
42

Auszug aus dem Urteil der Abteilung III
i. S. A. gegen Bundesamt für Migration
C-352/2008 vom 21. September 2010

Ausdehnung der kantonalen Wegweisung. Unzulässigkeit des Wegweisungsvollzugs. Prüfungszuständigkeit. Grundsatzurteil.

Art. 14a Abs. 1 und 3 ANAG. Art. 18 AsylG. Art. 3 EMRK.

1. Der Vollzug von Entfernungsmassnahmen steht unter dem Vorbehalt der von der Schweiz eingegangenen völkerrechtlichen Verpflichtungen (E. 6 und 7).
2. Umfassende Prüfungsbefugnis der für die Anordnung der Entfernungsmassnahme zuständigen Behörden (E. 9 und 10).
3. Dies gilt auch, wenn die Vorbringen unter das Rückschiebungsverbot gemäss Art. 3 EMRK fallen und damit vom weiten Verfolgungsbegriff des Asylrechts erfasst sein können, die betroffene Person jedoch kein Asylgesuch gestellt hat (Dispositionsmaxime) (E. 11).

Extension d'une décision cantonale de renvoi. Illicéité de l'exécution du renvoi. Pouvoir d'examen. Arrêt de principe.

Art. 14a al. 1 et 3 LSEE. Art. 18 LAsi. Art. 3 CEDH.

1. L'exécution d'une mesure d'éloignement est soumise au respect des engagements de droit international pris par la Suisse (consid. 6 et 7).
2. Les autorités ayant la compétence d'ordonner une mesure d'éloignement disposent d'un plein pouvoir d'examen (consid. 9 et 10).
3. Cela vaut aussi dans les cas où les arguments invoqués relèvent du principe de non-refoulement de l'art. 3 CEDH et sont susceptibles d'entrer dans la notion large de persécution au sens du droit d'asile, mais où la personne concernée n'a pas présenté de demande d'asile (maxime de disposition) (consid. 11).

Estensione di una decisione d'allontanamento dal Cantone. Inammissibilità dell'esecuzione dell'allontanamento. Competenza d'esame. Sentenza di principio.

Art. 14a cpv. 1 e 3 LDDS. Art. 18 LAsi. Art. 3 CEDU.

- 1. L'esecuzione di misure d'allontanamento è limitata dagli obblighi internazionali contratti dalla Svizzera (consid. 6 e 7).**
- 2. Il potere d'esame dell'autorità competente per ordinare la misura d'allontanamento non soggiace ad alcuna restrizione (consid. 9 e 10).**
- 3. Questo vale anche quando le allegazioni invocate si riferiscono al principio di divieto di respingimento giusta l'art. 3 CEDU e possono quindi essere comprese nell'ampia nozione di persecuzione secondo il diritto d'asilo, sebbene la persona interessata non abbia inoltrato alcuna domanda d'asilo (massima dispositiva) (consid. 11).**

Nach Verbüssung einer Haftstrafe wurde die Aufenthaltsbewilligung des Beschwerdeführers, einem 1983 geborenen chinesischen Staatsangehörigen, von der zuständigen kantonalen Behörde nicht verlängert und die Wegweisung aus dem Kanton angeordnet. Diese Wegweisung wurde in der Folge vom Bundesamt für Migration (BFM) mit Verfügung vom 18. Dezember 2007 auf die ganze Schweiz ausgedehnt. In der dagegen beim Bundesverwaltungsgericht (BVGer) erhobenen Beschwerde machte der Beschwerdeführer geltend, er würde nach seiner Rückkehr nach China der Folter unterworfen und aufgrund der in der Schweiz begangenen Straftaten zum Tode verurteilt und hingerichtet werden. Es sei die vorläufige Aufnahme wegen Unzulässigkeit des Wegweisungsvollzugs anzuordnen.

Das BVGer weist die Beschwerde ab.

Die Erwägungen 7 bis 14 bildeten Gegenstand eines von der Vereinigung der Abteilungen III, IV und V im Sinne von Art. 25 Abs. 2 des Verwaltungsverfahrensgesetzes vom 17. Juni 2005 (VGG, SR 173.32) getroffenen Entscheides.

Aus den Erwägungen:

- 4. (Bestätigung der Rechtmässigkeit der Ausdehnungsverfügung)**

5. Demzufolge bleibt zu prüfen, ob Hinderungsgründe für den Vollzug der Wegweisung anzunehmen sind (Art. 14a Abs. 2–4 des Bundesgesetzes vom 26. März 1931 über Aufenthalt und Niederlassung der Ausländer [ANAG, BS 1 121]) und das zuständige Bundesamt deshalb gestützt auf Art. 14a Abs. 1 ANAG die vorläufige Aufnahme des Beschwerdeführers hätte verfügen müssen. In diesem Zusammenhang gilt es darauf hinzuweisen, dass die vorläufige Aufnahme als Ersatzmassnahme für den nicht durchführbaren Vollzug der Wegweisung ausgestaltet ist. Sie tritt neben die Wegweisung, deren Bestand sie nicht antastet, sondern vielmehr voraussetzt (Botschaft zum Bundesbeschluss über das Asylverfahren [AVB] und zu einem Bundesgesetz über die Schaffung eines Bundesamtes für Flüchtlinge vom 25. April 1990 [BBl 1990 II 647, nachfolgend: Botschaft zum AVB]; vgl. Urteil des BVGer C-662/2006 vom 5. Februar 2009 E. 5 mit Hinweisen; WALTER KÄLIN, Grundriss des Asylverfahrens, Basel/Frankfurt am Main 1990, S. 200 f.). Vollzugshindernisse können somit die Wegweisungsverfügung als solche von vornherein nicht in Frage stellen.

6. Der Vollzug der Wegweisung ist nicht möglich, wenn die ausländische Person weder in den Herkunfts- oder in den Heimatstaat noch in einen Drittstaat verbracht werden kann. Er ist nicht zulässig, wenn völkerrechtliche Verpflichtungen der Schweiz – insbesondere jene der Konvention vom 4. November 1950 zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK, SR 0.101) und des Abkommens vom 28. Juli 1951 über die Rechtsstellung der Flüchtlinge (FK, SR 0.142.30) – einer Weiterreise in den Heimat-, Herkunfts- oder Drittstaat entgegenstehen. Der Vollzug kann insbesondere nicht zumutbar sein, wenn er für die ausländische Person eine konkrete Gefährdung darstellt (Art. 14a Abs. 4 ANAG). Auf die Unzumutbarkeit des Wegweisungsvollzugs kann sich nicht berufen, wer die öffentliche Sicherheit und Ordnung verletzt hat oder in schwerwiegender Weise gefährdet (Art. 14a Abs. 6 ANAG).

7.

7.1 Vorliegend macht der Rechtsvertreter geltend, den chinesischen Behörden sei die Identität des Beschwerdeführers bekannt. Zum Beweis legte er ein Schreiben der chinesischen Botschaft in der Schweiz an den Präsidenten des Bezirksgerichts (...) vor, in dem um Auskunft über verurteilte Chinesen gebeten wird. Der Beschwerdeführer müsse deshalb damit rechnen, beim Betreten Chinas in staatlichen Gewahrsam genommen zu werden. Allein deshalb, aber auch aufgrund der Straftat, in die er in der Schweiz verwickelt gewesen sei, drohe ihm die Gefahr, in eine

Situation zu geraten, welche die in Art. 3 und Art. 6 EMRK statuierten Grundsätze verletzen würde. Dass der Beschwerdeführer für die Straftat in der Schweiz verurteilt worden sei und diese Strafe verbüsst habe, werde ihn davor nicht schützen. Die chinesischen Behörden würden nachprüfen wollen, ob der Beschwerdeführer nicht doch für das Tötungsdelikt verantwortlich gewesen sei. Dabei werde sicherlich Folter angewendet, weil der Beschwerdeführer keine Verantwortung für den fraglichen Tod anerkenne. Werde ein Gerichtsverfahren durchgeführt, so bestehe die Gefahr, dass der Beschwerdeführer in einem Kurzverfahren ohne Verteidigung zu einer mehrjährigen Haftstrafe oder gar zum Tode verurteilt werde. Damit werde sein Recht gemäss Art. 6 EMRK auf ein faires Verfahren verletzt.

(...)

7.2 Mit der Berufung auf Art. 3 EMRK macht der Beschwerdeführer geltend, der Vollzug der Wegweisung sei nicht zulässig im Sinne von Art. 14a Abs. 3 ANAG (Gebot des Non-Refoulement; vgl. dazu allgemein: Schweizerische Flüchtlingshilfe SFH [Hrsg.], Handbuch zum Asyl- und Wegweisungsverfahren, Bern/Stuttgart/Wien 2009, S. 209 ff.).

7.3 Drohende Folter oder eine andere Art grausamer oder unmenschlicher Behandlung oder Bestrafung fällt nach Lehre und Rechtsprechung unter den Verfolgungsbegriff im weiten Sinn und kann Gegenstand eines Asylverfahrens sein (Entscheidungen und Mitteilungen der Schweizerischen Asylrekurskommission [EMARK] 2003 Nr. 18 E. 5b S. 115). Ausgehend von dieser unbestrittenen Praxis stellt sich die Frage, ob die vom Beschwerdeführer geltend gemachten Vollzugshindernisse ausschliesslich im Rahmen eines Asylverfahrens von den hierzu zuständigen Asylbehörden zu prüfen sind (so das Urteil des BVGer C-5555/2007 vom 4. April 2008 E. 9.1), oder ob darüber ebenfalls die zuständige Fremdenpolizeibehörde im Rahmen der Prüfung des Wegweisungsvollzuges zu befinden hat.

8. Im Folgenden soll dargestellt werden, welche Behörden – ausser den Asylbehörden – in welchen Verfahren mit Vollzugsfragen betraut sind (E. 9). In einem weiteren Schritt wird ausgeführt, welche Prüfungsbefugnisse diesen angesichts der gegenwärtigen Rechtslage und nach herrschender Lehre und Praxis zukommen (E. 10). Schliesslich ist mit Blick auf das Asylgesetz vom 26. Juni 1998 (AsylG, SR 142.31) und das Abkommen vom 26. Oktober 2004 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Gemeinschaft über die Kriterien und Verfahren zur Bestimmung des zuständigen Staates für die Prüfung

eines in einem Mitgliedstaat oder in der Schweiz gestellten Asylantrages (SR 0.142.392.68) und die Verordnung (EG) Nr. 343/2003 des Rates vom 18. Februar 2003 zur Festlegung der Kriterien und Verfahren zur Bestimmung des Mitgliedstaats, der für die Prüfung eines von einem Drittstaatsangehörigen in einem Mitgliedstaat gestellten Asylantrags zuständig ist (Amtsblatt der Europäischen Union L 50 vom 25. Februar 2003, S. 1 [nachfolgend: Dublin-II-Verordnung]) zu prüfen, ob der Inhalt der Vorbringen im Einzelfall Rückschlüsse auf das durchzuführende Verfahren zulässt (E. 11 und 13).

9.

9.1 Im Ausländerrecht treffen sowohl kantonale Behörden als auch Bundesbehörden Entscheide, welche dazu führen, dass eine ausländische Person die Schweiz verlassen muss (Entfernungsmassnahmen). Dabei ist zu beachten, dass mit Inkrafttreten des Ausländergesetzes vom 16. Dezember 2005 (AuG, SR 142.20) am 1. Januar 2008 die Kompetenzaufteilung zwischen Bund und Kantonen zum Teil neu geregelt wurde.

9.2 Gestützt auf das ANAG waren die Kantone zuständig für die Verweigerung der Erteilung oder Verlängerung von Aufenthaltsbewilligungen (Art. 5 i. V. m. Art. 15 ANAG). Eine Wegweisung durch die kantonalen Behörden galt nur für das Kantonsgebiet (Art. 12 Abs. 3 ANAG). Eine Ausnahme bestand lediglich im Zusammenhang mit Aufenthaltsbewilligungen, die aufgrund des Abkommens vom 21. Juni 1999 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft einerseits und der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten andererseits über die Freizügigkeit (FZA, SR 0.142.112.681) erteilt wurden; die Anordnung von Entfernungsmassnahmen galt, unabhängig von der verfügenden Behörde, jeweils für die ganze Schweiz (vgl. den bis zum 31. Dezember 2007 geltenden Wortlaut von Art. 24 der Verordnung über die schrittweise Einführung des freien Personenverkehrs zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Gemeinschaft und deren Mitgliedstaaten sowie unter den Mitgliedstaaten der Europäischen Freihandelsassoziation [Verordnung über die Einführung des freien Personenverkehrs, VEP] vom 22. Mai 2002, AS 2002 1748).

Die Ausweisung gemäss Art. 10 ANAG, für welche die Kantone zuständig waren (vgl. Art. 16 Abs. 1 der Vollziehungsverordnung vom 1. März 1949 zum Bundesgesetz über Aufenthalt und Niederlassung der Ausländer [ANAV, AS 1949 228]), wurde in der Regel für das ganze Gebiet der Schweiz ausgesprochen.

Die neue Regelung im AuG weist den Kantonen die Kompetenz zur Beurteilung von Gesuchen um Erteilung und Verlängerung von Kurzaufenthalts-, Aufenthalts und Niederlassungsbewilligungen zu (Art. 32 bis Art. 34 i. V. m. Art. 40 Abs. 1 AuG). Verweigert der zuständige Kanton die Erteilung oder Verlängerung von Kurzaufenthalts- oder Aufenthaltsbewilligungen, so weist er die ausländische Person aus der Schweiz weg (Art. 66 Abs. 1 AuG). Wird eine Bewilligung widerrufen (Art. 62 und Art. 63 AuG), so weist der Kanton die ausländische Person ebenfalls aus der ganzen Schweiz weg (Art. 66 Abs. 1 i. V. m. Art. 40 Abs. 1 AuG).

9.3 Gemäss ANAG führte der Bund Ausdehnungs- und Zustimmungsverfahren durch (Art. 12 Abs. 3 letzter Satz bzw. Art. 18 Abs. 3 ANAG). Bei der Ausdehnungsverfügung wurde eine rechtskräftige kantonale Wegweisungsverfügung auf das ganze Gebiet der Schweiz ausgedehnt (Art. 12 Abs. 3 zweitletzter Satz ANAG). Ein Zustimmungsverfahren wurde insbesondere durchgeführt, wenn es zur Koordination der Praxis bezüglich bestimmter Gruppen von Ausländern notwendig war oder wenn das BFM einzelne Verfahren an sich zog (Art. 1 Abs. 1 der Verordnung über das Zustimmungsverfahren im Ausländerrecht vom 20. April 1983 in der bis 31. Dezember 2007 geltenden Fassung [AS 1986 1482, AS 1998 846 und AS 2002 1769]). Verweigerte die Bundesbehörde die Zustimmung zur Verlängerung der Aufenthaltsbewilligung, so ordnete sie gleichzeitig die Wegweisung aus der Schweiz an.

Die neue Regelung im AuG weist dem Bund wiederum die Kompetenz zu, ein Zustimmungsverfahren vorzusehen (Art. 99 AuG). Die Voraussetzungen sind im Wesentlichen die gleichen wie unter altem Recht (vgl. Art. 85 f. der Verordnung vom 24. Oktober 2007 über Zulassung, Aufenthalt und Erwerbstätigkeit [VZAE, SR 142.201]). Darüber hinaus sieht das AuG vor, dass das Bundesamt bei Personen, welchen die Einreise am Flughafen verweigert wird, die Wegweisung verfügt (Art. 65 AuG). In der Kompetenz des Bundes liegt zudem die Ausweisung zur Wahrung der inneren oder der äusseren Sicherheit der Schweiz (Art. 68 AuG).

9.4

9.4.1 Die Verpflichtung, die Schweiz zu verlassen, ergab sich ferner aus der per 1. Januar 2007 abgeschafften strafrechtlichen Landesverweisung (aArt. 55 des Schweizerischen Strafgesetzbuchs vom 21. Dezember 1937 [StGB, AS 1951 1]). Diese Nebenstrafe wurde durch den Strafrichter ausgesprochen (STEFAN TRECHSEL, Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21. Dezember 1937, Kurzkommentar, 2. Aufl., Zürich 1997, N. 1 f. zu Art. 55 StGB). Im Unterschied zu den ausländerrechtli-

chen Verfahren war die Frage des Aufenthaltsstatus im Verfahren betreffend Landesverweisung nicht Streitgegenstand; es handelte sich um eine Ausreiseverpflichtung und Fernhaltungsmassnahme.

9.4.2 Eine weitere unfreiwillige Ausreise aus der Schweiz, die den ausländerrechtlichen Aufenthaltsstatus ebenfalls nicht zum Thema hat, ergibt sich, wenn eine ausländische Person an einen Drittstaat ausgeliefert werden soll (vgl. das Rechtshilfegesetz vom 20. März 1981 [IRSG, SR 351.1] und das Europäische Auslieferungsübereinkommen vom 13. Dezember 1957 [SR 0.353.1, nachfolgend: Europäisches Auslieferungsübereinkommen]). Zuständig für die Behandlung von Auslieferungsersuchen ist das Bundesamt für Justiz (Art. 17 Abs. 2 IRSG). Gemäss Art. 17 Abs. 4 IRSG kann es die Durchführung eines Verfahrens ganz oder teilweise der Bundesbehörde übertragen, die bei Begehung der Tat in der Schweiz für die Ahndung zuständig wäre (vgl. STEPHAN BREITENMOSER, Internationale Amts- und Rechtshilfe, in: Peter Uebersax/Beat Rudin/Thomas Hugi Yar/Thomas Geiser [Hrsg.], Ausländerrecht, Handbücher für die Anwaltspraxis, Bd. VIII, 2. Aufl., Basel 2009 [nachfolgend: Handbuch Ausländerrecht 2009], Rz. 23.132 ff.).

9.5 Diese Darstellung der Kompetenzen zeigt auf, dass die sachliche Zuständigkeit zur Anordnung von Entfernungsmassnahmen im weiteren Sinne bei unterschiedlichen Behörden liegt. Die entsprechende Behörde hat das Recht und die Pflicht, die ihr durch Organisations- bzw. Sachverhalte zugewiesenen Aufgaben zu erfüllen (PIERRE TSCHANNEN/ULRICH ZIMMERLI/MARKUS MÜLLER, Allgemeines Verwaltungsrecht, 3. Aufl., Bern 2009, § 6 Rz. 13; RENÉ RHINOW/HEINRICH KOLLER/CHRISTINA KISS, Öffentliches Prozessrecht und Justizverfassungsrecht des Bundes, Basel/Frankfurt am Main 1996, Rz. 955 ff., 1096).

10.

10.1 Fragen des (Wegweisungs-)Vollzugs und möglicher Hinderungsgründe stellen sich somit in unterschiedlichen Verfahren, die aufgrund der gesetzlichen Regelungen bezüglich der sachlichen Zuständigkeit von unterschiedlichen Behörden durchzuführen sind. Der Vollzug der Ausbeziehungsweise Wegweisung, der Landesverweisung sowie der Auslieferung steht beziehungsweise stand unter dem Vorbehalt der völkerrechtlichen Verpflichtungen der Schweiz (Unzulässigkeit gemäss Art. 14a Abs. 3 ANAG bzw. heute Art. 83 Abs. 3 AuG; für die Landesverweisung vgl. TRECHSEL, a. a. O., N. 2a ff. zu Art. 55 StGB; für die Auslieferung vgl. Art. 2 IRSG und Art. 3 Ziff. 2 Europäisches Auslieferungsübereinkommen; BREITENMOSER, Handbuch Ausländerrecht 2009, Rz. 23.100,

23.127 ff., MARIO VENA, Parallele Asyl- und Auslieferungsverfahren, in: ASYL 2/07 S. 4 ff.).

10.2 Was das ausländerrechtliche Verfahren betrifft, wird in der Regel gleichzeitig mit dem negativen Bewilligungsentscheid (Verweigerung bzw. Nichtverlängerung der Aufenthaltsbewilligung) die Wegweisung ausgesprochen, welche die logische Konsequenz der fehlenden Aufenthaltsberechtigung ist (...), und eine Ausreisefrist angesetzt. Bei der Anordnung der Wegweisung handelt es sich um eine Vollstreckungsverfügung (ANDREAS ZÜND/LADINA ARQUINT HILL, Beendigung der Anwesenheit, Entfernung und Fernhaltung, in: Peter Uebersax/Beat Rudin/Thomas Hugli Yar/Thomas Geiser [Hrsg.], Ausländerrecht, Handbücher für die Anwaltspraxis, Bd. VIII, 2. Aufl., Basel 2009, Rz. 8.61). Für die Anordnung des Vollzugs ist grundsätzlich diejenige Behörde zuständig, die den Sachentscheid gefällt hat (Art. 39 des Bundesgesetzes vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren [VwVG, SR 172.021]; dazu allgemein: TOBIAS JAAG in: Bernhard Waldmann/Philippe Weissenberger [Hrsg.], Praxiskommentar zum VwVG, Zürich/Basel/Genf 2009, Art. 39 N 7; THOMAS GÄCHTER/PHILIPP EGLI in: Christoph Auer/Markus Müller/Benjamin Schindler [Hrsg.], Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren [VwVG], Zürich 2008, Rz. 18 zu Art. 39). Es besteht somit ein Zusammenhang zwischen Sachentscheid und Vollstreckungsverfügung. Im Asyl- und Ausländerbereich hat die Behörde, welche die Wegweisung anordnet, in Bezug auf deren Vollziehbarkeit eine umfassende Prüfung vorzunehmen (ZÜND/ARQUINT HILL, a. a. O., Rz. 8.62; RUEDI ILLES, in: Martina Caroni/Thomas Gächter/Daniela Thurnherr [Hrsg.], Stämpfli Handkommentar zum Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer, Bern 2010, Art. 83, N 6). Dass in der Sache und bezüglich der Vollstreckung in einem Entscheid befunden wird, ist auch Ausfluss des verfassungsrechtlichen Beschleunigungsgebotes (Art. 29 Abs. 1 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 [BV, SR 101]; vgl. BGE 135 II 110 E. 3.2 S. 116 f. sowie Urteil des Bundesgerichts [BGer] 2A.313/2005 vom 25. August 2005 E. 3.3.2).

10.3 Ist der Vollzug der Entfernungsmassnahme nicht durchführbar, tritt an ihre Stelle als Ersatzmassnahme die vorläufige Aufnahme (Art. 14a Abs. 1 ANAG bzw. heute Art. 83 Abs. 1 AuG; Art. 44 Abs. 2 AsylG). Nur eine für die Durchführung der Entfernungsmassnahme zuständige Behörde kann eine solche Ersatzmassnahme beantragen (nach altem Recht [Art. 14b Abs. 1 ANAG]: Bundesanwaltschaft, kantonale Fremdenpolizeibehörden; nach neuem Recht [Art. 83 Abs. 6 AuG]:

kantonale Behörden) beziehungsweise verfügen (das BFM [Art. 14a Abs. 1 ANAG, Art. 83 Abs. 1 AuG, Art. 44 Abs. 2 AsylG]; vgl. WALTER STÖCKLI, Asyl, in: Peter Uebersax/Peter Münch/Thomas Geiser/Martin Arnold [Hrsg.], Ausländerrecht, Ausländerinnen und Ausländer im öffentlichen Recht, Privatrecht, Strafrecht, Steuerrecht und Sozialrecht, Handbücher für die Anwaltspraxis, Bd. VIII, 1. Aufl., Basel/Genf/München 2002, Rz. 8.81 bzw. Handbuch Ausländerrecht 2009, Rz. 11.75). Liegt nach Auffassung der zuständigen Behörde ein Vollzugshindernis vor, so ist sie verpflichtet, einen entsprechenden Antrag zu stellen beziehungsweise die vorläufige Aufnahme anzuordnen (NICOLAS WISARD, Les renvois et leur exécution en droit des étrangers et en droit d'asile, Basel/Frankfurt am Main 1997, S. 351). Zuständig für die Beurteilung, ob Vollzugshindernisse gemäss Art. 14a ANAG beziehungsweise Art. 83 AuG vorliegen und die vorläufige Aufnahme anzuordnen ist, ist das BFM. Das bedeutet, dass die Einschätzung der kantonalen Behörde, es liege ein Vollzugshindernis vor, für das BFM nicht verbindlich ist und dieses nicht verpflichten kann, die vorläufige Aufnahme entsprechend dem Antrag des Kantons auch anzuordnen. In praktischer Hinsicht wird der Kanton in einer derartigen Konstellation die Wegweisung zwar aussprechen, deren Vollzug aber abhängig machen vom Ausgang des Verfahrens betreffend vorläufige Aufnahme (in diesem Sinne der Entscheid des Justiz- und Sicherheitsdepartements des Kantons Luzern vom 19. Dezember 2005 i. S. A., E. 8.2). Kommt die kantonale Behörde demgegenüber zum Schluss, es lägen keine Vollzugshindernisse vor, ordnet sie die Wegweisung beziehungsweise deren Vollzug in verbindlicher Weise an.

Aus der gesetzlichen Regelung von Art. 14a ANAG beziehungsweise Art. 83 AuG geht nicht hervor, dass die kantonale Behörde nicht zuständig wäre, die Zulässigkeit des Wegweisungsvollzugs zu prüfen. Ebenso wenig kann den Bestimmungen von Art. 14b Abs. 1 ANAG beziehungsweise Art. 83 Abs. 6 AuG entnommen werden, dass die kantonale Behörde in einem in ihren Zuständigkeitsbereich fallenden Wegweisungsverfahren bezüglich der Antragstellung Einschränkungen unterliegen würde.

Vor diesem Hintergrund wird deutlich, dass es keinen Anlass gibt, davon auszugehen, in einem ausländerrechtlichen Weg- oder Ausweisungsverfahren könne das Vorliegen von Vollzugshindernissen (im beschriebenen Rahmen) nicht umfassend geprüft werden. Dabei spielt es keine Rolle, ob es sich um eine Bundes- oder Kantonsbehörde handelt.

10.4 Wie die nachfolgende Kasuistik zeigt, entspricht das oben Gesagte der herrschenden Praxis.

10.4.1 Das BGer hat in seiner Rechtsprechung zur Ausweisung gemäss Art. 10 ANAG festgehalten, dass die Kantone die Pflicht haben, das Vorliegen von Vollzugshindernissen umfassend zu prüfen. Das BGer amtete in diesen Fällen als Rechtsmittelinstanz (vgl. BGE 135 II 110 E. 3.2 S. 116 f. sowie Urteil des BGer 2A.51/2006 vom 8. Mai 2006 E. 2.2 und Urteil des BGer 2A.313/2005 vom 25. August 2005 E. 3.3) und überprüfte, ob dem Vollzug völkerrechtliche Hindernisse entgegenstehen (BGE 125 II 105 E. 3b S. 111 f.; Urteil des BGer 2C_488/2007 vom 6. Februar 2008 E. 3.2.4 und Urteil des BGer 2C_87/2007 vom 18. Juni 2007 E. 2.2 und E. 4).

10.4.2 Das BVGer selbst hat bisher in zahlreichen ausländerrechtlichen Verfahren die völkerrechtliche Zulässigkeit des Wegweisungsvollzuges geprüft (vgl. bspw. betreffend Ausdehnung der kantonalen Wegweisungsverfügung das Urteil des BVGer C-3193/2008 vom 30. Dezember 2008 S. 9 f., das Urteil des BVGer C-6881/2007 vom 22. Dezember 2008 E. 4.4, das Urteil des BVGer C-644/2006 vom 26. Februar 2008 E. 7 und das Urteil des BVGer C-614/2006 vom 29. November 2007 E. 5.2.2; betreffend Verweigerung der vorläufigen Aufnahme das Urteil des BVGer C-2642/2007 vom 19. Dezember 2007 E. 3 und das Urteil des BVGer C-2019/2007 vom 18. Dezember 2007 E. 3 oder betreffend Verweigerung der Zustimmung sowie Wegweisung das Urteil des BVGer C-539/2006 vom 20. Dezember 2007 E. 7.3, das Urteil des BVGer C-396/2006 vom 9. Juli 2007 E. 7.3, das Urteil des BVGer C-399/2006 vom 9. Mai 2007 E. 6.2).

10.4.3 Betreffend Ausweisung nach Art. 10 ANAG hatten sich ebenfalls die Kantone im Rahmen ihrer Kompetenzen mit Vollzugsfragen zu befassen (vgl. bspw.: Urteile des Rekursgerichts im Ausländerrecht veröffentlicht in: AGVE 2007, 98 S. 343 ff. E. 7, AGVE 2005, 106 S. 464 ff. E. 5; den Beschluss des Regierungsrats des Kantons Appenzell-Ausser rhoden vom 1. Dezember 1992 veröffentlicht in: Ausserrhodische Gerichts- und Verwaltungspraxis 1992 S. 40 ff. E. 5 sowie den Entscheid des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 31. Oktober 1995 [VGE 19391] veröffentlicht in: Bernische Verwaltungsrechtsprechung 1996 S. 412 E. 3b S. 418 f.; vgl. auch die Darstellung der Praxis bei WISARD, a. a. O., S. 464 ff.). In diesen Entscheiden haben sich die kantonalen Behörden ohne weiteres mit Fragen auseinander gesetzt, welche das Gebot des Non-Refoulement tangieren. Mit der Neuregelung der Kompe-

tenzen im Ausländerrecht (vgl. E. 9.2) hat die Frage, ob Vollzugshindernisse vorliegen, auf kantonaler Ebene an Bedeutung gewonnen.

10.4.4 Der Vollständigkeit halber sei ebenfalls auf die Praxis zur früheren Landesverweisung und zur Auslieferung hingewiesen. In Bezug auf die strafrechtliche Landesverweisung hat das BGer in BGE 116 IV 105 E. 4i S. 116 ausgeführt, dass es « nicht zweifelhaft sein » könne, « dass Art. 3 EMRK und Art. 45 AsylG [non-refoulement, heute Art. 5 AsylG] durch die Strafvollzugsbehörden im Vollstreckungsverfahren anzuwenden sind » (vgl. dazu auch BGE 121 IV 345 E. 1d S. 350, BGE 118 IV 221 E. 2d S. 227). Gegen die Vollzugsverfügung einer Landesverweisung stand die Verwaltungsgerichtsbeschwerde ans BGer offen, wobei einzig die Verletzung des Rückschiebungsverbotes gerügt werden konnte (BGE 121 IV 345 E. 1a S. 347 f.). Im Falle eines abgewiesenen Asylsuchenden, welcher aufgrund seiner strafrechtlichen Verfehlungen (auch) mit einer Landesverweisung bestraft worden war, stellte die Schweizerische Asylrekurskommission (ARK) fest, dass es an der für den Vollzug der Landesverweisung zuständigen Behörde sei, allfällige Vollzugshindernisse zu überprüfen (EMARK 1996 Nr. 35, EMARK 2004 Nr. 10; im Verhältnis zum Auslieferungsverfahren vgl. EMARK 1996 Nr. 34). Auch im Bereich der Auslieferung ist von der zuständigen Behörde die Einhaltung der von der Schweiz eingegangenen völkerrechtlichen Verpflichtungen zu prüfen (vgl. etwa BGE 135 I 191 E. 2 S. 193 ff. [den Fall einer Überstellung zur Strafverbüßung betreffend], BGE 134 IV 156 E. 6 S. 162 ff., BGE 133 IV 76 E. 4.1 S. 86, BGE 123 II 511 E. 6a S. 521, BGE 121 II 296 E. 3 S. 298 f.).

10.5 Dieser Überblick zeigt, dass es in der Praxis unbestritten ist, dass bei der Anordnung des Vollzugs von Entfernungsmassnahmen im weiteren Sinn sämtliche Vollzugshindernisse zu berücksichtigen sind. In der Literatur wird diese Praxis teilweise abgelehnt (vgl. WISARD, a.a.O., S. 462 f. [Landesverweisung], S. 464 ff., dieser Kritik zustimmend: ZÜND/ARQUINT HILL, a. a. O., Rz. 8.101). Im Wesentlichen wird kritisiert, dass die kantonalen und eidgenössischen Fremdenpolizeibehörden nur selten mit Vorbringen konfrontiert seien, die unter das Rückschiebungsverbot fallen. Es fehle ihnen an Erfahrung und Ressourcen, um die Beurteilung vornehmen zu können. Dies führe zu einer uneinheitlichen Praxis. WISARD spricht sich dafür aus, sämtliche Vorbringen, welche das menschenrechtliche oder flüchtlingsrechtliche Rückschiebungsverbot anrufen, im Asylverfahren behandeln zu lassen. Dafür sollten die Fremdenpolizeibehörden der betroffenen Person ein Asylgesuch nahe legen,

welches in einem vereinfachten Verfahren zu beurteilen wäre. In Anlehnung an diese Kritik und mit Blick auf Art. 18 AsylG kam das BVGer in E. 9.1 des bereits erwähnten Urteils C-5555/2007 zum Schluss, dass Vorbringen, die auf das Rückschiebungsverbot zielten, ausschliesslich im Asylverfahren zu beurteilen seien.

11.

11.1

11.1.1 Gemäss Art. 18 AsylG gilt jede Äusserung, mit der eine Person zu erkennen gibt, dass sie die Schweiz um Schutz vor Verfolgung nachsucht, als Asylgesuch. Diese Bestimmung wurde mit dem Bundesbeschluss über das Asylverfahren, welcher am 22. Juni 1990 in Kraft trat, ins Asylgesetz aufgenommen (damals Art. 13). Gemäss der Botschaft zum AVB (BBl 1990 II 573, hier 625) sollte damit das Asylverfahren auf Ausländer eingegrenzt werden, die Schutz vor Verfolgung suchen; es sei von einem weiten Verfolgungsbegriff auszugehen. In Lehre und Rechtsprechung wurde dieser weite Verfolgungsbegriff übernommen (vgl. EMARK 2003 Nr. 18 E. 4a und 4b). In E. 5 dieses Entscheides hat die ARK den Verfolgungsbegriff präzisiert und auf erlittene oder befürchtete Nachteile beschränkt, die von Menschenhand zugefügt werden. Die Geltendmachung von Verfolgung ist notwendige Voraussetzung dafür, dass ein Ersuchen um Schutz als Asylgesuch behandelt wird (vgl. zum Ganzen: Schweizerische Flüchtlingshilfe SFH, a. a. O., S. 59 ff.).

Diese Rechtsprechung zu Art. 18 AsylG wurde im Zusammenhang mit der Frage entwickelt, ob auf ein Asylgesuch eingetreten werden könne (vgl. insbes. Art. 32 ff. AsylG; EMARK 2003 Nr. 18). Ausgangspunkt war eine Eingabe, die von den zuständigen Behörden nach den Regeln des Asylrechtes bearbeitet wurde. Die Frage, ob Sachverhalte, die zwar unter Art. 18 AsylG fallen, jedoch ausserhalb eines Asylverfahrens zum Thema werden, in diesem anderen Verfahren behandelt werden können, musste im Rahmen der erwähnten Rechtsprechung nicht diskutiert werden; es stellte sich lediglich die Frage nach einem möglichen Ausschluss vom Asylverfahren, nicht nach einem Einschluss in dasselbe. Diese Rechtsprechung vermag somit im vorliegenden Fall nicht zur Klärung der Sachlage beizutragen.

11.1.2 Die Einleitung eines Asylverfahrens setzt indessen ein entsprechendes Gesuch voraus (Art. 2 Abs. 1 und Art. 18 AsylG; vgl. auch Art. 32 Abs. 1 AsylG; BGE 121 II 59 E. 3c S. 65). Im Asylverfahren herrscht die Dispositionsmaxime, das heisst der Gesuchsteller hat die Herrschaft über das Verfahren; er kann es durch Gesuch einleiten und

durch Rückzug beenden (ULRICH HÄFELIN/GEORG MÜLLER/FELIX UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 5. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2006, Rz. 1620; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, a. a. O., § 30 Rz. 19 f.; ISABELLE HÄNER, Die Beteiligten im Verwaltungsverfahren und Verwaltungsprozess, Zürich 2000, Rz. 324, 327; ALFRED KÖLZ/ISABELLE HÄNER, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes, 2. Aufl., Zürich 1998, Rz. 102 f.; RHINOW/KOLLER/KISS, a. a. O. Rz. 1087). Befindet sich die betroffene Person in einem anderen Asylverfahren und stellt sie nicht ausdrücklich ein Asylgesuch, sondern macht in diesem anderen Verfahren Sachverhalte geltend, die möglicherweise gemäss Art. 18 AsylG als Asylgesuch zu behandeln wären, so hat die Behörde nach dem Willen der betroffenen Person zu forschen (vgl. FRITZ GYGI, Bundesverwaltungsrechtspflege, 2. Aufl., Bern 1983, S. 50; HÄNER, a. a. O. Rz. 270 insbes. Fn. 761) beziehungsweise dieser Gelegenheit einzuräumen, sich zu äussern. Kommt die für das laufende Verfahren zuständige Behörde zum Schluss, die betroffene Person wolle kein Asylgesuch stellen oder verneint diese es ausdrücklich, so ist nicht ersichtlich, weshalb sie entgegen ihrer Absicht ins Asylverfahren verwiesen werden sollte. In EMARK 2001 Nr. 5 E. 3b/bb hielt die ARK aufgrund der Umstände des zu beurteilenden Falles denn auch fest, wegen der Geltung der Dispositionsmaxime sei dem BFM der Prüfungsgegenstand vorgegeben, sei doch die urteilende Behörde im Verwaltungsverfahren grundsätzlich an die Parteianträge gebunden (im konkreten Fall hatten die Beschwerdeführer zwar das Vorliegen völkerrechtlicher Vollzugshindernisse, die unter den asylrechtlich relevanten Verfolgungsbegriff gefallen wären, geltend gemacht, jedoch bewusst kein Asylgesuch gestellt).

Der Willenserklärung der betroffenen Person kommt somit bei der Frage, ob sie Schutz vor Verfolgung im Sinne des Asylgesetzes sucht, wesentliche Bedeutung zu.

11.2 Wird der Wille des oder der Betroffenen, ein Asylgesuch zu stellen, verneint, so bedeutet dies keineswegs, dass die betroffene Person mit ihren Vorbringen nicht gehört wird. Die zuständige Behörde hat bei der Prüfung, ob der Vollzug der Wegweisung zulässig ist, die Vorbringen trotzdem zu berücksichtigen, da die völkerrechtlichen Vollzugshindernisse zwingender Natur sind (STEPHAN BREITENMOSER, in: Bernhard Ehrenzeller/Rainer J. Schweizer/Philippe Mastronardi/Klaus A. Vallender [Hrsg], Die schweizerische Bundesverfassung, Kommentar, 2. Aufl., Zürich 2008, [nachfolgend: BV-Kommentar] N. 17 zu Art. 25).

Zu den völkerrechtlichen Verpflichtungen, welche im vorliegenden Kontext (Vollzug von Entfernungsmassnahmen) zu beachten sind, gehören namentlich das Verbot der Folter und anderer unmenschlicher Behandlung oder Bestrafung, wie es in Art. 3 EMRK und Art. 3 des Übereinkommens vom 10. Dezember 1984 gegen Folter und andere grausame, unmenschliche oder erniedrigende Behandlung oder Strafe (SR 0.105; vgl. auch Art. 25 Abs. 3 BV) vorgesehen ist, und das Rückschiebungsverbot für Flüchtlinge gemäss Art. 33 FK. Das in den Bestimmungen betreffend das Verbot der Folter und anderer unmenschlicher Behandlung oder Bestrafung enthaltene Rückschiebungsverbot (Non-Refoulement) gilt absolut (JÖRG PAUL MÜLLER/MARKUS SCHEFER, Grundrechte in der Schweiz – Im Rahmen der Bundesverfassung, der EMRK und der UNO-Pakte, 4. Aufl., Bern 2008, S. 337 f.; BREITENMOSER, BV-Kommentar N. 20 zu Art. 25; REGINA KIENER/WALTER KÄLIN, Grundrechte, Bern 2007, S. 178; JENS MEYER-LADEWIG, Europäische Menschenrechtskonvention, Handkommentar, 2. Aufl., Baden-Baden 2006, N. 1 zu Art. 3; WALTER KÄLIN, Das Prinzip des Non-Refoulement – Das Verbot der Zurückweisung, Ausweisung und Auslieferung von Flüchtlingen in den Verfolgerstaat im Völkerrecht und im schweizerischen Landesrecht, Bern/Frankfurt am Main 1982, S. 158 ff.).

11.3 Aus diesen Erwägungen ergibt sich, dass Vollzugshindernisse, die auf dem Rückschiebungsverbot beruhen, nicht nur im Asylverfahren zu prüfen sind. Ihnen kann und muss auch in anderen Verfahren Rechnung getragen werden. Allerdings ist der wirkliche Wille der betroffenen ausländischen Person zu beachten und ihr allenfalls der Weg ins Asylverfahren zu weisen.

Diese Auffassung steht im Einklang mit der gesetzlichen Zuständigkeitsordnung, die sich exemplarisch in der bisherigen Praxis von Bund und Kantonen widerspiegelt. Sollten sämtliche Vorbringen, die dazu geeignet sind, den Vollzug der Wegweisung aufgrund des Rückschiebungsverbotes unzulässig erscheinen zu lassen, ausschliesslich von den Asylbehörden beurteilt werden können, so wäre eine entsprechende Gesetzesänderung notwendig. Rein pragmatische Überlegungen, wie beispielsweise die Nutzung der besseren Fachkenntnisse einer Behörde, genügen dafür nicht, da die gesetzliche Zuständigkeitsordnung zwingender Natur ist (KÖLZ/HÄNER, a. a. O., Rz. 231; RHINOW/KOLLER/KISS, a. a. O., Rz. 956, 1096).

12. Im Sinne eines Zwischenergebnisses ist festzuhalten, dass diejenigen Instanzen, welche den Vollzug einer Weg- oder Ausweisung anord-

nen, sämtliche Arten von Vollzugshindernissen zu überprüfen haben. Werden Sachverhaltselemente vorgebracht, welche möglicherweise unter das Rückschiebungsverbot fallen, so kommt eine Verweisung ins Asylverfahren dann in Frage, wenn die betroffene ausländische Person den Willen äussert, ein Asylgesuch im Sinne von Art. 18 AsylG zu stellen. Ansonsten sind die Vorbringen von der für das Wegweisungsverfahren zuständigen Behörde bei der Prüfung möglicher Vollzugshindernisse zu berücksichtigen. Dass die Vorbringen letztlich einheitlich und von einer fachlich kompetenten Behörde überprüft werden, wird durch die zentrale Beurteilung durch das BFM, sei es auf Antrag oder aus eigener Kompetenz, sicher gestellt.

13. Nichts anderes ergibt sich aus der Dublin-II-Verordnung. Diese definiert in Art. 2 Bst. c den Begriff des Asylantrags als den von einem Drittstaatsangehörigen gestellten Antrag, der als Ersuchen um internationalen Schutz eines Mitgliedstaats im Sinne der Genfer Flüchtlingskonvention angesehen werden kann. Jeder Antrag auf internationalen Schutz wird als Asylantrag angesehen, es sei denn, ein Drittstaatsangehöriger ersucht ausdrücklich um einen anderweitigen Schutz, der gesondert beantragt werden kann. Letzteres ist der Fall, wenn ein Drittstaatsangehöriger auf ein Asylgesuch verzichtet und im Rahmen eines ausländerrechtlichen Verfahrens geltend macht, der Vollzug der Wegweisung sei nicht zulässig beziehungsweise seine Anwesenheit sei nach den Bestimmungen über die vorläufige Aufnahme zu regeln. Es ist davon auszugehen, dass der Status der vorläufigen Aufnahme einem Aufenthaltstitel im Sinne von Art. 2 Bst. j der Dublin-II-Verordnung entspricht und dem Betroffenen ebenfalls den von ihm beantragten Schutz zu gewähren vermag.

14. Im vorliegenden Fall wurde der anwaltlich vertretene Beschwerdeführer mit Verfügung vom 8. April 2010 darauf aufmerksam gemacht, dass seine Vorbringen Thema eines Asylverfahrens sein könnten, dass sie jedoch auch im ausländerrechtlichen Verfahren zu beachten sind, wenn der Beschwerdeführer sich darauf beschränkt. Mit Eingabe vom 20. Mai 2010 hielt der Beschwerdeführer an den gestellten Rechtsbegehren fest, so dass davon auszugehen ist, dass er eine Prüfung im vorliegenden ausländerrechtlichen Verfahren wünscht.