



Abteilung IV
D-4805/2008
{T 0/2}

Urteil vom 14. Mai 2010

Besetzung

Richter Fulvio Haefeli (Vorsitz),
Richter Maurice Brodard,
Richter Daniel Schmid,
Gerichtsschreiberin Ulrike Raemy.

Parteien

Amt für Migration und Personenstand (MIP),
Beschwerdeführer,

gegen

Bundesamt für Migration (BFM), vormals Bundesamt
für Flüchtlinge (BFF),
Quellenweg 6, 3003 Bern,
Vorinstanz.

Gegenstand

Abweisung vorläufige Aufnahme (infolge technischer
Unmöglichkeit des Wegweisungsvollzuges) betreffend
A._____; Verfügung des BFM vom 19. Juni 2008 / N
_____.

Sachverhalt:**A.**

A._____, geboren 28. Dezember 1959, aus Kongo (B._____) stammend, reiste am 4. Januar 1991 erstmals in die Schweiz ein und stellte am selben Tag ein Asylgesuch. Das BFF wies dieses Asylgesuch mit Verfügung vom 29. Oktober 1992 ab und ordnete den Vollzug der Wegweisung an.

B.

A._____ erhob gegen diese Verfügung am 2. Dezember 1992 Beschwerde bei der Schweizerische Asylrekurskommission (ARK). Mit Urteil der ARK vom 11. November 1997 wurde die Beschwerde von A._____ abgewiesen.

C.

Gegen das Urteil der ARK vom 11. November 1997 reichte A._____ am 12. Januar 1998 ein Revisionsgesuch ein. Dieses wurde von der ARK am 15. April 1998 abgewiesen. Am 22. April 1998 verschwand A._____ ohne Adressangabe. Am 26. April 1998 reichte A._____ durch seinen damaligen Rechtsvertreter erneut ein Revisionsgesuch bei der ARK ein. Auf dieses zweite Gesuch wurde mit Urteil vom 30. Juni 1998 nicht eingetreten.

D.

Am 16. Dezember 1999 reichte A._____ in der Schweiz ein zweites Asylgesuch ein. Er machte geltend, er sei nach seinem Verschwinden aus der Schweiz im April 1998 in sein Heimatland gereist, dort allerdings ohne Grund verfolgt worden. Mit Verfügung des BFF vom 26. Januar 2001 wurde das Asylgesuch abgelehnt und der Vollzug der Wegweisung angeordnet.

E.

Die Verfügung des BFF vom 26. Januar 2001 focht A._____ am 26. Februar 2001 mit Beschwerde bei der ARK an. Diese Beschwerde wurde von der ARK mit Urteil vom 24. April 2001 abgewiesen.

F.

Mit Eingabe vom 4. Juni 2003 beantragte die der Polizei- und Militärdirektion des Kantons C._____ vorstehende Regierungsrätin dem BFF die vorläufige Aufnahme von A._____ wegen Vorliegens eines

schwerwiegenden persönlichen Härtefalls nach Abschluss des Asylverfahrens. Das BFF teilte im Schreiben vom 23. September 2003 an die zuständige Regierungsrätin mit, die Voraussetzungen für eine vorläufige Aufnahme wegen Vorliegens eines persönlichen Härtefalls seien nicht erfüllt, da A._____ am 16. Dezember 1999 ein Asylgesuch einreichte und sich davor eigenen Aussagen zufolge zwischenzeitlich wieder in seinem Heimatland aufgehalten habe. Die Härtefallkriterien würden dagegen einen mindestens vierjährigen Aufenthalt in der Schweiz voraussetzen, ohne Anrechnung eines früheren Aufenthalts.

G.

Mit Schreiben vom 14. September 2004 ersuchte die der Polizei- und Militärdirektion vorstehende Regierungsrätin das BFF erneut um vorläufige Aufnahme von A._____ wegen Vorliegens eines schwerwiegenden persönlichen Härtefalls. In diesem Gesuch wurde unter anderem geltend gemacht, die Papierbeschaffung für A._____ erscheine gegenwärtig unmöglich. Aus den Akten ist nicht ersichtlich, inwiefern das BFF auf dieses Gesuch einging.

H.

Mit Eingabe vom 17. September 2004 erklärte der Rechtsvertreter von A._____, dieser habe zweimal ohne Begleitung bei der Vertretung der Demokratischen Republik Kongo vorgesprochen, um einen Besprechungstermin zum Vortragen seines Anliegen zu erhalten. In der Folge habe er am 29. Juli 2004 sowie am 12. August 2004 in Begleitung von D._____ bei der Botschaft vorsprechen können. D._____ sei Schweizer Bürger und kenne A._____ seit dem Jahre 2002 von seiner Tätigkeit als Betreuer im Asylbewerberzentrum E._____. Der Eingabe war eine schriftliche Auskunft von D._____ vom 14. September 2004 beigelegt. Demnach sei beim ersten Termin am 29. Juli 2004 festgestellt worden, dass A._____ nicht im Besitz eines Dokumentes sei, welches seine Nationalität belegen könne. Beim zweiten Termin vom 12. August 2004 sei ihnen geraten worden, sich nicht mehr auf die Botschaft zu begeben, weil der Vater von A._____ für die frühere Regierung unter Diktator Mobutu gearbeitet habe.

I.

Am 19. Oktober 2004 beantragte das Amt für Migration und Personenstand des Kantons C._____ beim Bundesamt für Migration

(BFM) gestützt auf Art. 14b Abs. 1 des damaligen Bundesgesetzes vom 26. März 1931 über Aufenthalt und Niederlassung der Ausländer (ANAG, BS 1 121) die vorläufige Aufnahme von A._____ aufgrund technischer Unmöglichkeit des Wegweisungsvollzugs. Zur Begründung wurde ausgeführt, A._____ habe mehrfach bei der Botschaft seines Heimatlandes vorgesprochen, um die für eine Rückkehr erforderlichen Papiere zu beantragen. Es sei ihm allerdings nicht gelungen, die Papiere zu beschaffen, er sei im Gegenteil auf klare Ablehnung gestossen. Man habe ihm auf der Botschaft unter anderem auch einen Brief des Aussenministers der Demokratischen Republik Kongo vorgehalten, laut welchem der Botschaft untersagt worden sei, eigenen Staatsangehörigen im Ausland Laisser-passers auszustellen. Zuletzt habe A._____ sogar ein Hausverbot erhalten, weil die Botschaft festgestellt habe, dass sein Vater für den früheren Diktator Mobutu gearbeitet habe. Im Übrigen habe sich A._____ in der Zeit nach seinem Verschwinden zwischen April 1998 und Dezember 1999 nicht in seinem Heimatstaat aufgehalten. Sein damaliger Rechtsvertreter habe ihm zu dieser Aussage geraten, damit er ein neues Asylgesuch stellen können.

J.

Am 10. April 2006 wies das BFM den Antrag des Migrationsdienstes des Kantons C._____ ab, mit der Begründung, für die Papierbeschaffung sei die Abteilung Rückkehr im BFM zuständig, welche die Bemühungen im vorliegenden Fall allerdings noch nicht abgeschlossen habe. Damit seien die Voraussetzungen der Unmöglichkeit des Wegweisungsvollzugs nicht erfüllt.

K.

A._____ erhielt vom BFM eine Vorladung, am 31. August 2006 bei der Botschaft der Demokratischen Republik Kongo zu erscheinen.

L.

Am 13. Juni 2007 beantragte das beschwerdeführende Amt erneut, A._____ infolge technischer Unmöglichkeit des Wegweisungsvollzugs gestützt auf Art. 46 Abs. 2 AsylG und Art. 14b Abs. 1 ANAG in der Schweiz vorläufig aufzunehmen, mit derselben Begründung wie im Gesuch vom 19. Oktober 2004. Zudem habe auch an dem vom BFM organisierten Termin auf der Botschaft vom 31. August 2006 kein Laisser-Passer organisiert werden können, weshalb nun definitiv auf technische Unmöglichkeit des Wegweisungsvollzugs zu schliessen sei.

M.

Zur Abklärung des Sachverhalts forderte das BFM das beschwerdeführende Amt mit Schreiben vom 29. November 2007 auf, eine von A._____ eigenhändig unterzeichnete Erklärung einzureichen, ob er freiwillig in sein Heimatland zurückkehren wolle.

N.

Mit Schreiben des BFM vom 30. Januar 2008 an das beschwerdeführende Amt wurde festgestellt, dass die geforderte Erklärung über die freiwillige Rückreise von A._____ noch nicht eingereicht worden war. Das BFM forderte das beschwerdeführende Amt auf, es über den aktuellen Stand zu informieren.

O.

Mit Eingabe vom 6. Februar 2008 teilte das beschwerdeführende Amt dem BFM mit, es sei von der freiwilligen Rückkehr von A._____ auszugehen, da sich dieser stets kooperativ verhalten und sich bemüht habe, bei der Botschaft seines Heimatlandes Reisepapiere zu beschaffen. Weiter sei A._____ psychisch angeschlagen, was ebenfalls eine dringende Erledigung des Falles erfordere. In diesem Zusammenhang wurde auf die bereits im Verlauf des Verfahrens eingereichten Arztzeugnisse verwiesen. Daneben wurde auf die schriftliche Auskunft von D._____ vom 14. September 2004 verwiesen, welcher A._____ zweimal auf die Botschaft begleitet hätte.

P.

Mit Schreiben des beschwerdeführenden Amtes an das BFM vom 7. Februar 2008 wurde festgehalten, es sei bekannt, dass sich A._____ mehrfach um die Beschaffung von Reisepapieren bemüht habe. Die Aufforderung des BFM eine Erklärung zu dessen freiwilliger Rückkehr einzureichen, halte man für sinnlos, zumal das BFM denn auch festgestellt habe, dass A._____ auf der kongolesischen Botschaft erschienen sei, aber kein Laisser-Passer erhalten habe. Die vom BFM geforderte, von A._____ handschriftlich unterzeichnete Erklärung wurde nicht eingereicht.

Q.

Mit Verfügung vom 19. Juni 2008 wies das BFM den Antrag des beschwerdeführenden Amtes auf vorläufige Aufnahme von A._____ ab. Zur Begründung wurde ausgeführt, wenn die Wegweisung wegen fehlender Mitwirkung der betroffenen Person nicht vollzogen werden könne, werde in der Regel keine vorläufige Aufnahme verfügt. Gemäss

gesicherten Kenntnissen des BFM würden nur freiwillige (recte: freiwillig ausreisende kongolesische Staatsbürger) oder straffällige kongolesische Staatsangehörige ein Ersatzreisedokument erhalten. Aus dem Umstand, dass es bisher nicht möglich gewesen sei, die Reisedokumente zu beschaffen, könne nicht ohne Weiteres auf die Unmöglichkeit des Wegweisungsvollzugs geschlossen werden. A._____ habe sich anlässlich seines Ausreisegesprächs im Juni 2001 dahingehend geäußert, er werde die Schweiz nicht freiwillig verlassen. Es bestünden keine Anhaltspunkte, dass sich diese Ansicht bis heute geändert haben sollte. Das Amt für Migration und Personenstand des Kantons C._____ sei der Aufforderung zum Einreichen einer Erklärung, ob A._____ freiwillig zur Rückkehr bereits sei oder nicht, nicht nachgekommen. Es könne daher nicht davon ausgegangen werden, dass die kongolesische Botschaft A._____ keine Reisepapiere ausstellen würde, wenn dieser seine Bereitschaft zur freiwilligen Rückkehr offenkundig zu erkennen gäbe. Die Voraussetzungen für die Feststellung der Unmöglichkeit des Wegweisungsvollzugs seien damit nicht erfüllt.

R.

Mit Eingabe vom 17. Juli 2008 erhob das Amt für Migration und Personenstand des Kantons C._____ (MIP) gegen die Verfügung des BFM vom 19. Juni 2008 Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht. Das beschwerdeführende Amt beantragte, die vorinstanzliche Verfügung sei aufzuheben und A._____ sei wegen technischer Unmöglichkeit des Vollzugs der Wegweisung in der Schweiz vorläufig aufzunehmen. Neben den bereits vor der Vorinstanz gemachten Vorbringen, wurde im Wesentlichen geltend gemacht, das BFM stütze sich auf eine Aussage von A._____, welcher zufolge er nicht freiwillig ausreisen wolle. Diese Aussage stamme allerdings aus dem Jahr 2001. Seither habe A._____ mehrmals versucht, die notwendigen Reisepapiere zu beschaffen. Einen besseren Beweis, als das mehrfache Erscheinen von A._____ bei der kongolesischen Botschaft, könne es nicht geben. Aus dem Umstand, dass das beschwerdeführende Amt bei A._____ die geforderte Erklärung über die freiwillige Rückkehr nicht eingeholt habe, schliesse das BFM darauf, man könne nicht davon ausgehen, die kongolesischen Behörden würden keine Reisepapiere ausstellen. Diesbezüglich sei allerdings kein Zusammenhang ersichtlich. Es sei zwar richtig, dass die Möglichkeit einer freiwilligen Rückkehr eine vorläufige Aufnahme ausschliesse, allerdings habe A._____ mit seinen Vorsprachen auf der

kongolesischen Botschaft deutlich gezeigt, dass er bereits sei, die notwendigen Schritte zur Beschaffung der notwendigen Papiere zu unternehmen. Das BFM gehe von einem falschen Verständnis der freiwilligen Rückkehr aus und seine Schlüsse seien nicht stichhaltig.

S.

Auf Aufforderung des Bundesverwaltungsgerichts vom 4. August 2008 äusserte sich das BFM mit Vernehmlassung vom 5. September 2008 zur Beschwerde wie folgt: Die Beschwerde enthalte keine neuen erheblichen Tatsachen oder Beweismittel, welche eine Änderung seines Standpunktes rechtfertigen könne. Eine vorläufige Aufnahme aufgrund technischer Unmöglichkeit des Wegweisungsvollzugs sei nur möglich, wenn trotz Mitwirkung des Betroffenen davon ausgegangen werden müsse, dass die Papierbeschaffung mit grosser Wahrscheinlichkeit längerfristig ausgeschlossen erscheine. Wenn dagegen die Möglichkeiten noch nicht ausgeschöpft seien, komme eine vorläufige Aufnahme nicht in Frage. Auch wenn sich eine Ausreise als schwer organisierbar darstelle und mit den ausländischen Behörden noch verhandelt werden müsse, lasse dies nicht ohne Weiteres auf Unmöglichkeit des Wegweisungsvollzugs schliessen. Der kongolesische Botschafter habe aus eigenem Entscheid A._____ kein Laisser-Passer ausgestellt. Zudem habe bisher nicht abschliessend beurteilt werden können, ob A._____ die Schweiz tatsächlich freiwillig verlassen wolle. Es könne nicht davon ausgegangen werden, dass sich die Demokratische Republik Kongo generell weigere, eigene Staatsangehörige zurückzunehmen. Im Februar 2008 sei mit den zuständigen kongolesischen Behörden eine Vereinbarung unterzeichnet worden, welche Sonderflüge und Delegationsvorführungen ermögliche. Im April 2008 habe eine Delegation aus Kongo erste Anhörungen mit eigenen Staatsangehörigen in der Schweiz durchgeführt und dabei sogar für Personen, welche nicht freiwillig ausreisen wollten, Reisepapiere ausgestellt. Es sei davon auszugehen, dass auch A._____ die notwendigen Dokumente erhalten werde, seitdem das Ausstellen von Papieren nicht mehr in den Kompetenzbereich des Botschafters, sondern in denjenigen der erwähnten kongolesischen Delegation falle. Vor dem Hintergrund dieser Tatsachen könne daher nicht von einer Unmöglichkeit des Vollzugs der Wegweisung gesprochen werden. Das BFM beantragte die Abweisung der Beschwerde.

T.

Zur Vernehmlassung des BFM nahm das beschwerdeführende Amt mit

Replik vom 19. September 2008 Stellung. Es wurde vollumfänglich an den Rechtsbegehren und Begründungen aus der Beschwerde festgehalten und ausgeführt, es stehe gar nicht in Frage, ob sich die Demokratische Republik Kongo generell weigere, eigene Staatsangehörige zurückzunehmen. Es gehe nur um den konkreten Fall von A._____, in welchem sich die kongolesischen Behörden nunmehr seit Jahren geweigert hätten, die notwendigen Papiere auszustellen. Es sei nicht ersichtlich, weshalb die erwähnte kongolesische Delegation A._____ nun die Reisepapiere ausstellen sollte, wenn sich die Botschaft jahrelang geweigert habe.

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:

1.

1.1 Gemäss Art. 31 des Verwaltungsgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (VGG, SR 173.32) beurteilt das Bundesverwaltungsgericht Beschwerden gegen Verfügungen nach Art. 5 des Bundesgesetzes vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren (VwVG, SR 172.021). 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. Das Bundesverwaltungsgericht ist daher zuständig für die Beurteilung der vorliegenden Beschwerde und entscheidet in diesem Bereich endgültig (Art. 105 des Asylgesetzes vom 26. Juni 1998 [AsylG, SR 142.31]; Art. 83 Bst. d Ziff. 1 des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 [BGG, SR 173.110]).

1.2 Die Beschwerde ist frist- und formgerecht eingereicht (Art. 6 AsylG i.V.m. Art. 50 ff. VwVG).

1.3 Gemäss Art. 48 Abs. 1 VwVG ist zur Beschwerde legitimiert, wer am Verfahren vor der Vorinstanz teilgenommen hat oder keine Möglichkeit zur Teilnahme erhalten hat (Bst. a.), durch die Verfügung besonders berührt ist (Bst. b.) und ein schützenswertes Interesse an deren Aufhebung oder Änderung hat (Bst. c.). Das Gemeinwesen ist unter bestimmten Voraussetzungen gestützt auf Art. 48 Abs. 1 VwVG ebenfalls beschwerdelegitimiert. Diese Voraussetzungen sind erfüllt, wenn Gemeinwesen in ihren hoheitlichen Befugnissen, als Träger öffentlicher Aufgaben, berührt sind und ein eigenes schutzwürdiges

Interesse an der Aufhebung des angefochtenen Entscheids haben oder wenn sie gleich oder ähnlich wie eine Privatperson betroffen sind. Schliesslich ist die Legitimation eines Gemeinwesens zu bejahen, wenn es diesem um spezifische öffentliche Anliegen geht (vgl. BGE 133 II 400 E. 2.4.2 S. 406; Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-7385/2007 vom 12. März 2008 E. 2; ISABELLE HÄNER, in: AUER / MÜLLER / SCHINDLER [Hrsg.], Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren [VwVG], Rz. 24 ff. zu Art. 48; MOSER / BEUSCH / KNEUBÜHLER, Prozessieren vor Bundesverwaltungsgericht, Lausanne / Zürich / Bern 2008, Rz. 2.89).

1.4 Gemäss den Entscheidungen und Mitteilungen der ARK [EMARK] 2002 Nr. 17 ergab sich die Legitimation eines Kantons zur Beschwerde gegen einen die vorläufige Aufnahme abweisenden Beschluss des BFM, nachdem ein solcher gestützt auf Art. 46 Abs. 2 AsylG beantragt worden war, aus einer Analogie zum Ausländerrecht. Gemäss Art. 14b Abs. 1 ANAG konnte eine vorläufige Aufnahme von der kantonalen Fremdenpolizeibehörde beantragt werden. Schliesslich konnten aufgrund von Art. 20 Abs. 2 ANAG auch die zuständigen kantonalen Behörden gegen Verfügungen des BFM Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht erheben. Nach dem aktuell geltenden AuG können kantonale Behörden beim BFM die vorläufige Aufnahme beantragen (Art. 83 Abs. 6 AuG). Gemäss der Botschaft zum Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer, sollen die Bestimmungen des AuG über die vorläufige Aufnahme mit derjenigen von Art. 14b ANAG inhaltlich identisch sein (vgl. BBI Nr. 20 2002 S. 3818). Dies führt dazu, dass auch die kantonalen Migrationsbehörden ermächtigt sind, beim BFM einen Antrag auf vorläufige Aufnahme zu stellen. Im Einklang mit der erwähnten Rechtsprechung der ARK, ist damit auch im vorliegenden Fall davon auszugehen, dass die zuständige kantonale Migrationsbehörde zur Beschwerde gegen einen ablehnenden Entscheid des BFM ermächtigt sein muss. Dies aus Gründen der Symmetrie zwischen dem Ausländer- und dem Asylrecht (vgl. EMARK 2002 Nr. 17 E. 4. ba S. 138).

1.5 Für den Fall, dass ein Antrag auf vorläufige Aufnahme im Sinne von Art. 46 Abs. 2 AsylG vom BFM abgewiesen wird, hat der antragstellende Kanton vertreten durch das Migrationsamt durchaus ein schützenswertes Interesse an der Aufhebung oder Änderung der fraglichen Verfügung. Einerseits hat der Kanton eine Lösung zu finden für eine Person, welche aus rechtlicher Sicht in ihr Heimatland zurück-

geführt werden müsste, dies allerdings unter Umständen zum aktuellen Zeitpunkt unmöglich ist. Der Kanton kann die dauerhafte Anwesenheit einer Person, welche durch einen abweisenden Entscheid nicht vorläufig aufgenommen wurde und weggewiesen werden sollte, nicht tolerieren, ohne deren Aufenthalt rechtlich zu regeln. Andererseits bringt diese Situation auch einen finanziellen Aufwand für den Kanton mit sich, denn die die betroffene Person ist nicht berechtigt, zu arbeiten und für ihren Unterhalt selbständig aufzukommen (vgl. zum Ganzen E. MARK 2002 Nr. 17 E. 4. bb S. 138 f.). Die Kantone sind insbesondere dann aufgrund von Art. 48 Abs. 1 VwVG beschwerdelegitimiert, wenn sie in eigenen vermögensrechtlichen Interessen betroffen sind (vgl. BGE 131 II 753 E. 4.3.1 S. 757).

1.6 Vorliegend ist folglich auch das Amt für Migration und Personenstand des Kantons C._____ (MIP) legitimiert, gegen die Verfügung des BFM, mit welchem die vorläufige Aufnahme von A._____ abgelehnt wurden, gestützt auf Art. 48 Abs. 2 VwVG Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht zu erheben. Auf die Beschwerde ist mithin einzutreten.

2.

Mit Beschwerde kann die Verletzung von Bundesrecht, die unrichtige oder unvollständige Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts und die Unangemessenheit gerügt werden (Art. 106 Abs. 1 AsylG).

3.

3.1 Das beschwerdeführende Amt machte im vorliegenden Fall technische Unmöglichkeit des Wegweisungsvollzugs von A._____ geltend. Das BFM sei zu unrecht davon ausgegangen, der Vollzug der Wegweisung sei als möglich zu erachten.

3.2 Ist der Vollzug der Wegweisung nicht zulässig, nicht zumutbar oder nicht möglich, so regelt das Bundesamt das Anwesenheitsverhältnis nach den gesetzlichen Bestimmungen über die vorläufige Aufnahme von Ausländern (Art. 44 Abs. 2 AsylG; Art. 83 Abs. 1 AuG).

3.3 Die technische Unmöglichkeit des Vollzugs einer Wegweisung kann darin begründet liegen, dass sich die Behörden des Heimatstaates der betreffenden Person weigern, dieser die notwendigen Reisedokumente auszustellen oder auch indem sie sich weigern, einen ihrer Landsleute trotz gültigen Reisepapieren zurückzunehmen. Damit aufgrund solcher Umstände eine vorläufige Aufnahme in der Schweiz verfügt wird, muss dieser Zustand eine gewisse Weile andauern. So ist praxisgemäss eine vorläufige Aufnahme erst dann anzuordnen, wenn die Ausschaffung einer ausreisepflichtigen Person bisher mindestens während eines Jahres unmöglich geblieben ist und im Urteilszeitpunkt klar erkennbar ist, dass sie dies auf unabsehbare Zeit - mindestens ein Jahr - weiterhin sein wird (vgl. EMARK 2006 Nr. 15 E. 3.1 S. 163 f., 2002 Nr. 17 E. 6b S. 141, 1995 Nr. 14; WALTER STÖCKLI, Asyl, in: UEBERSAX/RUDIN/HUGI YAR/GEISER [Hrsg.], Ausländerrecht, 2. Aufl. Basel 2009, Rz. 11.73). Vorausgesetzt wird weiter, dass einerseits die betroffene Person nicht in der Lage ist, aus freiem Willen in ihr Heimatland zurückzukehren und andererseits auch die zuständigen Schweizer Behörden - trotz allfälliger Zwangsmittel - nicht in der Lage sind, für die Rückkehr der betreffenden Person zu sorgen. Die Möglichkeit einer freiwilligen Heimreise steht der Feststellung, der Vollzug der Wegweisung erweise sich als unmöglich, von vornherein entgegen (vgl. EMARK 2002 Nr. 23 E. f S. 187).

3.4

3.4.1 Laut den Akten ist A._____ am 19. Juni 2001 erstmals beim Migrationsdienst des Kantons C._____ zu einem Ausreisegespräch erschienen. Damals habe er unter anderem ausgesagt, er sei nicht freiwillig zur Ausreise bereit.

3.4.2 Aktenkundig ist auch, dass A._____ zweimal ohne Begleitung bei der Vertretung der Demokratischen Republik Kongo vorgesprochen hat, um einen Beratungstermin zum Vortragen seines Anliegens zu erhalten (vgl. Eingabe des Rechtsvertreters vom 17. September 2004). Am 29. Juli 2004 sowie am 12. August 2004 konnte er in Begleitung eines Bekannten bei der Botschaft vorsprechen (vgl. schriftliche Eingabe des Gewährsmannes vom 14. September 2004 [A 197], welche der oben erwähnten Eingabe beilag). Für weitere Einzelheiten kann auf die vorstehenden Ausführungen unter H. verwiesen werden.

4.

4.1 Am 19. Oktober 2004 - mithin vor über fünfeinhalb Jahren – beantragte der Beschwerdeführer die Anordnung der vorläufigen Aufnahme von A._____ wegen technischer Unmöglichkeit des Wegweisungsvollzugs. Am 10. April 2006 teilte das BFM dem Beschwerdeführer mit, die Bemühungen zur Beschaffung von Reisepapieren für A._____ seiner Abteilung Rückkehr seien noch nicht abgeschlossen; die entsprechenden Bemühungen sind denn auch aktenkundig (vgl. unter anderem das interne BFM-Schreiben vom 20. Juni 2007 sowie die Gesprächsnotiz des BFM vom 25. Juni 2007).

4.2 Am 29. November 2007, wiederum über ein Jahr später, forderte das BFM den Beschwerdeführer auf, eine von A._____ unterzeichnete Erklärung beizubringen, wonach dieser eine freiwillige Rückkehr "in Erwägung ziehe". Der Beschwerdeführer führte mit Schreiben vom 7. Februar 2008 aus, dass A._____ nachweislich mehrere Mal auf der Botschaft vorgesprochen habe und das BFM unbegründeter Weise die jahrelangen Vollzugsbemühungen des Beschwerdeführers in Zweifel ziehe (vgl. 3.4.2.).

4.3 Am 19. Juni 2008 wies das BFM das Gesuch des Amtes auf Erteilung der vorläufigen Aufnahme vom 13. Juni 2007 mit der Begründung ab, die kongolesische Vertretung habe letztmals am 25. Juni 2007 (also rund ein Jahr vor Erlass der Verfügung) versichert, das "Verfahren weiter voranzutreiben". In Anbetracht dessen, dass der Antrag des Beschwerdeführers vom 19. Oktober 2004 datiert, war das Verfahren der erfolglosen Papierbeschaffung damals bereits rund dreieinhalb Jahre hängig.

4.4 Im Rahmen des Schriftenwechsels führte das BFM in seiner Vernehmlassung vom 29. August 2008 aus, es werde aktuell eine interne

Analyse zur heutigen Situation in Sachen Papierbeschaffung für kongolesische Staatsbürger erstellen. Da das entsprechende Ergebnis bis dato nicht vorliege, könne sich das Amt heute nicht vernehmen lassen.

4.5 In seiner weiteren Vernehmlassung vom 5. September 2008 räumte das BFM ein, dass der Vollzug der Wegweisung "längere Zeit" nicht habe realisiert werden können, da namentlich der Botschafter der Demokratischen Republik Kongo in der Schweiz bei der Erstellung eines Laisser-Passer aus eigenem Entscheid nicht mitgewirkt hatte. Zusammen mit den zuständigen Behörden der Demokratischen Republik Kongo sei die Möglichkeit der zwangsweisen Rückführung von Staatsangehörigen dieses Landes ausgehandelt worden. So sei am 23. Februar 2008 eine Vereinbarung unterzeichnet worden, welche Sonderflüge und Delegationsvorführungen möglich mache (vgl. Urteile des Bundesgerichts 2C-252/2008 und 2C-259/2008 vom 11. April sowie 10. Juni 2008). "Zur Zeit" könne davon ausgegangen werden, dass sich die Demokratische Republik Kongo nicht generell weigere, ihre Staatsangehörigen zurückzunehmen. Es könne daher nicht gesagt werden, die Beschaffung von Ersatzreisepapieren für A._____ sei nicht möglich. Es obliege den kantonalen Behörden, die notwendigen Schritte vorzunehmen, damit der Ausländer an einem Interview teilnehmen könne.

4.6 Nach dem Gesagten verweigerte der kongolesische Botschafter in den diesem Beschwerdeverfahren vorausgegangen Jahren generell die Ausstellung von Laisser-passers. Bei dieser Sachlage ergibt sich, dass der zwangsweise Vollzug der Wegweisung in den Kongo tatsächlich über Jahre hinweg mangels Möglichkeit der Papierbeschaffung technisch nicht möglich gewesen war, weshalb die Frage nach der Mitwirkungspflicht von A._____ offen bleiben kann. Praxisgemäss ist eine vorläufige Aufnahme dann anzuordnen, wenn die Ausschaffung einer ausreisepflichtigen Person bisher mindestens während eines Jahres unmöglich geblieben ist, was vorliegend offensichtlich erfüllt ist. Zudem muss im Urteilszeitpunkt klar erkennbar sein, dass sie dies auf unabsehbare Zeit - mindestens ein Jahr - weiterhin sein wird (vgl. EMARK 2006 Nr. 15 E. 3.1 S. 163 f., 2002 Nr. 17 E. 6b S. 141). Da feststeht, dass die Identitätskarte von A._____ weder beim BFM noch bei den kantonalen Behörden auffindbar ist, kann heute nicht mit hinreichender Sicherheit davon ausgegangen werden, der Vollzug der

Wegweisung werde innerhalb eines Jahres möglich sein. Somit ist das BFM anzuweisen, den Ausländer vorläufig aufzunehmen.

5.

Zusammenfassend ist festzustellen, dass der Beschwerdeführer mit seinen Begehren durchgedrungen ist. In Gutheissung der Beschwerde ist die angefochtene Verfügung des BFM vom 19. Juni 2008 betreffend Abweisung der vorläufigen Aufnahme (infolge technischer Unmöglichkeit) aufzuheben, und die Vorinstanz ist anzuweisen, A. _____ die vorläufige Aufnahme zu gewähren.

6.

6.1 Beim vorliegenden Ausgang des Beschwerdeverfahrens sind keine Kosten zu erheben (Art. 63 Abs. 1 und 2 VwVG).

6.2 Dem im Sinne der Erwägungen obsiegenden Beschwerdeführer ist in Anwendung von Art. 7 Abs. 3 des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht (VGKE, SR 173.320.2) keine Parteientschädigung auszurichten.

(Dispositiv nächste Seite)

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.

Die Beschwerde wird gutgeheissen.

2.

Die Verfügung des BFM vom 19. Juni 2008 wird aufgehoben. Das BFM wird angewiesen, A. _____ zufolge technischer Unmöglichkeit des Wegweisungsvollzugs vorläufig in der Schweiz aufzunehmen.

3.

Es werden keine Verfahrenskosten erhoben.

4.

Gestützt auf Art. 7 Abs. 3 VGKE wird dem Beschwerdeführer keine Parteientschädigung ausgerichtet.

5.

Dieses Urteil geht an:

- das Amt für Migration und Personenstand des Kantons C. _____
(Einschreiben)
- das BFM, Abteilung Aufenthalt, mit den Akten Ref.-Nr. N _____
(per Kurier; in Kopie)

Der vorsitzende Richter:

Die Gerichtsschreiberin:

Fulvio Haefeli

Ulrike Raemy

Versand: