



Urteil vom 10. Mai 2019

Besetzung

Richter Jürg Marcel Tiefenthal (Vorsitz),
Richterin Gabriela Freihofer, Richter Simon Thurnheer,
Gerichtsschreiber Linus Sonderegger.

Parteien

A. _____, geboren am (...),
Irak,
vertreten durch lic. iur. LL.M. Susanne Sadri, Asylhilfe Bern,
Beschwerdeführer,

gegen

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

Gegenstand

Antrag auf Anordnung einer vorläufigen Aufnahme;
Verfügung des SEM vom 13. August 2018 / N (...).

Sachverhalt:**A.**

Der Beschwerdeführer ersuchte am 26. März 2007 in der Schweiz um Asyl. Mit Verfügung des damaligen Bundesamtes für Migration (BFM; heute: SEM) wurde dieses Asylgesuch abgelehnt und die Wegweisung aus der Schweiz angeordnet. Gleichzeitig wurde der Beschwerdeführer wegen Unzumutbarkeit des Vollzugs der Wegweisung in der Schweiz vorläufig aufgenommen.

B.

Mit Verfügung des BFM vom 20. November 2008 wurde die vorläufige Aufnahme infolge unbekanntem Aufenthalts für erloschen erklärt.

C.

Am 1. Oktober 2008 wurde der Beschwerdeführer in Anwendung des Rückübernahmeabkommens zwischen der Schweiz und den Niederlanden in die Schweiz rücküberstellt, wo er am 18. November 2008 ein zweites Asylgesuch einreichte. Mit Verfügung des BFM vom 20. April 2010 wurde dem Beschwerdeführer in der Schweiz Asyl gewährt.

D.

Mit Strafurteil vom (...) 2012 des (...) wurde der Beschwerdeführer wegen versuchter schwerer Körperverletzung und Raubes zu einer Freiheitsstrafe von zwei Jahren verurteilt.

E.

Die Migrationsbehörde des Kantons (...) reichte am 31. Oktober 2012 beim BFM einen Antrag auf Prüfung der Aberkennung der Flüchtlingseigenschaft und Widerruf des Asyls ein. Am 15. Januar 2013 teilte das BFM dem Migrationsamt mit, dass die Voraussetzungen von Art. 53 AsylG nicht erfüllt seien, weshalb kein Widerrufsverfahren eingeleitet werden könne.

F.

Gemäss den Reiseunterlagen, welche am 3. März 2015 anlässlich einer Kontrolle am Flughafen B._____ sichergestellt wurden, reiste der Beschwerdeführer in den Nordirak.

G.

Mit Verfügung des SEM vom 18. Mai 2015 wurde dem Beschwerdeführer daher die Flüchtlingseigenschaft aberkannt und das Asyl widerrufen. Auf eine gegen diese Verfügung erhobene Beschwerde wurde mit Urteil des

Bundesverwaltungsgerichts D-3724/2015 vom 16. Juli 2015 nicht eingetreten.

H.

Die kantonale Migrationsbehörde gewährte dem Beschwerdeführer mit Schreiben vom 11. Mai 2016 das rechtliche Gehör zur Nichtverlängerung der Aufenthaltsbewilligung und Wegweisung aus der Schweiz. Am 28. Juni 2016 reichte er die entsprechende Stellungnahme ein.

I.

Am 12. Juli 2016 ersuchte die kantonale Migrationsbehörde beim SEM um Erstellung eines Amtsberichts, insbesondere im Hinblick auf die Prüfung allfälliger Wegweisungshindernisse. Am 14. November 2016 wurde dem Beschwerdeführer wiederum das rechtliche Gehör gewährt.

J.

Mit Verfügung der kantonalen Migrationsbehörde vom 14. Dezember 2016 wurde die Aufenthaltsbewilligung des Beschwerdeführers nicht weiter verlängert. Gleichzeitig wurde seitens der kantonalen Migrationsbehörde beim SEM ein Antrag auf Gewährung einer vorläufigen Aufnahme gestellt.

K.

Mit Schreiben vom 22. Februar 2017 legte das SEM dem Beschwerdeführer dar, dass es beabsichtige, den kantonalen Antrag auf Anordnung einer vorläufigen Aufnahme zu verweigern, und lud ihn zur Stellungnahme ein, welche am 20. März 2017 eingereicht wurde.

L.

Am 21. Juli 2017 wurde dem Beschwerdeführer aufgrund des Zeitablaufs seit der Gewährung des rechtlichen Gehörs die Möglichkeit geboten, den Sachverhalt zu ergänzen und allfällige Gründe für die Gewährung einer vorläufigen Aufnahme anzurufen. Am 22. August 2017 wurde eine entsprechende Stellungnahme eingereicht.

M.

Am 6. September 2017 reichte das Sozialamt (...) eine Anzeige betreffend Verdacht auf unrechtmässigen Bezug von Sozialhilfeleistungen ein. Das Verfahren hierzu ist noch hängig.

N.

Am 31. Oktober 2017 wurde eine Kopie einer Heiratsurkunde, eine Bestätigung eines Geburtstermins sowie eine Wohnsitzbescheinigung eingereicht. Bezugnehmend auf diese Unterlagen führte das SEM mit der Rechtsvertretung des Beschwerdeführers am 1. November 2017 eine telefonische Unterredung.

O.

Mit Schreiben vom 21. November 2017 teilte der Beschwerdeführer mit, dass seine religiös angetraute Ehefrau, welche derzeit noch verheiratet sei, am (...) 2017 ihren Scheidungstermin habe.

Am (...) 2017 wurde die Ehe durch das Bezirksgericht C._____ geschieden.

P.

Am 8. März 2018 wurde dem SEM die vorläufige Festnahme des Beschwerdeführers mitgeteilt.

Q.

Mit Schreiben vom 13. März 2018 wurde dem SEM die Geburt des Kindes des Beschwerdeführers mitgeteilt.

R.

Mit Verfügung vom 13. August 2018 (Eröffnung am 14. August 2018) wies das SEM den Beschwerdeführer aus der Schweiz weg und lehnte den Antrag der kantonalen Migrationsbehörde auf Anordnung einer vorläufigen Aufnahme ab.

S.

Diese Verfügung focht der Beschwerdeführer mit Eingabe seiner Rechtsvertreterin vom 12. September 2018 beim Bundesverwaltungsgericht an. Er beantragte sinngemäss die Aufhebung der Dispositivziffern zwei bis vier der angefochtenen Verfügung und die Anordnung einer vorläufigen Aufnahme. In prozessualer Hinsicht wurde um Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung gemäss Art. 65 Abs. 1 VwVG ersucht.

T.

Mit Zwischenverfügung vom 20. November 2018 hiess das Bundesverwaltungsgericht das Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung unter der Voraussetzung des Nachreichens einer Fürsorgebestätigung gut. Diese wurde fristgerecht eingereicht.

U.

Mit Vernehmlassung vom 3. Januar 2019 äusserte sich das SEM zur Beschwerdeschrift, worauf der Beschwerdeführer am 23. Januar 2019 replizierte.

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 Bundesverwaltungsgerichtes. Es ist keine Ausnahme das Sachgebiet betreffend gegeben (Art. 32 VGG). Das Bundesverwaltungsgericht ist daher zuständig für die Beurteilung der vorliegenden Beschwerde und entscheidet auf dem Gebiet des Ausländerrechts die vorläufige Aufnahme betreffend endgültig (Art. 83 Bst. c Ziff. 3 BGG).

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. 112 Abs. 1 AIG [SR 142.20] i.V.m. Art. 37 VGG; Art. 48, Art. 50 und Art. 52 VwVG). Auf die Beschwerde ist einzutreten.

2.

Mit der Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht kann die Verletzung von Bundesrecht (einschliesslich Missbrauch und Überschreiten des Ermessens), die unrichtige und unvollständige Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts sowie die Unangemessenheit gerügt werden (Art. 112 Abs. 1 AIG i.V.m. Art. 49 VwVG).

3.

Gemäss Art. 83 Abs. 6 AIG kann die vorläufige Aufnahme von kantonalen Behörden beantragt werden. Gemäss Art. 83 Abs. 1 AIG verfügt das SEM eine vorläufige Aufnahme einer ausländischen Person in der Schweiz, wenn der Vollzug der Wegweisung nicht zulässig, nicht zumutbar oder nicht möglich ist.

4.

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

4.2 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 des Übereinkommens vom 10. Dezember 1984 gegen Folter und andere grausame, unmenschliche oder erniedrigende Behandlung oder Strafe (FoK, SR 0.105) und der Praxis zu Art. 3 EMRK darf niemand der Folter oder unmenschlicher oder erniedrigender Strafe oder Behandlung unterworfen werden. Gemäss Praxis des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte (EGMR) sowie jener des UN-Anti-Folter Ausschusses 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. Urteil des EGMR Saadi gegen Italien 28. Februar 2008, Grosse Kammer 37201/06, §§ 124–127 m.w.H.).

4.3 Die Vorinstanz wies in ihrer angefochtenen Verfügung zutreffend darauf hin, dass das Prinzip des flüchtlingsrechtlichen Non-refoulement nur Personen schützt, die die Flüchtlingseigenschaft erfüllen. Da die Flüchtlingseigenschaft des Beschwerdeführers mit Verfügung des SEM vom 18. Mai 2015 rechtskräftig aberkannt wurde, ist die Rückkehr in den Heimatstaat demnach unter dem Aspekt von Art. 5 AsylG rechtmässig.

4.4 Hinsichtlich des menschenrechtlichen Rückschiebeverbots erwog das SEM, dass die allgemeine Lage im Irak den Wegweisungsvollzug nicht generell unzulässig mache, da keine Situation extremer allgemeiner und verbreiteter Gewalt vorliege, die als dermassen intensiv einzustufen wäre, dass für jede Person eine ernsthafte Gefahr einer unmenschlichen Behandlung im Sinne von Art. 3 EMRK als gegeben zu erachten wäre. Für eine Rückkehr spreche nicht zuletzt, dass der Beschwerdeführer keine gegen ihn persönlich gerichtete ernsthafte Probleme substantiiert habe aufzeigen können. Der Beschwerdeführer sei freiwillig in den Nordirak zurückgereist. Es sei nicht substantiiert dargelegt, dass er als tatsächlicher oder

vermeintlicher Regimegegner in den Fokus der Behörden geraten sein könnte. Er berufe sich in seinen Stellungnahmen denn auch auf die allgemein schwierige Lage im Irak und die daraus resultierende allgemeine Gewalt.

4.5 Diesen Erwägungen wurde in der Beschwerdeschrift entgegnet, das BFM habe dem Beschwerdeführer damals die Flüchtlingseigenschaft zugesprochen und ihm Asyl gewährt, da ihm keine innerstaatliche Fluchtalternative offengestanden habe. Er sei aufgrund des psychischen Drucks trotzdem für weniger als einen Monat in den Nordirak gereist. Dabei habe er den Kontakt mit den Behörden oder der Bevölkerung gemieden, weshalb seine Feinde nichts von seiner Rückkehr bemerkt hätten. Gemäss aktueller Asylpraxis bedürfe die Bejahung einer allfälligen Fluchtalternative im Nordirak einer sorgfältigen Einzelfallprüfung.

Im Nordirak würden weder Frieden noch Stabilität herrschen. Allein im Jahre 2017 seien mehr als drei Millionen Menschen von Mosul und Kirkuk vertrieben worden und in den Nordirak geflüchtet. Es drohe ein Bürgerkrieg zwischen der irakischen Zentralregierung und dem Nordirak. Die Lage sei daher instabil. Dem Beschwerdeführer drohe sowohl im Zentral- als auch im Nordirak eine konkrete Gefahr, weshalb der Vollzug der Wegweisung unzulässig sei.

4.6 Diesen Ausführungen wurde in der Vernehmlassung entgegnet, dass die allgemeine Menschenrechtssituation gemäss aktueller Rechtsprechung den Wegweisungsvollzug weder in den Zentral- noch den Nordirak als generell unzulässig erscheinen lasse. Aus der Beschwerdeschrift würden keine spezifischen Gründe ersichtlich, welche ein „real risk“ im Sinne der Rechtsprechung des EGMR begründen könnten, umso mehr als der Beschwerdeführer freiwillig in den Nordirak gereist und von dort ohne Probleme wieder ausgereist sei.

5.

5.1 Das SEM stellt sich auf den Standpunkt, dass der Wegweisungsvollzug weder betreffend den Zentral- noch den Nordirak generell unzulässig sei und auch keine individuellen Gründe, die gegen die Zulässigkeit sprechen würden, ersichtlich seien, zumal der Beschwerdeführer problemlos freiwillig in den Nordirak gereist sei.

5.2 Dabei wird verkannt, dass sich aus den Akten individuelle Gründe erschliessen, welche im Rahmen der Zulässigkeit fundiert abzuhandeln wären. So hat der Beschwerdeführer im Jahre 2010 Asyl erhalten, da er aufgrund seiner Tätigkeit für die Sicherheitsbehörden in Bagdad in den Fokus von Islamisten geraten sei und die zentralirakischen Behörden diesbezüglich nicht schutzfähig seien.

