



Abteilung IV
D-7793/2008
{T 0/2}

Urteil vom 21. Juni 2010

Besetzung

Richter Fulvio Haefeli (Vorsitz),
Richterin Nina Spälti Giannakitsas,
Richter Pietro Angeli-Busi;
Gerichtsschreiberin Karin Schnidrig.

Parteien

A._____, geboren (...),
dessen Ehefrau **B.**_____, geboren (...),
alias **C.**_____, geboren (...),
und deren Kinder **D.**_____, geboren (...),
E._____, geboren (...),
F._____, geboren (...),
Serbien / Kosovo
(...),
Beschwerdeführende,

gegen

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

Gegenstand

Nichteintreten auf Asylgesuch und Wegweisung;
Verfügung des BFM vom 27. November 2008 /
N _____.

Sachverhalt:**A.**

A.a Eigenen Angaben zufolge verliess der Beschwerdeführer seinen Heimatstaat am 26. Mai 2001 und gelangte am 28. Mai 2001 via G. und H. illegal in die Schweiz, wo er am folgenden Tag im Empfangs- und Verfahrenszentrum (EVZ) I. ein erstes Asylgesuch einreichte. Mit Verfügung vom 18. Dezember 2001 wies das BFF dieses Asylgesuch ab, ordnete die Wegweisung des Beschwerdeführers aus der Schweiz an und schob deren Vollzug wegen Unzumutbarkeit zugunsten einer vorläufigen Aufnahme auf.

A.b Mit Verfügung vom 29. Oktober 2002 hob das BFF die mit Verfügung vom 18. Dezember 2001 angeordnete vorläufige Aufnahme des Beschwerdeführers in Anwendung des damals geltenden Art. 14b Abs. 2 des Bundesgesetzes vom 26. März 1931 über Aufenthalt und Niederlassung der Ausländer (ANAG, BS 1 121) auf und ordnete den Wegweisungsvollzug an. Im Rahmen der Teilnahme am Rückkehrhilfeprogramm für Angehörige ethnischer Minderheiten aus dem Kosovo erfolgte am 6. Dezember 2002 die kontrollierte Ausreise des Beschwerdeführers nach Serbien und Montenegro via J.

A.c Gemäss eigenen Angaben verliessen der Beschwerdeführer und seine Ehefrau zusammen mit den gemeinsamen Kindern D. und E. ihre Heimat am 2. Juli 2003 und gelangten am 5. Juli 2003 via ihnen unbekannte Länder illegal in die Schweiz, wo sie gleichentags in der Empfangsstelle K. um Asyl ersuchten. Mit Verfügung vom 22. Juli 2003 wies das BFF das erste Asylgesuch der Beschwerdeführerin und der Kinder ab. Auf das zweite Asylgesuch des Beschwerdeführers trat das Bundesamt mit separater Verfügung vom 22. Juli 2003 gestützt auf Art. 32 Abs. 2 Bst. e des Asylgesetzes vom 26. Juni 1998 (AsylG, SR 142.31) nicht ein. In beiden Fällen wurde die Wegweisung aus der Schweiz und der Wegweisungsvollzug angeordnet. Mit Urteilen vom 25. Juni 2004 wies die vormals zuständige Schweizerische Asylrekurskommission (ARK) die gegen diese Verfügungen erhobene Beschwerde vom 24. Juli 2003 rechtskräftig ab, soweit sie darauf eintrat.

A.d Mit Eingabe vom 25. August 2005 (Poststempel vom 30. August 2005) ersuchten die Beschwerdeführenden beim BFM um Wiedererwägung der Verfügungen des BFF vom 22. Juli 2003 bezüglich der Dispositivziffern 4 und 5. Mit Schreiben vom 12. September 2005

stellte das BFM in Briefform fest, diese Eingabe erfülle weder die formellen Anforderungen an ein neues Asylgesuch noch an ein Wiedererwägungsgesuch, weshalb davon abgesehen werde, ihr weitere Beachtung beizumessen. Mit Eingabe vom 22. September 2005 an das BFM hielten die Beschwerdeführenden fest, sie hätten in ihrem Gesuch vom 30. August 2005 neue erhebliche Tatsachen geschildert und entsprechende Beweise vorgelegt. Das Bundesamt werde gebeten, dieses Gesuch zu behandeln und eine anfechtbare Verfügung zu erlassen; falls es sich in der Sache als unzuständig erachte, werde um Weiterleitung der Eingabe an die zuständige Behörde gebeten. Mit Übermittlungsnotiz vom 30. September 2005 überwies das BFM die Akten zuständigkeitshalber der ARK.

A.e Mit Urteil vom 11. Oktober 2005 hob die ARK die Verfügung des BFM vom 12. September 2005 auf, schrieb die gegen diese Verfügung erhobene Beschwerde als gegenstandslos geworden ab, behandelte die als „Wiedererwägungsgesuch“ bezeichnete Eingabe vom 30. August 2005 an das BFM als Revisionsgesuch und wies dieses ab.

A.f Gemäss der Vollzugs- und Erledigungsmeldung des Amts für Migration (...) vom 10. Januar 2006 an das BFM reisten die Beschwerdeführenden mit den Kindern D. und E. am 9. Januar 2006 kontrolliert nach Serbien und Montenegro (Kosovo) aus.

A.g Eigenen Angaben zufolge verliessen die Beschwerdeführenden ihren Heimatstaat am 24. August 2006 erneut und gelangten am 25. August 2006 via ihnen unbekannte Länder illegal in die Schweiz, wo sie gleichentags im EVZ K. weitere Asylgesuche einreichten. Mit Verfügung vom 27. September 2006 trat das BFM auf die Asylgesuche in Anwendung von Art. 32 Abs. 2 Bst. e AsylG nicht ein, ordnete die Wegweisung der Beschwerdeführenden aus der Schweiz und den Wegweisungsvollzug an. Gegen diese Verfügung erhob der Beschwerdeführer – im Gegensatz zu den übrigen Familienangehörigen, bezüglich denen die Verfügung in Rechtskraft erwuchs – mit Eingabe vom 2. Oktober 2006 Beschwerde bei der ARK. Mit Urteil vom 6. Oktober 2006 wurde die Beschwerde rechtskräftig abgewiesen.

A.h Mit einer als „Wiedererwägungsgesuch“ bezeichneten Eingabe vom 6. November 2006 (Poststempel vom 7. November 2006) an die ARK ersuchten die Beschwerdeführenden unter Bezugnahme auf das Urteil vom 6. Oktober 2006 sinngemäss um Feststellung der Flüchtlingseigenschaft beziehungsweise der Unzumutbarkeit des Weg-

weisungsvollzugs. In der Folge wurde die Eingabe als Revisionsgesuch behandelt, wobei das inzwischen zuständige Bundesverwaltungsgericht feststellte, das Gesuch richte sich sinngemäss gegen den Beschwerdeentscheid der ARK vom 25. Juni 2004 sowie das ausschliesslich den Beschwerdeführer betreffende Urteil der ARK vom 6. Oktober 2006. Mit Urteil vom 18. Januar 2008 wies das Bundesverwaltungsgericht das Revisionsgesuch rechtskräftig ab.

A.i Mit Eingabe vom 19. Februar 2008 (Poststempel vom 20. Februar 2008) reichten die Beschwerdeführenden beim Bundesverwaltungsgericht ein als „Wiedererwägungsgesuch“ bezeichnetes Schreiben ein. Das Bundesverwaltungsgericht überwies diese Eingabe zuständigkeitshalber dem BFM, welches sie als neues Asylgesuch behandelte.

Zur Begründung des neuen Asylgesuchs machten die Beschwerdeführenden geltend, in der am 17. Februar 2008 ausgerufenen Republik Kosovo seien die Serben und Serbinnen wegen ihrer Religion und ihrer Nationalität ernsthaften Nachteilen (Gefährdung des Leibes, des Lebens, der Freiheit sowie Massnahmen, die einen unerträglichen psychischen Druck bewirken) ausgesetzt. In der Republik Kosovo sei die politische Situation schlecht. Der Kosovo sei teilweise noch immer von den Folgen des Krieges geprägt. Die weiterhin schwelenden ethnischen Spannungen bildeten die grösste Belastung für die öffentliche Sicherheit, da sie sich ohne oder nur mit kurzer Vorwarnung in Form von Unruhen oder von einzelnen, gezielten Gewaltakten entladen könnten. Ein erneuter Ausbruch der Gewalt könne im Kosovo nicht ausgeschlossen werden. Da der Zufluchtsort der Beschwerdeführenden die Provinz L. (heute M.) gewesen sei, bestehe auch keine Zufluchtsmöglichkeit innerhalb der Republik Serbien. Schliesslich gewähre der kosovarische Staat nur willkürlich Schutz. Die Grundsicherheit werde teilweise durch die internationalen Truppenverbände der KFOR (Kosovo Force), durch internationale Polizei-Einheiten und zunehmend durch die lokale Polizei gewährleistet. Das Justizwesen sei noch im Aufbau begriffen. Eine Geltendmachung von Rechten vor einem Gericht sei daher nur beschränkt möglich.

Die Beschwerdeführenden stützten ihre Vorbringen mit Auszügen aus Einschätzungen des EDA und von Amnesty International. Als Beweismittel reichten sie zwei Zeitungsartikel zur Unabhängigkeit des Kosovos und Kopien eigener Eingaben an die ARK und das Bundes-

verwaltungsgericht ein. Darunter befindet sich ein Schreiben der Beschwerdeführerin vom September 2007, wonach albanische Terroristen am 17. November 2006 ihr neues Haus in N. teilweise beschädigt und dabei etliche Dinge gestohlen haben sollen. Die Sicherheitsbehörden hätten zwar einen Bericht geschrieben, doch keine Kopie oder sonstigen Beweise hinterlassen.

B.

Mit Verfügung vom 27. November 2008 – eröffnet am 1. Dezember 2008 – trat das BFM in Anwendung von Art. 32 Abs. 2 Bst. e AsylG auf die Asylgesuche nicht ein und ordnete die Wegweisung der Beschwerdeführenden aus der Schweiz sowie den Wegweisungsvollzug an. Zur Deckung der Verfahrenskosten erhob es eine Gebühr von Fr. 600.--.

C.

Mit Eingabe vom 4. Dezember 2008 (Poststempel) an das Bundesverwaltungsgericht beantragten die Beschwerdeführenden, die angefochtene Verfügung sei aufzuheben. Es sei die Flüchtlingseigenschaft anzuerkennen und ihnen Asyl zu gewähren. Es sei festzustellen, dass der Vollzug der Wegweisung unzulässig, unzumutbar und unmöglich sei, und die vorläufige Aufnahme sei anzuordnen. Es sei die unentgeltliche Rechtspflege im Sinne von Art. 65 Abs. 1 und 2 des Bundesgesetzes vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren (VwVG, SR 172.021) zu gewähren und auf die Erhebung eines Kostenvorschusses zu verzichten. Eventualiter sei die aufschiebende Wirkung der Beschwerde wiederherzustellen. Die zuständige Behörde sei vorsorglich anzuweisen, die Kontaktaufnahme mit den Behörden des Heimat- oder Herkunftsstaats sowie jegliche Datenweitergabe an dieselben zu unterlassen. Eventualiter seien die Beschwerdeführenden über eine bereits erfolgte Datenweitergabe in einer separaten Verfügung zu informieren.

Zur Untermauerung ihrer Vorbringen reichten die Beschwerdeführenden folgende Beweismittel zu den Akten: Einen Bericht des UNHCR Berlin vom Juni 2006 betreffend die UNHCR-Position zur fortdauernden Schutzbedürftigkeit von Personen aus dem Kosovo, Anmerkungen des UNHCR Berlin vom September 2006 zu besagter Position, ein Antwortschreiben des UNHCR (...) vom 28. November 2006 auf eine Anfrage der Beschwerdeführenden vom 22. November 2006 und ein undatiertes handschriftliches Schreiben der Be-

schwerdeführenden mit dem Hinweis, weitere Beweise befänden sich bei der ARK (recte: Bundesverwaltungsgericht).

Auf die Beschwerdebegründung wird, soweit entscheidrelevant, in den Erwägungen eingegangen.

D.

Mit Verfügung vom 11. Dezember 2008 wies der zuständige Instruktionsrichter des Bundesverwaltungsgerichts das Gesuch um vorsorgliche Anweisung der zuständigen Behörde, die Kontaktaufnahme mit dem Heimat- oder Herkunftsstaat der Beschwerdeführenden sowie jede Weitergabe von Daten an denselben zu unterlassen, ab und wies das BFM an, den Beschwerdeführenden eventuell der zuständigen ausländischen Behörde bereits weiter gegebene Personendaten offen zu legen. Gleichzeitig hiess er das Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege gemäss Art. 65 Abs. 1 VwVG gut, verzichtete antragsgemäss auf die Erhebung eines Kostenvorschusses und wies das Gesuch um unentgeltliche Rechtsverbeiständung im Sinne von Art. 65 Abs. 2 VwVG ab.

E.

Mit separater Verfügung vom 11. Dezember 2008 lud der zuständige Instruktionsrichter das BFM in Anwendung von Art. 57 Abs. 1 VwVG zur Einreichung einer Vernehmlassung ein.

F.

In seiner Vernehmlassung vom 9. Januar 2009 beantragte das BFM die Abweisung der Beschwerde.

G.

Mit Verfügung vom 16. Januar 2009 gab der zuständige Instruktionsrichter den Beschwerdeführenden gestützt auf Art. 57 Abs. 2 VwVG Gelegenheit, eine Replik einzureichen.

H.

Mit Eingabe vom 30. Januar 2009 (Poststempel vom 1. Februar 2009) äusserten sich die Beschwerdeführenden zur vorinstanzlichen Vernehmlassung.

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:

1.

1.1 Gemäss Art. 31 des Verwaltungsgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (VGG, SR 173.32) beurteilt das Bundesverwaltungsgericht Beschwerden gegen Verfügungen nach Art. 5 VwVG. Das BFM gehört zu den Behörden nach Art. 33 VGG und ist daher eine Vorinstanz des Bundesverwaltungsgerichts. Eine das Sachgebiet betreffende Ausnahme im Sinne von Art. 32 VGG liegt nicht vor. Das Bundesverwaltungsgericht ist daher zuständig für die Beurteilung der vorliegenden Beschwerde; es entscheidet auf dem Gebiet des Asyls endgültig (Art. 105 AsylG; Art. 83 Bst. d Ziff. 1 des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 [BGG, SR 173.110]).

1.2 Das Verfahren richtet sich nach dem VwVG, dem VGG und dem BGG, soweit das AsylG nichts anderes bestimmt (Art. 37 VGG und Art. 6 AsylG).

1.3 Die Beschwerde ist frist- und formgerecht eingereicht (Art. 108 Abs. 2 AsylG, Art. 6 AsylG i.V.m. Art. 52 Abs. 1 VwVG). Die Beschwerdeführenden sind durch die angefochtene Verfügung besonders berührt und haben ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung beziehungsweise Änderung; sie sind daher zur Einreichung der Beschwerde legitimiert (Art. 105 AsylG i.V.m. Art. 48 Abs. 1 VwVG). Auf die Beschwerde ist einzutreten.

2.

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

3.

Bei Beschwerden gegen Nichteintretensentscheide, mit denen es das BFM ablehnt, das Asylgesuch auf seine Begründetheit hin zu überprüfen (Art. 32 - 35 AsylG), ist die Beurteilungskompetenz der Beschwerdeinstanz grundsätzlich auf die Frage beschränkt, ob die Vorinstanz zu Recht auf das Asylgesuch nicht eingetreten ist (vgl. die diesbezüglich weiterhin zutreffende Rechtsprechung der ARK in Entscheidungen und Mitteilungen der ARK [EMARK] 2004 Nr. 34 E. 2.1 S. 240 f. sowie Urteil des Bundesverwaltungsgerichts E-7878/2008 vom 31. Dezember 2008). Die Beschwerdeinstanz enthält sich einer selbständigen materiellen Prüfung und weist die Sache - sofern sie

den Nichteintretensentscheid als unrechtmässig erachtet - zu neuer Entscheidung an die Vorinstanz zurück. Die Vorinstanz prüft die Frage der Wegweisung und des Vollzugs materiell, weshalb dem Bundesverwaltungsgericht diesbezüglich volle Kognition zukommt.

4.

4.1 Gemäss Art. 32 Abs. 2 Bst. e AsylG wird auf Asylgesuche 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.

4.2 Bei der Prüfung, ob Hinweise auf eine Verfolgung vorliegen, welche geeignet sind, die Flüchtlingseigenschaft zu begründen, ist vom engen Verfolgungsbegriff im Sinne von Art. 3 AsylG auszugehen. Bei der Prüfung von Hinweisen auf in der Zwischenzeit eingetretene, für die Flüchtlingseigenschaft relevante Ereignisse, welche gemäss Art. 32 Abs. 2 Bst. e AsylG dazu führen, dass auf ein zweites (oder weiteres) Asylgesuch einzutreten ist, 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 2008/57 E. 3.2 S. 780, EMARK 2005 Nr. 2 E. 4.3 S. 17).

5.

5.1 Das BFM hielt zur Begründung seines Nichteintretensentscheids insbesondere fest, im Kosovo sei es in den vergangenen Jahren vereinzelt zu schwerwiegenden Übergriffen auf Angehörige der ethnischen Minderheiten, namentlich der Serben, gekommen. Es könne jedoch nicht von allgemeinen Vertreibungen ausgegangen werden. Nach der Unabhängigkeitserklärung vom 17. Februar 2008 sei im Kosovo weiterhin eine internationale zivile und militärische Präsenz vorgesehen. Die UNO-Verwaltung (UNMIK) solle sukzessive von der EU-Mission (EULEX) abgelöst werden. Internationale Sicherheitskräfte sowie der Kosovo Police Service (KPS) garantierten die Sicherheit. Auch in den Siedlungsgebieten der Kosovo-Serben würden internationale Sicherheitskräfte und teilweise serbische Angehörige des KPS für Sicherheit sorgen.

Am 15. Juni 2008 sei die neue kosovarische Verfassung in Kraft getreten. Sie gestehe den Minderheiten umfassende Rechte zu. Die internationalen Sicherheitskräfte und der KPS seien in der Lage, die ethnischen Minderheiten im Kosovo zu schützen. Die polizeiliche Präsenz sei gut sichtbar und flächendeckend. Strafgerichtsbarkeit und Strafvollzug funktionierten grösstenteils. Bei Übergriffen intervenierten die Sicherheitskräfte regelmässig und Straftaten gegen Angehörige von Minderheiten würden geahndet.

Da demnach vom Vorhandensein eines adäquaten Schutzes durch den Heimatstaat auszugehen sei, seien die von den Beschwerdeführenden geltend gemachten Übergriffe nicht asylrelevant.

Für Serben und serbischsprachige Roma aus den südlichen Bezirken bestehe zudem eine innerstaatliche Fluchtalternative im Norden Kosovos, weshalb sich eine weitergehende Auseinandersetzung mit der Frage, ob diese Personengruppen im Kosovo einer asylrechtlich relevanten Gefährdung ausgesetzt seien, erübrige.

Im Weiteren seien die vorangegangenen Asylverfahren der Beschwerdeführenden rechtskräftig abgeschlossen. Aus den Akten ergäben sich keine Hinweise, dass nach dem Abschluss dieser Verfahren Ereignisse eingetreten wären, die geeignet seien, die Flüchtlingseigenschaft zu begründen, oder die für die Gewährung vorübergehenden Schutzes relevant seien.

Demzufolge sei in Anwendung von Art. 32 Abs. 2 Bst. e AsylG auf die Asylgesuche nicht einzutreten.

Die Folge eines Nichteintretensentscheides sei gemäss Art. 44 Abs. 1 AsylG in der Regel die Wegweisung aus der Schweiz. Da die Beschwerdeführenden die Flüchtlingseigenschaft nicht erfüllten, könne auch der Grundsatz der Nichtrückweisung gemäss Art. 5 Abs. 1 AsylG nicht angewandt werden. Ferner ergäben sich aus den Akten keine Anhaltspunkte dafür, dass den Beschwerdeführenden im Falle einer Rückkehr in den Heimatstaat mit beachtlicher Wahrscheinlichkeit eine durch Art. 3 der Konvention vom 4. November 1950 zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK, SR 0.101) verbotene Strafe oder Behandlung drohe.

Weder die im Heimatstaat herrschende politische Situation noch

andere Gründe sprächen gegen die Zumutbarkeit der Rückführung dorthin. Im Kosovo habe sich die Sicherheitslage in den vergangenen Jahren verbessert oder zumindest stabilisiert. Die Wahrscheinlichkeit einer konkreten Gefährdung könne jedoch für Serben, zu deren Ethnie die Beschwerdeführenden gehörten, ausserhalb ihrer Enklaven weiterhin nicht ausgeschlossen werden. Eine Rückkehr in den Kosovo werde demnach in der Regel als unzumutbar erachtet. Eine Ausnahme bilde der Norden Kosovos. Für Serben mit letztem Wohnsitz im Norden Kosovos sei die Rückkehr dorthin zumutbar. Die Beschwerdeführenden stammten aber aus N. (Gemeinde O.), wo eine konkrete Gefährdung aufgrund der ethnischen Zugehörigkeit noch nicht ausgeschlossen werden könne. Eine Prüfung der Akten habe jedoch ergeben, dass im vorliegenden Fall die Inanspruchnahme der innerstaatlichen Aufenthaltsalternative im Norden Kosovos nicht zumutbar sei.

Für Serben bestehe aber grundsätzlich auch eine Aufenthaltsalternative in Serbien. Gemäss serbischer Verfassung von 2006 sei der Kosovo nämlich integraler Bestandteil Serbiens, weshalb Serben aus dem Kosovo auch nach der Unabhängigkeit als serbische Staatsangehörige betrachtet würden, auf den diplomatischen Vertretungen Serbiens in der Schweiz serbische Reisepapiere erhielten und nach Serbien einreisen könnten. Zudem würden gemäss Aktenlage einige Verwandte der Beschwerdeführenden in Serbien leben, und der Beschwerdeführer verfüge über eine vergleichsweise überdurchschnittliche Ausbildung sowie eine vielfältige Berufserfahrung. Demnach sei die Inanspruchnahme der Aufenthaltsalternative in Serbien zumutbar. Der Vollzug der Wegweisung sei ausserdem technisch möglich und praktisch durchführbar.

5.2 In der Rechtsmitteleingabe machten die Beschwerdeführenden unter Bezugnahme auf Einschätzungen des EDA und von Amnesty International erneut geltend, in der Republik Kosovo seien sie wegen ihrer Nationalität und ihrer Religion ernsthaften Nachteilen (Gefährdung des Leibes, des Lebens, der Freiheit sowie Massnahmen, die einen unerträglichen psychischen Druck bewirken) ausgesetzt. Übergriffe durch Dritte seien vorliegend asylrelevant, weil der kosovarische Staat seiner Schutzpflicht nicht nachkomme und nicht in der Lage sei, Schutz zu gewähren. Der kosovarische Staat treffe keine Massnahmen, um der Verfolgung von Serben und Serbinnen entgegenzuwirken. Weder die UNO-Verwaltung, die EU-Mission noch der KPS

garantierten die Sicherheit der serbischen Minderheit. Die polizeiliche Präsenz sei weder gut sichtbar noch flächendeckend. Strafgerichtsbarkeit und Strafvollzug funktionierten grösstenteils nicht. Die Sicherheitskräfte würden bei Übergriffen nicht intervenieren, und Straftaten gegen Serben und Serbinnen blieben ungeahndet. Im Weiteren spreche die schlechte politische Situation im Kosovo gegen die Zumutbarkeit der Rückführung dorthin.

Schliesslich wiesen die Beschwerdeführenden darauf hin, dass eine konkrete Gefährdung in N. im südlichen Bezirk O. aufgrund ihrer ethnischen Zugehörigkeit nicht ausgeschlossen werden könne. Die Sicherheitslage habe sich dort kaum verbessert und die Wahrscheinlichkeit einer konkreten Gefährdung für Serben und Serbinnen sei nicht auszuschliessen, da N. nicht in einer serbischen Enklave liege. Sie hätten weder zum Norden Kosovos noch zum restlichen Territorium der Republik Serbiens, wo sie nie gelebt hätten, Bezug. Aus wirtschaftlichen Gründen komme auch keine Unterstützung seitens der Verwandtschaft in Betracht. Darüber hinaus sei das Elternhaus des Beschwerdeführers zerstört worden, und seine Schwester sei in Serbien selber Flüchtlingsfrau. Somit sei die Inanspruchnahme der Aufenthaltsalternative in Serbien nicht zumutbar. Zudem seien die Kinder in der Schweiz gut integriert, und die ganze Familie spreche Deutsch.

5.3 Das BFM hielt in seiner Vernehmlassung vom 9. Januar 2009 fest, gemäss Aktenlage würden vier Geschwister und mindestens eine Tante der Beschwerdeführenden in Serbien wohnen. Sodann sei darauf hinzuweisen, dass die ARK in nicht weniger als drei Urteilen (25. Juni 2004, 11. Oktober 2005 und 6. Oktober 2006) die Zumutbarkeit des Wegweisungsvollzugs bejaht habe. Die Sachlage habe sich seither nicht wesentlich geändert.

Im Übrigen hielt das Bundesamt an seinen Erwägungen vollumfänglich fest und beantragte die Abweisung der Beschwerde.

5.4 In ihrer Replik vom 1. Februar 2009 entgegneten die Beschwerdeführenden, es sei nicht zutreffend, dass sie bei einer Wegweisung nach Serbien von ihren dortigen Verwandten aufgenommen und/oder unterstützt würden. Als Beweismittel, welches belegen soll, dass die Tante P. im Jahr 2004 verstorben ist, legten sie die angebliche Sterbeurkunde vom 23. Februar 2004 ins Recht. Im Weiteren machten

die Beschwerdeführenden geltend, die Schwestern Q. und R. seien Flüchtlingsfrauen in Serbien. Für deren Mittellosigkeit hätten sie bereits Beweismittel eingereicht. Der Bruder S. lebe im Kosovo, was ebenfalls belegt worden sei. Als sie im Jahr 2006 letztmals mit ihm Kontakt gehabt hätten, habe er ihnen klargemacht, dass er ihnen nicht helfen könne. In dem Dorf, in welchem er lebe, sei es für die serbische Minderheit gefährlich, und noch mehr Serben sehe man dort nicht gerne. Der Bruder (...) lebe in der Schweiz. Er habe eine fünfköpfige Familie zu ernähren und verdiene nicht viel, weshalb er ihnen nichts geben könne. Schliesslich sei ihr damaliges Haus im Kosovo unbewohnbar, da es mutwillig zerstört worden sei. Sie seien Serben und im Kosovo eine Minderheit. Vor einer Wegweisung in den Kosovo oder nach Serbien hätten sie Todesangst.

5.5 Gemäss den Akten steht fest, dass die Beschwerdeführenden in der Schweiz unbestrittenermassen bereits mehrere ordentliche Asylverfahren erfolglos durchlaufen haben (vgl. auch EMARK 2000 Nr. 14 S. 103 ff. unter Hinweis auf EMARK 1998 Nr. 1 E. 5). Sämtliche dieser Asylverfahren sind rechtskräftig abgeschlossen. Demnach ist im vorliegenden Fall zu prüfen, ob es Hinweise auf seit Abschluss der früheren Asylverfahren eingetretene Ereignisse gibt, die geeignet sind, die Flüchtlingseigenschaft zu begründen, oder die für die Gewährung vorübergehenden Schutzes relevant sind (vgl. Art. 32 Abs. 2 Bst. e AsylG).

5.5.1 In der angefochtenen Verfügung erachtete das BFM weder die Rückführung in den südlichen Teil des Kosovos noch die Inanspruchnahme der innerstaatlichen Aufenthaltsalternative im Norden Kosovos als zumutbar. Somit erübrigt es sich in casu, auf die im Asylgesuch und auf Beschwerdeebene geltend gemachten Vorbringen zu der im Kosovo herrschenden Situation und auf die entsprechenden Beweismittel einzugehen.

5.5.2 Vorliegend ist vielmehr in entscheidrelevanter Weise darauf hinzuweisen, dass sich Kosovo am 17. Februar 2008 von Serbien losgesagt und die staatliche Unabhängigkeit proklamiert hat. In der Folge anerkannten 65 Staaten, darunter die Schweiz, die USA und 22 der 27 EU-Mitgliedsländer Kosovo als Staat. Die Beschwerdeführenden sind demnach als Staatsangehörige der Republik Kosovo zu betrachten. Serbien hat indes die Unabhängigkeit des Kosovos bisher nicht anerkannt und dieses Gebiet in seiner Verfassung von 2006 ausdrücklich

als integralen Bestandteil Serbiens bezeichnet. Nach dem serbischen Gesetz Nr. 135/04 vom 21. Dezember 2004 besitzen die Beschwerdeführenden daher nach wie vor die serbische Staatsangehörigkeit, da sie serbischer Abstammung sind und auf dem (ehemaligen) Staatsgebiet der Republik Serbien geboren wurden (vgl. das zur Publikation vorgesehene Grundsatzurteil D-7561/2008 vom 15. April 2010). Bei dieser Sachlage kann davon ausgegangen werden, dass die Beschwerdeführenden von den serbischen Behörden als serbische Staatsangehörige betrachtet werden. Personen, die mehrere Staatsangehörigkeiten besitzen, sind nicht auf den Schutz eines Drittstaates angewiesen, sofern sie in einem der Staaten, dessen Staatsangehörigkeit sie besitzen, Schutz vor Verfolgung finden können. Die Beschwerdeführenden, als aus Kosovo stammende ethnische Serben und Serbinnen, können sich demzufolge nach Serbien (Kernland) begeben und dort aufgrund der Niederlassungsfreiheit Wohnsitz nehmen. Die Beschwerdeführenden machten nicht geltend, im serbischen Kernland einer asylrechtlich relevanten Verfolgung ausgesetzt gewesen zu sein oder eine solche zu befürchten. Somit sind den Akten keine Hinweise auf seit Abschluss der früheren Asylverfahren eingetretene Ereignisse im serbischen Kernland zu entnehmen, die geeignet wären, die Flüchtlingseigenschaft zu begründen, oder die für die Gewährung vorübergehenden Schutzes relevant wären. Die Beschwerdeführenden sind demnach nicht auf den Schutz der Schweiz angewiesen.

5.5.3 Zusammenfassend ist festzustellen, dass das BFM auf das Asylgesuch der Beschwerdeführenden vom 21. Februar 2008 zu Recht nicht eingetreten ist.

6.

6.1 Lehnt das Bundesamt das Asylgesuch ab oder tritt es darauf nicht ein, so verfügt es in der Regel die Wegweisung aus der Schweiz und ordnet den Vollzug an; es berücksichtigt dabei den Grundsatz der Einheit der Familie (Art. 44 Abs. 1 AsylG).

6.2 Die Beschwerdeführenden verfügen weder über eine ausländerrechtliche Aufenthaltsbewilligung noch über einen Anspruch auf Erteilung einer solchen. Die Wegweisung wurde demnach zu Recht angeordnet (Art. 44 Abs. 1 AsylG; EMARK 2001 Nr. 21).

7.

7.1 Ist der Vollzug der Wegweisung nicht zulässig, nicht zumutbar oder nicht möglich, so regelt das Bundesamt das Anwesenheitsverhältnis nach den gesetzlichen Bestimmungen über die vorläufige Aufnahme von Ausländern (Art. 44 Abs. 2 AsylG; Art. 83 Abs. 1 AuG).

Bezüglich der Geltendmachung von Wegweisungshindernissen gilt gemäss ständiger Praxis des Bundesverwaltungsgerichts und der vormaligen ARK der gleiche Beweisstandard wie bei der Flüchtlingseigenschaft, das heisst, sie sind zu beweisen, wenn der strikte Beweis möglich ist, und andernfalls wenigstens glaubhaft zu machen (vgl. WALTER STÖCKLI, Asyl, in: Uebersax/Rudin/Hugi Yar/Geiser, Ausländerrecht, 2. Auflage, Basel 2009, Rz. 11.148).

7.2 Der Vollzug ist nicht zulässig, wenn völkerrechtliche Verpflichtungen der Schweiz einer Weiterreise der Ausländerin oder des Ausländers in den Heimat-, Herkunfts- oder in einen Drittstaat entgegenstehen (Art. 83 Abs. 3 AuG).

So darf keine Person in irgendeiner Form zur Ausreise in ein Land gezwungen werden, in dem ihr Leib, ihr Leben oder ihre Freiheit aus einem Grund nach Art. 3 Abs. 1 AsylG gefährdet ist oder in dem sie Gefahr läuft, zur Ausreise in ein solches Land gezwungen zu werden (Art. 5 Abs. 1 AsylG; vgl. ebenso Art. 33 Abs. 1 des Abkommens vom 28. Juli 1951 über die Rechtsstellung der Flüchtlinge [FK, SR 0.142.30]).

Gemäss Art. 25 Abs. 3 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV, SR 101), Art. 3 des Übereinkommens vom 10. Dezember 1984 gegen Folter und andere grausame, unmenschliche oder erniedrigende Behandlung oder Strafe (FoK, SR 0.105) und der Praxis zu Art. 3 EMRK darf niemand der Folter oder unmenschlicher oder erniedrigender Strafe oder Behandlung unterworfen werden.

7.3 Die Vorinstanz wies in ihrer angefochtenen Verfügung zutreffend darauf hin, dass der Grundsatz der Nichtrückschiebung nur Personen schützt, die die Flüchtlingseigenschaft erfüllen. Da es den Beschwerdeführenden nicht gelungen ist, eine asylrechtlich erhebliche Gefährdung nachzuweisen oder glaubhaft zu machen, kann das in Art. 5 AsylG verankerte Prinzip des flüchtlingsrechtlichen Non-Refoulements im vorliegenden Verfahren keine Anwendung finden.

Eine Rückkehr der Beschwerdeführenden nach Serbien ist demnach unter dem Aspekt von Art. 5 AsylG rechtmässig.

Sodann ergeben sich weder aus den Aussagen der Beschwerdeführenden noch aus den Akten Anhaltspunkte dafür, dass sie für den Fall einer Ausschaffung nach Serbien dort mit beachtlicher Wahrscheinlichkeit einer nach Art. 3 EMRK oder Art. 1 FoK verbotenen Strafe oder Behandlung ausgesetzt wären. Gemäss Praxis des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte (EGMR) sowie jener des UN-Anti-Folterausschusses müssten die Beschwerdeführenden eine konkrete Gefahr ("real risk") nachweisen oder glaubhaft machen, dass ihnen im Fall einer Rückschiebung Folter oder unmenschliche Behandlung drohen würde (vgl. EGMR, [Grosse Kammer], Saadi gegen Italien, Urteil vom 28. Februar 2008, Beschwerde Nr. 37201/06, §§ 124-127, mit weiteren Hinweisen). Die aus dem Kosovo stammenden Beschwerdeführenden machten indessen im vorliegenden Verfahren keine begründete Furcht vor Verfolgung in Serbien geltend. Auch die allgemeine Menschenrechtssituation in Serbien lässt den Wegweisungsvollzug zum heutigen Zeitpunkt nicht als unzulässig erscheinen. Nach dem Gesagten ist der Vollzug der Wegweisung sowohl im Sinne der asyl- als auch der völkerrechtlichen Bestimmungen zulässig.

7.4 Gemäss Art. 83 Abs. 4 AuG kann der Vollzug für Ausländerinnen und Ausländer unzumutbar sein, wenn sie im Heimat- oder Herkunftsstaat auf Grund von Situationen wie Krieg, Bürgerkrieg, allgemeiner Gewalt und medizinischer Notlage konkret gefährdet sind. Wird eine konkrete Gefährdung festgestellt, ist – unter Vorbehalt von Art. 83 Abs. 7 AuG – die vorläufige Aufnahme zu gewähren (vgl. Botschaft zum Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer vom 8. März 2002, BBI 2002 3818).

7.4.1 In Serbien besteht keine Situation generalisierter Gewalt, die sich über das ganze Staatsgebiet oder weite Teile desselben erstrecken würde. Der Vollzug der Wegweisung ethnischer Serben mit letztem Wohnsitz im Kosovo nach Serbien ist deshalb grundsätzlich zumutbar.

Es bleibt somit zu prüfen, ob individuelle Gründe vorliegen, die eine Rückkehr der Beschwerdeführenden nach Serbien als unzumutbar erscheinen lassen.

7.4.2 Eigenen Angaben zufolge verfügt der Beschwerdeführer über eine Ausbildung als Chemielaborant (Mittelschulabschluss), war von 1994 bis zum Einmarsch der NATO als Gemeindeangestellter tätig und hat nach seiner Rückkehr aus der Schweiz in der Landwirtschaft gearbeitet (vgl. bereits Ausführungen im Urteil der ARK vom 25. Juni 2004). Infolgedessen bestehen reelle Chancen, dass er in Serbien eine Arbeit finden wird und für sich und seine Familie eine neue Existenz aufbauen kann. Ausserdem ist vom Bestehen eines verwandtschaftlichen Beziehungsnetzes auszugehen, da zwei Schwestern des Beschwerdeführers in Serbien leben (vgl. Replik vom 1. Februar 2009). Schliesslich wurde der in der Schweiz lebende Bruder des Beschwerdeführers im Jahr 2006 eingebürgert. Dieser mag nicht in der Lage und möglicherweise auch nicht gewillt sein, die Beschwerdeführenden längerfristig zu unterstützen. Dennoch kann angenommen werden, dass sie zumindest in der Anfangsphase nach der Ausreise mit seiner Unterstützung rechnen können. Insgesamt ist somit nicht davon auszugehen, die Beschwerdeführenden würden in Serbien in eine existenzbedrohende Situation geraten. Angesichts dieser Sachlage vermag auch der angebliche Tod der Tante nicht zu einer anderen Einschätzung zu führen, weshalb die Frage der Echtheit der als Beweismittel eingereichten Sterbeurkunde vom 23. Februar 2004 offen gelassen werden kann.

7.4.3 Zu beachten bleibt die Tatsache, dass die Beschwerdeführenden eine 15-jährige Tochter, einen 11-jährigen und einen vierjährigen Sohn haben, welche in ihr Asylgesuch eingeschlossen und ebenso von einer Wegweisung betroffen sind. Es stellt sich daher die Frage, ob die allenfalls bereits fortgeschrittene Integration der beiden älteren Kinder D. und E. in der Schweiz eine Wegweisung als unzumutbar erscheinen lassen würde.

Nach der Rechtsprechung der ARK, welche vom Bundesverwaltungsgericht weitergeführt wird, ist bei der Beurteilung der Zumutbarkeit des Wegweisungsvollzugs der Aspekt des Kindeswohls zu berücksichtigen. Dies ergibt sich nicht zuletzt aus einer völkerrechtskonformen Auslegung des Art. 83 Abs. 4 AuG im Licht von Art. 3 Abs. 2 des Übereinkommens vom 20. November 1989 über die Rechte des Kindes (SR 0.107). Demzufolge sind unter dem Aspekt des Kindeswohls sämtliche Umstände einzubeziehen und zu würdigen, die im Hinblick auf eine Wegweisung wesentlich erscheinen (vgl. EMARK 1998 Nr. 13 E. 5e.aa S. 98 f.). Gemäss EMARK 2005 Nr. 6 können erschwerte Re-

integrationsmöglichkeiten im Heimatstaat infolge einer fortgeschrittenen Assimilierung des Kindes in der Schweiz zur Feststellung der Unzumutbarkeit des Wegweisungsvollzugs der ganzen Familie führen. Die Verwurzelung der Beschwerdeführenden in der Schweiz ist zwar bei der Beurteilung der Zumutbarkeit einer Rückkehr ins Heimatland lediglich von untergeordneter Bedeutung, sie kann aber eine reziproke Wirkung auf die Frage der Zumutbarkeit des Wegweisungsvollzugs haben, indem eine starke Assimilierung in der Schweiz – und davon ist bei einem längeren Aufenthalt von Kindern auszugehen – eine Entwurzelung im Heimatstaat zur Folge haben kann, welche unter Umständen die Rückkehr dorthin als unzumutbar erscheinen lässt (vgl. EMARK 1998 Nr. 31 E. 8c. ff. ccc. S. 260 f.). Diese Voraussetzungen sind im vorliegenden Fall indes nicht gegeben. Die beiden älteren Kinder reisten am 5. Juli 2003 erstmals gemeinsam mit ihren Eltern in die Schweiz ein (vgl. Bst. A.c des Sachverhalts). Damals waren sie bereits acht beziehungsweise vier Jahre alt. Sie verliessen jedoch am 9. Januar 2006 die Schweiz wieder und hielten sich im Heimatland auf. Ein ununterbrochener langjähriger Aufenthalt mit Abschluss der obligatorischen Schule in der Schweiz liegt somit nicht vor. Zwar reisten die beiden älteren Kinder im August 2006 mit ihren Eltern wieder in die Schweiz ein, aufgrund der vorausgegangenen negativen Asylverfahren durfte nach objektiven Gesichtspunkten jedoch nicht mit einem dauernden Aufenthalt in der Schweiz gerechnet werden. Bei dieser Sachlage ist nicht von einer Entwurzelung im Heimatstaat auszugehen, weshalb der Vollzug der Wegweisung für die Tochter D. und den Sohn E. als zumutbar erachtet wird.

Dies gilt umso mehr für den erst vierjährigen Sohn F., zumal er sich aufgrund seines Alters noch in einer starken Abhängigkeit zu seinen Eltern befindet und selbst noch nicht in der Lage ist, soziale Kontakte zu knüpfen.

7.4.4 Im Weiteren ist festzustellen, dass bereits mit der auf den 1. Januar 2007 teilweise in Kraft gesetzten Revision des Asylgesetzes vom 16. Dezember 2005 die bisherigen asylrechtlichen Bestimmungen betreffend die vorläufige Aufnahme im Falle des Vorliegens einer schwerwiegenden persönlichen Notlage (Art. 44 Abs. 3-5 aAsylG) aufgehoben wurden, weshalb eine vorläufige Aufnahme der Beschwerdeführenden wegen einer schwerwiegenden persönlichen Notlage nicht (mehr) in Betracht fällt. Nach geltendem Recht ist es nunmehr dem Kanton vor-

behalten, mit Zustimmung des Bundesamtes einer ihm nach Gesetz zugewiesenen Person eine Aufenthaltsbewilligung zu erteilen, wenn wegen der fortgeschrittenen Integration ein schwerwiegender persönlicher Härtefall vorliegt (Art. 14 Abs. 2 Bst. c AsylG). Im Rahmen dieses Verfahrens könnte die Integration der Kinder in der Schweiz allenfalls eine Rolle spielen.

7.4.5 Nach dem Gesagten erweist sich der Vollzug der Wegweisung auch als zumutbar.

7.5 Schliesslich obliegt es den Beschwerdeführenden, sich bei der zuständigen Vertretung des Heimatstaates die für eine Rückkehr notwendigen Reisedokumente zu beschaffen (Art. 8 Abs. 4 AsylG), weshalb der Vollzug der Wegweisung auch als möglich zu bezeichnen ist (Art. 83 Abs. 2 AuG).

8.

Insgesamt ist die durch die Vorinstanz verfügte Wegweisung zu bestätigen. Die Vorinstanz hat deren Vollzug zu Recht als zulässig, zumutbar und möglich erachtet. Somit fällt eine Anordnung der vorläufigen Aufnahme ausser Betracht (Art. 83 Abs. 1-4 AuG).

9.

Aus diesen Erwägungen ergibt sich, dass die angefochtene Verfügung Bundesrecht nicht verletzt, den rechtserheblichen Sachverhalt richtig und vollständig feststellt und angemessen ist (Art. 106 AsylG). Die Beschwerde ist demnach abzuweisen.

10.

Bei diesem Ausgang des Verfahrens wären die Verfahrenskosten grundsätzlich den Beschwerdeführenden aufzuerlegen (Art. 63 Abs. 1 VwVG). Der zuständige Instruktionsrichter des Bundesverwaltungsgerichts hat jedoch mit Verfügung vom 11. Dezember 2008 aufgrund der damaligen Rechtslage das Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege im Sinne von Art. 65 Abs. 1 VwVG gutgeheissen und auf die Erhebung eines Kostenvorschusses verzichtet. Da die Beschwerdeführenden nach wie vor nicht erwerbstätig sind, ist auf die Auferlegung der Kosten zu verzichten (Art. 65 Abs. 1 VwVG).

(Dispositiv nächste Seite)

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.

Die Beschwerde wird abgewiesen.

2.

Es werden keine Verfahrenskosten erhoben.

3.

Dieses Urteil geht an:

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

Der vorsitzende Richter:

Die Gerichtsschreiberin:

Fulvio Haefeli

Karin Schnidrig

Versand: