



---

Abteilung IV  
D-5116/2006/dcl  
{T 0/2}

## **Urteil vom 6. Mai 2009**

---

Besetzung

Richter Martin Zoller (Vorsitz),  
Richter Daniel Schmid,  
Richter Hans Schürch;  
Gerichtsschreiberin Susanne Burgherr.

---

Parteien

**A.**\_\_\_\_\_ geboren (...),  
Volksrepublik China,  
vertreten durch (...),  
Beschwerdeführer,

gegen

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

---

Gegenstand

Gesuch um unentgeltliche Rechtsverbeiständung;  
Verfügung des BFM vom 27. Oktober 2006 / N (...).

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

Der Beschwerdeführer - angeblich ein chinesischer Staatsangehöriger tibetischer Volkszugehörigkeit - suchte am 28. Januar 2003 in der Schweiz um Asyl nach, wobei er keine Identitätspapiere zu den Akten reichte. Er machte geltend, er stamme aus B.\_\_\_\_\_ im Bezirk C.\_\_\_\_\_.

**B.**

Das damalige BFF trat in Anwendung von Art. 32 Abs. 2 Bst. a des Asylgesetzes vom 26. Juni 1998 (AsylG, SR 142.31) mit Verfügung vom 21. Juli 2004 auf das Asylgesuch des Beschwerdeführers nicht ein und ordnete dessen Wegweisung aus der Schweiz sowie den Vollzug der Wegweisung an, unter Ausschluss einer Rückschaffung in die Volksrepublik China.

Das BFF führte hinsichtlich der Herkunft des Beschwerdeführers aus, die Experten der Fachstelle „Lingua“ seien nach Durchführung eines Sprach- und Ländertests zum Schluss gekommen, der Beschwerdeführer komme nicht aus Tibet beziehungsweise der Volksrepublik China und stamme nicht aus der von ihm angegebenen Region in Tibet. Er sei daher als unbekannter Staatsangehöriger anzusehen, wobei nicht bestritten werde, dass er tibetischer Ethnie sei.

**C.**

Mit Urteil vom 6. August 2004 wies die damals zuständige Schweizerische Asylrekurskommission (ARK) eine gegen die Verfügung des BFF vom 21. Juli 2004 erhobene Beschwerde ab, soweit sie darauf eintrat, und auferlegte dem Beschwerdeführer infolge Ablehnung der Gesuche um unentgeltliche Rechtspflege im Sinne von Art. 65 Abs. 1 und 2 des Bundesgesetzes vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren (VwVG, SR 172.021) die Verfahrenskosten. Ein dagegen erhobenes Revisionsgesuch vom 15. November 2004 wies die ARK mit Urteil vom 23. November 2004 ab und auferlegte dem Beschwerdeführer die entsprechenden Verfahrenskosten.

## II.

### D.

**D.a** Mit als Wiedererwägungsgesuch bezeichneter Eingabe vom 3. Februar 2006 ersuchte der Beschwerdeführer beim BFM um materielle Behandlung seines Asylgesuchs vom 28. Januar 2003, um Anerkennung der Flüchtlingseigenschaft und Gewährung des Asyls, eventualiter um Feststellung des Vorliegens subjektiver Nachfluchtgründe und damit Gewährung der vorläufigen Aufnahme als Flüchtling, subeventualiter um Feststellung der Unzumutbarkeit und Unmöglichkeit des Wegweisungsvollzugs und deshalb Gewährung der vorläufigen Aufnahme. Gleichzeitig ersuchte er in formeller Hinsicht um Gewährung der unentgeltlichen Rechtsverteidigung im Sinne von Art. 65 Abs. 2 VwVG und um Verzicht auf die Erhebung eines Kostenvorschusses.

**D.b** Zur Begründung führte er im Wesentlichen aus, die ARK habe zwischenzeitlich ihre Praxis betreffend tibetische Asylsuchende in Entscheidungen und Mitteilungen der ARK [EMARK] 2005 Nr. 1 und EMARK 2006 Nr. 1 grundlegend geändert. Eine Ungleichbehandlung zwischen den bereits rechtskräftig entschiedenen und den noch hängigen Verfahren sei mit der Rechtsgleichheit nicht vereinbar. Beim in Rechtskraft erwachsenen Entscheid des BFM vom 21. Juli 2004 habe eine materielle Prüfung des Asylgesuchs nicht stattgefunden, da fälschlicherweise angenommen worden sei, dass Exiltibeter unbekannter - und nicht chinesischer - Staatsangehörigkeit seien. In EMARK 2005 Nr. 1 werde jedoch festgehalten, dass bei exiltibetischen Gesuchstellern davon auszugehen sei, dass sie in der Regel - auch wenn sie sich möglicherweise längere Zeit in Indien oder Nepal aufgehalten hätten - chinesische Staatsangehörige seien. Sein Asylgesuch sei nicht in diesem Sinne geprüft worden, was von Amtes wegen nachzuholen sei. Das BFM sei in seinem Entscheid davon ausgegangen, dass er ein Aufenthaltsrecht in Nepal oder Indien besitze und dorthin zurückreisen könne, oder dass gar eine zweite Staatsbürgerschaft vorliege. Dies treffe jedoch nicht zu. Er mache in seinem Asylgesuch asylrelevante Verfolgung geltend. Die chinesische Polizei habe bei ihm ein Foto des Dalai Lama entdeckt und dieses zerrissen, wogegen er sich gewehrt habe, woraufhin er geohrfeigt und mit einer Zigarette gebrannt worden sei. Er habe sich vor der Einreise in die Schweiz kurze Zeit illegal in Nepal aufgehalten. Daher sei zumindest vom Vorliegen subjektiver Nachfluchtgründe auszugehen. Er falle in den Anwendungsbereich von EMARK 2006 Nr. 1, da er illegal aus China ausgereist sei

und in der Schweiz vor längerer Zeit ein Asylgesuch gestellt habe, ohne sich zuvor länger in Indien oder Nepal aufgehalten zu haben. Die Flüchtlingseigenschaft sei deshalb anzuerkennen, womit der Wegweisungsvollzug unzulässig sei. Ein Vollzug der Wegweisung nach Nepal oder Indien wäre überdies unzumutbar, da er in keinem dieser Länder über ein Aufenthaltsrecht verfüge.

Das Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtsverteidigung begründete er damit, dass eine Vertretung aufgrund der ausserordentlichen Komplexität der Materie für ihn als sprachunkundige und mittellose Person, die sich seit längerer Zeit illegal in der Schweiz befinde und lediglich Nothilfe erhalte, notwendig sei. Sein Wiedererwägungsgesuch sei zudem nicht als von vornherein aussichtslos zu qualifizieren.

#### **E.**

**E.a** Das BFM behandelte die Eingabe als zweites Asylgesuch und hob mit Verfügung vom 12. Mai 2006 die vormalige Verfügung vom 21. Juli 2004 auf. Es stellte fest, der Beschwerdeführer erfülle aufgrund des Vorliegens subjektiver Nachfluchtgründe die Flüchtlingseigenschaft. Das Asylgesuch wies es hingegen ab und verfügte die Wegweisung aus der Schweiz. Den Vollzug der Wegweisung hob es indes wegen Unzulässigkeit des Vollzugs - infolge Anerkennung der Flüchtlingseigenschaft - auf und ordnete die vorläufige Aufnahme des Beschwerdeführers an.

**E.b** Zur Begründung führte das BFM im Wesentlichen aus, es stehe gestützt auf die Ausführungen der Sprach- und Länderexpertisen fest, dass der Beschwerdeführer nicht aus der von ihm angegebenen Region B.\_\_\_\_\_/C.\_\_\_\_\_/ stamme. Es sei davon auszugehen, dass er wohl tibetischer Ethnie sei, jedoch schon länger ausserhalb der Volksrepublik China gelebt habe, womit auch die von ihm geltend gemachten Probleme einer realen Grundlage entbehrten. Die Vorbringen hinsichtlich der Vorfluchtgründe genügten damit den Anforderungen an die Glaubhaftigkeit gemäss Art. 7 AsylG nicht, weshalb ihre Asylrelevanz nicht zu prüfen sei. Hinsichtlich der geltend gemachten Nachfluchtgründe sei festzustellen, dass die chinesischen Behörden den Exiltibetern eine Dalai Lama-freundliche Haltung unterstellten und illegale Ausreise, Asylgesuchstellung und langjährigen Aufenthalt im Ausland streng ahndeten. Gemäss Aktenlage habe der Beschwerdeführer seit längerer Zeit ausserhalb

Chinas gelebt und die Voraussetzungen für eine Wegweisung in einen Drittstaat seien nicht erfüllt. Damit habe er begründete Furcht, bei einer Rückkehr in die Volksrepublik China ernsthaften Nachteilen im Sinne von Art. 3 AsylG ausgesetzt zu werden, weshalb er die Flüchtlingseigenschaft erfülle. Flüchtlingen werde indes kein Asyl gewährt, wenn sie - wie der Beschwerdeführer - erst durch die Ausreise oder wegen ihres Verhaltens nach der Ausreise Flüchtlinge im Sinne von Art. 3 AsylG geworden seien (Art. 54 AsylG). Das Asylgesuch des Beschwerdeführers sei deshalb abzuweisen und die Wegweisung anzuordnen. Infolge Unzulässigkeit des Wegweisungsvollzugs sei er jedoch in der Schweiz vorläufig aufzunehmen.

### III.

#### F.

Das BFM hatte es in seiner Verfügung vom 12. Mai 2006 unterlassen, sich zum Gesuch des Beschwerdeführers um unentgeltliche Rechtsverteisterung zu äussern. Gegen diese Unterlassung erhob der Beschwerdeführer mit Eingabe vom 13. Juni 2006 bei der ARK Beschwerde und ersuchte um Anweisung zu Handen des BFM, ihm die mit dem Wiedererwägungsgesuch vom 3. Februar 2006 verbundenen Kosten von Fr. 1'677.-- als Parteientschädigung zu bezahlen, sowie um Feststellung, dass das BFM im angefochtenen Entscheid weder über sein Gesuch um Beiordnung der Rechtsvertreterin als unentgeltliche Rechtsbeiständin noch über die Gewährung einer angemessenen Parteientschädigung entschieden habe.

#### G.

Mit Urteil vom 20. Juni 2006 trat die ARK mangels Zuständigkeit - die Begehren hätten im Rahmen einer Rechtsverweigerungsbeschwerde bei der Aufsichtsbehörde über das BFM geltend gemacht werden müssen - auf die Beschwerde vom 13. Juni 2006 nicht ein und überwies die Akten zur Behandlung an den Beschwerdedienst des Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartements (EJPD).

**H.** Der Beschwerdedienst des EJPD lud das BFM mit Schreiben vom 29. Juni 2006 ein, die Unterlassung in Verfügungsform nachzuholen.

#### I.

**I.a** Mit Verfügung vom 27. Oktober 2006 - eröffnet am 2. November 2006 - wies das BFM das Gesuch des Beschwerdeführers vom

3. Februar 2006 um unentgeltliche Rechtsverteiständung im Sinne von Art. 65 Abs. 2 VwVG ab.

**I.b** Das BFM führte zur Begründung aus, im Asylverfahren bestehe ein Anspruch auf unentgeltliche Rechtsvertretung nur, soweit dies zur Wahrung der Rechte einer Asyl suchenden Person notwendig sei. Es müssten sich erhebliche Schwierigkeiten in rechtlicher oder tatsächlicher Hinsicht ergeben, welche die betroffene Person selber nicht zu lösen vermöchte. Diese Voraussetzung sei im erstinstanzlichen Asylverfahren meist nicht gegeben, da das Asylverfahren vom Untersuchungsgrundsatz geleitet werde. Vorliegend sei zudem auf die heutige Praxis der schweizerischen Asylbehörden betreffend Personen aus Tibet hinzuweisen sowie auf die Tatsache, dass dem Gesuch vom 3. Februar 2006 um Zuerkennung der Flüchtlingseigenschaft entsprochen worden sei. Aus diesen Gründen müsse in casu die Notwendigkeit des Beizugs eines Rechtsvertreters verneint werden.

**J.**

**J.a** Am 29. November 2006 erhob der Beschwerdeführer gegen die Verfügung des BFM vom 27. Oktober 2006 Beschwerde bei der ARK und beantragte die Feststellung der Verletzung des Untersuchungsgrundsatzes durch die Vorinstanz, die Anweisung zu Handen des BFM, dem Beschwerdeführer die mit der Eingabe des Wiedererwägungsgesuchs vom 3. Februar 2006 verbundenen Kosten von Fr. 1'677.-- als Parteientschädigung zu bezahlen, die nachträgliche Beiordnung der Rechtsvertreterin als Rechtsbeiständin im erstinstanzlichen Verfahren und Begleichung der eingereichten Honorarnote sowie den Erlass respektive die Rückerstattung der im ersten Asylverfahren bereits bezahlten Verfahrenskosten. In formeller Hinsicht ersuchte er zudem für das vorliegende Beschwerdeverfahren um Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung im Sinne von Art. 65 Abs. 1 VwVG und der unentgeltlichen Rechtsverteiständung im Sinne von Art. 65 Abs. 2 VwVG sowie um Verzicht auf die Erhebung eines Kostenvorschusses.

**J.b** Der Beschwerdeführer brachte in seiner Rechtsmitteleingabe im Wesentlichen vor, die Vorinstanz habe die eigene Praxis bezüglich tibetischer Asylsuchender aufgrund einer Praxisänderung der ARK geändert und die erstinstanzlich hängigen Asylgesuche in der Regel positiv sowie die hängigen Beschwerdefälle auf Vernehmlassungsebene in demselben Sinne entschieden. Das BFM habe es jedoch unterlas-

sen, den Aufenthaltsstatus der bereits abgelehnten Asylsuchenden neu zu regeln. Es habe von den mittellosen und rechtsunkundigen Tibetern eine Rechtsmitteleingabe verlangt, damit sich deren illegaler Status ändere. Das BFM wolle sich an den diesbezüglichen Parteikosten nicht beteiligen.

Das Asylverfahren werde vom Untersuchungsgrundsatz geleitet. Wenn sich eine neue Entscheidpraxis ergebe, werde das BFM jedoch nicht von sich aus tätig, obwohl aufgrund des genannten Grundsatzes eine Pflicht bestünde, von Amtes wegen aktiv zu werden. Vorliegend habe das BFM den Widerruf der fehlerhaften Verfügung nicht von sich aus vorgenommen und damit den Untersuchungsgrundsatz verletzt. Weil das BFM seiner Pflicht nicht nachgekommen sei, habe die Rechtsvertreterin des Beschwerdeführers eine Eingabe machen müssen, in welcher sie sich mit einem rechtlich komplizierten Sachverhalt habe auseinandersetzen müssen. Dennoch verlange die Vorinstanz, dass mittellose Ausländer, die weder einer Amtssprache mächtig noch rechtskundig seien, selbst auf die Praxis der ARK hinweisen könnten.

Die vom Bundesgericht entwickelten Regeln über die Gewährung der unentgeltlichen Rechtsverteiständung im nichtstreitigen Verwaltungsverfahren gälten auch für erstinstanzliche Verfahren vor Bundesbehörden, die sich nach dem VwVG richteten. Wer einer Landessprache nicht mächtig sei, habe gemäss BGE 123 I 145 ff. einen verfassungsrechtlichen Anspruch auf unentgeltliche Rechtsverteiständung im Beschwerdeverfahren. Die ARK halte sich nicht an den vom Bundesgericht aufgestellten Grundsatz und schränke damit den verfassungsmässigen Anspruch in einer unhaltbaren Art und Weise ein. Der Beschwerdeführer sei keiner Landessprache mächtig. Zwar handle es sich nicht um ein Strafverfahren wie im zitierten Bundesgerichtsentscheid, dennoch seien die im Verfahren vor dem BFM umstrittenen Rechtsgüter mit denjenigen in einem Strafverfahren vergleichbar.

Dank der Eingabe der Rechtsvertreterin sei das BFM in der Hauptsache zu einem positiven Entscheid gelangt. Damit sei klar, dass die Rechtsbegehren nicht als zum Vornherein aussichtslos zu qualifizieren waren. Die Bedürftigkeit des sich in der Nothilfestruktur befindenden Beschwerdeführers sei durch das BFM nie bestritten worden und sei heute durch eine Fürsorgebestätigung belegt. Die Beiordnung eines Rechtsbeistands sei gemäss Rechtsprechung möglich, wenn die Partei zusätzlich nicht in der Lage sei, ihre Sache selbst zu vertreten. Not-

wendig erscheine dies, wenn ein Eingriff in hohe Rechtsgüter zur Beurteilung stehe oder schwierige Rechtsfragen zu klären seien. Die Notwendigkeit der amtlichen Verbeiständung ergebe sich vorliegend aus der erheblichen Tragweite des Asylverfahrens für den Beschwerdeführer. Angesichts der potenziell schweren Eingriffe in zentrale Rechtsgüter komme der Eingabe seiner Rechtsvertreterin, welche ausserordentlich komplex sei und sich mit abstrakten juristischen Beurteilungen der Rechtsnormen auseinandersetze, eine erhebliche Bedeutung zu. Ein blosser Hinweis auf eine Praxisänderung stellte zudem bisher keinen Grund für eine Wiedererwägung dar. Das BFM mache nun in seiner Verfügung geltend, ein Hinweis auf die Praxis der ARK betreffend Personen aus Tibet würde ausreichen, damit die Flüchtlingseigenschaft anerkannt würde. Davon werde mit Genugtuung Kenntnis genommen. Zudem sei zu berücksichtigen, dass es sich in casu nicht um ein erstinstanzliches, sondern bereits um ein ausserordentliches Wiedererwägungsverfahren handle, welches ohne die betreffende Eingabe gar nicht zustande gekommen wäre, da das BFM nicht von sich aus tätig geworden sei. Die Vorinstanz könnte sich auf den im Verfahren geltenden Untersuchungsgrundsatz nur berufen, wenn sie das Asylverfahren in dessen Anwendung selbst von Amtes wegen wieder aufgenommen hätte. Bestünde keine Pflicht zur Korrektur der fehlerhaften Verfügung von Amtes wegen, so müssten Eingaben zur Auslösung des Verfahrens über Parteientschädigungen abgegolten werden.

Zudem wäre es sachgerecht, wenn auch die Beratungsleistungen der Rechtsvertreter von Hilfswerken im Verfahren vor dem BFM über die Rechtsverbeiständung entschädigt würden und diese eine Parteientschädigung erhielten. Ihre Leistungen seien nicht unentgeltlich, sondern grundsätzlich kostenpflichtig. Sie würden aber für mittellose Asylsuchende gestundet, bis diese ein hinreichendes Einkommen erzielen. EMARK 2001 Nr. 11 gehe insofern von einer falschen Voraussetzung aus. Auch die Aufgabe der Hilfswerksvertretung werde dort ungenau beschrieben. Der Aufgabenbereich der Hilfswerksvertretung sei gesetzlich als aktive Beobachtung der Anhörung definiert. Sie habe jedoch keine Parteirechte und dürfe Asyl Suchende nicht bei der Verfassung von Stellungnahmen, Übersetzung von Dokumenten oder Beschaffung von Beweismitteln unterstützen. Es dürfe diesbezüglich keine Vermischung mit den Aufgaben der Rechtsvertretung stattfinden. Es sei demnach nicht sachgerecht, von der Hilfswerksvertretung auf eine grundsätzlich fehlende Notwendigkeit der Rechtsverbeiständung zu schliessen. Die bisherige Praxis der ARK, zur unentgeltlichen

Rechtsverbeiständung nur patentierte Rechtsanwälte beizuordnen, müsse überdacht werden und die Verbeiständung durch Rechtsberatungsstellen der Hilfswerke, deren Eingaben von fach- und länderspezifischem Wissen zeugten, zugelassen werden.

Die in der eingereichten Honorarnote ausgewiesenen Anwaltskosten seien der Rechtsvertreterin als Parteientschädigung gemäss Art. 64 Abs. 1 VwVG auszuzahlen, damit diese mit den gestundeten Kosten verrechnet werden könnten.

Zudem seien dem Beschwerdeführer die bereits bezahlten Verfahrenskostenanteile aus dem ersten Asylverfahren zurückzuerstatten und die noch geschuldeten Anteile zu erlassen. Die ARK habe ihm bei der Abweisung seines Revisionsgesuchs gegen das Beschwerdeurteil vom 6. August 2004 Kosten auferlegt, die er bereits teilweise habe bezahlen müssen. Da die ursprüngliche Verfügung des BFM vom 21. Juli 2004 durch dessen Entscheid vom 12. Mai 2006 aufgehoben worden sei, sei ein Zurückkommen auf die damals auferlegten Kosten gerechtfertigt.

#### **K.**

Mit Eingabe vom 20. Dezember 2006 reichte der Beschwerdeführer eine Fürsorgebestätigung zu den Akten.

#### **L.**

Mit Zwischenverfügung vom 24. April 2007 hiess der zuständige Instruktionsrichter des Bundesverwaltungsgerichts, welches die Beurteilung der vormals bei der ARK hängigen Beschwerde am 1. Januar 2007 übernommen hatte, das Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung gemäss Art. 65 Abs. 1 VwVG gut und verzichtete auf die Erhebung eines Kostenvorschusses. Das Gesuch um unentgeltliche Rechtsverbeiständung im Sinne von Art. 65 Abs. 2 VwVG wies er hingegen ab.

#### **M.**

**M.a** In seiner Vernehmlassung vom 25. Mai 2007 beantragte das BFM die Abweisung der Beschwerde.

**M.b** Zur Begründung führte es im Wesentlichen aus, die Beschwerde enthalte keine neuen erheblichen Tatsachen oder Beweismittel, welche eine Änderung seines Standpunktes rechtfertigen könnten. Der Beschwerdeführer sei aufgrund des Bestehens subjektiver Nachflucht-

gründe als Flüchtling anerkannt und vorläufig aufgenommen worden. Würden subjektive Nachfluchtgründe geltend gemacht, sei eine Eingabe nicht als Wiedererwägungsgesuch, sondern als neues Asylgesuch zu qualifizieren. Die Behauptung des Beschwerdeführers, es habe sich um ein Wiedererwägungsgesuch gehandelt, treffe nicht zu und die damit zusammenhängenden Ausführungen und Begehren seien folglich haltlos.

Während der Beurteilung erneuter Asylgesuche würden Gesuchstellende in verfahrensrechtlicher Hinsicht den Status Asylsuchender im ordentlichen Verfahren geniessen. Schwierigkeiten in rechtlicher oder tatsächlicher Hinsicht habe es vorliegend bei der Beurteilung der subjektiven Nachfluchtgründe nicht gegeben. Seit anfangs 2006 seien bereits mehrere Dutzend tibetische Gesuchsteller als Flüchtlinge anerkannt worden, die sich direkt und ohne Rechtsvertretung mit einem erneuten Asylgesuch ans BFM gewendet und ihre subjektiven Nachfluchtgründe selbständig vorgebracht hätten. Das BFM habe zudem anlässlich einer Informationsveranstaltung vom 26. Januar 2006 - an welcher auch die Rechtsvertreterin des Beschwerdeführers teilgenommen habe - klar signalisiert, dass neue Asylverfahren aufgrund subjektiver Nachfluchtgründe von Tibetern zwar nicht von Amtes wegen anhand genommen würden, das BFM jedoch bei der Entgegennahme solcher Eingaben keine hohen formalen Anforderungen stellen werde. Es erstaune deshalb, dass sich die Rechtsvertreterin für die Eingabe vom 3. Februar 2006 „mit einem rechtlich komplizierten Sachverhalt“ habe auseinandersetzen müssen.

Die Prüfung der Voraussetzungen der unentgeltlichen Rechtsverbeiständung müsse sich zudem auf das zu beurteilende erstinstanzliche Asylverfahren beschränken. Sie dürfe nicht davon beeinträchtigt werden, dass die Rechtsvertreterin in Unkenntnis respektive falscher Interpretation der Rechtslage mittels der eingereichten Beschwerde unbegründete Begehren stelle.

Die vermeintliche Feststellung der Rechtsvertreterin, das BFM lasse in Zukunft „eine Praxisänderung der ARK zur Begründung der Behandlungspflicht eines Wiedererwägungsgesuchs grundsätzlich genügen“ sei falsch. Eine Praxisänderung stelle kaum je einen qualifizierten Wiedererwägungsgrund dar, da eine solche die Rechtslage und nicht die Sachlage verändere. Die Frage der materiellen Richtigkeit eines Entscheides könne nicht Gegenstand eines Wiedererwägungsverfahrens

sein, wenn nicht zugleich ein qualifizierter Mangel im Sinne von Art. 66 Abs. 2 VwVG gerügt werde, der die materielle Unrichtigkeit des Entscheides zur Folge habe. Eine Praxisänderung genüge demnach grundsätzlich nicht zur Begründung einer Behandlungspflicht beziehungsweise zum Zurückkommen auf einen bereits in Rechtskraft erwachsenen Entscheid.

**N.**

Mit Zwischenverfügung vom 1. Juni 2007 brachte der Instruktionsrichter dem Beschwerdeführer die Vernehmlassung der Vorinstanz zur Kenntnis und räumte ihm die Möglichkeit ein, sich dazu bis zum 17. Juni 2007 zu äussern.

**O.**

**O.a** Mit fälschlicherweise auf den 29. November 2006 datierter Eingabe (Poststempel: 14. Juni 2007; Eingang: 18. Juni 2007) reichte der Beschwerdeführer eine Replik zu den Akten.

**O.b** Er führte darin im Wesentlichen aus, die subjektiven Nachfluchtgründe hätten bereits seit seiner Ankunft in der Schweiz vorgelegen. Das BFM habe in beiden Entscheiden festgehalten, dass er illegal ausgereist sei, ein Asylgesuch gestellt habe und sich schon seit längerer Zeit im Ausland befinde. Einzig die Praxisänderung der ARK habe vorliegend zur Begründung der Behandlungspflicht des Wiedererwägungsgesuchs geführt. Die Einschätzung des BFM zur Menschenrechtssituation in Tibet sei falsch gewesen. Da der Entscheid des BFM von Anfang an ein Fehlentscheid gewesen sei, wäre es verpflichtet gewesen, diesen von Amtes wegen zu korrigieren. Dies habe die Rechtsvertreterin bereits an der Informationsveranstaltung vom 26. Januar 2006 gefordert. Es sei nicht ersichtlich, weshalb das BFM seine Fehlentscheide nicht von Amtes wegen korrigieren wolle, sondern ein eigenständiges Tätigwerden der mittellosen, illegal anwesenden und von Nothilfe abhängigen Ausländer verlange. Nur das BFM habe dank seiner Datenbanken die Möglichkeit, alle abgewiesenen Asylsuchenden über die Praxisänderung zu informieren. Nur durch das Untätigbleiben des BFM sei eine Eingabe - es sei sekundär, ob das BFM diese als Zweitasyugesuch oder Wiedererwägungsgesuch entgegen nehme - nötig gewesen.

Zudem sei der Vollzug der Wegweisung des Beschwerdeführers seit mehr als einem Jahr unmöglich gewesen. Diese Unmöglichkeit sei

nicht durch ihn zu vertreten, da sie unabhängig von seinem Tun bestehe. Das BFM wäre daher verpflichtet gewesen, ihn zumindest ein Jahr nach dem ersten negativen Entscheid von Amtes wegen vorläufig aufzunehmen (vgl. EMARK 1995 Nr. 14 E. 8e). Auch dort sei es jedoch untätig geblieben.

Schliesslich habe das Bundesverwaltungsgericht in einem Urteil vom 25. Mai 2007 ausgeführt, dass „eine Anpassung rechtskräftiger Verfügungen an eine Praxisänderung zwecks Verhinderung krasser Ungleichheiten entgegen der Auffassung der Vorinstanz nicht von vornherein ausgeschlossen ist.“

### **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 VwVG. 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 in diesem Bereich 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 form- und fristgerecht 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. 6 AsylG i.V.m. Art. 48 Abs. 1 sowie Art. 50 und 52 VwVG). Auf die Beschwerde ist demnach einzutreten.

**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).

**3.****3.1**

**3.1.1** Der Beschwerdeführer macht vorliegend geltend, das BFM habe den Untersuchungsgrundsatz verletzt, indem es nicht von sich aus aktiv geworden sei und aufgrund der Praxisänderung der ARK betreffend tibetische Asylsuchende von Amtes wegen ein neues Verfahren eingeleitet habe. Der Aufwand - eine Gesuchseinreichung durch den Beschwerdeführer - hätte damit vermieden werden können.

**3.1.2** Die behördliche Untersuchungspflicht (vgl. Art. 12 VwVG i.V.m. Art. 6 AsylG) betrifft Abklärungen zum Sachverhalt - verbunden mit der Prüfung von Rechtsfragen und der entsprechenden Rechtsanwendung von Amtes wegen (vgl. Art. 62 Abs. 4 VwVG i.V.m. Art. 6 AsylG) - im Rahmen eines konkreten Verfahrens, mithin nach Einreichung eines entsprechenden verfahrensauslösenden Gesuchs (vgl. EMARK 2003 Nr. 13 und EMARK 2003 Nr. 15).

**3.1.3** Die vorliegende Praxisänderung der ARK betreffend tibetische Asylsuchende (vgl. EMARK 2005 Nr. 1 und EMARK 2006 Nr. 1) ist erst nach rechtskräftigem Abschluss des ersten Asylverfahrens des Beschwerdeführers eingetreten. Eine neue Praxis ist aus Gründen der Rechtssicherheit und Gleichbehandlung grundsätzlich sofort anzuwenden, d. h. auch in hängigen Verfahren, jedoch in der Regel nicht rückwirkend (vgl. EMARK 1999 Nr. 3; Ulrich Häfelin / Georg Müller / Felix Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 5. vollständig überarbeitete Aufl., Zürich / St. Gallen 2006, Fn 999). Eine Praxisänderung entfaltet somit per se keine Rückwirkung, sondern wirkt „ex nunc“ (nicht „ex tunc“). Der Einwand des Beschwerdeführers, der Entscheid des BFM im ersten Asylverfahren sei ein Fehlentscheid gewesen, der durch das BFM von Amtes wegen hätte korrigiert werden müssen, trifft nicht zu. Das erste Asylverfahren des Beschwerdeführers war korrekt auf der Grundlage der damals geltenden Praxis verlaufen und es lagen entsprechende rechtskräftige Urteile vor. Das BFM konnte somit nicht von sich aus wieder tätig werden. Hingegen hat es an einer Informationsveranstaltung vom 26. Januar 2006 über die Praxisänderung orientiert und die entsprechende Vorgehensweise erläutert. In casu liegt somit

keine Verletzung des Untersuchungsgrundsatzes durch das BFM durch Nichteinleitung eines neuen Verfahrens von Amtes wegen vor. Die diesbezügliche Rüge ist daher abzuweisen.

### **3.2**

**3.2.1** Der Beschwerdeführer beantragt weiter die rückwirkende unentgeltliche Rechtsverteidigung im Sinne von Art. 65 Abs. 2 VwVG im zweiten Asylverfahren vor dem BFM. Eine amtliche Verteidigung sei aufgrund der ausserordentlichen Komplexität der Materie notwendig. Die Eingabe seiner Rechtsvertreterin zur Auslösung des neuen Verfahrens sei sehr komplex und habe sich mit abstrakten juristischen Beurteilungen der Rechtsnormen auseinandersetzen müssen.

**3.2.2** Die Notwendigkeit anwaltlicher Verteidigung kann sich auch im erstinstanzlichen Asylverfahren ergeben (vgl. EMARK 2001 Nr. 11 S. 75 ff.). Ausschlaggebend für die Gewährung der unentgeltlichen Rechtsverteidigung 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 Verteidigung anzusetzen (vgl. EMARK 2000 Nr. 6, EMARK 2001 Nr. 11 sowie BGE 122 I 8 E. 2c S. 10). Im asylrechtlichen Verfahren geht es im Wesentlichen um die Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts. Besondere Rechtskenntnisse sind daher im Regelfall nicht erforderlich. Aus diesen Gründen wird die unentgeltliche Verteidigung im Sinne von Art. 65 Abs. 2 VwVG praxisgemäss lediglich in den besonderen Fällen gewährt, in welchen in rechtlicher oder tatsächlicher Hinsicht erhöhte Schwierigkeiten bestehen.

**3.2.3** Das BFM hat das Gesuch des Beschwerdeführers vom 3. Februar 2006 um unentgeltliche Rechtsverteidigung im zweiten Asylverfahren zu Recht abgewiesen. Wie oben erwähnt, ist die Praxisänderung betreffend tibetische Asylsuchende erst nach rechtskräftigem Abschluss des ersten Asylverfahrens des Beschwerdeführers eingetreten. Das BFM hat die neue Praxis und die damit verbundenen Verfahrensabläufe anlässlich einer Informationsveranstaltung vom 26. Januar 2006 erläutert. Die Rechtsvertreterin des Beschwerdeführers hat an dieser Tagung unbestrittenermassen teilgenommen und war somit darüber informiert, dass neue Asylverfahren aufgrund sub-

jektiver Nachfluchtgründe von Tibetern nicht von Amtes wegen anhand genommen würden, sondern dass es für die Einleitung eines neuen Verfahrens eine Eingabe der betreffenden Person brauche, wobei an jene jedoch keine hohen Anforderungen gestellt würden. Nach Eingang einer entsprechenden - einfach gehaltenen - Eingabe wende das BFM die neue Praxis von Amtes wegen an. Zur Einreichung eines zweiten Asylgesuchs in Form einer solchen einfachen Eingabe war der Beschwerdeführer nicht notwendigerweise auf die professionelle juristische Hilfe einer Rechtsanwältin oder 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 einer Beratungsstelle - möglich gewesen sein sollte. 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 deshalb zu verneinen. Bloss der Vollständigkeit halber anzufügen bleibt, dass - da der Beschwerdeführer gemäss Akten seit (Monat) 2008 einer Erwerbstätigkeit nachgeht - im heutigen Zeitpunkt ohnehin zu prüfen wäre, ob ihm eine Rückzahlungspflicht im Sinne von Art. 65 Abs. 4 VwVG aufzuerlegen wäre. Da die Voraussetzungen von Art. 65 Abs. 2 VwVG somit nicht erfüllt waren, hat das BFM das Gesuch des Beschwerdeführers zu Recht abgewiesen. Die Beschwerde ist demnach auch diesbezüglich abzuweisen.

### **3.3**

**3.3.1** Der Beschwerdeführer beantragt schliesslich den Erlass respektive die Rückerstattung der ihm im ersten Asylverfahren durch die ARK aufgrund seines Unterliegens im Beschwerde- und Revisionsverfahren in den Urteilen vom 6. August 2004 und 23. November 2004 auferlegten Verfahrenskosten. Ein Zurückkommen auf diese Kosten rechtfertige sich, da das BFM seine ursprüngliche Verfügung vom 21. Juli 2004 nunmehr mit Entscheid vom 12. Mai 2006 aufgehoben habe. Ihm seien deshalb die bereits bezahlten Verfahrenskostenanteile aus dem ersten Asylverfahren zurückzuerstatten beziehungsweise die noch geschuldeten Anteile zu erlassen.

**3.3.2** Gemäss Art. 63 Abs. 1 VwVG auferlegt die Beschwerdeinstanz die Verfahrenskosten in der Regel der unterliegenden Partei.

**3.3.3** Der Argumentation des Beschwerdeführers kann nicht gefolgt werden. Er begründete sein Wiedererwägungsgesuch beziehungsweise zweites Asylgesuch mit einer Praxisänderung der ARK betreffend tibetische Asylsuchende (vgl. EMARK 2005 Nr. 1 und EMARK 2006 Nr. 1). Diese Praxisänderung ist erst nach rechtskräftigem Abschluss des ersten Asylverfahrens eingetreten und entfaltet - wie oben ausgeführt - keine Rückwirkung. Das erste Asylverfahren ist korrekt verlaufen und das Ergebnis entsprach der damals geltenden Praxis. Die Auferlegung der Kosten der entsprechenden Beschwerde- und Revisionsverfahren infolge des Unterliegens des Beschwerdeführers entsprach der gesetzlichen Regelung von Art. 63 Abs. 1 VwVG und ist demzufolge zu Recht erfolgt. Für eine Kostenrückgabe beziehungsweise einen Schuldenerlass bezüglich der im ersten, rechtskräftig abgeschlossenen Asylverfahren auferlegten Kosten besteht keine Handhabe. Die Beschwerde ist demnach auch diesbezüglich abzuweisen.

**4.**

Aus diesen Erwägungen ergibt sich, dass die angefochtene Verfügung Bundesrecht nicht verletzt, den rechtserheblichen Sachverhalt richtig und vollständig feststellt und angemessen ist (Art. 106 AsylG). Die Beschwerde ist somit abzuweisen.

**5.**

Bei diesem Ausgang des Verfahrens wären dessen Kosten grundsätzlich dem Beschwerdeführer aufzuerlegen (Art. 63 Abs. 1 und 5 VwVG). Da ihm mit Zwischenverfügung vom 24. April 2007 jedoch die unentgeltliche Prozessführung gemäss Art. 65 Abs. 1 VwVG gewährt wurde, ist auf die Erhebung von Verfahrenskosten entsprechend zu verzichten.

(Dispositiv nächste Seite)

**Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:**

**1.**

Die Beschwerde wird abgewiesen.

**2.**

Es werden keine Verfahrenskosten erhoben.

**3.**

Dieses Urteil geht an:

- die Rechtsvertreterin des Beschwerdeführers (Einschreiben)
- das BFM, Abteilung Aufenthalt, mit den Akten Ref.-Nr. N (...) (per Kurier; in Kopie)
- (...)

Der vorsitzende Richter:

Die Gerichtsschreiberin:

Martin Zoller

Susanne Burgherr

Versand: