



Abteilung IV
D-3865/2006
{T 0/2}

Urteil vom 17. September 2008

Besetzung

Richterin Nina Spälti Giannakitsas (Vorsitz),
Richter Fulvio Haefeli, Richter Blaise Pagan,
Gerichtsschreiberin Sara Steiner.

Parteien

A. _____, geboren _____, Kosovo,
vertreten durch Rechtsanwalt Donato Del Duca,
Rechtsberatungsstelle für Asyl Suchende, _____,
Beschwerdeführer,

gegen

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

Gegenstand

Vollzug der Wegweisung; Verfügung des BFM vom
28. Oktober 2004 / N _____.

Sachverhalt:**A.**

Der Beschwerdeführer – ein Serbe aus Z._____/Kosovo, mit letztem Wohnsitz in Y._____/Kosovo – verliess seinen Heimatstaat eigenen Angaben zufolge am 6. Juli 2004 und gelangte über Serbien, Ungarn und weitere ihm unbekannte Länder am 7. Juli 2004 in die Schweiz, wo er gleichentags ein Asylgesuch einreichte. Am 9. Juli 2004 wurde er in der Empfangsstelle X._____. (neu: Empfangs- und Verfahrenszentrum X._____) summarisch befragt und in der Folge am 12. Juli 2004 für die Dauer des Verfahrens dem Kanton W._____ zugewiesen. Die zuständigen kantonalen Behörden führten am 4. August 2004 eine einlässliche Anhörung zu den Fluchtgründen durch. Am 11. Oktober 2004 fand eine zusätzliche Anhörung durch das BFF statt.

Zur Begründung seines Gesuches führte der Beschwerdeführer im Wesentlichen aus, die serbische Bevölkerung im Kosovo sei ständigen Drohungen und Übergriffen seitens der ethnischen Albaner ausgesetzt. Er warte seit fünf Jahren, dass sich die Sicherheitssituation in seinem Land verbessere. Am 17. März 2004 habe die Bevölkerung die serbischen Häuser angegriffen und in Brand gesetzt sowie deren verbliebene Bewohner umgebracht. Ein Cousin seines Vaters und dessen Mutter seien dabei ums Leben gekommen. Er sei mit seiner Familie zuerst in die nahe gelegene Kirche und später nach Y._____ geflüchtet. Dort habe man sie in einem Schulhaus untergebracht, wo er bis zu seiner Ausreise geblieben sei.

B.

Das BFF wies das Asylgesuch des Beschwerdeführers mit Verfügung vom 28. Oktober 2004 – eröffnet am 3. November 2004 – ab und ordnete dessen Wegweisung aus der Schweiz sowie deren Vollzug an.

C.

Mit Eingabe vom 18. November 2004 (Poststempel) erhob der damals nicht vertretene Beschwerdeführer gegen den Entscheid des BFF bei der damals zuständigen Schweizerischen Asylrekurskommission (ARK) Beschwerde. Er beantragte, die Aufhebung der angefochtenen Verfügung und die Feststellung der Unzumutbarkeit des Wegweisungsvollzuges sowie die Anordnung der vorläufigen Aufnahme. In formeller

Hinsicht ersuchte er um unentgeltliche Prozessführung und Verzicht auf die Erhebung eines Kostenvorschusses.

D.

Mit Verfügung vom 24. November 2004 verzichtete die zuständige Instruktionsrichterin auf die Erhebung eines Kostenvorschusses und verschob den Entscheid über die Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege auf einen späteren Zeitpunkt.

E.

In seiner Vernehmlassung vom 2. Dezember 2004 hielt das BFF unter Verweis auf seine bisherigen Erwägungen an der angefochtenen Verfügung fest und beantragte die Abweisung der Beschwerde.

F.

Die Vernehmlassung wurde dem Beschwerdeführer am 6. Dezember 2004 zur Kenntnis gebracht.

G.

Am 30. August 2007 wurde dem inzwischen für die Behandlung der Beschwerde zuständigen Bundesverwaltungsgericht die beim kantonalen Migrationsamt nachgereichte Identitätskarte des Beschwerdeführers übermittelt.

H.

Das BFM hielt am 22. Mai 2008, im Rahmen eines zweiten, vom Bundesverwaltungsgericht mit Hinweis auf die am 17. Februar 2008 erfolgte Unabhängigkeitserklärung des Kosovo eingeleiteten Vernehmlassungsverfahrens, an der angefochtenen Verfügung fest.

I.

Mit Eingabe vom 5. Juni 2008 nahm der Beschwerdeführer – handelnd durch seinen neu mandatierten Rechtsvertreter – die durch das Bundesverwaltungsgericht eingeräumte Gelegenheit zur Stellungnahme zu einer Aufenthaltsalternative in Serbien wahr. Gleichzeitig teilte er mit, dass er sich demnächst einer Herzoperation unterziehen müsse und stellte diesbezügliche ärztliche Berichte in Aussicht.

J.

Der Beschwerdeführer reichte mit Schreiben vom 7. August 2008 den von der zuständigen Instruktionsrichterin am 6. August 2008 eingefor-

dernten ärztlichen Bericht ein und wies daraufhin, dass weitere Untersuchungen nötig seien.

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 des Asylgesetzes vom 26. Juni 1998 [AsylG, SR 142.31]; Art. 83 Bst. d Ziff. 1 des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 [BGG, SR 173.110]).

1.2 Das Bundesverwaltungsgericht hat am 1. Januar 2007 die Beurteilung der bei der ARK am 31. Dezember 2006 hängig gewesenen Rechtsmittel übernommen. 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 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 und 50 ff. 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. In der Rechtsmitteleingabe wird beantragt, es sei die Unzumutbarkeit des Vollzugs der Wegweisung festzustellen. Damit ist die Abweisung des Asylgesuches und die Feststellung des Nichtbestehens der Flüchtlingseigenschaft in Rechtskraft erwachsen und nicht mehr Prozessgegenstand. Auch in Bezug auf die angeordnete Wegweisung als

Regelfolge des abgelehnten Asylgesuches wird nichts vorgebracht, weshalb im Folgenden allein der angeordnete Vollzug der Wegweisung zu prüfen ist.

4. 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]).

4.1 Zur Begründung seiner Verfügung führte das BFF aus, der Beschwerdeführer stamme aus Z._____, wo eine konkrete Gefährdung aufgrund der ethnischen Zugehörigkeit zu den Serben noch nicht ausgeschlossen werden könne. Es bestehe jedoch gestützt auf die serbisch-montenegrinische Staatsangehörigkeit eine innerstaatliche Aufenthaltsalternative auf dem restlichen Gebiet von Serbien und Montenegro. Der noch junge und gesunde Beschwerdeführer habe sich zum Wirtschaftstechniker ausbilden lassen und bringe somit alle Voraussetzungen mit, um sich im Heimatstaat, ausserhalb des Kosovo, eine neue Existenz aufzubauen. Zudem sei dort ein Beziehungsnetz vorhanden, lebten doch mehrere Verwandte von ihm ausserhalb des Kosovo, so unter anderem eine Cousine in Nis und eine Verwandte mütterlicherseits in Belgrad. Ausserdem könnten diese ihn allenfalls finanziell unterstützen, sollte er sich anfänglich nach einer Rückkehr nicht rasch eine eigene finanzielle Existenz aufbauen können. Die Inanspruchnahme der innerstaatlichen Aufenthaltsalternative und somit der Vollzug der Wegweisung sei demnach als zulässig, zumutbar und möglich zu erachten.

4.2 In seinen Eingaben machte der Beschwerdeführer im Wesentlichen geltend, es existiere weder ein verwandtschaftliches noch ein freundschaftliches Beziehungsnetz in Serbien ausserhalb des Kosovo. Die vom BFF erwähnten Personen seien nur entfernte Verwandte, bei denen er nie gelebt habe und zu denen er keinen nahen Kontakt pflege. Nach dem Verlassen des Kosovo im Jahre 1999, hätten sie sich nie mehr gemeldet und sich nicht um das Wohlergehen seiner Familie gekümmert. Zudem seien beide verheiratet, seien finanziell von ihren Ehemännern oder Kinder abhängig und wohnten mit ihren Familien in kleinen Wohnungen. Somit sei es ihnen nicht möglich ihn bei sich aufzunehmen und/oder finanziell zu unterstützen. Des Weiteren habe er

auf seinem Beruf nie gearbeitet. Als Serbe habe er sich auf engstem Raum bewegen müssen, weil er sonst bedroht oder umgebracht worden wäre. Deshalb sei es ihm nicht möglich gewesen, eine Arbeitsstelle zu suchen und er sei jahrelang einfach zu Hause geblieben. Unter diesen Voraussetzungen sei es unmöglich, ausserhalb des Kosovo eine Arbeitsstelle zu finden. Seine Herkunft aus dem Kosovo stelle dabei ein zusätzliches Hindernis dar.

Auf Beschwerdeebene wird ausserdem vorgebracht, der Beschwerdeführer leide an einer Herzkrankheit und müsse demnächst operiert werden.

5.

5.1 Der Untersuchungsgrundsatz gehört zu den allgemeinen Grundsätzen des Asylverfahrens (Art. 1 VwVG). Er bedeutet, dass die Behörde gehalten ist, von Amtes wegen für die richtige und vollständige Abklärung des rechtserheblichen Sachverhaltes zu sorgen. Unvollständig ist die Sachverhaltsfeststellung, wenn nicht alle für den Entscheid rechtsrelevanten Sachumstände berücksichtigt wurden, unrichtig, wenn der Verfügung ein falscher und aktenwidriger Sachverhalt zugrunde gelegt wird. Da der Sachverhalt im Zeitpunkt des Beschwerdeentscheids massgebend ist, sind auch Tatsachen zu berücksichtigen, die sich nach dem Entscheid der Vorinstanz zugetragen haben (ALFRED KÖLZ/ISABELLE HÄNER, *Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes*, 2. Aufl., Zürich 1998, Rz 630ff.). Entsprechend muss die Asylbehörde die für das Verfahren erforderlichen Sachverhaltsunterlagen beschaffen und die rechtlich relevanten Umstände abklären und darüber ordnungsgemäss Beweis führen. Gemäss Art. 13 VwVG und Art. 8 AsylG hat die asylsuchende Person indessen die Pflicht und das Recht, an der Feststellung des Sachverhalts mitzuwirken.

5.2 Das BFF stellte in seiner Verfügung vom 28. Oktober 2004 fest, der Beschwerdeführer verfüge über eine zumutbare innerstaatliche Aufenthaltsalternative bei Verwandten, welche sich ausserhalb des Kosovo in Serbien und Montenegro aufhielten. Diese Erwägungen lassen sich jedoch aus heutiger Sicht nicht mehr bestätigen. Seit dem Erlass dieser Verfügung hat sich die Lage im Balkangebiet grundlegend geändert. Am 3. Juni 2006 erklärte Montenegro die Unabhängigkeit von Serbien und am 17. Januar 2008 folgte der Kosovo. Die zum Zeitpunkt der Verfügung geprüfte innerstaatliche Aufenthaltsalternative wäre zum

heutigen Zeitpunkt allenfalls als Aufenthaltsalternative in einem Drittstaat zu prüfen. Insbesondere wäre dabei zu untersuchen, wie sich die Einreise- und Aufenthaltsbedingungen für Serben aus dem Kosovo in Serbien ausgestalten. Da zudem inzwischen Herzprobleme (Tachykardie) erwähnt worden sind – zurzeit werden Voruntersuchungen zu einer allfälligen Herzoperation durchgeführt –, muss im Weiteren auch der gesundheitliche Zustand des Beschwerdeführers und die Situation der medizinischen Versorgung beziehungsweise deren Finanzierung für aus dem Kosovo stammende Angehörige der serbischen Ethnie in Serbien bei der Prüfung der Zumutbarkeit des Wegweisungsvollzugs Beachtung finden.

5.3 Gemäss diesen Erwägungen muss festgestellt werden, dass der Sachverhalt aus aktueller Sicht nicht als genügend erstellt zu betrachten ist.

6.

6.1 Die asylrechtliche Beschwerde ist vom Grundsatz her reformatorisch ausgestaltet. Die Kassation eines materiellen Entscheides der Vorinstanz kommt nur ausnahmsweise in Frage, etwa wenn der Sachverhalt als ungenügend erstellt zu erachten ist (Art. 61 Abs. 1 VwVG; vergleiche ALFRED KÖLZ/ISABELLE HÄNER, a.a.O., Rz 694). Ob die in diesen Fällen fehlende Entscheidungsreife durch die Vorinstanz oder durch die Rechtsmittelinstanz herzustellen sei, ist bei reformatorischen Rechtsmitteln eine Frage der Abwägung nach Gesichtspunkten der Prozessökonomie (vergleiche F. Gygi, Bundesverwaltungsrechtspflege, 2. Aufl., Bern 1983, S. 232 f.).

6.2 Der Umstand, dass die Veränderung der Sachlage nicht zuletzt während des Beschwerdeverfahrens eingetreten ist, würde grundsätzlich für die Zuführung zur Entscheidung durch die Beschwerdeinstanz sprechen. Auf der anderen Seite wurden dem BFM die Akten am 7. März 2008 zur erneuten Stellungnahme zugestellt, dieses hielt jedoch am 22. Mai 2008 ohne weitere Erklärung an seinen offensichtlich nicht mehr den Umständen gerecht werdenden Erwägungen fest. Damit hat die Vorinstanz die Gelegenheit zur Stellungnahme zu den neuen Verhältnissen nicht ergriffen und damit dem Beschwerdeführer auch die Möglichkeit genommen, sachgerecht Stellung zu nehmen. Ausserdem stellen sich auch Sachverhaltsfragen, die vor Ort zu klären sein werden, was idealerweise durch die Vorinstanz vorzunehmen ist, die über Kontakte vor Ort verfügt. Auch ziehen solche Abklärungen ein

umfassendes Beweisverfahren nach sich, weshalb sich insgesamt aus prozessökonomischen Gründen eine Rückweisung an die Vorinstanz aufdrängt.

6.3 Nach dem Gesagten ist ein reformatorischer Entscheid durch das Bundesverwaltungsgericht nicht angezeigt, da der Sachverhalt aktuell nicht als zur Genüge erstellt erachtet werden kann. Es erscheint sachgerecht, das Verfahren an die Vorinstanz zurückzuweisen, damit diese die nötigen Abklärungen vornimmt und diese im Rahmen eines neuen beschwerdefähigen Entscheids einer rechtlichen Würdigung unterzieht.

7. Die Beschwerde ist nach dem Gesagten insoweit gutzuheissen, als damit die Aufhebung der vorinstanzlichen Verfügung beantragt wird und die angefochtene Verfügung ist aufzuheben. Bei dieser Sachlage erübrigt es sich, auf die weiteren Rügen und Anträge in der Beschwerde einzugehen.

8.

8.1 Bei diesem Ausgang des Verfahrens sind dem Beschwerdeführer keine Kosten aufzuerlegen (Art. 63 Abs. 1 und 2 VwVG). Das Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege gemäss Art. 65 Abs. 1 VwVG wird damit gegenstandslos.

8.2 Obsiegende Parteien haben Anspruch auf eine Parteientschädigung für die ihnen erwachsenen notwendigen und verhältnismässig hohen Kosten (Art. 7 des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]). Die Rechtsvertretung des Beschwerdeführers hat es bisher unterlassen, eine Kostennote einzureichen. Auf eine entsprechende Nachforderung kann jedoch verzichtet werden, da sich der Parteiaufwand zuverlässig abschätzen lässt. Die von der Vorinstanz zu entrichtende Parteientschädigung ist demnach auf Fr. 400.-- (inklusive Spesen und Mehrwertsteuer) festzusetzen (Art. 14 VGKE). Das Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege gemäss Art. 65 Abs. 2 VwVG wird damit ebenfalls gegenstandslos.

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.

Die Beschwerde wird gutgeheissen, soweit die Aufhebung der vorinstanzlichen Verfügung beantragt wird.

2.

Die Verfügung des BFM vom 28. Oktober 2004 wird aufgehoben. Die Sache wird zur Durchführung der notwendigen Abklärungen sowie neuer Entscheidungsfindung an die Vorinstanz zurückgewiesen.

3.

Es werden keine Verfahrenskosten auferlegt.

4.

Das BFM hat dem Beschwerdeführer für das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht eine Parteienschädigung von Fr. 400.-- (inklusive Ausgaben und MwSt) auszurichten.

5.

Dieses Urteil geht an:

- den Rechtsvertreter des Beschwerdeführers (Einschreiben)
- das BFM, Abteilung Aufenthalt und Rückkehrförderung, mit den Akten Ref.-Nr. N _____ (per Kurier; in Kopie; Beilage: nachgereichte Identitätskarte _____)
- _____

Die vorsitzende Richterin:

Die Gerichtsschreiberin:

Nina Spälti Giannakitsas

Sara Steiner

Versand: