit allen ihren Anträgen auseinandersetzt hat. In einem solchen Fall wird der Anspruch auf rechtliches Gehör (Art. 29 Abs. 2 BV, Art. 29 VwVG) berührt (vgl. zu allem Urteil des BVerG D-7103/2018 vom 17. April 2019 E.5.2.1).

Das rechtliche Gehör dient einerseits der Sachaufklärung, andererseits stellt es ein persönlichkeitsbezogenes Mitwirkungsrecht beim Erlass eines Entscheides dar, welcher in die Rechtsstellung einzelner Personen eingreift. Der Anspruch auf rechtliches Gehör umfasst als Mitwirkungsrecht alle Befugnisse, die einer Partei einzuräumen sind, damit sie in einem Verfahren ihren Standpunkt wirksam zur Geltung bringen kann (vgl. BGE 135 II 286 E. 5.1; BVGE 2009/35 E. 6.4.1 m.H.).

Mit dem Gehörsanspruch korreliert die Pflicht der Behörden, die Vorbringen tatsächlich zu hören, ernsthaft zu prüfen und in ihrer Entscheidungsfindung angemessen zu berücksichtigen. Das gilt für alle form- und fristgerechten Äusserungen, Eingaben und Anträge, die zur Klärung der konkreten Streitfrage geeignet und erforderlich erscheinen. Die Begründung muss so abgefasst sein, dass die Betroffenen den Entscheid gegebenenfalls sachgerecht anfechten können. Sie muss kurz die wesentlichen Überlegungen

nennen, von denen sich die Behörde hat leiten lassen und auf die sie ihren Entscheid stützt. Nicht erforderlich ist, dass sich die Begründung mit allen Parteistandpunkten einlässlich auseinandersetzt und jedes einzelne Vorbringen ausdrücklich widerlegt (vgl. BGE 136 I 184 E. 2.2.1).

5.2 Die Vorinstanz prüfte die Anträge auf amtliche Rechtsverteidigung und Beiordnung des rubrizierten Rechtsvertreters für das vorinstanzliche Verfahren offensichtlich nicht und berücksichtigte sie auch nicht in ihrer Entscheidfindung. Damit verunmöglichte sie der Beschwerdeführerin, den Entscheid bezüglich der prozessualen Anträge sachgerecht anzufechten. Folglich verletzte sie ihren Anspruch auf rechtliches Gehör.

5.3 Eine Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör führt grundsätzlich zur Aufhebung der angefochtenen Verfügung und Rückweisung der Sache an die Vorinstanz. Eine Heilung aus prozessökonomischen Gründen ist auf Beschwerdeebene nur möglich, sofern das Versäumte nachgeholt wird, die beschwerdeführende Person dazu Stellung nehmen kann, die festgestellte Verletzung nicht schwerwiegender Natur ist, die fehlende Entscheidreife durch die Beschwerdeinstanz mit vertretbarem Aufwand hergestellt werden kann und der Beschwerdeinstanz im streitigen Fall die freie Überprüfungsbefugnis zukommt (vgl. zu allem BVGE 2014/22 E. 5.3 m.w.H.). Darüber hinaus ist – im Sinne einer Heilung des Mangels – selbst bei einer schwerwiegenden Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör von einer Rückweisung der Sache an die Vorinstanz abzusehen, wenn und soweit die Rückweisung zu einem formalistischen Leerlauf und damit zu unnötigen Verzögerungen führen würde, die mit dem Interesse der betroffenen Partei an einer beförderlichen Beurteilung der Sache nicht zu vereinbaren wären (vgl. dazu BGE 137 I 195 E. 2.3.2, m.w.H., vgl. auch BVGE 2008/47 E. 3.3.4 m.w.H.). Dies ist vorliegend der Fall.

5.4 Die Vorinstanz hat sich im Rahmen der Vernehmlassung eingehend mit den Anträgen der Beschwerdeführerin auseinandergesetzt und deren Ablehnung beantragt (vgl. Vernehmlassung letzter Satz: «Das Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtsverteidigung ist somit abzuweisen»). Zudem erhielt die Beschwerdeführerin im Rahmen der Replik Gelegenheit zur Stellungnahme. Aus prozessökonomischen Gründen erscheint eine Kassation daher nicht zweckmässig, nachdem die entscheiderelevanten Aspekte von beiden Seiten behandelt wurden und dem Gericht die Kognition zur Beurteilung der Verweigerung der unentgeltlichen Rechtsverteidigung im vorinstanzlichen Verfahren zukommt. Nicht zuletzt verlangt die Beschwerdeführerin mit ihrer Beschwerde nicht die Rückweisung an

die Vorinstanz zur Behandlung der prozessualen Anträge, sondern eine materielle Auseinandersetzung mit ihren Rechtsbegehren. Eine Rückweisung würde mithin – auch im Hinblick auf nachfolgende Erwägungen – zu einem formalistischen Leerlauf führen, der dem erklärten Interesse der Beschwerdeführerin am Entscheid über die von ihr gestellten Anträge entgegenliefe. Mithin sind alle Voraussetzungen für eine Heilung als erfüllt zu erachten, weshalb die vormals bestandene Gehörsrechtsverletzung als geheilt erkannt werden kann.

5.5 Bei dieser Sachlage fällt eine Rückweisung der Sache an die Vorinstanz ausser Betracht. Nachfolgend ist zu prüfen, ob das SEM verpflichtet gewesen wäre, die verlangte unentgeltliche Rechtsverteidigung für das vorinstanzliche Verfahren mittels Verfügung zu gewähren.

6.

6.1 In ihrem Gesuch um Familienasyl vom 13. November 2017 beantragte die Beschwerdeführerin in prozessualer Hinsicht die unentgeltliche Prozessführung und Rechtsverteidigung durch den rubrizierten Rechtsvertreter (vgl. act. B1/21). Zur Begründung brachte sie vor, sie beziehe Sozialhilfe. Eine Erwerbstätigkeit sei ihr rechtlich untersagt und aus gesundheitlicher Sicht gegenwärtig unmöglich. Den beigelegten Arztberichten sei zu entnehmen, dass sie an einem schweren (...) leide, das mit Chemotherapie behandelt werde. Das Einkommen ihres Ehemannes vermöge den Lebensunterhalt nicht vollzuständig zu finanzieren. Zudem sei die Materie für sie sehr komplex und die Tragweite des Verfahrens (Gesuch um Familienasyl sowie um Erteilung einer ausländerrechtlichen Aufenthaltsbewilligung zum Familiennachzug) enorm. Aus diesem Grund sei eine anwaltliche Unterstützung notwendig.

6.2 Mit Verfügung vom 8. Juni 2018 hiess die Vorinstanz das Gesuch um Familienasyl gut, ging aber auf die prozessualen Anträge nicht ein.

6.3 In der Beschwerdeschrift machte die Beschwerdeführerin geltend, dass in der angefochtenen Verfügung ihrem Begehren um Einbezug in die Flüchtlingseigenschaft ihres Ehemannes und um Asylgewährung in der Schweiz entsprochen worden, mithin von einem vollumfänglichen Obsiegen im vorinstanzlichen Verfahren auszugehen und ihr eine entsprechende Parteientschädigung in Höhe von Fr. 2'198.30 (inkl. Mehrwertsteuer) zuzusprechen sei. Eventualiter sei ihr Gesuch um unentgeltliche Rechtsverteidigung gutzuheissen und ihr unter diesem Titel eine Entschädigung in

gleicher Höhe auszurichten. Die Voraussetzungen für die unentgeltliche Rechtsverteidigung seien bei Gesuchseinreichung erfüllt gewesen.

6.4 Die Vorinstanz führte in der Vernehmlassung aus, das Gesuch der Beschwerdeführerin um Familienasyl sei weder in rechtlicher noch in tatsächlicher Hinsicht als komplex zu erachten. Es handle sich um ein Standardverfahren, bei dem keine zusätzlichen Kosten erhoben würden. Dass im Fall der Beschwerdeführerin der Umstand der unterschiedlichen Nationalität der Eheleute habe geprüft werden müssen, begründe keine ausreichende Komplexität. Dies gelte auch für den ausschliesslich schriftlichen Austausch des Verfahrens. Aufgrund des Alters der Eheleute, dem mittlerweile zehnjährigen Aufenthalt des Ehemannes in der Schweiz und ihres hier bestehenden Beziehungsnetzes erweise sich ein Rechtsbeistand ebenso wenig als notwendig. An dieser Einschätzung vermöge ihr gesundheitlicher Zustand nichts zu ändern, zumal der Ehemann gesund und überdies seit Juli 2017 arbeitstätig sei. Es wäre ihnen daher zusammen zuzumuten gewesen, alle Unterlagen betreffend das kantonale Beschwerdeverfahren und die eingeforderten Arztberichte selbständig einzureichen sowie das rechtliche Gehör mithilfe einer unentgeltlich arbeitenden Beratungsstelle zu beantworten. Demnach und angesichts der Abweisung der unentgeltlichen Rechtsverteidigung im vorliegenden Beschwerdeverfahren durch das Gericht sei das Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtsverteidigung (auch im erstinstanzlichen Verfahren) abzuweisen.

6.5 Dem hielt die Beschwerdeführerin in der Replik entgegen, beim Asylverfahren handle es sich um einen Fall relativer Schwere. Hier habe die Vorinstanz trotz der eingereichten Arztberichte ignoriert, dass sie angesichts ihrer gesundheitlichen Situation eines Rechtsbeistands bedürftig habe. Durch die Chemotherapie bestünden grösste gesundheitliche Einschränkungen, einschliesslich psychischer Probleme, welche eigene Bemühungen in einem Verfahren verunmöglichten. Zudem könne sie sich offenkundig nur schwer ausdrücken, spreche schlecht Deutsch und sei völlig rechtsunkundig. Entgegen der blossen Annahme der Vorinstanz erübrige sich der Beizug eines Rechtsvertreters auch nicht mit dem Hinweis auf ihren Ehemann, zumal dieser selbst Flüchtling und sprach- und rechtsunkundig sei und nur mit grössten Anstrengungen eine Arbeit gefunden habe. Überdies sei er mit ihrer gesundheitlichen Situation überfordert. Eine Beratungsstelle oder Hilfsperson, welche bereit und in der Lage gewesen sei, sie adäquat zu beraten und zu vertreten, sei nicht dokumentiert. Der Entscheid über das Familienasyl habe existenzielle Bedeutung für sie, nach-

dem das Gesuch um eine ausländerrechtliche Bewilligung zum Familiennachzug abgelehnt worden sei. Aufgrund ihres schlechten Gesundheitszustands, welcher ohne Chemotherapie zum Tode führen könne, sei es wichtig gewesen, mit einer raschen Gutheissung des Gesuchs um Familienasyl eine positive Perspektive zu erhalten, um die Heilungschancen positiv zu beeinflussen. Dies sei nur mit dem gezielten Einsatz des Rechtsvertreters möglich gewesen. Die Möglichkeit des Familienasyls habe sich sodann erst aufgrund einer kürzlich erfolgten Praxisänderung ergeben. Dies habe eine Abstimmung des kantonalen Bewilligungsverfahrens mit dem Familienasylverfahren erfordert, für die prozessuale Kenntnisse eines Rechtsanwalts unabdingbar gewesen seien. Schliesslich habe die Vorinstanz selbst sinngemäss angedeutet, sie gehe von der Möglichkeit einer gemeinsamen Rückkehr der Eheleute in ihr Heimatland Marokko aus. Entsprechend seien qualifizierte, über das normale Mass hinausgehende Abklärungen notwendig gewesen. Entgegen der vorinstanzlichen Auffassung habe die Angelegenheit daher sehr wohl rechtliche und tatsächliche Schwierigkeiten geboten, was im Übrigen durch den Umstand belegt werde, dass die Vorinstanz den prozessualen Antrag vollständig ignoriert habe.

7.

7.1 Der Anspruch auf amtliche Verbeiständung wird in erster Linie durch das anwendbare Verfahrensrecht geregelt. Unabhängig davon besteht ein solcher Anspruch unmittelbar gestützt auf Art. 29 Abs. 3 BV (BGE 128 I 225 E. 2.3). Danach hat jede Person, die nicht über die erforderlichen Mittel verfügt und deren Rechtsbegehren nicht aussichtslos erscheint, Anspruch auf unentgeltliche Prozessführung. Soweit es zur Wahrung ihrer Rechte notwendig ist, hat sie ausserdem Anspruch auf unentgeltlichen Rechtsbeistand. Für das Beschwerdeverfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht wird die unentgeltliche Rechtspflege in aArt. 110a AsylG (vgl. für das neue Recht: Art. 102m AsylG) und Art. 65 VwVG konkretisiert. In Bezug auf Beschwerden im Rahmen von Gesuchen um Familienasyl verzichtete der Gesetzgeber auf die Anwendung der erleichterten Regelungen zur amtlichen Verbeiständung (vgl. aArt. 110a AsylG; vgl. für das neue Recht: Art. 102m Abs. 2 AsylG), sodass die allgemeinen Regeln des Art. 65 Abs. 2 VwVG zur Anwendung kommen. Für das erstinstanzliche Asylverfahren als nicht-streitiges Verwaltungsverfahren fehlt eine entsprechende ausdrückliche gesetzliche Regelung.

7.2 Mit EMARK 2001 Nr. 11 erkannte die vormalige Schweizerische Asylrekurskommission, dass bei zeitgemäßem Verständnis aus verfassungs-

rechtlicher Sicht bei gegebenen Voraussetzungen auch das erstinstanzliche Asylverfahren der unentgeltlichen Rechtsverteidigung offenstehe (vgl. dort E. 4, insb. E. 4b/bb; bereits EMARK 1998 Nr. 13 E. 4b/dd). Das Bundesverwaltungsgericht setzt diese Praxis fort (BVGE 2017 VI/8 E. 3; weitergehend zur Anerkennung des Anspruchs in der bundesgerichtlichen Praxis und Lehre Urteil des BVGer E-1943/2019 vom 24. Mai 2019 E. 3 m.w.H.). Ein Anspruch auf unentgeltliche Rechtsverteidigung besteht demnach auch im erstinstanzlichen Asylverfahren. Für die Gutheissung eines Antrags im Rahmen eines Gesuchs um Familienasyl müssen die Voraussetzungen des Art. 65 Abs. 2 VwVG erfüllt sein.

8.

8.1 Das SEM stellte mit Verfügung vom 8. Juni 2018 fest, dass die Beschwerdeführerin nicht gemäss Art. 3 Abs. 1 und 2 AsylG, wohl aber gemäss Art. 51 Abs. 1 AsylG als Flüchtling anerkannt und ihr Asyl gewährt werde. Damit ist – mit Blick darauf, dass sich das Gesuch der Beschwerdeführerin auf die Gewährung von Familienasyl beschränkt hatte – von einem vollumfänglichen Obsiegen im vorinstanzlichen Verfahren auszugehen. Da dem nichtstreitigen Asylverfahren das Institut der Parteientschädigung bei Obsiegen nicht bekannt ist und sich eine solche auch nicht auf (den lediglich im Beschwerdeverfahren anwendbaren) Art. 64 VwVG abstützen lässt (vgl. in Bezug auf das Asylverfahren EMARK 2001 Nr. 11 E. 6b/dd, sowie BVGE 2017 VI/8 E. 3.3; vgl. allgemein zur Pflicht zur Entrichtung einer Parteientschädigung im erstinstanzlichen Verwaltungsverfahren des Bundes BGE 132 II 47 E. 5.2; auch MARANTELLI/HUBER, Praxiscommentar VwVG, a.a.O., Art. 6 N 45), ist die beantragte Entschädigung des rubrizierten Rechtsvertreters für das erstinstanzliche Verfahren ausschliesslich unter den Gesichtspunkten der Bestimmung von Art. 65 Abs. 2 VwVG zu prüfen. Es stellt sich dabei insbesondere die Frage, ob das SEM im Rahmen der Vernehmlassung zu Recht die Notwendigkeit der amtlichen Verteidigung im vorinstanzlichen Verfahren verneint hat.

8.2 Die Notwendigkeit der amtlichen Verteidigung ist nicht bereits aufgrund des Umstands zu verneinen, dass das vorinstanzliche Verfahren vom Untersuchungsgrundsatz beherrscht ist (vgl. BVGE 2017 VI/8 E. 3.3.2 mit Verweis auf EMARK 2000 Nr. 6 E. 10, ebenso BGE 125 V 32 E. 4b). Die bedürftige Partei hat Anspruch auf amtliche Rechtsverteidigung, wenn ihre Interessen in schwerwiegender Weise betroffen sind und der Fall in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht Schwierigkeiten bietet, die den Bezug einer Rechtsvertretung erforderlich machen. Droht das in Frage stehende Verfahren besonders stark in die Rechtsposition der betroffenen

Person einzugreifen, ist die Bestellung eines unentgeltlichen Rechtsvertreters grundsätzlich geboten, sonst nur dann, wenn zur relativen Schwere des Falles besondere tatsächliche oder rechtliche Schwierigkeiten hinzukommen, denen der Gesuchsteller auf sich alleine gestellt nicht gewachsen wäre (BGE 130 I 180 E. 2.2 mit Verweis auf BGE 128 I 225 E. 2.5.2 und 125 V 32 E. 4b, siehe auch die Beispiele bei KAYSER/ALTMANN, a.a.O., Rz 60). Ob die amtliche Verbeiständung notwendig ist, beurteilt sich nach den konkreten objektiven und subjektiven Umständen. Es ist im Einzelfall zu fragen, ob eine nicht bedürftige Partei unter sonst gleichen Umständen vernünftigerweise eine Rechtsanwältin oder einen Rechtsanwalt beiziehen würde, weil sie selber zu wenig rechtskundig ist und das Interesse am Prozessausgang den Aufwand rechtfertigt (vgl. Urteil des BGE 9C_606/2013 vom 6. März 2014 E. 2.2.1). In diesem Zusammenhang berücksichtigt das Bundesgericht insbesondere das Alter, die soziale Situation, die Sprachkenntnisse oder die gesundheitliche und geistig-psychische Verfassung der betroffenen Person sowie die Schwere und Komplexität des Falles (BGE 123 I 145 E. 2b/cc; vgl. zum Ganzen BVGE 2017 VI/8 E. 3.3.2).

8.3 Für das Verfahren betreffend Gewährung von Asyl hielt die Asylrekurskommission in EMARK 2001 Nr. 11 fest, das Kriterium der erheblichen Tragweite des Verfahrens für die gesuchstellende Partei sei im erstinstanzlichen Asylverfahren in aller Regel erfüllt. Im Gegensatz dazu werde das weitere Erfordernis komplexer Sach- oder Rechtsfragen nur äusserst selten erfüllt sein (vgl. dort E. 6c; ebenso EMARK 2004 Nr. 9 E. 3a und b). Die Praxis, wonach die unentgeltliche Verbeiständung im erstinstanzlichen Asylverfahren nicht ausgeschlossen, allerdings die Notwendigkeit der Vertretung nur unter sehr restriktiven Voraussetzungen zu bejahen ist, wird vom Bundesverwaltungsgericht fortgeführt (vgl. die Darstellung der Praxis in BVGE 2017 VI/8 E. 3.3).

8.4 Vorliegend ist den vorinstanzlichen Akten zu entnehmen, dass das SEM nach Eingang des Gesuchs der Beschwerdeführerin um Familienasyl weitergehende Instruktionmassnahmen vornahm und selbst nach Eingang der anwaltlichen Stellungnahme vom 28. März 2018 interne Abklärungen für erforderlich hielt, bevor sie ihren Entscheid erliess. Mithin handelte sie in einer Weise, welche darauf schliessen lässt, dass sie das vorliegende Verfahren als rechtlich beziehungsweise tatsächlich durchaus komplex einstufte. Schon insoweit mutet es widersprüchlich an, dass sie in der Vernehmlassung die anwaltliche Vertretung nicht als notwendig bezeichnete. Weiter ist mit der Beschwerdeführerin einig zu gehen, dass sie ein erhebliches Interesse am Ausgang des Verfahrens vor dem SEM hatte,

nachdem der Antrag auf ausländerrechtliche Bewilligung zwecks Familiennachzug von der kantonalen Migrationsbehörde bereits erstinstanzlich abgelehnt worden war. Ob im Weiteren darauf abgestellt werden konnte, dass eine positive Perspektive im Familienasylverfahren für den Heilungsprozess relevant sei, mag dahin stehen. Zutreffen dürfte aber, dass die Einschaltung eines Anwalts zur Beschleunigung des Verfahrens beitragen konnte, was sich in der konkreten Situation als hilfreich zur Sicherung des Anwesenheitsrechts erwies. Der Beschwerdeführerin kann des Weiteren in ihrer Argumentation gefolgt werden, dass die Parallelität von Familiennachzugs- und Familienasylverfahren mit unterschiedlich zuständigen Behörden sowie die klarstellende Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts zur Anwendung von Art. 51 Abs. 1 AsylG (vgl. BVG 2017 VI/4 E. 4.2 ff.) besondere prozessuale Kenntnisse verlangte, welche von Laien nicht ohne weiteres erwartet werden können. Besonders fällt aber ins Gewicht, dass die Beschwerdeführerin aufgrund ihrer gesundheitlichen Situation, namentlich der im damaligen Zeitraum stattfindenden Chemotherapie faktisch nicht in der Lage war, das Familiengesuch selbständig einzureichen, geschweige denn sich im Rahmen des rechtlichen Gehörs an eine Beratungsstelle zu wenden. Soweit die Vorinstanz auf den Ehemann verwies, der der Beschwerdeführerin bei der Durchführung des Verfahrens hätte behilflich sein können, ist festzuhalten, dass diesen im konkreten Fall zuvorderst die Pflicht traf, seiner Frau in einer medizinischen Notsituation Beistand und Unterstützung zukommen zu lassen. Der Umstand, dass der Ehemann einer Erwerbstätigkeit nachging, ist im Weiteren dahingehend zu bewerten, dass er zusätzlich zur Betreuung der Beschwerdeführerin kaum die zeitlichen Kapazitäten hatte, die migrationsrechtlichen Verfahren für sie zu führen. Schliesslich kann sich das Gericht nicht von der Einschätzung der Vorinstanz überzeugen, die Eheleute hätten auf ihr Beziehungsnetz zurückgreifen können. Den Akten sind keine Anhaltspunkte zu entnehmen, dass diesem besonders rechtskundige Personen angehörten, die die Beschwerdeführerin bei der Gesuchstellung und im Rahmen der Gewährung des rechtlichen Gehörs rechtlich hätten beraten und unterstützen können oder überhaupt in einer entsprechenden Pflicht gestanden hätten. In einer Gesamtwürdigung aller vorgenannten Umstände und auch unter Berücksichtigung der restriktiven Praxis des Gerichts ist davon auszugehen, dass eine gesundheitlich empfindlich angeschlagene Person mit den fehlenden Sprach- und Rechtskenntnissen wie die Beschwerdeführerin selbst bei fehlender Bedürftigkeit ebenso einen Anwalt beigezogen hätte.

8.5 Nachdem gemäss Aktenlage die weiteren Voraussetzungen (fehlende Aussichtslosigkeit und Bedürftigkeit) unbestrittenermassen gegeben waren, ist festzuhalten, dass das SEM zu Unrecht die Anträge auf unentgeltliche Rechtsverteiständung und Beiordnung des rubrizierten Rechtsvertreters als amtlicher Rechtsbeistand nicht behandelt und die Abweisung der Beschwerde beantragt hat. Zu einer anderen Schlussfolgerung vermag auch nicht der Umstand zu führen, dass im vorliegenden Beschwerdeverfahren mit Zwischenverfügung vom 18. Juli 2018 das Gesuch der Beschwerdeführerin um Gewährung der unentgeltlichen Rechtsverteiständung abgewiesen worden ist. Die Fragestellung dieses Beschwerdeverfahrens (unentgeltliche Rechtspflege) lässt sich mit dem vorinstanzlichen Verfahren (Familienasyl) weder hinsichtlich der Komplexität noch des damit verbundenen möglichen Eingriffs in die Rechtsposition der Beschwerdeführerin vergleichen.

9.

9.1 Nach dem Gesagten ist das Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtsverteiständung in der Person des rubrizierten Rechtsvertreters im erstinstanzlichen Verfahren gutzuheissen und der Beschwerdeführerin eine Entschädigung für den entstandenen Aufwand im erstinstanzlichen Verfahren zuzusprechen.

9.2 In der Beschwerdeschrift wies der Rechtsvertreter seine Kostennote betreffend das vorinstanzliche Verfahren aus und reichte dazu eine Liste seiner anwaltlichen Leistungen ein (vgl. Beschwerde S. 6 und Beilage 4). Demnach wandte er für Besprechungen mit der Beschwerdeführerin und Eingaben an das SEM 4.5 Stunden (bei einem Stundenansatz von Fr. 270.–) auf, sein Anwaltspraktikant 5 Stunden (bei einem Stundenansatz von Fr. 150.–). Zusätzlich werden Auslagen in der Höhe von Fr. 76.15 aufgeführt. Der zeitliche Aufwand für das vorinstanzliche Verfahren erscheint unter Berücksichtigung der Länge und Komplexität der Eingaben angemessen. Ebenso ist nicht zu beanstanden, dass der Rechtsvertreter sich zur Erbringung seiner anwaltlichen Leistungen eines Praktikanten bediente, zumal er hierfür einen geringeren Stundensatz anbrachte. Der Stundenansatz für seine eigenen Leistungen ist indes im Rahmen des amtlichen Honorars zu kürzen. Bei amtlicher Rechtsvertretung nach Art. 110a AsylG wird für anwaltliche Vertreterinnen und Vertreter praxisgemäss von einem Stundenansatz von Fr. 200.– bis Fr. 220.– ausgegangen, für Anwaltspraktikanten und -praktikantinnen von Fr. 100.– bis 150.– (vgl. Art. 12 i.V.m. Art. 10 Abs. 2 des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE,

SR 173.320.2]). Es rechtfertigt sich, diese Praxis auf den vorliegenden Fall analog anzuwenden. Demnach ist das SEM anzuweisen, dem amtlichen Rechtsvertreter für das vorinstanzliche Verfahren eine Entschädigung von Fr. 1'956.– (4.5 Stunden zu Fr. 220.– sowie 5 Stunden zu Fr. 150.– inkl. Auslagen und Mehrwertsteuer) auszurichten.

10.

Gestützt auf die vorangehenden Erwägungen ist festzuhalten, dass die angefochtene Verfügung Bundesrecht verletzt. Die Beschwerde ist daher gutzuheissen.

11.

11.1 Bei diesem Ausgang des Verfahrens sind keine Kosten zu erheben (Art. 63 Abs. 1 und 2 VwVG). Die mit Zwischenverfügung vom 18. Juli 2018 gewährte unentgeltliche Prozessführung wird gegenstandslos.

11.2 Der obsiegenden Beschwerdeführerin ist für die ihr erwachsenen notwendigen Kosten im Beschwerdeverfahren eine Parteientschädigung auszurichten (Art. 64 VwVG und Art. 7 Abs. 1 VGKE). Der Rechtsvertreter hat auf die Einreichung einer Kostennote verzichtet. Der entstandene Aufwand ist demnach antragsgemäss von Amtes wegen festzusetzen, auf Fr. 900.– (3 Stunden zu Fr. 270.– inklusive Auslagen und Mehrwertsteuer) zu beziffern und der Beschwerdeführerin von der Vorinstanz zu ersetzen (Art. 14 Abs. 2 VGKE).

(Dispositiv nächste Seite)

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.

Die Beschwerde wird gutgeheissen.

2.

Das Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtsverteidigung in der Person von Rechtsanwalt Peter Wicki im erstinstanzlichen Verfahren wird gutgeheissen.

Das SEM wird angewiesen, der Beschwerdeführerin für den ihr entstandenen Aufwand im erstinstanzlichen Verfahren eine Entschädigung von Fr. 1'956.– auszurichten.

3.

Für das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht werden keine Verfahrenskosten erhoben.

4.

Das SEM wird angewiesen, der Beschwerdeführerin für das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht eine Parteientschädigung von Fr. 900.– auszurichten.

5.

Dieses Urteil geht an die Beschwerdeführerin, das SEM und die kantonale Migrationsbehörde.

Die vorsitzende Richterin:

Die Gerichtsschreiberin:

Jeannine Scherrer-Bänziger

Teresia Gordzielik