

BVGer C-1503/2010 vom 31. Januar 2014

Bundesverwaltungsgericht, 2014-01-31, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_C-1503_2010

FR: TAF C-1503/2010 du 31 janvier 2014

IT: TAF C-1503/2010 del 31 gennaio 2014

Regeste

Erteilung der vorläufigen Aufnahme

Erwägungen

E. 1.1

Gemäss Art. 31 des Verwaltungsgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (VGG, SR 173.32) beurteilt das Bundesverwaltungsgericht - unter Vorbehalt der in Art. 32 VGG genannten Ausnahmen - Beschwerden gegen Verfügungen nach Art. 5 des Verwaltungsverfahrensgesetzes vom 20. Dezember 1968 (VwVG, SR 172.021), die von einer in Art. 33 VGG aufgeführten Behörde erlassen wurden. Darunter fallen u.a. Verfügungen des BFM betreffend vorläufige Aufnahme. In diesem Bereich entscheidet das Bundesverwaltungsgericht endgültig (vgl. Art. 83 Bst. c Ziff. 3 des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 [BGG, SR 173.110]).

E. 1.2

Sofern das Verwaltungsgerichtsgesetz nichts anderes bestimmt, richtet sich das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht nach dem Verwaltungsverfahrensgesetz (vgl. Art. 37 VGG).

E. 1.3

Der Beschwerdeführer ist gemäss Art. 48 Abs. 1 VwVG zur Beschwerde berechtigt. Auf die im Übrigen frist- und formgerecht eingereichte Beschwerde ist einzutreten (vgl. Art. 50 und 52 VwVG).

E. 2

Mit Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht kann die Verletzung von Bundesrecht einschliesslich Überschreitung oder Missbrauch des Ermessens, die unrichtige oder unvollständige Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts und - sofern nicht eine kantonale Behörde als Beschwerdeinstanz verfügt hat - die Unangemessenheit gerügt werden (vgl. Art. 49 VwVG). Das Bundesverwaltungsgericht wendet im Beschwerdeverfahren das Bundesrecht von Amtes wegen an. Es ist gemäss Art. 62 Abs. 4 VwVG nicht an die Begründung der Begehren gebunden und kann die Beschwerde auch aus anderen als den geltend gemachten Gründen gutheissen oder abweisen; massgebend sind grundsätzlich die tatsächlichen Verhältnisse zum Zeitpunkt seines Entscheides (vgl. BVGE 2012/21 E. 5.1, BVGE 2011/1 E. 2 und BVGE 2007/41 E. 2).

E. 3.1

Wie aus dem Sachverhalt hervorgeht, wurde der Beschwerdeführer mit Verfügung vom 28. August 2007 rechtskräftig aus der Schweiz weggewiesen. Gegenstand des vorliegenden

Beschwerdeverfahrens bildet damit einzig die Frage, ob die Wegweisung zu vollziehen ist oder ob anstelle des Vollzugs eine vorläufige Aufnahme anzuordnen ist.

E. 3.2

Ist der Vollzug der Wegweisung nicht möglich, nicht zulässig oder nicht zumutbar, so verfügt das Bundesamt die vorläufige Aufnahme (Art. 83 Abs. 1 AuG). Der Vollzug ist nicht möglich, wenn der Ausländer weder in den Heimat- oder in den Herkunftsstaat noch in einen Drittstaat ausreisen oder dorthin gebracht werden kann (Art. 83 Abs. 2 AuG). Der Vollzug ist nicht zulässig, wenn völkerrechtliche Verpflichtungen der Schweiz einer Weiterreise des Ausländers in den Heimat-, Herkunfts- oder in einen Drittstaat entgegenstehen (Art. 83 Abs. 3 AuG). Der Vollzug kann für 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 AuG).

E. 3.3

Die vorläufige Aufnahme nach den Absätzen 2 und 4 von Art. 83 AuG wird nicht verfügt, wenn die weg- oder ausgewiesene Person zu einer längerfristigen Freiheitsstrafe im In- oder Ausland verurteilt wurde oder wenn gegen sie eine strafrechtliche Massnahme im Sinne von Art. 64 oder 61 des Schweizerischen Strafgesetzbuchs vom 21. Dezember 1937 (StGB, SR 311.0) angeordnet wurde; wenn sie 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; oder die Unmöglichkeit des Vollzugs der Weg- oder Ausweisung durch eigenes Verhalten verursacht hat (Art. 83 Abs. 7 Bst. a-c AuG).

E. 4.1

Das BFM begründete seinen Entscheid damit, der Beschwerdeführer habe mehrere Einträge im Strafregister erwirkt und sei zu einer Geldstrafe und Busse mit einer Probezeit von drei Jahren verurteilt worden, die noch laufe. Zudem habe er aufgrund seines Verschuldens die kubanische Staatsbürgerschaft verloren, da er sich nicht um das erforderliche Ausreisevisum und dessen Verlängerung zum Aufenthalt ausserhalb Kubas bemüht habe. Deshalb sei ihm eine Rückkehr nach Kuba nur für eine kurze Dauer möglich. Entgegen der Angaben der Rechtsvertreterin sei der Tatbestand nach Art. 83 Abs. 7 Bst. b und c AuG erfüllt. Mit Verfügung vom 28. August 2007 habe (...) des Kantons F._____ das Gesuch des Beschwerdeführers um Erteilung einer Kurzaufenthaltsbewilligung abgelehnt und die Wegweisung aus der Schweiz verfügt. Die Prüfung allfälliger Wegweisungshindernisse nach Art. 8 EMRK sei Gegenstand des kantonalen Verfahrens gewesen und liege nicht in der Kompetenz des BFM, das vorliegend nur über allfällige Vollzugshindernisse zu befinden habe. Im Weiteren sei anzuführen, dass dem Anspruch auf Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung gemäss Art. 8 EMRK nicht mit einer vorläufigen Aufnahme Genüge getan werden könne. In Entscheidungen und Mitteilungen der Schweizerischen Asylrekurskommission [EMARK] 2005 Nr. 3 werde ausgeführt, dass die vorläufige Aufnahme keine formelle Bewilligung im Sinne von Art. 100 Abs. 1 Bst. b Ziff. 3 des Bundesrechtspflegegesetzes vom 16. Dezember 1943 (OG, BS 3 521), sondern eine Ersatzmassnahme für den undurchführbaren Vollzug der Wegweisung sei. Sie ersetze somit weder die fremdenpolizeiliche Bewilligung noch stelle sie eine Bewilligung aus eigenem Recht dar. Sie könne als Ersatzmassnahme neben einer rechtskräftigen Wegweisung Bestand haben, die so lange bestünde, als keine Bewilligung vorliege. Das BFM gelange

zum Schluss, dass der Wegweisungsvollzug durchführbar und der Antrag auf vorläufige Aufnahme abzulehnen sei.

E. 4.2

In der Beschwerde wird geltend gemacht, das BFM habe es unterlassen, vorliegend die unabdingbare Verhältnismässigkeitsprüfung durchzuführen. Es sei von einer schematischen Betrachtungsweise ausgegangen und habe die Gesamtumstände nicht berücksichtigt.

E. 4.2.1

Art. 83 Abs. 7 Bst. b AuG solle zur Anwendung gelangen, wenn Personen erheblich oder wiederholt gegen die öffentliche Sicherheit oder Ordnung der Schweiz verstossen hätten oder diese gefährdeten. Es treffe zu, dass der Beschwerdeführer im Strafregister mehrere Einträge habe. Der Vollzugsauftrag zeige Verstösse wegen illegaler Einreise und illegalem Aufenthalt, eine Widerhandlung gegen das Betäubungsmittelgesetz vom 3. Oktober 1951 (BetmG, SR 812.121) sowie Verstösse gegen das Strassenverkehrsgesetz vom 19. Dezember 1958 (SVG, SR 741.01). Die Mehrzahl der Einträge betreffe geringfügige Verstösse gegen das SVG und auch die Widerhandlung gegen das BetmG falle nicht qualifiziert ins Gewicht. Aufgrund des Strafmasses sei zu schliessen, dass das Verschulden des Beschwerdeführers als gering eingestuft worden sei. Es bestünden keine Hinweise auf ein erhebliches Gefährdungspotenzial beziehungsweise eine beträchtliche kriminelle Energie. Die Berufung auf Art. 83 Abs. 7 Bst. b AuG verstosse gegen Bundesrecht.

E. 4.2.2

Der Beschwerdeführer habe Kuba nach Heirat einer deutschen Staatsangehörigen legal verlassen. Mit der Ausreisebewilligung hätte er sich elf Monate im Ausland aufhalten dürfen. Im jetzigen Zeitpunkt müsste er vor einer Wiedereinreise beim kubanischen Konsulat eine Rückreiseerlaubnis beantragen, die selten erteilt werde. Ohne gültiges Einreisevisum sei die Rückkehr nach Kuba nicht möglich und der Versuch, ohne die nötigen Papiere einzureisen, könne mit Gefängnis bestraft werden. Da die Einreise nach Kuba nur unter Verletzung der Einreisebestimmungen bewerkstelligt werden könne, habe sie als unmöglich zu gelten. Es könne dem Beschwerdeführer nicht nachgewiesen werden, dass ihn ein Verschulden am Verlust der staatsbürgerlichen Rechte treffe. In Zweifelsfällen müsse Spielraum offen bleiben und es sei zugunsten des Betroffenen zu entscheiden. Gerade im Hinblick auf die von der Vorinstanz unterlassene Verhältnismässigkeitsprüfung sei die Berufung auf Art. 83 Abs. 7 Bst. c AuG unzulässig.

E. 4.2.3

Gemäss dem Verhältnismässigkeitsprinzip müsse eine behördliche Anordnung geeignet und erforderlich sein, um ein angestrebtes Ziel zu erreichen. Es müsse eine Ausgewogenheit zwischen Eingriffsschwere und dem Gewicht des öffentlichen Interesses gegeben sein. Die privaten Interessen seien von der Vorinstanz nicht rechtsgenügend abgeklärt und gewürdigt worden. Die Tatsache, dass der Beschwerdeführer Vater von D. _____ sei, spreche für seinen Verbleib in der Schweiz. Die Mutter von D. _____, C. _____ bestätige in ihrem Schreiben vom 25. August 2009, dass er in täglichem telefonischen Kontakt zu seiner Tochter stehe. Die Nichtgewährung der vorläufigen Aufnahme würde das ihm zustehende Besuchsrecht vereiteln. Die Möglichkeit, dasselbe aus dem Ausland wahrzunehmen, sei theoretisch, da er nicht in sein Heimatland zurückkehren und sich auch nicht in einen Drittstaat begeben könne. Die Abwägung zwischen öffentlichem und privatem Interesse zeige, dass die Nichtgewährung der vorläufigen Aufnahme im Vergleich zum privaten

Interesse des Beschwerdeführers einen unangemessen schweren Eingriff darstelle.

E. 5.1

(...) der Stadt G._____ stellte dem BFM am 18. September 2009 einen Antrag auf vorläufige Aufnahme des Beschwerdeführers, da seine Rückschaffung nach Kuba technisch unmöglich sei. Das BFM stellte sich in der angefochtenen Verfügung auf den Standpunkt, der Beschwerdeführer sei in der Schweiz mehrmals straffällig geworden und habe die kubanische Staatsbürgerschaft verloren, da er sich nicht um das erforderliche Ausreisevisum und dessen Verlängerung zum Aufenthalt ausserhalb seines Heimatlands bemüht habe. Somit sei der Tatbestand von Art. 83 Abs. 7 Bst. b und c AuG erfüllt, was gegen die Anordnung einer vorläufigen Aufnahme in der Schweiz spreche.

E. 5.2

Praxisgemäss ist eine gestützt auf Art. 83 Abs. 2 AuG anzuordnende vorläufige Aufnahme wegen Unmöglichkeit des Wegweisungsvollzugs erst dann anzuordnen, wenn neben der zwangsweisen Ausschaffung auch die freiwillige Ausreise nicht möglich ist. Die zum Verlassen der Schweiz verpflichtete Person muss alles unternommen haben, das von ihr verlangt werden kann, um in ihr Heimatland zurückkehren zu können (vgl. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts C-6528/2007 vom 3. Februar 2010 E. 6.2).

E. 5.3.1

Bei den vom Bundesverwaltungsgericht angeforderten Akten der (...) der Stadt G._____ befindet sich eine Kopie des am (...) 2012 in H._____ ausgestellten und bis am (...) 2018 gültigen kubanischen Reisepasses (...) des Beschwerdeführers. Daraus ergibt sich, dass der Beschwerdeführer von den kubanischen Behörden weiterhin als kubanischer Staatsangehöriger betrachtet wird, was im Reisepass ausdrücklich bestätigt wird. Des Weiteren ist dem Reisepass zu entnehmen, dass dessen Träger die Erlaubnis hat, nach Kuba zu reisen und dieses Land wieder zu verlassen. Gemäss Einträgen im Reisepass und einer bei den beigezogenen Akten liegenden Boarding-Card reiste der Beschwerdeführer im März/April 2012 besuchsweise nach Kuba. Der ebenfalls bei den Akten liegenden Kopie seines abgelaufenen Reisepasses (...) gemäss unternahm er in den Jahren 2003 bis 2007 zahlreiche Reisen in sein Heimatland.

E. 5.3.2

Nach der im Zeitpunkt der erlassenen Verfügung geltenden kubanischen Gesetzgebung mussten kubanische Staatsangehörige nach ihrer Ausreise spätestens nach 11 Monaten und 29 Tagen mindestens besuchsweise in ihr Heimatland zurückkehren, ansonsten sie als Auswanderer galten, denen eine erneute Wohnsitznahme in Kuba verweigert wurde. Auswanderern wird grundsätzlich nur noch die Möglichkeit eines vorübergehenden Aufenthalts in Kuba eingeräumt, wobei der persönliche oder familiäre Hintergrund zu einem anderen Entscheid der kubanischen Behörden führen kann. Fallweise kann Auswanderern auf Gesuch hin durchaus die Wiedereinreise zur definitiven Wohnsitznahme bewilligt werden. Dem Bundesverwaltungsgericht ist bekannt, dass kubanische Auswanderer ein Gesuch zur Rückkehr in ihr Heimatland stellen können (vgl. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts C-6528/2007 vom 3. Februar 2010; vgl. auch Urteil des Bundesgerichts 2C_13/2012 vom 18. Januar 2013).

E. 5.3.3

Den Akten kann nicht entnommen werden und der Beschwerdeführer macht auch nicht geltend, dass er bei der zuständigen Auslandsvertretung Kubas ein Gesuch um Bewilligung der definitiven Rückkehr nach Kuba stellte, wozu er aufgrund seiner Mitwirkungspflicht gehalten gewesen wäre. Ob ihm eine definitive Rückkehr erlaubt worden wäre, steht nicht fest und kann nicht abschliessend beurteilt werden. Im Hinblick auf die von den kubanischen Behörden verabschiedeten Lockerungen der entsprechenden Bestimmungen - die Reform des kubanischen Migrationsrechts wurde am 14. Januar 2013 in Kraft gesetzt - kann ein solches Gesuch im heutigen Zeitpunkt zumindest nicht als aussichtslos erachtet werden. Da der Beschwerdeführer, sofern er die Bereitschaft zur pflichtgemässen freiwilligen Rückreise nach Kuba gehabt hätte, bei der heimatlichen Auslandsvertretung einen Antrag auf Genehmigung zur definitiven Rückkehr nach Kuba hätte stellen können, dies aber offenbar unterlassen hat, kann nicht als erstellt erachtet werden, dass im vorliegenden Fall eine freiwillige Rückkehr nicht möglich gewesen ist beziehungsweise wäre. Insofern in der Beschwerde vorgebracht wird, der Versuch, ohne die nötigen Papiere nach Kuba einzureisen, könne mit Gefängnis bestraft werden, ist festzuhalten, dass vom Beschwerdeführer von den schweizerischen Behörden zu keinem Zeitpunkt verlangt wurde, sich illegal in Kuba niederzulassen. In der Annahme, dass ihm von den kubanischen Behörden auf Gesuch hin eine Wiedereinreise zur Wohnsitznahme erlaubt wird, kann nicht davon ausgegangen werden, dass er bestraft würde, zumal er Kuba legal verlassen hat und seither mehrmals in seine Heimat zurückgekehrt ist, letztmals im März 2012 mit einem zuvor von den heimatlichen Behörden ausgestellten bis 2018 gültigen Reisepass, ohne dass die kubanischen Behörden ihn behelligt haben.

E. 5.3.4

Zur Klärung der Frage, ob der Wegweisungsvollzug nach Kuba tatsächlich unmöglich ist, wird der Beschwerdeführer bei der kubanischen Botschaft ein formelles Gesuch um Erlaubnis der definitiven Rückkehr nach Kuba zu stellen haben. Im Rahmen seiner Mitwirkungspflicht wird er sich um einen positiven Ausgang dieses Verfahrens zu bemühen haben, ansonsten auch zukünftig nicht von der Unmöglichkeit des Wegweisungsvollzugs ausgegangen werden kann (vgl. Urteil des Bundesgerichts 2C_13/2012 vom 18. Januar 2013 E. 4.4.2 in fine).

E. 5.4

Angesichts der Tatsache, dass der Wegweisungsvollzug vorliegend nicht als unmöglich zu beurteilen ist, kann die Frage, ob das BFM sich berechtigterweise auf die Ausschlussgründe von Art. 83 Abs. 7 Bst. b und c AuG berufen hat beziehungsweise ob die Anrufung derselben verhältnismässig war beziehungsweise im heutigen Zeitpunkt noch verhältnismässig wäre, offengelassen werden.

E. 5.5.1

Den Akten sind keine Anhaltspunkte zu entnehmen, die darauf hindeuten würden, der Beschwerdeführer würde in Kuba einer menschenrechtswidrigen Behandlung ausgesetzt. Wie bereits vorstehend unter Ziffer 5.3 ausgeführt, hat er sein Heimatland legal verlassen und sich nach seiner Ausreise mehrmals besuchsweise dort aufgehalten, ohne dass ihm etwas zugestossen wäre. Es ist nicht davon auszugehen, dass er nach einer durch die kubanischen Behörden bewilligten Rückkehr zur Wohnsitznahme eine nach Art. 3 EMRK verbotene Behandlung zu gewärtigen hat, zumal er dafür keine stichhaltigen, konkreten Gründe zu benennen vermochte.

E. 5.5.2

Ferner bringt der Beschwerdeführer vor, er sei der Vater von D._____ und pflege zu ihr regen Kontakt. Die Nichtgewährung der vorläufigen Aufnahme würde das ihm zustehende Besuchsrecht vereiteln. Sollte der Beschwerdeführer sich auf den Standpunkt stellen, aufgrund seiner Vaterschaft habe er Anspruch auf eine Aufenthaltsbewilligung in der Schweiz, steht es ihm offen, bei den zuständigen kantonalen Behörden ein Gesuch um Erteilung einer solchen zu stellen. Nach dem Konzept des schweizerischen Ausländerrechts ist der Anspruch auf Achtung des Familienlebens, soweit auf dauernden Aufenthalt in der Schweiz gerichtet, im Rahmen des Bewilligungsverfahrens zu prüfen und nicht erst im Rahmen der nachgeordneten Prüfung der Durchführbarkeit des Wegweisungsvollzugs (vgl. dazu die Urteile des Bundesverwaltungsgerichts C-2276/2007 vom 24. November 2007 E. 7 und C-7370/2010 vom 24. Januar 2011).

E. 5.6

Angesichts der Aktenlage kann nicht davon ausgegangen werden, dass der Beschwerdeführer nach einer von den kubanischen Behörden bewilligten Rückkehr zur Wohnsitznahme in seiner Heimat einer konkreten Gefährdung ausgesetzt wird. Er hat Kuba legal verlassen und ist danach mehrmals besuchsweise in seine Heimat zurückgekehrt, ohne dass die kubanischen Behörden ihn behelligt haben. Die Rückkehr des Beschwerdeführers nach Kuba ist demnach nicht als unzumutbar zu beurteilen.

E. 6

Nach dem vorstehend Gesagten gelangt das Bundesverwaltungsgericht zum Schluss, dass der Wegweisungsvollzug sich aufgrund der derzeitigen Aktenlage nicht als unmöglich erweist. Angesichts dieser Würdigung des Sachverhalts erübrigt es sich, auf die weiteren Ausführungen in der Beschwerde und die eingereichten Beweismittel im Einzelnen einzugehen, da sie am Ergebnis nichts zu ändern vermögen.

E. 7

Aus diesen Erwägungen ergibt sich, dass die angefochtene Verfügung im Ergebnis rechtmässig ist (Art. 49 VwVG). Die Beschwerde ist demzufolge abzuweisen.

E. 8.1

Bei diesem Ausgang des Verfahrens wären die Kosten grundsätzlich dem unterlegenen Beschwerdeführer aufzuerlegen (vgl. Art. 63 Abs. 1 VwVG). Da ihm mit Zwischenverfügung vom 6. April 2010 jedoch die vollumfängliche unentgeltliche Rechtspflege gewährt wurde, sind keine Verfahrenskosten aufzuerlegen.

E. 8.2

Die vormalige Rechtsvertreterin, die mit Zwischenverfügung vom 6. April 2010 als amtlich bestellte Anwältin eingesetzt wurde (Art. 65 Abs. 2 VwVG), hat Anspruch auf ein amtliches Honorar zu Lasten der Gerichtskasse (Art. 64 Abs. 2 des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 [BGG, SR 173.110] in analoger Anwendung, Urteil des Bundesgerichts 8C_601/2011 vom 9. Januar 2012 E. 5). Das Gericht setzt die Parteientschädigung und die Entschädigung für die amtlich bestellten Anwältinnen und Anwälte auf Grund der Kostennote fest (Art. 14 Abs. 2 des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]). Eine solche wurde am 25. Oktober 2013 eingereicht; die vormalige Rechtsvertreterin bezeichnet ihren Aufwand mit zehn Stunden (à Fr. 250.-) und veranschlagt Auslagen (Porti und Kopien) von

Fr. 55.-, was angemessen erscheint. Das Honorar der amtlichen Anwältin ist somit nach Massgabe der einschlägigen Bestimmungen auf Fr. 2'555.- (inkl. Auslagen) festzusetzen (vgl. Art. 65 Abs. 2 und 3 VwVG i.V.m. Art. 8, 9, 10, 12 und 14 VGKE). Die Entschädigung für die unentgeltliche Anwältin ist vom Beschwerdeführer zurückzuerstatten, sollte er später zu hinreichenden Mitteln gelangen (Art. 65 Abs. 4 VwVG).

E. 9

Das vorliegende Urteil ist endgültig (Art. 83 Bst. c Ziff. 3 des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (BGG, SR 173.110). (Dispositiv nächste Seite)

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.