



# Handbuch Asyl und Rückkehr

## Artikel E3 Die Wegweisung, der Vollzug der Wegweisung und die Anordnung der vorläufigen Aufnahme

### Zusammenfassung

Lehnt das SEM ein Asylgesuch ab oder tritt es darauf nicht ein, so verfügt es in der Regel die Wegweisung aus der Schweiz und ordnet den Vollzug der Wegweisung an. Die Wegweisung ist eine behördliche Anordnung, mit welcher die ausländische Person verpflichtet wird, die Schweiz innerhalb einer gewissen Ausreisefrist zu verlassen. Wenn die ausländische Person hier über Familienmitglieder mit gefestigtem Anwesenheitsrecht verfügt, kann dies einer Wegweisung jedoch entgegenstehen. Der Vollzug der Wegweisung wird angeordnet, sofern er zulässig, zumutbar und möglich ist. Der Vollzug ist nicht zulässig, wenn völkerrechtliche Verpflichtungen der Schweiz einer Weiterreise der ausländischen Person in den Heimat-, den Herkunfts- oder in einen Drittstaat entgegenstehen (völkerrechtliche Vollzugsschranke). Der Vollzug ist nicht zumutbar, wenn die ausländische Person in Situationen wie Krieg, Bürgerkrieg, allgemeiner Gewalt und medizinischer Notlage im Heimat- oder Herkunftsstaat konkret gefährdet ist (humanitäre Vollzugsschranke). Der Vollzug ist nicht möglich, wenn die ausländische Person nicht in den Heimat-, den Herkunfts- oder in einen Drittstaat ausreisen oder nicht dorthin gebracht werden kann (technische Vollzugsschranke). Ist der Vollzug der Wegweisung unzulässig, unzumutbar oder unmöglich, wird die ausländische Person vorläufig aufgenommen. Die vorläufige Aufnahme ist als Ersatzmassnahme für den nicht durchführbaren Vollzug der Wegweisung konzipiert. Aufgrund dessen stellt sie grundsätzlich kein gefestigtes Anwesenheitsrecht dar. Vorbehalten bleiben sodann die Bestimmungen betreffend die Verweigerung der Anordnung der vorläufigen Aufnahme.



## Inhaltsverzeichnis

<b>Kapitel 1</b>	<b>Rechtliche Grundlagen .....</b>	<b>4</b>
<b>Kapitel 2</b>	<b>Die Wegweisung .....</b>	<b>6</b>
2.1	<b>Begriff .....</b>	<b>6</b>
2.2	<b>Abgrenzung der Verfügung der Wegweisung von der Anordnung des Wegweisungsvollzugs .....</b>	<b>6</b>
2.3	<b>Ausnahmen von der Verfügung der Wegweisung .....</b>	<b>6</b>
2.3.1	<i>Anspruch auf Erteilung einer ausländerrechtlichen Bewilligung.....</i>	<i>6</i>
2.3.2	<i>Zuständigkeit für das Wegweisungsverfahren .....</i>	<i>7</i>
2.3.3	<i>Vorfrageweise Prüfung des Anspruchs auf Erteilung einer ausländerrechtlichen Bewilligung durch die schweizerischen Asylbehörden .....</i>	<i>8</i>
<b>Kapitel 3</b>	<b>Der Vollzug der Wegweisung .....</b>	<b>9</b>
3.1	<b>Die Zulässigkeit des Wegweisungsvollzugs.....</b>	<b>9</b>
3.1.1	<b><i>Das flüchtlingsrechtliche Rückschiebungsverbot .....</i></b>	<b><i>10</i></b>
3.1.1.1	<i>Bedeutung .....</i>	<i>10</i>
3.1.1.2	<i>Anwendungsbereich .....</i>	<i>10</i>
3.1.1.3	<i>Ausschluss vom flüchtlingsrechtlichen Non-Refoulement-Gebot .....</i>	<i>10</i>
3.1.2	<b><i>Das menschenrechtliche Rückschiebungsverbot.....</i></b>	<b><i>11</i></b>
3.1.2.1	<i>Bedeutung .....</i>	<i>11</i>
3.1.2.2	<i>Anwendungsbereich .....</i>	<i>11</i>
3.1.2.3	<i>Geschützte Rechtsgüter .....</i>	<i>11</i>
3.1.2.4	<i>Erfordernis des Mindestmasses an Schwere des Eingriffs.....</i>	<i>11</i>
3.1.2.5	<i>Erfordernis der stichhaltigen Gründe eines tatsächlichen Risikos .....</i>	<i>12</i>
3.1.2.6	<i>Rückschiebungsverbot gemäss UN-Folterkonvention.....</i>	<i>13</i>
3.1.3	<b><i>Das Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens .....</i></b>	<b><i>13</i></b>
3.1.4	<b><i>Das Recht des Kindes .....</i></b>	<b><i>14</i></b>
3.2	<b>Die Zumutbarkeit des Wegweisungsvollzugs.....</b>	<b>14</b>
3.2.1	<b><i>Situation im Heimat- oder Herkunftsstaat.....</i></b>	<b><i>15</i></b>
3.2.1.1	<i>Gewaltflüchtlinge .....</i>	<i>15</i>
3.2.1.2	<i>Wirtschaftliche oder soziale Situation .....</i>	<i>16</i>



<b>3.2.2</b>	<b>Individuelle Gründe</b> .....	<b>16</b>
3.2.2.1	Medizinische Gründe .....	16
3.2.2.2	Zugehörigkeit zu einer vulnerablen Gruppe .....	17
3.2.2.3	Kindeswohl .....	17
3.2.2.3.1	Direkte Anwendbarkeit völkerrechtlicher Normen: Zulässigkeits- oder Zumutbarkeitsprüfung? .....	17
3.2.2.3.2	Inhalt der Zumutbarkeitsprüfung gestützt auf die UN-Kinderrechtskonvention .....	18
<b>3.3</b>	<b>Die Möglichkeit des Wegweisungsvollzugs</b> .....	<b>18</b>
<b>3.4</b>	<b>Verweigerung der Anordnung der vorläufigen Aufnahme</b> .....	<b>19</b>
 <b>Kapitel 4 Die Anordnung der vorläufigen Aufnahme</b> .....		<b>20</b>
<b>4.1</b>	<b>Grundsatz</b> .....	<b>20</b>
<b>4.2</b>	<b>Rechtsfolge und Rechtscharakter</b> .....	<b>20</b>
<b>4.3</b>	<b>Zuständigkeiten</b> .....	<b>20</b>
<b>4.4</b>	<b>Vorläufig aufgenommene Flüchtlinge und vorläufig aufgenommene Personen</b> .....	<b>21</b>
<b>4.5</b>	<b>Einbezug in die vorläufige Aufnahme</b> .....	<b>21</b>
4.5.1	Grundsatz.....	21
4.5.2	Voraussetzungen.....	21
4.5.3	Ausnahmetatbestände .....	22
<b>4.6</b>	<b>Ausschlussgründe</b> .....	<b>22</b>
4.6.1	Einleitung .....	22
4.6.2	Längerfristige Freiheitsstrafe und strafrechtliche Massnahmen .....	22
4.6.3	Verstoss gegen die öffentliche Sicherheit und Ordnung sowie Gefährdung der inneren oder äusseren Sicherheit.....	23
4.6.4	Prüfung der Verhältnismässigkeit?.....	25
4.6.5	Ausschluss bei Unmöglichkeit des Vollzugs .....	25
 <b>Kapitel 5 Benutzte und weiterführende Literatur</b> .....		<b>27</b>



## Kapitel 1 Rechtliche Grundlagen

[Abkommen über die Rechtsstellung der Flüchtlinge](#) vom 28. Juli 1951 (Flüchtlingskonvention; FK); SR 0.142.30  
Artikel 1, 33

[Asylgesetz](#) vom 26. Juni 1998 (AsylG); SR 142.31  
Artikel 3, 5, 14, 44, 45, 46, 53, 54, 61, 66-79a, 93

[Asylverordnung 1](#) über Verfahrensfragen vom 11. August 1999 (AsylV 1); SR 142.311  
Artikel 22, 32

[Asylverordnung 2](#) vom 11. August 1999 (AsylV 2); SR 142.312  
Artikel 20-27 und 53

[Bundesgesetz über das Bundesgericht vom 17. Juni 2005 \(Bundesgerichtsgesetz; BGG\); SR 173.110](#)  
Artikel 83

[Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer und über die Integration](#) vom 16. Dezember 2005 (Ausländer- und Integrationsgesetz; AIG); SR 142.20  
Artikel 42, 43, 64, 65, 68, 83-88 96

[Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft](#) vom 18. April 1999 (Bundesverfassung; BV); SR 101  
Artikel 121

[Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten](#) vom 4. November 1950 (Europäische Menschenrechtskonvention; EMRK); SR 0.101  
Artikel 3, 8

[Schweizerisches Strafgesetzbuch](#) vom 21. Dezember 1937 (StGB); SR 311.0  
Artikel 61, 64, 66a, 66a<sup>bis</sup>

[Übereinkommen gegen Folter und andere grausame, unmenschliche oder erniedrigende Behandlung oder Strafe](#) vom 10. Dezember 1984 (UN-Folterkonvention); SR 0.105  
Artikel 3

[Übereinkommen über die Rechte des Kindes](#) vom 20. November 1989 (UN-Kinderrechtskonvention; KRK); SR 0.107  
Artikel 3, 12

[Verordnung über die Ausstellung von Reisedokumenten für ausländische Personen](#) vom 14. November 2012 (RDV); SR 143.5  
Artikel 3, 7, 9, 14



[Verordnung über den Vollzug der Weg- und Ausweisung sowie der Landesverweisung von ausländischen Personen](#) vom 11. August 1999 (VWAL); SR 142.281

Artikel 17

[Verordnung über Zulassung, Aufenthalt und Erwerbstätigkeit](#) vom 24. Oktober 2007 (VZAE); SR 142.201

Artikel 64, 65, 74, 80



## Kapitel 2 Die Wegweisung

### 2.1 Begriff

Der Begriff der Wegweisung bezeichnet die einer ausländischen Person von einer Behörde auferlegte Pflicht zum Verlassen der Schweiz. Bei der Wegweisung handelt es sich um eine Entfernungsmassnahme. Im Asylgesetz ist die Wegweisung in [Artikel 44](#) (Voraussetzung der Anordnung der Wegweisung) und [Artikel 45](#) (Inhalt der Wegweisungsverfügung) geregelt. Wegweisungen im Rahmen des Ausländerrechts (zum Beispiel beim Entzug der Aufenthaltsbewilligung) richten sich nach [Artikel 64-65 AIG](#). Von der Wegweisung zu unterscheiden ist die Ausweisung ([Art. 68 AIG](#)). Die Ausweisung verbindet in einer einzigen Verfügung eine Entfernungs- und eine Fernhaltungsmassnahme: Neben der Verpflichtung, die Schweiz zu verlassen, beinhaltet die Ausweisung auch das Verbot, während einer bestimmten Frist beziehungsweise unbefristet erneut in die Schweiz einzureisen.

### 2.2 Abgrenzung der Verfügung der Wegweisung von der Anordnung des Wegweisungsvollzugs

Asylsuchende Personen, denen kein Asyl gewährt wird, werden grundsätzlich aus der Schweiz weggewiesen ([Art. 44 AsylG](#), [Art. 32 AsylV 1](#)). Der ablehnende Asylentscheid hat also zur Konsequenz, dass die Wegweisung der asylsuchenden Person aus der Schweiz verfügt wird. Davon zu unterscheiden ist die Anordnung des Vollzugs der Wegweisung, die erst nach vorgängiger Prüfung und Befinden über das Bestehen allfälliger Vollzugsschranken ([Artikel 83 AIG](#)) erfolgen kann. Eine potentielle Verletzung des Rechts auf Achtung des Familienlebens ([Art. 13 BV](#) / [Artikel 8 EMRK](#)) durch Trennung der Familienmitglieder wird bereits bei der Wegweisung tangiert, da hierdurch die Pflicht zum Verlassen der Schweiz angeordnet wird. Der Vollzug der Wegweisung bezieht sich hingegen auf die Rückkehr in den konkreten Heimatstaat.

### 2.3 Ausnahmen von der Verfügung der Wegweisung

#### 2.3.1 Anspruch auf Erteilung einer ausländerrechtlichen Bewilligung

[Artikel 32 AsylV 1](#) statuiert eine Ausnahme von der Regel, dass eine asylsuchende Person, deren Asylgesuch abgelehnt wird, aus der Schweiz weggewiesen wird. Gestützt auf [Artikel 32 AsylV 1](#) wird die Wegweisung nicht angeordnet, wenn die betreffende Person über eine gültige Aufenthalts- oder Niederlassungsbewilligung verfügt, von einer Auslieferungsverfügung respektive von einer Wegweisungsverfügung nach [Artikel 121 BV](#) oder von einer Landesverweisung im Sinne von [Art. 66a](#) oder [Art. 66a<sup>bis</sup> StGB](#) betroffen ist. Gemäss konstanter Rechtsprechung ist die in [Artikel 32 Buchstabe a AsylV 1](#) statuierte Ausnahme, dass die Wegweisung aus der Schweiz nicht verfügt wird, wenn eine Person im Besitze einer gültigen Aufenthalts-



oder Niederlassungsbewilligung ist, so auszulegen, dass nicht der physische Besitz der Bewilligung (Papier), sondern ein Anspruch auf Erteilung einer Aufenthalts- oder Niederlassungsbewilligung massgebend dafür ist, ob die Wegweisung verfügt wird.<sup>1</sup>

### 2.3.2 Zuständigkeit für das Wegweisungsverfahren

[Artikel 14 Absatz 1 AsylG](#), der sogenannte Grundsatz der Ausschliesslichkeit des Asylverfahrens, regelt das Verhältnis des Asylverfahrens zum ausländerrechtlichen Verfahren. Die Norm sieht vor, dass ab Einreichung des Asylgesuches bis zur Ausreise nach einer rechtskräftig angeordneten Wegweisung, nach einem Rückzug des Asylgesuches oder bis zur Anordnung einer Ersatzmassnahme bei nicht durchführbarem Vollzug eine asylsuchende Person kein Verfahren um Erteilung einer ausländerrechtlichen Aufenthaltsbewilligung einleiten kann, ausser es bestehe ein Anspruch auf deren Erteilung. Da die Zuständigkeit des fremdenpolizeilichen Bewilligungsverfahrens (Erteilung einer Aufenthalts- oder Niederlassungsbewilligung) den kantonalen Ausländerbehörden zukommt, das Asylverfahren, im Rahmen dessen unter anderem über die Wegweisung zu befinden ist, hingegen von den Bundesbehörden durchgeführt wird, besteht ein komplexes Zuständigkeitsgeflecht bei der Durchführung des Wegweisungsverfahrens. Die Rechtsprechung hat je nach Fallkonstellation unterschiedliche Verfahrensabläufe zur Einhaltung der gesetzlichen Zuständigkeitsordnung entwickelt, welche sich wie folgt zusammenfassen lassen:

1. *Die zuständige kantonale Ausländerbehörde hat noch keinen rechtskräftigen Entscheid betreffend das Gesuch um Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung getroffen:*

Die schweizerischen Asylbehörden überprüfen nach Ablehnung des Asylgesuchs respektive Nichteintreten auf das Asylgesuch vorfrageweise, ob die asylsuchende Person sich auf einen potentiellen ([Art. 42 / 43 AIG](#)) beziehungsweise einen offensichtlichen ([Art. 44 AIG](#) i.V.m. [Artikel 8 EMRK](#)) Anspruch auf Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung berufen kann.<sup>2</sup> Kann sie dies nicht, so verfügen die schweizerischen Asylbehörden die Wegweisung, unabhängig davon, ob ein Gesuch bei der kantonalen Migrationsbehörde hängig ist oder nicht.<sup>3</sup> Hat die asylsuchende Person hingegen einen potentiellen ([Art. 42 / 43 AIG](#)) beziehungsweise einen offensichtlichen ([Art. 44 AIG](#) i.V.m. [Artikel 8 EMRK](#)) Anspruch auf Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung, so ist sie im Asyl- und Wegweisungsverfahren darauf hinzuweisen, dass sie ein entsprechendes Bewilligungsgesuch bei der zuständigen kantonalen Ausländerbehörde einzureichen hat.<sup>4</sup> Hat die asylsuchende Person ihren Anspruch auf Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung bei der zuständigen kantonalen Ausländerbehörde geltend gemacht und ist dort ein Verfahren um Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung hängig, haben die schweizerischen Asylbehörden die Wegweisung nicht zu verfügen.<sup>5</sup> Reicht die asylsuchende Person nach entsprechender Aufforderung durch die

<sup>1</sup> Siehe Entscheidungen und Mitteilungen der Schweizerischen Asylrekurskommission [\[EMARK\] 2001 Nr. 21](#) E. 9a, S.176.

<sup>2</sup> Siehe [EMARK 2001 Nr. 21](#) E. 10, S.177; vgl. zur vorfrageweisen Prüfung eines potentiellen Anspruchs auf Erteilung einer Aufenthalts- oder Niederlassungsbewilligung Kapitel 2.1.3.3.

<sup>3</sup> Siehe BVGer, Urteil [E-4552/2008](#) vom 8. März 2012, E. 6.3.3.

<sup>4</sup> Siehe BVGer, Urteil [E-2112/2014](#) vom 22. Juli 2014, E. 7.2.

<sup>5</sup> Siehe BVGer, Urteil [E-2112/2014](#) vom 22. Juli 2014, E. 7.2.



schweizerischen Asylbehörden jedoch kein Bewilligungsgesuch bei der zuständigen kantonalen Ausländerbehörde ein, ist davon auszugehen, dass sie kein Interesse daran hat, ihre ihr potentiell aus Bundesrecht oder Völkerrecht erwachsenden Rechte geltend zu machen. Diesfalls ist die Wegweisung zu verfügen.

2. *Die zuständige kantonale Ausländerbehörde hat bereits einen rechtskräftigen Entscheid betreffend das Gesuch um Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung getroffen:*

Hat die zuständige kantonale Ausländerbehörde das Gesuch um Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung abgewiesen oder ist sie darauf formell nicht eingetreten – mit der Begründung, es bestehe kein Anspruch auf Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung –, ist ohne weiteres davon auszugehen, dass sie sich mit dem Gesuch befasst, dieses mithin geprüft und das Vorliegen eines grundsätzlichen (respektive – im Falle einer materiellen Abweisung des Gesuchs – konkreten) Anspruchs verneint hat. In diesem Fall ordnen die schweizerischen Asylbehörden die Wegweisung der Person aus der Schweiz an.<sup>6</sup> Hat die kantonale Ausländerbehörde hingegen eine Aufenthaltsbewilligung erteilt, schreiben die schweizerischen Asylbehörden das Asylgesuch hinsichtlich Wegweisung und Vollzug als gegenstandslos ab.<sup>7</sup>

### **2.3.3 Vorfrageweise Prüfung des Anspruchs auf Erteilung einer ausländerrechtlichen Bewilligung durch die schweizerischen Asylbehörden**

Den schweizerischen Asylbehörden kommt die Aufgabe zu, nach Ablehnung des Asylgesuchs respektive Nichteintreten auf das Asylgesuch vorfrageweise zu prüfen, ob die asylsuchende Person sich auf einen potentiellen ([Art. 42 / 43 AIG](#)) beziehungsweise einen offensichtlichen ([Art. 44 AIG](#) i.V. mit [Artikel 8 EMRK](#)) Anspruch auf Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung berufen kann. Ob eine Norm im Bundesrecht oder Völkerrecht einen Anspruch einräumt, beurteilt sich in sinngemässer Anwendung der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zu [Artikel 83 Buchstabe c Ziffer 2 BGG](#).<sup>8</sup> Einen Anspruch auf Erteilung der Aufenthaltsbewilligung gestützt auf Bundesrecht haben namentlich ausländische Ehegatten und ledige, minderjährige Kinder von Schweizer Bürgern ([Art. 42 AIG](#)) sowie ausländische Ehegatten und ledige, minderjährige Kinder von in der Schweiz niedergelassenen ausländischen Personen ([Art. 43 AIG](#)), sofern ein intaktes, tatsächlich gelebtes Familienverhältnis vorliegt. Ebenso anerkennt das Bundesgericht bei Ausländern, die nahe Verwandte mit gefestigtem Anwesenheitsrecht in der Schweiz haben und mit diesen ein intaktes, tatsächlich gelebtes Familienverhältnis pflegen, einen völkerrechtlichen, aus [Art. 8 EMRK i.V.m. Art. 44 AIG](#) abgeleiteten Rechtsanspruch. Ob eine Norm im Bundesrecht oder Völkerrecht Anspruch auf Erteilung einer Aufenthalts- oder Niederlassungsbewilligung einräumt, beurteilt sich danach, ob eine Beschwerde ans Bundesgericht zulässig wäre beziehungsweise ob dieses auf eine Beschwerde eintreten würde.<sup>9</sup> Voraussetzung für das Eintreten des Bundesgerichts auf eine Beschwerde ist das Vorliegen eines potentiellen ([Art. 42 / 43 AIG](#)) beziehungsweise eines offensichtlichen ([Art. 44 AIG](#) i.V. mit [Art. 8](#)

<sup>6</sup> Siehe [EMARK 2001 Nr. 21](#) E. 11b, S.177 f.

<sup>7</sup> Siehe [EMARK 2001 Nr. 21](#) E. 11c, S.178.

<sup>8</sup> Siehe [EMARK 2001 Nr. 21](#) E. 8d, S.176 f.

<sup>9</sup> Siehe BVGer, Urteil [E-4552/2008](#) vom 8. März 2012, E. 6.2.



[EMRK](#)) Rechtsanspruchs.<sup>10</sup> Der Sinn von [Art. 14 Abs. 1 AsylG](#) besteht darin, dass nicht parallel zwei Verfahren durchgeführt werden. Die Regelung soll verhindern, dass Asylsuchende das Asylverfahren verschleppen oder eine drohende Wegweisung hinauszögern, indem sie nach dem negativen Asylentscheid zusätzlich um eine fremdenpolizeiliche Aufenthaltsbewilligung nachsuchen. Nach der Rechtsprechung ist eine Ausnahme von der Ausschliesslichkeit des Asylverfahrens zumindest dann, wenn sich ein Gesuch nicht auf einen gesetzlichen Bewilligungsanspruch ([Art. 42 / 43 AIG](#)), sondern ausschliesslich auf [Art. 8 Ziff. 1 EMRK](#) stützt, nur gerechtfertigt, wenn der Anspruch auf Aufenthaltsbewilligung offensichtlich besteht. [Art. 8 EMRK](#) gibt sodann grundsätzlich keinen Anspruch auf verfahrensrechtlichen Aufenthalt bis zum Entscheid und hindert nicht, dass der Bewilligungsentscheid im Ausland abgewartet werden muss. Im Falle, wo ein asylsuchender Mann geltend macht, eine Schweizer Bürgerin geheiratet zu haben, stellt im Hinblick auf die Eintretensfrage einzig der Umstand, ob die Ehe mit der Schweizer Bürgerin formell besteht, das massgebliche Kriterium dar; ob ein intaktes, tatsächlich gelebtes Familienverhältnis vorliegt, ist für die Eintretensfrage unerheblich.<sup>11</sup> Besteht die Ehe formell, so ist ein potentieller Anspruch auf Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung gegeben ([Art. 42 AIG](#)). In Fällen nach [Art. 44 AIG](#) ist vorfrageweise zudem noch zu prüfen, ob die Familie offensichtlich sozialhilfeunabhängig wäre (Bst. c).

