Bundesverwaltungsgericht

Tribunal administratif fédéral

Tribunale amministrativo federale

Tribunal administrativ federal

Abteilung III
C-352/2008
{T 0/2}

Urteil vom 21. September 2010

Besetzung

Richterin Ruth Beutler (Vorsitz), Richter Bernard Vaudan, Antonio Imoberdorf, Andreas Trommer und Jean-Daniel Dubey,
Gerichtsschreiberin Barbara Kradolfer.

Parteien

A._____,
vertreten durch Fürsprecher Urs Lienhard,
Beschwerdeführer,

gegen

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

Gegenstand

Ausdehnung der kantonalen Wegweisung.

Sachverhalt:

A.
Am 28. August 2001 reiste der aus der Volksrepublik China (nachfolgend: China) stammende Beschwerdeführer (geb. 1983) ordentlich in die Schweiz ein. Ihm wurde eine Aufenthaltsbewilligung erteilt, um in Luzern eine Hotelfachschule besuchen zu können.

B.
In der Nacht vom 24. auf den 25. Dezember 2001 überfiel eine Gruppe von vier chinesischen Staatsangehörigen, darunter der Beschwerdeführer, einen Restaurantbesitzer, um dessen Tageseinnahmen zu rauben. Der Restaurantbesitzer wurde dabei in seinem Auto mit einer Vielzahl von Messerstichen und Messerschnitten im Kopf-, Hals- und Oberkörperbereich getötet.

C.
Mit Urteil vom 6. Juli 2005 wurde der Beschwerdeführer vom Bezirksgericht [...] wegen versuchten qualifizierten Raubes, versuchter Freiheitsberaubung und Entführung, versuchter Geiselnahme, versuchter Erpressung sowie Widerhandlung gegen das Waffengesetz zu einer unbedingten Zuchthausstrafe von 5 ½ Jahren verurteilt. Von der beantragten Landesverweisung wurde abgesehen.

D.
Am 12. August 2005 gewährte das Amt für Migration des Kantons Luzern (nachfolgend AfM) dem Beschwerdeführer das rechtliche Gehör bezüglich der Wegweisung aus dem Kanton Luzern auf das Datum seiner Haftentlassung hin.

Mit Eingabe vom 18. August 2005 liess der Beschwerdeführer sich durch seinen Rechtsvertreter dazu vernehmen. Er machte geltend, er werde im Falle einer "Ausweisung" nach China Opfer schwerer Menschenrechtsverletzungen. Er müsse damit rechnen, für das gleiche Delikt ein zweites Mal verurteilt zu werden; zudem drohe ihm ein unfaires Gerichtsverfahren sowie Folter während des Untersuchungs- und Strafverfahrens. Aus diesen Gründen ersuchte er das AfM um Verzicht auf den Erlass einer fremdenpolizeilichen Massnahme und um Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung. Mit der Stellungnahme wurden folgende Dokumente eingereicht:

- Amnesty International, Bericht vom 11. Dezember 2002, der sich zur Stellung von Minderjährigen im chinesischen Strafrecht sowie zur Gefahr der Folter, eines unfairen Gerichtsverfahrens etc. äussert.

- Bericht der Schweizerischen Botschaft in Beijing vom 8. März 2002.

- Schreiben der Botschaft der Volksrepublik China vom 8. Juli 2005 an das Bezirksgericht [...].

- Führungsbericht des Bezirksgefängnisses [...] vom 20. Juni 2005.

E.

Mit Verfügung vom 24. August 2005 verweigerte das AfM dem Beschwerdeführer den weiteren Verbleib im Kanton Luzern und wies ihn auf das Datum der Haftentlassung aus dem Kanton weg. Mit Schreiben vom 25. August 2005 beantragte das AfM bei der Vorinstanz die Ausdehnung der kantonalen Wegweisungsverfügung auf die ganze Schweiz sowie den Erlass einer Einreisesperre. Die Vorinstanz lehnte es gleichentags ab, die beantragten Verfügungen zu erlassen, da einerseits "dabei aufgrund von Art. 3 [der Konvention vom 4. November 1950 zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten] EMRK [SR 0.101] bzw. wegen Unzulässigkeit des Wegweisungsvollzugs auch gleichzeitig die Anordnung der vorläufigen Aufnahme" verfügt werden müsste und andererseits der kantonale Wegweisungsentscheid noch nicht rechtskräftig sei.

F.

Eine gegen die Verfügung des AfM erhobene Beschwerde wurde mit Entscheid der Justiz- und Sicherheitsdirektion des Kantons Luzern vom 19. Dezember 2005 abgewiesen. Gleichzeitig wurde jedoch gestützt auf die eingereichten Unterlagen (vgl. Bst. D) festgehalten, der Beschwerdeführer habe glaubhaft gemacht, er könnte nach seiner Rückkehr nach China gefoltert werden. Das AfM wurde deshalb angewiesen, das Dossier mit dem Antrag auf vorläufige Aufnahme wegen Unzulässigkeit des Wegweisungsvollzugs an das BFM zu überweisen.

G.

Mit Verfügung vom 30. März 2007 lehnte die Vorinstanz den Antrag auf vorläufige Aufnahme ab. Im Laufe des mit Eingabe vom 14. Mai 2007 beim Bundesverwaltungsgericht (BVGer) eingeleiteten Beschwerdeverfahrens (Geschäfts-Nr. C-3335/2007) kam die Vorinstanz am 15. Juni 2007 auf ihre Verfügung zurück. Sie begründete dies damit, dass bisher keine Wegweisung aus der ganzen Schweiz vorliege, welche die Ersatzmassnahme rechtfertigen könnte. Das Beschwerde-

verfahren wurde vom BVGer in der Folge als gegenstandslos geworden abgeschrieben (Abschreibungsentscheid vom 3. August 2007).

H.
Mit Datum 14. Juni 2007 ersuchte das AfM die Vorinstanz um Ausdehnung der kantonalen Wegweisung.

I.
Am 15. Juni 2007 stellte die Vorinstanz beim Generalkonsulat der Volksrepublik China in Zürich den Antrag auf Ausstellung eines Passersatzdokumentes für den Beschwerdeführer. Das Schreiben enthielt den Hinweis auf die Haftverbüssung und das Entlassungsdatum. Eine entsprechende Einreiseerlaubnis wurde von den chinesischen Behörden am 29. Oktober 2007 ausgestellt.

J.
Am 27. Juni 2007 wurde der Beschwerdeführer aus dem Gefängnis entlassen und sofort in Ausschaffungshaft genommen. Die Ausschaffungshaft wurde vom Verwaltungsgericht des Kantons Luzern bis zum 4. Juli 2007 bestätigt und das AfM angewiesen, dem Beschwerdeführer im Sinne einer milderen Massnahme eine Meldepflicht aufzuerlegen.

K.
Mit Schreiben vom 22. August 2007 gewährte die Vorinstanz dem Beschwerdeführer rechtliches Gehör zur beabsichtigten Ausdehnung der kantonalen Wegweisung. Von dieser Möglichkeit machte der Beschwerdeführer mit Eingabe vom 3. September 2007 Gebrauch.

L.
Mit Verfügung vom 18. Dezember 2007 dehnte die Vorinstanz die kantonale Wegweisungsverfügung auf die ganze Schweiz und das Fürstentum Liechtenstein aus. Ferner ordnete sie die unverzügliche Ausreise aus der Schweiz an und entzog einer allfälligen Beschwerde die aufschiebende Wirkung. Zur Begründung führte die Vorinstanz im Wesentlichen aus, die Ausdehnung rechtfertige sich, weil der Beschwerdeführer keine kantonale Aufenthaltsbewilligung mehr besitze. In Bezug auf den Vollzug der Wegweisung hielt die Vorinstanz fest, die Tatsache, dass das chinesische Strafrecht den Grundsatz ne bis in idem nicht kenne, stelle kein Vollzugshindernis dar. Das Verbot der doppelten Bestrafung in zwei verschiedenen Ländern lasse sich weder aus Art. 6 EMRK noch aus anderen Vorschriften der EMRK ableiten.

Das Rückschiebungsverbot gemäss Art. 3 EMRK komme vorliegend nicht zur Anwendung: Es gebe keine Hinweise darauf, dass die Identität des Beschwerdeführers den chinesischen Behörden bekannt sei; das Justizsystem weise zwar nach wie vor Defizite auf, Verbesserungen seien jedoch angekündigt. Allein das Ausfällen und der Vollzug der Todesstrafe würden den Prinzipien der EMRK nicht widersprechen. Es könne nicht erwartet werden, dass der Beschwerdeführer, sollte es überhaupt zu einem weiteren Strafverfahren wegen derselben Delikte kommen, der Folter unterworfen werde, da es keinen Anlass gebe, ein Geständnis herauszupressen. Hinweise auf einen zu erwartenden Politmalus gebe es ebenfalls nicht. Die Vorinstanz kam zum Schluss, der Beschwerdeführer gehe kein "real risk" einer unmenschlichen Behandlung gemäss Art. 3 EMRK ein, wenn er nach China zurückkehre. Der Vollzug der Wegweisung nach China sei deshalb zulässig. Aufgrund der schweren Straftat, an welcher der Beschwerdeführer beteiligt gewesen sei, könne er sich auch nicht auf die Unzumutbarkeit des Vollzugs berufen.

M.
Mit Rechtsmitteleingabe vom 17. Januar 2008 lässt der Beschwerdeführer die Aufhebung der Verfügung der Vorinstanz sowie seine vorläufige Aufnahme beantragen. Ferner ersucht er um Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung sowie um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege.

Der Beschwerdeführer bestreitet die Feststellung der Vorinstanz, wonach es keine Hinweise darauf gebe, dass den chinesischen Behörden seine Identität bekannt sei. Zwei Tage nach seiner Verurteilung habe sich die Botschaft der Volksrepublik China beim Bezirksgericht [...] nach den verurteilten Personen erkundigt und sei auf den diplomatischen Weg verwiesen worden. Es sei deshalb davon auszugehen, dass die chinesischen Behörden die Personalien eruiert hätten.

Der Beschwerdeführer werde wohl spätestens bei seiner Einreise nach China in staatlichen Gewahrsam genommen werden. Es bestehe dann im Sinne eines "real risk" die Gefahr, in der Haft einer Behandlung ausgesetzt zu sein, welche das Verbot der Folter und das Recht auf ein faires Verfahren verletzen würde.

Der Beschwerde beigelegt waren folgende Dokumente:

- Urteil des Bezirksgerichts [...] vom 6. Juli 2005
- Schreiben der Botschaft der Volksrepublik China vom 8. Juli 2005 an das Bezirksgericht [...]
- 4 Berichte von Amnesty International zur Menschenrechtslage in China

N.
Mit Zwischenverfügung vom 25. Januar 2008 gab das BVGer dem Antrag auf Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung statt bzw. ersuchte das AfM darum, von Vollzugsmassnahmen einstweilen abzusehen.

Mit Zwischenverfügung vom 17. März 2008 wurde das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege gutgeheissen und der Rechtsvertreter als amtlicher Anwalt eingesetzt.

O.
Mit Vernehmlassung vom 14. April 2008 beantragt die Vorinstanz die Abweisung der Beschwerde.

P.
Am 19. Mai 2008 äusserte sich der Beschwerdeführer zur Vernehmlassung der Vorinstanz.

Q.
Mit Verfügung vom 8. April 2010 wurde der Beschwerdeführer eingeladen, sich zum Ergebnis der vom Gericht getätigten Abklärungen im Zusammenhang mit den geltend gemachten Vollzugshindernissen zu äussern, den Sachverhalt zu aktualisieren sowie allfällige Schlussbemerkungen anzubringen. Zudem wurde er darauf aufmerksam gemacht, dass die von ihm geltend gemachten Vollzugshindernisse auch Gegenstand eines Asylverfahrens sein könnten. Mit Eingabe vom 20. Mai 2010 nimmt der Beschwerdeführer zu den vom Gericht getätigten Abklärungen Stellung, aktualisiert den Sachverhalt und bekräftigt die mit Beschwerde vom 17. Januar 2008 gestellten Anträge. Seinem Schreiben beigelegt waren vier Berichte von Amnesty International, welche die Situation von Menschenrechtsaktivisten und deren Verteidiger betreffen.

R.
Neben den Vorakten zog das BVGer die den Beschwerdeführer betreffenden Akten des Kantons Luzern sowie diejenigen des Beschwerdeverfahrens C-3335/2007 (vgl. Bst. G) bei.

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:

1.

1.1 Gemäss Art. 31 des Verwaltungsgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (VGG, SR 173.32) beurteilt das BVGer unter Vorbehalt der in Art. 32 VGG genannten Ausnahmen Beschwerden gegen Verfügungen nach Art. 5 des Bundesgesetzes vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren (VwVG, SR 172.021), welche von einer in Art. 33 VGG aufgeführten Behörde erlassen wurden. Darunter fallen die Verfügungen des BFM betreffend Ausdehnung der kantonalen Wegweisungsverfügung bzw. vorläufige Aufnahme. Das BVGer entscheidet in diesen Bereichen endgültig (Art. 83 Bst. c Ziff. 3 und 4 des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 [BGG, SR 173.110]).

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

2.

2.1 Mit Inkrafttreten des Bundesgesetzes vom 16. Dezember 2005 über die Ausländerinnen und Ausländer (AuG, SR 142.20) am 1. Januar 2008 wurde das Bundesgesetz vom 26. März 1931 über Aufenthalt und Niederlassung der Ausländer (ANAG, BS 1 121) aufgehoben (Art. 125 AuG i.V.m. Ziffer I Anhang 2 AuG). Das bisherige Recht bleibt jedoch auf Verfahren anwendbar, die – wie das vorliegende – vor dem Inkrafttreten des AuG eingeleitet wurden (Art. 126 Abs. 1 AuG; vgl. dazu BVGE 2008/1 E. 2.3).

2.2 Gemäss den Übergangsbestimmungen von Art. 126 Abs. 2 AuG ist auf Gesuche, welche vor Inkrafttreten des AuG am 1. Januar 2008 eingereicht wurden, das neue Verfahrensrecht anwendbar. Sofern das Verwaltungsgerichtsgesetz nichts anderes bestimmt, richtet sich das Verfahren vor dem BVGer nach dem Verwaltungsverfahrensgesetz (Art. 37 VGG).

3.

Mit Beschwerde an das BVGer kann die Verletzung von Bundesrecht einschliesslich Überschreitung oder Missbrauch des Ermessens, die unrichtige oder unvollständige Feststellung des rechtserheblichen Sachverhaltes sowie, wenn nicht eine kantonale Behörde als

Beschwerdeinstanz verfügt hat, die Unangemessenheit gerügt werden (Art. 49 VwVG). Das BVGer 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 Sach- und Rechtslage zum Zeitpunkt seines Entscheides (vgl. E. 1.2 des in BGE 129 II 215 teilweise publizierten Urteils 2A.451/2002 vom 28. März 2003).

4.

4.1 Gemäss Artikel 1a ANAG ist eine ausländische Person dann zur Anwesenheit in der Schweiz berechtigt, wenn sie über eine Aufenthalts- oder Niederlassungsbewilligung verfügt oder nach dem Gesetz keiner solchen bedarf (zum Letzteren vgl. Art. 2 ANAG und Art. 1 der Vollziehungsverordnung vom 1. März 1949 zum Bundesgesetz über Aufenthalt und Niederlassung der Ausländer [ANAV, AS 1949 228]). Besitzt sie keine Bewilligung und kann sie sich auch nicht auf ein gesetzliches Bleiberecht berufen, so ist ihr Aufenthalt illegal und sie kann jederzeit zur Ausreise aus der Schweiz verhalten werden (vgl. Art. 12 Abs. 1 ANAG, ferner den Tatbestand des illegalen Aufenthaltes im Sinne von Art. 23 Abs. 1 ANAG sowie: NICOLAS WISARD, Les renvois et leur exécution en droit des étrangers et en droit d'asile, Basel/ Frankfurt a.M. 1997, S. 102).

4.2 Abgesehen von der Konstellation, dass von vornherein kein Aufenthaltsrecht besteht, ist eine ausländische Person u.a. auch dann zur Ausreise verpflichtet, wenn ihr eine Bewilligung oder die Verlängerung einer solchen verweigert wurde (Art. 12 Abs. 3 Satz 1 ANAG). Die Behörde bestimmt in diesem Fall die Ausreisefrist. Ist die Behörde eine kantonale, so hat die ausländische Person aus dem Kanton, ist die Behörde eine eidgenössische, so hat die Person aus der Schweiz auszureisen (Art. 12 Abs. 3 Satz 2 und 3 ANAG). Ein Entschliessungsermessen steht der Behörde dabei nicht zu (vgl. dazu WISARD, a.a.O., S. 130).

4.3 Vor diesem Hintergrund ist die Wegweisung kein Eingriff in ein irgendwie geartetes Anwesenheitsrecht, sondern eine exekutorische Massnahme zur Beseitigung eines rechtswidrigen Zustandes (vgl. ANDREAS ZÜND, Beendigung der Anwesenheit, Entfernung und Fernhaltung, in: Uebersax/Münch/Geiser/Arnold [Hrsg.], Ausländerrecht, Handbücher für die Anwaltspraxis Bd. VIII, 1. Aufl., Basel 2002 [zitiert:

Handbuch Ausländerrecht 2002], Rz. 6.53 mit Hinweisen) und zugleich dessen logische und nicht in Frage zu stellende Konsequenz. Die Wegweisung kann in dieser Konstellation namentlich nicht dadurch in Frage gestellt werden, dass die Ausreisepflicht thematisiert wird, beispielsweise durch Berufung auf ein überwiegendes privates Interesse am weiteren Verbleib in der Schweiz. Derartige Vorbringen sind im kantonalen Bewilligungsverfahren oder – nach Verweigerung der Bewilligung – in dem dafür vorgesehenen Rechtsmittelverfahren geltend zu machen (vgl. Urteil des BVGer C-3083/2008 vom 9. September 2008 E. 4.2 mit Hinweisen). Dies gilt auch für die ebenfalls exekutorisch wirkende Ausdehnungsverfügung, nicht zuletzt weil die sachliche Zuständigkeit für die Legalisierung des Aufenthaltes bei den Kantonen liegt (Art. 18 ANAG). Vorbehalten bleiben Vollzugshindernisse im Sinne von Art. 14a ANAG (vgl. E. 5 ff.). In diesem Zusammenhang ist auch die Regelung von Art. 17 Abs. 2 ANAV zu verstehen, wonach von einer Ausdehnung abgesehen werden kann, wenn der ausländischen Person die Möglichkeit gegeben werden soll, in einem Drittkanton um eine Bewilligung nachzusuchen. Praxisgemäss wird dieser Artikel in dem Sinne ausgelegt, dass von einer Ausdehnung Abstand genommen wird, wenn in einem Drittkanton ein Bewilligungsverfahren hängig ist, und dieser Drittkanton der ausländischen Person den Aufenthalt während des Verfahrens gestattet.

Da das den Beschwerdeführer betreffende kantonale Aufenthalts- und Wegweisungsverfahren rechtskräftig abgeschlossen wurde und aus den Akten nicht hervorgeht, dass in einem Drittkanton ein Aufenthaltsgesuch gestellt worden wäre, ist die vorliegende Ausdehnungsverfügung grundsätzlich zu Recht ergangen.

5.

Demzufolge bleibt zu prüfen, ob Hinderungsgründe für den Vollzug der Wegweisung anzunehmen sind (Art. 14a Abs. 2 - 4 ANAG) und das zuständige Bundesamt deshalb gestützt auf Art. 14a Abs. 1 ANAG – im Sinne des kantonalen Antrages (vgl. Bst. F) – 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 (BBl 1990 647; vgl. Urteil des BVGer C-662/2006 vom 5. Februar 2009 E. 5 mit Hinweisen; WALTER KÄLIN, Grundriss des Asylverfahrens, Basel/Frankfurt a.M. 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 EMRK 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 (Beschwerdebeilage 3). Der Beschwerdeführer müsse deshalb damit rechnen, beim Betreten Chinas in staatlichen Gewahrsam genommen zu werden (Beschwerdeschrift Ziffern 4 und 5). 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 verletzt 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 (Beschwerdeschrift Ziffern 6 und 7).

Als Beweismittel reichte der Beschwerdeführer den Jahresbericht 2007 von Amnesty International zu China sowie Unterlagen zu Urgent Actions, ebenfalls von Amnesty International, im Zusammenhang mit Fällen von Folter und Misshandlungen von Uiguren und Falun Gong-Anhängern ein.

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, Abl. 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 AuG 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 Einführung des freien Personenverkehrs, VEP, AS 2002 1748).

Die Ausweisung gemäss Art. 10 ANAG, für welche die Kantone zuständig waren (vgl. Art. 16 Abs. 1 ANAV), 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 ausge-

dehnt (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, Kurzkommentar, 2. Aufl., Zürich 1997, N. 1 f. zu Art. 55 StGB). Im Unterschied zu den ausländerrechtlichen Verfahren war die Frage des Aufenthaltsstatus im Verfahren betreffend Landesverweisung nicht Streitgegenstand; es handelte sich um eine Ausreiseverpflichtung und Fernhaltemassnahme.

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]). 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: Uebersax/Rudin/Hugi Yar/Geiser [Hrsg.], Ausländerrecht, Handbücher für die Anwaltspraxis Bd. VIII, 2. Aufl., Basel 2009 [zitiert: 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. Sacherlasse 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 a. M. 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 Aus- bzw. Wegweisung, der Landesverweisung sowie der Auslieferung steht bzw. 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, Art. 3 Ziff. 2 Europäisches Auslieferungsübereinkommen; BREITENMOSER, Handbuch Ausländerrecht 2009, Rz. 23.100, 23.127 ff., MARIO VENA, Parallele Asyl- und Auslieferungsverfahren, in: Asyl 2/2007, 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 (vgl. E. 4.3), 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: Handbuch Ausländerrecht 2009, Rz. 8.61). Für die Anordnung des Vollzugs ist

grundsätzlich diejenige Behörde zuständig, die den Sachentscheid gefällt hat (Art. 39 VwVG; dazu allgemein: TOBIAS JAAG in: Waldmann/ Weissenberger, Praxiskommentar zum VwVG, Zürich 2009, Art. 39 N 7, THOMAS GÄCHTER/PHILIPP EGLI in: Auer/Müller/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: Caroni/Gächter/Thurnherr [Hrsg.], Stämpflis 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: Handbuch Ausländerrecht 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 bzw. die vorläufige Aufnahme anzuordnen (WISARD, a.a.O., S. 351). Zuständig für die Beurteilung, ob Vollzugshindernisse gemäss Art. 14a ANAG bzw. 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, Act. 33 der kantonalen Akten). Kommt die kantonale Behörde demgegenüber zum Schluss, es lägen keine Vollzugshindernisse vor, ordnet sie die Wegweisung bzw. deren Vollzug in verbindlicher Weise an.

Aus der gesetzlichen Regelung von Art. 14a ANAG bzw. 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 bzw. 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 Urteile 2A.51/2006 vom 8. Mai 2006 E. 2.2 und 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., Urteile 2C_488/2007 vom 6. Februar 2008 E. 3.2.4 und 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. beispielsweise betreffend Ausdehnung der kantonalen Wegweisungsverfügung die Urteile C-3193/2008 vom 30. Dezember 2008 S. 9 f., C-6881/2007 vom 22. Dezember 2008 E. 4.4, C-644/2006 vom 26. Februar 2008 E. 7 und C-614/2006 vom 29. November 2007 E. 5.2.2, betreffend Verweigerung der vorläufigen Auf-

nahme die Urteile C-2642/2007 vom 19. Dezember 2007 E. 3 und C-2019/2007 vom 18. Dezember 2007 E. 3 oder betreffend Verweigerung der Zustimmung sowie Wegweisung die Urteile C-539/2006 vom 20. Dezember 2007 E. 7.3, C-396/2006 vom 9. Juli 2007 E. 7.3, 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. beispielsweise: Urteile des Rekursgerichts im Ausländerrecht veröffentlicht in: Aargauische Gerichts- und Verwaltungsentscheide [AGVE] 2007 Nr. 98 S. 343 ff. E. 7, 2005 Nr. 106 S. 464 ff. E. 5, den Beschluss des Regierungsrats des Kantons Appenzell-Ausserrhoden vom 1. Dezember 1992 veröffentlicht in: Ausserrhodische Gerichts- und Verwaltungspraxis [ARGVP] 1992 S. 40 ff. E. 5 sowie den Entscheid des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 31. Oktober 1995 [VGE 19391] veröffentlicht in der Bernischen Verwaltungsrechtsprechung [BVR] 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 Kompetenzen 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 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 Erwägung 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 des Bundesrates vom 24. April 1990 (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 Erwägung 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, d.h. 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 Verfahren als dem 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. Fussnote 761) bzw. 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 ausdrück-

lich, 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: Ehrenzeller/Schweizer/Mastronardi/Vallender [Hrsg], Die schweizerische Bundesverfassung, Kommentar, 2. Aufl., Zürich 2008, [zitiert: BREITENMOSER, 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 (FoK, 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, 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, Bern/Frankfurt a.M. 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 anordnen, 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 bzw. 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.

15.
Im Folgenden ist somit zu prüfen, ob der Vollzug der Wegweisung zulässig, zumutbar und möglich ist, oder ob der Beschwerdeführer allenfalls vorläufig aufzunehmen ist (vgl. E. 5).

16.
16.1 Droht einer Person im Falle des Vollzugs der Weg- oder Ausweisung Folter, so darf sie nicht aus der Schweiz ausgeschafft werden (vgl. Art. 25 Abs. 3 BV und Art. 3 FoK). Im Folgenden ist zu beurteilen, wie es sich im vorliegenden Fall damit verhält.

16.2 Gemäss Art. 3 EMRK darf niemand der Folter oder unmenschlicher oder erniedrigender Strafe oder Behandlung unterworfen werden. Diese Bestimmung schützt eines der wichtigsten Rechtsgüter der demokratischen Gesellschaft und gilt daher – im Gegensatz zu anderen Rechten der EMRK – uneingeschränkt und uneinschränkbar (vgl. Meyer-Ladewig, a.a.O., Ziff. 1 zu Art. 3 mit Hinweis, Stephan Breitenmoser/Doris Riemer/Claudia Seitz, Praxis des Europarechts, Grundrechtsschutz, Zürich 2006, S. 34). In seiner reichhaltigen Recht-

sprechung zu Art. 3 EMRK hat der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) festgehalten, dass der Vollzug der Wegweisung gegen Art. 3 EMRK verstösst, wenn für die betroffene Person im Zielstaat die ernsthafte Gefahr ("real risk") einer dieser Bestimmung widersprechenden Behandlung besteht (vgl. statt vieler: EGMR, *Saadi gegen Italien*, Nr. 37201/06, Urteil vom 28. Februar 2008, Ziff. 125; MEYER-LADEWIG, a.a.O., Ziff. 19 zu Art. 3 mit Hinweisen). Dabei genügt es nicht, dass eine allgemeine Gefahr dargetan wird, vielmehr muss diese sich gerade auf die betroffene Person beziehen (vgl. statt vieler: EGMR, *NA. gegen Grossbritannien*, Nr. 25904/07, Urteil vom 17. Juli 2008, Ziff. 113; MEYER-LADEWIG, a.a.O., Ziff. 21 zu Art. 3 mit Hinweisen). Es muss glaubhaft sein, dass gerade die betroffene Person einer Art. 3 EMRK widersprechenden Behandlung ausgesetzt sein würde. Dabei wird auf die allgemeine Situation und die Erfahrungen im Zielland abgestellt, wobei allein der Umstand, dass im Zielstaat ernsthafte Menschenrechtsverletzungen ("serious human rights violations") stattfinden, im allgemeinen nicht genügt, um ein "real risk" für eine Person anzunehmen (vgl. EGMR, *E.N. gegen Schweden*, Nr. 15009/09, Zulassungsentscheid vom 8. Dezember 2009, Ziff. 28; EGMR, *I.N. gegen Schweden*, Nr. 1334/09, Zulassungsentscheid vom 15. September 2009, Ziff. 29; EGMR, *S.M. gegen Schweden*, Nr. 47683/08 Zulassungsentscheid vom 10. Februar 2009, Ziff. 30; OLIVER THURIN, Der Schutz des Fremden vor rechtswidriger Abschiebung – Das Prinzip des Non-Refoulement nach Artikel 3 EMRK, Wien/New York 2009, S. 179 f.). Vielmehr müssen spezifische Gründe dargelegt werden, welche die Gefahr für den Betroffenen, einer Art. 3 EMRK widersprechenden Behandlung ausgesetzt zu werden, als real erscheinen lassen (THURIN, a.a.O., S. 170; BGE 130 II 217 E. 8.1 S. 227 [Auslieferung]). Die befürchtete Misshandlung muss zudem einen bestimmten Grad der Schwere aufweisen, damit sie unter das Verbot von Art. 3 EMRK fällt (vgl. die bereits erwähnten Urteile des EGMR, *NA. gegen Grossbritannien*, Nr. 25904/07, Urteil vom 17. Juli 2008, Ziff. 110 und *Saadi gegen Italien*, Nr. 37201/06, Urteil vom 28. Februar 2008, Ziff. 134 sowie *Vilvarajah und andere gegen Grossbritannien*, Nr. 13163/87 etc., Urteil vom 30. Oktober 1991, Ziff. 107; BREITENMOSER/RIEMER/SEITZ, a.a.O., S. 34 mit Hinweisen).

16.3 In Bezug auf China ergibt sich aus den verfügbaren Berichten folgendes Bild:

Das UNO Komitee gegen Folter (Committee against Torture, CAT) zeigt sich in seinem Abschlussbericht vom 21. November 2008 (CAT/C/CHN/CO/4, im Internet unter www2.ohchr.org > Human Rights by Country > China > Committee Against Torture > Concluding Observations [2008] – China, besucht im September 2010) besorgt über die zahlreichen Berichte betreffend routinemässiger Anwendung von Folter bei Verdächtigten in Polizeigewahrsam. Verhaftete würden, trotz Bemühungen zu Unterbindung solcher Methoden, nach wie vor häufig gefoltert oder misshandelt, um Geständnisse oder andere Informationen herauszupressen. Ferner kritisiert das CAT, dass Verhaftete bis zu 37 Tage, in einigen Fällen sogar noch länger, in Gewahrsam genommen würden, ohne einem Richter vorgeführt zu werden, dass über die Dauer der Inhaftierungen keine Akten geführt würden und dass den Verhafteten nur zurückhaltend Zugang zu Anwälten oder Ärzten gewährt werde. Zudem würden sie nicht über ihre Rechte aufgeklärt.

Der Bericht geht im Weiteren davon aus, dass besonders Mitglieder ethnischer oder religiöser Minderheiten (z.B. Tibeter, Uiguren, Falun Gong-Anhänger), Menschenrechtsaktivisten und deren Anwälte sowie Mitglieder der Demokratiebewegung von staatlicher Seite schikaniert werden und der Gewalt ausgesetzt sind.

Die Menschenrechtsorganisation Amnesty International kommt in ihrem Jahresbericht 2010 im Wesentlichen zum gleichen Schluss (Quelle: www.amnesty.de > Informieren > Länderberichte > Asien und Pazifik > China > Amnesty Report 2010, besucht im September 2010), ebenso das US-Aussenministerium in seinem Menschenrechtsbericht 2009 zu China (inkl. Tibet, Hongkong und Macao) vom 11. März 2010 (Quelle: www.state.gov > Democracy and Global Affairs > Human Rights > Country Reports > 2009 > East Asia and the Pacific > China includes Tibet, besucht im September 2010).

16.4 Diese Angaben stimmen mit den Erkenntnissen des BVGer überein. Zwar droht Mitgliedern von Risikogruppen, die nach einer illegalen Ausreise aus China im Ausland um Asyl nachgesucht haben und nach China zurückkehren, zwischen drei und fünf Monaten Haft, in deren Verlauf auch Misshandlungen nicht ausgeschlossen sind. Allerdings gibt es keine Hinweise darauf, dass Mitglieder von Risikogruppen aus westlichen Ländern tatsächlich nach China zurückgeschafft wurden, so dass keine Informationen über das konkrete

Vorgehen chinesischer Behörden vorhanden sind (vgl. BVGE 2009/29 E. 6 zur Situation von Risikogruppen [insbes. Tibeter]). Was jedoch die Rückschaffung von Han-Chinesen anbelangt, die illegal aus China ausgereist sind, ist davon auszugehen, dass diese weniger hart angefasst werden als Mitglieder der erwähnten Risikogruppen, da sie als Wirtschaftsmigranten angesehen werden.

16.5 Der Beschwerdeführer weist keines der erwähnten Risikomerkmale auf. So gehört er weder einer der Risikogruppen an, noch ist er illegal aus China ausgereist. Zudem ist sein Tatbeitrag zu dem in der Schweiz verübten Tötungsdelikt erstellt, so dass es keinen Grund gibt, ihn mittels Folter zu einem Geständnis zu bewegen. Der Einwand des Beschwerdeführers, die chinesischen Behörden würden nachprüfen wollen, ob er nicht doch noch für das Tötungsdelikt verantwortlich gemacht werden könne, ist nicht stichhaltig, da (zumindest) einer der drei anderen an der Tat Beteiligten als direkt Verantwortlicher verurteilt worden ist.

17.

17.1 Art. 2 EMRK (Recht auf Leben) in Verbindung mit den Protokollen Nr. 6 vom 28. April 1983 zur Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten über die Abschaffung der Todesstrafe (SR 0.101.06) und Nr. 13 vom 3. Mai 2002 zur Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten über die vollständige Abschaffung der Todesstrafe (SR 0.101.093) verbietet die Verhängung und den Vollzug der Todesstrafe und damit auch den Vollzug der Wegweisung in einen Staat, wo dem Betroffenen die Todesstrafe droht (vgl. auch Art. 10 Abs. 1 BV und Art. 25 Abs. 3 BV; BGE 130 II 217 E. 8.8 S. 233 [Auslieferung]; Urteile des BGer 1A.166/2004 vom 28. September 2004 E. 5.1 und 1A.217/2002 vom 18. November 2002 E. 6.1). Damit der Vollzug einer Wegweisung diesen Protokollen widerspricht, muss der Betroffene glaubhaft machen, durch den Vollzug einer ernsthaften Gefahr, einem wirklichen Risiko, zum Tod verurteilt zu werden, ausgesetzt zu sein (vgl. MEYER-LADEWIG, a.a.O., Rz. 3a zu Art. 1 des Protokolls Nr. 6 mit Hinweisen; EGMR, *Kaboulov gegen Ukraine*, Nr. 41015/04, Urteil vom 19. November 2009, Ziff. 99; BGE 130 II 217 E. 8.1 S. 227 [Auslieferung]).

17.2 In China ist die Todesstrafe für zahlreiche Delikte vorgesehen. Gemäss dem Jahresbericht 2010 von Amnesty International (vgl. E. 16.3) wird die Todesstrafe in China in grossem Massstab angewen-

det, auch bei Straftaten ohne Gewaltanwendung. Die Anzahl der Todesurteile und Exekutionen wird als Staatsgeheimnis behandelt, weshalb es keine genauen Zahlen gibt. Die Menschenrechtsorganisation Human Rights Watch berichtet, die Anzahl der Exekutionen werde auf 3'000 bis 10'000 geschätzt. Amnesty International kritisiert, dass weiterhin Todesurteile in unfairen Gerichtsverfahren ergehen. Zwar bestünden Mechanismen, welche die Überprüfung erstinstanzlicher Todesurteile sicherstellen sollen; erfolgreiche Berufungsverfahren oder gar Neuverhandlungen sind gemäss Amnesty International jedoch selten (vgl. Amnesty International: "Wenn der Staat tötet, Todesstrafe in China", Stand 2. April 2010, im Internet unter www.amnesty-todesstrafe.de > Infos > Todesstrafe in China; Human Rights Watch: Country Summary China vom Januar 2010, im Internet unter www.hrw.org > Publications > World Report 2010 > Country Chapters > China. Beide Seiten besucht im September 2010). Am 30. Mai 2010 wurden zwei neue Verordnungen bekannt gegeben, wonach zukünftig auf illegalem Weg – beispielsweise durch Folter – erlangte Beweise in Gerichtsverfahren nicht verwendet werden dürften. Dies gelte insbesondere bei unter Folter erlangten Geständnissen in Verfahren, die zur Todesstrafe führen könnten (vgl. Nachrichtenagentur Bloomberg: "China Issues Rules on Using Evidence in Death-Penalty Cases", Meldung vom 30. Mai 2010, im Internet unter www.bloomberg.com > News > Law [Stichwortsuche: China death penalty]; Frankfurter Allgemeine Zeitung online vom 3. Juni 2010: "Chinas Lehren aus Fehlurteilen", im Internet unter www.faz.net > F.A.Z.-Archiv. Beide Webseiten besucht im September 2010).

17.3 Aufgrund des Sachverhaltes, wie er sich aus dem Strafurteil vom 6. Juli 2005 ergibt, könnten am ehesten Art. 263, Art. 238 oder Art. 232 des Strafgesetzes der Volksrepublik China vom 1. Oktober 1997 (chin. StGB; eine englische Übersetzung findet sich im Internet unter www.refworld.org > Regions: Asia > China > Legal Information [Filter: criminal law], besucht im September 2010) zur Anwendung kommen.

Art. 263 chin. StGB befasst sich mit Raub ("robbery"). Die Strafandrohung für (einfachen) Raub beläuft sich auf Gefängnis zwischen drei und zehn Jahren sowie Busse, diejenige für (einfache) Freiheitsberaubung, wie sie in Art. 238 chin. StGB beschrieben ist, auf maximal drei Jahre Gefängnis, Gewahrsam, Überwachung oder Entzug der politischen Rechte. Die Tatsache, dass ein Mensch getötet wurde, was

bei den beiden erwähnten Straftatbeständen grundsätzlich zu einer Strafverschärfung – und damit unter Umständen zur Todesstrafe – führt, ist aufgrund der Tatsache, dass sie im Stadium des Versuchs blieben, nicht unter diesen Aspekten, sondern gesondert zu betrachten. Strafmildernd kann sich gemäss Art. 23 chin. StGB zudem auswirken, dass die Delikte nicht vollendet wurden.

Was die Tötung eines Menschen anbelangt, so sieht Art. 232 chin. StGB vor, dass vorsätzliche Tötung ("whoever intentionally kills another") mit dem Tode, lebenslanger Haft oder mindestens zehn Jahren Gefängnis bestraft wird; nur in leichten Fällen ist eine Gefängnisstrafe zwischen drei und zehn Jahren vorgesehen. Würde entgegen den Feststellungen im Strafurteil vom 6. Juli 2005 von einer direkten Beteiligung des Beschwerdeführers an der Tötung des Restaurantbesitzers ausgegangen, wäre es trotzdem höchst unwahrscheinlich, dass er als hauptverantwortlicher Täter angesehen würde, da mindestens einer der anderen Beteiligten als solcher verurteilt wurde. Vielmehr wird bei einer gemeinschaftlich begangenen Straftat ("joint crime", Art. 25 chin. StGB) nach den Tatbeiträgen unterschieden (Art. 26 und Art. 27 chin. StGB). Der Beschwerdeführer könnte demnach allenfalls als Komplize ("accomplice") angesehen werden, der gemäss Art. 27 chin. StGB zu einer weniger schweren Strafe ("lighter punishment") verurteilt werden bzw. dessen Strafe geringer ("mitigated punishment") ausfallen soll. Es kann auch ganz auf Strafe verzichtet werden ("be exempted from punishment").

17.4 Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass der Beschwerdeführer, sollte gegen ihn nach seiner Rückkehr nach China wegen der Delikte, für die er verurteilt wurde bzw. das Tötungsdelikt selbst ein Strafverfahren durchgeführt werden, nicht dem "real risk" einer Verurteilung zum Tode ausgesetzt wäre.

18.

18.1 Es stellt sich in der Folge die Frage, ob der Beschwerdeführer nach seiner Rückkehr nach China damit rechnen müsste, für die Straftatbestände, für die er bereits in der Schweiz verurteilt wurde, oder das Tötungsdelikt selbst, für das er in der Schweiz weder angeklagt noch verurteilt wurde, belangt zu werden.

18.2 Es ist davon auszugehen, dass die chinesischen Behörden sowohl die Aus- als auch die Einreise genau kontrollieren, insbesondere auch die ihrer eigenen Staatsangehörigen (vgl. Art. 3 des Geset-

zes der Volksrepublik China vom 1. Februar 1986 über die Kontrolle der Aus- und Einreise von Bürgern; eine englische Übersetzung findet sich im Internet unter www.refworld.org > Browse by topics > Select a Topic: By category > National law > entry/exit [Filter: China], besucht im September 2010). Somit wird der weit über die ursprünglich geplante Dauer ausgedehnte Auslandaufenthalt bei der Einreise mit einiger Wahrscheinlichkeit auffallen und zu Fragen Anlass geben. Zudem ist aufgrund der Akten davon auszugehen, dass den chinesischen Behörden bekannt ist, dass der Beschwerdeführer in der Schweiz strafrechtlich belangt worden ist und auch wofür. So reichte der Beschwerdeführer die Kopie eines Schreibens der chinesischen Botschaft in der Schweiz vom 8. Juli 2005 zu den Akten, mit dem Erkundigungen nach den vier verurteilten chinesischen Staatsbürgern eingeholt wurden. Zudem wurde die chinesische Vertretung bereits kurz nach der Verübung der Tat über die Inhaftierung des Cousins des Beschwerdeführers informiert, der ebenfalls an der Tat beteiligt, zum Tatzeitpunkt aber noch minderjährig war. Dieser erhielt zudem mindestens einmal Besuch von Botschaftsangehörigen. Es ist daher wahrscheinlich, dass bei diesem Besuch auch die Namen der anderen an der Tat beteiligten Chinesen zur Sprache kamen. Überdies beantragte das BFM am 15. Juni 2007 beim chinesischen Generalkonsulat ein Passersatzdokument für die Rückkehr des Beschwerdeführers nach China. Darin wird auch erwähnt, dass dieser sich im Strafvollzug befinde. Es ist somit – entgegen der Auffassung der Vorinstanz – davon auszugehen, dass die Identität des Beschwerdeführers den chinesischen Behörden bekannt ist. Dies ist bei der Beurteilung, ob der Vollzug der Wegweisung unzulässig ist, zu berücksichtigen.

18.3 Was die Durchführung eines Strafverfahrens in China für die in im Strafurteil erwähnten Straftatbestände anbelangt, so ist dies aufgrund der chinesischen Gesetzgebung grundsätzlich möglich: Gemäss Art. 10 chin. StGB kann gegen eine Person, die im Ausland eine nach diesem Gesetz strafbare Handlung begangen hat (vgl. auch Art. 7 chin. StGB), in China erneut ein Verfahren eröffnet werden, selbst wenn im Ausland bereits eines stattgefunden hat. Wurde die Person im Ausland bereits bestraft, so kann in China von einer Strafe ganz abgesehen oder eine leichtere Strafe ausgesprochen werden. Gemäss einer Auskunft des britischen "Foreign and Commonwealth Office" vom 15. Juli 2005 gibt es zwar offenbar keine Regelung, in welchen Fällen und unter welchen Umständen ein solches Verfahren eingeleitet wird. Es sei jedoch naheliegend, dass die chinesischen Behörden dann ein

Strafverfahren einleiten würden, wenn die Tat in China viel Aufmerksamkeit erhalten habe, wenn das oder die Opfer über gute Verbindungen in China verfügen würden, wenn die Straftat einen politischen Aspekt aufweise oder wenn die Behörden ein Exempel statuieren wollten. Die Tatsache, dass das Strafgesetzbuch Ausnahmen von der Doppelbestrafung bei im Ausland begangenen Straftaten vorsehe, lasse den Schluss zu, dass die chinesischen Behörden bei gewöhnlichen Straftaten ("ordinary criminal offences") nicht tätig würden (vgl. UK Border Agency [Home Office], Country of Origin Information Report China vom 8. Januar 2010, Rand-Nr. 10.15, im Internet unter www.ecoi.net > Länderseite China, besucht im September 2010).

Es ist weder ersichtlich, dass die in der Schweiz begangene Straftat oder der Strafprozess in China grosse Aufmerksamkeit erhalten hätte, noch ist von engen Verbindungen des Opfers, das vietnamesischer Staatsangehöriger war, nach China auszugehen. Eine politische Dimension ist ebenso wenig erkennbar, wie ein Grund, aus dem die Chinesen an diesem Fall ein Exempel statuieren könnten; insbesondere gehört der Beschwerdeführer keiner Risikogruppe an (vgl. E. 16.5). Es ist somit kaum davon auszugehen, dass gegen ihn nach seiner Rückkehr nach China ein Strafverfahren wegen der Beteiligung an dem in der Schweiz begangenen Tötungsdelikt eingeleitet würde. Unwahrscheinlich erscheint auch, dass die chinesischen Behörden versuchen könnten, ihn – entgegen den Feststellungen im Strafurteil – für die Tötung selbst (mit-)verantwortlich zu machen und entsprechend zu verurteilen.

18.4 Ferner macht der Beschwerdeführer geltend, dass das von ihm befürchtete Verfahren in China unfair verlaufen werde und deshalb Art. 6 EMRK verletzen würde. In diesem Zusammenhang stellt sich die Frage, ob Art. 6 EMRK sich nur auf Verfahren bezieht, die in einem Konventionsstaat durchgeführt werden (vgl. MEYER-LADEWIG, a.a.O., Rz. 2 zu Art. 6), oder ob der Schutz auch ausserhalb der Konventionsstaaten indirekte Wirkung entfalten kann (vgl. FRANZ MATSCHER, Bemerkungen zur extraterritorialen oder indirekten Wirkung der EMRK, in: Festschrift für Stefan Trechsel zum 65. Geburtstag, Zürich 2002, S. 28, 35 mit Hinweisen). Soweit ersichtlich, hat der EGMR in seiner bisherigen Rechtsprechung zwar nicht ausgeschlossen, dass bei einer besonders schwerwiegenden Verletzung von Art. 6 EMRK in einem Drittland der ausliefernde Konventionsstaat zur Verantwortung gezogen werden könnte; er hat jedoch bisher in keinem Fall eine

solche Verletzung festgestellt (vgl. EGMR, *Soering gegen Grossbritannien*, Nr. 14038/88, Urteil vom 7. Juli 1989, Ziff. 113 sowie EGMR, *Einhorn gegen Frankreich*, Nr. 71555/01, Zulassungsentscheid vom 16. Oktober 2001, Ziff. 32 f. [beide betr. Auslieferung]; MEYER-LADEWIG, a.a.O., Rz. 60b zu Art. 6; MATSCHER, a.a.O., S. 35 f.). Angesichts der geringen Gefahr der Durchführung eines Verfahrens in China (vgl. E. 18.3), kann vorliegend jedoch eine vertiefte Auseinandersetzung unterbleiben.

18.5 Im Übrigen ist festzuhalten, dass das vom Beschwerdeführer angerufene Verbot der Doppelbestrafung (*ne bis in idem*) bei der vorliegenden Konstellation nicht zur Anwendung kommt. Dieser Grundsatz, der sich u.a. in Art. 4 des Protokolls Nr. 7 zur EMRK findet, wendet sich nicht generell gegen die Doppelbestrafung, sondern zielt lediglich auf eine doppelte Bestrafung im gleichen Land (vgl. MEYER-LADEWIG, a.a.O., Rz. 2 zu Art. 4 des Protokolls Nr. 7 mit Hinweisen; vgl. EGMR, *Amrollahi gegen Dänemark*, Nr. 56811/00, Zulassungsentscheid vom 28. Juni 2001).

19.
Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass der Beschwerdeführer bei seiner Rückkehr nach China von den Behörden zwar befragt werden könnte. Es erscheint jedoch unwahrscheinlich, dass ein Strafverfahren wegen der Beteiligung an dem in der Schweiz begangenen Tötungsdelikt eingeleitet würde. Aber selbst wenn gegen den Beschwerdeführer ein Strafverfahren im erwähnten Sinne durchgeführt würde, bestünde keine ernsthafte Gefahr ("real risk"), dass gerade er einer Art. 3 EMRK widersprechenden Behandlung ausgesetzt oder zum Tode verurteilt würde. Vor diesem Hintergrund erübrigt es sich auch, auf die Vorbringen des Beschwerdeführers im Zusammenhang mit einer möglichen Organentnahme nach einer Hinrichtung einzugehen.

Der Vollzug der Wegweisung verstösst somit nicht gegen die von der Schweiz eingegangenen völkerrechtlichen Verpflichtungen und ist damit zulässig.

20.
Umstände, die den Vollzug der Wegweisung als unmöglich im Sinne von Art. 14a Abs. 2 ANAG machen könnten, werden weder vom Beschwerdeführer geltend gemacht noch sind solche aus den Akten ersichtlich. Was die Zumutbarkeit des Wegweisungsvollzugs anbelangt

(Art. 14a Abs. 4 ANAG), so kann auf die zutreffenden Erwägungen in der angefochtenen Verfügung verwiesen werden.

21.
Insgesamt ergibt sich, dass die angefochtene Verfügung im Ergebnis nicht zu beanstanden ist. Die Beschwerde ist daher abzuweisen.

22.
Da dem Beschwerdeführer die unentgeltliche Rechtspflege samt Rechtsverbeiständung gewährt wurde, ist er davon befreit, für die entstandenen Verfahrenskosten aufzukommen. Aus demselben Grund sind die Kosten der Rechtsvertretung von der erkennenden Behörde zu übernehmen, und dem Rechtsbeistand ist gemäss Art. 9 ff. des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht (VGKE, SR 173.320.2) eine – in Ermangelung einer Kostennote durch das Gericht festzusetzende – Entschädigung von Fr. 2'500.- (inkl. MWST) auszurichten. Diesen Betrag hat der Beschwerdeführer dem Bundesverwaltungsgericht zurückzuerstatten, sollte er später zu hinreichenden Mitteln gelangen (Art. 65 Abs. 4 VwVG).

(Dispositiv S. 32)

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.
Die Beschwerde wird abgewiesen.

2.
Es werden keine Verfahrenskosten erhoben.

3.
Für seine anwaltschaftlichen Bemühungen wird Fürsprecher Urs Lienhard aus der Gerichtskasse eine Entschädigung von Fr. 2'500.- (inkl. MWST) ausgerichtet.

4.
Diesen Betrag hat der Beschwerdeführer dem Bundesverwaltungsgericht zurückzuerstatten, sollte er nachträglich zu hinreichenden Mitteln gelangen.

5.
Dieses Urteil geht an:

- den Beschwerdeführer (Einschreiben)
- die Vorinstanz (Akten Ref-Nr. [...] zurück)
- das Amt für Migration des Kantons Luzern (Einschreiben; Akten Ref-Nr. [...] zurück)

Die vorsitzende Richterin:	Die Gerichtsschreiberin:
Ruth Beutler	Barbara Kradolfer

Versand: