Bundesverwaltungsgericht
Tribunal administratif fédéral
Tribunale amministrativo federale
Tribunal administrativ federal



Abteilung V
E-3294/2009

Urteil vom 19. Juni 2012

Besetzung

Richterin Gabriela Freihofer (Vorsitz),
Richter Robert Galliker, Richterin Muriel Beck Kadima,
Gerichtsschreiber Jan Feichtinger.

Parteien

A._____,
Kosovo,
vertreten durch lic. iur. Séverine Zimmermann,
Rechtsanwältin,
Anwaltsbüro Landmann,
Beschwerdeführerin,

gegen

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

Gegenstand

Aufhebung der vorläufigen Aufnahme;
Verfügung des BFM vom 17. April 2009 / N (…).

Sachverhalt:

A.

A.a Am 20. August 1997 suchte die Beschwerdeführerin, eine Staatsangehörige der damaligen Republik Jugoslawien und des heutigen Kosovo, gemeinsam mit ihren Angehörigen ((…)) in der Schweiz um Asyl nach.

A.b Mit Verfügung vom 3. Oktober 1997 stellte das damalige Bundesamt für Flüchtlinge (BFF; heute: BFM) fest, die Beschwerdeführerin und ihre Familienangehörigen erfüllten die Flüchtlingseigenschaft nicht, lehnte die Asylgesuche vom 20. August 1997 ab und ordnete die Wegweisung aus der Schweiz sowie deren Vollzug an.

A.c Auf eine gegen diese Verfügung gerichtete Beschwerde vom 10. November 1997 trat die Schweizerische Asylrekurskommission (ARK) wegen verspäteter Einreichung mit Urteil vom 18. November 1997 nicht ein.

A.d Mit Verfügung vom 30. Juni 2000 wies das BFF ein Gesuch um wiedererwägungsweise Gewährung der vorläufigen Aufnahme vom 3. April 2000 ab und erklärte seine Verfügung vom 3. Oktober 1997 für rechtskräftig und vollstreckbar.

A.e Mit Urteil vom 19. Oktober 2001 hiess die ARK die gegen diese Verfügung erhobene Beschwerde vom 20. Juli 2000 gut und wies das BFF an, die Beschwerdeführerin und ihre Angehörigen in der Schweiz vorläufig aufzunehmen.

A.f Mit Urteil des Jugendgerichts des Kantons B._____ vom (…) 2006 (Akten BFM F8 S. 3) wurde die Beschwerdeführerin der folgenden Delikte schuldig gesprochen:

- Mehrfach begangene Tätlichkeiten (Art. 126 Abs. 1 des Schweizerischen Strafgesetzbuchs vom 21. Dezember 1937 [StGB, SR 311.0]),
- Falscher Alarm (Art. 128bis StGB),
- mehrfach versuchter Diebstahl (Art. 139 Ziff. 1 StGB i.V.m. Art. 22 Abs. 1 StGB),
- mehrfach begangener Diebstahl (Art. 139 Ziff. 1 StGB),
- versuchter Raub (Art. 140 Ziff. 1 StGB i.V.m. Art. 22 Abs. 1 StGB),
- Sachbeschädigung (Art. 144 Abs. 1 StGB),

- mehrfach begangenes geringfügiges Vermögensdelikt (Diebstahl; Art. 172ter StGB),
- Mehrfache versuchte Nötigung (Art. 140 Ziff. 1 StGB i.V.m. Art. 22 Abs. 1 StGB),
- Hausfriedensbruch (Art. 186 StGB),
- mehrfache Übertretung des Bundesgesetzes über den Transport im öffentlichen Verkehr vom 4. Oktober 1985 (Transportgesetz, TG; SR 742.40; Art. 51 TG).

Mit selbem Urteil wurde die Einweisung der Beschwerdeführerin in eine pädagogisch-therapeutische Institution (Art. 91 Ziff. 1 sowie Art. 92 aStGB; heute etwa: Unterbringung gemäss Art. 15 JStG i.V.m. Art. 3 Abs. 1 JStG; vgl. Ziff. 3.2.1) mit Wirkung per (…) 2006 verfügt.

Nach Beendigung der Massnahme gingen beim inzwischen zuständigen BFM weitere Strafakten ein, gemäss welchen die Beschwerdeführerin folgender Delikte, begangen in den Jahren 2007 und 2008, schuldig gesprochen wurde:

- Fahren ohne gültigen Fahrausweis (Art. 51 TG),
- Entwendung eines Motorfahrzeuges zum Gebrauch und Lenken eines Motorfahrzeugs ohne den erforderlichen Führerausweis (Art. 10 Abs. 2, Art. 95 Ziff. 1 und Art. 97 Ziff. 1 des Strassenverkehrsgesetzes vom 19. Dezember 1958 [SVG, SR 741.01]),
- Tragen einer verbotenen Waffe (Art. 4 Abs. 1 Bst. c, Art. 5 Abs. 1 Bst. b und Art. 33 Abs. 1 Bst. a des Bundesgesetzes vom 20. Juni 1997 über Waffen, Waffenzubehör und Munition [Waffengesetz, WG; SR 514.54], Art. 6 Abs. 1, Art. 7 Abs. 1 Bst. c, Art. 9 Abs. 1 Bst. a der Verordnung vom 2. Juli 2008 über Waffen, Waffenzubehör und Munition [Waffenverordnung, WV; SR 514 541], Art. 47 StGB),
- Nichttragen der Sicherheitsgurte durch die Mitfahrerin oder den Mitfahrer (Art. 3a Abs. 1 und Art. 96 der Verkehrsregelnverordnung vom 13. November 1962 (VRV, SR 741.11),
- Verbotenes Überschreiten der Geleise (Art. 1 Abs. 1 und Art. 8 des Bundesgesetzes vom 18. Februar 1878 betreffend Handhabung der Bahnpolizei [Bahnpolizeigesetz, BpolG; SR 742.147.1]).

A.g Mit Schreiben vom 20. März 2009 teilte das BFM der Beschwerdeführerin mit, es erwäge mit Blick auf die vorgenannte Delinquenz, die am 19. Oktober 2001 verfügte vorläufige Aufnahme in Anwendung von Art. 84 Abs. 2 des Bundesgesetzes vom 16. Dezember 2005 über die Ausländerinnen und Ausländer (AuG, SR 142.20) aufzuheben. Angesichts dessen gewährte das Bundesamt der Beschwerdeführerin das rechtliche Gehör zur beabsichtigten Aufhebung der vorläufigen Aufnahme und zum damit verbundenen Wegweisungsvollzug.

Die Beschwerdeführerin liess sich innert Frist nicht vernehmen.

B.
Mit Verfügung vom 17. April 2009 hob das BFM die vorläufige Aufnahme der Beschwerdeführerin auf, forderte sie auf, die Schweiz – unter Androhung von Zwangsmitteln im Unterlassungsfall – bis zum 31. Mai 2009 zu verlassen, und beauftragte den Kanton B._____ mit dem Vollzug der Wegweisung. Zur Begründung führte das BFM im Wesentlichen aus, die Beschwerdeführerin habe sich trotz der langen Aufenthaltsdauer und der therapeutischen Massnahmen nicht in die schweizerische Gesellschaft integriert, wie die neuerliche Delinquenz aus der pädagogisch-therapeutischen Institution zeige. Die einzelnen Delikte seien zwar als geringfügig, deren Häufung jedoch als problematisch zu bezeichnen. Auch (…) hätten wiederholt delinquiert, weshalb ihre vorläufige Aufnahme bereits 2007 aufgehoben worden sei.

C.
C.a Mit Eingabe ihrer Rechtsvertreterin vom 20. Mai 2009 liess die Beschwerdeführerin beim Bundesverwaltungsgericht Beschwerde erheben und dabei in materieller Hinsicht beantragen, die Verfügung des BFM vom 17. April 2009 sei aufzuheben. In verfahrensrechtlicher Hinsicht wurde beantragt, der Beschwerdeführerin sei Einsicht in die Verfahrensakten und, unter Fristansetzung, die Möglichkeit zur Beschwerdeergänzung zu gewähren.

C.b Mit prozessleitender Verfügung vom 25. Mai 2009 stellte die zuständige Instruktionsrichterin fest, der Beschwerde komme aufschiebende Wirkung zu, und teilte der Rechtsvertretung sowie der Vollzugsbehörde mit, die weitere Instruktion erfolge nach Eingang der vorinstanzlichen Akten.

C.c Mit folgenden Tags ergangener Verfügung wurde festgestellt, die Beschwerdeführerin gelte infolge der aufschiebenden Wirkung der Beschwerde bis zum Abschluss des Verfahrens weiterhin als vorläufig aufgenommen. Gleichzeitig wurden die Akten zur Behandlung des Akteneinsichtsgesuchs zuständigkeitshalber an das BFM übermittelt.

C.d Mit prozessleitender Verfügung vom 20. September 2011 stellte die Instruktionsrichterin fest, dass die mit Verfügung vom 26. Mai 2009 angekündigte Fristansetzung zur Beschwerdeergänzung infolge eines Versehens bislang nicht erfolgt sei und holte diese Verfahrenshandlung nach.

Mit Eingabe ihrer Rechtsvertreterin vom 4. November 2011 liess die Beschwerdeführerin eine entsprechende Stellungnahme zu den Akten reichen.

C.e Mit prozessleitender Verfügung vom 22. Mai 2012 wurde das BFM – unter Hinweis auf die vorgenannte Stellungnahme – zur Einreichung einer Vernehmlassung aufgefordert.

C.f Mit Vernehmlassung vom 6. Juni 2012, welche der Beschwerdeführerin in der Beilage des vorliegenden Urteils zur Kenntnis gebracht wird, verwies das BFM auf seine Erwägungen und beantragte die Abweisung der Beschwerde.

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:

1.

1.1 Das Bundesverwaltungsgericht entscheidet unter anderem endgültig über Beschwerden gegen Verfügungen des BFM in Sachen Aufhebung der vorläufigen Aufnahme von Ausländerinnen und Ausländern in der Schweiz (Art. 84 Abs. 2 und 3 AuG i.V.m. Art. 31 und 33 des Verwaltungsgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 [VGG, SR 173.32]; 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. Die Beschwerdeführerin ist durch die angefochtenen Verfügung besonders berührt und hat ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung beziehungsweise Änderung. Sie ist ist daher zur Einreichung der Beschwerde legitimiert

(Art. 112 Abs. 1 AuG i.V.m. Art. 37 VGG, Art. 48 Abs. 1, Art. 50 Abs. 1 sowie Art. 52 Abs. 1 VwVG). Auf die Beschwerde ist einzutreten.

1.3 Mit Beschwerde kann die Verletzung von Bundesrecht, die unrichtige oder unvollständige Feststellung des rechtserheblichen Sachverhaltes und die Unangemessenheit gerügt werden (Art. 112 Abs. 1 AuG i.V.m. Art. 49 VwVG).

2.

2.1 Die am 1. Januar 2008 in Kraft getretene übergangsrechtliche Bestimmung von Art. 126a Abs. 4 AuG sieht vor, dass für Personen, die im Zeitpunkt des Inkrafttretens der Änderung des AsylG vom 16. Dezember 2005 sowie des AuG vorläufig aufgenommen sind, das neue Recht gilt. Diese spezielle Regel geht der allgemeinen Regel von Art. 126 Abs. 1 AuG (vgl. dazu BVGE 2008/1) vor.

2.2 Die Beschwerdeführerin wurde unter altem Recht vorläufig aufgenommen. Aufgrund der übergangsrechtlichen Regelung gemäss Art. 126a Abs. 4 AuG ist im vorliegenden Beschwerdeverfahren betreffend Aufhebung der vorläufigen Aufnahme jedoch zu prüfen, ob die Voraussetzungen für die Aufhebung der vorläufigen Aufnahme nach neuem Recht – mithin nach Art. 84 Abs. 1 – 3 AuG – vorliegen.

2.3 In der angefochtenen Verfügung beruft sich das BFM auf Art. 83 Abs. 7 AuG, welche Norm in Verbindung mit Art. 84 Abs. 3 AuG besagt, dass eine – infolge Unzumutbarkeit respektive Unzulässigkeit des Wegweisungsvollzugs angeordnete – vorläufige Aufnahme unter den nachstehend aufgezeigten Voraussetzungen aufgehoben werden kann.

Die vorläufige Aufnahme wird nicht verfügt beziehungsweise aufgehoben, wenn die weg- oder ausgewiesene Person zu einer längeren Freiheitsstrafe verurteilt oder gegen sie eine strafrechtliche Massnahme nach Art. 61 oder 64 StGB angeordnet wurde (Bst. a) oder 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). Art. 83 Abs. 7 Bst. a und b AuG stimmen inhaltlich überein mit den Bst. b und c von Art. 62 AuG, welcher die allgemeinen Voraussetzungen des Widerrufs von Bewilligungen oder anderen Verfügungen nach jenem Gesetz regelt. Aus dem Wortlaut der obgenannten Bestimmungen ergibt sich zunächst, dass nicht jeder Verstoss gegen die gesetzliche Ordnung zu einem Widerruf führt beziehungsweise für ei-

ne Aufhebung der vorläufigen Aufnahme genügt, sondern dass dieser von einer gewissen Schwere sein muss.

Im Weiteren wird das Verhältnismässigkeitsprinzip zu beachten sein. 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, wonach die zuständigen Behörden bei der Ermessensausübung die öffentlichen Interessen und die persönlichen Verhältnisse sowie den Grad der Integration der Ausländerinnen und Ausländer zu berücksichtigen haben (vgl. hierzu Ziff. 5).

3.

3.1 Grundlage der vorliegenden Aufhebung der vorläufigen Aufnahme stellen gemäss der angefochtenen Verfügung die vorstehend (Bst. A.f) aufgeführten, von der Beschwerdeführerin begangenen Straftaten dar.

Es ist aktenkundig, dass die Beschwerdeführerin zwischen 2004 und 2008 immer wieder gegen die geltende Strafrechtsordnung verstossen hat. Diese verübten Verstösse gegen die Rechtsordnung lassen sich in jeweils einen Abschnitt vor (vgl. Ziff. 3.1.1) und nach (vgl. Ziff. 3.1.2) der Einweisung der Beschwerdeführerin in eine pädagogisch-therapeutische Institution (ab (…) 2006) gliedern.

3.1.1 Hinsichtlich des Urteils des Jugendgerichts des Kantons B._____ vom (…) 2006 ist vorab festzustellen, dass hierin die einzelnen Delikte keinem Tatzeitpunkt zugeordnet werden, weshalb nicht zweifelsfrei ermittelt werden kann, welche der im Überweisungsbeschluss vom 17. November 2005 enthaltenen Tatvorwürfe letztlich zu einem Schuldspruch geführt haben.

Bei dessen Lektüre ergibt sich die Erkenntnis, dass der Beschwerdeführerin hauptsächlich Vermögensdelikte zur Last gelegt werden, die sich mehrheitlich als geringfügig erweisen. Ein Tatkomplex hingegen sticht betreffend Intensität und krimineller Energie klar heraus. Dabei handelt es sich um die Verurteilung wegen *versuchten Raubes* und *versuchter Nötigung*, in deren Zusammenhang in den strafrechtlichen Akten (vgl. E3 S. 11) folgender Tathergang geschildert wird:

In den Morgenstunden (ca. 6:00 Uhr) des (…) 2004 habe die Beschwerdeführerin in Begleitung ihrer Freundinnen G. (C._____) und S.

(D._____) die (…)-Bahn (…) bestiegen. Die jungen Frauen hätten sich in die Nähe der Passagierin H. gesetzt, S. habe diese zur Herausgabe ihres Mobiltelefons aufgefordert mit der Begründung, sie müsse ihre Tante anrufen. Als die Passagierin dies verweigert habe, habe S. versucht, das Telefon eigenmächtig an sich zu nehmen, die Geschädigte lautstark beschimpft und schliesslich begonnen, ihr unter Beihilfe von G. ins Gesicht zu schlagen und sie in den Bauch zu treten. Als K., ein weiterer Fahrgast, dem Opfer zu Hilfe geeilt sei, hätten sich die jungen Frauen auch ihm gegenüber provokativ verhalten. Die Beschwerdeführerin, welche sich bis dahin passiv im Nachbarabteil aufgehalten habe, habe nun ein Messer hervorgeholt und angefangen, damit zu spielen. Sie habe den Klingenschutz entfernt und K. die Klinge gezeigt. Als die Situation sich weiter zugespitzt habe, hätten H. und. K. fluchtartig das Zugabteil und hinter der Verbindungstüre zum nächsten Abteil Zuflucht gesucht. Die drei jungen Frauen seien ihnen gefolgt, hätten gegen das Fenster gespuckt, gegen die Türe getreten und schliesslich den Zug verlassen, um an dessen anderem Ende wieder einzusteigen und ihren Opfer erneut nachzustellen. Nachdem ein weiterer Fahrgast hinzugetreten sei, hätten die Täterinnen zunächst in Schach gehalten werden können, während H. ins obere Stockwerk des Zuges geflüchtet sei. S. und G. hätten aber nicht von ihr abgelassen, seien ihr gefolgt und hätten sie aufgefordert, G. eine Zigarette anzuzünden. Auf ihre Weigerung hätten sie die Geschädigte erneut geschlagen und beschimpft, während sich die Beschwerdeführerin mit dem Messer im Hintergrund aufgehalten habe.

Die Beschwerdeführerin gab später selbst zu Protokoll, ein Küchen- respektive Brotmesser mit sich geführt und die Geschädigten mit den Worten "Sie müssen aufpassen, sonst stechen wir sie ab" bedroht zu haben.

3.1.2 Mit Blick auf die nach Abschluss der pädagogisch-therapeutischen Massnahme erfolgten Straftaten der Beschwerdeführerin ist festzustellen, dass es sich hierbei überwiegend um Bagatelldelikte (Fahren ohne gültigen Fahrausweis, Nichttragen der Sicherheitsgurte durch die Mitfahrerin, Verbotenes Überschreiten der Geleise) handelt. Nebst einer Widerhandlung gegen das Waffengesetz (unberechtigtes Tragen eines "Schmetterlingsmessers"), begangen am 23. August 2007, erscheint mit dem nachstehend geschilderten Tatkomplex wiederum ein Schuldspruch erheblich.

In den frühen Morgenstunden (3:00 Uhr) des (…) 2007 sei die Beschwerdeführerin, in Begleitung von E. (E._____) ein Fahrzeug lenkend, in

F._____ in eine Polizeikontrolle geraten. Gegenüber den diensthabenden Polizisten habe sie angegeben, sie habe ihren Lernfahrausweis zuhause vergessen. Gemäss Anzeigeprotokoll hat sie auch hiernach wiederholt falsche Angaben gemacht.

Abklärungen hätten ergeben, dass die Beschwerdeführerin weder einen Führerausweis noch einen Lernfahrausweis besitze. Ohne gültigen Fahrausweis sei sie von G._____ über H._____ (beide Kanton I._____) und B._____ nach F._____ über eine Gesamtdistanz von 70 km gefahren. Während sie selbst angegeben habe, das Fahrzeug mit Erlaubnis des Halters gelenkt zu haben, habe dieser zu Protokoll gegeben, sie habe den Zündschlüssel entwendet, während er geschlafen habe. Entsprechend dieser Version wurde die Beschwerdeführerin nebst *Lenkens eines Motorfahrzeugs ohne den erforderlichen Führerausweis* auch der *Entwendung eines Fahrzeugs zum Gebrauch* schuldig gesprochen.

3.2 Der angefochtenen Verfügung ist zu entnehmen, die Anforderungen von Art. 83 Abs. 7 AuG seien vorliegend erfüllt. Indessen wird nicht näher ausgeführt, welche der beiden denkbaren Tatbestandsvarianten (Bst. a oder b) das BFM als gegeben erachtet.

3.2.1 Wie bereits zuvor ausgeführt, wird die vorläufige Aufnahme gemäss Art. 84 Abs. 3 AuG i.V.m. Art. 83 Abs. 7 Bst. a AuG nicht verfügt beziehungsweise aufgehoben, wenn die weg- oder ausgewiesene Person zu einer längeren Freiheitsstrafe verurteilt oder gegen sie eine strafrechtliche Massnahme nach Art. 61 oder 64 StGB angeordnet wurde. Von einer längerfristigen Freiheitsstrafe im Sinne von Art. 62 Bst. b AuG – und damit auch von Art. 83 Abs. 7 Bst. a AuG – ist gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung bei einer Freiheitsstrafe von mehr als einem Jahr auszugehen (BGE 135 II 377 E. 4.2 und E. 4.5); dies unabhängig davon, ob die Strafe bedingt, teilbedingt oder unbedingt zu vollziehen ist (Urteil des Bundesgerichts 2C.515/2009 vom 27. Januar 2010 E. 2.1).

Unter dem Gesichtspunkt von Art. 83 Abs. 7 Bst. a AuG ist einzig das Urteil des Jugendgerichts des Kantons B._____ vom (…) 2006 von Belang, mit welchem die Beschwerdeführerin der Begehung verschiedener Straftaten schuldig gesprochen und in eine pädagogisch-therapeutische Anstalt nach Art. 91 Ziff. 1 sowie Art. 92 aStGB eingewiesen wurde, da

die späteren Straftaten nicht zur Anordnung einer strafrechtlichen Freiheitsstrafe oder - Massnahme führten.

Mit der Revision des StGB per 1. Januar 2007 wurden die Art. 82 bis 89 aStGB in ins JStG überführt. Die mit genanntem Urteil verfügte Unterbringung in einer geeigneten Fremdfamilie gemäss Art. 91 aStGB entspricht der Unterbringung in einer Erziehungs- oder Behandlungseinrichtung gemäss Art. 15 JStG (vgl. HANSUELI GÜRBER/CHRISTOPH HUG/PATRIZIA SCHLÄFLI in: Basler Kommentar, Strafrecht I, Basel 2007, Art. 15 JStG Rz. 1), bei welcher im Gegensatz zum früheren Jugendstrafrecht (Art.84 resp.91 aStGB) nicht mehr zwischen Familien- und Heimunterbringung unterschieden wird.

Wie sich aus der langjährigen Rechtsprechung des Bundesgerichts zu Art. 91 aStG (vgl. etwa BGE 117 IV 9, E 3a) ergibt, handelt es sich bei der Fremdunterbringung um eine erzieherische Massnahme, der explizit kein Strafcharakter innewohnt. Vielmehr zielt sie darauf ab, eine festgestellte Fehlentwicklung, etwa durch Schaffung einer Distanz zu einem nachteiligen Milieu, aufzufangen. Dieser Gedanke ergibt sich umso deutlicher aus der neurechtlichen Norm:

Art. 15 JStG

1 Kann die notwendige Erziehung und Behandlung des Jugendlichen nicht anders sichergestellt werden, so ordnet die urteilende Behörde die Unterbringung an. Diese erfolgt namentlich bei Privatpersonen oder in Erziehungs- oder Behandlungseinrichtungen, die in der Lage sind, die erforderliche erzieherische oder therapeutische Hilfe zu leisten.

2 Die urteilende Behörde darf die Unterbringung in einer geschlossenen Einrichtung nur anordnen, wenn sie:

a. für den persönlichen Schutz oder für die Behandlung der psychischen Störung des Jugendlichen unumgänglich ist; oder

b. für den Schutz Dritter vor schwer wiegender Gefährdung durch den Jugendlichen notwendig ist.

Im fehlenden Strafcharakter unterscheidet sich die Einweisung in eine pädagogisch-therapeutische Anstalt gemäss Art. 15 JStG von den strafrechtliche Massnahme für junge Erwachsene nach Art. 61 StGB (vgl. MARIANNE HEER, ebenda, Art. 61 StGB Rz. 6 ff.). Erstere kann deshalb nicht unter Letztere subsumiert werden, weshalb die Voraussetzungen von Art. 84 Abs. 3 AuG i.V.m. Art. 83 Abs. 7 Bst. a AuG – in Bezug auf das Urteil vom (…) 2006 – nicht erfüllt sind.

3.2.2 Angesichts der umfangreichen und zeitlich mehrere Jahre umfassenden Strafakten ist weiter die Anwendbarkeit von 84 Abs. 3 AuG i.V.m. Art. 83 Abs. 7 Bst. b AuG zu prüfen. Eine hierauf gestützte Aufhebung der vorläufigen Aufnahme setzt voraus, dass die weg- oder ausgewiesene Person 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.

Auch wenn die meisten der von der Beschwerdeführerin begangenen Delikte (mit Ausnahme insbesondere der vorstehend ausgeführten) und die damit verbundenen Strafen für sich alleine genommen als nicht sehr gravierend erscheinen, erweisen sich diese – nach zutreffender Auffassung des BFM – in ihrer Gesamtheit als problematisch. Die Delinquenz der Beschwerdeführerin erstreckt sich über mehrere Jahre (Mai 2004 bis August 2008), wobei sie sich – offenbar als Mitglied einer Mädchenbande – von den jeweils ausgesprochenen Strafen nicht von der Begehung weiterer Delikte hat abhalten lassen. Selbst nach Beendigung der gegen sie verhängten pädagogisch-therapeutischen Massnahme hat sie sich immer weitere Straftaten zuschulden kommen lassen und dadurch wiederholt gegen die öffentliche Sicherheit und Ordnung im Sinne von Art. 83 Abs. 7 Bst. b AuG verstossen.

4.
Nachdem vorstehend festgestellt wurde, dass die Tatbestandsvariante von Art. 83 Abs. 7 Bst. b AuG vorliegend erfüllt ist, bleibt zu prüfen, ob der Vollzug der Wegweisung durchführbar (vgl. Ziff. 4.1 ff.) und verhältnismässig (vgl. Ziff. 5) ist.

4.1 Mit Verfügung des BFF vom 3. Oktober 1997 wurde rechtskräftig festgestellt, dass die Beschwerdeführerin die Flüchtlingseigenschaft nicht erfüllt. Daher kann das in Art. 5 AsylG verankerte Prinzip des flüchtlingsrechtlichen Non-Refoulements im vorliegenden Verfahren keine Anwendung finden. Sodann ergeben sich aus den Ausführungen der Beschwerdeführerin und den übrigen Akten keine glaubhaften Hinweise auf eine menschenrechtswidrige Behandlung (vgl. Art. 3 der Konvention vom 4. November 1950 zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten [EMRK, SR 0.101]), die ihr in Kosovo drohen könnte. Der Vollzug der Wegweisung erweist sich vorliegend daher als zulässig.

4.2 Gemäss Art. 83 Abs. 4 AuG kann der Vollzug für Ausländerinnen und Ausländer unzumutbar sein, wenn sie im Heimat- oder Herkunftsstaat auf

Grund von Situationen wie Krieg, Bürgerkrieg, allgemeiner Gewalt und medizinischer Notlage konkret gefährdet sind. Wird eine konkrete Gefährdung festgestellt, ist – unter Vorbehalt von Art. 83 Abs. 7 AuG – die vorläufige Aufnahme zu gewähren (vgl. Botschaft zum Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer vom 8. März 2002, BBl 2002 3818).

Dieser Vorbehalt von Art. 83 Abs. 7 AuG greift im Falle der Beschwerdeführerin. Nach dieser Bestimmung wird die vorläufige Aufnahme insbesondere dann nicht verfügt, wenn die weg- oder ausgewiesene Person zu einer längerfristigen Freiheitsstrafe im In- oder Ausland verurteilt wurde oder sie erheblich oder wiederholt gegen die öffentliche Sicherheit und Ordnung in der Schweiz oder im Ausland verstossen hat oder diese gefährdet. Diese Voraussetzungen für die Anwendbarkeit der Ausnahmeklausel von Art. 83 Abs. 7 AuG sind bei Beschwerdeführerin, wie vorstehend aufgezeigt, gegeben. Somit erübrigt es sich, die materiellen Zumutbarkeitsvoraussetzungen näher zu prüfen und beispielsweise auf die aktuelle politische und humanitäre Lage im Kosovo oder auf Zumutbarkeitserschwernisse individueller Art einzugehen.

Nach dem Gesagten erweist sich der Vollzug der Wegweisung auch als zumutbar.

4.3 Schliesslich verfügt die Beschwerdeführerin über einen heimatlichen (kosovarischen) Reisepass, weshalb der Vollzug der Wegweisung als möglich zu bezeichnen ist (Art. 83 Abs. 2 AuG).

5.

5.1 Nachdem festgestellt wurde, dass vorliegend die Aufhebungsgründe von Art. 84 Abs. 3 i.V.m. Art. 83 Abs. 7 Bst. b AuG gegeben sind und der Wegweisungsvollzug nach dem oben Gesagten als durchführbar gelten kann, muss im Weiteren geprüft werden, ob die Aufhebung der vorläufigen Aufnahme unter Berücksichtigung der gesamten Umstände verhältnismässig ist.

Ausgangspunkt der durchzuführenden Prüfung ist die Praxis der vormaligen ARK, wonach die Ausschlussklausel von Art. 14a Abs. 6 ANAG mit Zurückhaltung und insbesondere unter Beachtung des Verhältnismässigkeitsprinzips (das einen allgemeinen Grundsatz staatlichen Handelns bildet, vgl. Art. 5 Abs. 2 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 [BV, SR 101]) anzuwenden ist (vgl.

EMARK 2003 Nr. 3 E. 3a). Auch nach neuerer Praxis zu Art. 14a Abs. 6 ANAG ist zu überprüfen, ob das öffentliche Interesse am Vollzug der verfügten Wegweisung die persönlichen Interessen der Beschwerdeführerin am Verbleib in der Schweiz zu überwiegen vermag (BVGE 2007/32).

Mit der Einführung des AuG wurde Art. 14a Abs. 6 ANAG durch den vergleichbar ausgestalteten Art. 83 Abs. 7 AuG ersetzt, weshalb die vorstehend aufgezeigte Praxis auch im Hinblick auf dessen Anwendung weitergeführt wurde. Die genannte Norm ist als "Kann"-Bestimmung formuliert, was 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/Anreas Zünd/Peter Bolzli, Kommentar Migrationsrecht, Zürich 2008, N. 6 zu Art. 84 AuG und N. 23 zu Art. 83 AuG).

Daraus ergibt sich, dass bei der Beurteilung der Verhältnismässigkeit nicht von einer schematischen Betrachtungsweise auszugehen, sondern auf die gesamten Umstände des Einzelfalles abzustellen ist. Zu berücksichtigen sind insbesondere die Art der verletzten Rechtsgüter und die Schwere des Verschuldens. Steht nicht der Ausschluss von der vorläufigen Aufnahme, sondern die Aufhebung derselben zur Diskussion, wird 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 beizumessen sein (zum Ganzen vgl. BVGE 2007/32 E. 3 S. 386 ff., EMARK 2006 Nr. 23 E. 8.3 S. 247 ff; EMARK 2006 Nr. 11 E. 7 S. 124 ff. und EMARK 2004 Nr. 39 E. 5.3 S. 271, mit je weiteren Verweisen).

5.2 Wie vorstehend aufgezeigt, ist vorliegend die Tatbestandsvariante von Art. 83 Abs. 7 Bst. b AuG erfüllt. Die Tatsache, dass die Beschwerdeführerin rechtskräftig zu mehreren Strafen verurteilt wurde und zudem wiederholt und in erheblichem Masse gegen die öffentliche Sicherheit und Ordnung verstossen hat, lässt das öffentliche Interesse am Wegweisungsvollzug und somit an der Aufhebung der vorläufigen Aufnahme gewichtig erscheinen. Dabei ist an dieser Stelle darauf hinzuweisen, dass insbesondere der Vorfall vom (…) 2004 (versuchter Raub und versuchte Nötigung; vgl. Ziff. 3.1.1) ein erhebliches öffentliches Interesse am Vollzug der Wegweisung begründen, sind doch hiervon Rechtsgüter wie die

körperliche und psychische Unversehrtheit (vgl. EMARK 2006 Nr. 11 E. 7.2.1) betroffen. Wenngleich der Beschwerdeführerin zugute zu halten ist, dass sie gemäss dem festgestellten Tathergang (vgl. Verfügung der Jugendanwaltschaft des Kantons B._____ vom (…) 2005) im Gefüge der Mädchenbande eher als Mitläuferin erscheint, so ist immerhin festzustellen, dass sie diejenige war, welche mit dem gezackten Brotmesser eine gefährliche Waffe mit sich führte und die Geschädigten eigenen Aussagen zufolge auch damit bedrohte. Erschwerend tritt der Umstand hinzu, dass der nämliche Vorfall von einer erheblichen Gewaltbereitschaft gekennzeichnet war, wurde die Geschädigte H., welche sich ihrerseits völlig passiv verhielt, doch mehrfach geschlagen und getreten. Die Handlungen ihrer beiden Freundinnen G. und S. muss sich die Beschwerdeführerin entsprechend der strafrechtlichen Regeln zur Mittäterschaft (gemeinsamer Tatentschluss, wechselseitiges Zusammenwirken) ohne weiteres zurechnen lassen.

Auch bei der zweiten, vorstehend (Ziff. 3.1.2) hervorgehobenen Straftat (Lenkens eines Motorfahrzeugs ohne den erforderlichen Führerausweis, Entwendung eines Fahrzeugs zum Gebrauch) handelt es sich keineswegs um ein geringfügiges Delikt, zumal mit dessen Verübung regelmässig eine erhebliche Gefährdung der öffentlichen Sicherheit einhergeht.

Die gesetzlichen Gründe für den Ausschluss respektive die Aufhebung einer vorläufigen Aufnahme erfüllen auch präventive Schutzinteressen; sie sind nicht nur darauf ausgerichtet, vergangene Straftaten zu sanktionieren, sondern wollen auch die Öffentlichkeit vor künftigen Delikten des Ausländers bewahren (BOLZLI, a.a.O., N. 22 zu Art. 83 Abs. 7 Bst. a und b AuG). Im Zeitraum bis zum Erlass der vorinstanzlichen Verfügung vom 17. April 2009 konnte keine Stabilisierung in Bezug auf das regelwidrige Verhalten der Beschwerdeführerin erreicht werden. Angesichts dieser offenkundigen Tendenz zur wiederholten Deliktsbegehung hat das BFM seinerzeit zu Recht festgestellt, die Beschwerdeführerin habe sich trotz ihrer langen Aufenthaltsdauer und der therapeutischen Massnahmen nicht in die schweizerische Gesellschaft integriert.

5.3

5.3.1 Zugunsten der Beschwerdeführerin fällt zunächst ihre lange Aufenthaltsdauer in der Schweiz ins Gewicht. Sie hält sich seit dem 20. August 1997 – mithin seit rund 15 Jahren respektive seit ihrem (…) Lebensjahr – ununterbrochen in der Schweiz auf.

Betreffend die mit Urteil des Jugendgerichts des Kantons B._____ vom (…) 2006 abgehandelten Delikte ("erster Abschnitt", vgl. Ziff. 3.1.1) fällt massgeblich ins Gewicht, dass die Beschwerdeführerin zum Zeitpunkt ihrer Begehung minderjährig war. In der Stellungnahme ihrer Rechtsvertreterin wird zudem auf ihre äusserst schwierigen Kindesjahre ((…)) und die hieraus entstandenen psychische Probleme hingewiesen. Auch der Bericht der Jugendanwaltschaft des Kantons B._____ (Verfügung vom (…) 2005, S. 10 ff.) zeichnet das Bild einer Kindheit, welche von zerrütteten familiären Verhältnissen, wiederholten jugendpsychiatrischen Abklärungen und Fremdplatzierungen in Pflegefamilien sowie Heimeinrichtungen geprägt war. Auch die – vom BFM unzulässigerweise im Sinne einer Sippenhaft zu Ungunsten der Beschwerdeführerin ausgelegte – Tatsache, dass die vorläufige Aufnahme ihrer (…) infolge wiederholter Delinquenz aufgehoben wurde, lässt auf ein überaus problematisches Umfeld schliessen. In dieses Bild passt denn auch die mit besagtem Urteil verfügte Einweisung in eine pädagogisch-therapeutische Einrichtung, wird doch eine Fremdplatzierung nach heutigem Jugendstrafrecht als *ultima ratio* verstanden, welche nur dann angeordnet wird, wenn Jugendliche zwingend aus ihrer bisherigen Umgebung herausgenommen werden müssen.

5.3.2 Zum Zeitpunkt der Begehung jener Delikte, welche nach Beendigung der pädagogisch-therapeutischen Massnahme datieren ("zweiter Abschnitt, vgl. Ziff. 3.1.2), war die Beschwerdeführerin zwar volljährig, mit einem Alter von (…) Jahren jedoch klarerweise der Gruppe der jungen Erwachsenen zuzuordnen, deren strafrechtliche Behandlung nach heutigem Verständnis stark vom Erziehungsgedanken des Kinder- und Jugendstrafrechts beherrscht ist (vgl. MARIANNE HEER, ebenda, Art. 61 StGB Rz. 6).

5.3.3 Schliesslich ist bei einer heutigen Beurteilung der Integration der Beschwerdeführerin (im Sinne eines dritten Abschnitts) auch ihre Entwicklung seit Ergehen der erstinstanzlichen Verfügung (am 17. April 2009) miteinzubeziehen.

Hierzu lässt die Beschwerdeführerin mit Eingabe vom 4. November 2011 ausführen, ihr psychischer Zustand, welcher ihre deliktischen Jugendjahre geprägt habe, habe sich in den letzten Jahren stabilisiert. In der Tat enthalten die eingereichten Beweismittel ernsthafte Anhaltspunkte zur Annahme, die Beschwerdeführerin habe seit der erstinstanzlichen Verfügung eine gewisse Läuterung erfahren. So ist sie im schweizerischen Strafregister nicht verzeichnet, auch sind seit August 2008 keine geringfügigeren Straftaten aktenkundig. Seit demselben Zeitpunkt ist die Beschwerdeführerin lückenlos erwerbstätig, dies gemäss der eingereichten Arbeitszeugnisse zur Zufriedenheit ihrer Arbeitgeber. Trotz fehlender Ausbildung hat sie zu keinem Zeitpunkt Sozialhilfe bezogen.

Ungeachtet des ausdrücklichen Hinweises auf die zwischenzeitlich veränderte Sachlage verweist das BFM in seiner Vernehmlassung vom 6. Juni 2012 schlicht auf die eigenen Ausführungen in der drei Jahre zurückliegenden Verfügung vom 17. April 2009. Weiter führt es aus, es sei nicht davon auszugehen, dass sich die Beschwerdeführerin in Bezug auf ihr Verhalten einsichtig zeigen werde. Diese Mutmassung kann – angesichts der seitens der Beschwerdeführerin umfangreich dokumentierten Stabilisierung ihres Lebenswandels - nicht geteilt werden.

Vielmehr kann der Beschwerdeführerin aufgrund ihrer positiven Entwicklung während der letzten rund vier Jahre der Wille zur Besserung attestiert werden, zumal es ihr offenbar gelungen ist, sich aus der langjährigen Deliktspirale zu lösen. Ohne die ausserordentliche Häufung ihrer früherer Straftaten beschönigen zu wollen, kann aufgrund ihres gegenwärtigen Wohlverhaltens auf eine der langen Anwesenheitsdauer entsprechende Integration beziehungsweise auf eine gewisse Bindung an die Schweiz geschlossen werden.

Damit ist gleichermassen gesagt, dass eine Aufhebung der vorläufigen Aufnahme nicht nur eine gewisse Entwurzelung mit sich bringen, sondern auch die Nachhaltigkeit des aufgezeigten Reifeprozesses der letzten Jahre erheblich gefährden würde. Unbestrittenermassen ist ein stabiles Umfeld bei der Entwicklung eines jungen Erwachsenen als entscheidender Faktor anzusehen. Wie bereits in der Rechtsmitteleingabe vom 20. Mai 2009 ausgeführt wurde und vorstehend (Ziff. 5.3.1) sinngemäss bestätigt wird, kann nicht davon ausgegangen werden, dass die – nach Aufhebung ihrer vorläufigen Aufnahme im Jahr 2007 infolge wiederholter Delinquenz – in den Kosovo zurückgekehrten (…) willens und in der Lage

wären, der Beschwerdeführerin ein solchermassen stabiles Umfeld zu bieten.

5.4 Nach dieser Gegenüberstellung des öffentlichen Interesses am Wegweisungsvollzug und dem privaten Interesse der Beschwerdeführerin ist in diesem Grenzfall festzustellen, dass die privaten Interessen der Beschwerdeführerin an einem Verbleib in der Schweiz die öffentlichen Interessen am Wegweisungsvollzug überwiegen. Unter diesen Umständen erscheint eine Aufhebung der vorläufigen Aufnahme trotz ihrer früheren Straffälligkeit zum heutigen Zeitpunkt nicht als verhältnismässig. Daher ist der Beschwerdeführerin zurzeit, dies ausdrücklich im Sinne einer letzten Chance, der Status der vorläufigen Aufnahme zu belassen.

6.
Nach dem Gesagten ist die Beschwerde gutzuheissen. Die vorinstanzliche Verfügung vom 17. April 2009 ist aufzuheben. Die Beschwerdeführerin bleibt weiterhin vorläufig aufgenommen.

7.
7.1 Bei diesem Ausgang des Verfahrens sind keine Verfahrenskosten aufzuerlegen (vgl. Art. 63 Abs. 1 und 2 VwVG).

7.2 Der obsiegenden und anwaltlich vertretenen Beschwerdeführerin ist zulasten der Vorinstanz eine Parteientschädigung für die ihr erwachsenen notwendigen und verhältnismässig hohen Kosten zuzusprechen (vgl. Art. 64 Abs. 1 VwV i.V.m. Art. 7 des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]). Es wurde keine Kostennote zu den Akten gereicht. Der notwendige Vertretungsaufwand lässt sich indes aufgrund der Aktenlage zuverlässig abschätzen, weshalb auf die Einholung einer solchen verzichtet werden kann (vgl. Art. 14 Abs. 2 in fine VGKE). In Anwendung der genannten Bestimmungen und unter Berücksichtigung der massgeblichen Bemessungsfaktoren (vgl. Art. 8 ff. VGKE) ist die von der Vorinstanz auszurichtende Parteientschädigung demnach von Amtes wegen auf pauschal Fr. 1'800.– festzusetzen.

(Dispositiv nächste Seite)

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.
Die Beschwerde wird gutgeheissen, und die Verfügung des BFM vom 17. April 2009 wird aufgehoben.

2.
Die Beschwerdeführerin bleibt vorläufig aufgenommen.

3.
Es werden keine Verfahrenskosten auferlegt.

4.
Das BFM hat der Beschwerdeführerin für das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht eine Parteientschädigung in der Höhe von Fr. 1'800.– auszurichten.

5.
Dieses Urteil geht an die Rechtsvertreterin der Beschwerdeführerin, das BFM und die zuständige kantonale Behörde.

Die vorsitzende Richterin: Der Gerichtsschreiber:

Gabriela Freihofer Jan Feichtinger

Versand: