

Bundesverwaltungsgericht
Tribunal administratif fédéral
Tribunale amministrativo federale
Tribunal administrativ federal



Abteilung V
E-3535/2006 /rar
{T 0/2}

Urteil vom 3. Oktober 2007

Besetzung

Richterin Regula Schenker Senn (Vorsitz),
Richterin Nina Spälti Giannakitsas,
Richterin Marianne Teuscher,
Gerichtsschreiber Rudolf Raemy.

Parteien

1. **A.** _____,
2. **B.** _____,
3. **C.** _____,
alle Bosnien und Herzegowina,
vertreten durch D. _____,
Beschwerdeführer,

gegen

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

Gegenstand

Verfügung vom 6. August 2004 i.S. Vollzug der
Wegweisung (Wiedererwägung) / N_____.

Sachverhalt:**A.**

Die Beschwerdeführerin 1 - Staatsangehörige von Bosnien und Herzegowina und der Ethnie der Roma zugehörig - stellte am 7. Januar 2003, als damals noch Minderjährige, in der Schweiz ein Asylgesuch. Zur Begründung ihres Gesuches machte sie im Wesentlichen geltend, sie habe ihr Heimatland verlassen, weil sich einerseits ihre Grossmutter, bei welcher sie aufgewachsen sei, nicht mehr um sie kümmern könne und andererseits in der Schweiz E._____, ein vorläufig aufgenommenener Serbe, wohne, mit welchem sie nach Brauch verheiratet sei und zusammen leben möchte.

Mit Verfügung vom 26. Mai 2003 trat das damals zuständige Bundesamt für Flüchtlinge (BFF) auf das Asylgesuch der Beschwerdeführerin nicht ein, ordnete die Wegweisung und deren Vollzug aus der Schweiz an und entzog einer allfälligen Beschwerde die aufschiebende Wirkung.

Mit Urteil vom 10. Oktober 2003 wies die damals zuständige ARK eine gegen die Verfügung vom 26. Mai 2003 erhobene Beschwerde vom 26. beziehungsweise 27. Juni 2003 ab.

B.

Am (...) wurde der Beschwerdeführer 2 geboren.

C.

Mit Eingabe vom 21. Juli 2004 reichten die Beschwerdeführer 1 und 2 beim BFF ein Wiedererwägungsgesuch ein und beantragten, es sei die Verfügung vom 26. Mai 2003 in Wiedererwägung zu ziehen. Vom Vollzug der Wegweisung sei abzusehen und es sei die Unzumutbarkeit des Vollzugs der Wegweisung festzustellen. Zur Begründung wurde im Wesentlichen geltend gemacht, vor dem Hintergrund der allgemeinen Situation wie sie sich für die Roma präsentiere, beziehungsweise der Zugehörigkeit der Beschwerdeführerin 1 zu dieser ethnischen Minderheit, sei der Vollzug der Wegweisung nicht zumutbar. Die im Heimatland verbliebene Grossmutter sei krank und könne ihnen bei einer Reintegration nicht helfen. Weitere Familienmitglieder, welche sie aufnehmen könnten, gebe es im Heimatland nicht. Seit ihrer Ankunft in der Schweiz habe die Beschwerdeführerin 1 bei ihrem Partner E._____ gelebt, welcher hier über eine vorläufige Aufnahme verfüge. Sie seien

indessen nur nach Brauch verheiratet, seien aber zumindest seit der Geburt des gemeinsamen Kindes eine Familie. Weiter wurde darauf hingewiesen, dass die Beschwerdeführerin ein zweites Kind erwarte. Als alleinstehende Frau sei sie ohne Schutz des Familienverbandes eine äusserst verletzbare Zielscheibe für Übergriffe von Männern, seitens der Behörden oder seitens Dritter. Weiter führten sie aus, dass sie sich seit langem bemühten, Papiere für E._____ zu beschaffen, damit sie heiraten könnten und er sein Kind anerkennen könne. Sie lebten in einem eheähnlichen Verhältnis und es sei die Einheit der Familie zu wahren.

D.

Mit Verfügung vom 6. August 2004 lehnte das BFF das Wiedererwägungsgesuch ab und erklärte die Verfügung vom 26. Mai 2003 für rechtskräftig und vollstreckbar. Zur Begründung wurde im Wesentlichen angeführt, dass sich seit dem Urteil der ARK keine Verschlechterung der Situation der Roma oder anderer Minderheiten in Bosnien ergeben habe, so dass es sich erübrige, nochmals darauf einzugehen. Gemäss Auskünften des zuständigen Einwohneramtes lebe die Beschwerdeführerin zwar seit dem 10. Januar 2003 an der gleichen Adresse wie ihr Partner und es sei in der Tat davon auszugehen, dass eine eheähnliche Gemeinschaft bestehe und dass E._____ der Vater des Beschwerdeführers 2 sei. Zu berücksichtigen sei allerdings, dass dieser serbischer Staatsangehöriger sei, während die Beschwerdeführerin 1 aus Bosnien und Herzegowina stamme. Sie sei ausreisepflichtig, während er über eine vorläufige Aufnahme verfüge. Diese beziehe sich darauf, dass der Vollzug der Wegweisung von E._____ in den Kosovo wegen seiner Zugehörigkeit zu den Roma unzumutbar sei. Weil er aber ein gemeinsames Kind mit der Beschwerdeführerin 1 habe, habe er die Möglichkeit, nach Bosnien und Herzegowina zu reisen und sich dort niederzulassen. Für die Beschaffung der notwendigen Reisepapiere könne er sich an die serbische Botschaft wenden und einen Pass beantragen. Mit diesem könne er in Bosnien und Herzegowina einreisen und sich am Wohnsitz der Beschwerdeführerin 1 anmelden. Die eheähnliche Gemeinschaft könne daher im Heimatland der Beschwerdeführerin weiter gelebt werden und sie müsse nicht alleine dort wohnen. Festzuhalten sei ferner, dass in der bosnischen Hauptstadt Sarajevo, aus welcher die Beschwerdeführerin stamme, die Sicherheitslage und die wirtschaftliche Lage für landesübliche Verhältnisse besonders günstig seien, und dass Sarajevo immer eine multiethnische Stadt gewesen sei.

E.

Mit Eingabe vom 8. September 2004 (Telefax) beziehungsweise 12. September 2004 (Datum Poststempel) reichten die Beschwerdeführer bei der ARK Beschwerde gegen die Verfügung vom 6. August 2004 ein. Sie beantragten, es sei auf das Asylgesuch vom 7. Januar 2003 einzutreten und als Folge die Verfügung vom 26. Mai 2003 in Wiedererwägung zu ziehen. Weiter sei die Unzulässigkeit und die Unzumutbarkeit des Vollzugs der Wegweisung festzustellen und die vorläufige Aufnahme anzuordnen. In verfahrensrechtlicher Hinsicht wurde die Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung sowie die Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege beantragt. Auf die Begründung wird, soweit wesentlich, in den nachfolgenden Erwägungen eingegangen.

F.

Mit Zwischenverfügung vom 15. September 2004 wurde der Vollzug der Wegweisung ausgesetzt, auf die Erhebung eines Kostenvorschusses verzichtet und festgehalten, dass über das Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege im Endentscheid - aufgrund der dannzumal bestehenden Verhältnisse - befunden werde.

G.

Mit Vernehmlassung vom 21. September 2004 beantragte die Vorinstanz die Abweisung der Beschwerde.

H.

Mit Replik vom 8. Oktober 2004 hielten die Beschwerdeführer an ihrer Eingabe und den gestellten Begehren fest.

I.

Am (...) wurde der Beschwerdeführer 3 geboren.

J.

Mit Schreiben vom 8. Februar 2007 teilte das zuständige Zivilstandsamt der Vorinstanz mit, dass seit Januar 2004 ein Eheverbereitungsverfahren der Beschwerdeführerin und ihres Lebenspartners hängig gewesen sei und dass das Paar bereits zwei gemeinsame Kinder habe. Da er sich nicht ausweisen und keine Urkunden beschaffen könne, habe er beide Kinder vor dem Richter anerkannt. Das Eheverbereitungsverfahren werde geschlossen, weil das Brautpaar die notwendigen Unterlagen nicht beibringen könne.

K.

Mit Zwischenverfügung vom 27. April 2007 wurde den Beschwerdeführern im Hinblick auf die Weiterführung beziehungsweise den Abschluss des Verfahrens Gelegenheit zu einer ergänzenden Stellungnahme gewährt.

L.

Mit Eingabe vom 16. Mai 2007 hielten die Beschwerdeführer an den gestellten Begehren und deren Begründung fest. Als weiteres Beweismittel wurde die Kopie eines Arbeitsvertrages von E._____ eingereicht.

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:**1.**

1.1 Gemäss Art. 31 des Verwaltungsgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (VGG, SR 173.32) beurteilt das Bundesverwaltungsgericht Beschwerden gegen Verfügungen nach Art. 5 des Bundesgesetzes vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren (VwVG, SR 172.021). Das Bundesamt für Migration gehört zu den Behörden nach Art. 33 VGG und ist daher eine Vorinstanz des Bundesverwaltungsgerichts. Eine Ausnahme, was das Sachgebiet angeht, ist nicht gegeben (Art. 32 VGG).

1.2 Das Bundesverwaltungsgericht übernahm per 1. Januar 2007 - bei gegebener Zuständigkeit - die bei der vormaligen ARK hängigen Rechtsmittel. Es 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]). Die Beurteilung erfolgt nach neuem Verfahrensrecht (vgl. Art. 53 Abs. 2 VGG).

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

2.

Die Beschwerde ist form- und fristgerecht eingereicht; die Beschwerdeführer sind legitimiert (Art. 6 AsylG i.V.m. Art. 48 und 50 ff. VwVG). Auf die Beschwerde ist mithin einzutreten.

3.

3.1 Ein Anspruch auf Wiedererwägung besteht gemäss Rechtsprechung der ARK, welche vom Bundesverwaltungsgericht übernommen wird, namentlich dann, wenn sich der rechtserhebliche Sachverhalt seit dem ursprünglichen Entscheid beziehungsweise seit dem Urteil der mit Beschwerde angerufenen Rechtsmittelinstanz in wesentlicher Weise verändert hat und somit die ursprüngliche (fehlerfreie) Verfügung an nachträglich eingetretene Veränderungen der Sachlage anzupassen ist (vgl. Entscheidungen und Mitteilungen der Schweizerischen Asylrekurskommission / EMARK 2003 Nr. 7 E. 1 S. 42 f.). Ferner können auch bestimmte Revisionsgründe zu einer Wiedererwägung führen, jedoch nur dann, wenn eine unangefochten gebliebene, formell rechtskräftig gewordene Verfügung vorliegt (vgl. EMARK 2003 Nr. 17 E. 2a S. 103 f.) oder wenn zwar vorgängig ein Rechtsmittel ergriffen worden war, die Revisionsgründe sich jedoch nicht auf das Zustandekommen des im betreffenden Beschwerdeverfahren ergangenen Prozessurteils der Beschwerdeinstanz, sondern auf die mit Beschwerde angefochtene Verfügung des Bundesamtes beziehen (vgl. EMARK 1998 Nr. 8 E. 3 S. 53 f.). Eine Wiedererwägung fällt hingegen dann nicht in Betracht, wenn lediglich eine neue Würdigung der beim früheren Entscheid bereits bekannten Tatsachen herbeigeführt werden soll oder Gründe angeführt werden, die bereits in einem ordentlichen Beschwerdeverfahren gegen die frühere Verfügung hätten geltend gemacht werden können (vgl. EMARK 2003 Nr. 17 E. 2b S. 104).

3.2 Nachdem die Vorinstanz den Anspruch der Beschwerdeführer auf Behandlung ihres Wiedererwägungsgesuchs nicht in Abrede gestellt hat und auf das Wiedererwägungsgesuch eingetreten ist, hat das Bundesverwaltungsgericht zu prüfen, ob die Vorinstanz das Gesuch zu Recht abgewiesen hat.

3.3 Gestützt auf die Anträge im Wiedererwägungsgesuch vom 21. Juli 2004 sowie deren Begründung ist einzig zu beurteilen, ob sich der rechtserhebliche Sachverhalt seit Erlass beziehungsweise Eintritt der Rechtskraft der vorinstanzlichen Verfügung vom 26. Mai 2003 dergestalt verändert hat, dass ein Vollzug der Wegweisung inzwischen als

unzumutbar zu qualifizieren und die vorläufige Aufnahme der Beschwerdeführer anzuordnen wäre. Die Frage, ob die Vorinstanz in ihrer Verfügung vom 26. Mai 2003 zu Recht auf das Asylgesuch der Beschwerdeführerin vom 7. Januar 2003 nicht eingetreten ist, ist dagegen nicht Gegenstand des vorliegenden Verfahrens.

4.

4.1 Ist der Vollzug der Wegweisung nicht zulässig, nicht zumutbar oder nicht möglich, so regelt die Vorinstanz gemäss Art. 44 Abs. 2 AsylG das Anwesenheitsverhältnis nach den gesetzlichen Bestimmungen über die vorläufige Aufnahme von Ausländern.

4.2 Der Vollzug ist nicht möglich, wenn der Ausländer weder in den Herkunfts- oder in den Heimatstaat noch in einen Drittstaat verbracht werden kann. Er ist nicht zulässig, wenn völkerrechtliche Verpflichtungen der Schweiz einer Weiterreise des Ausländers in seinen Heimat-, Herkunfts- oder einen Drittstaat entgegenstehen. Der Vollzug kann insbesondere nicht zumutbar sein, wenn er für den Ausländer eine konkrete Gefährdung darstellt (Art. 14a Abs. 2, 3 und 4 des Bundesgesetzes über Aufenthalt und Niederlassung der Ausländer vom 26. März 1931 [ANAG, SR 142.20]).

4.3 Gemäss Rechtsprechung der ARK, welcher sich das Bundesverwaltungsgericht anschliesst, sind die Bedingungen für einen Verzicht auf den Vollzug der Wegweisung (Unzulässigkeit, Unzumutbarkeit, Unmöglichkeit) alternativer Natur: Sobald eine von ihnen erfüllt ist, ist der Vollzug der Wegweisung als undurchführbar zu betrachten und die weitere Anwesenheit in der Schweiz gemäss den Bestimmungen über die vorläufige Aufnahme zu regeln (vgl. EMARK 2006 Nr. 6 E. 4.2. S. 54 f., wobei zu berücksichtigen ist, dass die vorläufige Aufnahme zufolge einer schwerwiegenden persönlichen Notlage i.S. von Art. 44 Abs. 3 AsylG per 1. Januar 2007 aufgehoben worden ist). Gegen eine allfällige Aufhebung der vorläufigen Aufnahme steht dem weggewiesenen Asylsuchenden wiederum die Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht offen (vgl. Art. 105 Abs. 1 Bst. e AsylG i.V.m. Art. 44 Abs. 2 AsylG). In diesem Verfahren wäre dann der Wegweisungsvollzug vor dem Hintergrund sämtlicher Vollzugshindernisse von Amtes wegen nach Massgabe der in diesem Zeitpunkt herrschenden Verhältnisse zu prüfen.

4.4 Der Vollzug der Wegweisung kann insbesondere nicht zumutbar sein, wenn er für die ausländische Person eine konkrete Gefährdung darstellt (Art. 14a Abs. 4 ANAG). Damit wird zum Ausdruck gebracht, dass aus humanitären Gründen, nicht in Erfüllung völkerrechtlicher Pflichten der Schweiz, insbesondere dann auf den Vollzug der Wegweisung zu verzichten ist, wenn die Rückkehr in den Heimat- oder Herkunftsstaat für die betroffene Person angesichts der dort herrschenden allgemeinen politischen Lage, die sich durch Krieg, Bürgerkrieg oder durch eine Situation allgemeiner Gewalt kennzeichnet, eine konkrete Gefährdung darstellt (EMARK 1998 Nr. 25 E. 3d S. 223; Botschaft zum AVB, BBl 1990 II 668). Im Übrigen können aber neben einer konkreten Gefährdung auch andere Umstände im Heimat- oder Herkunftsstaat dazu führen, dass der Vollzug der Wegweisung - aus humanitären Überlegungen - als nicht zumutbar erscheint. Entsprechend kommt den Asylbehörden im Rahmen der Anwendung von Art. 14a Abs. 4 ANAG ein Ermessensspielraum zu (vgl. EMARK 2001 Nr. 16 E. 6b S. 123 m.w.H.).

Der Wegweisungsvollzug kann sich gestützt auf Art. 14a Abs. 4 ANAG auch aus medizinischen Gründen als unzumutbar erweisen, was aber grundsätzlich nur dann der Fall ist, wenn für die betroffene Person bei einer Rückkehr in ihre Heimat eine wesentliche medizinische Behandlung nicht erhältlich wäre. Andererseits bilden gesundheitliche Probleme, welche für sich allein betrachtet den Wegweisungsvollzug nicht bereits als unzumutbar erscheinen lassen, ein Beurteilungselement, welches in die vorzunehmende Interessenabwägung einbezogen werden muss und zusammen mit weiteren humanitären Aspekten zur Feststellung der Unzumutbarkeit des Wegweisungsvollzugs führen kann (vgl. EMARK 2003 Nr. 24 E. 5a am Ende und 5b S. 157 f.). Sind von einem allfälligen Wegweisungsvollzug Kinder betroffen, so bildet bei der Zumutbarkeitsprüfung das Kindeswohl einen Gesichtspunkt von gewichtiger Bedeutung. Dies ergibt sich nicht zuletzt aus einer völkerrechtskonformen Auslegung von Art. 14a Abs. 4 ANAG im Lichte von Art. 3 Abs. 1 des Übereinkommens über die Rechte des Kindes; Kinderrechtskonvention (KRK, SR 0.107); (vgl. EMARK 2005 Nr. 6 E. 6. S. 57 f.).

5.

5.1 Die Beschwerdeführerin beruft sich in ihrem Wiedererwägungsgesuch im Wesentlichen auf die allgemeine Situation im Heimatland, ihre

persönliche Situation als unverheiratete Frau und Mutter von (damals) einem Kind sowie auf den Schutz des Familienlebens. Sie lebe in der Schweiz in einem eheähnlichen Verhältnis. Nur mangels Papieren habe ein Heirat und eine Kindsanerkennung bisher nicht stattfinden können. Gestützt auf Art. 8 EMRK sei "für sie und ihre Familie die Einheit zu gewähren".

5.2 In der angefochtenen Verfügung anerkannte die Vorinstanz das Bestehen einer eheähnlichen Gemeinschaft zwischen der Beschwerdeführerin und ihrem Lebenspartner und ging ebenfalls davon aus, dass dieser der Vater des Beschwerdeführers 2 sei. Zu berücksichtigen sei allerdings, dass er Staatsangehöriger von Serbien und Montenegro (heute: Serbien), während die Beschwerdeführerin bosnische Staatsangehörige sei. Ausserdem sei die Beschwerdeführerin ausreisepflichtig, während er vorläufig aufgenommen worden sei. Seine vorläufige Aufnahme beziehe sich darauf, dass der Vollzug der Wegweisung in seine Herkunftsregion aufgrund seiner ethnischen Zugehörigkeit unzumutbar sei. Weil er indessen ein gemeinsames Kind mit der Beschwerdeführerin habe, habe er die Möglichkeit, ins Heimatland der Beschwerdeführerin zu reisen und sich dort niederzulassen. Zur Ausstellung eines Reisepasses, mit welchem er in Bosnien und Herzegowina einreisen und sich am Wohnsitz der Beschwerdeführerin anmelden könne, habe er sich an die Botschaft seines Landes zu wenden. Somit könne die eheähnliche Gemeinschaft der Beschwerdeführerin mit ihrem Lebenspartner in Bosnien und Herzegowina weiter bestehen und sie müsse nicht alleine dort leben. Festzuhalten sei sodann, dass die Sicherheits- und die wirtschaftliche Lage in Sarajevo, von wo die Beschwerdeführerin stamme, für landesübliche Verhältnisse besonders günstig sei und dass Sarajevo auch während des Krieges immer eine multiethnische Stadt gewesen sei. Die Bedingungen für eine Integration des Lebenspartners und Vaters beziehungsweise eine Reintegration der Beschwerdeführerin seien dort besonders günstig.

5.3 Die Beschwerdeführerin verwies in ihrer Rechtsmitteleingabe vorab darauf, dass sie seit ihrer Ankunft in der Schweiz mit ihrem Lebenspartner zusammen lebe, dass aus dieser Beziehung der Beschwerdeführer 2 geboren worden und sie erneut schwanger sei. Entgegen der Ansicht der Vorinstanz sei nicht zutreffend, dass E. _____ zusammen mit ihr nach Bosnien gehen und sich an ihrem Wohnsitz niederlassen könne. Er habe nie dort gelebt und habe keine Chance, dort eine Wohn- und Arbeitsmöglichkeit zu erhalten. Die Be-

schwerdeführerin gehöre zudem seit ihrer Heirat nach Brauch zur Familie ihres Lebenspartners, welche in der Schweiz wohne. Es sei ihr nicht zuzumuten, mit ihm nach Bosnien und Herzegowina zurückzukehren. Er verfüge hier nach wie vor über eine vorläufige Aufnahme. Weiter zitierte die Beschwerdeführerin aus einem Länderbericht der Schweizerischen Flüchtlingshilfe zu Bosnien und Herzegowina und machte geltend, dass auch die "Richtlinien zum internationalen Schutz; Interne Flucht- oder Neuansiedlung" des UNHCR zu berücksichtigen seien. Gemäss diesen Richtlinien seien die Voraussetzungen für eine Rückkehr der Beschwerdeführerin nicht gegeben.

5.4 In ihrer Einladung zur Vernehmlassung vom 16. September 2004 ersuchte die ARK die Vorinstanz um Stellungnahme zu den Beschwerdevorbringen unter Berücksichtigung von EMARK 1998 Nr. 31 und 1995 Nr. 24 sowie um ergänzende Ausführungen in Bezug auf die in der angefochtenen Verfügung erwähnte Möglichkeit der Wohnsitznahme und Niederlassung von E._____ im Heimatland der Beschwerdeführerin.

5.5 In der Vernehmlassung stellte sich die Vorinstanz auf den Standpunkt, dass EMARK 1995 Nr. 24 im vorliegenden Verfahren keine Anwendung finden könne, zumal die Beschwerdeführerin und ihr Partner unterschiedlicher Staatsangehörigkeit seien. Dagegen beziehe sich EMARK 1998 Nr. 31 auf einen Parallellfall. Gemäss diesem sei die Frage abstrakt zu prüfen, ob sich die Familie zumutbarerweise gemeinsam im Heimatland des nicht gefährdeten Familienmitglieds niederlassen könne, was vorliegend zu bejahen sei. E._____ habe dieselbe Religion wie die muslimischen Bosniaken. Kulturell sei der Unterschied zwischen Bosnien und Herzegowina sowie dem Kosovo nicht unüberbrückbar und wesentlich kleiner als zwischen dem Kosovo und der Schweiz. Er verfüge über Serbischkenntnisse und zudem sei Serbisch die Muttersprache der Beschwerdeführerin. Ausserdem sei er in der Schweiz nicht integriert und habe sich hier keine Lebensgrundlage geschaffen. Gemäss einer telefonischen Auskunft der zuständigen Fremdenpolizei habe er noch nie gearbeitet. Wegen der fehlenden Integration bedeute es für ihn keine unzumutbare Härte, die Schweiz zu verlassen.

5.6 In ihrer Replik rügte die Beschwerdeführerin, dass die Vorinstanz in der Vernehmlassung ihrer ethnischen Zugehörigkeit keine Rechnung getragen habe. Nach wie vor seien Roma in Bosnien und Herzegowina

diskriminiert und es sei festzuhalten, dass intern vertriebene Flüchtlinge aus der Republika Srpska in der Föderation den Flüchtlingsstatus nicht mehr geniessen, keine Aufenthaltsbewilligung erhalten würden und somit keinen Zugang zu sozialen Institutionen und zum Arbeitsmarkt hätten. Umso mehr könne sich ihr Partner wegen seiner serbischen Staatsangehörigkeit und seiner Ethnie nirgends in der Föderation regulär anmelden. Weiter habe die Vorinstanz der Tatsache nicht Rechnung getragen, dass die Beschwerdeführerin ein zweites Kind bekomme. Bei einer Rückkehr bekomme sie nicht die im Zusammenhang mit einer Geburt notwendige medizinische Betreuung. Ökonomisch werde die Situation für die Familie mit zwei kleinen Kindern äusserst schwierig. Dem Vorhalt der fehlenden Integration und dem Umstand, dass ihr Partner keiner Arbeit nachgehe, sei entgegenzuhalten, dass er sehr wohl integriert sei, gut Deutsch spreche und sich um eine Arbeit bemühe, indessen bis jetzt keine gefunden habe.

5.7 In ihrer ergänzenden Eingabe vom 16. Mai 2007 wies die Rechtsvertreterin unter anderem darauf hin, dass es der Beschwerdeführerin bisher nicht möglich gewesen sei, alle für eine zivile Heirat notwendigen Papiere aus der Heimat zu beschaffen. Seit Jahren lebe sie indessen in einer eheähnlichen Gemeinschaft mit ihrem Partner. Gemäss Auskunft des zuständigen Sozialdienstes habe sich die Familie mit grosser Freude in der ihnen zugeteilten Wohnung eingelebt und es gebe mit ihr keine Probleme. Der Lebenspartner der Beschwerdeführerin und Vater ihrer Kinder habe zudem am 1. Januar 2007 eine Teilzeitstelle angetreten, so dass davon auszugehen sei, dass die Familie wohl immer mehr auch finanziell unabhängig werde.

6.

6.1 Aus der allgemeinen Situation in Bosnien und Herzegowina, welches mit Beschluss des Bundesrates vom 25. Juni 2003 als verfolgungssicherer Staat im Sinne von Art. 34 Abs. 1 AsylG bezeichnet wurde, lässt sich kein allgemeines Wegweisungsvollzugshindernis ableiten. Ungeachtet dieser grundsätzlichen Zumutbarkeit des Wegweisungsvollzugs aufgrund der allgemeinen Situation ist nachfolgend zu prüfen, ob er für die Beschwerdeführer unter Berücksichtigung der aktuellen Aktenlage zumutbar ist.

6.2 In Bezug auf die im Wiedererwägungsverfahren und im Rekursverfahren neu geltend gemachten Vorbringen, ergibt sich aus den Akten -

und wird von der Vorinstanz nicht bestritten -, dass die Beschwerdeführerin seit ihrer Einreise in die Schweiz mit dem vorläufig aufgenommenen serbischen Staatsangehörigen E._____ in einer eheähnlichen Gemeinschaft lebt und er der Vater der beiden in der Schweiz geborenen Kinder der Beschwerdeführerin ist. Er ist – wie die Beschwerdeführerin – Angehöriger der Ethnie der Roma.

6.3

6.3.1 Auf Art. 8 EMRK kann sich ein Ausländer berufen, dessen Familienmitglieder in der Schweiz über ein gefestigtes Anwesenheitsrecht – die schweizerische Staatsangehörigkeit, die Niederlassungsbewilligung oder eine Aufenthaltsbewilligung, auf deren Verlängerung ein Anspruch besteht - verfügen, sofern die familiäre Beziehung tatsächlich gelebt wird und intakt ist (vgl. - mit weiteren Hinweisen - BGE 109 Ib 183, BGE 119 Ib 91, BGE 122 II 1, BGE 122 II 385 sowie EMARK 1995 Nr. 24, EMARK 1998 Nr. 31).

6.3.2 Der Lebenspartner der Beschwerdeführerin ist in der Schweiz vorläufig aufgenommen und verfügt mithin nicht über ein gefestigtes Aufenthaltsrecht. Aus diesem Grund vermögen die Beschwerdeführer aus der genannten Bestimmung nichts zu ihren Gunsten abzuleiten, so dass im vorliegenden Fall Art. 8 EMRK der angeordneten Wegweisung nicht entgegen steht.

6.4 Bei der Prüfung der Frage des Vollzugs ist weiter zu klären, ob ein Beschwerdeführer gestützt auf Art. 44 Abs. 1 AsylG ein Aufenthaltsrecht für sich ableiten kann. Dem in der erwähnten Bestimmung statuierten Grundsatz der Einheit der Familie kommt eine weitergehende Bedeutung als Art. 8 EMRK zu. Gemäss der vom Bundesverwaltungsgericht weitergeführten Praxis der ARK beinhaltet er, dass die vorläufige Aufnahme des einen Familienmitglieds in der Regel auch zur vorläufigen Aufnahme seiner Familie führt (vgl. EMARK 1998 Nr. 31, EMARK 1995 Nr. 24). Die vorläufige Aufnahme des Lebenspartners der Beschwerdeführerin wurde bis zum heutigen Zeitpunkt nicht aufgehoben; er ist bis auf weiteres berechtigt, sich in der Schweiz aufzuhalten. Grundsätzlich ist demnach der Vollzug der angeordneten Wegweisung der Beschwerdeführer bis zu einem rechtskräftigen Entscheid über eine allfällige Aufhebung der vorläufigen Aufnahme des Lebenspartners beziehungsweise Vaters nicht statthaft, da er den Grundsatz der Einheit der Familie verletzen würde. In gewissen Fällen ist indes ein Abweichen vom Grundsatz der Einheit der Familie durchaus

möglich; beispielsweise wenn das betreffende Familienmitglied in seiner Person die Voraussetzungen von Art. 14a Abs. 6 ANAG erfüllt oder wenn die Familienvereinigung ohne weiteres im Ausland möglich ist (vgl. EMARK 1995 Nr. 24).

6.4.1 Bei der Beurteilung der Frage, ob ein Lebenspartner in die vorläufige Aufnahme des anderen einzubeziehen ist, wenn dieser anderer Nationalität ist, wird die entsprechende Praxis der ARK zum Einbezug in die Flüchtlingseigenschaft nach Art. 51 Abs. 1 AsylG (vgl. EMARK 1997 Nr. 22, EMARK 1996 Nr. 14) analog angewendet. Danach ist die Frage abstrakt zu prüfen, ob sich die Familie zumutbarerweise im Heimatland des nicht gefährdeten Familienmitglieds – hier der Beschwerdeführer, das heisst in Bosnien und Herzegowina – niederlassen könnte (vgl. EMARK 1998 Nr. 31). Dabei ist die Frage, ob die Familienvereinigung auch im Ausland möglich und zumutbar wäre, nicht gleichbedeutend mit der Frage nach der Aufhebung der vorläufigen Aufnahme des Lebenspartners (vgl. EMARK 1998 Nr. 31, S. 259). Letztere ist nicht Gegenstand des vorliegenden Verfahrens. Wenn diese hypothetische Frage zu verneinen ist und somit ein gemeinsames Familienleben in einem anderen Land als der Schweiz als nicht realisierbar oder nicht zumutbar gewertet werden muss, besteht kein Anlass, in den verschiedenen Staatsangehörigkeiten der Beschwerdeführer und ihres Lebenspartners beziehungsweise Vaters "besondere Umstände" im Sinne von Art. 3 Abs. 3 AsylG zu erblicken und ihre gemischtnationale Lebensgemeinschaft anders als eine solche zweier Partner gleicher Nationalität zu behandeln (EMARK 1996 Nr. 14, S. 121 f. E. 8b).

6.4.2 Bei der Frage, ob hypothetisch eine Niederlassung im Heimatland des nichtverfolgten Partners als zumutbar erachtet werden dürfte, ist auf die in Art. 14a Abs. 2-4 ANAG für die Beurteilung der Durchführbarkeit des Wegweisungsvollzugs genannten Kriterien abzustellen und es können die vom Bundesgericht im Zusammenhang mit seiner so genannten "Reneja-Praxis" entwickelten Kriterien - mithin kulturelle, religiöse, sprachliche und ähnliche Aspekte - vergleichend beigezogen werden (vgl. EMARK 1997 Nr. 22). Den einzelnen Familienmitgliedern müssten demnach die Einreise und der Aufenthalt im Land des nichtverfolgten Partners möglich und zumutbar sein. Dieser Kriterienkatalog ist nicht abschliessend. Vorliegend ist mithin zu prüfen, ob es dem Lebenspartner der Beschwerdeführerin zuzumuten wäre, sich nach Bosnien und Herzegowina zu begeben.

6.4.3 In Weiterführung der Praxis der ARK erachtet das Bundesverwaltungsgericht die allgemeine Lage in Bosnien und Herzegowina als einem Wegweisungsvollzug generell nicht entgegenstehend, sofern die Rückkehr in eine Entität erfolgt, in welcher die betroffene Person der Mehrheitsethnie angehört (vgl. EMARK 1999 Nr. 8 E. 7k S. 54). In Berücksichtigung der Ethnie sowohl der Beschwerdeführer als auch derjenigen ihres Partners ist deren Ausreise beziehungsweise eine Rückkehr der Beschwerdeführer nach Bosnien und Herzegowina in eine Gegend ausserhalb des Föderationsgebiets als unzumutbar zu bezeichnen. Es bleibt demnach zu prüfen, ob E._____ eine Ausreise in die bosnisch-kroatische Föderation zuzumuten ist. Aus den Akten ergibt sich dazu, dass die Beschwerdeführerin seit ihrer Geburt bis zur Ausreise in Sarajevo gelebt hat. Bei der Prüfung der Frage der Zumutbarkeit in ein Gebiet, welches grundsätzlich als sicher gilt, sind sodann im Rahmen einer Gesamtwürdigung individuelle Faktoren - namentlich das Vorhandensein beziehungsweise Fehlen eines familiären oder sozialen Netzes und bestehendes Wohneigentum, das Alter, die Gesundheit, die Schulbildung, die beruflichen Erfahrungen, das Geschlecht und allfällige familiäre Verpflichtungen - zu gewichten (vgl. EMARK 1999 Nr. 8 E. 7l S. 54 f.). Die Frage der Zumutbarkeit ist bei der vorliegenden Konstellation in Berücksichtigung der persönlichen Verhältnisse der Betroffenen unter objektiven Gesichtspunkten zu beurteilen.

6.4.4 Gemäss der Aktenlage bestehen keine Anhaltspunkte, wonach die Partnerschaft der Beschwerdeführerin mit E._____ nicht intakt sei. Bei E._____ handelt es sich um einen 23-jährigen serbischen Staatsangehörigen aus dem Kosovo, welcher der ethnischen Minderheit der Roma angehört. Er reiste am 29. September 1998 als 14-Jähriger zusammen mit seiner Familie in die Schweiz ein und wurde in das damals eingereichte Asylgesuch seiner Eltern eingeschlossen. Am 14. November 2001 wurde er zusammen mit ihnen in der Schweiz vorläufig aufgenommen. Seit seiner Einreise lebt er ununterbrochen hier. Objektiv gesehen fällt insbesondere ins Gewicht, dass er sich nun seit 9 Jahren in der Schweiz aufhält und - soweit den Akten zu entnehmen - wohl verhalten hat. Seit dem 1. Januar 2007 geht er zudem, wenn auch nur teilzeitig, einer Erwerbstätigkeit nach, so dass das Argument der Vorinstanz, er sei in der Schweiz nicht integriert, weil er nie gearbeitet habe, nicht mehr stichhaltig erscheint. Im Weiteren könnte eine Ausreise von E._____ in das Heimatland der Beschwerdeführerin zu einer nicht unbeträchtlichen familiären Belastungssituation führen.

Dabei fällt ins Gewicht, dass er in Bosnien und Herzegowina fremder Staatsangehörigkeit ist, sich noch nie dort aufgehalten hat und weder über Wohneigentum noch sonst über eine gesicherte Wohnsituation verfügt. Angesichts einer aktuellen Arbeitslosenquote in Bosnien und Herzegowina von nahezu 50% dürfte er, der weder über Berufsbildung noch grosse -erfahrung verfügt, nur geringe Chancen haben, eine Arbeitsstelle zu finden, um für die Familie sorgen zu können. Zusammenfassend dürfte es ihm mithin schwer fallen, sich in Bosnien und Herzegowina eine wirtschaftliche Existenz aufzubauen und sich gesellschaftlich zu integrieren. Zudem ist vor dem Hintergrund obiger Erwägungen nicht davon auszugehen, dass die Beschwerdeführerin in absehbarer Zeit ein für die vierköpfige Familie mit zwei Kleinkindern ausreichendes Erwerbseinkommen erwirtschaften könnte. Zusätzliche erhebliche Schwierigkeiten dürften der jungen Familie aufgrund ihrer Ethnie erwachsen. Als Angehörige der Roma wären sie in Bosnien und Herzegowina besonderer Ausgrenzung ausgesetzt (vgl. SFH, Die Situation der Roma in den Balkan-Ländern, 30. April 2003). In einem Klima der radikalen ethnischen Abgrenzung wurden die Roma von keiner der anderen Gruppen als zu ihnen gehörig angesehen und sehen sich einmal mehr an den Rand gedrängt. Obwohl die immer wieder festzustellenden Übergriffe von Privatpersonen auf Angehörige der Roma und nicht auszuschliessende behördliche Schikanen sowie Diskriminierungen im Allgemeinen nicht ein Ausmass erreichen, welches den Vollzug der Wegweisung in jedem Fall als unzumutbar erscheinen liesse, ergeben sich daraus in Bezug auf die soziale und wirtschaftliche Integration von E._____ zusätzliche erhebliche Hindernisse.

Aus den Akten ergibt sich, dass die Beschwerdeführerin in Sarajevo mit ihrer Grossmutter, einer Tante und zwei Onkeln zwar über Verwandte verfügt. Vor dem Hintergrund der seit dem Urteil der ARK vom 10. Oktober 2003 eingetretenen familiären Veränderungen - Geburt der beiden Kinder - kann es indessen nicht (mehr) als rechtsgenügend erstellt erachtet werden, dass diese der vierköpfigen Familie ausreichend Hilfe leisten könnten. Die Grossmutter ihrerseits ist gemäss den protokollierten Aussagen der Beschwerdeführerin krank, betagt und pflegebedürftig. Die Pflege wird von den Onkeln der Beschwerdeführerin geleistet, so dass die Tragfähigkeit dieses Beziehungsnetzes für die vierköpfige Familie auch angesichts der schwierigen wirtschaftlichen Situation in Bosnien und Herzegowina wenn überhaupt, so nur sehr beschränkt gegeben sein dürfte. Gestützt auf die Aktenlage kann je-

denfalls nicht davon ausgegangen werden, dass dieses in der Lage sein könnte, der Beschwerdeführerin mit ihren beiden Kindern und ihrem Partner bei einer Integration im erforderlichen Mass beizustehen. Vor diesem Hintergrund sprechen schliesslich auch Aspekte des Kindeswohls für einen weiteren Verbleib der Familie in der Schweiz, da die ökonomischen und sozialen Bedürfnisse der gut 4½- beziehungsweise 2½-jährigen Kinder in ihrem Heimatland von ihren Eltern und Verwandten kaum ausreichend gedeckt werden könnten.

6.4.5 Bloss der Vollständigkeit halber ist sodann festzustellen, dass E._____ offensichtlich über keine Ausweispapiere verfügt und solche bisher auch nicht zu beschaffen vermochte, was unter anderem zur Folge hatte, dass eine Heirat mit der Beschwerdeführerin nicht stattfinden konnte und er seine Kinder vor dem Richter anerkennen musste (vgl. Schreiben Zivilstandsamt Kreis Biel/Bienne-Nidau vom 8. Februar 2007). Mangels Papieren scheint es fraglich, ob er überhaupt ins Heimatland der Beschwerdeführerin einreisen und sich dort ordnungsgemäss bei den Behörden anmelden könnte. Vor dem Hintergrund obiger Erwägungen (vgl. E. 4.3. und E 6.4.4.) kann diese Frage indessen offen gelassen werden.

6.4.6 In einer Gesamtwürdigung der geschilderten Umstände gelangt das Bundesverwaltungsgericht zum Schluss, dass der Vollzug der Wegweisung des Lebenspartners der Beschwerdeführerin in deren Heimatland Bosnien und Herzegowina als unzumutbar zu erachten ist. Somit erweist sich der Vollzug der Wegweisung der Beschwerdeführer nach Bosnien und Herzegowina in Anwendung des Grundsatzes der Einheit der Familie gemäss Art. 44 Abs. 1 AsylG als unzulässig. Die Verfügung vom 26. Mai 2003 ist daher, soweit den Vollzug der Wegweisung betreffend, aufzuheben und die Beschwerdeführer sind in Anwendung von Art. 44 Abs. 2 AsylG vorläufig aufzunehmen, zumal aufgrund der Aktenlage keine Gründe ersichtlich sind, die eine Ausnahme vom erwähnten Grundsatz beziehungsweise das Vorhandensein der Voraussetzungen für einen Eingriff in die zitierte Garantie nahe legen würden.

6.4.7 Aus den Akten ergeben sich schliesslich keine Hinweise, dass die Beschwerdeführer die öffentliche Sicherheit und Ordnung in der Schweiz gefährdet oder in schwerwiegender Weise verletzt hätten, so dass es sich erübrigt, das Verhältnis von Art. 14a Abs. 6 ANAG zu Art. 44 Abs. 1 AsylG näher zu prüfen.

6.5 Zusammenfassend ergibt sich, dass die Beschwerde gutzuheissen ist. Die Ziffern 3 und 4 des Dispositivs der vorinstanzlichen Verfügung vom 26. Mai 2003 sind aufzuheben und das BFM ist anzuweisen, den Aufenthalt der Beschwerdeführerin und ihrer Kinder nach den Bestimmungen über die vorläufige Aufnahme zu regeln.

7.

7.1 Bei diesem Ausgang des Beschwerdeverfahrens sind keine Kosten zu erheben (Art. 63 Abs. 1 und 2 VwVG). Damit wird das Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege (Art. 65 Abs. 1 VwVG) gegenstandslos.

7.2

7.2.1 Gemäss Art. 7 Abs. 1 des Reglements vom 11. Dezember 2006 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht (VGKE, SR 173.320.2) haben obsiegende Parteien Anspruch auf eine Parteientschädigung für die ihnen erwachsenen notwendigen Kosten. Laut Art. 9 VGKE umfassen die Kosten der Vertretung das Anwaltshonorar oder die Entschädigung für eine nichtanwaltliche berufsmässige Vertretung (Bst. a), den Ersatz von Auslagen (Bst. b) und den Ersatz der Mehrwertsteuer für die Entschädigungen nach den Buchstaben a und b, soweit eine Steuerpflicht besteht und die Mehrwertsteuer nicht bereits berücksichtigt wurde (Bst. c). Das Anwaltshonorar und die Entschädigung für eine nichtanwaltliche berufsmässige Vertretung werden nach dem notwendigen Zeitaufwand des Vertreters oder der Vertreterin bemessen (Art. 10 VGKE).

7.2.2 Die Beschwerdeführer haben keine Kostennote zu den Akten reichen lassen. Auf die Nachreichung einer solchen kann jedoch verzichtet werden, nachdem sich der notwendige Vertretungsaufwand zuverlässig abschätzen lässt. Die Parteientschädigung wird von Amtes wegen und in Berücksichtigung der massgeblichen Bemessungsfaktoren (vgl. Art. 8 ff. VGKE) auf Fr. 500.-- (inkl. Auslagen) festgesetzt und ist den Beschwerdeführern von der Vorinstanz zu entrichten.

(Dispositiv nächste Seite)

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.

Die Beschwerde wird gutgeheissen, soweit darauf eingetreten wird.

2.

Die Ziffern 3 und 4 des Dispositivs der Verfügung des BFF vom 26. Mai 2003 werden aufgehoben. Das BFM wird angewiesen, die Beschwerdeführer vorläufig aufzunehmen.

3. Es werden keine Verfahrenskosten auferlegt.

4. Die Vorinstanz hat den Beschwerdeführern für das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht eine Parteientschädigung von Fr. 500.-- zu entrichten.

5.

Dieses Urteil geht an:

- die Rechtsvertreterin der Beschwerdeführer (eingeschrieben)
- die Vorinstanz, Abteilung Aufenthalt und Rückkehrförderung, mit den Akten (Ref.-Nr. N_____)
- den F._____

Die vorsitzende Richterin:

Der Gerichtsschreiber:

Regula Schenker Senn

Rudolf Raemy

Versand: