



Urteil vom 3. März 2021

Besetzung

Richter Andreas Trommer (Vorsitz),
Richter Gregor Chatton,
Richterin Susanne Genner,
Gerichtsschreiber Julius Longauer.

Parteien

B._____,
Beschwerdeführer,
vertreten durch Remo Gilomen, Rechtsanwalt,

gegen

Staatssekretariat für Migration SEM,
Quellenweg 6, 3003 Bern,
Vorinstanz.

Gegenstand

Vorläufige Aufnahme.

Sachverhalt:**A.**

Der Beschwerdeführer, ein 1986 geborener irakischer Staatsangehöriger, gelangte im Januar 2012 in die Schweiz und ersuchte um Asyl. Mit Verfügung vom 10. April 2013 stellte das damalige Bundesamt für Migration (BFM, heute: SEM) seine Flüchtlingseigenschaft fest und gewährte ihm Asyl.

B.

Am 14. Dezember 2015 aberkannte das SEM die Flüchtlingseigenschaft des Beschwerdeführers und widerrief das Asyl. Eine gegen diese Verfügung erhobene Beschwerde wies das Bundesverwaltungsgericht mit Urteil E-297/2016 vom 21. Februar 2017 ab.

C.

Mit Urteil des Bundesstrafgerichts SK.2017.10 vom 31. Oktober 2017 wurde der Beschwerdeführer wegen Beteiligung an einer kriminellen Organisation sowie der Förderung und versuchten Förderung des rechtswidrigen Aufenthalts in der Schweiz zu einer Freiheitsstrafe von 3 Jahren und 8 Monaten verurteilt.

Eine dagegen gerichtete Beschwerde wies das Bundesgericht mit Urteil 6B_1385/2017 vom 3. August 2018 ab, soweit es darauf eintrat.

D.

Bereits am 6. April 2017 verfügte das Bundesamt für Polizei (fedpol) die Ausweisung des Beschwerdeführers und ein unbefristetes Einreiseverbot. Der Vollzug der Ausweisung wurde jedoch aufgeschoben und die Sache der Vorinstanz zur Prüfung der vorläufigen Aufnahme überwiesen (Akten der Vorinstanz [SEM-act.] 8).

E.

Mit Schreiben vom 27. Juni 2019 teilte das SEM dem Beschwerdeführer mit, es beabsichtige, ihn trotz unzulässigem Vollzug der Ausweisung nicht vorläufig aufzunehmen, und gewährte ihm hierzu das rechtliche Gehör (SEM-act. 14).

Vom Recht auf Stellungnahme machte der Beschwerdeführer mit Eingabe vom 13. August 2019 Gebrauch (SEM-act. 16).

F.

Mit Verfügung vom 9. September 2019 lehnte die Vorinstanz die vorläufige Aufnahme des Beschwerdeführers ab, schob den Vollzug der Ausweisung jedoch auf, da dem Beschwerdeführer in Irak eine nach Art. 3 EMRK verbotene Behandlung drohe (SEM-act. 17).

G.

Gegen die vorgenannte Verfügung legte der Beschwerdeführer am 9. Oktober 2019 Rechtsmittel beim Bundesverwaltungsgericht ein (Akten des BVGer [Rek-act.] 1). In der Sache beantragte er deren Aufhebung und die Anordnung der vorläufigen Aufnahme. In prozessualer Hinsicht ersuchte er um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege und um Beiordnung eines unentgeltlichen Rechtsbeistandes in der Person seines gewillkürten Rechtsvertreters.

H.

Mit Zwischenverfügung vom 29. Oktober 2019 hiess das Bundesverwaltungsgericht das Gesuch des Beschwerdeführers um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege gut und bestellte Rechtsanwalt Remo Gilomen zum unentgeltlichen Rechtsbeistand (Rek-act. 5).

I.

Die Vorinstanz schloss in ihrer Vernehmlassung vom 18. November 2019 auf Abweisung der Beschwerde (Rek-act. 6).

J.

Mit Replik vom 17. Dezember 2019 hielt der Beschwerdeführer an seinen Begehren vollumfänglich fest (Rek-act. 8).

K.

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

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:**1.**

1.1 Verfügungen des SEM betreffend vorläufige Aufnahme unterliegen der Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht (Art. 112 Abs. 1 AIG [SR 142.20] i.V.m. Art. 31 ff. VGG).

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

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

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).

3.

Die vorliegende Streitsache ist dadurch gekennzeichnet, dass der Beschwerdeführer gestützt auf Art. 68 AIG aus der Schweiz weggewiesen wurde. Obwohl die Vorinstanz zur Auffassung gelangte, dass der Vollzug der Ausweisung nach Irak als den Heimatstaat des Beschwerdeführers gegen Art. 3 EMRK verstossen würde und daher unzulässig wäre, verweigerte sie dem Beschwerdeführer die vorläufige Aufnahme als die vom Gesetz für solche Konstellationen eigentlich vorgesehene Rechtsfolge.

4.

Die Voraussetzungen der vorläufigen Aufnahme werden in Art. 83 Abs. 1 AIG geregelt.

4.1 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. Der Vollzug ist nicht möglich, wenn er technisch undurchführbar ist (Abs. 2). Er ist unzulässig, wenn ihm völkerrechtliche Verpflichtungen der Schweiz entgegenstehen (Abs. 3). Er kann schliesslich unzumutbar sein, wenn die betroffenen Ausländerinnen oder Ausländer in Situationen wie Krieg, Bürgerkrieg, allgemeiner Gewalt und medizinischer Notlage im Heimat- oder Herkunftsstaat konkret gefährdet sind (Abs. 4).

4.2 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 (SR 311.0) 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 66a^{bis} StGB oder Art. 49a oder 49a^{bis} MStG (SR 321.0) rechtskräftig geworden ist (Art. 83 Abs. 9 AIG). Im Gegensatz zu Art. 83 Abs. 7 AIG, der eine vorläufige Aufnahme bei Unmöglichkeit und Unzumutbarkeit des Weg- und Ausweisungsvollzugs ausschliesst, gilt die Ausschlussbestimmung des Art. 83 Abs. 9 AIG auch, wenn sich der Vollzug der Weg- oder Ausweisung als unzulässig erweist (vgl. Botschaft vom 26. Juni 2013 zur Änderung des Strafgesetzbuches und des Militärstrafgesetzes, BBl 2013 6007).

5.

5.1 Die Vorinstanz begründet ihren Entscheid, dem Beschwerdeführer die vorläufige Aufnahme trotz unzulässigem Ausweisungsvollzug zu verweigern, wie folgt:

5.2 In analoger Berücksichtigung von Art. 121 Abs. 3 BV ist es nach Auffassung der Vorinstanz nicht mehr zulässig, bei einer Ausweisung nach Art. 68 AIG i.V.m. Art 121 Abs. 2 BV eine vorläufige Aufnahme anzuordnen. Auch wenn Art. 83 Abs. 9 AIG als absoluter Ausschlussgrund für eine vorläufige Aufnahme nur die Landesverweisung nach Art. 66 StGB erwähne, müsse aufgrund einer umfassenden Rechtsgüterabwägung davon ausgegangen werden, dass dieselben Rechtsfolgen auch bei einer Ausweisung nach Art. 68 AIG eintreten müssten. Im Unterschied zur strafrechtlichen Landesverweisung würden bei einer Ausweisung nach Art. 68 AIG höherwertigere Rechtsgüter geschützt (Sicherheit und Bestand der Schweizerischen Eidgenossenschaft). Es müssten deshalb auch die strengsten in der Verfassung vorgesehenen Rechtsfolgen eintreten. Es entspreche nicht Sinn und Zweck der erwähnten Verfassungsbestimmungen, dass eine Per-

son, die aus politischen Gründen ausgewiesen werde, weil sie die Sicherheit des Landes und damit potentiell eine Vielzahl von Menschen an Leib und Leben gefährde und den Staat als solchen in Gefahr bringen könne, bessergestellt werde, als ein gemeinrechtlicher Straftäter. Im Sinn einer Lückenfüllung rechtfertige sich daher in analoger Anwendung von Art. 83 Abs. 9 AIG, nicht nur bei einer gerichtlichen Landesverweisung, sondern auch bei einer Ausweisung nach Art. 68 AIG die vorläufige Aufnahme absolut auszuschliessen.

5.3 An diesem Ergebnis vermöge nichts zu ändern, dass die Bestimmungen zur strafrechtlichen Landesverweisung erst am 1. Oktober 2016 eingeführt worden seien. Anders als bei der Landesverweisung sei bei der Ausweisung nach Art. 68 AIG nicht der Zeitpunkt einer Straftat (Anlasstat) massgebend, sondern eine (akutelle) Gefährdung der inneren und äusseren Sicherheit der Schweiz. Zudem komme im Verwaltungsrecht der Grundsatz «nulla poena sine lege» nicht zur Anwendung, und es gelte in der Regel das im Zeitpunkt des Erlasses einer Verfügung geltende Recht. Abschliessend verweist die Vorinstanz auf die laufenden gesetzgeberischen Bestrebungen, die von ihr angenommene Lücke im Rahmen einer Teilrevision des AIG zu schliessen.

6.

Der Argumentation der Vorinstanz gegenüber bringt der Beschwerdeführer im Wesentlichen die folgenden Einwände vor:

6.1 Die in Art. 121 Abs. 3 BV festgehaltenen Vergehen und Verbrechen gegen Individualrechtsgüter unterschieden sich diametral von den von ihm begangenen Straftaten, derentwegen er rechtskräftig verurteilt worden sei. Falls es Sinn und Zweck der erwähnten Verfassungsbestimmung hätte sein sollen, auch aus politischen Gründen ausgewiesene Personen nicht vorläufig aufzunehmen, müsse man sich die Frage stellen, wieso bloss Strafdelikte gegen Individualrechtsgüter in die abschliessende Liste von Art. 121 Abs. 3 BV aufgenommen worden seien. Diesen Sinn und Zweck aus einem angeblich höheren öffentlichen Interesse abzuleiten, gehe eindeutig zu weit. Eine analoge Anwendung von Art. 68 AIG und Art. 66a StGB könne bei der Auslegung des Art. 83 Abs. 9 AIG demnach nicht erfolgen. Es fehle deshalb an einer Grundlage, um ihm die vorläufige Aufnahme, auf die er auch nach Ansicht der Vorinstanz wegen unzumutbaren Vollzuges der Ausweisung grundsätzlich Anspruch hätte, zu verwehren.

6.2 Ferner sei es zwar richtig, dass der Grundsatz «nulla poena sine lege» für das Strafrecht entwickelt worden sei. Trotzdem gehe die Argumentation der Beschwerdegegnerin in zweierlei Hinsicht fehl. Art. 5 Abs. 1 BV verpflichte staatliche Behörden zur Einhaltung der rechtlichen Schranken. Vorliegend bedeute dies, dass sich die Verfügung vom 9. September 2019 auch ohne den zitierten Grundsatz auf ein Bundesgesetz oder zumindest auf eine Bundesverordnung stützen müsse. Eine solche Grundlage sehe die Vorinstanz in der analogen Anwendung von Art. 83 Abs. 9 AIG für Ausweisungen gestützt auf Art. 68 AIG. Eine solche Lückenfüllung sei vorliegend jedoch nicht möglich. Denn Art. 66a StGB, der von der Vorinstanz zur Lückenfüllung herangezogen werde, sei eine strafrechtliche Norm, die von den Strafgerichten angewendet werde. Der Landesverweisung komme letztlich strafrechtlicher Charakter zu und sie werde von den Betroffenen als Strafe empfunden. Es hätten bei der Anwendung von Art. 66a StGB demzufolge sämtliche strafrechtlichen Prinzipien – mitunter auch der Grundsatz «nulla poena sine lege» – zu gelten.

6.3 Sodann habe die Vorinstanz den Untersuchungsgrundsatz und die Begründungspflicht verletzt, weil sie einerseits auf eine aktuelle Gefährdungslage abstelle, in dieser Richtung jedoch keine Abklärungen vorgenommen habe und sich dazu auch nicht näher in der Begründung ihrer Verfügung äussere. Tatsächlich müsse heute aufgrund der gesamten Umstände davon ausgegangen werden, die gegen ihn verhängte Strafe habe ihre spezialpräventive Wirkung erzielt und er werde in Zukunft nicht mehr gegen das Gesetz verstossen. Die Vorinstanz argumentiere schliesslich widersprüchlich. Einerseits bringe sie vor, im Verwaltungsrecht sei jeweils das im Verfügungszeitpunkt geltende Recht anzuwenden, andererseits solle aufgrund eines noch abzuändernden Gesetzesartikels, der inhaltlich noch nicht einmal beschlossen, geschweige denn in Kraft gesetzt worden sei, die vorläufige Aufnahme verweigert werden. Dass sich die angefochtene Verfügung nicht auf einen allfälligen neuen Art. 83 Abs. 9 AIG stützen könne, sei klar und bedürfe keiner weiteren Ausführungen. Um eine Rechtsumgehung zu verhindern, dürfe dieser auch nicht zur Auslegung des aktuell geltenden Art. 83 Abs. 9 AIG herbeigezogen werden.

7.

Nach Prüfung der Sach- und Rechtslage nimmt das Bundesverwaltungsgericht wie folgt zur Streitsache Stellung:

7.1 Dem AIG ist keine Bestimmung zu entnehmen, die sich zur vorläufigen Aufnahme einer ausgewiesenen Person äussern würde. Die Vorinstanz

geht von einer Lücke aus, die sie nach dem Muster des Art. 83 Abs. 9 AIG schliesst.

Eine Lücke im Gesetz besteht, wenn sich dieses als unvollständig erweist, weil es jede Antwort auf eine sich stellende Rechtsfrage schuldig bleibt. Hat der Gesetzgeber eine Rechtsfrage nicht übersehen, sondern stillschweigend – im negativen Sinn – mitentschieden (qualifiziertes Schweigen), bleibt kein Raum für richterliche Lückenfüllung. Eine Gesetzeslücke, die vom Gericht zu füllen ist, liegt nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts 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).

7.2 Art. 121 Abs. 3–6 BV wurden mit der Annahme der Volksinitiative «für die Ausschaffung *krimineller* [Hervorhebung durch das Gericht] Ausländer (Ausschaffungsinitiative)» in der Volksabstimmung vom 28. November 2010 in Kraft gesetzt. Gemäss Art. 121 Abs. 3 BV 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). Abs. 4 beauftragt den Gesetzgeber, die Tatbestände nach Abs. 3 näher zu umschreiben und durch weitere Tatbestände zu ergänzen, und Abs. 5 erklärt die Anordnung einer Ausweisung und Verhängung eines Einreiseverbots für Ausländerinnen und Ausländer, die nach den Abs. 3 und 4 ihr Aufenthaltsrecht sowie alle Rechtsansprüche auf Aufenthalt in der Schweiz verlieren, für obligatorisch.

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 nie 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. Es geht daher nicht an, die von Art. 121 Abs. 3 BV vorgesehene Rechtsfolge des zwingenden Verlusts eines jeden Aufenthaltsrechts auf Fälle des Art. 121 Abs. 2 BV analog auszudehnen. Eine direkte Anwendung von Art. 121 Abs. 3 BV ist im Übrigen schon deshalb ausgeschlossen, weil diese Bestimmung nicht unmittelbar anwendbar ist (vgl. dazu BGE 139 I 16 E. 4).

7.3 Der Gesetzgeber nahm den Verfassungsauftrag zur Umsetzung der neuen Art. 121 Abs. 3–6 BV mit dem Bundesgesetz vom 20. März 2015 zur Änderung des StGB und MStG wahr, das auf den 1. Oktober 2016 in Kraft gesetzt wurde (AS 2016 2329). Er schuf die obligatorische Landesverweisung (Art. 66a StGB, Art. 49a MStG) und ihre nicht obligatorische Variante (Art. 66a^{bis} StGB, Art. 49a^{bis}) und stellte einen Katalog von Straftaten auf, die eine obligatorische Landesverweisung zur Folge haben (Art. 66a Abs. 1 StGB, Art. 49a Abs. 1 MStG). Das AIG erfuhr insoweit Änderungen, als an das Vorliegen einer Landesverweisung ausländerrechtliche Rechtsfolgen geknüpft wurden. Unter anderem wurde der Art. 83 Abs. 9 AIG eingefügt, der die vorläufige Aufnahme bei einer rechtskräftigen Landesverweisung ausschliesst. Dass die Gesetzesrevision im Rahmen der Umsetzung des Art. 121 Abs. 3–6 BV keine Regelung vorsah, wonach auch ausgewiesene Personen nicht vorläufig aufgenommen werden können, kann daher nicht als echte Lücke im Sinne einer planwidrigen Unvollständigkeit des Gesetzes bewertet werden, das einer Lückenfüllung zugänglich wäre.

7.4 Es ist im Übrigen nicht ersichtlich, worin in der vorliegenden Streitsache konkret eine nicht hinzunehmende Besserstellung von Personen mit Ausweisung, hier des Beschwerdeführers, gegenüber Personen mit gerichtlicher Landesverweisung liegen soll. Es ist in Erinnerung zu rufen, dass sich das fedpol in seiner Verfügung vom 6. April 2017 auf die Verurteilung des Beschwerdeführers wegen Beteiligung an einer kriminellen Organisation, hier des «Islamischen Staates» (IS), im Sinne von Art. 260^{ter} Ziff. 1 Abs. 1 StGB stützt. Die Beteiligung an oder die Unterstützung einer kriminellen Organisation im Sinne von Art. 260^{ter} StGB gehört jedoch gemäss Art. 66a Abs. 1 Bst. I StGB zu jenen Anlasstaten, die eine obligatorische Landesverweisung nach sich ziehen. Dass der Beschwerdeführer nicht mit einer Landesverweisung gemäss Art. 66a StGB belegt und damit nach Massgabe von Art. 83 Abs. 9 AIG von der vorläufigen Aufnahme ausgeschlossen wurde, ist allein Folge des in Art. 2 Abs. 2 StGB verankerten Rückwirkungsverbots, denn die abgeurteilten Vorgänge liegen zeitlich vor Inkrafttreten der entsprechenden Rechtsänderungen am 1. Oktober 2016 (vgl. Botschaft, a.a.O., BBl 2013 6011).

7.5 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 auf 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 Bearbeitung 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 auch der Grundsatz der Rechtssicherheit, da in der Regel nicht vorgeesehen werden kann, ob und wann eine neue Regelung in Kraft tritt (vgl. HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, a.a.O., Rz. 299, m.H.; zum Ganzen vgl. auch Urteil des BVGer F-518/2019 vom 2. Februar 2021).

8.

Aus diesen Erwägungen ergibt sich, dass die angefochtene Verfügung Bundesrecht verletzt (Art. 49 VwVG). Die Verfügung vom 9. September 2019 ist daher aufzuheben und die Vorinstanz anzuweisen, den Beschwerdeführer vorbehältlich neuer Erkenntnisse, die den Vollzug der Ausweisung nicht mehr als unzulässig im Sinne von Art. 83 Abs. 3 AIG erscheinen lassen, in der Schweiz vorläufig aufzunehmen.

9.

Bei diesem Ausgang des Verfahrens sind weder dem Beschwerdeführer noch der Vorinstanz Kosten aufzuerlegen (vgl. Art. 63 Abs. 1 und 2 VwVG) und dem Beschwerdeführer ist zu Lasten der Vorinstanz für die ihm erwachsenen notwendigen Kosten eine angemessene Parteientschädigung zuzusprechen (vgl. Art. 64 Abs. 1 VwVG, Art. 7 Abs. 1 des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]).

Der Rechtsvertreter des Beschwerdeführers stellt in seiner Kostennote vom 4. Februar 2021 einen Betrag von Fr. 4'885.10 in Rechnung, bestehend aus dem Honorar von Fr. 3'807.50 (15.23 Stunden zu Fr. 250.-), den Auslagen von Fr. 78.40 und der Mehrwertsteuer von Fr. 299.20 (7.7 % auf Fr. 3'885.90). Diese Kostennote ist hinsichtlich des Stundenansatzes und der Auslagen nicht zu beanstanden. Der geltend gemachte zeitliche Aufwand von 15.23 Stunden erscheint jedoch mit Blick auf den Umfang der Eingaben und der rechtlichen und tatbeständlichen Komplexität der Streitsache als zu hoch veranschlagt. Er ist in Anwendung von Art. 10 Abs. 1 VGKE auf 10 Stunden zu reduzieren. Daraus ergeben sich ersatzfähige Kosten von insgesamt Fr. 2'776.90, wovon Fr. 2'500.- auf das Honorar, Fr. 78.40 auf die Auslagen und Fr. 198.50 auf die Mehrwertsteuer (7.7 % auf Fr. 2'578.40) entfallen.

Mit dieser Kostenregelung ist die dem Beschwerdeführer im Verfahren gewährte unentgeltliche Rechtspflege infolge Subsidiarität gegenstandslos geworden (MARCEL MAILLARD, in: Waldmann/Weissenberger [Hrsg.], Praxiskommentar VwVG, 2. Aufl. 2016, N. 46 zu Art. 65 VwVG).

(Dispositiv nächste Seite)

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.

Die Beschwerde wird gutgeheissen, die Verfügung vom 9. September 2019 aufgehoben und die Vorinstanz im Sinne der Erwägungen angewiesen, dem Beschwerdeführer die vorläufige Aufnahme zu erteilen.

2.

Es werden keine Verfahrenskosten erhoben.

3.

Die Vorinstanz wird verpflichtet, dem Beschwerdeführer für das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht eine Parteientschädigung von Fr. 2'776.90 auszurichten.

4.

Dieses Urteil geht an:

- den Beschwerdeführer (Einschreiben)
- die Vorinstanz (Beilage: Akten Ref-Nr. [...] / N [...] zurück)

Der vorsitzende Richter:

Der Gerichtsschreiber:

Andreas Trommer

Julius Longauer

Versand: