

# **BVGer F-1970/2023 vom 14. Oktober 2024**

Bundesverwaltungsgericht, 2024-10-14, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger\\_F-1970\\_2023](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_F-1970_2023)

FR: TAF F-1970/2023 du 14 octobre 2024

IT: TAF F-1970/2023 del 14 ottobre 2024

## **Regeste**

Erlöschen der vorläufigen Aufnahme

## **Erwägungen**

### **E. 1.1.1**

Verfügungen des SEM betreffend Erlöschen der vorläufigen Aufnahme im Bereich des Ausländerrechts unterliegen der Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht (Art. 112 Abs. 1 AIG i.V.m. Art. 31 ff. VGG).

### **E. 1.1.2**

Vorbehalten bleibt die gesetzliche Ausnahmebestimmung von Art. 32 Abs. 1 Bst. a VGG. Danach ist eine Beschwerde unzulässig gegen Verfügungen auf dem Gebiet der inneren und äusseren Sicherheit des Landes, der Neutralität, des diplomatischen Schutzes und der übrigen auswärtigen Angelegenheiten, soweit das Völkerrecht nicht einen Anspruch auf gerichtliche Beurteilung einräumt. Der Ausnahmekatalog in Art. 32 VGG, der sein Pendant in Art. 83 BGG findet, ist restriktiv auszulegen (vgl. BGE 137 I 371 E. 1.2 m.H.). Die Ausnahmebestimmung von Art. 32 Abs. 1 Bst. a VGG bezieht sich auf die klassischen «actes de gouvernement» des Bundesrats (BGE 132 II 342 E. 1; MARINO LEBER, in: Auer/Müller/Schindler (Hrsg.), VwVG – Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren Kommentar,

F-1970/2023 Seite 5

### **E. 1.1.3**

Eine Ausweisung stellt einen vom Ausnahmekatalog erfassten politischen Entscheid zum Schutz der inneren und äusseren Sicherheit der Schweiz dar (Urteil des BVGer F-3116/2023 vom 27. Juni 2023 E. 4.4 [zur Publikation vorgesehen]) und das Erlöschen der vorläufigen Aufnahme ist gemäss Art. 83 Abs. 9 AIG unmittelbare gesetzliche Folge der Ausweisung. Es stellt sich daher die Frage, ob auch die vorliegende Feststellungsverfügung betreffend Erlöschen der vorläufigen Aufnahme – akzessorisch zur ihr zugrundeliegenden Ausweisungsverfügung – als politischer Entscheid zu qualifizieren ist, auf welchen Art. 32 Abs. 1 Bst. a VGG grundsätzlich zur Anwendung kommt.

### **E. 1.1.4**

Ob dem so ist, kann vorliegend jedoch offenbleiben. Der Ausschlussgrund von Art. 32 Abs. 1 Bst. a VGG käme nämlich auf die angefochtene Verfügung selbst dann nicht zur Anwendung, wenn diese als Entscheid mit überwiegend politischem Charakter qualifiziert würde. Art. 32 Abs. 1 Bst. a VGG schliesst die Beschwerde ans Bundesverwaltungsgericht gegen entsprechende Entscheide bloss im Grundsatz aus. Die Beschwerde steht im Sinne einer Gegen Ausnahme gleichwohl offen, soweit das Völkerrecht einen Anspruch auf

gerichtliche Beurteilung einräumt. Ein solcher völker- rechtlicher Anspruch kann sich namentlich aus der EMRK ergeben (LEBER, a.a.O., N. 11 zu Art. 72 VwVG). Gleich wie Art. 83 Bst. a BGG umschreibt Art. 32 Abs. 1 Bst. a VGG nicht, welche Instanz die gerichtliche Beurteilung vornehmen muss. Die Bestimmung verlangt keine Beurteilung durch ein schweizerisches Gericht und lässt zu, dass das Verfahren vor dem Euro- päischen Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) angesprochen ist. Für die Gegen Ausnahme von Art. 32 Abs. 1 Bst. a VGG genügt es somit, dass das Völkerrecht in der Form der EMRK eine gerichtliche Beurteilung durch den Gerichtshof vorsieht (BGE 138 I 6 E. 1.3.2 ff. [betr. Art. 83 Bst. a BGG] analog; vgl. Urteil des BVGer F-3116/2023 vom 27. Juni 2023 E. 4.3 m.w.H. [zur Publikation vorgesehen]; vgl. auch FLORENCE AUBRY GIRARDIN, in: Aubry Girardin/Donzallaz/Denys/Bovey/Frésard [Hrsg.], Commentaire de la LTF, 3. Aufl. 2022, N. 27 ff. zu Art. 83 BGG; THOMAS HÄBERLI, in: Nig- gli/Uebersax/Wiprächtiger/Kneubühler [Hrsg.], Basler Kommentar Bundes- gerichtsgesetz, 3. Aufl. 2018, N. 29 ff. zu Art. 83 BGG). Dies ist vorliegend der Fall, zumal der Beschwerdeführer mit vertretbaren Gründen eine Ver- letzung von Art. 3 und Art. 8 EMRK rügt (Rz. 38 ff. der Beschwerde vom

F-1970/2023 Seite 6 12. April 2023; vgl. Urteil des BVGer F-3116/2023 vom 27. Juni 2023 E. 4.9 m.H. [zur Publikation vorgesehen]).

#### **E. 1.1.5**

Der Ausschlussgrund von Art. 32 Abs. 1 Bst. a VGG kommt daher nicht zur Anwendung und das Bundesverwaltungsgericht ist für die Be- handlung der vorliegenden Beschwerde zuständig.

#### **E. 1.2**

Das Rechtsmittelverfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht richtet sich nach dem VwVG, soweit das VGG nichts anderes bestimmt (Art. 37 VGG).

#### **E. 1.3**

Der Beschwerdeführer ist als Verfügungsadressat zur Beschwerde le- gitimiert (Art. 48 Abs. 1 VwVG). Auf die frist- und formgerecht eingereichte Beschwerde ist einzutreten (Art. 50 Abs. 1 und 52 Abs. 1 VwVG).

#### **E. 1.4**

Das vorliegende Urteil ergeht in Fünferbesetzung gemäss Art. 21 Abs. 2 VGG.

#### **E. 1.5**

In der vorliegenden Angelegenheit entscheidet das Bundesverwal- tungsgericht endgültig (Art. 83 Bst. c Ziff. 3 BGG; vgl. auch Art. 83 Bst. c Ziff. 4 BGG).

#### **E. 2**

Mit Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht können die Verletzung von Bundesrecht einschliesslich Überschreitung oder Missbrauch des Er- messens, die unrichtige oder unvollständige Feststellung des rechtserheb- lichen Sachverhalts und – sofern wie vorliegend keine kantonale Behörde als Beschwerdeinstanz verfügt hat – die Unangemessenheit gerügt werden (Art. 49 VwVG). Das Bundesverwaltungsgericht wendet das Bundesrecht von Amtes wegen an. Es ist gemäss Art. 62 Abs. 4 VwVG nicht an die Be- gründung der Begehren gebunden und kann die Beschwerde auch aus an- deren als den geltend gemachten Gründen gutheissen oder abweisen. Massgebend ist grundsätzlich die

Sachlage zum Zeitpunkt seines Ent- scheidts (vgl. BVGE 2020 VII/4 E. 2.2 m.H.).

### **E. 3.1**

In der vorliegenden Streitsache geht es um das Erlöschen der vorläu- figen Aufnahme infolge rechtskräftiger Ausweisung gestützt auf Art. 83 Abs. 9 AIG in der seit dem 1. Juni 2022 geltenden Fassung gemäss Ziff. I 2 des Bundesgesetzes vom 25. September 2020 über polizeiliche Mass- nahmen zur Bekämpfung von Terrorismus (AS 2021 565; 2022 300; BBI 2019 4751). Demgemäss wird die vorläufige Aufnahme nicht verfügt oder

F-1970/2023 Seite 7 erlischt, wenn eine Landesverweisung nach Art. 66a oder 66abis des Straf- gesetzbuches (StGB, SR 311.0) oder Art. 49a oder 49abis des Militärstraf- gesetzbuches (MStG, SR 321.0) oder eine Ausweisung nach Art. 68 AIG rechtskräftig geworden ist.

### **E. 3.2**

Die vorangehende, bis zum 31. Mai 2022 gültig gewesene Fassung von Art. 83 Abs. 9 AIG (AS 2017 6521, 2018 3171) hatte das Erlöschen der vorläufigen Aufnahme lediglich bei einer rechtskräftigen Landesverwei- sung vorgesehen und lediglich diese als Hindernis für die Verfügung der vorläufigen Aufnahme definiert (vgl. Urteil des BVGer F-518/2019 vom 2. Februar 2021 E. 5.2.2, wonach diesbezüglich keine echte Lücke vorlag). Mit der Revision von Art. 83 Abs. 9 AIG kam am 1. Juni 2022 als neuer Ausschluss- bzw. Erlöschensgrund die rechtskräftig verfügte Ausweisung hinzu, sodass neu die Ausweisung und die Landesverweisung diesbezüg- lich gleichbehandelt werden.

### **E. 3.3**

Vorliegend verfügte das fedpol am 22. Januar 2018 die Ausweisung des Beschwerdeführers. Diese wurde mit Entscheid des Beschwerde- diensts des EJPD vom 14. Juli 2020, welcher unangefochten blieb, rechts- kräftig. Zum Zeitpunkt des Inkrafttretens des neuen Rechts war die Aus- weisung bereits seit zwei Jahren rechtskräftig. Zu prüfen ist deshalb, ob die Vorinstanz den am 1. Juni 2022 in Kraft getretenen revidierten Art. 83 Abs. 9 AIG, wonach eine rechtskräftige Ausweisung zum Erlöschen der vorläufigen Aufnahme führt, auf die bereits am 22. Januar 2018 verfügte und per 14. Juli 2020 rechtskräftig gewordene Ausweisung – und somit rückwirkend – anwenden durfte.

### **E. 4.1**

Grundsätzlich ist neues materielles Recht ab dem Zeitpunkt seines In- krafttretens massgeblich und kommt somit erst auf Sachverhalte zur An- wendung, welche sich nach diesem Zeitpunkt verwirklichen. Rückwirkende Rechtsanwendung kann in Widerspruch zu den Grundsätzen der Rechts- sicherheit und des Vertrauensschutzes stehen. Es besteht auch ein Span- nungsverhältnis zum Legalitätsprinzip, da bereits Geschehenes nicht nach dem im Zeitpunkt des Geschehens geltenden Recht beurteilt wird. Entspre- chend ist die rückwirkende Rechtsanwendung teilweise unzulässig (vgl. Urteil des BVGer A-7036/2018 vom 26. August 2019 E. 4.3.1). In die- sem Zusammenhang unterscheiden Lehre und Rechtsprechung zwischen echter und unechter Rückwirkung (vgl. dazu HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 8. Aufl. 2020, Rz. 268 ff.).

F-1970/2023 Seite 8

### **E. 4.2**

Eine echte Rückwirkung liegt vor, wenn neues Recht auf einen Sachverhalt angewendet wird, der sich abschliessend vor Inkrafttreten dieses Rechts verwirklicht hat (vgl. BGE 126 V 134 E. 4a). Diese echte Rückwirkung ist im Grundsatz unzulässig und nur dann verfassungsrechtlich hinnehmbar, wenn sie – kumulativ – ausdrücklich in einem Gesetz vorgesehen ist beziehungsweise sich daraus klar ergibt, in einem vernünftigen Rahmen zeitlich limitiert ist, nicht zu stossenden Rechtsungleichheiten führt, einem schutzwürdigen öffentlichen Interesse dient und allfällige wohlerworbene Rechte respektiert (vgl. BGE 138 I 189 E. 3.4 und 126 V 134 E. 4a; Urteile des BGer 2C\_685/2016 vom 13. Dezember 2017 E. 8.4 und 1C\_18/2016 vom 6. Juni 2016 E. 6.2; Urteil des BVGer A-217/2020 vom 18. Mai 2020 E. 3.3.2; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, a.a.O., Rz. 270).

### **E. 4.3**

Von unechter Rückwirkung ist demgegenüber zu sprechen, wenn neues Recht für die Zeit seit seinem Inkrafttreten auf einen zeitlich offenen Sachverhalt angewendet wird – das heisst auf Verhältnisse, die zwar unter altem Recht entstanden sind, aber bei Inkrafttreten des neuen Rechts noch andauern (vgl. BGE 138 I 189 E. 3.4; 126 V 134 E. 4a; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, a.a.O., Rz. 279 ff.). Weiter liegt eine unechte Rückwirkung vor, wenn neues Recht für die Zeit seit seinem Inkrafttreten Anwendung findet, dabei aber in einzelnen Belangen auf Sachverhalte abstellt, die früher eingetreten sind (sog. Rückanknüpfung; vgl. BGE 126 V 134 E. 4a; 114 V 150 E. 2a). Eine unechte Rückwirkung ist bei kantonalen Erlassen und bundesrechtlichen Verordnungen grundsätzlich als zulässig zu erachten, sofern ihr nicht wohlerworbene Rechte beziehungsweise der Grundsatz des Vertrauensschutzes entgegenstehen (BGE 133 II 97 E. 4.1 und 133 II 1 E. 4.3). Sieht derweil ein Bundesgesetz ausdrücklich oder sinngemäss die unechte Rückwirkung vor oder untersagt es eine solche, ist diese Anordnung gemäss Art. 190 BV für die rechtsanwendenden Behörden massgeblich. Dass sich eine neue bundesgesetzliche Bestimmung im Sinne einer unechten Rückwirkung (bzw. bloss im Sinne einer unechten, nicht aber einer echten Rückwirkung) auswirkt, muss sich aus dem Wortlaut der Bestimmung selbst oder der Übergangsbestimmungen, durch Auslegung oder durch Lückenfüllung ergeben (vgl. BGE 138 I 189 E. 3.4; 126 V 134 E. 4a; 122 V 6 E. 3a und 114 V 151 E. 2b).

### **E. 5.1**

Der revidierte Art. 83 Abs. 9 AIG, welcher am 1. Juni 2022 in Kraft getreten ist, sieht vor, dass die vorläufige Aufnahme nicht verfügt wird oder erlischt, «wenn [...] eine Ausweisung nach Art. 68 des vorliegenden Gesetzes rechtskräftig geworden ist.» Der Sachverhalt, an welchen die revidierte

F-1970/2023 Seite 9 Bestimmung die Rechtsfolge des Erlöschens der vorläufigen Aufnahme knüpft, ist demnach die rechtskräftige Ausweisung (näher dazu unten E. 5.3).

### **E. 5.2**

Anders als das Einreiseverbot, welches gemäss Art. 68 Abs. 3 AIG als Fernhaltmassnahme mit der Ausweisung zu verbinden ist und mit welchem der betroffenen Person für eine bestimmte oder unbestimmte Zeit untersagt wird, wieder in die Schweiz einzureisen, und anders auch als die vorläufige Aufnahme, welche gemäss Art. 83 Abs. 1 AIG in der bis zum 31. Mai 2022 gültig gewesenen Fassung als Ersatzmassnahme für den unmöglichen, unzulässigen oder unzumutbaren Vollzug einer Ausweisung zu verfügen war und mit welcher der betroffenen Person für bestimmte Zeit einstweilen der Verbleib in der Schweiz

gestattet wurde, bildet die Ausweisung selbst als Entfernungsmassnahme keine Dauerverfügung sondern vielmehr eine einmalige Anordnung, mit welcher die betroffene Person angewiesen wird, die Schweiz sofort oder innert gesetzter Frist zu verlassen. Entgegen der Auffassung der Vorinstanz ändert daran auch nichts, wenn wie vorliegend der Vollzug dieser Anordnung noch aussteht. Mithin kann die Ausweisung auch nicht als Dauersachverhalt im Sinne der dargelegten Rechtsprechung und Lehre zur unechten Rückwirkung qualifiziert werden.

### **E. 5.3**

Wird also die Erlöschensfolge des revidierten Art. 83 Abs. 9 AIG aufgrund einer rechtskräftigen Ausweisung verfügt, welche vor Inkrafttreten jener Bestimmung am 1. Juni 2022 erfolgt ist, so handelt es sich nach den vorstehenden dargelegten Grundsätzen um eine echte Rückwirkung, bei welcher neues Recht auf einen Sachverhalt angewendet wird, der sich abschliessend vor dessen Inkrafttreten verwirklicht hat. Ob dabei auf den Zeitpunkt des Eintritts der Rechtskraft oder aber auf den Zeitpunkt der erstinstanzlichen Verfügung der letztlich rechtskräftig gewordenen Ausweisung abzustellen ist, braucht im Rahmen des vorliegenden Verfahrens nicht näher erörtert zu werden (siehe nachfolgend E. 5.4).

### **E. 5.4**

Vorliegend stellte die Vorinstanz mit Verfügung vom 7. März 2023 fest, dass die vorläufige Aufnahme des Beschwerdeführers nach Massgabe des am 1. Juni 2022 in Kraft getretenen revidierten Art. 83 Abs. 9 AIG erloschen sei, weil dieser am 22. Januar 2018 (erstinstanzliche Verfügung) beziehungsweise per 14. Juli 2020 (Eintritt Rechtskraft) rechtskräftig aus der Schweiz ausgewiesen wurde. Nach dem Gesagten handelt es sich dabei um eine echte Rückwirkung, weshalb nachfolgend zu prüfen ist, ob die Voraussetzungen für die ausnahmsweise Zulässigkeit einer solchen (vgl. E. 4.2) erfüllt sind.

F-1970/2023 Seite 10

### **E. 6.1**

Ausgangspunkt bildet dabei der Wortlaut des revidierten Art. 83 Abs. 9 AIG: «Die vorläufige Aufnahme wird nicht verfügt oder erlischt, wenn [...] eine Ausweisung nach Artikel 68 des vorliegenden Gesetzes rechtskräftig geworden ist.» Zwar schliesst die gesetzliche Formulierung «rechtskräftig geworden ist» eine rückwirkende Anwendung auf bereits unter altem Recht verfügte und rechtskräftig gewordene Ausweisungen nicht schlechterdings aus. Davon, dass die Gesetzesnorm die Rückwirkung ausdrücklich vorsehen oder deren Zulässigkeit sich klar aus der Norm ergeben würde, kann indes keine Rede sein. Untermuert wird diese Beurteilung durch Beizug der Materialien, welche keine konkreten Anhaltspunkte enthalten, wonach eine rückwirkende Anwendung des revidierten Art. 83 Abs. 9 AIG dem Willen des Gesetzgebers entsprechen würde. Im Gegenteil, die Botschaft zum Bundesgesetz über polizeiliche Massnahmen zur Bekämpfung von Terrorismus (BBI 2019 4751) spricht von einer «angestrebten Gleichbehandlung» (der Ausweisung mit der Landesverweisung; BBI 2019 4818) und davon, dass eine rechtskräftig ausgewiesene Person «künftig» nicht mehr vorläufig aufgenommen werden können soll (BBI 2019 4753; vgl. in diesem Sinne auch BBI 2019 4811). Schliesslich existiert auch keine übergangsrechtliche Bestimmung, auf welche die Rückwirkung gestützt werden könnte. Den allgemeinen übergangsrechtlichen Bestimmungen von Art. 126 Abs. 1 f. AIG lässt sich für die Frage der Zulässigkeit einer rückwirkenden Anwendung der Erlöschensregelung des revidierten Art. 83 Abs. 9 AIG keine Antwort

entnehmen. Eine spezielle Übergangsnorm zu letzterem oder zu den Änderungen gemäss Ziff. I 2 des Bundesgesetzes über polizeiliche Massnahmen zur Bekämpfung von Terrorismus (vorne E. 3.1) in ihrer Gesamtheit wurde nicht erlassen.

### **E. 6.2**

Mit dem festgestellten Fehlen einer gesetzlichen Grundlage für die rückwirkende Anwendung des revidierten Art. 83 Abs. 9 AIG erweist sich diese als unzulässig. Die übrigen Voraussetzungen für eine ausnahmsweise zulässige echte Rückwirkung, welche rechtsprechungsgemäss kumulativ erfüllt sein müssen (vgl. E. 4.2), brauchen somit nicht geprüft zu werden. Namentlich auch die Frage, inwiefern eine Rückwirkung der Erlöschenregelung von Art. 83 Abs. 9 AIG einem schutzwürdigen öffentlichen Interesse dienen würde, ist mangels gesetzlicher Grundlage für die Rückwirkung ohne Entscheidungsrelevanz und entsprechend offenzulassen.

### **E. 6.3**

Nach dem Gesagten hat die Vorinstanz den revidierten Art. 83 Abs. 9 AIG, wonach eine rechtskräftige Ausweisung zum Erlöschen der vorläufigen Aufnahme führt, zu Unrecht rückwirkend auf die bereits vor

F-1970/2023 Seite 11 Inkrafttreten dieser Revision verfügte und rechtskräftig gewordene Ausweisung des Beschwerdeführers angewandt.

### **E. 7**

Aus den vorhergehenden Erwägungen ergibt sich, dass die angefochtene Verfügung Bundesrecht verletzt (Art. 49 VwVG). Die Beschwerde ist gutzuheissen. Die angefochtene Verfügung ist aufzuheben und es ist festzustellen, dass die vorläufige Aufnahme nicht erloschen ist.

### **E. 8**

Bei diesem Verfahrensausgang sind keine Kosten zu erheben (Art. 63 Abs. 1 und 2 VwVG). Als obsiegende Partei hat der anwaltlich vertretene Beschwerdeführer Anrecht auf eine Parteientschädigung zu Lasten der Vorinstanz für die ihm erwachsenen notwendigen und verhältnismässig hohen Kosten (Art. 64 Abs. 1 und Abs. 2 VwVG i.V.m. Art. 7 Abs. 1 und Art. 8 ff. des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]). Grundlage für die Bemessung der Parteientschädigung bilden die gesetzlichen Bemessungsfaktoren (Art. 10-13 VGKE) und die Honorarnoten der Rechtsvertreterin vom 12. April 2023, 10. Juli 2023 und 9. September 2024 (Art. 14 Abs. 1 und 2 VGKE; BVGer-act. 1, 8 und 15). Darin werden Vertretungskosten in Gesamthöhe von Fr. 4'603.– (19.3 Stunden [13.3 Stunden für die Beschwerde, 3.15 Stunden für die Replik und 2.85 Stunden für die Beweiseingabe vom 9. September 2024] à Fr. 220.– zuzüglich 25.– Barauslagen und zuzüglich 332.– Mehrwertsteuer) ausgewiesen. Mit Blick auf den beträchtlichen Aktenumfang, die sich stellenden neuen Rechtsfragen und die Dichte der eingereichten Beschwerde erscheinen der ausgewiesene Aufwand und die dafür in Rechnung gestellten Vertretungskosten von Fr. 4'603.– angemessen. Diese entsprechende Entschädigung geht zu Lasten der Vorinstanz (vgl. Art. 64 Abs. 2 VwVG). (Dispositiv nächste Seite)

F-1970/2023 Seite 12

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