Diese Ansicht vertrat das SEM auch noch in der Stellungnahme gegenüber den kantonalen Migrationsbehörden vom 17. Oktober 2016, indem ausgeführt wurde, dass dem Beschwerdeführer aufgrund seines Profils (zumindest ausserhalb der nordirakischen Autonomen Region Kurdistan [Region des „Kurdistan Regional Government“ – KRG]) eine durch Art. 3 EMRK verbotene Strafe oder Behandlung drohe. Weiter wurde in dieser Stellungnahme die – im Rahmen der Asylgewährung im Jahre 2010 im Übrigen implizit verneinte – Frage einer innerstaatlichen Aufenthaltsalternative in der KRG aufgeworfen und dazu ausgeführt, dass dies voraussetzen würde, dass sich der Beschwerdeführer dort niederlassen und unter den Schutz der kurdischen Behörden stellen könnte (vgl. act. E8). Im Rahmen der Gewährung des rechtlichen Gehörs vom 22. Februar 2017 eröffnete das SEM dem Beschwerdeführer, dass es von einer innerstaatlichen Aufenthaltsalternative in der KRG ausgehe, da er sich dort im März/April 2015 aufgehalten habe (vgl. act. E11).

Am 7. April 2017 bat das SEM amtsintern um kritische Überprüfung des Berichts vom 17. Oktober 2016. Im Rahmen dieser Überprüfung wurde das Fazit der Stellungnahme vom 17. Oktober 2016 bestätigt und – unter Hinweis auf aktuelle Länderberichte – konkretisierend ausgeführt, dass es gemäss den relevanten Quellen für aus dem Zentralirak stammende allein-stehende Männer arabischer Ethnie schwierig sei, sich in der KRG niederzulassen und ein Aufenthaltsrecht zu erwerben, welches über eine blossе Kurzaufenthaltsbewilligung hinausgehe. Ein dauerhafter Aufenthalt setze in der Regel eine dort ansässige Bezugsperson (sog. „sponsor“) voraus. Es sei zwar möglich, sich auch ohne einen solchen „sponsor“ für kurze Zeit als Tourist in der KRG aufzuhalten. Ohne familiäres Beziehungsnetz sei eine dauerhafte Ansiedlung aber kaum realisierbar und es bestehe die Gefahr, von den kurdischen Behörden in den Zentralirak ausgewiesen zu werden.

Die Aussagen im Amtsbericht des SEM entsprechen ferner der aktuellen bundesverwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung. So wurde im BVGE 2011/51 die Schutzfähigkeit der zentralirakischen Behörden verneint

(E. 7.5) und hinsichtlich einer Ansiedelung von Personen arabischer Ethnie in der KRG respektive die Bejahung einer innerstaatlichen Schutzalternative auf die Wichtigkeit eines sozialen Netzes hingewiesen (E. 9).

5.3 Den Akten sowie aktuellen Country of Origin Information sind somit gewichtige Anhaltspunkte zu entnehmen, dass bei einer Rückkehr in den Zentralirak ein „real risk“ einer gegen Art. 3 EMRK verstossenden Behandlung oder Strafe besteht, sich der Beschwerdeführer diesem Risiko aber durch ein dauerhaftes Aufenthaltsrecht in der KRG entziehen könnte. Letzteres dürfte aber nur möglich zu sein, sofern er dort über ein hinreichendes soziales Netz verfügt.

5.4 Der Anspruch auf rechtliches Gehör (Art. 29 Abs. 2 BV und Art. 29–33 VwVG) verpflichtet die Behörden, die Vorbringen der Betroffenen sorgfältig und ernsthaft zu prüfen und in der Entscheidungsfindung zu berücksichtigen. Das SEM setzt sich mit der soeben skizzierten Problematik in der angefochtenen Verfügung nicht auseinander. Die Argumentation, wonach eine Rückkehr in den Zentralirak nicht generell unzulässig sei, verkennt das individuelle Profil des Beschwerdeführers und die mangelnde Schutzfähigkeit der zentralirakischen Behörden respektive den Umstand, dass sich von einem problemlosen Aufenthalt im Nordirak nicht auf die Schutzfähigkeit der zentralirakischen Behörden schliessen lässt. Das zweite Argument, wonach sich der Beschwerdeführer in der KRG niederlassen könnte, da er sich dort bereits anlässlich eines Familienbesuchs aufgehalten habe, übersieht, dass aufgrund eines problemlosen Kurzaufenthalts nicht automatisch auf ein dauerhaftes Aufenthaltsrecht geschlossen werden kann. Das SEM hat somit wesentliche Elemente in seiner Verfügung unberücksichtigt gelassen respektive nicht ernsthaft geprüft und dadurch den Anspruch auf rechtliches Gehör verletzt.

Ob sich das SEM darüber hinaus widersprüchliches Verhalten vorwerfen lassen muss, indem es im Amtsbericht gegenüber den kantonalen Migrationsbehörden von der Unzulässigkeit des Wegweisungsvollzugs ausgegangen ist, diese Ansicht dann aber ohne Angabe von Gründen fallen gelassen hat, kann an dieser Stelle offenbleiben.

5.5 Hinsichtlich der Frage, ob der Beschwerdeführer dauerhaft in die KRG zurückkehren kann, hat es das SEM ferner unterlassen, Abklärungen hinsichtlich des dortigen sozialen Netzes des Beschwerdeführers anzustrengen. Diesbezüglich erweist sich der Sachverhalt daher als unzureichend abgeklärt, wobei anzumerken bleibt, dass sich gewisse Anhaltspunkte für

ein soziales Netz aus dem Umstand ergeben, dass sich der Beschwerdeführer gemäss eigenen Angaben 2015 in den Nordirak begeben habe, um dort seine kranke Mutter zu besuchen (vgl. act. D3).

5.6 Der Anspruch auf rechtliches Gehör ist formeller Natur. Eine Verletzung des rechtlichen Gehörs führt deshalb grundsätzlich, das heisst ungeachtet der materiellen Auswirkungen, zur Aufhebung des daraufhin ergangenen Entscheides. Die Heilung von Gehörsverletzungen aus prozessökonomischen Gründen ist auf Beschwerdeebene nur möglich, sofern das Versäumte nachgeholt wird, der Beschwerdeführer dazu Stellung nehmen kann, die festgestellte Verletzung nicht schwerwiegender Natur ist, die fehlende Entscheidreife durch die Beschwerdeinstanz mit vertretbarem Aufwand hergestellt werden kann und der Beschwerdeinstanz im streitigen Fall die freie Überprüfungsbefugnis zukommt (vgl. BVGE 2014/22 E. 5.3 m.w.H.).

Vorliegend ist die Herstellung der Entscheidreife mit einem nicht unerheblichen Aufwand verbunden, weshalb durch das Gericht keine Heilung vorzunehmen ist. Die Dispositivziffern zwei bis vier der angefochtenen Verfügung sind daher aufzuheben und die Sache ist in Anwendung von Art. 61 Abs. 1 in fine VwVG zur Neuurteilung an das SEM zurückzuweisen.

6.

6.1 Bei diesem Verfahrensausgang sind keine Kosten zu erheben (Art. 63 Abs. 1 VwVG).

6.2 Dem vertretenen Beschwerdeführer ist angesichts seines Obsiegens in Anwendung von Art. 64 VwVG und Art. 7 Abs. 1 des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht (VGKE, SR 173.320.2) eine Entschädigung für die ihm notwendigerweise erwachsenen Parteikosten zuzusprechen. Es wurde keine Kostennote eingereicht, weshalb die notwendigen Parteikosten aufgrund der Akten zu bestimmen sind (Art. 14 Abs. 2 in fine VGKE). Gestützt auf die in Betracht zu ziehenden Bemessungsfaktoren (Art. 9–13 VGKE) ist dem Beschwerdeführer zulasten der Vorinstanz eine Parteientschädigung von insgesamt Fr. 1'000.– zuzusprechen.

(Dispositiv nächste Seite)

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.

Die Beschwerde wird gutgeheissen, soweit die Aufhebung der Dispositivziffern 2 bis 4 der angefochtenen Verfügung beantragt wurde.

2.

Die Dispositivziffern 2 bis 4 der Verfügung vom 13. August 2018 werden aufgehoben. Die Sache wird im Sinne der Erwägungen zur Neu Beurteilung an die Vorinstanz zurückgewiesen.

3.

Es werden keine Verfahrenskosten erhoben.

4.

Das SEM wird angewiesen, dem Beschwerdeführer für das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht eine Parteienschädigung von Fr. 1'000.– auszurichten.

5.

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

Der vorsitzende Richter:

Der Gerichtsschreiber:

Jürg Marcel Tiefenthal

Linus Sonderegger

Versand: