



Abteilung V
E-3912/2006
{T 0/2}

Urteil vom 16. November 2009

Besetzung

Richterin Regula Schenker Senn (Vorsitz),
Richterin Muriel Beck Kadima,
Richter Jean-Pierre Monnet,
Gerichtsschreiber Rudolf Raemy.

Parteien

A._____, Somalia,
vertreten durch lic. iur. Thomas Wüthrich, Rechtsanwalt,
Beschwerdeführer,

gegen

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

Gegenstand

Aufhebung der vorläufigen Aufnahme; Verfügung des
BFM vom 27. September 2005 / N (...).

Sachverhalt:**I.**

Der Beschwerdeführer verliess seinen Heimatstaat - als damals Minderjähriger zusammen mit seinem Vater und seinem Bruder - den Angaben seines Vaters zufolge am (...) Februar 1992, gelangte am (...) Februar 1992 illegal in die Schweiz und ersuchte gleichentags um Asyl nach.

Das damalige Bundesamt für Flüchtlinge (BFF; seit 2005 BFM) lehnte das Asylgesuch mit Verfügung vom 3. September 1993 ab und ordnete die Wegweisung des Vaters mit seinen beiden Söhnen aus der Schweiz an. Gleichzeitig wurden sie in der Schweiz vorläufig aufgenommen, da das BFF den Vollzug der Wegweisung als unzumutbar erachtete. Die Verfügung vom 3. September 1993 erwuchs unangefochten in Rechtskraft.

II.

Die Mutter des Beschwerdeführers stellte für sich und eine Schwester des Beschwerdeführers am (...) Juni 1995 in der Schweiz ein Asylgesuch, welches vom BFF mit Verfügung vom 31. Oktober 1995 unter Anordnung der Wegweisung aus der Schweiz abgelehnt wurde. Gleichzeitig wurden die Mutter und die Schwester des Beschwerdeführers in der Schweiz vorläufig aufgenommen. Die Verfügung des BFF erwuchs unangefochten in Rechtskraft.

Am (...) April 1996, (...) August 1998, (...) August 2000 und (...) September 2004 wurden weitere Geschwister des Beschwerdeführers in der Schweiz geboren, welche vom BFF in die vorläufige Aufnahme ihrer Eltern einbezogen wurden.

III.

Das BFF teilte dem Beschwerdeführer am 11. Juni 2002 mit, aufgrund seiner aktenkundigen Straffälligkeit werde erwogen, die mit Verfügung vom 3. September 1993 angeordnete vorläufige Aufnahme in

Anwendung von Art. 14a Abs. 6 des damaligen Bundesgesetzes vom 26. März 1931 über Aufenthalt und Niederlassung der Ausländer (ANAG, BS 1 121) aufzuheben und gewährte dem Beschwerdeführer dazu das rechtliche Gehör. Der Beschwerdeführer beantragte in seiner Stellungnahme vom 5. Juli 2002 sinngemäss, es sei von der Aufhebung der vorläufigen Aufnahme abzusehen.

Am 13. Mai 2003 informierte das BFF den Beschwerdeführer, nach einer Prüfung seiner Eingabe vom 5. Juli 2002 werde auf die Aufhebung der vorläufigen Aufnahme verzichtet.

IV.

A.

Das BFM teilte dem Beschwerdeführer am 25. Juli 2005 erneut mit, aufgrund seiner aktenkundigen Straffälligkeit werde erwogen, die mit Verfügung vom 3. September 1993 angeordnete vorläufige Aufnahme aufzuheben und gewährte ihm dazu wiederum das rechtliche Gehör.

B.

Der Beschwerdeführer beantragte in seiner Stellungnahme vom 12. August 2005 sinngemäss, es sei von der Aufhebung der vorläufigen Aufnahme abzusehen.

C.

Mit Verfügung vom 27. September 2005 hob das BFM die am 3. September 1993 angeordnete vorläufige Aufnahme auf und forderte den Beschwerdeführer auf, die Schweiz bis zum 22. November 2005 zu verlassen. In seiner Verfügung stützte sich das BFM auf die Verurteilung des Beschwerdeführers vom (...) August 2000 zu einer bedingten Gefängnisstrafe von 16 Monaten und 3 Wochen und einer Landesverweisung von drei Jahren, den Widerruf des bedingt ausgesprochenen Vollzugs der Gefängnisstrafe am (...) November 2003, sowie auf ein deliktisches und unkooperatives Verhalten nach der Strafverbüssung. Er habe die öffentliche Sicherheit und Ordnung wiederholt und in schwerwiegender Weise verletzt. Sein bisheriges Verhalten lasse überdies darauf schliessen, dass er weder gewillt noch fähig sei, die geltende Rechtsordnung zu respektieren und einzuhalten. Demnach überwiege das öffentliche Interesse der Schweiz am Vollzug der Wegweisung das private Interesse des Ausländers, sich auf die Rückführungs-schranke von Art. 14a Abs. 4 ANAG beziehungsweise Art. 44 Abs. 2

AsylG zu berufen, so dass die Zumutbarkeit des Wegweisungsvollzugs nicht zu prüfen sei. Weiter verneinte das BFM das Bestehen einer besonders engen Beziehung zur Schweiz und stellte eine selbstverschuldete fehlende Integration des Beschwerdeführers auf dem Arbeitsmarkt fest. Die Integration in die Gesellschaft sei ihm in seinen mehr als 13 Jahren Aufenthalt in der Schweiz ebenfalls nicht gelungen. Aufgrund der Schwere der begangenen Delikte und unter Berücksichtigung aller Umstände könne die Aufhebung der vorläufigen Aufnahme als angemessen betrachtet werden. In Anbetracht des Verhaltens des Beschwerdeführers erübrige sich die Prüfung des Vorliegens einer schwerwiegenden persönlichen Notlage im Sinne von Art. 44 Abs. 3 AsylG und es seien keine Anhaltspunkte dafür vorhanden, dass der Vollzug der Wegweisung nicht zulässig oder nicht möglich sei.

D.

Das BFM gewährte dem Beschwerdeführer auf dessen Gesuch vom 4. Oktober 2005 am 7. Oktober 2005 Einsicht in die Verfahrensakten.

E.

E.a

Der Beschwerdeführer reichte durch seinen Rechtsvertreter mit Eingabe vom 31. Oktober 2005 bei der damaligen Schweizerischen Asylrekurskommission (ARK) Beschwerde gegen die Verfügung des BFM vom 27. September 2005 ein und stellte nachfolgende Anträge:

1. Der Entscheid des BFM vom 27. September 2005 sei aufzuheben.
2. Die vorläufige Aufnahme des Beschwerdeführers sei nicht aufzuheben.
3. Vom Vollzug der Wegweisung sei in jedem Fall abzusehen.
4. Nach der Zustellung sämtlicher Akten (inkl. kantonale Akten) und derjenigen Akten, in die der Beschwerdegegner die Akteneinsicht verweigert habe, sei dem Beschwerdeführer mittels Zwischenverfügung eine Frist von 30 Tagen ab Erhalt der Zwischenverfügung zur Ergänzung der Beschwerde zu gewähren.
5. Es sei dem Beschwerdeführer die unentgeltliche Rechtspflege zu gewähren, und der unterzeichnende Rechtsanwalt sei zum

unentgeltlichen Rechtsbeistand zu ernennen. Über dieses Gesuch sei vorab zu entscheiden.

6. Dem Beschwerdeführer seien die Verfahrensakten D11/1, D12/3, D13/2 und D15/1 zuzustellen, und mittels Zwischenverfügung sei dem Beschwerdeführer eine Frist von 30 Tagen ab Erhalt dieser Zwischenverfügung zur Ergänzung der vorliegenden Beschwerde zu gewähren.
7. Es sei mit dem Beschwerdeführer eine Befragung durch die Asylrekurskommission vorzunehmen.
8. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten des Bundes.

Auf die Begründung der gestellten Begehren wird, soweit für das vorliegende Verfahren wesentlich, in den nachfolgenden Erwägungen eingegangen (vgl. E. 6.2). Als Beweismittel reichte der Beschwerdeführer unter anderem zwei Schreiben des Amtes für Migration des Kantons B._____ vom November 2003 und 14. September 2005 sowie eine Fürsorgebestätigung vom 24. Oktober 2005 zu den Akten.

F.

Die ARK verfügte mit Zwischenverfügung vom 10. November 2005, dass der Beschwerdeführer den Ausgang des Verfahrens in der Schweiz abwarten könne und gewährte ihm antragsgemäss Einsicht in die Verfahrensakten D11/1, D12/3, D13/2 und D15/1. Zur Einreichung einer Beschwerdeergänzung wurde eine Frist von 15 Tagen ab Erhalt der Zwischenverfügung angesetzt. Die Gesuche um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege sowie der Beigabe eines unentgeltlichen Rechtsbeistands wurden abgewiesen und aufgrund des Saldos des Sicherheitskontos auf die Erhebung eines Kostenvorschusses verzichtet. Schliesslich wurde der Beschwerdeführer darauf hingewiesen, dass ein als Beilage erwähnter Bericht der Beschwerde nicht beiliege.

G.

Der Beschwerdeführer erneuerte mit Beschwerdeergänzung vom 28. November 2005 die in seiner Beschwerde unter den Ziffern 1 bis 3 sowie 7 und 8 gestellten Anträge und reichte einen in der Beschwerde erwähnten Bericht vom 2. Februar 2005 nach.

Der Beschwerdeführer machte mit Eingabe vom 1. Dezember 2005

unter Hinweis auf die Homepage der Schweizerischen Flüchtlingshilfe geltend, dass der Vollzug der Wegweisung nach Somalia nicht zulässig sei. Ergänzend zu seinen bisherigen Eingaben reichte er sodann am 9. Dezember 2005 einen Sozialbericht des C._____ vom 5. Dezember 2005 zu den Akten.

H.

Die Vorinstanz beantragte mit Vernehmlassung vom 6. Juni 2005 die Abweisung der Beschwerde. Dazu führte sie unter anderem aus, dass die seit der Haftentlassung ergangenen Polizeiberichte ein anderes Bild vermittelten, als dies der eingereichte Sozialbericht zeige. Wohl lägen noch keine Strafurteile vor, doch das strafbare Verhalten des Beschwerdeführers sei gemäss Polizeiberichten unbestritten oder es bestünden keine Zweifel, dass es dem Beschwerdeführer zur Last zu legen sei. Weiter wies das BFM darauf hin, dass es sich bei der in der Beschwerdeschrift gerügten Angabe des Ausweisungsgrundes um einen Kanzleifehler handle (Art. 10 Abs. 1 Bst. 2 an Stelle von Art. 10 Abs. 1 Bst. b ANAG). Im Weiteren müsse mangels eingereichter Belege im Zusammenhang mit der Stellensuche bezweifelt werden, dass sich der Beschwerdeführer ernsthaft um Arbeit bemüht habe. Schliesslich wies das BFM darauf hin, dass in den letzten Jahren mehrere Personen freiwillig nach Somalia zurückgekehrt seien und dass die notwendigen Reisewege nach Mogadischu, wo der Beschwerdeführer ursprünglich herkomme, bestünden.

I.

Der Beschwerdeführer hielt mit Stellungnahme vom 20. Januar 2006 an seiner Beschwerde und den darin gestellten Begehren fest. Als weitere Beweismittel reichte er Unterlagen im Zusammenhang mit seinen Stellenbewerbungen sowie einen Sozialbericht der Caritas B._____ vom 19. Januar 2006 zu den Akten.

J.

Mit Eingaben vom 3. April 2006, 27. April 2006 und 22. Juni 2006 brachte der Beschwerdeführer weitere Unterlagen zu seinen Stellenbewerbungen zu den Akten. Aus diesen ergebe sich, dass er sich tatsächlich um eine neue Stelle bemühe.

K.

Das Amt für Migration des Kantons B._____ beantragte mit Schreiben vom 2. August 2007 bei der Vorinstanz die Aufhebung der vorläufigen Aufnahme des Beschwerdeführers. Dem Antrag wurden

die dem Migrationsamt vorliegenden Strafakten sowie ein Strafregisterauszug vom 2. August 2007 beigelegt. Das Schreiben vom 2. August 2007 wurde mitsamt den Beilagen vom BFM zufolge der bereits im Jahre 2005 erfolgten Aufhebung der vorläufigen Aufnahme an das Bundesverwaltungsgericht weitergeleitet.

L.

Mit Schreiben vom 5. Dezember 2007 verwarnte das Amt für Migration des Kantons B._____ den Beschwerdeführer im Sinne einer Belehrung und teilte ihm mit, dass gegen ihn eine Ein- oder Ausgrenzung nach Art. 13e ANAG zu prüfen sei, wenn sein Verhalten erneut zu Klagen Anlass gebe.

M.

Das Bundesverwaltungsgericht gelangte mit Schreiben vom 27. März 2009 an das zuständige kantonale Migrationsamt und ersuchte dieses um eine Stellungnahme mit Angaben und ergänzenden Informationen insbesondere zur sozialen und wirtschaftlichen Integration des Beschwerdeführers in der Schweiz, zu seiner aktuellen Arbeits- und Wohnsituation sowie zu einer allfälligen Sozialhilfeabhängigkeit und Delinquenz in den letzten Jahren.

N.

Das Amt für Migration des Kantons B._____ reichte am 11. Mai 2009 einen Sozialbericht der Caritas B._____ vom 9. April 2009 sowie einen Bericht der Gemeinde D._____ vom 7. Mai 2009 zu den Akten. Weiter führte es aus, dass die letzten Strafverfügungen vom 22. Oktober 2008, 19. November 2008 und 2. März 2009 datierten.

O.

Am 27. Oktober 2009 reichte der Rechtsvertreter des Beschwerdeführers eine Kostennote in der Höhe von total Fr. 3'912.35 ein.

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 und entscheidet in diesem Bereich endgültig (Art. 105 des Asylgesetzes vom 26. Juni 1998 [AsylG, SR 142.31]; Art. 83 Bst. c Ziff. 1 des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 [BGG, SR 173.110]).

1.2 Das Bundesverwaltungsgericht übernahm am 1. Januar 2007 die Beurteilung der damals bei der ARK hängigen Rechtsmittel. Das neue Verfahrensrecht ist anwendbar (vgl. Art. 53 Abs. 2 VGG).

1.3 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 und ist daher zur Einreichung der Beschwerde legitimiert (Art. 105 AsylG i.V.m. Art. 37 VGG und Art. 48 Abs. 1, Art. 50 und 52 VwVG). Auf die Beschwerde ist einzutreten.

2.

Mit Beschwerde kann die Verletzung von Bundesrecht, die unrichtige oder unvollständige Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts und die Unangemessenheit gerügt werden (Art. 106 Abs. 1 AsylG).

3.

3.1 Im vorliegenden Beschwerdeverfahren ist zu prüfen, ob die Vorinstanz die vorläufige Aufnahme des Beschwerdeführers zu Recht aufgehoben hat.

3.2 Der Beschwerdeführer wurde mit Verfügung vom 14. Mai 2003 gestützt auf Art. 44 Abs. 2 AsylG in der Fassung vom 26. Juni 1998

(AS 1999 2273) i.V.m. Art. 14a Abs. 4 ANAG vorläufig aufgenommen. Aufgrund der übergangsrechtlichen Regelung gemäss Art. 126a Abs. 4 des Bundesgesetzes über die Ausländerinnen und Ausländer vom 16. Dezember 2005 (AuG, SR 142.20) ist im vorliegenden Beschwerdeverfahren betreffend Aufhebung der vorläufigen Aufnahme jedoch zu prüfen, ob die Voraussetzungen für die Aufhebung der vorläufigen Aufnahme nach neuem Recht (Art. 84 Abs. 1 - 3 AuG) vorliegen.

4.

4.1 Die vorläufige Aufnahme ist eine Ersatzmassnahme für den nicht durchführbaren Vollzug der Wegweisung. Gemäss Art. 83 Abs. 1 AuG ist die vorläufige Aufnahme zu verfügen, wenn der Vollzug der Weg- oder Ausweisung nicht möglich, nicht zulässig oder nicht zumutbar ist.

4.2 Gemäss Art. 84 Abs. 2 AuG hebt das BFM die vorläufige Aufnahme auf und ordnet den Vollzug der Weg- oder Ausweisung an, wenn die Voraussetzungen nicht mehr gegeben sind. Die Voraussetzungen für die vorläufige Aufnahme sind nicht mehr gegeben, wenn der Vollzug der rechtskräftig angeordneten Wegweisung zulässig (Art. 83 Abs. 3 AuG) und es der ausländischen Person möglich (Art. 83 Abs. 2 AuG) und zumutbar (Art. 83 Abs. 4 AuG) ist, sich rechtmässig in ihren Heimat-, in den Herkunftsstaat oder in einen Drittstaat zu begeben. Auf Antrag der kantonalen Behörde oder des Bundesamtes für Polizei kann das Bundesamt die vorläufige Aufnahme wegen Unzumutbarkeit oder Unmöglichkeit des Vollzugs (Art. 83 Abs. 2 und 4) ausserdem aufheben und den Vollzug der Wegweisung anordnen, wenn Gründe nach Art. 83 Abs. 7 AuG gegeben sind (vgl. Art. 84 Abs. 3 AuG).

4.3 Art. 83 Abs. 7 AuG enthält in seinen Bst. a-c eine abschliessende Aufzählung der Voraussetzungen, bei deren Vorliegen eine vorläufige Aufnahme nach Art. 83 Abs. 2 und 4 AuG (das heisst wegen Unmöglichkeit oder Unzumutbarkeit des Vollzugs) nicht verfügt respektive - gestützt auf Art. 84 Abs. 3 AuG - eine bereits rechtskräftig angeordnete vorläufige Aufnahme aufgehoben wird. Demnach wird die vorläufige Aufnahme nicht angeordnet respektive aufgehoben, wenn die weg- oder ausgewiesene Person zu einer längerfristigen Freiheitsstrafe im In- oder Ausland verurteilt wurde oder wenn gegen sie eine strafrechtliche Massnahme im Sinne von Art. 64 oder 61 des Schweizerischen Strafgesetzbuchs vom 21. Dezember 1937 (StGB,

SR 311.0) angeordnet wurde (Bst. a), wenn sie erheblich oder wiederholt gegen die öffentliche Sicherheit und Ordnung in der Schweiz oder im Ausland verstossen hat oder diese gefährdet oder die innere oder äussere Sicherheit gefährdet (Bst. b), oder wenn sie die Unmöglichkeit des Vollzugs der Weg- oder Ausweisung durch ihr eigenes Verhalten verschuldet hat (Bst. c).

5.

5.1 Im Folgenden ist zu beurteilen, ob der Beschwerdeführer durch die von ihm begangenen Straftaten einen Grund nach Art. 83 Abs. 7 AuG gesetzt hat, und ob die vorläufige Aufnahme deshalb gestützt auf Art. 84 Abs. 3 AuG aufzuheben ist.

5.2 Die vorläufige Aufnahme kann aufgehoben werden, wenn die Ausländerin oder der Ausländer zu einer längerfristigen Freiheitsstrafe im In- oder Ausland verurteilt wurde oder wenn gegen sie oder ihn eine strafrechtliche Massnahme im Sinne von Art. 64 oder 61 StGB angeordnet wurde (Art. 84 Abs. 3 AuG i.V.m. Art. 83 Abs. 7 Bst. a AuG). Die Verurteilung zur längerfristigen Freiheitsstrafe muss klarerweise rechtskräftig sein. Der Begriff "längerfristig" wird vom Gesetzgeber nicht näher definiert. In der Lehre wird die Auffassung vertreten, die längerfristige Freiheitsstrafe müsse deutlich über einem Jahr liegen (vgl. MARC SPESCHA, in MARC SPESCHA/HANSPETER THÜR/ANDREAS ZÜND/PETER BOLZLI, Kommentar Migrationsrecht, Zürich 2008, N. 6 zu Art. 62 AuG, sowie BOLZLI, a.a.O., N. 22 zu Art. 83 AuG und N. 5 zu Art. 84 AuG, BGE 2C_295/2009).

5.3 Der Beschwerdeführer wurde am 21. März 2000 zu einer dreitägigen Haftstrafe wegen Diebstahls verurteilt. Am 31. Mai 2000 wurde er wegen Diebstahls, Sachbeschädigungen, Hausfriedensbruch und Übertretung des Bundesgesetzes über Betäubungsmittel und psychotrope Stoffe vom 3. Oktober 1951 (BetmG, SR 812.121) zu einem Monat Gefängnis verurteilt. Am 17. Juli 2000 wurde er zu 7 Tagen Haft wegen unberechtigten Verwendens eines Fahrrades, Widerhandlungen gegen das Strassenverkehrsgesetz vom 19. Dezember 1958 (SVG, SR 741.01), Verletzung der Verkehrsregeln und Führens eines nicht betriebssicheren Fahrzeuges verurteilt. Weiter wurde er am 25. August 2000 vom Kriminalgericht des Kantons B._____ zu 16 Monaten und 3 Wochen Gefängnis, bedingt vollziehbar bei einer Probezeit von 4 Jahren, verurteilt. Er wurde für

schuldig befunden des mehrfachen Raubes (Art. 140 Ziff. 1 Abs. 1 StGB), des gewerbs- und teilweise bandenmässigen Diebstahls (Art. 139 Ziff. 2 und Ziff. 3 Abs. 2 StGB), des geringfügigen Diebstahls (Art. 139 Ziff. 1 StGB in Verbindung mit Art. 172ter Abs. 1 StGB), der mehrfachen Sachbeschädigung (Art. 144 Abs. 1 StGB) und des mehrfachen Hausfriedensbruchs (Art. 186 StGB), begangen am 22. Juni 1998, 13. September 1998, 1. Mai 1999 und 20. September 1999. Als Strafmilderungsgrund wurde der damals noch geltende Art. 64 Abs. 9 StGB (jugendliches Alter) angewendet. Die Strafe wurde als Zusatzstrafe zu den Strafverfügungen vom 21. März 2000 (3 Tage Haft) und vom 31. Mai 2000 (1 Monat Gefängnis) ausgesprochen. Zudem wurde der Beschwerdeführer - ebenfalls bedingt vollziehbar - für drei Jahre des Landes verwiesen. Für die Dauer der Probezeit wurde er unter Schutzaufsicht gestellt.

Mit Entscheid vom 26. November 2003 widerrief das Kriminalgericht des Kantons B._____ den mit Urteil vom 25. August 2000 bedingt ausgesprochenen Vollzug der Gefängnisstrafe. Zur Begründung führte das Gericht aus, dass der Beschwerdeführer innerhalb der Probezeit keine neuen Verbrechen oder Vergehen begangen habe. Er habe sich aber während mehreren Jahren beharrlich der Schutzaufsicht entzogen, Termine unentschuldig nicht eingehalten, förmliche Ermahnungen der Schutzaufsicht missachtet und sich generell uneinsichtig und unkooperativ verhalten. Sämtliche Bemühungen, ihm zu einer geregelten Tagesstruktur und zu einer Arbeit zu verhelfen, habe er zum Scheitern gebracht. Unter diesen Umständen seien die Voraussetzungen für den Widerruf des bedingten Strafvollzugs erfüllt. Vom Widerruf des bedingt gewährten Vollzugs der Landesverweisung sah das Gericht im Sinne einer letzten Chance ab.

Am 10. Mai 2004 trat der Beschwerdeführer die Gefängnisstrafe an und am 8. Februar 2005 beschloss das Justiz- und Sicherheitsdepartement des Kantons B._____ seine bedingte Entlassung auf den 17. März 2005. Die Probezeit wurde auf 2 Jahre festgelegt und für diese Zeit wurde er unter Bewährungshilfe gestellt. Der nichtverbüsste Strafrest wurde auf 5 Monate und 15 Tage Gefängnis errechnet. Gemäss dem Strafregisterauszug vom 2. August 2007, der vom Migrationsamt des Kantons B._____ eingereicht wurde, wurde die bedingt ausgesprochene Reststrafe nicht widerrufen.

Aus den Akten ergibt sich sodann, dass der Beschwerdeführer weitere

Straftaten verübt hat, die zu Bussen geführt haben. Von 1998 bis 1999 wurden gegen ihn wegen Widerhandlungen gegen das Transportgesetz und einer Sachbeschädigung insgesamt 6 Bussen zwischen Fr. 30.– und Fr. 150.– ausgesprochen. Diese wurden am (...) Januar 2001 in eine Haftstrafe von 14 Tagen umgewandelt. Am (...) August 2003, (...) April 2004 und (...) März 2007 wurden gegen den Beschwerdeführer Bussen (zwischen Fr. 60.– und Fr. 130.–) wegen Widerhandlungen gegen das Transportgesetz ausgesprochen. Wegen Widerhandlungen gegen das Betäubungsmittelgesetz (Kauf, Besitz und Konsum von Marihuana) wurde der Beschwerdeführer am (...) September 2003 mit einer Verwarnung und am (...) August 2006, (...) November 2008 und (...) März 2009 mit Bussen (zwischen Fr. 100.– und Fr. 150.–) belegt. Am (...) März 2009 wurde gegen ihn eine Busse von Fr. 1000.– wegen Widerhandlungen gegen das Betäubungsmittelgesetz, begangen vom 1. September 2006 bis zum 18. Februar 2009 ausgesprochen. Wegen geringfügiger Zechprellerei, geringfügigen Diebstahls, Drohung und sexueller Belästigung, Trunkenheit sowie Ungehorsams im Betreibungsverfahren wurde der Beschwerdeführer am (...) Februar 2000, (...) August 2005, (...) Oktober 2005, (...) Oktober 2006, (...) November 2007 und (...) August 2009 mit Bussen zwischen Fr. 100.– und Fr. 300.– belegt.

5.4 Für die Aufhebung der vorläufigen Aufnahme im Sinne von Art. 83 Abs. 7 Bst. a AuG bedarf es – wie bereits erwähnt – einer Verurteilung zu einer längerfristigen, das heisst über einem Jahr liegenden, Freiheitsstrafe. Diesbezüglich fällt insbesondere die Verurteilung vom (...) August 2000 ins Gewicht. Der dem Beschwerdeführer in diesem Urteil unter anderem zur Last gelegte Raub (Art. 140 StGB) muss als schwerwiegend bezeichnet werden. Zudem ist zu berücksichtigen, dass der Beschwerdeführer – siehe E. 5.3 – seit dieser Verurteilung mehrere andere Verurteilungen zu kürzeren Freiheitsstrafen und Bussen erwirkt hat. Ob diese Verurteilungen jedoch eine Aufhebung der vorläufigen Aufnahme gestützt auf Art. 83 Abs. 7 Bst. a AuG zu rechtfertigen mögen, kann unter Berücksichtigung nachfolgender Erwägungen offen gelassen werden.

5.5 Weiter ist zu prüfen, ob der Ausschluss- beziehungsweise Aufhebungsgrund von Art. 83 Abs. 7 Bst. b AuG (respektive Art. 62 Bst. c AuG) erfüllt sein könnte. Gestützt auf diese Bestimmung wird eine wegen Unmöglichkeit oder Unzumutbarkeit des Vollzugs der Wegweisung anzuordnende vorläufige Aufnahme nicht verfügt

beziehungsweise widerrufen, wenn die weg- oder ausweisende Person erheblich oder wiederholt gegen die öffentliche Sicherheit und Ordnung in der Schweiz oder im Ausland verstossen hat oder diese gefährdet oder die innere oder die äussere Sicherheit gefährdet. Gemäss nach wie vor gültiger Praxis der ARK lässt eine allfällige Verurteilung zu einer bedingt zu vollziehenden Freiheitsstrafe in der Regel nicht direkt auf eine schwerwiegende Gefährdung oder Verletzung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung schliessen, da ein bedingter Strafvollzug bei einer günstigen Resozialisierungsprognose eingeräumt wird. Eine wiederholte Deliktsbegehung kann jedoch durchaus Anhaltspunkte für eine Gefährdung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung geben (vgl. BVEG 2007/32 E. 3.2 S. 386, EMARK 1995 Nr. 10, 1997 Nr. 24).

Der Beschwerdeführer ist – wie bereits erwähnt – wiederholt in strafrechtlicher Hinsicht in Erscheinung getreten. Gemäss Strafregisterauszug vom 2. August 2007 wurde er im Jahre 2000 zu vier Freiheitsstrafen (3 Tage Haft, ein Monat Gefängnis, 7 Tage Haft sowie 16 Monate und 3 Tage Gefängnis, bedingt vollziehbar) verurteilt. Den Verurteilungen lagen insbesondere Vermögendelikte und Strassenverkehrsdelikte zu Grunde. Die letzte Verurteilung zu einer Freiheitsstrafe wurde am (...) August 2000 ausgesprochen. Nebst diesen Freiheitsstrafen wurden gegen den Beschwerdeführer (teilweise ebenfalls bedingt) Bussen verhängt (vgl. dazu oben 5.3). Obwohl diese einzelnen Verstösse – mit Ausnahme derjenigen, welche den Verurteilungen vom (...) Mai und (...) August 2000 zugrunde liegen – für sich betrachtet als nicht gravierende Delikte erscheinen mögen, zeigt das Gesamtbild der Verurteilungen doch, dass der Beschwerdeführer insbesondere in den Jahren 1999 und 2000 erhebliche Mühe bekundete, sich an die Rechtsordnung zu halten. Seit dem (...) August 2000 wurden keine (unbedingten) Freiheitsstrafen, sondern ausschliesslich Bussen gegen ihn verhängt. Die Höhe derselben deutet darauf hin, dass das Verschulden des Beschwerdeführers durch den jeweiligen Strafrichter durchgehend als nicht allzu schwer eingestuft wurde und dass offensichtlich nicht von einer Gefährdung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung ausgegangen wurde beziehungsweise auszugehen ist. Dennoch erscheint es grundsätzlich gerechtfertigt, die Anwendung von Art. 83 Abs. 7 Bst. b respektive Art. 62 Bst. c AuG aufgrund der wiederholten Delinquenz in Betracht zu ziehen. Eine abschliessende Beurteilung

der Frage nach dem Risiko zukünftiger Straftaten erübrigt sich jedoch aufgrund nachfolgender Ausführungen.

5.6 Im Folgenden ist zu prüfen, ob eine Aufhebung der vorläufigen Aufnahme verhältnismässig wäre.

Die Bestimmung von Art. 84 Abs. 3 AuG ist als "Kann"-Bestimmung formuliert. Das bedeutet, dass die Aufhebung der vorläufigen Aufnahme fakultativ ist und der Feststellung von Aufhebungsgründen im Sinne von Art. 84 Abs. 3 AuG i.V.m. Art. 83 Abs. 7 AuG in jedem Fall eine sorgfältige behördliche Interessenabwägung folgen muss (vgl. Art. 96 Abs. 1 AuG; vgl. dazu PETER BOLZLI, in MARC SPESCHA/HANSPETER THÜR/ANDREAS ZÜND/PETER BOLZLI, Kommentar Migrationsrecht, Zürich 2008, N. 6 zu Art. 84 AuG und N. 23 zu Art. 83 AuG).

Die zum vormaligen Art. 14a Abs. 6 ANAG entwickelte und heute noch geltende Praxis schränkt das Interesse des Staates auf den Schutz vor Gefährdung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung oder deren schwerwiegende Verletzung ein. Ist einer der in Art. 83 Abs. 7 AuG genannten Tatbestände erfüllt, so lässt dieser Umstand das öffentliche Interesse am Wegweisungsvollzug zweifellos gewichtig erscheinen. Die anschliessend vorzunehmende Interessenabwägung im Einzelfall kann aber auch zugunsten der privaten Interessen am Verbleib in der Schweiz ausfallen. Die Ausschlussgründe erfüllen sodann im Wesentlichen präventive Schutzinteressen (vgl. BVGE 2007/32 E. 3.7.3 S. 391). Sie sanktionieren nicht vergangene Straftaten, sondern wollen die Öffentlichkeit vor künftigen Delikten des Ausländers bewahren (BOLZLI, a.a.O., N. 22 zu Art. 83 Abs. 7 Bst. a und b AuG). Wenn die Aufhebung der vorläufigen Aufnahme nach durchgeführter Interessenabwägung unverhältnismässig erscheint, so ist diese Massnahme nicht rechtmässig, und es muss darauf verzichtet werden (BOLZLI, a.a.O., N. 6 zu Art. 84 AuG).

Die Ausschlussklausel gemäss Art. 83 Abs. 7 AuG ist mit Zurückhaltung und insbesondere unter Beachtung des Verhältnismässigkeitsprinzips anzuwenden. Es genügt nicht, wenn die kriminellen Handlungen der betreffenden Person den Schluss zulassen, dass diese nicht gewillt oder nicht fähig ist, sich an die elementaren gesellschaftlichen Regeln des Zusammenlebens zu halten. Vielmehr müssen diese Handlungen eine schwerwiegende Gefährdung oder Verletzung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung darstellen. Die Verurteilung zu

einer bedingten Freiheitsstrafe lässt beispielsweise in der Regel nicht auf eine solche schliessen, jedoch kann deren Strafmass oder der Umstand, dass durch das begangene Delikt besonders wertvolle Rechtsgüter betroffen sind, zum gegenteiligen Schluss führen. Bei der Interessenabwägung ist der angedrohte Strafraum in Bezug zur verhängten Strafe zu setzen. Auch die wiederholte Deliktsbegehung kann trotz bedingt ausgesprochener Freiheitsstrafe Anhaltspunkte für die Gefährdung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung geben, stellt eine solche doch die vermutete günstige Prognose erheblich in Frage. Des weiteren kann auch das Vorleben des Beschwerdeführers bei der Interessenabwägung mit berücksichtigt werden.

Im Rahmen der vorzunehmenden Verhältnismässigkeitsprüfung sind sodann die privaten Interessen der vorläufig aufgenommenen Person an einem Verbleib in der Schweiz und das Interesse des Staates an der Aufhebung der vorläufigen Aufnahme und des Vollzugs der Wegweisung gegeneinander abzuwägen. Dabei ist nicht von einer schematischen Betrachtungsweise auszugehen, sondern es ist auf die gesamten Umstände des Einzelfalles abzustellen. Zu berücksichtigen sind - namentlich im Rahmen von Art. 83 Abs. 7 Bst. a und b AuG - insbesondere die Art der verletzten Rechtsgüter und die Schwere des Verschuldens. Steht die Aufhebung der vorläufigen Aufnahme (und nicht deren Ausschluss) zur Diskussion, kommt auf Seiten des Ausländers im Rahmen der Interessenabwägung namentlich der Dauer der Anwesenheit in der Schweiz sowie den mit dem Vollzug der Wegweisung allenfalls verbundenen persönlichen und familiären Nachteilen ein relativ hoher Stellenwert zu (zum Ganzen vgl. BVEG 2007/32 E. 3 S. 385 ff., Entscheidungen und Mitteilungen der Schweizerischen Asylrekurskommission [EMARK] 2006 Nr. 23 E. 8.3 S. 247 ff, 2006 Nr. 11 E. 7 S. 124 ff. und 2004 Nr. 39 E. 5.3 S. 271 mit je weiteren Verweisen).

5.7 Das BFM hat in der angefochtenen Verfügung die Aufhebung der vorläufigen Aufnahme als verhältnismässig beurteilt und argumentiert, das Interesse der öffentlichen Sicherheit sei höher zu gewichten als die privaten Interessen des Beschwerdeführers. Der Beschwerdeführer lebe seit über 13 Jahren in der Schweiz und habe hier die Realschule besucht, ohne dass ihm die Integration gelungen sei. Aus den Akten würden sich keine Hinweise ergeben, dass eine besonders enge Beziehung zur Schweiz bestehe. Aufgrund der Schwere der begangenen Delikte könne die Aufhebung der vorläufigen Aufnahme

als durchaus angemessen betrachtet werden. Die ihm und seiner Familie erwachsenden Nachteile durch eine Ausweisung müssten im Zusammenhang mit den Interessen der öffentlichen Sicherheit der Schweiz beurteilt werden. Dabei sei anzufügen, dass die vorläufige Aufnahme seiner Eltern und Geschwister bestehen bleibe und sie weiterhin in der Schweiz bleiben könnten. Sie seien folglich nicht direkt von der Ausweisung betroffen. Aufgrund des jungen Alters des Beschwerdeführers bestehe die Möglichkeit, dass er sich im Heimatland integrieren könne. Ausschlaggebend dabei sei letztlich sein Wille, die Verantwortung für seine Zukunft zu übernehmen. Unter Berücksichtigung aller Umstände erscheine ein Vollzug der Wegweisung damit als angemessen.

5.8 Der Beurteilung der Vorinstanz kann nicht gefolgt werden. Die vorzunehmende Interessenabwägung (vgl. BVGE 2007/32, EMARK 2006 Nr. 23) zeigt, dass sich das Interesse des Beschwerdeführers an einem Verbleib in der Schweiz im Vergleich zum öffentlichen Interesse am Vollzug der Wegweisung aufgrund seiner Verstösse gegen die hiesige Rechtsordnung als gewichtiger erweist:

Der Beschwerdeführer stammt aus Mogadischu/Somalia. Im Februar 1992 (...) gelangte er (zusammen mit seinem Vater und seinem Bruder) in die Schweiz, wo er seither ununterbrochen, mithin seit über 17 Jahren, lebt und die Realschule absolviert hat. Seine Mutter sowie die weiteren Geschwister leben seit dem Jahre 1995 hier und zwischen 1996 und 2004 sind insgesamt 5 weitere Geschwister des Beschwerdeführers geboren worden. Kontakte zu seinem Heimatland sind nicht aktenkundig. Zwar ist der Beschwerdeführer seit dem Jahre 1998 durch sein wiederholtes straffälliges Verhalten regelmässig negativ aufgefallen. Dabei fällt auf, dass er schwergewichtig in den Jahren 1999 und 2000 erheblich deliktisch tätig war, was nicht zuletzt auf sein damaliges jungendliches Alter und seine schwierigen Lebensumstände zurückzuführen ist. Sein jungendliches Alter wurde insbesondere im Urteil vom (...) August 2000 - seiner bisher härtesten Bestrafung - strafmildernd berücksichtigt. Die Strafe damals wurde nur bedingt ausgesprochen und die Straftaten liegen im Zeitpunkt der Aufhebung der vorläufigen Aufnahme bereits 6 und heute 10 Jahre zurück. Zu bemerken ist zudem, dass die gleiche Verurteilung vom (...) August 2000 von der Vorinstanz in einem ersten Verfahren als nicht ausreichend für eine Aufhebung der vorläufigen Aufnahme erachtet wurde, was damals denn auch zur Einstellung des

Aufhebungsverfahrens geführt hat (vgl. oben III.). Zwar wurde diese bedingte Gefängnisstrafe in der Folge mit Urteil vom (...) November 2003 widerrufen und der Beschwerdeführer wurde danach dem Strafvollzug zugeführt. Der Widerruf basierte indessen ausdrücklich nicht auf einem strafrechtlich relevanten Verhalten des Beschwerdeführers, sondern auf seinem Verhalten in Bezug auf die ihm während der Dauer des bedingten Vollzugs auferlegten Schutzaufsicht, welcher er sich beharrlich entzogen hat. Seit der Entlassung aus dem Strafvollzug im März 2005 ist der Beschwerdeführer zwar bis heute immer noch sporadisch deliktisch in Erscheinung getreten, wobei es sich dabei insbesondere in den letzten drei Jahren um keine gravierenden, die öffentliche Sicherheit und Ordnung gefährdenden Fehlverhalten handelt. Laut dem Bericht der Caritas B._____ vom 9. April 2009, der durch das Amt für Migration des Kantons eingereicht wurde, hat sich der Beschwerdeführer im Jahre 2007 wieder aufgefangen. Er habe eine Arbeitsstelle gefunden und auch in der Freizeit eine Tagesstruktur aufgebaut. Gegenüber den Mitarbeitenden der Caritas sei er stets korrekt gewesen und habe alle Abmachungen eingehalten. Sprachlich sei er gut integriert. "Mentalitätsmässig" stehe er der Schweiz näher als seinem Heimatland. Seitens der Bewährungshilfe lägen der Caritas gute Rückmeldungen vor. Gemäss einem Sozialbericht des Sozialamtes der Gemeinde D._____ vom 7. Mai 2009 wird der Beschwerdeführer seit dem 1. Februar 2008 vom Sozialamt unterstützt. Seit dem 1. Juni 2008 sei er in einem Arbeitsintegrationsprogramm tätig. Gestützt auf diese Ausführungen darf doch von einer gewissen Stabilisierung der sozialen Situation des Beschwerdeführers ausgegangen werden. Aufgrund des langen Aufenthalts in der Schweiz ist zudem anzunehmen, dass sich seine sozialen Kontakte hier befinden und er im Heimatstaat weder über ein tragfähiges Beziehungsnetz noch eine gesicherte Wohnsituation verfügt. Der Einschätzung der Vorinstanz, wonach für die Integration des Beschwerdeführers im Heimatland sein Wille ausschlaggebend sei, die Verantwortung für seine Zukunft zu übernehmen, kann angesichts der Aktenlage nicht gefolgt werden (vgl. dazu unter anderem auch EMARK 2006 Nr. 2). Entgegen der Ansicht der Vorinstanz würde ein Wegweisungsvollzug sodann nicht nur den Beschwerdeführer persönlich, sondern seine ganze Familie treffen.

5.9 Gestützt auf die vorstehenden Erwägungen ist festzustellen, dass die privaten Interessen des Beschwerdeführers an einem Verbleib in der Schweiz die öffentlichen Interessen am Wegweisungsvollzug

zwecks Durchsetzung präventiver Schutzinteressen überwiegen. Unter diesen Umständen erscheint eine Aufhebung der vorläufigen Aufnahme des Beschwerdeführers trotz seiner Straffälligkeit nicht als verhältnismässig. Daher ist dem Beschwerdeführer der Status der vorläufigen Aufnahme zu belassen. Mit Nachdruck ist aber darauf hinzuweisen, dass bei einer allfälligen Fortführung des deliktischen Verhaltens eine Neueinschätzung der Situation selbstredend vorbehalten bleibt.

5.10 Aufgrund vorstehender Ausführungen ergibt sich, dass die durch das BFM verfügte Aufhebung der vorläufigen Aufnahme nicht angemessen ist (Art. 106 AsylG). Die Beschwerde ist demnach gutzuheissen und die Verfügung des BFM vom 27. September 2005 aufzuheben.

6.

Bei diesem Ausgang des Verfahrens wird auf die Erhebung von Verfahrenskosten verzichtet (Art. 63 Abs. 1 VwVG).

7.

Gemäss Art. 64 Abs. 1 VwVG kann die Beschwerdeinstanz der obsiegenden Partei von Amtes wegen oder auf Begehren eine Entschädigung für die ihr erwachsenen notwendigen und verhältnismässig hohen Kosten zusprechen. Der Rechtsvertreter der Beschwerdeführenden präsentiert in seiner Honorarnote vom 27. Oktober 2009 den Betrag von insgesamt Fr. 3'912.35, wobei er einen Zeitaufwand von 17,75 Stunden zu Fr. 200.– sowie Auslagen von Fr. 86.–, zuzüglich MWSt ausweist. Dieser Zeitaufwand erscheint selbst unter Berücksichtigung des relativ grossen Umfangs der Eingaben des Rechtsvertreters als leicht überhöht. Unter Berücksichtigung der Bemessungsgrundsätze der Art. 7 ff. des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht (VGKE, SR 173.320.2) ist dem Beschwerdeführer ein angemessener Zeitaufwand von 16 Stunden zu entschädigen und eine vom BFM zu entrichtende Parteientschädigung von total Fr. 3'536.– (inkl. Auslagen und MWSt) zuzusprechen.

(Dispositiv nächste Seite)

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.

Die Beschwerde wird im Sinne der Erwägungen gutgeheissen und die vorinstanzliche Verfügung aufgehoben.

2.

Das BFM wird angewiesen, die vorläufige Aufnahme des Beschwerdeführers zu verlängern.

3.

Dem Beschwerdeführer werden keine Verfahrenskosten auferlegt.

4.

Das BFM wird angewiesen, dem Beschwerdeführer eine Parteient-schädigung von Fr. 3'536.– auszurichten.

5.

Dieses Urteil geht an den Rechtsvertreter des Beschwerdeführers, das BFM und die kantonale Behörde.

Die vorsitzende Richterin:

Der Gerichtsschreiber:

Regula Schenker Senn

Rudolf Raemy

Versand: