



Abteilung IV
D-4601/2008
{T 0/2}

Urteil vom 19. Januar 2009

Besetzung

Richter Fulvio Haefeli (Vorsitz), Richterin
Emilia Antonioni, Richter Robert Galliker,
Gerichtsschreiber Philipp Schürch.

Parteien

A. _____, geboren _____,
Irak,
vertreten durch Rechtsanwältin Dr. Helen Schmid,

Beschwerdeführer,

gegen

Bundesamt für Migration (BFM),
Quellenweg 6, 3003 Bern,
Vorinstanz.

Gegenstand

Aufhebung der vorläufigen Aufnahme; Verfügung des
BFM vom 9. Juni 2008 / N _____.

Sachverhalt:**A.**

Der Beschwerdeführer, ein aus B._____, C._____ (Norderak) stammender irakischer Staatsangehöriger kurdischer Ethnie, reiste am 23. September 1999 in die Schweiz ein und stellte gleichentags ein Asylgesuch.

B.

Mit Verfügung vom 13. Februar 2001 wies das Bundesamt für Flüchtlinge (BFF, heute: BFM) das Asylgesuch ab, da es zum Schluss kam, der Beschwerdeführer erfülle die Flüchtlingseigenschaft nicht. Der Vollzug der Wegweisung wurde angeordnet.

C.

Die gegen diese Verfügung eingereichte Beschwerde vom 1. März 2001 wurde mit Urteil der Schweizerische Asylrekurskommission (ARK) vom 23. März 2001 abgewiesen.

D.

Infolge kriegerischer Ereignisse im Irak entschied das BFF am 17. März 2003, bei Asylverfahren irakischer Staatsangehöriger die Entscheid- und Vollzugstätigkeit auszusetzen.

E.

Auf ein vom Beschwerdeführer am 28. Mai 2004 gestelltes Revisionsgesuch wurde mangels Eingang des Kostenvorschusses mit Urteil der ARK vom 22. Juni 2004 nicht eingetreten.

F.

Mit Schreiben vom 17. März 2005 teilte das BFM dem Beschwerdeführer mit, dass am 28. Januar 2004 beschlossen wurde, die Entscheid- und Vollzugstätigkeit bei Asylverfahren irakischer Staatsangehöriger wieder aufzunehmen und auch eine Ausweisung in den zentralstaatlich kontrollierten Teil des Iraks nicht mehr ausgeschlossen sei.

G.

Nachdem dem Beschwerdeführer Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben wurde, verfügte das BFM am 6. Mai 2005, dass der Beschwerdeführer mit Entscheid vom 13. Februar 2001 rechtskräftig aus der

Schweiz weggewiesen worden war und der Vollzug der Wegweisung zulässig, zumutbar und möglich ist.

H.

Mit Eingabe vom 10. Mai 2005 focht der Beschwerdeführer die Verfügung des BFM vom 6. Mai 2005 bei der ARK an.

I.

Auf diese Beschwerde hin lud die ARK das BFM am 31. Mai 2005 ein, sich zur Beschwerde vom 10. Mai 2005 vernehmen zu lassen, oder in Anwendung von Art. 58 des Bundesgesetzes vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren (VwVG, SR 172.021) eine neue Verfügung zu erlassen.

J.

Am 17. Oktober 2005 hob das BFM seine Verfügung vom 6. Mai 2005 auf und zog seinen Asylentscheid vom 13. Februar 2001 teilweise in Wiedererwägung. Aufgrund der allgemeinen Sicherheitslage im Irak wurde verfügt, wegen Unzumutbarkeit die Wegweisung nicht zu vollziehen und den Beschwerdeführer vorläufig in der Schweiz aufzunehmen.

K.

In Hinblick auf die Aufhebung und Wiedererwägung des BFM beschloss die ARK am 21. Oktober 2005 die Beschwerde vom 10. Mai 2005 als gegenstandslos geworden abzuschreiben.

L.

Mit Schreiben vom 25. Oktober 2007 teilte das BFM dem Beschwerdeführer mit, dass es aufgrund der Anpassung der Wegweisungspraxis an die aktuellen Verhältnisse im Irak in Erwägung ziehe, die verfügte vorläufige Aufnahme aufzuheben und forderte ihn zur Stellungnahme auf.

M.

In der innert Frist eingetroffenen Stellungnahme vom 30. Oktober 2007 bat der Beschwerdeführer um Verzicht auf die Aufhebung der vorläufigen Aufnahme.

N.

Mit Verfügung vom 9. Juni 2008 hob das BFM die mit Verfügung vom 17. Oktober 2005 angeordnete vorläufige Aufnahme des Beschwerde-

führers auf, forderte ihn auf, die Schweiz – unter Androhung von Zwangsmitteln im Unterlassungsfall – bis am 9. Juli 2008 zu verlassen und beauftragte den Kanton D._____ mit dem Vollzug der Wegweisung.

O.

Mit Eingabe vom 10. Juli 2008 reichte der Beschwerdeführer gegen die Verfügung des BFM vom 9. Juni 2008 Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht ein und stellte die Anträge, die angefochtene Verfügung sei aufzuheben und es sei festzustellen, dass die Wegweisung des Beschwerdeführers unzumutbar sei. Daneben stellte er den Antrag, es sei ihm im Sinne einer vorsorglichen Massnahme zu gestatten, den Ausgang des Verfahrens in der Schweiz abzuwarten.

P.

Mit Zwischenverfügung vom 14. Juli 2008 stellte das Bundesverwaltungsgericht fest, dass der Beschwerdeführer den Ausgang des Verfahrens in der Schweiz abwarten könne. Den mit der gleichen Verfügung verlangten Kostenvorschuss leistete der Beschwerdeführer am 21. Juli 2008.

Q.

Parallel zum hier vorliegenden Verfahren der Aufhebung der vorläufigen Aufnahme hat der Beschwerdeführer noch ein Beschwerdeverfahren (_____) bei der Abteilung 3 des Bundesverwaltungsgerichts betreffend Ausstellung eines Rückreisevisums hängig.

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:

1.

1.1 Gemäss Art. 31 des Verwaltungsgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (VGG, SR 173.32) beurteilt das Bundesverwaltungsgericht Beschwerden 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 des Asylgesetzes vom 26. Juni 1998 [AsylG, SR 142.31]; Art. 83 Bst. d Ziff. 1 des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 [BGG, SR 173.110]).

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 ff. 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.

3.1 Als dem Beschwerdeführer vom BFM der Erlass einer Verfügung betreffend Aufhebung der vorläufigen Aufnahme in Aussicht gestellt wurde, machte er im Rahmen seiner Stellungnahme vom 30. Oktober 2007 geltend, die Situation im Irak sei immer noch instabil und gefährlich. Attentate seien an der Tagesordnung und seine Familie müsse jederzeit mit Angriffen türkischer Soldaten rechnen. Er persönlich habe zudem Verfolgungen durch die zwei machthabenden Parteien im Nordirak zu befürchten. Im Weiteren sei es praktisch unmöglich für ihn, sich im Irak eine wirtschaftlichen Existenz aufzubauen und das vom BFM behauptete gute familiäre Beziehungsnetz sei nicht vorhanden. Er sei von seiner Ehefrau geschieden und sein Sohn kenne ihn nur von Fotos.

3.2 In der angefochtenen Verfügung vom 9. Juni 2008 hielt das BFM fest, dass im Rahmen der Prüfung des Asylgesuchs festgestellt worden sei, dass der Beschwerdeführer die Flüchtlingseigenschaft nicht erfülle. Ein Vollzug der Wegweisung verstosse daher grundsätzlich nicht gegen das Prinzip des "non-Refoulement" gemäss Art. 5 AsylG. Der Wegweisung stünden auch keine völkerrechtlichen Bestimmungen im Weg, da der Beschwerdeführer die im Falle einer Rückkehr drohende, konkrete und ernsthafte Gefahr einer verbotenen Strafe oder Behandlung im Sinne von Art. 3 der Konvention vom 4. November 1950 zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK, SR 0.101) ausgesetzt zu werden, nicht glaubhaft darlegen können. Demnach sei der Vollzug der Wegweisung grundsätzlich zulässig. Weiter führte das BFM aus, die Wegweisung sei auch zumutbar, da – entgegen den Ausführungen des Beschwerdeführers – in dessen Heimatregion im Nordirak keine Situation der allgemeinen Gewalt herrsche.

Diese Einschätzung der Zumutbarkeit teilten auch andere europäische Staaten, was die Richtigkeit dieser Einschätzung unterstreiche. Auch das Amt des Hohen Flüchtlingskommissars der Vereinten Nationen (UNHCR) stelle sich nicht grundsätzlich gegen die Rückweisung in die Provinzen im Nordirak, sondern empfehle lediglich den Verzicht auf die Rückweisung besonders gefährdeter Personengruppen und die Durchführung einer Einzelfallprüfung. Der Beschwerdeführer gehöre nicht zu einer der Gruppen, für welche eine Rückweisung grundsätzlich nicht in Frage komme und die Einzelfallprüfung sei im vorliegenden Fall genügend vorgenommen worden. Es sprächen auch keinerlei individuelle Gründe gegen die Zumutbarkeit in die Heimatregion, die vom Beschwerdeführer geltend gemachte Gefährdung sei im Asylverfahren als unglaubhaft und widersprüchlich verworfen worden. Der vom Beschwerdeführer in seiner Stellungnahme angeführte Aufmarsch der türkischen Armee an der Grenze zum Nordirak diene ausschliesslich der Bekämpfung der Aktivitäten der PKK, weshalb für die nordirakischen Kurden keine Gefahr bestehe. Das BFM stellte weiter fest, dass der Beschwerdeführer erst mit 21 Jahren in die Schweiz einreiste und damit den grössten Teil seines bisherigen Lebens in seiner Herkunftsprovinz verbracht hatte. Er sei daher mit der dort herrschenden Kultur und Lebensweise bestens vertraut und trotz Scheidung von seiner Frau verfüge er nach wie vor über ein gutes Beziehungsnetz in der Heimat. Die vom Beschwerdeführer vorgebrachte Verfolgung durch die PUK sei bereits im Asylverfahren geltend gemacht worden, allerdings sei sie schon damals als nicht glaubhaft beurteilt worden. Im Weiteren gehe das BFM davon aus, dass der Beschwerdeführer anhand des vorhandenen Beziehungsnetzes und auch mit Hilfe des Rückkehrhilfeprogramms des BFM in seiner Heimat nicht in eine Existenzbedrohende Situation komme. Was die gute Integration in der Schweiz und die negativen Aussichten in der Heimat eine wirtschaftlichen Existenz aufzubauen betrifft, geht das BFM davon aus, dass es dabei um Punkte handelt, welche für die Beantwortung der Frage nach der Zumutbarkeit einer Rückweisung nicht von Bedeutung sind. Der Vollzug der Wegweisung sei darüber hinaus technisch möglich und praktisch durchführbar. Es sei dem Gesagten nach somit die vorläufige Aufnahme aufzuheben, da der Vollzug der Wegweisung zulässig, möglich und zumutbar sei.

3.3 In der Beschwerde vom 10. Juli 2008 stellte der Beschwerdeführer die Anträge, die Verfügung vom 9. Juli 2008 sei aufzuheben und es sei festzustellen, dass die Wegweisung umzumutbar ist. Der Beschwerde-

führer macht unter Verweis auf die vorhandenen Akten und die eingereichten Unterlagen geltend, er werde von der PUK verfolgt, weil er im Irak einen Mann getötet habe und den Sicherheitsdienst der Regierung der Provinz E._____ zerstört haben soll. Mit dieser Behauptung stützt er sich auf einen Festnahmebefehl von 1999, welcher im Rahmen des an das ordentliche Asylverfahren anschliessenden Revisionsverfahren eingereicht wurde. Indem die Vorinstanz diese Unterlagen nicht gewürdigt habe, sei der rechtserhebliche Sachverhalt nicht festgestellt worden. Eine aktuelle Bestätigung dieses Befehls habe er nicht auftreiben können, da einzig sein Bruder einen solchen besorgen könne, dieser allerdings schwer verletzt im Irak in einem Spital liege. Als Beweis hierfür reichte der Beschwerdeführer ein Arzteugnis betreffend seinen Bruder zu den Akten. Weiter wurde geltend gemacht, der eingereichte Bericht des UNHCR vom 26. September 2007 stelle fest, dass die Sicherheitskräfte in der Region E._____ und anderen de-facto kurdisch regierten Gebieten Menschenrechtsverletzungen gegen Anhänger des Widerstandes sowie des früheren Regimes und politische Opponenten der KDP und der PUK begingen. Der Beschwerdeführer macht geltend, dieser Bericht sei auch heute noch aktuell und er habe im Falle einer Einreise die Festnahme, Folterung und lebenslange Verurteilung zu befürchten. Daneben bestehe zusätzlich die Gefahr, Opfer von Angriffen nicht staatlicher Gruppierungen zu werden, wie dies seinem Bruder widerfahren sei. In der Beschwerde wird weiter ausgeführt, der Beschwerdeführer sei aufgrund der Scheidung von seiner Frau und weiteren unislamischen Verhaltens von seiner Familie verstossen worden, weshalb er im Falle einer Rückkehr nicht geschützt werden könne. Gemäss dem Bericht des UNHCR seien Personen, welche sich, so wie der Beschwerdeführer, nicht den muslimischen Anschauungen entsprechend verhalten, besonders der Gefahr von Diskriminierungen, Bedrohungen, Entführungen, Verstümmelungen oder Tötungsverbrechen ausgesetzt. Daneben werde er ohne intakes Beziehungsnetz kaum Möglichkeiten haben, sich eine wirtschaftliche Existenz aufzubauen, da er keine Starthilfe von Verwandten und Bekannten erwarten könne und der Erhalt einer Arbeitsstelle oft von gesellschaftlichen und politischen Beziehungen abhängig sei. Der Beschwerdeführer habe in der Schweiz eine Arbeitsstelle und eine Freundin, welche in Kürze zu ihm ziehen werde und welche er auch zu heiraten gedenke. Eine Rückweisung würde demnach einem Verstoss gegen das Recht auf Achtung des Familienlebens gleichkommen. Weiter macht der Beschwerdeführer geltend, dass auch die Aufhebung einer vorsorglichen Aufnahme unter Berücksichtigung der Integration, der fa-

miliären Verhältnisse und der Zumutbarkeit einer Rückkehr zu prüfen sei.

4.