## Kapitel 3 Der Vollzug der Wegweisung

Der ablehnende Asylentscheid hat zur Konsequenz, dass die Wegweisung der asylsuchenden Person aus der Schweiz verfügt wird ([Art. 44 AsylG](#)). Im Rahmen einer zweiten Prüfung klären die Asylbehörden ab, ob der Vollzug der Wegweisung zulässig, zumutbar und möglich ist ([Art. 83 Abs. 2-4 AIG](#)). Ist eine dieser drei Vollzugsvoraussetzungen nicht erfüllt, wird eine vorläufige Aufnahme verfügt ([Art. 83 Abs. 1 AIG](#)). Auf eine Prüfung weiterer Vollzugshindernisse wird verzichtet.<sup>12</sup> Die Verweigerung der Anordnung der vorläufigen Aufnahme bleibt vorbehalten ([Art. 83 Abs. 7 AIG](#)).

### 3.1 Die Zulässigkeit des Wegweisungsvollzugs

Der Vollzug der Wegweisung ist zulässig, wenn einer Weiterreise der ausländischen Person in ihren Heimat-, Herkunfts- oder einen Drittstaat keine völkerrechtlichen Verpflichtungen der Schweiz entgegenstehen ([Art. 83 Abs. 3 AIG](#)). Dabei ist namentlich zu prüfen, ob der Vollzug der Wegweisung in Einklang mit dem Grundsatz des Non-Refoulements ([Art. 33 FK](#), [Art. 3 EMRK](#) und [Art. 3 Abs. 1 UN-Folterkonvention](#)) steht.

<sup>10</sup> Siehe BGer, Urteil [2C\\_947/2016](#) vom 17.03.2017, E.3.3 mit weiteren Hinweisen.

<sup>11</sup> Siehe BVer, Urteil [E-4552/2008](#) vom 8. März 2012, E. 7 mit weiteren Hinweisen.

<sup>12</sup> Siehe [BVGE 2009/51](#) E. 5.4.



### **3.1.1 Das flüchtlingsrechtliche Rückschiebungsverbot**

#### **3.1.1.1 Bedeutung**

Das flüchtlingsrechtliche Rückschiebungsverbot (auch: Non-Refoulement-Gebot) ist in [Artikel 33 Absatz 1 FK](#) und in [Artikel 5 Absatz 1 AsylG](#) verankert. Es besagt, dass Flüchtlinge nicht in ein Land ausgewiesen oder zurückgestellt werden, wo deren Leben oder Freiheit wegen ihrer Rasse, Religion, Staatszugehörigkeit, ihrer Zugehörigkeit zu einer bestimmten sozialen Gruppe oder ihrer politischen Anschauung gefährdet sind.

#### **3.1.1.2 Anwendungsbereich**

[Artikel 33 Absatz 1 FK](#) und [Artikel 5 Absatz 1 AsylG](#) schützen im Wesentlichen denselben Personenkreis: Es fallen nur Flüchtlinge unter den Schutz des Non-Refoulement-Gebots. Der in [Artikel 1 A Absatz 2 FK](#) und [Artikel 3 AsylG](#) verwendete Flüchtlingsbegriff findet unabhängig von der formellen Anerkennung als Flüchtling Anwendung. Jede Person, die die Flüchtlingseigenschaft gemäss den Kriterien der Flüchtlingskonvention ([Art. 1 A Abs. 2 FK](#)) beziehungsweise des Asylgesetzes ([Art. 3 AsylG](#)) erfüllt, gilt als Flüchtling.

Als Folge dieses Mechanismus können sich asylsuchende Personen auf das flüchtlingsrechtliche Rückschiebungsverbot berufen, solange nicht rechtskräftig festgestellt wurde, dass es sich bei ihnen nicht um Flüchtlinge handelt. Ebenfalls können sich Personen auf das Verbot der Rückschiebung berufen, denen aufgrund eines Asylausschlussgrundes in der Schweiz kein Asyl gewährt wird ([Art. 53 AsylG](#) und [Art. 54 AsylG](#)), die aber die Flüchtlingseigenschaft erfüllen.

#### **3.1.1.3 Ausschluss vom flüchtlingsrechtlichen Non-Refoulement-Gebot**

Grundsätzlich kommen alle Flüchtlinge in den Genuss des flüchtlingsrechtlichen Rückschiebeschutzes. Eine Ausnahme davon sieht [Artikel 33 Absatz 2 FK](#) vor. Gemäss dieser Bestimmung findet das flüchtlingsrechtliche Rückschiebeverbot keine Anwendung, wenn erhebliche Gründe dafür vorliegen, dass der Flüchtling als Gefahr für die Sicherheit des Aufenthaltsstaates angesehen werden muss oder wenn er eine Bedrohung für die Gemeinschaft dieses Landes bedeutet, weil er wegen eines besonders schweren Verbrechens oder Vergehens rechtskräftig verurteilt worden ist. In Anlehnung an diese Bestimmung nimmt das Asylgesetz Flüchtlinge vom flüchtlingsrechtlichen Gebot des Non-Refoulement aus, die ernsthaften Anlass zur Annahme bieten, dass sie die Sicherheit der Schweiz gefährden oder die als gemeingefährlich gelten müssen, weil sie wegen eines besonders schweren Verbrechens oder Vergehens rechtskräftig verurteilt worden sind ([Art. 5 Abs. 2 AsylG](#)). Der in dieser Bestimmung verwendete Begriff „Vergehen“ ist allerdings nicht in einem schweizerischen strafrechtlichen Sinne zu interpretieren, da das Völkerrecht eine Unterscheidung zwischen Verbrechen und Vergehen in dieser Form nicht kennt. Das menschenrechtliche Rückschiebeverbot nach [Artikel 3 EMRK](#) wird durch [Artikel 33 Absatz 2 FK](#) und [Artikel 5 Absatz 2 AsylG](#) nicht beeinträchtigt.



## 3.1.2 Das menschenrechtliche Rückschiebungsverbot

### 3.1.2.1 Bedeutung

Das menschenrechtliche Rückschiebungsverbot ist in [Artikel 3 EMRK](#) verankert. Es sieht vor, dass niemand Folter oder unmenschlicher beziehungsweise erniedrigender Strafe oder Behandlung ausgesetzt werden darf. Gestützt auf diese Bestimmung ist der Wegweisungsvollzug unzulässig, wenn ernsthafte Gründe zur Annahme bestehen, dass der betroffenen Person im Zielstaat entsprechende Massnahmen drohen.

### 3.1.2.2 Anwendungsbereich

Im Gegensatz zum flüchtlingsrechtlichen Grundsatz des Non-Refoulement findet [Artikel 3 EMRK](#) auf jede Person Anwendung und hat absoluten Charakter: Das menschenrechtliche Rückschiebungsverbot findet auch auf Personen Anwendung, welche die Flüchtlingseigenschaft nicht erfüllen. Der absolute Charakter des menschenrechtlichen Rückschiebungsverbots verbietet die Einschränkung dieses Rechts.<sup>13</sup> So kann selbst im Falle eines nationalen Notstandes mangels Rechtfertigungsgründen nicht von [Artikel 3 EMRK](#) abgewichen werden. Das Rückschiebungsgebot greift auch dann, wenn die Gefahr der Folter oder unmenschlichen oder erniedrigenden Behandlung von rein privaten Gruppierungen ausgeht und der Staat nicht in der Lage oder nicht willens ist, geeignete Schutzmassnahmen zu ergreifen.<sup>14</sup> Als Konsequenz davon wird eine Person, die Kriegsverbrechen oder Verbrechen gegen die Menschlichkeit begangen hat, zwar aus der Flüchtlingseigenschaft ausgeschlossen ([Art. 1 F lit. a FK](#)), wodurch das flüchtlingsrechtliche Rückschiebungsverbot keine Anwendung findet, sie geniesst im Falle stichhaltiger Gründe für eine Verletzung von [Artikel 3 EMRK](#) im Zielstaat aber den menschenrechtlichen Rückschiebeschutz.

### 3.1.2.3 Geschützte Rechtsgüter

Der Anwendungsbereich von [Artikel 3 EMRK](#) ist hinsichtlich der geschützten Rechtsgüter enger als derjenige des flüchtlingsrechtlichen Grundsatzes des Non-Refoulement. [Artikel 3 EMRK](#) umfasst spezifisch den Schutz vor drohender Folter, unmenschlicher beziehungsweise erniedrigender Strafe oder Behandlung. Das flüchtlingsrechtliche Rückschiebungsverbot hingegen bietet Schutz vor jeglicher Art von Verfolgung ([Art. 1 A Abs. 2 FK](#)).

### 3.1.2.4 Erfordernis des Mindestmasses an Schwere des Eingriffs

[Artikel 3 EMRK](#) findet Anwendung, wenn ein gewisses Mindestmass an Schwere eines physischen oder psychischen Leidens erreicht ist respektive ein solches im Falle der Rückkehr in den Heimat- oder Herkunftsstaat droht.<sup>15</sup> Das Mindestmass an Schwere eines Eingriffes ist im Kontext des Einzelfalles zu beurteilen. So sind insbesondere die Methode und die Dauer, die

<sup>13</sup> Siehe Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte [EGMR], Case of [Gäfgen v. Germany](#), application no. 22978/05, Urteil vom 1. Juni 2010, para. 107 (“[...] the absolute nature of the right under Article 3 does not allow for any exceptions [...]”).

<sup>14</sup> Siehe Urteil [BVGer D-5101/2006](#) vom 11. Februar 2009.

<sup>15</sup> Siehe EGMR, Case of [Ireland v. The United Kingdom](#), application no. 5310/71, Urteil vom 18. Januar 1978, para. 162.



körperlichen und psychischen Auswirkungen und persönliche Faktoren wie das Alter, das Geschlecht und der Gesundheitszustand der betroffenen Person zu berücksichtigen.<sup>16</sup> Neben der eigentlichen Folter sind von [Artikel 3 EMRK](#) namentlich schwere körperliche Misshandlungen und Körperstrafen (Steinigung, Auspeitschung, Amputation), ungerechtfertigt harte Haftbedingungen oder Verhörmethoden sowie die Todesstrafe als unmenschliche beziehungsweise erniedrigende Strafe oder Behandlung erfasst.<sup>17</sup> Ferner hat der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) in seiner neueren Rechtsprechung festgehalten, dass eine Rückführung einer mehrköpfigen afghanischen Familie mit minderjährigen Kindern nach Italien das Verbot der unmenschlichen Behandlung verletzen würde, sofern die Schweiz nicht vorgängig bei den italienischen Behörden Garantien für eine altersgerechte Beherbergung der Kinder und die Wahrung der Einheit der Familie einhole. Gemäss dem EGMR benötigten asylsuchende Personen besonderen Schutz, umso mehr wenn die Gesuchsteller Kinder seien. Diesem Umstand sei im Fall der afghanischen Familie nicht gebührend Rechnung getragen worden, zumal die Hypothese, eine beträchtliche Anzahl nach Italien zurückgeführter asylsuchender Personen müsste ganz ohne Beherbergung oder in überbelegten Strukturen in einem gesundheitsschädigenden und gewalttätigen Umfeld leben, nicht jeglicher Grundlage entbehre.<sup>18</sup> Auch die Anordnung des Wegweisungsvollzugs betreffend eine in der terminalen Phase an AIDS erkrankte Person kann zu einer Verletzung von [Artikel 3 EMRK](#) im Sinne einer unmenschlichen Behandlung führen. Dies ist etwa dann der Fall, wenn die betreffende Person einer intensiven Pflege bedürfte, sich nach der Rückkehr aber ohne jegliche Unterstützung und Pflege auf der Strasse wieder finden und Gefahr laufen würde, einen Tod unter extremen physischen und psychischen Qualen zu erleiden.<sup>19</sup> Dagegen verletzt die Anordnung des Wegweisungsvollzugs von HIV-infizierten Personen, die (noch) nicht an AIDS erkrankt sind, die Konventionsgarantie von [Artikel 3 EMRK](#) nicht.<sup>20</sup>

### 3.1.2.5 Erfordernis der stichhaltigen Gründe eines tatsächlichen Risikos

Die Anforderungen, welche an den Nachweis drohender unmenschlicher Behandlung gestellt werden, sind verhältnismässig hoch. Eine Rückschiebung verstösst nur dann gegen [Artikel 3 EMRK](#), wenn stichhaltige Gründe eines tatsächlichen Risikos, ein sogenanntes *real risk*, dafür bestehen, dass die betreffende Person im Falle der Rückkehr Folter oder unmenschlicher beziehungsweise erniedrigender Strafe oder Behandlung ausgesetzt wäre.<sup>21</sup> Dabei ist den länder- und einzelfallspezifischen Gegebenheiten Rechnung zu tragen. So kann etwa eine weit

<sup>16</sup> Siehe EGMR, Case of [Ireland v. The United Kingdom](#), application no. 5310/71, Urteil vom 18. Januar 1978, para. 162.

<sup>17</sup> Vgl. EGMR, Case of [Ireland v. The United Kingdom](#), application no. 5310/71, Urteil vom 18. Januar 1978, para. 167 (wo der Gerichtshof betreffend fünf zur Informationsgewinnung eingesetzte Methoden als unmenschliche und erniedrigende Behandlung qualifizierte: "The techniques were also degrading since they were such as to arouse in their victims feelings of fear, anguish and inferiority capable of humiliating and debasing them and possibly breaking their physical or moral resistance. [...] Although the five techniques, as applied in combination, undoubtedly amounted to inhuman and degrading treatment, although their object was the extraction of confessions, the naming of others and/or information and although they were used systematically, they did not occasion suffering of the particular intensity and cruelty implied by the word torture as so understood.").

<sup>18</sup> Siehe EGMR, Case of [Tarakhel v. Switzerland](#), application no. 29217/12, Urteil vom 4. November 2014, paras. 120, 122.

<sup>19</sup> Siehe EGMR, Case of [D. v. The United Kingdom](#), application no. 30240/96, Urteil vom 2. Mai 1997, paras. 51-53.

<sup>20</sup> Siehe Urteile des Bundesverwaltungsgerichts [BVGE] [D-6538/2006](#) vom 7. August 2008, E. 9.1.2.-9.1.6.

<sup>21</sup> Siehe EGMR, Case of [Saadi v. Italy](#), application no. 37201/06, Urteil vom 28. Februar 2008, para. 140.



verbreitete Folter- und Misshandlungspraxis im Heimat- oder Herkunftsstaat ein Indiz für eine drohende persönliche Gefahr darstellen.<sup>22</sup> Der EGMR prüft in Rückschiebungsfällen nach [Artikel 3 EMRK](#) eine Verletzung des Rückschiebungsverbots regelmässig auch in Verbindung mit dem Recht auf eine wirksame Beschwerde nach [Artikel 13 EMRK](#), wodurch die Verletzung von Verfahrenspflichten bei beabsichtigten Ausweisungen ebenfalls in den Blickpunkt rückt.<sup>23</sup>

### 3.1.2.6 Rückschiebungsverbot gemäss UN-Folterkonvention

[Artikel 3 Absatz 1 UN-Folterkonvention](#) verbietet den Vertragsstaaten, eine Person in einen Staat auszuliefern, wenn stichhaltige Gründe für die Annahme bestehen, dass sie dort Gefahr laufe, gefoltert zu werden. Für die Vertragsstaaten der EMRK bringt diese Bestimmung keine über [Artikel 3 EMRK](#) hinausgehenden Verpflichtungen mit sich. Auch definiert [Artikel 1 Absatz 1 UN-Folterkonvention](#) Folter lediglich als staatliche Handlung, was den Anwendungsbereich der Konvention erheblich einschränkt. Nichtsdestotrotz ist die Praxis des UN-Folterausschusses, dem Durchsetzungsorgan der UN-Folterkonvention, für die Schweiz relevant, da die Schweiz das Individualbeschwerdeverfahren an den UN-Folterausschuss anerkennt.

### 3.1.3 Das Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens<sup>24</sup>

Eine völkerrechtliche Verpflichtung der Schweiz bei der Regelung ausländerrechtlicher Sachverhalte besteht unter anderem darin, das Recht eines Individuums auf Achtung seines Privat- und Familienlebens zu garantieren ([Art. 8 Abs. 1 EMRK](#)). In die Ausübung dieses Rechts darf eine Behörde nur eingreifen, soweit der Eingriff gesetzlich vorgesehen und in einer demokratischen Gesellschaft notwendig ist für die nationale oder öffentliche Sicherheit, für das wirtschaftliche Wohl des Landes, zur Aufrechterhaltung der Ordnung, zur Verhütung von Straftaten, zum Schutz der Gesundheit oder der Moral oder zum Schutz der Rechte und Freiheiten anderer ([Art. 8 Abs. 2 EMRK](#)). Staatliche Massnahmen stellen einen Eingriff in durch [Artikel 8 EMRK](#) geschützte Rechte dar, wenn Betroffene im Aufenthaltsstaat persönliche oder Familienbindungen haben, die ausreichend stark sind und durch eine Abschiebung beeinträchtigt würden. Gemäss ständiger bundesgerichtlicher Rechtsprechung ergibt sich indessen lediglich dann ein Aufenthaltsanspruch, wenn nahe Familienangehörige über ein gefestigtes Aufenthaltsrecht in der Schweiz (das heisst die Schweizer Staatsangehörigkeit, eine Niederlassungsbewilligung oder eine Aufenthaltsbewilligung mit Anspruch auf Verlängerung) verfügen.<sup>25</sup> Welche Behörde zu beurteilen hat, ob ein potentieller ([Art. 42 / 43 AIG](#)) beziehungsweise ein offensichtlicher ([Art. 44 AIG](#) i.V. mit [Artikel 8 EMRK](#)) Anspruch auf Erteilung einer Aufenthalts- oder Niederlassungsbewilligung besteht und welche Behörde über die Wegweisung zu befinden hat, ist den Kapiteln 2.3.2 und 2.3.3 zu entnehmen. Hat bereits ein ausländerrechtliches Verfahren über das Gesuch um Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung vor der zuständigen kantonalen Ausländerbehörde stattgefunden und hat diese dabei das Bestehen eines Anspruchs verneint, so haben sich die Asylbehörden im Rahmen der Prüfung der Zulässigkeit des Wegweisungsvollzugs nicht mehr mit [Artikel 8 EMRK](#) zu befassen.<sup>26</sup>

<sup>22</sup> Siehe EGMR, Case of [Saadi v. Italy](#), application no. 37201/06, Urteil vom 28. Februar 2008, para. 130.

<sup>23</sup> Siehe EGMR, Case of [M.S.S. v. Belgium and Greece](#), application no. 30696/09, Urteil vom 21. Januar 2011, para. 249.

<sup>24</sup> Vgl. [F3 Das Familienasyl](#).

<sup>25</sup> Siehe [BVGE 2013/49](#) E. 8.2, E. 8.4.1.

<sup>26</sup> Siehe [EMARK 2001 Nr. 21](#) E. 11b, S.177 f.



Neben dem Familienleben schützt [Artikel 8 EMRK](#) auch das Privatleben. Der Schutzbereich des Rechtes auf Achtung des Privatlebens erfasst neben anderen Lebenssachverhalten auch das Recht, Beziehungen zu anderen Personen herzustellen und zu entwickeln, denn es umfasst Aspekte der sozialen Identität, die Gesamtheit der sozialen Beziehungen. Ausländerrechtliche Massnahmen können, ungeachtet der Auswirkungen auf allfällig bestehende familiäre Bindungen, zu einer starken Beeinträchtigung der gesellschaftlichen und sozialen Beziehungen führen. Deswegen schützt [Artikel 8 EMRK](#) auch unter diesem Gesichtspunkt vor einer nicht gerechtfertigten Ausweisung. Somit kann [Artikel 8 EMRK](#) auch in ausländerrechtlichen Konstellationen, wo es um Anwesenheitsberechtigungen geht, unabhängig vom Bestehen familiärer Anknüpfungspunkte, relevant sein. Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung kann aus dem Schutz des Privatlebens allerdings nur unter besonderen Umständen ein Recht auf Verbleib in der Schweiz abgeleitet werden. Eine lange Anwesenheit und die damit verbundene normale Integration genügen für sich allein nicht; es bedarf hierfür vielmehr besonders intensiver, über eine normale Integration hinausgehender privater Bindungen gesellschaftlicher und beruflicher Natur beziehungsweise entsprechender vertiefter sozialer Beziehungen zum ausserfamiliären Bereich. Gemäss Lehre und bundesgerichtlicher Praxis ist neben der langen Aufenthaltsdauer von Bedeutung, dass eine ausländische Person überdurchschnittlich gut integriert sein muss, um Ansprüche aus [Artikel 8 EMRK](#), soweit dieser das Privatleben schützt, abzuleiten.<sup>27</sup>

### 3.1.4 Das Recht des Kindes

Die UN-Kinderrechtskonvention ist in der Schweiz seit dem 26. März 1997 in Kraft.<sup>28</sup> Sie zeichnet sich namentlich dadurch aus, dass nicht alle Übereinkommensbestimmungen in der Schweiz direkt anwendbar sind. Deshalb ist im Einzelfall eine Prüfung der einschlägigen KRK-Bestimmung dahingehend vorzunehmen, ob sie eine direkt anwendbare völkerrechtliche Verpflichtung darstellt (und somit unter dem Titel der Zulässigkeit des Wegweisungsvollzugs zu prüfen ist) oder ob sie nicht direkt anwendbar ist (mit der Folge, dass sie unter dem Titel der Zumutbarkeit des Wegweisungsvollzugs zu berücksichtigen ist). Mehr Details hierzu sind dem Kapitel 3.2.2.3 zu entnehmen.

## 3.2 Die Zumutbarkeit des Wegweisungsvollzugs

Der Vollzug der Wegweisung kann für Ausländerinnen und Ausländer unzumutbar sein, wenn sie in Situationen wie Krieg, Bürgerkrieg, allgemeiner Gewalt und medizinischer Notlage im Heimat- oder Herkunftsstaat konkret gefährdet sind ([Art. 83 Abs. 4 AIG](#)). Dabei erfordert die Beantwortung der Frage, ob die Ausländerin oder der Ausländer im Falle des Vollzugs der Wegweisung im Heimat- oder Herkunftsstaat konkret gefährdet wäre, eine Prognose, welche vor dem länderspezifischen Hintergrund im Rahmen einer Einzelfallbeurteilung unter Berücksichtigung der Verhältnisse vor Ort und der individuellen Lebensumstände der betroffenen Person vorzunehmen ist.<sup>29</sup> Die Aufzählung von Ursachen einer konkreten Gefährdung in [Artikel 83 Absatz 4 AIG](#) bezieht sich auf typische Gefährdungssituationen; sie ist allerdings nicht

<sup>27</sup> Siehe [BVGE 2013/49](#) E. 8.5, E. 8.7.1, E. 8.8.1.

<sup>28</sup> Zur KRK siehe auch [A2 Die UN-Kinderrechtskonvention \(KRK\)](#).

<sup>29</sup> Siehe BVGer, [Urteil D-3622/2011](#) vom 8. Oktober 2014, E. 7.7.4.



abschliessend. So hat etwa die Rechtsprechung präzisiert, dass der Vollzug der Wegweisung nicht einzig aufgrund der allgemeinen Situation, sondern auch aus individuellen Gründen wirtschaftlicher, sozialer und gesundheitlicher Natur unzumutbar sein kann.<sup>30</sup> Dabei vermögen nicht beliebige Nachteile oder Schwierigkeiten die Annahme einer konkreten Gefährdung im Sinne von [Artikel 83 Absatz 4 AIG](#) zu begründen, sondern ausschliesslich Gefahren für Leib oder Leben. Die von der Wegweisung betroffene Person muss demnach im Falle einer Rückkehr in den Heimat- oder Herkunftsstaat dort in eine existenzielle Notlage geraten. Eine konkrete Gefährdung liegt im Allgemeinen nicht schon deshalb vor, weil die wirtschaftliche Situation und damit die allgemeinen Lebensbedingungen im Heimat- oder Herkunftsstaat schwierig sind. Ebenso wenig vermag ein längerer Aufenthalt in der Schweiz oder eine fortgeschrittene Integration alleine eine konkrete Gefährdung im Sinne von [Artikel 83 Absatz 4 AIG](#) zu begründen. Diese Faktoren sind vielmehr als Kriterien zur in die Kompetenz der kantonalen Behörden fallenden Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung nach [Artikel 30 Absatz 1 Buchstabe b AIG](#) („schwerwiegender persönlicher Härtefall“) zu sehen. Im Zuge der Prüfung der Zumutbarkeit des Wegweisungsvollzugs können diese Faktoren jedoch zum Tragen kommen, wenn das Kindeswohl gemäss [Artikel 3 Absatz 1 KRK](#) mit zu berücksichtigen ist, wo weniger hohe Anforderungen an die Annahme einer konkreten Gefährdung gelten.<sup>31</sup> Trotz des Wortes „kann“ im Gesetzestext, belässt [Artikel 83 Absatz 4 AIG](#) den schweizerischen Asylbehörden kein Ermessen: Sind die Voraussetzungen einer konkreten Gefährdung gegeben, so ist der Vollzug der Wegweisung unzumutbar und – unter Vorbehalt von [Artikel 83 Absatz 7 AIG](#) – die vorläufige Aufnahme anzuordnen.<sup>32</sup>

### **3.2.1 Situation im Heimat- oder Herkunftsstaat**

Die Anordnung des Wegweisungsvollzugs kann aufgrund der Situation im Heimat- oder Herkunftsstaat unzumutbar sein.

#### **3.2.1.1 Gewaltflüchtlinge**

Eine konkrete Gefährdung liegt vor, wenn im Heimatland der betreffenden Person eine akute Kriegs- beziehungsweise Bürgerkriegssituation oder ein Zustand allgemeiner Gewalt vorliegt. In diesem Zusammenhang kann von sogenannten "Gewaltflüchtlingen" oder "de-facto-Flüchtlingen" gesprochen werden. Bei Personen, welche Unruhen, Bürgerkriegssituationen und allgemeiner Missachtung der Menschenrechte entfliehen wollen, ohne gezielt verfolgt zu sein, handelt es sich nicht um Flüchtlinge im Sinne des Asylgesetzes respektive der Flüchtlingskonvention. Sie geniessen deshalb keinen völkerrechtlichen Rückschiebungsschutz, können aber wegen Unzumutbarkeit des Wegweisungsvollzugs vorläufig aufgenommen werden.

Von der vorläufigen Aufnahme wegen Unzumutbarkeit des Wegweisungsvollzugs zu unterscheiden ist der eigens für die Situation von Gewaltflüchtlingen geschaffene Sonderstatus der „Schutzbedürftigen“ ([Art. 66-79a AsylG](#)). Das System des vorübergehenden Schutzes wurde vom Gesetzgeber in das totalrevidierte Asylgesetz vom 26. Juni 1998 aufgenommen, um in kurzer Zeit einer grossen Anzahl von Asylsuchenden vorübergehenden Schutz gewähren zu

<sup>30</sup> Siehe BVGer, [Urteil D-3622/2011](#) vom 8. Oktober 2014, E. 7.5.

<sup>31</sup> Siehe BVGer, [Urteil D-3622/2011](#) vom 8. Oktober 2014, E. 7.6; vgl. auch Kapitel 2.2.2.2.3.

<sup>32</sup> Siehe BVGer, [Urteil D-3622/2011](#) vom 8. Oktober 2014, E. 7.9.6, E. 7.10.



können. Bisher ist das System des vorübergehenden Schutzes jedoch noch nie angewendet worden.

### 3.2.1.2 Wirtschaftliche oder soziale Situation

Personen, welche einzig aus wirtschaftlichen Motiven migrieren, werden nicht vorläufig aufgenommen. Auch reicht eine in sozio-ökonomischer Hinsicht schwierige Situation im Heimat- oder Herkunftsstaat nicht aus, um eine konkrete Gefährdung im Sinne von [Artikel 83 Absatz 4 AIG](#) zu begründen.<sup>33</sup> Desolate wirtschaftliche und soziale Verhältnisse sind allerdings Beurteilungselemente, welche in Kombination mit weiteren erschwerenden Faktoren zur Unzumutbarkeit des Wegweisungsvollzugs führen können, etwa wenn die betreffende Person in eine existenzbedrohende Situation geraten würde und bei der Rückkehr konkret gefährdet wäre.<sup>34</sup> Zur Abfederung schwieriger Reintegrationsumstände bietet [Artikel 93 AsylG](#) die Möglichkeit, Personen, die in ihrem Heimat- respektive Herkunftsstaat über keine beruflichen Perspektiven oder keinen Wohnraum verfügen, im Rahmen der Rückkehrhilfe (vgl. [G3 Die Rückkehrhilfe](#)) finanziell zu unterstützen.

## 3.2.2 Individuelle Gründe

Nebst der Situation im Heimat- oder Herkunftsstaat können persönliche Umstände zu einer konkreten Gefährdung der Person und somit zur Unzumutbarkeit des Wegweisungsvollzugs führen.

### 3.2.2.1 Medizinische Gründe

[Artikel 83 Absatz 4 AIG](#) setzt eine konkrete Gefährdung durch eine medizinische Notlage voraus. Der Wortlaut verdeutlicht, dass die Bestimmung nur gravierende medizinische Fälle erfasst.<sup>35</sup> Der alleinige Umstand, dass im Heimat- oder Herkunftsstaat keine dem schweizerischen Standard entsprechende medizinische Behandlung möglich ist, führt nicht zur Unzumutbarkeit des Wegweisungsvollzugs.<sup>36</sup> Eine medizinische Notlage kann vorliegen, wenn eine weggewiesene Person ein schweres körperliches oder psychisches Leiden aufweist und die Behandlungs- und Betreuungsmöglichkeiten im Herkunftsland unzulänglich sind.<sup>37</sup> Die Behandlungs- und Betreuungsmöglichkeiten im Herkunftsland gelten als zulänglich, wenn eine angemessene medizinische Infrastruktur existiert, diese erreichbar und die notwendige Behandlung erhältlich ist.<sup>38</sup> Sind die notwendigen Behandlungsmodalitäten nicht am Herkunftsort der betreffenden Person erfüllt, so ist zu prüfen, ob aufgrund der Umstände des Einzelfalles von ihr erwartet werden kann, sich dorthin zu begeben, wo in ihrem Land die notwendige medizinische Behandlung gewährleistet ist.<sup>39</sup> Die Prüfung, ob eine medizinische Notlage vorliegt,

<sup>33</sup> Siehe [EMARK 2005 Nr. 24](#) E. 10.1, S.215.

<sup>34</sup> Siehe BVGer, Urteil [D-3878/2006](#) vom 2. Juli 2008, E. 4.6.

<sup>35</sup> Siehe Illes, 2010, S.799.

<sup>36</sup> Siehe [EMARK 2003 Nr. 24](#) E.5a und b, S.157 f.

<sup>37</sup> Siehe Bolzli, 2012, S.234.

<sup>38</sup> Siehe Bolzli, 2012, S.234.

<sup>39</sup> Siehe [EMARK 1993 Nr. 38](#) E. 6b, S.278 f. (wo die ARK zum Schluss kam, dass eine vorläufige Aufnahme wegen Vorliegens einer medizinischen Notlage zu verfügen sei, da die wöchentliche Nachbehandlung lebenswichtig und die wöchentliche Reise in ein die Behandlung gewährleistendes Hospital respektive der Umzug an einen in der Umgebung eines solchen Hospitals gelegenen Ort nicht zumutbar seien).



hat den länder- und einzelfallspezifischen Umständen Rechnung zu tragen.<sup>40</sup> Ist die medizinische Behandlung mit Kosten verbunden, die nicht von einer staatlichen Krankenversicherung getragen werden, kann medizinische Rückkehrhilfe geleistet werden ([Art. 93 AsylG](#)).

### 3.2.2.2 Zugehörigkeit zu einer vulnerablen Gruppe

Personen, die bestimmte Eigenschaften aufweisen, können aufgrund eben dieser bei einer Rückkehr in den Heimat- oder Herkunftsstaat besonders verletzlich sein („vulnerable group“, zu Deutsch: vulnerable oder verletzte Gruppe) und deshalb einem erhöhten subsidiären Schutzbedürfnis unterliegen. Namentlich können alleinstehende oder alleinerziehende Frauen, betagte Personen, minderjährige Personen, Personen mit geistiger oder körperlicher Behinderung, Angehörige einer LGBTI-Gruppe und Analphabeten vulnerable Gruppen bilden.<sup>41</sup> Für diese Personen kann es aufgrund der gesellschaftlichen und soziopolitischen Strukturen im Heimat- oder Herkunftsstaat schwieriger oder gar unmöglich sein, sich eine existenzsichernde Lebensgrundlage zu schaffen oder Zugang zu den notwendigen Versorgungsstrukturen zu erlangen, die für die Abwendung einer lebensbedrohlichen Situation bei der Rückkehr notwendig sind.<sup>42</sup> Die Prüfung der Zumutbarkeit des Wegweisungsvollzugs für Angehörige einer vulnerablen Gruppe hat vor dem länderspezifischen Hintergrund und den individuellen Umständen der betreffenden Person zu erfolgen.

### 3.2.2.3 Kindeswohl

#### 3.2.2.3.1 Direkte Anwendbarkeit völkerrechtlicher Normen: Zulässigkeits- oder Zumutbarkeitsprüfung?

Sind von einem allfälligen Wegweisungsvollzug Kinder betroffen, so bildet im Rahmen der Zumutbarkeitsprüfung das Kindeswohl einen Gesichtspunkt von gewichtiger Bedeutung. Grundlage dafür bildet die UN-Kinderrechtskonvention, welche die Schweiz am 24. Februar 1997 ratifizierte.<sup>43</sup> Seit dem 26. März 1997 ist sie in Kraft. Allerdings sind mehrere Bestimmungen der KRK in der Schweiz nicht direkt anwendbar. Eine Bestimmung ist direkt anwendbar („self-executing“), wenn sie inhaltlich hinreichend bestimmt und klar ist, um im Einzelfall Grundlage eines Entscheides zu bilden. Die Norm muss mithin justiziabel sein, das heisst es müssen die Rechte und Pflichten des Einzelnen umschrieben und der Adressat der Norm die rechtsanwendenden Behörden sein.<sup>44</sup> Eine solche, direkt anwendbare Bestimmung der KRK stellt für die Schweiz eine völkerrechtliche Verpflichtung dar und ist folglich im Rahmen der Prüfung

<sup>40</sup> Siehe [EMARK 1993 Nr. 38](#) E. 6b, S.277 ff.

<sup>41</sup> Vgl. BVGer, Urteil [E-1054/2013](#) vom 21. Juni 2013, E. 4.5.2 (worin das BVGer eine Frau und Kinder als vulnerable Gruppe bezeichnet); vgl. auch BVGer, Urteil [E-5979/2007](#) vom 23. Mai 2011, E. 6.5 (betreffend eine ukrainische Frau, deren Möglichkeit der Finanzierung des Lebensunterhaltes und der Kosten für notwendige medizinische Behandlungen nicht gesichert war und angesichts des fortgeschrittenen Alters der Frau nicht davon ausgegangen werden konnte, dass sie in der Lage sei, sich in der Ukraine aus eigenen Kräften eine Existenzgrundlage zu schaffen).

<sup>42</sup> Vgl. BVGer, Urteil [D-6210/2012](#) vom 31. Januar 2014, E. 6.3.3 (betreffend eine alleinstehende äthiopische Frau, die aufgrund psychischer und physischer Beeinträchtigungen, der Inexistenz eines tragfähigen Beziehungsnetzes im Heimatstaat, ihrer geringen Schulbildung und erhöhter Gewalt und sozialer Diskriminierung gegenüber Frauen im Heimatstaat wegen Unzumutbarkeit des Wegweisungsvollzugs vorläufig aufgenommen wurde).

<sup>43</sup> Zur KRK siehe auch [A2 Die UN-Kinderrechtskonvention \(KRK\)](#).

<sup>44</sup> Siehe [BGE 133 I 286](#) E. 3.2, S.291.



der Zulässigkeit des Wegweisungsvollzugs zu prüfen ([Art. 83 Abs. 3 AIG](#)). So ist etwa [Artikel 12 KRK](#) betreffend die Anhörung von Kindern zu allen sie berührenden Angelegenheiten direkt anwendbar.<sup>45</sup> Stellt hingegen eine nicht direkt anwendbare Bestimmung der KRK ein potentiell Vollzugshindernis dar, so haben die schweizerischen Asylbehörden deren Auswirkung auf den Wegweisungsvollzug im Zuge der Zumutbarkeitsprüfung zu berücksichtigen. Beispielhaft sei [Artikel 3 Ziffer 1 KRK](#) aufgeführt. Diese Bestimmung sieht vor, dass bei allen Massnahmen, die Kinder betreffen – gleichviel ob sie von öffentlichen oder privaten Einrichtungen der sozialen Fürsorge, Gerichten, Verwaltungsbehörden oder Gesetzgebungsorganen getroffen werden –, das Wohl des Kindes ein Gesichtspunkt ist, der vorrangig zu berücksichtigen ist. Sie wird in der Rechtspraxis des BVGer im Rahmen der Zumutbarkeitsprüfung berücksichtigt.<sup>46</sup>

### 3.2.2.3.2 Inhalt der Zumutbarkeitsprüfung gestützt auf die UN-Kinderrechtskonvention

Wenn das Kindeswohl gemäss [Artikel 3 Ziffer 1 KRK](#) zu berücksichtigen ist, sind im Rahmen der Zumutbarkeitsprüfung weniger hohe Anforderungen an die Annahme einer konkreten Gefährdung zu stellen.<sup>47</sup> In der Rechtsanwendung ist eine am Prinzip der vorrangigen Berücksichtigung des Kindeswohls orientierte völkerrechtskonforme Auslegung von [Artikel 83 Absatz 4 AIG](#) vorzunehmen, bei welcher sämtliche Umstände einzubeziehen und zu würdigen sind, die im Hinblick auf eine Wegweisung wesentlich erscheinen.<sup>48</sup> Namentlich sind dem Alter, der Reife, Abhängigkeiten, der Art (Nähe, Intensität, Tragfähigkeit) der Beziehungen, den Eigenschaften der Bezugspersonen (insbesondere Unterstützungsbereitschaft und -fähigkeit), dem Stand und der Prognose bezüglich Entwicklung/Ausbildung und dem Grad der erfolgten Integration bei einem längeren Aufenthalt in der Schweiz Rechnung zu tragen.<sup>49</sup> Die Dauer des Aufenthaltes in der Schweiz ist im Hinblick auf die Prüfung der Chancen und Hindernisse einer Reintegration im Heimatland bei einem Kind als gewichtiger Faktor zu werten, da Kinder nicht ohne guten Grund aus einem einmal vertrauten Umfeld herausgerissen werden sollten.<sup>50</sup> So kann etwa eine starke Assimilierung adoleszenter Kinder in der Schweiz eine Entwurzelung im Heimatstaat zur Folge haben, die die Rückkehr dorthin unzumutbar macht.<sup>51</sup>

## 3.3 Die Möglichkeit des Wegweisungsvollzugs

Der Vollzug der Wegweisung ist nicht möglich, wenn die Rückkehr der ausländischen Person in den Heimat-, Herkunfts- respektive in einen Drittstaat technisch und praktisch nicht durchführbar ist ([Art. 83 Abs. 2 AIG](#)). Verunmöglicht die ausländische Person durch ihr eigenes Verhalten den Wegweisungsvollzug, so soll keine vorläufige Aufnahme verfügt werden ([Art. 17 Abs. 2 VVWAL](#)).

<sup>45</sup> Siehe [BGE 124 II 361](#) E. 3c, S.368.

<sup>46</sup> Siehe. [BVGE 2012/31](#), E. 7.3.2.3; *siehe statt vieler auch* BVGer, Urteil [E-5663/2006](#) vom 5. Juli 2007, E. 5.1 und Urteil [D-7177/2006](#) vom 2. April 2007, E. 4.3.2.

<sup>47</sup> Siehe BVGer, [Urteil D-3622/2011](#) vom 8. Oktober 2014, E. 7.6.

<sup>48</sup> Siehe [EMARK 1998 Nr. 13](#) E. 5e aa, S.98 f.

<sup>49</sup> Siehe [EMARK 1998 Nr. 13](#) E. 5e aa, S.98 f.

<sup>50</sup> Siehe [BVGE 2009/51](#) E. 5.6.

<sup>51</sup> Siehe BVGer, [Urteil D-3357/2006](#) vom 9. Juli 2009, E. 9.3.2.



Die Unmöglichkeit des Vollzugs ist namentlich in folgenden Situationen gegeben:

- alle angefragten Drittstaaten verweigern der weggewiesenen Person die Einreise;
- der Heimatstaat der weggewiesenen Person verweigert ihr die Wiedereinreise;
- eine Rückführung in den Heimatstaat wird langfristig verunmöglicht, da z.B. infolge von Unruhen alle Flugplätze oder gar die Grenzen geschlossen sind;
- die zur Weiterreise notwendigen Reisepapiere sind nicht vorhanden und können trotz pflichtgemässer Mitwirkung der betroffenen Person langfristig nicht beschafft werden (vgl. [Art. 83 Abs. 7 lit. c AIG](#) und [Art. 17 Abs. 2 VVWAL](#));
- die gesundheitliche Konstitution der betroffenen Person verbietet einen Transport (auf unbestimmte Zeit fehlende Reisefähigkeit).

Ergibt sich die Unmöglichkeit des Vollzugs der Wegweisung bereits im Zeitpunkt des Erlasses der Wegweisungsverfügung, verfügt das SEM eine vorläufige Aufnahme. Stellt sich erst im Vollzugsstadium heraus, dass der Wegweisungsvollzug unmöglich ist, so beantragt der zuständige Kanton beim SEM die Anordnung einer vorläufigen Aufnahme ([Art. 46 Abs. 2 AsylG](#)).

### 3.4 Verweigerung der Anordnung der vorläufigen Aufnahme

Die Folge der Unzulässigkeit, Unzumutbarkeit oder Unmöglichkeit des Vollzugs der Wegweisung ist die Verfügung einer vorläufigen Aufnahme ([Art. 83 Absatz 1 AIG](#); vgl. auch Kapitel 4).

[Artikel 83 Absatz 7 AIG](#) sieht im Falle der Unzumutbarkeit oder der Unmöglichkeit des Wegweisungsvollzuges drei Ausnahmekonstellationen vor.

1. Wurde die betreffende Person zu einer längerfristigen Freiheitsstrafe im In- oder Ausland verurteilt oder wurde gegen sie eine strafrechtliche Massnahme im Sinne von [Artikel 64](#) oder [Artikel 59-61](#) des Strafgesetzbuches angeordnet,
2. hat die betreffende Person wiederholt gegen die öffentliche Sicherheit und Ordnung in der Schweiz oder im Ausland verstossen oder gefährdet sie die innere oder äussere Sicherheit, oder
3. hat die betreffende Person die Unmöglichkeit des Vollzugs der Weg- oder Ausweisung durch ihr eigenes Verhalten verursacht,

so wird die vorläufige Aufnahme nicht angeordnet ([Art. 83 Abs. 7 AIG](#)). Diese Bestimmung erfordert grundsätzlich eine Interessenabwägung im Sinne von [Artikel 96 AIG](#). Die Verurteilung zu einer bedingten Freiheitsstrafe lässt beispielsweise in der Regel nicht auf eine erhebliche Gefährdung oder Verletzung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung schliessen, jedoch kann der Umstand, dass durch das begangene Delikt besonders wertvolle Rechtsgüter betroffen sind, zum gegenteiligen Schluss führen.<sup>52</sup> Auch die wiederholte Deliktbegehung kann trotz bedingt ausgesprochener Freiheitsstrafe Anhaltspunkte für eine Gefährdung der öffentlichen

<sup>52</sup> Siehe [EMARK 2004 Nr. 39](#) E. 5.3, S.271.



Sicherheit und Ordnung geben, stellt eine solche doch die vermutete günstige Prognose erheblich in Frage. Ferner kann auch das Vorleben der betreffenden Person bei der Interessenabwägung mit berücksichtigt werden.<sup>53</sup>

## Kapitel 4 Die Anordnung der vorläufigen Aufnahme

### 4.1 Grundsatz

Gemäss [Artikel 44 AsylG](#) verfügt das Staatssekretariat für Migration SEM in der Regel die Wegweisung und ordnet deren Vollzug an, wenn ein Asylgesuch abgelehnt oder nicht darauf eingetreten wird. Die Anordnung des Vollzugs der Wegweisung wird in Anwendung von [Artikel 83](#) und [84 AIG](#) geprüft. Damit wird anerkannt, dass dem Vollzug Schranken entgegenstehen können und dieser nicht zulässig, zumutbar oder möglich sein kann. Die Behörden sind verpflichtet, das Vorhandensein allfälliger Vollzugshindernisse von Amtes wegen zu prüfen.

### 4.2 Rechtsfolge und Rechtscharakter

Die Wegweisung aus der Schweiz wird nicht vollzogen, wenn eines oder mehrere Vollzugshindernisse vorliegen. In der Wegweisungsverfügung des SEM muss ausdrücklich erwähnt werden, dass die verfügte Wegweisung aufgrund eines bestimmten Vollzugshindernisses nicht vollzogen wird. Im Dispositiv der Wegweisungsverfügung wird die Anordnung der vorläufigen Aufnahme, die anstelle des nicht zulässigen, zumutbaren oder möglichen Vollzugs tritt, festgehalten.

Die vorläufige Aufnahme ist vom Gesetzgeber als Ersatzmassnahme und nicht als selbständiger Aufenthaltsstatus konzipiert worden.<sup>54</sup> Trotz dieses „Ersatzcharakters“ haben die zuständigen Behörden bei deren Anordnung keinen Ermessensspielraum: Liegt eine Vollzugsschranke vor, muss die vorläufige Aufnahme zwingend angeordnet werden. Bei [Art. 84 Abs. 4 AIG](#) handelt es sich um eine „unechte“ Kann-Bestimmung. Dem SEM kommt bei der Beurteilung der Zumutbarkeit Vollzugs der Wegweisung kein Ermessen zu, sobald eine konkrete Gefährdung festgestellt wird.<sup>55</sup>

### 4.3 Zuständigkeiten

Die Zuständigkeit für die Anordnung der vorläufigen Aufnahme liegt beim SEM ([Art. 83 Abs. 1 AIG](#)). Die kantonalen Behörden können die vorläufige Aufnahme beantragen ([Art. 83 Abs. 6 AIG](#)). Bei einer ausländerrechtlichen Wegweisung prüft die kantonale Behörde das Vorhandensein allfälliger Vollzugshindernisse und beantragt im gegebenen Fall die vorläufige Aufnahme beim SEM. Die Prüfung von Vollzugshindernissen bei einer asylrechtlichen Wegweisung wird hingegen von Amtes wegen durch das SEM durchgeführt. Die mit dem Vollzug beauftragte kantonale Migrationsbehörde ([Artikel 46 Abs.1 AsylG](#)) ist bei einer asylrechtlichen Wegweisung hinsichtlich der Zumutbarkeit und der Zulässigkeit des Vollzugs an die vom SEM

<sup>53</sup> Siehe [EMARK 2004 Nr. 39](#) E. 5.3, S.271.

<sup>54</sup> Siehe [BBI 1990 II 647](#).

<sup>55</sup> Siehe [BVGE 2014/26](#) E. 5.5.



vorgenommene Beurteilung gebunden. Sollte sich der Vollzug hingegen als nicht möglich erweisen (auf unbestimmte Zeit unterbrochene Flugverbindungen, Beschaffung von Reisedokumenten unmöglich), kann die kantonale Migrationsbehörde beim SEM die Anordnung der vorläufigen Aufnahme wegen Unmöglichkeit des Vollzugs auch bei einer asylrechtlichen Wegweisung beantragen ([Artikel 46 Abs. 2 AsylG](#)). Für weggewiesene Asylsuchende ist es hingegen nicht möglich, einen Antrag auf Anordnung der vorläufigen Aufnahme zu stellen. Nachträglich auftretende Vollzugshindernisse (Zumutbarkeit und Zulässigkeit) sind durch das SEM im Rahmen eines Wiedererwägungsgesuchs zu prüfen.

#### **4.4 Vorläufig aufgenommene Flüchtlinge und vorläufig aufgenommene Personen**

Bei der Kategorie der vorläufig aufgenommenen Flüchtlinge handelt es sich um Personen, die gemäss [Artikel 3 AsylG](#) als Flüchtlinge anerkannt, jedoch von der Asylgewährung ausgeschlossen wurden (vgl. [Artikel 53](#) und [54 AsylG](#)). Während die Flüchtlingseigenschaft nach den Bestimmungen der Flüchtlingskonvention gewährt wird, richtet sich der Asylstatus nach den Kriterien des nationalen Rechts. Im Rahmen der Flüchtlingskonvention besteht kein völkerrechtlicher Anspruch auf Asyl. Anerkannte Flüchtlinge, die kein Asyl erhalten, werden wegen Unzulässigkeit des Wegweisungsvollzugs als Flüchtlinge vorläufig aufgenommen. Bei einer vorläufigen Aufnahme ohne Zuerkennung der Flüchtlingseigenschaft handelt es sich um eine vorläufig aufgenommene Person.

#### **4.5 Einbezug in die vorläufige Aufnahme**

##### **4.5.1 Grundsatz**

Lehnt das SEM das Asylgesuch ab oder tritt es darauf nicht ein, so verfügt es in der Regel die Wegweisung aus der Schweiz und ordnet den Vollzug an; es berücksichtigt dabei den Grundsatz der Einheit der Familie. Im Übrigen finden für die Anordnung des Vollzugs der Wegweisung die [Artikel 83](#) und [84 AIG](#) Anwendung ([Art. 44 AsylG](#)). Gemäss der Rechtsprechung der vormaligen Schweizerischen Asylrekurskommission (ARK) führt die vorläufige Aufnahme des einen Familienmitglieds in der Regel zur vorläufigen Aufnahme weiterer Familienmitglieder.

##### **4.5.2 Voraussetzungen**

Gemäss der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts führt die vorläufige Aufnahme des einen Familienmitglieds in der Regel zur vorläufigen Aufnahme weiterer Familienmitglieder, wenn folgende Voraussetzungen gegeben sind<sup>56</sup>:

1. Tatsächlich gelebte und intakte Beziehung zu einem Kernfamilienmitglied.
2. Das Kernfamilienmitglied verfügt über ein mit dem Asylverfahren in Zusammenhang stehendes Anwesenheitsrecht, d.h. eine vorläufige Aufnahme, eine B-Bewilligung nach dem Asylverfahren, eine Härtefallbewilligung ([Art. 14 Abs. 1 AsylG](#)) oder das

<sup>56</sup> Siehe [EMARK 1995 Nr. 24 E. 11b](#).



Asylverfahren des Kernfamilienmitglieds ist noch nicht abgeschlossen.

3. Es liegt kein Ausnahmetatbestand vor (vgl. nachfolgend).

### 4.5.3 Ausnahmetatbestände

[Art. 44 AsylG](#) ist in der Regel nicht anwendbar, wenn ein Familienmitglied die vorläufige Aufnahme erhalten hat, bevor derjenige, der sich darauf beruft, in die Schweiz eingereist ist, da es ansonsten reichen würde, ein offensichtlich unbegründetes Asylgesuch zu stellen (Umgehung der Nachzugsbestimmungen im Sinne von [Art. 44 AIG](#) bzw. [Art. 85 Abs. 7 AIG](#)).<sup>57</sup> Sodann ist [Art. 44 AsylG](#) nicht anwendbar, wenn die Voraussetzungen von [Art. 83 Abs. 7 AIG](#) erfüllt sind.<sup>58</sup> [Art. 44 AsylG](#) ist ausserdem nicht anwendbar, wenn die familiären Beziehungen im Land gelebt werden können, wo keine Vollzugshindernisse bestehen.<sup>59</sup>

## 4.6 Ausschlussgründe

### 4.6.1 Einleitung

[Art. 83 Abs. 7 AIG](#) sieht vor, dass unter gewissen Umständen eine vorläufige Aufnahme nicht verfügt wird. Die in dieser Bestimmung aufgezählten Ausschlussgründe beziehen sich lediglich auf die vorläufige Aufnahme, die gestützt auf die Unzumutbarkeit oder die Unmöglichkeit des Wegweisungsvollzugs in Betracht fällt. Kann sich eine weggewiesene Person auf völkerrechtlichen Schutz berufen (insbes. [Art. 3 EMRK](#)), so überwiegt das Schutzbedürfnis der betroffenen Person die Sicherheitsbedenken und ist mithin absolut.<sup>60</sup> Eine Einschränkung dieses Grundsatzes ergibt sich jedoch aus [Art. 83 Abs. 9 AIG](#) insofern, als eine vorläufige Aufnahme dann nicht verfügt wird, wenn eine Landesverweisung nach [Artikel 66a](#) oder [66a<sup>bis</sup> StGB](#) rechtskräftig geworden ist. Mit Rechtskraft der Landesverweisung erlöscht die vorläufige Aufnahme von Gesetzes wegen.<sup>61</sup>

### 4.6.2 Längerfristige Freiheitsstrafe und strafrechtliche Massnahmen

Der Ausschlussgrund von [Artikel 83 Absatz 7 Buchstabe a AIG](#) besagt, dass eine Person rechtskräftig zu einer längerfristigen Freiheitsstrafe im In- oder Ausland verurteilt worden ist beziehungsweise dass eine strafrechtliche Massnahme im Sinne von [Artikel 64](#) oder [Artikel 59-61](#) gegen sie verhängt worden ist. Der Begriff der längerfristigen Freiheitsstrafe ist aus den gleichlautenden Bestimmungen von [Artikel 62 Buchstabe b AIG](#) abzuleiten. Das Bundesgericht hat den Begriff der längerfristigen Freiheitsstrafe dahingehend konkretisiert, dass darunter eine Freiheitsstrafe von mehr als einem Jahr zu verstehen ist.<sup>62</sup> Die Dauer der längerfristigen Freiheitsstrafe hat sich zwingend auf ein einzelnes Urteil zu stützen. Die Zusammenrechnung von mehreren kürzeren Strafen ist nicht zulässig; keine Rolle spielt es hingegen, ob die

<sup>57</sup> Siehe BVGer, [Urteil F-8337/2015](#) vom 21. Juni 2017, E. 5.3.

<sup>58</sup> Siehe auch Kapitel 3.6; siehe BVGer, [Urteil D-7708/2009](#) vom 10. Mai 2012, E. 7.1.

<sup>59</sup> Siehe [BVGE 2014/13 E. 8.1.](#)

<sup>60</sup> Siehe [EMARK 1995 Nr. 9.](#)

<sup>61</sup> Siehe auch [E4 Die Aufhebung der vorläufigen Aufnahme.](#)

<sup>62</sup> Siehe [BGE 135 II 377 E. 4.2.](#)



Freiheitsstrafe bedingt oder unbedingt ausgesprochen wurde.<sup>63</sup> Das Bundesverwaltungsgericht folgt der Praxis des Bundesgerichts.<sup>64</sup>

#### **4.6.3 Verstoss gegen die öffentliche Sicherheit und Ordnung sowie Gefährdung der inneren oder äusseren Sicherheit**

[Artikel 83 Absatz 7 Buchstabe b AIG](#) besagt, dass die vorläufige Aufnahme nach den Absätzen 2 und 4 nicht verfügt wird, wenn die weg- oder ausgewiesene Person erheblich oder wiederholt gegen die öffentliche Sicherheit und Ordnung in der Schweiz oder im Ausland verstossen hat oder diese gefährdet oder die innere oder die äussere Sicherheit gefährdet. Unter der öffentlichen Ordnung ist die Gesamtheit aller Ordnungsvorstellungen zu verstehen, 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 den Einrichtungen des Staates.<sup>65</sup> Ein Verstoss gegen die öffentliche Sicherheit und Ordnung liegt unter anderem vor bei Missachtung von gesetzlichen Vorschriften und behördlichen Verfügungen, bei mutwilliger Nichterfüllung öffentlich-rechtlicher Verpflichtungen oder bei öffentlicher Billigung oder Werbung für Verbrechen gegen den Frieden, Kriegsverbrechen, Verbrechen gegen die Menschlichkeit, terroristische Tätigkeiten oder Aufstachelung zum Hass gegen Teile der Bevölkerung ([Artikel 80 Abs. 1 VZAE](#)).

Das Bundesgericht hat das Kriterium der Erheblichkeit im Sinne von [Artikel 83 Absatz 7 Buchstabe b AIG](#) bzw. [Artikel 62 Buchstabe c AIG](#) zwar bislang nicht definiert. Bezüglich des Widerrufs einer Niederlassungsbewilligung gemäss [Artikel 63 Buchstabe b AIG](#) liegt gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung eine erhebliche Verletzung der öffentlichen Sicherheit dann vor, wenn die ausländische Person durch ihre Handlungen besonders hochwertige Rechtsgüter, wie etwa die körperliche, psychische oder sexuelle Integrität eines Menschen, verletzt. Die Bedingungen können aber auch bereits bei weniger gravierenden Pflichtverletzungen erfüllt sein, so unter anderem, wenn sich eine Person von strafrechtlichen Massnahmen nicht beeindrucken lässt oder zeigt, dass sie künftig weder gewillt noch fähig ist, sich an die schweizerische Rechtsordnung zu halten oder falls eine Person mutwillig eine privat-rechtliche Verschuldung in bedeutendem Umfang verursacht.<sup>66</sup> Diesbezüglich ist zu beachten, dass gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung bei der Anwendung von [Artikel 83 Absatz 7 Buchstabe b AIG](#) bzw. [Artikel 62 Buchstabe c AIG](#) die Anforderungen weniger hoch anzusetzen sind, als beim Widerruf einer Niederlassungsbewilligung gemäss [Artikel 63 Buchstabe b AIG](#).<sup>67</sup>

[Artikel 83 Absatz 7 Buchstabe b AIG](#) basiert im Wesentlichen auf dem aufgehobenen (alt) Artikel 14a Absatz 6 ANAG. Grundsätzlich folgt das Bundesverwaltungsgericht in seiner aktuellen Rechtsprechung den zu (alt) Artikel 14a Absatz 6 ANAG entwickelten Grundsätzen. Nicht

<sup>63</sup> Siehe [BGE 137 II 297 E.2.3.](#) und [BGE 139 I 16](#)

<sup>64</sup> Siehe u.a. Urteile des BVer [D-1972/2009](#) vom 11. August 2011; [D-5522/2009](#) vom 17. November 2011 und [E-4796/2008](#) vom 9. Januar 2013.

<sup>65</sup> Siehe [BVGE 2007/32 E.3.5.](#)

<sup>66</sup> Siehe [BGE 137 II 297 E. 3.3.](#)

<sup>67</sup> Siehe [BGE 137 II 297 E. 3.2.](#)



jeder Verstoss gegen die öffentliche Ordnung führt zum Ausschluss bzw. zur Aufhebung der vorläufigen Aufnahme. Die Handlungen müssen eine erhebliche Gefährdung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung zur Folge haben. Angesichts dessen ist zwar beispielsweise beim Vorliegen von lediglich bedingt ausgesprochenen Freiheitsstrafen nicht davon auszugehen, dass erheblich gegen die öffentliche Ordnung und Sicherheit verstossen wurde. Sind dabei aber besonders wertvolle Rechtsgüter betroffen, können die Kriterien von [Artikel 83 Absatz 7 Buchstabe b AIG](#) erfüllt sein.<sup>68</sup> Auch die wiederholte Begehung von Delikten kann dazu führen, dass trotz bedingt ausgesprochener Strafen eine Gefährdung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung vorliegen kann, sofern keine günstige Prognose zu stellen ist.<sup>69</sup> In jedem Fall bedarf es einer Gesamtbetrachtung des Verhaltens der betroffenen Person.

Basierend auf der gerichtlichen Praxis ist die Anwendung von [Artikel 83 Absatz 7 Buchstabe b AIG](#) namentlich bei schweren oder wiederholten Zuwiderhandlungen gegen Bestimmungen des Strafgesetzbuches (insbesondere Delikte gegen Leib und Leben, Vermögensdelikte, Verbrechen und Vergehen gegen die Freiheit, strafbare Handlungen gegen die sexuelle Integrität, gemeingefährliche Delikte, strafbare Handlungen gegen die öffentliche Gewalt usw.) sowie des Strassenverkehrsgesetzes angebracht.<sup>70</sup> Auch schwere oder wiederholte Übertretungen des Betäubungsmittelgesetzes können den Ausschluss von der vorläufigen Aufnahme rechtfertigen, da nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung bereits kleine Mengen von gewissen Betäubungsmitteln die Gesundheit vieler Personen in Gefahr bringen können.<sup>71</sup> Obwohl bei Bagatelldelikten die vorläufige Aufnahme nicht aufzuheben ist, kann zum Beispiel auch das Bestehen von privatrechtlichen Schulden unter Umständen ein erheblicher Verstoss gegen die öffentliche Sicherheit darstellen, wenn die Verschuldung mutwillig erfolgt ist.<sup>72</sup>

Das Bundesverwaltungsgericht hat sodann bei der Auslegung von [Artikel 53 Buchstabe b AsylG](#) entschieden, dass von einer Aktivität, welche die innere oder äussere Sicherheit der Schweiz verletzt oder gefährdet, auch dann ausgegangen werden kann, wenn die Asylbehörden einen oder mehrere konkrete Kontakte zwischen dem Flüchtling und einer radikalen Organisation haben feststellen können. Voraussetzung dafür ist, dass die Organisation Aktivitäten von gewalttätigem Extremismus oder Terrorismus unterstützt oder zu deren Begehung beiträgt. Die Beweislast, dass er im Zeitpunkt des Entscheides nicht mehr für die Organisation aktiv ist, liegt von da an beim Flüchtling. Die Annahme einer potentiellen Gefährdung der inneren oder äusseren Sicherheit der Schweiz setzt in der Regel eine vorgängige Konsultation des Nachrichtendienstes des Bundes NDB voraus.<sup>73</sup>

<sup>68</sup> Siehe [EMARK 2006 Nr. 23 E.8.3.2](#); [EMARK 2006 Nr. 11](#); BVGer, [Urteil D-7342/2010](#) vom 5. März 2013.

<sup>69</sup> Siehe Urteile des BVGer, [D-3904/2006](#) vom 16. Februar 2010, E. 7.1; [D-5522/2009](#) vom 17. November 2011, E. 4.1.2; [EMARK 2004 Nr. 39](#).

<sup>70</sup> Siehe [BGE 125 II 217, S. 222 f.](#)

<sup>71</sup> Siehe dazu [BGE 109 IV 143](#).

<sup>72</sup> Siehe [BGE 2C 273/2010](#) vom 6. Oktober 2010 E. 3.2 und E. 3.3.

<sup>73</sup> Siehe [BVGer Urteil E-2412/2014](#) E. 3.8 vom 25. September 2018



#### 4.6.4 Prüfung der Verhältnismässigkeit?

Sind die Tatbestandselemente von [Art. 83 Abs. 7 AIG](#) erfüllt, so stellt sich die Frage, ob eine Prüfung dahingehend zu erfolgen hat, ob die Nichtverfügung einer vorläufigen Aufnahme verhältnismässig ist. Davon war bislang auszugehen.<sup>74</sup> Im Rahmen einer solchen Verhältnismässigkeitsprüfung ist eine Abwägung zwischen den Interessen der betroffenen Person an einem Verbleib in der Schweiz und den Interessen der Schweiz an der Anordnung des Wegweisungsvollzugs vorzunehmen.<sup>75</sup> Die Interessen der Schweiz sind dabei eingeschränkt auf die Verletzung oder erheblichen Gefährdung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung.<sup>76</sup> Die Prüfung der Verhältnismässigkeit umfasst die Schwere des Delikts und des Verschuldens, die seit der Tat vergangene Zeit sowie das Verhalten der betroffenen Person in dieser Periode, den Grad der Integration, die Dauer der Anwesenheit in der Schweiz sowie die ihm und seiner Familie drohenden Nachteile. Dabei ist nicht von einer schematischen Betrachtungsweise auszugehen. Vielmehr müssen bei der Abwägung die gesamten Umstände des Einzelfalls in Betracht gezogen werden.<sup>77</sup>

In einigen neueren Urteilen des Bundesverwaltungsgerichts (z.B. [E-5196/2014 vom 16. Dezember 2015](#); [E-3849/2015 vom 1. Juli 2015](#)) wird allerdings auf eine Verhältnismässigkeitsprüfung verzichtet.<sup>78</sup> Verwiesen wird dabei auf die Erwägungen 7.9.4 und 7.9.5 des Grundsatzentscheids [BVGE 2014/26](#). Dort wird unter anderem ausgeführt, dass das Gesetz in [Art. 83 Abs. 7 AIG](#) in Bezug auf das Verhalten von Ausländern und Ausländerinnen eine Interessenabwägung vornehme, welche den Spielraum des SEM bei der Beurteilung der Zumutbarkeit des Vollzugs von vornherein einschränke.<sup>79</sup>

#### 4.6.5 Ausschluss bei Unmöglichkeit des Vollzugs

Ist der Vollzug der Wegweisung aufgrund fehlender Transportmöglichkeiten, oder weil langfristig keine Reisedokumente beschafft werden können, nicht möglich, kann die kantonale Migrationsbehörde die vorläufige Aufnahme beantragen ([Artikel 17 VVWAL](#)). Die vorläufige Aufnahme wird indessen nicht verfügt, wenn der Vollzug der Wegweisung aufgrund des Verhaltens der weggewiesenen Person nicht möglich ist ([Artikel 83 Abs. 7 Bst. c AIG](#)). Falls eine

<sup>74</sup> Siehe [EMARK 2006 Nr. 23](#); [EMARK 2006 Nr. 11](#).

<sup>75</sup> Siehe [BVGE 2007/32](#).

<sup>76</sup> Siehe [EMARK 2004 Nr. 39 E.5.3](#).

<sup>77</sup> Siehe [BGE 135 II 371 E. 4.3](#).

<sup>78</sup> Statt vieler BVGer-Urteile [E-5196/2014](#) vom 16. Dezember 2015 und [E-3849/2015](#) vom 1. Juli 2015.

<sup>79</sup> Bei besagtem Grundsatzurteil geht es jedoch um die Auslegung von [Art. 83 Abs. 4 AIG](#); gleichzeitig wird nämlich festgestellt, dass das Verhalten von Ausländern und Ausländerinnen oder in deren Person begründete Eigenschaften, welche strafrechtlich, ordnungs- oder sicherheitspolitisch nicht relevant sind beziehungsweise die in [Art. 83 Abs. 7 Bst. a und b AIG](#) gezogene Grenze nicht überschreiten würden, kein öffentliches Interesse begründen können, das gewichtig genug und daher geeignet wäre, das Interesse einer im Heimat- oder Herkunftsstaat im Falle des Vollzugs der Weg- oder Ausweisung konkret gefährdeten Person zu überwiegen. Es ist demnach zumindest fraglich, ob das Bundesverwaltungsgericht mit diesem Entscheid die Verhältnismässigkeitsprüfung unter dem Gesichtspunkt von [Art. 83 Abs. 7 AIG](#) hat für obsolet erklären wollen. So finden sich mehrere neue Urteile ([F-177/2016 vom 7. Februar 2017](#); [D-22/2014 vom 2. Dezember 2014](#) oder [E-3304/2015 vom 6. August 2015](#)), bei welchen weiterhin eine Verhältnismässigkeitsprüfung vorgenommen worden ist. Es sei zudem darauf hingewiesen, dass die Ausschlussgründe von [Art. 83 Abs. 7 lit. a und b AIG](#) den Widerrufgründen von [Art. 62 lit. b und c AIG](#) entsprechen. Der aktuellen bundesgerichtlichen Rechtsprechung wäre allerdings auch nicht zu entnehmen, dass in diesen Fällen neuerdings auf eine Verhältnismässigkeitsprüfung zu verzichten wäre. Schlussendlich bleibt hier vorderhand eine gewisse Rechtsunsicherheit.



Person bei der Beschaffung von Reisedokumenten nicht mitwirkt oder sich weigert, selbständig bei der heimatlichen Vertretung um gültige Reisedokumente zu ersuchen, wird sie von der vorläufigen Aufnahme ausgeschlossen.



## Kapitel 5 Benutzte und weiterführende Literatur

Bolzli, Peter, 2015: *11. Kapitel: Vorläufige Aufnahme; Art. 83: Anordnung der vorläufigen Aufnahme*. In: Spescha, Marc / Thür, Hanspeter / Zünd, Andreas / Bolzli, Peter: *Migrationsrecht: Kommentar*, 4. Auflage, Zürich, S. 314–330.

Caroni, Martina / Meyer, Tobias D. / Ott, Lisa, 2011: *Migrationsrecht*, 2. Auflage, Bern.

Illes, Ruedi, 2010: *11. Kapitel: Vorläufige Aufnahme; Art. 83*. In: Caroni, Martina / Gächter, Thomas / Thurnherr, Daniela: *Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer (AuG): Stämpflis Handkommentar*, Bern, S. 787–805.

Petermann Loewe, Patricia, 2010: *Materiell-rechtliche Aspekte der vorläufigen Aufnahme unter Einbezug des subsidiären Schutzes der EU*, Zürich / Basel / Genf.

UNHCR, 2001: *Komplementäre Schutzformen*, PDF-Dokument zugänglich unter <http://www.unhcr.ch/droit/1-droit-international/15-protection-complementaire.html?L=1%22%22>