

# **BVGer E-4163/2007 vom 26. Juni 2008**

Bundesverwaltungsgericht, 2008-06-26, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger\\_E-4163\\_2007](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_E-4163_2007)

FR: TAF E-4163/2007 du 26 juin 2008

IT: TAF E-4163/2007 del 26 giugno 2008

## **Regeste**

Aufhebung vorläufige Aufnahme (Asyl)

## **Erwägungen**

### **E. 1.1**

Gemäss Art. 31 des Verwaltungsgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (VGG, SR 173.32) beurteilt das Bundesverwaltungsgericht Beschwerden gegen Verfügungen nach Art. 5 des Bundesgesetzes vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren (VwVG, SR 172.021). Das Bundesamt für Migration (BFM) 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 in diesem Bereich endgültig (Art. 105 des Asylgesetzes vom 26. Juni 1998 [AsylG, SR 142.31]; Art. 83 Bst. d Ziff. 1 des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 [BGG, SR 173.110]).

### **E. 1.2**

Der Beschwerdeführer ist durch die angefochtene Verfügung berührt, hat ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung beziehungsweise Änderung und ist daher zur Einreichung der Beschwerde legitimiert (Art. 6 AsylG i.V.m. Art. 48 Abs. 1 VwVG). Auf die im Übrigen form- und fristgerecht eingereichte Beschwerde ist einzutreten (Art. 108 Abs. 2 AsylG und Art. 6 AsylG i.V.m. Art. 52 VwVG)

### **E. 1.3**

Mit Beschwerde kann die Verletzung von Bundesrecht, die unrichtige oder unvollständige Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts und die Unangemessenheit gerügt werden (Art. 106 Abs. 1 AsylG).

### **E. 2**

Gegenstand des vorliegenden Beschwerdeverfahrens ist eine Beschwerde gegen die Aufhebung einer vorläufigen Aufnahme. In dem am dem 1. Januar 2008 in Kraft getretenen, geänderten Art. 44 Abs. 2 AsylG wird hinsichtlich der Bestimmungen zum Anwesenheitsverhältnis bei nicht möglichem, nicht zulässigem oder nicht zumutbarem Wegweisungsvollzug auf die gesetzlichen Bestimmungen über die vorläufige Aufnahme in dem am 1. Januar 2008 in Kraft getretenen Bundesgesetz vom 16. Dezember 2005 über die Ausländerinnen und Ausländer (AuG, SR 142.20) verwiesen. Vorliegend erfolgte sowohl die Anordnung der vorläufigen Aufnahme als auch deren Aufhebung nach dem vom AuG abgelösten Bundesgesetz vom 26. März 1931 über Aufenthalt und Niederlassung der Ausländer (aANAG, BS 1 121). Die verfahrensrechtliche Ordnung des neuen Rechts ist

gemäss Art. 126 Abs. 2 AuG auf alle hängigen Verfahren anwendbar und damit auch auf das vorliegende Verfahren. Was den Rechtsschutz auf Bundesebene angeht, verweist das neue Recht auf die allgemeinen Bestimmungen der Bundesrechtspflege (Art. 112 Abs. 1 AuG).

### **E. 2.1**

Ausschlaggebend für die Frage der Anwendbarkeit des neuen oder bisherigen materiellen Rechts ist die in Art. 126 Abs. 1 AuG enthaltene intertemporalrechtliche Grundregel. Sie besagt, dass auf Gesuche, die vor dem Inkrafttreten dieses Gesetzes eingereicht wurden, das bisherige Recht anwendbar bleibt. Offen bleibt jedoch, wie im Bereich der ausländerrechtlichen Eingriffsverwaltung zu verfahren ist, wo die Einleitung eines Verfahrens von Amtes wegen erfolgen kann.

### **E. 2.2**

Auch wenn Art. 126 Abs. 1 AuG als Anknüpfungspunkt für das neue Recht den Zeitpunkt der Einreichung des Gesuchs wählt und dementsprechend vom Wortlaut aus alle diejenigen Verfahren, die - wie das vorliegende - nicht auf Gesuch hin eingeleitet wurden, von der intertemporalen Regel ausnimmt, gibt es keinen sachlichen Grund für eine unterschiedliche Behandlung der Verfahren je nach Zeitpunkt der Gesuchseinreichung. Zu beachten ist auch, dass in dem Art. 126 Abs. 1 AuG zugrundeliegenden Art. 121 Abs. 1 des ursprünglichen bundesrätlichen Entwurfs zum AuG (AuG-Entwurf) eine (Sonder-)Anknüpfung enthalten war, wonach das neue Recht für ein Beschwerdeverfahren nur Geltung hatte, wenn auch der angefochtene Entscheid nach dem Inkrafttreten des neuen Rechts ergangen war. Es kann zu dem davon ausgegangen werden, dass die lediglich mit formellen Änderungen betraute parlamentarische Redaktionskommission nicht beabsichtigte, eine derartige inhaltliche Änderung vorzunehmen, um diejenigen Verfahren, die von Amtes wegen eingeleitet werden, von der intertemporalen Regelung auszunehmen (vgl. hierzu das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts C-3912/2007 vom 14. Februar 2008 E. 2 ff.).

### **E. 2.3**

Das bisherige materielle Recht ist deshalb gemäss Art. 126 Abs. 1 AuG - über seinen (allzu engen) Wortlaut hinaus - auf alle Verfahren anwendbar, die erstinstanzlich vor Inkrafttreten des neuen Rechts eingeleitet wurden, unabhängig davon, ob sie von Amtes wegen oder auf Gesuch hin eröffnet wurden.

### **E. 3**

Die Voraussetzung für die Nachwirkung des alten Rechts sind in der vorliegenden Streitsache erfüllt. Einschlägig ist nebst dem aANAG die Verordnung über den Vollzug der Weg- und Ausweisung von ausländischen Personen vom 11. August 1999 (VVWA; SR 142.281). In der Folge wird auf das anwendbare alte Recht in Gegenwartsform Bezug genommen, ohne dass daraus Schlussfolgerungen für die Rechtslage gemäss AuG gezogen werden könnten.

### **E. 4**

Gemäss Art. 14a Abs. 1 aANAG war die vorläufige Aufnahme zu verfügen, wenn der Vollzug der Weg- oder Ausweisung nicht möglich, nicht zulässig oder nicht zumutbar ist. Nicht möglich ist der Vollzug, wenn der Ausländer weder in den Herkunfts- oder in den Heimatstaat noch in einen Drittstaat ausreisen oder dorthin gebracht werden kann (Art. 14a Abs. 2 aANAG); nicht zulässig ist er, wenn völkerrechtliche Verpflichtungen der Schweiz

einer Weiterreise des Ausländers in seinen Heimat-, Herkunfts- oder einen Drittstaat entgegenstehen (Art. 14a Abs. 3 aANAG); nicht zumutbar ist der Vollzug, wenn er für den Ausländer eine konkrete Gefährdung darstellt (vgl. Art. 14a Abs. 4 aANAG). Diese gesetzlichen Gründe für den Verzicht auf den Vollzug der Wegweisung sind alternativer Natur: Sobald einer von ihnen erfüllt ist, ist die weitere Anwesenheit des Ausländers nach den Bestimmungen über die vorläufige Aufnahme zu regeln (vgl. EMARK 2006 Nr. 6 E. 4.2. S. 54 f.). Allerdings finden gemäss Art. 14a Abs. 6 ANAG die Absätze 4 und 4bis derselben Bestimmung keine Anwendung, wenn der weg- oder ausgewiesene Ausländer die öffentliche Sicherheit und Ordnung verletzt hat oder in schwerwiegender Weise gefährdet.

#### **E. 5**

Ist die vorläufige Aufnahme gestützt auf Art. 44 Abs. 2 aAsylG einmal verfügt worden, so ist diese gemäss Art. 14b Abs. 2 aANAG wieder aufzuheben, wenn der Vollzug zulässig und es dem Ausländer möglich und zumutbar ist, sich rechtmässig in einen Drittstaat oder in seinen Heimatstaat oder in das Land zu begeben, in dem er zuletzt wohnte. Das Bundesamt kann die vorläufige Aufnahme jederzeit aufheben, auch wenn sich der Ausländer noch im Strafvollzug befindet (Art. 26 Abs. 1 VVWA). Es setzt eine angemessene Ausreisefrist an, sofern nicht der sofortige Vollzug der Weg- oder Ausweisung angeordnet wird. Das Verfahren richtet sich nach dem VwVG und dem BGG. Die Aufhebung der vorläufigen Aufnahme soll in einer zeitlich vernünftigen Distanz zur Entlassung aus dem Strafvollzug getroffen werden (EMARK 2006 Nr. 23 E. 4). Art. 14a Abs. 6 i.V.m. Art. 14b Abs. 2 aANAG bildete die Grundlage für die Aufhebung einer wegen Unzumutbarkeit des Wegweisungsvollzugs verfügten vorläufigen Aufnahme, wenn der Ausländer sich ein in Art. 14a Abs. 6 aANAG normiertes Verhalten anrechnen lassen muss. Hat der Ausländer somit die öffentliche Sicherheit und Ordnung verletzt oder in schwerwiegender Weise gefährdet, so ist die nach Art. 14a Abs. 4 aANAG verfügte vorläufige Aufnahme gestützt auf Art. 14a Abs. 6 aANAG trotz der im Falle des Vollzugs der Wegweisung weiterhin bestehenden konkreten Gefährdung des Ausländers wieder aufzuheben, sofern sich der Vollzug der Wegweisung als zulässig und möglich erweist. (vgl. zum Ganzen EMARK 2006 Nr. 23).

#### **E. 6**

Die Anwendung von Art. 14a Abs. 6 aANAG setzt eine Abwägung zwischen den Interessen des Ausländers auf Verbleib in der Schweiz und denjenigen der Schweiz an seiner Wegweisung voraus und schränkt dabei die Interessen des Staates auf den Schutz vor Gefährdung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung oder deren schwerwiegende Verletzung ein (vgl. EMARK 2004 Nr. 39 E. 5.3. S. 271, EMARK 2003 Nr. 3 E. 3a S. 26, EMARK 1995 Nr. 10 und 11). Nach der vom Gericht beachteten Praxis der ARK ist die Ausschlussklausel von Art. 14a Abs. 6 ANAG mit Zurückhaltung und insbesondere unter Beachtung des Verhältnismässigkeitsprinzips anzuwenden (EMARK 2004 Nr. 39 E. 5.3. S. 271, EMARK 2003 Nr. 3 E. 3a S. 27 und 1997 Nr. 24). Ein erster konkreter Hinweis darauf, was hinsichtlich der Anwendung von Art. 14a Abs. 6 aANAG praxisgemäss als verhältnismässig gilt, ergibt sich aus dem in EMARK 1995 Nr. 20 festgehaltenen Grundsatz, wonach im Vergleich zu den Ausnahmen bei der wegen Unmöglichkeit angeordneten vorläufigen Aufnahme wegen kriminellen, dissozialen oder rechtsmissbräuchlichen Verhaltens ein höherer Massstab anzusetzen ist. Somit genügt es nicht, wenn die kriminellen Handlungen des Beschwerdeführers den Schluss zulassen, dass dieser nicht gewillt oder nicht fähig ist, sich an die elementaren gesellschaftlichen Regeln

des Zusammenlebens zu halten, vielmehr müssen diese eine schwerwiegende Gefährdung oder Verletzung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung darstellen. Die Verurteilung zu einer bedingten Freiheitsstrafe beispielsweise lässt 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. Bei der Interessenabwägung ist der angedrohte Strafraum in Bezug zur verhängten Strafe zu setzen (vgl. EMARK 1995 Nr. 11). 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. Im Weiteren kann auch das Vorleben des Beschwerdeführers bei der Interessenabwägung mitberücksichtigt werden (vgl. EMARK 2004 Nr. 39 E. 5.3. S. 271). Daraus ergibt sich, dass bei der Beurteilung der Verhältnismässigkeit nicht von einer schematischen Betrachtungsweise auszugehen, sondern auf die gesamten Umstände des Einzelfalles abzustellen ist. Zu berücksichtigen sind insbesondere die Art der verletzten Rechtsgüter und die Schwere des Verschuldens. Steht nicht der Ausschluss von der vorläufigen Aufnahme, sondern die Aufhebung derselben zur Diskussion, wird auf Seiten des Ausländers im Rahmen der Interessenabwägung namentlich der Dauer der Anwesenheit in der Schweiz sowie den mit dem Vollzug der Wegweisung allenfalls verbundenen persönlichen und familiären Nachteilen ein vergleichsweise hoher Stellenwert beizumessen sein (vgl. EMARK 2006 Nr. 11 E. 7.2.3. S. 126 ff.).

## **E. 7**

Vorliegend kann davon ausgegangen werden, dass der Wegweisungsvollzug des aus B. \_\_\_\_\_ stammenden Beschwerdeführers entsprechend EMARK 2006 Nr. 2 grundsätzlich als unzumutbar zu erachten ist, da gemäss dieser Rechtsprechung der Wegweisungsvollzug in die Gebiete Zentral- und Süd-Somalias weiterhin generell unzumutbar und nur bei einer engen Verbundenheit einer betroffenen Person zu ihrer Heimatregion eine Zumutbarkeit des Wegweisungsvollzuges nach Somaliland und Puntaland (unter gewissen Voraussetzungen) zu bejahen ist. Da das BFM abschliessend festgehalten hat, angesichts der schwerwiegenden Gefährdung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung finde Art. 14a Abs. 4 aANAG keine Anwendung mehr, ist davon auszugehen, dass das Bundesamt damit die Zumutbarkeit des Vollzuges implizit verneint hat.

## **E. 8.1**

Es bleibt zu prüfen, ob die Voraussetzungen der Aufhebung der nach Art. 14a Abs. 4 aANAG angeordneten vorläufigen Aufnahme gestützt auf Art. 14a Abs. 6 aANAG gegeben sind, ob der Beschwerdeführer die öffentliche Sicherheit und Ordnung verletzt oder in schwerwiegender Weise gefährdet hat. Der Beschwerdeführer wurde mit Urteil des Kreisgerichtes \_\_\_\_\_ vom \_\_\_\_\_ der versuchten vorsätzlichen Tötung schuldig gesprochen und zu \_\_\_\_\_ Jahren Zuchthaus und \_\_\_\_\_ Jahren Landesverweisung, mit bedingtem Vollzug auf eine Probezeit von \_\_\_\_\_ Jahren, verurteilt. Damit hat der Beschwerdeführer in schwerwiegender Weise gegen die Rechtsordnung verstossen und Leib und Leben eines anderen Menschen gefährdet, weshalb klarerweise eine Verletzung der öffentlichen Sicherheit im Sinne von Art. 14a Abs. 6 aANAG vorliegt.

## **E. 8.2**

Des Weiteren ist zu prüfen, ob die Aufhebung der vorläufigen Aufnahme als verhältnismässig zu erachten ist. Einerseits spricht für einen weiteren Verbleib des

Beschwerdeführers in der Schweiz der Umstand, dass in seinem Heimatland desolatte Verhältnisse herrschen und aufgrund der langen Landesabwesenheit des Beschwerdeführers zu befürchten ist, dass er keine Möglichkeit fände, die notwendigen Lebensgrundlagen für eine menschenwürdige Existenz zu schaffen. Der Beschwerdeführer ist nicht vorbestraft. Auch lässt sich dem Urteil vom \_\_\_\_\_ (unter Strafzumessung, S. 15 f.) entnehmen, dass der Führungsbericht der Anstalt \_\_\_\_\_ vom 16. Juni 2006 grundsätzlich positiv ist. Dem Beschwerdeführer wird vom Kreisgericht Kooperationsbereitschaft nach der Tat und im Strafverfahren sowie ein einsichtiges und reuiges Verhalten bescheinigt. Andererseits ist die Gefährdung des hohen Rechtsgutes Leben und die hohe Strafe von \_\_\_\_\_ Jahren Zuchthaus und \_\_\_\_\_ Jahren Landesverweis (bedingter Vollzug) zu beachten. Wie das BFM in seiner Vernehmlassung ausführt, ist es nicht angezeigt, den Tathergang neu zu beurteilen. Zu Recht hebt das Bundesamt auch hervor, dass der Beschwerdeführer trotz seines achtjährigen Aufenthaltes in der Schweiz anscheinend keine besonders enge Verbundenheit mit ihr aufweise. Auch seiner Stellungnahme lässt sich keine entsprechende Verbundenheit entnehmen; so ist er beispielsweise seit einiger Zeit nicht mehr erwerbstätig, hat sich bis dato die deutsche Sprache nicht richtig anzueignen vermocht und anscheinend kaum Kontakte in der Schweiz hergestellt (vergleiche das Urteil vom \_\_\_\_\_, Strafzumessung, S. 15 f.). Es kann zudem davon ausgegangen werden, dass er - da er Somalia erst mit \_\_\_\_\_ Jahren verlassen hat - mit den Gegebenheiten und Gebräuchen seines Heimatlandes nach wie vor vertraut ist. Im Rahmen einer Gesamtabwägung lassen diese Umstände die Aufhebung der vorläufigen Aufnahme angesichts der Schwere der Straftat und der hohen Gefährdung der öffentlichen Sicherheit nicht als unverhältnismässig erscheinen. Es stehen zum Schutz der berechtigten öffentlichen Interessen zudem keine weniger schweren Eingriffsmöglichkeiten als die Rückschaffung des Beschwerdeführers in den Heimatstaat zur Verfügung. Der Entscheid über die Aufhebung der vorläufigen Aufnahme vom 21. Mai 2007 erfolgte auch in einer vernünftigen zeitlichen Distanz zur bevorstehenden Entlassung aus dem Strafvollzug (vgl. Bst. I vorstehend).

#### **E. 9**

Mit Verfügung vom 1. September 1998 hat das Bundesamt rechtskräftig festgestellt, dass der Beschwerdeführer die Flüchtlingseigenschaft nicht erfüllt. Ein Wegweisungsvollzug würde daher das in Art. 5 AsylG und Art. 33 FK verankerte Refoulement-Verbot nicht verletzen, setzen diese Bestimmungen doch voraus, dass die in Art. 3 AsylG und Art. 1 A Ziff. 2 FK umschriebene Flüchtlingseigenschaft erfüllt ist (vgl. Walter Kälin, Das Prinzip des Non-Refoulement, Bern/Frankfurt a.M. 1982, S. 270 ff.).

#### **E. 10**

Auch die Möglichkeit des Wegweisungsvollzuges ist zum jetzigen Zeitpunkt nicht von vornherein auszuschliessen (Art. 14a Abs. 2 aANAG).

#### **E. 11**

Aus diesen Erwägungen ergibt sich, dass die angefochtene Verfügung Bundesrecht nicht verletzt, den rechtserheblichen Sachverhalt richtig und vollständig feststellt und angemessen ist (vgl. Art. 106 AsylG). Die Beschwerde ist daher abzuweisen.

#### **E. 12**

Bei diesem Ausgang des Verfahrens sind die Kosten von insgesamt Fr. 600.-- dem Beschwerdeführer aufzuerlegen (vgl. Art. 63 Abs. 1 VwVG) und mit dem am 13. Juli 2007 geleisteten Kostenvorschuss zu verrechnen. (Dispositiv nächste Seite)

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