Bundesverwaltungsgericht
Tribunal administratif fédéral
Tribunale amministrativo federale
Tribunal administrativ federal



Abteilung IV
D-7342/2010
law/fes/wif

Urteil vom 5. März 2013

Besetzung

Richter Walter Lang (Vorsitz),
Richter Martin Zoller, Richter Daniele Cattaneo;
Gerichtsschreiberin Sarah Ferreyra.

Parteien

A._____, geboren am (…),
Irak,
vertreten durch Stefan Hery,
HEKS Rechtsberatungsstelle für Asylsuchende,
Beschwerdeführer,

gegen

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

Gegenstand

Aufhebung der vorläufigen Aufnahme;
Verfügung des BFM vom 11. Oktober 2010 / N (…).

Sachverhalt:

A.
Der Beschwerdeführer, gemäss eigenen Angaben ein aus B._____ stammender irakischer Staatsangehöriger, kurdischer Ethnie und sunnitischen Glaubens, suchte am 13. Dezember 2002 in der Schweiz um Asyl nach.

B.
Mit Verfügung vom 12. Dezember 2005 stellte das BFM fest, der Beschwerdeführer erfülle die Flüchtlingseigenschaft nicht, lehnte sein Asylgesuch ab und wies ihn aus der Schweiz weg. Gleichzeitig verfügte es die vorläufige Aufnahme wegen Unzumutbarkeit des Wegweisungsvollzugs. Die Verfügung erwuchs unangefochten in Rechtskraft.

C.
Am 30. Juli 2007 teilte das BFM dem Beschwerdeführer mit, es erachte nach einer Analyse der Sicherheits- und Menschenrechtssituation im Irak den Vollzug der Wegweisung in die drei nordirakischen Provinzen Dohuk, Erbil und Suleimaniya zurzeit als grundsätzlich zumutbar. Gemäss seinen Angaben halte sich seine Mutter in Suleimaniya auf, womit er dort über ein Beziehungsnetz verfüge. Angesichts dessen gewährte es dem Beschwerdeführer das rechtliche Gehör zur beabsichtigten Aufhebung der vorläufigen Aufnahme und dem damit verbundenen Wegweisungsvollzug.

D.
Der Beschwerdeführer nahm mit Schreiben seiner damaligen Rechtsvertreterin vom 17. August 2007 Stellung und reichte einen Arztbericht des (…) vom 16. August 2007 ein. Demzufolge sei es seit dem Jahre 2003 zu 15 zum Teil kurzfristigen und zum Teil langfristigen, mehrmonatigen Hospitalisierungen und sechs schweren Suizidversuchen gekommen.

E.
Mit Schreiben vom 10. September 2007 teilte das BFM dem Beschwerdeführer mit, dass es nach Prüfung seiner Stellungnahme vom 17. August 2007 die Aufhebung der vorläufigen Aufnahme als nicht gerechtfertigt erachte und diese somit unverändert bestehen bleibe.

F.
Mit Schreiben vom 10. Mai 2010 teilte die Vormundschaftsbehörde D._____ dem BFM mit, sie habe Dr. E._____ mit der Begutachtung des Beschwerdeführers beauftragt, und bitte hierfür das BFM um Akten-

einsicht. Am 21. Mai 2010 überwies das BFM die gewünschten Unterlagen der Vormundschaftsbehörde.

G.
Am 18. Juni 2010 beantragte das Amt für (…) des Kantons F._____ gestützt auf das psychiatrische Gutachten von Dr. E._____ beim BFM die Überprüfung, ob die Voraussetzungen zur Aufrechterhaltung der vorläufigen Aufnahme im heutigen Zeitpunkt noch gegeben seien oder ob die Wegweisung vollziehbar sei, und legte das Gutachten sowie eine chronologische Zusammenstellung von Ereignissen betreffend den Beschwerdeführer bei.

H.
Am 26. August 2010 teilte das BFM dem Beschwerdeführer mit, dass die Migrationsbehörde des Kantons F._____ das BFM ersucht habe, die Aufhebung der vorläufigen Aufnahme und die Anordnung des Vollzugs der Wegweisung zu prüfen. Gemäss Art. 83 Abs. 7 des Bundesgesetzes vom 16. Dezember 2005 über die Ausländerinnen und Ausländer (AuG, SR 142.20) könne sich eine weg- oder ausgewiesene Person nicht auf die Unzumutbarkeit des Wegweisungsvollzugs im Sinne von Art. 83 Abs. 4 AuG berufen, wenn sie erhebliche oder wiederholt gegen die öffentliche Sicherheit und Ordnung in der Schweiz oder im Ausland verstossen habe oder diese gefährde oder die innere oder die äussere Sicherheit gefährde (Bst. b). Dies sei bei ihm der Fall; sein Verhalten stelle eine Fremdgefährdung dar. Es habe ihm gegenüber fürsorgerischer Freiheitsentzug angeordnet werden müssen. Gleichzeitig gewährte das BFM dem Beschwerdeführer das rechtliche Gehör zur beabsichtigten Aufhebung der vorläufigen Aufnahme und dem damit verbundenen Wegweisungsvollzug.

I.
Am 16. September 2010 nahm der Beschwerdeführer durch seinen Rechtsvertreter Stellung und reichte einen ärztlichen Bericht des (…) vom 11. Dezember 2009 ein.

J.
Mit Verfügung vom 5. Oktober 2010 hob das BFM die mit Verfügung vom 12. Dezember 2005 angeordnete vorläufige Aufnahme des Beschwerdeführers auf und forderte ihn – unter Androhung von Zwangsmitteln im Unterlassungsfall – auf, die Schweiz unverzüglich zu verlassen, nachdem er

der Justiz genüge getan habe. Den Kanton F._____ beauftragte es mit dem Vollzug der Wegweisung.

K.
Mit Verfügung vom 11. Oktober 2010 – eröffnet am 13. Oktober 2010 – ersetzte das BFM die Verfügung vom 5. Oktober und korrigierte das Dispositiv. Es hob die vorläufige Aufnahme des Beschwerdeführers auf, forderte ihn – unter Androhung von Zwangsmitteln im Unterlassungsfall – auf, die Schweiz unverzüglich zu verlassen und beauftragte den Kanton F._____ mit dem Vollzug der Wegweisung. Gleichzeitig entzog es einer allfälligen Beschwerde gegen diese Verfügung die aufschiebende Wirkung.

L.
Mit vorab am 13. Oktober 2010 per Telefax übermittelter und per Post nachgereichter (Datum Poststempel: 13. Oktober 2010) Eingabe liess der Beschwerdeführer durch seinen Rechtsvertreter gegen diese Verfügung beim Bundesverwaltungsgericht Beschwerde erheben und beantragen, die angefochtene Verfügung sei aufzuheben. In prozessualer Hinsicht liess er beantragen, es sei der Beschwerde im Sinne vorsorglicher Massnahmen die aufschiebende Wirkung zu erteilen, die Vollzugsbehörden seien anzuweisen, vom Vollzug der Wegweisung abzusehen, bis das Bundesverwaltungsgericht über den Suspensiveffekt der eingereichten Beschwerde entschieden habe, es sei die unentgeltliche Rechtspflege zu gewähren und es sei auf die Erhebung eines Kostenvorschusses zu verzichten.

M.
Mit Verfügung vom 13. Oktober 2010 setzte der Instruktionsrichter des Bundesverwaltungsgerichts den Vollzug der Wegweisung gestützt auf Art. 56 des Verwaltungsverfahrensgesetzes vom 20. Dezember 1968 (VwVG, SR 172.021) bis zum definitiven Entscheid über das Gesuch um Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung aus.

N.
Am 19. Oktober 2010 gewährte das BFM dem Beschwerdeführer Einsicht in die Akten.

O.
Mit Verfügung vom 27. Oktober 2010 stellte der Instruktionsrichter die aufschiebende Wirkung der Beschwerde wieder her und stellte fest, der

Beschwerdeführer könne den Ausgang des Verfahrens in der Schweiz abwarten. Gleichzeitig hiess er das Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege gut, verzichtete auf die Erhebung eines Kostenvorschusses und gab dem Beschwerdeführer Gelegenheit, eine Beschwerdeergänzung einzureichen.

P.
Am 2. November 2010 reichte der Beschwerdeführer handelnd durch seinen Rechtsvertreter eine Beschwerdeergänzung ein.

Q.
Am 9. November 2010 reichte der Beschwerdeführer mittels seines Rechtsvertreters eine Kopie des Urteils des (…) vom 27. Oktober 2010 betreffend Entlassung aus der fürsorgerischen Freiheitsentziehung ein.

R.
Mit Verfügung vom 1. Dezember 2010 übermittelte der Instruktionsrichter ein Doppel der Beschwerdeschrift und der Beschwerdeergänzung der Vorinstanz und ersuchte diese, bis zum 16. Dezember 2010 eine Vernehmlassung einzureichen.

S.
In der Vernehmlassung vom 10. Dezember 2010 beantragte das BFM die Abweisung der Beschwerde. Der Instruktionsrichter gab dem Beschwerdeführer mit Verfügung vom 15. Dezember 2010 Gelegenheit, eine Stellungnahme zur Vernehmlassung einzureichen.

T.
Mit Eingabe vom 23. Dezember 2010 nahm der Beschwerdeführer zur Vernehmlassung des BFM Stellung.

U.
Am 27. Dezember 2010 reichte das BFM eine Kopie eines Polizeiberichts der Stadt G._____ vom 4. und 5. Dezember 2010 ein.

V.
Das (…) des Kantons F._____ teilte am 15. Januar 2013 auf Anfrage des Bundesverwaltungsgerichts vom 20. Dezember 2012 mit, es seien seit dem 4. Dezember 2010 keine weiteren Vorfälle den Beschwerdeführer betreffend bekannt geworden, die für die Beurteilung der Aufhebung der vorläufigen Aufnahme relevant sein könnten.

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:

1.

1.1 Gemäss Art. 31 des Verwaltungsgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (VGG, SR 173.32) ist das Bundesverwaltungsgericht zur Beurteilung von Beschwerden gegen Verfügungen nach Art. 5 VwVG zuständig und 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 Die Beschwerde ist frist- und formgerecht eingereicht (Art. 112 Abs. 1 AuG i.V.m. Art. 37 VGG und Art. 50 Abs. 1 und Art. 52 Abs. 1 VwVG). 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 AuG i.V.m. Art. 37 VGG und Art. 48 Abs. 1 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. 112 Abs. 1 AuG i.V.m. Art. 49 VwVG).

3.

3.1 In der Beschwerde vom 13. Oktober 2010 sowie in deren Ergänzung vom 2. November 2010 wird zunächst in verfahrensrechtlicher Hinsicht gerügt, das Recht auf Akteneinsicht sei von der Vorinstanz verletzt worden. Das BFM habe bereits am 5. Oktober 2010 eine Verfügung erlassen in der es einer allfälligen Beschwerde die aufschiebende Wirkung nicht entzogen habe. Nach Erhalt dieser Verfügung am 7. Oktober 2010 habe der Beschwerdeführer gleichentags durch seinen Rechtsvertreter um Akteneinsicht ersucht. Am 13. Oktober 2010 habe er statt die Akten eine neue Verfügung mit korrigiertem Dispositiv erhalten. Die Akten – insbesondere die in der Verfügung zitierte Chronologie über die Vorgänge betreffend den Beschwerdeführer sowie das zitierte psychiatrische Gutachten – seien ihnen bereits vorenthalten worden, als ihnen Gelegenheit zur Stellungnahme zur beabsichtigten Aufhebung der vorläufigen Aufnahme gegeben worden sei, obwohl die besagten Unterlagen bereits vorhanden gewesen seien. Indem das BFM keine Akteneinsicht gewährt habe, habe es den Anspruch auf rechtliches Gehör verletzt. Zudem habe sich das

BFM im angefochtenen Entscheid mit keinem Wort mit den in unserer Stellungnahme vom 16. September 2010 vorgebrachten Argumenten auseinandergesetzt, weshalb es die Begründungspflicht verletzt habe.

3.2 Der Grundsatz des rechtlichen Gehörs (Art. 29 Abs. 2 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 [BV; SR 101], Art. 29 VwVG, Art. 32 Abs. 1 VwVG) verlangt, dass die verfügende Behörde die Vorbringen des Betroffenen tatsächlich hört, sorgfältig und ernsthaft prüft und in der Entscheidfindung berücksichtigt, was sich entsprechend in der Entscheidbegründung niederschlagen muss (vgl. Art. 35 Abs. 1 VwVG). Ferner soll die Abfassung der Begründung dem Betroffenen ermöglichen, den Entscheid gegebenenfalls sachgerecht anzufechten, was nur der Fall ist, wenn sich sowohl der Betroffene als auch die Rechtsmittelinstanz über die Tragweite des Entscheides ein Bild machen können, wobei sich die verfügende Behörde allerdings nicht ausdrücklich mit jeder tatbeständlichen Behauptung und jedem rechtlichen Einwand auseinander setzen muss, sondern sich auf die wesentlichen Gesichtspunkte beschränken kann. Die Begründungsdichte richtet sich dabei nach dem Verfügungsgegenstand, den Verfahrensumständen und den Interessen des Betroffenen, wobei bei schwerwiegenden Eingriffen in die rechtlich geschützten Interessen des Betroffenen - und um solche geht es bei der Frage der Aufhebung der vorläufigen Aufnahme - eine sorgfältige Begründung verlangt wird (vgl. BVGE 2008/47 E. 3.2 S. 674 f.).

3.3 Das BFM beschränkt sich in seinen Erwägungen vorwiegend auf Argumente, die für die Aufhebung der vorläufigen Aufnahme des Beschwerdeführers sprechen, es setzte sich aber – auch wenn nur ansatzweise – mit der Stellungnahme vom 16. September 2010 auseinander. In der Sachverhaltsfeststellung wird diese aufgeführt. In der Begründung geht das BFM sodann auf das Argument, dass keine strafrechtliche Verurteilung vorliege, ein. Ferner führte das BFM aus, warum es sich aus seiner Sichtweise nicht um Bagatellereignisse gehandelt habe. Es äusserte sich auch zur persönlichen Situation des Beschwerdeführers und dessen (Nicht-) Integration. Damit kann dem BFM nicht vorgeworfen werden, es hätte in seiner Begründung die Argumente in der Stellungnahme nicht berücksichtigt.

3.4 Gemäss Art. 26 VwVG hat die Partei oder ihr Vertreter grundsätzlich Anspruch darauf, in sämtliche Aktenstücke, welche geeignet sind, in einem konkreten Verfahren als Beweismittel zu dienen, einzusehen. Denn

nur wenn den Betroffenen in einem Verfahren die Möglichkeit eingeräumt wird, die Unterlagen einzusehen, auf welche sich die Behörde stützt, können sie sich wirksam zur Sache äussern und geeignet Beweis führen beziehungsweise Beweismittel bezeichnen. Ausgenommen vom Recht auf Akteneinsicht sind verwaltungsinterne Unterlagen. Gilt es den Umfang des Akteneinsichtsrechts zu bestimmen, kommt es jedoch auf die im konkreten Fall objektive Bedeutung eines Aktenstückes für die entscheidwesentliche Sachverhaltsfeststellung an und nicht auf die Einstufung des Beweismittels durch die Behörden als internes oder gar geheimes Papier. Keine internen Akten sind daher zum Beispiel verwaltungsintern erstellte Berichte und Gutachten zu streitigen Sachverhaltsfragen. Je stärker das Verfahrensergebnis von der Stellungnahme der Betroffenen zum konkreten Dokument abhängt und je stärker auf ein Dokument bei der Entscheidfindung (zum Nachteil der Betroffenen) abgestellt wird, desto intensiver ist dem Akteneinsichtsrecht Rechnung zu tragen (vgl. BVGE 2011/37 E. 5.4.1 S. 815 f.).

3.5 Aus den Akten geht hervor, dass am 22. Juni 2010 beim BFM der Antrag der kantonalen Behörden auf Überprüfung der Voraussetzungen zur Aufrechterhaltung der vorläufigen Aufnahme mit einem psychiatrischen Gutachten und einer chronologischen Zusammenstellung von Ereignissen betreffend den Beschwerdeführer eingingen. Das psychiatrische Gutachten (vgl. act. C4/40) und die chronologische Zusammenstellung (vgl. act. C5/17) werden im Aktenverzeichnis als editionspflichtige Akten aufgeführt. Mit Schreiben vom 26. August 2010 teilte das BFM dem Beschwerdeführer mit, es beabsichtige die vorläufige Aufnahme aufzuheben, da sein Verhalten in der Schweiz eine Fremdgefährdung darstelle und fürsorgerischer Freiheitsentzug habe angeordnet werden müssen. Das BFM legte diesem Schreiben weder ein Kopie des psychiatrischen Gutachtens noch der chronologischen Zusammenstellung der Ereignisse bei und erwähnte darin auch diese beiden Dokumente mit keinem Wort. Da das BFM in der Verfügung vom 11. Oktober 2010 gestützt auf diese beiden Dokumente davon ausgeht, der Beschwerdeführer sei eine Gefahr für die Öffentlichkeit, wäre es gemäss Art. 26 VwVG gehalten gewesen, dem Beschwerdeführer vor Erlass der Verfügung Einsicht in das psychiatrische Gutachten und die chronologische Zusammenstellung zu gewähren und ihm dazu die Möglichkeit zur Stellungnahme zu geben. Indem das BFM dies unterlassen hat, hat es den Anspruch des Beschwerdeführers auf rechtliches Gehör gemäss Art. 30 Abs. 1 VwVG und Art. 26 VwVG verletzt.

3.6 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 (vgl. BVGE 2008/47 E. 3.3.4 S. 676 f., BVGE 2008/14 E. 4.1 S. 185, BVGE 2007/30 E. 8.2 S. 371, BVGE 2007/27 E. 10.1 S. 332). Die Heilung von Gehörsverletzungen ist auf Beschwerdeebene nur möglich, sofern das Versäumte nachgeholt wird, der Beschwerdeführer dazu Stellung nehmen kann und der Beschwerdeinstanz im streitigen Fall die freie Überprüfungsbefugnis in Bezug auf Tatbestand und Rechtsanwendung zukommt sowie die festgestellte Verletzung nicht schwerwiegender Natur ist und die fehlende Entscheidreife durch die Beschwerdeinstanz mit vertretbarem Aufwand hergestellt werden kann (vgl. BVGE 2008/47 E. 3.3.4 S. 676 f.).

3.7 Indem das BFM dem Beschwerdeführer am 19. Oktober 2010 auf das zweite Gesuch hin Einsicht in die Akten gewährte und der Instruktionsrichter des Bundesverwaltungsgerichts mit Zwischenverfügung vom 27. Oktober 2010 dem Beschwerdeführer Gelegenheit bot, eine Beschwerdeergänzung einzureichen, wurde dieser vorinstanzliche Verfahrensmangel auf Beschwerdeebene geheilt. Es besteht daher kein Anlass, die angefochtene Verfügung aus formellen Gründen aufzuheben und die Sache an das Bundesamt zur Neubeurteilung zurückzuweisen

4.

4.1 Am 1. Januar 2008 ist das AuG in Kraft getreten; gleichzeitig ist das Bundesgesetz vom 26. März 1931 über Aufenthalt und Niederlassung der Ausländer (ANAG, BS 1 121) aufgehoben worden (vgl. Art. 125 i.V.m. Anhang Ziff. I AuG). Gemäss Art. 126a Abs. 4 AuG gilt unter Vorbehalt der Absätze 5-7 für Personen, die im Zeitpunkt des Inkrafttretens der Änderung vom 16. Dezember 2005 des Asylgesetzes vom 26. Juni 1998 (AsylG, SR 142.31) sowie des AuG vorläufig aufgenommen sind, neues Recht. Für die Frage der Aufhebung der am 12. Dezember 2005 verfügten vorläufigen Aufnahme sind im vorliegenden Fall somit die Bestimmungen des AuG anwendbar.

4.2 Das BFM prüft periodisch, ob die Voraussetzungen für die vorläufige Aufnahme noch gegeben sind (Art. 84 Abs. 1 AuG). Es hebt die vorläufige Aufnahme auf und ordnet den Vollzug der Weg- oder Ausweisung an, wenn die Voraussetzungen nicht mehr gegeben sind (Art. 84 Abs. 2 AuG). Die Voraussetzungen für die vorläufige Aufnahme sind nicht mehr gegeben, wenn der Vollzug der rechtskräftig angeordneten Wegweisung zuläs-

sig (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 Behörden, von fedpol oder des NDB kann das BFM die vorläufige Aufnahme wegen Unzumutbarkeit oder Unmöglichkeit des Vollzugs (Art. 83 Abs. 3 und 4 AuG) aufheben und den Vollzug der Wegweisung anordnen, wenn Gründe nach Art. 83 Abs. 7 AuG gegeben sind (Art. 84 Abs. 3 AuG).

5.

5.1 In der angefochtenen Verfügung hält das BFM zunächst fest, es sei rechtskräftig festgestellt, dass der Beschwerdeführer die Flüchtlingseigenschaft nicht erfülle. Der Vollzug der Wegweisung würde daher nicht gegen das in Art. 5 AsylG und Art. 33 des Abkommens vom 28. Juli 1951 über die Rechtsstellung der Flüchtlinge (FK, SR 0.142.30) verankerte Refoulement-Verbot verstossen. Auch stünden dem Vollzug der Wegweisung in den Irak keine völkerrechtlichen Verpflichtungen, wie insbesondere Art. 3 und Art. 8 der Konvention vom 4. November 1950 zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK, SR 0.101) oder Art. 3 des Übereinkommens vom 10. Dezember 1984 gegen Folter und andere grausame, unmenschliche oder erniedrigende Behandlung oder Strafe (FoK, SR 0.105), entgegen. Bei dieser Sachlage sei die Aufhebung der vorläufigen Aufnahme beziehungsweise der Vollzug der Wegweisung als zulässig im Sinne von Art. 83 Abs. 3 AuG zu erachten.

Im Weiteren führt das BFM aus, es erübrige sich im vorliegenden Fall, auf Fragen im Zusammenhang mit der Zumutbarkeit und Möglichkeit des Wegweisungsvollzugs in den Irak näher einzugehen. Nach Art. 83 Abs. 7 Bst. a und b AuG werde die vorläufige Aufnahme nach Abs. 2 und 4 nicht verfügt, wenn die weg- oder ausgewiesene Person zu einer längerfristigen Freiheitsstrafe im In- oder Ausland verurteilt oder wenn gegen sie eine strafrechtliche Massnahme im Sinne von Art. 64 oder 61 StGB angeordnet worden sei oder sie gegen die öffentliche Sicherheit und Ordnung in der Schweiz oder im Ausland verstossen habe oder diese gefährde oder die innere oder die äussere Sicherheit gefährde. Dies sei vorliegend der Fall. Bezüglich Fremdgefährdung weise die Chronologie zahlreiche durch den Beschwerdeführer begangene fremdgefährdende Vorfälle auf:

- 22. Juli 2003: tätliche Auseinandersetzung mit Mitbewohnern im Durchgangszentrum (DZ) H._____

- 24./25. Juli 2003: Belästigung, Bedrohung einer Mitbewohnerin, Störung der Nachtruhe
- 26. Juli 2003: Belästigung, Bedrohung
- 16. Dezember 2003: Bedrohung, Tätlichkeit gegenüber Mitbewohner
- 21. Januar 2004: Aggressivität gegenüber Mitbewohner
- 7. August 2004: Belästigung einer Polizeibeamtin
- 25. Juni 2005: Massive (Messer an Kehle) und über längere Zeit dauernde Drohungen gegenüber Mitbewohner, sehr aggressives ausfälliges Verhalten, Drohungen, Beleidigungen gegenüber Polizeibeamten
- 28. Dezember 2005; tätlicher Angriff (massives Schlagen und Treten) gegen eine Patientin nach deren Beschimpfung und Ohrfeige
- 23. März 2006: Tyrannisieren von Mitpatienten, Drohungen gegenüber Pflegepersonal
- Juni 2006: Ausstossen von Beschimpfungen und Drohungen gegen Interessenvertreter
- 12. Juni 2008: Morddrohungen gegenüber Mitbewohner, sexuelle Belästigung einer Mitbewohnerin
- 23. Juli 2008: Belästigung, Machtausübung gegenüber Frauen
- 24. Juli 2008: Fremdaggressives Verhalten gegenüber Pflegepersonal und Mitpatienten, Nötigung, Bedrohung und aggressive Tätlichkeiten
- 3. Juli 2009: I._____: Schlägerei mit Landsleuten
- 23. Juli 2009: Im Streit Mitbewohner geschlagen, welcher notfallmässig habe in die psychiatrische Klinik eingewiesen werden müssen,
- 23. August 2009: Schlagen ohne Vorwarnung eines Mitbewohners, der einen Nasenbeinbruch erlitten habe
- 12. Oktober 2009: Kündigung im Wohnheim I._____ wegen Schlägereien, Alkoholexzessen, selbstverletzenden, provozierenden und renitenten Verhaltens, Fremdgefährdung

Dem Expertenbericht vom 2. Juni 2010 sei zudem zu entnehmen, dass dem Beschwerdeführer bezüglich zukünftiger Fremdgefährdung eine schlechte Prognose zu stellen sei. Bei den festgestellten fremdgefährdenden Vorfällen handle es sich nicht um Bagatellereignisse, sondern um gravierende Geschehnisse (Körperverletzungen, Morddrohungen, sexuelle Belästigung etc.). Da sich der Beschwerdeführer aber gerade wegen seiner diesbezüglichen Gefahr für die Öffentlichkeit mehrheitlich in einem betreuten und geschlossenen Wohnumfeld aufhalte, in dem man aus Rücksicht auf das Vertrauensverhältnis zwischen Institution und der betroffenen Person grundsätzlich zurückhaltend mit der Einleitung von Strafmassnahmen sei, würden die Vorfälle nicht zur Anzeige gelangen und damit nicht zur Verurteilung führen. Unbestritten sei aber, dass es sich bei

den Handlungen des Beschwerdeführers um Eingriffe in die geschützten Rechtsgüter des Lebens, der Gesundheit und der körperlichen Unversehrtheit handle, welche in der Mehrheit strafrechtlich relevant seien. Unbesehen davon, dass sich die Vorfälle zum Teil im geschützten Rahmen – aber nicht nur – ereignet hätten, stehe aber fest, dass Verletzungen der öffentlichen Ordnung vorlägen. Aufgrund seines massiv fremdgefährdenden Verhaltens komme das BFM daher zum Schluss, dass sich der Beschwerdeführer in Anwendung von Art. 84 Abs. 3 AuG in Verbindung mit Art. 83 Abs. 7 AuG grundsätzlich nicht mehr auf die Unzumutbarkeit eines allfälligen Wegweisungsvollzugs berufen könne. Aufgrund dieser Feststellungen ergebe sich ohne weiteres, dass ein gewichtiges öffentliches Interesse daran bestehe, den Beschwerdeführer von der Schweiz fernzuhalten. Das öffentliche Interesse an der Aufhebung der vorläufigen Aufnahme sei nicht darauf beschränkt, zukünftige Verletzungen der öffentlichen Ordnung durch die betroffene Person zu vermeiden. Über den Einzelfall hinaus gehe es um die Durchsetzung wirkungsvoller Massnahmen zu Gunsten der Allgemeinheit und darum, die Gemeinschaft vor Gefährdung zu schützen. Während seines Aufenthaltes in der Schweiz habe sich der Beschwerdeführer nicht in nennenswerter Weise integriert. Es könne dazu auf die vorangegangenen Ausführungen zu seinem Aufenthalt in der Schweiz verwiesen werden. Was seine persönliche Situation betreffe, so sei der Beschwerdeführer erst im Alter von 24 Jahren in die Schweiz eingereist. Er habe also den weitaus grössten Teil seines Lebens in seinem Heimatland verbracht und sei demnach mit Sprache, Kultur, Lebens- und Arbeitsweise bestens vertraut. Anlässlich seiner Einreise habe er anlässlich der Befragung im EVZ angegeben, dass er in seinem Heimatland als Träger gearbeitet habe. Er habe zwei Onkel, bei einem habe er die berufliche Tätigkeit des Plattenlegers erlernt (vgl. act. C4/40 S. 19). Im Irak würden seine Mutter und sein Vater leben; zur Mutter würden regelmässige Kontakte bestehen (vgl. act. C4/40 S. 19 ff.). Daneben könne davon ausgegangen werden, dass er mit der mit seinem Alter verbundenen sozialen Integration in seiner Heimat auch über einen Bekannten- und Freundeskreis verfüge, auf den er bei Bedarf ebenfalls zurückgreifen könne. Im Übrigen könnten durch die Landesabwesenheit – welche mit sieben Jahren und neun Monaten nicht ausgesprochen lange gedauert habe – gelockerte Kontakte zum heimatlichen Beziehungsnetz wieder intensiviert werden. Hinzu komme, dass sich das problematische Verhalten, welches der Beschwerdeführer in der Schweiz gezeigt habe, in seinem Heimatland offenbar nicht im gleichen Ausmass manifestiert habe. Zwar habe er im kantonalen Anhörungsprotokoll vom 14. Februar 2003 auf psychische Probleme in seinem Heimatland verwiesen, die starke Ausprä-

gung, wie sie sich in der Schweiz gezeigt habe, habe er hingegen nirgends erwähnt. Auch dem psychiatrischen Gutachten vom 2. Juni 2010 könnten keine Hinweise entnommen werden, dass sein Verhalten im Irak ähnlich problematisch gewesen sei, wie dasjenige in der Schweiz, was den Schluss zulasse, dass der Beschwerdeführer mit den Verhältnissen in der Schweiz offensichtlich überfordert sei. Damit ergebe sich, dass die Wegweisung auch aus diesem Grund auszusprechen sei. Dem Beschwerdeführer würden sich damit neue Perspektiven eröffnen, die für ihn bei einem weiteren Verbleib in der Schweiz nicht bestünden. Das BFM gehe somit davon aus, dass der Beschwerdeführer in eine Situation zurückkehre, die ihm bekannt sei und die er bewältigen könne. Der Beschwerdeführer, der sich in der Schweiz als weitgehend therapieresistent erwiesen habe, der die Psychiatrie aber auch zu seinen Gunsten zu instrumentalisieren verstanden habe, könne sich auch in seinem Heimatland ärztlich betreuen lassen. Bei den verabreichten Medikamenten handle es sich um gängige und kostengünstige Mittel, welche – sollten sie fehlen – mittels Bestellung übers Internet erhältlich seien (vgl. act. C4/40 S. 40). Was den konkreten Vollzug der Rückkehr betreffe, so werde im psychiatrischen Gutachten vom 2. Juni 2010 darauf hingewiesen, dass seitens des Beschwerdeführers mit parasuizidalen Handlungen und mit Fremdaggressivität gerechnet werden müsse. Derartigen Reaktionen könne jedoch mit entsprechenden begleitenden Massnahmen Rechnung getragen werden, damit der Vollzug in Würde ablaufen könne. Nach den gesamten Umständen sei die Aufhebung der vorläufigen Aufnahme und damit der Vollzug der Wegweisung als angemessen zu beurteilen, zumal sich dieser als zulässig erweise.

5.2 In der Beschwerde vom 13. Oktober 2010 und insbesondere in deren Ergänzung vom 2. November 2010 wird demgegenüber geltend gemacht, das Bundesverwaltungsgericht habe im Urteil D-410/2007 vom 20. August 2010 (E. 7.4.5) die Vorbehalte im Sinne von Art. 83 Abs. 7 AuG genannt, welche – selbst bei Bejahung einer Unzumutbarkeit des Wegweisungsvollzugs – zur Nichtgewährung beziehungsweise Aufhebung einer vorläufigen Aufnahme führen würden. Ausserdem habe das Bundesverwaltungsgericht im Urteil D-3912/2006 vom 18. November 2009 festgehalten, dass wenn nicht der Ausschluss von der vorläufigen Aufnahme, sondern die Aufhebung derselben zur Diskussion stehe, der Dauer der Anwesenheit in der Schweiz sowie die mit dem Wegweisungsvollzug verbundenen persönlichen und familiären Nachteilen ein vergleichsweise hoher Stellenwert beizumessen sei. Im vorliegenden Fall könne angesichts der Praxis des Bundesverwaltungsgerichts in keiner Weise von einer

schwerwiegenden Gefährdung oder Verletzung der öffentliche Sicherheit und Ordnung die Rede sein. Der Beschwerdeführer sei während seines bald achtjährigen Aufenthalts in der Schweiz nicht ein einziges Mal angezeigt oder verurteilt worden. Daher seien schon allein deshalb die Voraussetzungen nicht erfüllt, die gemäss AuG und Rechtsprechung für die Aufhebung einer vorläufigen Aufnahme erfüllt sein müssten. Alle aufgelisteten Vorfälle seien der Chronologie des kantonalen Amtes entnommen. Die dortigen Einträge seien durch nichts belegt oder nachgewiesen, sondern würden jeweils auf der Aussage einer Drittperson beruhen. Solange keine Verurteilung vorliege, handle es sich dabei um Behauptungen, die nicht zum Nachteil des Beschwerdeführer verwendet werden dürften. Das BFM habe in der angefochtenen Verfügung selber festgehalten, dass die Vorfälle nicht zur Anzeige und damit nicht zu einer Verurteilung geführt hätten. Bei den begangenen Taten handle es sich allesamt um Vergehen und Übertretungen und nicht um Verbrechen. Das einzige Mal, als jemand gegen den Beschwerdeführer eine Strafanzeige hätte einreichen wollen, sei diese wegen Geringfügigkeit von der Polizei nicht entgegen genommen worden. Das BFM unterlasse es gänzlich, den Gesundheitszustand beziehungsweise die Diagnose der diversen Ärzte in die Erwägungen einzubeziehen. Der Beschwerdeführer habe zusammengerechnet mehrere Jahre in psychiatrischen Kliniken verbringen müssen. Allein im J._____ sei der Beschwerdeführer insgesamt 22 Mal hospitalisiert worden. Auch habe mehrere Male eine fürsorgerische Freiheitsentziehung angeordnet werden müssen nach in suizidaler Absicht sich selbst zugefügten Verletzungen. Gemäss ärztlichen Stellungnahmen leide der Beschwerdeführer an einer Persönlichkeitsstörung. Vorliegend hätte im Falle eines Strafverfahrens offensichtlich von einer zumindest teilweisen Schuldunfähigkeit vom Beschwerdeführer ausgegangen werden müssen. Aus diesem Grund habe das BFM zu Unrecht die Chronologie des kantonalen Amtes einer Liste von rechtskräftig festgestellten Straftaten gleichgesetzt. Ebenfalls ausser Acht gelassen habe das BFM, dass seit Oktober 2009 keinerlei fremdgefährdendes Verhalten dokumentiert sei. Vielmehr zeige der Beschwerdeführer gemäss Gutachten aktuell eine stabile Phase, wirke konform und motiviert, plane eine Schweizerin zu heiraten, wobei er betont habe, dies nicht im Hinblick auf die damit erlangbare Aufenthaltsbewilligung anzuvisieren. Gemäss Dr. med. K._____ sei er absprachefähiger geworden, habe auch die Arbeitstherapie genutzt und keine Fremdaggressionen im engeren Sinn mehr gezeigt. Das BFM habe es zu Unrecht unterlassen, im Rahmen der Verhältnismässigkeitsprüfung den positiven Verlauf zu würdigen und die vorhandene günstige Prognose in seine Erwägungen einzubeziehen. Was die Sicherheitslage in

B._____ betreffe, werde auf eine Zwischenverfügung des Bundesverwaltungsgerichts vom 27. Oktober 2010 verwiesen. Sie werde darin als desolat und die medizinische Versorgungslage als mangelhaft bezeichnet. Es sei somit davon auszugehen, dass die notwendige medizinische Versorgung im Fall einer Rückkehr nach B._____ nach wie vor nicht gewährleistet sei und mit einer Verschlechterung des Gesundheitszustandes zu rechnen sei. Er sei noch immer auf ärztlich-psychiatrische Behandlung und Medikamente angewiesen. Im Übrigen könne er in seiner Heimat nicht, wie vom BFM behauptet, auf ein soziales Netz zurückgreifen, welches ihn bei einer Wohnungs- und Arbeitssuche unterstützen würde. Er habe nur sporadischen telefonischen Kontakt mit seiner Mutter, welche krank und sehr gebrechlich sei. Zu anderen Personen habe er seit seiner Ausreise keinen Kontakt, auch nicht zu seinem Vater. Dass sich für den Beschwerdeführer in seiner Heimat neue Perspektiven eröffnen würden, wie das BFM vorgebracht habe, sei eine unsubstantiierte Behauptung. Im Falle der Rückkehr des Beschwerdeführers in seine Heimat sei vielmehr mit einer erneuten Verschlechterung seines Gesundheitszustandes zu rechnen. Aus den Akten ergebe sich der Eindruck, als habe man im Kanton F._____ alles daran setzen wollen, den Beschwerdeführer mit Hilfe des BFM "loszuwerden" und sich so möglichen weiteren Schwierigkeiten vor allem im Zusammenhang mit der Unterbringung zu entledigen. Bereits in den Jahren 2006/2007 habe das kantonale Amt versucht, beim BFM eine Aufhebung der vorläufigen Aufnahme zu erwirken, was jedoch misslungen sei, da das Amt darüber hinweg gesehen habe, dass der Beschwerdeführer aus medizinischen Gründen vorläufig aufgenommen worden sei. Im Oktober 2009 habe man versucht, ihn zu einer freiwilligen Rückkehr zu überreden. Nach erneutem Misserfolg sei man an das BFM gelangt mit der Bitte, "alles Mögliche zu einer schnellen, angemessenen Lösung für diesen Problemfall zu unternehmen". Die Einstellung gegenüber ihm zeige sich besonders drastisch in den Aussagen seines Interessenvertreters, der dem beauftragten Gutachter Sätze zu Protokoll gegeben habe, wie: "Herr Faraydun habe Anfang 2003 mit der Psychomasche begonnen und 2006 ganz auf Psycho gemacht, und er sei an sich ein völlig gesunder, erpresserischer Mensch." Angesichts der vorhandenen Arztberichte sei dies höchst befremdend. Aus dem Gesagten ergebe sich, dass die privaten Interessen am Verbleib in der Schweiz gegenüber dem öffentlichen Interesse am Wegweisungsvollzug klar überwiegen würden.

5.3 In der Vernehmlassung führte das BFM im Wesentlichen aus, dass das fremdgefährdende Verhalten des Beschwerdeführers in der Be-

schwerde verharmlost und bagatellisiert werde. Insbesondere könne nicht hingenommen werden, dass es bei den von den kantonalen Behörden seitenlang dokumentierten Vorfällen um blosse Behauptungen von Drittpersonen handeln würde. Auch das psychiatrische Gutachten komme zum Schluss, dass vom Beschwerdeführer in Zukunft eine hohe Rückfallgefahr ausgehe. Dass seit dem Oktober 2009 keine Ereignisse verzeichnet worden seien, dürfe nicht als Anlass genommen werden, sich dem Beschwerdeführer gegenüber in Sicherheit zu wiegen. Aufgrund der mit ihm gemachten Erfahrungen sei zu befürchten, dass ähnliche die Öffentlichkeit gefährdende Geschehnisse auch weiterhin stattfinden würden. Diese Öffentlichkeit habe sich, sensibilisiert durch Ereignisse, bei denen Drittpersonen durch Gewalttäter zu Schaden gekommen seien, mehrmals für eine strikte Handhabung gegenüber Personen ausgesprochen, von denen eine Gefahr für ihre Sicherheit ausgehe. Diesem Umstand solle vorliegend Rechnung getragen werden.

5.4 In der Replik wird geltend gemacht, dass weder Strafanzeigen noch strafrechtliche Verurteilungen aktenkundig sind. Am 3. November 2010 sei der Beschwerdeführer aus der stationären Psychiatrie entlassen worden und lebe seither mit seiner Partnerin zusammen. Mitte Januar 2011 werde er in eine eigene kleine Wohnung in L._____ umziehen. Die Gemeinde habe ihm bei der Wohnungssuche geholfen. Er bemühe sich um eine Arbeitsstelle. Das BFM habe in der Vernehmlassung die Aufhebung der vorläufigen Aufnahme mit der Erfahrung mit Gewalttätern in der Vergangenheit gerechtfertigt. Angesichts der Akten müsse dieser Vergleich als völlig unbegründet, deplatziert und diffamierend bezeichnet werden. Weiter sei anzumerken, dass das BFM in seiner Vernehmlassung keinerlei Stellung genommen habe zur Lage im Irak. Die Sicherheitslage im Zentralirak sei nach wie vor von weitverbreiteter Gewalt und signifikanter Instabilität gekennzeichnet, wobei der Sicherheits- und Justizapparat insgesamt als nicht schutzfähig erachtet werden müsse. Auch die medizinische Versorgungslage sei als desolat zu bezeichnen, weshalb davon auszugehen sei, dass die Medikamente und die ärztlich-psychiatrische Behandlung, auf die der Beschwerdeführer angewiesen sei, im Fall einer Rückkehr nicht gesichert sein würden.

6.

6.1 Nach Art. 83 Abs. 7 AuG wird die vorläufige Aufnahme nicht verfügt, 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 Art. 61 StGB ange-

ordnet wurde (Bst. a) oder wenn sie erheblich oder wiederholt gegen die öffentliche Sicherheit und Ordnung in der Schweiz oder im Ausland verstossen hat oder diese respektive die innere oder die äussere Sicherheit gefährdet (Bst. b). Diese beiden Bestimmungen stimmen inhaltlich überein mit Art. 62 Bst. b und c AuG, welche die allgemeinen Voraussetzungen des Widerrufs von Bewilligungen oder anderen Verfügungen regeln. Aus dem Wortlaut der genannten Bestimmungen ergibt sich, dass nicht jeder Verstoss gegen die gesetzliche Ordnung zu einem Widerruf beziehungsweise zu einer Aufhebung der vorläufigen Aufnahme genügt, sondern dass dieser von einer gewissen Schwere sein muss. Dabei erachtet das Bundesverwaltungsgericht in Anlehnung an die neuere Praxis des Bundesgerichts das Kriterium der Verurteilung zu einer längerfristigen Freiheitsstrafe im Sinne von Art. 83 Abs. 7 Bst. a AuG dann als erfüllt, wenn eine Freiheitsstrafe von mehr als einem Jahr ausgesprochen wurde; dies unabhängig davon, ob die Strafe bedingt, teilbedingt oder unbedingt zu vollziehen ist (vgl. Urteile des Bundesverwaltungsgerichts E-404/2008 vom 9. September 2011 E. 7.5, D-1972/2009 vom 11. August 2011 E. 4.4., D-2114/2010 vom 6. Dezember 2010 E. 3.2.1 mit Hinweisen auf BGE 135 II 377 E. 4.2 S. 379 ff.). Handelt es sich demgegenüber um eine Verurteilung zu einer Freiheitsstrafe von geringerer Dauer oder zu einer Geldstrafe, so schliesst dies die Anwendung von Art. 83 Abs. 7 Bst. a AuG aus; eine Aufhebung kann dann aber gestützt auf den subsidiären Aufhebungsgrund von Art. 83 Abs. 7 Bst. b AuG erfolgen, soweit die darin massgebenden Kriterien erfüllt sind (vgl. BGE 135 II 377 E. 4.2 S. 379 ff.).

6.2 Gemäss den Akten wurde der Beschwerdeführer mit Verfügung vom 10. März 2004 des M._____ wegen der rechtswidrigen Einreise im Jahr 2002, mehrfachen Diebstahls und der falschen Namensangabe gegenüber Beamten mit vier Wochen Gefängnis bedingt und einer Busse von Fr. 400.– bestraft. Da der Beschwerdeführer nur zu einer Freiheitsstrafe von geringer Dauer und einer Geldstrafe verurteilt wurde, bleibt demnach zu prüfen, ob der Aufhebungsgrund von Art. 83 Abs. 7 Bst. b AuG erfüllt ist.

6.3 Der Begriff der öffentlichen Ordnung bildet den Oberbegriff der polizeilichen Schutzgüter und umfasst die Gesamtheit aller Ordnungsvorstellungen, deren Befolgung nach der herrschenden, sozialen und ethischen Anschauung als unerlässliche Voraussetzung eines geordneten menschlichen Zusammenlebens anzusehen ist. Die öffentliche Sicherheit bedeutet die Unverletzlichkeit der objektiven Rechtsordnung, der Rechtsgüter

der Einzelnen (Leben, Gesundheit, Freiheit, Eigentum etc.) sowie der Einrichtungen des Staates (vgl. BVGE 2007/32 E. 3.5 S. 388 f., SILVIA HUNZIKER in: Stämpflis Handkommentar zum Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer [AuG], Martina Caroni/Thomas Gächter/Daniela Thurnherr [Hrsg.], Art. 62 N. 32). Eine nicht abschliessende Aufzählung allfälliger Verstösse gegen die öffentliche Sicherheit und Ordnung im Sinne von Art. 62 Bst. c AuG und damit auch im Sinne des gleichlautenden Art. 83 Abs. 7 Bst. b AuG findet sich in Art. 80 Abs. 1 der Verordnung vom 24. Oktober 2007 über Zulassung, Aufenthalt und Erwerbstätigkeit (VZAE, SR 142.201). Danach liegt ein Verstoss gegen die öffentliche Sicherheit und Ordnung insbesondere bei Missachtung von gesetzlichen Vorschriften und behördlichen Verfügungen (Bst. a), bei mutwilliger Nichterfüllung der öffentlich-rechtlichen oder privatrechtlichen Verpflichtungen (Bst. b) oder bei öffentlicher Billigung oder Werbung für Verbrechen gegen den Frieden, Kriegsverbrechen, Verbrechen gegen die Menschlichkeit oder terroristische Tätigkeiten oder bei Aufstachelung zum Hass gegen Teile der Bevölkerung (Bst. b) vor. Sind konkrete Anhaltspunkte dafür gegeben, dass der Aufenthalt der betroffenen Person in der Schweiz mit erheblicher Wahrscheinlichkeit zu einem Verstoss gegen die öffentliche Sicherheit und Ordnung führt, so liegt gemäss Art. 80 Abs. 2 VZAE eine Gefährdung für die öffentliche Sicherheit und Ordnung vor.

Das Bundesgericht hat bislang das Kriterium der Erheblichkeit nach Art. 62 Bst. c AuG nicht näher definiert, sich indessen mit der Auslegung des in Art. 63 Abs. 1 Bst. b AuG (Widerruf einer Niederlassungsbewilligung) verankerten Begriffs des schwerwiegenden Verstosses gegen die öffentliche Sicherheit und Ordnung beschäftigt. Dabei hat es festgestellt, dass im Gegensatz zu Art. 62 Bst. c AuG, der von einem *erheblichen* Verstoss spricht, erhöhte Anforderungen an einen Widerruf einer Niederlassungsbewilligung zu setzen sind (vgl. BGE 137 II 297 E. 3.2 S. 302 f.). Eine schwerwiegende Verletzung oder Gefährdung der öffentlichen Ordnung und Sicherheit liegt gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung jedenfalls zumeist dann vor, wenn die ausländische Person durch ihre Handlungen besonders hochwertige Rechtsgüter wie namentlich die körperliche, psychische und sexuelle Integrität eines Menschen verletzt oder gefährdet hat. Vor diesem Hintergrund ist an der bisherigen Rechtsprechung zu Art. 14a Abs. 6 ANAG, wonach eine Verurteilung zu einer bedingt zu vollziehenden (Freiheits-)Strafe zwar in der Regel nicht auf ein überwiegendes öffentliches Interesse am Vollzug der Wegweisung schliessen lässt, indessen deren Strafmass oder der Umstand, dass durch das begangene Delikt besonders wertvolle Rechtsgüter betroffen

waren, dennoch Anhaltspunkte für eine schwerwiegende Verletzung oder Gefährdung der öffentlichen Ordnung oder Sicherheit darstellen (vgl. EMARK 2006 Nr. 23 E. 8.3.2 S. 248 f., EMARK 2006 Nr. 11 E. 7.2.1 S. 125 f., EMARK 2004 Nr. 39 E. 5.3 S. 271, EMARK 1995 Nr. 11 E. 6c S. 105 ff.), auch im Rahmen von Art. 83 Abs. 7 Bst. b AuG festzuhalten. Die erwähnte begriffliche Unterscheidung deutet im Übrigen darauf hin, dass das Bundesgericht geneigt ist, beim Widerruf von Bewilligungen und Verfügungen gemäss Art. 62 Bst. c AuG im Vergleich zum Widerruf der Niederlassungsbewilligung gemäss Art. 63 Abs. 1 Bst. b AuG weniger hohe Anforderungen an das Fehlverhalten der ausländischen Person zu stellen, um von einem erheblichen Verstoss gegen die öffentliche Sicherheit und Ordnung in der Schweiz oder im Ausland auszugehen, dies umso mehr, da im Anwendungsbereich von Art. 63 Abs. 1 Bst. b AuG nicht nur die Verletzung oder Gefährdung hochwertiger Rechtsgüter, sondern auch vergleichsweise weniger gravierendere Pflichtverletzungen bereits einen Widerrufsgrund bilden können, wie etwa dann, wenn eine Person sich von strafrechtlichen Massnahmen nicht beeindrucken lässt und zeigt, dass sie künftig weder gewillt noch fähig ist, sich an die Rechtsordnung zu halten, oder falls eine Person mutwillig eine privatrechtliche Verschuldung in bedeutendem Umfang verursacht (vgl. BGE 137 II 297 E. 3.3 S. 303 f.; vgl. auch HUNZIKER, a.a.O., Art. 62 N. 36). Ob damit auch die Anforderungen an die Erfüllung des vom Wortlaut her mit Art. 62 Bst. c AuG identischen Art. 83 Abs. 7 Bst. b AuG weniger hoch anzusetzen sind, als beim altrechtlichen Tatbestand von Art. 14a Abs. 6 ANAG braucht indessen im vorliegenden Fall nicht abschliessend beantwortet zu werden, denn die Beantwortung der Frage, wann eine erhebliche Verletzung oder Gefährdung der Sicherheit und Ordnung im Sinne von Art. 62 Bst. c AuG beziehungsweise Art. 83 Abs. 7 Bst. b AuG vorliegt, bedarf stets einer Gesamtbetrachtung. Ausserdem gilt es zu berücksichtigen, dass selbst bei grundsätzlicher Erfüllung des Tatbestandes zu prüfen bleibt, ob die Massnahme als verhältnismässig erscheint (vgl. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts D-2448/2009 vom 16. November 2011 E. 6.2 f).

6.4 Wie bereits erwähnt, wurde der Beschwerdeführer am 10. März 2004 wegen illegaler Einreise, Diebstahl und falscher Namensangabe zu 40 Tagen Gefängnis bedingt und einer Geldbusse von Fr. 400.- verurteilt. Zudem ist er nebst dieser Strafverfügung seit seiner Einreise in den Jahren 2002 bis 2010 negativ aufgefallen, weshalb es gemäss Aussagen der kantonalen Behörden Schwierigkeiten gegeben hat, den Beschwerdeführer in einer Unterkunft unterzubringen. Das Amt für (…) des Kantons F._____ hat chronologisch seit dem 21. Dezember 2002 bis am

21. Juni 2010 Vorgänge betreffend den Beschwerdeführer aufgelistet. Das BFM führte in der Verfügung vom 11. Oktober 2010 die relevanten Ereignisse auf. Es handelt sich dabei im Wesentlichen um Tätlichkeiten, (Mord-)Drohungen, Aggressionen, Störung der Nachtruhe, sexuelle Belästigung, Nötigung, Beschimpfung und Alkoholexzesse. Es ist nicht davon auszugehen, dass es sich dabei nur um Behauptungen handelt. Ähnliche Informationen ergehen nämlich auch aus den Austrittsberichten der J._____ und N._____, welche im psychiatrischen Gutachten vom 2. Juni 2010 zusammengefasst wurden. Er habe dort Mobiliar demoliert, Polizisten beschimpft und fremdaggressive Verhaltensweisen gegenüber Personal und Mitpatienten gezeigt, Patienten genötigt und bedroht und sei tätlich aggressiv gewesen, habe einmal einen Mitpatienten als Geisel genommen und einen körperbehinderten Mitpatienten zu Boden geschlagen. Allerdings führte keines dieser Ereignisse zu einer strafrechtlichen Anzeige. Polizeieinsätze beschränkten sich vorwiegend auf die Beendigung von Eskalationen und das Verbringen des Beschwerdeführers in die Psychiatrische Klinik (vgl. act. C4/40 S. 36). Dokumentiert ist einzig, dass eine Mitbewohnerin wegen sexueller Belästigung eine Strafanzeige gegen den Beschwerdeführer habe einreichen wollen, diese die Polizei jedoch wegen der Geringfügigkeit des Tatbestandes nicht aufgenommen habe (vgl. act. C5/17 S. 9). Insgesamt ist festzustellen, dass die aktenkundigen Vorkommnisse nicht den Vorstellungen eines geordneten menschlichen Zusammenlebens entsprechen und der Beschwerdeführer mit seinen Handlungen hochwertige Rechtsgüter wie das Eigentum, die körperliche und sexuelle Integrität und die Freiheit gefährdet hat.

6.5

6.5.1 Bei der Beurteilung der Aufhebung einer vorläufigen Aufnahme ist das Verhältnismässigkeitsprinzip massgeblich. Dieses Prinzip, das einen allgemeinen Grundsatz staatlichen Handelns bildet (vgl. Art. 5 Abs. 2 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 [BV, SR 101]), wird für den vorliegend relevanten Rechtsbereich durch Art. 96 Abs. 1 AuG spezifisch festgeschrieben. Danach haben die zuständigen Behörden bei der Ermessensausübung die öffentlichen Interessen und die persönlichen Verhältnisse sowie den Grad der Integration der Ausländerinnen und Ausländer zu berücksichtigen. In diesem Sinne sind bereits die früheren Bestimmungen von Art. 10 Bst. a und Art. 14a Abs. 6 ANAG durch die massgebliche Rechtsprechung ausgelegt worden. So hat die Schweizerische Asylrekurskommission in ihrer Praxis die Ausschlussklausel von Art. 14a Abs. 6 ANAG mit Zurückhaltung und insbesondere unter Beachtung des Verhältnismässigkeitsprinzips angewandt

und festgehalten, deren Anwendung setzte eine Abwägung zwischen den Interessen des Ausländers auf Verbleib in der Schweiz und denjenigen der Schweiz an seiner Wegweisung voraus und schränke dabei die Interessen des Staates am Schutz vor Gefährdung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung oder deren schwerwiegender Verletzung ein (vgl. EMARK 2004 Nr. 39 E. 5.3 S. 271, EMARK 2003 Nr. 3 E. 3a S. 26 f.). Stand nicht der Ausschluss von der vorläufigen Aufnahme, sondern die Aufhebung derselben zur Diskussion, war 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 vergleichsweise hoher Stellenwert beizumessen (vgl. EMARK 2006 Nr. 30 E. 6.3.2 S. 326 f., EMARK 2006 Nr. 23 E. 8.3.3 S. 249). Auch nach der bisherigen Rechtsprechung des Bundesgerichts zu Art. 62 f. AuG – in Fortführung der Praxis zur Ausweisung nach Art. 10 Bst. b ANAG – wird für die Anwendung dieser Bestimmung eine Interessenabwägung vorausgesetzt, das heisst, die Massnahme muss nach den gesamten Umständen angemessen, also verhältnismässig sein. Dabei sind die Schwere des Delikts beziehungsweise die Art der verletzten Rechtsgüter, das Verschulden des Betroffenen, der seit der Tat vergangene Zeitraum und das Verhalten des Ausländers in dieser Periode, der Grad seiner Integration beziehungsweise die Dauer seiner Anwesenheit in der Schweiz sowie die ihm und seiner Familie drohenden Nachteile zu berücksichtigen (vgl. BGE 135 II 379 E. 4.3 S. 381 f., BGE 134 II 1 E. 2.2 S. 3, Urteil des Bundesverwaltungsgerichts D-1972/2009 vom 11. August 2011 E. 5.2). Daraus ergibt sich, dass bei der Beurteilung der Verhältnismässigkeit nicht von einer schematischen Betrachtungsweise auszugehen, sondern auf die gesamten Umstände des Einzelfalles abzustellen ist (vgl. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts D-2448/2009 vom 16. November 2011 E. 6.5).

6.5.2 Der Beschwerdeführer leidet gemäss psychiatrischen Gutachten vom 2. Juni 2010 an einer emotionalen instabilen Persönlichkeitsstörung, überwiegend impulsiver Typus, mit dissozialen Zügen (ICD-10: F60.30) sowie unter schädlichem Gebrauch von Alkohol (ICD-10: F10.1). Seit dem Jahre 2003 füge er sich multiple Schnittwunden zu. Wiederholt sei es zu Medikamentenintoxikationen und zahlreichen Hospitalisierungen, teilweise auch auf Eigeninitiative, gekommen. Der Beschwerdeführer habe zudem ein Alkoholproblem. Er zeige eine polymorphe Kriminalität. Die Tathandlungen würden spontan, situativ, ohne planerische Elemente und als unverhältnismässig starke Reaktionen aus vergleichsweise nichtigen Anlässen wirken. Die Problemeinsicht sei deutlich unzureichend. Der Gut-

achter kommt aufgrund einer klinischen Urteilsfindung zum Schluss, dass die Rückfallgefahr für Drohungen als hoch, für Tätlichkeiten und Körperverletzungen als deutlich zu bewerten seien. Die Einsichtsfähigkeit in diese Tathandlungen dürfte uneingeschränkt gegeben sein. Der Beschwerdeführer wisse um das Unrecht seines Handelns, meint der Gutachter. Gesamthaft sei die Tendenz autoaggressiv zu reagieren gegenüber fremdaggressiven Reaktionsweisen jedoch höher. Es sei weniger mit echten Suizidversuchen sondern vielmehr mit parasuizidalen Handlungen, welche über Komplikationen oder falsche Dosierungen bedrohliche Dynamiken annähmen, zu rechnen. Zum bisherigen Behandlungsverlauf sei festzustellen, dass nur ein geringer Zeitraum der Gesamthospitalisierungsdauer auf eine eigentliche psychiatrisch notwendige Behandlungsphase zu verbuchen sei. Über weite Strecken würden die längeren Aufenthalte auch den Charakter eines betreuten Wohnens tragen. Bezüglich Medikation bestehe eine Bedürfnishaltung, die an suchtähnliche Züge erinnere. Nach der Entlassung entwickle sich nach unterschiedlich langen stabilen Phasen zunehmende Zerwürfnisse, subjektiv empfundenes Unverständnis des Umfeldes, eine fehlende Tagesstruktur und zunehmende Langeweile beziehungsweise Perspektivlosigkeit. Diese Umstände dürften die Entwicklung der Alkoholproblematik begünstigt haben. Der Gutachter kommt zum Schluss, dass ohne eigene Veränderungsmotivation die Möglichkeiten zur Senkung der Rückfallgefahr und Verbesserung einer nachhaltigen psychischen Stabilität unzureichend seien (vgl. Gutachten vom 2. Juni 2010 S. 32 ff). Als Massnahme wäre eine Alkoholabstinenz und die zuverlässige Einnahme einer optimalen Medikation sowie eine Behandlungscompliance bei ambulanter Weiterführung der Psychotherapie zu fordern. Günstig wären eine haltgebende Tagesstruktur beziehungsweise ein Arbeitsplatz mit der Möglichkeit Perspektiven zu bilden und in der Hoffnung, das seit Jahren im Fokus stehende Drängen nach mehr finanziellen Mitteln zu beenden (vgl. Gutachten vom 2. Juni 2010 S. 38 f).

6.6 Der Beschwerdeführer lebt seit rund zehn Jahren in der Schweiz. Dass er sich darum bemüht hätte, sich in der Schweiz zu integrieren, lässt sich den Akten nicht entnehmen. So ist insbesondere nicht bekannt, dass der Beschwerdeführer einer geregelten Arbeit nachgeht. Andererseits hat sich die Einschätzung des Gutachters, wonach eine Rückfallgefahr für Drohungen als hoch einzustufen sei und für Tätlichkeiten und Körperverletzungen als deutlich zu bewerten sei, bis anhin nicht bestätigt. Der letzte vom BFM an das Bundesverwaltungsgericht weitergeleitete Polizeibericht datiert vom 4. Dezember 2010, als er betrunken am Bahnhof

Leute belästigt und Bierbüchsen herumgeworfen habe. Gemäss Mitteilung des (…) des Kantons F._____ vom 19. Januar 2013 sind seither keine Zwischenfälle mehr bekannt geworden. Zu berücksichtigen ist ferner, dass der Beschwerdeführer aus B._____ (Zentralirak) stammt, wo die Sicherheitslage weiterhin als problematisch und spannungsgeladen zu erachten ist (vgl. BVGE 2008/12 E. 6.4.4; NZZ vom 21. November 2012). Seine dort lebende Mutter ist seinen glaubhaften Aussagen zufolge schwer krank. Mit seinen beiden Onkel und dem Vater besteht kein Kontakt mehr seit seiner Ausreise im Jahre 2002. Es ist auch nicht davon auszugehen, dass der Beschwerdeführer anderswo im Irak auf ein tragfähiges Beziehungsnetz zurückgreifen kann. Vor diesem Hintergrund ist nicht davon auszugehen, dass er in der Lage wäre, sich dort eine wirtschaftliche Existenz aufzubauen, zumal sein psychischer Gesundheitszustand erschwerend hinzukommt und angesichts der im Irak nur rudimentär vorhandenen Infrastruktur zur Behandlung von psychischen Krankheiten (vgl. BVGE 2008/5 E. 7.5.6) auch nicht angenommen werden kann, dass er dort allenfalls nötige medizinische Hilfe in Anspruch nehmen könnte. Zu berücksichtigen ist ferner, dass sich die Vorfälle betreffend Gefährdung der öffentlichen Ordnung ab dem Jahre 2003 bis 2010 hinzogen haben und das BFM im Jahre 2007 bei der erstmaligen Prüfung gleichwohl davon absah, die vorläufige Aufnahme aufzuheben (siehe Sachverhalt Bst. C-E), währendem seit mitunter zwei Jahren keine Klagen betreffend das Verhalten des Beschwerdeführers mehr aktenkundig geworden sind. Unter diesem Gesichtspunkt erscheint in diesem Grenzfall die Aufhebung der angeordneten vorläufigen Aufnahme des Beschwerdeführers nach Art. 83 Abs. 7 Bst. b AuG im heutigen Zeitpunkt letztlich als unverhältnismässig. Es ist allerdings festzuhalten, dass für den Fall, dass sich der Beschwerdeführer künftig erneut nach dem aus der Vergangenheit bekannten Muster gegen die öffentliche Ordnung verstossen sollte, eine neuerliche Beurteilung der Verhältnismässigkeit anders ausfallen dürfte und die Aufhebung der vorläufigen Aufnahme zur Folge haben wird.

7.

Die Beschwerde ist demnach gutzuheissen und die angefochtene Verfügung des BFM vom 11. Oktober 2010 ist aufzuheben.

8.

8.1 Bei diesem Ausgang des Verfahrens sind keine Kosten zu erheben (Art. 63 Abs. 3 VwVG).

8.2 Dem obsiegenden und vertretenen Beschwerdeführer ist in Anwendung von Art. 64 VwVG und Art. 7 Abs. 1 des Reglements über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht vom 21. Februar 2008 (VGKE, SR 173.320.2) eine Entschädigung für die ihm notwendigerweise erwachsenen Parteikosten zuzusprechen.

8.3 Der in der Kostennote vom 29. Oktober 2010 geltend gemachte Arbeitsaufwand von 13 Stunden sowie die Auslagen von Fr. 30.– erscheinen angemessen. Der Stundenansatz von Fr. 180.– bewegt sich zudem im Rahmen von Art. 10 Abs. 2 VGKE. Das BFM ist demzufolge anzuweisen, dem Beschwerdeführer eine Parteientschädigung von Fr. 2'370.– (inkl. Auslagen und Mehrwertsteuer) auszurichten.

(Dispositiv nächste Seite)

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.
Die Beschwerde wird gutgeheissen.

2.
Die Verfügung des BFM vom 11. Oktober 2011 wird aufgehoben.

3.
Es werden keine Verfahrenskosten erhoben.

4.
Das BFM hat dem Beschwerdeführer für das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht eine Parteientschädigung von Fr. 2'370.- auszurichten.

5.
Dieses Urteil geht an den Beschwerdeführer, das BFM und die zuständige kantonale Behörde.

Der vorsitzende Richter:	Die Gerichtsschreiberin:
Walter Lang	Sarah Ferreyra

Versand: