

3

Auszug aus dem Urteil der Abteilung V
i. S. A. gegen Bundesamt für Migration
E-3246/2006 vom 8. Januar 2009

Asylwiderruf. Echte und unechte Rückwirkung. Voraussetzungen für die ausnahmsweise Zulässigkeit der echten Rückwirkung.

Art. 41 aAsylG. Art. 63 Abs. 2 und Art. 121 Abs. 1 AsylG.

- 1. Unterschiedliche Regelung der Voraussetzungen des Asylwiderrufs nach altem Recht (aAsylG vom 5. Oktober 1979 in der Fassung vom 22. Juni 1990) und nach aktuell geltendem AsylG. Begehung einer besonders verwerflichen strafbaren Handlung als einer der neuen Widerrufsgründe (E. 3.1).**
- 2. Unter einer Rückwirkung versteht man die Anwendung neuen Rechts auf Sachverhalte, die sich noch unter altem Recht zugetragen haben, wobei zwischen echter und unechter Rückwirkung unterschieden wird. Die echte Rückwirkung liegt vor, wenn neues Recht auf einen Sachverhalt angewendet wird, der sich abschliessend vor Inkrafttreten dieses Rechts verwirklicht hat. Die unechte Rückwirkung bezeichnet dagegen das Anknüpfen neuer Rechtsnormen an einen in der Vergangenheit eingetretenen, jedoch in die Gegenwart fortdauernden Sachverhalt (E. 3.2).**
- 3. Eine echte belastende Rückwirkung kann dann zulässig sein, wenn sie in einem Gesetz eindeutig vorgesehen oder nach dem Sinn des Erlasses eindeutig gewollt ist, durch triftige Gründe (öffentliches Interesse) geboten ist, in zeitlicher Hinsicht mässig bleibt und keine stossenden Rechtsungleichheiten schafft (E. 3.3 und 3.4).**
- 4. Ein Asylwiderruf wegen einer vor Inkrafttreten des neuen AsylG begangenen besonders verwerflichen strafbaren Handlung ist mangels einschlägiger übergangsrechtlicher Bestimmungen unzulässig (E. 3).**

Révocation de l'asile. Rétroactivité proprement dite et improprement dite. Conditions pour admettre exceptionnellement une rétroactivité proprement dite.

Art. 41 aLAsi. Art. 63 al. 2 et art. 121 al. 1 LAsi.

1. Conditions différentes de révocation de l'asile selon l'ancien droit (aLAsi du 5 octobre 1979 dans la version du 22 juin 1990) et selon la LAsi en vigueur. Commission d'un acte délictueux particulièrement répréhensible (nouveau motif de révocation) (consid. 3.1).
2. Par rétroactivité, il faut entendre l'application du nouveau droit à des faits intervenus pendant la validité de l'ancien droit; il est distingué entre la rétroactivité proprement dite et la rétroactivité improprement dite. Il y a rétroactivité proprement dite lorsque le nouveau droit est appliqué à une situation de fait ayant pris fin avant son entrée en vigueur. La rétroactivité impropre rattache en revanche les nouvelles normes à une situation de fait intervenue dans le passé, mais qui perdure dans le présent (consid. 3.2).
3. La rétroactivité proprement dite en défaveur de l'intéressé peut être admise si elle est expressément prévue dans une loi ou manifestement voulue eu égard au sens de la norme, qu'elle est justifiée par des motifs pertinents (intérêt public), qu'elle est d'une portée temporelle raisonnable et ne provoque pas d'inégalités choquantes (consid. 3.3 et 3.4).
4. Faute de disposition transitoire en ce sens, la révocation de l'asile en raison d'un acte délictueux particulièrement répréhensible commis avant l'entrée en vigueur de la nouvelle LAsi est interdite (consid. 3).

Revoca dell'asilo. Retroattività propriamente detta ed impropriamente detta. Condizioni di ammissibilità in via eccezionale della retroattività propriamente detta.

Art. 41 vLAsi. Art. 63 cpv. 2 e art. 121 cpv. 1 LAsi.

1. Differente regolamentazione delle condizioni di revoca dell'asilo secondo il vecchio diritto (vLAsi del 5 ottobre 1979 nella versione del 22 giugno 1990) e secondo la LAsi in vigore. La commissione di reati particolarmente riprensibili quale uno dei nuovi motivi di revoca dell'asilo (consid. 3.1).

2. **La nozione di retroattività indica l'applicazione del nuovo diritto a dei fatti che si sono svolti sotto il diritto previgente. In tale ambito si distingue tra la retroattività propriamente detta ed impropriamente detta. Trattasi di retroattività propriamente detta quando il nuovo diritto è applicato a dei fatti che si sono svolti e conclusi prima dell'entrata in vigore di tale diritto. La retroattività impropriamente detta invece implica l'applicazione di nuove norme giuridiche ad una fattispecie che si è verificata nel passato, ma che persiste nel presente (consid. 3.2).**
3. **La retroattività propriamente detta, a svantaggio dell'interessato, può essere ammessa se essa è espressamente prevista dalla legge, o se risulta chiaramente deducibile dal senso della stessa, se è giustificata da motivi obiettivamente fondati (interesse pubblico), se è di durata limitata nel tempo e se non causa disparità di trattamento (consid. 3.3 e 3.4).**
4. **La revoca dell'asilo a causa di un reato particolarmente riprensibile commesso prima dell'entrata in vigore della nuova LAsi è inammissibile senza una disposizione transitoria in tal senso (consid. 3).**

Mit Verfügung vom 19. Dezember 1996 hiess das damalige Bundesamt für Flüchtlinge (BFF; seit 1. Januar 2005: Bundesamt für Migration) das Asylgesuch des Beschwerdeführers vom 3. August 1995 gut. Der Beschwerdeführer wurde als Flüchtling anerkannt und es wurde ihm in der Schweiz Asyl gewährt.

Im Januar 1998 wurde der Beschwerdeführer in Frankreich verhaftet und verbüsst dort eine mehrjährige Haftstrafe wegen Erpressung und Bedrohung im Zusammenhang mit dem Vorwurf terroristischer Aktivitäten der PKK. Das BFF stimmte im Juni 2000 einem Rückübernahmeersuchen der französischen Behörden zu. Der Beschwerdeführer wurde daraufhin den schweizerischen Behörden übergeben.

Mit Schreiben vom 12. Juni 2003 wurde dem Beschwerdeführer vom BFF eröffnet, dass man beabsichtige, aufgrund seiner Verurteilung in Frankreich sein Asyl gemäss Art. 63 Abs. 2 des Asylgesetzes vom 26. Juni 1998 (AsylG, SR 142.31) zu widerrufen. Gleichzeitig wurde ihm die Möglichkeit zur Stellungnahme geboten.

Mit Schreiben vom 19. Juni 2003 reichte der Beschwerdeführer mittels seines Rechtsvertreters eine entsprechende Stellungnahme ein, worin er im Wesentlichen festhielt, dass er seine Straftaten in Frankreich zu einem

Zeitpunkt verübt habe, wo das schweizerische Asylrecht noch keine Bestimmung im Sinne des heutigen Art. 63 Abs. 2 AsylG gekannt habe. Es handle sich somit um eine unzulässige Rückwirkung. Zudem erscheine der Asylwiderruf angesichts des Zeitablaufs als unverhältnismässige Massnahme.

Mit Schreiben vom 30. September 2003 hielt das BFF fest, dass der Beschwerdeführer am 30. März 2000 letztinstanzlich verurteilt worden sei, was nach Inkrafttreten von Art. 63 Abs. 2 AsylG gewesen sei.

Mit Verfügung vom 29. Januar 2004 wurde das Asyl des Beschwerdeführers vom BFF widerrufen. Das BFF begründete seinen Entscheid im Wesentlichen damit, dass sich der Beschwerdeführer in Frankreich einer besonders verwerflichen Straftat im Sinne von Art. 63 Abs. 2 AsylG schuldig gemacht habe. Bezüglich der Rückwirkung sei festzuhalten, dass Art. 63 Abs. 2 AsylG zur Schliessung einer Gesetzeslücke eingeführt worden sei und sich die Übergangsbestimmungen von Art. 121 AsylG nicht auf das Widerrufsverfahren beziehen würden. Der Asylwiderruf sei zudem verhältnismässig, zumal die Straftaten nach dem abstrakten Verjährungsbegriff zum heutigen Zeitpunkt nicht verjährt seien.

Mit Eingabe vom 5. März 2004 reichte der Beschwerdeführer über seinen Rechtsvertreter Beschwerde bei der damals zuständigen Schweizerischen Asylrekurskommission (ARK) ein.

In seiner Vernehmlassung vom 24. März 2004 hielt das BFF an seinem bisherigen Standpunkt fest und beantragte die Abweisung der Beschwerde.

Mit Schreiben vom 14. April 2004 reichte der Beschwerdeführer seine Replik zur vorinstanzlichen Vernehmlassung ein.

Das Bundesverwaltungsgericht heisst die Beschwerde gut und hebt die angefochtene Verfügung auf. Das dem Beschwerdeführer gewährte Asyl bleibt in Kraft.

Aus den Erwägungen:

3. Der Beschwerdeführer rügte, dass sich das BFF in seiner Verfügung vom 29. Januar 2004 auf das seit dem 1. Oktober 1999 in Kraft getretene neue Asylgesetz gestützt habe, welches für das vorliegende Verfahren betreffend Asylwiderruf jedoch nicht massgebend sei. Somit handle es sich um eine unzulässige Rückwirkung.

3.1 Es gilt somit vorab zu klären, inwiefern massgebende Unterschiede zwischen dem alten und dem neuen Asylgesetz bezüglich des Asylwiderrufs bestehen.

Im aAsylG – AsylG vom 5. Oktober 1979 in der Fassung vom 22. Juni 1990 (AS 1980 1718), welches am 1. Oktober 1999 durch das revidierte Asylgesetz abgelöst wurde (vgl. Art. 120 Bst. a AsylG) – war ein Asylwiderruf lediglich möglich, sofern die betroffene Person das Asyl erschlichen hatte oder aus Gründen nach Art. 1 Bst. C Ziff. 1–6 des Abkommens vom 28. Juli 1951 über die Rechtsstellung der Flüchtlinge (FK, SR 0.142.30) (vgl. Art. 41 aAsylG).

Gemäss dem heutigen Asylgesetz – am 1. Oktober 1999 in Kraft getreten – kann das Bundesamt das Asyl zusätzlich widerrufen, sofern die betroffene Person die innere oder äussere Sicherheit der Schweiz verletzt, gefährdet oder besonders verwerfliche strafbare Handlungen begangen hat (vgl. Art. 63 Abs. 2 AsylG). Mit dieser neu aufgenommenen Bestimmung sollte ausdrücklich eine Lücke geschlossen werden, wie der Bundesrat in der Botschaft zur Asylgesetzrevision festhält (vgl. Botschaft zur Totalrevision des Asylgesetzes sowie zur Änderung des Bundesgesetzes über Aufenthalt und Niederlassung der Ausländer vom 4. Dezember 1995, BBl 1996 II 76 f.).

Der vom BFF angeordnete Asylwiderruf stützt sich exakt auf den Tatbestand von Art. 63 Abs. 2 AsylG, welcher im alten Asylgesetz noch nicht existierte.

3.2 Es ist daher in einem zweiten Schritt zu prüfen, ob die Anwendung des neuen Rechtes eine unzulässige Rückwirkung darstellt.

Unter einer Rückwirkung versteht man die Anwendung neuen Rechts auf Sachverhalte, die sich noch unter altem Recht zugetragen haben, wobei zwischen echter und unechter Rückwirkung unterschieden wird.

Die echte Rückwirkung liegt vor, wenn neues Recht auf einen Sachverhalt angewendet wird, der sich abschliessend vor Inkrafttreten dieses Rechts verwirklicht hat. Die echte Rückwirkung läuft darauf hinaus, einen Sachverhalt hinterher neuen Regeln zu unterstellen. Es ist vom Grundsatz auszugehen, dass die echte Rückwirkung unzulässig ist. Niemandem sollen Verpflichtungen auferlegt werden, die sich aus Normen ergeben, welche ihm zum Zeitpunkt, als sich der Sachverhalt verwirklichte, nicht bekannt sein konnten, mit denen er also nicht rechnen konnte oder musste. Die echte Rückwirkung widerspricht dem Grundsatz der Rechtssicherheit, der sich aus dem in Art. 5 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV, SR 101) verankerten Rechtsstaats-

prinzip ergibt. Die echte belastende Rückwirkung ist daher einzig unter engen und kumulativ zu erfüllenden Voraussetzungen ausnahmsweise zulässig (vgl. FRITZ GYGI, Verwaltungsrecht, Bern 1986, S. 111; ULRICH HÄFELIN/GEORG MÜLLER/FELIX UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 5. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2006, Rz. 330; PIERRE TSCHANNEN/ULRICH ZIMMERLI, Allgemeines Verwaltungsrecht, 2. Aufl., Bern 2005, § 24 Rz. 22–26).

Die unechte Rückwirkung meint dagegen das Anknüpfen neuer Rechtsnormen an einen in der Vergangenheit eingetretenen, jedoch in die Gegenwart fortdauernden Sachverhalt. Die Anliegen der Rechtssicherheit werden weit weniger berührt als bei der echten Rückwirkung. Dementsprechend ist sie grundsätzlich zulässig (vgl. TSCHANNEN/ZIMMERLI, a. a. O., § 24 Rz. 29).

Im vorliegenden Fall ist der Anknüpfungspunkt – der schliesslich zum Asylwiderruf geführt hat – die vom Beschwerdeführer im Jahre 1998 begangene Straftat in Frankreich. Nicht zu überzeugen vermag die vom BFF in seinem Schreiben vom 30. September 2003 vertretene Ansicht, massgebender Anknüpfungspunkt sei das Datum der letztinstanzlichen Verurteilung in Frankreich vom 30. März 2000. Die vorliegend interessierende Gesetzesbestimmung von Art. 63 Abs. 2 AsylG nimmt mit dem Tatbestandsmerkmal, dass eine « besonders verwerfliche strafbare Handlung begangen » worden sei, deutlich auf den Zeitpunkt der Begehung der verpönten Straftat Bezug; hingegen kann nicht massgebend sein, ob ein Strafverfahren länger oder kürzer gedauert habe (vgl. ebenso in einer mit dem Beschwerdeführer in seiner Eingabe vom 14. April 2004 hinweist, nicht publiziertes Urteil der ARK vom 13. November 2006 i. S. C.D., N [...], E. 4.4 S. 16 ff.). Somit hat sich der hier zur Diskussion stehende Sachverhalt abschliessend vor Inkrafttreten des neu revidierten Asylgesetzes im Jahre 1999 zugetragen. Die Anwendung des neuen Asylgesetzes und der damit verbundene Asylwiderruf wirkt sich zudem negativ auf die bisher privilegierte Rechtstellung des Beschwerdeführers aus. Es liegt deshalb ein Fall der echten belastenden Rückwirkung vor.

3.3 Es gilt nun zu prüfen, ob allfällige Übergangsbestimmungen die Anwendung der neuen Gesetzesbestimmungen auf zurückliegende Verfahren zulassen.

Die entsprechenden Übergangsbestimmungen des am 1. Oktober 1999 in Kraft getretenen Asylgesetzes sind in Art. 121 AsylG geregelt. Nebst vorliegend nicht einschlägigen Übergangsbestimmungen (Art. 121 Abs. 2–5 AsylG) findet sich Art. 121 Abs. 1 AsylG, welcher besagt, dass das neue Recht für die im Zeitpunkt des Inkrafttretens noch hängigen Verfahren

gelte. Das Asylverfahren des Beschwerdeführers wurde jedoch mit Verfügung des BFF vom 19. Dezember 1996 – Anerkennung der Flüchtlingseigenschaft und Asylgewährung in der Schweiz – abgeschlossen. Wie in der Beschwerdeschrift vom 5. März 2004 richtigerweise festgehalten wurde, befand sich der Beschwerdeführer daher zum Zeitpunkt des Inkrafttretens des neuen Asylgesetzes in keinem hängigen Asylverfahren mehr, womit eine Anwendung von Art. 121 AsylG ausgeschlossen ist. Ebensovienig war zum damaligen Zeitpunkt ein Asylwiderrufsverfahren hängig. Die vom BFF vertretene Ansicht, wonach Art. 121 AsylG nur auf Asyl-, und nicht auf Widerrufungsverfahren anwendbar sei, entbehrt einer Verankerung in den gesetzlichen Bestimmungen und vermag nicht zu überzeugen. Vielmehr hat der Gesetzgeber mit der am 1. Oktober 1999 in Kraft getretenen Gesetzesrevision zwar einen neuen Asylwiderrufsgrund statuiert und damit eine in der bisherigen Gesetzgebung festgestellte Lücke geschlossen (vgl. E. 3.1), gleichzeitig indessen keine übergangsrechtlichen, auf eine allfällige Rückwirkung bezogene Anordnungen getroffen; weder aus den ausdrücklichen Übergangsbestimmungen in Art. 121 AsylG noch aus den Materialien zur Gesetzesrevision ist ein entsprechender Wille des Gesetzgebers ersichtlich (vgl. auch hierzu das bereits zitierte unveröffentlichte Urteil der ARK vom 13. November 2006 i. S. C.D., N [...], E. 5.2 S. 20 ff.).

3.4 Daraus ergibt sich, dass die restriktiven Voraussetzungen, welche eine echte Rückwirkung ausnahmsweise als zulässig erscheinen lassen, nicht erfüllt sind.

Gemäss herrschender Lehre und Rechtsprechung kann eine echte belastende Rückwirkung dann zulässig sein, wenn sie in einem Gesetz eindeutig vorgesehen oder nach dem Sinn des Erlasses eindeutig gewollt ist, durch triftige Gründe (öffentliches Interesse) geboten ist, in zeitlicher Hinsicht mässig bleibt und keine stossenden Rechtsungleichheiten schafft (vgl., mit Hinweisen auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung, HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, a. a. O., Rz. 331; TSCHANNEN/ZIMMERLI, a. a. O., § 24 Rz. 27; zur Rechtsprechung der ARK vgl. Entscheidungen und Mitteilungen der ARK [EMARK] 2000 Nr. 8, EMARK 2005 Nr. 15).

Die erwähnten Voraussetzungen sind jedoch in diesem Fall nicht kumulativ erfüllt. Wie oben festgehalten, fehlt es an einer gesetzlichen Übergangsbestimmung, die eine Rückwirkung vorsähe, und ein entsprechender Wille des Gesetzgebers geht auch aus den Materialien nicht hervor. Sodann ist kein eindeutiges öffentliches Interesse am nachträglich angeordneten Asylwiderruf erkennbar. Wie in der Beschwerdeschrift vorgetragen, hat der angeordnete Asylwiderruf hier eine zusätzliche, rein pönale Funktion. Der

Beschwerdeführer würde auch nach dem Asylwiderruf weiterhin als Flüchtling gelten und in der Schweiz vorläufig aufgenommen bleiben, womit einem allfälligen öffentlichen Interesse – dass Straftäter von der Schweiz ferngehalten werden – jedenfalls nicht Rechnung getragen würde. Der angeordnete Asylwiderruf basierend auf Art. 63 Abs. 2 AsylG stellt daher im vorliegenden Fall eine unzulässige Rückwirkung dar.

4. Bei einer (rückwirkenden) Anwendung von Art. 63 Abs. 2 AsylG, wie sie das BFF im vorliegenden Verfahren bejaht und vorgenommen hat, wären sodann die Fragen zu prüfen gewesen, ob die begangene strafbare Handlung als « besonders verwerflich » eingestuft werden müsse und ob ein Asylwiderruf sich als verhältnismässig darstelle. Auf diese Prüfung kann vorliegend verzichtet werden, nachdem nach dem oben Gesagten eine Anwendung von Art. 63 Abs. 2 AsylG schon aufgrund des Verbots der Rückwirkung ausgeschlossen ist. Immerhin sei aber festgehalten, dass sich für eine Prüfung sowohl der besonderen Verwerflichkeit der begangenen Tat als auch der Verhältnismässigkeit eines Asylwiderrufs der Sachverhalt im vorliegenden Verfahren als nicht genügend erstellt präsentieren würde, liegen doch aus dem gegen den Beschwerdeführer in Frankreich geführten Strafverfahren keinerlei Akten, nicht einmal die Urteilsschrift, vor, die indessen – entgegen der vom BFF in seiner Vernehmlassung vertretenen Auffassung, der Beizug dieser Strafakten erübrige sich – zur Beurteilung unabdingbar gewesen wären.

5. Die Beschwerde vom 5. März 2004 ist demnach gutzuheissen. Der angefochtene Entscheid des BFF vom 29. Januar 2004 ist aufzuheben und dem Beschwerdeführer ist weiterhin Asyl in der Schweiz zu gewähren.