



Urteil vom 13. Dezember 2012

Besetzung

Richter Thomas Wespi (Vorsitz),
Richter Kurt Gysi, Richter Hans Schürch,
Gerichtsschreiber Stefan Weber.

Parteien

A. _____, geboren (...),
B. _____, geboren (...),
C. _____, geboren (...),
D. _____, geboren (...),
Kosovo,
alle vertreten durch lic. iur. Magda Zihlmann, Rechtsanwältin,
Beschwerdeführer,

gegen

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

Gegenstand

Nichteintreten auf Asylgesuch und Wegweisung; Verfügung
des BFM vom 19. Juli 2010 / N_____.

Sachverhalt:**A.**

A.a. Mit Verfügung des Bundesamtes für Flüchtlinge (BFF) vom 21. Juli 1999 wurden die ersten Asylgesuche der aus E._____/F._____
stammenden Beschwerdeführer albanischer Ethnie vom 19. Oktober 1998 abgewiesen sowie die Wegweisung angeordnet. Gleichzeitig wurde gemäss Bundesratsbeschluss vom 7. April 1999 die vorläufige Aufnahme der Beschwerdeführer verfügt. Diese Verfügung erwuchs unangefochten in Rechtskraft. Am 16. August 1999 wurde vorläufige Aufnahme mit generellem Beschluss des Bundesrats aufgehoben, worauf die Beschwerdeführer mit ihren Kindern am 31. Juli 2000 nach Kosovo zurückkehrten.

B. Am 7. Mai 2003 stellten die Beschwerdeführer in der Schweiz erneute Asylgesuche, die mit Verfügung des BFF vom 18. Mai 2004 abgewiesen wurden. Gleichzeitig wurde die Wegweisung sowie deren Vollzug angeordnet. Die am 21. Juni 2004 dagegen erhobene Beschwerde wurde mit Urteil des Bundesverwaltungsgerichts D-3273/2006 vom 1. Oktober 2007 abgewiesen. In der Folge verliessen die Beschwerdeführer – ausser Sohn G._____, dessen Ausreisefrist für den Abschluss seiner Ausbildung in der Schweiz durch das BFM verlängert wurde und dem, nachdem das BFM am 27. September 2010 dem kantonalen Antrag auf Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung gemäss Art. 14 Abs. 2 des Asylgesetzes vom 26. Juni 1998 (AsylG, SR 142.31) zugestimmt hatte, gleichentags seitens der zuständigen kantonalen Behörde eine Aufenthaltsbewilligung ausgestellt wurde – am 30. November 2007 die Schweiz und kehrten in ihre Heimat zurück.

B.a. Am 17. Juni 2008 stellten die Beschwerdeführer im Empfangs- und Verfahrenszentrum (EVZ) H._____
ihre dritten Asylgesuche. Der Beschwerdeführer, seine Frau und C._____
wurden am 26. Juni 2008 im EVZ summarisch und am 14./15. Juli 2008 vom BFM im Rahmen einer Anhörung zu ihren Gründen der erneuten Ausreise befragt. Zur Begründung führten sie im Wesentlichen aus, dass sie nach ihrer erneuten Rückkehr nach Kosovo Probleme bekommen hätten. Sie hätten im Haus des Vaters des Beschwerdeführers gewohnt. Der Vater habe ihnen jedoch viele Schwierigkeiten gemacht und sei ihnen nicht mehr wohlgesonnen gewesen. Aufgrund des Umstandes, dass die Beschwerdeführerin B._____
im Krieg im Jahre (...) von Serben vergewaltigt worden sei, habe ihr Schwiegervater gewollt, dass sich der Beschwerdeführer von seiner Frau trenne. Eine Nachbarin habe schlecht über ihre Familie ge-

sprochen und es habe viel Gerede im Dorf und Provokationen gegenüber dem Beschwerdeführer gegeben. Auf Anraten des Hausarztes hätten sie sich nach I._____ begeben, um dort einen Psychiater aufzusuchen. In der Klinik sei die Beschwerdeführerin jedoch nicht behandelt worden; dafür seien sie dort von einem Dorfbewohner gesehen worden, der daraufhin im Dorf herumerzählt habe, dass diese verrückt sei. C._____ sei wegen wiederholter Provokationen seitens anderer Schüler regelmässig weinend von der Schule nach Hause gekommen und Sohn J._____ habe deswegen gar den Schulort gewechselt. Aufgrund dieser Schwierigkeiten und weil sie Konflikte hätten vermeiden wollen, hätten sie sich zur erneuten Ausreise aus Kosovo entschieden. Auf die weiteren Ausführungen wird, soweit wesentlich, in den nachfolgenden Erwägungen eingegangen.

B.b. Mit Entscheid des BFM vom 18. Juli 2008 wurden die Beschwerdeführer für den Aufenthalt während des Asylverfahrens dem Kanton K._____ zugewiesen.

C.

Mit Verfügung vom 19. Juli 2010 – eröffnet am 21. Juli 2010 – trat das BFM auf die neuerlichen Asylbegehren der Beschwerdeführer gestützt auf Art. 32 Abs. 2 Bst. e AsylG nicht ein und ordnete gleichzeitig die Wegweisung aus der Schweiz und den Vollzug an. Die Vorinstanz begründete ihre Verfügung im Wesentlichen damit, dass seit dem rechtskräftigen Abschluss des Asylverfahrens keine Ereignisse eingetreten seien, die für die Anerkennung der Flüchtlingseigenschaft relevant wären. Der Vollzug der Wegweisung sei als zulässig, zumutbar und möglich zu erachten.

D.

Mit Eingabe vom 27. Juli 2010 beantragten die Beschwerdeführer, es sei die vorinstanzliche Verfügung vollumfänglich aufzuheben, es sei die Sache zur materiellen Prüfung des Gesuchs an die Vorinstanz zurückzuweisen, eventualiter sei ihre Flüchtlingseigenschaft festzustellen und ihnen sei Asyl zu gewähren, subeventualiter sei die Unzulässigkeit oder zumindest die Unzumutbarkeit des Wegweisungsvollzugs festzustellen und die vorläufige Aufnahme anzuordnen, subsubeventualiter sei die Sache als Revisionsgesuch an die Hand zu nehmen, und ersuchten in formeller Hinsicht um die Verfahrensvereinigung mit der Beschwerdesache J._____, geboren (...), N_____ (Geschäfts-Nr. D-5421/2010), die Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege im Sinne von Art. 65 Abs. 1

und 2 des Bundesgesetzes vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren (VwVG, SR 172.021) sowie um Verzicht auf die Erhebung eines Kostenvorschusses. In Ermangelung finanzieller Mittel seien die mit Einreichung des (neuerlichen) Asylgesuchs eingereichten Dokumente von Amtes wegen zu übersetzen. Auf die Begründung wird, soweit entscheidungswesentlich, in den Erwägungen eingegangen.

E.

Mit Verfügung des Instruktionsrichters vom 18. August 2010 wurde den Beschwerdeführern mitgeteilt, dass sie den Ausgang des Verfahrens in der Schweiz abwarten könnten. Das Ersuchen, die Übersetzung der mit Einreichung des (neuerlichen) Asylgesuchs eingereichten Dokumente sei durch das Bundesverwaltungsgericht selber in Auftrag zu geben, wurde abgewiesen und die Beschwerdeführer wurden gleichzeitig aufgefordert, die fremdsprachigen Beweismittel (Auflistung Beweismittel) bis zum 2. September 2010 in eine Amtssprache übersetzen zu lassen, wobei im Unterlassungsfall aufgrund der übrigen Akten entschieden werde. Die Vorinstanz wurde aufgefordert, den Beschwerdeführern Einsicht in die Akten des ersten Asylverfahrens zu gewähren und anschliessend die Vorakten an das Bundesverwaltungsgericht zu retournieren. Die Beschwerdeführer ihrerseits wurden angehalten, die wesentlichen Beschwerdeakten des zweiten Asylverfahrens bei der vormaligen Rechtsvertretung erhältlich zu machen, und ihnen gleichzeitig die Möglichkeit eingeräumt, bis am 2. September 2010 eine ergänzende Beschwerdebegündung einzureichen, wobei im Unterlassungsfall aufgrund der bestehenden Aktenlage entschieden werde und über das Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung gemäss Art. 65 Abs. 1 VwVG sowie über einen allfälligen Verzicht auf die Erhebung eines Kostenvorschusses nach Ablauf der angesetzten Frist zu befinden sei. Zudem wurde das Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtsverteidigung abgewiesen und dem Antrag auf Verfahrensvereinigung mit der Beschwerdesache D-5421/2010 im Sinne einer Koordination der beiden Verfahren entsprochen.

F.

Mit Eingabe vom 2. September 2010 reichten die Beschwerdeführer die geforderte Übersetzung der fremdsprachigen Dokumente sowie die in der Rechtsmitteleingabe in Aussicht gestellten Dokumente (Auflistung Beweismittel) zu den Akten und ersuchten gleichzeitig um Fristerstreckung bezüglich der ergänzenden Beschwerdebegündung bis 14 Tage nach Erhalt der Akten des ersten Asylverfahrens.

G.

Mit Verfügung vom 22. September 2010 wurden den Beschwerdeführern Kopien der im Beweismittelkuvert des BFM unter Ziffer 2 angeführten Beweismittel (Nennung Beweismittel) zugestellt, das Fristerstreckungsgesuch vom 2. September 2010 gutgeheissen und den Beschwerdeführern Gelegenheit gegeben, bis am 7. Oktober 2010 eine ergänzende Beschwerdebegründung einzureichen, wobei im Unterlassungsfall aufgrund der bestehenden Aktenlage entschieden werde. Die Beschwerdeführerin B._____ wurde aufgefordert, bis am 7. Oktober 2010 einen aktuellen ärztlichen Bericht betreffend die in der Eingabe vom 2. September 2010 geltend gemachten gesundheitlichen Probleme sowie eine Erklärung über die Entbindung von der ärztlichen Schweigepflicht gegenüber den Asylbehörden einzureichen, wobei bei ungenutzter Frist aufgrund der Akten entschieden werde.

H.

Mit Eingabe vom 7. Oktober 2010 reichten die Beschwerdeführer ihre Beschwerdeergänzung sowie medizinische Unterlagen betreffend B._____ und eine Kopie des Ausweises für Asylsuchende betreffend A._____ zu den Akten.

I.

Mit Verfügung vom 18. Oktober 2010 wurde die Vorinstanz in Anwendung von Art. 57 VwVG zu einem Schriftenwechsel eingeladen.

J.

Mit Schreiben vom 21. Oktober 2010 legten die Beschwerdeführer weitere Beweismittel (Auflistung Beweismittel) ins Recht.

K.

In ihrer Vernehmlassung vom 22. Oktober 2010 sowie einer Ergänzung vom 27. Oktober 2010 beantragte die Vorinstanz die Abweisung der Beschwerde.

L.

Mit Verfügung vom 1. November 2010 wurde den Beschwerdeführern die vorinstanzliche Vernehmlassung inklusive der Ergänzung zur Stellungnahme unterbreitet. Diese replizierten mit Schreiben vom 15. November 2010.

M.

Mit Eingabe vom 16. November 2010 liessen die Beschwerdeführer dem

Bundesverwaltungsgericht eine Kopie ihres Härtefallgesuches gleichen Datums, das beim Migrationsamt des Kantons K._____ anhängig gemacht wurde, zukommen.

Gemäss Auskunft des Migrationsamtes des Kantons K._____ vom 11. April 2011 wurde das Gesuch um Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung aus humanitären Gründen mit Entscheid des Migrationsamtes vom 18. Januar 2011 abgewiesen; dieser Entscheid erwuchs unangefochten in Rechtskraft.

N.

Am (...) heiratete C._____ einen (...) Staatsangehörigen, der in der Schweiz im Besitz einer Niederlassungsbewilligung ist. Mit Verfügung vom 23. März 2012 wurde sie angefragt, ob sie bei dieser Sachlage ihre Beschwerde vom 27. Juli 2010 zurückziehe. Mit Eingabe vom 2. April 2012 teilte sie mit, sie halte an der Beschwerde fest. Gleichzeitig wurden betreffend A._____ (Auflistung Beweismittel) zum Beleg der fortgeschrittenen Verwurzelung der Familie in der Schweiz eingereicht.

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 entscheidet auf dem Gebiet des Asyls endgültig, ausser bei Vorliegen eines Auslieferungersuchens des Staates, vor welchem die beschwerdeführende Person Schutz sucht (Art. 105 AsylG; Art. 83 Bst. d Ziff. 1 des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 [BGG, SR 173.110]). Eine solche Ausnahme im Sinne von Art. 83 Bst. d Ziff. 1 BGG liegt nicht vor. Das Bundesverwaltungsgericht ist daher endgültig zuständig für die Beurteilung der vorliegenden Beschwerde.

1.2. Die Beschwerde ist frist- und formgerecht eingereicht. Die Beschwerdeführer haben am Verfahren vor der Vorinstanz teilgenommen, sind durch die angefochtene Verfügung besonders berührt und haben ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung beziehungsweise Ände-

rung. Sie sind daher zur Einreichung der Beschwerde legitimiert (Art. 108 AsylG sowie Art. 105 AsylG i.V.m. Art. 37 VGG und Art. 48 Abs. 1 und 52 VwVG). Auf die Beschwerde ist einzutreten.

1.3. 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. Bei der Beurteilung von Beschwerden gegen Nichteintretensentscheide des BFM hat die Beschwerdeinstanz hinsichtlich des Nichteintretenstatbestandes einzig zu beurteilen, ob die Vorinstanz zu Recht auf das Asylgesuch nicht eingetreten ist (vgl. BVGE 2011/9 E. 5 S. 116). Im Falle der Begründetheit des Rechtsmittels in diesem Punkt ist die angefochtene Verfügung demzufolge aufzuheben und die Sache zur neuen Entscheidung an die Vorinstanz zurückzuweisen (vgl. Entscheidungen und Mitteilungen der Schweizerischen Asylrekurskommission [EMARK] 2004 Nr. 34 E. 2.1 S. 240 f.). Nicht beschränkt ist die Beurteilungszuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichts dagegen hinsichtlich der Frage der Wegweisung und deren Vollzugs, da das BFM diesbezüglich eine materielle Prüfung und Entscheidung vorzunehmen hat (vgl. Art. 44 AsylG i.V.m. Art. 83 Abs. 1-4 des Bundesgesetzes vom 16. Dezember 2005 über die Ausländerinnen und Ausländer [AuG, SR 142.20]). Auf die Anträge auf Feststellung der Flüchtlingseigenschaft und Gewährung von Asyl ist somit nicht einzutreten.

2.2. Gemäss Art. 32 Abs. 2 Bst. e AsylG wird auf ein Asylgesuch nicht eingetreten, wenn Asylsuchende in der Schweiz bereits ein Asylverfahren erfolglos durchlaufen haben oder während des hängigen Asylverfahrens in den Heimat- oder Herkunftsstaat zurückgekehrt sind, ausser es gebe Hinweise, dass in der Zwischenzeit Ereignisse eingetreten sind, die geeignet sind, die Flüchtlingseigenschaft zu begründen, oder die für die Gewährung vorübergehenden Schutzes relevant sind.

2.3. Bei der Prüfung, ob Hinweise auf eine Verfolgung vorliegen, welche geeignet sind, die Flüchtlingseigenschaft zu begründen, ist vom klassischen engen Verfolgungsbegriff im Sinne von Art. 3 AsylG auszugehen. Mit Grundsatzurteil vom 8. Juni 2006 i.S. A.I.I. (vgl. EMARK 2006 Nr. 18) hat der enge Verfolgungsbegriff in der Folge insofern eine Ausweitung erfahren, als bei der Prüfung der flüchtlingsrechtlichen Relevanz von Vorbringen auch die Verfolgung durch private Dritte bei mangelnder Schutz-

fähigkeit der staatlichen Behörden und bei Nichtexistieren staatlicher Strukturen mitzuberücksichtigen ist. Bei dieser Prüfung kommt ein gegenüber der Glaubhaftmachung reduzierter Beweismassstab zur Anwendung: Auf ein Asylgesuch muss eingetreten werden, wenn sich Hinweise auf eine relevante Verfolgung ergeben, die nicht zum Vornherein haltlos sind (vgl. BVGE 2009/53 E. 4.2 S. 769; EMARK 2005 Nr. 2 E. 4.3 S. 17).

3.

Das BFM hat vorliegend seinen Nichteintretensentscheid vom 19. Juli 2010 auf der Grundlage von Art. 32 Abs. 2 Bst. e AsylG gefällt. Es gilt daher im Folgenden zu prüfen, ob die Voraussetzungen für ein Nichteintreten nach dieser Bestimmung erfüllt sind.

3.1. Den Akten zufolge reichten die Beschwerdeführer am 19. Oktober 1998 sowie ein weiteres Mal am 7. Mai 2003 Asylgesuche in der Schweiz ein. Diese wurden mit Verfügungen des Bundesamtes vom 21. Juli 1999 und 18. Mai 2004 jeweils abgelehnt und erwachsen unangefochten beziehungsweise mit Urteil des Bundesverwaltungsgerichts D-327372006 vom 1. Oktober 2007 in Rechtskraft. Damit steht fest, dass die Beschwerdeführer in der Schweiz bereits Asylverfahren erfolglos durchlaufen haben.

3.2. Das BFM führte zur Begründung seines Entscheides vom 19. Juli 2010 im Wesentlichen aus, die Ereignisse, welche die Beschwerdeführer für den Zeitraum nach Abschluss des zweiten Verfahrens geltend machen würden, würden an Vorbringen aus den vorangegangenen Asylgesuchen anknüpfen. Zwar handle es sich dabei um Vorfälle, die sich erst nach der Rückkehr der Familie in ihre Heimat ereignet haben sollen, deren Ursache jedoch unmittelbar auf ein Vorkommnis zurückzuführen sei, das bereits Gegenstand des zweiten Verfahrens gebildet habe. Dabei sei das Bundesamt zum Schluss gekommen, dass die von den Beschwerdeführern damals geltend gemachten Vorbringen den Anforderungen an die Flüchtlingseigenschaft nicht genügten. Folglich seien die diesbezüglichen von den Beschwerdeführern angeführten Vorbringen weder geeignet, die Flüchtlingseigenschaft zu begründen, noch für die Gewährung vorübergehenden Schutzes relevant. Diese Erwägungen würden durch die unsubstanzierte Darstellung der Vorbringen seitens der Beschwerdeführer bekräftigt. So seien die Antworten der Beschwerdeführer in Bezug auf ihre Erlebnisse nach der Rückkehr stereotyp und allgemein ausgefallen. Erfahrungsgemäss könnten tatsächlich Verfolgte detailliert über ihre Erlebnisse und ihre Tätigkeiten berichten. Gesamthaft erschöpften sich die

Aussagen der Beschwerdeführer im Zusammenhang mit den behaupteten Problemen in Allgemeinplätzen, die in dieser Form ohne weiteres von irgendjemandem nacherzählt werden könnten. Weiter müssten die durch die Familie geltend gemachten schwierigen Lebensbedingungen als Nachteile, welche auf die allgemeinen politischen, wirtschaftlichen oder sozialen Lebensbedingungen in einem Staat zurückzuführen seien, angesehen werden. Die durch die Beschwerdeführer eingereichten Beweismittel seien nicht geeignet, diese Einschätzung umzustossen. Es sei den Beschwerdeführern somit in Würdigung der zu beurteilenden Aktenlage nicht gelungen, Vorbringen geltend zu machen, die für die Anerkennung der Flüchtlingseigenschaft relevant seien.

3.3. In der Beschwerdeschrift rügen die Beschwerdeführer zunächst eine Verletzung des rechtlichen Gehörs durch die Vorinstanz, da die von ihnen eingereichten Beweismittel keinerlei Eingang in die Begründung des angefochtenen Entscheides gefunden hätten und nicht einmal deren Inhalt in der fraglichen Verfügung wiedergegeben worden sei. Auch lasse die äusserst summarische Bezugnahme auf die Dokumente erhebliche Zweifel aufkommen, ob diese von der Vorinstanz übersetzt worden seien.

Weiter habe die Vorinstanz den Anspruch auf Wiedererwägung verletzt. So hätte die Vorinstanz ihre Vorbringen im Rahmen eines Wiedererwägungsgesuchs an die Hand nehmen sollen. Zwar sei die Wiedererwägung ein gesetzlich nicht geregelter Rechtsbehelf, auf dessen Behandlung durch die verfügende Behörde aber aus Art. 29 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV, SR 101) unter bestimmten Voraussetzungen ein verfassungsmässiger Anspruch bestehe. Vorliegend hätten sie ihr Gesuch mit verschiedenen Gründen veranschaulicht. So belege einerseits der eingereichte (...) Bericht, dass ihre Vorbringen bezüglich der Vergewaltigung fälschlicherweise als unglaubhaft qualifiziert worden seien. Andererseits hätten sie neue Gründe angeführt, welche einen Vollzug der Wegweisung als unzumutbar erscheinen lassen würden. Beim eingereichten (...) Bericht handle es sich um ein neues, erhebliches Beweismittel, welches einen Revisionsgrund darstelle. Zwar betreffe das Beweismittel einen Sachverhalt, der im letzten Asylverfahren materiell durch das Bundesverwaltungsgericht beurteilt worden sei; dieses Dokument sei jedoch, da nach Erlass des erwähnten Urteils entstanden, gemäss Art. 123 Abs. 2 Bst. a BGG als Revisionsgrund vor Bundesverwaltungsgericht ausgeschlossen. Das vorliegende Beweismittel wäre daher gemäss Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts (Urteil D-4520/2008 vom 3. November 2008) sowie in Be-

rücksichtigung der bundesgerichtlichen Rechtsprechung durch das BFM im Rahmen eines Wiedererwägungsgesuches zu prüfen gewesen. Dabei bestünden die gleich strengen Voraussetzungen, die in der Praxis bei der Bejahung eines Revisionsgrundes in den gesetzlich geregelten Fällen gelten würden, wobei die Regelung von Art. 66 VwVG heranzuziehen sei. Der erwähnte (...) Bericht vom 21. Mai 2008 sei als neu und erheblich zu bezeichnen und müsse die damalige Prüfung der Glaubhaftigkeit zugunsten der Beschwerdeführerin B._____ erscheinen lassen. So werde darin durch den (Nennung Arzt), der die Beschwerdeführerin im Anschluss an die Vergewaltigung behandelt habe, das Vorliegen derselben bestätigt. Stehe fest, dass sie die vorgebrachte Vergewaltigung erlebt habe, sei von einer flüchtlingsrelevanten Verfolgung im Sinne des Vorliegens von "triftigen Gründen" auszugehen. Es sei ihnen nicht möglich gewesen, dieses Beweismittel während des ordentlichen Verfahrens beizubringen, da der Arzt infolge der Kriegswirren nicht mehr erreichbar gewesen sei und die Beschwerdeführerin anlässlich einer Unterleibsbehandlung im Spital F._____ zufällig auf diesen gestossen sei. Weiter hätten sie neue Gründe angeführt, die gegen die Zumutbarkeit eines Wegweisungsvollzugs sprechen würden, darunter Zeugenaussagen über ihre Probleme, Bestätigungen, dass sie kein Land oder Haus besitzen würden, und ärztliche Bestätigungen betreffend den Gesundheitszustand der Beschwerdeführerin. Die Vorinstanz berücksichtige jedoch weder die Beweismittel noch nehme sie eine echte Prüfung der Zumutbarkeit des Wegweisungsvollzugs vor. Eine solche Prüfung ergebe jedoch, dass ein Vollzug als unzumutbar erachtet werden müsse. Dies aufgrund des langjährigen Aufenthaltes in der Schweiz, der von den Beschwerdeführern D._____ und C._____ (und auch J._____) in dieser Zeit besuchten Schulen und Ausbildungen in der Schweiz und des angeschlagenen Gesundheitszustandes von B._____, für welche von einer adäquaten medizinischen Behandlung in Kosovo nicht ausgegangen werden könne. In ihrem Dorf seien sie stigmatisiert und könnten auch nicht auf die Hilfe ihrer in Kosovo lebenden Familienangehörigen zählen. Aufgrund dieser Faktoren erscheine eine erfolgreiche Wiedereingliederung ausgeschlossen.

In ihrer Beschwerdeergänzung vom 7. Oktober 2010 führen die Beschwerdeführer an, bereits im Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 1. Oktober 2007 sei festgehalten worden, dass B._____ die Vergewaltigung bei der Befragung auffallend substantiiert und mit Realkennzeichen versehen geschildert habe. Trotzdem habe die damalige Abwägung sämtlicher Aspekte, welche für oder gegen die Glaubhaftigkeit der erlittenen sexuellen Gewalt zu berücksichtigen waren, ergeben, dass doch

überwiegende Umstände gegen die vorgebrachte Sachverhaltsdarstellung sprechen würden. Diese Abwägung müsse jedoch im heutigen Zeitpunkt angesichts der eingereichten ärztlichen Bestätigung anders ausfallen. Dies gelte umso mehr, als dem damaligen Hauptargument gegen die Glaubhaftigkeit der Beschwerdeführer, die Abklärungen vor Ort, aufgrund der anderen eingereichten Beweismittel kein relevanter Beweiswert mehr zukommen könne. So zeige die eingereichte Bestätigung von L._____, dass ihr Haus zerstört worden sei und sie nicht durch die NRO unterstützt worden seien. Die Deklaration von zwei Dorfbewohnern belege, dass die Familie wegen der Vergewaltigung massive Probleme mit dem Vater des Beschwerdeführers gehabt habe, welche zu einem Ausschluss aus der Erbschaft geführt habe. Von einer problemlosen Integration, wie dies in der Abklärung des Schweizerischen Verbindungsbüros geltend gemacht werde, könne demnach keine Rede sein. Zudem sei der entsprechende Abklärungsbericht in sich widersprüchlich hinsichtlich des Verhaltens von B._____. Bezüglich allfälliger Ungereimtheiten in den Befragungsprotokollen sei zu beachten, dass es nach langen Zeitabläufen naturgemäss zu Ungenauigkeiten in den Schilderungen komme, umso mehr, als sie in den vergangenen Jahren zahlreiche traumatisierende Erlebnisse hätten verkraften müssen und B._____ ständig unter starker Medikation stehe. Die diversen, über die Jahre hinweg geführten Befragungen würden in ihrem Kern übereinstimmen. Insgesamt würden die eingereichten Beweismittel, die zahlreichen Anhörungen sowie die unbestrittenen massiven psychischen Probleme der Beschwerdeführerin die geltend gemachte Vergewaltigung sowie die Stigmatisierung der Familie nach ihrer Rückkehr als glaubhaft erscheinen lassen. Weiter sei sie am (...) operiert worden, wobei (Nennung ärztliche Feststellung) festgestellt worden sei, der halbjährlich kontrolliert werden müsse. Die medizinische Versorgung in Kosovo erlaube jedoch keine solchen qualifizierten Nachkontrollen.

3.4. In ihrer Vernehmlassung vom 22. Oktober 2010 sowie ihrer Ergänzung zur Vernehmlassung vom 27. Oktober 2010 führte die Vorinstanz im Wesentlichen an, die Beschwerdeschrift enthalte keine neuen erheblichen Tatsachen oder Beweismittel, die eine Änderung des vorinstanzlichen Standpunktes zu bewirken vermöchten. Soweit dem BFM eine summarische Begründung vorgeworfen werde, sei festzuhalten, dass die Begründung bei einem Nichteintretensentscheid summarisch sein müsse, ansonsten sich die Vorinstanz vorhalten lassen müsse, "materiell" zu argumentieren. Zu den angeführten Gründen, die gegen eine Zumutbarkeit des Wegweisungsvollzugs sprechen würden, sei anzuführen, dass das BFM die gesundheitlichen Probleme der Beschwerdeführerin B._____

nicht bagatellisieren wolle, jedoch zu bemerken sei, dass gemäss den ärztlichen Schreiben die Nachuntersuchung der (...) nicht das Vorliegen eines (Nennung Krankheit) zum Vorschein gebracht habe, so dass halbjährliche Kontrollen angeordnet worden seien, wie in der Beschwerdeergänzung zu lesen sei. Vielmehr sei dem ärztlichen Schreiben zu entnehmen, dass (Nennung Befund). Die weitere nötige medizinische Betreuung stütze sich in erster Linie auf die Notwendigkeit von Ultraschalluntersuchungen. Solche Ultraschalluntersuchungen seien jedoch nach Kenntnissen des BFM in Kosovo möglich. Wie in der Beschwerdeschrift zu Recht erwähnt worden sei, sei hingegen eine spezialisierte (Nennung Behandlung) nicht möglich, welche aber gemäss dem vorliegenden ärztlichen Schreiben auch nicht erforderlich sei. Hinsichtlich der geltend gemachten Verwurzelung der Familie in der Schweiz müsse festgehalten werden, dass die Prüfung eines persönlichen Härtefalles nach der Asylgesetzrevision, die am 1. Januar 2007 in Kraft getreten sei, nicht mehr in die Zuständigkeit der Vorinstanz falle.

3.5. In ihrer Replik vom 15. November 2010 halten die Beschwerdeführer im Wesentlichen fest, den Vorbringen in der Vernehmlassung hinsichtlich der Notwendigkeit einer summarischen Begründung bei einem Nichteintretensentscheid könne nicht gefolgt werden, ansonsten der sich aus Art. 29 BV ergebende Anspruch (auf Wiedererwägung) nie durchgesetzt werden könnte, setze dieser doch eine Prüfung der Beweismittel auf deren Neuheit und Erheblichkeit voraus. Im Übrigen sei auch bei einem Nichteintretensentscheid die Zumutbarkeit des Wegweisungsvollzugs zwingend zu prüfen, was von der Vorinstanz – auch auf Vernehmlassungsstufe – unterlassen worden sei. Bezüglich der Verwurzelung in der Schweiz sei nochmals darauf hinzuweisen, dass diese gemäss Rechtsprechung eine reziproke Wirkung auf die Frage der Zumutbarkeit des Wegweisungsvollzugs haben könne, indem eine starke Assimilierung in der Schweiz eine Entwurzelung im Heimatstaat zur Folge haben könne, welche unter Umständen die Rückkehr dorthin als unzumutbar erscheinen lasse. In diesem Sinne sei die Verwurzelung – namentlich diejenige der Kinder – in die Beurteilung der Zumutbarkeit des Wegweisungsvollzugs einzubeziehen.

4.

4.1. Soweit die Beschwerdeführer eine Verletzung des Anspruchs auf Wiedererwägung rügen, weil die Vorinstanz ihre Vorbringen im Rahmen eines Wiedererwägungsgesuchs hätte an die Hand nehmen sollen, ist vorweg festzuhalten, dass die Auffassung der Beschwerdeführer (bzw. ih-

rer Rechtsvertreterin) betreffend die Qualifikation ihrer Vorbringen als Wiedererwägungsgründe, des somit sich ergebenden Prozedurtyps eines Wiedererwägungsgesuchs und der daraus sich weiter ergebenden Zuständigkeit des BFM, als unzutreffend erweisen. Zwar können Revisionsgründe einen qualifizierten Anspruch auf Wiedererwägung durch das BFM begründen. Voraussetzung hierfür ist aber, dass sich diese Revisionsgründe (vorliegend neue und erhebliche Tatsachen und Beweismittel) auf eine in materielle Rechtskraft erwachsene Verfügung beziehen, die entweder unangefochten geblieben oder deren Beschwerdeverfahren mit einem bloss formellen Prozessurteil abgeschlossen worden ist (vgl. EMARK 2003 Nr. 17 E. 2.a S. 103 f. mit weiteren Hinweisen; so auch das in der Rechtsmitteleingabe zitierte Urteil des Bundesverwaltungsgerichts D-4520/2008 vom 3. November 2008 E.3 S. 5 unten). Nur ein solchermaßen als qualifiziertes Wiedererwägungsgesuch zu bezeichnendes Rechtsmittel wäre grundsätzlich nach den Regeln des Revisionsverfahrens (im Sinne von Art 66 ff. VwVG) durch das BFM zu behandeln. Vorliegend wurden jedoch die am 7. Mai 2003 gestellten Asylgesuche der Beschwerdeführer mit Verfügung des BFF vom 18. Mai 2004 abgelehnt und die am 21. Juni 2004 dagegen erhobene Beschwerde mit einem materiellen Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 1. Oktober 2007 abgewiesen, wodurch die Verfügung des BFF vom 18. Mai 2004 in Rechtskraft erwuchs. Das Wiedererwägungsgesuch findet daher keinen zulässigen Gegenstand. Die Vorinstanz behandelte demnach die erneuten Gesuche der Beschwerdeführer um Feststellung der Flüchtlingseigenschaft – nach erfolglosem Durchlaufen eines Asylverfahrens – zu Recht als neue Asylgesuche. Der Eventualantrag, die Sache sei als Revisionsgesuch an die Hand zu nehmen, ist somit abzuweisen.

4.2. Weiter führen die Beschwerdeführer eine Verletzung des rechtlichen Gehörs durch die Vorinstanz an, da die von ihnen eingereichten Beweismittel keinerlei Eingang in die Begründung des angefochtenen Entscheides gefunden hätten. Auch sei zu bezweifeln, ob diese von der Vorinstanz übersetzt worden seien. Somit ist zunächst zu prüfen, ob die Vorinstanz im Rahmen der angefochtenen Verfügung ihren Pflichten hinreichend nachgekommen ist, die sich aus dem Anspruch der Beschwerdeführer auf rechtliches Gehör ergeben.

4.2.1. Im Asylverfahren ist der Sachverhalt grundsätzlich von Amtes wegen festzustellen (Art. 12 VwVG i.V.m. Art. 6 AsylG). Die behördliche Untersuchungspflicht wird durch die dem Asylsuchenden gestützt auf Art. 8 AsylG auferlegte Mitwirkungspflicht eingeschränkt, wobei dieser insbe-

sondere bei der Anhörung vollständig anzugeben hat, weshalb er um Asyl nachsucht. Ein Asylsuchender hat Anspruch auf Mitwirkung, was sich unmittelbar aus dem Anspruch auf rechtliches Gehör (Art. 29 Abs. 2 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV, SR 101); Art. 29 ff. VwVG i.V.m. Art. 6 AsylG) ergibt. Im Rahmen dieses Rechts kann er seine Beweise anbieten, welche grundsätzlich abzunehmen sind, soweit der zu beweisende Sachverhalt rechtserheblich ist (vgl. auch Art. 33 Abs. 1 VwVG i.V.m. Art. 6 AsylG). Die Behörde darf – im Sinne einer antizipierten Beweiswürdigung – von der Beweisabnahme dann absehen, wenn angenommen werden kann, die rechtliche Überzeugung würde durch weitere Beweiserhebungen nicht geändert. Dies gilt insbesondere dann, wenn der betreffende Sachverhalt bereits hinreichend erstellt erscheint, die Behörde den Sachverhalt aufgrund eigener Sachkunde und der Aktenlage ausreichend würdigen kann oder von vornherein gewiss ist, dass der angebotene Beweis keine wesentlichen Erkenntnisse zu vermitteln vermag. Im Rahmen der unmittelbar aus Art. 29 Abs. 2 BV folgenden behördlichen Begründungspflicht (Art. 35 Abs. 1 VwVG) hat die verfügende Behörde denn auch die Überlegungen, von denen sie sich leiten liess und auf die sich ihr Entscheid stützt, substantiiert zu nennen. Eine hinreichende Begründung bildet die Grundlage für eine sachgerechte Anfechtung der Verfügung und stellt eine unabdingbare Voraussetzung für die Beurteilung ihrer Rechtmässigkeit durch die Beschwerdeinstanz dar. Die Begründungsdichte richtet sich dabei nach den Verfahrensumständen, dem Verfügungsgegenstand und den Interessen der Betroffenen, wobei die bundesgerichtliche Rechtsprechung bei schwerwiegenden Eingriffen in die rechtlich geschützten Interessen der Betroffenen – was bei der Frage der Gewährung des Asyls und der Wegweisung immer der Fall ist – eine sorgfältige Begründung verlangt (EMARK 2006 Nr. 24 E. 5.1 S. 256 f.). Der Anspruch auf rechtliches Gehör wird durch Art. 29-33 VwVG konkretisiert. Danach umfasst der Anspruch auf rechtliches Gehör als Teilaspekte einen Anspruch der Parteien auf vorgängige Anhörung durch die Behörde (Art. 30 und 30a VwVG), auf Anhörung in Bezug auf erhebliche Vorbringen einer Gegenpartei (Art. 31 VwVG), auf Prüfung eigener erheblicher Vorbringen durch die Behörde (Art. 32 VwVG) sowie auf Abnahme der angebotenen und tauglichen Beweise durch die Behörde (Art. 33 VwVG). Antworten auf die Frage, welche spezifischen Teilgehalte der Anspruch des rechtlichen Gehörs im Einzelnen umfasse, können sich darüber hinaus auch unmittelbar aus dem übergeordneten Verfassungsrecht in Gestalt von Art. 29 Abs. 2 BV ergeben.

4.2.2. Es ist festzustellen, dass der angefochtene Entscheid des BFM diesen Kriterien hinsichtlich der zu beachtenden Begründungs- und Abklärungspflicht nicht in der erforderlichen Weise gerecht wird.

Die Beschwerdeführer gaben bei der Einreichung des neusten Asylgesuches vom 17. Juni 2008 als Beleg zu ihren Vorbringen diverse Beweismittel zu den Akten, die im Wesentlichen die von den Schweizer Asylbehörden bislang vertretene Auffassung, wonach die angeführte Vergewaltigung von B._____ und die sich daraus ergebenden Folgen für die Familie (Stigmatisierung in Kosovo) als unglaublich zu erachten sei, nun als nicht mehr vertretbar erscheinen lasse. Im vorinstanzlichen Entscheid wird im Sachverhalt die Einreichung dieser Dokumente zwar erwähnt, ohne diese jedoch inhaltlich genauer aufzuführen (Nennung Beweismittel). Eine von der Vorinstanz vorgenommene Übersetzung dieser Dokumente liegt den Akten zufolge nur hinsichtlich der in Nummer 2 des Beweismittelkuverts (vgl. act. C1/1) aufgeführten Beweismittel (Nennung Beweismittel), nicht jedoch für die übrigen in den Nummern 1, 3, 4 und 5 des Beweismittelkuverts aufgeführten Beweismittel, vor. In den Erwägungen selber wird zwar auf die Beweismittel eingegangen, jedoch lediglich in dem Sinne, als dass in einem Satz pauschal darauf verwiesen wird, wonach die durch die Familie eingereichten Beweismittel nicht geeignet seien, die vorinstanzliche Einschätzung umzustossen. Aus diesem Vorgehen kann nun in keiner Weise auf eine sorgfältige und ernsthafte Prüfung derselben durch die Vorinstanz geschlossen werden, zumal daraus die Überlegungen, von denen sich das Bundesamt bei seinem Entscheid leiten liess und auf die sich sein Entscheid stützt, auch nicht ansatzweise, geschweige denn substantiiert benannt wurden. Dabei fällt erschwerend ins Gewicht, dass dem BFM im Zeitpunkt seines Entscheides ausser zu den beiden oben erwähnten Beweismitteln in Nummer 2 des Beweismittelkuverts den Akten zufolge keine Übersetzungen der fraglichen Dokumente vorlagen. Weiter begnügte sich die Vorinstanz in ihrer Vernehmung als Antwort auf die in der Beschwerdeschrift gerügte Verfahrensverletzung mit dem kurzen Hinweis, dass die Begründung bei einem Nichteintretensentscheid summarisch sein müsse, ansonsten sie sich vorwerfen lassen müsse, "materiell" zu argumentieren. Dieser Hinweis ist jedoch als nicht überzeugend zu qualifizieren. Wie die Beschwerdeführer in ihrer Beschwerdeschrift sowie in ihrer Stellungnahme vom 15. November 2010 zu Recht anführen, ist die Vorinstanz in keiner Weise, auch nicht summarisch, auf den Inhalt der Beweismittel eingegangen. Auch bei einer summarischen Begründung ist Voraussetzung, dass nicht in einer Amtssprache gehaltene Dokumente in der Regel zu übersetzen

sind, um überhaupt feststellen zu können, ob sie entscheidungswesentlich sein könnten. Zudem ist zumindest eine kurze tatbeständliche Auseinandersetzung mit dem Inhalt eingereicherter Beweismittel vonnöten, um die Überlegungen und die dementsprechenden Schlussfolgerungen der verfügenden Behörde zum Beweiswert dieser Beweismittel nachvollziehbar zu machen. Eine solche Auseinandersetzung fehlt jedoch in casu völlig. Ist eine ausführliche Begründung zur Würdigung eingereicherter Beweismittel notwendig, hat das BFM auf ein erneutes Asylgesuch einzutreten und einen materiellen Entscheid zu treffen.

4.2.3. Damit hat das BFM offensichtlich seine Pflicht zur Berücksichtigung der Vorbringen der Beschwerdeführer nicht wahrgenommen und insbesondere seine Begründungspflicht wie auch die Abklärungspflicht beziehungsweise den Anspruch der Beschwerdeführer auf rechtliches Gehör schwerwiegend verletzt.

5.

5.1. Es stellt sich nunmehr die Frage, ob die festgestellte Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör geheilt werden kann oder zur Kassation der angefochtenen Verfügung führen muss. Aus prozessökonomischen Gründen hat der Gesetzgeber die Verwaltungsbeschwerde grundsätzlich reformatorisch ausgestaltet. Gemäss Art. 61 Abs. 1 VwVG darf eine Kassation und Rückweisung an die Vorinstanz nur ausnahmsweise erfolgen, so etwa, wenn weitere Tatsachen festgestellt werden müssen und ein umfassendes Beweisverfahren durchzuführen ist (vgl. BVGE 2007/30 E. 8.2 S. 371 f.). Die in diesen Fällen fehlende Entscheidungsreife kann zwar grundsätzlich durch die Beschwerdeinstanz selbst hergestellt werden, wenn dies im Einzelfall aus prozessökonomischen Gründen angebracht erscheint. Allerdings muss eine Grenze gezogen werden, deren Überschreitung nicht mehr ohne weiteres durch die Beschwerdeinstanz rückgängig gemacht werden kann. Eine sachgerechte Lösung im Sinne einer Heilung oder Kassation hat sich entscheidend an der Schwere der Verletzung einer Verfahrensvorschrift, aber auch daran zu orientieren, ob die Verletzung auf einem Versehen beruht oder das Resultat einer gehäuften unsorgfältigen Verfahrensführung ist. Ob indessen die Missachtung von Verfahrensvorschriften durch die Vorinstanz Einfluss auf das Ergebnis hatte, kann bei einer Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör angesichts seiner formellen Natur von vornherein keine Rolle spielen (vgl. EMARK 2004 Nr. 38 E. 7.1).

5.2. Im vorliegenden Fall ist die Verletzung der Begründungspflicht als schwerwiegender Mangel zu erachten, zumal diese als Resultat einer gehäuften unsorgfältigen Verfahrensführung erachtet werden muss.

5.3. Somit ist die Beschwerde – soweit auf diese einzutreten ist – insofern gutzuheissen ist, als die Aufhebung der Verfügung vom 19. Juli 2010 sowie die Rückweisung der Sache an die Vorinstanz zur Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts beantragt wurden. Die Sache ist zu neuem Entscheid im Sinne der Erwägungen an das BFM zurückzuweisen. Bei dieser Sachlage erübrigt es sich, auf die übrigen Ausführungen in der Beschwerdeschrift näher einzugehen.

6.

6.1. Bei diesem Ausgang des Verfahrens sind keine Kosten zu erheben (Art. 63 Abs. 1 VwVG). Das Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege im Sinne von Art. 65 Abs. 1 VwVG wird damit gegenstandslos.

6.2. Ferner wird das Gesuch um Erlass des Kostenvorschusses mit dem Entscheid in der Hauptsache ebenfalls gegenstandslos.

6.3. Der obsiegenden Partei ist für die ihr erwachsenen notwendigen und verhältnismässig hohen Kosten eine Parteientschädigung auszurichten (Art. 64 Abs. 1 VwVG, Art. 7 des Reglements über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht vom 21. Februar 2008 [VGKE, SR 173.320.2]).

Die Rechtsvertreterin reichte mit Eingabe vom 15. November 2010 beim Bundesverwaltungsgericht eine Kostennote ein, mit welcher sie für das Beschwerdeverfahren bis zum 31. Oktober 2010 (Advokatur Kanongasse, Zürich) ein Honorar für einen zeitlichen Aufwand von 16.25 Stunden und Auslagen von Fr. 79.70 (total inkl. Mehrwertsteuer: 3'582.75) und für das Beschwerdeverfahren ab 1. November 2010 (Advokatur Aussersihl, Zürich) ein Honorar für einen Aufwand von 1.80 Stunden und Auslagen von Fr. 12.10 (Total inkl. Mehrwertsteuer: 335.80), jeweils zu einem Stundenansatz von Fr. 200.-- geltend macht. Insgesamt wird ein Total von Fr. 3'918.55 ausgewiesen. Jedoch sind in casu lediglich diejenigen Aufwendungen zu entgelten, die den gerügten Verfahrensfehler der Vorinstanz betreffen, weshalb die veranschlagte zeitliche Beanspruchung vorliegend entsprechend zu kürzen ist. Zudem sind ohnehin die das Beschwerdeverfahren des Sohnes J._____ betreffenden Aufwendungen

nicht zu entschädigen. Gestützt auf die in Betracht zu ziehenden Bemessungsfaktoren (Art. 8-13 VGKE) ist den Beschwerdeführern eine Parteientschädigung in Höhe von Fr. 1000.-- (inkl. Auslagen und Mehrwertsteuer) zuzusprechen. Dieser Betrag ist den Beschwerdeführern durch das BFM zu entrichten.

(Dispositiv nächste Seite)

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.

Die Beschwerde wird – soweit auf diese eingetreten wird – gutgeheissen.
Die vorinstanzliche Verfügung vom 19. Juli 2010 wird aufgehoben.

2.

Die Sache wird im Sinne der Erwägungen zur Neuurteilung an die Vorinstanz zurückgewiesen.

3.

Es werden keine Verfahrenskosten auferlegt.

4.

Das BFM hat den Beschwerdeführern für das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht eine Parteientschädigung in der Höhe von Fr. 1000.-- (inkl. Auslagen und MWSt) auszurichten.

5.

Dieses Urteil geht an die Beschwerdeführer, das BFM und die zuständige kantonale Behörde.

Der vorsitzende Richter:

Der Gerichtsschreiber:

Thomas Wespi

Stefan Weber

Versand: