



Abteilung IV
D-6617/2006
{T 0/2}

Urteil vom 29. Mai 2009

Besetzung

Richter Robert Galliker (Vorsitz),
Richterin Jenny de Coulon Scuntaro,
Richter Pietro Angeli-Busi,
Gerichtsschreiber Martin Maeder.

Parteien

A._____, geboren (...),
dessen Ehefrau **B.**_____, geboren (...), und deren
gemeinsame Kinder **C.**_____, geboren (...), und
D._____, geboren (...), Afghanistan,
Beschwerdeführer,

gegen

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

Gegenstand

Vollzug der Wegweisung; Verfügung des BFF vom
20. Juni 2003 / N (...).

Sachverhalt:**A.**

A.a Nach eigenen Angaben verliessen die Beschwerdeführer ihr Heimatland am 22. April 2002 durch Überqueren der Landgrenze zu Pakistan. Anschliessend hätten sie sich während einer Woche beim Schlepper in Peshawar aufgehalten, ehe sie von Islamabad aus via Karachi in eine unbekannte Stadt geflogen seien. Auf Anweisung eines anderen Schleppers seien sie in der Folge in einem Personenwagen, der zwischenzeitlich auf ein Schiff verladen worden sei, bis in die Schweiz gefahren worden.

Am 15. Mai 2002 suchten die Beschwerdeführer in der Empfangsstelle (heute: Empfangs- und Verfahrenszentrum) des BFF in E._____ um Asyl nach. Bei der Erhebung ihrer Personalien machten die Beschwerdeführer die rubrizierten Angaben und fügten diesen hinzu, sie seien schiitischen Glaubens, gehörten zur Volksgruppe der Tadschiken und hätten seit ihrer Geburt in Kabul (Quartier F._____) gelebt. Vom BFF wurden sie nach den summarischen Befragungen vom 23. Mai 2002 zu den Gründen der Ausreise für die weitere Dauer des Verfahrens dem Kanton G._____ zugewiesen. Die zuständige Behörde hörte sie dort am 27. Juni 2002 zu ihren Asylgründen an.

A.b Zur Begründung seines Asylgesuchs machte der Beschwerdeführer im Wesentlichen geltend, er sei als Sohn eines aktiven Mitgliedes der Wahdat-Partei (Hizb-e Wahdat-e Islami-ye Afghanistan [Islamische Einheitspartei Afghanistans], Anm. dieses Gerichts), das sich im Wissen um die von anderen Mitgliedern begangenen Verbrechen von der Partei zu distanzieren versucht habe, Jahre später von Parteivertretern als potenzieller Belastungszeuge angesehen und gefangen genommen worden. Sein Vater sei bis ins Jahr 1993 für die Wahdat-Partei aktiv gewesen. Als er jedoch zu realisieren begonnen habe, welche Verbrechen von anderen Mitgliedern im Namen der Partei begangen würden, habe er sich von der Wahdat lossagen wollen. Dieser Wille sei freilich nicht respektiert worden, habe doch sein Vater weiterhin Korrespondenz von der Parteileitung in Bamian erhalten, in der er zum Weitermachen aufgefordert worden sei. Vermutlich durch diese Briefe sei die Taliban auf seinen Vater aufmerksam geworden. Im Jahre 1998 hätten die Taliban nicht nur seinen Vater, sondern auch seine Mutter, seinen ältesten Bruder und den Schwiegervater mitgenommen. Anfang 1999 habe er bei einem Besuch im Gefängnis zum letzten Mal Kontakt

zu seinem Bruder gehabt; ob er und seine Eltern heute noch am Leben seien, wisse er nicht. Seit die Regierung von Karzai die Macht übernommen habe, versuche die Wahdat-Partei jene Leute mundtot zu machen, von denen sie annehme, sie wüssten über die in der Vergangenheit verübten Verbrechen Bescheid. Zu diesen Leuten hätten sie auch ihn gezählt, sei er doch am 11. April 2002 auf offener Strasse mit roher Gewalt festgenommen worden. Danach sei er im Keller eines Wohnhauses in einem anderen Quartier der Stadt während sieben oder acht Tagen gefangen gehalten worden. In dieser Zeit sei er viermal in ein Verhörzimmer im zweiten Stock gebracht und immer wieder nach dem Verbleib seines Vaters gefragt worden. Dass dieser im Jahre 1998 von den Taliban abgeführt worden sei, hätten sie ihm nicht geglaubt. Wenn er keine oder eine unbefriedigende Antwort auf die ihm gestellten Fragen gegeben habe, habe der Kommandant jeweils ein Handzeichen gegeben, worauf die drei anderen anwesenden Personen ihm Ohrfeigen, Schläge oder Tritte verabreicht hätten. Beim letzten Verhör in der Nacht vor der Flucht habe er den Ernst seiner Lage endgültig begriffen, zumal er ja keine Möglichkeit gehabt habe, die Wahdat zu seinem Vater zu führen. Am nächsten Morgen früh habe er entkommen können, indem er um eine letzte Waschung gebeten und eine kurze Unachtsamkeit des Wächters dazu benutzt habe, sich über eine Mauer zu schwingen und das Weite zu suchen. Im Haus seiner Schwiegereltern, wohin er sich begeben habe, sei er auf seine Frau und seinen Sohn C._____ gestossen. In deren Begleitung habe er das Land zwei Tage später verlassen.

Die Beschwerdeführerin berief sich in ihren Befragungen weitgehend auf dieselben Asylgründe wie ihr Mann. Sie habe das Land wegen der ausweglosen Lage ihres Ehemannes verlassen. Die Wahdat, die ihren Mann festgenommen habe, um an dessen Vater heranzukommen, sei eine furchterregende Partei und kenne keine Gnade.

B.

Das BFF stellte mit Verfügung vom 20. Juni 2003 – eröffnet am 23. Juni 2003 – fest, die Beschwerdeführer erfüllten die Flüchtlings-eigenschaft nicht, lehnte die Asylgesuche mit dieser Begründung ab und ordnete die Wegweisung aus der Schweiz sowie deren Vollzug an.

C.

Die Beschwerdeführer reichten am 17. Juli 2003 (Poststempel) bei der damaligen Schweizerischen Asylrekurskommission (ARK) eine Be-

schwerde ein, in welcher sie beantragten, es sei die Verfügung des BFF vom 20. Juni 2003 aufzuheben und ihr Aufenthalt nach den Bestimmungen über die vorläufige Aufnahme zu regeln. In prozessualer Hinsicht stellten sie zudem das Begehren, es sei von der Erhebung eines Kostenvorschusses abzusehen und ihnen die unentgeltliche Rechtspflege zu bewilligen.

D.

Mit Zwischenverfügung vom 22. Juli 2003 bestätigte der Instruktionsrichter der ARK die Berechtigung der Beschwerdeführer zum Weiterverbleib in der Schweiz bis zum Abschluss des Verfahrens. Gleichzeitig verlegte er die Beurteilung des Gesuchs um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege im Sinne von Art. 65 Abs. 1 des Bundesgesetzes vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren (VwVG, SR 172.021) auf einen späteren Zeitpunkt und verzichtete auf die Erhebung eines Verfahrenskostenvorschusses.

E.

Am (...) wurde die Tochter der Beschwerdeführer, D._____, in der Schweiz geboren.

F.

Mit Eingaben vom 26. April 2006 und 28. April 2006 wurden drei Unterstützungsschreiben von Drittpersonen (Arbeitgeber, Asylbetreuerin der Wohnsitzgemeinde) zum Dossier der Beschwerdeführer gegeben.

G.

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

H.

H.a Mit Zwischenverfügung vom 22. Dezember 2008 überwies der Instruktionsrichter des Bundesverwaltungsgerichts die Akten dem BFM und lud dieses zur Vernehmlassung zur Beschwerde ein.

H.b In seiner Vernehmlassung vom 7. Januar 2009 beantragte das BFM die Abweisung der Beschwerde.

H.c Am 8. Januar 2009 brachte der Instruktionsrichter den Beschwerdeführern die vorinstanzliche Vernehmlassung zur Kenntnis, ohne ihnen dazu ein Replikrecht einzuräumen.

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:

1.

1.1 Als eine der Beschwerdeinstanzen im Verwaltungsverfahren des Bundes (vgl. Art. 47 Abs. 1 Bst. b VwVG) beurteilt das Bundesverwaltungsgericht gemäss Art. 31 des Verwaltungsgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (VGG, SR 173.32) Beschwerden gegen Verfügungen nach Art. 5 VwVG, sofern keine Ausnahme nach Art. 32 VGG vorliegt. Unter die Vorinstanzen fallen die in Art. 33 und 34 VGG genannten Behörden, zu welchen auch das BFM (Art. 33 Bst. d VGG) zählt. Art. 32 VGG sieht für Verfügungen auf dem Gebiet des Asyls keine Ausnahme vor, womit die Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichts als Beschwerdeinstanz im Asylverfahren gegeben ist (Art. 105 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) bestätigt diese Zuständigkeit und schliesst gleichzeitig die Weiterzugsmöglichkeit an das Bundesgericht aus.

Als Folge der so definierten Zuständigkeit (vgl. Art. 53 Abs. 2 VGG) hat das Bundesverwaltungsgericht per 1. Januar 2007 die Beurteilung der seit dem 17. Juli 2003 bei der ARK hängig gewesenen Beschwerde der Beschwerdeführer gegen einen Entscheid des BFF – als Vorgänger des BFM auf dem Gebiet des Asyls – übernommen (vgl. Bst. G hiervor). Diese Beurteilung geschieht nach neuem Verfahrensrecht (vgl. Art. 53 Abs. 2 in fine VGG; BVGE 2007/11 E. 4.2 S. 119), wobei sich das Verfahren nach dem VwVG richtet, soweit das VGG nichts anderes bestimmt (Art. 37 VGG). Auf die am 1. Januar 2007 bereits hängigen Asylverfahren sind zudem die in diesem Zeitpunkt beziehungsweise am 1. Januar 2008 in Kraft getretenen Bestimmungen der Asylgesetzänderung vom 16. Dezember 2005 anwendbar (Abs. 1 der Übergangsbestimmungen zur Änderung vom 16. Dezember 2005; AS 2006 4767 und 2007 5573).

1.2 Mit Beschwerde kann die Verletzung von Bundesrecht, die unrichtige oder unvollständige Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts und die Unangemessenheit gerügt werden (Art. 106 Abs. 1 AsylG).

2.

2.1 Die Beschwerdeführer haben am Verfahren vor dem Bundesamt teilgenommen, sind durch die am 20. Juni 2003 ergangene Verfügung berührt und können sich auf ein schutzwürdiges Interesse an deren

Aufhebung beziehungsweise Änderung berufen. Damit sind sie zur Einreichung einer dagegen gerichteten Beschwerde legitimiert (Art. 48 VwVG i.V.m. Art. 6 AsylG).

2.2 Die Eingabefrist sowie die Anforderungen an Form und Inhalt der Beschwerdeschrift sind gewahrt (Art. 50 und Art. 52 Abs. 1 VwVG i.V.m. Art. 6 AsylG). Auf die Beschwerde ist somit einzutreten.

2.3 Das im Verlauf des Beschwerdeverfahrens in der Schweiz geborene Kind D._____ wird in das vorliegende Urteil miteinbezogen.

2.4 In der Beschwerde wird im Hauptpunkt die Aufhebung der Verfügung des BFF vom 20. Juni 2003 und die Regelung des Aufenthalts der Beschwerdeführer nach den Bestimmungen über die vorläufige Aufnahme beantragt (Rechtsbegehren 1). Die Beschwerdeführer beziehen ihr Aufhebungsbegehren somit im Prinzip auf das ganze Dispositiv der Verfügung vom 20. Juni 2003 und nicht bloss auf die den Vollzug der Wegweisung betreffenden Teile (Ziffn. 4 und 5). Andererseits verzichten sie darauf, mit einem förmlichen Begehren die Abänderung der angefochtenen Verfügung (Dispositivziffn. 1 bis 3) in dem Sinne zu verlangen, dass ihnen die Flüchtlingseigenschaft zuerkannt, Asyl gewährt oder auf eine Wegweisung aus der Schweiz verzichtet wird. Sie begnügen sich stattdessen damit zu beantragen, dass ihr Aufenthalt nach den Bestimmungen über die vorläufige Aufnahme zu regeln sei.

Für die Frage, in welchen Teilen das Verfügungsdispositiv angefochten ist, sind die Begehren und nicht deren Begründung massgebend; nur wenn die formulierten Begehren nicht aus sich selbst heraus verständlich sind, d.h. deren Tragweite nicht klar erkennbar ist, besteht allenfalls Anlass für einen Beizug der Begründung der Begehren (vgl. ALFRED KÖLZ/ISABELLE HÄNER, *Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes*, 2. Aufl., Zürich 1998, S. 149).

Vorliegend lässt sich anhand des oben wiedergegebenen Wortlauts von Rechtsbegehren 1 mit genügender Klarheit feststellen, dass die Beschwerdeführer ihr Rechtsmittel auf die blosser Anfechtung der Anordnung des Wegweisungsvollzugs ausrichten. Ein Rückgriff auf die Begründung des Begehrens ist deshalb nicht angezeigt. Ohnehin würde eine Orientierung an der Begründung zu keinem anderen Resultat führen. Die Argumente der Beschwerdeführer zielen nämlich im Kern

darauf ab aufzuzeigen, dass der Wegweisungsvollzug unzumutbar ist. Daran ändert nichts, dass die Beschwerdeführer im Bestreben, die Unzumutbarkeit des Wegweisungsvollzugs nachzuweisen, unter anderem das – irreführende – Argument heranziehen, ihre „Furcht vor erneuter Verfolgung durch die Taliban“ sei nach wie vor begründet. Die Ziffern 1 und 2 des Dispositivs der angefochtenen Verfügung (Verneinung der Flüchtlingseigenschaft und Ablehnung der Asylgesuche) sind demzufolge in Rechtskraft erwachsen. Damit ist auch die Wegweisung als solche (Ziff. 3 des Dispositivs der Verfügung des BFF) grundsätzlich nicht mehr zu überprüfen. Gegenstand des vorliegenden Beschwerdeverfahrens bildet somit lediglich die Frage, ob das Bundesamt den Vollzug der Wegweisung zu Recht angeordnet hat (vgl. Art. 44 Abs. 1 AsylG), oder ob wegen Unzulässigkeit, Unzumutbarkeit oder Unmöglichkeit des Vollzugs der Wegweisung die vorläufige Aufnahme anzuordnen ist (vgl. Art. 44 Abs. 2 AsylG i.V.m. Art. 83 Abs. 1 des Bundesgesetzes vom 16. Dezember 2005 über die Ausländerinnen und Ausländer [AuG; SR 142.20]).

3.

3.1 Zur Begründung der Durchführbarkeit des Wegweisungsvollzugs führte das BFF in der Verfügung vom 20. Juni 2003 aus, weil die Beschwerdeführer die Flüchtlingseigenschaft nicht erfüllten, könne der Grundsatz der Nichtrückchiebung gemäss Art. 5 Abs. 1 AsylG nicht angewandt werden. Ferner ergäben sich aus den Akten keine Anhaltspunkte dafür, dass den Beschwerdeführern im Falle einer Rückkehr in den Heimatstaat eine nach Art. 3 der Konvention vom 4. November 1950 zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK, SR 0.101) verbotene Strafe oder Behandlung drohe. Selbst unter Berücksichtigung der aktuellen Lage in Afghanistan werde im Weiteren eine Rückführung in den Heimatstaat als grundsätzlich zumutbar erachtet. Gegen die Zumutbarkeit einer Rückführung in den Heimatstaat sprächen auch keine anderen Gründe, zumal in Afghanistan kein offener Bürgerkrieg herrsche und auch nicht von einer Situation allgemeiner Gewalt gesprochen werden könne. Demnach könne nicht von einer konkreten Gefährdung der Bevölkerung im Sinne von Art. 14a Abs. 4 des Bundesgesetzes vom 26. März 1931 über Aufenthalt und Niederlassung der Ausländer (ANAG, BS 1 121) ausgegangen werden. Die internationale Gemeinschaft sei mit Hilfeleistungen vor Ort präsent, und in Kabul sei die ISAF zur Gewährleistung der Sicherheit stationiert. Zudem gebe es keine individuellen Gründe, die gegen die Zumutbarkeit eines Wegweisungsvollzugs sprächen. Der Beschwerdefüh-

rer besitze eine relativ gute Schulbildung und habe einen Laden geführt, der ihm ein gewisses Einkommen gesichert habe. Er könne zusammen mit seiner Familie nach Kabul zurückkehren und sich dort aufgrund der noch bestehenden familiären Bande aufseiten seiner Ehefrau wieder in die afghanische Gesellschaft integrieren. Bezüglich seiner eigenen familiären Verhältnisse dürfe nicht unerwähnt bleiben, dass erhebliche Zweifel bestünden, ob seine Angaben zur Verschleppung seiner Eltern und seines Bruders überhaupt der Wahrheit entsprächen.

3.2 In der am 17. Juli 2003 eingelegten Rechtsmittelschrift wird demgegenüber der Standpunkt vertreten, dass eine Rückkehr in die Heimat für die Beschwerdeführer nicht zumutbar sei und demnach die vorläufige Aufnahme angeordnet werden müsse. Trotz der amerikanischen Intervention und der Einsetzung einer Übergangsregierung in Kabul sei der Zentralstaat Afghanistan noch immer sehr schwach. Die Regierung von Hamid Karzai sei weiterhin unfähig, die staatliche Autorität selbst auszuüben; ausserhalb von Kabul hätten nach wie vor die „Warlords“ das Sagen. Nach Einschätzung der Schweizerischen Flüchtlingshilfe (SFH) in Berichten vom Dezember 2002 und März 2003 stellten die in immenser Zahl nach Afghanistan zurückkehrenden Flüchtlinge eine besonders gefährdete Bevölkerungsschicht dar. Die meisten von ihnen seien ohne jegliche Habe und liessen sich in Kabul nieder, wo indes eine tragfähige Infrastruktur in allen Bereichen fehle. Unterernährung und gesundheitliche Probleme wie namentlich Durchfall, die auf die fehlende sanitäre Grundversorgung zurückzuführen seien, seien Gründe für eine hohe Sterblichkeit, insbesondere unter den Kindern. Die instabile Sicherheitslage, die schlechte Menschenrechtssituation und vor allem die katastrophale sozioökonomische Situation gäben Anlass zu ernster Besorgnis. Bei den Beschwerdeführern präsentierte sich die Lage so, dass eine Unterkunft und die Lebenshaltung nicht gesichert seien. Sie hätten kein Grundeigentum und keine Verdienstmöglichkeiten, so dass eine Rückkehr nach Afghanistan für sie ein Leben unter unzumutbaren und erbärmlichen Bedingungen bedeute. Der Zugang zu einer adäquaten Gesundheitsversorgung sei nicht gegeben. Die Kriterien für eine zumutbare Rückkehr seien deshalb nicht erfüllt.

3.3 Erweist sich der Vollzug einer nach der Nichtgewährung des Asyls verfügten Wegweisung als nicht zulässig, nicht zumutbar oder nicht möglich, so regelt das Bundesamt das Anwesenheitsverhältnis der be-

troffenen Person nach den gesetzlichen Bestimmungen über die vorläufige Aufnahme nach dem AuG (Art. 44 Abs. 2 AsylG). Bei der Prüfung der drei genannten Kriterien ist auf die im Entscheidzeitpunkt bestehenden Verhältnisse abzustellen (Entscheidungen und Mitteilungen der Schweizerischen Asylrekurskommission [EMARK] 1997 Nr. 27 E. 4f S. 211).

3.3.1 Die Vorinstanz wies in der angefochtenen Verfügung zutreffend darauf hin, dass der Grundsatz der Nichtrückschiebung nur Personen schützt, die die Flüchtlingseigenschaft erfüllen (vgl. MARIO GATTIKER, Das Asyl- und Wegweisungsverfahren, Bern 1999, S. 89). Angesichts der hinsichtlich der Fragen des Asyls und der Flüchtlingseigenschaft unangefochten in Rechtskraft erwachsenen Verfügung des BFF vom 20. Juni 2003 (vgl. E. 2.4 hiervor) findet das in Art. 5 AsylG verankerte Prinzip des flüchtlingsrechtlichen Non-refoulements im vorliegenden Verfahren keine Anwendung, zumal sich darüber hinaus aus den Akten keinerlei Hinweise auf das Vorliegen allfälliger subjektiver Nachfluchtgründe im Sinne von Art. 54 AsylG ergeben.

3.3.2 Die Beschwerdeführer wenden sich in ihrer Rechtsmittelschrift ausschliesslich dem Kriterium der Zumutbarkeit zu. Dieses ist seit dem 1. Januar 2008 in Art. 83 Abs. 4 AuG umschrieben, welcher besagt, dass der Vollzug für Ausländerinnen oder Ausländer unzumutbar sein könne, wenn sie in Situationen wie Krieg, Bürgerkrieg, allgemeiner Gewalt und medizinischer Notlage im Heimat- oder Herkunftsstaat konkret gefährdet seien. Art. 83 Abs. 4 AuG stellt eine Kodifizierung der bisherigen Praxis zur konkreten Gefährdung nach Art. 14a Abs. 4 ANAG dar (vgl. MARC SPESCHA/HANSPETER THÜR/ANDREAS ZÜND/PETER BOLZLI, Migrationsrecht, Zürich 2008, S. 180 f., Nr. 15 zu Art. 83 AuG, mit Hinweisen). Dieser Praxis zufolge wird aus humanitären Gründen, nicht in Erfüllung völkerrechtlicher Pflichten der Schweiz, auf den Vollzug der Wegweisung verzichtet, wenn die Rückkehr in den Heimatstaat für die betroffene Person eine konkrete Gefährdung darstellt. Eine solche Gefährdung kann angesichts der im Heimatland herrschenden allgemeinen politischen Lage, die sich durch Krieg, Bürgerkrieg oder durch eine Situation allgemeiner Gewalt kennzeichnet, oder aufgrund anderer Gefahrenmomente, wie beispielsweise einer notwendigen, aber dort nicht durchführbaren medizinischen Behandlung, angenommen werden.

3.3.2.1 Als Vorgängerin des Bundesverwaltungsgericht auf dem Gebiet des Asyls hatte die ARK letztmals in einem Urteil vom 24. Januar 2006 (EMARK 2006 Nr. 9) eine Analyse der allgemeinen Sicherheitslage und der medizinischen Versorgung in Afghanistan veröffentlicht. Dabei war sie zur Einschätzung gelangt, dass sich unter den in EMARK 2003 Nr. 10 aufgeführten restriktiven Voraussetzungen (namentlich tragfähiges Beziehungsnetz, Sicherung des Existenzminimums und der Wohnsituation) der Vollzug der Wegweisung in die Provinz Kabul, in die weiter nördlich gelegenen Provinzen Parwan, Baghlan, Takhar, Badakhsan, Kunduz, Balkh, Sari Pul und Samangan (mit Ausnahme der zum Hazarajat gehörenden Regionen) wie auch in die Provinz Herat im Westen des Landes als zumutbar erweise. Der Leitgedanke hinter dieser Einschätzung hatte darin bestanden, dass in den genannten Provinzen beziehungsweise Regionen nach Feststellung der ARK seit dem Jahre 2004 keine signifikanten militärischen Aktionen stattgefunden hatten und keine permanente Instabilität zu beobachten war. Den Vollzug der Wegweisung in die mehrheitlich von Paschtunen bewohnten Provinzen im Süden und Osten des Landes hatte die ARK dagegen weiterhin als unzumutbar beurteilt (EMARK 2006 Nr. 9 E. 7.8 S. 102).

Der Darstellung in den öffentlichen Medien und den Berichten spezialisierter Organisationen nach zu schliessen haben sich die Verhältnisse in Afghanistan seit der Lagebeurteilung der ARK vom Januar 2006 deutlich verschlechtert. In ihrem Positionspapier vom 26. Februar 2009 etwa zieht die SFH das Fazit, die Sicherheitslage (Banditismus, Terrorismus, fehlende Durchsetzungskapazität des afghanischen Staates, Landminen) und die humanitäre Situation hätten sich in den letzten zwei Jahren in weiten Teilen des Landes drastisch verschlechtert. Die Sicherheitslage sei angespannt und die humanitäre Situation im ganzen Land katastrophal, weswegen man den Wegweisungsvollzug nach Afghanistan zum jetzigen Zeitpunkt als generell unzumutbar erachte.

Gerade auch mit Bezug auf die Provinz Kabul, woher die Beschwerdeführer stammen, haben die Meldungen über Entführungen, wahllose Anschläge und systematische Einschüchterungen durch regierungsfeindliche Elemente, einen Einflusszuwachs der Taliban und einen allgemeinen Anstieg der Gewalt und der Kriminalität seit Januar 2006 stetig zugenommen. In einer Einschätzung vom Oktober 2008 stufte das UNHCR deshalb unter anderem auch einzelne Distrikte der Pro-

vinz Kabul (Sarobi, Paghman [Arghad-e Bala und Arghand-ePayan], Khak-e-Jabar, Musahi und Charasyab) als unsicher ein.

Angesichts dieser Entwicklung stellt sich für das Bundesverwaltungsgericht die Frage, ob sich die in EMARK 2006 Nr. 9 von der ARK vorgenommene Einschätzung unter den heute gegebenen Umständen noch aufrecht erhalten lässt. Auf eine Erörterung dieser Frage ist an dieser Stelle zu verzichten, weil sich der Wegweisungsvollzug aus anderen Gründen, die nicht direkt mit der Allgemeinsituation und dem daraus herleitbaren Gefährdungspotential in der Provinz Kabul verknüpft sind, als unzumutbar erweist (vgl. sogleich E. 3.3.2.2).

3.3.2.2 Im Zusammenhang mit der persönlichen Situation der Beschwerdeführer fällt nicht zuletzt die lange Anwesenheitsdauer in der Schweiz ins Gewicht. Die Beschwerdeführer halten sich seit ihrer Einreise im Mai 2002, mithin seit sieben Jahren, in der Schweiz auf, das Kind D._____ seit seiner Geburt am (...). Die langjährige Anwesenheit in der Schweiz ist insbesondere in Bezug auf die Kinder C._____ (...: ...-jährig) und D._____ von Belang, da gemäss Praxis der ARK, welche das Bundesverwaltungsgericht weiter führt, im Rahmen der Prüfung der Zumutbarkeit des Wegweisungsvollzuges dem Aspekt des Kindeswohls eine wichtige Bedeutung zufällt. In völkerrechtskonformer Auslegung von Art. 83 Abs. 4 ANAG im Lichte von Art. 3 Abs. 1 des Übereinkommens vom 20. November 1989 über die Rechte des Kindes (Kinderrechtskonvention, KRK [SR 0.107]) sind sämtliche Umstände einzubeziehen, die im Hinblick auf eine Wegweisung wesentlich erscheinen, namentlich Alter, Reife, Abhängigkeiten, Art (Nähe, Intensität, Tragfähigkeit) der Beziehungen, Eigenschaften der Bezugspersonen, Stand und Prognose bezüglich Entwicklung/Ausbildung, Grad der erfolgten Integration bei einem längeren Aufenthalt in der Schweiz, usw. Gerade letzterer Aspekt, die Dauer des Aufenthalts 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. Zwar ist die Verwurzelung in der Schweiz in erster Linie im Rahmen einer Härtefallprüfung gemäss Art. 14 Abs. 2 AsylG durch die zuständigen kantonalen Behörden zu berücksichtigen. Sie kann aber auch eine reziproke Wirkung auf die Frage der Zumutbarkeit des Wegweisungsvollzuges haben, indem eine starke Assimilierung in der Schweiz eine Entwurzelung im Heimatstaat zur Folge haben kann,

welche unter Umständen die Rückkehr dorthin als unzumutbar erscheinen lässt (vgl. dazu EMARK 2005 Nr. 6).

Gemäss dem drei Jahre zurückliegenden Schreiben der zuständigen Asylbetreuerin (vgl. Bst. F. hiervor) haben sich die Beschwerdeführer in ihrer Wohngemeinde sehr gut integriert und verständigten sich schon damals recht gut in der deutschen Sprache. Der Sohn C._____ besuchte zu diesem Zeitpunkt die Einführungsklasse und stand vor dem Übertritt in die Primarschule im Sommer 2006. Die Tochter D._____ befindet sich heute im Kindergartenalter. Der im Alter von knapp vier Jahren in die Schweiz eingereiste C._____ hat seine prägenden Entwicklungsjahre in der Schweiz verbracht. D._____ kennt ausschliesslich die hiesigen Lebensverhältnisse und hat keine eigenen Erfahrungen mit den Umständen in ihrem Heimatland gemacht. Es ist aufgrund des Fehlens anderweitiger Hinweise davon auszugehen, dass die Assimilierung der beiden Kinder ihrem Alter entsprechend weit fortgeschritten ist. Nicht zuletzt der Besuch der Schule beziehungsweise des Kindergartens dürfte bei ihnen eine beträchtliche Anpassung an die schweizerische Lebensweise bewirkt haben, so dass der Zwang zur Trennung vom gewohnten Umfeld sich unweigerlich erschwerend auf ihre individuelle Entwicklung auswirken würde. Das Bundesverwaltungsgericht gelangt deshalb zum Schluss, dass eine „Rückkehr“ nach Afghanistan für beide Kinder zu einer überaus schwierigen Situation führen würde, da ihnen eine persönliche Bindung zu diesem Staat und eine Vertrautheit mit den dort verbreiteten kulturellen Gepflogenheiten weitestgehend beziehungsweise vollkommen fehlt; das zu berücksichtigende Wohl der Kinder spricht demnach für deren weiteren Verbleib in der Schweiz (vgl. EMARK 2005 Nr. 6 E. 7.1. S. 58 f.).

3.3.2.3 Im Rahmen einer Gesamtwürdigung der genannten Aspekte ist der Vollzug der Wegweisung als unzumutbar im Sinne von Art. 83 Abs. 4 AuG zu bezeichnen. Aus den Akten ergeben sich ferner keine Hinweise auf ein unbotmässiges Verhalten der Beschwerdeführer, welches eine nähere Prüfung unter dem Gesichtspunkt von Art. 83 Abs. 7 AuG bedingen würde.

3.3.3 Bei dieser Sachlage entfällt eine Prüfung der Frage, ob der Vollzug der Wegweisung sich als unzulässig (aus anderen Gründen als infolge des flüchtlingsrechtlichen Rückschiebungsverbots, vgl. E. 3.3.1 hiervor) beziehungsweise als unmöglich erweist. Die Vollzugshinder-

nisse (Unzulässigkeit, Unzumutbarkeit Unmöglichkeit) sind alternativer Natur. Sobald eines von ihnen gegeben ist, ist der Vollzug der Wegweisung als undurchführbar zu betrachten und die weitere Anwesenheit in der Schweiz nach den Bestimmungen über die vorläufige Aufnahme zu regeln (vgl. EMARK 2006 Nr. 6 E. 4.2 S. 54 f.; anderer Meinung SPESCHA/THÜR/ZÜND/BOLZLI, a.a.O., S. 176, Nr. 1 zu Art. 83 AuG). Eine allfällige Aufhebung der vorläufigen Aufnahme der Beschwerdeführer könnte wiederum mit Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht angefochten und vom BFM in jedem Fall – auch bei Vorliegen von Gründen nach Art. 83 Abs. 7 AuG (vgl. Art. 84 Abs. 3 AuG) – nur unter der Bedingung verfügt werden, dass sich der Vollzug der Wegweisung im Zeitpunkt der Beurteilung als zulässig erweist (Art. 84 Abs. 2 AuG und Art. 44 Abs. 2 AsylG e contrario).

3.4 Aus diesen Erwägungen ergibt sich, dass die angefochtene Verfügung Bundesrecht verletzt (Art. 106 Abs. 1 Bst. a AsylG). Die Beschwerde ist demnach gutzuheissen, die Verfügung des BFF vom 20. Juni 2003 teilweise – soweit die Dispositivziffern 4 und 5 betreffend – aufzuheben und das BFM anzuweisen, den Aufenthalt der Beschwerdeführer in der Schweiz nach den Bestimmungen über die vorläufige Aufnahme zu regeln.

4.

4.1 Bei diesem Ausgang des Verfahrens sind weder den Beschwerdeführern (vgl. Art. 63 Abs. 1 VwVG), die sich keine Verletzung von Verfahrenspflichten vorzuwerfen haben (vgl. Art. 63 Abs. 3 VwVG), noch der unterliegenden Vorinstanz (vgl. Art. 63 Abs. 2 VwVG) Kosten aufzuerlegen. Damit ist das mit der Beschwerde eingereichte Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege im Sinne von Art. 65 Abs. 1 VwVG als gegenstandslos zu betrachten.

4.2 Als vollständig obsiegende Partei haben die Beschwerdeführer grundsätzlich Anspruch auf eine Parteientschädigung für die ihnen im Beschwerdeverfahren erwachsenen notwendigen und verhältnismässig hohen Kosten (Art. 64 Abs. 1 VwVG, Art. 16 Abs. 1 Bst. a VGG i.V.m. Art. 7 Abs. 1 des Reglements über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht vom 21. Februar 2008 [VGKE, SR 173.320.2]). Da sie jedoch keine Rechtsvertretung im vorliegenden Verfahren ausweisen und auch keine weiteren aus der Beschwerdeführung entstandenen Auslagen geltend machen, ist von der Ausrichtung einer Parteientschädigung abzusehen (Art. 8 VGKE).

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.

Die Beschwerde wird gutgeheissen.

2.

Die Ziffern 4 und 5 im Dispositiv der Verfügung des BFF vom 20. Juni 2003 werden aufgehoben.

3.

Das BFM wird angewiesen, die vorläufige Aufnahme der Beschwerdeführer in der Schweiz anzuordnen.

4.

Es werden keine Verfahrenskosten erhoben.

5.

Es wird keine Parteientschädigung ausgerichtet.

6.

Dieses Urteil geht an:

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

Der vorsitzende Richter:

Der Gerichtsschreiber:

Robert Galliker

Martin Maeder

Versand: