

# **BVGer D-5522/2009 vom 17. November 2011**

Bundesverwaltungsgericht, 2011-11-17, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger\\_D-5522\\_2009](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_D-5522_2009)

FR: TAF D-5522/2009 du 17 novembre 2011

IT: TAF D-5522/2009 del 17 novembre 2011

## **Regeste**

Aufhebung vorläufige Aufnahme (Asyl)

## **Erwägungen**

### **E. 2.1**

Der Beschwerdeführer wurde vom BFF mit Verfügung vom 20. Juli 2001 gestützt auf Art. 44 Abs. 2 AsylG (in der Fassung vom 26. Juni 1998 [AS 1999 2273]) in Verbindung mit Art. 14a Abs. 4 des Bundesgesetzes vom 26. März 1931 über Aufenthalt und Niederlassung der Ausländer (ANAG, BS 1 121) in der Schweiz vorläufig aufgenommen. Am 1. Januar 2008 ist das AuG in Kraft getreten und gleichzeitig das ANAG aufgehoben worden (Art. 125 i.V.m. Anhang Ziff. I AuG). Für Personen, die im Zeitpunkt des Inkrafttretens des AuG vorläufig aufgenommen sind, gilt gemäss Art. 126a Abs. 4 AuG neues Recht. Im vorliegenden Beschwerdeverfahren ist mithin zu prüfen, ob die Voraussetzungen für die Aufhebung der vorläufigen Aufnahme des Beschwerdeführers nach dem AuG gegeben sind.

### **E. 2.2**

Gemäss Art. 84 Abs. 1 AuG überprüft das BFM periodisch, ob die Voraussetzungen für die vorläufige Aufnahme - eine Ersatzmassnahme für den nicht durchführbaren Vollzug der Wegweisung - noch gegeben sind. Ist dies nicht mehr der Fall, hebt es die vorläufige Aufnahme auf und ordnet den Vollzug der Wegweisung an (Art. 84 Abs. 2 AuG). Die Voraussetzungen für die vorläufige Aufnahme sind nicht mehr gegeben, wenn der Vollzug der Wegweisung zulässig ist (Art. 83 Abs. 3 AuG) und es der ausländischen Person auch zumutbar (Art. 83 Abs. 4 AuG) und möglich ist (Art. 83 Abs. 2 AuG), sich rechtmässig in ihren Heimat-, in den Herkunfts- oder in einen Drittstaat zu begeben. Ausserdem kann das BFM eine wegen Unzumutbarkeit oder Unmöglichkeit des Vollzugs angeordnete vorläufige Aufnahme auf Antrag der kantonalen Behörden oder des Bundesamts für Polizei aufheben, wenn Gründe nach Art. 83 Abs. 7 AuG gegeben sind (Art. 84 Abs. 3 AuG). Gemäss Art. 83 Abs. 7 AuG wird die vorläufige Aufnahme aufgehoben, wenn die weggewiesene 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 StGB angeordnet wurde (Bst. a), 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 (Bst. b), oder wenn sie die Unmöglichkeit des Vollzugs der Wegweisung durch ihr eigenes Verhalten verursacht hat (Bst. c).

### **E. 3.1**

Vorliegend hat das BFM die Aufhebung der vorläufigen Aufnahme in Anwendung von Art. 83 Abs. 7 AuG verfügt, wobei es in seinem Entscheid sowohl die Tatbestandsvariante von

Bst. a als jene von Bst. b dieser Bestimmung erwähnt. Im Rahmen seines Entscheides führt es diesbezüglich zur Hauptsache das Folgende aus: Der Beschwerdeführer sei in Deutschland wegen insgesamt 10 Verurteilungen in den Jahren 1991 bis 1996 verzeichnet, und zwar wegen einer Freiheitsstrafe von 1 Jahr und 7 Monaten, einer Freiheitsstrafe von 5 Monaten und wegen 8 Geldstrafen im Betrag von insgesamt DM 5'275.-. Im Weiteren sei er in der Schweiz am 30. September 2008 rechtskräftig zu einer Freiheitsstrafe von 8 Monaten verurteilt worden. Er sei demnach in der Schweiz und in Deutschland zu Freiheitsstrafen von insgesamt 2 Jahren und 8 Monaten und zu 8 Geldstrafen verurteilt worden, womit die Anforderungen von Art. 83 Abs. 7 AsylG für eine Aufhebung der vorläufigen Aufnahme erfüllt seien. Zwar sei die Ausschlussklausel von Art. 83 Abs. 7 AuG nur unter Beachtung des Verhältnismässigkeitsprinzips (nach Art. 96 Abs. 1 AuG) anzuwenden, was eine Abwägung zwischen den Interessen des Ausländers auf Verbleib in der Schweiz und denjenigen der Schweiz an der Wegweisung voraussetze. Bei dieser Beurteilung sei nicht von einer schematischen Betrachtungsweise auszugehen, sondern auf die gesamten Umstände des Einzelfalles abzustellen. Zu Berücksichtigen sei dabei insbesondere die Art der verletzten Rechtsgüter und die schwere des Verschuldens. Andererseits sei der Dauer der Anwesenheit sowie den mit dem Vollzug der Wegweisung allenfalls verbundenen persönlichen und familiären Nachteilen ein vergleichsweise hoher Stellenwert beizumessen. Anders als im Falle seiner Angehörigen - seiner Ehefrau und namentlich seiner Kinder - erweise sich die Aufhebung der vorläufigen Aufnahme im Falle des Beschwerdeführers als angemessen. So sei ... [von der zuständigen kantonalen Behörde] am 7. September 2004 festgestellt worden, dass die Voraussetzungen für eine Härtefallregelung nicht erfüllt seien, da die Familie bis dahin bereits mit rund Fr. 150'000.- unterstützt worden sei und die Unterstützung angedauert habe. Der Beschwerdeführer sei dabei keiner Arbeit nachgegangen und schon damals durch ein strafrechtliches Verhalten aufgefallen. Zum Zeitpunkt der Festnahme des Beschwerdeführers im ... [Jahre] 2008 habe die (insgesamt) bezogene Sozialhilfe bereits Fr. 261'124.- erreicht, wobei der Beschwerdeführer das von 2005 bis 2008 durch seinen Schwarzhandel erwirtschaftete Geld vor allem zur Deckung seiner Spielschulden und seines Alkoholkonsums ausgegeben habe. Angesichts des langen Strafregisters in Deutschland und in der Schweiz sei für die Zukunft mit Rückfällen zu rechnen, wobei die Spiel- und Alkoholsucht des Beschwerdeführers der künftigen Integration auch nicht diene. Der Beschwerdeführer lebe inzwischen seit 12 Jahren in der Schweiz, einen Beitrag zum Wohle seiner Familie habe er jedoch in dieser Zeit nicht geleistet, sondern im Gegenteil deren Fortkommen in wirtschaftlicher und psychischer Sicht durch seine Spiel- und Alkoholsucht erschwert. Zwar stelle der Vollzug der Wegweisung einen schweren Eingriff in sein Privatleben dar, angesichts der seit Anfang der 1990-er Jahre fortwährenden Straffälligkeit sowie der fortgesetzten Fürsorgeabhängigkeit beständen jedoch keine Anhaltspunkte, dass der Beschwerdeführer gewillt sei, sich in Zukunft an die Rechtsordnung der Schweiz zu halten. Bei dieser Sachlage habe das Interesse der öffentlichen Sicherheit und Ordnung dem Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens vorzugehen. Nachdem aufgrund der Akten auch von der Zulässigkeit und Möglichkeit des Wegweisungsvollzuges auszugehen sei, sei die vorläufige Aufnahme aufzuheben und die Wegweisung zu vollziehen.

### **E. 3.2**

Den vorinstanzlichen Erwägungen hält der Beschwerdeführer eine rechtswidrige Anwendung von Art. 83 Abs. 7 Bst. a AuG entgegen, sowie eine unverhältnismässig zu seinen Lasten erfolgte Abwägung der Interessen. Dabei führt er vorab aus, aus der

Begründung der angefochtenen Verfügung gehe hervor, dass das BFM in seinem Entscheid die Aufhebung der vorläufigen Aufnahme alleine auf Art. 83 Abs. 7 Bst. a [erster Teil] AuG abstütze, erachte das BFM doch die Voraussetzungen für eine Aufhebung nach dieser Bestimmung erfüllt, da er zu insgesamt 2 Jahren und 8 Monaten Freiheitsstrafe und zu acht Geldstrafen in Deutschland und der Schweiz verurteilt worden sei. Indes setze der Wortlaut von Art. 83 Abs. 7 Bst. a AuG die Verurteilung zu "einer" längerfristigen Freiheitsstrafe im In- oder Ausland voraus, in der Schweiz sei er jedoch lediglich zu 8 Monaten verurteilt worden. Aus den Akten ergebe sich sodann, dass der Beschwerdeführer in der Schweiz nicht vorbestraft gewesen sei, weshalb der Schluss der Vorinstanz nicht überzeuge, aufgrund des langen Strafregisters in Deutschland und der Schweiz sei auch in Zukunft mit Rückfällen zu rechnen. Zwar sei es richtig, dass der Beschwerdeführer in Deutschland in den Jahren 1994 bis 1996 zu Freiheitsstrafen verurteilt worden sei, diese Verurteilungen lägen jedoch zeitlich weit zurück und seien auch von den schweizerischen Strafbehörden nicht strafscharfend berücksichtigt worden. Auch in Deutschland seien nur bedingte Haftstrafen ausgesprochen worden. In den Jahren 1996 bis 2004 sei der Beschwerdeführer weiter unbescholten geblieben und dann einmalig wegen gewerbsmässigen Betrugs und Fahren ohne Führerschein verurteilt worden. Die Delikte in Deutschland und diejenigen in der Schweiz seien sodann nicht miteinander vergleichbar. Die Verurteilung in der Schweiz sei denn auch mit 8 Monaten bedingter Gefängnisstrafe milde ausgefallen. Demnach sei die Bedingung einer "längerfristigen Freiheitsstrafe" offensichtlich nicht erfüllt. Auch von einer Rückfallgefahr sei nicht auszugehen, so sei denn vom Strafrichter auch der bedingte Strafvollzug ausgesprochen worden. Schliesslich hält der Beschwerdeführer fest, zwar stütze das BFM seinen Entscheid einzig auf die Bestimmung von Art. 83 Abs. 7 Bst. a AuG, in seinem Fall seien aber auch die Voraussetzungen für eine eventuelle Anwendung von Art. 83 Abs. 7 Bst. b und c AuG nicht erfüllt. Zwar habe er durch seine Straftat gegen die öffentliche Sicherheit und Ordnung in der Schweiz verstossen, der Verstoss habe sich jedoch nicht als dermassen erheblich erwiesen, dass eine Anwendung von Art. 83 Abs. 7 Bst. b AuG gerechtfertigt wäre. Zwar erübrige sich eine Verhältnismässigkeitsprüfung, da die Tatbestandsvoraussetzungen für eine Aufhebung nicht erfüllt seien. Indes erweise sich auch die vom BFM vorgenommene Verhältnismässigkeitsprüfung als nicht überzeugend. Insbesondere rechtfertige der Schuldenstand der Familie keine Verfügung mit einer so weitreichenden Wirkung. Zudem seien er und seine Familie seit April 2009 nicht mehr fürsorgeabhängig und er habe mit seiner Wohngemeinde eine Rückzahlungsvereinbarung getroffen. Im Weiteren bewerbe er sich kontinuierlich auf dem Arbeitsmarkt. Ausserdem habe er seit geraumer Zeit seine Alkoholprobleme unter Kontrolle. Schliesslich seien die Ehefrau und die Kinder auf die Anwesenheit des Ehemannes und Vaters dringend angewiesen und es sei auch zu berücksichtigen, dass der Beschwerdeführer sich seit über 20 Jahren nicht mehr im Heimatstaat aufgehalten habe.

#### **E. 4.1**

Das BFM stützt seinen Entscheid auf die Bestimmung von Art. 84 Abs. 3 i.V.m. Art. 83 Abs. 7 AuG, wobei es - entgegen den anderslautenden Beschwerdevorbringen - in seinen Erwägungen sowohl Bst. a als auch Bst. b des Art. 83 Abs. 7 AuG erwähnt. Zwar weist das BFM tatsächlich nicht explizit aus, ob es sich auf den einen oder den anderen Aufhebungsgrund stützt, oder aber beide Aufhebungsgründe als erfüllt erachtet. Aufgrund der vorinstanzlichen Erwägungen ist indes davon auszugehen, dass das BFM die Voraussetzungen beider Tatbestandsvarianten als erfüllt erachtet, zumal zwar mit der Zusammenrechnung der ausgesprochenen Freiheitsstrafen auf Bst. a Bezug genommen

wird, auf der anderen Seite aber auch die wiederholte Straffälligkeit im Sinne von Bst. b aufgezeigt wird. Dabei ist das Folgende festzuhalten:

#### **E. 4.1.1**

Der Aufhebungsgrund von Art. 84 Abs. 3 i.V.m. Art. 83 Abs. 7 Bst. a AuG setzt namentlich voraus, dass eine Person zu einer längerfristigen Freiheitsstrafe im In- oder Ausland "verurteilt wurde", womit diese Bestimmung bei Vorliegen eines rechtskräftigen Urteils zur Anwendung gelangen kann. Der Begriff der "längerfristigen Freiheitsstrafe" wird demgegenüber vom Gesetzgeber nicht näher definiert. Nachdem in der Lehre die Auffassung vertreten wurde, die betreffende Freiheitsstrafe müsse "deutlich über einem Jahr" liegen, hat das Bundesgericht den Begriff der "längerfristigen Freiheitsstrafe" im Sinne von Art. 62 Bst. b AuG (und damit auch den gleichlautenden Begriff von Art. 83 Abs. 7 Bst. a AuG) dahingehend konkretisiert, dass darunter - im Sinne eines festen Grenzwertes - eine Freiheitsstrafe von mehr als einem Jahr zu verstehen ist (vgl. BGE 135 II 377 E. 4.2 S. 379 f.). Dieser Praxis folgt das Bundesverwaltungsgericht im Bereich seiner endgültigen Entscheidkompetenz (vgl. dazu das Urteil D-1972/2009 vom 11. August 2011 E. 4.4 S. 9 f.). In diesem Zusammenhang ist gleichzeitig darauf hinzuweisen, dass unter dem Begriff der "längerfristigen Freiheitsstrafe" nach Art. 62 Bst. b AuG (und damit auch nach dem auch den gleichlautenden Begriff von Art. 83 Abs. 7 Bst. a AuG) nicht kürzere Freiheitsstrafen zusammengerechnet werden dürfen, sondern das Kriterium erst erfüllt ist, wenn eine sich aus einem einzigen Urteil ergebende Strafe die Dauer von einem Jahr überschreitet (vgl. BGE 137 II 297 E. 2.3).

#### **E. 4.1.2**

Der Aufhebungsgrund von Art. 84 Abs. 3 i.V.m. 83 Abs. 7 Bst. b AuG setzt namentlich voraus, dass eine Person erheblich oder wiederholt gegen die öffentliche Sicherheit und Ordnung in der Schweiz oder im Ausland verstossen hat oder diese gefährdet. Aus diesem Wortlaut ergibt sich, dass nicht jeder Verstoss gegen die gesetzliche Ordnung zur Aufhebung der vorläufigen Aufnahme führt, es bedarf vielmehr einer gewissen Intensität. Somit genügt es nicht, wenn die kriminellen Handlungen der betreffenden Person den Schluss zulassen, dass diese nicht gewillt oder nicht fähig ist, sich an die elementaren gesellschaftlichen Regeln des Zusammenlebens zu halten. Vielmehr müssen diese Handlungen eine schwerwiegende Gefährdung oder Verletzung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung darstellen. Die Verurteilung zu einer bedingten Freiheitsstrafe lässt beispielsweise in der Regel nicht auf eine solche schliessen, jedoch kann deren Strafmass oder der Umstand, dass durch das begangene Delikt besonders wertvolle Rechtsgüter betroffen sind, zum gegenteiligen Schluss führen. Auch die wiederholte Deliktsbegehung kann trotz bedingt ausgesprochener Freiheitsstrafe Anhaltspunkte für eine Gefährdung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung geben, stellt eine solche doch die vermutete günstige Prognose erheblich in Frage.

#### **E. 4.2**

Aufgrund der Akten ist festzustellen, dass im Falle des Beschwerdeführers - entgegen seinen anders lautenden Vorbringen - sowohl die Tatbestandsvariante von Bst. a als auch von Bst. b der Bestimmung von Art. 83 Abs. 7 AsylG als erfüllt zu erkennen ist.

#### **E. 4.2.1**

Aus den Akten geht hervor, dass der Beschwerdeführer in Deutschland mehrmals zu verschiedenen Geldstrafen verurteilt worden war (unter anderem wegen Diebstahls und

Körperverletzung), bis er am 16. Mai 1995 wegen räuberischen Diebstahls und Beleidigung (begangen am 17. November 1994) zu einer Freiheitsstrafe von 1 Jahr und 7 Monaten verurteilt wurde (Strafe ausgesprochen unter Gewährung des bedingten Strafvollzuges bei einer Bewährungszeit von 2 Jahren; Bewährungszeit einmalig verlängert bis zum 22. Oktober 1998, danach Strafe erlassen mit Wirkung vom 31. Dezember 1999). Am 26. März 1997 wurde er nochmals wegen Beleidigung in zwei Fällen, in Tateinheit mit Bedrohung, bei erheblich verminderter Schuldfähigkeit (begangen am 23. August 1996) zu einer Freiheitsstrafe von 5 Monaten verurteilt (Strafe ausgesprochen unter Gewährung des bedingten Strafvollzuges bei einer Bewährungszeit von 3 Jahren; Strafe erlassen mit Wirkung vom 20. Juni 2000). Nach seiner Einreise in die Schweiz wurde er ... [im Strafmandatsverfahren] am 14. Januar 1998 wegen geringfügigen Diebstahls zu einer Busse verurteilt, und am 20. Februar 1998 zu einer bedingten Gefängnisstrafe von 5 Tagen wegen Hehlerei (begangen im Dezember 1997 durch den Kauf eines gestohlenen Feuerzeugs der Marke "Dupont" von einem russischen Asylsuchenden; bedingte Strafe bei einer Probezeit von zwei Jahren ausgesprochen; vgl. dazu act. A16). Aktenkundig sind im Weiteren namentlich die nach einem ordentlichen Strafprozess ergangene Verurteilung vom 30. September 2008 zu einer Freiheitsstrafe von 8 Monaten, unter Gewährung des bedingten Strafvollzuges bei einer Probezeit von zwei Jahren (vgl. oben Bst. I), sowie die ... [im Strafmandatsverfahren] ergangene Verurteilung vom 11. Februar 2010 zu einer Freiheitsstrafe von 6 Monaten (vgl. oben Bst. V), welche unbedingt ausgesprochen wurde und in der Folge teilweise zu vollziehen war.

#### **E. 4.2.2**

Soweit das BFM im Rahmen seiner Erwägungen mit Blick auf die Bestimmung von Art. 83 Abs. 7 Bst. a AsylG die gegen den Beschwerdeführer ausgesprochenen Freiheitsstrafen zusammenrechnet, macht der Beschwerdeführer zu Recht geltend, dass eine solche Aufrechnung nicht statthaft ist (vgl. oben E. 4.1.1 [zweiter Absatz]). In seinen diesbezüglichen Vorbringen verkennt er jedoch, dass bereits mit der Verurteilung vom 16. Mai 1995 die Voraussetzung der Verurteilung zu einer "längerfristigen Freiheitsstrafe" gemäss Art. 83 Abs. 7 Bst. a AuG erfüllt ist, da die mit der in Deutschland ausgesprochenen Freiheitsstrafe von 1 Jahr und 7 Monaten der Grenzwert von einem Jahr deutlich überschritten ist (vgl. oben E. 4.1.1 [erster Absatz]). Alleine dem Umstand, dass diese Verurteilung im Ausland erfolgte, kommt nach dem klaren Wortlaut von Art. 83 Abs. 7 Bst. a AuG keine Bedeutung zu, und auf den Umstand, dass diese Strafe nur bedingt und zudem vor Jahren ausgesprochen wurde, ist erst in Zusammenhang mit der Frage der Verhältnismässigkeit des Widerrufs einzugehen (vgl. nachfolgend). Aufgrund der vorstehenden Aufstellung ist schliesslich festzuhalten, dass der Beschwerdeführer im Verlauf der Jahre immer wieder aufs Neue mit dem Strafrecht in Konflikt geraten ist, womit auch die Voraussetzung des "wiederholten Verstosses gegen die öffentliche Ordnung und Sicherheit" gemäss Art. 83 Abs. 7 Bst. b AuG als erfüllt zu erkennen ist.

#### **E. 4.3**

Nach dem Gesagten ist der Grundtatbestand für eine Aufhebung der vorläufigen Aufnahme erfüllt, womit aber noch nichts über die Frage der Verhältnismässigkeit einer solchem Massnahme ausgesagt ist. Auf diese Frage - welche von der Frage der grundsätzlichen Anwendbarkeit der Bestimmung von Art. 84 Abs. 3 i.V.m. 83 Abs. 7 AuG zu trennen ist (vgl. ebenfalls BGE 135 II 377 E. 4.2, insbes. S. 380 Mitte) - ist nachfolgend einzugehen.

### **E. 5.1**

Es verbleibt demnach zu prüfen, ob die Aufhebung der vorläufigen Aufnahme mit dem Verhältnismässigkeitsprinzip im Einklang steht. Dieses Prinzip (welches einen allgemeinen Grundsatz staatlichen Handelns bildet; vgl. Art. 5 Abs. 2 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 [BV, SR 101]) wird für den vorliegend relevanten Rechtsbereich durch Art. 96 Abs. 1 AuG spezifisch festgeschrieben, wonach die zuständigen Behörden bei der Ermessensausübung die öffentlichen Interessen und die persönlichen Verhältnisse sowie den Grad der Integration der Ausländerinnen und Ausländer zu berücksichtigen haben. In diesem Sinne sind bereits die Bestimmungen von Art. 10 Bst. a und Art. 14a Abs. 6 des Bundesgesetzes vom 26. März 1931 über Aufenthalt und Niederlassung der Ausländer (ANAG, BS 1 121) - welche durch die vorgenannten Bestimmungen des AuG abgelöst wurden - durch die massgebliche Rechtsprechung ausgelegt worden. So hat die Praxis der ARK der Anwendung von Art. 14a Abs. 6 ANAG eine Abwägung zwischen den Interessen des Ausländers auf Verbleib in der Schweiz und denjenigen der Schweiz an seiner Wegweisung vorausgesetzt, wobei sich das öffentliche Interesse insbesondere im Schutz des Staates vor erneuter Gefährdung oder Verletzung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung ausdrückt. Die Ausschlussklausel von Art. 14a Abs. 6 ANAG sei mit Zurückhaltung und insbesondere unter Beachtung des Verhältnismässigkeitsprinzips anzuwenden (vgl. Entscheidungen und Mitteilungen der AKR [EMARK] 2006 Nr. 30 E. 6 S. 325 ff., 2006 Nr. 23 E. 8.3 S. 347 ff., 2006 Nr. 11 E. 7.2 S. 125 ff., 2004 Nr. 39 E. 5.3 S. 271, 2003 Nr. 3 E. 3a S. 26, 1997 Nr. 24, 1995 Nr. 10 und 11). Auch nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts zu Art. 62 f. AuG - in Fortführung der Praxis zur Ausweisung nach dem vormaligen Art. 10 Bst b ANAG - wird für die Anwendung dieser Bestimmung eine Interessenabwägung vorausgesetzt, d.h. die Massnahme muss nach den gesamten Umständen angemessen, also verhältnismässig sein. Dabei sind namentlich die Schwere des Delikts und des Verschuldens des Betroffenen, der seit der Tat vergangene Zeitraum und das Verhalten des Ausländers in dieser Periode, der Grad seiner Integration bzw. die Dauer seiner Anwesenheit in der Schweiz sowie die ihm und seiner Familie drohenden Nachteile zu berücksichtigen (BGE 135 II 371 E. 4.3, 134 II 1 E. 2.2 m.w.H.; vgl. ferner EMARK 2006 Nr. 11 sowie Urteil des Bundesverwaltungsgerichts D-1808/2010 vom 21. September 2010 E. 6.1). Es ist also nicht von einer schematischen Betrachtungsweise auszugehen, sondern auf die gesamten Umstände des Einzelfalls abzustellen.

### **E. 5.2**

Aufgrund der Akten ist zu schliessen, der Beschwerdeführer habe vor seiner Einreise in die Schweiz - während seines Aufenthalts in Deutschland - wiederholt und auch erheblich gegen die öffentliche Sicherheit und Ordnung verstossen und dabei wertvolle Rechtsgüter verletzt. Allerdings blieb es bei bedingt ausgesprochenen Freiheitsstrafen und seit den entsprechenden Verurteilungen sind bereits 16 respektive 14 Jahre vergangen. Kurz nach seiner Einreise in die Schweiz wurde er sodann wegen Diebstahls zu einer Busse und wegen Hehlerei zu 5 Tagen Gefängnis mit bedingtem Strafvollzug verurteilt. Diese ersten in der Schweiz begangenen Delikte sind an sich kaum als gewichtig zu beurteilen, und sie liegen ebenfalls weit in der Vergangenheit, sie fügen sich aber immerhin in eine Reihe von Straftaten ein, was auf eine gewisse kriminelle Energie hinweist. In den seither vergangenen 14 Jahren ist der Beschwerdeführer sodann zweimal verurteilt worden; einmal zu 8 Monaten (unter Gewährung des bedingten Strafvollzugs) im Zusammenhang mit dem Handel von

... [alten Gegenständen] und gleichzeitigem Bezug von Sozialhilfegeldern und zuletzt zu 6 Monaten (mit unbedingtem Strafvollzug) im Zusammenhang mit den falschen Angaben zu seiner Identität anlässlich seiner Asylgesuchstellung im Jahre 1997. Insgesamt schwer ins Gewicht fällt, dass der Beschwerdeführer damit immer wieder straffällig wurde, auch wenn zwischen den Delikten teils Jahre liegen. Bei den in der Schweiz begangenen jüngeren Verurteilungen waren - anders als bei denjenigen in Deutschland - zwar nicht besonders wertvolle Rechtsgüter betroffen, die falschen Angaben zu seiner Identität und das Unterlassen der Meldung seines Nebeneinkommens sind jedoch keineswegs zu verharmlosen. So hat er mit der Angabe einer falschen Identität sowohl ein Aufdecken seiner Delinquenz in Deutschland als auch die Möglichkeit einer Rückführung nach Deutschland vereitelt. Mit der Verheimlichung seines Nebeneinkommens wiederum hat er das Gemeinwesen beträchtlich geschädigt, ging es doch im Zusammenhang mit dem betrügerischen Bezug von Sozialfürsorge um eine Deliktsumme von Fr. 37'500.-. In beiden diesbezüglichen Strafurteilen wurde denn auch auf das nicht geringe Verschulden des Beschwerdeführers und das durchaus vorhandene Unrechtsbewusstsein hingewiesen. Lange Haftstrafen wurden jedoch nicht ausgefällt und die Strafe für den betrügerischen Sozialhilfebezug wurde nur bedingt ausgesprochen. Auch konnte der Beschwerdeführer die Strafe in Zusammenhang mit der falschen Identitätsangabe offenbar in Halbgefangenschaft ableisten, was grundsätzlich eine positive Beurteilung bedingt.

### **E. 5.3**

Im Sinne einer Zwischenbilanz ist festzuhalten, dass zwar die meisten Straftaten und insbesondere die gewichtigeren bereits längere Zeit - zum Teil 20 Jahre - in der Vergangenheit liegen und dass der Beschwerdeführer soweit ersichtlich seit 2008 auch nicht mehr straffällig geworden ist. Die Gesamtdelinquenz, respektive das immer wieder erneut straffällig werden, lässt jedoch das öffentliche Interesse am Vollzug der Wegweisung nicht unerheblich erscheinen. Die Aufhebung der vorläufigen Aufnahme wäre damit grundsätzlich gerechtfertigt, zumal aufgrund der Akten - trotz des bereits langen Aufenthalts in der Schweiz - kaum Hinweise auf eine weitreichende Integration des Beschwerdeführers in der Schweiz bestehen. Im vorliegenden Fall fallen gemäss den nachfolgenden Ausführungen allerdings die mit einem Vollzug der Wegweisung einhergehenden Nachteile für die Familienangehörigen des Beschwerdeführers massgeblich ins Gewicht.

### **E. 5.4**

So handelt es sich beim Beschwerdeführer um einen Familienvater, dessen Familienangehörige - seine Ehefrau und seine zwei noch minderjährige Kinder - zufolge Unzumutbarkeit des Wegweisungsvollzuges weiterhin über eine vorläufige Aufnahme in der Schweiz verfügen. Zudem verfügen seine beiden bereits volljährigen Töchter in der Schweiz über eine Aufenthaltsbewilligung. Aus den Akten ergibt sich ferner, dass das BFM - in Kenntnis der wahren Identität des Beschwerdeführers und seiner Angehörigen - nach wie vor von der Unzumutbarkeit des Wegweisungsvollzuges in den Kosovo im Sinne von Art. 83 Abs. 4 AuG ausgeht. Die Familie ist ursprünglich wegen ihrer Zugehörigkeit zur Minderheit der Ashkali in der Schweiz vorläufig aufgenommen worden und Abklärungen vor Ort haben ergeben, dass sie auch zum heutigen Zeitpunkt im Falle der Rückkehr in den Kosovo als Angehörige einer ethnischen Minderheit und ohne familiäre Anknüpfungspunkte vor Ort in ernsthafte Schwierigkeiten geraten würden. Betreffend die Person des Beschwerdeführers vermögen diese Umstände nach der klaren Konzeption von

Art. 84 Abs. 3 i.V.m. Art. 83 Abs. 7 AuG keine Wirkung zu entfalten, auch wenn in seinem Fall erschwerend hinzu kommt, dass er sich schon seit mehr als 20 Jahren nicht mehr in seiner Heimat aufgehalten hat. Aufgrund der festgestellten Umstände in der Heimat ist jedoch auszuschliessen, dass die Ehefrau und die Kinder des Beschwerdeführers - welche zusammen mit ihrem Ehemann respektive Vater bereits seit 14 Jahren in der Schweiz leben - dem Beschwerdeführer in die Heimat nachfolgen könnten. Die Aufhebung der vorläufigen Aufnahme würde daher eine Trennung der Kernfamilie nach sich ziehen, was im vorliegenden Fall als unverhältnismässig erschiene. So wird die Trennung einer Familie in der Praxis nur in Ausnahmefällen angeordnet, wenn dies das erhebliche öffentliche Interesse bedingt oder wenn die Familie ohnehin bereits als tief zerrüttet betrachtet werden muss (vgl. EMARK 2006 Nr. 11). Zwar weist die Vorinstanz im vorliegenden Fall auf gewisse familiäre Probleme hin, mithin der Beschwerdeführer das zu Unrecht erwirtschaftete Geld nicht für die Familie eingesetzt, sondern verspielt und für seine Trunksucht ausgegeben habe. Aus den Akten ergeben sich jedoch keine Hinweise darauf, dass die Familie Schwierigkeiten hätte oder sogar zerrüttet wäre. Für die Familie würde damit der Vollzug der Wegweisung allein des Beschwerdeführers eine beträchtliche Härte bedeuten, insbesondere für die Ehefrau, die dann alleine für das Wohl der beiden noch minderjährigen Kinder (... und ... Jahre alt) zu sorgen hätte. Die beiden Kinder würden sodann ihren Vater - wenn überhaupt - nur noch selten treffen können, was sich insbesondere auch für die Entwicklung ... [des jüngsten Kindes] ausgesprochen negativ auswirken dürfte.

#### **E. 5.5**

Nach einer Gesamtabwägung der Interessen ergibt sich, dass insgesamt das private Interesse auf Seiten des Beschwerdeführers, insbesondere in Bezug auf dessen Familienangehörige, als knapp überwiegend zu veranschlagen ist. Mit Blick auf den Aspekt der Einheit der Familie ist daher die vom BFM verfügte Aufhebung der vorläufigen Aufnahme als unverhältnismässig zu erkennen. Es ist an dieser Stelle jedoch mit Nachdruck darauf hinzuweisen, dass das Resultat der vorgenommenen Interessenabwägung und die damit verbundene weiterhin zu gewährende vorläufige Aufnahme auch als letzte Chance für eine weitergehende Integration des Beschwerdeführers verstanden werden soll und dieser den Tatbeweis zu erbringen hat, dass er gewillt und fähig ist, sich in Zukunft an die in der Schweiz geltende Rechtsordnung zu halten. Bei weiterem deliktischem Verhalten des Beschwerdeführers würde eine erneute Interessenabwägung mutmasslich zu Ungunsten der privaten Interessen ausfallen, was zur Aufhebung der vorläufigen Aufnahme führen würde.

#### **E. 6**

Nach vorstehenden Erwägungen ist die Beschwerde gutzuheissen und die Verfügung des BFM vom 3. August 2009 entsprechend aufzuheben.

#### **E. 7.1**

Bei diesem Ausgang des Verfahrens sind keine Kosten aufzuerlegen (Art. 63 Abs. 1 und 2 VwVG). Dem vertretenen Beschwerdeführer ist angesichts seines Obsiegens in Anwendung von Art. 64 VwVG und Art. 7 Abs. 1 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. Eine Kostennote wurde bisher nicht zu den Akten gereicht. Auf das Nachfordern einer solchen kann indes verzichtet werden, da sich der notwendige Vertretungsaufwand aufgrund der Akten hinreichend zuverlässig abschätzen lässt. Gestützt auf die in Betracht zu

ziehenden Bemessungsfaktoren (Art. 8-13 VGKE) ist dem Beschwerdeführer zu Lasten der Vorinstanz eine Parteientschädigung von Fr. 900.- zuzusprechen. (Dispositiv nächste Seite)

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