4.1 Das BFM stützte sich bei der Aufhebung der vorläufigen Aufnahme auf Art. 14b Abs. 2 des damals geltenden Bundesgesetzes vom 26. März 1931 über Aufenthalt und Niederlassung der Ausländer (ANAG). Dieses ist durch das am 1. Januar 2008 in Kraft getretene Bundesgesetz vom 16. Dezember 2005 über die Ausländerinnen und Ausländer (AuG, SR 142.20) ersetzt worden. Es stellt sich somit die Frage, ob im vorliegenden Fall die neuen Bestimmungen gemäss AuG oder die Bestimmungen des damals geltenden ANAG zur Anwendung gelangen. Art. 126 Abs. 1 AuG regelt, dass auf Gesuche, die vor dem Inkrafttreten dieses Gesetzes eingereicht worden sind, das bisherige Recht anwendbar bleibt. Das Bundesverwaltungsgericht hat sich im publizierten Urteil C-3912/2007 vom 14. Februar 2008 mit der Frage der Anwendbarkeit bisherigen oder neuen Rechts befasst. Es gelangte zum Schluss, dass das bisherige materielle Recht gemäss Art. 126 Abs. 1 AuG - über seinen zu engen Wortlaut hinaus - auf alle Verfahren anwendbar ist, die erstinstanzlich vor Inkrafttreten des neuen Rechts eingeleitet wurden, unabhängig davon, ob sie von Amtes wegen oder auf Gesuch hin eröffnet wurden. Demnach könnten die Bestimmungen des ANAG auf den vorliegenden Fall Anwendung finden. Letztlich aber kann diese Frage offenbleiben, zumal die massgebenden Gesetzesbestimmungen unter altem wie auch neuem Recht inhaltlich ähnlich sind und die Anwendung des alten Rechts in casu zum selben Ergebnis führen würde wie die Anwendung des neuen Rechts.

4.2 Die vorläufige Aufnahme wird vom BFM in Anwendung von Art. 84 Abs. 2 AuG aufgehoben und der Vollzug der Weg- oder Ausweisung angeordnet, wenn die Voraussetzungen dafür nicht mehr gegeben sind. Dies ist der Fall, wenn die Ausreise von Ausländerinnen und Ausländern in ihren Heimat-, Herkunfts- oder Drittstaat möglich ist (Art. 83 Abs. 2 AuG), dieser keine völkerrechtlichen Verpflichtungen der Schweiz entgegenstehen (Art. 83 Abs. 3 AuG) und dort keine konkrete Gefahr für die betreffende Person besteht (Art. 83 Abs. 4 AuG). Dann also, wenn der Vollzug der Wegweisung möglich, zulässig und zumutbar ist.

5.

5.1 Der Beschwerdeführer stellte im Rahmen der von ihm eingereichten Beschwerde den Antrag, es sei die Unzumutbarkeit einer allfälligen Rückweisung festzustellen. Streng formell betrachtet wurde dagegen die Feststellung der Unzulässigkeit einer Rückweisung nicht beantragt. Im strittigen Verwaltungsverfahren gilt grundsätzlich die Dispositionsmaxime, nach welcher das Gericht nur auf die von den Parteien gestellten Anträge einzugehen hat (vgl. ALFRED KÖLZ / ISABELLE HÄNER, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes, 2. Aufl., Zürich 1998, S. 36). In der Begründung seiner Beschwerdeschrift machte der Beschwerdeführer dagegen zusätzlich geltend, ihm drohe im Falle einer Rückweisung in die Heimat unmenschliche Behandlung im Sinne von Art. 25 Abs. 3 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV, SR 101), Art. 3 EMRK und Art. 3 des Übereinkommens vom 10. Dezember 1984 gegen Folter und andere grausame, unmenschliche oder erniedrigende Behandlung oder Strafe (FoK, SR 0.105). Aufgrund der absoluten Geltung der angerufenen Bestimmungen führt das Bundesverwaltungsgericht vorliegend – obschon nicht formell beantragt – zusätzlich die Prüfung der Zulässigkeit einer allfälligen Rückweisung durch.

5.2 Der Vollzug ist nicht zulässig, wenn völkerrechtliche Verpflichtungen der Schweiz einer Weiterreise der Ausländerin oder des Ausländers in den Heimat-, Herkunfts- oder in einen Drittstaat entgegenstehen (Art. 83 Abs. 3 AuG).

So darf keine Person in irgendeiner Form zur Ausreise in ein Land gezwungen werden, in dem ihr Leib, ihr Leben oder ihre Freiheit aus einem Grund nach Art. 3 Abs. 1 AsylG gefährdet ist oder in dem sie Gefahr läuft, zur Ausreise in ein solches Land gezwungen zu werden (Art. 5 Abs. 1 AsylG; vgl. ebenso Art. 33 Abs. 1 des Abkommens vom 28. Juli 1951 über die Rechtsstellung der Flüchtlinge [FK, SR 0.142.30]).

Gemäss Art. 25 Abs. 3 BV, Art. 3 FoK und der Praxis zu Art. 3 EMRK darf niemand der Folter oder unmenschlicher oder erniedrigender Strafe oder Behandlung unterworfen werden.

5.3 Die Vorinstanz wies in ihrer angefochtenen Verfügung vom 9. Juni 2008 zutreffend darauf hin, dass der Grundsatz der Nichtrückschiebung nur Personen schützt, die die Flüchtlingseigenschaft erfüllen (vgl. MARIO GATTIKER, Das Asyl- und Wegweisungsverfahren, 3. Aufl.,

Bern 1999, S. 89). Mit Verfügung vom 13. Februar 2001 stellte das BFF fest, der Beschwerdeführer erfülle die Flüchtlingseigenschaft nicht. Die gegen diese Verfügung eingereichte Beschwerde wurde mit Urteil der ARK am 23. März 2001 abgewiesen. Aus diesem Grund kann das in Art. 5 AsylG verankerte Prinzip des flüchtlingsrechtlichen Non-Refoulements im vorliegenden Verfahren keine Anwendung finden. Eine Rückkehr des Beschwerdeführers in seine Heimat ist demnach unter dem Aspekt von Art. 5 AsylG rechtmässig.

5.4 Den Einwand des Beschwerdeführer er werde in der Heimat wegen eines Tötungsdelikts verfolgt, wurde vom BFF schon im Rahmen des Asylverfahrens mit Verfügung vom 13. Februar 2001 als unglaubhaft beurteilt. Diese Verfügung wurde von der ARK im Urteil vom 23. März 2001 bestätigt und der Sachverhalt wurde damit rechtskräftig beurteilt. Im vorliegenden Verfahren kann ein Sachverhalt, welcher im ordentlichen Verfahren bereits als unglaubhaft beurteilt wurde, nicht mehr Gegenstand der Beurteilung sein (*res iudicata*; FRITZ GYGI, Bundesverwaltungsrechtspflege, 2. Aufl., Bern 1983, S. 322 f.; ALFRED KÖLZ/ISABELLE HÄNER, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes, 2. Aufl., Zürich 1998, S. Rz. 715).

In casu stellt sich allerdings die Frage, ob die materielle Rechtskraft auch der Beurteilung eines vom Beschwerdeführer mit seinem Revisionsgesuch vom 28. Mai 2004 eingereichten Festnahmebefehls, welcher die Gefahr einer Verfolgung in der Heimat belegen soll, entgegensteht. Auf das Revisionsgesuch wurde mit Urteil vom 22. Juni 2004 der ARK nicht eingetreten. Im Falle eines Nichteintretensentscheids entfaltet sich die materielle Rechtskraft nur insoweit, als zur fehlenden Prozess- oder Sachurteilsvoraussetzung Stellung genommen wird (vgl. FRITZ GYGI, a.a.O., S. 322 f.). Der eingereichte Haftbefehl an sich wurde nicht auf dessen Glaubhaftigkeit beurteilt, womit dessen Beurteilung die materielle Rechtskraft nicht entgegen steht.

Der Beschwerdeführer machte in seiner Beschwerde vom 1. März 2001 gegen die Abweisung seines Asylgesuchs zwar eine drohende Festnahme geltend, reichte den genannten Haftbefehl allerdings nicht zu den Akten. Nach Abweisung des Gesuchs versuchte er im Verfahren der Revision erneut, eine drohende Festnahme vorzubringen, diesmal unter Beilage des erwähnten Haftbefehls. Auf das Revisionsgesuch wurde nicht eingetreten, weil der Beschwerdeführer den Kostenvorschuss nicht bezahlte. In Anbetracht der Umstände,

dass der Beschwerdeführer erst nach erstmals abgewiesenen Asylgesuch diesen Festnahmebefehl vorbrachte und er im Rahmen des Revisionsverfahrens offenbar das Interesse an einer Beurteilung des Dokuments verlor, indem er den Kostenvorschuss nicht bezahlte, kommt das Gericht zum Schluss, dass der vorliegende Haftbefehl nicht geeignet ist, eine drohende Festnahme und eine damit im Zusammenhang stehende angebliche gegen Art. 3 EMRK verstossende Behandlung mit überwiegender Wahrscheinlichkeit zu belegen. In seiner Beschwerde vom 1. März 2001 gab der Beschwerdeführer zudem an, gemäss Wortlaut des in Frage stehenden Haftbefehls werde er im Falle einer Festnahme öffentlich hingerichtet (vgl. S.1 der Beschwerde vom 1. März 2001). Diese Darstellung stimmt nicht mit der im Rahmen des Revisionsverfahrens eingereichten Übersetzung des Haftbefehl überein (vgl. Beilage 1 zum Revisionsgesuch vom 28. Mai 2004), auf welche der Beschwerdeführer im vorliegenden Verfahren seine Behauptungen stützt. In diesem angeblichen Haftbefehl wird der Beschwerdeführer einzig zur Verhaftung ausgeschrieben, nicht enthalten ist dagegen der vom Beschwerdeführer angeführte Hinweis, er solle nach erfolgter Verhaftung direkt öffentlich hingerichtet werden.

5.5 Gemäss dem Bericht des UNHCR 08/2008 (Sulaymaniyah Governorate - Rapid Needs Assessment [RNA] of Recently Displaced Persons in the Kurdistan Region) sind Personen kurdischer Ethnie vor allem im Zentralirak gefährdet, nicht allerdings in den Provinzen im Nordirak. Selbst aufgrund eines allenfalls aktuell nicht den muslimischen Werten entsprechende Lebenswandel besteht für den Beschwerdeführer keine Gefahr, vorrangiges Ziel von Angriffen und unmenschlicher Behandlung zu werden. Der allfällige nicht den muslimischen Werten entsprechende Lebenswandel des Beschwerdeführers geht mit dessen Aufenthalt in der Schweiz einher. Der Beschwerdeführer wird sich im Falle einer Rückkehr ohne Weiteres wieder an die Gepflogenheiten seiner Heimatregion anpassen können. Immerhin hat der Beschwerdeführer doch bis zur Ausreise in die Schweiz, also die ersten 21 Jahre seines Lebens, mit den heimischen Bräuchen und religiösen Wertvorstellungen gelebt, ohne damit in Konflikt zu geraten. Der Beschwerdeführer gehört daher nicht einer der besonders gefährdeten Personengruppen an, für welche sich eine Rückweisung als unzulässig erweisen würde. Es ergeben sich daher also keine Anhaltspunkte dafür, dass der Beschwerdeführer für den Fall einer Ausschaffung in seine Herkunftsregion dort mit beachtlicher Wahrscheinlichkeit einer nach Art. 3 EMRK oder Art. 1 FoK verbotenen Strafe oder Be-

handlung ausgesetzt wäre. Selbst wenn der Bruder des Beschwerdeführers Opfer eines Anschlags geworden wäre, liessen sich daraus keine Schlüsse auf eine allfällige Gefährdung des Beschwerdeführers ziehen. Der Beschwerdeführer macht unter Verweis auf einen Bericht des UNHC vom 26. September 2007 (UNHCR's Hinweise zur Feststellung des internationalen Schutzbedarfs irakischer Asylbewerber) zudem geltend, Anhänger des Widerstands sowie des früheren Regimes und Opponenten der KDP und PUK seien Menschenrechtsverletzungen ausgesetzt. Vom Beschwerdeführer wird allerdings in keiner Weise dargelegt, dem bedrohten Personenkreis anzugehören, weshalb in dem Zusammenhang ebenfalls keine Gefahr zu erblicken ist. Gemäss Praxis des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte (EGMR) sowie jener des UN-Anti-Folterausschusses müsste der Beschwerdeführer eine konkrete Gefahr ("real risk") nachweisen oder glaubhaft machen, dass ihm im Fall einer Rückschiebung Folter oder unmenschliche Behandlung drohen würde (vgl. EMARK 2001 Nr. 16 S. 122, mit weiteren Hinweisen; EGMR, Bensaid gegen Grossbritannien, Urteil vom 6. Februar 2001, Recueil des arrêts et décisions 2001-I, S. 327 ff.). Dies hat er indes nicht darlegen können. Auch die allgemeine Menschenrechtssituation im Nordirak lässt den Wegweisungsvollzug zum heutigen Zeitpunkt klarerweise nicht als unzulässig erscheinen.

5.6 Weiter brachte der Beschwerdeführer vor, aufgrund einer zwischen ihm und einer Schweizerin bestehenden Liebesbeziehung, verstosse eine Wegweisung gegen das Recht auf Achtung des Familienlebens. Gemäss Art. 8 EMRK hat jede Person das Recht auf Achtung ihres Familienlebens. Gemäss der Rechtsprechung des Bundesgerichts beschränkt sich der Schutz von Art. 8 EMRK auf die Familie im engeren Sinn und kann nur dann angerufen werden, wenn die geltend gemachte Beziehung auch tatsächlich gelebt wird, was es anhand objektiv überprüfbarer Umstände nachzuweisen gilt (vgl. Urteil des Bundesgerichts 2A.298/2006, E. 1.1, mit weiteren Hinweisen). Die Familienmitglieder müssen eine gewisse Nähe zueinander und eine gewisse Abhängigkeit voneinander aufweisen (vgl. MARK E. VILLIGER, in DANIEL THÜRER (Hrsg.), Verfassungsrecht der Schweiz, Zürich 2001, §40 Rz. 25, mit weiteren Hinweisen). Im vorliegenden Fall hält es das Bundesverwaltungsgericht nicht für erwiesen, dass der Beschwerdeführer mit der erwähnten Partnerin eine Beziehung lebt, welche die Intensität erreichen würde, die erforderlich ist, um einen Anspruch aus Art. 8 EMRK ableiten zu können, zumal er laut eigenen Angaben mit dieser Partnerin nicht in einem gemeinsamen Haushalt lebt.

Die behördliche Untersuchungspflicht im Asylverfahren (Art. 12 VwVG i.V.m. Art. 6 AsylG) gilt nicht uneingeschränkt, sondern korreliert eng mit der Mitwirkungspflicht der Asylsuchenden im Sinne von Art. 8 Abs. 1 AsylG. Für das Bundesverwaltungsgericht besteht insbesondere keine Pflicht, über die Vorbringen der Beschwerde führenden Seite hinaus den Sachverhalt vollkommen neu zu erforschen, sondern es kann sich vielmehr darauf beschränken, die Stichhaltigkeit der betreffenden Vorbringen zu prüfen, es sei denn, bereits die vorinstanzlichen Akten oder aber die Ausführungen in der Beschwerdeschrift legten zusätzliche Abklärungen zum Sachverhalt nahe (vgl. EMARK 1995 Nr. 23 E. 5a S. 222 f., BGE 110 V 52 f., Verwaltungspraxis der Bundesbehörden [VPB] 61 [1997] Nr. 31 E. 3.2.2., KÖLZ / HÄNER, a.a.O., Rz. 603, 675 f.; ULRICH HÄFELIN / GEORG MÜLLER, Allgemeines Verwaltungsrecht, 4. Aufl., Zürich 2002, Rz. 1625). Es hätte somit am Beschwerdeführer gelegen, die Intensität der allenfalls zwischen ihm und der angeblichen Partnerin bestehenden Beziehung, welche die Voraussetzungen von Art. 8 EMRK erfüllen würde, näher darzulegen, was er nicht getan hat.

5.7 Zusammenfassend ist der Vollzug der Wegweisung sowohl im Sinne der asyl- als auch der völkerrechtlichen Bestimmungen als zulässig zu betrachten.

6.

6.1 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, BBI 2002 3818), respektive ist eine bestehende vorläufige Aufnahme aufrecht zu erhalten.

6.2 Gemäss Art. 83 Abs. 7 Bst. a AuG wird die vorläufige Aufnahme nach Art. 83 Abs. 2 und 4 AuG (Unzumutbarkeit oder Unmöglichkeit des Vollzugs der Wegweisung) nicht verfügt, wenn die weg- oder ausgewiesene Person zu einer längerfristigen Freiheitsstrafe im In- oder Ausland verurteilt wurde. Durch den Verweis in Art. 84 Abs. 2 AuG gilt diese Einschränkung auch bei der Prüfung der Aufhebung einer vorläufigen Aufnahme. Bei der längerfristigen Freiheitsstrafe im Sinne von Art. 83 Abs. 7 Bst. a AuG muss es sich um eine Freiheitsstrafe von

deutlich mehr als einem Jahr handeln und sie muss auf einem rechtskräftigen Urteil beruhen (vgl. MARC SPESCHA, in MARC SPESCHA / HANSPETER THÜR / ANDREAS ZÜND / PETER BOLZLI, Kommentar Migrationsrecht, Zürich 2008, N 6 zu Art. 62 AuG).

Im vorliegenden Fall wurde der Beschwerdeführer mit oberinstanzlichem Urteil des Kantonsgerichts des Kantons D._____ vom 4. Juni 2002 wegen Vergewaltigung im Sinne von Art. 190 Abs. 1 des Schweizerischen Strafgesetzbuchs vom 21. Dezember 1937, Fassung vor Inkrafttreten der Änderung vom 13. Dezember 2002 (aStGB) und vollendeter versuchter Nötigung im Sinne von Art.181 i.V.m. Art. 22 Abs. 1 aStGB zu einer unbedingten Freiheitsstrafe von 30 Monaten verurteilt. Dieses Urteil ist rechtskräftig und der Beschwerdeführer hat die Strafe bereits verbüsst. Die Dauer der Strafe wurde auf 30 Monate festgesetzt, folglich deutlich mehr als nur ein Jahr.

Gemäss Art. 62 Abs. 4 VwVG ist das Bundesverwaltungsgericht als Beschwerdeinstanz an die rechtliche Begründung der Begehren nicht gebunden. Die Beschwerdeinstanz darf also ihren Entscheid anders begründen als die Parteien oder die Vorinstanz (vgl. ALFRED KÖLZ/ISABELLE HÄNER, a.a.O., S. 240, Rz. 677). Nach dem Grundsatz der Rechtsanwendung von Amtes wegen ist sie vielmehr verpflichtet, auf den festgestellten Sachverhalt jenen Rechtssatz anzuwenden, den sie als den zutreffenden erachtet, und ihm jene Auslegung zu geben, von der sie überzeugt ist (vgl. BGE 119 V 347 E. 1a). Dies bedeutet, dass sie eine Beschwerde auch aus einem anderen als den geltend gemachten Gründen gutheissen oder den angefochtenen Entscheid im Ergebnis mit einer Begründung bestätigen kann, die von jener der Vorinstanz abweicht (sogenannte Motivsubstitution, vgl. EMARK 1994 Nr. 29 E.3). In seiner Beschwerde vom 10. Juli 2008 (S. 4 f.) wies der Beschwerdeführer einerseits selbst auf seine Verurteilung hin, weshalb es sich erübrigte, im Rahmen des Instruktionsverfahren ihn auf die Motivsubstitution hinzuweisen und ihm diesbezüglich das rechtliche Gehör zu gewähren, zumal der durch eine Rechtsanwältin vertretene Beschwerdeführer wegen seiner unbedingten Freiheitsstrafe mit der Anwendung von Art. 83 Abs. 7 Bst. a AuG rechnen musste.

6.3 Trotz Vorliegens eines Tatbestandes von Art. 83 Abs. 7 Bst. a AuG kommt es nicht automatisch zu einem Ausschluss der Unzumutbarkeit und der Unmöglichkeit des Vollzugs einer Wegweisung. Eine Aufhebung der vorläufigen Aufnahme unter dem Gesichtspunkt der Zulässig-

keit oder der Möglichkeit ist in solchen Fällen nur nach einer eingehenden Verhältnismässigkeitsprüfung angezeigt. Es bedarf also einer eingehenden Interessenabwägung, wobei es zu beachten gilt, dass es nicht um die Sanktion vergangener Straftaten des Beschwerdeführers geht, sondern darum, die Öffentlichkeit vor zukünftigen Delikten zu schützen (vgl. PETER BOLZLI, in MARC SPESCHA / HANSPETER THÜR / ANDREAS ZÜND / PETER BOLZLI, Kommentar Migrationsrecht, Zürich 2008, N 22 f. zu Art. 83 AuG). Wenn es nicht um den Ausschluss einer vorläufigen Aufnahme geht, sondern um die Aufhebung einer bestehenden vorläufigen Aufnahme, wird den mit einer Wegweisung für den Betroffenen verbundenen persönlichen Nachteilen ein vergleichsweise hoher Stellenwert beigemessen (vgl. EMARK 2006 Nr. 23 E. 8.3.3 S. 249).

Die gegen den Beschwerdeführer neben der 30 monatigen Freiheitsstrafe ausgesprochene 10 jährige Landesverweisung ist vorliegend nicht mehr zu beachten. Gemäss Ziff. 1 Abs. 2 Schlussbestimmungen der Änderung vom 13. Dezember 2002 sind mit Inkrafttreten des revidierten StGB die unter dem alten Recht ausgesprochenen Nebenstrafen – wie beispielsweise die Landesverweisung – aufgehoben. Ohnehin war auch unter der Herrschaft des alten StGB die Beurteilung einer Wegweisung im Asylverfahren unabhängig von einer in einem Strafurteil ausgesprochenen Landesverweisung (vgl. CHRISTOPH HAFFENMEYER, in: Basler Kommentar, Strafgesetzbuch II, Basel 2007, N. 7 f. zu Ziff. 1 Schlussbestimmungen der Änderung vom 13. Dezember 2002).

Aus den Akten des Strafverfahrens lässt sich nicht erkennen, dass der Beschwerdeführer in irgendeiner Form Reue gezeigt hätte. Im Gegenteil hat er während des ganzen Verfahrens vor beiden kantonalen Instanzen die Vorkommnisse, welche schliesslich zu einer Verurteilung wegen Vergewaltigung und vollendeter versuchter Nötigung geführt haben, hartnäckig bestritten. Zudem wurde das Verschulden des Beschwerdeführer als schwer eingestuft (vgl. Urteil des Kantonsgerichts des Kantons D. _____ vom 4. Juni 2002, E. 6. cc und E. 6. aa, S. 35). Damit ist – ohne die Frage nach dem Risiko zukünftiger Straftaten zu beleuchten (vgl. BVGE 2007/32 E. 3.7.3 S. 391) – ein erhöhtes öffentliches Interesse am Vollzug der Wegweisung des Beschwerdeführers klar zu bejahen. Im Vergleich dazu wiegt das Interesse des Beschwerdeführers an einer Fortsetzung seines Aufenthalts in der Schweiz nur leicht, weshalb sie das öffentliche Interesse am Vollzug der Wegweisung nicht zu überwiegen vermögen. Der Vollzug der Wegweisung hält

somit unter diesem Gesichtspunkt der Verhältnismässigkeitsprüfung stand.

6.4 Für den vorliegenden Fall bedeutet dies, dass der Vollzug der Wegweisung beziehungsweise die Aufhebung der vorläufigen Aufnahme unter den Gesichtspunkten der Zumutbarkeit und Möglichkeit nicht mehr zu prüfen ist (Art. 83 Abs. 7 AuG). Die Zulässigkeit der Wegweisung wurde bereits festgestellt, womit sich ergibt, dass die Voraussetzungen von Art. 83 AuG nicht mehr gegeben sind und im Sinne von Art. 84 Abs. 2 AuG die vorläufige Aufnahme aufzuheben ist.

7.

Insgesamt ist die durch die Vorinstanz verfügte Aufhebung der vorläufigen Aufnahme zu bestätigen. Die Vorinstanz hat die vorläufige Aufnahme im Ergebnis zu Recht aufgehoben.

8.

Aus diesen Erwägungen ergibt sich, dass die angefochtene Verfügung Bundesrecht nicht verletzt und angemessen ist (Art. 106 AsylG). Die Beschwerde ist nach dem Gesagten abzuweisen.

9.

Bei diesem Ausgang des Verfahrens sind die Kosten dem Beschwerdeführer aufzuerlegen (Art. 63 Abs. 1 und 5 VwVG), auf insgesamt Fr. 600.-- festzusetzen (Art. 1-3 des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]) und mit dem am 21. Juli 2008 geleisteten Vorschuss von Fr. 600.-- zu verrechnen.

(Dispositiv nächste Seite)

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.

Die Beschwerde wird abgewiesen.

2.

Die Verfahrenskosten von Fr. 600.-- werden dem Beschwerdeführer auferlegt. Dieser Betrag wird mit dem in gleicher Höhe geleisteten Kostenvorschuss verrechnet.

3.

Dieses Urteil geht an:

- die Rechtsvertreterin des Beschwerdeführers (Einschreiben)
- das BFM, Abteilung Aufenthalt und Rückkehrförderung, mit den Akten Ref.-Nr. N _____ (per Kurier; in Kopie)
- Fremdenpolizei und Passbüro des Kantons D. _____ (in Kopie)

Der vorsitzende Richter:

Der Gerichtsschreiber:

Fulvio Haefeli

Philipp Schürch

Versand: