

BVGer F-518/2019 vom 2. Februar 2021

Bundesverwaltungsgericht, 2021-02-02, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_F-518_2019

FR: TAF F-518/2019 du 2 février 2021

IT: TAF F-518/2019 del 2 febbraio 2021

Regeste

Erteilung der vorläufigen Aufnahme

Erwägungen

E. 1.1

Verfügungen des SEM betreffend vorläufige Aufnahme unterliegen der Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht (Art. 112 Abs. 1 AIG i.V.m. Art. 31 ff. VGG).

E. 1.2

Das Rechtsmittelverfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht richtet sich nach dem VwVG, soweit das VGG nichts anderes bestimmt (Art. 37 VGG).

E. 1.3

Im Rechtsmittelverfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht sind grundsätzlich nur Rechtsverhältnisse zu prüfen, welche die Vorinstanz verbindlich - in Form einer Verfügung -bewirkt hat bzw. hätte bewirken müssen (Anfechtungsgegenstand). Insoweit bildet die Verfügung die äussere Grenze des zulässigen Streitgegenstandes (BGE 144 II 359 E. 4.3; 136 II 457 E. 4.2; BVGE 2010/5 E. 2, je mit Hinweisen; Kölz/Häner/Bertschi, *Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes*, 3. Aufl. 2013, Rz. 687). In casu wurde das vorinstanzliche Verfahren durch einen Antrag von fedpol eingeleitet, der nur den Beschwerdeführer betraf. Somit bestand kein Anlass für die Vorinstanz, über die vorläufige Aufnahme seiner Ehefrau und Kinder zu befinden. Ein Einbezug in die vorläufige Aufnahme des Beschwerdeführers kann zudem erst erfolgen, wenn dieser rechtskräftig vorläufig aufgenommen ist. Soweit im vorliegenden Verfahren die Anordnung der vorläufigen Aufnahme der Ehefrau und Kinder beantragt wird, ist daher auf die Beschwerde nicht einzutreten.

E. 1.4

Der Beschwerdeführer ist zur Beschwerde legitimiert (Art. 48 Abs. 1 VwVG). Auf die frist- und formgerecht eingereichte Beschwerde ist im oben dargelegten Umfang einzutreten (Art. 50 und 52 VwVG).

E. 1.5

Das Bundesverwaltungsgericht entscheidet in der vorliegenden Sache endgültig (vgl. Art. 83 Bst. c Ziff. 3 BGG).

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 Sachverhaltes sowie die

Unangemessenheit gerügt werden (Art. 49 VwVG). Das Bundesverwaltungsgericht wendet 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 Entscheids (vgl. BGE 139 II 534 E. 5.4.1; BVGE 2014/1 E. 2).

E. 3.1

Wie aus dem Sachverhalt hervorgeht, wurde der Beschwerdeführer einerseits rechtskräftig aus der Schweiz ausgewiesen. Andererseits anerkannte die Vorinstanz ihn als Flüchtling und stellte somit die Unzulässigkeit des Wegweisungs- bzw. Ausweisungsvollzugs fest.

E. 3.2

Gemäss Art. 83 Abs. 1 AIG verfügt das SEM die vorläufige Aufnahme, wenn der Vollzug der Weg- oder Ausweisung nicht möglich, nicht zulässig oder nicht zumutbar ist. Trotz Unmöglichkeit oder Unzumutbarkeit des Weg- oder Ausweisungsvollzugs wird die vorläufige Aufnahme 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 der Artikel 59-61 oder 64 StGB angeordnet wurde (Art. 83 Abs. 7 Bst. a AIG), 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 äussere Sicherheit gefährdet (Art. 83 Abs. 7 Bst. b AIG), oder die Unmöglichkeit des Vollzugs der Weg- oder Ausweisung durch ihr eigenes Verhalten verursacht hat (Art. 83 Abs. 7 Bst. c AIG). Die vorläufige Aufnahme wird ferner nicht verfügt oder erlischt, wenn eine Landesverweisung nach Art. 66a oder 66abis StGB oder Art. 49a oder 49abis MStG rechtskräftig geworden ist (Art. 83 Abs. 9 AIG). Diese Ausschlussbestimmung (in Kraft seit 1. Oktober 2016) ist eine Folge der Umsetzung von Art. 121 Abs. 3-6 BV über die Ausschaffung krimineller Ausländerinnen und Ausländer und gilt im Gegensatz zu Art. 83 Abs. 7 AIG auch für Personen, deren Weg- oder Ausweisungsvollzug unzulässig ist (vgl. Botschaft vom 26. Juni 2013 zur Änderung des Strafgesetzbuches und des Militärstrafgesetzes, BBl 2013 6007).

E. 4

Die Vorinstanz hält zur Begründung ihres Entscheids fest, nach Art. 121 Abs. 2 BV seien alle Ausländerinnen und Ausländer auszuweisen, wenn sie die Sicherheit der Schweiz gefährden würden, was beim Beschwerdeführer ab dem Zeitpunkt des Bundesratsbeschlusses vom 5. Juli 2017 offensichtlich zutreffe (Rechtskraft der von fedpol verfügten Ausweisung, vgl. Sachverhalt Bst. D. am Ende). In analoger Berücksichtigung von Art. 121 Abs. 3 BV sei es nicht mehr zulässig, bei einer Ausweisung nach Art. 68 AIG i.V.m. Art. 121 Abs. 2 BV eine vorläufige Aufnahme anzuordnen. Auch wenn in Art. 83 Abs. 9 AIG als absoluter Ausschlussgrund für eine vorläufige Aufnahme nur die Landesverweisung nach Art. 66a StGB (oder Art. 66abis StGB) erwähnt werde, müsse aufgrund einer umfassenden Rechtsgüterabwägung davon ausgegangen werden, dass dieselben Rechtsfolgen auch bei einer Ausweisung nach Art. 68 AIG eintreten müssten, zumal es im Gegensatz zur strafrechtlichen Landesverweisung um höherwertigere Rechtsgüter gehe (Sicherheit und Bestand der Schweizerischen Eidgenossenschaft). Es entspreche nicht Sinn und Zweck der erwähnten Verfassungsbestimmungen, dass eine Person, die aus politischen Gründen ausgewiesen werde, weil sie die Sicherheit des Landes

(und damit potenziell eine Vielzahl von Menschen an Leib und Leben) gefährde, besser gestellt werde als ein gemeinrechtlicher Straftäter. Bei dieser Ausgangslage sei der Beschwerdeführer trotz unzulässigem Ausweisungsvollzug nicht vorläufig aufzunehmen. Daran vermöge auch der Umstand nichts zu ändern, dass die Bestimmungen zur strafrechtlichen Landesverweisung erst am 1. Oktober 2016 eingeführt worden seien. Anders als bei der Ausweisung nach Art. 68 AIG sei nicht der Zeitpunkt einer Straftat (Anlasstat) massgebend, sondern das (aktuelle) Bestehen einer Gefahr für die innere und äussere Sicherheit der Schweiz. Es handle sich um eine Dauerverfügung, welche nicht zwingend eine konkrete strafbare Handlung voraussetze und aufgrund des Dauerverfügungscharakters auch an aktuelle Verhältnisse angepasst werden könne.

E. 5.1

Indem die Vorinstanz den Ausschlussgrund von Art. 83 Abs. 9 AIG (strafrechtliche Landesverweisung) analog für Ausweisungen nach Art. 68 AIG anwendet, geht sie offenbar von einer Lücke des Gesetzes aus. Eine solche liegt vor, wenn sich eine gesetzliche Regelung als unvollständig erweist, weil sie auf eine bestimmte Frage keine oder eine sachlich unhaltbare Antwort gibt. In einem ersten Schritt ist durch Auslegung der Rechtsnorm zu ermitteln, ob sie überhaupt eine solche Lücke aufweist. In einem zweiten Schritt ist zu prüfen, ob das Fehlen einer ausdrücklichen Anordnung nicht eine bewusst negative Antwort des Gesetzes bedeutet, d.h. ein sog. qualifiziertes Schweigen darstellt. In diesem Fall hat das Gesetz eine Rechtsfrage nicht übersehen, sondern stillschweigend - im negativen Sinn - entschieden. Für richterliche Lückenfüllung bleibt in diesem Fall kein Raum. Eine echte Gesetzeslücke liegt vor, wenn der Gesetzgeber etwas zu regeln unterlassen hat, was er hätte regeln sollen, und dem Gesetz diesbezüglich weder nach seinem Wortlaut noch nach dem durch Auslegung zu ermittelnden Inhalt eine Vorschrift entnommen werden kann. Von einer unechten oder rechtspolitischen Lücke ist demgegenüber die Rede, wenn dem Gesetz zwar eine Antwort, aber keine befriedigende, zu entnehmen ist. Echte Lücken zu füllen, ist dem Gericht aufgegeben, unechte zu korrigieren, ist ihm grundsätzlich verwehrt (vgl. BGE 144 II 281 E. 4.5 S. 291 ff.; BVGE 2013/7 E. 1.2.1 ff.; Urteil des BVGer A-1878/2014 vom 28. Januar 2015 E. 3.2). Die Unterscheidung zwischen echten und unechten Lücken wird in der Praxis immer weniger beachtet. Sie hilft bei der Beantwortung der Frage, ob und in welchem Rahmen im Verwaltungsrecht Lücken von rechtsanwendenden Organen gefüllt werden dürfen, kaum weiter. Deshalb verzichtet eine andere Auffassung der Methodenlehre auf diese Unterscheidung und bezeichnet die Lücke als planwidrige Unvollständigkeit des Gesetzes, die von rechtsanwendenden Organen behoben werden darf. Dabei gelten als Massstab nur die dem Gesetz selbst zu Grunde liegenden Zielsetzungen und Werte, nicht hingegen Wertungen, die von aussen an das Gesetz herangetragen werden. Wenn eine Regelung im Hinblick auf eindeutige und wichtige Zielsetzungen des Gesetzes unvollständig ist, darf die rechtsanwendende Behörde diese Lücke füllen (Häfelin/Müller/Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 8. Aufl. 2020, Rz. 213).

E. 5.2.1

Gemäss Art. 121 Abs. 3 BV, der seit der Volksabstimmung vom 28. November 2010 über die Ausschaffungsinitiative in Kraft ist, verlieren Ausländerinnen und Ausländer unabhängig von ihrem ausländerrechtlichen Status ihr Aufenthaltsrecht sowie alle Rechtsansprüche auf Aufenthalt in der Schweiz, wenn sie wegen bestimmter Delikte verurteilt worden sind (Bst. a) oder missbräuchlich Leistungen der Sozialversicherungen

oder der Sozialhilfe bezogen haben (Bst. b). Nach Art. 121 Abs. 5 erster Satz BV sind diese Ausländerinnen und Ausländer von der zuständigen Behörde aus der Schweiz auszuweisen und mit einem Einreiseverbot von 5-15 Jahren zu belegen. In den Abstimmungsunterlagen zur Ausschaffungsinitiative betonte das Initiativkomitee mehrmals, die Initiative habe zum Ziel, dass Ausländer, die "schwere Verbrechen" begehen, konsequent ausgewiesen werden (vgl. Botschaft, a.a.O., BBl 2013 5998). Von einer Ausweisung von Ausländerinnen und Ausländern, die unabhängig von einer strafrechtlichen Verurteilung (abgesehen vom Fall des missbräuchlichen Bezugs von Leistungen der Sozialversicherung oder Sozialhilfe) die Sicherheit des Landes gefährden, war nicht die Rede. Art. 121 Abs. 5 BV bezieht sich denn auch ausdrücklich nur auf Art. 121 Abs. 3 und 4 BV und nicht auf Art. 121 Abs. 2 BV, wonach Ausländerinnen und Ausländer aus der Schweiz ausgewiesen werden können, wenn sie die Sicherheit des Landes gefährden. Bereits aus diesem Grund geht es nicht an, Art. 121 Abs. 3 BV analog auf Fälle von Art. 121 Abs. 2 BV anzuwenden. Hinzu kommt, dass es sich beim letztgenannten Artikel um eine Kann-Bestimmung handelt, weshalb solche Ausländerinnen und Ausländer ohnehin nicht in jedem Fall ausgewiesen werden können.

E. 5.2.2

In casu stützte sich fedpol bei seiner Verfügung vom 12. Juli 2016 auf das Urteil des Bundesstrafgerichts vom 18. März 2016. Der Beschwerdeführer wurde dabei wegen Unterstützung einer kriminellen Organisation und mehrfacher Förderung der rechtswidrigen Einreise schuldig gesprochen. Anlass für die Ausweisung waren somit konkrete Straftaten und nicht eine abstrakte Gefährdung der Sicherheit der Schweiz. Auch wenn gleichzeitig ein Einreiseverbot verhängt wurde, welches die Schweiz vor einer möglichen zukünftigen Gefährdung seitens des Beschwerdeführers schützen will, ändert dies nichts daran, dass fedpol den Beschwerdeführer ohne die begangenen Delikte und ohne das Strafurteil des Bundesstrafgerichts nicht ausgewiesen hätte. Die Landesverweisung nach Art. 66a und Art. 66abis StGB sowie die damit verbundene Ausschlussbestimmung von Art. 83 Abs. 9 AIG traten erst am 1. Oktober 2016 und somit nach der strafrechtlichen Verurteilung des Beschwerdeführers durch das Bundesstrafgericht in Kraft. Aufgrund des Rückwirkungsverbots nach Art. 2 Abs. 1 StGB kann die strafrechtliche Landesverweisung erst dann angeordnet werden, wenn der Täter nach Inkrafttreten der Gesetzesänderung eine ausschaffungsrelevante Tat begangen hat (vgl. Botschaft, a.a.O., BBl 2013 6011). Die mit der strafrechtlichen Landesverweisung verknüpfte Ausschlussbestimmung von Art. 83 Abs. 9 AIG gelangt daher auch nur zur Anwendung bei Straftaten, die nach dem 1. Oktober 2016 begangen wurden, was beim Beschwerdeführer nicht der Fall ist. Somit entspricht es - entgegen den Vorbringen der Vorinstanz - weder dem Sinn und Zweck der vom Volk angenommenen Verfassungsbestimmung von Art. 121 Abs. 3-6 BV noch dem Willen des Gesetzgebers bei der Umsetzung dieser Verfassungsbestimmung, den Ausschluss von der vorläufigen Aufnahme auch für den Beschwerdeführer anzuwenden. Denn eine echte Gesetzeslücke bzw. eine planwidrige Unvollständigkeit des Gesetzes, die von den rechtsanwendenden Behörden zu füllen ist bzw. behoben werden darf, liegt eindeutig nicht vor. In diesem Zusammenhang ist es auch unerheblich, wenn - wie von der Vorinstanz in ihrer Vernehmlassung geltend gemacht - zurzeit eine Anpassung von Art. 83 Abs. 9 AIG in Ausarbeitung ist, wonach die vorläufige Aufnahme auch bei einer Ausweisung nach Art. 68 AIG nicht verfügt werde oder erlösche. Die Anwendung eines Erlasses bzw. einer Gesetzesbestimmung, die noch nicht in Kraft getreten ist, würde bedeuten, dass zukünftiges Recht wie geltendes Recht angewendet wird (positive Vorwirkung), was grundsätzlich unzulässig ist. Gegen die Zulässigkeit der positiven Vorwirkung spricht neben dem

Legalitätsprinzip vor allem die Tatsache, dass in der Regel nicht vorhergesehen werden kann, ob und wann eine neue Regelung in Kraft tritt (Grundsatz der Rechtssicherheit; vgl. Häfelin/Müller/Uhlmann, a.a.O., Rz. 299, m.H.).

E. 6

Aus diesen Erwägungen ergibt sich, dass die angefochtene Verfügung Bundesrecht verletzt (Art. 49 VwVG). In Gutheissung der Beschwerde - soweit darauf eingetreten werden kann - ist die Verfügung vom 15. Januar 2019 daher aufzuheben und die Vorinstanz anzuweisen, den Beschwerdeführer in der Schweiz vorläufig aufzunehmen, solange er die Flüchtlingseigenschaft besitzt (in Bezug auf die Stellung eines anerkannten Flüchtlings, dessen Wegweisungsvollzug sich als unzulässig erweist vgl. im Übrigen BGE 135 II 119 E. 2.2.1 ff.). Entgegen den Vorbringen des Beschwerdeführers ist die vorläufige Aufnahme jedoch nicht rückwirkend anzuordnen, zumal ihm dies auch keine Vorteile verschaffen würde. Denn eine rückwirkende Aufnahme einer Erwerbstätigkeit, die ihm bis jetzt verwehrt war, ist nicht möglich. Auch kann er nicht mit einer nachträglichen Auszahlung von allfällig höheren Sozialhilfekosten rechnen als diejenigen, die ihm bisher gewährt wurden.

E. 7

Bei diesem Ausgang des Verfahrens sind weder dem Beschwerdeführer noch der Vorinstanz Kosten aufzuerlegen (vgl. Art. 63 Abs. 1 und 2 VwVG). Dem Beschwerdeführer ist zu Lasten der Vorinstanz für die ihm erwachsenen notwendigen Kosten eine angemessene Parteientschädigung zuzusprechen (vgl. Art. 64 Abs. 1 VwVG). Er hat in seiner Kostennote vom 5. April 2019 einen Aufwand von Fr. 1'283.- (5 h 50 min à Fr. 220.-), sowie Auslagen von Fr. 16.60 und die Mehrwertsteuer von Fr. 100.-, total Fr. 1'399.60 ausgewiesen. Diese Kostennote ist mit Blick auf den aktenkundigen Aufwand nicht zu beanstanden (Art. 7 ff. des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]). Da mit der Ausrichtung einer Parteientschädigung die Auslagen des Beschwerdeführers gedeckt sind, ist kein zusätzliches Honorar für den am 18. März 2019 amtlich eingesetzten Anwalt zu entrichten (vgl. Urteil des BVGer C-5331/2009 vom 3. August 2012 E. 6 m.H.). Dispositiv

Seite 11

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