



Urteil vom 10. Juni 2022

Besetzung

Richterin Susanne Bolz-Reimann (Vorsitz),
Richterin Gabriela Freihofer, Richter Daniele Cattaneo,
Gerichtsschreiberin Regula Aeschimann.

Parteien

A. _____, geboren am (...),
Afghanistan,
vertreten durch MLaw Thomas Huber, Rechtsanwalt,
(...),
Beschwerdeführer,

gegen

Staatssekretariat für Migration (SEM),
Quellenweg 6, 3003 Bern,
Vorinstanz.

Gegenstand

Vollzug der Wegweisung;
Verfügung des SEM vom 25. April 2022 / N (...).

Sachverhalt:**A.**

Der Beschwerdeführer reiste am 18. Juni 1999 zusammen mit seiner Mutter und seinem jüngeren Bruder in die Schweiz ein. Sein Vater hielt sich bereits hierzulande auf und verfügte seit 1997 über eine vorläufige Aufnahme. Das damalige Bundesamt für Flüchtlinge wies die Asylgesuche des Beschwerdeführers sowie seiner Mutter und seines Bruders mit Verfügung vom 6. Dezember 2000 ab, ordnete jedoch wegen Unzumutbarkeit des Wegweisungsvollzugs ebenfalls eine vorläufige Aufnahme an. Diese Verfügung erwuchs unangefochten in Rechtskraft.

B.

B.a Der Beschwerdeführer wurde in der Schweiz mehrfach straffällig. Das damals zuständige Bundesamt für Migration (BFM) sah trotz diverser jugendstrafrechtlicher Verurteilungen zweimal von einer beabsichtigten Aufhebung der vorläufigen Aufnahme ab, nachdem die zuständigen Behörden dem Beschwerdeführer relativ positive Verlaufsberichte ausstellten und er beteuerte, sich zukünftig nichts mehr zuschulden kommen zu lassen und etwas aus seinem Leben machen zu wollen.

B.b Nach einer weiteren Verurteilung zu einer mehrmonatigen Freiheitsstrafe und einem Bericht der Strafanstalt, in welcher sich der Beschwerdeführer aufhielt – wonach er wiederholt zu Klagen Anlass gegeben und nur kleine Fortschritte gemacht habe – hob das BFM die vorläufige Aufnahme des Beschwerdeführers mit Verfügung vom 25. Februar 2009 auf.

B.c Eine gegen diesen Entscheid gerichtete Beschwerde wies das Bundesverwaltungsgericht mit Urteil D-1972/2009 vom 11. August 2011 ab. Zur Begründung führte es im Wesentlichen aus, der Beschwerdeführer sei zu einer längerfristigen Freiheitsstrafe verurteilt worden. Sein fortwährendes delinquentes Verhalten würde auch die Kriterien des erheblichen sowie wiederholten Verstosses gegen die öffentliche Sicherheit und Ordnung offensichtlich erfüllen. Die Aufhebung der vorläufigen Aufnahme erweise sich zudem als verhältnismässig (vgl. Urteil D-1972/2009 E. 4 und 5).

C.

Gemäss einem Urteil des Obergerichts B._____ vom (...) 2012 wurde der Beschwerdeführer insbesondere wegen versuchter Tötung und Verstössen gegen das Waffengesetz sowie das Betäubungsmittelgesetz zu einer Freiheitsstrafe von sieben Jahren verurteilt.

D.

Auf ein vom Beschwerdeführer am 3. Mai 2013 eingereichtes Wiedererwägungsgesuch trat das BFM mit Verfügung vom 4. Juni 2013 nicht ein.

E.

Mit Urteil des Obergerichts B._____ vom (...) 2020 wurde der Beschwerdeführer unter anderem zu einer unbedingten Freiheitsstrafe von (...) Monaten verurteilt. Gleichzeitig wurde er gestützt auf Art. 66a StGB für (...) Jahre des Landes verwiesen und die Ausschreibung der Landesverweisung im Schengener Informationssystem angeordnet. Der Urteilsbegründung lässt sich entnehmen, dass das Vorliegen eines persönlichen Härtefalls im Sinne von Art. 66a Abs. 2 StGB zwar bejaht wurde, da sich der Beschwerdeführer seit dem (...) Altersjahr in der Schweiz aufhalte und seine nächsten Angehörigen hier lebten. Die öffentlichen Interessen an seiner Wegweisung würden die privaten Interessen an einem Verbleib in der Schweiz aber ganz deutlich überwiegen, nachdem er seit seiner Jugend regelmässig straffällig geworden sei, sich seit Jahren illegal in der Schweiz aufhalte und sich trotz der ihm gewährten Ausbildungschancen nie nachhaltig integriert habe. Vielmehr habe er von den letzten gut zehn Jahren deren acht im Gefängnis verbracht und durch zahlreiche Strafen in jüngerer Zeit demonstriert, dass er überhaupt nicht gewillt sei, sich an die Rechtsordnung zu halten.

F.

Der Beschwerdeführer reichte beim SEM mit schriftlicher mit Eingabe vom 20. September 2021 ein neues Asylgesuch ein. Daraufhin wurde er am 28. Oktober 2021 sowie ergänzend am 30. März 2022 in der Haft zu seinen Asylgründen angehört.

G.

Mit Verfügung vom 23. Februar 2022 hiess das SEM den vom rubrizierten Rechtsvertreter gestellten Antrag auf unentgeltliche Rechtspflege gut und ordnete diesen dem Beschwerdeführer als amtlichen Rechtsbeistand bei.

H.

Das SEM stellte mit Verfügung vom 1. April 2022 fest, der Beschwerdeführer erfülle die Flüchtlingseigenschaft. Aufgrund von subjektiven Nachfluchtgründen lehnte es sein Asylgesuch jedoch ab und wies ihn aus der Schweiz weg. Gleichzeitig ordnete es wegen Unzulässigkeit des Wegweisungsvollzugs eine vorläufige Aufnahme an und beauftragte den zuständigen Kanton mit deren Umsetzung.

I.

Mit am Folgetrag eröffneter Verfügung vom 25. April 2022 – welche die Verfügung vom 1. April 2022 ersetzt – stellte das SEM wiederum fest, der Beschwerdeführer erfülle die Flüchtlingseigenschaft und sein Asylgesuch werde abgelehnt (Dispositivziffern 1 und 2). Weiter hielt es fest, der Entscheid betreffend den Vollzug der Landesverweisung obliege den kantonalen Behörden (Dispositivziffer 3).

J.

Der Beschwerdeführer erhob mit Eingabe seines Rechtsvertreters vom 10. Mai 2022 beim Bundesverwaltungsgericht Beschwerde gegen diesen Entscheid. Darin beantragte er, die Beschwerde sei in Bezug auf die vorläufige Aufnahme gutzuheissen und der Asylentscheid vom 25. April 2022 sei dahingehend zu ergänzen, dass eine vorläufige Aufnahme anzuordnen sei, sofern und soweit eine rechtskräftige Landesverweisung bestehe (Rechtsbegehren 1). Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen in sämtlichen Instanzen zulasten der Vorinstanz respektive der eidgenössischen Staatskasse. Eventualiter sei dem Beschwerdeführer die vollständige unentgeltliche Rechtspflege zu gewähren, wobei ihm für das vorinstanzliche Verfahren eine Parteientschädigung von insgesamt Fr. 6'253.60 zuzusprechen sei. Der unterzeichnende Rechtsanwalt sei zudem vor Erlass des Urteils des Bundesverwaltungsgerichts aufzufordern, seine detaillierte Kostennote einzureichen (Rechtsbegehren 2).

K.

Am 12. Mai 2022 wurde der Eingang der Beschwerde bestätigt.

L.

Mit Schreiben vom 23. Mai 2022 setzte der Rechtsvertreter das Gericht darüber in Kenntnis, dass er vom SEM eine Zahlung über Fr. 6'253.60 (per Valuta 20. Mai 2022) erhalten habe.

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:**1.**

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.

1.2 Die Beschwerde ist frist- und formgerecht eingereicht. Der Beschwerdeführer hat am Verfahren vor der Vorinstanz teilgenommen, 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. 105 und Art. 108 Abs. 6 AsylG; Art. 48 Abs. 1 sowie Art. 52 Abs. 1 VwVG).

2.

2.1 In der Beschwerdeschrift wurde die Anordnung einer vorläufigen Aufnahme sowie die Ausrichtung einer Parteientschädigung respektive amtlichen Entschädigung für das Asylverfahren beantragt. Die Feststellung der Flüchtlingseigenschaft und die Ablehnung des Asylgesuchs (Dispositivziffern 1 und 2 der angefochtenen Verfügung) sind somit in Rechtskraft erwachsen.

2.2 Gemäss Schreiben des rubrizierten Rechtsvertreters vom 23. Mai 2022 hat das SEM ihm ein Honorar in Höhe vom Fr. 6'253.60 für das erstinstanzliche Verfahren ausgerichtet. Dieses entspricht dem von ihm mit Kostennote vom 4. April 2022 geltend gemachten Aufwand. Der Antrag auf Ausrichtung eines Honorars für das vorinstanzliche Verfahren – und damit ein Teil des Rechtsbegehrens 2 – ist folglich gegenstandslos geworden.

2.3 Gegenstand des vorliegenden Verfahrens bildet somit lediglich die Frage, ob das SEM zu Recht festhielt, dass der Entscheid über den Vollzug der Landesverweisung den kantonalen Behörden obliegt. Wie sich aus den nachfolgenden Erwägungen ergibt, erweist sich die Beschwerde diesbezüglich als von vornherein unzulässig, weshalb auf die Einholung einer Vernehmlassung verzichtet wurde (Art. 57 Abs. 1 VwVG e contrario).

3.

3.1 In der angefochtenen Verfügung wurde ausgeführt, dass bei asylsuchenden Personen die Wegweisung aus der Schweiz nicht verfügt werde, wenn sie von einer rechtskräftigen Landesverweisung betroffen seien (Art. 32 Abs. 1 Bst. d Asylverordnung 1 [SR 142.311]). Die im Fall des Beschwerdeführers mit Urteil vom (...) 2020 angeordnete Landesverweisung sei in Rechtskraft erwachsen. Das SEM habe in seiner Verfügung vom 1. April 2022 irrtümlicherweise eine vorläufige Aufnahme angeordnet. Aufgrund der rechtskräftigen Landesverweisung könne es jedoch weder eine Wegweisung aus der Schweiz verfügen noch sich zu deren Vollzug äussern. Eine vorläufige Aufnahme werde jedenfalls nicht angeordnet, wenn

eine Landesverweisung rechtskräftig geworden sei (Art. 83 Abs. 9 AIG [SR 142.20]).

3.2 In der Beschwerdeschrift wurde einleitend darauf hingewiesen, dass mit Eingabe vom 10. Mai 2022 beim Obergericht des Kantons B. _____ ein Gesuch um Revision des Urteils vom (...) 2020 eingereicht worden sei, in welchem die Aufhebung der angeordneten Landesverweisung beantragt werde. Zur Begründung seiner Beschwerdeingabe machte der Beschwerdeführer geltend, dass er aufgrund der Verfügung des SEM vom 25. April 2022 – welche ihn zwar als Flüchtling anerkenne, ihm aber keine vorläufige Aufnahme gewähre – ein behördlich angeordneter Sans-Papier werde. Dieses Vorgehen sei völkerrechtswidrig. Die Regelung von Art. 83 Abs. 9 AIG, wonach bei einer rechtskräftigen Landesverweisung die vorläufige Aufnahme nicht verfügt werde, sei in der Lehre denn auch scharfer Kritik ausgesetzt, da anerkannte Flüchtlinge damit keinen rechtlichen Anwesenheitsstatus besässen. Die Vorinstanz hätte deshalb vorliegend die völkerrechtlich statuierten Non-Refoulement-Gebote beachten und eine vorläufige Aufnahme anordnen müssen. So enthalte Art. 3 EMRK ein absolutes Rückschiebungsverbot, welches jede in der Schweiz anwesende Person schütze, sofern ihr im Heimat- oder Herkunftsland eine schwerwiegende Menschenrechtsverletzung drohe. Dies sei bei ihm der Fall, nachdem er zum Christentum konvertiert sei, ausserehelichen Geschlechtsverkehr gehabt habe und tätowiert sei; zudem sei die Sicherheitslage in Afghanistan seit langer Zeit prekär und seit August 2021 gänzlich ausser Kontrolle. Im Heimatstaat drohe ihm der Tod, zumindest aber eine reale Gefahr der Folterung und unmenschlicher Behandlung, weshalb ihm gestützt auf Art. 3 EMRK ein Aufenthaltsrecht einzuräumen sei. Auch Art. 8 EMRK begründe einen Anspruch auf einen Aufenthaltsstatus, da er mit seiner Partnerin eine gemeinsame Tochter habe, welche ihn regelmässig im Gefängnis besuche. Es bestehe daher eine intakte und tatsächlich gelebte Beziehung. Zudem pflege er engen Kontakt zu seiner Herkunftsfamilie, insbesondere zu seiner Mutter und seinem Bruder. Weiter stehe das flüchtlingsrechtliche Rückschiebungsverbot gemäss Art. 33 Abs. 1 des Abkommens über die Rechtsstellung der Flüchtlinge (Flüchtlingskonvention [FK; SR 0.142.30]) einer Ausweisung entgegen, da die in Art. 33 Abs. 2 FK verankerte Ausnahme streng auszulegen sei und vorliegend nicht greife.

4.

4.1 Gemäss Art. 83 Abs. 9 AIG wird die vorläufige Aufnahme nicht verfügt oder sie erlischt, wenn eine Landesverweisung nach Art. 66a oder 66a^{bis} StGB oder Art. 49a oder 49a^{bis} MStG rechtskräftig geworden ist.

4.2 Das Obergericht des Kantons B. _____ hat mit Urteil vom (...) 2020 (Geschäfts-Nr. [...]) unter anderem eine Landesverweisung von (...) Jahren gestützt auf Art. 66a Abs. 1 Bst. o StGB ausgesprochen. Dieses Urteil ist in Rechtskraft erwachsen, wobei die Einreichung eines Revisionsgesuchs daran nichts ändert. Unter diesen Umständen hat das SEM in der angefochtenen Verfügung zu Recht darauf verzichtet, die Wegweisung anzuordnen (Art. 32 Abs. 1 Bst. d AsylV 1) sowie eine vorläufige Aufnahme zu verfügen (Art. 83 Abs. 9 AIG). Angesichts dieser geltenden Rechtsnormen war die Vorinstanz nicht befugt, eine vorläufige Aufnahme anzuordnen. Es fällt nicht in ihre Zuständigkeit, die vom Beschwerdeführer geltend gemachten drohenden Verletzungen von Art. 3 und 8 EMRK respektive Art. 33 Abs. 1 FK zu prüfen. Diese Aspekte hat einerseits das Gericht, welches die Landesverweisung anordnet, im Rahmen der Verhältnismässigkeitsprüfung zu berücksichtigen (vgl. Urteil des BGer 6B_423/2019 vom 17. März 2020 E. 2.2.2). Andererseits ist es Aufgabe der zuständigen kantonalen Behörden, dem im Rahmen des Vollzugs der Landesverweisung – welcher allenfalls erst längere Zeit nach deren Anordnung erfolgt (vgl. Art. 66c StGB) – Rechnung zu tragen. Gemäss Art. 66d Abs. 1 StGB kann der Vollzug einer Landesverweisung denn auch aufgeschoben werden, wenn der Betroffene ein von der Schweiz anerkannter Flüchtling ist und durch die Landesverweisung gefährdet wäre oder wenn dem Vollzug andere zwingende Bestimmungen des Völkerrechts entgegenstehen. Eine in diesem Zusammenhang ergangene Vollstreckungsverfügung wäre in der Folge – nach Ausschöpfung des kantonalen Instanzenzugs – beim Bundesgericht und nicht etwa beim Bundesverwaltungsgericht anzufechten.

4.3 Vor diesem Hintergrund ist festzuhalten, dass das SEM in der angefochtenen Verfügung zu Recht festgehalten hat, der Entscheid betreffend den Vollzug der Landesverweisung obliege den kantonalen Behörden. Es fällt nicht in die Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichts, bei Vorliegen einer rechtskräftigen Landesverweisung die allfällige Anordnung einer vorläufigen Aufnahme zu prüfen. Auf das Begehren um Ergänzung der angefochtenen Verfügung in dem Sinn, dass eine vorläufige Aufnahme anzuordnen sei, sofern und soweit eine rechtskräftige Landesverweisung bestehe, ist daher nicht einzutreten (vgl. dazu Urteile des BVGer D-568/2019 vom 11. März 2019 E. 8 und E-695/2020 vom 27. März 2020 E. 2.2 f.).

5.

Aus diesen Erwägungen ergibt sich, dass auf das Rechtsbegehren 1 nicht einzutreten ist. Nachdem das SEM dem Rechtsvertreter das von ihm beantragte Honorar für das erstinstanzliche Verfahren in Höhe von

Fr. 6'253.60 vollumfänglich ausgerichtet hat, ist dieser Teil des Rechtsbegehren 2 gegenstandslos geworden.

6.

6.1 Bei Gegenstandslosigkeit werden die Verfahrenskosten in der Regel jener Partei auferlegt, deren Verhalten die Gegenstandslosigkeit bewirkt hat (vgl. Art. 5 des Reglements vom 11. Dezember 2006 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]). Vorliegend hat das SEM die teilweise Gegenstandslosigkeit betreffend das Rechtsbegehren 2 verursacht. Nach Art. 63 Abs. 2 VwVG werden Vorinstanzen indessen keine Verfahrenskosten auferlegt.

6.2 In Bezug auf das Rechtsbegehren 1 ist der Beschwerdeführer als unterliegende Partei anzusehen, weshalb ihm grundsätzlich teilweise die Verfahrenskosten aufzuerlegen wären (Art. 63 Abs. 1 VwVG). In der Beschwerdeeingabe wurde jedoch eventualiter beantragt, es sei ihm die vollständige unentgeltliche Rechtspflege zu gewähren. Gemäss Art. 65 Abs. 1 VwVG wird eine Partei, die nicht über die erforderlichen Mittel verfügt, auf Antrag von der Bezahlung der Verfahrenskosten befreit, sofern ihr Begehren nicht aussichtslos erscheint. Angesichts der Aktenlage und des Umstands, dass sich der Beschwerdeführer nach wie vor in Haft befindet, ist von seiner prozessualen Bedürftigkeit auszugehen. Sodann erwies sich die Erhebung einer Beschwerde zumindest hinsichtlich der fehlenden Ausrichtung eines amtlichen Honorars an den Rechtsvertreter für das erstinstanzliche Verfahren als gerechtfertigt und damit als nicht aussichtslos. Der Antrag auf Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung ist somit gutzuheissen und auf die Auferlegung von Verfahrenskosten ist zu verzichten.

6.3 Weiter wurde in der Beschwerde (eventualiter) beantragt, der unterzeichnende Rechtsvertreter sei dem Beschwerdeführer als amtlicher Rechtsbeistand beizuordnen. Gestützt auf Art. 65 Abs. 2 VwVG kann die Beschwerdeinstanz einer Partei, die von der Bezahlung der Verfahrenskosten befreit ist, einen Anwalt bestellen, wenn es zur Wahrung ihrer Rechte notwendig ist. Der vorliegende Sachverhalt und die sich in diesem Zusammenhang stellenden juristischen Fragen weisen – ungeachtet der Tatsache, dass auf die Beschwerde teilweise nicht eingetreten wird – eine gewisse Komplexität auf. Dies zeigt sich nicht zuletzt auch daran, dass die Vorinstanz ursprünglich mit Verfügung vom 1. April 2022 eine vorläufige Aufnahme anordnete und erst zu einem späteren Zeitpunkt bemerkte, dass dies gar nicht möglich ist und es nicht in ihre Zuständigkeit fällt, die Weg-

weisung zu verfügen sowie über die Anordnung einer vorläufigen Aufnahme zu befinden. Angesichts dessen sind die Voraussetzungen für die Beordnung eines amtlichen Rechtsbeistands im Sinne von Art. 65 Abs. 2 VwVG als erfüllt zu erachten und MLaw Thomas Huber, Rechtsanwalt, ist dem Beschwerdeführer als amtlicher Rechtsbeistand für das Beschwerdeverfahren beizuordnen.

6.4 Der Rechtsvertreter beantragte, er sei vor Erlass des Urteils des Bundesverwaltungsgerichts aufzufordern, seine detaillierte Kostennote einzureichen. Nach Art. 14 VGKE haben die Parteien, die Anspruch auf eine Parteientschädigung erheben, dem Gericht vor dem Entscheid eine detaillierte Kostennote einzureichen, ansonsten das Gericht die Entschädigung aufgrund der Akten festlegt. Bei Anwältinnen und Anwälten, die ihren Vertretungsaufwand nicht unaufgefordert und rechtzeitig ausweisen, wird dabei grundsätzlich keine Kostennote eingeholt, sondern der zu entschädigende Aufwand geschätzt (vgl. etwa Urteil des BVGer D-212/2012 vom 21. März 2013 E. 6.3). Da sich der notwendige Aufwand für die rechtliche Vertretung im vorliegenden Beschwerdeverfahren mit ausreichender Zuverlässigkeit abschätzen lässt, ist der Antrag auf Aufforderung zur Einreichung einer Kostennote abzuweisen. Unter Berücksichtigung der massgeblichen Bemessungsfaktoren (vgl. Art. 8 ff. VGKE), des Aktenumfangs sowie der eingereichten Eingaben erweist sich eine Entschädigung von Fr. 1'200.– (inklusive Auslagen und Mehrwertsteuerzuschlag) für das gesamte Beschwerdeverfahren als angemessen. Nachdem der Beschwerdeführer mit seinen Rechtsbegehren – betreffend die Ausrichtung eines Honorars an den Rechtsvertreter für das erstinstanzliche Asylverfahren – teilweise durchgedrungen ist, ist von einem hälftigen Obsiegen auszugehen. Folglich ist ihm vom oben erwähnten Betrag die Hälfte als Parteientschädigung zuzusprechen, welche zulasten der Vorinstanz geht. Im Übrigen ist der als amtlicher Rechtsbeistand eingesetzte Rechtsvertreter vom Bundesverwaltungsgericht zu entschädigen.

(Dispositiv nächste Seite)

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.

Auf das Begehren, es sei eine vorläufige Aufnahme des Beschwerdeführers in der Schweiz anzuordnen, wird nicht eingetreten.

2.

Das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege wird gutgeheissen und MLaw Thomas Huber, Rechtsanwalt, wird dem Beschwerdeführer als amtlicher Rechtsbeistand für das Beschwerdeverfahren beigeordnet.

3.

Es werden keine Verfahrenskosten auferlegt.

4.

Das SEM hat dem Beschwerdeführer eine Parteientschädigung in Höhe von Fr. 600.– auszurichten.

5.

Dem amtlichen Rechtsbeistand wird vom Bundesverwaltungsgericht ein Honorar in Höhe von Fr. 600.– ausgerichtet.

6.

Dieses Urteil geht an den Beschwerdeführer, das SEM und die zuständige kantonale Behörde.

Die vorsitzende Richterin:

Die Gerichtsschreiberin:

Susanne Bolz-Reimann

Regula Aeschimann

Versand: