



Abteilung IV
D-3980/2006
{T 0/2}

Urteil vom 7. September 2009

Besetzung

Richter Robert Galliker (Vorsitz),
Richter Thomas Wespi, Richter Gérald Bovier,
Gerichtsschreiber Martin Maeder.

Parteien

A._____, geboren (...),
und deren Kinder **B.**_____, geboren (...),
C._____, geboren (...),
Kosovo,
alle vertreten durch lic. iur. Isabelle A. Müller,
Rechtsanwältin, (...),
Beschwerdeführende,

gegen

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

Gegenstand

Nichteintreten auf Asylgesuch und Wegweisung;
Verfügung des BFM vom 14. Januar 2005 / N (...).

Sachverhalt:**A.**

A.a Die Beschwerdeführenden, laut eigener Aussage aus der heutigen Republik Kosovo (letzter Wohnsitz in der Ortschaft E._____, heutige Grossgemeinde F._____) stammende Angehörige der albanischen Volksgruppe, suchten am 7. November 1998 zusammen mit ihrem Ehemann beziehungsweise Vater, D._____, in der Schweiz um Asyl nach.

A.b Mit Verfügung vom 11. August 1999 stellte das damalige Bundesamt für Flüchtlinge (seit dem 1. Januar 2005 Teil des BFM) für die Beschwerdeführenden und deren Ehemann beziehungsweise Vater das Nichterfüllen der Flüchtlingseigenschaft fest, lehnte infolgedessen die Asylgesuche ab und ordnete die Wegweisung aus der Schweiz an. Im selben Entscheid ordnete das BFF gestützt auf den Beschluss des Bundesrates vom 7. April 1999 über die gruppenweise vorläufige Aufnahme bestimmter Personengruppen von jugoslawischen Staatsangehörigen mit letztem Wohnsitz in der Provinz Kosovo die vorläufige Aufnahme der Beschwerdeführenden und ihres Ehemannes beziehungsweise Vaters in der Schweiz an. Die Beschwerdeführenden verzichteten auf eine Anfechtung der Verfügung vom 11. August 1999 im Umfang der die Ablehnung der Asylgesuche, Nichtzuerkennung der Flüchtlingseigenschaft und Wegweisung betreffenden Dispositivziffern.

A.c Mit Beschluss vom 11. August 1999 hob der Bundesrat die kollektive vorläufige Aufnahme von Kriegsvertriebenen aus dem Kosovo per 16. August 1999 auf und setzte die Ausreisefristen für den betroffenen Personenkreis auf den 31. Mai 2000 fest. Gestützt auf diesen Bundesratsbeschluss forderte das BFF die Beschwerdeführenden in der Folge auf, die Schweiz bis zum 31. Mai 2000 zu verlassen.

A.d Am 17. August 2000 kehrten die Beschwerdeführenden in Begleitung ihres Ehemannes beziehungsweise Vaters im Rahmen des Rückkehrhilfeprogramms nach Kosovo zurück.

B.

B.a Am 8. Juni 2003 ersuchten die Beschwerdeführenden die schweizerischen Behörden erneut um Gewährung des Asyls. Zur Begründung des Asylgesuchs machte die Beschwerdeführerin in der summarischen Befragung vom 12. Juni 2003 und der einlässlichen Anhörung vom

17. Juni 2003 geltend, sie und die Kinder hätten in Kosovo nicht einmal das Nötigste zum Leben gehabt und zuletzt gar Hunger gelitten. Schwierigkeiten mit den Behörden hätten sie hingegen keine gehabt. Nach der Rückkehr aus der Schweiz im August 2000 sei ihnen zunächst von den schweizerischen Behörden für die Dauer von vier Monaten Wohnraum zur Verfügung gestellt worden. Danach seien sie bei ihrem Vater in G._____ (Grossgemeinde F._____) untergekommen. Eine Unterstützung durch den Schwiegervater sei nicht in Betracht gefallen, weil ihr Ehemann vor der ersten Reise in die Schweiz die ihm vermachte Wohnparzelle wegen einer benötigten Nierenoperation verkauft habe und deswegen von seinem Vater verstossen worden sei. Weil ihr Mann keine Arbeit gefunden habe, seien sie vollständig auf die finanzielle Unterstützung durch ihren invaliden Vater angewiesen gewesen, welcher seinerseits für sich und seine Frau eine monatliche Rente von 64 Euro vom Staat erhalten habe. Das Geld habe bei weitem nicht ausgereicht, so dass ihre Kinder zu wenig zu essen bekommen hätten. Ihrem Mann sei es zusehends schlechter gegangen, weil ihn die Vorstellung, seine Kinder könnten letztlich verhungern, beelendet habe. Vor etwas mehr als zwei Monaten sei ihr Mann plötzlich verschwunden. Seither habe sie keine Nachrichten von ihm. Weil sie ihre Kinder nicht mehr korrekt ernähren können und sich erhofft habe, ihren Mann wiederzufinden, habe sie Kosovo am 5. Juni 2003 verlassen und sich mit den Kindern nach Albanien begeben. Dort sei sie auf Umwegen schliesslich auf eine Frau gestossen, welche ihre Weiterreise in die Schweiz organisiert habe. Weil sie keinen Pfennig auf sich getragen habe, habe man ihr den gesamten Schmuck abgenommen. Sie habe nicht das Ziel gehabt, in die Schweiz zurückzukommen und hier wieder Asyl zu beantragen. Vielmehr hätten sich ihre Gedanken permanent um ihren verschwundenen Mann gedreht. Die Dinge hätten sich ohne ihren Willen am Ende so gefügt, dass sie wieder in der Schweiz gelandet sei.

B.b Mit Verfügung vom 23. Juni 2003 trat das BFF auf die „Asylgesuche“ der Beschwerdeführenden vom 8. Juni 2003 gestützt auf Art. 18 und Art. 32 Abs. 1 des Asylgesetzes vom 26. Juni 1998 (AsylG, SR 142.31) nicht ein und ordnete die Wegweisung aus der Schweiz sowie den Vollzug an. Einer allfälligen Beschwerde wurde die aufschiebende Wirkung entzogen.

B.c Die Beschwerdeführenden fochten die Verfügung des BFF vom 23. Juni 2003 mit Beschwerde vom 21. Juli 2003 (Poststempel) in allen Punkten bei der damals zuständigen Schweizerischen Asylrekurskommission (ARK) an.

B.d Am 1. Oktober 2003 hob das BFF die Verfügung vom 23. Juni 2003 auf und teilte den Beschwerdeführenden mit, das Dossier werde zuständigkeithalber an die Abteilung Verfahren zum Erlass eines neuen Entscheides überwiesen.

B.e Mit Beschluss vom 6. Oktober 2003 schrieb der zuständige Einzelrichter der ARK die Beschwerde vom 21. Juli 2003 als gegenstandslos geworden ab.

C.

Mit Verfügung vom 14. Januar 2005 - eröffnet am 17. Januar 2005 - trat das BFM auf das Asylgesuch vom 8. Juni 2003 in Anwendung von Art. 32 Abs. 2 Bst. e AsylG nicht ein und ordnete die Wegweisung der Beschwerdeführenden aus der Schweiz sowie den Vollzug an.

D.

Am 21. Januar 2005 (Poststempel) liessen die Beschwerdeführenden durch ihre Rechtsvertreterin bei der ARK eine Beschwerde gegen die Verfügung des BFM vom 14. Januar 2005 einreichen. Darin beantragten sie im Hauptpunkt, es sei die angefochtene Verfügung aufzuheben und zur Neu Beurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen. Im Eventualpunkt stellten sie das Begehren, es sei die Unzumutbarkeit und Unzulässigkeit des Wegweisungsvollzugs festzustellen und ihre vorläufige Aufnahme in der Schweiz anzuordnen. Mittels Subeventualbegehrens ersuchten sie um Wiederaufnahme des mit Beschluss vom 6. Oktober 2003 seitens der ARK als gegenstandslos abgeschriebenen Beschwerdeverfahrens. In prozessualer Hinsicht schliesslich beantragten sie die Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege.

E.

Mit Zwischenverfügung vom 27. Januar 2005 bestätigte der zuständige Instruktionsrichter das den Beschwerdeführenden zukommende Recht auf Anwesenheit in der Schweiz bis zum Abschluss des Beschwerdeverfahrens, verlegte den Entscheid über das Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege auf einen späteren Zeitpunkt und verzichtete auf die Erhebung eines Kostenvorschusses. Des Weiteren räumte er der Beschwerdeführerin eine bis zum 11. Februar 2005 lau-

fende Frist zur Einreichung eines aktuellen Arztzeugnisses ein und ordnete die anschliessende Überweisung der Akten an die Vorinstanz zur Vernehmlassung an.

F.

Am 10. Februar 2005 (Poststempel) wurden ein Bericht des Psychiatriezentrums (...) (Ambulanter Psychiatrischer Dienst) vom 8. Februar 2005 und ein nicht datiertes hausärztliches Zeugnis, jeweils die gesundheitliche Verfassung der Beschwerdeführerin betreffend, zum Beschwerdedossier gegeben. Gleichzeitig wurde für den Fall eines positiven Verfahrensausgangs um Aufforderung der Beschwerdeführenden zur Einreichung einer Honorarnote ihrer Rechtsvertreterin nach Abschluss des Instruktionsverfahrens ersucht.

G.

G.a In seiner Vernehmlassung vom 4. März 2005 beantragte das BFM die Abweisung der Beschwerde.

G.b Mit verfahrensleitender Verfügung vom 7. März 2005 stellte der Instruktionsrichter der ARK den Beschwerdeführenden eine Kopie der Vernehmlassung des BFM zu und gewährte ihnen das Recht, bis zum 22. März 2005 darauf zu replizieren.

G.c In ihrer Replik vom 17. März 2005 nahmen die Beschwerdeführenden zu den Argumenten des BFM in der Vernehmlassung Stellung und hielten vollumfänglich an ihren Begehren und Vorbringen fest. Als zusätzliches Beweismittel reichten sie einen weiteren Bericht der die Beschwerdeführerin behandelnden Ärzte des vorerwähnten Psychiatrischen Dienstes, verfasst am 10. März 2005, zu den Akten.

H.

H.a Mit Folgeeingabe vom 13. April 2005 reichten die Beschwerdeführenden eine Honorarnote ihrer Rechtsvertreterin sowie zwei schulische Kurzberichte vom 17. Februar 2005 und 14. März 2005 betreffend die beiden Kinder C._____ und B._____ ein.

H.b Am 13. Juni 2006 ergänzten sie die Beweisunterlagen mit einer Schulbesuchsbestätigung vom 8. Juni 2006 betreffend das Kind C._____ und einer ebensolchen vom 18. Mai 2006 betreffend das Kind B._____.

H.c

Mit Folgeeingabe vom 3. Juli 2006 wurden ein weiterer Bericht der die Beschwerdeführerin behandelnden Ärzte des vorerwähnten Psychiatrischen Dienstes, datierend vom 27. Juni 2006, sowie ein Bericht des Kinder- und Jugendpsychiatrischen Dienstes des Kantons (...) vom 11. Mai 2006 betreffend das Kind C._____ zu den Akten gegeben.

I.

Am 1. Januar 2007 übernahm das Bundesverwaltungsgericht das Beschwerdeverfahren von der ARK.

J.

Mit Eingabe an das Bundesverwaltungsgericht vom 8. Juli 2008 ergänzten die Beschwerdeführenden die Begründung ihrer Rechtsbehörden. Des Weiteren legten sie eine aktualisierte Honorarnote ihrer Rechtsvertreterin und einen weiteren Bericht des Kinder- und Jugendpsychiatrischen Dienstes des Kantons (...) betreffend das Kind C._____, datierend vom 26. Juni 2006, ins Recht.

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:**1.**

1.1 Als eine der Beschwerdeinstanzen im Verwaltungsverfahren des Bundes (vgl. Art. 47 Abs. 1 Bst. b des Bundesgesetzes vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren [VwVG, SR 172.021]) beurteilt das Bundesverwaltungsgericht gemäss Art. 31 des Verwaltungsgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (VGG, SR 173.32) Beschwerden gegen Verfügungen nach Art. 5 VwVG, sofern keine Ausnahme nach Art. 32 VGG vorliegt. Unter die Vorinstanzen fallen die in Art. 33 VGG genannten Behörden, zu welchen auch das BFM (Art. 33 Bst. d VGG) zählt. Art. 32 VGG sieht für Verfügungen auf dem Gebiet des Asyls keine Ausnahme vor, womit die Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichts als Beschwerdeinstanz im Asylverfahren gegeben ist (Art. 105 AsylG). Art. 83 Bst. d Ziff. 1 des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (BGG, SR 173.110) bestätigt diese Zuständigkeit und schliesst gleichzeitig die Weiterzugsmöglichkeit an das Bundesgericht aus.

Als Folge der so definierten Zuständigkeit (vgl. Art. 53 Abs. 2 VGG) hat das Bundesverwaltungsgericht per 1. Januar 2007 die Beurteilung der

seit dem 21. Januar 2005 bei der ARK hängig gewesenen Beschwerde gegen die Verfügung des BFM vom 14. Januar 2005 übernommen (Bst. I hiavor). Diese Beurteilung geschieht nach neuem Verfahrensrecht (vgl. Art. 53 Abs. 2 in fine VGG; Entscheide des Schweizerischen Bundesverwaltungsgerichts [BVGE] 2007/11 E. 4.2 S. 119), wobei sich das Verfahren nach dem VwVG richtet, soweit das VGG nichts anderes bestimmt (Art. 37 VGG). Auf die am 1. Januar 2007 bereits hängig gewesenen Asylverfahren sind zudem die auf diesen Zeitpunkt beziehungsweise am 1. Januar 2008 in Kraft getretenen Bestimmungen der Asylgesetzänderung vom 16. Dezember 2005 anwendbar (Abs. 1 der Übergangsbestimmungen zur Änderung vom 16. Dezember 2005; AS 2006 4767 und 2007 5573).

1.2 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). Das Bundesverwaltungsgericht kann den angefochtenen Entscheid jedoch ungeachtet der erhobenen Rügen grundsätzlich in vollem Umfang überprüfen. Es stellt den Sachverhalt von Amtes wegen fest (Art. 12 VwVG) und es wendet das Recht von Amtes wegen an (Art. 62 Abs. 4 VwVG). Das Bundesverwaltungsgericht ist demzufolge verpflichtet, auf den festgestellten Sachverhalt jene Rechtsnormen anzuwenden, die es als zutreffend erachtet, und ihnen jene Auslegung zu geben, von der es überzeugt ist (vgl. BVGE 2007/41 E. 2 S. 529 f.).

2.

2.1 Die vorliegend zu beurteilende Beschwerde richtet sich gegen eine Verfügung, mit welcher das BFM auf das Asylgesuch der Beschwerdeführenden nicht eingetreten ist (Ziffer 1 des Verfügungsdispositivs). Werden solche Nichteintretensentscheide, mit denen es das Bundesamt ablehnt, das Asylgesuch auf seine Begründetheit hin zu überprüfen (Art. 32 bis 35a AsylG), mit Beschwerde angefochten, so ist stets nur zu beurteilen, ob die Vorinstanz zu Recht auf das Asylgesuch nicht eingetreten ist. Kommt die Beschwerdeinstanz zum Schluss, dass das Nichteintreten auf das Asylgesuch zu Unrecht erfolgt ist, so hat sie sich konsequenterweise einer materiellen Prüfung zu enthalten, die angefochtene Nichteintretensverfügung aufzuheben und die Sache zu neuer Entscheidung an die Vorinstanz zurückzuweisen (vgl. Entscheidungen und Mitteilungen der Schweizerischen Asylrekurskommission [EMARK] 2004 Nr. 34 E. 2.1. S. 240 f.). Nicht beschränkt ist die Beurteilungszuständigkeit des Bundesverwaltungsge-

richts hingegen in der Frage der Wegweisung und deren Vollzugs, weil das Bundesamt sich diesbezüglich auch materiell zur Sache zu äussern hatte.

2.2 Die Beschwerdeführenden haben am Verfahren vor dem Bundesamt teilgenommen, sind durch die am 14. Januar 2005 ergangene Verfügung des BFM berührt und können sich auf ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung beziehungsweise Änderung berufen. Damit sind sie zur Einreichung einer dagegen gerichteten Beschwerde legitimiert (Art. 6 AsylG i.V.m. Art. 48 VwVG).

2.3 Die Beschwerde wurde innert der bereits zum damaligen Zeitpunkt massgebenden gesetzlichen Frist von fünf Arbeitstagen (vgl. Art. 108a in der Fassung von Ziff. I 2 des Bundesgesetzes vom 19. Dezember 2003 über das Entlastungsprogramm 2003, in Kraft ab 1. April 2004 [AS 2004 1633 1647]; heute: Art. 108 Abs. 2 AsylG) in gültiger Form eingereicht (Art. 6 AsylG i.V.m. Art. 52 Abs. 1 VwVG). Demzufolge ist auf die Beschwerde einzutreten.

3.

3.1 Zur Begründung des im Hauptpunkt gestellten Begehrens um Aufhebung der angefochtenen Verfügung und Rückweisung zur Neubeurteilung an die Vorinstanz machen die Beschwerdeführenden im Kern eine Verletzung des aus Art. 2 des Schweizerischen Zivilgesetzbuchs vom 10. Dezember 1907 (ZGB, SR 210) fliessenden Prinzips von Treu und Glauben geltend. Konkret wenden sie ein, dass das BFM sich bei der Fällung des Nichteintretensentscheides vom 14. Januar 2005 in verschiedenster Weise widersprüchlich und somit wider Treu und Glauben verhalten habe. Das BFM habe den Nichteintretensentscheid 14½ Monate nach dem ersten Nichteintretensentscheid gefällt und damit sowohl die Behandlungsfrist von zehn Arbeitstagen nach Art. 37 AsylG als auch die Bestimmung von Art. 58 Abs. 2 VwVG missachtet, wonach eine neue Verfügung ohne Verzug zu erlassen und der Beschwerdeinstanz zur Kenntnis zu bringen sei. Erschwerend komme hinzu, dass die ARK mit Beschluss vom 6. Oktober 2003 die erste Beschwerde als gegenstandslos abgeschrieben habe, obwohl damals noch gar keine neue Verfügung vorgelegen habe und die nun angefochtene neue Verfügung identisch sei mit derjenigen vom 14. Januar 2005 (recte: 23. Juni 2003), welche die Vorinstanz selber vollständig aufgehoben habe. Es stelle sich unter diesen Umständen die Frage, ob das abgeschriebene Beschwerdeverfahren nun nicht automatisch

wieder aufgenommen werden müsse. Die vollständige Aufhebung der ersten Verfügung sei umso unverständlicher, als auch eine nur teilweise Aufhebung - etwa hinsichtlich der Wegweisungspunkte - möglich gewesen sei. Das BFM habe jedoch 14½ Monate später wieder den identischen Nichteintretensentscheid mit der gleichen Begründung gefällt. Wenn Art. 37 AsylG nicht nur als Ordnungsfrist, sondern eben auch als Ausfluss des Prinzips von Treu und Glauben angesehen und gleichzeitig berücksichtigt werde, dass die Verfügung vom 14. Januar 2005 in verschiedener Hinsicht auch sonst das Prinzip von Treu und Glauben verletzt habe, rechtfertige sich eine Aufhebung der Verfügung und die Rückweisung der Sache an die Vorinstanz zur materiell-rechtlichen Beurteilung.

3.2

3.2.1 Was den Aspekt der Behandlungsfrist betrifft, so gilt es zunächst zu beachten, dass das Asylgesuch am 8. Juni 2003 eingereicht und die erste Nichteintretensverfügung vom 23. Juni 2003 am 1. Oktober 2003 aufgehoben wurde, mithin vor Inkrafttreten der diversen Änderungen im Asylgesetz am 1. April 2004, wie sie im Rahmen des Bundesgesetzes vom 19. Dezember 2003 über das Entlastungsprogramm 2003 eingeführt wurden (vgl. AS 2004 1634 ff., 1847). Auf solche Asylgesuche findet entgegen der in der Beschwerde vertretenen Auffassung für die Behandlungsfrist noch die alte Vorschrift von Art. 37 AsylG in der Fassung vom 26. Juni 1998 Anwendung (vgl. Abs. 1 der Übergangsbestimmungen zur Änderung vom 19. Dezember 2003, AS 2004 1636), der zufolge Nichteintretensentscheide in der Regel innerhalb von 20 Arbeitstagen nach der Gesuchstellung zu treffen und summarisch zu begründen sind (bei ab dem 1. April 2004 eingereichten Asylgesuchen zehn Arbeitstage gemäss Art. 37 in der Fassung vom 19. Dezember 2003, heute zehn Arbeitstage gemäss Art. 37 Abs. 1 AsylG). Nichtsdestotrotz muss das Bundesamt bei Verwirklichung der im Gesetz festgelegten Tatbestandsmerkmale auch dann einen Nichteintretensentscheid fällen, wenn die massgebliche Entscheidungsfrist (in casu 20 Arbeitstage) unbegründet überschritten und damit dem Gebot der Verfahrensbeschleunigung nicht nachgekommen wurde. Es handelt sich dabei nämlich um eine so genannte Ordnungs- und nicht um eine Verwirkungsfrist, was sich aus der Formulierung, wonach die entsprechende Verfügung "in der Regel" innerhalb der Frist zu treffen ist, ergibt. Somit können Nichteintretensentscheide auch lange nach Ablauf der gesetzlichen Entscheidungsfrist gefällt werden (betreffend die dazumal geltende Behandlungsfrist von

20 Tagen vgl. EMARK 2002 Nr. 15 E. 5d S. 125 f.), ohne dass allein deswegen Grund zur Kassation bestünde. Wie nachfolgend aufzuzeigen sein wird, waren im vorliegenden Fall die Voraussetzungen für ein Nichteintreten auf das zweite Asylgesuch vom 8. Juni 2003 auf der Grundlage von Art. 32 Abs. 2 Bst. e AsylG klar gegeben. Der Nichteintretensentscheid vom 14. Januar 2005 ist somit nicht allein schon wegen der Missachtung der im AsylG festgeschriebenen Entscheidungsfrist zu beanstanden. Schliesslich hat das Bundesamt den Beschwerdeführenden eine einmonatige Frist für das Verlassen der Schweiz gewährt und davon abgesehen, einer allfälligen Beschwerde die aufschiebende Wirkung zu entziehen. Ein Missbrauch oder eine Überschreitung des Ermessens ist in diesem Zusammenhang nicht erkennbar und wird vonseiten der Beschwerdeführenden auch nicht gerügt (vgl. hierzu die gegenteilige Feststellung in EMARK 2002 Nr. 15 E. 5e S. 126 f.).

3.2.2 Eine Verpflichtung des Bundesamts, nach der wiedererwägungsweisen Aufhebung der angefochtenen Verfügung unverzüglich eine neue Verfügung zu erlassen, lässt sich entgegen der Sichtweise der Beschwerdeführenden aus Art. 58 Abs. 2 VwVG nicht herleiten. Der Beschleunigungsgedanke dieser Bestimmung bezieht sich nicht etwa auf den Zeitablauf bis zum Erlass einer neuen Verfügung durch die Vorinstanz, sondern auf das Intervall zwischen dem Erlass einer neuen Verfügung in Anwendung von Art. 58 Abs. 1 VwVG und deren Mitteilung an die Parteien und die Beschwerdeinstanz. Der Normzweck ist dabei insbesondere darin zu erblicken, aufseiten der Gegenparteien und der Beschwerdeinstanz unnötigen Aufwand zu vermeiden, dadurch etwa, dass dank der umgehenden Information Gegenparteien im Rahmen ihrer Vernehmlassung bereits auf den Wiedererwägungsentscheid reagieren können und die Beschwerdeinstanz ohne weitere Verzögerungen über den weiteren Verfahrensgang entscheiden kann (vgl. AUGUST MÄCHLER in: Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, AUER/MÜLLER/SCHINDLER [Hrsg.], Zürich 2008, N. 15 zu Art. 58; ANDREA PFLEIDERER, in: WALDMANN/WEISSENBERGER, Praxiskommentar VwVG, Zürich 2009, Art. 58 N 43).

3.2.3 Als unbegründet erweist sich schliesslich auch die Rüge der Verletzung des Prinzips von Treu und Glauben. Bei ihrer diesbezüglichen Argumentation verkennen die Beschwerdeführenden, dass die beiden Nichteintretensentscheide vom 23. Juni 2003 und 14. Januar 2005 schon deshalb keine identische Begründung aufweisen, weil sie ge-

stützt auf verschiedene, nicht kongruente Tatbestände gefällt wurden. Während das Bundesamt den Nichteintretensentscheid vom 23. Juni 2003 noch gestützt auf Art. 32 Abs. 1 AsylG wegen Nichterfüllens der Anforderungen an ein Asylgesuch gemäss Art. 18 AsylG getroffen hatte, erachtete es in der Verfügung vom 14. Januar 2005 die Voraussetzungen von Art. 18 AsylG als erfüllt und trat auf das mithin vorliegende Asylgesuch in Anwendung von Art. 32 Abs. 2 Bst. e AsylG nicht ein. Angesichts der in der Beschwerde vom 21. Juli 2003 geltend gemachten und insbesondere mit einem Arztbericht vom 4. September 2003 dokumentierten gesundheitlichen Probleme bei der Beschwerdeführerin vor dem Hintergrund eines misslungenen Ausschaffungsversuchs ist der Aufhebungsentscheid vom 1. Oktober 2003 in Beziehung zu setzen zu dem in der Praxis der ARK entwickelten weiten Verfolgungsbegriff in seiner ursprünglichen Reichweite, die noch sämtliche Wegweisungsvollzugshindernisse einschloss (vgl. EMARK 2002 Nr. 5 E. 4a S. 41 f., EMARK 2001 Nr. 5 E. 3b.aa S. 31 f.). Die Präzisierung dieser Praxis in dem Sinne, dass unter dem weiten Verfolgungsbegriff nicht sämtliche Wegweisungsvollzugshindernisse, sondern nur die von Menschenhand zugefügten - erlittenen oder befürchteten - Nachteile fallen, hatte die ARK erst in einem am 19. September 2003 erlassenen Grundsatzentscheid vorgenommen gehabt, welcher freilich am 1. Oktober 2003 noch nicht in der EMARK-Sammlung publiziert worden war (EMARK 2003 Nr. 18). Somit liesse sich berechtigterweise fragen, ob nicht sogar ein wiederum auf Art. 32 Abs. 1 AsylG abgestütztes Nichteintreten des Bundesamts auf das Gesuch vom 8. Juni 2003 mit dem Gebot von Treu und Glauben zu vereinbaren gewesen wäre, zumal ja der - unter anderem - auf Art. 18 AsylG anwendbare weite Verfolgungsbegriff nach dem erwähnten Grundsatzentscheid der ARK nicht von Dritten verursachte gesundheitliche Probleme gerade nicht mehr umfasste. Diese Frage kann jedoch offen bleiben, weil jedenfalls die vom BFM durchgeführte Prüfung des Nichteintretenstatbestandes von Art. 32 Abs. 2 Bst. e AsylG im Unterschied zu demjenigen von Art. 32 Abs. 1 i.V.m. Art. 18 AsylG entlang dem klassischen - „engen“ - Verfolgungsbegriff nach der Definition von Art. 3 AsylG, welcher die Wegweisungsvollzugshindernisse nicht einschliesst, zu geschehen hat (vgl. BVGE 2008/57 E. 3.3 S. 780). Somit ist nicht einzusehen, inwiefern die Aufhebung des Nichteintretensentscheides vom 23. Juni 2003 und das erneute Nichteintreten auf das Asylgesuch mit Verfügung vom 14. Januar 2005 ein - dem Prinzip von Treu und Glauben zuwiderlaufendes - widersprüchliches Vorgehen seitens des Bundesamtes darstellen sollte.

3.3 Aus dem Erwogenen ergibt sich, dass die von den Beschwerdeführenden erhobene Rüge, das Bundesamt habe in verschiedenster Weise ein widersprüchliches Verhalten an den Tag gelegt und dadurch gegen das Prinzip von Treu und Glauben verstossen, sich in allen Punkten als unbegründet erweist. Das daran geknüpfte Begehren, es sei die Verfügung vom 14. Januar 2005 aufzuheben und die Sache zur Neubeurteilung an das Bundesamt zurückzuweisen, ist deshalb abzuweisen.

4.

Gemäss der auf den 1. Januar 2008 geringfügig modifizierten Fassung von Art. 32 Abs. 2 Bst. e AsylG (das Nichteintreten auf ein neues Asylgesuch nach dem Rückzug des vorhergehenden Asylgesuchs wird seither als Anwendungsfall der Gesuchseinreichung nach Abschreibung eines früheren Gesuchs in Art. 35a AsylG geregelt, vgl. dazu ausführlich BVGE 2008/57) wird auf ein Asylgesuch nicht eingetreten, wenn Asylsuchende in der Schweiz bereits ein Asylverfahren erfolglos durchlaufen haben oder während des hängigen Asylverfahrens in den Heimat- oder Herkunftsstaat zurückgekehrt sind, ausser es gebe Hinweise, dass in der Zwischenzeit Ereignisse eingetreten sind, die geeignet sind, die Flüchtlingseigenschaft zu begründen, oder die für die Gewährung vorübergehenden Schutzes relevant sind. Der Nichteintretensgrund von Art. 32 Abs. 2 Bst. e AsylG enthält somit ein formelles (früheres Asylverfahren) und ein materielles Erfordernis (fehlende Hinweise), welche im Einzelfall beide gleichzeitig erfüllt sein müssen.

4.1 Was das formelle Erfordernis des Erstverfahrens betrifft, so verhält es sich im konkreten Fall so, dass die Beschwerdeführenden bereits am 7. November 1998 gemeinsam mit ihrem Ehemann beziehungsweise Vater Asylgesuche in der Schweiz eingereicht hatten, welche mit Verfügung des Bundesamtes vom 11. August 1999 - bei gleichzeitiger Nichtzuerkennung der Flüchtlingseigenschaft, Wegweisung und Anordnung der vorläufigen Aufnahme - abgelehnt wurden. Diese Verfügung blieb in der Folge in allen Teilen unangefochten. Damit kann das in Art. 32 Abs. 2 Bst. e AsylG statuierte formelle Erfordernis in Gestalt der ersten Variante des in der Schweiz erfolglos durchlaufenen Asylverfahrens als gegeben betrachtet werden, weil ein rechtskräftiger Entscheid vorliegt, in dem nach einer abschliessenden materiellen Prüfung das Nichterfüllen der Flüchtlingseigenschaft im Sinne der Definition von Art. 3 AsylG festgestellt wurde (vgl. EMARK 1998 Nr. 1 E. 5b S. 7 ff.). Hierbei ist ohne Bedeutung, dass die Beschwerdeführenden

in der Verfügung vom 11. August 1999 als in den Geltungsbereich des Bundesratsbeschlusses vom 7. April 1999 über die gruppenweise vorläufige Aufnahme bestimmter Personengruppen von jugoslawischen Staatsangehörigen mit letztem Wohnsitz in der Provinz Kosovo fallende Personen erachtet und infolgedessen in der Schweiz vorläufig aufgenommen wurden: Die Tatbestandsvariante des erfolglosen Durchlaufens eines Asylverfahrens setzt nicht voraus, dass das vorangegangene Verfahren vollumfänglich rechtskräftig erledigt wurde und damit auch hinsichtlich der Frage der Wegweisung und der Durchführbarkeit des Vollzugs ein für den Asylsuchenden negativer Ausgang eingetreten ist (vgl. EMARK 1998 Nr. 1 E. 5b S. 9). Abgesehen davon hatte die vorläufige Aufnahme der Beschwerdeführenden nur wenige Tage Bestand, hob doch der Bundesrat mit Beschluss vom 11. August 1999 die kollektive vorläufige Aufnahme von Kriegsvertriebenen aus der Provinz Kosovo per 16. August 1999 wieder auf (vgl. Prozessgeschichte Bst. A.b).

Der Vollständigkeit halber bleibt an dieser Stelle anzufügen, dass die Beschwerdeführenden vor Einreichung ihres zweiten Asylgesuchs aus ihrem Heimatstaat in die Schweiz zurückgekehrt sind. Deshalb bestand seitens des Bundesamts eine Verpflichtung zur Durchführung einer Anhörung im Sinne von Art. 29 und 30 AsylG vor dem Nichteintretensentscheid vom 14. Januar 2005 (vgl. Art. 36 Abs. 1 AsylG zweiter Satz in der Fassung gemäss Ziff. I 2 des Bundesgesetzes vom 19. Dezember 2003 über das Entlastungsprogramm 2003 [AS 2004 1633 1647], vgl. heute gleichbedeutend Art. 36 Abs. 1 Bst. b AsylG), welcher dieses auch nachgekommen ist. Aus den unter Erwägung 3.2.3 aufgezeigten Gründen war das Bundesamt hingegen nicht gehalten, nach dem Aufhebungsentscheid vom 1. Oktober 2003 die Beschwerdeführerin vor dem Nichteintretensentscheid vom 14. Januar 2005 ein weiteres Mal zu den Gründen ihres erneuten Asylgesuchs anzuhören oder ihr dazu das rechtliche Gehör zu gewähren (vgl. Beschwerde, S. 7).

4.2 Gleichermassen klar präsentiert sich die Aktenlage in Bezug auf das materielle Erfordernis des Fehlens von Hinweisen auf seither eingetretene bedeutsame Ereignisse.

4.2.1 Gemäss Art. 32 Abs. 2 Bst. e AsylG hat das Bundesamt auch auf ein neues, d.h. nicht erstmaliges Asylgesuch einzutreten und damit eine materielle Prüfung der Flüchtlingseigenschaft vorzunehmen, sobald

sich Hinweise auf in der Zwischenzeit eingetretene Ereignisse ergeben, die entweder für die Begründung der Flüchtlingseigenschaft geeignet oder für die Gewährung vorübergehenden Schutzes relevant sind. Die Relevanz der zwischenzeitlichen Ereignisse im Sinne dieser Bestimmung bemisst sich wie erwähnt nicht nach demselben - weiten - Verfolgungsbegriff wie in Art. 18, Art. 33 Abs. 3 Bst. b, Art. 34 Abs. 1 AsylG und Art. 35 AsylG (vgl. zu den ersten drei Bestimmungen EMARK 2004 Nr. 5 E. 3c.aa S. 35 f., EMARK 2004 Nr. 35 E. 4.3. S. 247); bedeutsam sind vielmehr nur Hinweise auf solche Ereignisse, die sich zur Begründung der Flüchtlingseigenschaft eignen. Mit anderen Worten muss ein engerer Verfolgungsbegriff angewandt werden, und es ist dann auf das Asylgesuch nicht einzutreten, wenn eines der materiellen Elemente des Flüchtlingsbegriffs von Art. 3 AsylG offensichtlich nicht erfüllt ist (vgl. BVGE 2008/57 E. 3.3 S. 780; EMARK 2005 Nr. 2 E. 4.5. S. 18). Innerhalb des so gesteckten Rahmens ist bei der Prüfung des Nichteintretensgrundes von Art. 32 Abs. 2 Bst. e AsylG sodann ein gegenüber den - ihrerseits im Vergleich zum strikten Beweis bereits erleichterten - Anforderungen des Glaubhaftmachens (vgl. Art. 7 Abs. 2 AsylG) nochmals reduzierter Beweismassstab anzuwenden. Grundsätzlich ist, sobald in den Akten Hinweise auf flüchtlingsrechtlich oder für die Gewährung vorübergehenden Schutzes im Sinne von Art. 66 ff. AsylG bedeutsame Ereignisse seit dem Abschluss des vorangegangenen Verfahrens zu verzeichnen sind, deren Unglaubhaftigkeit nicht schon bei erstem Hinsehen festgestellt werden kann, unabhängig von der Tatsache, dass derselben ausländischen Person in der Vergangenheit schon (mindestens) einmal in der Schweiz die Anerkennung als Flüchtling versagt blieb, auf das Asylgesuch einzutreten (vgl. BVGE 2008/57 E. 3.3 S. 780; EMARK 2005 Nr. 2 E. 4.3. S. 16 f.).

4.2.2 Zur Begründung ihres zweiten Asylgesuchs vom 8. Juni 2003 berief sich die Beschwerdeführerin ausschliesslich auf die schwierigen Lebensumstände nach der Rückkehr in den Kosovo, welche gekennzeichnet gewesen seien durch den plötzlichen Wegzug ihres Ehemannes und des Vaters ihrer beiden Kinder sowie durch die fehlenden ökonomischen Ressourcen. Anhand dessen vermag sie offensichtlich keine erlittenen oder befürchteten Einwirkungen aufzuzeigen, die allenfalls als Gefährdung oder als einen unerträglichen psychischen Druck bewirkende Massnahmen im Sinne von Art. 3 Abs. 2 AsylG zu würdigen wären. Es zeigt sich demnach mit der erforderlichen Klarheit, dass im zweiten Asylverfahren keine Hinweise auf Ereignisse vorlie-

gen, die nach Abschluss des ersten Asylverfahrens eingetreten und überdies zur Begründung der Flüchtlingseigenschaft geeignet (vgl. EMARK 2005 Nr. 2 E. 4.5 S. 18 zweiter Absatz am Ende; vgl. auch zum Offenlassen der Frage der Haltlosigkeit der Hinweise im Falle von Nachteilen mit geringer Intensität im Anwendungsbereich des weiten Verfolgungsbegriffs EMARK 2005 Nr. 8 E. 4.4 S. 79 f.) oder für die Gewährung vorübergehenden Schutzes relevant sind.

4.3 Nach dem Gesagten sind in den Verfolgungsvorbringen der Beschwerdeführenden, die vor der Einreichung des Asylgesuchs am 8. Juni 2003 hierzulande bereits ein Asylverfahren erfolglos durchlaufen hatten, klarerweise keine Hinweise auf zwischenzeitlich eingetretene Ereignisse im Sinne von Art. 32 Abs. 2 Bst. e AsylG zu erkennen. Bei dieser Sachlage erübrigt es sich, auf weitere Einwendungen in der Beschwerde und den Folgeeingaben näher einzugehen, da diese nicht geeignet sind, einen anderen Entscheid in der Frage des Nichteintretens auf das Asylgesuch in Anwendung von Art. 32 Abs. 2 Bst. e AsylG herbeizuführen. In Würdigung der gesamten Umstände ist alsdann festzustellen, dass die Vorinstanz zu Recht auf das zweite Asylgesuch der Beschwerdeführenden nicht eingetreten ist.

5. 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; dabei ist der Grundsatz der Einheit der Familie zu berücksichtigen (Art. 44 Abs. 1 AsylG).

5.1 Vorliegend hat der Kanton den Beschwerdeführenden keine Aufenthaltsbewilligung erteilt (Art. 32 Bst. a der Asylverordnung 1 vom 11. August 1999 [AsyIV 1, SR 142.311]). Diese können sich auch nicht auf einen dahingehenden Anspruch berufen (vgl. EMARK 2001 Nr. 21). Die Wegweisung der Beschwerdeführenden aus der Schweiz steht somit im Einklang mit den gesetzlichen Bestimmungen.

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

Der Vollzug ist nicht möglich, wenn die Ausländerin oder der Ausländer weder in den Herkunfts- oder in den Heimatstaat noch in einen Drittstaat ausreisen oder dorthin gebracht werden kann. Er ist nicht zuläs-

sig, wenn völkerrechtliche Verpflichtungen der Schweiz einer Weiterreise der Ausländerin oder des Ausländers in den Heimat-, Herkunfts- oder in einen Drittstaat entgegenstehen. Der Vollzug kann für Ausländerinnen oder Ausländer unzumutbar sein, wenn sie in Situationen wie Krieg, Bürgerkrieg, allgemeiner Gewalt und medizinischer Notlage im Heimat- oder Herkunftsstaat konkret gefährdet sind (Art. 83 Abs. 2 - 4 AuG).

Bei der Prüfung der drei genannten Kriterien ist auf die im Entscheidzeitpunkt bestehenden Verhältnisse abzustellen (EMARK 1997 Nr. 27 E. 4f S. 211).

5.2.1 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 stellt eine Kodifizierung der bisherigen Praxis zur konkreten Gefährdung nach Art. 14a Abs. 4 des Bundesgesetzes vom 26. März 1931 über Aufenthalt und Niederlassung der Ausländer (aANAG, BS 1 121) dar (vgl. PETER BOLZLI in MARC SPESCHA/HANSPETER THÜR/ANDREAS ZÜND/PETER BOLZLI, Kommentar Migrationsrecht, Zürich 2008, Nr. 15 zu Art. 83 AuG, mit Hinweisen). Sie 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. EMARK 1995 Nr. 5 E. 6e S. 47, EMARK 1994 Nr. 20 S. 155 ff., EMARK 1994 Nr. 19 S. 145 ff., EMARK 1994 Nr. 18 S. 139 ff.).

5.2.1.1 In Kosovo besteht keine Situation generalisierter Gewalt, die sich noch dazu über das ganze Staatsgebiet oder weite Teile desselben erstrecken würde. Eine gänzlich unsichere, von bewaffneten Kon-

flikten oder permanent drohenden Unruhen dominierte Lage, aufgrund derer die Beschwerdeführenden sich bei einer Rückkehr unvermeidlich einer konkreten Gefährdung ausgesetzt sehen würden, besteht mithin nicht.

5.2.1.2 In individueller Hinsicht wurde im Rahmen des ersten Beschwerdeverfahrens aktenkundig, dass die Beschwerdeführerin während eines Ausschaffungsversuchs am 22. Juli 2003 einen (...) erlitt. Nach der somatischen Abklärung und Stabilisierung im Kantonsspital (...) wurde sie zur Betreuung in das Psychiatriezentrum (...) (Klinik [...]) verlegt. Am 1. September 2003 erfolgte eine Verlegung in die psychiatrische Klinik (...) und am 29. September 2003 schliesslich der Austritt. In den beim Bundesamt eingereichten ärztlichen Berichten vom 26. April 2004 und 13. Mai 2004 wurde bei der Beschwerdeführerin ein (...) diagnostiziert. Gleichzeitig wurde bestätigt, dass die Beschwerdeführerin deswegen in medikamentöser Therapie und stützender Psychotherapie stehe. In der angefochtenen Verfügung würdigte das BFM diese psychischen Probleme sowie von der Beschwerdeführerin geäusserte Selbstmordabsichten nicht als ausreichende Grundlage für die Feststellung der Unzumutbarkeit des Wegweisungsvollzugs, im Wesentlichen mit der Begründung, im Kosovo seien qualifizierte psychiatrische Institutionen vorhanden, die der Beschwerdeführerin zugänglich seien. Gemäss dem im vorliegenden Beschwerdeverfahren eingereichten Bericht des Psychiatriezentrums (...) (Ambulante Dienste) vom 27. Juni 2006 musste die unter (...) leidende Beschwerdeführerin seit Oktober 2004 nicht mehr hospitalisiert werden und war dank ambulanter psychiatrischer Behandlung (21 Sitzungen im Zeitraum Oktober 2004 bis Juni 2006), Atem- und Entspannungsübungen und medikamentöser Therapie ([...]) in der Lage, sich um ihre beiden Söhne und den Haushalt zu kümmern. Für den Fall eines Abbruchs der Therapie wurde von den verantwortlichen Ärzten eine massive Verschlechterung des psychischen Zustandes mit erhöhter Selbstmordgefahr prognostiziert. Der Eingabe vom 8. Juli 2008 zufolge behalten die im Arztbericht vom 27. Juni 2006 gestellte Diagnose und angezeigte Behandlung ihre volle Gültigkeit. Neben diesen psychischen Problemen bei der Beschwerdeführerin sind auch solche beim jüngeren Sohn C._____ dokumentiert. Nach den eingereichten Berichten des Kinder- und Jugendpsychiatrischen Dienstes des Kantons (...), von denen der aktuellste am 26. Juni 2008 erstellt wurde, befindet sich C._____ seit dem 3. November 2005 in psychotherapeutischer Behandlung wegen (...). Eine Fortsetzung der

Behandlung im Zweiwochenrhythmus wurde im Bericht vom 26. Juni 2006 aus ärztlicher Optik als dringend indiziert bezeichnet.

Diesbezüglich ist vorweg klarzustellen, dass Gründe ausschliesslich medizinischer Natur den Wegweisungsvollzug im Allgemeinen nicht als unzumutbar erscheinen lassen, es sei denn, die erforderliche Behandlung sei wesentlich und im Heimatland nicht erhältlich (vgl. EMARK 2003 Nr. 24 E. 5b S. 157 f.). Entsprechen ferner die Behandlungsmöglichkeiten im Herkunftsland nicht dem medizinischen Standard in der Schweiz, so bewirkt dies allein noch nicht die Unzumutbarkeit des Vollzugs der Wegweisung. Von einer solchen Unzumutbarkeit ist erst dann auszugehen, wenn die ungenügende Möglichkeit der Weiterbehandlung eine drastische und lebensbedrohende Verschlechterung des Gesundheitszustandes nach sich zieht (vgl. EMARK 2004 Nr. 7 E. 5d S. 50 ff., EMARK 2003 Nr. 24 E. 5b S. 157 f.). Ob unter diesen restriktiven Rahmenbedingungen die gesundheitliche Situation der Beschwerdeführerin und ihres Sohnes C._____ die Unzumutbarkeit des Wegweisungsvollzugs zu bewirken vermag, erscheint bei erster Betrachtung zweifelhaft. Auf eine abschliessende Klärung dieser Frage kann indes verzichtet werden. Wie sogleich aufzuzeigen sein wird, liegen nämlich andere individuelle Gründe vor, die für sich allein genommen ausreichen, um den Vollzug der Wegweisung der Beschwerdeführenden als unzumutbar erscheinen zu lassen.

5.2.1.3 Im Zusammenhang mit der persönlichen Situation der Beschwerdeführenden fällt nicht zuletzt die lange Anwesenheitsdauer in der Schweiz ins Gewicht. Die Beschwerdeführenden halten sich seit ihrer letzten Einreise im Juni 2003, mithin seit über sechs Jahren, ununterbrochen in der Schweiz auf. Zuvor hatten sie bereits von November 1998 bis August 2000 als Asylbewerber hier gewohnt. Die beiden Söhne gelangten im Alter von (...) Jahren beziehungsweise als (...) Kleinkind erstmals in die Schweiz, hielten sich in der Lebensperiode zwischen (...) und (...) Jahren beziehungsweise zwischen (...) und (...) Jahren wieder im Kosovo auf und sind heute (...) - und (...) jähig.

Sind von einem allfälligen Wegweisungsvollzug Kinder betroffen, so bildet im Rahmen der Zumutbarkeitsprüfung das Kindeswohl einen Gesichtspunkt von gewichtiger Bedeutung. Dies ergibt sich nicht zuletzt aus einer völkerrechtskonformen Auslegung von Art. 83 Abs. 4 AuG im Lichte von Art. 3 Abs. 1 der Konvention vom 20. November 1989 über die Rechte des Kindes (KRK, SR 0.107). Unter dem Aspekt des Kin-

deswohls sind demnach sämtliche Umstände einzubeziehen und zu würdigen, die im Hinblick auf eine Wegweisung wesentlich erscheinen. In Bezug auf das Kindeswohl können für ein Kind namentlich folgende Kriterien im Rahmen einer gesamtheitlichen Beurteilung von Bedeutung sein: Alter, Reife, Abhängigkeiten, Art (Nähe, Intensität, Tragfähigkeit) seiner Beziehungen, Eigenschaften seiner Bezugspersonen (insbesondere Unterstützungsbereitschaft und -fähigkeit), Stand und Prognose bezüglich Entwicklung/Ausbildung, sowie der Grad der erfolgten Integration bei einem längeren Aufenthalt in der Schweiz. Gerade letzterer Aspekt, die Dauer des Aufenthaltes in der Schweiz, ist im Hinblick auf die Prüfung der Chancen und Hindernisse einer Reintegration im Heimatland bei einem Kind als gewichtiger Faktor zu werten, da Kinder nicht ohne guten Grund aus einem einmal vertrauten Umfeld herausgerissen werden sollten. Dabei ist aus entwicklungspsychologischer Sicht nicht nur das unmittelbare persönliche Umfeld des Kindes (d.h. dessen Kernfamilie) zu berücksichtigen, sondern auch dessen übrige soziale Einbettung. Die Verwurzelung in der Schweiz kann eine reziproke Wirkung auf die Frage der Zumutbarkeit des Wegweisungsvollzugs haben, indem eine starke Assimilierung in der Schweiz mithin eine Entwurzelung im Heimatstaat zur Folge haben kann, welche unter Umständen die Rückkehr dorthin als unzumutbar erscheinen lässt (vgl. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts D-3357/2006 vom 9. Juli 2009 E. 9.3.2, mit einem Hinweis auf die vom Bundesverwaltungsgericht übernommene Praxis der ARK in EMARK 2005 Nr. 6 E. 6. S. 55 ff., EMARK 1998 Nr. 31 E. 8c.ff.ccc S. 260 f., EMARK 1998 Nr. 13 S. 98 f. E. 5e.aa.).

Die vorliegend vom Wegweisungsvollzug betroffenen Kinder B._____ und C._____ haben Lebensabschnitte in der Schweiz verbracht, die ihre Persönlichkeit nachhaltig geprägt haben dürften. Gemäss dem eingereichten Schulbericht vom 17. Februar 2005 und der Schulbesuchsbestätigung vom 8. Juni 2006 hat sich C._____ nach anfänglicher Unsicherheit und Verkrampfung mittlerweile sehr gut integriert. Trotz des (...) zeigt er im Unterricht Initiative und wird von den Mitschülern nicht ausgelacht. Auch seinem Bruder B._____ wird im Schulbericht vom 14. März 2005 attestiert, sich in der Klasse schnell eingelebt und von Anfang an die Akzeptanz der Klassenkameraden genossen zu haben. In der Bestätigung vom 18. Mai 2006 wird ihm bescheinigt, dass er sich in der Klasse sehr gut integriert hat, im sozialen Bereich überhaupt keine Probleme bereitet und die deutsche Sprache gut versteht und spricht. Aufgrund des

Fehlens anderweitiger Hinweise ist davon auszugehen, dass die Assimilierung der beiden Kinder seither weiter fortgeschritten ist und sich unterdessen eine Adaptation an tragende Vorstellungen der schweizerischen Kultur und Lebensweise vollzogen hat. Hinweise, wonach die Beschwerdeführerin eine derartige Entwicklung zu verhindern versucht hätte, sind nicht aktenkundig. Gerade der Besuch der Schule über einen Zeitraum von sechs Jahren hinweg (B._____) und das sukzessive Erlernen der deutschen Sprache dürfte bei den beiden Kindern eine weitreichende Anpassung an die schweizerische Lebensweise bewirkt haben, so dass der Zwang zur Trennung vom gewohnten Umfeld sich zwangsläufig als schwere Hypothek für ihre individuelle Entwicklung auswirken würde. Im Fall von C._____ kommt als erschwerendes Moment hinzu, dass er gemäss dem Arztbericht vom 26. Juni 2008 an einer chronischen Anpassungsstörung leidet. Dadurch dürfte das Risiko einer Überforderung im Falle einer erneuten sozialen Verpflanzung noch erhöht werden. Das Bundesverwaltungsgericht gelangt deshalb zur Einschätzung, dass eine Rückkehr in den Kosovo für die Kinder B._____ und C._____ zu einer überaus schwierigen Situation führen würde, da der Umgang mit den dort verbreiteten kulturellen Gepflogenheiten klar in den Hintergrund getreten ist oder eine entsprechende Vertrautheit und persönliche Bindung zu diesem Staat gar weitgehend fehlen; der zu berücksichtigende Aspekt des Kindeswohls spricht demnach für einen weiteren Verbleib von B._____ und C._____ in der Schweiz (vgl. EMARK 2005 Nr. 6 E. 7.1. S. 58 f.).

5.2.1.4 Im Rahmen einer Gesamtwürdigung der genannten Aspekte sowie unter Berücksichtigung des Grundsatzes der Einheit der Familie (vgl. Art. 44 Abs. 1 AsylG; EMARK 1996 Nr. 18 E. 14e S. 189 f., EMARK 1995 Nr. 24 E. 11 S. 230 ff.) gelangt das Bundesverwaltungsgericht zum Schluss, dass der Vollzug der Wegweisung gegenüber den Beschwerdeführerin und ihren beiden Kindern zum heutigen Zeitpunkt als nicht (mehr) zumutbar zu erachten ist. Aus den Akten ergeben sich ferner keine Hinweise auf ein unbotmässiges Verhalten der Beschwerdeführenden, welches eine nähere Prüfung unter dem Gesichtspunkt von Art. 83 Abs. 7 AuG bedingen würde, weshalb die Voraussetzungen für eine vorläufige Aufnahme in der Schweiz gemäss Art. 83 Abs. 4 AuG gegeben sind.

5.2.2 Bei dieser Sachlage entfällt eine Prüfung der Frage, ob der Vollzug der Wegweisung sich als unzulässig beziehungsweise als unmög-

lich erweist. Die Vollzugshindernisse (Unzulässigkeit, Unzumutbarkeit, Unmöglichkeit) sind alternativer Natur. Sobald eines von ihnen gegeben ist, ist der Vollzug der Wegweisung als undurchführbar zu betrachten und die weitere Anwesenheit in der Schweiz nach den Bestimmungen über die vorläufige Aufnahme zu regeln (vgl. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts D-3357/2006 vom 9. Juli 2009 E. 9.2; EMARK 2006 Nr. 6 E. 4.2. S. 54 f.). Gegen eine allfällige Aufhebung der vorläufigen Aufnahme stünde den Beschwerdeführenden wiederum die Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht offen (vgl. Art. 105 AsylG i.V.m. Art. 44 Abs. 2 AsylG). In diesem Verfahren wäre dann der Wegweisungsvollzug vor dem Hintergrund sämtlicher Vollzugshindernisse von Amtes wegen nach Massgabe der in diesem Zeitpunkt herrschenden Verhältnisse zu prüfen.

6.

Nach dem Gesagten ist die Beschwerde gutzuheissen, soweit im Eventualpunkt beantragt wird, es sei die Unzumutbarkeit des Vollzugs der Wegweisung festzustellen und das BFM anzuweisen, für die Beschwerdeführenden die vorläufige Aufnahme anzuordnen; im Übrigen ist sie abzuweisen. Die Ziffern 4 und 5 des Dispositivs der angefochtenen Verfügung vom 14. Januar 2005 sind demnach aufzuheben, und das BFM ist anzuweisen, den Aufenthalt der Beschwerdeführenden nach den gesetzlichen Bestimmungen über die vorläufige Aufnahme zu regeln (vgl. Art. 44 Abs. 2 AsylG und Art. 83 Abs. 4 AuG).

7.

7.1 Im Hinblick auf die Kostenliquidation ist der Ausgang des Verfahrens im Asylpunkt als teilweises Unterliegen (vgl. Art. 63 Abs. 1, Satz 2 VwVG) zu werten, wobei das Bundesverwaltungsgericht nach seiner Praxis im Asylbeschwerdeverfahren bei Konstellationen wie der vorliegenden den partiellen Misserfolg mit der Hälfte veranschlagt. Dem Ausgang des Verfahrens entsprechend wären somit im Prinzip die um die Hälfte zu ermässigten Kosten den Beschwerdeführenden zu überbinden. Gleichzeitig mit der Beschwerde haben die Beschwerdeführenden jedoch ein Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege im Sinne von Art. 65 Abs. 1 VwVG eingereicht, dessen Beurteilung aussteht (vgl. Prozessgeschichte Bst. E).

7.2 Gemäss Art. 65 Abs. 1 VwVG befreit die Beschwerdeinstanz nach Einreichung der Beschwerde eine Partei, die nicht über die erforderlichen Mittel verfügt, auf Antrag von der Bezahlung der Verfahrenskosten.

ten, sofern ihr Begehren nicht aussichtslos erscheint. Aus den hiervor aufgezeigten Gründen kann den Beschwerdeführenden nicht vorgehalten werden, ihrer Beschwerde habe es im Zeitpunkt der Beantragung der unentgeltlichen Rechtspflege mit Blick auf die Erfolgsaussichten an der nötigen Ernsthaftigkeit gefehlt (vgl. BGE 125 II 265 E. 4b S. 275). Die Beschwerdebegehren erschienen mit anderen Worten bei retrospektiver Betrachtung nicht aussichtslos. Bei den Akten befindet sich eine Bestätigung vom 14. Dezember 2004, gemäss welcher die Beschwerdeführenden durch die (...) im Rahmen der von dieser im Auftrag des Kantons (...) geleisteten wirtschaftlichen Sozialhilfe für Asylsuchende und vorläufig Aufgenommene finanziell teilunterstützt werden. Hinweise auf eine zwischenzeitliche wesentliche Veränderung ihrer Einkommens- und Vermögensverhältnisse wurden seither nicht aktenkundig. Nachdem die Beschwerdeführenden ihren persönlichen Lebensunterhalt nicht vollständig aus eigenen Mitteln bestreiten können, ist davon auszugehen, dass sie über keine eigenen Ressourcen verfügen, um selber für die Verfahrenskosten aufzukommen. Folgerichtig können sie als prozessual bedürftig im Sinne von Art. 65 Abs. 1 VwVG gelten. Beide kumulativ erforderlichen Bedingungen für die Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege im Sinne von Art. 65 Abs. 1 VwVG sind somit erfüllt. Das darauf abzielende Gesuch ist somit gutzuheissen, und die Beschwerdeführenden sind von der Pflicht zur Kostentragung zu befreien.

7.3 Den Beschwerdeführenden ist - als teilweise obsiegender Partei - für die ihnen im Beschwerdeverfahren erwachsenen notwendigen Kosten eine Entschädigung zuzusprechen (vgl. Art. 64 Abs. 1 VwVG, Art. 16 Abs. 1 Bst. a VGG i.V.m. Art. 7 Abs. 1 des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]). Diese ist praxismässig infolge des Unterliegens im Hauptpunkt um die Hälfte zu kürzen (vgl. Art. 7 Abs. 2 VGKE). Von der Rechtsvertretung wurde eine vom 10. Juli 2008 datierende Honorarnote eingereicht. Darin wird der erforderliche Zeitaufwand auf der Basis eines Stundenansatzes von Fr. 161.40 (inkl. MWSt) auf insgesamt 17 Stunden veranschlagt, was dem Umfang und der Komplexität der Streitsache angemessen erscheint. Die aufgeführten Spesen in der Höhe von insgesamt Fr. 53.80 (inkl. MWSt.) können als verhältnismässig bezeichnet werden (Art. 9 Abs. 1 Bst. b und Art. 11 Abs. 2 VGKE). Neben den Kosten der Vertretung machen die Beschwerdeführenden keine weiteren notwendigen Auslagen geltend (Art. 8 VGKE). Das BFM ist demnach anzuweisen,

den Beschwerdeführenden eine reduzierte Parteientschädigung von Fr. 1398.80 auszurichten.

(Dispositiv nächste Seite

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.

Die Beschwerde wird gutgeheissen, soweit beantragt wird, es sei die Unzumutbarkeit des Vollzugs der Wegweisung festzustellen und das BFM anzuweisen, für die Beschwerdeführenden die vorläufige Aufnahme anzuordnen. Im Übrigen wird die Beschwerde abgewiesen.

2.

Die Ziffern 4 und 5 des Dispositivs der Verfügung des BFM vom 14. Januar 2005 werden aufgehoben. Das BFM wird angewiesen, die Beschwerdeführenden vorläufig in der Schweiz aufzunehmen.

3.

Das Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege wird gutgeheissen.

4.

Es werden keine Verfahrenskosten erhoben.

5.

Das BFM wird angewiesen, den Beschwerdeführenden eine Parteient-schädigung von Fr. 1'398.80 auszurichten.

6.

Dieses Urteil geht an:

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

Der vorsitzende Richter:

Der Gerichtsschreiber:

Robert Galliker

Martin Maeder

Versand: