



---

Abteilung IV  
D-1690/2008/cvv  
{T 0/2}

## **Urteil vom 4. Mai 2009**

---

Besetzung

Richterin Nina Spälti Giannakitsas (Vorsitz),  
Richter Walter Stöckli, Richter Hans Schürch,  
Gerichtsschreiberin Sara Steiner.

---

Parteien

**A.**\_\_\_\_\_, geboren (...),  
Sri Lanka,  
vertreten durch Barbara Frei-Koller, Freiplatzaktion Basel,  
Florastrasse 12, 4057 Basel,  
Beschwerdeführer,

gegen

**Bundesamt für Migration BFM,**  
Quellenweg 6, 3003 Bern,  
Vorinstanz.

---

Gegenstand

Nichteintreten auf Asylgesuch und Wegweisung;  
Verfügung des BFM vom 5. März 2008 / N (...).

**Sachverhalt:****A.**

Das erste Asylgesuch des Beschwerdeführers vom 10. August 1990 wurde vom Bundesamt für Flüchtlinge (BFF) mit Verfügung vom 2. Oktober 2000 abgewiesen. Gleichzeitig wurde die Wegweisung des Beschwerdeführers aus der Schweiz sowie der Wegweisungsvollzug angeordnet. Diese Verfügung erwuchs unangefochten in Rechtskraft.

**B.**

Im Dezember 2000 reiste der Beschwerdeführer gemäss eigenen Angaben nach Frankreich aus, wo er bis Juni 2001 bei einem Cousin gewohnt habe, um dann erneut in die Schweiz einzureisen.

**C.**

Nach einem erfolglosen Gesuch um eine Härtefallbewilligung beim Kanton Bern stellte der Beschwerdeführer am 4. September 2007 im Empfangs- und Verfahrenszentrum Basel ein zweites Asylgesuch. Am 10. September 2007 wurde er summarisch befragt und infolgedessen am 3. Oktober 2007 für die Dauer des Verfahrens dem Kanton Z.\_\_\_\_\_ zugewiesen. Am 11. Januar 2008 fand die einlässliche Befragung durch das BFM statt.

Zur Begründung seines Gesuches brachte der Beschwerdeführer im Wesentlichen vor, er könne aufgrund der allgemeinen Lage in Sri Lanka nicht dorthin zurückkehren. Schon bei der Ankunft in Colombo würden die Leute grundlos festgenommen. Zudem sei er seit 17 Jahren nicht mehr dort gewesen und inzwischen habe auch der Rest seiner Familie, abgesehen von seiner Schwester in Y.\_\_\_\_\_, welche für eine norwegische Hilfsorganisation arbeite und mit einem Arzt verheiratet sei, das Land verlassen, sodass er dort niemanden mehr kenne.

**D.**

Mit Verfügung vom 5. März 2008 – eröffnet am folgenden Tag – trat das BFM in Anwendung von Art. 32 Abs. 2 Bst. e des Asylgesetzes vom 26. Juni 1998 [AsylG, SR 142.31] nicht auf das Asylgesuch des Beschwerdeführers ein und ordnete dessen Wegweisung sowie deren Vollzug an.

**E.**

Mit Eingabe vom 13. März 2008 (Poststempel) erhob der Beschwerde-

führer – handelnd durch seine Rechtsvertreterin – gegen diesen Entscheid beim Bundesverwaltungsgericht Beschwerde und beantragte die Aufhebung der angefochtenen Verfügung und die Rückweisung an die Vorinstanz zur Neuurteilung der Frage der Flüchtlingseigenschaft und der Asylgewährung. Eventualiter sei die Unzulässigkeit und allenfalls Unzumutbarkeit der Wegweisung festzustellen und die vorläufige Aufnahme anzuordnen. In formeller Hinsicht ersuchte er um die Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege im Sinne von Art. 65 Abs. 1 des Bundesgesetzes vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren (VwVG, SR 172.021) und Verzicht auf die Erhebung eines Kostenvorschusses. Zudem seien die Vollzugsbehörden mittels vorsorglicher Massnahmen anzuhalten, von allfälligen Vollzugshandlungen abzusehen.

#### **F.**

Mit Verfügung vom 17. März 2008 stellte die zuständige Instruktionsrichterin fest, der Beschwerdeführer könne den Ausgang des Verfahrens in der Schweiz abwarten. Gleichzeitig verzichtete sie auf die Erhebung eines Kostenvorschusses und hiess das Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege im Sinne von Art. 65 Abs. 1 VwVG gut.

#### **G.**

Am 19. März 2008 wurde eine Fürsorgebestätigung zu den Akten gereicht.

#### **H.**

Mit Vernehmlassung vom 20. März 2008 hielt die Vorinstanz an ihren Erwägungen fest und beantragte die Abweisung der Beschwerde.

#### **I.**

Die vorinstanzliche Vernehmlassung wurde dem Beschwerdeführer am 25. März 2008 zur Kenntnis gebracht.

### **Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:**

#### **1.**

**1.1** Gemäss Art. 31 des Verwaltungsgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (VGG, SR 173.32) beurteilt das Bundesverwaltungsgericht Be-

schwerden gegen Verfügungen nach Art. 5 VwVG. 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. 105 AsylG; Art. 83 Bst. d Ziff. 1 des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 [BGG, SR 173.110]).

**1.2** Die Beschwerde ist form- und fristgerecht eingereicht. Der Beschwerdeführer ist durch die angefochtene Verfügung berührt und hat ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung beziehungsweise Änderung. Der Beschwerdeführer ist daher zur Einreichung der Beschwerde legitimiert (Art. 6 AsylG i.V.m. Art. 48 Abs. 1 und 50 und 52 VwVG). Auf die Beschwerde ist einzutreten.

## **2.**

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).

## **3.**

Die vorliegende Beschwerde richtet sich gegen einen Nichteintretensentscheid des BFM auf der Grundlage von Art. 32 Abs. 2 Bst. e AsylG. Gegenstand des Beschwerdeverfahrens bildet daher im Asylpunkt alleine die Frage, ob die Vorinstanz zu Recht auf das Asylgesuch nicht eingetreten ist. Bei Begründetheit des entsprechenden Rechtsbegehrens wäre somit die Verfügung aufzuheben und die Sache zu neuer Entscheidung an die Vorinstanz zurückzuweisen (vgl. Entscheidungen und Mitteilungen der Schweizerischen Asylrekurskommission [EMARK] 2004 Nr. 34 E.2.1. S. 240 f.). Lediglich hinsichtlich der angeordneten Wegweisung und deren Vollzugs kommt dem Bundesverwaltungsgericht volle Kognition zu, weil diese Punkte von der Vorinstanz bereits materiell geprüft worden sind.

## **4.**

Auf Asylgesuche wird gemäss Art. 32 Abs. 2 Bst. e AsylG nicht eingetreten, wenn Asylsuchende in der Schweiz bereits ein Asylverfahren erfolglos durchlaufen oder während des hängigen Asylverfahrens in den Heimat- oder Herkunftsstaat zurückgekehrt sind, ausser es gebe Hinweise, dass in der Zwischenzeit Ereignisse eingetreten sind, die

geeignet sind, die Flüchtlingseigenschaft zu begründen, oder die für die Gewährung vorübergehenden Schutzes relevant sind.

## **5.**

**5.1** Das BFM begründete seinen Nichteintretensentscheid vom 5. März 2008 damit, dass das am 10. August 1990 eingeleitete Asylverfahren seit dem 7. November 2000 rechtskräftig abgeschlossen sei. Aus den Akten ergäben sich zudem keine Hinweise, dass danach Ereignisse eingetreten seien, die geeignet seien, die Flüchtlingseigenschaft zu begründen oder die für die Gewährung vorübergehenden Schutzes relevant seien. Der Verweis des Beschwerdeführers auf die allgemeine verschlechterte politische Situation in Sri Lanka, seine 17-jährige Abwesenheit aus diesem Land sowie ein fehlendes ausreichendes Beziehungsnetz vermöchten die Flüchtlingseigenschaft nicht zu begründen und seien vielmehr bei der Beurteilung der Wegweisung zu prüfen.

**5.2** Der Beschwerdeführer verweist in seiner Eingabe vorab auf die allgemeine Lage in Sri Lanka, wo seit Mitte 2006 bürgerkriegsähnliche Zustände herrschten und seit Januar 2008 der Waffenstillstand offiziell beidseitig gekündigt worden sei. Die meisten in der Schweiz lebenden Tamilen bezahlten Beiträge an die LTTE und die Schweiz sei eines der wenigen Länder, das diese nicht als terroristische Organisation bezeichne. Die Tatsache, dass er als junger tamilischer Mann aus Jaffna mehrere Jahre in der Schweiz gelebt habe, könne bei den Behörden in Sri Lanka den Verdacht aufkommen lassen, dass er Verbindungen zur LTTE habe. Eine allfällige finanzielle Unterstützung durch die Familie im Ausland würde diesen Verdacht verstärken. Geldinstitute, welche internationale Zahlungen nach Sri Lanka abwickelten, würden erfahrungsgemäss von den Behörden überwacht. Da der Beschwerdeführer über keine Ausweispapiere aus seinem Herkunftsland verfüge, müsse er befürchten, wenn nicht bereits am Flughafen in Colombo, so spätestens bei einer der unzähligen Kontrollen in der Stadt festgenommen und ohne Rechtsschutz in Haft gehalten zu werden. Da er über keine Verwandten in Colombo verfüge, werde auch niemand mittels einer Kautions für seine Freilassung sorgen können.

## **6.**

**6.1** Der Beschwerdeführer durchlief in der Schweiz bereits erfolglos ein Asylverfahren. Es wird nicht bestritten, dass dieses rechtskräftig

abgeschlossen wurde. Das vorliegend zur Beurteilung stehende Asylgesuch des Beschwerdeführers ist demnach als neues Asylgesuch im Sinne von Art. 32 Abs. 2 Bst. e AsylG zu betrachten.

**6.2** Demnach ist zu prüfen, ob sich aus den vom Beschwerdeführer geschilderten, in der Zwischenzeit eingetretenen Vorkommnissen Hinweise ergeben, die geeignet sind, die Flüchtlingseigenschaft zu begründen oder die für die Gewährung vorübergehenden Schutzes relevant sind. Die Beweisanforderungen sind dabei gemäss der nach wie vor gültigen Rechtsprechung der ARK tief anzusetzen (vgl. EMARK 2006 Nr. 20, S. 214 f., EMARK 2005 Nr. 2 S. 16 f., EMARK 2000 Nr. 14). Es muss somit auf Asylgesuche eingetreten werden, wenn sich Hinweise auf eine bezüglich der Flüchtlingseigenschaft relevante Verfolgung ergeben.

**6.3** Seit der Ablehnung seines ersten Asylgesuches im Jahre 2000, hat sich die allgemeine Lage in Sri Lanka wesentlich verschlechtert. Seit dem Sommer 2006 ist es zu einem Wiederaufflammen des innerstaatlichen bewaffneten Konflikts gekommen. Die eskalierenden Kampfhandlungen im Norden und Osten des Landes haben zu einer erheblichen Verschlechterung der Sicherheits- und Menschenrechtssituation geführt, worunter insbesondere die Zivilbevölkerung zu leiden hat. Aus der allgemeinen Situation in Sri Lanka vermag der Beschwerdeführer jedoch nichts zu seinen Gunsten abzuleiten, da sie eine individuelle und gezielte Verfolgung seinerseits nicht zu belegen vermag. Dies gilt ebenso für die geltend gemachten Kontrollen am Flughafen und in Colombo, welche alle Tamilen gleichermassen betreffen. An dieser Einschätzung vermag auch der lange Aufenthalt des Beschwerdeführers in der Schweiz und eine allfällige zukünftige finanzielle Unterstützung durch die Familie im Ausland nichts zu ändern. So trifft es zwar zu, dass die LTTE von vielen in der Schweiz lebenden Tamilen unterstützt wird und diese von der Schweiz nicht als terroristische Organisation bezeichnet wird. Die vom Beschwerdeführer geltend gemachten verstärkten Kontrollen am Flughafen würden aber demnach alle aus der Schweiz zurückkehrenden Tamilen gleichermassen betreffen, sodass er auch daraus keine gezielt gegen ihn gerichtete Verfolgung ableiten könnte. Zumal auch die Tatsache, dass der Beschwerdeführer vor seiner Ausreise, neben einer einmaligen Anfrage zur Unterstützung, welche er zum Anlass seiner Ausreise nahm, keinerlei Verbindung zur LTTE hatte, gegen eine individuelle Gefährdung spricht. Somit ergeben sich aus den Vorbringen des Beschwerdeführers keine Hinweise, die geeignet sind, die Flüchtlingseigen-

schaft zu begründen oder die für die Gewährung vorübergehenden Schutzes relevant sind. Das BFM ist demnach zu Recht nicht auf das Asylgesuch des Beschwerdeführers eingetreten.

## **7.**

**7.1** Lehnt das Bundesamt das Asylgesuch ab oder tritt es darauf nicht ein, so verfügt es in der Regel die Wegweisung aus der Schweiz und ordnet den Vollzug an; es berücksichtigt dabei den Grundsatz der Einheit der Familie (Art. 44 Abs. 1 AsylG).

**7.2** Der Beschwerdeführer verfügt weder über eine ausländerrechtliche Aufenthaltsbewilligung noch über einen Anspruch auf Erteilung einer solchen. Die Wegweisung wurde demnach zu Recht angeordnet (Art. 44 Abs. 1 AsylG; EMARK 2001 Nr. 21).

## **8.**

**8.1** Ist der Vollzug der Wegweisung nicht zulässig, nicht zumutbar oder nicht möglich, so regelt das Bundesamt das Anwesenheitsverhältnis nach den gesetzlichen Bestimmungen über die vorläufige Aufnahme von Ausländern (Art. 44 Abs. 2 AsylG; Art. 83 Abs. 1 des Bundesgesetzes vom 16. Dezember 2005 über die Ausländerinnen und Ausländer [AuG, SR 142.20]).

**8.2** Diese Bedingungen für einen Verzicht auf den Vollzug der Wegweisung (Unmöglichkeit, Unzulässigkeit, Unzumutbarkeit) sind alternativer Natur. Sobald eine von ihnen erfüllt ist, ist der Vollzug der Wegweisung als undurchführbar zu betrachten und die weitere Anwesenheit in der Schweiz gemäss den Bestimmungen über die vorläufige Aufnahme zu regeln (vgl. EMARK 2006 Nr. 6 E. 4.2. S. 54 f., 2001 Nr. 1 E. 6a S. 2). Gegen eine allfällige Aufhebung der vorläufigen Aufnahme steht dem weggewiesenen Asylsuchenden wiederum die Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht offen, wobei in jenem Verfahren sämtliche Vollzugshindernisse von Amtes wegen und nach Massgabe der dannzumal herrschenden Verhältnisse (vgl. EMARK 1997 Nr. 27 S. 205 ff.) von Neuem zu prüfen sind. Weil sich vorliegend der Vollzug der Wegweisung aus den nachfolgend aufgezeigten Gründen als unzumutbar erweist, ist dementsprechend auf eine Erörterung der beiden anderen Kriterien zu verzichten.

**8.3** Gemäss Art. 83 Abs. 4 AuG kann der Vollzug für Ausländerinnen und Ausländer unzumutbar sein, wenn sie im Heimat- oder Herkunftsstaat auf Grund von Situationen wie Krieg, Bürgerkrieg, allgemeiner Gewalt und medizinischer Notlage konkret gefährdet sind. Wird eine konkrete Gefährdung festgestellt, ist – unter Vorbehalt von Art. 83 Abs. 7 AuG – die vorläufige Aufnahme zu gewähren (vgl. Botschaft zum Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer vom 8. März 2002, BBl 2002 3818).

**8.4** Die Vorinstanz hielt in ihrem Entscheid fest, vor dem Hintergrund der allgemeinen Situation in Sri Lanka sei zwar eine Rückkehr in den Norden oder Osten des Landes für den Beschwerdeführer nicht zumutbar. Vorliegend sprächen aber individuelle Gründe für die Zumutbarkeit der Wohnsitznahme in einem anderen Teil seines Heimatlandes – beispielsweise im Grossraum Colombo oder im Süden des Landes. Es handle sich beim Beschwerdeführer um einen jungen, gesunden und ledigen Mann, welcher mehrere Jahre die Schule besucht habe und zwischenzeitlich über eine mehrjährige Berufserfahrung als Hilfsmechaniker und Industriemaler verfüge, die er sich in der Schweiz habe aneignen können. Von seinen Angehörigen aus dem Ausland werde er regelmässig finanziell unterstützt. Eine seiner Schwestern arbeite für eine norwegische Hilfsorganisation in Y.\_\_\_\_\_ und sei mit einem Arzt verheiratet. Aufgrund dieser Umstände sei es dem Beschwerdeführer möglich und zumutbar, in Sri Lanka, insbesondere im Grossraum Colombo, wieder Fuss zu fassen.

**8.5** Der Beschwerdeführer machte in seiner Eingabe geltend, er sei 1990 als Minderjähriger in die Schweiz gekommen, wo sein Asylantrag nach zehn Jahren abgelehnt worden sei. Er sei während dieser Zeit nie in Sri Lanka gewesen. Er habe weder jemals im Süden Sri Lankas oder im Grossraum Colombo gelebt, noch habe er dort Verwandte. Seine Familie stamme aus der Provinz Jaffna, habe aber Sri Lanka verlassen. Einzig eine Schwester lebe im Moment noch in Y.\_\_\_\_\_ im LTTE-Gebiet im Norden, wo sie für eine norwegische Hilfsorganisation gearbeitet habe, bis sich diese kürzlich aus dem Land zurückgezogen habe. Sie habe norwegische Garantien für einen Aufenthalt in Norwegen und wolle das Land nächstens verlassen. Er spreche kein Singhalesisch und habe somit weder eine Möglichkeit mit den Behörden zu kommunizieren noch eine Aussicht auf Arbeit, was Grundlage für eine Aufenthaltsbewilligung in Colombo wäre. Eine eigene wirtschaftliche Tätigkeit aufzunehmen, sei als unrealistisch zu betrachten. Er verfüge somit über keine begünstigenden individuellen Umstände

im Sinne der bundesverwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung. Seine Jugendlichkeit, Gesundheit und sein in der Schweiz angelernter Beruf wie auch die finanzielle Unterstützung durch die Familie im Ausland entsprächen diesen nicht.

**8.6** Das Bundesverwaltungsgericht hat in BVGE 2008/2 E. 7 eine umfassende Beurteilung der Situation in Sri Lanka vorgenommen. Es hat dabei unter anderem festgestellt, dass die Rückschaffung abgewiesener Asylgesuchsteller aus Sri Lanka in die Nordprovinz (die Distrikte Killinochchi, Mannar, Vavuniya, Mullaitivu und Jaffna) und in die Ostprovinz (Distrikte Trincomalee, Batticaloa und Ampara) angesichts der dort herrschenden allgemeinen Lage unzumutbar ist. Bei rückkehrenden Tamilen, die aus der Nord- oder Ostprovinz stammen, kann zudem nicht mehr von der generellen Zumutbarkeit der Inanspruchnahme einer innerstaatlichen Aufenthaltsalternative im Süden des Landes, namentlich im Grossraum Colombo, ausgegangen werden. Damit die Rückkehr abgewiesener tamilischer Asylsuchender in den Grossraum Colombo als zumutbar qualifiziert werden kann, bedarf es besonders begünstigender, das heisst positiver individueller Umstände wie namentlich ein tragfähiges Familien- oder sonstiges Beziehungsnetz, die konkrete Möglichkeit der Sicherung des Existenzminimums und eine gesicherte Wohnsituation.

**8.7** Aus den Akten geht hervor, dass sich grosse Teile der Verwandtschaft des Beschwerdeführers, darunter auch seine Eltern und Geschwister in Kanada und der Schweiz aufhalten. Einzige eine Schwester lebt momentan noch in Y.\_\_\_\_\_, will aber gemäss Angaben des Beschwerdeführers Sri Lanka in absehbarer Zukunft verlassen. Für ein tatsächlich bestehendes familiäres oder soziales Beziehungsnetz des Beschwerdeführers im Grossraum Colombo gibt es keinerlei konkrete Hinweise. Der Freund des Vaters in Colombo, bei welchem er vor seiner Ausreise im Jahre 1990 kurze Zeit wohnen konnte, erfüllt die Anforderungen an ein tragfähiges Beziehungsnetz nicht, zumal nicht als gesichert gelten kann, dass dieser immer noch in Colombo wohnt und den Beschwerdeführer bei sich aufnehmen würde, erwähnte er ihn doch lediglich anlässlich seines ersten Asylgesuches im Jahre 1990. Zudem hat sich der Beschwerdeführer während der vergangenen neunzehn Jahre nicht mehr im Heimatland sondern, unterbrochen von einem zirka sechsmonatigen Aufenthalt in Frankreich, in der Schweiz aufgehalten. Hinweise darauf, dass sich der Beschwerdeführer nach seinem ablehnenden Asylentscheid im Jahre 2000 in sein Heimatland begeben haben könnte, gibt es keine. Vielmehr stützt ein kurzfristiges

Aufgreifen an der schweizerisch-französischen Grenze im Januar 2001 die Aussagen des Beschwerdeführers, wonach er sich vom Dezember 2000 bis Juni 2001 in Frankreich aufgehalten habe und dann in die Schweiz zurückgekehrt sei. Unter diesen Umständen ist nicht davon auszugehen, dass der aus dem Norden Sri Lankas stammende Beschwerdeführer im Grossraum Colombo auf ein tragfähiges Beziehungsnetz zurückgreifen kann. Hinzu kommt, dass der aus dem Krisengebiet stammende Beschwerdeführer einer erhöhten Gefahr behördlicher Behelligungen ausgesetzt wäre, zumal davon auszugehen ist, dass er aus Sicht der Behörden keinen valablen Grund für seinen Aufenthalt im Süden des Landes vorweisen kann. Erschwerend käme sodann hinzu, dass er gemäss eigenen Aussagen kein Singhalesisch spricht. Somit muss der Wegweisungsvollzug als unzumutbar qualifiziert werden.

**8.8** Gemäss Art. 83 Abs. 7 AuG wird die vorläufige Aufnahme nicht verfügt, wenn die betreffende 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 des Schweizerischen Strafgesetzbuchs vom 21. Dezember 1937 (StGB, SR 311.0) angeordnet wurde (Bst. a) oder wenn diese erheblich oder wiederholt gegen die öffentliche Sicherheit und Ordnung in der Schweiz oder im Ausland verstossen hat oder diese gefährdet oder die innere oder die äussere Sicherheit gefährdet (Bst. b). Die Verurteilung zur längerfristigen Freiheitsstrafe muss 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 2008, N. 6 zu Art. 62 AuG, sowie PETER BOLZLI, a.a.O., N. 22 zu Art. 83 AuG und N. 5 zu Art. 84 AuG). Es ist darauf hinzuweisen, dass bei der Anwendung von Art. 83 Abs. 7 AuG – wie bereits früher unter Art. 14a Abs. 6 aANAG – generell Zurückhaltung geboten ist (vgl. BVGE 2007/32: EMARK 2006 Nr. 30, EMARK 2006 Nr. 23, EMARK 2004 Nr. 39)

**8.9** Der Beschwerdeführer wurde am 28. Januar 2000 vom Gerichtskreis X X.\_\_\_\_\_ wegen verschiedener Strassenverkehrsdelikte (unter anderem Fahren in angetrunkenem Zustand und Nichtanpassen der Geschwindigkeit) zu einer bedingten Freiheitsstrafe von drei Monaten und am 17. Dezember 2008 vom Gerichtskreis IV W.\_\_\_\_\_ wegen am 1. August 2008 begangener fahrlässiger Tötung, fahrlässi-

ger schwerer Körperverletzung, Führens eines Personenwagens in qualifiziert angetrunkenem Zustand und Widerhandlungen gegen das AuG zu einer bedingt ausgesprochenen Freiheitsstrafe von neun Monaten verurteilt. Die aufgeführten Delikte sind insbesondere angesichts der Tatsache, dass ein Todesopfer zu beklagen ist, als schwerwiegend zu bezeichnen. Dennoch rechtfertigt sich ein Ausschluss der vorläufigen Aufnahme in Sinne von Art. 83 Abs. 7 AuG nicht, da die Gefängnisstrafen lediglich bedingt ausgesprochen wurden, die erste Tat bereits mehr als neun Jahre zurückliegt, und der Beschwerdeführer ansonsten straffrei blieb. Wäre der Strafrichter von einem schweren Verschulden und einer Gefährdung der öffentlichen Sicherheit ausgegangen, wäre das Strafmass wohl höher ausgefallen - das Strafmass für fahrlässige Tötung wie auch für das Führen eines Personenwagens in qualifiziert angetrunkenem Zustand beträgt Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren - und vor allem wäre die Strafe nicht bedingt ausgefallen. Eine besonders zurückhaltende Anwendung des Art. 83 Abs. 7 AuG drängt sich ausserdem vorliegend umso mehr auf, nachdem der Beschwerdeführer als Minderjähriger in die Schweiz gereist ist und über 18 Jahre in der Schweiz gelebt hat. Anzumerken ist jedoch, dass bei weiteren strafrechtlichen Verfehlungen des Beschwerdeführers die Aufhebung der vorläufigen Aufnahme im Sinne von Art. 84 Abs. 3 AuG in Betracht zu ziehen wäre.

**8.10** In Würdigung aller Sachverhaltselemente kommt das Bundesverwaltungsgericht nach dem Gesagten zum Schluss, dass der Vollzug der Wegweisung des Beschwerdeführers als unzumutbar im Sinne von Art. 83 Abs. 4 AuG zu qualifizieren ist, wobei das strafrechtlich relevante Fehlverhalten des Beschwerdeführers für einen Ausschluss der vorläufigen Aufnahme nach Art. 83 Abs. 7 AuG nicht ausreicht. Die Voraussetzungen für die Gewährung der vorläufigen Aufnahme sind damit erfüllt.

## **9.**

Zusammenfassend ergibt sich, dass das Bundesamt zu Unrecht festgestellt hat, der Vollzug der Wegweisung sei zumutbar. Die Beschwerde ist daher gutzuheissen, soweit darin die Anordnung der vorläufigen Aufnahme beantragt wird. Die Verfügung der Vorinstanz vom 5. März 2008 ist betreffend die Ziffern 3 und 4 des Dispositivs aufzuheben. Das BFM ist anzuweisen, den Beschwerdeführer in der Schweiz vorläufig aufzunehmen. Im Übrigen ist die Beschwerde abzuweisen.

**10.**

Bei diesem Ausgang des Verfahrens wären dem Beschwerdeführer reduzierte Kosten aufzuerlegen (Art. 63 Abs. 1 und 2 VwVG). Nachdem das mit der Beschwerde gestellte Gesuch um die Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege im Sinne von Art. 65 Abs. 1 VwVG mit Zwischenverfügung vom 17. März 2008 gutgeheissen wurde und aufgrund der Akten keine Gründe ersichtlich sind, um auf diesen Entscheid zurückzukommen, sind keine Kosten aufzuerlegen.

**11.**

Teilweise obsiegende Parteien haben Anspruch auf eine reduzierte Parteientschädigung für die ihnen erwachsenen notwendigen und verhältnismässig hohen Kosten (Art. 64 Abs. 1 VwVG). Die Rechtsvertretung des Beschwerdeführers hat es bisher unterlassen, eine Kostennote einzureichen. Auf eine entsprechende Nachforderung kann jedoch verzichtet werden, da sich der Aufwand für das Beschwerdeverfahren zuverlässig abschätzen lässt. Die von der Vorinstanz zu entrichtende Parteientschädigung ist demnach auf Fr. 300.-- (inkl. Auslagen und Mehrwertsteuer) festzusetzen (Art. 14 des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]).

(Dispositiv nächste Seite)

**Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:**

**1.**

Die Beschwerde wird gutgeheissen, soweit darin die Anordnung der vorläufigen Aufnahme beantragt wird. Im Übrigen wird die Beschwerde abgewiesen.

**2.** Die Ziffern 3 und 4 der Verfügung vom 5. März 2008 werden aufgehoben und das BFM wird angewiesen, den Beschwerdeführer vorläufig aufzunehmen.

**3.**

Es werden keine Verfahrenskosten auferlegt.

**4.**

Das BFM hat dem Beschwerdeführer für das Verfahren vor der Beschwerdeinstanz eine reduzierte Parteientschädigung in der Höhe von Fr. 300.-- zu entrichten.

**5.**

Dieses Urteil geht an:

- die Rechtsvertreterin des Beschwerdeführers (Einschreiben)
- das BFM, Abteilung Aufenthalt, mit den Akten Ref.-Nr. N (...) (per Kurier; in Kopie)
- B.\_\_\_\_\_ (in Kopie)

Die vorsitzende Richterin:

Die Gerichtsschreiberin:

Nina Spälti Giannakitsas

Sara Steiner

Versand: