

BVGer D-3658/2020 vom 10. Februar 2023

Bundesverwaltungsgericht, 2023-02-10, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_D-3658_2020

FR: TAF D-3658/2020 du 10 février 2023

IT: TAF D-3658/2020 del 10 febbraio 2023

Regeste

Wegweisung und Wegweisungsvollzug (Beschwerde gegen Wiedererwägungsentscheid)

Erwägungen

E. 1.1

Gemäss Art. 31 VGG beurteilt das Bundesverwaltungsgericht Beschwerden gegen Verfügungen nach Art. 5 VwVG und entscheidet auf dem Gebiet des Asyls in der Regel – wie auch vorliegend – endgültig (Art. 83 Bst. d Ziff. 1 BGG; Art. 105 AsylG [SR 142.31]). Der Beschwerdeführer ist als Verfügungsadressat zur Beschwerdeführung legitimiert (Art. 48 VwVG). Auf die frist- und formgerecht eingereichte Beschwerde ist einzutreten (Art. 108 Abs. 6 AsylG und Art. 52 Abs. 1 VwVG).

E. 1.2

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. 2.1

Das Wiedererwägungsverfahren ist im Asylrecht spezialgesetzlich geregelt (Art. 111b ff. AsylG). Ein entsprechendes Gesuch ist dem SEM innert 30 Tagen nach Entdeckung des Wiedererwägungsgrundes schriftlich und begründet einzureichen (Art. 111b Abs. 1 AsylG); im Übrigen richtet sich das Verfahren nach den revisionsrechtlichen Bestimmungen von Art. 66–68 VwVG.

E. 2.2

In seiner praktisch relevantesten Form bezweckt das Wiedererwägungsverfahren die Anpassung einer ursprünglich fehlerfreien Verfügung an eine nachträglich eingetretene erhebliche Veränderung der Sachlage (vgl. BVGE 2014/39 E. 4.5 m.w.H.). Falls die abzuändernde Verfügung unangefochten blieb oder ein eingeleitetes Beschwerdeverfahren mit einem blossen Prozessentscheid abgeschlossen wurde, können auch Revisionsgründe einen Anspruch auf Wiedererwägung begründen (vgl. zum sogenannten "qualifizierten Wiedererwägungsgesuch" BVGE 2013/22 E. 5.4 m.w.H.). Gemäss Art. 111b Abs. 1 AsylG in Verbindung mit Art. 66 Abs. 2 Bst. a VwVG hat die Partei diesfalls neue erhebliche Tatsachen oder Beweismittel beizubringen. Analog zur Revision wird dabei vorausgesetzt, dass die entsprechenden Tatsachen oder Beweismittel auch bei zumutba-

D-3658/2020 Seite 6 rer Sorgfalt nicht im Rahmen des ordentlichen Verfahrens hätten eingereicht werden können. Die Erheblichkeit ist zu bejahen, wenn die neu angegriffenen Tatsachen oder Beweismittel geeignet sind, die beurteilten Asylvorbringen in einem anderen Licht erscheinen zu lassen (vgl. statt vieler Urteil des BVGer D-705/2021 vom 28. Mai 2021 E. 4).

E. 2.3

Ebenfalls im Rahmen einer Wiedererwägung geprüft werden können Beweismittel, die erst nach einem materiellen Beschwerdeentscheid des Bundesverwaltungsgerichts entstanden sind und daher revisionsrechtlich nicht zugelassen sind (vgl. BVGE 2013/22 E. 12.3).

E. 3.1

Der Beschwerdeführer macht nachträglich entstandene Wegweisungs- vollzugshindernisse geltend. Vorliegend hat die Vorinstanz den Anspruch des Beschwerdeführers auf Behandlung seines Wiedererwägungsgesuchs vom 20. Mai 2020 im Sinne von Art. 111b AsylG nicht in Abrede gestellt und ist auf dieses eingetreten.

E. 3.2

Das Bundesverwaltungsgericht hat nachfolgend zu prüfen, ob sie mit Entscheid vom 19. Juni 2020 zutreffend das Bestehen der geltend gemachten Wiedererwägungsgründe verneint und zu Recht an der ursprünglichen Verfügung vom 1. April 2003 festgehalten hat.

E. 4

Vorab wird in der Beschwerde in formeller Hinsicht zutreffend gerügt, die Vorinstanz habe die Vorbringen des Beschwerdeführers betreffend Unzulässigkeit des Wegweisungsvollzugs nicht zureichend gewürdigt (vi-Entscheid, Erwägung II und IV/1; fehlende Bezugnahme auf medizinische Gründe), weshalb eine Verletzung der Begründungspflicht gemäss Art. 29 und Art. 35 VwVG vorliege und im Weiteren auch eine Verletzung von Art. 3 EMRK drohe.

Indessen ist auf Beschwerdeebene im Rahmen der Vernehmlassung vom 29. April 2022 eine solche Würdigung durch die Vorinstanz in genügender Form nachträglich erfolgt und der Beschwerdeführer erhielt im Rahmen des gewährten Replikrechts Gelegenheit zur Stellungnahme. Bei dieser Sachlage ist von einer Heilung der Verletzung des rechtlichen Gehörs auszugehen und es kann infolgedessen auf die Aufhebung der angefochtenen Verfügung verzichtet werden. Ob und inwiefern die erfolgte Heilung auf Beschwerdeebene vorliegend relevant für den Kostenentscheid ist, ist im Kostentpunkt zu beurteilen.

D-3658/2020 Seite 7

E. 5.1

Die Vorinstanz stellte zunächst fest, der Beschwerdeführer vermöge mit der blossen Abgabe eines Taufbekenntnisses vom 23. August 2017 wiedererwägungsweise kein «real risk» im Sinne einer unzulässigen Wegweisung geltend zu machen. Im Weiteren liege aufgrund des Strafregisterauszuges vom 2. Juni 2020 ein Ausschlussgrund im Sinne von Art. 83 Abs. 7 AIG vor, weshalb die Anordnung der vorläufigen Aufnahme wegen Unzumutbarkeit oder Unmöglichkeit ausgeschlossen sei. Aus genanntem Strafregisterauszug würden seit dem Jahr 2010 folgende Verurteilungen hervorgehen:

-

E. 5.2

In der Beschwerde wird – neben der Wiederholung der Vorbringen in den Asylverfahren – geltend gemacht, der Beschwerdeführer sei ein physisch und psychisch schwer kranker, alkoholabhängiger Mann. Sein engmaschiges Betreuungs- und Pflegesetting bestehe aus

regelmässigen hausärztlichen Kontrolluntersuchungen hinsichtlich seiner körperlichen Leiden (Diabetes, Leberzirrhose, chronische Pankreasinsuffizienz, etc.) und einer engmaschigen Betreuung (alle zwei Wochen) durch Dr. med. C._____ und die Psychiatrie Spitex. Dennoch komme es immer wieder zu Exzessen und Dekompensationen, welche in einer Hospitalisation beziehungsweise in einer Entzugsbehandlung enden würden. Eine eigenständige, überlebenssichernde Lebensführung sei nicht ohne Unterstützungsmassnahmen möglich. Auch das Bundesverwaltungsgericht erachte den Zugang zu medizinischer Versorgung in seinem Heimatstaat, insbesondere in den Provinzen Kabul und Kunduz, als problematisch (BVGer D- 5800/2016 vom 13. Oktober 2017). Das vom Beschwerdeführer dringend benötigte Pflege- und Betreuungssetting sei in Afghanistan weder vorhanden noch erschwinglich respektive sei der Zugang zu den erforderlichen Medikamenten gewährleistet. Es sei zweifelhaft, dass dort das Angebot von Alkoholentzugsbehandlungen überhaupt existiere. Aufgrund seiner Leiden könne er sich keine wirtschaftliche Existenz aufbauen und müsse wegen seiner Suchterkrankung, der psychischen Probleme und seiner Konversion zum Christentum mit sozialer und gesellschaftlicher Ächtung rechnen, wobei er auf kein tragfähiges Beziehungsnetz zurückgreifen könne. Eine Rückkehr sei nicht nur im Sinne von Art. 83 Abs. 4 AIG unzumutbar, sondern verletze auch Art. 3 EMRK, weil dabei sämtliche Stabilisierungsmassnahmen des Beschwerdeführers wegbrächen, ihm Obdachlosigkeit wie auch emotionale Verwahrlosung drohen würden und von einer

D-3658/2020 Seite 10 Entgleisung der Suchterkrankung auszugehen sei, die mit Sicherheit zu dessen Tod führen würde. Im Weiteren sei die Anwendung der Ausschlussklausel nach Art. 83 Abs. 7 Bst. b AIG nicht verhältnismässig, da die vom Beschwerdeführer begangenen Delikte in Verbindung mit seinem Aufenthaltsstatus oder mit seiner Suchterkrankung gebracht werden könnten. Es handle sich bei den Straftatbeständen um überwiegend geringfügige Delikte, bei welchen er weder die Rechtsgüter Leib und Leben verletzt noch Gewaltbereitschaft gezeigt habe. Abgesehen von den Aufenthalts- und Betäubungsmitteldelikten habe sich die letzte deliktische Periode im Jahr 2014 ereignet, als er schwerst alkohol- und heroinabhängig gewesen sei. Der Beschwerdeführer konsumiere seit drei Jahren keine harten Drogen mehr und habe auch keine Betäubungsmitteldelikte mehr begangen. Entgegen der Behauptung der Vorinstanz seien seine Therapieversuche in Bezug auf seine Betäubungsmittelsucht nicht gescheitert und er habe auch Strategien zur Verhinderung von Rückfällen entwickelt, sodass er stabilisiert sei und sie überwunden habe. Damit habe er gezeigt, dass er ein straffreies Leben führen und die hiesigen gesetzlichen Vorschriften beachten könne. Trotz grossen Anstrengungen habe er jedoch seine Alkoholsucht nicht überwinden können, was ihm nicht als selbstverschuldet angelastet werden könne. Eine erschwerte wirtschaftliche und soziale Integration liege in der Natur einer Suchterkrankung, wobei er sich aber fliessend auf Deutsch unterhalten könne. Sein privates Interesse am Verbleib in der Schweiz überwiege somit das auf ein vernachlässigbares Sicherheitsrisiko beschränkte öffentliche Interesse an einem Wegweisungsvollzug, weshalb eine vorläufige Aufnahme zu erteilen sei.

E. 5.3

In ihrer Vernehmlassung vom 29. April 2022 stellte die Vorinstanz fest, beim Beschwerdeführer mangle es aufgrund der geschilderten und diagnostizierten gesundheitlichen Beeinträchtigungen (Alkoholsuchterkrankung) und der damit verbundenen physischen und psychischen Beschwerden an einer medizinischen Notlage,

um auf eine Unzulässigkeit des Wegweisungs vollzugs zu schliessen. Eine solche liege nur vor, wenn die notwendige medizinische Behandlung im Heimatland gar nicht zur Verfügung stehe und die Rückkehr zu einer raschen und lebensgefährdenden Beeinträchtigung des Gesundheitszustandes der betroffenen Person führen würde. Aufgrund der eingereichten Berichte könne nicht auf einen dringenden Bedarf einer medizinischen Behandlung in der Schweiz geschlossen werden, um Tod, intensives Leiden oder eine erhebliche Verkürzung der Lebenserwartung im Heimatland zu vermeiden. Die in den eingereichten

D-3658/2020 Seite 11 Arztberichten erwähnten Beschwerden würden zwar eine Beeinträchtigung, aber ohne lebensbedrohliches Ausmass, und damit keine konkrete und ersthafte Gefährdung im Sinne von Art. 3 EMRK darstellen. An dieser Schlussfolgerung würden auch die neu eingereichten ärztlichen Berichte des PZM vom 17. Dezember 2020 und des Externen Psychiatrischen Dienstes Bern vom 30. Juli 2020 nichts ändern. Auch die Machtübernahme der Taliban im August 2021 vermöge nicht zur individuellen Unzulässigkeit des Vollzugs der Wegweisung zu führen. Zwar seien seit August 2021 zahlreiche Übergriffe gegenüber Personen aus gewissen Risikogruppen dokumentiert, jedoch seien diese weder systematisch noch einheitlich erfolgt. Der Beschwerdeführer sei keiner speziellen Risikogruppe zuzuordnen aufgrund dessen eine Wegweisung nach Afghanistan derzeit als unzulässig einzustufen wäre. Am Ausschluss der vorläufigen Aufnahme (Art. 83 Abs. 7 AIG) werde auch unter Berücksichtigung der neu eingereichten Berichte festgehalten, weshalb die Prüfung der Unzumutbarkeit des Vollzugs gemäss Art. 83 Abs. 4 AIG weg falle.

E. 5.4

In der Replik vom 25. Mai 2022 brachte der Beschwerdeführer vor, bei ihm bestehe im Falle einer Wegweisung nach Afghanistan aufgrund seiner Erkrankungen ein «real risk» (Unmöglichkeit einer Ausübung einer Arbeitstätigkeit, eines Aufbaus einer Tagesstruktur; Verwahrlosung). Er verfüge über keinerlei Ressourcen und sei im Februar 2022 erneut hospitalisiert worden. Hierzu reichte er einen Austrittsbericht des PZM vom 4. Februar 2022 ein. Betreffend Ausschlussgrund (Art. 83 Abs. 7 Bst. b AIG) ergänzte er seine Ausführungen in der Beschwerde damit, es seien zwei weitere deiktfreie Jahre vergangen und er lebe konsequent ohne Konsumation harter Drogen. 6. 6.1 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 des Bundesgesetzes vom 16. Dezember 2005 über die Ausländerinnen und Ausländer und über die Integration [AIG, SR 142.20]). 6.2 Die vorstehend genannten drei Bedingungen für einen (vorläufigen) Verzicht auf den Vollzug der Wegweisung – Unzulässigkeit, Unzumutbarkeit und Unmöglichkeit – sind alternativer Natur: Ist eine dieser Voraussetzungen erfüllt, so ist der Vollzug der Wegweisung als undurchführbar zu

D-3658/2020 Seite 12 erachten und die weitere Anwesenheit in der Schweiz gemäss den Bestimmungen über die vorläufige Aufnahme zu regeln (vgl. dazu BVGE 2009/51 E. 5.4 S. 784, m.w.H.). 6.3 In Bezug auf die Geltendmachung von Wegweisungshindernissen gilt gemäss ständiger Praxis des Bundesverwaltungsgerichts der gleiche Beweisstandard wie bei der Flüchtlingseigenschaft, das heisst, sie sind zu beweisen, wenn der strikte Beweis möglich ist, und andernfalls wenigstens glaubhaft zu machen (BVGE 2011/24 E. 10.2, m.w.H.). 6.4 Der Vollzug ist unzulässig, wenn völkerrechtliche Verpflichtungen der

Schweiz einer Weiterreise der Ausländerin oder des Ausländers in den Heimat-, Herkunfts- oder in einen Drittstaat entgegenstehen. So darf grundsätzlich 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 (vgl. Art. 25 Abs. 2 BV; Art. 5 Abs. 1 AsylG; Art. 33 Abs. 1 des Abkommens vom 28. Juli 1951 über die Rechtsstellung der Flüchtlinge [FK, SR 0.142.30]). Dieses flüchtlingsrechtliche Rückschiebungsverbot schützt nur Personen, welche die Flüchtlingseigenschaft gemäss Art. 3 AsylG respektive Art. 1A FK erfüllen. Auf den Beschwerdeführer ist es daher nicht anwendbar.

Sodann darf niemand 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 der Folter oder unmenschlicher oder erniedrigender Strafe oder Behandlung unterworfen werden. Der Beschwerdeführer müsste demnach eine konkrete Gefahr ("real risk") nachweisen oder glaubhaft machen, dass ihm im Fall einer Rückschiebung genannte Folter oder unmenschliche Behandlung drohen würde (vgl. Urteile des EGMR Pashvili gegen Belgien vom 13. Dezember 2016, Grosse Kammer 41738/10, §§ 180 – 193, und Saadi gegen Italien vom 28. Februar 2008, Grosse Kammer 37201/06, §§ 124–127 m.w.H.).

Es ist mit der Vorinstanz festzuhalten (vgl. vorstehend E. 5.1 und 5.3; act. 20), dass sich der Beschwerdeführer aufgrund der diagnostizierten Alkoholsüchtigkeit und den damit verbundenen physischen und psychischen Beschwerden nicht in einem fortgeschrittenen oder terminalen Krankheitsstadium (Todesnähe) befindet. Es muss entgegen seiner Be-

D-3658/2020 Seite 13 hauptung nicht damit gerechnet werden, er müsse aufgrund seiner Beschwerden nach einer Überstellung mit dem sicheren Tod rechnen oder er werde einem «real risk» – einer ernsten, raschen und unwiederbringlichen Verschlechterung seines Gesundheitszustandes – ausgesetzt, das zu intensivem Leiden oder einer erheblichen Verkürzung der Lebenserwartung führen würde. Die Vorinstanz hält zutreffend fest, dass aufgrund der eingereichten medizinischen Berichte nicht darauf geschlossen werden kann, er sei auf eine dringende Behandlung in der Schweiz angewiesen, um dem genannten «real risk» zu entgehen. Eine Verletzung von Art. 3 EMRK liegt nicht vor. An der Zulässigkeit des Wegweisungsvollzugs im Sinne der Landes- als auch der völkerrechtlichen Bestimmungen vermögen die weiteren eingereichten Dokumente, aus welchen hauptsächlich zwei erfolgreiche, beziehungsweise vierwöchige Alkoholentzugsbehandlungen Ende Jahr 2020 und Anfang 2022 hervorgehen, nichts zu ändern (ärztliche Berichte beziehungsweise Atteste des PZM und der universitären psychiatrischen Dienste vom 4. Februar 2022, 17. Dezember 2020, 30. Juli 2020, 21. August 2020, und 28. Juli 2020; allgemeiner Arztbericht, Platzierungsgesuch; act. 5, 10, 12, 22).

6.5 6.5.1 Im vorliegenden Fall hat die Vorinstanz die Frage der Zumutbarkeit des Wegweisungsvollzugs nicht geprüft, da es das Vorliegen eines Ausschlussgrundes – Art. 83 Abs. 7 Bst. b AIG – bejaht hat. 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.

6.5.2 Die vorläufige Aufnahme nach Art. 83 Abs. 2 und 4 (Unmöglichkeit respektive Unzumutbarkeit des Vollzugs) wird gemäss Art. 83 Abs. 7 Bst. a und b AIG nicht verfügt, wenn die weg- oder ausgewiesene Person zu einer längerfristigen Freiheitsstrafe im In- oder Ausland verurteilt wurde, wenn gegen sie eine strafrechtliche Massnahme im Sinne der Art. 59–61 oder 64 des Schweizerischen Strafgesetzbuches vom 21. Dezember 1937 (StGB, SR 311.0) angeordnet wurde oder 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 die äussere Sicherheit gefährdet. Diese Ausschlussgründe erfüllen im Wesentlichen präventive Schutzinteressen, d.h. sie sanktionieren nicht vergangene Straftaten, sondern wollen die Öffentlichkeit vor künftigen Delikten der ausländischen Person bewahren (vgl. PETER BOLZLI in: Spe-

D-3658/2020 Seite 14 scha/Zünd/Bolzli/Hruschka/De Weck, Kommentar Migrationsrecht, 5. Auflage, Zürich 2019, N 39 zu Art. 83 AIG, m.w.H.). Den Begriff der "längerfristigen Freiheitsstrafe" im Sinne von Art. 62 Bst. b AIG (und damit auch den gleichlautenden Begriff von Art. 83 Abs. 7 Bst. a AIG) hat das Bundesgericht dahingehend konkretisiert, dass darunter im Sinne eines festen Grenzwertes eine Freiheitsstrafe von mehr als einem Jahr zu verstehen ist (BGE 135 II 377 E. 4.2). Unter einer längerfristigen Freiheitsstrafe nach Art. 62 Bst. b AIG (und damit nach Art. 83 Abs. 7 Bst. a AIG) dürfen kürzere Freiheitsstrafen nicht zusammengerechnet werden, sondern das Kriterium ist nur erfüllt, wenn eine sich aus einem einzigen Urteil ergebende Strafe die Dauer von einem Jahr überschreitet (vgl. BGE 137 II 297 E. 2.3). Dieser Praxis folgt das Bundesverwaltungsgericht im Bereich seiner endgültigen Entscheidkompetenz (vgl. u.a. Urteile des BVGer D-2606/2021 vom 31. März 2022; E-3152/2018 vom 22. Juni 2018 E. 8.3.2; D-1105/2017 vom 31. Mai 2017 E. 4.2, m.w.H.).

6.5.3 Die seit dem Jahr 2001 in ihrer Anzahl zwar beträchtlichen Delikte des Beschwerdeführers sind nicht von erheblicher Schwere und es fehlt an den Voraussetzungen für einen Ausschlussgrund nach Art. 83 Abs. 7 Bst. a AIG (längerfristige Freiheitsstrafe; vgl. die Auflistung vorinstanzlichen Entscheidung, Ziff. IV beziehungsweise vorstehend in E. 5.1). Die Vorinstanz erachtet jedoch die Bedingungen von Art. 83 Abs. 7 Bst. b AIG als erfüllt, wonach ein erheblicher und wiederholter Verstoss gegen die öffentliche Sicherheit und Ordnung, die Gefährdung dieser oder der inneren oder äusseren Sicherheit vorausgesetzt wird. Es ist vorliegend jedoch entgegen dieser Einschätzung festzuhalten, dass die begangenen Delikte unter Berücksichtigung ihrer Art und Schwere sowie des Verlaufs der letzten Jahre keinen Ausschlussgrund nach Art. 83 Abs. 7 Bst. b AIG zu begründen vermögen. Es darf davon ausgegangen werden, dass der Beschwerdeführer für die öffentliche Sicherheit und Ordnung keine ausreichende Gefährdung im Sinne des Gesetzes darstellt. Der Beschwerdeführer macht zu Recht geltend, dass sich die begangenen Delikte und ihre strafrechtliche Verfolgung, mit Ausnahme eines einzigen Deliktes im Jahr 2019, bischon einige Jahre zurückliegen (vor Mitte 2016) und seither beziehungsweise aktuell keine Strafverfolgungen bekannt sind. Er begründet seinen Einwand gegen die Erfüllung eines Ausschlussgrundes – zwar nebst einer weiterhin bestehenden Alkoholsucht – mit der Überwindung seiner Sucht nach harten Drogen sowie einer gewissen Stabilisierung (Strategien zur Verhinderung von Rückfällen), weshalb er in der Lage sei, sich an die gesetzlichen Vorschriften zu halten und ein straffreies Leben zu führen. In einer Gesamtbetrachtung wurde dieser Einwand aber nicht zu Unrecht erhoben. Es ist keine

D-3658/2020 Seite 15 zwingende Notwendigkeit eines präventiven Schutzes der Schweiz vor dem Beschwerdeführer ersichtlich. 6.5.4 Bei dieser Ausgangslage erübrigen sich weitere Ausführungen dazu, ob die Vorinstanz im Sinne der Verhältnismässigkeitsprüfung zu Recht von einem den privaten Interessen des Beschwerdeführers am Verbleib in der Schweiz überwiegenden öffentlichen Interesse am Vollzug der Wegweisung ausgegangen ist. 7. Die Vorinstanz hat in ihrem Entscheid direkt den Ausschlussgrund von Art. 83 Abs. 7 Bst. b AIG bejaht, ohne sich zur Frage der Zumutbarkeit des Wegweisungsvollzugs im Sinne von Art. 83 Abs. 4 AIG zu äussern. Nachdem nun feststeht, dass sie den Ausschlussgrund 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 zweckmässig, insbesondere da nicht ausgeschlossen werden kann, dass in Bezug auf die Frage des Wegweisungsvollzuges des Beschwerdeführers nach Afghanistan weitere Abklärungen vonnöten sein werden. Es erscheint daher im vorliegenden Fall 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. 8. Nach dem Gesagten ist die Beschwerde gutzuheissen. Die angefochtene Verfügung ist aufzuheben und die Sache in Anwendung von Art. 61 Abs. 1 VwVG zur Prüfung der Zumutbarkeit des Wegweisungsvollzugs und zur erneuten Beurteilung und Entscheidung im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückzuweisen. Schliesslich erübrigen sich Ausführungen zu den weiteren Rechtsbegehren des Beschwerdeführers.

9.

E. 6.1

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 des Bundesgesetzes vom 16. Dezember 2005 über die Ausländerinnen und Ausländer und über die Integration [AIG, SR 142.20]).

E. 6.2

Die vorstehend genannten drei Bedingungen für einen (vorläufigen) Verzicht auf den Vollzug der Wegweisung - Unzulässigkeit, Unzumutbarkeit und Unmöglichkeit - sind alternativer Natur: Ist eine dieser Voraussetzungen erfüllt, so ist der Vollzug der Wegweisung als undurchführbar zu erachten und die weitere Anwesenheit in der Schweiz gemäss den Bestimmungen über die vorläufige Aufnahme zu regeln (vgl. dazu BVGE 2009/51 E. 5.4 S. 784, m.w.H.).

E. 6.3

In Bezug auf die Geltendmachung von Wegweishindernissen gilt gemäss ständiger Praxis des Bundesverwaltungsgerichts der gleiche Beweisstandard wie bei der Flüchtlingseigenschaft, das heisst, sie sind zu beweisen, wenn der strikte Beweis möglich ist, und andernfalls wenigstens glaubhaft zu machen (BVGE 2011/24 E. 10.2, m.w.H.).

E. 6.4

Der Vollzug ist unzulässig, wenn völkerrechtliche Verpflichtungen der Schweiz einer Weiterreise der Ausländerin oder des Ausländers in den Heimat-, Herkunfts- oder in einen

Drittstaat entgegenstehen. So darf grundsätzlich 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 (vgl. Art. 25 Abs. 2 BV; Art. 5 Abs. 1 AsylG; Art. 33 Abs. 1 des Abkommens vom 28. Juli 1951 über die Rechtsstellung der Flüchtlinge [FK, SR 0.142.30]). Dieses flüchtlingsrechtliche Rückschiebungsverbot schützt nur Personen, welche die Flüchtlingseigenschaft gemäss Art. 3 AsylG respektive Art. 1A FK erfüllen. Auf den Beschwerdeführer ist es daher nicht anwendbar. Sodann darf niemand 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 der Folter oder unmenschlicher oder erniedrigender Strafe oder Behandlung unterworfen werden. Der Beschwerdeführer müsste demnach eine konkrete Gefahr ("real risk") nachweisen oder glaubhaft machen, dass ihm im Fall einer Rückschiebung genannte Folter oder unmenschliche Behandlung drohen würde (vgl. Urteile des EGMR Paposhvili gegen Belgien vom 13. Dezember 2016, Grosse Kammer 41738/10, §§ 180 - 193, und Saadi gegen Italien vom 28. Februar 2008, Grosse Kammer 37201/06, §§ 124-127 m.w.H.). Es ist mit der Vorinstanz festzuhalten (vgl. vorstehend E. 5.1 und 5.3; act. 20), dass sich der Beschwerdeführer aufgrund der diagnostizierten Alkoholsüchterkrankung und den damit verbundenen physischen und psychischen Beschwerden nicht in einem fortgeschrittenen oder terminalen Krankheitsstadium (Todesnähe) befindet. Es muss entgegen seiner Behauptung nicht damit gerechnet werden, er müsse aufgrund seiner Beschwerden nach einer Überstellung mit dem sicheren Tod rechnen oder er werde einem «real risk» - einer ernsten, raschen und unwiederbringlichen Verschlechterung seines Gesundheitszustandes - ausgesetzt, das zu intensivem Leiden oder einer erheblichen Verkürzung der Lebenserwartung führen würde. Die Vorinstanz hält zutreffend fest, dass aufgrund der eingereichten medizinischen Berichte nicht darauf geschlossen werden kann, er sei auf eine dringende Behandlung in der Schweiz angewiesen, um dem genannten «real risk» zu entgehen. Eine Verletzung von Art. 3 EMRK liegt nicht vor. An der Zulässigkeit des Wegweisungsvollzugs im Sinne der landes- als auch der völkerrechtlichen Bestimmungen vermögen die weiteren eingereichten Dokumente, aus welchen hauptsächlich zwei erfolgreiche, zwei- beziehungsweise vierwöchige Alkoholentzugsbehandlungen Ende Jahr 2020 und Anfang 2022 hervorgehen, nichts zu ändern (ärztliche Berichte beziehungsweise Atteste des PZM und der universitären psychiatrischen Dienste vom 4. Februar 2022, 17. Dezember 2020, 30. Juli 2020, 21. August 2020, und 28. Juli 2020; allgemeiner Arztbericht, Platzierungsgesuch; act. 5, 10, 12, 22).

E. 6.5.1

Im vorliegenden Fall hat die Vorinstanz die Frage der Zumutbarkeit des Wegweisungsvollzugs nicht geprüft, da es das Vorliegen eines Ausschlussgrundes - Art. 83 Abs. 7 Bst. b AIG - bejaht hat. 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. 6.5.2

Die vorläufige Aufnahme nach Art. 83 Abs. 2 und 4 (Unmöglichkeit respektive Unzumutbarkeit des Vollzugs) wird gemäss Art. 83 Abs. 7 Bst. a und b AIG nicht verfügt, wenn die weg- oder ausgewiesene Person zu einer längerfristigen Freiheitsstrafe im In- oder

Ausland verurteilt wurde, wenn gegen sie eine strafrechtliche Massnahme im Sinne der Art. 59-61 oder 64 des Schweizerischen Strafgesetzbuches vom 21. Dezember 1937 (StGB, SR 311.0) angeordnet wurde oder 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 die äussere Sicherheit gefährdet. Diese Ausschlussgründe erfüllen im Wesentlichen präventive Schutzinteressen, d.h. sie sanktionieren nicht vergangene Straftaten, sondern wollen die Öffentlichkeit vor künftigen Delikten der ausländischen Person bewahren (vgl. Peter Bolzli in: Spescha/Zünd/Bolzli/Hruschka/De Weck, Kommentar Migrationsrecht, 5. Auflage, Zürich 2019, N 39 zu Art. 83 AIG, m.w.H.). Den Begriff der "längerfristigen Freiheitsstrafe" im Sinne von Art. 62 Bst. b AIG (und damit auch den gleichlautenden Begriff von Art. 83 Abs. 7 Bst. a AIG) hat das Bundesgericht dahingehend konkretisiert, dass darunter im Sinne eines festen Grenzwertes eine Freiheitsstrafe von mehr als einem Jahr zu verstehen ist (BGE 135 II 377 E. 4.2). Unter einer längerfristigen Freiheitsstrafe nach Art. 62 Bst. b AIG (und damit nach Art. 83 Abs. 7 Bst. a AIG) dürfen kürzere Freiheitsstrafen nicht zusammengerechnet werden, sondern das Kriterium ist nur erfüllt, wenn eine sich aus einem einzigen Urteil ergebende Strafe die Dauer von einem Jahr überschreitet (vgl. BGE 137 II 297 E. 2.3). Dieser Praxis folgt das Bundesverwaltungsgericht im Bereich seiner endgültigen Entscheidkompetenz (vgl. u.a. Urteile des BVGer D-2606/2021 vom 31. März 2022; E-3152/2018 vom 22. Juni 2018 E. 8.3.2; D-1105/2017 vom 31. Mai 2017 E. 4.2, m.w.H.).

E. 6.5.3

Die seit dem Jahr 2001 in ihrer Anzahl zwar beträchtlichen Delikte des Beschwerdeführers sind nicht von erheblicher Schwere und es fehlt an den Voraussetzungen für einen Ausschlussgrund nach Art. 83 Abs. 7 Bst. a AIG (längerfristige Freiheitsstrafe; vgl. die Auflistung vorinstanzlichen Entscheid, Ziff. IV beziehungsweise vorstehend in E. 5.1). Die Vorinstanz erachtet jedoch die Bedingungen von Art. 83 Abs. 7 Bst. b AIG als erfüllt, wonach ein erheblicher und wiederholter Verstoss gegen die öffentliche Sicherheit und Ordnung, die Gefährdung dieser oder der inneren oder äusseren Sicherheit vorausgesetzt wird. Es ist vorliegend jedoch entgegen dieser Einschätzung festzuhalten, dass die begangenen Delikte unter Berücksichtigung ihrer Art und Schwere sowie des Verlaufs der letzten Jahre keinen Ausschlussgrund nach Art. 83 Abs. 7 Bst. b AIG zu begründen vermögen. Es darf davon ausgegangen werden, dass der Beschwerdeführer für die öffentliche Sicherheit und Ordnung keine ausreichende Gefährdung im Sinne des Gesetzes darstellt. Der Beschwerdeführer macht zu Recht geltend, dass sich die begangenen Delikte und ihre strafrechtliche Verfolgung, mit Ausnahme eines einzigen Deliktes im Jahr 2019, bischon einige Jahre zurückliegen (vor Mitte 2016) und seither beziehungsweise aktuell keine Strafverfolgungen bekannt sind. Er begründet seinen Einwand gegen die Erfüllung eines Ausschlussgrundes - zwar nebst einer weiterhin bestehenden Alkoholsucht - mit der Überwindung seiner Sucht nach harten Drogen sowie einer gewissen Stabilisierung (Strategien zur Verhinderung von Rückfällen), weshalb er in der Lage sei, sich an die gesetzlichen Vorschriften zu halten und ein straffreies Leben zu führen. In einer Gesamtbetrachtung wurde dieser Einwand aber nicht zu Unrecht erhoben. Es ist keine zwingende Notwendigkeit eines präventiven Schutzes der Schweiz vor dem Beschwerdeführer ersichtlich.

E. 6.5.4

Bei dieser Ausgangslage erübrigen sich weitere Ausführungen dazu, ob die Vorinstanz im Sinne der Verhältnismässigkeitsprüfung zu Recht von einem den privaten Interessen des Beschwerdeführers am Verbleib in der Schweiz überwiegenden öffentlichen Interesse am Vollzug der Wegweisung ausgegangen ist.

E. 7

Die Vorinstanz hat in ihrem Entscheid direkt den Ausschlussgrund von Art. 83 Abs. 7 Bst. b AIG bejaht, ohne sich zur Frage der Zumutbarkeit des Wegweisungsvollzugs im Sinne von Art. 83 Abs. 4 AIG zu äussern. Nachdem nun feststeht, dass sie den Ausschlussgrund 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 zweckmässig, insbesondere da nicht ausgeschlossen werden kann, dass in Bezug auf die Frage des Wegweisungsvollzuges des Beschwerdeführers nach Afghanistan weitere Abklärungen vonnöten sein werden. Es erscheint daher im vorliegenden Fall 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. 8

Nach dem Gesagten ist die Beschwerde gutzuheissen. Die angefochtene Verfügung ist aufzuheben und die Sache in Anwendung von Art. 61 Abs. 1 VwVG zur Prüfung der Zumutbarkeit des Wegweisungsvollzugs und zur erneuten Beurteilung und Entscheidung im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückzuweisen. Schliesslich erübrigen sich Ausführungen zu den weiteren Rechtsbegehren des Beschwerdeführers.

E. 9

November 2010: geringfügiges Vermögensdelikt (Diebstahl), Hinderung einer Amtshandlung, fünftägige Freiheitsstrafe sowie Busse von Fr. 800.–, -

E. 9.1

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

E. 9.2

Dem vertretenen Beschwerdeführer ist angesichts seines Obsiegens in Anwendung Art. 64 VwVG und Art. 7 des Reglements vom 21. Februar

D-3658/2020 Seite 16 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht (VGKE, SR 173.320.2) eine Entschädigung für die ihm notwendigerweise erwachsenen Parteikosten zuzusprechen. Die Frage der anteilmässigen Parteientschädigung wegen erfolgter Heilung auf Beschwerdebene ist bei dieser Sachlage obsolet geworden. Zu berücksichtigen sind die in Art. 8 ff. VGKE genannten Bemessungsfaktoren. Der von der Rechtsvertreterin geltend gemachte Aufwand von 11.5 Stunden im Zeitpunkt der Einreichung der Beschwerde und der ausgewiesene Stundenansatz von Fr. 150.– (Gesamtbetrag Fr. 1857.80) erscheinen angemessen. Spesen sind gemäss Art. 11 Abs. 1 VGKE aufgrund der tatsächlichen Kosten auszuzahlen; solche wurden in der Honorarnote (explizit) keine geltend gemacht (act. 1, Beilage 4). Für die weiteren fünf Eingaben ab dem 28. Juli 2020 ist eine Berücksichtigung

von 1,5 Stunden Aufwand (Fr. 225.–) angemessen. Im Ergebnis hat das SEM dem Beschwerdeführer eine Parteient-schädigung von Fr. 2'082.80 auszurichten. (Dispositiv nächste Seite)

D-3658/2020 Seite 17

E. 14

Dezember 2012 und 21. März 2013: rechtswidrige Aufenthalte (Art. 115/1/B, AuG), Übertretungen nach Art. 19a des Betäubungsmittelgesetzes (BetmG), je dreissigtägige Freiheitsstrafen sowie Bussen von je Fr. 200.–, - 7. April 2014: rechtswidriger Aufenthalt (a.a.O.), fünfzig-tägige Freiheitsstrafe - 21. August 2014: rechtswidriger Aufenthalt (a.a.O.), sechzig-tägige Freiheitsstrafe - 10. November 2014: Hausfriedensbruch (Art. 186 StGB), fünftägige Freiheitstrafe, -

E. 17

April 2015: rechtswidriger Aufenthalt (a.a.O.), dreissigtägige Freiheitsstrafe - 28. April 2016: rechtswidriger Aufenthalt (a.a.O.), Übertretung nach Art. 19a BetmG, dreissigtägige Freiheitsstrafe, Busse von Fr. 100.–, - 9. August 2019: rechtswidriger Aufenthalt (a.a.O.), hundert-tägige Freiheitsstrafe.

Des Weiteren habe der Beschwerdeführer seit dem Jahr 2010 folgende Strafbefehle erhalten:

- 29. April 2014: Diebstahl, Busse von Fr. 150.–,

D-3658/2020 Seite 8 - 2. Dezember 2014 und 8. Dezember 2014: Widerhandlungen gegen das Personenbeförderungsgesetz (Reisen ohne gültigen Fahrausweis oder andere Berechtigung), Bussen von je Fr. 200.–,

Alsdann sei er wegen diverser Delikte bereits vor dem Jahr 2010 wie folgt in Erscheinung getreten:

-

E. 22

Oktober 2002: Diebstahlanzeige - 21. April 2004 und 18. März 2005: Anzeigen wegen Übertretung nach BetmG (a.a.O.), - 2. Januar 2006: Missachtung einer Eingrenzung, illegaler Aufenthalt, zwanzigtägige Gefängnisstrafe - 5. Februar 2007: Anzeige wegen Gewalt und Drohung gegen Behörden und Beamte (Art 285 StGB), falsche Namensangabe (Art.17 EG StGB), öffentliches unanständiges Benehmen zufolge Trunkenheit (Art.15 EG StGB), - 16. Februar 2007 und 11. August 2007: Anzeigen wegen illegalen Aufenthaltes.

Damit sei er seit seiner Ankunft in der Schweiz im Jahr 2001 in regelmässigen Abständen deliktisch und dissozial in Erscheinung getreten, habe die öffentliche Sicherheit und Ordnung wiederholt verletzt und sei gesetzlichen Vorschriften und behördlichen Verfügungen mutwillig nicht nachgekommen. Die gegen sein bestehendes grösseres Alkohol- und Betäubungsmittelsuchtproblem unternommenen Therapieversuche seien bisher allesamt gescheitert. Es sei ihm aufgrund seines Suchtverhaltens auch nie gelungen, eine Arbeitsstelle zu finden. Bei seinem deliktischen Verhalten seien nicht nur die verhängten Strafen, Bussen oder angeordneten Hafttage von Bedeutung, sondern vielmehr, dass er seit 2001 regelmässig auffällig und zunehmend straffällig geworden sei. Er vermöge sich nicht in die Rechts- und Gesellschaftsordnung der Schweiz einzufügen und es würden

jegliche konkreten Hinweise fehlen, dass er aktiv und glaubhaft um soziale, wirtschaftliche und arbeitsrechtliche Integration bemüht sei und Strategien zur Verhinderung von Rückfällen entwickelt hätte. Die bisherigen Entzugsbehandlungen und die psychiatrische Betreuung würden keine nachhaltige Wirkung zeigen, wobei sich die entsprechenden Sozial- und Gesundheitskosten auf Fr. 288'939.– beliefen. Das öffentliche Interesse am Vollzug der Wegweisung überwiege seine privaten Interessen am Verbleib in der Schweiz massgeblich, da er sich seit 2001 illegal in der Schweiz aufhalte, wobei sämtliche bisherigen Bemühungen für eine Rückführung in seinen

D-3658/2020 Seite 9 Heimatstaat aufgrund seines renitenten und dissozialen Verhaltens (beispielsweise verweigerte Mitwirkung bei der Beschaffung von Reisedokumenten, Nichtantritt gebuchter Rückflüge, ergebnislose Ausreisegespräche) gescheitert seien. Im Wesentlichen seien ihm daher die mit einem Wegweisungsvollzug einhergehenden Härten persönlich zuzuschreiben. Aus der blossen partnerschaftlichen Beziehung zu B._____ könne er nichts zu seinen Gunsten ableiten, ebensowenig aus den eingereichten Arztberichten des PZM vom 24. April 2020 und von Dr. med. C._____, Psychiatrie und Psychotherapie FMH, vom 22. Mai 2020 sowie auch nicht aus dem Bericht der SFH vom 23. April 2017 über die psychiatrische Behandlung in Afghanistan. Solche vermöchten an der Anwendung von Art. 83 Abs. 7 AIG nichts zu ändern.

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