

BVGer E-4791/2006 vom 6. Dezember 2010

Bundesverwaltungsgericht, 2010-12-06, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_E-4791_2006

FR: TAF E-4791/2006 du 6 décembre 2010

IT: TAF E-4791/2006 del 6 dicembre 2010

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 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. 112 des Bundesgesetzes vom 16. Dezember 2005 über die Ausländerinnen und Ausländer [AuG, SR 142.20]; Art. 83 Bst. c Ziff. 3 des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 [BGG, SR 173.110]).

E. 1.2

Das Bundesverwaltungsgericht hat am 1. Januar 2007 die Beurteilung der bei der ARK hängigen Rechtsmittel übernommen. Das neue Verfahrensrecht ist anwendbar (vgl. Art. 53 Abs. 2 VGG). Das Verfahren richtet sich nach dem VwVG, dem VGG und dem BGG.

E. 1.3

Die Beschwerde ist frist- und formgerecht eingereicht (Art. 37 VGG i.V.m. Art. 50 und Art. 52 VwVG). Der Beschwerdeführer ist durch die angefochtene Verfügung besonders berührt und hat ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung beziehungsweise Änderung; er ist daher zur Einreichung der Beschwerde legitimiert (Art. 37 VGG i.V.m. Art. 48 Abs. 1 VwVG). Auf die Beschwerde ist einzutreten.

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. 3.1

Im vorliegenden Verfahren ist zu prüfen, ob die Vorinstanz die vorläufige Aufnahme des Beschwerdeführers zu Recht aufhob.

E. 3.2

Der Beschwerdeführer wurde mit unangefochtener Verfügung vom 27. Januar 1993 aus der Schweiz weggewiesen und infolge unzumutbaren Wegweisungsvollzugs in der Schweiz

vorläufig aufgenommen. Am 15. Mai 2000 wurde der Beschwerdeführer und seine Ehefrau gestützt auf den Beschluss des Schweizerischen Bundesrates vom 1. März 2000 betreffend "humanitäre Aktion 2000" vorläufig aufgenommen. Die vorliegende Beschwerde richtet sich gegen die vom BFM am 21. Juli 2006 verfügte Aufhebung dieser vorläufigen Aufnahme. Die gesetzliche Grundlage der "humanitären Aktion 2000" - eine Kategorie sui generis - ist in Art. 56 Abs. 1 und Art. 66 Abs. 1 AsylG zu erkennen (vgl. den Grundsatzentscheid EMARK 2002 Nr. 1 E. 1d). Jedoch bestehen diesbezüglich keine ausdrücklichen gesetzlichen Aufhebungsgründe. Gleichzeitig ist aber auszuschliessen, dass der Gesetzgeber die gestützt auf die besondere Bundesratskompetenz gemäss Art. 56 Abs. 1 und Art. 66 Abs. 1 AsylG angeordnete vorläufige Aufnahme als unaufhebbar ausgestalten wollte, würde dies doch eine in keiner Art und Weise zu rechtfertigende Ungleichbehandlung gegenüber den anderen Kategorien implizieren. Demnach ist praxismässig von einer analogen Anwendbarkeit der gesetzlich vorgegebenen Aufhebungsgründe auszugehen.

E. 3.3

Mit Inkrafttreten des AuG am 1. Januar 2008 wurde das Bundesgesetz vom 26. März 1931 über Aufenthalt und Niederlassung der Ausländer (ANAG, BS 1 121) abgelöst (vgl. Art. 125 AuG i.V.m. Ziffer I des Anhangs 2 zum AuG). Die übergangsrechtliche Bestimmung von Art. 126a Abs. 4 AuG sieht vor, dass für Personen, die wie vorliegend der Beschwerdeführer, im Zeitpunkt des Inkrafttretens der Änderung des AsylG vom 16. Dezember 2005 sowie des AuG vorläufig aufgenommen war, das neue Recht gilt. Diese spezielle Regel geht der allgemeinen Regel von Art. 126 Abs. 1 AuG (s. dazu [BVGE] Entscheide des Schweizerischen Bundesverwaltungsgerichts 2008/1) vor. Für die Frage der Aufhebung der vorläufigen Aufnahme ist somit zu prüfen, ob die Voraussetzungen nach neuem Recht (Art. 84 Abs. 1-3 AuG) gegeben sind.

E. 3.4

Die vorläufige Aufnahme ist eine Ersatzmassnahme für den nicht durchführbaren Vollzug der Wegweisung. Gemäss Art. 83 Abs. 1 AuG ist die vorläufige Aufnahme zu verfügen, wenn der Vollzug der Wegweisung nicht möglich, nicht zulässig oder nicht zumutbar ist.

E. 3.5

Gemäss Art. 84 Abs. 2 AuG hebt das BFM die vorläufige Aufnahme auf und ordnet den Vollzug der Weg- oder Ausweisung an, wenn die Voraussetzungen nicht mehr gegeben sind. Die Voraussetzungen für die vorläufige Aufnahme sind nicht mehr gegeben, wenn der Vollzug der rechtskräftig angeordneten Wegweisung zulässig (Art. 83 Abs. 3 AuG) und es der ausländischen Person möglich (Art. 83 Abs. 2 AuG) und zumutbar (Art. 83 Abs. 4 AuG) ist, sich rechtmässig in ihren Heimat-, in den Herkunftsstaat oder in einen Drittstaat zu begeben. Auf Antrag der kantonalen Behörde oder des Bundesamtes für Polizei kann das Bundesamt die vorläufige Aufnahme wegen Unzumutbarkeit oder Unmöglichkeit des Vollzugs (Art. 83 Abs. 2 und 4) ausserdem aufheben und den Vollzug der Wegweisung anordnen, wenn Gründe nach Art. 83 Abs. 7 AuG gegeben sind (vgl. Art. 84 Abs. 3 AuG).

E. 3.6

Art. 83 Abs. 7 AuG enthält in seinen Bst. a-c eine abschliessende Aufzählung der Voraussetzungen, bei deren Vorliegen eine vorläufige Aufnahme nach Art. 83 Abs. 2 und 4 AuG (das heisst wegen Unmöglichkeit oder Unzumutbarkeit des Vollzugs) nicht verfügt respektive - gestützt auf Art. 84 Abs. 3 AuG - eine bereits rechtskräftig angeordnete

vorläufige Aufnahme aufgehoben wird. Demnach wird die vorläufige Aufnahme nicht angeordnet respektive aufgehoben, wenn die weg- oder ausgewiesene Person zu einer längerfristigen Freiheitsstrafe im In- oder Ausland verurteilt wurde oder wenn gegen sie eine strafrechtliche Massnahme im Sinne von Art. 64 oder Art. 61 des Schweizerischen Strafgesetzbuchs vom 21. Dezember 1937 (StGB, SR 311.0) 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 Weg- oder Ausweisung durch ihr eigenes Verhalten verschuldet hat (Bst. c).

E. 3.7

Im Folgenden ist zu beurteilen, ob der Beschwerdeführer durch die von ihm begangenen Straftaten einen Grund nach Art. 83 Abs. 7 AuG gesetzt hat.

E. 3.8.1

Bei einer Prüfung des Ausschlussgrundes nach Art. 83 Abs. 7 Bst. a AuG muss die Verurteilung der längerfristigen Freiheitsstrafe klarerweise rechtskräftig sein. Der Begriff "längerfristig" wird vom Gesetzgeber nicht näher definiert. In der Lehre wird die Auffassung vertreten, die längerfristige Freiheitsstrafe müsse deutlich über einem Jahr liegen (vgl. Marc Spescha, in: Marc Spescha/Hanspeter Thür/Andreas Zünd/Peter Bolzli, Kommentar Migrationsrecht, Zürich 2009, N. 6 zu Art. 62 AuG, sowie Bolzli, a.a.O., N. 22 zu Art. 83 AuG und N. 5 zu Art. 84 AuG, vgl. dazu auch BGE 2C_295/2009 vom 25. September 2009 E. 4.2).

E. 3.8.2

Seitens des Beschwerdeführers wurde in der Rechtsmitteleingabe geltend gemacht, die Vorinstanz habe das kardinale Prinzip von Art. 6 der Konvention vom 4. November 1950 zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK, SR 0.101) (Unschuldsvermutung) verletzt, weil es die vorläufige Aufnahme aufgehoben habe, ohne dass ein rechtskräftiges Urteil vorliege. Diese Rüge erweist sich - wie nachfolgend ausgeführt - aufgrund der heutigen Ausgangslage als gegenstandslos.

E. 3.8.3

Heute ist aktenkundig, dass der Beschwerdeführer mit Urteil des K. _____ vom (...) März 2009 und mit Urteil der Appellationsinstanz des Kantons D. _____ vom (...) Januar 2010, welche das erstinstanzlich ergangene Urteil bestätigte, wegen mehrfacher Vergewaltigung (Art. 190 Abs. 1 StGB), mehrfacher einfacher Körperverletzung (Art. 123 Ziff. 1 und Ziff. 2 Abs. 2 und Abs. 3 StGB, Drohung (Art. 180 Abs. 1 und Abs. 2 Bst. a StGB) und mehrfacher Nötigung (Art. 181 StGB) zum Nachteil seiner damaligen Ehefrau, begangen von Juli 2002 bis Mai 2005 für schuldig gesprochen und in Anwendung des seit 1. Januar 2007 revidierten Allgemeinen Teils des Strafgesetzbuchs unter Annahme einer in schwerem Grade verminderten Schuldfähigkeit zu einer bedingten Freiheitsstrafe von zwei Jahren während einer Probezeit von vier Jahren verurteilt wurde. Mit dieser rechtskräftigen Verurteilung und dem ausgesprochenen Strafmass hat der Beschwerdeführer unbestrittenermassen einen Aufhebungsgrund gesetzt.

E. 3.9

Im Weiteren ist zu prüfen, ob die Aufhebung der vorläufigen Aufnahme zum heutigen Zeitpunkt infolge der deliktischen Tätigkeit des Beschwerdeführers in Anwendung von Art.

84 Abs. 3 in Verbindung mit Art. 83 Abs. 7 AuG verhältnismässig ist.

E. 3.9.1

Die Bestimmung von Art. 84 Abs. 3 AuG ist als "Kann"-Bestimmung formuliert. Das bedeutet, dass die Aufhebung der vorläufigen Aufnahme fakultativ ist und der Feststellung von Aufhebungsgründen im Sinne von Art. 84 Abs. 3 AuG i.V.m. Art. 7 AuG in jedem Fall eine sorgfältige behördliche Interessenabwägung folgen muss (vgl. Art. 96 Abs. 1 AuG; vgl. dazu PETER BOLZLI, in: MARC SPESCHA/HANSPETER THÜR/ANDREAS ZÜND/PETER BOLZLI, Kommentar Migrationsrecht, Zürich 2009, N. 6 zu Art. 84 AuG und N. 23 zu Art. 83 AuG; vgl. auch BVGE 2007/32 E. 3.2).

E. 3.9.2

Gemäss der am vormaligen Art. 14a Abs. 6 aANAG entwickelten und heute noch geltenden Praxis setzt die Anwendung der Ausschlussklausel von Art. 83 Abs. 7 AuG eine Abwägung zwischen den Interessen des Ausländers am Verbleib in der Schweiz und denjenigen der Schweiz an seiner Wegweisung voraus und schränkt dabei das Interesse des Staates auf den Schutz vor Gefährdung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung oder deren schwerwiegende Verletzung ein, wobei die Ausschlussklausel mit Zurückhaltung und insbesondere unter Beachtung des Verhältnismässigkeitsprinzips anzuwenden ist. Es genügt 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 und 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 das Strafmass oder der Umstand, dass durch das begangene Delikt besonders wertvolle Rechtsgüter betroffen sind, zum gegenteiligen Schluss führen. Bei der Interessenabwägung ist der angedrohte Strafrahmen in Bezug zur verhängten Strafe zu setzen. Auch die wiederholte Deliktsbegehung kann trotz bedingt ausgesprochener Freiheitsstrafe Anhaltspunkte für die Gefährdung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung geben, stellt eine solche doch die vermutete günstige Prognose erheblich in Frage. Des weiteren kann auch das Vorleben des Beschwerdeführers bei der Interessenabwägung mitberücksichtigt werden. Steht nicht der Ausschluss von einer 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 mit dem Vollzug der Wegweisung allenfalls verbunden persönlichen und familiären Nachteilen ein vergleichsweise hoher Stellenwert beizumessen sein (vgl. EMARK 2004 Nr. 39 E. 5.3 und 2006 Nr. 11 E. 4 und E. 7.2.3 S. 126 ff., BVGE 2007/32 E. 3.7. S. 390 ff.).

E. 3.10

Das BFM hat in der angefochtenen Verfügung und im Rahmen der Vernehmlassung die Aufhebung der vorläufigen Aufnahme als verhältnismässig beurteilt und argumentiert, der Beschwerdeführer sei mit 21 Jahren in die Schweiz gekommen, die prägenden Jahre habe er in seiner Heimat verbracht und gemäss Abklärungen vor Ort würden seine Eltern und mehrere Geschwister im Kosovo leben, auf deren Betreuung und Unterstützung er bei der Rückkehr zählen dürfe. Die von Ärzten als notwendig erachtete medizinische und psychiatrische Behandlung könne er in seiner Heimat erhalten. Der Beschwerdeführer gehe in der Schweiz seit Jahren keiner Arbeit nach, Sorge nicht für die Familie und sei

wirtschaftlich nicht integriert. Von einer starken, sozialen oder kulturellen Integration könne angesichts seines Verhaltens gegenüber seiner Ehefrau und seinem Sohn nicht die Rede sein. Vielmehr sei der Ausländer offensichtlich nicht gewillt oder nicht fähig, wie auch sein Verhalten gegenüber seiner Familie zeige, sich an die elementarsten gesellschaftlichen Regeln des Zusammenlebens in der Schweiz zu halten. In diesem Sinne sei den Interessen der Ehegattin und Kinder bei der Gesamtabwägung Rechnung zu tragen. Die als nicht gering einzuschätzende Gewaltbereitschaft des Beschwerdeführers schliesse nicht aus, dass dieser rückfällig werden würde. Dem daraus resultierenden Sicherheitsbedürfnis der Gesellschaft sei durch geeignete ausländerrechtliche Massnahmen Rechnung zu tragen. Unter Hinweis auf BVGE 2007/32 E.3.7.3. S. 391 gehe es über den Einzelfall hinaus um die Durchsetzung wirkungsvoller Massnahmen und darum, die Gemeinschaft vor Gefährdung zu schützen. Die Trennung von seiner Familie habe sich der Beschwerdeführer selber zuzuschreiben und das ihm eingeräumte Besuchsrecht könne er im Rahmen von Kurzaufenthalten vom Ausland her ausüben. Eine Prüfung der persönlichen Notlage sei aufgrund des bisherigen Verhaltens des Beschwerdeführers nicht vorzunehmen.

E. 3.11

Demgegenüber liess der Beschwerdeführer in der Rechtsmitteleingabe sowie im Rahmen der Replik ausführen, eine Ausweisung wäre unangemessen, denn er lebe seit zirka 15 Jahren in der Schweiz, was als überaus lange Anwesenheit bezeichnet werden könne, und er habe abgesehen von dem strafrechtlichen Verfahren zu keinerlei Klagen Anlass gegeben. Es treffe nicht zu, dass er mit den heimatlichen Verhältnissen nach wie vor vertraut wäre und von seinen nahen Verwandten im Kosovo aufgenommen und betreut werden könnte, da diese selber Familien hätten und er psychisch und gesundheitlich stark angeschlagen sei. Er sei auf eine fachärztliche Behandlung angewiesen, die nicht durch den Bruder wahrgenommen werden könne, auch wenn dieser die entsprechende Ausbildung habe. Des Weiteren sei zu berücksichtigen, dass seine Familie in der Schweiz lebe und er trotz der Trennung von seiner Frau weiterhin Kontakt zu ihr und seinen beiden Kindern habe. Der ältere Sohn besuche ihn regelmässig bei seiner Schwester, die auch für ihn (den Beschwerdeführer) sorgen würde. Die Vorinstanz habe dem Umstand, dass er in der Schweiz zwei Kinder habe, zu denen er im Rahmen des Besuchsrechts Kontakt habe, nicht berücksichtigt.

E. 3.12

Der Vorinstanz kann im Ergebnis nicht gefolgt werden, weil einige der den Beschwerdeführer begünstigenden Faktoren nicht angemessen berücksichtigt wurden, wie seitens des Rechtsvertreters zutreffend ausgeführt wurde. Die vorzunehmende Interessenabwägung (vgl. BVGE 2007/32, EMARK 2006 Nr. 23, E. 3.7.3) wird, wie nachfolgend erläutert, zeigen, dass das Interesse des Beschwerdeführers an einem Verbleib in der Schweiz im Vergleich zum öffentlichen Interesse am Vollzug der Wegweisung höher einzustufen ist. Dabei ist auf das Urteil des K. _____ vom (...) März 2009, welches mit Urteil vom 14. Januar 2010 von der Appellationsinstanz bestätigt wurde, näher einzugehen, insbesondere auf das festgestellte Verschulden des Beschwerdeführers und die danach bemessene Strafe, welche Ausgangspunkt und Massstab für die ausländerrechtliche Interessenabwägung ist (vgl. BGE 129 II 215 E. 3.1 S. 216). Dabei ist festzuhalten, dass bei der Beurteilung des Verschuldens des Täters gemäss Art. 47 Abs. 1 StGB auch dessen Vorleben, die persönlichen Verhältnisse sowie die Wirkung der Strafe auf dessen Leben zu berücksichtigen sind. Nach Art. 47 Abs. 2 StGB wird das Verschulden nach der Schwere

der Verletzung des Rechtsguts, nach der Verwerflichkeit des Handelns, den Beweggründen und Zielen des Täters sowie danach bestimmt, wie weit der Täter nach den inneren und äusseren Umständen in der Lage war, die Gefährdung oder Verletzung zu vermeiden.

E. 3.12.1

Aufgrund des Schuldspruches, wonach der Beschwerdeführer seine Ehefrau mehrfach vergewaltigte, nötigte, verletzte und bedrohte und seinen Sohn mehrfach verletzte und nötigte (vgl. in casu Schuldspruch in E. 3.7.3), wiegt das Verschulden des Beschwerdeführers gemäss Urteil vom (...) März 2009 des K._____ schwer. Zu seinen Lasten falle, dass er mehrere Straftatbestände teils mehrfach erfüllt und dabei die psychische und physische Integrität seiner damaligen Ehefrau und seines damals zirka dreijährigen Sohnes sowie ihr sexuelles Selbstbestimmungsrecht über eine relativ lange Zeit (ca. Juli 2002 - Ende Mai 2005) verletzt habe. Weiter falle zu seinen Ungunsten - auch strafehöhend - die verschiedenartige Delinquenz, welche auf eine erhebliche kriminelle Energie des Beschwerdeführer hinweise, ins Gewicht. Das Handeln des Beschwerdeführers sei skrupellos gewesen. Wer den Ehepartner und sein Kind so behandle, wie der Beschwerdeführer es getan habe, habe nicht begriffen, was Ehe- und Familienleben bedeute. In diesem Zusammenhang sei aber zu berücksichtigen, dass das Motiv in der Krankheit des Beschwerdeführers liege. Gemäss den als überzeugend beurteilten Ausführungen des forensisch-psychiatrischen Gutachtens von Dr. M._____ vom (...) 2005 leide der Beschwerdeführer unter einem sogenannten schizophrenen Residuum, also dem chronischem Restzustand einer ungünstig verlaufenen schizophrenen Erkrankung (F 20.5 nach ICD-10). Menschen, die an einem schizophrenen Residuum leiden würden, würden eine Unterfunktion des Neurotransmitters Dopamin im Frontalhirn, also dem Bereich des Hirnes, das für die Impulskontrolle und -steuerung zuständig sei, aufweisen. Diese Dysfunktion wirke sich so aus, dass die Betroffenen einerseits unter einer auffälligen negativen Symptomatik mit Sprachverarmung, Passivität und Antriebslosigkeit leiden, andererseits es ihnen an der Kontrolle und Steuerung bestimmter Impulse mangle, so dass bisweilen absurd anmutende Ideen umgesetzt würden, ohne Rücksicht auf soziale Konventionen. Die Zurechnungsfähigkeit für die dem Beschwerdeführer vorgeworfenen Straftaten sei insgesamt als schwer beeinträchtigt einzustufen, was denn auch dazu führe, dass die Schuldfähigkeit des Beschwerdeführers zum Zeitpunkt der Tat in schwerem Grade beeinträchtigt gewesen sei. Die Folge davon sei eine starke Strafreduktion. Weiter falle zu seinen Gunsten positiv ins Gewicht, dass es sich bei diesem um einen Ersttäter handle, der sich seit Ende Mai 2005 - soweit bekannt - unauffällig verhalten habe. Weiter sei die lange straffreie Zeit des Beschwerdeführers seit Ende des Tatzeitraums und den bei der Schwester und den Fischerkollegen gefundene Halt sowie die Absicht des Beschwerdeführers, eine Teilzeitarbeitsstelle zu finden, positiv zu werten. Rechtfertigungsgründe für das Verhalten des Beschwerdeführers erkennt das K._____ keine, indessen bestätigte es - wie vorliegend ausgeführt - Schuld-milderungsgründe, insbesondere eine in schwerem Grade verminderte Schuldfähigkeit des Beschwerdeführers zur Tatzeit.

E. 3.12.2

Zur Person und den persönlichen Verhältnissen des Beschwerdeführers führte das K._____ aus, der Beschwerdeführer habe in seiner Heimat eine Lehre als technischer Schlosser absolviert, im Anschluss daran habe er keine Arbeit gefunden, weshalb er während sieben bis acht Monaten Militärdienst geleistet habe. Ende 1991 sei er als Asylsuchender in die Schweiz gelangt und ab 1992 habe er in Restaurants gearbeitet,

letztmals während zirka vier bis fünf Jahren in einem Betrieb. Von 1999 bis 2001 sei der Beschwerdeführer durch Vermittlung von Temporärbüros vorübergehend erwerbstätig gewesen. Danach sei keine Anstellung mehr bekannt. Die seit 1995 geschlossene Ehe sei mittlerweile aufgelöst worden. Der Beschwerdeführer wohne alleine. Seit Einnahme der Medikamente gegen die Erkrankung trinke er keinen Alkohol mehr. Dem Beschwerdeführer zufolge verbringe er einmal pro Monat das Wochenende mit seinen beiden Söhnen, welche bei einer Schweizer Pflegefamilie wohnen würden, bei seiner Schwester, die auch seine Bezugsperson sei. Bisher habe der Beschwerdeführer keine Anstellung gefunden, er erhalte ein Erwerbsersatz Einkommen der Invalidenversicherung von monatlich Fr. 1'450.- und wolle künftig 50 Prozent für M. arbeiten, der teilinvalide Personen beschäftige. Der Strafregisterauszug des Beschwerdeführers sei blank.

E. 3.12.3

Unter Berücksichtigung der oben erwähnten Strafzumessungsfaktoren kam das K. _____ zum Schluss, dass eine Freiheitsstrafe von zwei Jahren dem Verschulden des Beschwerdeführers angemessen erscheine.

E. 3.12.4

Hinsichtlich des Vollzugs dieser Freiheitsstrafe entschied das K. _____ diese während einer Probezeit von vier Jahren aufzuschieben, da angesichts des Wohlverhaltens des Beschwerdeführers seit Ende Mai 2005, der laufenden Behandlung bei den Ambulanten Diensten der F. _____ Psychiatrie, der Warnwirkung durch die Erhöhung der Probezeit in diesem Urteil, der heute zusätzlich angeordneten flankierenden Massnahmen (Bewährungshilfe und Weisung) sowie des Umstands, dass der Angeklagte aus dem gegen ihn durchgeführten Strafverfahren tatsächlich etwas gelernt habe (wovon zu seinen Gunsten auszugehen sei), dem Beschwerdeführer eine günstige Prognose gestellt werden könne. Eine unbedingte Strafe erscheine nicht notwendig, um den Beschwerdeführer vor weiteren Vergehen oder Verbrechen abzuhalten. Die Erhöhung der Probezeit sei angesichts der Umstände des Einzelfalls insbesondere der Persönlichkeit und des Charakters sowie der latenten Gefahr der Rückfälligkeit des Beschwerdeführers gemäss dem forensisch-psychiatrischen Gutachten vom (...) November 2005 gerechtfertigt. Dr. med. M. _____ habe die Rückfallgefahr zwar nicht ganz ausschliessen können, aber sie als klein eingestuft. Die Straftaten wären in erster Linie im Zusammenhang mit der Beziehung zu seiner Ehefrau zu erwarten. Während der Probezeit soll die Bewährungshilfe dazu dienen, dass der Beschwerdeführer vor Rückfälligkeit bewahrt werde. Dem Schreiben der Ambulanten Dienste der F. _____ Psychiatrie vom (...) Februar 2009 sei zu entnehmen, dass der Beschwerdeführer seit 3. November 2005 integriert psychiatrisch behandelt werde, ausnahmslos die ein- bis zweiwöchigen Termine wahrnehme und seine Medikamente regelmässig und zuverlässig einnehme. Der psychische Zustand des Beschwerdeführers habe sich seit Behandlungsbeginn leicht verbessert. Er nehme vermehrt soziale Kontakte wahr und habe keine Wahnvorstellungen, Sinnestäuschungen oder Ich-Störungen. Besondere Vorkommnisse seien keine aufgetreten. Aufgrund der aktuellen Lebenssituation des Beschwerdeführers lasse sich zum Rückfallrisiko zur Zeit wenig sagen, Ziel der fortzusetzenden Behandlung sei, den Beschwerdeführer vor Rückfälligkeit zu bewahren und ihn noch stärker sozial zu integrieren.

E. 3.13

In Anlehnung an die obgenannten Ausführungen des K._____ kommt das Bundesverwaltungsgericht hinsichtlich der Ausschlussklausel der Anordnung beziehungsweise hier der Aufrechterhaltung der vorläufigen Aufnahme, welche zurückhaltend und in Beachtung des Verhältnismässigkeitsprinzips anzuwenden ist, zu folgendem Schluss:

E. 3.14

Es genügt 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 und 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. Bei der Interessenabwägung ist der angedrohte Strafraum in Bezug zur verhängten Strafe zu setzen. In casu ist das K._____ von einem angedrohten Strafraum von 15 Jahren Freiheitsstrafe ausgegangen. Zu dieser Berechnung gelangte das Gericht, indem es das Strafmass des Tatbestandes mit der höchsten Strafandrohung (Vergewaltigung) nach Art. 49 Abs. 1 StGB um die Hälfte erhöhte (schärfte), weil der Täter durch eine oder mehrere Handlungen die Voraussetzungen für mehrere gleichartige Strafen erfüllte. Die angedrohten zehn Jahre Freiheitsstrafe für die Deliktbegehung der Vergewaltigung wurden um fünf Jahre erhöht. Unter Berücksichtigung der in schwerem Grade verminderten Schuldfähigkeit des Beschwerdeführers zur Tatzeit milderte das K._____ in Anwendung von Art. 19 Abs. 2 StGB die Strafe und gelangte zu einer bedingten Freiheitsstrafe von zwei Jahren. Die Strafe, die einem Achtel des angedrohten Strafmasses entspricht, ist demnach als eher gering einzustufen, wenn auch angesichts der betroffenen sehr wertvollen Rechtsgüter (Leib, Leben, sexuelle Handlungsfreiheit) nicht unbedeutend. Die in schwerem Grade verminderte Schuldfähigkeit des Beschwerdeführers liegt diesem geringen Strafmass massgeblich zugrunde. Die vom K._____ dem Beschwerdeführer positiv gestellte Prognose erachtet auch das Bundesverwaltungsgericht als gerechtfertigt, weil das Verhalten des Beschwerdeführers von 1991 bis 2002 klaglos gewesen ist und auch seit Ende des Strafzeitraums (Ende Mai 2005) zu keinen weiteren Klagen Anlass gegeben hat. Die Vorinstanz hat denn auch in ihrer Vernehmlassung zu Unrecht den Entscheid des Bundesverwaltungsgerichts (BVGE 2007/32) zur Begründung des durchzusetzenden allgemeinen Sicherheitsbedürfnisses herangezogen, da er sich entscheidend vom vorliegendem Verfahren unterscheidet, in welchem der Beschwerdeführer nicht rückfällig geworden ist. Entgegen den vorinstanzlichen Ausführungen hat der Beschwerdeführer in der Zeit vor den Straftaten teilweise gearbeitet (vgl. E. 3.11). Dass der Beschwerdeführer später infolge seiner Erkrankung nicht in den Arbeitsmarkt integriert werden konnte, darf ihm nicht angelastet werden. Allein aufgrund der Straffälligkeit den Schluss zu ziehen, er sei nicht gewillt, sich in die hiesigen gesellschaftlichen Regeln einzuordnen, erachtet das Bundesverwaltungsgericht als unzutreffend. Die langjährige straffreie Anwesenheit des Beschwerdeführers spielt bei der zurückhaltend anzuwendenden Aufhebung der vorläufigen Aufnahme eine besonders wichtige Rolle. Die siebzehn Jahre straffreien Aufenthalts in der Schweiz sind den drei Jahren Deliktszeit gegenüberzustellen und entsprechend zu würdigen. Von dem vom BFM zitierten BVGE 2007/32 zugrundeliegenden Sachverhalt unterscheidet sich der vorliegende zum Zweiten auch insoweit entscheidend, als dass das

gegenseitige Interesse des Beschwerdeführers und dessen Söhne am wahrzunehmenden Besuchsrecht als erstellt gilt. Dem jüngst vom Bundesverwaltungsgericht eingeholten Bericht der zuständigen Beiständin der Kinder zufolge nimmt der Beschwerdeführer das ihm eingeräumte Besuchsrecht regelmässig wahr und haben die Kinder ihrerseits ein ebenso grosses Interesse am Kontakt zu ihrem Vater. Gemäss der Einschätzung der zuständigen Beiständin sind die Kontakte zum Vater als wichtiger Bestandteil im Leben der Kinder zu erachten. Die Vorfreude der Kinder auf die Kontakte mit dem Vater sei gross, was auch von der Fachperson, welche die Kinder begleite, sowie von den Pflegeeltern bestätigt werde. Gestützt auf die vorstehenden Erwägungen ist in diesem Grenzfall festzustellen, dass die privaten Interessen des Beschwerdeführers an einem Verbleib in der Schweiz die öffentlichen Interessen am Wegweisungsvollzug zwecks Durchsetzung präventiver Schutzinteressen überwiegen. Zwar hat der Beschwerdeführer aufgrund seiner Taten die öffentliche Ordnung in schwerwiegender Weise verletzt, doch ist ein Wegweisungsvollzug des Beschwerdeführers in Anbetracht seines seither klaglosen Verhaltens und des guten Kontaktes zu seinen Kindern, welcher sich für deren Entwicklung begünstigend auswirkt, nicht verhältnismässig. Bei dieser Schlussfolgerung kann offen gelassen werden, ob der Beschwerdeführer, welcher im Kosovo über ein Beziehungsnetz verfügt, dort eine allenfalls adäquate medizinische Behandlung erhalten würde, zumal die Nachteile eines Wegweisungsvollzugs in den Kosovo für den Beschwerdeführer und die in der Schweiz verbleibenden Kinder erheblich wären. Dem Beschwerdeführer ist daher der Status der vorläufigen Aufnahme zu belassen. Bei erneuten Klagen beziehungsweise Verurteilungen müsste eine Neueinschätzung der Situation vorgenommen werden.

E. 3.15

Aufgrund vorstehender Ausführungen ergibt sich, dass die durch das BFM verfügte Aufhebung der vorläufigen Aufnahme nicht angemessen ist (Art. 49 VwVG). Die Beschwerde ist demnach gutzuheissen und die Verfügung des BFM vom 21. Juli 2006 aufzuheben.

E. 4.1

Bei diesem Ausgang des Verfahrens ist auf die Erhebung von Verfahrenskosten zu verzichten (Art. 63 Abs. 1 VwVG).

E. 4.2

Gemäss Art. 64 Abs. 1 VwVG kann die Beschwerdeinstanz der obsiegenden Partei von Amtes wegen oder auf Begehren eine Entschädigung für die ihr erwachsenen notwendigen und verhältnismässig hohen Kosten zusprechen. Am 11. November 2011 reichte der Rechtsvertreter des Beschwerdeführers eine Kostennote in der Höhe von Fr. 2'933.50 (11,75 Stunden à Fr. 230.- zuzüglich Auslagen von Fr. 23.80 und MWSt) ein. Der berechnete Zeitaufwand ist nach den des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht (VGKE, SR 173.320.2) zu berechnenden Faktoren angemessen und das BFM ist anzuweisen, dem Beschwerdeführer eine Parteientschädigung von total Fr. 2'933.50 zu entrichten. (Dispositiv nächste Seite)