



---

Abteilung IV  
D-524/2011  
law/auj

## **Urteil vom 21. Dezember 2011**

---

Besetzung

Richter Walter Lang (Vorsitz),  
Richterin Regula Schenker Senn, Richter Robert Galliker;  
Gerichtsschreiberin Jacqueline Augsburgsberger.

---

Parteien

A. \_\_\_\_\_, geboren am [...],  
Afghanistan,  
vertreten durch Franziska Jöhr Batt, Fürsprecherin,  
[...],  
Beschwerdeführer,

gegen

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

---

Gegenstand

Abweisung des kantonalen Antrags auf vorläufige  
Aufnahme;  
Verfügung des BFM vom 14. Dezember 2010 / N [...].

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

Der Beschwerdeführer reiste am 8. Februar 1991 zusammen mit seinen Eltern und zwei Geschwistern im Rahmen einer Aktion des Bundes zugunsten von alten, kranken und behinderten Personen, welche vom Amt des Hohen Flüchtlingskommissars der Vereinten Nationen (UNHCR) im Erstasyland (Iran) als Mandatsflüchtlinge anerkannt worden waren, in die Schweiz ein. Mit Verfügung vom 15. August 1991 anerkannte das BFM den Beschwerdeführer als Flüchtling und gewährte ihm Asyl.

**B.**

Am 13. September 2005 verurteilte das Obergericht des Kantons Z. \_\_\_\_\_ den Beschwerdeführer in zweiter Instanz wegen unvollendet versuchter vorsätzlicher Tötung (Art. 111 i.V.m. Art. 21 Abs. 1 des Schweizerischen Strafgesetzbuchs vom 21. Dezember 1937 [StGB, SR 311.0]) sowie wegen Diebstahls (Art. 139 Ziff. 1 StGB) und Raubes (Art. 140 Ziff. 1 StGB) zu einer siebeneinhalbjährigen Zuchthausstrafe.

**C.**

Mit Verfügung vom 20. Dezember 2006 widerrief das BFM das Asyl des Beschwerdeführers gestützt auf Art. 63 Abs. 2 des Asylgesetzes vom 26. Juni 1998 (AsylG, SR 142.31). Der Asylwiderruf erwuchs am 19. Januar 2007 unangefochten in Rechtskraft.

**D.**

Die [...] widerriefen als zuständige kantonale Behörde am Wohnsitz des Beschwerdeführers mit Verfügung vom 9. März 2009 dessen Niederlassungsbewilligung gestützt auf Art. 63 Bst. a des Bundesgesetzes vom 16. Dezember 2005 über die Ausländerinnen und Ausländer (AuG, SR 142.20) i.V.m. Art. 62 Bst. b und c AuG und wiesen ihn gestützt auf Art. 66 Abs. 1 AuG in der Fassung vom 16. Dezember 2005 aus der Schweiz weg. Gleichzeitig verfügten sie, "aufgrund der Unmöglichkeit stellen wir beim Bundesamt für Migration den Antrag auf Prüfung der vorläufigen Aufnahme". Diese Verfügung erwuchs unangefochten in Rechtskraft.

**E.**

**E.a.** Im Rahmen der Prüfung des kantonalen Antrags auf Anordnung einer vorläufigen Aufnahme des Beschwerdeführers gewährte das BFM diesem mit Schreiben vom 12. Februar 2010 das rechtliche Gehör zu

allfälligen Gründen, welche gegen einen Vollzug seiner Wegweisung nach Afghanistan sprechen könnten.

**E.b.** Mit Eingabe vom 26. Februar 2010 nahm die Rechtsvertreterin des Beschwerdeführers unter Beilage von zwei vom 24. und 25. Februar 2010 datierenden Arztzeugnissen zu allfälligen Vollzugshindernissen Stellung.

**E.c.** Mit Eingaben vom 22. Juni 2010 beziehungsweise vom 27. Juli 2010 reichte die Rechtsvertreterin einen vom 16. Juni 2010 datierenden Therapiebericht des [...] der Universität Z. \_\_\_\_\_ zu den Akten.

**F.**

Das BFM forderte die Rechtsvertreterin mit Schreiben vom 2. August 2010 auf, einen aktuellen spezialärztlichen Bericht die [...] des Beschwerdeführers betreffend einzureichen.

**G.**

Mit Eingabe vom 31. August 2010 ersuchte die Rechtsvertreterin des Beschwerdeführers das BFM bezüglich des angeforderten Arztberichtes um eine Fristerstreckung und reichte ein vom zuständigen Straf- und Massnahmenvollzug in Auftrag gegebenes forensisch-psychiatrisches Sachverständigen-Gutachten vom 6. Juli 2010 zu den Akten.

**H.**

Mit Eingabe vom 24. September 2010 reichte die Rechtsvertreterin innert erstreckter Frist einen Arztbericht vom 22. September 2010 zur [...] ihres Mandanten ein.

**I.**

Mit Verfügung vom 14. Dezember 2010 lehnte das BFM den Antrag der kantonalen Behörde vom 9. März 2009 auf Anordnung einer vorläufigen Aufnahme des Beschwerdeführers ab.

**J.**

Mit Eingabe vom 17. Januar 2011 liess der Beschwerdeführer mittels seiner Rechtsvertreterin beim Bundesverwaltungsgericht gegen die Verfügung des BFM vom 14. Dezember 2010 Beschwerde erheben und beantragen, der Antrag der zuständigen kantonalen Behörde vom 9. März 2009 sei gutzuheissen. Mit separater Eingabe gleichen Datums liess er zudem in verfahrensrechtlicher Hinsicht beantragen, es sei ihm für die Durchführung des Beschwerdeverfahrens die unentgeltliche

Prozessführung zu gewähren, unter Beiordnung der Unterzeichnenden als armenrechtliche Anwältin.

**K.**

Mit Verfügung vom 31. Januar 2011 bestätigte der Instruktionsrichter den Eingang der Beschwerde und stellte fest, der Beschwerdeführer könne den Ausgang des Verfahrens in der Schweiz abwarten.

**L.**

**L.a.** Mit Verfügung vom 14. Februar 2011 lud der Instruktionsrichter die Vorinstanz zur Vernehmlassung zur Beschwerde ein.

**L.b.** Das BFM hielt in seiner Vernehmlassung vom 22. Februar 2011 an den Erwägungen in der angefochtenen Verfügung fest und beantragte die Abweisung der Beschwerde.

**L.c.** Die vorinstanzliche Stellungnahme wurde dem Beschwerdeführer am 3. März 2011 zur Kenntnisnahme zugestellt.

**M.**

Am 12. September 2011 übermittelte das [...] dem Bundesverwaltungsgericht eine Kopie seiner vom gleichen Tag datierenden Verfügung, in welcher es gestützt auf den Antrag der [...] vom 12. August 2011 unter anderem verfügte, dass bezüglich des Beschwerdeführers in Anwendung von Art. 65 StGB ein nachträgliches Verfahren betreffend Änderung der Sanktion eröffnet werde.

**N.**

Am 22. November 2011 liess die [...] dem Bundesverwaltungsgericht eine Kopie seines der Verfügung des [...] vom 12. September 2011 zugrunde liegenden Antrags vom 12. August 2011 zukommen.

**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 des Bundesgesetzes vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren (VwVG, SR 172.021). 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; es entscheidet auf dem Gebiet des Ausländerrechts betreffend die vorläufige Aufnahme endgültig (Art. 83 Bst. c Ziff. 3 des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 [BGG, SR 173.110]).

**1.2.** Der Beschwerdeführer hat am Verfahren vor dem BFM nicht teilgenommen; er kann die Anordnung der vorläufigen Aufnahme als Ersatzmassnahme für einen nicht durchführbaren Wegweisungsvollzug nicht selbst beantragen (vgl. Art. 83 Abs. 6 AuG). Er ist jedoch durch die angefochtene Verfügung, mit welcher das BFM den Antrag des Wohnsitzkantons auf Anordnung der vorläufigen Aufnahme abgewiesen hat, unmittelbar betroffen und hat ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung beziehungsweise Änderung (vgl. Entscheidungen und Mitteilungen der Schweizerischen Asylrekurskommission [EMARK] 2002 Nr. 17 E. 4c.ca S. 139 f.). Der Beschwerdeführer ist daher zur Einreichung der Beschwerde legitimiert (Art. 112 Abs. 1 AuG i.V.m. Art. 37 VGG und Art. 48 Abs. 1 VwVG). Auf die frist- und formgerecht eingereichte Beschwerde ist einzutreten (Art. 112 Abs. 1 AuG i.V.m. Art. 37 VGG, Art. 50 Abs. 1 VwVG und Art. 52 VwVG).

## **2.**

Mit Beschwerde können die Verletzung von Bundesrecht, die unrichtige oder unvollständige Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts und die Unangemessenheit gerügt werden (Art. 112 Abs. 1 AuG i.V.m. Art. 37 VGG und Art. 49 VwVG). Das Bundesverwaltungsgericht kann den angefochtenen Entscheid jedoch ungeachtet der erhobenen Rügen grundsätzlich in vollem Umfang überprüfen. Es stellt den Sachverhalt von Amtes wegen fest (Art. 12 VwVG) und wendet das Recht von Amtes wegen an (Art. 62 Abs. 4 VwVG). Das Bundesverwaltungsgericht ist demzufolge verpflichtet, auf den festgestellten Sachverhalt jene Rechtsnormen anzuwenden, die es als zutreffend erachtet, und ihnen jene Auslegung zu geben, von der es überzeugt ist (vgl. ANDRÉ MOSER/MICHAEL BEUSCH/LORENZ KNEUBÜHLER, Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht, Basel 2008, Rz. 1.54, BVGE 2007/41 E. 2 S. 529 f.).

## **3.**

**3.1.** Das BFM verfügt die vorläufige Aufnahme eines Ausländers oder einer Ausländerin, wenn der Vollzug der Weg- oder Ausweisung nicht möglich, nicht zulässig oder nicht zumutbar ist (Art. 83 Abs. 1 AuG). Der Vollzug ist nicht möglich, wenn die ausländische Person weder in den Herkunfts- oder in den Heimatstaat noch in einen Drittstaat ausreisen oder dorthin gebracht werden kann (Art. 83 Abs. 2 AuG). Der Vollzug ist nicht zulässig, wenn völkerrechtliche Verpflichtungen der Schweiz einer Weiterreise der ausländischen Person in ihren Heimatstaat, ihren Herkunfts- oder in einen Drittstaat entgegenstehen (Art. 83 Abs. 3 AuG). Der Vollzug kann insbesondere nicht zumutbar sein, wenn er für die ausländische Person eine konkrete Gefährdung darstellt (Art. 83 Abs. 4 AuG). Die vorläufige Aufnahme wegen Unzumutbarkeit oder Unmöglichkeit des Wegweisungsvollzugs (Art. 83 Abs. 4 und 2 AuG) wird unter anderem dann nicht verfügt, wenn die weg- oder ausgewiesene Person zu einer längerfristigen Freiheitsstrafe im In- oder Ausland verurteilt wurde (Art. 83 Abs. 7 Bst. a AuG), oder wenn sie erheblich oder wiederholt gegen die öffentliche Sicherheit und Ordnung in der Schweiz oder im Ausland verstossen hat oder diese gefährdet (Art. 83 Abs. 7 Bst. b AuG). Gemäss Art. 83 Abs. 6 AuG kann die vorläufige Aufnahme von kantonalen Behörden beantragt werden.

**3.2.** Die kantonale Behörde führte in ihrer Verfügung vom 9. März 2009 zur Begründung des an das BFM gerichteten Antrags zur Prüfung der vorläufigen Aufnahme des Beschwerdeführers aus, die Wegweisung aus der Schweiz sei als "technisch unmöglich" zu bezeichnen, da der Beschwerdeführer die Flüchtlingseigenschaft besitze und die politische Situation in Afghanistan unstabil sei.

**3.3.** Diesen Antrag wies das BFM in der angefochtenen Verfügung mit der Begründung ab, die Voraussetzungen für eine vorläufige Aufnahme des Beschwerdeführers seien nicht erfüllt. Im Einzelnen führt es aus, da der Beschwerdeführer als Flüchtling anerkannt worden sei, sei zu prüfen, ob in Anlehnung an Art. 5 Abs. 1 AsylG der Vollzug der Wegweisung in den Heimatstaat zum gegenwärtigen Zeitpunkt zulässig sei. Der Beschwerdeführer besitze nicht die originäre Flüchtlingseigenschaft; er sei im Zuge eines Bundesratsbeschlusses lediglich als Kontingentsflüchtling aufgenommen worden. Somit lägen keine Hinweise auf persönliche Verfolgung gemäss Art. 3 AsylG vor. Bei einem allfälligen Vollzug der Wegweisung sei zu prüfen, ob der Beschwerdeführer Nachteile gemäss Art. 3 der Konvention vom 4. November 1950 zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK, SR 0.01)

geltend machen könne. Die kantonale Behörde könne vor dem Vollzug der Ausweisung oder der gerichtlichen Landesverweisung beim BFM eine Stellungnahme zu allfälligen Vollzugshindernissen einholen (Art. 43 Abs. 2 der Asylverordnung über Verfahrensfragen vom 11. August 1999 [AsylV 1]). Im Übrigen sei darauf hinzuweisen, dass sich der Beschwerdeführer aufgrund von Art. 83 Abs. 7 Bst. a und b AuG nicht auf die Unzumutbarkeit des Wegweisungsvollzugs berufen könne. Des Weiteren sei der Vollzug der Wegweisung nach Afghanistan grundsätzlich möglich.

**3.4.** In der Beschwerde wird demgegenüber geltend gemacht, die Vorinstanz habe sich mit den schweren gesundheitlichen Beeinträchtigungen des Beschwerdeführers nicht auseinandergesetzt. Der Widerruf einer ausländerrechtlichen Bewilligung bedürfe auch bei einer zu einer langjährigen Freiheitsstrafe verurteilten Person einer vorausgehenden Interessenabwägung. Folglich sei auch beim Beschwerdeführer eine Abwägung des öffentlichen Interesses am Wegweisungsvollzug mit seinem privaten Interesse am Verbleib in der Schweiz vorzunehmen. Der Beschwerdeführer habe ein [...], leide unter [...], einer [...] Störung und vermutungsweise einer [...] Störung. Er werde sein Leben lang auf ein betreutes Wohnen angewiesen sein. Eine Heimeinweisung mit enger psychiatrischer Versorgung sei offenbar unbedingt notwendig, da sonst eine drastische Verschlechterung seines psychischen Zustandes eintreten würde. In Afghanistan gebe es weder solche Institutionen, noch ein betreutes Umfeld, welches die dringend notwendige regelmässige Einnahme von Medikamenten gewährleisten würde. Der Beschwerdeführer habe in Afghanistan weder Verwandte noch Bekannte und daher auch keine Wohnung, kein Einkommen und keine Unterstützung. Aufgrund seines psychischen Leidens sei er zudem nicht in der Lage, selber für seine Gesundheit zu sorgen und eine medizinische Infrastruktur in Afghanistan zu erreichen, sofern eine solche wider Erwarten tatsächlich vorhanden sein sollte. Da der Beschwerdeführer aufgrund eines schweren körperlichen und psychischen Leidens und der unzulänglichen Behandlungs- und Betreuungsmöglichkeiten in Afghanistan bei einer Rückkehr dorthin konkret gefährdet sei, sei der Wegweisungsvollzug unzumutbar im Sinne von Art. 83 Abs. 4 AuG.

#### **4.**

Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung ist im Ausweisungsverfahren eine analog der Praxis bei der strafrechtlichen

Landesverweisung vorgenommene Aufteilung auf zwei ausländerrechtliche Verfahren – die Ausweisung einerseits und den kantonalen Vollzugsentscheid andererseits – wenig zweckmässig. Stattdessen sollte in der Regel über die ausländerrechtliche Beendigung des Aufenthalts eines Flüchtlings in der Schweiz und die damit verbundene Frage, ob deren Vollzug asyl- beziehungsweise flüchtlingsrechtliche Gründe entgegenstehen, in einer einzigen, von den kantonalen Ausländerbehörden mit dem BFM koordiniert zu erlassenden Verfügung entschieden werden. Dabei muss die kantonale Behörde die Frage, ob die mit dem Verlust des ausländerrechtlichen Anwesenheitsrechts verbundene Wegweisung voraussichtlich auch vollzogen werden können, in ihre umfassende Interessenabwägung mit einbeziehen; zu diesem Zweck kann sie beim BFM eine Stellungnahme zu allfälligen Vollzugshindernissen einholen (Art. 43 Abs. 2 AsylV 1). Eine Aufteilung in ein Ausweisungsverfahren einerseits und ein Vollzugs- beziehungsweise Vollstreckungsverfahren andererseits ist jedoch nicht bundesrechtswidrig, falls dabei sichergestellt ist, dass die für die Ausweisung gebotene Interessenabwägung keine unzulässige Beschränkung erfährt und sämtliche Fragen in einem rechtsstaatlich korrekten Verfahren umfassend geprüft werden (vgl. BGE 135 II 110 E. 3.2 S. 116 f., vgl. auch die Urteile des Bundesgerichts 2C\_87/2007 vom 18. Juni 2007 E. 2, 2A.51/2006 vom 8. Mai 2006 E. 2.3, 2A.313/2005 vom 25. August 2005 E. 3.3, je mit weiteren Hinweisen). Im Verfahren der Ausweisung eines anerkannten Flüchtlings, dessen Asyl widerrufen worden ist, kann nur – aber immerhin – die Prüfung von Aspekten, welche die Unzulässigkeit des Vollzugs betreffen, in das Verfahren über die vorläufige Aufnahme verwiesen werden (BGE 135 II 110 E. 4.2 S. 118 f.). Die flüchtlings- beziehungsweise menschenrechtlichen Vollzugshindernisse müssen spätestens in diesem Verfahren der Vollstreckung beziehungsweise des Vollzugs der Ausweisung geprüft werden (vgl. BGE 135 II 110 E. 3.2 S. 117, E. 4.2 S. 119). Ob der Vollzug der Weg- oder Ausweisung eines Flüchtlings zulässig, zumutbar oder möglich ist, beurteilen das BFM und in letzter Instanz das Bundesverwaltungsgericht (Art. 83 Bst. c Ziff. 3 BGG) im Rahmen des Entscheids über die vorläufige Aufnahme als Ersatzmassnahme für die Wegweisung (vgl. BGE 135 II 110 E. 4.2 S. 118 f.).

## 5.

**5.1.** Die zuständige kantonale Behörde hat in ihrer Ausweisungsverfügung vom 9. März 2009 die Niederlassungsbewilligung des Beschwerdeführers widerrufen und seine Wegweisung aus der

Schweiz angeordnet, nachdem sie zum Schluss gelangte, dass angesichts der Höhe des Strafmasses beziehungsweise der Schwere des Verschuldens das öffentliche Interesse der Schweiz an einer Wegweisung das private Interesse des Beschwerdeführers am Verbleib in der Schweiz überwiege. Der Widerruf der Niederlassungsbewilligung sowie die Anordnung der Ausweisung erwachsen unangefochten in Rechtskraft. Die Frage, ob sich die Ausweisung des Beschwerdeführers als angemessen erweist, ist demnach im abgeschlossenen kantonalen Ausweisungsverfahren geprüft worden und bildet daher nicht mehr Gegenstand des vorliegenden Vollzugs- beziehungsweise Vollstreckungsverfahrens. Die kantonale Behörde prüfte im Ausweisungsverfahren nicht, ob Vollzugshindernisse bestehen. Vielmehr beantragte sie beim BFM in der Ausweisungsverfügung vom 9. März 2009 die Anordnung der vorläufigen Aufnahme des Beschwerdeführers wegen „technischer Unmöglichkeit“ des Wegweisungsvollzugs. Aufgrund der Begründung ist davon auszugehen, dass die kantonale Behörde offenbar der Meinung ist, der Vollzug der Weg- beziehungsweise Ausweisung eines Flüchtlings in das politisch instabile Afghanistan sei nicht zulässig und/oder nicht zumutbar.

## **5.2.**

**5.2.1.** Das BFM wies in der angefochtenen Verfügung vom 14. Dezember 2010 den kantonalen Antrag auf Anordnung der vorläufigen Aufnahme des Beschwerdeführers ab. Die Möglichkeit des Wegweisungsvollzugs bejahte das BFM ohne nähere Begründung. Die Frage der Zulässigkeit des Wegweisungsvollzugs (Art. 83 Abs. 3 AuG) nach Afghanistan hat das Bundesamt hingegen in der angefochtenen Entscheidung lediglich unter dem Aspekt von Art. 5 Abs. 1 AsylG geprüft, nicht aber mit Blick auf die Frage, ob der Beschwerdeführer im Falle des Vollzugs der Wegweisung nach Afghanistan einer nach Art. 25 Abs. 3 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV, SR 101), nach Art. 3 des Übereinkommens vom 10. Dezember 1984 gegen Folter und andere grausame, unmenschliche oder erniedrigende Behandlung oder Strafe (FoK, SR 0.105) sowie nach Art. 3 EMRK verbotenen Behandlung unterworfen wäre. Stattdessen begnügte sich die Vorinstanz damit festzuhalten, dass bei einem allfälligen Vollzug der Wegweisung zu prüfen wäre, ob der Beschwerdeführer Nachteile gemäss Art. 3 EMRK geltend machen könne, und wies die kantonale Behörde auf die in Art. 43 Abs. 2 AsylV 1 vorgesehene Möglichkeit hin, wonach diese vor dem Vollzug der Ausweisung beim BFM eine Stellungnahme zu allfälligen Vollzugshindernissen einholen könne.

**5.2.2.** Entgegen der vom Bundesgericht empfohlenen Vorgehensweise (vgl. BGE 135 II 110 E. 3.2 S. 116 f.) erging im den Beschwerdeführer betreffenden Ausweisungsverfahren keine von der kantonalen Behörde mit dem BFM koordinierte Verfügung, in welcher in einer umfassenden Interessenabwägung sowohl über die Ausweisung als auch über den Vollzug beziehungsweise über allfällige Vollzugshindernisse befunden worden wäre. Ein zweistufiges Verfahren (Ausweisungsverfahren sowie Vollzugs- bzw. Vollstreckungsverfahren), wie es vorliegend durchgeführt wurde, ist jedoch nicht bundesrechtswidrig, wenn gewährleistet ist, dass sämtliche Fragen in einem rechtsstaatlich korrekten Verfahren umfassend geprüft werden. Ein solches Verfahren setzt voraus, dass völkerrechtliche Vollzugshindernisse spätestens bei der Vollstreckung beziehungsweise des Vollzugs der Ausweisung, mithin im Rahmen des Entscheids über die vorläufige Aufnahme als Ersatzmassnahme, umfassend geprüft werden und von der hierzu zuständigen richterlichen Instanz – dem Bundesverwaltungsgericht – überprüft werden können.

**5.2.3.** Bereits in den beim BFM im erstinstanzlichen Verfahren eingereichten Eingaben vom 26. Februar 2010, vom 22. Juni 2010, vom 27. Juli 2010, vom 31. August 2010 und vom 24. September 2010 wurde gestützt auf die ärztlichen Zeugnisse und Berichte vom 24. Februar 2010, vom 25. Februar 2010, vom 16. Juni 2010, vom 6. Juli 2010 und vom 22. September 2010 auf die [...], die psychischen Probleme sowie die [...] des Beschwerdeführers hingewiesen und geltend gemacht, er sei nicht in der Lage, selbstständig zu leben; es sei deshalb geplant, ihn in einem Heim mit enger psychiatrischer Betreuung unterzubringen. Dies sei unbedingt notwendig, da sonst eine drastische Verschlechterung seines psychischen Zustandes erfolgen würde. In seinem Heimatland Afghanistan sei eine Unterbringung in einer solchen Institution nicht möglich; dort fehle auch ein betreutes Umfeld, welches die dringend notwendige regelmässige Einnahme der verschriebenen Medikamente gewährleisten würde.

**5.2.4.** Nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR) ergibt sich aus Art. 3 EMRK grundsätzlich kein Anspruch auf Verbleib in einem Konventionsstaat, um weiterhin in den Genuss medizinischer Leistungen dieses Staats zu kommen. In Einzelfällen und unter ganz aussergewöhnlichen Umständen kann aber der Vollzug der Weg- oder Ausweisung einer ausländischen Person mit Blick auf deren gesundheitliche Situation einen Verstoß gegen Art. 3 EMRK darstellen (EGMR, D. gegen Grossbritannien, Urteil vom 2. Mai

1997, Rep. 1997-III, E. 49 ff., EMARK 2005 Nr. 23 E. 5.1 S. 211 f.). Im Fall Bensaid gegen Grossbritannien hat der EGMR präzisiert, dass der Schutzbereich von Art. 3 EMRK grundsätzlich auch dann betroffen sein könne, wenn mangels angemessener medizinischer Behandlungsmöglichkeiten im Heimat- oder Herkunftsstaat eine Verschlimmerung eines bereits bestehenden psychischen Leidens zu erwarten wäre, die selbstgefährdende Handlungen der betroffenen Person zur Folge haben könnte (EGMR, Bensaid gegen Grossbritannien, Urteil vom 6. Februar 2001, Rep. 2001-I, E. 37). Der Gerichtshof weist im Übrigen in seinen Urteilen jeweils auf die hohe Schwelle, eine Verletzung von Art. 3 EMRK anzunehmen, hin und verlangt, dass im Einzelfall aufgrund einer sorgfältigen Prüfung aller relevanten Umstände konkret erkennbar sei, dass ein Wegweisungsvollzug mit den Massstäben von Art. 3 EMRK nicht vereinbar wäre.

**5.2.5.** Das BFM äusserste sich in der angefochtenen Verfügung nicht zur Frage, ob der Vollzug der Ausweisung des Beschwerdeführers nach Afghanistan aufgrund der ärztlichen Befunde zu seiner gesundheitlichen Situation gegen Art. 3 EMRK verstossen und damit im Sinne von Art. 83 Abs. 3 AuG unzulässig sein könnte. Erst in der Vernehmlassung vom 22. Februar 2011 führt das BFM aus, der Beschwerdeführer befinde sich medizinisch gesehen nicht in akuter Lebensgefahr. Auch wenn ihm in Afghanistan keine IV-Rente ausbezahlt werde, könne seine Familie ihn von der Schweiz aus finanziell unterstützen. Eine medizinische Grundversorgung sei nicht unmöglich, auch wenn sie nicht dem Standard der Schweiz entspreche. Da für den Beschwerdeführer keine unmittelbare Lebensgefahr bestehe und eine medizinische Grundbehandlung im Heimatstaat nicht ausgeschlossen sei, sei der Vollzug der Wegweisung zulässig. Ausführlicher äussert sich das BFM erst in einer als „Amtsbericht“ bezeichneten und an die kantonale Behörde gerichteten Stellungnahme vom 18. April 2011 zu deren Anfrage vom 7. März 2011 bezüglich allfälliger Vollzugshindernisse. In diesem Bericht, welcher weder dem Beschwerdeführer, noch dem Bundesverwaltungsgericht zugestellt wurde, hält das BFM fest, der Beschwerdeführer mache "im Verfahren bezüglich Unmöglichkeit des Wegweisungsvollzugs" zwar diverse gesundheitliche und psychischen Leiden geltend. Den eingereichten Arztberichten sei jedoch nicht zu entnehmen, dass für ihn in Afghanistan eine Lebensgefahr bestehe. Selbst wenn dort die medizinischen und psychiatrischen Behandlungsmöglichkeiten nicht auf einem sehr hohen Niveau seien, gebe es keinen Anlass, bei einer Rückkehr nach Afghanistan von einer

lebensbedrohlichen Gesundheitssituation auszugehen. Bezeichnenderweise werde im hängigen Beschwerdeverfahren "in Sachen Unmöglichkeit des Wegweisungsvollzugs" von Seiten der Rechtsvertretung an keiner Stelle auf Elemente hingewiesen, die die Zulässigkeit des Wegweisungsvollzugs betreffen, sondern auf solche, die sich auf die Zumutbarkeit beziehen würden. Es könne deshalb angenommen werden, dass auch die Rechtsvertretung keine konkreten Wegweisungshindernisse im Bereich der Zulässigkeit sehe. Es deute somit nichts konkret auf eine drohende Verletzung von Art. 3 EMRK hin.

**5.2.6.** Dieses Vorgehen vermag den vorstehend aufgezeigten Anforderungen der bundesgerichtlichen Rechtsprechung an ein rechtsstaatlich korrektes Ausweisungsverfahren nicht zu genügen. Im Verwaltungsverfahren gilt der Untersuchungsgrundsatz und die Pflicht zur vollständigen und richtigen Abklärung des rechtserheblichen Sachverhalts (Art. 12 VwVG; vgl. BVGE 2008/24 E. 7.2 S. 356 f.). Die verfügende Behörde hat ausserdem das Recht von Amtes wegen anzuwenden. Ferner verlangt der Grundsatz des rechtlichen Gehörs (Art. 29 Abs. 2 BV, Art. 29 VwVG, Art. 32 Abs. 1 VwVG), dass die verfügende Behörde die Vorbringen des Betroffenen tatsächlich hört, sorgfältig und ernsthaft prüft und in der Entscheidungsfindung berücksichtigt, was sich entsprechend in der Entscheidungsbegründung niederschlagen muss (Art. 35 Abs. 1 VwVG). Die Begründung der Verfügung soll dem Betroffenen ermöglichen, den Entscheid gegebenenfalls sachgerecht anzufechten, was nur der Fall ist, wenn sich sowohl dieser als auch die Rechtsmittelinstanz über die Tragweite des Entscheides ein Bild machen können. Die Begründungsdichte richtet sich dabei nach dem Verfügungsgegenstand, den Verfahrensumständen und den Interessen des Betroffenen, wobei bei schwerwiegenden Eingriffen in dessen rechtlich geschützte Interessen eine sorgfältige Begründung verlangt wird (vgl. BVGE 2008/47 E. 3.2 S. 674 f.).

**5.2.7.** Das BFM hat in der angefochtenen Verfügung nicht geprüft, ob der Vollzug der Ausweisung des Beschwerdeführers nach Afghanistan aufgrund seiner [...], seiner psychischen Probleme sowie seiner [...] gegen Art. 3 EMRK verstosse. In der Vernehmlassung führte es alsdann aus, der Beschwerdeführer befinde sich medizinisch gesehen nicht in akuter Lebensgefahr, ohne dass aus seiner Begründung ersichtlich würde, von welchen medizinischen Problemen die Rede ist, deren Grundversorgung auch in Afghanistan nicht unmöglich sei. Schliesslich hat es die weitere Prüfung und Beurteilung der Zulässigkeit des Vollzugs

der Ausweisung in einem ausserhalb des Verfahrens betreffend vorläufige Aufnahme verfassten Amtsbericht an die kantonale Behörde vorgenommen, offenbar in der Meinung, es nehme gegenüber dem Kanton im Sinne von Art. 43 Abs. 2 AsylV 1 Stellung zu allfälligen Vollzugshindernissen. Die Einholung einer Stellungnahme beim BFM im Sinne von Art. 43 Abs. 2 AsylV 1 fällt jedoch nur in Betracht, wenn in einer einzigen, von den kantonalen Ausländerbehörden mit dem BFM koordiniert zu erlassenden Verfügung über die Ausweisung entschieden wird, die kantonale Behörde mithin auch die Frage, ob die mit dem Verlust des ausländerrechtlichen Anwesenheitsrechts verbundene Wegweisung voraussichtlich auch vollzogen werden können, in ihre umfassende Interessenabwägung mit einzubeziehen hat. Wird hingegen das Ausweisungsverfahren – wie vorliegend – zweistufig geführt, sind allfällige völkerrechtliche Vollzugshindernisse spätestens im Verfahren über die vorläufige Aufnahme vom BFM zu prüfen (vgl. dazu die in E. 4 hiervoor zitierte bundesgerichtliche Rechtsprechung). Für eine ausserhalb des Verfahrens betreffend vorläufige Aufnahme erfolgende Stellungnahme zu völkerrechtlichen Vollzugshindernissen durch das BFM an den Kanton bleibt demnach kein Raum, da andernfalls der von der Ausweisung betroffenen Person die Möglichkeit entzogen wird, das Ergebnis der Prüfung völkerrechtlicher Vollzugshindernisse bei der hierfür zuständigen richterlichen Instanz – dem Bundesverwaltungsgericht (Art. 83 Bst. c Ziff. 3 BGG) – überprüfen zu lassen. Vielmehr hätte das BFM im Rahmen des Verfahrens betreffend vorläufige Aufnahme von Amtes wegen umfassend prüfen müssen, ob der Vollzug der Ausweisung zulässig ist. Die in der angefochtenen Verfügung vertretene Auffassung, es sei (erst) bei einem allfälligen Vollzug der Ausweisung zu prüfen, ob der Beschwerdeführer Nachteile gemäss Art. 3 EMRK geltend machen könne, erweist sich demnach als bundesrechtswidrig.

**5.3.** Zusammenfassend ergibt sich, dass das BFM die Zulässigkeit des Wegweisungsvollzugs, insbesondere unter dem Aspekt von Art. 3 EMRK, in der angefochtenen Verfügung nicht geprüft hat. Durch diese Unterlassung hat es im Rahmen des Verfahrens betreffend vorläufige Aufnahme den Anspruch des Beschwerdeführers auf rechtliches Gehör verletzt und gleichzeitig die Zulässigkeit des Vollzugs der Ausweisung unter dem Aspekt von Art. 3 EMRK der richterlichen Überprüfung durch das Bundesverwaltungsgericht entzogen. Das gewählte, den Anforderungen an ein rechtsstaatlich korrektes Ausweisungsverfahren im Sinne der bundesgerichtlichen Praxis nicht genügende Vorgehen erweist sich umso stossender, als in ausländerrechtlichen Ausweisungsverfahren

– im Gegensatz zur strafrechtlichen Landesverweisung – kaum selbständige und damit anfechtbare Vollstreckungsverfügungen ergehen und angesichts der bisherigen Verfahrensführung und den Akten auch nichts darauf hindeutet, dass vorliegend seitens des Kantons der Erlass einer gerichtlich anfechtbaren Vollstreckungsverfügung zu erwarten ist.

## **6.**

Die Beschwerde ist nach dem Gesagten gutzuheissen und die Sache im Sinne der Erwägungen zur Neu Beurteilung an das BFM zurückzuweisen (Art. 61 Abs. 1 in fine VwVG). Das BFM hat dabei auch der jüngsten, im Antrag der [...] vom 12. August 2011 an das [...] und in der Verfügung des [...] vom 12. September 2011 beschriebenen Entwicklung Rechnung zu tragen.

## **7.**

**7.1.** Bei diesem Ausgang des Verfahrens sind keine Verfahrenskosten aufzuerlegen (Art. 63 Abs. 1 und 2 VwVG). Das Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege im Sinne von Art. 65 Abs. 1 VwVG erweist sich somit als gegenstandslos.

**7.2.** Obsiegende Parteien haben Anspruch auf eine Parteientschädigung für die ihnen erwachsenen notwendigen Kosten (Art. 64 Abs. 1 VwVG; Art. 7 Abs. 1 des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]). Nachdem die Rechtsvertreterin keine Kostennote eingereicht hat, ist die Parteientschädigung auf Grund der Akten festzulegen (Art. 14 Abs. 2 in fine VGKE). Unter Berücksichtigung der massgeblichen Bemessungsfaktoren (vgl. Art. 8 ff. VGKE) ist diese auf Fr. 500.– (inkl. Auslagen und Mehrwertsteuer) festzusetzen (Art. 14 Abs. 2 und Art. 10 Abs. 2 VGKE). Das BFM ist anzuweisen, dem Beschwerdeführer diesen Betrag als Parteientschädigung für das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht zu entrichten. Durch die Ausrichtung einer Parteientschädigung fällt das Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtsverteidigung im Sinne von Art. 65 Abs. 2 VwVG als gegenstandslos geworden dahin, da die Ausrichtung eines Honorars an einen amtlich bestellten Anwalt lediglich subsidiär im Falle eines – teilweisen – Unterliegens in Betracht fällt.

(Dispositiv nächste Seite)



**Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:**

**1.**

Die Beschwerde wird gutgeheissen.

**2.**

Die Verfügung des BFM vom 14. Dezember 2010 wird aufgehoben und die Sache im Sinne der Erwägungen zur Neuurteilung an das BFM zurückgewiesen.

**3.**

Es werden keine Verfahrenskosten erhoben.

**4.**

Das BFM hat dem Beschwerdeführer eine Parteientschädigung von Fr. 500.– auszurichten.

**5.**

Dieses Urteil geht an den Beschwerdeführer, das BFM und die kantonalen Migrations-, Straf- und Strafvollzugsbehörden.

Der vorsitzende Richter:

Die Gerichtsschreiberin:

Walter Lang

Jacqueline Augsburg

Versand: