



Abteilung IV
D-5367/2008/cvv
{T 0/2}

Urteil vom 1. Dezember 2008

Besetzung

Richterin Nina Spälti Giannakitsas (Vorsitz),
Richterin Marianne Teuscher, Richter Hans Schürch,
Gerichtsschreiber Patrick Weber.

Parteien

A. _____, geboren _____,
B. _____, geboren _____,
C. _____, geboren _____,
D. _____, geboren _____,
E. _____, geboren _____,
F. _____, geboren _____,
G. _____, geboren _____,
H. _____, geboren _____,
alle wohnhaft _____
Beschwerdeführende,

gegen

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

Gegenstand

Nichteintreten auf Asylgesuch und Wegweisung; Verfügung des BFM vom 14. August 2008 / N _____.

Das Bundesverwaltungsgericht stellt fest:

A.

Am 15. Juni 1999 stellten die Beschwerdeführer in der Schweiz Asylgesuche. Zu deren Begründung legten sie im Wesentlichen dar, aus _____ (Kosovo) zu stammen und albanischer Ethnie zu sein. Sie hätten ihr Heimatland wegen der Verfolgung durch Serben im Bürgerkrieg verlassen.

B.

Mit Entscheid vom 21. Juli 1999 wies die Vorinstanz diese Gesuche ab und ordnete die Wegweisung an. Gleichzeitig wurde gestützt auf den Bundesratsbeschluss vom 7. April 1999 die vorläufige Aufnahme der Beschwerdeführer in der Schweiz wegen Unzumutbarkeit des Wegweisungsvollzugs verfügt. Der vorinstanzliche Entscheid erwuchs unangefochten in Rechtskraft. Nach der Aufhebung des erwähnten Bundesratsbeschlusses stellte das Bundesamt am 16. August 1999 die Beendigung der vorläufigen Aufnahme fest.

C.

Am 26. April 2000 stellten die Beschwerdeführer bei der Vorinstanz ein Wiedererwägungsgesuch. Sie machten darin geltend, als Mitglieder der ägyptischen Minderheit (Ashkali) im Kosovo durch Albaner Verfolgung gewärtigen zu müssen. Das Bundesamt nahm besagte Eingabe als zweites Asylgesuch entgegen und trat darauf mit Verfügung vom 10. Oktober 2001 nicht ein. Gleichzeitig wurde die vorläufige Aufnahme der Beschwerdeführer in der Schweiz wegen Unzumutbarkeit des Wegweisungsvollzugs angeordnet. Die vorinstanzliche Verfügung erwuchs unangefochten in Rechtskraft.

D.

Mit Verfügung vom 23. Oktober 2007 hob das BFM die vorläufige Aufnahme der Beschwerdeführer auf und ordnete den Wegweisungsvollzug an. Zur Begründung wurde auf die sich verbessernde Situation im Kosovo und das persönliche und wirtschaftliche Umfeld der Beschwerdeführer im Herkunftsort verwiesen. Der Entscheid erwuchs unangefochten in Rechtskraft. In der Folge war der Aufenthaltsort der Beschwerdeführer seit dem 1. November 2007 nicht mehr bekannt.

E.

Am 14. Juli 2008 stellten die Beschwerdeführer in der Schweiz erneut

Asylgesuche. Dazu wurden sie am 17. Juli 2008 in _____ summarisch befragt. Am 5. beziehungsweise 6. August 2008 führte das Bundesamt gleichenorts Anhörungen durch.

Anlässlich der Befragungen brachte der Beschwerdeführer vor, nach Aufhebung der vorläufigen Aufnahme mit der Familie nach Frankreich eingereist zu sein. Dort hätten sie Asylgesuche gestellt, welche abgelehnt worden seien. Man habe erfahren, dass sie zuvor in der Schweiz gewesen und zwei der Kinder dort geboren seien. Sie hätten bei seinem Bruder in _____ gelebt. Da sie im Kosovo wegen ihrer Ethnie nach wie vor gefährdet seien und namentlich die Kinder in die Schweiz hätten zurückkehren wollen, habe er den ablehnenden Entscheid nicht angefochten und sich mit der Familie zur Wiedereinreise in die Schweiz entschlossen.

Die Ehefrau und die beiden ältesten Kinder der Beschwerdeführer legten bei den Befragungen die Situation aus ihrer Sicht dar. Die Kinder seien in der Schweiz bereits gut integriert. In Frankreich hätten sie keine Perspektive.

Im Weiteren wurde den Beschwerdeführern anlässlich der Anhörung das rechtliche Gehör im Hinblick auf die zugesicherte Rückübernahme durch Frankreich gewährt.

Als Beweismittel gaben sie ein bereits im Verfahren bezüglich Aufhebung der vorläufigen Aufnahme eingereichtes Dokument in Kopie zu den Akten.

F.

Mit Verfügung vom 14. August 2008 - eröffnet am selben Datum - trat das BFM gestützt auf Art. 34 Abs. 2 Bst. a des Asylgesetzes vom 26. Juni 1998 (AsylG, SR 142.31) auf die Asylgesuche der Beschwerdeführer nicht ein und ordnete deren Wegweisung aus der Schweiz sowie den Wegweisungsvollzug nach Frankreich an. Zur Begründung führte die Vorinstanz an, Frankreich als sicherer Drittstaat im Sinne von Art. 6a Abs. 2 Bst. b AsylG habe am 28. Juli 2008 der Rückübernahme der Beschwerdeführer zugestimmt. Entsprechend könnten sie dorthin zurückkehren. Gründe im Sinne von Art. 34 Abs. 3 AsylG seien nicht ersichtlich. Zwar lebe eine Schwester des Beschwerdeführers als nahe Angehörige in der Schweiz. Demgegenüber hielten sich in Frankreich sowohl ein Bruder wie auch eine Schwester des Beschwerdeführ-

thers auf. Beim Bruder hätten die Beschwerdeführer sogar wohnen können. Im Weiteren erfüllten sie die Flüchtlingseigenschaft offensichtlich nicht, da den geltend gemachten Ereignissen im Kosovokrieg keine Aktualität mehr zukomme. Zwar hätten sich nach Beendigung des Krieges teilweise schwerwiegende Übergriffe auf Angehörige der ethnischen Minderheiten wie insbesondere der Ashkali ereignet. Es könne indes kein systematisches Vorgehen zur Vertreibung der ethnischen Minderheiten festgestellt werden. Die Wahrscheinlichkeit einer konkreten Gefährdung allein aufgrund der Ethnie könne an den meisten Orten aktuell ausgeschlossen werden. Schliesslich bestünden keine Anhaltspunkte dafür, dass sie in Frankreich keinen effektiven Schutz im Sinne von Art. 5 Abs. 1 AsylG erhalten würden. Der im vorliegenden Verfahren anzuordnende Vollzug der Wegweisung nach Frankreich sei als zulässig, zumutbar und möglich zu erachten.

G.

Mit Eingabe vom 20. August 2008 an das Bundesverwaltungsgericht beantragten die Beschwerdeführer die Aufhebung des vorinstanzlichen Entscheids, die Rückweisung der Sache an die Vorinstanz zur materiellen Prüfung, eventualiter die Feststellung der Flüchtlingseigenschaft und die Asylgewährung, subeventualiter die Feststellung der Unzulässigkeit des Wegweisungsvollzugs und entsprechend die vorläufige Aufnahme sowie in prozessualer Hinsicht die unentgeltliche Prozessführung (Art. 65 Abs. 1 des Verwaltungsverfahrensgesetzes vom 20. Dezember 1968 [VwVG, SR 172.021]). Zur Begründung machten sie geltend, es bestünden Hinweise auf Verfolgung im Sinne von Art. 34 Abs. 1 AsylG, weshalb die Anwendung von Art. 34 Abs. 2 AsylG aus systematischen Gründen vorliegend nicht in Betracht komme. Überdies seien die Voraussetzungen von Art. 34 Abs. 3 Bst. a und c AsylG erfüllt. Sie hätten sich während rund acht Jahren in der Schweiz aufgehalten. Ihre jüngeren Kinder seien hier geboren worden und die älteren hätten die Schule besucht. Die Einschätzung der Vorinstanz, das Beziehungsnetz in Frankreich sei grösser als dasjenige in der Schweiz, könne nicht geteilt werden. Vielmehr habe die gesamte Familie im Wohnort des zugewiesenen Aufenthaltskantons während sieben Jahren ein Beziehungsnetz aufgebaut, welches dasjenige in Frankreich, wo sie sich lediglich acht Monate aufgehalten hätten, an Gewicht übertreffe. Zu berücksichtigen sei ferner das Erstasylabkommen Schengen/Dublin; nach dessen Inkraftsetzung wäre Frankreich nicht mehr verpflichtet, sie rückzuübernehmen. Überdies hätten sie in Frankreich einen ablehnenden Asylentscheid erhalten und ris-

kierten dort die Abschiebung in den Kosovo. Der Vollzug der Wegweisung sei weder nach Frankreich noch in den Kosovo zumutbar. Der Eingabe lag ein Beweismittel (gemäss Übersetzung eine Bestätigung dafür, dass die Beschwerdeführer im Herkunftsort in Kosovo über kein Land mehr verfügten) bei.

H.

Mit Zwischenverfügung vom 25. August 2008 bestätigte die Instruktionsrichterin des Bundesverwaltungsgerichts die Berechtigung der Beschwerdeführer zur Anwesenheit in der Schweiz bis zum Abschluss des Verfahrens. Im Weiteren verzichtete sie auf die Erhebung eines Kostenvorschusses und hiess das Gesuch im Sinne von Art. 65 Abs. 1 AsylG gut.

I.

Mit Vernehmlassung vom 5. September 2008 schloss die Vorinstanz auf Abweisung der Beschwerde und hielt vorab fest, entgegen der Sichtweise der Beschwerdeführer sei bei der Anwendung von Art. 34 Abs. 2 Bst. a AsylG gemäss gefestigter Praxis nicht vorgängig zu prüfen, ob Hinweise auf eine Verfolgung im Sinne von Art. 34 Abs. 1 AsylG vorlägen. Es stelle sich einzig die Frage, ob eine der Ausnahmebestimmungen von Art. 34 Abs. 3 AsylG vorliege. Der Bundesrat habe in der Botschaft vom 4. September 2002 zur Änderung des Asylgesetzes sodann festgehalten, dass er gewillt sei, nach einer praktikablen, effektiven und vollzugsorientierten Drittstaatenregelung zu suchen. Zudem sei er den im Vernehmlassungsverfahren erhobenen Forderungen nach gesetzlichen Ausnahmebestimmungen nachgekommen, indem eine Wegweisung in einen Drittstaat unter anderem dann nicht angeordnet werde, wenn Personen, zu denen die asylsuchende Person enge Beziehungen habe, oder nahe Angehörige in der Schweiz lebten. Aufgrund der offenen Formulierung von Art. 34 Abs. 3 Bst. a AsylG stelle sich zunächst die Frage, was unter "engen Beziehungen" und "nahen Angehörigen" zu verstehen sei. Im Weiteren stehe besagte Ausnahmebestimmung in Konkurrenz zu Art. 32 Abs. 2 Bst. e AsylG, indem diese Bestimmung mit umgekehrtem analogem Wortlaut einen eigenständigen Nichteintretenstabestand darstelle. Das Bundesamt gehe davon aus, dass es sich bei den in Art. 34 Abs. 2 Bst. a bis e AsylG formulierten Tatbeständen um die Grundregel der eingangs erwähnten Drittstaatenregelung und bei Art. 34 Abs. 3 Bst. a bis c um Ausnahmebestimmungen handle. Aus der Sicht des Gesetzgebers und nach dem Sinne des Gesetzes könne aber nicht sein, dass

die Ausnahme der Grundregel vorgehe, wenn sich analoge Sachverhalte (nahe Angehörige im Ausland und in der Schweiz) konkurrenzieren. Vorliegend komme in quantitativer Hinsicht hinzu, dass beide Beschwerdeführer im Ausland nahe Verwandte hätten. Beim Bruder des Beschwerdeführers hätten sie sich vor der Wiedereinreise sogar aufhalten können. In der Schweiz lebe hingegen nur eine Schwester der Beschwerdeführerin. Im Übrigen seien die Beziehungen der Beschwerdeführer aus dem vorherigen Aufenthalt in der Schweiz im zu beurteilenden Verfahren insofern nicht von Relevanz, als damit verbundene Einwände in einem Beschwerdeverfahren gegen den Entscheid bezüglich Aufhebung der vorläufigen Aufnahme hätten geltend gemacht werden müssen. Schliesslich sei festzuhalten, dass die verfügte Wegweisung in einen Drittstaat mit Verwandten einen "kleineren" Eingriff darstelle als eine Wegweisung in den Heimatstaat. Bei Unmöglichkeit des Wegweisungsvollzugs in den Drittstaat müssten die Beschwerdeführer in Anbetracht der Aktenlage mit erheblicher Wahrscheinlichkeit davon ausgehen, nach Kosovo weggewiesen zu werden. Aufgrund dieser Erwägungen schloss die Vorinstanz auf Abweisung der Beschwerde.

J.

Mit Replik vom 18. September 2008 hielten die Beschwerdeführer an ihren bisherigen Darlegungen fest. Sie hätten in Frankreich beim Bruder leben müssen, weil der Staat keine Unterkunft zur Verfügung gestellt habe. Zur Schwester des Beschwerdeführers hätten sie während ihres Aufenthalts in der Schweiz regelmässigen Kontakt gehabt. Sie wäre auch bereit, den Sohn _____, dessen Härtefallgesuch noch beim Kanton hängig sei, bei einem positiven Entscheid bei sich aufzunehmen. Es sei ihnen zu gestatten, diesen Entscheid in der Schweiz abzuwarten.

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 Ausnahme, was das

Sachgebiet angeht, ist nicht gegeben (Art. 32 VGG). Das Bundesverwaltungsgericht ist daher zuständig für die Beurteilung der vorliegenden Beschwerde und entscheidet in diesem Bereich endgültig (Art. 105 AsylG; Art. 83 Bst. d Ziff. 1 des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 [BGG, SR 173.110]).

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).

2.

2.1 Die Beschwerde ist form- und fristgerecht eingereicht; die Beschwerdeführer sind legitimiert (Art. 108 Abs. 2 AsylG, Art. 6 AsylG i.V.m. Art. 48 Abs. 1 und Art. 52 VwVG). Auf die Beschwerde ist einzutreten.

2.2 Die Beurteilung von Beschwerden gegen Nichteintretensentscheide ist praxismässig auf die Überprüfung der Frage beschränkt, ob die Vorinstanz zu Recht nicht auf das Asylgesuch eingetreten ist. Auf das eventualiter gestellte materielle Begehren, es sei die Flüchtlingseigenschaft festzustellen und Asyl zu gewähren, ist demnach nicht einzutreten. Hingegen ist die Frage der offensichtlich bestehenden Flüchtlingseigenschaft im Rahmen von Art. 34 Abs. 3 Bst. b AsylG Prozessgegenstand. Die Beurteilungszuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichts als Beschwerdeinstanz ist vorliegend grundsätzlich darauf beschränkt, bei Begründetheit des Rechtsmittels die angefochtene Verfügung aufzuheben und die Sache zu neuer Entscheidung an die Vorinstanz zurückzuweisen (vgl. die nach wie vor zutreffende Praxis in Entscheidungen und Mitteilungen der Schweizerischen Asylrekurskommission [EMARK] 2004 Nr. 34 E 2.1. S. 240 f.). Hinsichtlich der Frage der Wegweisung und deren Vollzuges ist die Beurteilungszuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichts nicht beschränkt, weil sich das BFM diesbezüglich auch materiell zur Sache zu äussern hatte.

3.

3.1 Gemäss Art. 34 Abs. 2 Bst. a AsylG wird auf ein Asylgesuch in der Regel nicht eingetreten, wenn eine asylsuchende Person in einen sicheren Drittstaat (nach Art. 6a Abs. 2 Bst. b AsylG) zurückkehren kann, in welchem sie sich vorher aufgehalten hat. Diese Bestimmung

findet keine Anwendung, wenn Personen, zu denen die asylsuchende Person enge Beziehungen hat, oder nahe Angehörige in der Schweiz leben (Art. 34 Abs. 3 Bst. a AsylG), oder wenn die asylsuchende Person offensichtlich die Flüchtlingseigenschaft nach Art. 3 AsylG erfüllt (Art. 34 Abs. 3 Bst. b AsylG), oder wenn Hinweise darauf bestehen, dass im Drittstaat kein effektiver Schutz vor Rückschiebung nach Art. 5 Abs. 1 AsylG besteht (Art. 34 Abs. 3 Bst. c AsylG).

3.2 Die Beschwerdeführer übersehen in ihren Ausführungen betreffend einer angeblich in gesetzessystematischer Hinsicht falsch erfolgten Anwendung der Bestimmung von Art. 34 AsylG in Bezug auf bestehende „Hinweise auf Verfolgung“ offenkundig, dass in Art. 34 mehrere und insbesondere voneinander zu unterscheidende Konstellationen geregelt sind. So vermengen sie in der Beschwerdebegründung zwei unterschiedlichen Regelungsbereiche, indem sie die Praxis zur Frage der Behandlung von Gesuchen von Asylsuchenden, die aus einem verfolgungssicheren (Heimat-)Staat stammen (nach Art. 34 Abs. 1 i.V.m. Art. 6a Abs. 2 Bst. a AsylG), mit der Praxis zur Frage der Behandlung von Gesuchen von Asylsuchenden, die über die Möglichkeit der Rückkehr in einen sicheren Drittstaat verfügen (nach Art. 34 Abs. 2 i.V.m. Art. 6a Abs. 2 Bst. b AsylG), vermischen. Im Rahmen der per 1. Januar 2008 in Kraft gesetzten Gesetzesrevision wurde in Art. 34 Abs. 1 AsylG (i.V.m. Art. 6a Abs. 2 Bst. a AsylG) der bisher in aArt. 34 Abs. 1 und 2 AsylG geregelte „Safe-Country“-Nichteintretenstatbestand aufgenommen, wogegen in Art. 34 Abs. 2 AsylG (i.V.m. Art. 6a Abs. 2 Bst. b AsylG) die bisherigen Bestimmungen über die vorsorglichen Wegweisung (gemäss aArt. 23 Abs. 1 AsylG und aArt. 42 Abs. 2 AsylG) beziehungsweise Aufnahme in einem Drittstaat (Art. 52 Abs. 1 aAsylG) einen neuen eigenständigen Nichteintretenstatbestand ausmachen. Vor diesem Hintergrund erweisen sich die Rügen hinsichtlich einer angeblichen Verletzung der Gesetzessystematik als unbegründet.

3.3 Die Beschwerdeführer sind eigenen Angaben zufolge von Frankreich kommend in die Schweiz eingereist. Frankreich ist gemäss Beschluss des Bundesrates vom 14. Dezember 2007 (in Kraft seit dem 1. Januar 2008) ein verfolgungssicherer Drittstaat im Sinne von Art. 6a Abs. 2 Bst. b AsylG und gemäss Erklärung der zuständigen Behörde vom 28. Juli 2008 zu einer Rückübernahme der Beschwerdeführer bereit. Somit sind die Grundvoraussetzungen für einen Nichteintrentensentscheid in Anwendung von Art. 34 Abs. 2 Bst. a AsylG erfüllt.

Anzufügen ist, dass anders als im aufgehobenen aArt. 42 Abs. 2 AsylG die Dauer des Aufenthaltes im Drittstaat und ein allfälliger Bezug zu diesem im Rahmen von Art. 34 Abs. 2 AsylG nicht massgeblich ist (vgl. BBl 2002 S. 6884).

4.

4.1 Das BFM gelangt in seinem Entscheid zum Schluss, in vorliegender Sache sei keiner der Gründe nach Art. 34 Abs. 3 Bst. a - c AsylG, welche einen Nichteintretensentscheid gestützt auf Art. 34 Abs. 2 Bst. a AsylG ausschliessen würden, gegeben.

Bezüglich Art. 34 Abs. 3 Bst. b ist diese Auffassung zu teilen. Allein aufgrund der Zugehörigkeit zur Ethnie der Ashkali und der Befürchtung der Beschwerdeführer, wegen ihres langjährigen Auslandsaufenthaltes als mutmasslich reiche Rückkehrer Opfer von Erpressungen oder - die Kinder betreffend - sogar von Entführungen zu werden, kann vorliegend nicht auf offensichtlich begründete Furcht vor ernsthaften Nachteilen im Heimatland geschlossen werden, zumal die vor Ort getätigten Abklärungen und die vom BFM zu Recht hervorgehobene Verbesserung der Situation in Kosovo gegen eine solche Annahme sprechen. Im Weiteren besteht entgegen ihrer in keiner Weise stichhaltigen Argumentation auch kein Anlass zur Einschätzung, die Beschwerdeführer würden in Frankreich im Bedarfsfall keinen effektiven Schutz vor Rückschiebung nach Art. 5 Abs. 1 AsylG geniessen (vgl. dazu Art. 34 Abs. 3 Bst. c AsylG). Der Beschwerdeführer hat ausgeführt, kein Rechtsmittel gegen den angeblich schon ergangenen erstinstanzlichen Entscheid der französischen Behörden ergriffen zu haben (D 2/10, S. 7). Allerdings vermag auch ein im Drittstaat abgeschlossenes Asylverfahren die Vermutung des sicheren Drittstaates nicht umzustossen, zumal Frankreich seinen völkerrechtlichen Verpflichtungen nachkommt und eine Verletzung des Non-Refoulement-Verbotes ausgeschlossen werden kann (vgl. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts E-7108/2008 vom 18. November 2008).

5. Es bleibt mithin zu prüfen, ob das BFM zu Recht die Voraussetzungen zur Anwendung von Art. 34 Abs. 3 Bst a AsylG verneint hat.

5.1 Im angefochtenen Entscheid wird diesbezüglich ausgeführt, es lebe zwar eine Schwester als nahe Angehörige in der Schweiz, demgegenüber lebten aber ein Bruder und eine Schwester in Frankreich, weshalb in Frankreich ein breiteres Beziehungsnetz bestehe.

5.2 Die Beschwerdeführer machen diesbezüglich geltend, aufgrund des langjährigen Aufenthalts in der Schweiz hier stark verwurzelt zu sein. Zu der in der Schweiz lebenden Schwester des Beschwerdeführers bestünden regelmässige Kontakte. Die Kinder seien hier geboren worden beziehungsweise hätten hier die Schule besucht. Den Sohn _____ betreffend sei sogar ein Gesuch um Erteilung einer Härtefallbewilligung beim zuständigen Kanton hängig. Die erwähnte Schwester sei bereit, im Falle der Gutheissung dieses Gesuchs _____ bei sich aufzunehmen. Die beiden ältesten Kinder brachten in den Anhörungen vor, für sie sei sowohl eine Rückkehr nach Frankreich wie nach Kosovo undenkbar. Sie seien in der Schweiz sozialisiert worden und verfügten hier über einen grossen Freundeskreis.

5.3 In ihrer Vernehmlassung verweist die Vorinstanz darauf, dass der Gesetzgeber mit der Einführung der zur Debatte stehenden Norm eine praktikable, effektive und vollzugsorientierte Drittstaatenregelung einführen wollte. Die offene Formulierung „wenn ... Personen, zu denen die asylsuchende Person enge Beziehungen hat, oder nahe Angehörige in der Schweiz leben“ bedürfe in der Tat einer Auslegung. Auch sei das Verhältnis zu Art. 34 Abs. 2 Bst. e AsylG als eigenständiger Nichteintretensartikel bei Beziehungen zu oder Angehörigen in einem Drittstaat zu klären. Bei den Bestimmungen gemäss Art. 34 Abs. 2 Bstn. a-e würde es sich um die Grundregel handeln, beim Abs. 3 derselben Bestimmung um die Ausnahme. Nach dem Sinne des Gesetzes könne es nun nicht sein, dass die Ausnahme der Grundregel vorgehe, wenn sich analoge Sachverhalte (nahe Angehörige in der Schweiz und im Drittstaat) konkurrenzieren würden. Die Beziehungen aus dem vorgängigen Aufenthalt in der Schweiz könnten nicht relevant sein, seien diese doch im Rahmen der Aufhebung der vorläufigen Aufnahme geprüft worden und hätten allenfalls im Rahmen einer dagegen erhobenen Beschwerde geltend gemacht werden müssen. Eine entsprechende Auslegung sei schliesslich auch verhältnismässig, müssten die Beschwerdeführer doch damit rechnen, wenn nicht nach Frankreich mit erheblicher Wahrscheinlichkeit in den Heimatstaat weggewiesen zu werden.

5.4 In ihrer Replik verwiesen die Beschwerdeführer erneut auf ihre stärkere Verbundenheit mit der Schweiz. Auch wurde festgestellt, dass gemäss dem bald in Kraft tretenden Schengen/Dublin- Abkommen die Schweiz offensichtlich als Erstasylland vorliegend zuständig wäre.

6.

6.1 Mit der Vorinstanz ist zunächst einig zu gehen, dass die Formulierung "Absatz 2 findet keine Anwendung, wenn..." in der Tat nahe legt, dass der Gesetzgeber ein Regel-Ausnahmeverhältnis schaffen wollte. Wenn also sich konkurrenzierende und damit gleiche Sachverhalte vorliegen, müsste der Regel Vorrang gegeben werden. Dass aber im vorliegenden Verfahren sich konkurrenzierende, das heisst gleich zu gewichtende Sachverhalte vorliegen, wird eben gerade bestritten, vielmehr sei die Beziehung zur Schweiz durch den langjährigen Aufenthalt in diesem Land eine viel engere als zu Frankreich. Dies sei entsprechend zu berücksichtigen. Es stellt sich mithin die Frage, ob Art. 34 Abs. 2 Bst. a AsylG i.V.m. Art. 34 Abs. 3 Bst. a AsylG derart zu verstehen ist, dass eine Abwägung der Beziehungsnähe zur Schweiz und zum Drittstaat vorzunehmen ist und ein Nichteintreten nur dann möglich ist, wenn die Beziehung zur Schweiz nicht stärker ist als diejenige zum Drittstaat.

6.2 In diesem Zusammenhang ist der Botschaft zur entsprechenden Gesetzesrevision Folgendes zu entnehmen: "Leben also nahe Angehörige oder andere Personen, zu denen eine asylsuchende Person eine enge Beziehung haben, in der Schweiz, so soll keine Wegweisung in einen Drittstaat angeordnet werden" (BBl 2002 S. 6885). Diese Feststellung in der Botschaft lässt zunächst vermuten, dass das generelle soziale Umfeld einer asylsuchenden Person in den relevanten Staaten zu berücksichtigen und damit eine Abwägung der Beziehungsnähe zur Schweiz und zum Drittstaat zu erfolgen hätte. Eine solche Abwägung war auch im Rahmen der nunmehr zu Gunsten von Art. 34 Abs. 2 und 3 AsylG aufgehobenen Artikel zur vorsorglichen Wegweisung (Art. 42 Abs. 2 aAsylG) wie auch im Rahmen des damaligen Asylausschlussgrundes wegen möglicher Aufnahme in einem Drittstaat (Art. 52 Abs. 1 aAsylG) durchzuführen (vgl. statt vieler EMARK 1999 Nr. 21, EMARK 1999 Nr. 22, EMARK 2000 Nr. 1, EMARK 2001 Nr. 4). Dies allerdings unter dem Aspekt der Zumutbarkeit: Nach damaliger gesetzlicher Regelung war die Wegweisung in den Drittstaat nur zumutbar, wenn ein vorgängiger Aufenthalt von „einiger Zeit“ beziehungsweise eine gewichtige Beziehungsnähe zum Drittstaat nachgewiesen werden konnte. Dies bedingte eine Abwägung der Beziehungsnähe zur Schweiz und zum Drittstaat. In diesem Zusammenhang ist jedoch darauf hinzuweisen, dass auch Art. 23 aAsylG aufgehoben und gleichermassen durch Art. 34 Abs. 2 und 3 AsylG ersetzt wurde,

dort jedoch eine Abwägung der Beziehungsnähe nicht vorzunehmen war (vgl. EMARK 2001 Nr. 14).

6.3 Der Gesetzgeber wollte mit der neuen Regelung nun aber eine Abwägung der Beziehungsnähe gerade ausschliessen. So findet sich in der Botschaft die recht deutliche Aussage, dass bei der Anwendung von Art. 34 Abs. 2 Bst. a AsylG die Dauer des Aufenthaltes oder ein besonders enger Bezug der asylsuchenden Person zum Drittstaat für die Anordnung der Wegweisung nicht (mehr) massgeblich sind (vgl. BBl 2002 S. 6884). Einführend wird hier auch dargelegt, dass insbesondere ein effizienter Vollzug der Wegweisung im Vordergrund stehe - das bisherige Recht solle insofern geändert werden, als neu der Nachweis für einen Aufenthalt von einiger Zeit im Drittstaat entfalle (BBl 2002 S. 6851). Bestätigt wird dies auch darin, dass in den Räten ein Minderheitenantrag, der als weiteren Ausnahmetatbestand unter Art. 34 Abs. 3 AsylG vorsah, dass das Nichteintreten ausgeschlossen bleibt, „wenn der Vollzug der Wegweisung in den Drittstaat nicht zumutbar ist“, abgelehnt wurde (vgl. Amtliches Bulletin, 2004 AN 4703). Dies ist ein weiterer Hinweis darauf, dass eben die bisher sich auf die Zumutbarkeit der Wegweisung in den Drittstaat stützende Prüfung des stärkeren Beziehungsnetzes nicht zugelassen werden wollte (vgl. in diesem Sinne auch Urteile des Bundesverwaltungsgerichts E-2655/2008 vom 6. Mai 2008, E-2001/2008 vom 4. April 2008, D-6744/2008 vom 29. Oktober 2008, D-5786/2008 vom 17. September 2008, E-7108/2008 vom 18. November 2008, D-5945/2008 vom 22. September 2008 und D-4103/2008 vom 26. September 2008).

6.4 In Bezug auf Art. 34 Abs. 3 Bst. a AsylG wurde bei der Gesetzesrevision sodann ausgeführt, „Buchstabe a ist die logische Ergänzung zu Absatz 3 Buchstabe e: Ist ein Drittstaat bereit, eine asylsuchende Person zu übernehmen, weil dort nahe Angehörige leben oder weil sie dort andere Personen hat, zu denen enge Beziehungen bestehen, muss dies umgekehrt auch für die Schweiz gelten (vgl. BBl 2002, 6885). Diese Korrelation weist auf ein sehr enges Verständnis von „Angehörigen“ und „enge Beziehungen zu Personen“ hin, werden doch Gesuchsteller nur dann in einen Drittstaat weggewiesen, wenn die Beziehungen zu Personen im Ausland beziehungsweise deren Aufenthaltsstatus im Drittstaat von solcher Qualität ist, dass die Aufnahme im Drittstaat als sicher gelten kann (vgl. EMARK 1999 Nr. 21), was in der Regel eben nur bei der Kernfamilie oder bei kernfamilienähnlichen Be-

ziehungen der Fall ist. Abgestellt wird dabei regelmässig auf die Frage, ob die Beziehung zu bestimmten Personen den langfristigen Aufenthalt im Drittstaat ermöglicht. Die in Art. 34 Abs. 3 Bst. a AsylG verwendeten Begriffe "nahe Angehörige" und "Personen, zu denen die asylsuchende Person enge Beziehungen hat", wurden denn auch aus dem bisherigen aArt. 23 Abs. 1 Bst. d beziehungsweise aus aArt. 42 Abs. 2 Bst. c AsylG übernommen (vgl. BBI 2002 S. 6885). Als "nahe Angehörige" in diesem Sinne galten im Regelfall vorab Ehegatten und deren minderjährige Kinder, wobei Partnerinnen und Partner sowie die in dauernder eheähnlicher Gemeinschaft zusammenlebenden Personen den Ehegatten gleichgestellt werden (vgl. dazu EMARK 2000 Nr. 4 E. 5b S. 41 f. sowie Art. 1 Bst. e der Asylverordnung 1 über Verfahrensfragen vom 11. August 1999 [AsylV 1]). Eine Auslegung dieser Bestimmung in der Art, dass hier eine Abwägung der Beziehungsnähe zur Schweiz in Vergleich zur Beziehungsnähe zum Drittstaat vorzunehmen sei, ist aufgrund der bisherigen Erwägungen nicht sachgerecht.

6.5 Nachdem der Ausnahmetatbestand gemäss Art. 34 Abs. 3 Bst. a AsylG in Relation zu Art. 34 Abs. 2 Bst. e AsylG zu sehen ist, stellt sich schliesslich noch die Frage, ob jedenfalls immer dann, wenn der Drittstaat bei umgekehrtem Sachverhalt verpflichtet wäre, den Asylsuchenden zu übernehmen, die Zuständigkeit bei der Schweiz bleiben soll. Dies ist wie die Vorinstanz zu Recht ausführte in der Regel insbesondere dann der Fall, wenn Angehörige der Kernfamilie in der Schweiz leben oder bei kernfamilienähnlichen Beziehungen zu in der Schweiz lebenden Personen. Es ergeben sich jedoch auch andere Übernahmeverpflichtungen, zum Beispiel aus Rückübernahmeabkommen. Die Beschwerdeführer können sich jedoch aufgrund ihres längeren Aufenthaltes in Frankreich ohnehin nicht mehr auf eine solche Pflicht der Schweiz berufen, weshalb diese Frage letztlich offen bleiben kann. Die Rückübernahme von Drittstaatenangehörigen wird in Art. 6 des Abkommens vom 28. Oktober 1998 zwischen dem Schweizerischen Bundesrat und der Regierung der Französischen Republik über die Rückübernahme von Personen mit unbefugtem Aufenthalt (SR 0.142.113.499, nachfolgend; Rückübernahmeabkommen) geregelt. Nachdem die Beschwerdeführer mehrere Jahre in der Schweiz gelebt haben, hier ihr erstes Asylgesuch gestellt haben und schliesslich von hier aus nach Frankreich gereist sind, hätte sich zunächst eine Pflicht zur Rückübernahme ergeben. Diese Verpflichtung erlosch jedoch, gilt doch die Rückübernahmeverpflichtung nach Art. 6 nicht gegenüber den Drittstaatsangehörigen, welche sich seit mehr als sechs Monaten

auf dem Hoheitsgebiet der anderen Vertragspartei aufhalten, ausser wenn sie Inhaber eines gültigen Aufenthaltstitels sind (vgl. Art. 7 Rückübernahmeabkommen). Nachdem die vorläufige Aufnahme der Beschwerdeführer rechtskräftig aufgehoben worden war, verfügten sie nicht mehr über einen Aufenthaltstitel für die Schweiz und ihr Aufenthalt in Frankreich betrug über acht Monate. In dieser Hinsicht können die Beschwerdeführer demnach nichts für sich ableiten. Daran ändern auch das demnächst in Kraft tretenden Abkommen von Schengen/Dublin nichts, da eine rückwirkende Anwendung des Abkommens ausgeschlossen bleibt.

6.6 Im Ergebnis ist damit dem BFM insofern beizupflichten, als die Beschwerdeführer tatsächlich sowohl in Frankreich wie auch in der Schweiz über Verwandte verfügen, zu denen ein gewisser Kontakt besteht. Als "nahe Angehörige" im Sinne von Art. 34 Abs. 3 Bst. e oder a AsylG können sie indes nicht bezeichnet werden, können doch die entsprechenden Beziehungen nicht als derart eng bezeichnet werden. So ist besagte Schwester in der Schweiz gemäss Aussagen der Beschwerdeführer zwar Teil einer - vor allem auch durch Kontakte der Kinder geprägten - langjährigen Beziehungssituation, ein besonders enges Verhältnis oder gar eine Abhängigkeit liegt indes nicht vor. Aufgrund der mehrmonatigen Landesabwesenheit lässt sich auch aus dem früheren Aufenthalt keine Verpflichtung der Schweiz zur Aufnahme der Beschwerdeführer ableiten. In Berücksichtigung der langjährigen Schulbesuche der Kinder dürfte zwar eine starke Beziehungsnähe zur Schweiz zu bejahen sein, die jedoch keine Relevanz zu entfalten vermag. Für eine Abwägung der Beziehungsnähe der Beschwerdeführer zu der Schweiz und zu Frankreich – die zweifellos zu Gunsten der Schweiz hätte ausfallen müssen – bleibt gemäss Art. 34 Abs. 2 Bst. a AsylG i.V.m. Art. 34 Abs. 3 Bst. a AsylG kein Raum.

7. Diesen Erwägungen gemäss ist festzustellen, dass die Voraussetzungen zum Nichteintreten gemäss Art. 34 Abs. 2 Bst. a AsylG vorliegend erfüllt sind und die ausnahmsweise Nichtanwendung der besagten Norm insbesondere aufgrund von Art. 34 Abs. 3 Bst. a AsylG nicht in Betracht fällt. Der Nichteintretensentscheid des BFM vom 14. August 2008 ist dementsprechend zu bestätigen.

8.

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

Der Vollzug ist nicht möglich, wenn der Ausländer weder in den Herkunfts- oder in den Heimatstaat noch in einen Drittstaat verbracht werden kann. Er ist nicht zulässig, wenn völkerrechtliche Verpflichtungen der Schweiz einer Weiterreise des Ausländers in seinen Heimat-, Herkunfts- oder einen Drittstaat entgegenstehen. Der Vollzug kann insbesondere nicht zumutbar sein, wenn er für den Ausländer eine konkrete Gefährdung darstellt (Art. 83 Abs. 2 - 4 AuG). Niemand darf in irgendeiner Form zur Ausreise in ein Land gezwungen werden, in dem sein Leib, sein Leben oder seine Freiheit aus einem Grund nach Art. 3 Abs. 1 AsylG gefährdet sind oder in dem die Gefahr besteht, dass er zur Ausreise in ein solches Land gezwungen wird (Art. 5 Abs. 1 AsylG). 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 zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten vom 4. November 1950 (EMRK; SR 0.101) darf niemand der Folter oder unmenschlicher oder erniedrigender Strafe oder Behandlung unterworfen werden.

8.2 Die Beschwerdeführer verfügen weder über eine fremdenpolizeiliche Aufenthaltsbewilligung noch einen Anspruch auf Erteilung einer solchen. Die Anordnung der Wegweisung ist daher zu bestätigen (Art. 44 Abs. 1 AsylG; EMARK 2001 Nr. 21). Das den Sohn betreffende laufende Verfahren in Bezug auf eine Härtefallbewilligung vermag an dieser Einschätzung nichts zu ändern, zumal ein entsprechender Anspruch nicht besteht.

8.3 Die Vorinstanz weist in der angefochtenen Verfügung zutreffend darauf hin, dass die Beschwerdeführer nach Frankreich weggewiesen werden und sich aus den Akten diesbezüglich keine Hinweise auf eine Verletzung des Non-Refoulement-Verbotes ergeben. Eine entsprechende Prüfung erfolgte bereits unter dem Aspekt des Nichteintretens,

wäre ein solches doch im Falle der drohenden Gefahr einer Verletzung des Non-Refoulements-Verbots ausgeschlossen (vgl. Art. 34 Abs. 3 Bst. c AsylG). Der Vollzug der Wegweisung ist demnach sowohl im Sinne der asyl- als auch der völkerrechtlichen Bestimmungen zulässig.

8.4 Aus humanitären Gründen, nicht in Erfüllung völkerrechtlicher Pflichten der Schweiz, wird auf den Vollzug der Wegweisung auch verzichtet, wenn der Vollzug der Wegweisung für die Betroffenen eine konkrete Gefährdung darstellt.

Die Beschwerdeführer haben sich im November 2007 nach Aufhebung einer jahrelang gewährten vorläufigen Aufnahme freiwillig nach Frankreich begeben. In Frankreich konnten sie offenbar bei einem Bruder der Beschwerdeführer unterkommen und sich acht Monate lang dort aufhalten. In die Schweiz zurückgereist seien sie, weil sich die Kinder in Frankreich nicht wohl gefühlt hätten. Unter den gegebenen Umständen ist demnach nicht davon auszugehen, die Beschwerdeführer würden im Falle der Wegweisung nach Frankreich dort in eine Existenz bedrohende Lage geraten. Zwar dürfte es insbesondere den Kindern der Beschwerdeführer, die weitgehend in der Schweiz sozialisiert worden sind, nicht leicht fallen, die Schweiz zu verlassen. Darin aber eine Situation zu erblicken, die die Wegweisung als unzumutbar erscheinen liesse, ist nicht gerechtfertigt, zumal bereits im Jahre 2007 trotz des langjährigen Aufenthalts in der Schweiz der Vollzug der Wegweisung als zumutbar erachtet wurde und diese Verfügung unangefochten in Rechtskraft erwachsen ist. An der Zumutbarkeit des Vollzugs der Wegweisung vermag schliesslich auch nichts zu ändern, dass der Sohn der Beschwerdeführer anlässlich der Anhörungen vorbrachte, sich im Falle des Wegweisungsvollzugs nach Frankreich das Leben zu nehmen. Aus den Akten ergeben sich keine Hinweise darauf, dass der Sohn der Beschwerdeführer an einer ernsthaften psychischen Krankheit leidet, sodass eine eigentliche krankheitsbedingte Zwangslage vorliegen würde und eine medizinische Behandlung nur in der Schweiz möglich wäre. Die Vorinstanz ist demnach zu Recht von der Zumutbarkeit des Wegweisungsvollzugs nach Frankreich ausgegangen.

8.5 Schliesslich ist der Vollzug der Wegweisung technisch möglich und praktisch durchführbar, liegt doch eine entsprechende Zustimmung der französischen Behörden vor.

8.6 Die von der Vorinstanz angeordnete Wegweisung ist - wie oben dargelegt - zu bestätigen. Aus den vorstehenden Erwägungen folgt, dass die Vorinstanz ferner den Wegweisungsvollzug nach Frankreich zu Recht als zulässig, zumutbar und möglich erklärt hat. Die Anordnung einer vorläufigen Aufnahme fällt demnach ausser Betracht.

9. 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.

10. Bei diesem Ausgang des Verfahrens wären den Beschwerdeführern die Verfahrenskosten aufzuerlegen (Art. 63 Abs. 1 VwVG und Art. 16 Abs. 1 Bst. a VGG i.V.m. Art. 2 und 3 des Reglements über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht vom 21. Februar 2008 [VGKE; SR 173.320.2]). Nachdem jedoch die unentgeltliche Prozessführung gewährt wurde, ist darauf zu verzichten.

(Dispositiv nächste Seite)

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.

Die Beschwerde wird abgewiesen.

2.

Es werden keine Verfahrenskosten auferlegt.

3.

Dieses Urteil geht an:

- die Beschwerdeführer (Einschreiben)
- die Vorinstanz, Abteilung Aufenthalt und Rückkehrförderung mit den Akten Ref.-Nr. N _____ (per Kurier; in Kopie)
- _____

Die vorsitzende Richterin:

Der Gerichtsschreiber:

Nina Spälti Giannakitsas

Patrick Weber

Versand: