

# **BVGer D-2156/2022 vom 1. April 2022**

Bundesverwaltungsgericht, 2022-04-01, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger\\_D-2156\\_2022\\_d20220401](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_D-2156_2022_d20220401)

FR: TAF D-2156/2022 du 1 avril 2022

IT: TAF D-2156/2022 del 1 aprile 2022

## **Regeste**

Vollzug der Wegweisung | Vollzug der Wegweisung; Verfügung des SEM vom 1. April 2022

## **Erwägungen**

### **E. 1.1**

Gemäss Art. 31 VGG beurteilt das Bundesverwaltungsgericht Beschwerden gegen Verfügungen nach Art. 5 VwVG. Das SEM 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.

D-2156/2022 Seite 5

### **E. 1.2**

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 Art. 108 Abs. 6 AsylG; Art. 48 Abs. 1 sowie Art. 52 Abs. 1 VwVG).

### **E. 2.1**

In der Beschwerdeschrift wurde die Anordnung einer vorläufigen Aufnahme sowie die Ausrichtung einer Parteientschädigung respektive amtlichen Entschädigung für das Asylverfahren beantragt. Die Feststellung der Flüchtlingseigenschaft und die Ablehnung des Asylgesuchs (Dispositivziffern 1 und 2 der angefochtenen Verfügung) sind somit in Rechtskraft erwachsen.

### **E. 2.2**

Gemäss Schreiben des rubrizierten Rechtsvertreters vom 23. Mai 2022 hat das SEM ihm ein Honorar in Höhe von Fr. 6'253.60 für das erstinstanzliche Verfahren ausgerichtet. Dieses entspricht dem von ihm mit Kostennote vom 4. April 2022 geltend gemachten Aufwand. Der Antrag auf Ausrichtung eines Honorars für das vorinstanzliche Verfahren – und damit ein Teil des Rechtsbegehrens 2 – ist folglich gegenstandslos geworden.

### **E. 2.3**

Gegenstand des vorliegenden Verfahrens bildet somit lediglich die Frage, ob das SEM zu Recht festhielt, dass der Entscheid über den Vollzug der Landesverweisung den kantonalen Behörden obliegt. Wie sich aus den nachfolgenden Erwägungen ergibt, erweist sich die Beschwerde diesbezüglich als von vornherein unzulässig, weshalb auf die Einholung einer Vernehmungslässung verzichtet wurde (Art. 57 Abs. 1 VwVG e contrario).

### **E. 3.1**

In der angefochtenen Verfügung wurde ausgeführt, dass bei asylsuchenden Personen die Wegweisung aus der Schweiz nicht verfügt werde, wenn sie von einer rechtskräftigen Landesverweisung betroffen seien (Art. 32 Abs. 1 Bst. d Asylverordnung 1 [SR 142.311]). Die im Fall des Beschwerdeführers mit Urteil vom (...) 2020 angeordnete Landesverweisung sei in Rechtskraft erwachsen. Das SEM habe in seiner Verfügung vom 1. April 2022 irrtümlicherweise eine vorläufige Aufnahme angeordnet. Aufgrund der rechtskräftigen Landesverweisung könne es jedoch weder eine Wegweisung aus der Schweiz verfügen noch sich zu deren Vollzug äussern. Eine vorläufige Aufnahme werde jedenfalls nicht angeordnet, wenn

D-2156/2022 Seite 6 eine Landesverweisung rechtskräftig geworden sei (Art. 83 Abs. 9 AIG [SR 142.20]).

### **E. 3.2**

In der Beschwerdeschrift wurde einleitend darauf hingewiesen, dass mit Eingabe vom 10. Mai 2022 beim Obergericht des Kantons B.\_\_\_\_\_ ein Gesuch um Revision des Urteils vom (...) 2020 eingereicht worden sei, in welchem die Aufhebung der angeordneten Landesverweisung beantragt werde. Zur Begründung seiner Beschwerdeingabe machte der Beschwerdeführer geltend, dass er aufgrund der Verfügung des SEM vom 25. April 2022 – welche ihn zwar als Flüchtling anerkenne, ihm aber keine vorläufige Aufnahme gewähre – ein behördlich angeordneter Sans-Papier werde. Dieses Vorgehen sei völkerrechtswidrig. Die Regelung von Art. 83 Abs. 9 AIG, wonach bei einer rechtskräftigen Landesverweisung die vorläufige Aufnahme nicht verfügt werde, sei in der Lehre denn auch scharfer Kritik ausgesetzt, da anerkannte Flüchtlinge damit keinen rechtlichen Anwesenheitsstatus besässen. Die Vorinstanz hätte deshalb vorliegend die völkerrechtlich statuierten Non-Refoulement-Gebote beachten und eine vorläufige Aufnahme anordnen müssen. So enthalte Art. 3 EMRK ein absolutes Rückschiebungsverbot, welches jede in der Schweiz anwesende Person schütze, sofern ihr im Heimat- oder Herkunftsland eine schwerwiegende Menschenrechtsverletzung drohe. Dies sei bei ihm der Fall, nachdem er zum Christentum konvertiert sei, ausserehelichen Geschlechtsverkehr gehabt habe und tätowiert sei; zudem sei die Sicherheitslage in Afghanistan seit langer Zeit prekär und seit August 2021 gänzlich ausser Kontrolle. Im Heimatstaat drohe ihm der Tod, zumindest aber eine reale Gefahr der Folterung und unmenschlicher Behandlung, weshalb ihm gestützt auf Art. 3 EMRK ein Aufenthaltsrecht einzuräumen sei. Auch Art. 8 EMRK begründe einen Anspruch auf einen Aufenthaltsstatus, da er mit seiner Partnerin eine gemeinsame Tochter habe, welche ihn regelmässig im Gefängnis besuche. Es bestehe daher eine intakte und tatsächlich gelebte Beziehung. Zudem pflege er engen Kontakt zu seiner Herkunftsfamilie, insbesondere zu seiner Mutter und seinem Bruder. Weiter stehe das flüchtlingsrechtliche Rückschiebungsverbot gemäss Art. 33 Abs. 1 des Abkommens über die Rechtsstellung der Flüchtlinge (Flüchtlingskonvention [FK; SR 0.142.30]) einer Ausweisung entgegen, da die in Art. 33 Abs. 2 FK verankerte Ausnahme streng auszulegen sei und vorliegend nicht greife.

### **E. 4.1**

Gemäss Art. 83 Abs. 9 AIG wird die vorläufige Aufnahme nicht verfügt oder sie erlischt, wenn eine Landesverweisung nach Art. 66a oder 66abis StGB oder Art. 49a oder 49abis MStG rechtskräftig geworden ist.

#### **E. 4.2**

Das Obergericht des Kantons B. \_\_\_\_\_ hat mit Urteil vom (...) 2020 (Geschäfts-Nr. [...]) unter anderem eine Landesverweisung von (...) Jahren gestützt auf Art. 66a Abs. 1 Bst. o StGB ausgesprochen. Dieses Urteil ist in Rechtskraft erwachsen, wobei die Einreichung eines Revisionsgesuchs daran nichts ändert. Unter diesen Umständen hat das SEM in der angefochtenen Verfügung zu Recht darauf verzichtet, die Wegweisung anzuordnen (Art. 32 Abs. 1 Bst. d AsylV 1) sowie eine vorläufige Aufnahme zu verfügen (Art. 83 Abs. 9 AIG). Angesichts dieser geltenden Rechtsnormen war die Vorinstanz nicht befugt, eine vorläufige Aufnahme anzuordnen. Es fällt nicht in ihre Zuständigkeit, die vom Beschwerdeführer geltend gemachten drohenden Verletzungen von Art. 3 und 8 EMRK respektive Art. 33 Abs. 1 FK zu prüfen. Diese Aspekte hat einerseits das Gericht, welches die Landesverweisung anordnet, im Rahmen der Verhältnismässigkeitsprüfung zu berücksichtigen (vgl. Urteil des BGer 6B\_423/2019 vom 17. März 2020 E. 2.2.2). Andererseits ist es Aufgabe der zuständigen kantonalen Behörden, dem im Rahmen des Vollzugs der Landesverweisung – welcher allenfalls erst längere Zeit nach deren Anordnung erfolgt (vgl. Art. 66c StGB) – Rechnung zu tragen. Gemäss Art. 66d Abs. 1 StGB kann der Vollzug einer Landesverweisung denn auch aufgeschoben werden, wenn der Betroffene ein von der Schweiz anerkannter Flüchtling ist und durch die Landesverweisung gefährdet wäre oder wenn dem Vollzug andere zwingende Bestimmungen des Völkerrechts entgegenstehen. Eine in diesem Zusammenhang ergangene Vollstreckungsverfügung wäre in der Folge – nach Ausschöpfung des kantonalen Instanzenzugs – beim Bundesgericht und nicht etwa beim Bundesverwaltungsgericht anzufechten.

#### **E. 4.3**

Vor diesem Hintergrund ist festzuhalten, dass das SEM in der angefochtenen Verfügung zu Recht festgehalten hat, der Entscheid betreffend den Vollzug der Landesverweisung obliege den kantonalen Behörden. Es fällt nicht in die Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichts, bei Vorliegen einer rechtskräftigen Landesverweisung die allfällige Anordnung einer vorläufigen Aufnahme zu prüfen. Auf das Begehren um Ergänzung der angefochtenen Verfügung in dem Sinn, dass eine vorläufige Aufnahme anzuordnen sei, sofern und soweit eine rechtskräftige Landesverweisung bestehe, ist daher nicht einzutreten (vgl. dazu Urteile des BVGer D-568/2019 vom 11. März 2019 E. 8 und E-695/2020 vom 27. März 2020 E. 2.2 f.).

#### **E. 5**

Aus diesen Erwägungen ergibt sich, dass auf das Rechtsbegehren 1 nicht einzutreten ist. Nachdem das SEM dem Rechtsvertreter das von ihm beantragte Honorar für das erstinstanzliche Verfahren in Höhe von

D-2156/2022 Seite 8 Fr. 6'253.60 vollumfänglich ausgerichtet hat, ist dieser Teil des Rechtsbegehren 2 gegenstandslos geworden.

#### **E. 6.1**

Bei Gegenstandslosigkeit werden die Verfahrenskosten in der Regel jener Partei auferlegt, deren Verhalten die Gegenstandslosigkeit bewirkt hat (vgl. Art. 5 des Reglements vom 11. Dezember 2006 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht

[VGKE, SR 173.320.2]). Vorliegend hat das SEM die teilweise Gegenstandslosigkeit betreffend das Rechtsbegehren 2 verursacht. Nach Art. 63 Abs. 2 VwVG werden Vorinstanzen indessen keine Verfahrenskosten auferlegt.

### **E. 6.2**

In Bezug auf das Rechtsbegehren 1 ist der Beschwerdeführer als un-terliegende Partei anzusehen, weshalb ihm grundsätzlich teilweise die Ver-fahrenskosten aufzuerlegen wären (Art. 63 Abs. 1 VwVG). In der Be-schwerdeeingabe wurde jedoch eventualiter beantragt, es sei ihm die voll-ständige unentgeltliche Rechtspflege zu gewähren. Gemäss Art. 65 Abs. 1 VwVG wird eine Partei, die nicht über die erforderlichen Mittel verfügt, auf Antrag von der Bezahlung der Verfahrenskosten befreit, sofern ihr Begeh-ren nicht aussichtslos erscheint. Angesichts der Aktenlage und des Um-stands, dass sich der Beschwerdeführer nach wie vor in Haft befindet, ist von seiner prozessualen Bedürftigkeit auszugehen. Sodann erwies sich die Erhebung einer Beschwerde zumindest hinsichtlich der fehlenden Ausrich-tung eines amtlichen Honorars an den Rechtsvertreter für das erstinstanz-liche Verfahren als gerechtfertigt und damit als nicht aussichtslos. Der An-trag auf Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung ist somit gutzu-heissen und auf die Auferlegung von Verfahrenskosten ist zu verzichten.

### **E. 6.3**

Weiter wurde in der Beschwerde (eventualiter) beantragt, der unter-zeichnende Rechtsvertreter sei dem Beschwerdeführer als amtlicher Rechtsbeistand beizuordnen. Gestützt auf Art. 65 Abs. 2 VwVG kann die Beschwerdeinstanz einer Partei, die von der Bezahlung der Verfahrens-kosten befreit ist, einen Anwalt bestellen, wenn es zur Wahrung ihrer Rechte notwendig ist. Der vorliegende Sachverhalt und die sich in diesem Zusammenhang stellenden juristischen Fragen weisen – ungeachtet der Tatsache, dass auf die Beschwerde teilweise nicht eingetreten wird – eine gewisse Komplexität auf. Dies zeigt sich nicht zuletzt auch daran, dass die Vorinstanz ursprünglich mit Verfügung vom 1. April 2022 eine vorläufige Aufnahme anordnete und erst zu einem späteren Zeitpunkt bemerkte, dass dies gar nicht möglich ist und es nicht in ihre Zuständigkeit fällt, die Weg-

D-2156/2022 Seite 9 weisung zu verfügen sowie über die Anordnung einer vorläufigen Auf-nahme zu befinden. Angesichts dessen sind die Voraussetzungen für die Beiordnung eines amtlichen Rechtsbeistands im Sinne von Art. 65 Abs. 2 VwVG als erfüllt zu erachten und MLaw Thomas Huber, Rechtsanwalt, ist dem Beschwerdeführer als amtlicher Rechtsbeistand für das Beschwerde-verfahren beizuordnen.

### **E. 6.4**

Der Rechtsvertreter beantragte, er sei vor Erlass des Urteils des Bun-desverwaltungsgerichts aufzufordern, seine detaillierte Kostennote einzu-reichen. Nach Art. 14 VGKE haben die Parteien, die Anspruch auf eine Par-teientschädigung erheben, dem Gericht vor dem Entscheid eine detaillierte Kostennote einzureichen, ansonsten das Gericht die Entschädigung auf-grund der Akten festlegt. Bei Anwältinnen und Anwälten, die ihren Vertre-tungsaufwand nicht unaufgefordert und rechtzeitig ausweisen, wird dabei grundsätzlich keine Kostennote eingeholt, sondern der zu entschädigende Aufwand geschätzt (vgl. etwa Urteil des BVGer D-212/2012 vom 21. März 2013 E. 6.3). Da sich der notwendige Aufwand für die rechtliche Vertretung im vorliegenden Beschwerdeverfahren mit ausreichender Zuverlässigkeit abschätzen lässt, ist der Antrag auf Aufforderung zur Einreichung einer Kostennote abzuweisen. Unter Berücksichtigung der massgeblichen Be-

messungsfaktoren (vgl. Art. 8 ff. VGKE), des Aktenumfangs sowie der eingereichten Eingaben erweist sich eine Entschädigung von Fr. 1'200.– (inklusive Auslagen und Mehrwertsteuerzuschlag) für das gesamte Beschwerdeverfahren als angemessen. Nachdem der Beschwerdeführer mit seinen Rechtsbegehren – betreffend die Ausrichtung eines Honorars an den Rechtsvertreter für das erstinstanzliche Asylverfahren – teilweise durchgedrungen ist, ist von einem hälftigen Obsiegen auszugehen. Folglich ist ihm vom oben erwähnten Betrag die Hälfte als Parteientschädigung zuzusprechen, welche zulasten der Vorinstanz geht. Im Übrigen ist der als amtlicher Rechtsbeistand eingesetzte Rechtsvertreter vom Bundesverwaltungsgericht zu entschädigen.

(Dispositiv nächste Seite)

D-2156/2022 Seite 10

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