



Abteilung III
C-6333/2013

Urteil vom 30. Juli 2014

Besetzung

Richterin Marianne Teuscher (Vorsitz),
Richter Antonio Imoberdorf,
Richterin Jenny de Coulon Scuntaro,
Gerichtsschreiber Rudolf Grun.

Parteien

A. _____,
vertreten durch Dr. iur. Markus Bachmann, Rechtsanwalt,
Beschwerdeführer,

gegen

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

Gegenstand

Antrag auf vorläufige Aufnahme (Nichteintreten).

Sachverhalt:**A.**

Der Beschwerdeführer (geb. 1978, kubanischer Staatsangehöriger) gelangte am 6. Juni 2003 in die Schweiz, wo er am 14. September 2004 eine Schweizer Bürgerin heiratete. Gestützt auf diese Heirat wurde ihm von der Migrationsbehörde des Kantons Luzern eine Jahresaufenthaltswilligung erteilt. Am 6. Januar 2005 wurde er vom Amtsstatthalteramt Luzern wegen Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz (Konsum von Swiss Grass) verwarnt. Das gleiche Amt verurteilte ihn mit Strafverfügung vom 4. Februar 2005 wegen Tötlichkeit und Drohung zu einer Busse von Fr. 800.-, bedingt vollziehbar bei einer Probezeit von zwei Jahren. Am 21. August 2007 wurde der Beschwerdeführer vom Bezirksgericht Zürich wegen Vergewaltigung, einfacher Körperverletzung und mehrfacher Drohung schuldig gesprochen und zu zwei Jahren und sechs Monaten Freiheitsstrafe verurteilt, wobei der Vollzug der Freiheitsstrafe im Umfang von 15 Monaten aufgeschoben und die Probezeit auf drei Jahre festgesetzt wurde.

B.

Mit Verfügung vom 23. Oktober 2008 lehnte das Amt für Migration des Kantons Luzern das Gesuch des Beschwerdeführers vom 20. August 2007 um Verlängerung der Aufenthaltswilligung ab und wies ihn aus der Schweiz weg. Das Verwaltungsgericht des Kantons Luzern wies einen gegen diese Verfügung erhobenen Rekurs mit Urteil vom 7. August 2009 vollumfänglich ab. Auf eine dagegen eingereichte Beschwerde trat das Bundesgericht mit Urteil vom 22. Oktober 2009 nicht ein.

C.

Trotz mehrfach erstreckter Ausreisefrist verliess der Beschwerdeführer die Schweiz in der Folge nicht, bzw. die Wegweisung konnte durch die kantonale Migrationsbehörde nicht vollzogen werden. Auf entsprechende Gesuche vom 19. Februar 2010 und 8. März 2010 um Anordnung einer vorläufigen Aufnahme teilte das Amt für Migration des Kantons Luzern dem Beschwerdeführer am 12. April 2010 unter Hinweis auf Art. 83 Abs. 7 AuG (SR 142.20) mit, wegen seiner Straffälligkeit sei es nicht bereit, dem BFM einen Antrag um Erteilung einer Aufenthaltswilligung im Rahmen der vorläufigen Aufnahme zu unterbreiten. Auch einer weiteren Eingabe des Beschwerdeführers vom 20. Oktober 2011 leistete die kantonale Migrationsbehörde keine Folge, weshalb der Beschwerdeführer direkt – letztmals mit Eingabe vom 17. September 2013 – an das BFM gelangte

und beantragte, es sei festzustellen, dass bezüglich seiner Wegweisung Vollzugshindernisse bestehen würden, und er sei vorläufig aufzunehmen.

D.

Am 27. September 2013 trat die Vorinstanz auf die Eingabe vom 17. September 2013 unter Hinweis auf Art. 83 Abs. 6 AuG, wonach die vorläufige Aufnahme nur von der zuständigen kantonalen Migrationsbehörde beantragt werden könne, nicht ein.

E.

Mit Rechtsmitteleingabe vom 11. November 2013 beantragt der Beschwerdeführer beim Bundesverwaltungsgericht, es sei auf das Gesuch vom 17. September 2013 einzutreten. Ferner sei festzustellen, dass für die Wegweisung des Beschwerdeführers Vollzugshindernisse bestehen würden, und er sei vorläufig aufzunehmen. Eventualiter sei die Rechtsmitteleingabe als Rechtsverweigerungsbeschwerde zu behandeln und die Sache mit der Auflage der Feststellung von Vollzugshindernissen und der Anordnung der vorläufigen Aufnahme an die Vorinstanz zurückzuweisen, allenfalls den Anspruch nur zu prüfen.

In seiner Begründung bestreitet der Beschwerdeführer im Wesentlichen, dass Art. 83 Abs. 6 AuG ausschliesslich die kantonale Ausländerbehörde legitimiere, einen Antrag auf vorläufige Aufnahme zu stellen, und den Kreis weiterer, berechtigter Personen ausschliesse. Dies ergebe sich aus dem Wortlaut des Gesetzestextes ("Kann-Vorschrift"). Letztlich liege die Verpflichtung bei der Bundesbehörde, einen Ausländer bei Wegweisungsentscheiden vorläufig aufzunehmen, falls Vollzugshindernisse bestehen würden. Der Gesetzgeber habe jedoch den Kantonen eine entsprechende Ermächtigung erteilen müssen, weil sie von sich aus nicht berechtigt seien, Aufenthaltsregelungen bei der Bundesbehörde zu beantragen. Art. 83 Abs. 6 AuG besage auch nicht, dass die Bundesbehörde im Zusammenhang mit einer vorläufigen Aufnahme untätig sein dürfe, bis eine kantonale Behörde einen entsprechenden Antrag stelle. Sobald sie in einem konkreten Fall Kenntnis von Vollzugshindernissen habe, sei sie verpflichtet, die vorläufige Aufnahme anzuordnen. Dies verlange schon das Verhältnismässigkeitsprinzip. Darüber hinaus habe der Beschwerdeführer als Ehemann einer Schweizerin nach Art. 8 Ziff. 1 EMRK Anspruch auf vorläufige Aufnahme.

F.

In ihrer Vernehmlassung vom 20. Januar 2014 beantragt die Vorinstanz

die Abweisung der Beschwerde, soweit darauf einzutreten sei. Ergänzend zur angefochtenen Verfügung hält sie fest, dass die kantonale Behörde, welche den Vollzug der Wegweisung anordne, sämtliche Wegweisungsvollzugshindernisse zu prüfen habe. Bei allfälligen Vollzugshindernissen könne gemäss Art. 83 Abs. 6 AuG ausdrücklich nur die kantonale Behörde dem BFM einen Antrag auf vorläufige Aufnahme der betroffenen Person unterbreiten. Demnach habe der Betroffene selber keinen direkten Zugang zu diesem Verfahren, sondern es sei dem Kanton überlassen, gegebenenfalls ein solches Verfahren beim BFM einzuleiten, was bis jetzt nicht geschehen sei.

G.

Mit Replik vom 20. März 2014 hält der Beschwerdeführer an den gestellten Begehren und deren Begründung fest. Dabei verweist er u.a. auf die Literatur, wonach die besagte "Kann-Bestimmung" es nicht im Belieben der Kantone belasse, ob sie eine vorläufige Aufnahme beantragen wollen oder nicht. Für Fälle, in denen sich eine kantonale Migrationsbehörde willkürlich verhalte und sich hartnäckig weigere, dem BFM einen Antrag auf vorläufige Aufnahme zu unterbreiten, habe der Betroffene die Möglichkeit, ein Feststellungsbegehren über das Vorhandensein von Vollzugshindernissen zu stellen. Mit dem Feststellungsbegehren sei dementsprechend verfahrensrechtlich die Möglichkeit gegeben, die vorläufige Aufnahme selber zu beantragen.

H.

Auf den weiteren Akteninhalt wird, soweit rechtserheblich, in den Erwägungen eingegangen.

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:

1.

1.1 Gemäss Art. 31 VGG beurteilt das Bundesverwaltungsgericht Beschwerden nach Art. 5 VwVG. Das BFM gehört zu den Behörden nach Art. 33 VGG und ist daher eine Vorinstanz des Bundesverwaltungsgerichts. Eine das Sachgebiet betreffende Ausnahme im Sinne von Art. 32 VGG liegt nicht vor. Gegen das unrechtmässige Verweigern oder verzögern einer anfechtbaren Verfügung kann wie gegen die Verfügung selbst Beschwerde geführt werden (Art 46a VwVG; vgl. MÜLLER, in: Auer et al. [Hrsg.], Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren [VwVG], 2008, Rz. 3 zu Art. 46a VwVG). Das Bundesverwaltungsgericht

ist daher zuständig für die Beurteilung der vorliegenden Beschwerde und entscheidet auf dem Gebiet der vorläufigen Aufnahme endgültig (vgl. Art. 83 Bst. c Ziff. 3 BGG).

1.2

1.2.1 Für das Vorliegen einer Verfügung ist nicht massgebend, ob sie als solche gekennzeichnet ist oder den gesetzlichen Formvorschriften für eine Verfügung entspricht. Massgebend ist vielmehr, ob die Strukturmerkmale einer Verfügung vorhanden sind (TSCHANNEN ET AL., Allgemeines Verwaltungsrecht, 3. Aufl. 2009, § 29 Rz. 3). Eine Verfügung ist demnach ein individueller, an den Einzelnen gerichteter Hoheitsakt, durch den eine konkrete verwaltungsrechtliche Rechtsbeziehung rechtsgestaltend oder feststellend in verbindlicher und erzwingbarer Weise geregelt wird. Diese Umschreibung, die sich auch in der bundesgerichtlichen Rechtsprechung (z.B. BGE 135 II 38 E. 4.3 S. 44 f.) findet, entspricht auch der Legaldefinition von Art. 5 Abs. 1 VwVG (HÄFELIN ET AL., Allgemeines Verwaltungsrecht, 6. Aufl. 2010, Rz. 854 ff.; KÖLZ ET AL., Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes, 3. Aufl. 2013, Rz. 325). Eine anfechtbare Verfügung liegt auch dann vor, wenn die Vorinstanz es wegen des Fehlens von Prozessvoraussetzungen ausdrücklich ablehnt, auf ein Gesuch einzutreten (KÖLZ ET AL., a.a.O., Rz. 1304; vgl. auch Art. 5 Abs. 1 Bst. c VwVG).

1.2.2 In casu ist das Schreiben der Vorinstanz vom 27. September 2013 nicht als Verfügung bezeichnet und enthält auch kein eigentliches Dispositiv mit Rechtsmittelbelehrung. Da ansonsten die Strukturmerkmale einer Verfügung vorhanden sind und der Inhalt des Schreibens der Legaldefinition von Art. 5 Abs. 1 VwVG entspricht, handelt es sich zweifellos um eine anfechtbare Verfügung. Die Vorinstanz bringt darin klar zum Ausdruck, dass und weshalb sie nicht auf das Gesuch eingetreten ist.

1.3 Hat – wie im vorliegenden Fall – die Behörde wegen Fehlens einer Prozessvoraussetzung eine Nichteintretensverfügung erlassen, so ist nicht die Rechtsverweigerungs- bzw. Rechtsverzögerungsbeschwerde nach Art. 46a VwVG zu ergreifen, sondern die normale Beschwerde nach Art. 44 ff. VwVG (BVGE 2010/53 E. 1.2.3 und 2010/29 E. 1.2.2). Dies gilt ungeachtet dessen, dass die Verfügung materiell unter Umständen eine Rechtsverweigerung im engeren Sinn enthalten und die Rechtsverweigerung deshalb als Beschwerdegund vorgebracht werden kann (vgl. KÖLZ ET AL., a.a.O., Rz. 1303 f.). Der Beschwerdeführer bringt denn auch klar zum Ausdruck, die Rechtsmitteleingabe vom 11. November 2013 sei (nur

dann) als Rechtsverweigerungsbeschwerde entgegenzunehmen, wenn das Schreiben des BFM vom 27. September 2013 wider Erwarten nicht als Verfügung erachtet werde.

1.4 Die Vorinstanz hat die angefochtene Verfügung in einer normalen "A-Post-Sendung" verschickt, d.h. die Zustellung erfolgte direkt in den Briefkasten oder ins Postfach des Adressaten, ohne dass dieser den Empfang unterschriftlich bestätigen musste. Solche Postsendungen (A-Post) sind im Unterschied zu "A-Post Plus-Sendungen" nicht mit einer Nummer versehen, was die elektronische Sendungsverfolgung im Internet ("Track & Trace") nicht ermöglicht. Da die Behörde die Beweislast trägt, dass und wann die Zustellung erfolgte (vgl. KÖLZ ET AL., a.a.O., Rz. 577), und dem BFM vorliegend dieser Nachweis nicht gelungen ist, ist zugunsten des Beschwerdeführers davon auszugehen, die Verfügung sei dem Rechtsvertreter frühestens am 10. Oktober 2013 zugestellt worden, weshalb die der Post am 11. November 2013 übergebene Rechtsmitteleingabe innert Frist eingereicht wurde (vgl. Art. 50 Abs. 1 VwVG).

1.5 Der Beschwerdeführer ist als Verfügungsadressat gemäss Art. 48 Abs. 1 VwVG zur Beschwerde legitimiert. Auf die im Übrigen formgerecht eingereichte Beschwerde (vgl. Art. 52 VwVG) ist im dargelegten Rahmen (siehe E. 1.3 vorstehend) einzutreten, soweit die Aufhebung der angefochtenen Verfügung und die Rückweisung an die Vorinstanz beantragt wird. Gemäss dem prozessualen Grundsatz, dass sich der Streitgegenstand im Zuge des Rechtsmittelverfahrens nicht ausweiten darf, kann nur die Rückweisung an die Vorinstanz mit der Anordnung, das Gesuch zu behandeln bzw. darauf einzutreten und neu zu verfügen, beantragt werden (KÖLZ ET AL., a.a.O., Rz. 747 mit Hinweisen). Im darüber hinausgehenden Umfang sind die Anträge des Beschwerdeführers (Feststellung von Wegweisungsvollzugshindernissen und Anordnung der vorläufigen Aufnahme) unzulässig.

2.

Mit Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht kann die Verletzung von Bundesrecht einschliesslich Überschreitung oder Missbrauch des Ermessens, die unrichtige oder unvollständige Feststellung des rechtserheblichen Sachverhaltes und – sofern nicht eine kantonale Behörde als Beschwerdeinstanz verfügt hat – die Unangemessenheit gerügt werden (Art. 49 VwVG). Das Bundesverwaltungsgericht wendet im Beschwerdeverfahren das Bundesrecht von Amtes wegen an. Es ist gemäss Art. 62 Abs. 4 VwVG an die Begründung der Begehren nicht gebunden und kann

die Beschwerde auch aus anderen als den geltend gemachten Gründen gutheissen oder abweisen. Massgebend ist grundsätzlich die Sachlage zum Zeitpunkt seines Entscheides (vgl. BVGE 2013/33 E. 2 mit Hinweisen).

3.

3.1 Nach Art. 83 Abs. 6 AuG kann die vorläufige Aufnahme von kantonalen Behörden beantragt werden. Während die Vorinstanz der Auffassung ist, nur die kantonale Behörde, welche den Vollzug der Wegweisung anordne und dabei sämtliche Wegweisungsvollzugshindernisse zu prüfen habe, könne beim BFM einen Antrag auf vorläufige Aufnahme stellen, stellt sich der Beschwerdeführer auf den Standpunkt, die besagte Kann-Bestimmung schliesse das Antragsrecht weiterer, berechtigter Personen nicht aus.

3.2 Art. 83 Abs. 6 AuG entspricht inhaltlich dem bis am 31. Dezember 2007 geltenden Artikel 14*b* Abs. 1 ANAG (BS I 121) in der Fassung vom 1. Januar 2005 (AS 2004 4655). Die vorgenommenen Änderungen sind lediglich systematischer und sprachlicher Natur (vgl. Botschaft vom 8. März 2002 zum Bundesgesetz über Ausländerinnen und Ausländer, BBl 2002 3818). So waren in Art. 14*b* Abs. 1 ANAG anstelle von kantonalen Behörden die Bundesanwaltschaft und die kantonale Fremdenpolizeibehörde als Antragsteller aufgeführt (in einer früheren Fassung auch noch das Bundesamt für Ausländerfragen). Aus den damaligen Unterlagen zum Institut der vorläufigen Aufnahme im Allgemeinen und zur betreffenden Bestimmung im Speziellen (im Gesetzesentwurf vom Dezember 1985 war die Antragstellung noch in Art. 14*a* Abs. 2 ANAG enthalten) ergibt sich, dass das Bundesamt für Ausländerfragen, die Schweizerische Bundesanwaltschaft und die kantonalen Fremdenpolizeibehörden berechtigt waren, beim Bundesamt für Polizeiwesen (heute: BFM) eine Internierung oder vorläufige Aufnahme zu beantragen. Ein Recht des Betroffenen, eine vorläufige Aufnahme zu beantragen, war nicht vorgesehen; der Ausländer hatte im Rahmen des der Ausschaffung vorangehenden ausländer- oder asylrechtlichen Verfahrens die Möglichkeit, die Undurchführbarkeit oder Unzumutbarkeit der Weg- oder Ausweisung zu rügen. Räumte man ihm ein Antragsrecht ein, so wäre das Konzept der Ersatzmassnahme durchbrochen (Botschaft vom 2. Dezember 1985 zur Änderung des Asylgesetzes, des Bundesgesetzes über Aufenthalt und Niederlassung der Ausländer und des Bundesgesetzes über Massnahmen zur Verbesserung des Bundeshaushaltes, BBl 1986 I 32). Anlässlich der Gesetzesberatungen in der Bundesversammlung wurde die Frage des Antrags-

rechts weiterer berechtigter Personen ebenfalls behandelt. Nationalrat Ott verlangte zunächst, dass die vorläufige Aufnahme auch vom Betroffenen selbst beantragt werden könne, zog diesen Antrag dann aber wieder zurück (vgl. AB 1986 N 340). Die vom Nationalrat verabschiedete Version (ohne Antragsrecht des Betroffenen) wurde anschliessend vom Ständerat ohne Diskussion übernommen (AB 1986 S 251). Entgegen den Ausführungen des Beschwerdeführers entspricht es somit klar dem gesetzgeberischen Willen, dass der Betroffene selbst kein Recht hat, die vorläufige Aufnahme zu beantragen. Dass der Gesetzgeber den direkten Zugang zum Verfahren der vorläufigen Aufnahme bewusst ausschloss und dies auch noch gemäss der heutigen Regelung von Art. 83 Abs. 6 AuG gilt, hat im Übrigen das Bundesgericht vor einiger Zeit bestätigt (vgl. BGE 137 II 305 E. 3.2 S. 310).

3.3 Mit Hinweis auf einen Teil der Literatur (vgl. ILLES, in: Caroni et al. [Hrsg.], Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer, 2010, Art. 83 N 47 ff.) bringt der Beschwerdeführer ferner vor, der Betroffene habe die Möglichkeit, bei der Vorinstanz ein Feststellungsbegehren über das Vorhandensein von Wegweisungsvollzugshindernissen zu stellen, falls sich eine kantonale Behörde hartnäckig weigere, dem BFM einen Antrag auf vorläufige Aufnahme zu unterbreiten. Dies ist aber schon deshalb unzulässig, weil ein Feststellungsbegehren zur Prüfung von Vollzugshindernissen eine Beurteilung der vorläufigen Aufnahme zur Folge hat, was aufs Gleiche hinausläuft wie ein direkt gestellter Antrag auf vorläufige Aufnahme. Dies schloss der Gesetzgeber jedoch explizit aus. Zwar trifft es zu, dass trotz der Kann-Formulierung von Art. 83 Abs. 6 AuG die zuständige kantonale Migrationsbehörde die vorläufige Aufnahme beantragen muss, sofern Wegweisungsvollzugshindernisse nicht klarerweise ausgeschlossen werden können und kein Ausschlussgrund nach Art. 83 Abs. 7 AuG vorliegt (vgl. Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich vom 29. Juni 2011, VB.2010.00603, E. 2.2). Da das BFM gegenüber der kantonalen Migrationsbehörde weder Rechtsmittelinstanz noch Aufsichtsbehörde ist, kann der Betroffene nur von den kantonalen Behörden und Gerichten einfordern, dass ein Antrag gestellt werde (vgl. SPESCHA ET AL., Migrationsrechtskommentar, 3. Aufl. 2012, Art. 83 N 19). Ob im vorliegenden Fall – wie vom Beschwerdeführer geltend gemacht – (bei fehlendem Ausschlussgrund) tatsächlich von der Unmöglichkeit des Wegweisungsvollzugs auszugehen wäre, ist angesichts der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts ohnehin fraglich (vgl. Urteile des BVGer C-1503/2010 vom 31. Januar 2014 E. 5.3.4 und C-6436/2010 vom 23. Dezember 2013 E. 5.3.4, wonach bei kubanischen Staatsangehörigen

nicht von der Unmöglichkeit des Wegweisungsvollzugs ausgegangen werden kann, solange sie nicht bei der kubanischen Botschaft ein formelles Gesuch um Erlaubnis der definitiven Rückkehr nach Kuba gestellt haben).

3.4 Schliesslich beruft sich der Beschwerdeführer auf Art. 8 Ziff. 1 EMRK (Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens) und leitet aus der Tatsache, dass er mit einer Schweizerin verheiratet ist, einen Anspruch auf vorläufige Aufnahme und somit ein Recht auf Stellung eines entsprechenden Gesuchs beim BFM ab. Dabei verkennt er jedoch, dass allfällige Aufenthaltsansprüche, die bereits Gegenstand eines vorhergehenden kantonalen Aufenthalts- und Wegweisungsverfahrens waren (und dort auch schon rechtskräftig entschieden wurden) im Verfahren um vorläufige Aufnahme nicht zu prüfen, bzw. diesbezügliche Vorbringen nicht zulässig sind (vgl. Urteile des BVGer C-5002/2011 vom 1. Juli 2013 E. 4., C-6352/2009 vom 10. Mai 2011 E. 6.4, C-2349/2008 vom 11. März 2010 E. 6.1 und C-2276/2007 vom 24. November 2007 E. 7.1 ff. mit Hinweisen). Stellt somit die Garantie des Familienlebens gemäss Art. 8 EMRK kein völkerrechtliches Vollzugshindernis dar, kann daraus auch kein Recht auf Stellung eines Antrages auf Erteilung der vorläufigen Aufnahme beim BFM abgeleitet werden.

4.

Aus diesen Erwägungen ergibt sich, dass die Vorinstanz zu Recht auf das Begehren des Beschwerdeführers nicht eingetreten ist. Die angefochtene Verfügung ist rechtmässig (Art. 49 VwVG), weshalb die Beschwerde abzuweisen ist, soweit darauf eingetreten werden kann.

5.

Bei diesem Ausgang des Verfahrens sind die Kosten dem Beschwerdeführer aufzuerlegen (vgl. Art. 63 Abs. 1 VwVG). Diese sind auf Fr. 800.- festzulegen (Art. 1, Art. 2 und Art. 3 Bst. b des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht (VGKE, SR 173.320.2).

Dispositiv Seite 10

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.

Die Beschwerde wird abgewiesen, soweit darauf eingetreten wird.

2.

Die Verfahrenskosten von Fr. 800.- werden dem Beschwerdeführer auferlegt. Sie sind durch den am 29. November 2013 einbezahlten Kostenvorschuss gleicher Höhe gedeckt.

3.

Dieses Urteil geht an:

- den Beschwerdeführer (Einschreiben)
- die Vorinstanz (Akten Ref-Nr. [...] zurück)
- das Amt für Migration des Kantons Luzern (ad LU [...])

Die vorsitzende Richterin:

Der Gerichtsschreiber:

Marianne Teuscher

Rudolf Grun

Versand: