

# **BVGer D-1707/2018 vom 1. Februar 2019**

Bundesverwaltungsgericht, 2019-02-01, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger\\_D-1707\\_2018](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_D-1707_2018)

FR: TAF D-1707/2018 du 1 février 2019

IT: TAF D-1707/2018 del 1 febbraio 2019

## **Regeste**

Vollzug der Wegweisung

## **Erwägungen**

### **E. 1.1**

Das Bundesverwaltungsgericht beurteilt gestützt auf Art. 31 VGG Beschwerden gegen Verfügungen nach Art. 5 VwVG, welche von einer Vorinstanz im Sinne von Art. 33 VGG erlassen wurden, sofern keine das Sachgebiet betreffende Ausnahme im Sinne von Art. 32 VGG vorliegt. Demnach ist das Bundesverwaltungsgericht zuständig für die Beurteilung von Beschwerden gegen Entscheide des SEM, welche in Anwendung des Asylgesetzes ergangen sind, und entscheidet in diesem Bereich endgültig, ausser bei Vorliegen eines Auslieferungsersuchens des Staates, vor welchem die beschwerdeführende Person Schutz sucht (Art. 105 AsylG; Art. 83 Bst. d Ziff. 1 BGG). Eine solche Ausnahme besteht vorliegend nicht.

### **E. 1.2**

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

### **E. 1.3**

Die Beschwerde ist frist- und formgerecht eingereicht. Der Beschwerdeführer hat am Verfahren vor der Vorinstanz teilgenommen, ist durch die angefochtene Verfügung besonders berührt und hat ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung beziehungsweise Änderung. Er ist daher zur Einreichung der Beschwerde legitimiert (Art. 105 und 108 Abs. 1 AsylG; Art. 48 Abs. 1 sowie Art. 52 Abs. 1 VwVG). Auf die Beschwerde ist einzutreten.

### **E. 2**

Die Kognition des Bundesverwaltungsgerichts und die zulässigen Rügen richten sich im Bereich des Ausländerrechts nach Art. 49 VwVG (vgl. BVGE 2014/26 E. 5).

### **E. 3**

Die Beschwerde richtet sich lediglich gegen den angeordneten Wegweisungsvollzug (Ziffern 4 und 5 des Dispositivs der vorinstanzlichen Verfügung vom 27. Februar 2018). Demnach ist die vorinstanzliche Verfügung in Rechtskraft erwachsen, soweit sie die Frage des Asyls und der Flüchtlingseigenschaft betrifft. Damit ist grundsätzlich auch die Wegweisung als solche (Dispositivziffer 3) nicht mehr zu überprüfen. Gegenstand des vorliegenden Beschwerdeverfahrens bildet demnach nur noch die Frage, ob das SEM den Wegweisungsvollzug zu Recht als durchführbar erachtet hat oder ob allenfalls anstelle des

Vollzugs eine vorläufige Aufnahme anzuordnen ist.

#### **E. 4**

Ist der Vollzug der Wegweisung nicht zulässig, nicht zumutbar oder nicht möglich, so regelt das SEM das Anwesenheitsverhältnis nach den gesetzlichen Bestimmungen über die vorläufige Aufnahme (Art. 44 AsylG; Art. 83 Abs. 1 AIG [SR 142.20; vormals - bis zum 31. Dezember 2018 - AuG]). Wegweisungsvollzugshindernisse sind zu beweisen, wenn der strikte Beweis möglich ist, und andernfalls wenigstens glaubhaft zu machen (vgl. BVGE 2011/24 E. 10.2 m.w.H.). Bei Vorliegen eines Ausschlussgrundes wird die vorläufige Aufnahme selbst bei Bejahung der Unzumutbarkeit und/oder der Unmöglichkeit des Vollzugs nicht verfügt (Art. 83 Abs. 7 AIG).

#### **E. 5.1**

Die Vorinstanz führte zur Begründung ihres ablehnenden Entscheids im Wegweisungsvollzugspunkt aus, der Beschwerdeführer erfülle die Flüchtlingseigenschaft nicht, weshalb auch der Grundsatz der Nichtrückschiebung gemäss Art. 5 Abs. 1 AsylG nicht angewendet werden könne. Ferner ergäben sich aus den Akten keine Anhaltspunkte dafür, dass ihm im Falle einer Rückkehr nach Afghanistan mit beachtlicher Wahrscheinlichkeit eine durch Art. 3 EMRK verbotene Strafe oder Behandlung drohe. Die Prüfung der Frage, ob der Vollzug der Wegweisung unzumutbar sei, erübrige sich, wenn die weggewiesene Person erheblich oder wiederholt gegen die öffentliche Sicherheit und Ordnung in der Schweiz oder im Ausland verstossen habe oder diese gefährde oder die innere oder äussere Sicherheit gefährde (Verweis auf Art. 83 Abs. 7 Bst. d aAuG). Aufgrund des Sachverhalts sei fraglich, ob der Beschwerdeführer durch seine Kampfeinsätze in Syrien erheblich oder wiederholt gegen die öffentliche Sicherheit und Ordnung im Ausland verstossen habe. Seinen Aussagen zufolge habe er freiwillig zwei Militäreinsätze in Syrien geleistet. Der Tatbestand der wiederholten Handlung sei damit erfüllt. Er habe sich in Syrien an Kampfeinsätzen der iranischen Streitkräfte beteiligt und damit als Söldner an einem bewaffneten Konflikt teilgenommen. Ein entsprechendes Verhalten eines Schweizers wäre in der Schweiz strafbar (Verweis auf Art. 94 des Militärstrafgesetzes vom 13. Juni 1927 [MStG, SR 321.0] und Art. 10 Abs. 3 des Schweizerischen Strafgesetzbuches [StGB, SR 311.0]). Zudem sei zu berücksichtigen, dass sich der Beschwerdeführer freiwillig für den Militäreinsatz in Syrien gemeldet und dort nicht bloss logistische Tätigkeiten ausgeübt habe, sondern unter anderem als Scharfschütze eingesetzt worden sei. Der Beschwerdeführer habe durch sein Verhalten wiederholt gegen gesetzliche Vorschriften und damit gegen die öffentliche Sicherheit und Ordnung im Ausland, namentlich in Syrien, verstossen. Die Tatbestandsvoraussetzungen von Art. 83 Abs. 7 Bst. b aAuG seien somit erfüllt. Zudem sei die Anwendung der Ausschlussklausel verhältnismässig. Der Beschwerdeführer habe sich für die Kampfeinsätze in Syrien freiwillig zur Verfügung gestellt. Er sei von diesem Konflikt zuvor nicht betroffen gewesen, weshalb der Einsatz für ihn nicht notwendig gewesen sei. Er habe damit ohne Not zur weiteren Destabilisierung des Landes und zur Fortsetzung der kriegesischen Auseinandersetzungen beigetragen. Er sei zudem einen Monat lang als Scharfschütze tätig gewesen und habe damit wiederholt das Rechtsgut der körperlichen Unversehrtheit verletzt. Er habe keine Reue gezeigt und sein Handeln nicht kritisch reflektiert. Ferner sei zu berücksichtigen, dass der Beschwerdeführer noch jung sei und viele Jahre in B. \_\_\_\_\_ gelebt sowie dort die Schule besucht habe. Seine Schwester, mit welcher er Kontakt pflege, lebe in B. \_\_\_\_\_, womit er dort über ein soziales Netz verfüge. Es sei davon auszugehen,

dass er sich in B. \_\_\_\_\_ schnell wieder integrieren würde. Im Falle von finanziellen Engpässen könne er Hilfe von seinen Familienangehörigen erwarten. Insgesamt sei festzustellen, dass die öffentlichen Interessen der Schweiz an einem Vollzug der Wegweisung nach Afghanistan die Interessen des Beschwerdeführers an einem Verbleib in der Schweiz überwiegen. Es sei daher gerechtfertigt, in Anwendung von Art. 83 Abs. 7 Bst. b aAuG auf die Anordnung der vorläufigen Aufnahme zu verzichten. Zudem sei der Wegweisungsvollzug möglich.

## **E. 5.2**

In der Beschwerde wird geltend gemacht, der Vollzug der Wegweisung des Beschwerdeführers nach Afghanistan sei unzumutbar. Unter Hinweis auf das Referenzurteil des Bundesverwaltungsgerichts D-5800/2016 vom 13. Oktober 2017 wird ausgeführt, der Vollzug der Wegweisung nach B. \_\_\_\_\_ könne nur beim Vorliegen von besonders günstigen Voraussetzungen als zumutbar qualifiziert werden. Derartige Voraussetzungen seien insbesondere zu bejahen bei alleinstehenden, gesunden Männern mit einem tragfähigen Beziehungsnetz, der Möglichkeit zur Sicherung des Existenzminimums und einer gesicherten Wohnsituation. Für den vorliegenden Fall sei festzustellen, dass die finanzielle Situation der Familie des Beschwerdeführers in B. \_\_\_\_\_ angespannt gewesen sei. Seine Eltern, Geschwister und Grosseltern hätten Afghanistan verlassen und lebten heute in Iran. Seit vier Monaten habe der Beschwerdeführer keinen Kontakt mehr zur Schwester, welche ursprünglich noch in B. \_\_\_\_\_ geblieben sei. Er wisse nicht, wo sie sich jetzt aufhalte. Zudem lebe seine Schwester bei der Familie ihres Ehemannes, und es könne nicht davon ausgegangen werden, dass der Beschwerdeführer von diesen Personen eine Unterkunft sowie Reintegrationshilfe erhalten würde. Seine Schwester habe geplant, ebenfalls in den Iran zu gehen, und ihr Ehemann habe bereits das Haus der Familie verkauft. Der Beschwerdeführer habe in B. \_\_\_\_\_ keine weiteren Bezugspersonen und verfüge dort somit über kein tragfähiges Beziehungsnetz mehr. Zudem habe er nie einen Beruf erlernt und keine solide schulische Ausbildung genossen. Er habe lediglich ungefähr einen Monat lang als Aushilfe gearbeitet. Es lägen daher beim Beschwerdeführer keine begünstigenden Faktoren vor, weshalb der Vollzug der Wegweisung als unzumutbar zu qualifizieren sei. Sodann sei hinsichtlich der vom SEM geltend gemachten Ausschlussgründe auf das Verhältnismässigkeitsprinzip zu verweisen. Es treffe zu, dass sich der Beschwerdeführer zweimal an militärischen Aktivitäten gegen den IS in Syrien beteiligt habe. Er habe dies aber nicht freiwillig getan. Er habe sich aufgrund der existenzbedrohenden Lebensumstände der gesamten Familie genötigt gefühlt, sich für die Kampfeinsätze zu verpflichten. Er habe damit seinen Angehörigen helfen wollen; denn es sei ihm mehrfach in Aussicht gestellt worden, er könne durch den Kampfeinsatz in Syrien eine iranische Aufenthaltsbewilligung für sich und die gesamte Familie erwirken. Der Iran rekrutiere bereits seit einiger Zeit afghanische Flüchtlinge, welche ohne geregelten Aufenthaltsstatus in Iran lebten. Diese sähen keinen anderen Ausweg aus der Illegalität und der damit verbundenen Armut, als sich für den Kampfeinsatz in Syrien zu melden. Bei ihrer Rückkehr nach Iran bleibe ihnen die versprochene Aufenthaltsregelung jedoch grösstenteils verwehrt, stattdessen würden sie zu weiteren Einsätzen aufgefordert. Unter diesen Umständen könne der militärische Einsatz nicht als "freiwillig" bezeichnet werden. Ausserdem habe der Beschwerdeführer nie Zivilisten verletzen oder töten wollen und habe seiner subjektiven Einschätzung zufolge alles Nötige unternommen, um zivile Opfer zu verhindern. Er sei der Überzeugung, er habe nie auf Zivilpersonen geschossen. Seine Schilderungen seien detailliert und realistisch und als glaubhaft zu erachten. Der

Beschwerdeführer schäme sich für seinen Einsatz in Syrien. Er habe sich nie an kriegsrischen Handlungen beteiligen und Menschen erschiessen wollen. Er habe sich in Syrien jedoch dazu verpflichtet gefühlt, das Leben seiner Kameraden zu schützen. Entgegen den Anweisungen habe er aber jeweils nicht auf den Kopf, sondern auf Arme und Beine der Gegner gezielt. Ferner sei zu beachten, dass die Ausschlussgründe primär präventiven Schutzinteressen dienten. Es bestünden aber keine Anhaltspunkte dafür, dass vom Beschwerdeführer künftig eine Gefahr für die öffentliche Sicherheit und Ordnung ausgehen werde. Der Beschwerdeführer habe zudem bereits in der Anhörung deutliche Anzeichen von Reue gezeigt. Er wäre zudem nicht nach Syrien gegangen, wenn er für seine Familie einen anderen Ausweg gesehen hätte. Er bemühe sich, in der Schweiz ein neues Leben aufzubauen und zur Ruhe zu kommen. In Afghanistan hätte er keine Zukunftsperspektive und würde in eine existenzielle Notlage geraten. Er verfüge dort weder über ein tragfähiges soziales Netzwerk noch über eine Unterkunft. Zudem müsse er wegen seines Einsatzes in Syrien mit einer Verhaftung rechnen. Insgesamt würden die öffentlichen Interessen der Schweiz an einem Vollzug der Wegweisung die Interessen des Beschwerdeführers an einem weiteren Verbleib in der Schweiz nicht überwiegen. Die unterlassene Anordnung der vorläufigen Aufnahme verletzte das Verhältnismässigkeitsprinzip. Dem Beschwerdeführer sei daher die vorläufige Aufnahme zu gewähren.

### **E. 5.3**

In seiner Vernehmlassung weist das SEM darauf hin, dass es in seinem Entscheid nicht erwogen habe, der Vollzug der Wegweisung des Beschwerdeführers nach B.\_\_\_\_\_ sei zumutbar; vielmehr sei festgestellt worden, dass sich aufgrund von Art. 83 Abs. 7 Bst. b aAuG die Prüfung der Frage, ob der Vollzug unzumutbar sei, erübrige. Zusätzlich sei auf die persönlichen Umstände des Beschwerdeführers hingewiesen worden. Der - durch keinerlei Beweismittel belegte - Einwand in der Beschwerde, wonach der Beschwerdeführer in B.\_\_\_\_\_ über keine sozialen Kontakte mehr verfüge, vermöge daran nichts zu ändern.

### **E. 5.4**

In der Replik wird entgegnet, der Auffassung des SEM, wonach sich im vorliegenden Fall die Prüfung der Zumutbarkeit des Wegweisungsvollzugs erübrige, könne nicht zugestimmt werden. Vielmehr könne das Vorliegen von Ausschlussgründen logischerweise erst geprüft werden, wenn vorgängig die Unzumutbarkeit des Wegweisungsvollzugs festgestellt worden sei. Weder der Wortlaut noch die Systematik von Art. 83 Abs. 7 aAuG liessen darauf schliessen, dass sich die Prüfung der Zumutbarkeit des Vollzugs der Wegweisung aufgrund von Art. 83 Abs. 7 aAuG erübrigen könnte. So habe das Bundesverwaltungsgericht beispielsweise in seinem Urteil E-3305/2011 vom 1. Oktober 2013 zunächst das Vorliegen eines Vollzugshindernisses im Sinne von Art. 83 Abs. 4 aAuG geprüft. Erst nachdem es die Unzumutbarkeit des Wegweisungsvollzugs festgestellt habe, habe es geprüft, ob Vorbehalte im Sinne von Art. 83 Abs. 7 aAuG vorlägen. Die Vorinstanz handle demnach nicht korrekt, wenn sie anstelle einer sorgfältigen Prüfung von Art. 83 Abs. 4 aAuG vorschnell die Ausschlussklausel von Art. 83 Abs. 7 aAuG anwende. Vorliegend sei eine Rückkehr des Beschwerdeführers nach Afghanistan als unzumutbar zu qualifizieren. Zudem sei die Anwendung der Ausschlussklausel im vorliegenden Fall nicht verhältnismässig.

### **E. 6**

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

#### **E. 6.1**

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]). Das flüchtlingsrechtliche Refoulement-Verbot schützt nur Personen, welche die Flüchtlingseigenschaft erfüllen. Da es dem Beschwerdeführer nicht gelungen ist, eine asylrechtlich erhebliche Gefährdung nachzuweisen oder glaubhaft zu machen, kann der in Art. 5 AsylG verankerte Grundsatz der Nichtrückweisung im vorliegenden Verfahren keine Anwendung finden. Eine Rückkehr des Beschwerdeführers in den Heimatstaat ist demnach unter dem Aspekt von Art. 5 AsylG rechtmässig.

#### **E. 6.2**

Gemäss Art. 25 Abs. 3 BV, Art. 3 des Übereinkommens vom 10. Dezember 1984 gegen Folter und andere grausame, unmenschliche oder erniedrigende Behandlung oder Strafe (FoK, SR 0.105) und der Praxis zu Art. 3 EMRK darf niemand der Folter oder unmenschlicher oder erniedrigender Strafe oder Behandlung unterworfen werden. 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 Rückweisung Folter oder unmenschliche Behandlung drohen würde (vgl. Urteil des EGMR Saadi gegen Italien vom 28. Februar 2008, Grosse Kammer 37201/06, §§ 124-127 m.w.H.). Für den vorliegenden Fall ist festzustellen, dass sich weder aus den Aussagen des Beschwerdeführers noch aus den Akten konkrete Anhaltspunkte dafür ergeben, dass er für den Fall einer Ausschaffung nach Afghanistan dort mit beachtlicher Wahrscheinlichkeit einer verbotenen Strafe oder Behandlung im Sinne der genannten Bestimmungen ausgesetzt wäre. Auch die allgemeine Menschenrechtssituation in Afghanistan lässt den Wegweisungsvollzug zum heutigen Zeitpunkt nicht als unzulässig erscheinen. Der Vollzug der Wegweisung ist demnach sowohl im Sinne der asyl- als auch der völkerrechtlichen Bestimmungen zulässig.

#### **E. 7**

Der Vollzug ist 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 (Art. 83 Abs. 2 AIG). Da es dem Beschwerdeführer obliegt, sich bei der zuständigen Vertretung des Heimatstaates die für eine Rückkehr notwendigen Reisedokumente zu beschaffen (vgl. Art. 8 Abs. 4 AsylG und dazu auch BVGE 2008/34 E. 12), ist der Vollzug der Wegweisung als möglich zu bezeichnen.

#### **E. 8**

Gemäss Art. 83 Abs. 4 AIG kann der Vollzug für Ausländerinnen und Ausländer unzumutbar sein, wenn sie im Heimat- oder Herkunftsstaat aufgrund von Situationen wie Krieg, Bürgerkrieg, allgemeiner Gewalt und medizinischer Notlage konkret gefährdet sind. Wird eine konkrete Gefährdung festgestellt, ist - unter Vorbehalt von Art. 83 Abs. 7 AIG - die vorläufige Aufnahme zu gewähren. Gemäss Art. 83 Abs. 7 AIG wird die vorläufige

Aufnahme infolge Unzumutbarkeit (oder Unmöglichkeit) unter anderem dann nicht verfügt, wenn die weg- oder ausgewiesene Person erheblich oder wiederholt gegen die öffentliche Sicherheit und Ordnung in der Schweiz oder im Ausland verstossen hat oder diese gefährdet oder die innere oder die äussere Sicherheit gefährdet (Bst. b).

### **E. 8.1**

Im vorliegenden Fall hat das SEM die Frage der Zumutbarkeit des Wegweisungsvollzugs nicht abschliessend geprüft, da es das Vorliegen eines Ausschlussgrundes - Art. 83 Abs. 7 Bst. b AIG (respektive aAuG) - bejaht hat. Entgegen den diesbezüglichen Ausführungen in der Replik ist dieses Vorgehen grundsätzlich nicht zu beanstanden, da dem Beschwerdeführer dadurch kein Nachteil erwächst.

### **E. 8.2**

Nachfolgend ist demnach zunächst zu prüfen, ob das SEM zur Recht davon ausgegangen ist, dass die Voraussetzungen des Ausschlussgrundes von Art. 83 Abs. 7 Bst. b AIG erfüllt sind.

#### **E. 8.2.1**

Gemäss Art. 83 Abs. 7 Bst. b AIG wird die vorläufige Aufnahme nach Art. 83 Abs. 2 (Unmöglichkeit) und 4 (Unzumutbarkeit) AIG nicht verfügt, wenn die weg- oder ausgewiesene Person 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. Zur Definition des Kriteriums "Verstoss oder Gefährdung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung" ist ergänzend auf Art. 77a der Verordnung vom 24. Oktober 2007 über Zulassung, Aufenthalt und Erwerbstätigkeit (VZAE, SR 142.201; dieser Artikel entspricht grundsätzlich dem per 1. Januar 2019 aufgehobenen Art. 80 aVZAE) zu verweisen. Diese Verordnungsbestimmung bezieht sich zwar nicht ausdrücklich auf Art. 83 Abs. 7 Bst. b AIG, sondern (u.a.) auf Art. 62 Abs. 1 Bst. c AIG. Aufgrund des identischen Wortlauts der beiden Gesetzesbestimmungen ist Art. 77a VZAE indessen auch bei der Auslegung von Art. 83 Abs. 7 Bst. b AIG zu berücksichtigen. Gemäss Art. 77a Abs. 1 VZAE liegt eine Nichtbeachtung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung insbesondere vor, wenn die betroffene Person gesetzliche Vorschriften und behördliche Verfügungen missachtet (Bst. a), öffentlich-rechtliche oder privatrechtliche Verpflichtungen mutwillig nicht erfüllt (Bst. b) oder ein Verbrechen gegen den öffentlichen Frieden, Völkermord, ein Verbrechen gegen die Menschlichkeit oder ein Kriegsverbrechen öffentlich billigt oder dafür wirbt (Bst. c). Diese Aufzählung ist angesichts ihrer Formulierung ("insbesondere") nicht abschliessend zu verstehen. Gemäss Abs. 2 liegt eine Gefährdung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung vor, wenn konkrete Anhaltspunkte dafür bestehen, dass der Aufenthalt der betroffenen Person in der Schweiz mit erheblicher Wahrscheinlichkeit zu einer Nichtbeachtung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung führt. Selbst wenn einzelne Verstösse für sich alleine nicht ausreichen, um einen Widerrufs- respektive Ausschlussgrund zu begründen, kann deren wiederholte Begehung jedoch darauf hinweisen, dass die betreffende Person nicht gewillt oder nicht fähig ist, sich an die geltende Ordnung zu halten (vgl. dazu Silvia Hunziker in: Martina Caroni / Thomas Gächter / Daniela Thurnherr, Handkommentar zum Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer, Art. 62 N 33). Sodann ist zu beachten, dass die von der betreffenden Person begangenen Verstösse im Sinne von Art. 62 Abs. 1 Bst. c AIG (respektive Art. 83 Abs. 7 Bst. b AIG) in ihrer Gesamtheit als erhebliche Missachtung der Rechtsordnung zu

qualifizieren sein müssen (vgl. dazu Marc Spescha / Hanspeter Thür / Andreas Zünd / Peter Bolzli / Constantin Hruschka, Kommentar Migrationsrecht, 4. Auflage, Zürich 2015, N 7 zu Art. 62 AuG).

### **E. 8.2.2**

Das SEM hat sich in seinem Entscheid auf den ersten Teilsatz von Art. 83 Abs. 7 Bst. b AIG berufen und erwogen, der Beschwerdeführer habe durch seinen zweimaligen Kampfeinsatz in Syrien wiederholt gegen die öffentliche Sicherheit und Ordnung im Ausland verstossen. Es ist unbestritten, dass sich der Beschwerdeführer in einem von der iranischen Armee befehligten Söldnerheer in Syrien an zwei militärischen Kampfeinsätzen beteiligt hat, wobei er unter anderem in seiner Funktion als Scharfschütze wertvolle Rechtsgüter (Leib, Leben, Gesundheit) gefährdet und beeinträchtigt hat, indem er auf Menschen geschossen und diese getötet oder verletzt hat (vgl. A16 F109 ff.). Allerdings ist der vom SEM in seinen Erwägungen zitierte Art. 94 des Militärstrafgesetzes vom 13. Juni 1927 (MStG, SR 321.0) auf den Beschwerdeführer nicht anwendbar, da dieser nicht Schweizer Bürger ist. Die Frage, ob der Beschwerdeführer durch seine Teilnahme an Kampfhandlungen in Syrien erheblich und wiederholt gegen die öffentliche Sicherheit und Ordnung im Ausland verstossen hat, kann aber im vorliegenden Fall angesichts der nachfolgenden Ausführungen zur Verhältnismässigkeit eines allfälligen Ausschlusses ohnehin offen gelassen werden.

### **E. 8.3**

Selbst wenn im vorliegenden Fall der Ausschlussbestand von Art. 83 Abs. 7 Bst. b AIG zu bejahen wäre, würde kein automatischer Ausschluss von der vorläufigen Aufnahme erfolgen. Ein Ausschluss darf vielmehr erst nach Vornahme einer Interessenabwägung erfolgen, da ein Automatismus dem Verhältnismässigkeitsprinzip zuwiderlaufen würde (vgl. dazu Spescha/Thür/Zünd/Bolzli/Hruschka, a.a.O., N 23 zu Art. 83 AuG). Es ist daher zu prüfen, ob der Ausschluss von der vorläufigen Aufnahme im konkreten Einzelfall verhältnismässig wäre (vgl. Art. 5 Abs. 2 BV, Art. 96 Abs. 1 AIG; s. auch BVGE 2007/32 E. 3.7).

#### **E. 8.3.1**

Im Rahmen der Verhältnismässigkeitsprüfung haben die für die Anordnung einer ausländerrechtlichen Massnahme zuständigen Behörden die privaten Interessen der ausländischen Person an einem Verbleib in der Schweiz und das Interesse des Staates an der Verweigerung (oder Aufhebung) der vorläufigen Aufnahme und des Vollzugs der Wegweisung gegeneinander abzuwägen. Es ist dabei keine schematische Betrachtungsweise vorzunehmen, sondern auf die gesamten und konkreten Umstände des Einzelfalles abzustellen. Zu berücksichtigen sind auf Seiten der ausländischen Person namentlich folgende Faktoren: die Dauer der Anwesenheit in der Schweiz, der Grad der Integration, die als Folge des Vollzugs der Wegweisung allenfalls drohenden persönlichen und familiären Nachteile, bei Straffälligkeit zudem die Schwere der begangenen Delikte beziehungsweise die Art der verletzten Rechtsgüter, das Verschulden der ausländischen Person sowie ihr Verhalten seit der Tat (vgl. BGE 135 II 377 E. 2.1 und 4.3 m.w.H. sowie Urteile des BVGer D-6767/2015 vom 2. November 2017 und E-2997/2015 E. 8.4.2 vom 28. Mai 2018).

#### **E. 8.3.2**

Falls dem Beschwerdeführer ein erheblicher und wiederholter Verstoss gegen die öffentliche Sicherheit und Ordnung vorzuwerfen wäre (diese Frage wurde vorstehend offen gelassen), würde dieser Umstand das öffentliche Interesse der Schweiz, die Wegweisung des Beschwerdeführers zu vollziehen, grundsätzlich als gewichtig erscheinen lassen. Gleichzeitig ist indessen zu berücksichtigen, dass der Ausschlussgrund von Art. 83 Abs. 7 Bst. b AIG den Schutz der Öffentlichkeit vor künftigen Delikten der ausländischen Person bezweckt und damit im Wesentlichen präventive Schutzinteressen erfüllt (vgl. dazu Ruedi Illes, in: Caroni/ Gächter/Thurnherr [Hrsg.], a.a.O., Art. 83 N. 54; Spescha/Thür/Zünd/Bolzli/Hruschka, a.a.O., N 22 zu Art. 83 AuG). Weder die vom Beschwerdeführer in den Jahren 2014/2015 in Syrien begangenen Rechtsgüterverletzungen noch sein seither an den Tag gelegtes Verhalten lassen indessen den Schluss zu, dass er nicht gewillt und fähig ist, sich an die in der Schweiz geltende Rechtsordnung zu halten und hier (erneut) gegen die öffentliche Sicherheit und Ordnung verstossen oder diese gefährden wird. Der Beschwerdeführer hat sich seit seiner Ankunft in der Schweiz im November 2015 nichts zuschulden kommen lassen. In Bezug auf die von ihm durch die Kampfeinsätze in Syrien begangenen Rechtsverletzungen ist sodann zu berücksichtigen, dass er dabei nicht aus kriminellen Motiven gehandelt hat, sondern sich vom iranischen Militär für den Einsatz in Syrien hat anheuern lassen, um dadurch eine Aufenthaltsbewilligung für sich und seine Angehörigen in Iran zu erwirken, was angesichts der bekannten schwierigen Lage der afghanischen Flüchtlinge in Iran nachvollziehbar ist und sein Verhalten zumindest teilweise zu entschuldigen vermag. Des Weiteren ist den Aussagen des Beschwerdeführers zu entnehmen, dass er bereits im damaligen Zeitpunkt das Unrecht seiner Handlungen durchaus erkannte. Er befolgte den Befehl, auf die gegnerischen Kämpfer zu schiessen, denn auch nur widerwillig und versuchte dabei, den Schaden zu minimieren, indem er entgegen den Anweisungen nicht auf den Kopf zielte (vgl. A16 F109 f.). Ferner bestehen keine konkreten Hinweise dafür, dass der Beschwerdeführer zivile Opfer zu verantworten hat. Nach dem Gesagten besteht kein Grund zur Annahme, dass der Beschwerdeführer zukünftig die in der Schweiz geltenden gesetzlichen Vorschriften missachten wird, weshalb unter dem Aspekt der Prävention keine konkrete Veranlassung besteht, den Beschwerdeführer aus der Schweiz zu entfernen. Gleichzeitig besteht seitens des Beschwerdeführers ein erhebliches individuelles Interesse an einem Verbleib in der Schweiz. Er hält sich inzwischen bereits seit über drei Jahren hier auf und ist der Beschwerdeschrift zufolge bemüht, sich in der Schweiz zu integrieren. Den Akten zufolge ist über ihn respektive sein Verhalten in der Schweiz nichts Nachteiliges bekannt. Ein Vollzug der Wegweisung nach Afghanistan dürfte für den Beschwerdeführer zudem mit schwerwiegenden Nachteilen verbunden sein.

### **E. 8.3.3**

Aufgrund der vorstehenden Erwägungen ist im Ergebnis festzustellen, dass das private Interesse des Beschwerdeführers an einem Verbleib in der Schweiz das öffentliche Interesse an einer Verweigerung der vorläufigen Aufnahme und des Vollzugs der Wegweisung überwiegt. Der Ausschluss von der vorläufigen Aufnahme gestützt auf Art. 83 Abs. 7 Bst. b AIG erweist sich daher als unverhältnismässig. Die Vorinstanz hat demnach zu Unrecht Art. 83 Abs. 7 Bst. b AIG angewendet und gestützt darauf den Vollzug der Wegweisung des Beschwerdeführers angeordnet.

## **E. 9**

Das SEM hat in seinem Entscheid direkt den Ausschlussgrund von Art. 83 Abs. 7 Bst. b AIG bejaht, ohne sich vorgängig abschliessend zur Frage der Zumutbarkeit des Wegweisungsvollzugs im Sinne von Art. 83 Abs. 4 AIG zu äussern. Nachdem nun feststeht, dass die Vorinstanz den Ausschlussgrund von Art. 83 Abs. 7 Bst. b AIG zu Unrecht angewendet hat, muss die Zumutbarkeitsprüfung (Art. 83 Abs. 4 AIG) nachgeholt werden. Diese könnte gestützt auf die bestehende Aktenlage grundsätzlich auch durch das Bundesverwaltungsgericht vorgenommen werden. Ein solches Vorgehen erscheint allerdings nicht als zweckmässig, insbesondere da nicht ausgeschlossen werden kann, dass in Bezug auf die Frage, ob der Beschwerdeführer in B. \_\_\_\_\_ ein tragfähiges Beziehungsnetz vorfinden würde, weitere Abklärungen vonnöten sein werden. Es erscheint daher im vorliegenden Fall als angebracht, die angefochtene Verfügung aufzuheben und die Sache zur neuen Entscheidung im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückzuweisen, zumal dem Beschwerdeführer ansonsten eine Instanz verloren ginge.

#### **E. 10**

Nach dem Gesagten ist die Beschwerde gutzuheissen. Die angefochtene Verfügung ist aufzuheben, und die Sache ist in Anwendung von Art. 61 Abs. 1 in fine VwVG zur Prüfung der Zumutbarkeit des Wegweisungsvollzugs und zur erneuten Beurteilung und Entscheidung im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückzuweisen.

#### **E. 11.1**

Bei diesem Ausgang des Verfahrens sind keine Verfahrenskosten aufzuerlegen (Art. 63 Abs. 1 und 2 VwVG).

#### **E. 11.2**

Dem vertretenen Beschwerdeführer ist angesichts seines Obsiegens in Anwendung Art. 64 VwVG und Art. 7 des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht (VGKE, SR 173.320.2) eine Entschädigung für die ihm notwendigerweise erwachsenen Parteikosten zuzusprechen. Massgeblich sind die in Art. 8 ff. VGKE genannten Bemessungsfaktoren. Der von der Rechtsvertreterin geltend gemachte Aufwand von elf Stunden erscheint als angemessen, und der ausgewiesene Stundenansatz von Fr. 200.- bewegt sich im Rahmen von Art. 10 Abs. 2 VGKE. Spesen sind gemäss Art. 11 Abs. 1 VGKE aufgrund der tatsächlichen Kosten auszuführen. Die ohne nähere Angaben geltend gemachte Spesenpauschale von Fr. 50.- ist demnach nicht zu vergüten, zumal keine besonderen Verhältnisse vorliegen, welche die Auszahlung eines Pauschalbetrags rechtfertigen würden (vgl. Art. 11 Abs. 3 VGKE). Vergütet werden demnach lediglich die aktenkundigen Portospesen von total Fr. 15.90. Im Ergebnis hat das SEM dem Beschwerdeführer eine Parteientschädigung von Fr. 2'216.- auszurichten. (Dispositiv nächste Seite)

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.