



---

Abteilung IV  
D-4986/2006  
{T 0/2}

## **Urteil vom 14. Juli 2010**

---

Besetzung

Richter Thomas Wespi (Vorsitz),  
Richterin Jenny de Coulon Scuntaro,  
Richter Martin Zoller,  
Gerichtsschreiberin Regula Frey.

---

Parteien

A.\_\_\_\_\_, geboren B.\_\_\_\_\_,  
China,  
vertreten durch lic. iur. Dominik Heinzer, Beratungsstelle  
für Asyl- und Ausländerrecht, C.\_\_\_\_\_,  
Beschwerdeführer,

gegen

**Bundesamt für Migration (BFM),**  
Quellenweg 6, 3003 Bern,  
Vorinstanz.

---

Gegenstand

Parteientschädigung/Unentgeltliche Rechtsverteidigung;  
Verfügung des BFM vom 3. April 2006 / N \_\_\_\_\_.

**Sachverhalt:****A.**

Der Beschwerdeführer, ein chinesischer Staatsangehöriger tibetischer Ethnie, suchte am 23. Juli 2003 in der Schweiz um Asyl nach. Auf das Asylgesuch trat das damals zuständige Bundesamt für Flüchtlinge (BFF; heute: Bundesamt für Migration; BFM) mit Verfügung vom 11. Februar 2004 in Anwendung von Art. 32 Abs. 2 Bst. a des Asylgesetzes vom 26. Juni 1998 (AsylG, SR 142.31) nicht ein, verfügte die Wegweisung und deren Vollzug, schloss den Wegweisungsvollzug in die Volksrepublik China aus und entzog einer allfälligen Beschwerde die aufschiebende Wirkung.

**B.**

Mit Urteil vom 15. April 2004 trat die Schweizerische Asylrekurskommission (ARK) auf die dagegen erhobene Beschwerde mangels Zahlung des Kostenvorschusses nicht ein.

**C.**

Am 27. Februar 2006 reichte der Beschwerdeführer eine als „Wiedererwägungsgesuch/neues Asylgesuch“ bezeichnete Eingabe ein, die vom BFM als zweites Asylgesuch entgegengenommen wurde. Der Beschwerdeführer beantragte unter anderem, die „unterzeichnende Person“ sei ihm als Rechtsvertreter beizuordnen und es sei eine angemessene Parteientschädigung zu gewähren.

**D.**

Mit Verfügung vom 3. April 2006 hob das BFM seine Verfügung vom 11. Februar 2004 auf, anerkannte den Beschwerdeführer aufgrund subjektiver Nachfluchtgründe als Flüchtling, lehnte sein Asylgesuch ab und verfügte die Wegweisung aus der Schweiz. Der Wegweisungsvollzug wurde wegen Unzulässigkeit zu Gunsten einer vorläufigen Aufnahme aufgeschoben.

Das Gesuch um Parteientschädigung lehnte das BFM ab. Diesbezüglich führte die Vorinstanz aus, der Anspruch auf eine unentgeltliche Rechtsvertretung im Asylverfahren bestehe nur, soweit es zur Wahrung der Rechte einer asylsuchenden Person notwendig sei. Somit müssten sich erhebliche Schwierigkeiten in rechtlicher oder tatsächlicher Hinsicht ergeben, welche eine asylsuchende Person selbst nicht zu lösen vermöchte. Diese Voraussetzung sei im erstinstanzlichen

Asylverfahren meist nicht gegeben, weil das Asylverfahren vom sogenannten Untersuchungsgrundsatz geleitet werde. Zudem sei in casu auf die Praxis der ARK betreffend Personen aus Tibet hinzuweisen. Aus diesen Gründen müsse im vorliegenden Fall die Notwendigkeit des Beizugs einer Rechtsvertretung verneint werden.

#### **E.**

Mit bei der ARK eingereichter Beschwerde vom 13. April 2006 (Poststempel) beantragte der Beschwerdeführer die Aufhebung der Verfügung im Kostenpunkt (Ziff. 9 des Dispositivs der angefochtenen Verfügung) und die Entschädigung für die Kosten der Vertretung im erstinstanzlichen Verfahren. Weiter beantragte er die Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung sowie den Verzicht auf die Erhebung eines Kostenvorschusses. Auf die Begründung wird, soweit wesentlich, in den nachfolgenden Erwägungen eingegangen.

### **Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:**

#### **1.**

**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 (Art. 105 AsylG; Art. 83 Bst. d Ziff. 1 des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 [BGG, SR 173.110]).

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

**1.3** Die Beschwerde ist frist- und formgerecht eingereicht. Der Beschwerdeführer ist durch die angefochtene Verfügung besonders berührt und hat ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung beziehungsweise Änderung. Der Beschwerdeführer ist daher zur Einreichung der Beschwerde legitimiert (Art. 105 AsylG i.V.m. Art. 37 VGG).

und Art. 48 Abs. 1 sowie Art. 50 und 52 VwVG). Auf die Beschwerde ist demnach einzutreten.

**1.4** 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).

**1.5** Die Abteilungen des Bundesverwaltungsgerichts entscheiden in der Regel in der Besetzung mit drei Richtern oder Richterinnen (Spruchkörper; vgl. Art. 21 Abs. 1 VGG). Das Bundesverwaltungsgericht kann auch in solchen Fällen auf die Durchführung des Schriftenswechsels verzichten (Art. 111a Abs. 1 AsylG).

## **2.**

**2.1** Gemäss der gesetzlichen Regelung von Art. 65 Abs. 2 VwVG wird der Partei ein Anwalt bestellt, wenn es zur Wahrung ihrer Rechte notwendig ist. Der unentgeltliche Rechtsbeistand erhält sein Honorar vom Staat bezahlt. Davon zu unterscheiden ist die Parteientschädigung gemäss Art. 65 VwVG, die der Partei zusteht, die vollumfänglich oder teilweise obsiegt. Der diesbezügliche Anspruch richtet sich gegen die vollumfänglich oder teilweise unterliegende Gegenpartei.

Da die Bestellung eines unentgeltlichen Rechtsbeistandes den Zweck hat, der bedürftigen Partei, deren Begehren nicht aussichtslos ist, den Zugang zum Gericht zu ermöglichen, nicht aber die im Prozess unterliegende Gegenpartei von der Bezahlung der Parteientschädigung zu entlasten, hat der öffentlichrechtliche Entschädigungsanspruch des Rechtsbeistandes subsidiären Charakter (vgl. Urteil des Bundesgerichts 5P.421/2000 vom 10. Januar 2001).

**2.2** In der vorliegenden Beschwerdeangelegenheit wurden die Begriffe „unentgeltlicher Rechtsbeistand“ und „Parteientschädigung“ vom Beschwerdeführer und von der Vorinstanz uneinheitlich verwendet beziehungsweise nicht konsequent getrennt:

Der Beschwerdeführer beantragte in seiner Eingabe vom 24. Februar 2006 an das BFM die Beiordnung seines Rechtsvertreters und die Gewährung einer angemessenen Parteientschädigung. Dass er unter dem Begriff der „Parteientschädigung“ nicht die Entschädigung im Sinne von Art. 65 Abs. 2 VwVG verstand, ergibt sich aus der Begründung seines Antrages. Er machte darin geltend, auch im nichtstreitigen Ver-

waltungsverfahren sei Art. 64 VwVG sinngemäss anwendbar. Sollte seinen Begehren entsprochen werden, hätte ihn das BFM in analoger Anwendung von Art. 64 VwVG für die Aufwendungen seines Rechtsvertreters zu entschädigen.

In der angefochtenen Verfügung wurden die beiden Begriffe „unentgeltliche Verbeiständung“ und „Parteientschädigung“ undifferenziert verwendet, indem das BFM in der Begründung hauptsächlich die Voraussetzungen der unentgeltlichen Rechtsvertretung beurteilte und die Notwendigkeit des Beizugs einer solchen Rechtsvertretung verneinte, indessen im Dispositiv festhielt, das Gesuch um Parteientschädigung werde abgelehnt.

In der Beschwerde wurde die Aufhebung der vorinstanzlichen Verfügung „im Kostenpunkt“ beantragt. Unter dem Titel „Rechtliche Würdigung“ wurde erneut auf die sinngemässe Anwendung von Art. 64 VwVG verwiesen und anschliessend die Argumentation des BFM zur mangelnden Notwendigkeit einer unentgeltlichen Verbeiständung kritisiert.

**2.3** Ausgehend davon, dass grundsätzlich nur das Dispositiv einer Verfügung anfechtbar ist (vgl. ANDRÉ MOSER/MICHAEL BEUSCH/LORENZ KNEUBÜHLER, Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht, Basel 2008, S. 26 Rz. 2.9) und das BFM in Ziffer 9 des Dispositivs der angefochtenen Verfügung lediglich betreffend die Ausrichtung einer Parteientschädigung verbindlich eine Regelung traf, hingegen bezüglich der unentgeltlichen Verbeiständung im Dispositiv seiner Verfügung nichts anordnete, müsste gefolgert werden, dass lediglich die verweigerte Parteientschädigung Verfahrensgegenstand ist. Da – wie aufgezeigt – die Begriffe nicht einheitlich verwendet wurden, ist nicht ausgeschlossen, dass das BFM mit der Verweigerung der Parteientschädigung auch gleichzeitig das Gesuch um Bestellung eines Anwaltes abwies. Davon ist umso mehr auszugehen, als in der Begründung der angefochtenen Verfügung im Wesentlichen erörtert wurde, ob die Voraussetzungen von Art. 65 Abs. 2 VwVG erfüllt sind. Da auch in der Beschwerde nicht gerügt wurde, das Gesuch um unentgeltliche Verbeiständung sei von der Vorinstanz un beurteilt geblieben, werden nachfolgend sowohl die Voraussetzungen der Parteientschädigung gemäss Art. 64 VwVG wie auch jene der unentgeltlichen Verbeiständung nach Art. 65 Abs. 2 VwVG geprüft.

Nachfolgend wird zuerst erörtert, ob die Voraussetzungen einer Parteientschädigung im Sinne von Art. 64 VwVG erfüllt sind, weil – wie oben in E. 2.1 erwähnt – die öffentlichrechtliche Entschädigung des Rechtsbeistandes nur subsidiär zum Tragen kommt.

### 3.

Der Beschwerdeführer behauptet unter Verweis auf eine Textstelle in der Rechtsliteratur (ALFRED KÖLZ/ISABELLE HÄNER, *Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes*, 2. Aufl., Zürich 1998, Rz. 372), auf die Kosten der Vertretung im nichtstreitigen Verwaltungsverfahren sei Art. 64 VwVG sinngemäss anwendbar. Er übersieht dabei offensichtlich, dass diese Aussage im Zusammenhang mit der Parteientschädigung bei amtlich bezeichneter Vertretung in erstinstanzlichen Massenverfahren steht (vgl. Art. 11a Abs. 3 VwVG) und nicht voraussetzungslos in jedem Fall zutrifft. Ohne eine ausdrückliche entsprechende gesetzliche Grundlage – wie sie beispielsweise die Regelung in Art. 11a Abs. 3 VwVG darstellt – kann nämlich für die allfällige Vertretung im Rahmen eines erstinstanzlichen Verfahrens selbst bei (teilweisem) Obsiegen im Beschwerdeverfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht keine Parteientschädigung zugesprochen werden (vgl. MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER, a.a.O., S. 221 f. Rz. 4.87). Vom Gesetzgeber wurde der Ausschluss von Parteientschädigungen im erstinstanzlichen Verfahren bewusst vorgesehen, weshalb für eine analoge Anwendung von Art. 64 VwVG kein Raum besteht (vgl. BGE 132 II 62 E. 5.2). Vorliegend handelt es sich nicht um ein erstinstanzliches Massenverfahren im Sinne von Art. 11a Abs. 3 VwVG. Eine andere gesetzliche Grundlage, gestützt auf welche eine Parteientschädigung im Sinne von Art. 64 VwVG vorliegend zuzusprechen wäre, besteht nicht. In diesem Sinne wurde die Ausrichtung einer Parteientschädigung vom BFM zu Recht verweigert.

### 4.

**4.1** Der Beschwerdeführer beantragt die unentgeltliche Rechtsverbeiständung im Sinne von Art. 65 Abs. 2 VwVG im zweiten Asylverfahren vor dem BFM. Zur Begründung wird angeführt, der Beschwerdeführer habe sich zum Zeitpunkt der Einreichung seines zweiten Asylgesuchs illegal in der Schweiz aufgehalten. Er habe nicht arbeiten dürfen und habe von der Sozialhilfe gelebt. Ohne rechtliche Vertretung hätte er von der Möglichkeit eines Wiederwägungsgesuches beziehungsweise eines zweiten Asylgesuches gar nie erfahren. Ohne begründete Eingabe durch seinen Rechtsvertreter wäre das BFM mit Bestimmtheit nicht

von sich aus auf seinen Entscheid vom 11. Februar 2004 zurückgekommen. Die Begründung des BFM für die Verweigerung der Parteientschädigung – namentlich der pauschale Verweis auf die Untersuchungsmaxime und die heutige Praxis betreffend Personen aus Tibet – vermöge nicht zu überzeugen. Wegen seiner Bedürftigkeit und der Komplexität der Materie sowie unter Berücksichtigung der Rechtsprechung der ARK hätte er für die Kosten der Rechtsvertretung entschädigt werden müssen.

**4.2** Die Notwendigkeit anwaltlicher Verbeiständung kann sich auch im erstinstanzlichen Asylverfahren ergeben (vgl. Entscheidungen und Mitteilungen der Schweizerischen Asylrekurskommission [EMARK] 2001 Nr. 11 S. 75 ff.). Ausschlaggebend für die Gewährung der unentgeltlichen Rechtsverbeiständung im Sinne von Art. 65 Abs. 2 VwVG ist das Kriterium, ob die Partei zur Wahrung ihrer Rechte notwendigerweise der professionellen juristischen Hilfe eines Rechtsanwalts bedarf (vgl. dazu BGE 122 I 49 E. 2c S. 51 ff.; 120 Ia 43 E. 2a S. 44 ff.). In Verfahren, welche vom Untersuchungsgrundsatz beherrscht sind, sind strenge Massstäbe an die Gewährung der unentgeltlichen Verbeiständung anzusetzen (vgl. EMARK 2000 Nr. 6, EMARK 2001 Nr. 11 sowie BGE 122 I 8 E. 2c S. 10).

**4.3** Das den Beizug eines professionellen Rechtsvertreters erfordernde Anstehen komplexer Tatsachen- und Rechtsfragen wird im erstinstanzlichen Asylverfahren gemäss EMARK 2001 Nr. 11 und EMARK 2004 Nr. 9 nur äusserst selten verwirklicht. Den beiden publizierten Urteilen ist zu entnehmen, dass auch im erstinstanzlichen Asylverfahren - wie auch der analog angewandte Wortlaut von Art. 65 Abs. 2 VwVG festhält - einem Asylbewerber ein Anwalt beigegeben werden kann (vgl. z.B. die Formulierung in der Zusammenfassung in EMARK 2001 Nr. 11 E. 6c S. 88: „Die Notwendigkeit anwaltlicher Verbeiständung kann sich auch im erstinstanzlichen Asylverfahren ergeben.,“).

Der Beschwerdeführer verlangte in seiner Eingabe vom 24. Februar 2006 explizit, die das Gesuch „unterzeichnende Person“ sei ihm als Rechtsvertreter beizugeben. Bei der das Gesuch unterzeichnenden Person handelt es sich um einen Mitarbeiter der Beratungsstelle für Asyl- und Ausländerrecht, Schaffhausen, der nicht über ein Anwaltspatent verfügt. Mangels notwendiger Qualifikation seines Rechtsvertreters war das Gesuch des Beschwerdeführers schon aus diesem Grund abzuweisen.

**4.4** Das BFM hat – wie sich aus der Begründung der vorinstanzlichen Verfügung ergibt – das Gesuch um unentgeltliche Rechtsverteidigung vom 3. Februar 2006 auch aus einem anderen Grund zu Recht abgewiesen. In Übereinstimmung mit der Vorinstanz ist die Notwendigkeit der anwaltlichen Vertretung zu verneinen. Die in der Rechtsmittel eingabe angeführte Praxisänderung der ARK betreffend tibetische Asylsuchende (vgl. EMARK 2005 Nr. 1 und EMARK 2006 Nr. 1) trat nach rechtskräftigem Abschluss des ersten Asylverfahrens des Beschwerdeführers ein. Entsprechend dieser Praxisänderung leitete das BFM – nach Einreichung einer diesbezüglichen Eingabe durch den jeweiligen Gesuchsteller – neue Asylverfahren aufgrund subjektiver Nachfluchtgründe von Tibetern ein, sofern die Voraussetzungen erfüllt waren. An diese Eingabe wurden keine hohen Anforderungen gestellt. Nach Eingang einer entsprechenden - einfach gehaltenen - Eingabe wandte das BFM die neue Praxis von Amtes wegen an.

Zur Zeit, als der Beschwerdeführer sein zweites Asylgesuch einreichte, lebte er bereits seit mehr als zweieinhalb Jahren in der Schweiz. Es kann davon ausgegangen werden, dass ihm das Angebot der im Asylbereich tätigen Hilfswerke bekannt war, insbesondere da aus den Akten hervorgeht, dass er sich nebst der Beratungsstelle für Asyl- und Ausländerrecht auch an den D.\_\_\_\_\_ wandte (vgl. {.....}). In Anbetracht der eng gepflegten Verbindungen in Exil-Tibeterkreisen kann geschlossen werden, dass der Beschwerdeführer von der vorgenannten Praxisänderung betreffend subjektive Nachfluchtgründe von tibetischen Asylbewerbern sowie vom weiteren Vorgehen – nämlich von der Einreichung eines zweiten Asylgesuchs – Kenntnis hatte.

Zur Einreichung eines zweiten Asylgesuchs in Form einer einfachen Eingabe war der Beschwerdeführer nicht notwendigerweise auf die professionelle juristische Hilfe eines Rechtsanwalts angewiesen. Besondere Rechtskenntnisse waren hierfür nicht notwendig. Dabei handelte es sich um die Einleitung eines üblichen erstinstanzlichen Asylverfahrens, das keinen speziellen Komplexitätsgrad aufweist. Es ist davon auszugehen, dass die Verfassung und Einreichung einer entsprechenden einfachen Eingabe dem Beschwerdeführer - allenfalls unter Mitwirkung von einem der im Asylbereich tätigen Hilfswerke, insbesondere unter Inanspruchnahme eines Übersetzungsdienstes - möglich gewesen sein sollte. Zu berücksichtigen ist ebenfalls, dass die allfällige unrichtige Bezeichnung der Eingabe keinen Nachteil bewirkt hätte, da

eine eingehende Rechtsschrift als jenes Rechtsmittel entgegenzunehmen ist, dessen gesetzliche Voraussetzungen erfüllt sind (vgl. ULRICH ZIMMERLI/WALTER KÄLIN/REGINA KIENER, Grundlagen des öffentlichen Verfahrensrechts, Bern 1997, S. 254 f.; FRITZ GYGI, Bundesverwaltungsrechtspflege, 2. Aufl., Bern 1983, S. 50 und 198). Insgesamt kann deshalb nicht von einem Fall im Sinne von Art. 65 Abs. 2 VwVG gesprochen werden, bei welchem in rechtlicher oder tatsächlicher Hinsicht erhöhte Schwierigkeiten bestanden hätten. Ein Anspruch des Beschwerdeführers auf unentgeltliche Verbeiständung im vorinstanzlichen Verfahren ist auch aus diesem Grund zu verneinen.

**4.5** Zusammenfassend ergibt sich, dass die Begründung, mit welcher das BFM das Gesuch um unentgeltliche Verbeiständung abgelehnt hat, zutreffend ist.

## **5.**

Aus diesen Erwägungen ergibt sich, dass die angefochtene Verfügung in Bezug auf die strittige Regelung der Parteientschädigung beziehungsweise die unentgeltliche Verbeiständung Bundesrecht nicht verletzt, den rechtserheblichen Sachverhalt richtig und vollständig feststellt und angemessen ist (Art. 106 AsylG). Die Beschwerde ist somit abzuweisen.

## **6.**

**6.1** Eine Partei, die nicht über die erforderlichen Mittel verfügt, wird auf Antrag hin von der Bezahlung der Verfahrenskosten befreit, sofern ihr Begehren nicht aussichtslos erscheint (Art. 65 Abs. 1 VwVG). Dabei verfügt eine Person dann nicht über die erforderlichen Mittel, wenn sie ohne Beeinträchtigung des notwendigen Lebensunterhaltes die Prozesskosten nicht zu bestreiten vermag. Eine Beschwerde gilt ferner dann als aussichtslos, wenn die Gewinnaussichten beträchtlich geringer sind als die Verlustgefahren und deshalb kaum als ernsthaft bezeichnet werden können (vgl. BGE 125 II 265 E. 4b S. 275).

In casu ist von der Bedürftigkeit des Beschwerdeführers auszugehen. Weiter ergibt sich aus der Tatsache, dass sich ex post zeigt, dass er keine prozessualen Erfolgchancen hatte, zwar noch nicht zwingend, dass die Beschwerde aussichtslos war. Dennoch müssen vorliegend die Gewinnaussichten des Beschwerdeführers als von allem Anfang an beträchtlich geringer eingestuft werden als die Verlustgefahren und können gar als kaum ernsthaft bezeichnet werden. Dies bedeutet nach

bundesgerichtlicher Rechtsprechung, dass der Streitfall als aussichtslos zu bezeichnen ist. Deshalb ist das gestellte Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege abzuweisen.

**6.2** Bei diesem Ausgang des Verfahrens wären die Kosten dem Beschwerdeführer aufzuerlegen (Art. 63 Abs. 1 VwVG; Art. 16 Abs. 1 Bst. a VGG i.V.m. Art. 1 bis 3 des Reglements über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht vom 21. Februar 2008 [VGKE, SR 173.320.2]). In Anwendung von Art. 6 Bst. b VGKE rechtfertigt es sich indessen, die Verfahrenskosten ganz zu erlassen.

**6.3** Das Gesuch um Verzicht auf die Erhebung eines Kostenvorschusses wird mit vorliegendem Urteil gegenstandslos.

(Dispositiv nächste Seite)

**Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:**

**1.**

Die Beschwerde wird abgewiesen.

**2.**

Das Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege im Sinne von Art. 65 Abs. 1 VwVG wird abgewiesen.

**3.**

Es werden keine Verfahrenskosten auferlegt.

**4.**

Dieses Urteil geht an:

- den Rechtsvertreter des Beschwerdeführers (Einschreiben)
- das BFM, Abteilung Aufenthalt, mit den Akten Ref.-Nr. N \_\_\_\_\_  
(per Kurier; in Kopie)
- das E. \_\_\_\_\_ (in Kopie)

Der vorsitzende Richter:

Die Gerichtsschreiberin:

Thomas Wespi

Regula Frey

Versand: