

# **BVGer D-6175/2015 vom 14. Januar 2016**

Bundesverwaltungsgericht, 2016-01-14, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger\\_D-6175\\_2015](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_D-6175_2015)

FR: TAF D-6175/2015 du 14 janvier 2016

IT: TAF D-6175/2015 del 14 gennaio 2016

## **Regeste**

Aufhebung der vorläufigen Aufnahme

## **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. Das Bundesverwaltungsgericht ist daher zuständig für die Beurteilung der vorliegenden Beschwerde und entscheidet im Bereich des Ausländerrechts betreffend Erlöschen der vorläufigen Aufnahme endgültig (Art. 83 Bst. c Ziff. 3 BGG). Der Beschwerdeführer ist als Verfügungsadressat zur Beschwerdeführung legitimiert (Art. 48 Abs. 1 VwVG).

### **E. 1.2**

Der Zeitpunkt der Eröffnung der angefochtenen Verfügung steht mangels Vorliegens einer Empfangsbestätigung nicht fest. Laut Beschwerdeführer wurde sie ihm am 3. oder 4. September 2015 eröffnet. Da die Beschwerde auch bei Annahme des frühestmöglichen Eröffnungsdatums jedenfalls innerhalb der 30-tägigen Rechtsmittelfrist beim Bundesverwaltungsgericht eingegangen ist, ist sie rechtzeitig. Auf die frist- und formgerecht eingereichte Beschwerde ist einzutreten (Art. 112 Abs. 1 AuG [SR 142.20] i.V.m. Art. 50 Abs. 1 und Art. 52 Abs. 1 VwVG).

### **E. 2**

Mit Beschwerde kann die Verletzung von Bundesrecht, die unrichtige oder unvollständige Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts und die Unangemessenheit gerügt werden (Art. 49 VwVG).

### **E. 3**

Gemäss Art. 84 Abs. 4 AuG erlischt die vorläufige Aufnahme mit der definitiven Ausreise oder bei Erhalt einer Aufenthaltsbewilligung. Als definitiv gilt eine Ausreise insbesondere, wenn die vorläufig aufgenommene Person ohne ein Rückreisevisum nach Art. 7 der Verordnung vom 27. Oktober 2004 über die Ausstellung von Reisedokumenten für ausländische Personen (RDV) oder ohne Pass für eine ausländische Person nach Art. 4 Abs. 4 RDV in ihr Heimat- oder Herkunftsland zurückgekehrt ist (Art. 26a Bst. d VVWA).

### **E. 4.1**

Die Vorinstanz führt in der angefochtenen Verfügung aus, der Beschwerdeführer sei darauf hingewiesen worden, dass ein Rückreisevisum nur für den Zweck verwendet werden dürfe,

der im Gesuch angegeben worden sei. Durch die Änderung des Reiseziels sei er nicht im Besitz eines Rückreisevisums, welches zu diesem Zweck ausgestellt worden sei, gewesen. Seine nicht autorisierte Heimatreise sei folglich als definitive Ausreise im Sinne von Art. 84 Abs. 4 AuG in Verbindung mit Art. 26a Bst. d VVWA zu betrachten. Dass er dabei beabsichtigt habe, wieder in die Schweiz zurückzureisen, und er mit seiner Ehefrau und den Kindern bereits seit [vielen] Jahren in der Schweiz vorläufig aufgenommen sei, ändere daran nichts. Beim Erlöschen der vorläufigen Aufnahme handle es sich um eine vom Gesetz vorgeschriebene Rechtsfolge, deren Eintritt vom SEM lediglich festgestellt werde.

#### **E. 4.2**

Der Beschwerdeführer wendet dagegen ein, gemäss teleologischer Auslegung könne die vorläufige Aufnahme bei einer freiwilligen definitiven Ausreise nur erlöschen, wenn die Person zu verstehen gebe, dass sie auf den Schutz der Schweiz verzichte. Auch sei der Grundsatz der Verhältnismässigkeit zu beachten und eine Interessenabwägung vorzunehmen. Die Normenhierarchie müsse beachtet werden, wonach Verordnungsbestimmungen gesetzeskonform auszulegen seien. Die Verordnungsbestimmung des Art. 26a VVWA sei in der Literatur als zu restriktiv kritisiert worden (vgl. Spescha/Thür/Zünd/Bolzli, Migrationsrecht [Kommentar], Zürich 2012, Rz 8 zu Art. 84 AuG). Eine kurzzeitige Rückkehr ins Heimatland ohne Rückreisevisum könne nicht ausnahmslos den Wegfall des Schutzbedürfnisses bedeuten (so auch das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts E-4193/2015 vom 1. September 2015). Der Beschwerdeführer habe nicht zu verstehen gegeben, dass er auf den Schutz der Schweiz verzichten wolle. Er habe auch abzuklären versucht, ob er mit dem erteilten Rückreisevisum in den Irak reisen dürfte, was ihm von der [kantonale Behörde] bestätigt worden sei. Der Wunsch, die kranke Mutter noch einmal zu sehen, sei sehr stark gewesen, er habe auch nur einen kurzen Aufenthalt geplant. Der Umstand, dass seine Familie in der Schweiz verblieben sei, lasse darauf schliessen, dass er ein erhebliches Interesse an der Rückkehr in die Schweiz hatte. Es gebe keinerlei Hinweise auf eine beabsichtigte definitive Ausreise. Der im Urteil E-4193/2015 entwickelten Argumentation sei zu folgen, wonach mangels definitiver Ausreise die Rechtsfolge des Erlöschens nicht eintreten könne (vgl. ebenda E. 4.4).

#### **E. 4.3**

Unbestritten ist, dass der Beschwerdeführer, der über ein gültiges Rückreisevisum für Deutschland verfügte, seine Reise dorthin kurzfristig nicht antrat und stattdessen in den Nordirak reiste. Damit verfügte er betreffend seiner Reise in den Irak über kein gültiges Rückreisevisum nach Art. 7 RDV. Auch verfügte der Beschwerdeführer nicht über einen Pass für ausländische Personen gemäss Art. 4 RDV.

#### **E. 4.4**

Grundsätzlich ist mit der Vorinstanz davon auszugehen, dass es sich beim Erlöschen der vorläufigen Aufnahme um eine vom Gesetz vorgeschriebene Rechtsfolge handelt (vgl. Spescha/Thür/Zünd/Bolzli, Migrationsrecht [Kommentar], Zürich 2012, Rz 7 zu Art. 84 AuG). Die Rechtsfolge kann jedoch nur eintreten, wenn eine "definitive Ausreise" im Sinne von Art. 84 Abs. 4 AuG vorliegt, was zuerst zu klären ist.

#### **E. 4.5**

Die Vorinstanz geht davon aus, dass die Erlöschensgründe für Art. 84 Abs. 4 AuG durch die Verordnungsbestimmung des Art. 26a Bst. d und e VVWA "objektiviert" wurden, weshalb von einer definitiven Ausreise auszugehen ist, sofern eine ausländische Person

ohne ein Rückreisevisum nach Art. 7 RDV oder ohne Pass für eine ausländische Person nach Art. 4 RDV in ihren Heimat- oder Herkunftsstaat zurückgekehrt ist (Art. 26a Bst. d VVWA). Gleiches gelte, sofern ihr Auslandsaufenthalt die Geltungsdauer des Rückreisevisums oder des Passes für eine ausländische Person überschreitet (Art. 26a Bst. e VVWA). Da der Beschwerdeführer ein Rückreisevisum für eine andere Reise, als die Reise in sein Heimatland beantragt hatte, ging die Vorinstanz davon aus, dass er kein Rückreisevisum hatte, hielt sein Verhalten für missbräuchlich und vertrat den Standpunkt, dass er nun die Konsequenzen des Erlöschens seiner vorläufigen Aufnahme zu tragen habe.

#### **E. 4.6**

Nach Sinn und Zweck der Norm müssen vorläufig Aufgenommene (und damit Schutzbedürftige) mit der freiwilligen, definitiven Ausreise ins Ausland zu verstehen geben, dass sie den Schutz der Schweiz nicht mehr benötigen beziehungsweise ihn nicht mehr beanspruchen (vgl. Spescha/Thür/Zünd/Bolzli, a.a.O., Rz 8 zu Art. 84 AuG). Selbst eine (freiwillige) kurzzeitige Rückkehr ins Heimatland ohne Rückreisevisum bedeutet - wenngleich eine Verletzung der Reisevorschriften - dabei nicht ausnahmslos den Wegfall des Schutzbedürfnisses (vgl. Spescha/Thür/ Zünd/Bolzli, a.a.O., Rz 8 zu Art. 84 AuG; Ruedi Illes, in: Caroni/Gächter/Thurnherr, Handkommentar zum Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer, Art. 84 N 19 f.). Dass der Beschwerdeführer statt nach Berlin in den Nordirak reiste, kann ihm nicht als definitive Ausreise angelastet werden. Er gab nicht zu erkennen, dass er damit endgültig auf den Schutz der Schweiz verzichten wollte, zumal er sich gemäss eigenen Angaben auch bei einer Behörde über die Zulässigkeit seines Handelns versichert hatte. Es ist auch zu berücksichtigen, dass er innerhalb der Gültigkeitsdauer des erteilten Rückreisevisums für Deutschland wieder in die Schweiz einreiste. Er hat durch sein Verhalten zwar die Einreisevorschriften verletzt, wollte jedoch zu keinem Zeitpunkt den Schutz der Schweiz aufgeben, sondern hat die Verletzung der Einreisevorschriften - wenn überhaupt wissentlich - in Kauf genommen, um seine schwerkranke Mutter zu besuchen. Von einer definitiven Ausreise im Sinne von Art. 84 Abs. 1 AuG ist nicht auszugehen.

#### **E. 4.7**

Das Erlöschen der vorläufigen Aufnahme aufgrund der Verletzung der Einreisevorschriften wäre auch nicht verhältnismässig.

##### **E. 4.7.1**

Tatsächlich wurde die Reisefreiheit für vorläufig Aufgenommene nach einer kurzzeitigen Lockerung mit der Revision der RDV vom 20. Januar 2010 erneut eingeschränkt. Gemäss Art. 7 Abs. 2 RDV kann ein Rückreisevisum unter den Voraussetzungen des Art. 9 Abs. 1 und 4 RDV erteilt werden. Die entsprechenden Bestimmungen ermöglichen vorläufig aufgenommenen Personen Auslandsreisen unter anderem bei schwerer Krankheit oder Tod von Familienangehörigen (Art. 9 Abs. 1 Bst. a RDV). Art. 9 Abs. 4 RDV ermöglicht eine jährliche Auslandsabwesenheit bis zu 30 Tagen aus humanitären Gründen und aus anderen Gründen, sofern die vorläufige Aufnahme bereits drei Jahre andauert. Der Beschwerdeführer hat das ihm erteilte Rückreisevisum zwar in Hinblick auf den Antrag nicht bestimmungsgemäss eingesetzt. Allerdings führte er mit dem Visum einen Verwandtenbesuch bei seiner kranken Mutter durch, ein Grund, der im Katalog von möglichen Reisegründen nach Art. 9 RDV ausdrücklich genannt ist. Der Beschwerdeführer gab an, nicht gewusst zu haben, dass er das Visum nicht zu einem anderen Zweck hätte

verwenden dürfen. Die Vorinstanz unterstellt, dass er von vornherein die Absicht hatte, nicht nach Deutschland, sondern in den Nordirak zu reisen. Für diese Annahme gibt es jedoch keinen Beleg, es handelt sich um eine reine Mutmassung der Behörde.

#### **E. 4.7.2**

Angesichts der langen Aufenthaltsdauer des Beschwerdeführers in der Schweiz und des Umstandes, dass seine Kernfamilie in der Schweiz lebt, erscheint es aus Sicht des Gerichts nicht verhältnismässig, dass die einmalige Verletzung der Reisevorschriften das Erlöschen der vorläufigen Aufnahme nach sich ziehen soll. Die Reisebestimmungen der RDV wurden unter anderem eingeschränkt, um zu verhindern, dass vorläufig Aufgenommene sich unbewilligt und längerfristig im Herkunftsland aufhalten. Gänzlich ausgeschlossen wurden Reisen ins Heimatland jedoch nicht, da anerkannt wurde, dass auch solche unter den engen Voraussetzungen der RDV möglich sein müssen (vgl. die Erläuterungen des EJPD/BFM zur Totalrevision der Verordnung über die Ausstellung von Reisedokumenten für ausländische Personen vom 20. Januar 2010 zu Art. 9 Abs. 2, S. 10, [www.sem.admin.ch/dam/data/migration/rechtsgrundlagen/gesetzgebung/totalrev\\_rdv/ber2-d.pdf](http://www.sem.admin.ch/dam/data/migration/rechtsgrundlagen/gesetzgebung/totalrev_rdv/ber2-d.pdf)). Die Erläuterungen halten ferner fest, dass "(...) die Verhältnismässigkeit des Eingriffs in die persönliche Freiheit beachtet werden (muss). Je länger jemand mit einer vorläufigen Aufnahme in der Schweiz lebt und je mehr er integriert ist, desto weniger rechtfertigt sich dieser Eingriff in seine persönliche Freiheit" (vgl. ebenda, S. 11). Der Umstand, dass der Verhältnismässigkeitsgrundsatz im Bewilligungsverfahren einer Auslandsreise beachtet werden muss, legt nahe, dass dies umso mehr der Fall sein wird, sofern das Erlöschen der vorläufigen Aufnahme - eine Rechtsfolge mit bedeutender Konsequenz für die betroffene Person - auf dem Spiel steht. Eine automatische und "objektivierte" Anwendung von Art. 26a Bst. d VVWA i.V.m. Art. 84 AuG widerspricht diesem Grundsatz. Das Erlöschen der vorläufigen Aufnahme wäre vorliegend angesichts der langen Aufenthaltsdauer in der Schweiz und der familiären Umstände des Beschwerdeführers nicht verhältnismässig, da das persönliche Interesse des Beschwerdeführers am Verbleib in der Schweiz überwiegt.

#### **E. 4.8**

Da die Voraussetzung für das Erlöschen der vorläufigen Aufnahme nicht erfüllt ist, kann auch die Rechtsfolge von Art. 84 Abs. 4 AuG nicht eintreten.

#### **E. 4.9**

Nach dem Gesagten ergibt sich, dass die Vorinstanz in der angefochtenen Verfügung zu Unrecht das Vorliegen einer definitiven Ausreise des Beschwerdeführers angenommen und das Erlöschen der vorläufigen Aufnahme festgestellt hat. Damit ist die Beschwerde gutzuheissen und die Verfügung des SEM vom 3. Juni 2015 ist aufzuheben.

#### **E. 5**

Bei diesem Ausgang des Verfahrens sind keine Kosten zu erheben (Art. 63 Abs. 1 und 2 VwVG). Die Anträge auf Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung und den Verzicht auf die Erhebung des Kostenvorschusses sind mit dem Obsiegen gegenstandslos geworden.

#### **E. 6**

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. In

der Kostennote vom 23. Dezember 2015 wurde der Aufwand mit 5.5 Stunden à Fr. 200.- beziffert. Gestützt auf die in Betracht zu ziehenden Bemessungsfaktoren (Art. 9-13 VGKE) erscheint der angegebene Stundenaufwand angemessen. Dem Beschwerdeführer ist zulasten der Vorinstanz eine Parteienschädigung von insgesamt Fr. 1'065.- (inkl. Auslagen) zuzusprechen. Der Antrag auf amtliche Verbeiständung ist gegenstandslos geworden. (Dispositiv nächste Seite)

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