



Abteilung IV
D-4922/2006/cvv
{T 0/2}

Urteil vom 27. Mai 2009

Besetzung

Richterin Nina Spälti Giannakitsas (Vorsitz), Richter
Walter Lang, Richter Gérard Scherrer,
Gerichtsschreiberin Sara Steiner.

Parteien

A._____, geboren (...),
B._____, geboren (...),
C._____, geboren (...),
D._____, geboren (...),
Ukraine,
alle vertreten durch Gabriel Püntener, Rechtsanwalt,
Beschwerdeführende,

gegen

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

Gegenstand

Vollzug der Wegweisung (Beschwerde gegen
Wiedererwägungsentscheid); Verfügung des BFM vom
16. Mai 2006 / N (...).

Sachverhalt:**A.**

Mit Verfügung vom 15. Mai 2002 wies das BFF die Asylgesuche der Beschwerdeführenden vom 13. Juni 2000 ab und ordnete die Wegweisung aus der Schweiz sowie deren Vollzug an. Gegen diesen Entscheid reichten die Beschwerdeführenden – handelnd durch ihren damaligen Rechtsvertreter – bei der Schweizerischen Asylrekurskommission (ARK) Beschwerde ein. Diese wurde mit Urteil vom 28. Mai 2004 abgewiesen, wobei die Zumutbarkeit des Wegweisungsvollzuges – insbesondere auch hinsichtlich der Tochter D._____, welche sich nach sexuellen Übergriffen in Therapie befand – bejaht wurde.

B.

Am 28. Juli 2004 reichten die Beschwerdeführenden durch ihren neu mandatierten Rechtsvertreter beim BFF ein Wiedererwägungsgesuch ein und ersuchten um Feststellung der Unzumutbarkeit des verfügten Wegweisungsvollzuges. In der Eingabe wurde im Wesentlichen vorgebracht, der Gesundheitszustand der Beschwerdeführenden und der Tochter D._____ habe sich nach der Zustellung des Urteils der ARK vom 28. Mai 2004 verschlechtert, zumal sie durch die bevorstehende Rückkehr überfordert gewesen seien. Die Beschwerdeführerin befinde sich in stationärer und der Beschwerdeführer in ambulanter Behandlung.

C.

Mit Verfügung vom 18. August 2004 wies das BFF das Wiedererwägungsgesuch ab. Zur Begründung führte es im Wesentlichen aus, krisenbedingte Reaktionen wegen eines bevorstehenden Wegweisungsvollzuges könnten nicht dazu führen, einen als gesetzes- und praxiskonform anerkannten Vollzug zu vereiteln.

D.

Gegen diesen Entscheid erhoben die Beschwerdeführenden am 2. September 2004 bei der ARK Beschwerde und wiesen darauf hin, dass der Beschwerdeführer am 24. August 2004 einen Suizidversuch unternommen habe. Im Laufe des Beschwerdeverfahrens wurde geltend gemacht, dass sich neu auch der Sohn C._____ in psychischer Behandlung befände.

E.

Mit Urteil vom 28. Juni 2005 wies die ARK die Beschwerde ab und bejahte die Zumutbarkeit der Wegweisung für die Beschwerdeführenden und deren Kinder. Die medizinische Versorgung ihrer psychischen Beschwerden sei in der Ukraine gewährleistet. Zudem sei doch gerade die momentane Perspektivlosigkeit und die permanente finanzielle Abhängigkeit von der Sozialhilfe eine der zahlreichen Ursachen für den schwindenden Lebensmut der Familie. Demgegenüber könnten sie bei ihrer Rückkehr auf die Unterstützung zahlreicher Verwandten zählen und ihre erworbene beruflich Ausbildung erneut einsetzen und ihre damalige Geschäftstüchtigkeit erneut unter Beweis stellen. Eine räumliche Trennung vom Ort der schrecklichen Ereignisse würde auch der Tochter D._____ den notwendigen Halt geben. Zudem habe auch die Behandlung des Sohnes C._____ ihren Abschluss gefunden.

F.

Am 15. September 2005 reichten die Beschwerdeführenden beim BFM ein zweites Wiedererwägungsgesuch ein und ersuchten um Feststellung der Unzumutbarkeit des verfügten Wegweisungsvollzuges. In der Eingabe wurde im Wesentlichen vorgebracht, der Gesundheitszustand des Beschwerdeführers habe sich erneut massiv verschlechtert. Er habe inzwischen zwei weitere Selbstmordversuche begangen und sei am 14. Juli 2005 im Rahmen eines fürsorgerischen Freiheitsentzugs in die Psychiatrische Klinik Z._____ eingewiesen worden, wo er sich seither in stationärer Behandlung befinde. Eine Besserung der Symptomatik sei nicht in Sicht, solange die Ausschaffung drohe. Somit zeige sich, dass sich die Situation seit dem Urteil der ARK vom 28. Juni 2005, wo von einer signifikanten Besserung seines Gesundheitszustandes durch die stationäre Behandlung im Jahr 2004 und nicht von einer akuten Suizidalität ausgegangen worden sei, in wesentlichen Punkten fundamental verändert und sich die Annahme der ARK, wonach eine Zementierung des unsicheren Zustandes durch eine vorläufige Aufnahme die psychische Genesung negativ, eine Rückkehr diese demgegenüber positiv beeinflussen würde, nicht bewahrheitet habe. Dazu komme, dass sich der Sohn C._____ vom 7. Juni 2005 bis am 1. Juli 2005 in vollstationärer und vom 4. bis 6. Juli 2005 in teilstationärer psychischer Behandlung befunden habe. Den neusten Arztberichten sei zu entnehmen, dass jeder weitere Verfahrensschritt betreffend Ausschaffung eine zunehmend depressive Dekompensation aller Familienmitglieder zur Folge hätte.

Zur Stützung ihrer Vorbringen reichten die Beschwerdeführenden drei ärztliche Berichte ein.

G.

Das BFM lehnte das Wiedererwägungsgesuch mit Verfügung vom 16. Mai 2006 – eröffnet am 22. Mai 2006 – ab und stellte die Rechtskraft und Vollstreckbarkeit des Entscheids vom 15. Mai 2002 fest.

H.

Mit Eingabe vom 22. Mai 2006 (Poststempel) erhoben die Beschwerdeführenden gegen diesen Entscheid bei der ARK Beschwerde und beantragten die Aufhebung der angefochtenen Verfügung und die Rückweisung der Sache ans BFM zwecks Neuurteilung wegen Verletzung des rechtlichen Gehörs und zur Feststellung des vollständigen und richtigen rechtserheblichen Sachverhaltes. Eventualiter sei die Unzumutbarkeit des Wegweisungsvollzuges festzustellen. Im Sinne einer vorsorglichen Massnahme sei der Vollzug der Wegweisung unverzüglich zu sistieren.

I.

Mit Verfügung vom 23. Mai 2006 setzte die zuständige Instruktionsrichterin den Vollzug der Wegweisung provisorisch aus.

J.

Mit Eingabe vom 21. Juni 2006 (Poststempel) wurde die Beschwerde während laufender Beschwerdefrist ergänzt und diverse Referenzschreiben bezüglich der Integration der Beschwerdeführenden sowie zwei Arztberichte vom 22. Mai 2006 betreffend C._____ beziehungsweise vom 9. Juni 2006 betreffend die Beschwerdeführerin eingereicht.

K.

Mit Eingabe vom 23. Juni 2006 wurde ein Arztbericht vom 19. Juni 2006 betreffend den Beschwerdeführer eingereicht.

L.

Mit Verfügung vom 28. Juni 2006 setzte die zuständige Instruktionsrichterin den Vollzug der Wegweisung definitiv aus und forderte die Beschwerdeführenden auf, bis zum 13. Juli 2006 einen Kostenvorschuss in Höhe von Fr. 1200.- einzuzahlen.

M.

Mit Eingabe vom 12. Juli 2006 (Poststempel) wurde nachträglich unter Beilage einer Fürsorgebestätigung um die Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege im Sinne von Art. 65 Abs. 1 des Bundesgesetzes vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren (VwVG, SR 172.021) sowie den Verzicht auf die Erhebung eines Kostenvorschusses ersucht. Gleichzeitig wurden zwei Arztberichte vom 31. Mai 2006 und vom 8. Juli 2006 betreffend den Beschwerdeführer eingereicht.

N.

Mit Verfügung vom 18. Juli 2006 hiess die zuständige Instruktionsrichterin das Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege im Sinne von Art. 65 Abs. 1 VwVG gut und verzichtete wiedererwägungsweise auf einen Kostenvorschuss.

O.

Mit Eingabe vom 31. Juli 2006 wurde ein weiteres Referenzschreiben zu den Akten gereicht.

P.

In seiner Vernehmlassung vom 29. August 2006 hielt das BFM an seinen Erwägungen fest und beantragte die Abweisung der Beschwerde.

Q.

Die Vernehmlassung des BFM wurde den Beschwerdeführenden am 1. September 2006 zur Kenntnis gebracht.

R.

Mit Schreiben vom 12. Dezember 2007 wurde eine Trennungsvereinbarung eingereicht, welche die Beschwerdeführenden infolge ehelicher Probleme am 6. Dezember 2007 abgeschlossen hatten.

S.

Gemäss Aufforderung der zuständigen Instruktionsrichterin vom 11. Februar 2009 informierten die Beschwerdeführenden am 26. Februar 2009 über die Beilegung ihrer ehelichen Probleme und reichten am 9. März 2009 aktuelle ärztliche Berichte ein.

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 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 und 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.

3.1 Die Wiedererwägung im Verwaltungsverfahren ist ein gesetzlich nicht geregelter Rechtsbehelf, auf dessen Behandlung durch die verfügende Behörde grundsätzlich kein Anspruch besteht. Gemäss herrschender Lehre und ständiger Praxis des Bundesgerichts wird jedoch aus Art. 29 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV, SR 101) unter bestimmten Voraussetzungen ein verfassungsmässiger Anspruch auf Wiedererwägung abgeleitet (vgl. BGE 127 I 133 E. 6 mit weiteren Hinweisen). Danach ist auf ein Wiedererwägungsgesuch einzutreten, wenn sich der rechtserhebliche Sachverhalt seit dem ursprünglichen Entscheid beziehungsweise seit dem Urteil der mit Beschwerde angerufenen Rechts-

mittelinstanz (vgl. Entscheidungen und Mitteilungen der Schweizerischen Asylrekurskommission [EMARK] 1995 Nr. 21 E. 1c S. 204) in wesentlicher Weise verändert hat und mithin die ursprüngliche (fehlerfreie) Verfügung an nachträglich eingetretene Veränderungen der Sachlage anzupassen ist (vgl. EMARK 2003 Nr. 7 E. 1 S. 42 f.). Eine Wiedererwägung fällt hingegen dann nicht in Betracht, wenn lediglich eine neue Würdigung der beim früheren Entscheid bereits bekannten Tatsachen herbeigeführt werden soll oder Gründe angeführt werden, die bereits in einem ordentlichen Beschwerdeverfahren gegen die frühere Verfügung hätten geltend gemacht werden können (vgl. EMARK 2003 Nr. 17 E. 2b S. 104).

3.2 Nachdem die Vorinstanz den Anspruch der Beschwerdeführenden auf Behandlung ihres Wiedererwägungsgesuchs nicht in Abrede gestellt hat und darauf eingetreten ist, hat das Bundesverwaltungsgericht zu prüfen, ob das BFM das Gesuch zu Recht abgewiesen hat.

4.

4.1 In der Beschwerde wird im Hauptantrag geltend gemacht, die Vorinstanz habe das rechtliche Gehör verletzt und den rechtserheblichen Sachverhalt nicht vollständig und richtig erhoben, weshalb die vorinstanzliche Verfügung zu kassieren sei. Eventualiter müsse auf Beschwerdeebene das rechtliche Gehör gewährt werden, beziehungsweise der Sachverhalt durch Einholen diverser ärztlicher Berichte zum aktuellen gesundheitlichen Zustand abgeklärt werden. Zur Begründung dieses Antrages führten sie aus, das BFM habe einerseits, trotz der Schwere der Erkrankung, der wiederholten Suizidversuche und der mehrmonatigen Hospitalisation, keine weitergehenden Abklärungen zum aktuellen Gesundheitszustand des Beschwerdeführers vorgenommen. Andererseits seien in der Verfügung Informationen erwähnt und gewürdigt worden, zu welchen ihnen keine Möglichkeit zur Stellungnahme gewährt worden sei. Die widersprüchlichen Aussagen des BFM betreffend der Besserung des Gesundheitszustandes des Beschwerdeführers – einerseits werde ausgeführt, aufgrund des Umstandes, dass er seit dem 11. Januar 2006 nicht mehr in stationärer Behandlung sei, könne von einer Besserung ausgegangen werden, andererseits werde von einer ausgebliebenen Besserung gesprochen, welche für eine Rückkehr spreche – liessen vermuten, dass dem BFM mehr als nur gerade die Information der Beendigung der stationären Behandlung vorgelegen haben dürfte. Zu einem allfälligen ärztlichen Be-

richt beziehungsweise anderweitigen entscheidungswesentlichen Informationen betreffend das Ende seiner Hospitalisierung hätte dem Beschwerdeführer das rechtliche Gehör gewährt werden müssen. Das Gleiche gelte für die Aussage, wonach sich die Beschwerdeführenden wiederholt deliktisch betätigt hätten.

4.2 Entgegen den Annahmen der Beschwerdeführenden liegt kein ärztlicher Bericht oder andere Dokumente mit entscheidungswesentlichen Informationen bei den Akten, sondern lediglich eine Aktennotiz vom 27. September 2005 betreffend Beschaffung der Reisepapiere und des Aufenthaltes des Beschwerdeführers in einer Klinik und eine Telefonnotiz vom 15. Mai 2006 bezüglich des Klinikaustritts des Beschwerdeführers. Zwar wird in der Aktennotiz auf eine Aussage eines Arztes hingewiesen, die allenfalls zum rechtlichen Gehör hätte gebracht werden müssen, auch wenn sie im Wesentlichen das wiedergibt, was im Arztbericht vom 2. September 2005 bereits ausgeführt wurde. Letztlich kann aber aufgrund des vorliegenden Verfahrensausganges auf die abschliessende Klärung dieser Frage verzichtet werden. Bezüglich der deliktischen Tätigkeit befinden sich verschiedene Dokumente bei den Akten, welche den Beschwerdeführenden durch ihre Verwicklung in die jeweiligen Verfahren bekannt sein dürften. Auf die Gewährung des rechtlichen Gehörs bezüglich dieser Informationen konnte die Vorinstanz und kann auch das Bundesverwaltungsgericht demnach verzichten.

4.3 Im Asylverfahren ist der Sachverhalt zwar grundsätzlich von Amtes wegen festzustellen (Art. 12 VwVG i.V.m. Art. 6 AsylG). Diese behördliche Untersuchungspflicht wird aber durch die den Asylsuchenden gestützt auf Art. 8 AsylG auferlegte Mitwirkungspflicht eingeschränkt. Es liegt somit am Beschwerdeführer, seinen aktuellen Gesundheitszustand darzulegen und allfällige Arztzeugnisse einzureichen. Dem BFM kann demnach nichts vorgeworfen werden, wenn es neben den Angaben des Beschwerdeführers keine weiteren Abklärungen zu seinem Gesundheitszustand gemacht hat, welcher im Übrigen nach zahlreichen Eingaben auf Beschwerdeebene zumindest zum heutigen Zeitpunkt nunmehr als rechtsgenügend erstellt gelten kann.

4.4 Demnach sind die gestellten Anträge auf Kassation der vorinstanzlichen Verfügung und Rückweisung zur Neuurteilung sowie auf Gewährung des rechtlichen Gehörs auf Beschwerdeebene im Ergebnis abzuweisen.

5.

In der Rechtsmitteleingabe wird als Eventualantrag sodann beantragt, es sei die Unzumutbarkeit des Vollzugs der Wegweisung festzustellen. Es wird geltend gemacht und ist zu prüfen, ob eine seit dem Urteil der ARK vom 28. Juni 2005 eingetretene, wesentlich veränderte Sachlage vorliegt. Die Beschwerdeführenden erblicken eine solche in den Veränderungen ihrer psychischen Verfassung, welche seither eingetreten seien. Die Fragen der Flüchtlingseigenschaft beziehungsweise des Asyls und der angeordneten Wegweisung als solcher stellen sich nicht.

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 Diese Bedingungen für einen Verzicht auf den Vollzug der Wegweisung (Unmöglichkeit, Unzulässigkeit, Unzumutbarkeit) sind alternativer Natur. Sobald eine von ihnen erfüllt ist, ist der Vollzug der Wegweisung als undurchführbar zu betrachten und die weitere Anwesenheit in der Schweiz gemäss den Bestimmungen über die vorläufige Aufnahme zu regeln (vgl. EMARK 2006 Nr. 6 E. 4.2. S. 54 f., 2001 Nr. 1 E. 6a S. 2).

7.

7.1 Gemäss Art. 83 Abs. 4 AuG kann der Wegweisungsvollzug für Ausländerinnen und Ausländer unzumutbar sein, wenn sie in Situationen wie Krieg, Bürgerkrieg, allgemeiner Gewalt und medizinischer Notlage im Heimat- oder Herkunftsstaat konkret gefährdet sind. Diese Bestimmung wird vor allem bei Gewaltflüchtlingen angewendet, das heisst 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 (EMARK 2003 Nr. 24 E. 5a S. 157, mit weiteren Hinweisen). Neben einer konkreten Gefährdung können aber auch andere Umstände im Heimat- oder Herkunftsstaat dazu führen, dass der Vollzug der Weg-

weisung – aus humanitären Überlegungen – nicht zumutbar ist. So kann sich der Wegweisungsvollzug gestützt auf Art. 83 Abs. 4 AuG auch aus medizinischen Gründen als unzumutbar erweisen, was aber grundsätzlich nur dann der Fall ist, wenn für die betroffene Person bei einer Rückkehr in ihre Heimat eine wesentliche medizinische Behandlung nicht erhältlich wäre. Der Umstand alleine, dass die Spitalinfrastruktur oder das medizinische Fachwissen im Heimatstaat nicht das selbe Niveau aufweisen wie in der Schweiz, führt praxisgemäss nicht zur Unzumutbarkeit des Wegweisungsvollzugs. Bei der Prüfung der Voraussetzungen von Art. 83 Abs. 4 AuG sind humanitäre Überlegungen im Einzelfall gegen andere öffentliche Interessen abzuwägen, die allenfalls für den Vollzug der Wegweisung sprechen würden, was den Asylbehörden einen Ermessensspielraum lässt. Entsprechend bilden etwa gesundheitliche Probleme, welche für sich allein betrachtet den Wegweisungsvollzug nicht bereits als unzumutbar erscheinen lassen, ein Beurteilungselement, welches in die vorzunehmende Interessenabwägung einbezogen werden muss und zusammen mit weiteren humanitären Aspekten zur Feststellung der Unzumutbarkeit des Wegweisungsvollzugs führen kann (vgl. zum Ganzen EMARK 2001 Nr. 16 E. 6b S. 123ff.; EMARK 2003 Nr. 24 E. 5a und 5b S. 157 f.).

7.2 Die Vorinstanz hält in ihrem Entscheid fest, krisenbedingte Reaktionen wegen eines bevorstehenden Wegweisungsvollzuges könnten nicht dazu führen, einen als gesetzes- und praxiskonform erkannten Wegweisungsvollzug zu vereiteln, da anders zu entscheiden bedeuten würde, dass vom Wegweisungsvollzug betroffene Personen es jederzeit in der Hand hätten, durch Berufung auf eine tatsächliche oder vermeintliche psychische Erkrankungssituation ein Aufenthaltsrecht zu erhalten. Der Hinweis der Beschwerdeführenden, die psychischen Probleme hätten sich als langandauernder und ernsthafter erwiesen und es sei nicht mit einer Besserung zu rechnen, vermöge daran grundsätzlich nichts zu ändern, zumal feststehe, dass der Beschwerdeführer bereits seit dem 11. Januar 2006 nicht mehr in stationärer Behandlung befinde und demnach also doch von einer Besserung ausgegangen werden könne. Die ausgebliebene Besserung des Gesundheitszustandes spreche zudem eher für die Rückkehr der Beschwerdeführenden. Ein Wechsel in die heimatliche Umgebung und Strukturen könnte für sie eine Beruhigung ihrer persönlichen Situation bedeuten, denn auch der Umstand, dass sie in der Schweiz wiederholt deliktisch tätig geworden seien, belege, dass sie mit den Verhältnissen in der Schweiz offensichtlich überfordert seien. Betreffend der Behand-

lungsmöglichkeiten im Heimatland sei zudem auf die Ausführungen im Entscheid zum ersten Wiedererwägungsgesuch zu verweisen, welche nach wie vor Gültigkeit besässen. Dasselbe gelte sinngemäss für den Sohn und allfällige Probleme übriger Familienmitglieder.

7.3 In der Beschwerde wurde im Wesentlichen geltend gemacht, das BFM habe den neuen rechtserheblichen Sachverhalt nicht als solchen gewürdigt. Die massive Verschlechterung des psychischen Zustandes des Beschwerdeführers, die wiederholten Suizidversuche und die Hospitalisierung während mehrerer Monate unterscheide sich grundlegend vom Sachverhalt, wie er sich zum Zeitpunkt des Urteils der ARK vom 28. Juni 2005 präsentiert habe. Er befinde sich seit der Entlassung aus der Hospitalisierung am 11. Januar 2006 weiterhin in ambulanter Behandlung. Inzwischen habe er zudem am 31. Mai 2006 erneut unerwartet in Z._____ hospitalisiert werden müssen. Auch der Sohn C._____ befinde sich weiterhin in ambulanter Behandlung und die Beschwerdeführerin bedürfe einer psychopharmakologischen Therapie. Zudem sei die Familie sehr gut in der Schweiz und den hiesigen Verhältnissen integriert, was die vielen beigelegten Empfehlungsschreiben belegt werde, und die Situation sei aufgrund des langjährigen Aufenthaltes in der Schweiz unter dem Gesichtspunkt der schwerwiegenden persönlichen Notlage im Sinne Art. 44 Abs. 3 AsylG zu prüfen. Insbesondere sei bei der Beurteilung eines Wegweisungsvollzuges das Kindeswohl zu berücksichtigen.

8.

8.1 Der Gesundheitszustand der Beschwerdeführenden war bereits Gegenstand des ordentlichen Asylverfahrens wie auch des ersten Wiedererwägungsverfahrens. Allerdings hat sich der Gesundheitszustand des Beschwerdeführers seit dem letzten Entscheid der ARK vom 28. Juni 2005 vorübergehend wieder verschlechtert. So sind die erneuten Suizidversuche und die erneute Hospitalisierung über mehrere Monate denn auch nicht zu verharmlosen. Jedoch geht aus dem letzten ärztlichen Bericht vom 7. März 2009 hervor, dass sich sein Gesundheitszustand wieder stabilisiert habe. Gleiches gilt auch für die Beschwerdeführerin und für die Tochter D._____, welche die sexuellen Übergriffe soweit als möglich mit Hilfe von Therapien verwunden habe und heute vorwiegend unter der psychischen Labilität ihrer Eltern und des Bruders zu leiden scheint. Bezüglich des Sohnes C._____ werden in diesem letzten Arztbericht trotz Aufforderung der

zuständigen Instruktionsrichterin keine näheren Angaben gemacht, sodass davon auszugehen ist, auch sein Zustand habe sich stabilisiert, zumal auch dem letzten Arztbericht von Dr. E._____ vom 22. Mai 2006 nichts Gegenteiliges zu entnehmen ist. Somit hat das BFM im Ergebnis richtigerweise festgestellt, dass der Vollzug der Wegweisung allein aufgrund der labilen gesundheitlichen Situation aller Familienmitglieder sich nicht als unzumutbar erweist, zumal bereits verschiedentlich festgestellt worden war, dass auch in der Ukraine entsprechende medizinische Einrichtungen zur Verfügung stehen. Allein der Umstand, dass diese nicht den gleich hohen Standard wie in der Schweiz aufweisen vermag an dieser Beurteilung nichts zu ändern.

8.2 Immerhin ist an dieser Stelle jedoch festzuhalten, dass die Beschwerdeführenden inzwischen seit neun Jahren in der Schweiz leben und eine Reintegration im Heimatstaat trotz des vorhandenen Beziehungsnetzes mit Schwierigkeiten verbunden sein dürfte. Dies umso mehr, als aufgrund der bisherigen Verfahrensakten und insbesondere angesichts der eingereichten Arztberichte von einer erneuten Dekompensation mit allfälligen Suizidhandlungen jedenfalls des Beschwerdeführers zu rechnen ist. Zwar wird auch in den Arztberichten von einem direkten Zusammenhang zwischen dem negativen Entscheid der Asylbehörden und den suizidalen Handlungen des Beschwerdeführers ausgegangen. Dabei ist jedoch von einer krankheitsbedingten Reaktion auszugehen, zumal dem Beschwerdeführer in verschiedenen Arztberichten eine Anpassungsstörung mit längeren depressiven Reaktionen mit einem nicht unerheblichen Suizidrisiko beziehungsweise akute Suizidalität (F43.21; Arztbericht vom 19. Juni 2006 des UPD Y._____; Arztbericht vom 8. Juli 2006 von Dr. med. F._____) diagnostiziert wird. Eine psychopharmakologische wie auch die psychotherapeutische Behandlung war während längerer Zeit nötig. Im Falle der Ausschaffung – so wird in beiden erwähnten Arztberichten ausgeführt – müsse aus psychiatrischer Sicht eine weitere Verschlechterung der gebotenen Krankheitsmerkmale mit unabsehbaren Folgen befürchtet werden. Ein Vollzug der Wegweisung müsste unter diesen Umständen wohl engmaschig medizinisch begleitet werden.

8.3 Sind von einem allfälligen Wegweisungsvollzug Kinder betroffen, so bildet im Rahmen der Zumutbarkeitsprüfung das Kindeswohl einen Gesichtspunkt von gewichtiger Bedeutung. Dies ergibt sich nicht zu-

letzt aus einer völkerrechtskonformen Auslegung des Art. 83 Abs. 4 AuG im Licht von Art. 3 Abs. 1 der Konvention vom 20. November 1989 über die Rechte des Kindes (KRK, SR 0.107). Unter dem Aspekt des Kindeswohls sind demnach sämtliche Umstände einzubeziehen und zu würdigen, die im Hinblick auf eine Wegweisung wesentlich erscheinen. In Bezug auf das Kindeswohl können 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, 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 wieder 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 von Kindern in der Schweiz ist zwar bei der Beurteilung der Zumutbarkeit einer Rückkehr ins Heimatland eher 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 - eine Entwurzelung im Heimatstaat zur Folge haben kann, welche unter Umständen die Rückkehr dorthin als unzumutbar erscheinen lässt (vgl. die vom Bundesverwaltungsgericht übernommene Praxis der ARK: EMARK 2006 Nr. 11, E. 7.2.3. f., S. 126 ff.; 2006 Nr. 24, E. 6.2., S. 258 ff.; 2005 Nr. 6 E. 6. S. 55 ff., 1998 Nr. 31 E. 8c.ff.ccc S. 260 f., 1998 Nr. 13 S. 98 f. E. 5e.aa).

8.3.1 Die Beschwerdeführenden sind mit ihren damals sechs und fünfzehn Jahre alten Kindern im Juni 2000 in die Schweiz eingereist. Die Familie hält sich seit nunmehr bald neun Jahren hier auf, weshalb C._____ inzwischen volljährig geworden ist.

8.3.2 Aufgrund des Alters der heute fünfzehnjährigen D._____ im Zeitpunkt der Einreise in die Schweiz ergibt sich, dass sie ihre gesamte bisherige schulische Ausbildung hier durchlaufen hat. Mit der Einschulung in der Schweiz hat sie sich zusehends an die

schweizerische Lebensweise assimiliert beziehungsweise ist sie insbesondere durch den Besuch der Schule in erheblichem Mass durch das hiesige kulturelle und soziale Umfeld geprägt worden. Gemäss den eingereichten Referenzschreiben und ärztlichen Berichten hat D._____ trotz der zeitweise grossen Probleme der Familie, auch mit der Unterstützung von ärztlichen und nicht-ärztlichen Fachpersonen, gelernt, ein erfolgreiches Leben zu führen. Für sie ist die Ukraine ein fremdes Land. Der Vollzug der Wegweisung würde für sie zweifellos eine zweite Entwurzelung bedeuten, zumal sie kaum über die – namentlich schriftlichen – Kenntnisse ihrer Muttersprache verfügen dürfte, welche für eine erfolgreiche Eingliederung ins Schulsystem in der Heimat vorauszusetzen wären. Auch wird sie aufgrund der langjährigen Abwesenheit kaum Kontakte zu anderen gleichaltrigen Menschen in ihrem Heimatland haben. Zudem sei ihre Grossmutter, welche ihre wichtigste Bezugsperson in der Ukraine gewesen sei, inzwischen verstorben. Zu berücksichtigen ist in diesem Zusammenhang auch, dass D._____ kurz nach ihrer Einreise in die Schweiz Opfer von sexuellen Übergriffen eines pädophilen Straftäters geworden ist, sodass auch sie während einiger Zeit psychologischer Betreuung bedurfte. Zwar scheint sie dieses Trauma heute erfolgreich überwunden zu haben, umso wichtiger scheint aber auch die weitere Entwicklung des Mädchens in einem stabilen Umfeld. Stabilität kann ihr jedoch im Falle des Vollzugs der Wegweisung gerade ihre Familie aufgrund der bestehenden ernsthaften psychischen Probleme in keiner Weise bieten, muss doch wie weiter oben ausgeführt im Falle der Ausschaffung mit einer Dekompensation und weiteren Suizidhandlungen des Beschwerdeführers gerechnet werden. Angesichts dessen sowie der kulturellen Differenzen zwischen der Schweiz und der Ukraine wäre die Reintegration von D._____ in der Heimat in höchstem Masse in Frage gestellt. Bei dieser Sachlage besteht für sie somit die konkrete Gefahr, dass die mit einem Vollzug der Wegweisung verbundene Entwurzelung aus dem gewachsenen sozialen Umfeld in der Schweiz einerseits und die sich gleichzeitig abzeichnende Problematik einer Reintegration in die ihr weitgehend fremde Kultur und Umgebung im Heimatland andererseits zu starken Belastungen in ihrer weiteren Entwicklung führen würden, die mit dem Schutzanliegen des Kindeswohls nicht zu vereinbaren wären.

8.4 In Würdigung der gesamten Aktenlage und der vorstehenden Ausführungen gelangt das Bundesverwaltungsgericht demnach zum Schluss, dass sich der Vollzug der Wegweisung insbesondere von

D._____ als nicht zumutbar im Sinne von Art. 83 Abs. 4 AuG erweist. Da die vorläufige Aufnahme eines Familienmitglieds auch zur vorläufigen Aufnahme der anderen Familienangehörigen führt (vgl. EMARK 1998 Nr. 31 E. 8 c ee S. 258; 1995 Nr. 24 E. 9 S. 229, die sich noch auf Art. 17 Abs. 1 AsylG in der Fassung gemäss Ziff. I des BB vom 22. Juni 1990 über das Asylverfahren [AS 1990 938] beziehen, welcher inhaltlich indessen Art. 44 Abs. 1 AsylG entspricht) sind die Beschwerdeführenden grundsätzlich in die vorläufige Aufnahme der Tochter einzubeziehen.

8.5 Unter den gegebenen Umständen ist es auch dem inzwischen volljährigen Sohn C._____, der selbst ebenfalls unter psychischen Problemen leidet, nicht zuzumuten, ohne seine Familie nach einer neunjährigen Landesabwesenheit alleine in die Ukraine zurückzureisen, zumal er bei seiner Ankunft noch minderjährig war und so einen wichtigen Teil der Adoleszenz in der Schweiz verbrachte. Eine erfolgreiche Reintegration in seinem Heimatland erscheint unter Würdigung der gesamten Umstände für ihn nicht möglich.

9.

9.1 Gemäss Art. 83 Abs. 7 AuG wird die vorläufige Aufnahme nicht verfügt, wenn die betreffende Person zu einer längerfristigen Freiheitsstrafe im In- oder Ausland verurteilt wurde oder wenn gegen sie eine strafrechtliche Massnahme im Sinne von Art. 64 oder 61 des Schweizerischen Strafgesetzbuchs vom 21. Dezember 1937 (StGB, SR 311.0) angeordnet wurde (Bst. a) oder wenn diese erheblich oder wiederholt gegen die öffentliche Sicherheit und Ordnung in der Schweiz oder im Ausland verstossen hat oder diese gefährdet oder die innere oder die äussere Sicherheit gefährdet (Bst. b). Die Verurteilung zur längerfristigen Freiheitsstrafe muss rechtskräftig sein. Der Begriff "längerfristig" wird vom Gesetzgeber nicht näher definiert. In der Lehre wird die Auffassung vertreten, die längerfristige Freiheitsstrafe müsse deutlich über einem Jahr liegen (vgl. MARC SPESCHA, in MARC SPESCHA/HANSPETER THÜR/ANDREAS ZÜND/PETER BOLZLI, Kommentar Migrationsrecht, Zürich 2008, N. 6 zu Art. 62 AuG, sowie PETER BOLZLI, a.a.O., N. 22 zu Art. 83 AuG und N. 5 zu Art. 84 AuG). Es ist darauf hinzuweisen, dass bei der Anwendung von Art. 83 Abs. 7 AuG – wie bereits früher unter Art. 14a Abs. 6 aANAG – generell Zurückhaltung geboten ist (vgl. BVGE 2007/32: EMARK 2006 Nr. 30, EMARK 2006 Nr. 23, EMARK 2004 Nr. 39).

9.2 Bezüglich der vom BFM erwähnten deliktischen Tätigkeit der Beschwerdeführenden ist festzuhalten, dass es sich bei den Dokumenten, welche den Akten beiliegen, lediglich um Anzeigen wegen Ladendiebstahls begangen im Jahre 2001 handelt beziehungsweise der Beschwerdeführer nach Ermittlungen gegen ihn wegen Raufhandel mit Todesfolgen freigesprochen wurde. Jegliches deliktisches Verhalten der Beschwerdeführenden liegt denn auch Jahre zurück und seither haben sie keinen Anlass mehr zu Klagen gegeben. Ein Ausschluss von der vorläufigen Aufnahme in Sinne von Art. 83 Abs. 7 AuG rechtfertigt sich somit nicht. Auch das strafrechtlich relevante Fehlverhalten des Sohnes C._____ reicht für einen Ausschluss der vorläufigen Aufnahme nicht aus, da er gemäss den dem Bundesverwaltungsgericht zur Verfügung stehenden Akten lediglich im Mai 2001 zu fünf Tagen Arbeitsleistung und im Dezember 2005 zu dreissig Tagen Gefängnis wegen Diebstahls verurteilt worden ist. Von einem erheblichen oder wiederholten Verstoss gegen die öffentliche Sicherheit und Ordnung oder von einer Gefährdung kann aufgrund der bestehenden Aktenlage nicht ausgegangen werden. Anzuführen bleibt jedoch an dieser Stelle, dass im Fall von erneutem deliktischen Verhalten die Aufhebung der vorläufigen Aufnahme im Sinne von Art. 84 Abs. 3 AuG jederzeit geprüft werden kann.

9.3 Demnach ist festzustellen, dass die Beschwerdeführenden zufolge Unzumutbarkeit des Wegweisungsvollzugs in der Schweiz vorläufig aufzunehmen sind.

10.

Zusammenfassend ergibt sich, dass die Beschwerde abzuweisen ist, soweit im Hauptbegehren die Rückweisung der Sache an die Vorinstanz zwecks Neuurteilung beantragt wird. Die Beschwerde ist hingegen gutzuheissen, soweit im Eventualantrag beantragt wird, die angefochtene Verfügung sei aufzuheben und es sei die Unzumutbarkeit des Wegweisungsvollzugs festzustellen. Demnach ist die Verfügung der Vorinstanz vom 16. Mai 2006 vollumfänglich und die Verfügung vom 15. Mai 2002 hinsichtlich der Ziffern 4 und 5 des Dispositivs aufzuheben. Das BFM ist anzuweisen, die Beschwerdeführenden in der Schweiz vorläufig aufzunehmen.

11.

Bei diesem Ausgang des Verfahrens wären den Beschwerdeführenden reduzierte Kosten aufzuerlegen (Art. 63 Abs. 1 VwVG). Nachdem aber

das Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege mit Verfügung vom 18. Juli 2006 gutgeheissen wurde, ist von einer Kostenauf-
lage abzusehen.

12.

Teilweise obsiegende Parteien haben Anspruch auf eine reduzierte Parteientschädigung für die ihnen erwachsenen notwendigen und ver-
hältnismässig hohen Kosten (Art. 64 Abs. 1 VwVG). Der Rechtsver-
treter der Beschwerdeführenden hat keine Kostennote zu den Akten
gereicht. Auf eine entsprechende Nachforderung kann jedoch ver-
zichtet werden, zumal sich der Aufwand zuverlässig abschätzen lässt.
Die von der Vorinstanz zu entrichtende reduzierte Parteientschädigung
wird demnach im Umfang von Fr. 600.- (inkl. Auslagen und MwSt) fest-
gesetzt (Art. 14 des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kos-
ten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE,
SR 173.320.2]).

(Dispositiv nächste Seite)

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.

Die Beschwerde wird abgewiesen, soweit die Rückweisung der Sache zwecks Neubeurteilung beantragt wird.

2.

Die Beschwerde wird gutgeheissen, soweit beantragt wird, es sei die Unzumutbarkeit des Wegweisungsvollzugs festzustellen.

3.

Die angefochtene Verfügung vom 16. Mai 2006 wird vollumfänglich, die Verfügung vom 15. Mai 2002 hinsichtlich der Ziffern 4 und 5 des Dispositivs aufgehoben.

4.

Das BFM wird angewiesen, die Beschwerdeführenden vorläufig aufzunehmen.

5.

Es werden keine Verfahrenskosten auferlegt.

6.

Die Vorinstanz hat den Beschwerdeführenden eine Parteientschädigung von Fr. 600.- zu entrichten.

7.

Dieses Urteil geht an:

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

Die vorsitzende Richterin:

Die Gerichtsschreiberin:

Nina Spälti Giannakitsas

Sara Steiner

Versand: