



---

Abteilung IV  
D-6652/2010  
{T 0/2}

## **Urteil vom 2. November 2010**

---

Besetzung

Richter Bendicht Tellenbach (Vorsitz),  
Pietro Angeli-Busi, Martin Zoller,  
Gerichtsschreiber Martin Scheyli

---

Parteien

X.\_\_\_\_\_ **M.**\_\_\_\_\_, geboren [...], und  
F.\_\_\_\_\_ **M.**\_\_\_\_\_, geboren [...],  
sowie deren Kinder Y.\_\_\_\_\_, geboren [...],  
und Y.\_\_\_\_\_, geboren [...],  
Kosovo,

vertreten durch Thomas Biedermann, Rechtsanwalt,  
Wiesenstrasse 1, Postfach 530, 4902 Langenthal,

Beschwerdeführende,

gegen

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

---

Gegenstand

Unentgeltliche Rechtspflege im Verfahren vor dem BFM;  
Verfügung des BFM vom 17. August 2010 / N [...]

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

Die Beschwerdeführenden ersuchten am 28. September 1999 in der Schweiz um Asyl. Das damalige Bundesamt für Flüchtlinge (BFF; nunmehr Bundesamt für Migration [BFM]) wies die Asylgesuche mit Verfügung vom 8. Juni 2001 ab, ordnete indessen gleichzeitig wegen Unzumutbarkeit des Vollzugs der Wegweisung die vorläufige Aufnahme der Beschwerdeführenden in der Schweiz an.

**B.**

Mit Schreiben vom 26. Mai 2010 teilte das BFM den Beschwerdeführenden mit, gestützt auf im Kosovo durchgeführte Abklärungen werde ihre Rückkehr in den Heimatstaat nunmehr als zumutbar erachtet. Zugleich wurden die Beschwerdeführenden aufgefordert, hierzu bis zum 25. Juni 2010 eine Stellungnahme abzugeben.

**C.**

Mit Eingabe ihres Rechtsvertreters vom 11. Juni 2010 ersuchten die Beschwerdeführenden um Einsicht in die Verfahrensakten und um Erstreckung der Frist zur Einreichung der Stellungnahme.

**D.**

Mit Schreiben vom 17. Juni 2010 gewährte das BFM die Akteneinsicht und erstreckte die Frist zur Stellungnahme bis zum 30. Juli 2010.

**E.**

Mit Eingabe ihres Rechtsvertreters an das BFM vom 23. Juli 2010 äusserten sich die Beschwerdeführenden zur Frage der Zumutbarkeit des Wegweisungsvollzugs. Mit Eingabe ihres Rechtsvertreters an das BFM gleichen Datums beantragten die Beschwerdeführenden zudem, es sei ihnen die unentgeltliche Prozessführung zu gewähren und es sei ihnen ihr Rechtsvertreter als amtlicher Anwalt beizuordnen.

**F.**

Mit Verfügung vom 17. August 2010 teilte das BFM den Beschwerdeführenden mit, nach Prüfung der Stellungnahme vom 23. Juli 2010 erweise sich die Aufhebung der vorläufigen Aufnahme als nicht gerechtfertigt, und die vorläufige Aufnahme bleibe somit unverändert bestehen.

**G.**

Mit weiterer Verfügung vom 17. August 2010 teilte das BFM den Beschwerdeführenden ausserdem mit, das Gesuch um unentgeltliche Prozessführung und um Beiordnung eines amtlichen Anwalts werde abgelehnt.

**H.**

Mit Eingabe ihres Rechtsvertreters vom 15. September 2010 fochten die Beschwerdeführenden die Verfügung des BFM vom 17. August 2010 betreffend das Gesuch um unentgeltliche Prozessführung und Beiordnung eines amtlichen Anwalts beim Bundesverwaltungsgericht an.

**I.**

Mit Vernehmlassung vom 26. Oktober 2010 hielt das BFM vollumfänglich an seinen Erwägungen fest und beantragte die Abweisung der Beschwerde. Den Beschwerdeführenden wurde von der Vernehmlassung am 27. Oktober 2010 Kenntnis gegeben.

**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 ist eine Vorinstanz des Bundesverwaltungsgerichts im Sinne von Art. 33 VGG, und es liegt keine Ausnahme gemäss Art. 32 VGG vor. Das Bundesverwaltungsgericht ist daher für die Beurteilung der vorliegenden Beschwerde zuständig. Dabei entscheidet es im betreffenden Bereich endgültig (Art. 83 Bst. c Ziff. 3 des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 [BGG, SR 173.110]).

**1.2** Die Beschwerde richtet sich gegen eine die Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung und die Beiordnung eines amtlichen Anwalts betreffende Verfügung des BFM, wobei Verfahrensgegenstand im hauptsächlich vorinstanzlichen Verfahren die Aufhebung der vorläufigen Aufnahme war. Gemäss Art. 46 Abs. 1 Bst. a VwVG ist – abgesehen von Zwischenverfügungen über die Zuständigkeit und über

Ausstandsbegehren (Art. 45 Abs. 1 VwVG) – gegen selbständig eröffnete Zwischenverfügungen die Beschwerde zulässig, wenn sie einen nicht wieder gutzumachenden Nachteil bewirken können. Diese Voraussetzung ist bei der Verweigerung der unentgeltlichen Rechtspflege in der Regel gegeben (BGE 129 I 131 E. 1.1, 126 I 210 E. 2; bspw. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-1411/2007 vom 18. Juni 2007 E. 1.3; vgl. auch ANDRÉ MOSER/MICHAEL BEUSCH/LORENZ KNEUBÜHLER, Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht, Basel 2008, Rz. 2.48; FELIX UHLMANN/SIMONE WÄLLE-BÄR, in: Bernhard Waldmann/Philippe Weissenberger [Hrsg.], Praxiskommentar VwVG, Zürich/Basel/Genf 2009, Art. 46, N 4 ff.). Die spezialgesetzlichen Bestimmungen von Art. 107 des Asylgesetzes vom 26. Juni 1998 (AsylG, SR 142.31), welche die Anfechtung von Zwischenverfügungen besonderen Einschränkungen unterwerfen (vgl. dazu Entscheidungen und Mitteilungen der Schweizerischen Asylrekurskommission [EMARK] 2006 Nr. 21 S. 216 ff.) sind im vorliegenden Fall nicht anwendbar, da das Verfahren betreffend Aufhebung der vorläufigen Aufnahme gemäss Praxis des Bundesverwaltungsgerichts (Beschluss der Vereinigten Abteilungen IV und V des Bundesverwaltungsgerichts vom 30. Juni 2009) als ausländerrechtliches Verfahren gilt, welches nicht den Regeln des AsylG, sondern denjenigen des Bundesgesetzes vom 16. Dezember 2005 über die Ausländerinnen und Ausländer (AuG, SR 142.20) untersteht. Das AuG kennt bezüglich Anfechtung von Zwischenverfügungen keine einschränkenden Sonderregeln, so dass in dieser Hinsicht die allgemeinen Bestimmungen der Bundesverwaltungsrechtspflege anwendbar sind. Im vorliegenden Fall ist somit von der selbständigen Anfechtbarkeit der angefochtenen Verfügung auszugehen.

## **2.**

Die Beschwerdeführenden sind legitimiert; auf ihre frist- und formgerecht eingereichte Beschwerde ist nach dem soeben Gesagten einzutreten (Art. 112 Abs. 1 AuG i.V.m. Art. 48 Abs. 1, Art. 50 und 52 VwVG).

## **3.**

Mit der Beschwerde kann die Verletzung von Bundesrecht, die unrichtige oder unvollständige Feststellung des rechtserheblichen Sachverhaltes und die Unangemessenheit gerügt werden (Art. 49 VwVG).

#### 4.

**4.1** Bei der unentgeltlichen Rechtspflege handelt es sich um einen verfassungsrechtlichen Anspruch (Art. 29 Abs. 3 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 [BV, SR 101]), der grundsätzlich für jedes staatliche Verfahren gilt, in das der betreffende Gesuchsteller einbezogen wird oder das zur Wahrung seiner Rechte erforderlich ist (MARCEL MAILLARD, in: Bernhard Waldmann/Philippe Weissenberger [Hrsg.], Praxiskommentar VwVG, Zürich/Basel/Genf 2009, Art. 65, N 4; vgl. auch STEFAN MEICHSSNER, Das Grundrecht auf unentgeltliche Rechtspflege, Basel 2008, S. 60 f.). Das VwVG gewährt für das Verwaltungsbeschwerdeverfahren bei gegebenen Voraussetzungen die Kostenbefreiung (Art. 65 Abs. 1 VwVG) sowie die unentgeltliche anwaltliche Verbeiständung (Art. 65 Abs. 2 VwVG). Die vom Bundesgericht entwickelten Regeln über die Gewährung der unentgeltlichen Verbeiständung im nichtstreitigen Verwaltungsverfahren gelten auch für erstinstanzliche Verfahren vor Bundesbehörden, die sich nach dem VwVG richten, also auch vor dem BFM (vgl. EMARK 2004 Nr. 9 E. 3a, 2001 Nr. 11 E. 4c). Gemäss Rechtsprechung der ehemaligen Schweizerischen Asylrekurskommission ist dabei zwar nur „äusserst selten“ davon auszugehen, dass im erstinstanzlichen Asylverfahren eine besondere Komplexität von Tatsachen- oder Rechtsfragen den Beizug einer professionellen Rechtsvertretung erforderlich macht (vgl. EMARK 2004 Nr. 9 E. 3b, unter Hinweis auf EMARK 2001 Nr. 11 E. 6b/bb). Indessen kann im konkreten Einzelfall Anlass bestehen, von diesem Grundsatz abzuweichen.

**4.2** Generell setzt der Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege – welche die unentgeltliche Prozessführung und die unentgeltliche Verbeiständung umfasst – zunächst die Bedürftigkeit der betreffenden Partei und die Nichtaussichtslosigkeit der hauptsächlichen Prozessbegehren voraus (Art. 65 Abs. 1 VwVG). Die Gewährung der unentgeltlichen Verbeiständung bedingt ausserdem, dass sie zur Wahrung der Rechte der Partei notwendig ist (Art. 65 Abs. 2 VwVG). Zur Beantwortung der spezifischen Frage, ob die Gewährung der unentgeltlichen Verbeiständung als notwendig zu erachten sei, sind ausserdem folgende Kriterien heranzuziehen: Zunächst wird vorausgesetzt, dass das in Frage stehende Verfahren besonders stark in die Rechtspositionen der betroffenen Person eingreift beziehungsweise zur relativen Schwere des drohenden Eingriffs besondere tatsächliche oder rechtliche Schwierigkeiten hinzukommen, denen der Gesuchsteller auf sich

alleine gestellt nicht gewachsen wäre (vgl. EMARK 2001 Nr. 11 E. 6c sowie EMARK 1998 Nr. 13 E. 4b/dd, unter Hinweis auf BGE 123 I 147 E. 2b/cc, 120 Ia 45 E. 2a, 119 Ia 265 f. E. 3b). Zu berücksichtigen sind bei der Prüfung der sachlichen Notwendigkeit die konkreten Umstände des Einzelfalles, wobei als besondere Schwierigkeiten nicht nur Faktoren wie die Kompliziertheit der Rechtsfragen, die Unübersichtlichkeit des Sachverhaltes und dergleichen, sondern auch persönliche Umstände der Partei wie das Alter, die soziale Situation, die Sprachkenntnisse oder die gesundheitliche und geistig-psychische Verfassung in Betracht fallen (vgl. EMARK 1998 Nr. 13 E. 4b/dd S. 92; zum Ganzen auch MAILLARD, a.a.O., Art. 65, N 37 ff.).

## **5.**

**5.1** Hinsichtlich der vorliegend zu beurteilenden Rechtsfragen ist zunächst festzustellen, dass das BFM mit der angefochtenen Verfügung offensichtlich fälschlicherweise das Gesuch um unentgeltliche Prozessführung abgelehnt hat. Es bestand für das Bundesamt keinerlei Anlass, für das Verfahren zur Frage der Aufhebung der vorläufigen Aufnahme – das mit der Feststellung endete, die vorläufige Aufnahme bleibe unverändert bestehen, womit die Beschwerdeführenden mit ihrem Standpunkt durchdrangen – überhaupt Kosten zu erheben. Ungeachtet der nachfolgenden Erwägungen hätte die Vorinstanz daher den Antrag auf unentgeltliche Prozessführung (im Sinne von Art. 65 Abs. 1 VwVG) als gegenstandslos erkennen müssen, womit darauf gar nicht einzutreten gewesen wäre.

## **5.2**

**5.2.1** Nachdem das BFM mit Verfügung vom 17. August 2010 zum Schluss gelangte, die Aufhebung der vorläufigen Aufnahme erweise sich als nicht gerechtfertigt, und Letztere bleibe somit unverändert bestehen, sind die Beschwerdeführenden wie erwähnt im betreffenden Verfahren mit ihrem Standpunkt durchgedrungen. Insofern wäre an sich in Betracht zu ziehen, ob den Beschwerdeführenden für das vorinstanzliche Verfahren eine Parteientschädigung zu entrichten ist. Dem steht entgegen, dass sich die diesbezüglich einschlägige Bestimmung des Art. 64 VwVG lediglich auf Beschwerdeverfahren bezieht, während sie keine rechtliche Grundlage für die Zusprechung einer Parteientschädigung in einem erstinstanzlichen Verwaltungsverfahren bildet (s. etwa MAILLARD, a.a.O., Art. 64, N 1). Nachdem die Beschwerdeführenden im fraglichen vorinstanzlichen Verfahren vor dem BFM mit Eingabe vom 23. Juli 2010 einen Antrag auf Beiordnung ihres Rechtsvertreters

als amtlicher Anwalt gestellt haben, ist indessen gestützt auf die zuvor (E. 4.2) umschriebenen Regeln für die Gewährung der unentgeltlichen Verbeiständung zu beurteilen, ob der Aufwand der rechtlichen Vertretung durch das Bundesamt zu entgelten ist.

**5.2.2** Das BFM zog in der angefochtenen Verfügung das Vorliegen der Kriterien der Bedürftigkeit, der Nichtaussichtslosigkeit und der erheblichen Tragweite des Verfahrensausgangs für die Beschwerdeführenden nicht in Zweifel. Hingegen stellte es sich auf den Standpunkt, die Voraussetzung des Anstehens komplexer Sach- oder Rechtsfragen, die den Beizug eines professionellen Rechtsvertreters unabdingbar machen würden, sei nicht gegeben. Unter diesen Umständen sei es den Beschwerdeführenden möglich gewesen, sich an eine Betreuungsperson oder an eine allenfalls kostenfrei arbeitende Beratungsstelle zu wenden.

**5.2.3** Die Beschwerdeführenden machen beschwerdeweise geltend, der Ehemann sei Analphabet und insofern nicht einmal in der Lage, die Schreiben der Vorinstanz zu lesen; die Ehefrau habe keine Ausbildung absolviert. Während sie beide rechtsunkundig seien, erfordere die im Verfahren vor dem BFM aufgeworfene Frage der Aufhebung der vorläufigen Aufnahme umfangreiche Kenntnisse zum AuG und zum AsylG sowie über die jeweilige Rechtsprechung. Auch die damit verbundenen Fragen, wie etwa der Möglichkeit der erneuten Wohnsitznahme im Kosovo oder des Kindeswohls, hätten eine anwaltliche Vertretung gerechtfertigt. Von der für ihre Betreuung verantwortlichen Behörde ihrer Wohngemeinde sei ihnen beschieden worden, man könne ihnen keinen juristischen Rat geben.

**5.2.4** In Anbetracht der gesamten Umstände besteht im vorliegenden Fall ausreichend Anlass, die Notwendigkeit anwaltlichen Beistands für die Beschwerdeführenden im vorinstanzlichen Verfahren betreffend Aufhebung der vorläufigen Aufnahme zu bejahen. Die besondere Tragweite des möglichen Eingriffs in die Rechtspositionen der Beschwerdeführenden ist angesichts dessen, dass ihnen nach nahezu elfjährigem Aufenthalt in der Schweiz – wobei ihre beiden Kinder hier geboren wurden – der Vollzug der Wegweisung in den Kosovo drohte, offensichtlich gegeben und wurde durch das BFM zu Recht auch nicht bezweifelt. Ferner ist zu berücksichtigen, dass sich angesichts der Abklärungen, die auf Veranlassung des Bundesamts vor Ort im Kosovo durchgeführt wurden, seitens der Beschwerdeführenden eine einge-

hende rechtliche Auseinandersetzung mit den betreffenden Ergebnissen aufdrängte. Dabei war die allgemeine politische und menschenrechtliche Situation im Kosovo – insbesondere in Bezug auf die Minderheit der Roma, welcher die Beschwerdeführenden angehören – ebenso zu berücksichtigen wie die besondere Lage der Beschwerdeführenden, unter Einschluss von spezifischen Fragen der Zumutbarkeitsprüfung, so nicht zuletzt des Kindeswohls. Die sich dabei stellenden Rechtsfragen sind durchaus nicht als unerheblich und von nur geringem Schwierigkeitsgrad zu bezeichnen. Zu erwähnen ist ausserdem, dass das Bundesamt in der Verfügung vom 17. August 2010, mit welcher es zugunsten der Aufrechterhaltung der vorläufigen Aufnahme entschied, ausdrücklich festhielt, nach Prüfung der Stellungnahme des Rechtsvertreters vom 23. Juli 2010 werde die Aufhebung der vorläufigen Aufnahme als nicht gerechtfertigt erachtet. Dabei ist festzustellen, dass der Rechtsvertreter in der genannten Stellungnahme eine relativ umfassende Analyse der wesentlichen Rechtsfragen vornahm, und es ist als wahrscheinlich zu erachten, dass es gerade die von diesem vorgebrachten Argumente waren, die das Bundesamt zum Entscheid bewogen, von der Aufhebung der vorläufigen Aufnahme abzusehen.

**5.3** Unter Berücksichtigung aller wesentlichen Faktoren erscheint es somit als gerechtfertigt, die Voraussetzungen für die Gewährung der unentgeltlichen Rechtsverteidigung im genannten vorinstanzlichen Verfahren als gegeben zu erachten.

## **6.**

Die Beschwerde ist folglich insofern gutzuheissen, als die angefochtene Verfügung aufzuheben ist. Des Weiteren ist das BFM anzuweisen, infolge der unentgeltlichen Rechtsverteidigung das amtliche Honorar des Rechtsvertreters für dessen Aufwand im vorinstanzlichen Verfahren betreffend Aufhebung der vorläufigen Aufnahme festzusetzen und zu entrichten.

## **7.**

**7.1** Bei diesem Ausgang des Verfahrens sind keine Kosten zu erheben (Art. 63 Abs. 3 VwVG i.V.m. Art. 37 VGG).

**7.2** Gemäss Art. 64 Abs. 1 VwVG i.V.m. Art. 37 VGG kann der obsiegenden Partei von Amtes wegen oder auf Begehren eine Entschädigung für die ihr erwachsenen notwendigen und verhältnismässig hohen Kosten zugesprochen werden (vgl. für die Grundsätze der Bemessung der Parteientschädigung ausserdem Art. 7 ff. des Regle-

ments über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht vom 21. Februar 2008 [VGKE, SR 173.320.2]). Seitens des Rechtsvertreters der Beschwerdeführenden wurde keine Kostennote eingereicht. Auf die Nachforderung einer solchen wird indessen verzichtet (vgl. Art. 14 Abs. 2 VGKE), weil im vorliegenden Verfahren der Aufwand des Schriftenwechsels zuverlässig abgeschätzt werden kann. Gestützt auf die in Betracht zu ziehenden Bemessungsfaktoren (Art. 9-13 VGKE) sind den Beschwerdeführenden Fr. 500.-- (inkl. Auslagen und Mehrwertsteuer) als Parteientschädigung zuzusprechen. Dieser Betrag ist den Beschwerdeführenden durch das BFM zu entrichten.

(Dispositiv nächste Seite)

**Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:**

**1.**

Die Beschwerde wird gutgeheissen, und die Verfügung des BFM vom 17. August 2010 betreffend die unentgeltliche Rechtspflege wird aufgehoben.

**2.**

Das BFM wird angewiesen, das amtliche Honorar des Rechtsvertreters für dessen Aufwand im vorinstanzlichen Verfahren betreffend Aufhebung der vorläufigen Aufnahme festzusetzen und zu entrichten.

**3.**

Es werden keine Verfahrenskosten auferlegt.

**4.**

Den Beschwerdeführenden wird für das Beschwerdeverfahren eine Parteientschädigung von Fr. 500.-- zugesprochen, die ihnen durch das BFM zu entrichten ist.

**5.**

Dieses Urteil geht an:

- den Rechtsvertreter der Beschwerdeführenden (Einschreiben)
- das BFM, Abteilung Aufenthalt, mit den Akten Ref.-Nr. N [...] (in Kopie)

Der vorsitzende Richter:

Der Gerichtsschreiber:

Bendicht Tellenbach

Martin Scheyli

Versand: