



Abteilung V
E-3510/2006/⟨ABR⟩
{T 0/2}

Urteil vom 3. Februar 2009

Besetzung

Richter Kurt Gysi (Vorsitz),
Richterin Christa Luterbacher,
Richter Bruno Huber,
Gerichtsschreiberin Barbara Balmelli.

Parteien

A._____,
dessen Ehefrau
B._____,
und deren gemeinsame Kinder
C._____,
D._____,
Bosnien und Herzegowina,
vertreten durch lic. iur. Peter Zahradnik, Rechtsanwalt,
Beschwerdeführende,

gegen

Bundesamt für Migration (BFM), bis 31. Dezember
2004 Bundesamt für Flüchtlinge (BFF), Quellenweg 6,
3003 Bern,
Vorinstanz.

Gegenstand

Wegweisung und Vollzug der Wegweisung; Verfügung
des BFF vom 28. Mai 2004 / N (...).

Sachverhalt:**A.**

Eigenen Angaben zufolge verliessen die Beschwerdeführenden mit ihren beiden Kindern den Heimatstaat am 10. November 2002 und gelangten am 11. November 2002 in die Schweiz, wo sie gleichentags ihre Asylgesuche einreichten. Am 14. November 2002 wurden sie in der Empfangsstelle Kreuzlingen befragt. Die E. _____ hörte sie am 14. Januar 2003 zu den Asylgründen an. Im Wesentlichen machte der Beschwerdeführer geltend, sie stammten aus F. _____, Gemeinde G. _____, und seien bosniakischer Ethnie. Im Juli 2002 hätten zwei Polizisten - vermutlich aufgrund einer Anzeige - ihr Haus durchsucht. Dabei sei ihm zu Unrecht vorgeworfen worden, Diplome für verschiedene Handwerkerberufe gefälscht zu haben. Im August 2002 habe eine zweite, erfolglose Hausdurchsuchung stattgefunden. Im Oktober 2002 hätten Polizisten seinen an Epilepsie erkrankten Sohn während der Pause in der Schule aufgesucht und nach den Tätigkeiten seines Vaters befragt. Damit habe die Polizei ihn - den Beschwerdeführer - unter Druck setzen wollen. Deshalb, und um seinem Sohn eine bessere medizinische Behandlung zu ermöglichen, hätten sie sich einige Tage nach diesem Vorfall zur Ausreise entschlossen.

Die Beschwerdeführerin ihrerseits führte dieselben Gründe für die Ausreise an wie ihr Ehegatte.

B.

Mit Verfügung vom 28. Mai 2004 - eröffnet am 1. Juni 2004 - stellte das BFF fest, die Beschwerdeführenden erfüllten die Flüchtlingseigenschaft nicht, lehnte die Asylgesuche ab und ordnete die Wegweisung aus der Schweiz sowie deren Vollzug an.

C.

Mit Eingabe vom 28. Juni 2004 reichten die Beschwerdeführenden bei der damals zuständigen Schweizerischen Asylrekurskommission (ARK) Beschwerde ein und beantragten durch ihren Rechtsvertreter, die Ziffern 3 bis 5 (Verneinung der Flüchtlingseigenschaft, Ablehnung der Asylgesuche und Wegweisung aus der Schweiz) der angefochtenen Verfügung seien aufzuheben und es sei die vorläufige Aufnahme anzuordnen.

D.

Mit Zwischenverfügung vom 20. Juli 2004 stellte der Instruktionsrichter der ARK fest, dass sich die Beschwerde lediglich gegen die verfügte Wegweisung sowie deren Vollzug richte, mithin die Ziffern 1 (Feststellung der Flüchtlingseigenschaft) und 2 (Ablehnung der Asylgesuche) der Verfügung des Bundesamts vom 28. Mai 2004 in Rechtskraft erwachsen seien. Sodann setzte er Frist zur Leistung eines Kostenvorschusses in der Höhe von Fr. 600.-. Diesen bezahlten die Beschwerdeführenden am 27. Juli 2004 fristgerecht.

E.

Das Bundesamt beantragte in der Vernehmlassung vom 2. August 2004 die Abweisung der Beschwerde. Am 4. August 2004 unterbreitete der Instruktionsrichter den Beschwerdeführenden die Vernehmlassung zur Kenntnisnahme ohne Replikrecht.

F.

Mit Zwischenverfügung vom 28. November 2008 setzte der Instruktionsrichter des inzwischen neu zuständigen Bundesverwaltungsgerichts den Beschwerdeführenden Frist zur Einreichung eines Arztberichts betreffend den Sohn C._____ sowie aktueller Berichte zur Ausbildungssituation beider Söhne. Innert der angesetzten Frist reichten die Beschwerdeführenden die einverlangten Dokumente zu den Akten.

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 des Bundesgesetzes vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren (VwVG, SR 172.021). Das Bundesamt für Migration (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 und entscheidet in diesem Bereich endgültig (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]).

1.2 Das Bundesverwaltungsgericht hat am 1. Januar 2007 die Beurteilung der am 31. Dezember 2006 bei der ARK hängigen Rechtsmittel übernommen. Das neue Verfahrensrecht ist anwendbar (vgl. Art. 53 Abs. 2 VGG).

1.3 Die Beschwerdeführenden haben am Verfahren vor der Vorinstanz teilgenommen, sind durch die angefochtene Verfügung besonders berührt, haben ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung beziehungsweise Änderung und sind daher zur Einreichung der Beschwerde legitimiert. Auf die frist- und formgerecht eingereichte Beschwerde ist einzutreten (Art. 6 AsylG i.V.m. Art. 48 Abs. 1 sowie Art. 50 Abs. 1 und Art. 52 Abs. 1 VwVG).

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.

Die vorliegende Beschwerde richtet sich allein gegen die verfügte Wegweisung sowie deren Vollzug. Die Ziffern 1 (Verneinung der Flüchtlingseigenschaft) und 2 (Ablehnung der Asylgesuche) des Dispositivs der Verfügung des Bundesamts vom 28. Mai 2004 sind demnach mangels Anfechtung in Rechtskraft erwachsen.

4.

4.1 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).

4.2 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; Entscheidungen und Mitteilungen der ARK [EMARK] 2001 Nr. 21).

5.

5.1 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 des Bundesgesetzes vom 16. Dezember 2005 über die Ausländerinnen und Ausländer [AuG, SR 142.20]).

5.2 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, BBl 2002 3818). Sind von einem allfälligen Wegweisungsvollzug Kinder betroffen, so bildet im Rahmen der Zumutbarkeitsprüfung das Kindeswohl einen Gesichtspunkt von gewichtiger Bedeutung. Dies ergibt sich nicht zuletzt aus einer völkerrechtskonformen Auslegung von Art. 83 Abs. 4 AuG im Lichte von Art. 3 Abs. 1 des Übereinkommens vom 20. November 1989 über die Rechte des Kindes (KRK, SR 0.107). Unter dem Aspekt des Kindeswohls sind demnach sämtliche Umstände einzubeziehen und zu würdigen, die im Hinblick auf eine Wegweisung wesentlich erscheinen (vgl. die noch zu Art. 14a Abs. 4 ANAG erfolgte und weiterhin zutreffende Rechtsprechung der ARK in EMARK 2005 Nr. 6). In Bezug auf das Kindeswohl können namentlich folgende Kriterien im Rahmen einer gesamtheitlichen Beurteilung von Bedeutung sein: Alter, Reife, Abhängigkeiten, Art (Nähe, Intensität, Tragfähigkeit) seiner Beziehungen, Eigenschaften seiner Bezugspersonen (insbesondere Unterstützungsbereitschaft und -fähigkeit), Stand und Prognose bezüglich Entwicklung/Ausbildung, Grad der erfolgten Integration bei einem längeren Aufenthalt in der Schweiz usw. Gerade letzterer Aspekt, die Dauer des Aufenthaltes 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 herausgerissen werden sollten. Dabei ist aus entwicklungspsychologischer Sicht nicht nur das unmittelbare persönliche Umfeld des Kindes (d.h. dessen Kernfamilie) zu berücksichtigen, sondern auch dessen übrige soziale Einbettung. Die Verwurzelung in der Schweiz kann eine reziproke Wirkung auf die Frage der Zumutbarkeit

des Wegweisungsvollzugs 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 die weiterhin zutreffende Praxis der ARK in EMARK 1998 Nr. 31 S. 260 f.).

5.3

5.3.1 Die Beschwerdeführenden sind mit ihren beiden Söhnen im November 2002 in die Schweiz eingereist. Die Familie hält sich demnach seit über sechs Jahren hier auf. Im Zeitpunkt der Einreise waren die beiden Kinder D._____ sechs und C._____ zwölf Jahre alt, heute sind sie zwölf- und 19-jährig.

5.3.2 Aufgrund des Alters von D._____ im Zeitpunkt der Einreise in die Schweiz ergibt sich, dass er seine gesamte bisherige schulische Ausbildung hier durchlaufen hat und im kommenden Sommer in die Oberstufe übertreten wird. Mit der Einschulung in der Schweiz hat er Schweizer Dialekt und Hochdeutsch erlernt und sich zusehends an die schweizerische Lebensweise assimiliert beziehungsweise ist er insbesondere durch den Besuch der Schule in erheblichem Mass durch das hiesige kulturelle und soziale Umfeld geprägt worden. Es ist auch davon auszugehen, dass er in den letzten sechs Jahren ein eigenes persönliches Beziehungsnetz geschaffen hat. Demgegenüber wird er kaum über die - namentlich schriftlichen - Kenntnisse seiner Muttersprache verfügen, welche für eine erfolgreiche Eingliederung ins Schulsystem in der Heimat vorauszusetzen wären. Auch wird er aufgrund der langjährigen Abwesenheit kaum Kontakte zu anderen gleichaltrigen Menschen in seinem Heimatland haben. Angesichts dessen sowie der kulturellen Differenzen zwischen der Schweiz und Bosnien und Herzegowina wäre seine Reintegration in der Heimat in erhöhtem Mass in Frage gestellt. Bei dieser Sachlage besteht für D._____ somit die konkrete Gefahr, dass die mit einem Vollzug der Wegweisung verbundene Entwurzelung aus dem gewachsenen sozialen Umfeld in der Schweiz einerseits und die sich gleichzeitig abzeichnende Problematik einer Reintegration in die ihm weitgehend fremde Kultur und Umgebung im Heimatland andererseits zu starken Belastungen in seiner weiteren Entwicklung führen würden, die mit dem Schutzanliegen des Kindeswohls nicht zu vereinbaren wären. In Würdigung der vorstehenden Ausführungen gelangt das Bundesverwaltungsgericht zum Schluss, dass sich der Vollzug der Wegweisung von D._____ nach Bosnien und Herzegowina als nicht zumutbar im

Sinne von Art. 83 Abs. 4 AuG erweist. D._____ ist demnach zufolge Unzumutbarkeit des Wegweisungsvollzuges in der Schweiz vorläufig aufzunehmen.

5.3.3 Gemäss Art. 44 Abs. 1 AsylG ist beim Vollzug der Wegweisung der Grundsatz der Einheit der Familie zu berücksichtigen. Unter Berücksichtigung des Anspruchs auf Einheit der Familie (Art. 44 Abs. 1 AsylG) sind die Beschwerdeführenden - als Eltern - ebenfalls in der Schweiz vorläufig aufzunehmen, zumal sich aus den Akten keine Hinweise auf das Vorliegen von Ausschlussgründen im Sinne von Art. 83 Abs. 7 AuG ergeben.

5.3.4 Mit den Beschwerdeführenden ist auch deren ältester Sohn C._____ in die Schweiz eingereist. C._____ ist seit dem 12. Februar 2008 volljährig. Aus diesem Grund hat er keinen Anspruch darauf, in die vorläufige Aufnahme der Eltern beziehungsweise des Bruders einbezogen zu werden, es sei denn, es würde ein „besonderes Abhängigkeitsverhältnis“ im Sinne der Rechtsprechung bestehen (vgl. dazu die weiterhin zutreffende Rechtsprechung der ARK in EMARK 1994 Nr. 9, EMARK 2000 Nr. 4, EMARK 2000 Nr. 21 und EMARK 2000 Nr. 27) beziehungsweise der Vollzug der Wegweisung sei auch für C._____ per se nicht zumutbar.

Den Akten ist zu entnehmen, dass C._____ im Zeitpunkt der Einreise an schweren epileptischen Anfällen litt. Zur medizinischen und persönlichen Situation von C._____ führt Dr. med. H._____, Oberärztin Kinderspital I._____, in ihrem Bericht vom 18. Mai 2004 aus, C._____ habe im Alter von vier Jahren (1994) eine Epilepsie mit komplex-fokalen Anfällen entwickelt, welche bis zu drei Mal am Tag aufgetreten seien. Im Sommer 2002 habe sich eine neue Anfallssymptomatik mit fokal motorischen Anfällen im Bereich der rechten Körperhälfte entwickelt. Die in der Schweiz durchgeführten Therapien hätten zunächst einen anfallsfreien Verlauf von zwei Jahren gebracht. In der Folge sei es zu Rückfällen gekommen. Weiter führt die Ärztin aus, aufgrund der Anfallssituation sei die schulische Integration von C._____ sehr schwierig. Ohne Behandlung sei eine schulische und berufliche Entwicklung sowie eine soziale Integration erschwert. Hinzu komme, dass die medizinische Versorgung sowie die therapeutischen Möglichkeiten bei einer solch schwierigen Epilepsiesituation im Herkunftsland nicht garantiert werden könnten.

In ihrem Arztbericht vom 22. Oktober 2008 führt Dr. med. H._____ aus, C._____ sei unter den eingesetzten Medikamenten weitgehend anfallsfrei geblieben. Er habe gut in der Schule integriert werden können und mit recht guten Leistungen die obligatorische Schulzeit abgeschlossen. Gegenwärtig suche er eine Lehrstelle, vorzugsweise als Heizungsinstallateur. Um die stabile Situation nicht zu gefährden, sei die antikonvulsive Medikamentation beizubehalten.

Aufgrund der vorstehenden Ausführungen ergibt sich, dass C._____ trotz seiner Krankheit, dank der guten medizinischen Betreuung offenbar gut im schweizerischen Schulsystem integriert werden konnte. Gegenwärtig bemüht er sich um eine Lehrstelle. Mit dieser schulischen Integration hat C._____ sowohl Schweizer Dialekt als auch Hochdeutsch erlernt, soziale Kontakte aufgebaut und sich an die hiesige Lebensweise gewöhnt. Gleichzeitig mit dieser umfassenden und für ihn unter erschwerten Bedingungen erfolgten Integration in der Schweiz hat sich C._____ von der Kultur und Lebensweise in seinem Heimatland entfernt. Dies alles geschah während seiner Adoleszenz, mithin einer für einen jungen Menschen prägenden und wichtigen Phase der Persönlichkeitsentwicklung. Eine Rückkehr in den Heimatstaat würde für den vor knapp einem Jahr volljährig gewordenen C._____ eine mehrfache Entwurzelung aus dem hier gewachsenen sozialen, aber auch für ihn wichtigen medizinischen Umfeld bedeuten. Hinzu käme, dass er bei einer Rückkehr von seiner Familie getrennt würde, ein Umstand, welcher für ihn angesichts seiner Biographie auch nicht abschätzbare Auswirkungen auf seine Gesundheit haben könnte. Daher und in Anbetracht des Alters von C._____ würde für ihn der Vollzug der Wegweisung eine konkrete Gefährdung darstellen. Aufgrund dieser besonderen Sachlage gelangt das Bundesverwaltungsgericht zum Schluss, dass der Vollzug der Wegweisung des volljährigen Sohnes C._____ nach Bosnien und Herzegowina nicht zumutbar im Sinne von Art. 83 Abs. 4 AuG ist. C._____ ist demnach in der Schweiz vorläufig aufzunehmen.

5.3.5 Zusammenfassend ist festzustellen, dass die Beschwerdeführenden und ihre beiden Söhne zufolge Unzumutbarkeit des Wegweisungsvollzugs in der Schweiz vorläufig aufzunehmen sind.

5.4 Die drei Bedingungen für einen Verzicht auf den Vollzug der Wegweisung (Unzulässigkeit, Unzumutbarkeit, Unmöglichkeit) sind alternativer Natur: Sobald eine von ihnen erfüllt ist, ist der Vollzug der Weg-

weisung als undurchführbar zu betrachten und die weitere Anwesenheit in der Schweiz gemäss den Bestimmungen über die vorläufige Aufnahme zu regeln (vgl. die weiterhin zutreffende Praxis der ARK in EMARK 2006 Nr. 6 E. 4.2). Gegen eine allfällige Aufhebung der vorläufigen Aufnahme durch die Vorinstanz steht den (ab- und weggewiesenen) Asylsuchenden wiederum die Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht offen (vgl. Art. 105 AsylG i.V.m. Art. 44 Abs. 2 AsylG), wobei in jenem Verfahren sämtliche Vollzugshindernisse von Amtes wegen nach Massgabe der dazumal herrschenden Verhältnisse (vgl. die weiterhin zutreffende Praxis der ARK in EMARK 1997 Nr. 27) von neuem zu prüfen sind.

6.

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass das Bundesamt zu Unrecht festgestellt hat, der Vollzug der Wegweisung sei zumutbar. Die Beschwerde ist daher gutzuheissen und die Verfügung der Vorinstanz vom 28. Mai 2004 betreffend die Ziffern 4 (Verlassen der Schweiz) und 5 (Vollzug der Wegweisung) des Dispositivs aufzuheben. Das BFM ist anzuweisen, die Beschwerdeführenden und ihre beiden Söhne in der Schweiz vorläufig aufzunehmen.

7.

7.1 Bei diesem Ausgang des Beschwerdeverfahrens sind keine Kosten aufzuerlegen (Art. 63 Abs. 1 VwVG). Der am 27. Juli 2004 geleistete Kostenvorschuss ist den Beschwerdeführenden zurückzuerstatten.

7.2 Obsiegende Parteien haben Anspruch auf eine Parteientschädigung für die ihnen erwachsenen notwendigen und verhältnismässig hohen Kosten (Art. 64 Abs. 1 VwVG, Art. 7 Abs. 1 und 4 des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]).

Der Rechtsvertreter der Beschwerdeführenden hat am 20. Januar 2009 eine Kostennote zu den Akten gereicht. Darin weist er einen Honorar von Fr. 1'738.- und Barauslagen in der Höhe von Fr. 92.05 aus. In Anwendung von Art. 8, 9 und 11 VGKE ist die eingereichte Honorarnote als angemessen zu bezeichnen. Das BFM ist anzuweisen, dem Beschwerdeführer eine Parteientschädigung von Fr. 1'969.-- (inkl. MWSt) auzurichten.

(Dispositiv nächste Seite)

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.

Die Beschwerde wird gutgeheissen.

2.

Die Ziffern 4 und 5 des Dispositivs der Verfügung des BFM vom 28. Mai 2004 werden aufgehoben. Das BFM wird angewiesen, die Beschwerdeführenden und ihre beiden Söhne vorläufig aufzunehmen.

3.

Es werden keine Verfahrenskosten erhoben. Der am 27. Juli 2004 geleistete Kostenvorschuss in der Höhe von Fr. 600.- ist den Beschwerdeführenden zurückzuerstatten.

4.

Das BFM wird angewiesen, den Beschwerdeführenden eine Parteient-schädigung in der Höhe von Fr. 1'969.- (inkl. MWSt) auszurichten.

5.

Dieses Urteil geht an:

- den Rechtsvertreter der Beschwerdeführenden (Einschreiben)
- das BFM, Abteilung Aufenthalt und Rückkehrförderung, mit den Akten Ref.-Nr. N (...) (in Kopie)
- die B._____ (in Kopie)

Der vorsitzende Richter:

Die Gerichtsschreiberin:

Kurt Gysi

Barbara Balmelli

Versand: