



---

Abteilung V  
E-3594/2006 und E-3595/2006  
{T 0/2}

## **Urteil vom 26. Oktober 2009**

---

Besetzung

Richterin Regula Schenker Senn (Vorsitz),  
Richterin Gabriela Freihofer, Richter Kurt Gysi,  
Gerichtsschreiber Urs David.

---

Parteien

A. \_\_\_\_\_,  
Kosovo, (E-...),  
sowie  
B. \_\_\_\_\_,  
C. \_\_\_\_\_,  
D. \_\_\_\_\_,  
Kosovo, (E-...),  
alle vertreten durch Katerina Baumann, Fürsprecherin,  
Berner Rechtsberatungsstelle für Asylsuchende,  
Beschwerdeführende,

gegen

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

---

Gegenstand

Vollzug der Wegweisung; Verfügungen des BFF vom  
3. Dezember 2003 (E-...) und vom 12. Februar 2004  
(E-...) / N (...).

**Sachverhalt:****A.**

Gemäss eigenen Angaben verliess der Beschwerdeführer seinen damaligen Heimatstaat Serbien und Montenegro am 3. Juni 2003. Am 5. Juni 2003 reiste er illegal in die Schweiz ein. Gleichentags suchte er in der damaligen Empfangsstelle E.\_\_\_\_\_ um Asyl nach. Anlässlich der Kurzbefragung vom 10. Juni 2003 in der Empfangsstelle, der Direktanhörung vom 18. Juni 2003 zu den Asylgründen durch das Bundesamt und der Ergänzungsanhörung vom 25. November 2003, bei welcher Gelegenheit er auch das rechtliche Gehör zu Abklärungen vor Ort erhielt, machte der Beschwerdeführer im Wesentlichen Folgendes geltend:

Er sei ethnischer Albaner, stamme aus dem Dorf F.\_\_\_\_\_ (Gemeinde Pejë; damalige serbische Provinz Kosovo und seit anfangs 2007 unabhängiger Staat Kosovo), wo er mit seiner Frau, der rubrizierten Beschwerdeführerin, gelebt habe. Während des Kosovo-Krieges sei er Soldat der zuletzt von Machtkämpfen betroffenen UCK gewesen, welche er aber nach Kriegsende verlassen habe. Im April 2003 habe er die Ermordung eines mit ihm befreundeten und in einen Strafgerichtsprozess involvierten Zeugen durch eine bewaffnete Gruppe beobachtet und durch seine Kooperation mit der KFOR die baldige Verhaftung des Mörders – ein ehemaliger UCK-Kommandant – mitbewirkt. Aus diesem Grund seien am 19. April 2003 maskierte Angehörige der AKSH (Albanische Nationalarmee) in sein Haus eingedrungen. Sie hätten ihn der Verräterschaft beschuldigt, bedroht, geschlagen und von ihm Informationen verlangt. Gleichzeitig hätten sie seine Frau entführt und für deren Freilassung eine grössere Geldzahlung sowie die Herausgabe einer Videokassette verlangt, auf welcher Kriegsverbrechen dokumentiert seien. Aus Angst vor seiner Tötung habe er schliesslich das Land trotz des ungewissen Schicksals seiner Frau verlassen. Auch in der Schweiz habe er per Telefon anonyme Drohungen erhalten. Seine Frau sei zwischenzeitlich freigelassen und unter Todesdrohungen zum Verlassen des Landes aufgefordert worden.

Der Beschwerdeführer gab als Beweismittel insbesondere seine Identitätskarte, seinen Eheschein und einen Arztbericht betreffend den Vorfall vom 19. April 2003 zu den Akten, kam jedoch einer schriftlichen Aufforderung der Vorinstanz vom 10. Oktober 2003 zur Einreichung

konkreter weiterer Beweismittel betreffend seine Verfolgungsvorbringen und seinen Gesundheitszustand nicht nach.

Für den detaillierten Inhalt der Aussagen, Beweismittel, Abklärungen, und Beweismassnahmen wird auf die Akten und, soweit wesentlich, auf die nachfolgenden Erwägungen verwiesen.

**B.**

Mit Verfügung vom 3. Dezember 2003 lehnte das BFF (ab 2005 BFM) das Asylbegehren ab und ordnete gleichzeitig die Wegweisung des Beschwerdeführers aus der Schweiz und den Vollzug an. Die Vorinstanz begründete ihre Verfügung damit, dass die Schilderungen des Beschwerdeführers den Anforderungen von Art. 7 des Asylgesetzes vom 26. Juni 1998 (AsylG, SR 142.31) an die Glaubhaftmachung eines Asyl begründenden Sachverhalts und jenen von Art. 3 AsylG an die flüchtlingsrechtliche Relevanz nicht genügten, weshalb er die Flüchtlingseigenschaft nicht erfülle. Der Vollzug der Wegweisung sei zulässig, zumutbar und möglich. Auf die detaillierte Begründung wird, soweit wesentlich, in den Erwägungen eingegangen.

**C.**

Am 4. Dezember 2003 ging ein bereits am 25. November 2003 angekündigter Brief vom 28. November 2003 der damals bei der Ergänzungsanhörung anwesenden Hilfswerksvertreterin beim BFF ein, in welchem auf problematische Aspekte der Anhörung und daran beteiligter Personen aufmerksam gemacht und die Einholung eines Gutachtens betreffend den psychischen Zustand des Beschwerdeführers angeregt wird.

Mit Antwortschreiben vom 8. Januar 2004 an die Hilfswerksvertreterin hielt das BFF an der Korrektheit und Rechtskonformität der Ergänzungsanhörung vom 25. November 2003 fest.

**D.**

Mit Beschwerdeeingabe vom 5. Januar 2004 (und Ergänzungen vom 12. Januar 2004 und vom 10. Februar 2004) an die damals zuständige Schweizerische Asylrekurskommission (ARK) beantragte der Beschwerdeführer die Aufhebung des mit Verfügung des BFF vom 3. Dezember 2003 angeordneten Wegweisungsvollzuges und die Anordnung der vorläufigen Aufnahme unter Feststellung der Unzulässigkeit und sinngemäss der Unzumutbarkeit des Wegweisungsvollzuges. Ferner sei die unentgeltliche Rechtspflege für die Verfahrenskosten zu ge-

währen. Auf die Begründung und die eingereichten Beweismittel wird, soweit wesentlich, in den Erwägungen eingegangen.

**E.**

Mit Zwischenverfügung der ARK vom 20. Januar 2004 wurde das Gesuch um Erlass der Verfahrenskosten nach Art. 65 Abs. 1 des Bundesgesetzes vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren (VwVG, SR 172.021) gutgeheissen.

**F.**

Die Beschwerdeführerin verliess gemäss eigenen Angaben ihren damaligen Heimatstaat Serbien und Montenegro am 24. Januar 2004. Am 26. Januar 2004 reiste sie illegal in die Schweiz ein, wo sie gleichentags um Asyl nachsuchte. Ein früherer, mit einem gefälschten Reisepass unternommener Einreiseversuch vom 27. Juli 2003 war gescheitert, und am 29. Juli 2003 wurde die Beschwerdeführerin nach Pristina zurückgeführt. Anlässlich der Kurzbefragung vom 28. Januar 2004 in der Empfangsstelle Vallorbe und der Direktanhörung vom 30. Januar 2004 zu den Asylgründen durch das Bundesamt machte die Beschwerdeführerin im Wesentlichen Folgendes geltend:

Sie sei ethnische Albanerin und habe zusammen mit ihrem Mann im Dorf F.\_\_\_\_\_ gelebt. In der Zeit des Kosovo-Krieges von 1998 bis Juni 1999 habe sie sich jedoch in Albanien aufgehalten, während ihr Mann für die UCK gekämpft habe. Am 19. April 2003 seien maskierte Angehörige der AKSH in ihr Haus eingedrungen. Sie hätten ihren Mann geschlagen und sie selber an einen unbekanntem Ort entführt. Die Entführer hätten ein hohes Lösegeld und von ihrem Mann die Aushändigung einer Videokassette verlangt. Im Juli 2003 sei sie freigelassen worden. Aus Angst vor ihrer Tötung habe sie im selben Monat einen ersten erfolglosen Versuch unternommen, ihrem Mann in die Schweiz nachzureisen. Ein zweiter Versuch ein halbes Jahr später sei dann gelungen. Für den detaillierten Inhalt der Aussagen wird auf die Akten und, soweit wesentlich, auf die nachfolgenden Erwägungen verwiesen. Die Beschwerdeführerin gab als Beweismittel ihre Identitätskarte und den Eheschein zu den Akten.

**G.**

Mit Verfügung vom 12. Februar 2004 lehnte das BFF das Asylbegehren der Beschwerdeführerin ab und ordnete gleichzeitig ihre Wegweisung aus der Schweiz und den Vollzug an. Die Vorinstanz begründete ihre Verfügung damit, dass die Schilderungen der Beschwerdeführerin

den Anforderungen von Art. 7 AsylG an die Glaubhaftmachung eines Asyl begründenden Sachverhalts und jenen von Art. 3 AsylG an die flüchtlingsrechtliche Relevanz nicht genügten, weshalb sie die Flüchtlingseigenschaft nicht erfülle; der Vollzug der Wegweisung sei zulässig, zumutbar und möglich. Auf die detaillierte Begründung wird, soweit wesentlich, in den Erwägungen eingegangen.

**H.**

Mit Vernehmlassung ebenfalls vom 12. Februar 2004 beantragte das Bundesamt die Abweisung der den Beschwerdeführer betreffenden Beschwerde vom 5. Januar 2004.

Mit Replik vom 4. März 2004 hielt der Beschwerdeführer an seinen Anträgen fest.

Auf die Inhalte der Vernehmlassung und der Replik sowie auf den Ablauf des Vernehmlassungsverfahrens wird, soweit wesentlich, in den Erwägungen eingegangen.

**I.**

Mit Beschwerdeeingabe vom 10. und Ergänzung vom 11. März 2004 an die ARK beantragte die Beschwerdeführerin die Aufhebung des mit Verfügung des BFF vom 12. Februar 2004 angeordneten Wegweisungsvollzuges und die Anordnung der vorläufigen Aufnahme unter Feststellung der Unzulässigkeit und Unzumutbarkeit des Wegweisungsvollzuges. Ferner sei die unentgeltliche Rechtspflege für die Verfahrenskosten zu gewähren. Auf die Begründung und die eingereichten Beweismittel wird, soweit wesentlich, in den Erwägungen eingegangen.

**J.**

Mit Zwischenverfügung der ARK vom 17. März 2004 wurde das Gesuch der Beschwerdeführerin um Erlass der Verfahrenskosten gutgeheissen. Ferner wurde ihr rechtmässiger Aufenthalt bis zum Abschluss des Verfahrens festgestellt und darauf hingewiesen, dass die Rekursverfahren der Beschwerdeführenden koordiniert behandelt würden.

**K.**

Am (...) wurde die Tochter C.\_\_\_\_\_ geboren.

**L.**

Mit Eingabe vom 15. Februar und Ergänzung vom 4. April 2005 zeigten

die Beschwerdeführenden die Mandatsübernahme der rubrizierten Rechtsvertretung an. Gleichzeitig gaben sie diverse Beweismittel zu den Akten. Auf deren Inhalte wird, soweit wesentlich, in den Erwägungen eingegangen.

**M.**

Am (...) wurde die Tochter D.\_\_\_\_\_ geboren.

**N.**

Mit Eingaben vom 30. Oktober 2007 und vom 19. März 2009 gaben die Beschwerdeführenden weitere Beweismittel und am 2. Oktober 2009 zudem eine Honorarnote ihrer Rechtsvertreterin zu den Akten. Auf deren Inhalte wird, soweit wesentlich, in den Erwägungen eingegangen.

### **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 Beschwerden; 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 Bundesverwaltungsgericht hat am 1. Januar 2007 die Beurteilung der damals bei der ARK hängigen Rechtsmittel übernommen. Das neue Verfahrensrecht ist anwendbar (vgl. Art. 53 Abs. 2 VGG).

**1.3** Die beiden Beschwerden sind frist- und formgerecht eingereicht. Die Beschwerdeführenden sind durch die angefochtenen Verfügungen besonders berührt und haben ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung beziehungsweise Änderung. Die Beschwerdeführenden sind daher zur Einreichung der Beschwerden legitimiert (Art. 105 AsylG i.V.m. Art. 37 VGG und Art. 48 Abs. 1, 50 und 52 VwVG). Auf die Beschwerden ist einzutreten.

**1.4** Der Gegenstand der beiden Beschwerden vom 5. Januar 2004 und vom 10. März 2004 ist ausdrücklich auf die Vollzugsanordnungen beschränkt. Die Ziffern als 1-3 der Dispositive der beiden Verfügungen vom 3. Dezember 2003 und vom 12. Februar 2004 (Verneinung der Flüchtlingseigenschaft, Verweigerung des Asyls, Wegweisungsanordnung als solche) wurden nicht angefochten und sind daher bereits in Rechtskraft erwachsen.

**1.5** Angesichts des engen persönlichen, sachlichen und prozessualen Zusammenhanges der beiden Asyl- und Beschwerdeverfahren, der Geburt zweier gemeinsamer Kinder während der Beschwerdeverfahren sowie aus prozessökonomischen Gründen rechtfertigt es sich, über die beiden Beschwerden in einem Urteil zu befinden.

## **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.**

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]).

**3.1** 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 der Konvention vom 4. November 1950 zum Schutze der Menschenrechte

und Grundfreiheiten (EMRK, SR 0.101) darf niemand der Folter oder unmenschlicher oder erniedrigender Strafe oder Behandlung unterworfen werden.

**3.2** 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. Ferner verpflichtet Art. 3 Abs. 1 des Übereinkommens vom 20. November 1989 über die Rechte des Kindes (SR 0.107) die staatlichen Behörden zur vorrangigen Berücksichtigung des Kindeswohls. Wird eine konkrete Gefährdung im Sinne von Art. 83 Abs. 4 AuG 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).

**3.3** Der Vollzug ist gemäss Art. 83 Abs. 2 AuG nicht möglich, wenn die Ausländerin oder der Ausländer weder in den Heimat- oder in den Herkunftsstaat noch in einen Drittstaat ausreisen oder dorthin gebracht werden kann.

**3.4** Diese 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 Wegweisung als undurchführbar zu betrachten und die weitere Anwesenheit in der Schweiz gemäss den Bestimmungen über die vorläufige Aufnahme zu regeln (vgl. Entscheidungen und Mitteilungen der Schweizerischen Asylrekurskommission [EMARK] 2006 Nr. 6 E. 4.2. S. 54 f., 2001 Nr. 1 E. 6a S. 2).

#### **4.**

**4.1** Im Zusammenhang mit der erkannten Zulässigkeit der Vollzugsanordnung hält das Bundesamt in der angefochtenen Verfügung vom 3. Dezember 2003 betreffend den Beschwerdeführer fest, dass dieser die Flüchtlingseigenschaft nicht erfülle und dementsprechend das Non-Refoulement-Prinzip nach Art. 5 Abs. 1 AsylG nicht zur Anwendung gelange. Ferner drohe ihm im Heimatstaat mangels zureichender gegenteiliger Anhaltspunkte keine durch Art. 3 EMRK verbotene Strafe oder Behandlung, zumal er die angebliche Verfolgung durch Unbekannte Dritte nicht habe glaubhaft machen können, er nach dem Vorfall vom 19. April 2003 noch eineinhalb Wochen unbehelligt im Kosovo

verblieben und seine Frau nach der Lösegeldzahlung freigelassen worden sei. Bezüglich der Zumutbarkeitsfrage hält das Bundesamt fest, dass weder politische noch andere Gründe gegen einen Wegweisungsvollzug sprächen und im Kosovo seit Juni 1999 keine Situation allgemeiner Gewalt mehr bestehe. Hindernisse individueller Art seien ebenfalls nicht auszumachen, zumal der Beschwerdeführer Berufserfahrung als (...) habe und über ein familiäres Beziehungsnetz verfüge. Ebenso vermöge sein im eingereichten Arztbericht beschriebener Gesundheitszustand kein anderes Ergebnis herbeizuführen. Im Übrigen sei der Vollzug technisch möglich und praktisch durchführbar.

**4.2** In seiner Beschwerdeeingabe vom 5. Januar 2004 (mit Ergänzungen vom 12. Januar 2004 und vom 10. Februar 2004) bekräftigt der Beschwerdeführer den geltend gemachten Sachverhalt und dessen Glaubhaftigkeit, wobei er umfassend Stellung nimmt zu den in der angefochtenen Verfügung erörterten Unglaubhaftigkeitselementen. Daraus leitet er die Unzulässigkeit eines Wegweisungsvollzuges ab. Im Weiteren macht der Beschwerdeführer unter Hinweis auf ein ärztliches Überweisungsschreiben vom 5. Januar 2004 und einen psychiatrie-ärztlichen Bericht vom 22. Januar 2004 auf seinen angeschlagenen Gesundheitszustand aufmerksam. In letzterem Bericht wird diagnostisch (...) in Betracht gezogen, wobei eine psychiatrische Behandlung und eine psychopharmakologische Therapie dringend notwendig seien.

**4.3** Im Zusammenhang mit der erkannten Zulässigkeit der Vollzugsanordnung hält das Bundesamt in der angefochtenen Verfügung vom 2. Februar 2004 betreffend die Beschwerdeführerin fest, dass diese die Flüchtlingseigenschaft nicht erfülle und dementsprechend das Non-Refoulement-Prinzip nach Art. 5 Abs. 1 AsylG nicht zur Anwendung gelange. Ferner drohe ihr im Heimatstaat mangels zureichender gegenteiliger Anhaltspunkte keine durch Art. 3 EMRK verbotene Strafe oder Behandlung, zumal sie die angebliche Verfolgung durch Unbekannte Dritte nicht habe glaubhaft machen können und sie nach ihrer angeblich durch Lösegeld erwirkten Freilassung vom Juli 2003 noch sechs Monate unbehelligt im Kosovo verblieben sei. Bezüglich der Zumutbarkeitsfrage hält das Bundesamt fest, dass weder politische noch andere Gründe gegen einen Wegweisungsvollzug sprächen und im Kosovo seit Juni 1999 keine Situation allgemeiner Gewalt mehr herrsche. Hindernisse individueller Art seien nicht auszumachen, zumal sie jung und gesund sei und über ein familiäres Beziehungsnetz verfü-

ge. Im Übrigen sei der Vollzug technisch möglich und praktisch durchführbar.

**4.4** In seiner die Abweisung der Beschwerde vom 5. Januar 2004 beantragenden Vernehmlassung vom 12. Februar 2004 hält das Bundesamt an seinen bisherigen Erwägungen fest. Der Überweisungsbericht vom 5. Januar 2004 ändere nichts an der Zumutbarkeit des Wegweisungsvollzuges, da die psychischen Probleme des Beschwerdeführers in der Universitätsklinik Pristina und weiteren Regionalspitälern im Kosovo behandelbar seien und insbesondere erstere über Fachpersonal und -mittel verfüge. Auch internationale Organisationen hätten den grossen Bedarf an psychologischen und psychiatrischen Unterstützungsprogrammen erkannt. Der in der Schweiz behandelnde Arzt könne den Beschwerdeführer auf die Rückkehr vorbereiten und organisatorische Massnahmen im Hinblick auf eine angemessene Fortführung der Behandlung im Kosovo treffen.

Mit Zwischenverfügung der ARK vom 18. Februar 2004 wurde der Beschwerdeführer mit folgendem Wortlaut zur Replik eingeladen (Zitat): *„Die Einladung zur Vernehmlassung erfolgte mit dem Hinweis der ARK, dass zwei Aktenstücke (Schreiben der Hilfswerksvertreterin G.\_\_\_\_\_ vom 28. November 2003 an das BFF sowie das Antwortschreiben des BFF vom 8. Januar 2004) nicht im Aktenverzeichnis aufgeführt seien und ersteres actum offenbar auch nicht zur Einsicht gewährt worden sei (vgl. Aktenzustellung vom 15. Dezember 2003 durch das BFF); zudem wurde von der ARK zu Händen des BFF die Frage aufgeworfen, weshalb das von der Hilfswerksvertreterin in Aussicht gestellte Schreiben vor dem Entscheid über das Asylgesuch nicht abgewartet wurde. In einer internen Aktennotiz vom 12. Februar 2004 bezeichnet das BFF dies als „simple inadvertance“ ohne nachteilige Auswirkungen auf den Asylentscheid. Die Paginierung der Akten wurde in der Folge vom BFF vervollständigt. In der Beilage erhalten Sie deshalb ebenso das vervollständigte Aktenverzeichnis sowie die beiden oben erwähnten Aktenstücke (A23/3 und A24/2) in Kopie. Im Weiteren bestätigen wir den Eingang eines ärztlichen Zeugnisses vom 22. Januar 2004 der Psychiatrischen Dienste Region Emmental sowie eine von Ihnen unterzeichnete Erklärung gleichen Datums betreffend Entbindung von der ärztlichen Schweigepflicht. Die Eingabe haben wir zwecks Mitberücksichtigung im Vernehmlassungsverfahren umgehend dem BFF überwiesen, wo sie am 12. Februar 2004 einging. Das BFF hat uns in der Folge die Eingabe zu seiner Entlastung retourniert, mit*

*dem Hinweis, dass die Vernehmlassung gleichentags bereits ausgefertigt worden sei.“*

In seiner Replik vom 4. März 2004 räumt der Beschwerdeführer die grundsätzliche Verfügbarkeit medizinischer Versorgung in seiner Heimat ein. Dort drohe ihm indessen eine Retraumatisierung. Zudem verweist er auf die eingereichten Arztberichte. Unter Bezugnahme auf die Aktenstücke A23/3 und A24/2 bedauert der Beschwerdeführer, dass die Vorinstanz die Einwände der neutralen Hilfswerksvertretung ignoriert habe. Er hält daran fest, dass die betreffende Ergänzung anhörung weder fair noch korrekt abgelaufen und er vor allem durch die Befragterin und den Übersetzer verunsichert und unter Druck gesetzt worden sei; dies hätte auch Auswirkungen auf die Protokollierung gehabt. Als ergänzendes Beweismittel gab der Beschwerdeführer ein Unterstützungsschreiben des Pfarrers der evangelisch-methodistischen Kirche seiner Wohngemeinde zu den Akten.

**4.5** In ihrer Beschwerdeeingabe vom 10. März 2004 (mit Ergänzung vom 11. März 2004) hält die Beschwerdeführerin am geltend gemachten Sachverhalt fest. Ein Vollzug der Wegweisung sei für sie unzumutbar und unmöglich, da sie seit der beschriebenen Gefangenschaft in schlechter psychischer Verfassung sei und sich aktuell in psychiatrischer Behandlung befinde. Als Beweismittel gab sie einen psychiatrieärztlichen Bericht vom 10. März 2004 zu den Akten. Darin wird eine Anpassungsstörung, Angst und depressive Reaktion diagnostiziert, wobei differenzialdiagnostisch eine (...) in Betracht gezogen wird, da der Verdacht auf eine schwerwiegende Traumatisierung bestehe. Eine psychiatrische Behandlung und eine Weiterführung der psychopharmakologischen Therapie seien dringend indiziert.

**4.6** Mit gemeinsamer Eingabe vom 15. Februar 2005 und Ergänzung vom 4. April 2005 gaben die Beschwerdeführenden insbesondere zwei weitere Arztberichte zu den Akten: In einem psychiatrieärztlichen Bericht vom 2. Februar 2005 werden eine fortdauernde psychiatrische Behandlung der Beschwerdeführerin sowie die bisherigen Diagnosen bestätigt, wobei sich die anfängliche Verdachtsdiagnose einer (...) als zutreffend herausgestellt habe. Die Reisefähigkeit der Beschwerdeführerin sei aktuell nicht gegeben. Im Bericht wird ferner auf die zunehmend schwierige familiäre Situation der Beschwerdeführenden hingewiesen, seit die Beschwerdeführerin im (...) notfallmässig in der (...) Schwangerschaftswoche durch Sectio

habe entbunden werden müssen und die Tochter intensiver medizinischer Behandlung bedürfe. In einem Arztbericht vom 27. Januar 2005 werden mehrere schwere gesundheitliche Probleme der frühgeborenen Tochter C.\_\_\_\_\_ (...) erwähnt. Das Kind sei aus medizinischer Sicht weiterhin stationär abklärungs- und therapiebedürftig und auf unbestimmte Zeit nicht transportfähig. Die unterzeichnenden Ärzte sprechen sich für einen „Aufschub des Asylverfahrens“ aus und beurteilen das Wohl des Kindes im Heimatland als „vital gefährdet“.

**4.7** Mit Eingaben vom 30. Oktober 2007 und vom 19. März 2009 gaben die Beschwerdeführenden weitere Beweismittel zu den Akten: In einem psychiatrisch-/psychotherapeutischen Bericht vom 15. Oktober 2007 werden die bisherigen Diagnosen für beide Eltern bestätigt und bei der Beschwerdeführerin ausgeprägte Somatisierungstendenzen festgestellt. Beide bedürften langfristiger Behandlung, äusserer Sicherheit und stabiler Rahmenbedingungen. Erschwerend wird die psychosoziale Situation und Prognose der Familie bezeichnet, da das Kind C.\_\_\_\_\_ kontinuierlicher medizinischer Betreuung bedürfe und die Beschwerdeführerin erneut schwanger sei. In einem weiteren psychotherapeutischen Bericht vom 24. November 2008 werden die Fortdauer der Psychotherapie der Beschwerdeführerin bestätigt und in der sozialen und familiären Situation der Beschwerdeführenden ein erhebliches Erschwernis erkannt. Betreffend die Tochter C.\_\_\_\_\_ wurde ein entwicklungsneurologischer Bericht vom 30. April 2008 vorgelegt, gemäss welchem bei der Patientin (...) bestehe, allesamt mit multiplen Erscheinungsformen; der Therapieverlauf wird als befriedigend bezeichnet. In einem heilpädagogischen Bericht vom 16. Januar 2009 und einem audiopädagogischen Bericht (undatiert) äussern sich die betreffenden Pädagogen zur (...) und zu den (eingeschränkten) (...) von C.\_\_\_\_\_, wobei die Tendenzen wenig positiv beurteilt werden und eine längerfristige, fachkompetente heil- und audiopädagogische Förderung als unerlässlich angesehen wird.

## **5.**

**5.1** Die in beiden angefochtenen Verfügungen festgestellte Nichterfüllung der Flüchtlingseigenschaft der Beschwerdeführenden und die Ablehnung ihrer Asylgesuche sind – wie oben (E. 1.4) erwähnt – mangels Anfechtung in Rechtskraft erwachsen. Zwar können nur Elemente des

Dispositiv, nicht jedoch solche des Sachverhalts oder der Erwägungen in Rechtskraft erwachsen. Aus dem Umstand, dass die unangefochten abschlägigen Verfahrensausgänge betreffend Flüchtlingseigenschaft und Asyl in erster Linie auf Unglaubhaftigkeitselemente abgestützt wurden, lässt sich jedoch nicht zugleich die unbestrittene Unglaubhaftigkeit jener Sachverhaltsteile ableiten, die auch für die Beurteilung des Wegweisungsvollzuges erheblich sind. Der Beschwerdeführer beanstandet umfassend die Unglaubhaftigkeitserkenntnisse der Vorinstanz und leitet daraus die Unzulässigkeit des Wegweisungsvollzuges ab. Dieses Vorgehen ist durchaus statthaft und opportun. Im selben Zusammenhang mit der Glaubhaftigkeitsprüfung wenden sich die Hilfswerksvertretung und der Beschwerdeführer gegen die beweismässige Verwertbarkeit des Protokolls der Ergänzungsanhörung und sinngemäss wird die Rüge einer Verletzung des rechtlichen Gehörs erhoben. Die Einwände erscheinen prima vista durchaus prüfenswert und das Verhalten der Vorinstanz im Zusammenhang mit der Ergänzungsanhörung und vor allem im Anschluss an diese (umgehende Entscheidungsfällung ohne den angekündigten Bericht der Hilfswerksvertretung abzuwarten) wäre zumindest unter dem Aspekt des Anspruchs auf rechtliches Gehör diskussionswürdig. Selbst wenn jedoch eine vertiefere Prüfung dieser beiden Aspekte (Glaubhaftigkeitsprüfung und Prüfung der Verletzung von Verfahrensbestimmungen) zu einem für die Beschwerdeführenden positiven Ergebnis führen würde, könnte dies bestenfalls die Anordnung der vorläufigen Aufnahme unter Feststellung der Unzulässigkeit des Wegweisungsvollzuges bewirken. Aus nachfolgenden Erwägungen ergibt sich indessen ein vom Bestand und Inhalt der Ergänzungsanhörung unabhängiger Anspruch der Beschwerdeführenden auf Feststellung der Unzumutbarkeit des Wegweisungsvollzuges. In Anbetracht der bereits oben in E. 3.4 erwogenen alternativen Natur der Bedingungen für einen Verzicht auf den Vollzug der Wegweisung (Unzulässigkeit, Unzumutbarkeit, Unmöglichkeit) kann daher vorliegend auf eine detaillierte Prüfung der aufgeworfenen Fragen (Glaubhaftigkeit, Verfahrensverletzungen, Zulässigkeit des Wegweisungsvollzuges) verzichtet werden.

**5.2** Die bei den Beschwerdeführenden diagnostizierten psychischen beziehungsweise psychosomatischen Gesundheitsstörungen sind mittels verschiedener Beweismittel belegt. Die betreffenden Arztberichte erkennen die Ursachen dieser Beeinträchtigungen mehrheitlich in den von den Beschwerdeführenden geltend gemachten Verfolgungsgründen. Deren Glaubhaftigkeit ist zwar nicht erstellt (vgl. E. 5.1 zuvor). In

Bezug auf die Zumutbarkeitsprüfung ist indessen die Tatsache einer erheblichen psychischen Gesundheitsstörung gegenüber deren Ursache und Auslöser von überwiegender Bedeutung. Die sich aus den Akten präsentierenden psychischen und somatischen Krankheitsbilder der Beschwerdeführenden sind vielfältig und geprägt durch eine mehrjährig dauernde, nach wie vor aktuelle und in ihrem künftigen Verlauf kaum prognostizierbare Therapie. Teile dieser gesundheitlichen Probleme sind zwar im Kosovo grundsätzlich behandelbar, und die dortige medizinische Infrastruktur und Versorgungslage hat sich seit der vom BFF in seiner Vernehmlassung vom Jahre 2004 geäußerten Darlegung weiter verbessert. Das durch die Vorinstanz gezeichnete Zustandsbild im Bereich der Behandelbarkeit psychischer beziehungsweise psychosomatischer Krankheiten wird indessen in der dargestellten Form auch im heutigen Zeitpunkt den vielschichtigen gesundheitlichen Problemen der Beschwerdeführenden nicht gerecht: Nach wie vor bestehen erhebliche Mängel und Defizite bei der Behandlung psychischer Erkrankungen, und die therapeutischen Kapazitäten sind beschränkt. Das therapeutische Angebot bei (...) ist in den Spitälern, Gesundheitshäusern und Mental Health Centren nach wie vor auf Medikamente beschränkt; reguläre Psychotherapie wird nicht angeboten. Stationäre Plätze für Frauen gibt es zudem nur im Universitätsspital Pristina. Behandlung und Medikamente müssen mangels einer staatlichen Krankenversicherung grundsätzlich selber bezahlt werden (vgl. zu den Behandlungsmöglichkeiten bei psychischen Erkrankungen: SFH Kosovo, Zur Lage der medizinischen Versorgung, Update Rainer Mattern vom 7. Juni 2007, Ziff. 4.3 S. 8 ff.). Eine der Situation der Beschwerdeführenden adäquate medizinische Behandlung ist somit wenig realistisch. Erschwerend kommt vorliegend hinzu, dass bei beiden Elternteilen erhebliche gesundheitliche Beeinträchtigungen und entsprechende langfristige Behandlungsbedürftigkeiten bestehen.

Weiter ist das multiple Krankheitsbild der frühgeborenen Tochter C.\_\_\_\_\_ zu berücksichtigen. Die in der Schweiz seit der Geburt auf verschiedenen Ebenen (insbesondere neonatologisch, entwicklungsneurologisch und pädagogisch) durchgeführten und nach wie vor erforderlichen Behandlungen werden in den vorliegenden Berichten sowohl einzeln wie auch in ihrem Zusammenwirken als zwingend notwendig beschrieben, um die negativen körperlichen, geistigen Retardierungsauswirkungen der Frühgeburt möglichst in Grenzen zu halten. Bislang sind entsprechende Behandlungen und

Betreuungen in Kosovo weder einzeln noch koordiniert möglich, selbst wenn praxisgemäss bei der Zumutbarkeitsfrage keineswegs der in der Schweiz bestehende Professionalisierungs- und Infrastrukturstandard als Massstab heranzuziehen ist. In diesem Zusammenhang ist auch zu beachten, dass bei der Zumutbarkeitsprüfung das Kindeswohl einen Gesichtspunkt von gewichtiger Bedeutung darstellt. Dies ergibt sich nicht zuletzt aus einer völkerrechtskonformen Auslegung von Art. 83 Abs. 4 AuG im Lichte von Art. 3 Abs. 1 KRK. Unter dem Aspekt des Kindeswohls sind demnach sämtliche Umstände einzubeziehen und zu würdigen, die im Hinblick auf einen Wegweisungsvollzug wesentlich erscheinen. Dabei 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, sowie der Grad der erfolgten Integration bei einem längeren Aufenthalt in der Schweiz. Das nach solchen Kriterien ausgestaltete Kindeswohl würde vorliegend eine Rückführung des Kindes nach Kosovo aufgrund der erwähnten Überlegungen und vorab angesichts seiner vielschichtigen Behandlungs- und Betreuungsbedürftigkeit jedenfalls zumindest höchst fragwürdig erscheinen lassen.

Als zusätzlich vollzugerschwerend sind die in den vorliegenden Berichten ebenfalls angesprochene angespannte psychosoziale und familiäre Situation der Beschwerdeführenden sowie die einer allfälligen Reintegration abträgliche Tatsache einer rund sechsjährigen Landesabwesenheit zu berücksichtigen, wobei die beiden Kinder in der Schweiz geboren wurden.

Das Bundesverwaltungsgericht gelangt zur Auffassung, dass das vorstehend aus verschiedenen vollzugshinderlichen Komponenten gezeichnete kumulative Gesamtbild die Annahme einer Unzumutbarkeit des Wegweisungsvollzuges aufdrängt, selbst wenn ihre Einzelteile je per se diesen Schluss noch nicht zwingend zulassen sollten. Die Beschwerdeführenden sind im Falle einer Rückkehr in ihr Heimatland mit zureichender Wahrscheinlichkeit einer konkreten Gefährdung im Sinne des Gesetzes ausgesetzt.

Nach dem Gesagten erweist sich ein Vollzug der Wegweisung der Beschwerdeführenden entgegen der Auffassung der Vorinstanz als nicht zumutbar. Der vorläufigen Aufnahme allfällig entgegenstehende Grün-

de im Sinne von Art. 83 Abs. 3 AuG sind aus den Akten nicht ersichtlich.

#### 6.

Aus obigen Erwägungen ergibt sich, dass die beiden angefochtenen Verfügungen betreffend den Vollzug der Wegweisung Bundesrecht verletzen und unangemessen sind (Art. 106 AsylG). Die beiden Beschwerden sind gutzuheissen und das Bundesamt ist anzuweisen, den Beschwerdeführenden infolge Unzumutbarkeit des Wegweisungsvollzuges die vorläufige Aufnahme zu gewähren.

#### 7.

Bei diesem Ausgang des Verfahrens sind den Beschwerdeführenden keine Kosten aufzuerlegen (Art. 63 Abs. 1 VwVG).

Gemäss Art. 64 Abs. 1 VwVG kann die Beschwerdeinstanz der obsiegenden Partei von Amtes wegen oder auf Begehren eine Entschädigung für die ihr erwachsenen notwendigen und verhältnismässig hohen Kosten zusprechen. Die Rechtsvertreterin der Beschwerdeführenden präsentiert in ihrer Honorarnote vom 2. Oktober 2009 den Betrag von insgesamt Fr. 3'090.--, wobei sie für beide Beschwerdeverfahren zusammen einen Zeitaufwand von zwölf Stunden zu Fr. 230.-- seit der Beschwerdeerhebung vom 5. Januar 2004 (betreffend den Beschwerdeführer) ausweist. Das Gericht stellt indessen fest, dass die Mandatierung der rubrizierten Rechtsberatungsstelle gemäss aktenkundiger Vollmacht am 16. März 2005 beziehungsweise die erste (noch vollmachtlose) Rechtsschrift der Rechtsvertretung am 15. Februar 2005 erfolgte. Zu diesem Zeitpunkt waren die wesentlichen und den Hauptaufwand verursachenden Prozessschritte (Beschwerdeerhebungen mit Ergänzungen, Vernehmlassung, Replik) bereits erfolgt. Diese Prozessschritte wurden bis zum Februar 2005 stets von den Beschwerdeführenden selber und im eigenen Namen getätigt. Demgegenüber bestand die seitherige Hauptleistung der Rechtsvertretung in der Nachreichung von Beweismitteln (insb. Arztberichten) mit entsprechenden Begleitschreiben, freilich unter Mitveranschlagung hierzu notwendiger Aktenstudien und Besprechungen. Unter Berücksichtigung der Bemessungsgrundsätze der Art. 7 ff. des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht (VGKE, SR 173.320.2) ist den Beschwerdeführenden vorliegend eine angemessene und vom BFM zu entrichtende Parteientschädigung von total Fr. 1'100.-- (inklusive Auslagen) zuzusprechen.

(Dispositiv nächste Seite)

**Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:**

**1.**

Die Beschwerden vom 5. Januar 2004 und vom 10. März 2004 werden gutgeheissen.

**2.**

Die Ziffern 4 und 5 der Dispositive der angefochtenen Verfügungen vom 3. Dezember 2003 und vom 12. Februar 2004 werden aufgehoben. Das BFM wird angewiesen, den Beschwerdeführenden infolge Unzumutbarkeit des Wegweisungsvollzuges die vorläufige Aufnahme zu gewähren.

**3.**

Den Beschwerdeführenden werden keine Verfahrenskosten auferlegt.

**4.**

Das BFM wird angewiesen, den Beschwerdeführenden eine Parteientschädigung von Fr. 1'100.-- (inklusive Auslagen) auszurichten.

**5.**

Dieses Urteil geht an die Rechtsvertreterin der Beschwerdeführenden, das BFM und die kantonale Behörde.

Die vorsitzende Richterin:

Der Gerichtsschreiber:

Regula Schenker Senn

Urs David

Versand: