



Urteil vom 12. Oktober 2011

Besetzung

Richterin Christa Luterbacher (Vorsitz),
Richter Kurt Gysi, Richter Walter Stöckli,
Gerichtsschreiberin Sarah Diack.

Parteien

A. _____, geboren am [...],
und [ihr Kind]
B. _____, geboren am [...],
Eritrea,
beide vertreten durch lic. iur. Alexandra von Weber,
(...),
Beschwerdeführende,

gegen

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

Gegenstand

Nichteintreten auf Asylgesuch und Wegweisung;
Verfügung des BFM vom 6. Juli 2011 / N (...).

Sachverhalt:**A.**

Die Beschwerdeführerin – (...) – verliess ihren Angaben zufolge am [Datum] ihren Heimatstaat Eritrea, von wo aus sie via [Drittstaaten] am [Datum] nach [Dublinstaat] gereist sei. Am [Datum] gelangte sie von [Dublinstaat] aus in die Schweiz, wo sie gleichentags im Empfangs- und Verfahrenszentrum (EVZ) (...) um Asyl nachsuchte.

B.

Gestützt auf die Aussagen der Beschwerdeführerin verglich das BFM am [Datum] ihre Fingerabdrücke mit denjenigen der Eurodac-Datenbank und stellte dabei eine Ersterfassung der Beschwerdeführerin in [Ortschaft] in ([Dublinstaat]) am [Datum] und eine Asylgesuchseinreichung in [Ortschaft] im Dublinstaat] am [Datum] fest. Am [Datum] wurde die Beschwerdeführerin im EVZ summarisch zu ihren Asylgründen befragt und es wurde ihr betreffend den Eurodac-Treffer und ihr Erstasylgesuch das rechtliche Gehör gewährt. Dabei brachte sie im Wesentlichen vor, dass (...). Sie sei in der Folge auch terrorisiert worden, weshalb sie Eritrea verlassen habe. (...).

C.

Mit Verfügung vom [Datum] wurde die Beschwerdeführerin dem Kanton (...) zugewiesen.

D.

Am [Datum] gebar die Beschwerdeführerin [ihr Kind] in der Schweiz.

E.

Mit Verfügung vom [Datum] trat das BFM in Anwendung von Art. 34 Abs. 2 Bst. d des Asylgesetzes vom 26. Juni 1998 (AsylG, SR 142.31) auf das Asylgesuch der Beschwerdeführerin nicht ein und verfügte eine Wegweisung und deren Vollzug nach [Dublinstaat].

F.

Am [Datum] reichte die Beschwerdeführerin gegen diesen Entscheid beim Bundesverwaltungsgericht Beschwerde ein (...).

G.

Mit Schreiben vom [Datum] informierten die [Behörden des Dublinstaates] das Bundesamt darüber, dass die Beschwerdeführerin in [Dublinstaat] als Flüchtling anerkannt sei.

H.

Am [Datum] wurde von Prof. C._____, Chefarzt, und Dr. D._____, Oberarzt in der Klinik für Infektiologie und Spitalhygiene, [Spital in E._____] , der vom Bundesamt in Auftrag gegebene ärztliche Bericht eingereicht. Dieser attestierte, dass die Beschwerdeführerin HIV-positiv sei und einer voraussichtlich lebenslangen Medikamentierung bedürfe. Zudem habe sie eine mittelschwere, depressive Episode durchlaufen, die ebenfalls mit einer Medikamentierung einhergegangen sei. (...), habe letztere jedoch am [Datum] gestoppt werden können. Im Rahmen der antiretroviralen Therapie sei ein Kontrollintervall von drei Monaten erforderlich.

I.

(...).

J.

[Das Bundesverwaltungsgericht hiess die gegen den Entscheid des BFM (siehe Bst. E) erhobene Beschwerde (siehe Bst. F) gut und wies den Fall zur Neubeurteilung an das BFM zurück. Zur Begründung wurde ausgeführt, da die Beschwerdeführerin im betreffenden Dublinstaat als Flüchtling anerkannt sei, hätte das BFM somit Art. 34 Abs. 2 Bst. a und gegebenenfalls Art. 34 Abs. 3 AsylG prüfen müssen.]

K.

Am [Datum] wurde die Beschwerdeführerin durch das BFM eingehend angehört. Sie brachte dabei im Wesentlichen vor, dass (...). Deshalb sei sie über [Drittstaaten] nach [Dublinstaat] geflüchtet, wo sie als Flüchtling anerkannt worden sei. Dort habe sie wie eine Gefangene in einem Flüchtlingslager gelebt, sei zwar mit Nahrung versorgt worden, habe jedoch das Gebäude nicht verlassen dürfen. Sie sei dort auch gesundheitlich untersucht, aber nicht über ihre Aidskrankheit informiert worden. Es würden dort keine Gesetze und keine Gesundheitsvorsorge existieren, weshalb sie bei einer Rückkehr um ihr Leben und dasjenige [ihres Kindes] fürchte.

Im Anhörungsprotokoll vermerkte die Hilfswerksvertreterin, dass die Beschwerdeführerin und ihr Kind HIV-positiv und daher auf regelmässige ärztliche Kontrollen und Medikamente angewiesen seien.

Die Rechtsvertretung wurde vom BFM zudem nach der Anhörung darauf hingewiesen, einen aktuellen ärztlichen Bericht betreffend die Beschwerdeführerin und ihr Kind vorzulegen (vgl. A91/1).

L.

Am [Datum] reichte die Beschwerdeführerin – handelnd durch ihre Rechtsvertreterin – einen aktuellen Arztbericht von Prof. C._____, Chefarzt, und Dr. D._____, Oberarzt, Klinik für Infektiologie und Spitalhygiene, [Spital in E._____] , und ein von Prof. Dr. F._____, leitender Arzt am [Kinderspital in E._____] , unterzeichnetes Schreiben an das BFM zu den Akten. Die Ärzte verwiesen darin auf ihren vorgängigen Bericht vom [Datum] (siehe Bst. H) und attestierten zudem, dass auch [das Kind] der Beschwerdeführerin HIV-positiv sei und derzeit unter einer antiretroviralen Therapie stehe. Der Therapieverlauf der Beschwerdeführerin wurde dahingehend beurteilt, dass sie die Medikamente gewissenhaft einnehme und die Therapie von ihr gut toleriert werde. Die antiretrovirale Therapie sei nach dem [Datum] umgestellt und die Viruslast seither vollständig supprimiert worden. Die Verbesserung der psychosozialen Situation (...) [Bleiberecht für die Beschwerdeführerin und ihr Kind in der Schweiz] habe sich sehr positiv auf den psychischen Zustand der Patientin ausgewirkt. Die antidepressive Therapie habe daher gestoppt werden können.

M.

Am [Datum] gelangten die [Behörden des Dublinstaates] an das BFM und ersuchten um einlässliche Informationen über den Gesundheitszustand der Beschwerdeführerin und ihres Kindes, um die erforderlichen Massnahmen für deren Zukunft in [Dublinstaat] zu treffen. Es wurde um Angaben gebeten, welche therapeutischen Massnahmen notwendig seien, und festgehalten, dass sich dazu das Vorlegen eines detaillierteren Arztberichtes, übersetzt in die [Sprache des Dublinstaates], und eines Geburtsscheines des Kindes (...) aufdränge.

N.

Dem BFM wurde ein weiterer Bericht vom behandelnden Arzt Prof. F._____, [Kinderspital in E._____] , vom [Datum] eingereicht (vgl. A111/4).

O.

Mit Datum vom [Datum] reichte Prof. F._____, [Kinderspital in E._____] , den vom BFM in Auftrag gegebenen Arztbericht ein. Darin

wurde das Vorliegen der HIV-Infektion bei der Beschwerdeführerin und [ihrem Kind] attestiert. Die antiretrovirale Therapie sei bisher zuverlässig verabreicht worden, es benötige dazu allerdings die Unterstützung des Sozialdienstes. Die Verabreichung der antiretroviralen Medikamente für [das Kind] stelle eine grosse Herausforderung dar und die Medikation müsse zudem in Form von individuell hergestellten, exakt dosierten Kapseln und käuflichen Suspensionen erfolgen. Die HIV-Infektion führe ohne adäquate Behandlung unweigerlich zum Tod, meist noch während des Kindesalters, wobei auch bereits eine suboptimale Betreuung und Behandlung [des Kindes] nachhaltige negative Folgen für seine Zukunft hätte. Der Arzt bestätigte weiter, dass in [Dublinstaat] zahlreiche erfahrene Spezialisten vorhanden seien. Es müsse jedoch sichergestellt sein, dass einer dieser Spezialisten örtlich verfügbar sei und es müsse die Übernahme der hohen Kosten für die Therapie und Betreuung der Beschwerdeführenden garantiert werden.

P.

Mit Verfügung vom 6. Juli 2011 – eröffnet am 11. Juli 2011 – trat das BFM in Anwendung von Art. 34 Abs. 2 Bst. a AsylG auf das Asylgesuch nicht ein und ordnete die Wegweisung der Beschwerdeführerin und [ihres Kindes] aus der Schweiz sowie den Vollzug nach [Dublinstaat] an.

Q.

(...).

R.

Am 18. Juli 2011 erhob die Beschwerdeführerin – handelnd durch ihre Rechtsvertreterin – gegen den sie betreffenden Entscheid beim Bundesverwaltungsgericht Beschwerde und beantragte, die Verfügung des BFM sei – soweit den Vollzug der Wegweisung betreffend – aufzuheben, es sei die Unzumutbarkeit des Wegweisungsvollzugs festzustellen und das BFM sei anzuweisen, die Beschwerdeführerin und ihr Kind vorläufig aufzunehmen, eventualiter sei die angefochtene Verfügung aufzuheben und das BFM anzuweisen, die Zumutbarkeit der Wegweisung neu zu prüfen.

In prozessualer Hinsicht ersuchte sie um die Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege im Sinne von Art. 65 Abs. 1 des Bundesgesetzes vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren (VwVG, SR 172.021) sowie um Verzicht auf Erhebung eines Kostenvorschusses.

Ihrer Beschwerdeschrift legte sie (...), ein Schreiben von Dr. med. G._____, Assistenzärztin der (...) Psychiatrischen Klinik E._____, (...) vom [Datum] – welches bestätigt, dass die Beschwerdeführerin wegen einer ausgeprägten depressiven Symptomatik mit Suizidalität in der Kriseninterventionsstation hospitalisiert sei – und ein an die Rechtsvertreterin der Beschwerdeführerin gerichtetes, englischsprachiges Schreiben von Prof. F._____, [Kinderspital in E._____] , vom [Datum], bei. Letzteres beschreibt die vorerst angewendete antiretrovirale Therapie [des Kindes] der Beschwerdeführerin, [das] diese bisher gut toleriert habe. Seit [Datum] sei die Viruslast vollständig supprimiert worden. Der Zustand seines Immunsystems zeige sich anlässlich der Therapie hervorragend und er nehme an Gewicht und Grösse in normaler Weise zu. Die Medikamentierung sei jedoch mit erheblichen Schwierigkeiten verbunden, da die Medikamente, die ursprünglich nur für Erwachsene hergestellt werden, speziell in Auftrag gegeben werden müssten. Bei jeder Konsultation müsse die Dosierung an [die] Grösse und [das] Gewicht angepasst werden. Die Verabreichung müsse in strikten Intervallen geschehen, ansonsten sich das Virus schnell vermehren und so eine Medikamentenresistenz entwickeln könne. Um diese strikte Einhaltung zu gewährleisten, sei eine psychologische Unterstützung der Mutter notwendig. Da es dem Kind nicht möglich sei, seine Beschwerden mitzuteilen, sei seine Therapie von einem Spezialisten zu überwachen, der sich mitunter nur in einer Spezialklinik, wie dem (...) Kinderspital, finden lasse. Es seien bei einer Wegweisung nach [Dublinstaat] diese Punkte unbedingt sicherzustellen, da auch beachtet werden müsse, dass der psychologische Zustand der Mutter zu einer Nichteinhaltung der strikten Medikamenteneinnahme und -einflössung ihres Kindes führen könne.

S.

Am 21. Juli 2011 bestätigte das Bundesverwaltungsgericht den Eingang der Beschwerde und trat mit Verfügung vom 25. Juli 2011 auf diese ein. Die zuständige Instruktionsrichterin verschob den Entscheid über das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege im Sinne von Art. 65 Abs. 1 VwVG auf einen späteren Zeitpunkt und verzichtete auf die Erhebung eines Kostenvorschusses. Gleichzeitig ersuchte sie die Vorinstanz, sich namentlich zur Frage der Gewährung des nahtlosen Überganges der unbedingt erforderlichen medizinischen HIV-Behandlung [des Kindes] der Beschwerdeführerin nach einem Wegweisungsvollzug nach [Dublinstaat] zu äussern.

T.

Mit Vernehmlassung vom 26. Juli 2011 hielt die Vorinstanz vollumfänglich an den Erwägungen ihrer Verfügung fest und beantragte die Abweisung der Beschwerde. In einer beigelegten Aktennotiz brachte sie zum Ausdruck, sie habe bereits im Kopienverteiler der Verfügung erwähnt, dass zum Zeitpunkt der Organisation der Rückführung nach [Dublinstaat] die nötigen Schritte eingeleitet werden müssten, um einen nahtlosen Übergang der medizinischen Behandlung zu ermöglichen. Zudem seien die kantonalen Behörden explizit darauf hingewiesen worden, mit dem zuständigen Sachbearbeiter des BFM – betreffend ärztliche Zeugnisse und deren Übersetzung und betreffend den Umstand, dass die [Behörden des Dublinstaates] aktuelle ärztliche Zeugnisse verlangen würden – Kontakt aufzunehmen. Die bis anhin eingereichten ärztlichen Zeugnisse seien nicht übersetzt worden, da diese zum Zeitpunkt des Vollzugs aufgrund der Möglichkeit, Beschwerde einzureichen, nicht mehr aktuell sein würden.

U.

Am 27. Juli 2011 reichte die Beschwerdeführerin eine Unterstützungsbestätigung vom [Datum] und ein Schreiben von Dr. med. H._____, Oberärztin, [Psychiatrische Klinik in E._____] , vom [Datum] zu den Akten. Darin wurde bestätigt, dass die Beschwerdeführerin angesichts der Schwere der Symptomatik einer Krisenintervention bedürfe und dazu zu einer intensiven integriert-psychiatrischen Behandlung der Depression in die Psychiatrische Klinik (...) verlegt werde.

V.

Am 19. August 2011 reichte die Beschwerdeführerin ihre Replik ein. Sie legte ihrer Eingabe einen von Prof. F._____, [Kinderspital in E._____] am [Datum] verfassten dreiseitigen Brief an die beiden Bundesrätinnen Frau Sommaruga und Frau Calmy-Rey bei, mit dem er die Bundesrätinnen darum ersuchte, sich aufgrund der vorliegend besonders schwergewichtigen Umstände, im Rahmen der humanitären Tradition der Schweiz, für einen Verbleib der Beschwerdeführerin und ihres Kindes in der Schweiz einzusetzen, um ihnen weiterhin eine optimale Betreuung und Behandlung zu gewährleisten und um die Zukunft des Kleinkindes zu sichern.

W.

Mit Eingabe vom [Datum] liess die Beschwerdeführerin dem Bundesverwaltungsgericht einen Austrittsbericht der [Psychiatrischen

Klinik in E._____] vom [Datum] zukommen. Der Bericht diagnostizierte neben der HIV-Infektion eine rezidivierende depressive Störung bei gegenwärtig mittelgradiger Episode, den Verdacht auf eine posttraumatische Belastungsstörung und eine postpartale Depression. Die Zuweisung der Beschwerdeführerin sei durch die Medizinische [Klinik] im Rahmen eines "Round Table" mit Dr. D._____, Internist Infektiologie, Prof. F._____, und Herrn I._____, Sozialdienst erfolgt. Aufgrund der Suizidalität sei Frau Dr. J._____ von der psychiatrischen [Klinik] konsiliarpsychiatrisch hinzugezogen worden. Die Beschwerdeführerin habe angegeben, seit Erhalt des negativen Asylentscheides sehr verzweifelt zu sein, namentlich keine Hoffnung mehr zu haben und in ihrem Dasein keinen Sinn mehr zu erblicken. Sie habe seither immer wieder erwogen, sich das Leben zu nehmen, dies aus der Überlegung heraus, dass sie mit ihrem Tode das Aufenthaltsrecht [ihres Kindes] in der Schweiz sichern könne. Im Rahmen der psychopathologischen Analyse beim Eintritt seien sehr langsames Denken, Gedankenkreisen, im Affekt unter anderem nicht auslenkbare Schuld- und Insuffizienzgefühle, Schlafstörungen und Gewichtsverlust unklaren Ausmasses festgestellt worden. Nach Verlegung von der Kriseninterventionsstation des [Spitals in E._____] in die allgemeinspsychiatrische Abteilung sei aufgrund der Schlafstörungen und Suizidgedanken – unter Aufrechterhaltung der HIV-Therapie – eine entsprechende Medikamentierung durchgeführt worden. Wegen des Interaktionspotentials beider Therapien sei auf eine Dosissteigerung verzichtet worden. Der Fokus der psychotherapeutischen Gespräche sei in der aktuell schwierigen Situation des Aufenthaltsstatus der Beschwerdeführerin und [ihres Kindes] gelegen. Es sei daher mehrfach Kontakt mit dem BFM aufgenommen worden. Nach mehreren erfolgreichen Belastungsproben könne die Beschwerdeführerin nach beiderseitigem Einvernehmen wieder in die vorbestehenden Wohnverhältnisse entlassen werden, wobei die ambulante Behandlung in der psychiatrischen [Klinik] fortgesetzt werde. Bei Entlassung sei keine akute Suizidalität oder Fremdgefährdung mehr gegeben, es werde aber weiterhin dringend empfohlen, das etablierte Helfersystem aufrecht zu erhalten. Ansonsten bestehe die Gefahr einer akuten Verschlechterung des Gesundheitszustandes der Beschwerdeführerin bis hin zu suizidalen Krisen.

X.

Auf den Inhalt der vorinstanzlichen Verfügung, der Beschwerdeschrift und

des weiteren Schriftenwechsels wird – soweit urteilsrelevant – in den nachstehenden 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 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 auf dem Gebiet des Asyls endgültig, ausser bei Vorliegen eines Auslieferungersuchens des Staates, vor welchem die beschwerdeführende Person Schutz sucht (Art. 105 AsylG; Art. 83 Bst. d Ziff. 1 des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 [BGG, SR 173.110]).

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. Die Beschwerde ist frist- und formgerecht eingereicht (Art. 108 Abs. 2 AsylG, Art. 105 AsylG i.V.m. Art. 37 VGG und Art. 52 VwVG). Die Beschwerdeführenden sind durch die angefochtene Verfügung besonders berührt und haben ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung beziehungsweise Änderung, weshalb sie zur Einreichung der Beschwerde legitimiert sind (Art. 105 AsylG i.V.m. Art. 37 VGG und Art. 48 Abs. 1 VwVG). Auf die Beschwerde ist 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.

Bei Beschwerden gegen Nichteintretensentscheide, mit denen es das BFM ablehnt, das Asylgesuch auf seine Begründetheit hin zu überprüfen (Art. 32 - 35 AsylG), ist die Beurteilungskompetenz der Beschwerdeinstanz grundsätzlich auf die Frage beschränkt, ob die Vorinstanz zu Recht auf das Asylgesuch nicht eingetreten ist (vgl. Entscheidungen und Mitteilungen der Schweizerischen Asylrekurskommission [EMARK] 2004 Nr. 34 E. 2.1 S. 240 f.) Die Beschwerdeinstanz enthält sich einer selbständigen materiellen Prüfung und weist die Sache – sofern sie den Nichteintretensentscheid als unrechtmässig erachtet – zu neuer Entscheidung an die Vorinstanz zurück. Bezüglich der Frage der Wegweisung und des Wegweisungsvollzugs hat das Bundesverwaltungsgericht uneingeschränkte Kognition.

4.

4.1. Die Beschwerdeführerin rügt in ihrer Beschwerdeschrift in formeller Hinsicht, dadurch, dass es das BFM in seiner Verfügung unterlassen habe, das Kindeswohl – namentlich den direkt anwendbaren Art. 3 des Übereinkommens vom 20. November 1989 über die Rechte des Kindes (KRK, SR 0.107) – zu prüfen, habe es seine Untersuchungs- und Begründungspflicht verletzt. Weiter moniert sie, die Schlussbemerkung der Vorinstanz im angefochtenen Entscheid, wonach die Vollzugsbehörde vor der Rückschaffung aktuelle ärztliche Zeugnisse einzuholen und diese auf [Sprache des Dublinstaates] zu übersetzen habe, ändere an der Tatsache, dass sie ihre Untersuchungs- und Begründungspflichten verletzt habe, nichts. Im Gegenteil: Sie verletze damit den Grundsatz des rechtlichen Gehörs, indem sie der Beschwerdeführerin das Recht auf eine Stellungnahme zu allfälligen Abklärungsergebnissen entziehe.

4.2. Verfahrensrechtliche Rügen sind vorab zu prüfen, da sie allenfalls geeignet wären, eine Kassation der vorinstanzlichen Verfügung zu bewirken.

4.3.

4.3.1. Hinsichtlich der Behauptung, es liege eine Verletzung der Untersuchungs- und Begründungspflicht durch die Vorinstanz vor, da diese es unterlassen habe, den Wegweisungsvollzug nach [Dublinstaat]

unter dem Aspekt des Kindeswohls nach Art. 3 KRK zu prüfen, ist Folgendes festzuhalten:

Die Behörde ist aufgrund der geltenden Untersuchungsmaxime verpflichtet, von Amtes wegen für die richtige und vollständige Abklärung des rechtserheblichen Sachverhaltes zu sorgen (Art. 12 VwVG). Es obliegt ihr im Rahmen des rechtlichen Gehörs (Art. 29 Abs. 2 BV, Art. 29 VwVG,

Art. 32 Abs. 1 VwVG), die Vorbringen eines Gesuchstellers entgegen zu nehmen, diese auch wirklich zu hören, sorgfältig zu prüfen und in der Entscheidungsfindung zu berücksichtigen (BVGE 2008/47 mit weiteren Hinweisen). Die Begründung soll es der betroffenen Person ermöglichen, den Entscheid gegebenenfalls sachgerecht anzufechten, was nur möglich ist, wenn sich sowohl diese als auch die Rechtsmittelinstanz über die Tragweite des Entscheides ein Bild machen können (vgl. BGE 129 I 232 E. 3.2; EMARK 2006 Nr. 24 E. 5.1. S. 256). Die verfügende Behörde muss sich indes nicht explizit mit jedem Vorbringen und jeder rechtlichen Rüge auseinandersetzen; vielmehr darf sie sich auf die wesentlichen Gesichtspunkte beschränken (BGE 126 I 97 E. 2b).

Die Vorinstanz hat in der angefochtenen Verfügung die wesentlichen Punkte beachtet und begründet. Vorliegend interessiert insbesondere, ob der Beschwerdeführerin und [ihrem Kind], (...) in [Dublinstaat] eine adäquate medizinische Behandlung zur Verfügung steht. Mit genau dieser Frage hat sich das BFM auseinander gesetzt. Es erachtete den Wegweisungsvollzug als zumutbar, da in [Dublinstaat] die medizinische Betreuung (sinngemäss auch für HIV-infizierte Kinder) gewährleistet sei. Zwar hat das BFM den entsprechenden Art. 3 der KRK nicht explizit aufgeführt, dennoch hat es aber – wie soeben dargelegt – die erforderlichen Kindeswohlüberlegungen in seinen Entscheid einfließen lassen. Daher erweist sich das Argument der verletzten Begründungspflicht als nicht zutreffend.

4.3.2. Auch die Rüge, aus dem Grundsatz des rechtlichen Gehörs ergebe sich das Recht, betreffend die [die Sprache des Dublinstaates] übersetzten Arztberichte Stellung zu nehmen, ist nicht stichhaltig. Bei den Anweisungen im Verteiler der vorinstanzlichen Verfügung handelt es sich um Vollzugsmodalitäten des Wegweisungsverfahrens, welche erst nach dem rechtskräftig abgeschlossenen Asylverfahren zum Tragen kommen, namentlich dann, wenn der Wegweisungsvollzug rechtskräftig als zumutbar beurteilt wurde. Auch bei der Aushändigung der übersetzten

Arztzeugnisse handelt es sich lediglich um eine Modalität des Vollzugsverfahren und somit bleibt kein Raum mehr für Verfahrensrechte der betroffenen Person und für eine Pflicht der Behörde zur vorgängigen Anhörung (vgl. Art. 30 VwVG). Dementsprechend kann die Rüge der Verletzung des rechtlichen Gehörs hier nicht greifen.

4.4. Nach dem Gesagten besteht keine Veranlassung, die Verfügung des BFM vom aus formellen Gründen aufzuheben, weshalb die diesbezüglichen Anträge abzuweisen sind.

5.

Aus den Akten geht hervor, dass die Beschwerdeführerin zuvor in [Dublinstaat] als anerkannter Flüchtling lebte. Das Bundesamt ist daher in Anwendung von Art. 34 Abs. 2 Bst. a AsylG auf ihr Asylgesuch nicht eingetreten. Das vorinstanzliche Nichteintreten auf das Asylgesuch der Beschwerdeführerin bleibt von ihr auf Beschwerdeebene unangefochten und ist somit in Rechtskraft erwachsen.

Die Ausführungen in der Replikschrift (S. 4), es sei vorliegend ein Selbsteintritt gestützt auf die einschlägigen Bestimmungen der Dublin-II-Verordnung durchzuführen, verkennen, dass es sich vorliegend nicht um ein Dublin-Verfahren, sondern um einen – unangefochten gebliebenen – Nichteintretensentscheid des BFM gestützt auf Art. 34 Abs. 2 Bst. a AsylG handelt.

6.

6.1. Lehnt das Bundesamt das Asylgesuch ab oder tritt es darauf nicht ein, so verfügt es in der Regel die Wegweisung aus der Schweiz und ordnet den Vollzug an; es berücksichtigt dabei den Grundsatz der Einheit der Familie.

6.2. Die Beschwerdeführenden verfügen weder über eine ausländerrechtliche Aufenthaltsbewilligung noch über einen Anspruch auf Erteilung einer solchen. Die Wegweisung wurde demnach zu Recht angeordnet (Art. 44 Abs. 1 AsylG; vgl. EMARK 2001 Nr. 21).

7.

7.1.

7.1.1. Ist der Vollzug der Wegweisung nicht zulässig, nicht zumutbar oder nicht möglich, so regelt das Bundesamt das Anwesenheitsverhältnis nach den gesetzlichen Bestimmungen über die vorläufige Aufnahme von Ausländern (Art. 44 Abs. 2 AsylG; Art. 83 Abs. 1 des Bundesgesetzes vom 16. Dezember 2005 über die Ausländerinnen und Ausländer [AuG, SR 142.20]).

7.1.2. Die erwähnten drei Bedingungen für einen Verzicht auf den Vollzug der Wegweisung (Unzulässigkeit, Unzumutbarkeit und Unmöglichkeit) sind alternativer Natur: Sobald eine von ihnen erfüllt ist, ist der Vollzug der Wegweisung als undurchführbar zu betrachten und die weitere Anwesenheit in der Schweiz gemäss den Bestimmungen über die vorläufige Aufnahme zu regeln (vgl. BVGE 2009/51 E. 5.4).

7.1.3. Bezüglich der Geltendmachung von Wegweisungshindernissen gilt gemäss ständiger Praxis des Bundesverwaltungsgerichts und seiner Vorgängerorganisation ARK der gleiche Beweisstandard wie bei der Flüchtlingseigenschaft, das heisst, sie sind zu beweisen, wenn der strikte Beweis möglich ist, und andernfalls wenigstens glaubhaft zu machen (vgl. WALTER STÖCKLI, Asyl, in: Uebersax/Rudin/Hugi Yar/Geiser, Ausländerrecht, 2. Aufl., Basel 2009, Rz. 11.148).

7.2.

7.2.1. Vorliegend konzentriert sich die Prüfung auf die Frage der Zumutbarkeit des Wegweisungsvollzugs. Gemäss Art. 83 Abs. 4 AuG ist der Vollzug der Wegweisung insbesondere dann nicht zumutbar, wenn die beschwerdeführende Person bei einer Rückkehr in ihren Heimatstaat einer konkreten Gefährdung ausgesetzt wäre. Diese Bestimmung wird vor allem bei Gewaltflüchtlingen angewendet, das heisst bei Ausländerinnen und Ausländern, die mangels persönlicher Verfolgung weder die Voraussetzungen der Flüchtlingseigenschaft noch jene des völkerrechtlichen Non-Refoulement-Prinzips erfüllen, jedoch wegen der Folgen von Krieg, Bürgerkrieg oder einer Situation allgemeiner Gewalt nicht in ihren Heimatstaat zurückkehren können. Im Weiteren findet sie Anwendung auf andere Personen, die nach ihrer Rückkehr ebenfalls einer konkreten Gefahr ausgesetzt wären, weil sie die absolut notwendige medizinische Versorgung nicht erhalten könnten oder - aus objektiver Sicht - wegen der vorherrschenden Verhältnisse mit grosser Wahrscheinlichkeit unwiederbringlich in völlige Armut gestossen würden, dem Hunger und somit einer ernsthaften Verschlechterung ihres

Gesundheitszustands, der Invalidität oder sogar dem Tod ausgeliefert wären (vgl. BVGE 2009/28 E. 9.3.1, BVGE 2009/51 E. 5.5 und BVGE 2009/52 E. 10.1). Bei der Prüfung der Voraussetzungen von Art. 83 Abs. 4 AuG sind im Einzelfall humanitäre Überlegungen gegen andere öffentliche Interessen abzuwägen, die allenfalls für den Wegweisungsvollzug sprechen würden, was den Asylbehörden einen Ermessensspielraum lässt. Entsprechend bilden etwa gesundheitliche Probleme, welche für sich allein betrachtet den Wegweisungsvollzug nicht bereits als unzumutbar erscheinen lassen, ein Beurteilungselement, welches in die vorzunehmende Interessenabwägung einbezogen werden muss und zusammen mit weiteren humanitären Aspekten zur Feststellung der Unzumutbarkeit des Wegweisungsvollzuges führen kann (vgl. BVGE 2008/34 E. 11.1, BVGE 2007/10 E.5.1 und EMARK 2005 Nr. 24 E. 10.1).

7.2.2. Durch die Vorinstanz wurde ausschliesslich ein Vollzug der Wegweisung nach [Dublinstaat] angeordnet, womit vom Gericht nur dieser geprüft wird, nicht jedoch ein solcher in das Heimatland der Beschwerdeführerin und [ihres Kindes]. Diesbezüglich ist vorweg festzustellen, dass die in [Dublinstaat] herrschende allgemeine Lage nicht gegen die Zumutbarkeit eines Wegweisungsvollzuges spricht.

7.2.3. Die Beschwerdeführerin moniert auf Rechtsmittelebene, das BFM habe die erforderlichen Abklärungen, im Wesentlichen betreffend die Garantie der lebenslang notwendigen Therapie, des beizuziehenden Fachpersonals und des Zugangs zu einer adäquaten Spezialklinik, nicht vorgenommen. (...) führte sie aus, dass für Flüchtlinge nur wenige Unterkunftsmöglichkeiten zur Verfügung stünden, da angenommen werde, diese könnten sich aufgrund ihrer Aufenthaltsbewilligung selbst versorgen. Trotz dem Aufenthaltsrecht, das Flüchtlingen zukomme, gelte in [Dublinstaat] jeweils nur in der Gemeinde des Erstasylgesuches das Recht zur Wohnsitznahme. Flüchtlinge würden zwar Unterstützung durch Hilfsorganisationen erhalten, diese sei aber über Freiwilligenarbeit konzipiert und daher nicht gesichert. Die Gesundheitsvorsorge, die ausschliesslich mit der Krankenversicherungskarte (...) zugänglich sei, werde nur bei vorhandenem Wohnsitz ausgehändigt. Da sie in [Ortschaft] ein Asylgesuch eingereicht habe, besitze sie grundsätzlich lediglich das Recht, dort Wohnsitz zu nehmen. In der Region (...) existiere jedoch kein [Kinderspital], welches für die benötigte Behandlung erforderlich sei. In der Annahme, sie käme dennoch in einem staatlichen Unterkunftszentrum in der Nähe einer [Kinderklinik] unter, stelle dies

jedoch eine unsichere Situation dar, da nicht klar sei, was nach Ablauf der [Anzahl] Monate, die der regulären Zeitdauer des möglichen Aufenthaltes in einer solchen Unterkunft entspreche, geschehen werde. Eine solche Situation würde – aufgrund der fehlenden geregelten Struktur – schwerwiegende gesundheitliche Folgen für sie und ihr Kind nach sich ziehen. Das Kleinkind sei auf eine komplexe HIV-Behandlung angewiesen, die ausschliesslich durch einen Spezialisten gewährleistet werden könne. Für eine adäquate Behandlung müsse auch die Wohnsituation und die psychosoziale, langfristige Unterstützung im Vorfeld abgeklärt und garantiert werden. Es sei aber vorliegend nicht bestätigt, dass die Beschwerdeführerin einen sofortigen Zugang zur notwendigen Gesundheitsversorgung in [Dublinstaat] erhalte, zumal der Zugang zur Notaufnahme nicht ausreiche. Sie verfüge in [Dublinstaat] über keinerlei soziales Netz. Ein weiteres Problem stelle die fehlende beziehungsweise mangelnde Betreuung für psychisch erkrankte und traumatisierte Personen dar. (...). Eine Rückkehr der Beschwerdeführerin und [ihres Kindes] nach [Dublinstaat] sei deshalb aus gesundheitlichen, humanitären und ethischen Gründen unzumutbar.

7.2.4. Zunächst ist anzumerken, dass betreffend [Dublinstaat] vom Bestehen adäquater medizinischer Behandlungsangebote ausgegangen werden kann. Auch im ärztlichen Attest von Prof. F._____, [Kinderspital in E._____] vom [Datum] wird ausdrücklich festgehalten, dass in [Dublinstaat] adäquate Therapiemöglichkeiten für HIV-krankte Erwachsene und Kinder existieren. (...).

Der wesentliche Punkt des vorliegenden Falles liegt jedoch nicht in der Existenz einer adäquaten Therapiemöglichkeit in [Dublinstaat], sondern in der Garantie des nahtlosen Übergangs der Therapie einerseits und deren nachhaltigen Durchführbarkeit andererseits. Diesbezüglich sind zunächst die wesentlichen Faktoren, namentlich diejenigen Bedingungen, die eine adäquate Therapie von Mutter und Kind zum jetzigen Zeitpunkt sicherstellen, einer näheren Betrachtung zu unterziehen. Die Beschwerdeführerin und ihr Kind werden notwendigerweise von zahlreichen Spezialisten behandelt und betreut. Zahlreiche Zeugnisse der verschiedenen Fachärzte attestieren die ausserordentliche Komplexität der Therapien und die damit zusammenhängende unbedingt erforderliche Präzision deren Durchführung. Neben der konstant anzupassenden individuellen Herstellung der Medikamentendosis für [das Kind] der Beschwerdeführerin ist die akkurate Einhaltung der Verabreichungszeiten der Medikamente durch die Beschwerdeführerin von elementarster

Bedeutung, da die kleinste zeitliche Abweichung lebensbedrohliche Folgen für das Kind hat. Die erforderliche Zuverlässigkeit von Seiten der Beschwerdeführerin ist indessen nur dann garantiert, wenn diese psychisch dazu in der Lage ist.

Aus dem jüngsten Austrittsbericht der [Psychiatrischen Klinik in E._____] vom [Datum] (vgl. oben Bst. W) wird indessen die ausserordentliche psychische Fragilität der Beschwerdeführerin ersichtlich. Demzufolge konnte die akute Suizidgefahr zwar aufgrund einer Krisenintervention, anschliessender psychiatrischer Behandlung und Medikation eingedämmt werden. Dank des etablierten Systems von Spezialisten und sozialem Personal konnte auch die Aufrechterhaltung der strengen Therapieregeln für [ihr Kind] während den suizidalen Krisen der Beschwerdeführerin sichergestellt werden. Der Bericht hebt dabei jedoch hervor, dass sich die Suizidalität nach Erhalt der negativen Verfügung des BFM angesichts der drohenden Rückkehr nach [Dublinstaat] entwickelte, zumal die Beschwerdeführerin davon überzeugt sei, durch ihren Tod das Aufenthaltsrecht [ihres Kindes] in der Schweiz sichern zu können. In diesem Zusammenhang ist auch anzumerken, dass die Beschwerdeführerin bereits zu Beginn des Asylverfahrens ihre immense Angst äusserte, nach [Dublinstaat] zurückzukehren, da sie dort um ihr Leben fürchte (vgl. oben Bst. K). Der Arztbericht führt weiter aus, die Beschwerdeführerin könne nun aufgrund des infolge Medikamentierung und Krisenintervention eingetretenen stabilisierten Zustandes schliesslich wieder in ihre angestammte Wohnsituation entlassen werden; dies jedoch nur mit der Auflage, dass das bisherige Helfersystems, namentlich die medizinische und soziale Betreuung aufrechterhalten werde, da andernfalls die Gefahr einer akuten Verschlechterung des psychischen Zustands bis hin zu suizidalen Krisen bestehe.

Angesichts der skizzierten Umstände kann bei einer Wegweisung nach [Dublinstaat] zum jetzigen Zeitpunkt nicht von einer Aufrechterhaltung des aktuellen, stabilisierten psychischen Zustandes der Beschwerdeführerin ausgegangen werden. Damit kann auch die nahtlose Aufrechterhaltung der lebensnotwendigen und höchst komplexen Therapie für Mutter und Kind nicht garantiert werden. Schliesslich lässt sich auch eine Suizidgefahr nicht hinlänglich ausschliessen. Aufgrund der Gesamtheit der Umstände – namentlich angesichts der einzigartigen Komplexität der nötigen Therapien, der ausgeprägten Fragilität eines HIV-infizierten [Kindes], der drohenden Suizidalität der Beschwerdeführerin und nicht

zuletzt aufgrund der damit zusammenhängenden Unwahrscheinlichkeit, dass alle Massnahmen, die für den lebensnotwendigen nahtlosen Übergang und die nachhaltige Durchführung der Therapien zwingend notwendig sind, sichergestellt werden können – kommt das Gericht zum Schluss, dass vorliegend der Beschwerdeführerin und [ihrem Kind] ein Wegweisungsvollzug nach [Dublinstaat] nicht zugemutet werden kann.

7.3. Nach dem Gesagten erweist sich der Vollzug der Wegweisung der beiden nach [Dublinstaat] als unzumutbar im Sinne von Art. 83 Abs. 4 AuG. Aus den Akten gehen keine Hinweise auf Tatbestände hervor, die zu einem Ausschluss der vorläufigen Aufnahme gemäss Art. 83 Abs. 7 AuG führen könnten.

7.4. Aufgrund der alternativen Natur der drei Bedingungen für einen Verzicht auf den Vollzug der Wegweisung (vgl. E. 7.1.2) erübrigen sich weitere Ausführungen bezüglich Zulässigkeit, Möglichkeit und die betreffenden Rügen der Beschwerdeführerin. Auf die Ausführungen in der Replikschrift (S. 3 f.), die sich auf die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte (EGMR) im Kontext mit dem Refoulement-Verbot von Art. 3 EMRK bei gravierenden gesundheitlichen Problemen beziehen, ist daher an dieser Stelle nicht einzugehen.

8.

Die Voraussetzungen für die Gewährung der vorläufigen Aufnahme sind somit erfüllt. Die Beschwerde ist demnach gutzuheissen und die Vorinstanz ist anzuweisen, die Beschwerdeführerin und [ihr Kind] vorläufig aufzunehmen.

Sie wird zudem eingeladen zu prüfen, ob der Beschwerdeführerin nicht nach Massgabe von Art. 50 AsylG Zweitasyll gewährt (und das Kind nach Art. 51 Abs. 2 AsylG darin eingeschlossen) werden soll, zumal diese die Flüchtlingseigenschaft gemäss Anerkennung durch [Dublinstaat] erfüllt, der Aufenthalt in der Schweiz ein dauernder sein wird und es für die Erteilung des Zweitasylls (im Unterschied zur normalen Asylerteilung; vgl. Art. 2 Abs. 1 AsylG) keines expliziten Gesuches bedarf.

9.

Bei diesem Ausgang des Verfahrens sind der Beschwerdeführerin keine Verfahrenskosten aufzuerlegen (Art. 63 Abs. 1 und 2 VwVG).

10.

Die Beschwerdeführerin hat vollumfänglich obsiegt. Es ist ihr in

Anwendung von Art. 64 Abs. 1 VwVG eine Parteientschädigung für die ihr erwachsenen notwendigen Vertretungskosten zuzusprechen.

Die Rechtsvertreterin der Beschwerdeführerin reichte am 19. August 2011 ihre Kostennote ein, gemäss welcher sie einen Aufwand von insgesamt 20.75 Stunden geltend machte. Der in Rechnung gestellte Aufwand scheint aufgrund ähnlich komplexer und aufwändiger Fälle als nicht vollumfänglich angemessen. Namentlich ist nicht ersichtlich, auf was sich die drei Stunden "Diverse Gespräche mit Sachbearbeiterin" beziehen, und zudem fehlen bei den aufgeführten Telefongesprächen von einer Stunde chronologische und inhaltliche Angaben. Daher ist der dargelegte Aufwand um vier Stunden auf 16.75 Stunden zu kürzen, womit der Beschwerdeführerin unter Berücksichtigung der Bemessungsgrundsätze nach Art. 7ff. des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht (VGKE, SR 173.320.2) und eines Stundenansatzes von Fr. 150.-- eine Parteientschädigung von Fr. 2'513.-- (ohne Mehrwertsteuer) zuzusprechen ist.

Das Bundesamt ist somit anzuweisen, der Beschwerdeführerin für das Beschwerdeverfahren eine Parteientschädigung von Fr. 2'513.-- auszurichten.

(Dispositiv nächste Seite)

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.

Die Beschwerde wird gutgeheissen.

2.

Die Dispositivziffern 3 und 4 der angefochtenen Verfügung vom 6. Juli 2011 werden aufgehoben und das BFM wird angewiesen, die Beschwerdeführerin und [ihr Kind] vorläufig aufzunehmen.

3.

Es werden keine Verfahrenskosten auferlegt.

4.

Das BFM hat der Beschwerdeführerin für das Verfahren vor der Beschwerdeinstanz eine Parteientschädigung in der Höhe von Fr. 2'513.-- (ohne Mehrwertsteuer) zu entrichten.

5.

Dieses Urteil geht an die Beschwerdeführerin, das BFM und die zuständige kantonale Behörde.

Die vorsitzende Richterin:

Die Gerichtsschreiberin:

Christa Luterbacher

Sarah Diack

Zustellung erfolgt an:

– (...)