



Abteilung IV
D-4181/2006
{T 0/2}

Urteil vom 10. Juni 2009

Besetzung

Richter Fulvio Haefeli (Vorsitz),
Richter François Badoud, Richter Walter Lang,
Gerichtsschreiber Philipp Schürch.

Parteien

A. _____, geboren _____,
B. _____, geboren _____,
C. _____, geboren _____,
D. _____, geboren _____,
Serbien,
alle vertreten durch Advokat lic. iur. Peter Volken,
Beschwerdeführende,

gegen

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

Gegenstand

Asyl und Wegweisung; Verfügung des BFM vom 10. Juni
2005 / N _____.

Sachverhalt:**A.**

Die Beschwerdeführenden - eine aus E._____ in Serbien stammende Familie mit letztem Wohnsitz in F._____ in der Provinz G._____, welche der Ethnie der Roma angehört - verliessen laut eigenen Aussagen das damalige Serbien und Montenegro am 20. Juli 2002 und reisten über einen nicht näher definierten Staat am 21. Juli 2002 in die Schweiz ein. Am 22. Juli 2002 stellten sie in der Empfangsstelle H._____ ein Asylgesuch. Die Beschwerdeführenden wurden am 26. Juli 2002 im Empfangszentrum H._____ und am 17. September 2002 durch die Dienststelle für Zivilstandswesen und Fremdenkontrolle des Kantons I._____, welchem sie für die Verfahrensdauer zugeteilt wurden, zu den Asylgründen befragt. Im Wesentlichen machten die Beschwerdeführenden geltend, sie seien in ihrem Heimatdorf J._____ in der Gemeinde E._____ von einem Polizeikommandanten erpresst worden. Sie hätten bereits zweimal Zahlungen von 500.-- DM geleistet, allerdings habe der Polizeikommandant beim dritten Mal 1'000.-- DM verlangt. Als sie diese Summe nicht hätten bezahlen können, sei der Polizeikommandant in derselben Nacht mit zwei anderen Männern zurück gekommen. Der Vater der Familie sei dabei geschlagen und die Mutter vergewaltigt worden. Sie hätten dann eine Frist von fünf Tagen zur Bezahlung von nunmehr 5'000.-- DM erhalten. Es sei ihnen gedroht worden, ansonsten eines ihrer Kinder zu entführen. Die Beschwerdeführenden hätten diesen Betrag nicht bezahlt, sondern bereits am nächsten Tag ihr ganzes Hab und Gut in J._____ verkauft und seien in das ebenfalls in der Provinz G._____ gelegene F._____ umgezogen. Dort hätten sie schliesslich 7 bis 8 Monate bei einer alten Dame gewohnt, bevor sie das Land verlassen hätten.

B.

Das Bundesamt für Flüchtlinge (BFF, heute: BFM) wies das Asylgesuch mit Verfügung vom 22. Januar 2004 ab und stellte fest, dass die Beschwerdeführenden die Flüchtlingseigenschaft nicht erfüllten. Die Beschwerdeführenden wurden - unter Androhung von Zwangsmitteln im Unterlassungsfall - aufgefordert, die Schweiz zu verlassen.

C.

Die gegen diese Verfügung erhobene Beschwerde vom 23. Februar 2004 wurde mit Urteil der Schweizerische Asylrekurskommission (ARK) vom 19. Juli 2004 teilweise gutgeheissen. Die Verfügung des

BFF vom 22. Januar 2004 wurde aufgrund einer aktenwidrigen Nichtberücksichtigung einer Stellungnahme der Beschwerdeführenden aufgehoben. Die Sache wurde zum Neuentscheid an das BFF zurückgewiesen.

D.

Mit Urteil des (...) (Rechtskraftbescheinigung liegt vor) wurde der Vater und Ehemann wegen gewerbsmässiger Hehlerei zu einer unbedingten Gefängnisstrafe von 10 Monaten verurteilt. Gemäss diesem Urteil war der Beschwerdeführer am 15. November 2002 bereits wegen Hehlerei zu einer bedingten Gefängnisstrafe von zwei Monaten und am 31. März 2003 zu einer unbedingten Gefängnisstrafe von einem Monat wegen Fälschung von Ausweisen verurteilt worden (vgl. [...]).

E.

Mit demselben Urteil (...) wurde auch die Ehefrau und Mutter wegen gewerbsmässiger Hehlerei schuldig erkannt und zu einer bedingten Freiheitsstrafe von drei Monaten verurteilt.

F.

Am 10. Juni 2005 erliess das BFM eine neue Verfügung. Darin wurde festgehalten, dass die Beschwerdeführenden die Flüchtlingseigenschaft nicht erfüllten. Die Asylgesuche wurden abgewiesen, die Wegweisung verfügt und der Vollzug der Wegweisung angeordnet.

Zur Begründung wurde ausgeführt, bei der Erpressung durch den Polizeikommandanten handle es sich nicht um eine staatliche Verfolgung, sondern um eine Verfolgung von Drittpersonen, da dieser als Privater gehandelt habe. Die serbischen Behörden würden derartige Aktionen öffentlicher Kräfte weder gutheissen noch unterstützen. Es hätte an den Beschwerdeführenden gelegen, in dieser Sache eine Anzeige zu erstatten. Der Vater der Familie habe sodann eine Anzeige erstattet, allerdings habe die Familie einem Aufgebot, auf dem Polizeiposten zu erscheinen, nicht Folge geleistet. In Anbetracht dieser Umstände könne nicht davon ausgegangen werden, dass die Beschwerdeführenden tatsächlich durch die Behörden ihres Heimatstaates bedroht worden seien und die Flucht in ein anderes Land die einzige Möglichkeit gewesen sei, sich den Übergriffen des Polizeikommandanten zu entziehen. Sie hätten die Möglichkeit gehabt, sich in eine andere Region in Serbien zu begeben, habe sich doch die geltend gemachte Gefährdung auf ihr Heimatdorf beschränkt. Aus den Akten ergebe sich zudem kein Hinweis darauf, dass die Beschwerdeführenden im Falle einer Rückkehr

mit überwiegender Wahrscheinlichkeit einer im Sinne von Art. 3 der Konvention vom 4. November 1950 zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK, SR 0.101) verbotenen Behandlung oder Strafe ausgesetzt würden. Weiter könne - trotz gewisser Probleme - nicht von einer allgemeiner Bedrohung der Roma in Serbien gesprochen werden. Die Roma hätten auch Zugang zur medizinischen Infrastruktur, weshalb allfällige gesundheitliche Probleme kein Wegweisungshindernis darstellten. Der Wegweisungsvollzug sei damit zulässig, zumutbar und möglich. Mit Blick auf die zahlreichen von den Beschwerdeführenden begangenen Delikten in der Schweiz, überwiege zudem das öffentliche Interesse an einer Wegweisung im Verhältnis zu den persönlichen Interessen der Beschwerdeführenden an einem Verbleib in der Schweiz während der Dauer des Verfahrens, weshalb einer allfälligen Beschwerde die aufschiebende Wirkung entzogen wurde.

G.

Mit Eingabe vom 13. Juli 2005 erhoben die Beschwerdeführenden durch ihren Rechtsvertreter Beschwerde gegen die Verfügung des BFM vom 10. Juni 2005. Es wurde unter anderem beantragt, die angefochtene Verfügung sei aufzuheben und die Beschwerdeführenden seien als Flüchtlinge anzuerkennen. Eventualiter sei die Verfügung aufzuheben und an die Vorinstanz zurückzuweisen, mit der Anweisung die beantragten Beweise (Einholen Berichte zur strafrechtlichen Verurteilung des Beschwerdeführers [Vater], Einholen von Berichten und Aussagen zu den Verhältnissen der Roma in Serbien) zu erheben.

Zur Begründung wurde ausgeführt, das BFM habe nachdem der gutheissende Entscheid der ARK ergangen sei, keine Instruktionshandlungen vorgenommen, sondern ohne Wahrung des rechtlichen Gehörs wiederum einen materiellen Entscheid gefällt. Insbesondere habe nie zu den Strafurteilen aus den Jahren 2002 und 2003 Stellung genommen werden können. Das Strafurteil aus dem Jahre 2004 sei infolge krasser formeller und materieller Mängel angefochten worden und von Seiten der Verteidigung werde mit einem klaren Freispruch gerechnet. Es sei daher nicht erklärlich, wie dieses Urteil in die Asylakten habe gelangen können. Weiter hätten die Beschwerdeführenden nie zu den Ausführungen, es habe sich um eine Verfolgung von Privaten und nicht von staatlichen Organen gehandelt und dass sie den Schutz staatlicher Behörden hätten in Anspruch nehmen können, Stellung nehmen können. Damit sei der verfassungsmässige Anspruch auf rechtliches Gehör verletzt worden. Die Beschwerdeführenden hätten wegen der

halbstaatlichen Erpresserbande ihr Hab und Gut verkaufen müssen und seien nach F._____ gezogen. Aus Angst vor ihren Verfolgern, seien sie von dort aus in die Schweiz geflüchtet. Nachdem nun im Vergleich zur ersten Verfügung die Vorbringen der Beschwerdeführenden als glaubhaft qualifiziert würden, versuche das BFM nun, sie als kriminelle Ausländer zu diskreditieren. Die Beschwerdeführenden würden jedoch in ihrer Wohnsitzgemeinde einen hervorragenden Leumund geniessen. Wenn die Vorinstanz ausführe, bei den Vorfällen in J._____ handle es sich nicht um staatliche Verfolgungen, sondern um solche von Drittpersonen, sei davon auszugehen, dass das BFM den Beschwerdeführenden die Erpressung und Vergewaltigung immer noch nicht glaube, dies jedoch lediglich unter einem anderen Vorwand verpacke. Es sei allgemein bekannt, dass die Roma in Serbien von staatlichen Organen und der Gesellschaft diskriminiert würden. Es widerspreche daher in krasser Weise den tatsächlichen Begebenheiten, wenn davon ausgegangen werde, die Beschwerdeführenden seien nur in ihrem Heimatdorf gefährdet und könnten im Übrigen den Schutz der serbischen Behörden in Anspruch nehmen.

Mit der Beschwerde wurden diverse Unterlagen, welche die gute Integration der Beschwerdeführenden bestätigen würden, ärztliche Berichte, welche den angeschlagenen psychischen Zustand der Mutter und des Vaters der Familie dokumentierten und verschiedene Artikel über die Bedrohung der Romas in Serbien als Beweismittel eingereicht.

H.

Mit Zwischenverfügung der damaligen Instruktionsrichterin der ARK vom 19. Juli 2005 wurde die aufschiebende Wirkung der Beschwerde wieder hergestellt und den Beschwerdeführenden wurde erlaubt, den Ausgang des Verfahrens in der Schweiz abzuwarten.

I.

Mit Zwischenverfügung der damaligen Instruktionsrichterin vom 27. Juli 2005 wurde auf die Erhebung eines Kostenvorschusses verzichtet und mitgeteilt, dass über das Gesuch um Gewährung der unentgeltliche Rechtspflege zu einem späteren Zeitpunkt entschieden werde. Das Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen anwaltlichen Verbeiständung wurde abgewiesen. Weiter wurden die Gesuche um ergänzende Akteneinsicht und Einräumung einer Frist zur Beschwerd-ergänzung abgewiesen.

J.

In der Vernehmlassung vom 5. August 2005 zur Beschwerde führte das BFM aus, die Beschwerde enthalte keine neuen Tatsachen oder Beweismittel, welche seinen Standpunkt zu ändern vermöchten. Obschon sich Angehörige der Gruppe der Roma in Serbien zum Teil mit Problemen konfrontiert sähen, würden diese Personen in Serbien nicht systematisch verfolgt. Im Weiteren seien Romas in Serbien sehr zahlreich verbreitet und hätten Zugang zu den staatlichen, schulischen, sozialen und medizinischen Strukturen. Das BFM beantragte die Abweisung der Beschwerde.

K.

Auf Einladung der ARK nahmen die Beschwerdeführenden durch ihren Rechtsvertreter mit Eingabe vom 23. August 2005 zur Vernehmlassung des BFM Stellung. Es wurde sinngemäss geltend gemacht, die Vorinstanz sei in ihrer Vernehmlassung nur ungenügend auf die Anträge und die Vorbringen der Beschwerde eingegangen. Dem Antrag des BFM, die Beschwerde abzuweisen, könne aus diesem Grund nicht gefolgt werden. Mit dieser Stellungnahme wurden weitere zum Teil fremdsprachige - zum grössten Teil aus unbekanntem Quellen stammende - Artikel über kriminelle Übergriffe auf Angehörige der Ethnie der Roma in Serbien eingereicht.

L.

Mit Eingabe vom 30. August 2005 reichte der Rechtsvertreter der Beschwerdeführenden Übersetzungen und Zusammenfassungen der am 23. August 2005 eingereichten Artikel und weitere Artikel zur diskriminierenden Lage der Romas in Serbien als Beweismittel ein.

M.

Mit Strafbefehl des (...) (Rechtskraftbescheinigung liegt vor) wurde der Beschwerdeführer (Vater) wegen einer groben Verkehrsregelverletzung zu einer Busse verurteilt.

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

1.1 Gemäss Art. 31 des Verwaltungsgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (VGG, SR 173.32) beurteilt das Bundesverwaltungsgericht Beschwerden gegen Verfügungen nach Art. 5 des Bundesgesetz-

zes vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren (VwVG, SR 172.021). 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 hängigen Rechtsmittel übernommen. Das neue Verfahrensrecht ist anwendbar (vgl. Art. 53 Abs. 2 VGG).

1.3 Die Beschwerde ist form- und fristgerecht eingereicht. Die Beschwerdeführenden sind durch die angefochtene Verfügung berührt und haben ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung beziehungsweise Änderung. Die Beschwerdeführenden sind daher zur Einreichung der Beschwerde legitimiert (Art. 6 AsylG i.V.m. Art. 48 Abs. 1, Art. 50 und 52 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.

Im Sinne einer allgemeinen Verfahrensgarantie haben Parteien gemäss Art. 29 Abs. 2 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV, SR 101) in sämtlichen Verfahren Anspruch auf rechtliches Gehör. Dem Einwand der Beschwerdeführenden im erstinstanzlichen Verfahren sei dieser verfassungsrechtliche Anspruch verletzt worden, ist Folgendes entgegen zu halten:

3.1 In der Beschwerde wurde gerügt, man habe sich nicht zu den Ansichten des BFM, vorliegend sei nicht eine Verfolgung staatlicher Organe zu befürchten und es gebe eine innerstaatlichen Schutzalternative, äussern können. In erster Linie soll der Anspruch auf rechtliches Gehör dafür sorgen, dass der Sachverhalt so umfassend wie möglich abgeklärt wird. Der Anspruch auf rechtliches Gehör erstreckt sich dagegen nur dann auf die rechtliche Würdigung, sofern diese für die Parteien völlig überraschend ist (vgl. PATRICK SUTTER, in: AUER / MÜLLER /

SCHINDLER [Hrsg.], Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren [VwVG], Zürich/St. Gallen 2008, Rz. 1 zu Art. 30). Zu den genauen Hintergründen der geltend gemachten Erpressungen und der Vergewaltigung durch den Polizeikommandanten von J._____ und die weiteren beteiligten Personen wurden die Beschwerdeführenden am 26. Juli 2002 im Empfangszentrum H._____ und am 17. September 2002 durch die Dienststelle für Zivilstandswesen und Fremdenkontrolle des Kantons I._____ umfassend befragt. Die Beschwerdeführenden hatten anlässlich dieser Befragungen die Gelegenheit, ihre Asylgründe darzulegen. Die Qualifizierung der geltend gemachten Verfolgungen im Rahmen der rechtlichen Erwägungen in der angefochtenen Verfügung des BFM basieren lediglich auf den Angaben aus diesen Befragungen. Die rechtliche Würdigung ist damit für die Beschwerdeführenden nicht völlig überraschend, sodass hierzu eine Stellungnahme angezeigt erscheinen würde. Auch bei der Beurteilung der innerstaatlichen Schutzalternativen entspricht es dem Standard im Asylverfahren, dass diesbezüglich aufgrund der Angaben der Beschwerdeführenden aus deren Befragungen ein materieller Entscheid gefällt wird, ohne sie vorgehend zu den diesbezüglichen Erwägungen anzuhören.

In diesem Zusammenhang ist eine Verletzung des verfassungsrechtlichen Anspruchs auf rechtliches Gehör durch die Vorinstanz zu verneinen.

3.2 Weiter brachten die Beschwerdeführenden durch ihren Rechtsvertreter vor, sie hätten sich gar nicht zu den vom BFM in der angefochtenen Verfügung erwähnten strafrechtlichen Verurteilungen äussern können. Aufgrund seiner umfassenden Kognition ist das Bundesverwaltungsgericht im Stande, allfällige durch die Vorinstanz begangene Verfahrensfehler im Zusammenhang mit dem rechtlichen Gehör zu heilen und ohne Rückweisung an die Vorinstanz in der Sache selbst entscheiden (vgl. ANDRÉ MOSER / MICHAEL BEUSCH / LORENZ KNEUBÜHLER, Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht, Basel 2008, Rz. 2.152). Es kann im Sinne der Verfahrensökonomie insbesondere in solchen Fällen von einer Rückweisung an die Vorinstanz abgesehen werden, in welchen dies zu einem formalistischen Leerlauf und damit zu unnötigen Verzögerungen führen würde (vgl. vgl. PATRICK SUTTER, in: AUER / MÜLLER / SCHINDLER [Hrsg.], Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren [VwVG], Zürich/St. Gallen 2008, Rz. 18 zu Art. 29). Indem die Beschwerdeführenden im Rahmen der Beschwerde

die Gelegenheit wahrgenommen haben, sich zu den in Frage stehenden Urteilen zu äussern, kann dieser verfahrensrechtliche Mangel als geheilt betrachtet werden. Das Bundesverwaltungsgericht kann damit im vorliegenden Fall unter Achtung des Anspruchs auf rechtliches Gehör, ohne eine Rückweisung an die Vorinstanz ein Urteil fällen. Entgegen den Ausführungen in der Beschwerde, war das Urteil (...), mit welchem sowohl die Beschwerdeführerin als auch der Beschwerdeführer verurteilt wurden, zu dem Zeitpunkt ohnehin bereits rechtskräftig (Rechtskraftbescheinigung datiert vom 28. Februar 2005). Es erübrigt sich deshalb, im vorliegenden Verfahren mittels weiterer Instruktionshandlungen eine zusätzliche Stellungnahme zu den strafrechtlichen Verurteilungen einzuholen. Die in dem Zusammenhang gestellten Beweisanträge (III. 3. und 4. der Beschwerde vom 13. Juli 2005) werden abgewiesen, da diese auf eine fehlende Rechtskraft des Urteils (...) abzielen, dem Bundesverwaltungsgericht hingegen die Rechtskraftbescheinigung dieses Urteils vorliegt (vgl. A48 / 2).

4.

4.1 Gemäss Art. 2 Abs. 1 AsylG gewährt die Schweiz Flüchtlingen grundsätzlich Asyl. Als Flüchtling wird eine ausländische Person anerkannt, wenn sie in ihrem Heimatstaat oder im Land, in dem sie zuletzt wohnte, wegen ihrer Rasse, Religion, Nationalität, Zugehörigkeit zu einer bestimmten sozialen Gruppe oder wegen ihrer politischen Anschauungen ernsthaften Nachteilen ausgesetzt ist oder begründete Furcht hat, solchen Nachteilen ausgesetzt zu werden. Als ernsthafte Nachteile gelten namentlich die Gefährdung von Leib, Leben oder Freiheit sowie Massnahmen, die einen unerträglichen psychischen Druck bewirken; den frauenspezifischen Fluchtgründen ist Rechnung zu tragen (Art. 3 AsylG).

4.2 Wer um Asyl nachsucht, muss die Flüchtlingseigenschaft nachweisen oder zumindest glaubhaft machen. Diese ist glaubhaft gemacht, wenn die Behörde ihr Vorhandensein mit überwiegender Wahrscheinlichkeit für gegeben hält. Unglaubhaft sind insbesondere Vorbringen, die in wesentlichen Punkten zu wenig begründet oder in sich widersprüchlich sind, den Tatsachen nicht entsprechen oder massgeblich auf gefälschte oder verfälschte Beweismittel abgestützt werden (Art. 7 AsylG).

4.3 Mit dem Grundsatzentscheid der Schweizerische Asylrekurskommission (ARK) vom 8. Juni 2006 (Entscheide und Mitteilungen der

Schweizerischen Asylrekurskommission [EMARK] 2006 Nr. 18) wurde im schweizerischen Asylrecht anstelle der Zurechenbarkeitstheorie die sogenannte Schutztheorie anerkannt. Diese besagt, dass die Flüchtlingseigenschaft von Asylsuchenden, welche im Herkunftsland von nichtstaatlicher Verfolgung bedroht sind, zu verneinen ist, wenn in diesem Staat Schutz vor nichtstaatlicher Verfolgung erhältlich ist. Dieser kann sowohl durch den Heimatstaat als auch durch einen im Sinne der Rechtsprechung besonders qualifizierten Quasi-Staat gewährt werden (vgl. EMARK 2006 Nr. 18 E. 10.2.3 S. 202 f.).

Von staatlichen Organen nicht in Ausrichtung sondern in Missbrauch ihrer Amtspflichten begangene Übergriffe, sind grundsätzlich als staatliche Verfolgungen zu qualifizieren. Sie sind allerdings nur dann geeignet die Flüchtlingseigenschaft zu begründen, wenn sich die betroffenen Personen nicht an den Staat wenden können, damit dieser den Missbrauch verhindert (vgl. WALTER KÄLIN, Grundriss des Asylverfahrens, Basel/Frankfurt a. M. 1990, S. 62).

4.4 Im vorliegenden Fall hat der Polizeikommandant von J._____ seine amtliche Stellung missbraucht, um sich persönlich zu bereichern, indem er zusammen mit zwei Komplizen Geld bei den Beschwerdeführenden erpresste und schliesslich sogar Angriffe auf deren körperliche und psychische Integrität verübte. Bei den beiden Komplizen, wovon der eine die Vergewaltigung der Beschwerdeführerin vorgenommen haben soll, handelt es sich um Privatpersonen. Die Frage, ob es sich insgesamt oder teilweise um Angriffe von privaten Dritten handelte oder diese dem Staat zuzurechnen sind, kann indessen offen bleiben. In beiden Fällen nämlich kann die asylrechtliche Relevanz nur bejaht werden, wenn die Behörden im entsprechenden Staat um Schutz ersucht wurden, diese einen solchen allerdings nicht zur Verfügung stellten. Die Beschwerdeführenden haben allerdings vorliegend gar nicht erst versucht, bei den Behörden Schutz zu suchen. Laut eigenen Angaben hat zwar der Vater der Beschwerdeführerin eine Anzeige gegen den Polizeikommandanten und seine Komplizen erstattet, allerdings sei dann der Aufforderung auf dem Polizeiposten zu erscheinen, um die Anzeige zu konkretisieren, keine Folge geleistet worden (vgl. A11 / 8). Ohne überhaupt zu versuchen, die staatlichen Behörden um Schutz zu ersuchen, kann nicht von vornherein behauptet werden, ein solcher sei nicht erhältlich. Auch der Einwand, die Beschwerdeführenden hätten sich nicht an die Behörden wenden können, weil der Miturheber der auf sie verübten Übergriffe selber ein Po-

lizist sei, greift zu kurz. So kam es doch in Serbien im Jahre 2008 zur Suspendierung und anschliessenden Untersuchung gegen zwei Polizisten, welche im Verdacht gestanden hatten, unverhältnismässige Gewalt gegen zwei Roma-Männer angewendet zu haben (vgl. Human Rights Watch [HRW], World Report 2008, Serbia, Januar 2009, S. 404).

4.5 Ausserdem wird man nicht zum Flüchtling, wenn man über eine innerstaatliche Schutzalternative verfügt, indem man sich in einen Teil des Landes begibt, in welchem man vor den geltend gemachten Verfolgungen sicher ist (vgl. WALTER STÖCKLI, Asyl, in: UEBERSAX / RUDIN / HUGI YAR / GEISER [Hrsg.], Ausländerrecht, Basel/Bern/Lausanne 2008, S. 532, Rz. 11.20).

4.6 Nachdem die Beschwerdeführenden in ihrem Heimatdorf J._____ von ihren Erpressern angegriffen wurden, zogen sie in das in derselben Provinz liegende F._____. Dort haben sie eigenen Angaben zufolge 7 bis 8 Monate vor der Ausreise aus Serbien gelebt (vgl. A11 / 5). Während der gesamten Zeit, als die Beschwerdeführenden in F._____ lebten, kam es zu keinerlei Behelligungen durch den Polizeikommandanten und seine Komplizen. Es ist davon auszugehen, dass die Erpresser die Beschwerdeführenden auch dort unter Druck gesetzt hätten, falls sie die Möglichkeit dazu gehabt hätten, denn ihre letzte Geldforderung wurden bis dahin nicht erfüllt. Daraus lässt sich ableiten, dass die Gefahr nur in E._____ - der Heimatgemeinde der Beschwerdeführenden - bestand. Damit handelt es sich vorliegend nicht um eine landesweite Verfolgung. Den Beschwerdeführenden stand und steht somit eine Wohnsitznahme in einer anderen Region des Landes und damit eine innerstaatliche Schutzalternative durchaus offen.

4.7 Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass den durch die Beschwerdeführenden erlittenen Übergriffen keine asylrechtliche Relevanz zukommen, da sie einerseits die Behörden nicht um Schutz ersuchten und andererseits über eine innerstaatliche Schutzalternative verfügten. Ihre Flüchtlingseigenschaft ist damit zu verneinen.

5.

5.1 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 (Art. 44 Abs. 1 AsylG).

5.2 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; EMARK 2001 Nr. 21).

6.

6.1 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]).

6.2 Der Vollzug ist nicht zulässig, wenn völkerrechtliche Verpflichtungen der Schweiz einer Weiterreise der Ausländerin oder des Ausländers in den Heimat-, Herkunfts- oder in einen Drittstaat entgegenstehen (Art. 83 Abs. 3 AuG).

So darf keine Person in irgendeiner Form zur Ausreise in ein Land gezwungen werden, in dem ihr Leib, ihr Leben oder ihre Freiheit aus einem Grund nach Art. 3 Abs. 1 AsylG gefährdet ist oder in dem sie Gefahr läuft, zur Ausreise in ein solches Land gezwungen zu werden (Art. 5 Abs. 1 AsylG; vgl. ebenso Art. 33 Abs. 1 des Abkommens vom 28. Juli 1951 über die Rechtsstellung der Flüchtlinge [FK, SR 0.142.30]).

Gemäss Art. 25 Abs. 3 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV, SR 101), Art. 3 des Übereinkommens vom 10. Dezember 1984 gegen Folter und andere grausame, unmenschliche oder erniedrigende Behandlung oder Strafe (FoK, SR 0.105) und der Praxis zu Art. 3 der Konvention vom 4. November 1950 zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK, SR 0.101) darf niemand der Folter oder unmenschlicher oder erniedrigender Strafe oder Behandlung unterworfen werden.

6.3 Die Vorinstanz wies in ihrer angefochtenen Verfügung zutreffend darauf hin, dass der Grundsatz der Nichtrückschiebung nur Personen schützt, die die Flüchtlingseigenschaft erfüllen. Da es den Beschwerdeführenden nicht gelungen ist, eine asylrechtlich erhebliche Gefährdung nachzuweisen oder glaubhaft zu machen, kann das in Art. 5 AsylG verankerte Prinzip des flüchtlingsrechtlichen Non-Refoulements im vorliegenden Verfahren keine Anwendung finden. Eine Rückkehr

der Beschwerdeführenden in den Heimatstaat ist demnach unter dem Aspekt von Art. 5 AsylG rechtmässig.

Sodann ergeben sich weder aus den Aussagen der Beschwerdeführenden noch aus den Akten Anhaltspunkte dafür, dass sie für den Fall einer Ausschaffung in den Heimatstaat dort mit beachtlicher Wahrscheinlichkeit einer nach Art. 3 EMRK oder Art. 1 FoK verbotenen Strafe oder Behandlung ausgesetzt wären. Gemäss Praxis des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte (EGMR) sowie jener des UN-Anti-Folterausschusses müssten die Beschwerdeführenden eine konkrete Gefahr ("real risk") nachweisen oder glaubhaft machen, dass ihnen im Fall einer Rückschiebung Folter oder unmenschliche Behandlung drohen würde (vgl. EMARK 2001 Nr. 16 S. 122, mit weiteren Hinweisen; EGMR, Bensaid gegen Grossbritannien, Urteil vom 6. Februar 2001, Recueil des arrêts et décisions 2001-I, S. 327 ff.). Auch die allgemeine Menschenrechtssituation im Heimatstaat lässt den Wegweisungsvollzug zum heutigen Zeitpunkt klarerweise nicht als unzulässig erscheinen.

6.4 In dem Zusammenhang spielt es auch keine Rolle, dass die Mutter der Ehefrau des Beschwerdeführers infolge Umzumutbarkeit deren Wegweisung vorläufig aufgenommen wurde (Verfahren N _____). Bei der Mutter war ausschlaggebend, dass deren Ehemann kurz vor dem Vollzug der Wegweisung verstarb. Angesichts dieser neuen Situation wurde die vorläufige Aufnahmen verfügt, da ein Vollzug der Wegweisung der alleinstehenden Mutter, welche zusätzlich die damals wie heute noch minderjährige Schwester der Beschwerdeführerin zu betreuen hat, nicht zumutbar erschien. Einerseits verfügt die Mutter der Beschwerdeführerin mit der vorläufigen Aufnahme nicht über ein gefestigtes Aufenthaltsrecht, welches vorauszusetzen wäre, damit die Beschwerdeführerin gestützt auf Art. 8 EMRK einen allfälligen Anspruch ableiten könnte (vgl. BGE 130 II 281 E. 3.1 S. 285). Zudem können sich volljährige Kinder nur dann auf Art. 8 EMRK berufen, wenn zwischen ihnen und den in der Schweiz über ein gefestigtes Anwesenheitsrecht verfügenden Eltern ein besonderes Abhängigkeitsverhältnis besteht (vgl. BGE 115 Ib 1 E. 2.c S. 5; ausserdem BGE 120 Ib 257 E. 1.d S 260, betreffend Halbgeschwister). Aus den Akten gehen indes keine Hinweise hervor, dass zwischen der volljährigen Beschwerdeführerin und ihrer Mutter ein - im Sinne von Art. 8 EMRK zu beachtendes - Abhängigkeitsverhältnis besteht.

6.5 Nach dem Gesagten ist der Vollzug der Wegweisung sowohl im Sinne der asyl- als auch der völkerrechtlichen Bestimmungen zulässig.

6.6 Der Vollzug kann für Ausländerinnen und Ausländer unzumutbar sein, wenn sie im Heimat- oder Herkunftsstaat auf Grund von Situationen wie Krieg, Bürgerkrieg, allgemeiner Gewalt und medizinischer Notlage konkret gefährdet sind (Art. 83 Abs. 4 AuG). Wird eine konkrete Gefährdung festgestellt, ist - unter Vorbehalt von Art. 83 Abs. 7 AuG - die vorläufige Aufnahme zu gewähren (vgl. Botschaft zum Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer vom 8. März 2002, BBl 2002 3818).

6.7 Gemäss Art. 62 Abs. 4 VwVG ist das Bundesverwaltungsgericht als Beschwerdeinstanz an die rechtliche Begründung der Begehren nicht gebunden. Die Beschwerdeinstanz darf also ihren Entscheid anders begründen als die Parteien oder die Vorinstanz (vgl. ALFRED KÖLZ / ISABELLE HÄNER, *Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes*, 2. Aufl., Zürich 1998, S. 240, Rz. 677). Nach dem Grundsatz der Rechtsanwendung von Amtes wegen ist sie vielmehr verpflichtet, auf den festgestellten Sachverhalt jenen Rechtssatz anzuwenden, den sie als den zutreffenden erachtet, und ihm jene Auslegung zu geben, von der sie überzeugt ist (vgl. BGE 119 V 347 E. 1a). Dies bedeutet, dass sie eine Beschwerde auch aus einem anderen als den geltend gemachten Gründen gutheissen oder den angefochtenen Entscheid im Ergebnis mit einer Begründung bestätigen kann, die von jener der Vorinstanz abweicht (sogenannte Motivsubstitution, vgl. EMARK 1994 Nr. 29 E. 3). Die Beschwerdeführenden haben in ihrer Beschwerde selber auf die strafrechtlichen Verurteilungen hingewiesen und dazu Stellung genommen. Da sie zudem anwaltschaftlich vertreten waren, hätten sie mit einer Anwendung von Art. 83 Abs. 7 AuG rechnen müssen. Es erübrigte sich deshalb, sie im Rahmen des Instruktionsverfahren auf die Motivsubstitution hinzuweisen und ihnen diesbezüglich das rechtliche Gehör zu gewähren.

6.8 Gemäss Art. 83 Abs. 7 Bst. a AuG wird die vorläufige Aufnahme nach Art. 83 Abs. 2 und 4 AuG (Unzumutbarkeit oder Unmöglichkeit des Vollzugs der Wegweisung) nicht verfügt, wenn die weg- oder ausgewiesene Person zu einer längerfristigen Freiheitsstrafe im In- oder Ausland verurteilt wurde. Die längste Freiheitsstrafe zu welcher der Beschwerdeführer verurteilt wurde dauerte 10 Monate (rechtskräftiges Urteil [...]). Es handelte sich um einen Schuldspruch wegen gewerbs-

mässiger Hehlerei. Davor wurde der Beschwerdeführer schon mit Urteil vom (...) wegen Hehlerei zu einer bedingten Gefängnisstrafe von zwei Monaten und mit Urteil vom (...) wegen Fälschung von Ausweisen zu einer Gefängnisstrafe von einem Monat verurteilt (vgl. A48 / 34). Weiter beging der Beschwerdeführer eine grobe Verkehrsregelverletzung im Sinne von Art. 90 Abs. 2 des Strassenverkehrsgesetzes vom 19. Dezember 1958 (SVG, SR 741.01), wofür er mit Strafbefehl vom (...) (Rechtskraftbescheinigung liegt vor) zu einer Busse von Fr. 600.-- verurteilt wurde. Bei der längerfristigen Freiheitsstrafe im Sinne von Art. 83 Abs. 7 Bst. a AuG muss es sich um eine Freiheitsstrafe von deutlich mehr als einem Jahr handeln und sie muss auf einem rechtskräftigen Urteil beruhen (vgl. MARC SPESCHA, in MARC SPESCHA / HANSPETER THÜR / ANDREAS ZÜND / PETER BOLZLI, Kommentar Migrationsrecht, Zürich 2008, N 6 zu Art. 62 AuG).

6.9 Bei keiner der oben erwähnten Strafen handelt es sich um eine längerfristige Freiheitsstrafe im Sinne von Art. 83 Abs. 7 Bst. a AuG. Beim Vorliegen von mehreren kürzeren Freiheits- oder Geldstrafen kann es allerdings zu einer Anwendung von Art. 83 Abs. 7 Bst. b AuG kommen. Dieser Bestimmung zufolge wird die vorläufige Aufnahme trotz unzumutbarem oder unmöglichem Vollzug der Wegweisung nicht verfügt, wenn die betreffende Person erheblich oder wiederholt gegen die öffentliche Sicherheit und Ordnung in der Schweiz oder im Ausland verstossen hat oder diese gefährdet. Dieser Tatbestand ist grundsätzlich erfüllt, wenn ein Ausländer wiederholt gegen gesetzliche Vorschriften verstösst, welche die öffentliche Sicherheit und Ordnung betreffen (vgl. PETER BOLZLI, in: SPESCHA/THÜR/ZÜND/BOLZLI, Kommentar Migrationsrecht, Zürich 2008, Rz. 22 zu Art. 83 AuG und MARC SPESCHA, a.a.O., Rz. 6 zu Art. 62 AuG). Im vorliegenden Fall wurde der Beschwerdeführer (Vater) mehrfach verurteilt, nachdem er jeweils gegen strafgesetzliche Bestimmungen verstossen hat. Daneben hat auch die Beschwerdeführerin (Mutter) gegen gesetzliche Bestimmungen verstossen, indem sie wegen in Mittäterschaft begangener gewerbmässiger Hehlerei zu einer bedingten Gefängnisstrafe von drei Monaten verurteilt wurde. Der Ausschlussstatbestand von Art. 83 Abs. 7 Bst. b AuG ist daher als erfüllt zu betrachten.

6.10 Trotz Vorliegens eines Tatbestandes von Art. 83 Abs. 7 Bst. b AuG kommt es nicht automatisch zu einem Ausschluss der Unzumutbarkeit und Unmöglichkeit des Vollzugs einer Wegweisung, sondern es ist eine eingehende Verhältnismässigkeitsprüfung durchzuführen. Es

bedarf also einer eingehenden Interessenabwägung, wobei es zu beachten gilt, dass das öffentliche Interesse nicht darauf beschränkt ist, zukünftige Verletzungen der öffentlichen Ordnung durch die betroffene Person zu vermeiden; über den Einzelfall hinaus geht es um die Durchsetzung wirkungsvoller Massnahmen zu Gunsten der Allgemeinheit und darum die Gemeinschaft vor Gefährdung zu schützen (vgl. BVGE 2007/32 E. 3.7.3 S. 391). Das individuelle Interesse der Beschwerdeführenden an einem weiteren Aufenthalt in der Schweiz ist eher als gering zu gewichten. Demgegenüber erscheint das öffentliche Interesse am Vollzug der Wegweisung der wiederholt strafrechtlich in Erscheinung getretenen Beschwerdeführenden (Eltern) ungleich grösser. Das öffentliche Interesse am Schutz der Gemeinschaft vor Vermögensdelikten ist als hoch zu gewichten, weshalb - ohne die Frage nach dem Risiko zukünftiger Straftaten zu beleuchten (vgl. BVGE 2007/32 E. 3.7.3 S. 391) - der Vollzug der Wegweisung der Beschwerdeführenden (Eltern) klar zu bejahen ist.

6.11 Die Anwendung von Art. 83 Abs. 7 Bst. b AuG hält damit der Verhältnismässigkeitsprüfung stand.

6.12 Für den vorliegenden Fall bedeutet dies, dass der Vollzug der Wegweisung der Beschwerdeführenden (Eltern) unter den Gesichtspunkten der Zumutbarkeit und der Möglichkeit nicht mehr zu prüfen ist.

6.13 Da im vorliegenden Fall die Zumutbarkeit des Wegweisungsvollzugs nicht zu prüfen ist, sind auch die von den Beschwerdeführenden geltend gemachten gesundheitlichen Probleme nicht näher zu beachten. Weiter können die Vorbringen betreffend der unvoreilhaftigen Situation der Roma in Serbien und die diesbezüglich gestellten Beweisanträge unbeachtet bleiben.

6.13.1 Nicht unbeachtet kann hingegen die Tatsache bleiben, dass die Beschwerdeführenden Eltern zweier minderjähriger Mädchen sind, welche in ihr Asylgesuch eingeschlossen und ebenso von einer allfälligen Wegweisung betroffen sind.

Nach der Rechtsprechung der ARK, welche vom Bundesverwaltungsgericht weitergeführt wird, ist bei der Beurteilung der Zumutbarkeit des Wegweisungsvollzugs der Aspekt des Kindeswohls zu berücksichtigen. Dies ergibt sich nicht zuletzt aus einer völkerrechtskonformen Auslegung des Art. 83 Abs. 4 AuG im Licht von Art. 3 Abs. 2 des Übereinkommens vom 20. November 1989 über die Rechte des Kindes (SR

0.107). Demzufolge sind unter dem Aspekt des Kindeswohls sämtliche Umstände einzubeziehen und zu würdigen, die im Hinblick auf eine Wegweisung wesentlich erscheinen (vgl. EMARK 1998 Nr. 13 E. 5e.aa S. 98 f.). Gemäss EMARK 2005 Nr. 6 können erschwerte Reintegrationsmöglichkeiten im Heimatstaat infolge einer fortgeschrittenen Assimilierung des Kindes in der Schweiz zur Feststellung der Unzumutbarkeit des Wegweisungsvollzugs der ganzen Familie führen. Die Verwurzelung der Beschwerdeführenden in der Schweiz ist zwar bei der Beurteilung der Zumutbarkeit einer Rückkehr ins Heimatland lediglich von untergeordneter Bedeutung, sie kann aber eine reziproke Wirkung auf die Frage der Zumutbarkeit der Wegweisungsvollzugs haben, indem eine starke Assimilierung in der Schweiz – und davon ist bei einem längeren Aufenthalt von Kindern auszugehen – mithin eine Entwurzelung im Heimatstaat zur Folge haben kann, welche unter Umständen die Rückkehr dorthin – als unzumutbar erscheinen lässt (vgl. EMARK 1998 Nr. 31 Nr. 31 E. 8c. ff. ccc. S. 260 f.); diese Voraussetzungen sind im vorliegenden Fall indes nicht gegeben. In casu ist festzustellen, dass die beiden in das Asylgesuch der Eltern eingeschlossenen Töchter mit vier und knapp zwei Jahren in die Schweiz gelangten. Zwar haben die beiden Mädchen prägende Jahre ihrer Kindheit in der Schweiz verbracht, doch kann nicht in Abrede gestellt werden, dass altersgemäss der Anschluss an die Eltern noch gross ist und diese ihre wichtigsten Bezugspersonen sein dürften. Beide Mädchen befinden sich nicht in der Pubertät, so dass der damit verbundene Loslösungsprozess von den Eltern noch nicht stattgefunden hat. Demnach ist der Vollzug der Wegweisung für die beiden Töchter als zumutbar und angesichts fehlender technischer Vollzugshindernisse auch als möglich zu bezeichnen.

7.

Insgesamt ist die durch die Vorinstanz verfügte Wegweisung zu bestätigen. Nach dem Gesagten fällt eine Anordnung der vorläufigen Aufnahme ausser Betracht (Art. 83 Abs. 1-4 AuG).

8.

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

9.

9.1 Gemäss Art. 65 Abs. 1 VwVG haben auf Antrag hin diejenigen Personen Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege, welche nicht über die erforderlichen Mittel verfügen und deren Begehren nicht zum vornherein aussichtslos erscheinen.

Die Beschwerdeführenden stellten mit der Beschwerde sinngemäss den Antrag, ihnen sei die unentgeltliche Rechtspflege zu gewähren. Die von den Beschwerdeführenden gestellten Begehren erschienen im Zeitpunkt der Beschwerdeeingabe nicht aussichtslos. Weiter ist bekannt, dass die Beschwerdeführenden von der Sozialhilfe abhängig sind, weshalb von deren Bedürftigkeit im Sinne von Art. 65 Abs. 1 VwVG ausgegangen werden kann.

9.2 Das Gesuch um Gewährung unentgeltliche Rechtspflege im Sinne von Art. 65 Abs. 1 VwVG ist deshalb gutzuheissen. Es werden keine Verfahrenskosten erhoben.

(Dispositiv nächste Seite)

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.

Die Beschwerde wird abgewiesen.

2.

Das Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege wird gutgeheissen.

3. Es werden keine Verfahrenskosten erhoben.

4.

Dieses Urteil geht an:

- den Rechtsvertreter der Beschwerdeführenden (Einschreiben)
- das BFM, Abteilung Aufenthalt, mit den Akten Ref.-Nr. N _____
(per Kurier; in Kopie)
- (die zuständige kantonale Behörde) (in Kopie)

Der vorsitzende Richter:

Der Gerichtsschreiber:

Fulvio Haefeli

Philipp Schürch

Versand: