



Abteilung IV
D-6687/2006
{T 0/2}

Urteil vom 29. April 2009

Besetzung

Richter Robert Galliker (Vorsitz),
Richter Gérald Bovier, Richter Thomas Wespi;
Gerichtsschreiber Martin Maeder.

Parteien

A._____, geboren (...),
Ehefrau **B.**_____, geboren (...),
gemeinsame Kinder **C.**_____, geboren (...),
D._____, geboren (...), und **E.**_____, geboren (...),
Kosovo,
alle vertreten durch lic. iur. Thomas Schütz,
Rechtsanwalt, (...),
Beschwerdeführer,

gegen

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

Gegenstand

Asyl und Wegweisung; Verfügung des BFF vom
17. Februar 2003 / N (...).

Sachverhalt:**A.**

A.a Die Beschwerdeführer (Eltern) suchten am 26. September 2002 unter Einbezug des gemeinsamen Kindes C._____ in der Schweiz um Asyl nach. Bei der Erhebung ihrer Personalien gaben sie an, sie seien albanischsprachige Ashkali (Magjup), hätten ihre Kindheit und Jugend in G._____ (serb. GG._____, heutige Republik Kosovo, Grossgemeinde H._____ [serb. HH._____]) beziehungsweise in I._____ (serb. II._____, Kosovo, Grossgemeinde J._____ [serb. JJ._____]) verbracht und ab dem Jahr 1993 beziehungsweise 1994 in der Schweiz gelebt, ehe man hier ihre Aufenthaltsbewilligungen nicht mehr verlängert habe und sie deshalb im März 2000 in den Kosovo zurückgekehrt seien. Nach den summarischen Befragungen am 1. Oktober 2002 in der Empfangsstelle (heute: Empfangs- und Verfahrenszentrum) K._____ wurden die Beschwerdeführer auf der Basis von Bildtelefongesprächen, durchgeführt am 2. Oktober 2002, zur Ermittlung des primären Sozialisationsraumes einer landeskundlichen und linguistischen Analyse durch einen Experten der Fachstelle „Lingua“ unterzogen. Mit Verfügung vom 4. Oktober 2002 wies das BFF die Beschwerdeführer für die weitere Dauer des Verfahrens dem Kanton L._____ zu. Dort wurden die Beschwerdeführer am 18. November 2002 durch die zuständige Behörde zu den Asylgründen angehört.

A.b Zur Begründung seines Asylgesuchs machte der Beschwerdeführer im Wesentlichen geltend, nachdem sie von einem mehrjährigen Aufenthalt in der Schweiz in ihre frühere Heimat zurückgekehrt seien, hätten sie bald feststellen müssen, dass sie dort nicht in Sicherheit leben könnten. Weil er aus Mitleid einige Menschen mit seinem Auto von Italien her in die Schweiz habe schleusen wollen und dabei erwischt worden sei, habe sich die Fremdenpolizei im März 2000 geweigert, die Aufenthaltsbewilligung zu verlängern. Deshalb habe er sich am 16. März 2000 mit seiner Familie in den Kosovo zurückbegeben. Vom Flughafen Prishtina aus seien sie auf direktem Weg in Begleitung eines Cousins nach G._____ gereist. In ihrem Haus angekommen, seien sie sogleich vom Nachbar als Zigeuner beschimpft und bedroht worden. Der Nachbar – ein ethnischer Albaner – habe im ersten Moment nur seinen Cousin erkannt, doch als er sich ihm gegenüber zu erkennen gegeben habe, habe dieser ihn schwer beleidigt und wissen lassen, dass er hier nichts verloren habe. Der Nachbar

habe ihm offen gedroht, ihn umzubringen, falls er nicht wieder verschwinden würde. Daraufhin hätten sie das Dorf auf der Stelle wieder verlassen und seien nach I._____ ins Haus der Eltern seiner Frau ausgewichen. Weil es dort viel zu eng gewesen sei und die Schwiegerfamilie erst recht nicht über das für eine Unterstützung nötige Geld verfügt habe, seien sie am 20. April 2000 nach Montenegro weitergezogen, wo sie in der Ortschaft M._____ eine Bleibe gefunden hätten. Dasselbst hätten sie jedoch auf die Dauer keine Lebensperspektiven gesehen. Es habe keine Arbeit gegeben, und ihre Ersparnisse seien aufgebraucht gewesen. Aus diesem Grund hätten sie Montenegro am 21. September 2002 verlassen und seien in die Schweiz zurückgekehrt. Als sein Vater im Mai 2002 von seinem Domizil in der Schweiz aus vorübergehend in den Kosovo zurückgekehrt sei, um das Haus in Stand zu stellen und ihm (dem Beschwerdeführer) den Umzug von Montenegro nach G._____ zu ermöglichen, sei er vom gleichen Nachbar malträtiert und beschimpft worden. Sein Vater habe sich danach bei der KFOR, der OSZE und bei der Polizei beschwert und den Nachbar vor Gericht gebracht. All dies habe freilich nichts genützt. Die KFOR habe seinem Vater lediglich versprochen, dass sie diesen Konflikt regeln werde. Beim anschliessenden Besuch in Montenegro habe ihm der Vater die Situation geschildert und ihn gewarnt, dass eine Rückkehr in den Kosovo viel zu gefährlich sei. Der Nachbar habe seinen Vater mit der Axt erschlagen wollen und gerufen, dass jetzt die Zeit der Albaner gekommen sei. Zudem habe er – wie sie von einem anderen Nachbarn erfahren hätten – ihr Haus angezündet, so dass dieses völlig niedergebrannt sei. Eine Rückkehr in den Kosovo könne er sich unter keinen Bedingungen vorstellen. Er würde sich davor fürchten, auch nur auf den Markt oder in die Stadt zu gehen. Abgesehen davon lebe in G._____ nur noch eine einzige Ashkali-Familie. Seine näheren Angehörigen und alle seine Cousins und Onkel seien mittlerweile in der Schweiz ansässig.

Die Beschwerdeführerin berief sich in ihren Befragungen weitgehend auf dieselben Asylgründe wie ihr Mann. Das Haus in G._____ hätten sie bei ihrer Rückkehr im März 2000 zerstört vorgefunden. Während ihres Aufenthaltes in Montenegro hätten sie sich nur dank der finanziellen Unterstützung durch den Schwiegervater das Nötigste zum Leben leisten können. Als auch noch diese bescheidenen Zahlungen ausgeblieben seien, sei ihnen keine andere Wahl geblieben, als in die Schweiz zurückzukommen.

A.c In seinen beiden „Gutachten“ vom 3. Oktober 2002 gelangte der Experte der Fachstelle „Lingua“ zum Schluss, dass die Hauptsozialisation der Beschwerdeführer eindeutig im Kosovo stattgefunden habe und diese einer albanischsprachigen ethnischen Minderheit angehörten.

B.

Das BFF stellte mit Verfügung vom 17. Februar 2003 – eröffnet am 19. Februar 2003 – fest, die Beschwerdeführer erfüllten die Flüchtlingseigenschaft nicht, lehnte die Asylgesuche mit dieser Begründung ab und ordnete die Wegweisung aus der Schweiz sowie deren Vollzug an.

C.

Die Beschwerdeführer liessen die Verfügung vom 17. Februar 2003 mit Beschwerde vom 20. März 2003 durch ihren Rechtsvertreter bei der damals zuständigen Schweizerischen Asylrekurskommission (ARK) anfechten. Im Einzelnen stellten sie die Anträge, es sei die angefochtene Verfügung vollumfänglich aufzuheben, sie seien als Flüchtlinge anzuerkennen, es sei ihnen demzufolge Asyl zu gewähren, eventuell seien sie vorläufig aufzunehmen. In prozessualer Hinsicht ersuchten sie um Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung und Bestellung eines unentgeltlichen Rechtsvertreters in der Person des von ihnen bevollmächtigten Anwalts.

D.

Mit Zwischenverfügung vom 25. März 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) in den Endentscheid, wies dasjenige um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege im Sinne von Art. 65 Abs. 2 VwVG (Bestellung eines unentgeltlichen Rechtsvertreters) ab und verzichtete auf die Erhebung eines Verfahrenskostenvorschusses.

E.

Am 16. Juli 2003 und 19. November 2005 brachte die Beschwerdeführerin in Zürich ihre beiden Kinder D._____ und E._____ zur Welt.

F.

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

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 20. März 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. F hiavor). 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).

1.3 Die Abteilungen des Bundesverwaltungsgerichts entscheiden in der Regel in der Besetzung mit drei Richtern oder Richterinnen (Spruchkörper; vgl. Art. 21 Abs. 1 VGG). Das Bundesverwaltungsgericht kann auch in solchen Fällen auf die Durchführung des Schriftenwechsels verzichten (Art. 111a Abs. 1 AsylG).

2.

2.1 Die Beschwerdeführer haben am Verfahren vor dem Bundesamt teilgenommen, sind durch die am 17. Februar 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 Die im Verlauf des Beschwerdeverfahrens in der Schweiz geborenen Kinder D._____ und E._____ werden in das vorliegende Urteil miteinbezogen.

3.

Die Schweiz gewährt Flüchtlingen unter Vorbehalt von Ausschlussgründen auf Gesuch hin Asyl (vgl. Art. 2 Abs. 1 und Art. 49 AsylG). Wer um Asyl nachsucht, muss die Flüchtlingseigenschaft nachweisen oder zumindest glaubhaft machen (Art. 7 Abs. 1 AsylG). Die Flüchtlingseigenschaft erfüllen Personen, welche in ihrem Heimatstaat oder im Land, wo sie zuletzt wohnten, wegen ihrer Rasse, Religion, Nationalität, Zugehörigkeit zu einer bestimmten sozialen Gruppe oder wegen ihrer politischen Anschauungen ernsthaften Nachteilen ausgesetzt sind oder begründete Furcht haben, solchen Nachteilen ausgesetzt zu werden. Als ernsthafte Nachteile gelten namentlich die Gefährdung von Leib, Leben oder Freiheit sowie Massnahmen, die einen unerträglichen psychischen Druck bewirken; den frauenspezifischen Fluchtgründen ist Rechnung zu tragen (Art. 3 AsylG).

3.1 Die im Gesetz so definierte Flüchtlingseigenschaft erfüllt eine asylsuchende Person nach Lehre und Rechtsprechung dann, wenn sie Nachteile von bestimmter Intensität erlitten hat beziehungsweise mit beachtlicher Wahrscheinlichkeit und in absehbarer Zukunft begründeterweise befürchten muss, welche ihr gezielt und aufgrund bestimmter

Verfolgungsmotive durch Organe des Heimat- (Person mit einer Staatsangehörigkeit) oder Herkunftsstaates (Person ohne Staatsangehörigkeit) oder durch nichtstaatliche Akteure zugefügt worden sind beziehungsweise zugefügt zu werden drohen. Die erlittene Verfolgung beziehungsweise die begründete Furcht vor künftiger Verfolgung muss sachlich und zeitlich kausal für die Ausreise aus dem Heimat- oder Herkunftsstaat und grundsätzlich auch im Zeitpunkt des Asylentscheids noch aktuell sein. Aufgrund der Subsidiarität des flüchtlingsrechtlichen Schutzes setzt die Zuerkennung der Flüchtlingseigenschaft ausserdem voraus, dass die betroffene Person im Heimat- oder Herkunftsstaat keinen ausreichenden Schutz finden kann (vgl. zum Ganzen BVGE 2008/4 E. 5.2 S. 37 f.; Entscheidungen und Mitteilungen der Schweizerischen Asylrekurskommission [EMARK] 2006 Nr. 32 E. 5 S. 339 f., EMARK 2006 Nr. 18 E. 7 S. 190 ff., E. 8.3. S. 200 und E. 10 S. 201 ff., EMARK 2005 Nr. 21 E. 7.3. S. 194 und E. 11.1. S. 201 f.).

3.2 Glaubhaft sind die Vorbringen eines Asylsuchenden grundsätzlich dann, wenn sie genügend substantiiert, in sich schlüssig und plausibel sind; sie dürfen sich nicht in vagen Schilderungen erschöpfen, in wesentlichen Punkten nicht widersprüchlich sein oder der inneren Logik entbehren und auch nicht den Tatsachen oder der allgemeinen Erfahrung widersprechen. Darüber hinaus muss die gesuchstellende Person persönlich glaubwürdig erscheinen, was insbesondere dann nicht der Fall ist, wenn sie ihre Vorbringen auf gefälschte oder verfälschte Beweismittel abstützt, aber auch dann, wenn sie wichtige Tatsachen unterdrückt oder bewusst falsch darstellt, im Laufe des Verfahrens Vorbringen auswechselt, steigert oder unbegründet nachschiebt, mangelndes Interesse am Verfahren zeigt oder die nötige Mitwirkung verweigert. Glaubhaftmachung bedeutet ferner – im Gegensatz zum strikten Beweis – ein reduziertes Beweismass und lässt durchaus Raum für gewisse Einwände und Zweifel an den Vorbringen des Gesuchstellers. Entscheidend ist, ob im Rahmen einer Gesamtwürdigung die Gründe, die für die Richtigkeit der Sachverhaltsdarstellung des Asylsuchenden sprechen, überwiegen oder nicht. Dabei ist auf eine objektivierte Sichtweise abzustellen (vgl. Art. 7 Abs. 2 und 3 AsylG; EMARK 2005 Nr. 7 E. 6 S. 64 ff., EMARK 2005 Nr. 21 E. 6.1. S. 190 f., EMARK 1996 Nr. 27 E. 3c.aa S. 263 f., EMARK 1996 Nr. 28 E. 3a S. 270).

4.

4.1 Das BFF enthielt den Beschwerdeführern in der angefochtenen Verfügung vom 17. Februar 2003 die Anerkennung als Flüchtlinge mit

dem hauptsächlichen Argument vor, weil vom Schutzwillen und von der weitgehenden Schutzfähigkeit der KFOR und der UNMIK auszugehen sei, entbehrten die geltend gemachten Übergriffe durch Zivilpersonen (Nachbar) der Asylrelevanz. Eine asylrelevante Verfolgung liege bei Übergriffen durch Dritte nämlich nur vor, wenn der Staat den erforderlichen Schutz trotz entsprechender Verpflichtung und Befähigung nicht gewähre. In der Provinz Kosovo seien seit Beendigung des bewaffneten Konflikts zwischen der Bundesrepublik Jugoslawien und den Mitgliedstaaten der NATO und dem Einmarsch der KFOR-Truppen am 12. Juni 1999 teilweise schwerwiegende Übergriffe auf ethnische Minderheiten, namentlich auf Ashkali, zu verzeichnen. Bislang könne jedoch ein systematisches Vorgehen zur Vertreibung der ethnischen Minderheiten nicht festgestellt werden. Die militärischen Verbände der KFOR und die internationale Polizei der UN-Übergangsverwaltungsmission UNMIK seien in der Lage, die ethnischen Minderheiten im Kosovo zu schützen.

Zur Begründung der Durchführbarkeit des Wegweisungsvollzugs führte das BFF in der Verfügung vom 17. Februar 2003 an, weil die Beschwerdeführer die Flüchtlingseigenschaft nicht erfüllten, könne der Grundsatz der Nichtzurückschiebung 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. Unter Berücksichtigung der aktuellen Lage in der Bundesrepublik Jugoslawien sei im konkreten Fall eine Rückkehr zumutbar, zumal es im Kosovo nach dem Einmarsch der KFOR am 12. Juni 1999 zu keinen kriegesischen Auseinandersetzungen mehr gekommen sei. Wenngleich sich die Sicherheitssituation dank des KFOR-Einsatzes verbessert oder zumindest stabilisiert habe, könne die Wahrscheinlichkeit einer konkreten Gefährdung für albanischsprachige Roma, Ashkali und Ägypter ausserhalb ihrer Wohngebiete noch nicht ausgeschlossen werden. Die Beschwerdeführer gehörten der Minderheit der albanischsprachigen Ashkali an und stammten aus den als sicher geltenden Bezirken J._____ respektive H._____. Eine Rückkehr sei für sie somit zumutbar, auch weil keine individuellen Gründe dagegen sprächen. Die geltend gemachte Konfrontation mit dem Nachbar liege bald drei Jahre zurück, und in der Zwischenzeit habe sich die Situation wesentlich verbessert. Verwandte der Beschwerdeführer lebten

„anscheinend ohne Probleme“ in Nachbardörfern und der während des Krieges von 1999 in der Schweiz weilende Beschwerdeführer habe sich nicht dem Verdacht der Kollaboration mit den Serben ausgesetzt. Der Beschwerdeführer habe sodann während mehrerer Jahre Berufserfahrung in der Schweiz gesammelt. Cousins von ihm sowie die Familie seiner Ehefrau lebten im Kosovo, so dass ein tragfähiges Beziehungsnetz vorhanden sei. Die Familie des Beschwerdeführers (Eltern und Geschwister) lebten in der Schweiz und könnten deshalb zumutbarerweise im Rahmen der Verwandtenunterstützung den nötigen Beitrag leisten.

4.2 In ihrer am 20. März 2003 eingelegten Rechtsmittelschrift vertraten die Beschwerdeführer demgegenüber den Standpunkt, dass die KFOR und die UNMIK gar nicht als Staatsorgane im Sinne des Flüchtlingsrechtlichen Kriteriums der „Staatlichkeit“ bezeichnet werden könnten. Diejenige Staatsgewalt, die tatsächlich lokal gegeben sei, gewähre den Minderheiten den ihnen gebührenden Schutz praktisch nicht oder sei dazu nicht in der Lage. Demzufolge bestehe in ihrem Fall sehr wohl eine asylrelevante Verfolgung durch Dritte.

Zum Aspekt der Zumutbarkeit des Wegweisungsvollzugs wurde in der Beschwerde insbesondere ausgeführt, dass eine einzelne Intervention der KFOR noch lange nicht deren generelle Schutzfähigkeit belege. Die aktuellen Berichte des UNHCR sprächen diesbezüglich eine ganz andere Sprache. Im Übrigen erhöhe die Absenz während des Krieges die Gefährdung der Beschwerdeführer wegen des Verdachts der Kollaboration mit den Serben nur noch. Es treffe nicht zu, dass Verwandte der Beschwerdeführer ohne Probleme in den Nachbardörfern lebten. Tatsache sei vielmehr, dass der in der Gesuchsbegründung erwähnte Cousin des Beschwerdeführers eben wegen jener erlittenen Übergriffe seinerseits den Kosovo verlassen und in der Schweiz Zuflucht genommen habe. Sodann sei es zwar richtig, dass die Familie der Beschwerdeführerin sich noch im Kosovo aufhalte; eine Unterstützung oder gar dauerhafte Beherbergung der Beschwerdeführer sei indessen undenkbar, weil die Familie in ärmlichsten Verhältnissen lebe und sich dadurch einem zusätzlichen Sicherheitsrisiko aussetzen würde. Bezüglich der Familie des Beschwerdeführers halte die Vorinstanz im Übrigen korrekt fest, dass diese in ihrer Gesamtheit in der Schweiz lebe. Deren allfällige Unterstützung mit in der Schweiz erworbenen Mitteln sei jedoch nicht geeignet, das im Kosovo nach wie vor gegebene massive Gefährdungspotential zu reduzieren, ganz im Gegenteil.

4.3 Seit diesen ins erste Quartal des Jahres 2003 zurückgehenden Einschätzungen der Vorinstanz und der Beschwerdeführer haben sich die Verhältnisse sowohl in rechtlicher wie in tatsächlicher Hinsicht weiter entwickelt:

4.3.1 Mit dem Grundsatzentscheid der ARK vom 8. Juni 2006 (EMARK 2006 Nr. 18) wurde im schweizerischen Asylrecht anstelle der Zurechenbarkeitstheorie die sogenannte Schutztheorie anerkannt. Diese besagt, dass die Flüchtlingseigenschaft von Asylsuchenden, welche im Herkunftsland – unter asylrechtlich im Übrigen relevanten Umständen – von nichtstaatlicher Verfolgung bedroht sind, zu verneinen ist, wenn in diesem Staat Schutz vor nichtstaatlicher Verfolgung erhältlich ist. Dieser kann sowohl durch den Heimatstaat als auch durch einen im Sinne der Rechtsprechung besonders qualifizierten Quasi-Staat gewährt werden (vgl. EMARK 2006 Nr. 18 E. 10.2.3 S. 202 f.). Übertragen auf den vorliegenden Fall bedeutet dies, dass die Frage der mittelbaren staatlichen Verfolgung in Form einer Duldung begangener oder drohender Übergriffe von privaten Akteuren (Nachbar) obsolet geworden ist, weil nicht mehr untersucht werden muss, ob das private Verhalten allenfalls den staatlichen Strukturen zuzurechnen ist; massgebend ist einzig, ob die Beschwerdeführer vor einer drohenden privaten Verfolgung ausreichenden Schutz finden können (vgl. BVGE 2008/4 E. 5.2 S. 37).

4.3.2 Als die Beschwerdeführer ihren Heimatstaat im September 2002 letztmals verliessen, wurde dieser – wie dies seit dem Jahre 1992 der Fall war – offiziell als „Bundesrepublik Jugoslawien“ bezeichnet. Mit der Annahme einer neuen Verfassung im Jahre 2003 benannte sich die Bundesrepublik Jugoslawien in "Serbien und Montenegro" um. Dieser Staat setzte sich weiterhin aus den nun im Namen erwähnten Territorien Serbien und Montenegro zusammen, wobei der Kosovo eine autonome, unter UNO-Verwaltung stehende formelle Teilprovinz Serbiens darstellte. Nach einer Volksabstimmung am 21. Mai 2006 spaltete sich Montenegro als unabhängiger, souveräner Staat ab. Am 17. Februar 2008 löste sich vom verbliebenen Serbien die Republik Kosovo ebenfalls los, indem sie in einer vom Parlament verabschiedeten Erklärung einseitig ihre staatliche Unabhängigkeit proklamierte. Als 19. von bislang 56 Staaten hat die Schweiz am 27. Februar 2008 den Kosovo als souveränen Staat anerkannt (Erklärung des Bundespräsidenten über die Anerkennung des Kosovo und die Aufnahme diplomatischer und konsularischer Beziehungen mit diesem Land). Am 15. Juni 2008 trat

die neue Verfassung in Kraft, in deren erstem Artikel der Kosovo als Republik sowie als unabhängiger, souveräner, einziger, demokratischer, und unteilbarer Staat definiert wird. Die Souveränität des Kosovo wird auch in Artikel zwei nochmals ausführlich geregelt und als Volkssouveränität statuiert. Neben Serbien und Russland lehnen China, Georgien, Moldawien, Rumänien, Zypern und Spanien die Unabhängigkeit des Kosovo ab. Einem serbischen Antrag folgend, forderte die Vollversammlung der Vereinten Nationen am 8. Oktober 2008 den Internationalen Gerichtshof in Den Haag auf, ein – freilich unverbindliches – völkerrechtliches Gutachten über die im Februar 2008 einseitig ausgerufene Abspaltung von Serbien zu erstellen. Das Bundesverwaltungsgericht bescheinigte in einzelnen Entscheiden (vgl. etwa Urteil E-5321/2006 vom 29. Januar 2009) im Einklang mit der Erklärung des Bundespräsidenten vom 27. Februar 2008 dem Kosovo den Status eines unabhängigen Staates.

4.4

4.4.1 Massgeblich für die Beurteilung der Flüchtlingseigenschaft ist die Situation im Zeitpunkt der Entscheidung (BVG E 2008/4 E. 5.4 S. 38 f.). Im vorliegenden Fall ist deshalb vorweg zu erörtern, wie sich die soeben unter Erwägung 4.3.2 dargelegte Entwicklung in der ehemaligen Bundesrepublik Jugoslawien auf die den Beschwerdeführern zukommende Staatsangehörigkeit ausgewirkt hat. Namentlich drängt sich die Frage auf, ob die Beschwerdeführer gemäss den im unabhängigen Kosovo geltenden Vorschriften als Angehörige dieses jungen Staates gelten. Aus dem kosovarischen Gesetz vom 20. Februar 2008 über die Staatsangehörigkeit (StAG; vgl. www.gazetazyrtare.com, besucht am 24. April 2009) ergibt sich nicht ohne Weiteres, dass die ab dem Jahre 1993 beziehungsweise 1994 in der Schweiz ansässigen Beschwerdeführer (vgl. hierzu Art. 29 Ziff. StAG) die kosovarische Staatsangehörigkeit erworben haben oder diese erwerben können. Insbesondere kann aufgrund der aus den Akten greifbaren Angaben zur behaupteten Rückkehr im Jahre März 2000 nicht zuverlässig beurteilt werden, ob die Beschwerdeführer sich damals in die offiziellen Register haben eintragen lassen. Subsidiär stellt sich zudem die Frage, ob die Beschwerdeführer durch die Unabhängigkeit des Kosovo überhaupt die serbische Staatsangehörigkeit verloren haben.

Für die Beurteilung der Flüchtlingseigenschaft ist vorliegend entscheidend, ob die Beschwerdeführer einen wirksamen Schutz vor den geltend gemachten Behelligungen durch Zivilpersonen aus ihrem ehema-

ligen – in der heutigen kosovarischen Gemeinde H._____ gelegenen – Wohnort G._____ erhalten können. Eine sinnvolle Erörterung dieser Frage ist aber nur möglich, wenn Klarheit über die Staatsangehörigkeit und den Heimat- beziehungsweise Herkunftsstaat besteht, muss doch ein ausreichender Schutz innerhalb der Grenzen eben dieses Staates erhältlich sein, um nach der oben erläuterten Schutztheorie auf das Nichtbestehen der Flüchtlingseigenschaft schliessen zu können (vgl. E. 4.3.1 hiervor). Welche Staatsangehörigkeit einer asylsuchenden Person zukommt, ist durch das BFM vor der erstinstanzlichen Beurteilung des Asylgesuchs festzustellen. Es rechtfertigt sich deshalb, die angefochtene Verfügung aufzuheben und die Akten zur weiteren Sachverhaltsermittlung und Neubeurteilung an das BFM zurückzuweisen. Ein solches Vorgehen ist auch deshalb angebracht, weil sich die Akten im Hinblick auf eine allfällige Prüfung des Wegweisungsvollzugs auch aus anderen Gründen als nicht entscheidungsreif erweisen (vgl. E. 4.4.2 sogleich). Sollte das BFM im Rahmen seiner Erhebungen zur Erkenntnis gelangen, dass den Beschwerdeführern die kosovarische Staatsangehörigkeit zukommt, hätte es sich bei der erneuten Prüfung der Flüchtlingseigenschaft an der Frage zu orientieren, inwieweit Angehörige von Minderheitsethnie unter den heute im Kosovo herrschenden Verhältnissen mit einem wirksamen Schutz vor Übergriffen durch private Akteure rechnen können. Hierbei wird zu bedenken sein, dass für die Annahme eines qualitativ und graduell genügenden Schutzes eine funktionierende und effiziente Infrastruktur zur Verfügung stehen muss. In erster Linie ist dabei an polizeiliche Aufgaben wahrnehmende Organe sowie an ein Rechts- und Justizsystem zu denken, das eine effektive Strafverfolgung ermöglicht. Die Inanspruchnahme eines solchen innerstaatlichen Schutzsystems muss dem Betroffenen einerseits objektiv zugänglich sein (unabhängig, beispielsweise vom Geschlecht oder von der Zugehörigkeit zu einer ethnischen oder religiösen Minderheit); andererseits muss sie für den Schutzbedürftigen auch individuell zumutbar sein, was beispielsweise dann zu verneinen ist, wenn der Betroffene sich mit einer Strafanzeige der konkreten Gefahr weiterer (oder anderer) Verfolgungsmassnahmen aussetzen würde. Auch über diese Zumutbarkeitsfrage ist im Rahmen der individuellen Einzelfallprüfung unter Berücksichtigung des länderspezifischen Kontexts zu befinden. Analog der Einwendung einer sicheren innerstaatlichen Fluchtalternative obliegt es der entscheidenden Behörde, die Effektivität des Schutzes vor nichtstaatlicher Verfolgung im Heimatland abzuklären und zu begrün-

den (EMARK 2006 Nr. 18 E. 10.3.1 und 10.3.2 S. 203 mit weiteren Hinweisen auf die Rechtsprechung der ARK).

4.4.2 Gleich wie bei der Flüchtlingseigenschaft ist bei der Beurteilung des Wegweisungsvollzugs auf die im Entscheidzeitpunkt bestehenden Verhältnisse abzustellen (EMARK 1997 Nr. 27 E. 4f S. 211). Aus diesem Grund ist der Klarheit halber anzufügen, dass die Akten nach derzeitigem Stand auch keine ausreichende Entscheidungsgrundlage für eine allfällig vorzunehmende Überprüfung der Zumutbarkeit des Wegweisungsvollzugs bilden würden. In diesem Zusammenhang ist zunächst auf die letzte diesbezügliche Einschätzung des Bundesverwaltungsgerichts zu verweisen, welche noch vor der Unabhängigkeitserklärung in einem Urteil vom 23. April 2007 getroffen wurde und lautete, dass der Vollzug der Wegweisung von albanischsprachigen Roma, Ashkali und „Ägyptern“ in der Regel zumutbar sei, unter der Bedingung, dass aufgrund einer Einzelfallabklärung (insbesondere durch vor Ort-Untersuchungen im Kosovo) die Erfüllung bestimmter Reintegrationskriterien wie berufliche Ausbildung, Gesundheitszustand, Alter, ausreichende wirtschaftliche Lebensgrundlage und Beziehungsnetz feststeht (BVGE 2007/10 E. 5.4 S. 112 f.). Informationen aus zuverlässigen Quellen, wonach sich die Lebensbedingungen im unabhängigen Kosovo für die Angehörigen der Minderheitsethnie markant verbessert hätten, sind bislang ausgeblieben. Die Meldungen gehen vielmehr mehrheitlich dahin, dass die Lebensbedingungen für Nichtalbaner schwierig geblieben sind und keine nennenswerten Fortschritte erzielt werden konnten.

Im vorliegenden Fall wurden vonseiten der Vorinstanz keine spezifischen Abklärungen im Hinblick auf die Prüfung der erwähnten Reintegrationskriterien getätigt. In seiner Entscheidungsbegründung beruft sich das BFF nahezu ausschliesslich auf die Aussagen der Beschwerdeführer in den Anhörungen. Die Interpretation und Würdigung dieser Aussagen – wie etwa derjenigen zur vermeintlich problemlosen Lebensführung von Verwandten des Beschwerdeführers in den Nachbardörfern – wird jedoch in der Beschwerde als unkorrekt beziehungsweise unpräzise beanstandet. Aus der Sicht des Gerichts fehlt es in den Akten in erster Linie an der erforderlichen Informationsgrundlage, um aus heutiger Optik beurteilen zu können, ob die Beschwerdeführer bei einer Rückkehr in den Kosovo auf eine Unterkunftsmöglichkeit und auf ein tragfähiges Beziehungsnetz zurückgreifen könnten. In seiner Verfügung vom 17. Februar 2003 hatte das BFF das Vorhandensein eines

tragfähigen Beziehungsnetzes damit begründet, dass Cousins des Beschwerdeführers und die Familie der Beschwerdeführerin im Kosovo lebten. Dass aber Cousins oder überhaupt Verwandte des Beschwerdeführers noch im Kosovo leben, wurde in der Beschwerde kategorisch bestritten. Die alleinigen Aussagen in den Anhörungsprotokollen, wonach in I._____ (Gemeinde J._____) die Familie der Beschwerdeführerin wohne, stellen keine ausreichende tatbeständliche Grundlage dar, um über das Vorliegen von benutzbarem Wohnraum und eines tragfähigen Beziehungsnetzes im Kosovo entscheiden zu können. Dies nicht zuletzt deshalb, weil die Beschwerdeführer sich nach ihren Angaben zwischen dem 16. März 2000 und 20. April 2000 im Haus in I._____ aufgehalten haben, dort jedoch nicht länger verbleiben konnten, einerseits wegen Bedenken um ihre Sicherheit (act. A18/18, S. 7), andererseits aber gerade auch wegen eklatanten Platzmangels und fehlender finanzieller Mittel (act. A18/18, S. 12).

4.5 Zusammenfassend ist festzuhalten, dass der rechtserhebliche Sachverhalt nicht vollständig festgestellt worden ist (Art. 106 Abs. 1 Bst. b AsylG). Die angefochtene Verfügung vom 17. Februar 2003 ist deshalb vollumfänglich aufzuheben, und die Sache ist mit der Weisung an das BFM zurückzuweisen (Art. 37 VGG i.V.m. Art. 61 Abs. 1 VwVG), zusätzliche Abklärungen im Sinne der Erwägungen zu tätigen und in Berücksichtigung der daraus gewonnenen Erkenntnisse neu zu entscheiden.

5.

5.1 Nach dem Gesagten ist die Beschwerde gutzuheissen, soweit darin die vollumfängliche Aufhebung der angefochtenen Verfügung beantragt wurde (Rechtsbegehren 1). Damit ist mit Blick auf die Kostenliquidation von einem vollständigen Obsiegen der Beschwerdeführer auszugehen. Bei diesem Ausgang des Verfahrens sind weder den Beschwerdeführern (vgl. Art. 63 Abs. 1 VwVG), denen keine Verletzung von Verfahrenspflichten vorzuwerfen ist (vgl. Art. 63 Abs. 3 VwVG), noch der unterliegenden Vorinstanz (vgl. Art. 63 Abs. 2 VwVG) Kosten aufzuerlegen. Das Gesuch um Gewährung der vollständigen unentgeltlichen Rechtspflege im Sinne von Art. 65 Abs. 1 VwVG ist unter diesen Umständen als gegenstandslos geworden zu betrachten.

5.2 Den Beschwerdeführern ist für die ihnen im Beschwerdeverfahren erwachsenen notwendigen Kosten eine Parteientschädigung zuzu-

sprechen (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]). Von ihrem Rechtsvertreter wurde keine detaillierte Kostennote zu den Akten gegeben. Auf die Einforderung einer solchen kann verzichtet werden, weil sich der mit der Beschwerdeführung verbundene Zeitaufwand (Art. 10 Abs. 1 VGKE) aufgrund der Akten mit hinreichender Genauigkeit abschätzen lässt (Art. 14 Abs. 2 letzter Satz VGKE). Auf der Grundlage des für anwaltliche Vertretungen geltenden Stundenansatzes (Art. 10 Abs. 1 VGKE) ist der Entschädigungsbetrag alsdann mit Fr. 1'000.-- zu bemessen. Neben den Kosten der Vertretung machen die Beschwerdeführer keine weiteren notwendigen Auslagen geltend (Art. 8 VGKE). Die ihnen vom BFM geschuldete Parteientschädigung ist alsdann auf insgesamt Fr. 1'000.-- (inkl. Auslagen und Mehrwertsteuer) festzusetzen.

(Dispositiv nächste Seite)

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.

Die Beschwerde wird gutgeheissen.

2.

Die Verfügung vom 17. Februar 2003 wird aufgehoben und die Sache wird zur weiteren Abklärung des Sachverhalts und Neubeurteilung im Sinne der Erwägungen an das BFM zurückgewiesen.

3.

Es werden keine Verfahrenskosten erhoben.

4.

Das BFM wird angewiesen, den Beschwerdeführern eine Parteient-schädigung von Fr. 1'000.-- auszurichten.

5.

Dieses Urteil geht an:

- den Rechtsvertreter der Beschwerdeführer (Einschreiben)
- das BFM, Abteilung Asylverfahren, mit den Akten Ref.-Nr. N (...) (per Kurier; in Kopie)
- das (...) des Kantons L. _____ ad (...) (in Kopie)

Der vorsitzende Richter:

Der Gerichtsschreiber:

Robert Galliker

Martin Maeder

Versand: