

Bundesverwaltungsgericht
Tribunal administratif fédéral
Tribunale amministrativo federale
Tribunal administrativ federal



Abteilung V
E-367/2010
{T 0/2}

Urteil vom 28. September 2010

Besetzung

Richterin Muriel Beck Kadima (Vorsitz),
Richter Fulvio Haefeli, Richter Maurice Brodard;
Gerichtsschreiberin Stella Boleki.

Parteien

A. _____, geboren (...),
Kosovo,
vertreten durch Annelise Gerber, (...),
Beschwerdeführer,

gegen

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

Gegenstand

Nichteintreten auf Asylgesuch und Wegweisung;
Verfügung des BFM vom 13. Januar 2010 / N (...).

Das Bundesverwaltungsgericht stellt fest:

A.

A.a Der Beschwerdeführer, ein aus B._____/C._____
stammender serbischsprachiger Rom reichte mit seiner nach Brauch
verheirateten Frau, eine ethnische Serbin, und deren gemeinsamen
Kindern am 13. Oktober 2002 ein erstes Asylgesuch ein, das vom
BFM mit Verfügung vom 15. Mai 2003 unter Anordnung der
Wegweisung sowie deren Vollzugs abgelehnt wurde. Mit Urteil vom
22. Juli 2003 trat die vormals zuständige Schweizerische
Asylrekurskommission (ARK) auf die dagegen erhobene Beschwerde
mangels Kostenvorschusszahlung nicht ein.

A.b Nach mehrmalig erfolglos erhobenen Rechtsbehelfen und der
Abweisung eines Wiedererwägungsgesuchs durch das BFM am
16. April 2004 galten der Beschwerdeführer und seine Angehörigen ab
dem 28. Februar 2005 als verschwunden, weshalb eine gegen den
Wiedererwägungsentscheid erhobene Beschwerde von der ARK mit
Beschluss vom 26. April 2005 als gegenstandslos geworden abge-
schrieben wurde.

A.c Am 18. Dezember 2006 stellten die Ehefrau und ihre Kinder –
nach Wiedereinreise in die Schweiz – ein zweites Asylgesuch. Mit Ver-
fügung vom 13. Februar 2007 wurden sie vom BFM in der Schweiz
vorläufig aufgenommen.

B.

B.a Der Beschwerdeführer reichte am 4. April 2009 ein zweites Asyl-
gesuch ein. Am 10. November 2009 wurde er summarisch dazu be-
fragt und am 12. Dezember 2009 gestützt auf Art. 29 Abs. 1 des Asyl-
gesetzes vom 26. Juni 1998 (AsylG, SR 142.31) ausführlich zu seinen
Asylgründen angehört.

B.b Der Beschwerdeführer machte dabei geltend, im April 2005 sei er
mit seiner Familie aus der Schweiz ausgereist und nach B._____
zurückgekehrt. Dort habe er erfahren, dass seine Frau – vor seiner
Bekannntschaft mit ihr – mit jemand anderem ein Liebesverhältnis
gehabt habe, worauf er seine Familie nach kurzer Zeit verlassen und
sich nach D._____
(Serbien) begeben habe, wo er einige Jahre
gelebt und gearbeitet habe. Als er eines Tages von seiner in der
Schweiz lebenden Schwester erfahren habe, dass seine Frau und

seine Kinder in der Schweiz leben würden und diese nicht mit einem anderen Mann verheiratet sei, habe er sie kontaktiert und sei daraufhin in die Schweiz eingereist, um erneut mit seiner Familie zusammenleben zu können. Bei seiner Einreise sei er verhaftet worden und bis zum 4. November 2009 im offenen Strafvollzug geblieben. Während des offenen Strafvollzugs hätten er und seine Frau regelmässig Kontakt gehabt. Seine Frau erwarte nun ein weiteres gemeinsames Kind und er wolle mit seiner Familie in der Schweiz leben. Auch könne er als Rom weder im Kosovo noch in Serbien in Ruhe leben.

B.c Die Rechtsvertreterin des Beschwerdeführers reichte am 14. Oktober 2009 beim BFM ein mit „Wiedererwägungsgesuch betreffend Haft und Straferlassung“ betitelttes Gesuch mit dem Begehren ein, das Asylgesuch (des Beschwerdeführers) vom 6. April 2009 sei wieder aufzunehmen. Dabei verwies er auf einen Bericht der Roma Foundation vom November 2008 zur Situation der Roma im Kosovo .

B.d Am 31. Dezember 2009 wurde der Beschwerdeführer für die Dauer des Verfahrens dem Kanton E._____ (zu Frau und Kindern) zugeteilt.

C.

Das BFM trat mit Verfügung vom 13. Januar 2010 – gemäss Angaben der Rechtsvertreterin am 14. Januar 2010 eröffnet – in Anwendung von Art. 32 Abs. 2 Bst. e des Asylgesetzes vom 26. Juni 1998 (AsylG, SR 142.31) auf das zweite Asylgesuch des Beschwerdeführers nicht ein und ordnete die Wegweisung aus der Schweiz sowie den Vollzug an. Auf die Begründung wird, soweit entscheidwesentlich, in den Erwägungen eingegangen.

D.

Der Beschwerdeführer liess mit Eingabe vom 20. Januar 2010 – vorab per Telefax – gegen diesen Entscheid beim Bundesverwaltungsgericht Beschwerde erheben und beantragte, auf das Asylgesuch vom 4. April 2009 sei einzutreten, eventualiter sei die Sache zur Neuurteilung an die Vorinstanz zurückzugeben, subeventualiter sei unter Berücksichtigung der Familieneinheit die Unzulässigkeit beziehungsweise die Unzumutbarkeit des Wegweisungsvollzugs unter Anordnung der vorläufigen Aufnahme des Beschwerdeführers in der Schweiz festzustellen. In prozessrechtlicher Hinsicht beantragte er die Gewährung der un-

entgeltlichen Rechtspflege. Auf die Begründung wird, soweit entscheidungswesentlich, in den Erwägungen eingegangen.

E.

Die zuständige Instruktionsrichterin des Bundesverwaltungsgerichts forderte den Beschwerdeführer mit Verfügung vom 1. Februar 2010 auf, innert Frist eine ärztliche Bestätigung, aus der die Schwangerschaft der Ehefrau sowie die voraussichtliche Niederkunft des gemeinsamen Kindes hervorgehe, und das ihn betreffende Strafurteil beziehungsweise die ihn betreffenden Straftaten nachzureichen. Die Beurteilung des Gesuchs um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege wurde auf einen späteren Zeitpunkt verschoben.

F.

Der Beschwerdeführer liess dem Bundesverwaltungsgericht mit Eingabe vom 9. Februar 2010 ein ärztliches Zeugnis vom 5. Februar 2010 betreffend den errechneten Geburtstermin seines Kindes (in Kopie) und das Protokoll der Hauptverhandlung des Strafgerichts des Kantons F._____ vom 2. September 2009 mit Urteilsspruch (in Kopie) sowie Bestätigungen über den Schulbesuch der beiden Kinder (im Original) zukommen.

G.

Die zuständige Instruktionsrichterin hiess mit Verfügung vom 25. Juni 2010 das Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege gut und verzichtete auf die Erhebung eines Verfahrenskostenvorschusses.

Das Bundesverwaltungsgericht erwägt:

1.

1.1 Das Bundesverwaltungsgericht entscheidet endgültig über Beschwerden gegen Verfügungen (Art. 5 des Bundesgesetzes vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren [VwVG, SR 172.021]) des BFM (Art. 105 AsylG i.V.m. Art. 31-33 des Verwaltungsgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 [VGG, SR 173.32]; Art. 83 Bst. d Ziff. 1 des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 [BGG, SR 173.110]).

1.2 Der Beschwerdeführer ist durch die angefochtene Verfügung besonders berührt, hat ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung beziehungsweise Änderung und ist daher zur Einreichung der Beschwerde legitimiert (Art. 105 AsylG i.V.m. Art. 37 VGG und Art. 48 Abs. 1 VwVG).

1.3 Die Frist für Beschwerden gegen Nichteintretensentscheide beträgt fünf Arbeitstage, die vom Beschwerdeführer mit Eingabe vom 20. Januar 2010 eingehalten wurde. Es ist somit auf die frist- und formgerecht eingereichte Beschwerde einzutreten (Art. 108 Abs. 2 AsylG und Art. 6 AsylG i.V.m. Art. 52 VwVG).

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

2.

2.1

Bei Beschwerden gegen Nichteintretensentscheide, mit denen es das BFM ablehnt, das Asylgesuch auf seine Begründetheit hin zu überprüfen (Art. 32-35 AsylG), ist die Beurteilungskompetenz der Beschwerdeinstanz grundsätzlich auf die Frage beschränkt, ob die Vorinstanz zu Recht auf das Asylgesuch nicht eingetreten ist. Die Beschwerdeinstanz enthält sich – sofern sie den Nichteintretensentscheid als unrechtmässig erachtet – einer selbständigen materiellen Prüfung, hebt die angefochtene Verfügung auf und weist die Sache zu neuer Entscheidung an die Vorinstanz zurück (vgl. Entscheidungen und Mitteilungen der Schweizerischen Asylrekurskommission [EMARK] 2004 Nr. 34 E. 2.1. S. 240 f.).

2.2 Die Vorinstanz prüft die Frage der Wegweisung und des Vollzugs materiell, weshalb dem Bundesverwaltungsgericht diesbezüglich volle Kognition zukommt.

3.

Gemäss Art. 32 Abs. 2 Bst. e AsylG wird auf ein Asylgesuch nicht eingetreten, wenn die asylsuchende Person in der Schweiz bereits ein Asylverfahren erfolglos durchlaufen oder sie ihr Gesuch zurückgezogen hat, oder wenn sie während des hängigen Asylverfahrens in den Heimat- oder Herkunftsstaat zurückgekehrt ist, ausser die Anhörung ergebe Hinweise, dass in der Zwischenzeit Ereignisse eingetreten sind,

die geeignet sind, die Flüchtlingseigenschaft zu begründen oder die für die Gewährung vorübergehenden Schutzes relevant sind.

4.

4.1 Das erste Asylgesuch des Beschwerdeführers wurde vom BFM am 15. Mai 2003 abgewiesen; dieses erwuchs am 22. Juli 2003 in Rechtskraft. Somit ist die formelle Voraussetzung für einen Nichteintretensentscheid nach Art. 32 Abs. 2 Bst. e AsylG erfüllt. Es bleibt zu prüfen, ob das BFM die materiellen Voraussetzungen (fehlende Hinweise) zu Recht verneinte.

4.2 Das BFM führte dazu im Wesentlichen aus, es gebe keine Hinweise darauf, dass seit Abschluss des ersten Asylverfahrens Ereignisse eingetreten seien, die geeignet wären, die Flüchtlingseigenschaft zu begründen oder die für die Gewährung vorübergehenden Schutzes relevant seien. So habe der Beschwerdeführer lediglich pauschal geltend gemacht, als Rom weder im Kosovo noch in Serbien leben zu können. Indessen hätten sich aus den Aussagen des Beschwerdeführers ergeben, dass sich dieser nach der Rückkehr in den Kosovo nur eine Woche mit seiner Familie dort aufgehalten und sich danach von ihr getrennt habe, um nach D. _____ (Serbien) zu gehen, wo er sich – ohne asylrelevante Probleme nennen zu können – bis zu seiner Ausreise aufgehalten habe.

4.3 Der Beschwerdeführer setzte den Erwägungen des BFM, wonach er keine asylrelevanten Probleme geltend mache, nichts Konkretes entgegen.

4.4 Aufgrund der vorliegenden Aktenlage teilt das Bundesverwaltungsgericht die vorinstanzliche Beurteilung. Der Beschwerdeführer machte zur Begründung seines Asylgesuchs in der Tat keine konkreten Verfolgungsgründe geltend, sondern führte – neben seiner ethnischen Angehörigkeit zu einer diskriminierten Gruppe - vielmehr ins Feld, er sei in die Schweiz gekommen, um mit seiner Familie in der Schweiz zu leben. Dies wird bei der Beurteilung des Wegweisungsvollzugs zu berücksichtigen sein.

4.5 Das BFM ist demnach in Anwendung von Art. 32 Abs. 2 Bst. e AsylG zu Recht auf das Asylgesuch des Beschwerdeführers nicht eingetreten.

5.

5.1 Lehnt das BFM 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.

5.2 Die nach Brauch verheiratete Ehegattin des Beschwerdeführers und deren Kinder sind in der Schweiz vorläufig aufgenommen. Folglich ist zu prüfen, ob der Beschwerdeführer daraus ein Aufenthaltsrecht für sich ableiten kann.

5.2.1 Um der Familie einen einheitlichen Rechtsstatus zu vermitteln, wird der Status einer Person, die vorläufig aufgenommen wurde, auf deren Familienmitglieder ausgeweitet. Unerheblich ist dabei die zeitliche Reihenfolge, in der die Familienmitglieder in die Schweiz gelangt sind; auch der erst nachträglich eingereiste Familienangehörige ist in die Rechtsstellung des in der Schweiz vorläufig Aufgenommenen einzubeziehen. Unerheblich ist auch, ob die Familie bereits vor der Flucht bestanden hat oder erst hier in der Schweiz gegründet worden ist (vgl. EMARK 1995 Nr. 24 E. 11.b S. 231).

5.2.2 Das BFM begründete die Verneinung des Aufenthaltsrechts des Beschwerdeführers aufgrund von Art. 44 Abs. 1 AsylG wie folgt: Die vorläufige Aufnahme eines Familienmitglieds führe (zwar) in der Regel zur vorläufigen Aufnahme der ganzen Familie. Von dieser Regel sei in casu mit folgender Begründung (hingegen) abzuweichen: Das Ehepaar habe sich im Jahre 2005 nach der Rückkehr in den Kosovo getrennt; der Beschwerdeführer habe seither in D._____ gelebt und die Ehefrau sei mit den Kindern in die Schweiz zurückgekehrt, wo sie zufolge der Trennung von ihrem Ehemann vorläufig aufgenommen wurde. Es bestehe somit weder im rechtlichen Sinne eine Familie noch werde tatsächlich eine dauerhafte Lebensgemeinschaft gelebt. Für Ehefrau und Kinder, ethnische Serben, sei es überdies zumutbar in Serbien eine neue familiäre Lebensgemeinschaft zu begründen.

5.2.3 Demgegenüber machte der Beschwerdeführer in seiner Rechtsmitteleingabe geltend, er habe bereits anlässlich der Anhörung zu Protokoll gegeben, irrtümlicherweise verstanden zu haben, seine Ehefrau habe ein Verhältnis mit einem anderen Mann gehabt. Aus Eifersucht habe er die Frau und seine Kinder verlassen. Unterdessen habe er jedoch verstanden, dass seine Frau kein Verhältnis zu diesem Mann gehabt habe, weshalb er – obwohl in der Schweiz ein Strafverfahren gegen ihn hängig sei – zu seiner Familie zurückgekehrt sei.

Seine Familie habe ihn regelmässig während des Strafvollzugs in der Strafanstalt F. _____ besucht und seine Frau sei erneut schwanger. Er möchte mit seiner Familie in der Schweiz ein normales Leben führen und es sei für ihn undenkbar, sich wieder von seiner Familie zu trennen. Entgegen der Auffassung des BFM, die Familieneinheit könne auch in Serbien gelebt werden, sei dies angesichts der Situation der Roma sowohl im Kosovo als auch in Serbien unmöglich, da sie dauernd unter ethnischen Diskriminierungen leiden würden und es unmöglich wäre, dort eine Lebensexistenz aufzubauen. Er bereue seine Straftaten zutiefst und habe diese verbüsst. Er sei überzeugt, dass es ihm in der Schweiz gelingen werde, den Unterhalt der Familie selbständig zu bestreiten.

5.3 Vorab gilt zu prüfen, ob die nach Brauch verheirateten Ehegatten unter den Begriff der „Familie“ fallen, damit der Grundsatz der „Einheit der Familie“ von Art. 44 Abs. 1 AsylG zur Anwendung kommen kann.

5.3.1 Gemäss Art. 1a Bst. e der Asylverordnung 1 [SR 142.311] fallen unter den Begriff „Familie“ Ehegatten und deren minderjährige Kinder. Den Ehegatten gleichgestellt sind [...] die in dauernder eheähnlicher Gemeinschaft zusammenlebenden Personen (oder Konkubinatspartner).

5.3.2 Ist ein Konkubinatspartner einem Ehegatten gleichgestellt, so ist eine nach Brauch verheiratete Person dem Ehegatten ebenfalls gleichzustellen, sofern die eheähnliche Gemeinschaft tatsächlich gelebt wird.

5.4 Aus dem Wortlaut von Art. 44 Abs. 1 AsylG, wonach bei der Wegweisung und deren Vollzug der Grundsatz der Einheit der Familie zu „berücksichtigen“ ist, lässt sich ableiten, dass Ausnahmen vom Einbezug in die vorläufige Aufnahme möglich sind, beispielsweise wenn eine Familienvereinigung ohne weiteres im Ausland möglich ist oder wenn wegen Delinquenz Art. 83 Abs. 7 des Bundesgesetzes vom 16. Dezember 2005 über die Ausländerinnen und Ausländer (AuG, SR 142.20) erfüllt ist (vgl. in Analogie zum damals geltenden Art. 14a Abs. 6 des Bundesgesetzes vom 26. März 1931 über Aufenthalt und Niederlassung der Ausländer [ANAG, BS 1 121] EMARK 1995 Nr. 24 E. 11.c S. 232 f.). Denkbar ist eine Ausnahme auch bei eigentlichen Missbrauchsfällen, wobei ein blosses erfolgloses Asylgesuch des Familienangehörigen für sich allein nicht genügt, um diesbezüglich eine rechtsmissbräuchliche Umgehung der Vorschriften über den Familiennachzug anzunehmen. Es steht einem Familienmitglied indessen nicht

frei, beliebig in sein Heimatland auszureisen, zu einem späteren Zeitpunkt ohne Notwendigkeit wieder in die Schweiz zurückzukehren und unter Berufung auf den Grundsatz der Familieneinheit eine vorläufige Aufnahme zu erwirken (vgl. EMARK 2004 Nr. 12 E. 7.d.bb S. 78, wobei in diesem Verfahren eine zerrüttete Ehe bestand).

5.4.1 Aus den Akten ergibt sich, dass sich der Beschwerdeführer nach der gemeinsamen Rückkehr im Jahr 2005 von seiner Familie trennte und nach D._____ ging. Die Ehefrau des Beschwerdeführers kehrte mit den gemeinsamen Kindern in die Schweiz zurück, reichte ein zweites Asylgesuch ein und wurde am 13. Februar 2007 in der Schweiz vorläufig aufgenommen. Der Beschwerdeführer ist im Jahre 2009 in die Schweiz eingereist, um mit seiner Ehegattin die Lebensgemeinschaft wieder aufzunehmen. Aus den Akten geht hervor, dass die Ehegatten während des Strafvollzugs des Beschwerdeführers regelmässigen Kontakt hatten. Seitens der Ehefrau ist anzunehmen, dass sie mit dem Wiederaufleben ihrer Ehe einverstanden ist, zumal aus ihrer gelebten Intimität ein weiteres gemeinsames Kind entsprungen ist; der Geburtstermin wurde auf den 28. Juli 2010 errechnet. Somit ist festzuhalten, dass – wie auch im Sachverhalt von EMARK 2004 Nr. 12 zugrundeliegend – der Beschwerdeführer die Ehe zwar freiwillig aufgegeben hatte, diese sich aber nicht als zerrüttet erweist. So hat die Ehegattin des Beschwerdeführers weder eine Scheidungsklage eingereicht noch den Willen bekundet, die nach Brauch geschlossene Ehe zu beenden. Im Weiteren haben die Ehegatten nach einer vierjährigen Trennung die Ehe wieder aufgenommen und im Rahmen der ihnen gesetzten Möglichkeiten diese faktisch gelebt. Aus dem Vorgenannten ergibt sich, dass von einer faktisch gelebten eheähnlichen Gemeinschaft auszugehen ist, weshalb das BFM zu Unrecht vom Fehlen einer solchen ausgegangen ist. Der Beschwerdeführer hätte demzufolge grundsätzlich Anspruch auf ein auf Art. 44 Abs. 1 AsylG abgestützte vorläufige Aufnahme.

5.4.2 Demgegenüber begründet – wie nachfolgend dargelegt – die Delinquenz des Beschwerdeführers eine Ausnahme für die Berücksichtigung dieses Grundsatzes. Dabei ist die Lehre und Rechtsprechung zur Aufhebung der vorläufigen Aufnahme (Art. 62 AuG) beziehungsweise Nichtanordnung der vorläufigen Aufnahme (Art. 83 Abs. 7 AuG) beizuziehen. Das Gericht orientiert sich zwecks Rechtsgleichheit an deren Massstab.

5.4.2.1 Die vorläufige Aufnahme wird nicht angeordnet (Art. 83 Abs. 7 AuG) respektive aufgehoben (Art. 84 AuG i.V.m. Art. 62 AuG), wenn die weg- oder ausgewiesene Person zu einer längerfristigen Freiheitsstrafe im In- oder Ausland verurteilt wurde oder wenn gegen sie eine strafrechtliche Massnahme im Sinne von Art. 64 oder 61 des Schweizerischen Strafgesetzbuchs vom 21. Dezember 1937 (StGB, SR 311.0) angeordnet wurde, wenn sie erheblich oder wiederholt gegen die öffentliche Sicherheit und Ordnung in der Schweiz oder im Ausland verstossen hat oder diese gefährdet oder die innere oder äussere Sicherheit gefährdet, oder wenn sie die Unmöglichkeit des Vollzugs der Weg- oder Ausweisung durch ihr eigenes Verhalten verschuldet hat.

5.4.2.2 Damit Art. 83 Abs. 7 Bst. a AuG zur Anwendung gelangt, muss die Verurteilung zur längerfristigen Freiheitsstrafe klarerweise rechtskräftig sein. Der unbestimmte Rechtsbegriff "längerfristig" wird vom Gesetzgeber nicht näher definiert. In der Lehre und Rechtsprechung wird von einer deutlich über einem Jahr liegenden Strafmass ausgegangen (vgl. MARC SPESCHA, in MARC SPESCHA/HANSPETER THÜR/ANDREAS ZÜND/PETER BOLZLI, Kommentar Migrationsrecht, Zürich 2009, N. 6 zu Art. 62 AuG, sowie BOLZLI, a.a.O., N. 22 zu Art. 83 AuG und N. 5 zu Art. 84 AuG, vgl. dazu auch BGE 2C_295/2009 E. 4.2 vom 25. September 2009; Entscheid des Bundesverwaltungsgerichts D-3296/2006 E. 9.2 f.)

Es ist aktenkundig, dass der Beschwerdeführer zweimal verurteilt wurde; am 19. Oktober 2004 mit Urteil des Bezirksamtes G._____ zu einer bedingt gewährten Gefängnisstrafe von 45 Tagen und am 2. September 2009 mit Urteil des Strafgerichts des Kantons F._____ in Anwendung von Art. 46 Abs. 2 StGB – nach Widerruf der am 19. Oktober 2004 ausgesprochenen Strafe – mit einer Gesamtstrafe von fünfzehn Monaten Freiheitsstrafe (vgl. Beilage zur Eingabe vom 9. Februar 2010, Bundesverwaltungsgerichtsakte 4). Der Vollzug der Freiheitsstrafe wurde im Umfang von acht Monaten unter Ansetzung einer Probezeit von vier Jahren aufgeschoben; die restlichen sieben Monate waren zu vollziehen. Der definitiv ausgesprochene Freiheitsentzug von fünfzehn Monaten liegt klar über einem Jahr, weshalb der Beschwerdeführer in analogiam zu Art. 83 Abs. 7 Bst. a AuG einen Grund für die Nichtanordnung der vorläufigen Aufnahme gesetzt hat.

5.4.3 Im Folgenden ist zu prüfen, ob die Abweichung vom Grundsatz der Familieneinheit beziehungsweise die Nichtanordnung der vorläufigen Aufnahme als verhältnismässig erachtet werden kann. Dabei ist das öffentliche Interesse am Vollzug der Wegweisung gegenüber dem persönlichen Interesse am Verbleib in der Schweiz gegeneinander abzuwägen. Das Bundesverwaltungsgericht wie bereits die Schweizerische Asylrekurskommission gehen davon aus, dass auch die Anwendung des Ausnahmetatbestands von Art. 83 Abs. 7 AuG (beziehungsweise Art. 14a Abs. 6 des Bundesgesetzes vom 26. März 1931 über Aufenthalt und Niederlassung der Ausländer [nANAG; SR 142.20]) eine Abwägung zwischen den Interessen des Ausländers am Verbleib in der Schweiz und denjenigen der Schweiz am Vollzug der Wegweisung voraussetzt (vgl. Entscheide des Schweizerischen Bundesverwaltungsgerichts [BVGE] 2007/32 E. 3.2; Entscheidungen und Mitteilungen der Schweizerischen Asylrekurskommission [EMARK] 2006 Nr. 11 E. 7.2.1 S. 125; EMARK 2006 Nr. 23 E. 8.3 S. 248; diese Rechtsprechung bezieht sich zwar noch auf die altrechtliche Regelung von Art. 14a Abs. 6 nANAG, ist aber ohne Weiteres auf Art. 83 Abs. 7 AuG übertragbar; vgl. dazu auch PETER BOLZLI, in: MARC SPESCHA/HANSPETER THÜR/ANDREAS ZÜND/PETER BOLZLI, Kommentar Migrationsrecht, Zürich 2009, zu Art. 83 Abs. 7 Bst. a und b AuG, Rz. 23 S. 200). Dabei wird statuiert, dass eine Verhältnismässigkeitsprüfung sowohl im Fall der Erteilung wie auch der Aufhebung einer vorläufigen Aufnahme vorzunehmen ist (vgl. BVGE 2007/32 E. 3.2 S. 386). Bei der Ermessensausübung berücksichtigen die zuständigen Behörden insbesondere die öffentlichen Interessen und die persönlichen Verhältnisse der Ausländerinnen und Ausländer (Art. 96 AuG; vgl. WALTER STÖCKLI, Asyl, in: Uebersax/Rudin/Hugi/ Yar/Geiser [Hrsg.], Ausländerrecht, 2. Aufl., Basel 2009, Rz. 11.70 S. 548). Das öffentliche Interesse an einer Nichtanordnung einer vorläufigen Aufnahme beschränkt sich dabei nicht darauf, zukünftige Verletzungen der öffentlichen Ordnung durch die betroffene Person zu vermeiden, sondern es sollen darüber hinaus auch Massnahmen gegen ein Verhalten, das die Gemeinschaft gefährdet, wirkungsvoll durchgesetzt werden (vgl. BVGE 2007/32 E.3.7.3 S. 391). Der in Art. 96 AuG verwendete Begriff der „persönlichen Verhältnisse“ erstreckt sich namentlich auf persönliche verwandtschaftliche Bindungen des Ausländers zur Schweiz und die Lebenssituation im Herkunftsland (vgl. dazu Art. 96 Abs. 1 AuG; PETER BOLZLI, a.a.O., zu Art. 96 AuG, Rz. 4).

5.4.3.1 Bei den Verfehlungen des Beschwerdeführers handelt es sich um mehrfachen Diebstahl gemäss Art. 139 Ziffer 1 StGB, mehrfache

Sachbeschädigung gemäss Art. 144 Abs. 1 StGB, mehrfachen Hausfriedensbruch gemäss Art. 186 StGB, Hehlerei gemäss Art. 160 StGB sowie versuchte Hehlerei gemäss Art. 160 i.V. m. Art. 22 Abs. 1 StGB. Der Beschwerdeführer verletzte mit diesen Vergehen vorwiegend die geschützten Rechtsgüter wie das Eigentum (Delikte gegen das Verfügungsrecht [Art. 139 StGB], das dingliche Recht an der Sache [Art. 144 StGB], die Erschwerung der Wiederherstellung des rechtmässigen Vermögenszustands [Art. 160 StGB]) oder das Freiheitsrecht (Art. 186). Hehlerei wird mit einer Gefängnisstrafe bis zu fünf Jahren sanktioniert, wenn der Täter weiss oder annehmen muss, dass die Sache durch eine strafbare Handlung erlangt wurde. Dem eingereichten Protokoll der Verhandlung vom 2. September 2009 ist zu entnehmen, dass dem Beschwerdeführer die deliktische Herkunft der Ware im Wert von über Fr. 70'000.- bekannt war, die er zu Hause aufbewahrte. Diebstahl nach Art. 139 Abs. 1 wird mit einer Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder mit einer Geldbusse, Sachbeschädigung gemäss Art. 144 StGB auf Antrag mit einer Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren und Hausfriedensbruch gemäss Art. 186 Abs. 1 StGB auf Antrag hin mit einer Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit einer Geldstrafe bestraft. In Anbetracht der Straftat mit der höchsten Strafe (Hehlerei) sind die strafbaren Handlungen des Beschwerdeführers grundsätzlich als schwerwiegend einzustufen.

Nach dem schützenswertesten Rechtsgut, dem Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit, folgt unmittelbar das Eigentum in der schweizerischen Strafrechtsordnung. Aufgrund der mehrfachen strafrechtlichen Handlungen gegen das an zweiter Stelle geschützte Rechtsgut und aufgrund der hohen Deliktsumme hat der Beschwerdeführer schwerwiegend gegen die Schweizer Rechtsordnung verstossen. Einzig der teilweise aufgeschobene Freiheitsentzug im Umfang von acht Monaten (der fünfzehnmonatigen Freiheitsstrafe) für eine Probezeit von vier Jahren wirkt sich zu Gunsten des Beschwerdeführers aus, da daraus zu schliessen ist, dass das Kantonsgericht F._____ von einer relativ günstigen Prognose ausging. Das Bundesverwaltungsgericht stellt hiez zu fest, dass der Beschwerdeführer nach einem rechtskräftig negativen Asylgesuch im Mai 2005 aus der Schweiz ausreiste und sich bis zur erneuten Einreise in die Schweiz im Jahr 2009 in D._____ (Serbien) aufhielt. Ob der Beschwerdeführer in dieser Zeit strafrechtlich in Erscheinung getreten ist, entzieht sich der Kenntnis des Bundesverwaltungsgerichts. Somit ist das Kriterium der längeren straffreien Zeit, welches für einen weiteren Verbleib in der

Schweiz ins Gewicht fallen könnte, nicht verwertbar. Die Beteuerungen des Beschwerdeführers, sich künftig rechtmässig zu verhalten, sind zwar als Indiz für seinen guten Willen zu werten, verlieren indessen bei der Abwägung der Interessen an Gewicht. Überdies ist dem Beschwerdeführer negativ anzulasten, dass dieser kurz nach der Haftentlassung am 19. Oktober 2004 zwar Besserung versprach, aber unmittelbar danach wieder deliktisch in Erscheinung trat.

Aufgrund der Schwere des Delikts und der Wiederholung des strafbaren Handelns ist die Rückfallgefahr nicht auszuschliessen. Ebensov wenig vermag die erneute Einreise in die Schweiz und die damit verbundene Freiheitsstrafe, die der Beschwerdeführer seinen Angaben zufolge bewusst in Kauf genommen habe, um mit seiner Ehefrau und Kindern wieder vereint zu sein, den Beweis zu erbringen, dass er künftig nicht mehr gegen die Rechtsordnung verstossen werde.

5.4.3.2 Demgegenüber ist bei der Beurteilung des persönlichen Interesses die familiäre Situation des Beschwerdeführers sowie dessen Rückkehr in seinen Heimatstaat zu berücksichtigen. Die Familie kehrte im Jahr 2005 gemeinsam in den Kosovo zurück. Der Beschwerdeführer verliess die Ehefrau aufgrund eines angeblichen Missverständnisses, lebte während gut vier Jahren von der Ehefrau und den Kindern getrennt und kehrte danach wieder zur Familie zurück. Die Beziehung des Beschwerdeführers zu seiner Ehefrau und seinen Kindern scheint sich von neuem intensiviert zu haben. Die Eltern erwarten ein gemeinsames Kind. Im Moment ist die Familie in der Schweiz vereint. Aufgrund der vorliegenden Faktoren ist eine relativ starke Familienbande festzustellen, weil sich die Ehegatten auch nach zirka fünf Jahren Trennung wieder gefunden haben. Dennoch ist anzumerken, dass die Ehefrau und die Kinder während dieser Zeit auf die Unterstützung des Beschwerdeführers verzichten mussten.

Hinsichtlich des Wegweisungsvollzugs nach Kosovo beziehungsweise Serbien sind – wie nachfolgend ausführlich dargelegt wird – keine Wegweisungshindernisse zu verzeichnen.

5.5 Zusammengefasst ist festzuhalten, dass der Beschwerdeführer aufgrund seines wiederholten deliktischen Handelns in erheblichem Ausmass gegen mehrere Rechtsgüter der schweizerischen Rechtsordnung, insbesondere gegen das Eigentum, verstossen hat. Es liegen ungenügende Indizien vor, die den Schluss zulassen, der Beschwerdeführer halte sich fortan an die Rechtsordnung. Die persönlichen Ver-

hältnisse des Beschwerdeführers und seiner Familie überwiegen das öffentliche Interesse nicht, zumal der Beschwerdeführer dieser während vier Jahren keine Unterstützung zukommen liess. Erst im Jahre 2009 suchte der Ehemann den Anschluss zur Familie wieder. Die Familieneinheit ist nicht zwingend in der Schweiz zu leben. Es liegen keine Wegweisungsvollzugshindernisse vor. Die vorläufige Aufnahme der Ehefrau und Kinder vermag dem Beschwerdeführer nicht per se ein Aufenthaltsrecht zu verschaffen und unter den vorgenannten Umständen überwiegt das öffentliche Interesse an der Wegweisung des Beschwerdeführers die privaten Interessen des Beschwerdeführers am Verbleib in der Schweiz. Das BFM hat deshalb im Ergebnis zu Recht verneint, dass der Grundsatz der Einheit der Familie für einen etwaigen Einbezug des Beschwerdeführers in die vorläufige Aufnahme seiner Familienangehörigen anzuwenden sei, und die Wegweisung des Beschwerdeführers angeordnet (Art. 44 Abs. 1 AsylG; EMARK 2001 Nr. 21).

5.6 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]).

5.7 Der Vollzug ist nicht möglich, wenn die Ausländerin oder der Ausländer weder in den Herkunfts- oder den Heimatstaat noch in einen Drittstaat ausreisen oder dorthin gebracht werden kann. Er ist nicht zulässig, wenn völkerrechtliche Verpflichtungen der Schweiz einer Weiterreise der Ausländerin oder des Ausländers in den Heimat-, Herkunfts- oder in einen Drittstaat entgegenstehen. Der Vollzug kann für Ausländerinnen oder Ausländer unzumutbar sein, wenn sie in Situationen wie Krieg, Bürgerkrieg, allgemeiner Gewalt und medizinischer Notlage im Heimat- oder Herkunftsstaat konkret gefährdet sind (Art. 83 Abs. 2 – 4 AuG).

5.7.1 Der Grundsatz der Nichtrückschiebung schützt nur Personen, die die Flüchtlingseigenschaft erfüllen. Vorliegend wurde mangels Asylrelevanz auf das zweite Asylgesuch des Beschwerdeführers nicht eingetreten, weshalb er auch die Flüchtlingseigenschaft nicht zu erfüllen vermag.

Sodann ergeben sich aus den Akten keine Anhaltspunkte dafür, dass er für den Fall einer Ausschaffung in den Heimatstaat dort mit beachtlicher Wahrscheinlichkeit einer nach Art. 3 EMRK oder Art. 1 FoK verbotenen Strafe oder Behandlung ausgesetzt wäre. Gemäss Praxis des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte (EGMR) sowie jener des UN-Anti-Folterausschusses müsste der Beschwerdeführer eine konkrete Gefahr ("real risk") nachweisen oder glaubhaft machen, dass ihm im Fall einer Rückschiebung Folter oder unmenschliche Behandlung drohen würde (vgl. EMARK 2001 Nr. 16 S. 122, mit weiteren Hinweisen). Auch die allgemeine Menschenrechtssituation im Heimatstaat – der im Übrigen vom Bundesrat als sogenannter „Safe Country“ erkannt wurde – lässt den Wegweisungsvollzug zum heutigen Zeitpunkt nicht als unzulässig erscheinen. Nach dem Gesagten ist der Vollzug der Wegweisung sowohl im Sinne der asyl- als auch der völkerrechtlichen Bestimmungen zulässig.

5.7.2 Gemäss Art. 83 Abs. 4 AuG ist der Vollzug der Wegweisung nicht zumutbar, wenn die beschwerdeführende Person bei einer Rückkehr in ihren Heimatstaat auf Grund von Situationen wie Krieg, allgemeiner Gewalt und medizinischer Notlage einer konkreten Gefährdung ausgesetzt wäre. Im Kosovo beziehungsweise in Serbien herrscht weder eine Situation allgemeiner Gewalt noch ist der Beschwerdeführer einer konkreten Gefährdung ausgesetzt.

Der Beschwerdeführer stammt aus C._____ im Kosovo. Der Kosovo hat sich am 17. Februar 2008 von Serbien losgesagt und die staatliche Unabhängigkeit proklamiert. In der Folge anerkannten 65 Staaten, darunter die Schweiz, die USA und 22 der 27 EU-Mitgliedsländer den Kosovo als Staat. Der Beschwerdeführer ist demnach als Staatsangehöriger der Republik Kosovo zu betrachten. Serbien hat indes die Unabhängigkeit des Kosovos bisher nicht anerkannt und dieses Gebiet in seiner Verfassung von 2006 ausdrücklich als integralen Bestandteil Serbiens bezeichnet. Nach dem serbischen Gesetz Nr. 135/04 vom 21. Dezember 2004 besitzt der Beschwerdeführer daher weiterhin ebenfalls die serbische Staatsangehörigkeit, da er auf dem (ehemaligen) Staatsgebiet der Republik Serbien geboren wurde (vgl. das zur Publikation vorgesehene Grundsatzurteil BVGE D-7561/2008 vom 15. April 2010). Er kann sich demzufolge auch nach Serbien (Kernland) begeben und dort aufgrund der Niederlassungsfreiheit – wie bereits vor seiner Ausreise – Wohnsitz

nehmen (vgl. C17 S. 3) und einem regelmässigen Verdienst (vgl. C17 S. 6) nachgehen.

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

5.7.4 Zusammengefasst kann abschliessend festgehalten werden, dass der vom BFM mit Verfügung vom 13. Januar 2010 angeordnete Wegweisungsvollzug zu bestätigen ist.

6.

Dem Beschwerdeführer ist es demnach nicht gelungen darzutun, inwiefern die angefochtene Verfügung Bundesrecht verletzt, den rechtserheblichen Sachverhalt unrichtig oder unvollständig feststellt oder unangemessen ist (Art. 106 AsylG). Die Beschwerde ist deshalb abzuweisen.

7.

Bei diesem Ausgang des Verfahrens wären die Verfahrenskosten dem Beschwerdeführer aufzuerlegen. Mit Instruktionsverfügung vom 25. Juni 2010 wurde das Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege gutgeheissen. Es wird deshalb auf die Erhebung von Verfahrenskosten verzichtet.

(Dispositiv nächste Seite)

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.

Die Beschwerde wird abgewiesen.

2.

Es werden keine Verfahrenskosten erhoben.

3.

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

Die vorsitzende Richterin:

Die Gerichtsschreiberin:

Muriel Beck Kadima

Stella Boleki

Versand: