



---

Abteilung IV  
D-3928/2008  
{T 0/2}

## **Urteil vom 7. Juli 2008**

---

Besetzung

Richter Daniel Schmid (Vorsitz), Richter Kurt Gysi,  
Richterin Claudia Cotting-Schalch,  
Gerichtsschreiberin Milva Franceschi.

---

Parteien

A. \_\_\_\_\_, geboren (...),  
Algerien,  
vertreten durch lic. iur. Bernhard Zollinger, Rechtsanwalt,  
(...),  
Beschwerdeführer,

gegen

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

---

Gegenstand

Vollzug der Wegweisung (Wiedererwägung);  
Verfügung des BFM vom 14. Mai 2008 / (...).

**Sachverhalt:****A.**

Mit Verfügung vom 23. Juli 1998 stellte das BFM (vormals Bundesamt für Flüchtlinge; BFF) fest, dass der Beschwerdeführer die Flüchtlingseigenschaft nicht erfüllt, und lehnte das Asylgesuch vom 9. Dezember 1997 ab. Gleichzeitig verfügte es die Wegweisung des Beschwerdeführers aus der Schweiz.

**B.**

Mit Urteil vom 24. Oktober 2000 wies die damals zuständige Asylrekurskommission (ARK) die gegen die Verfügung der Vorinstanz vom 23. Juli 1998 erhobene Beschwerde vom 6. August 1998 ab. Die ARK kam dabei zum Schluss, dass der Beschwerdeführer keine Gründe im Sinne von Art. 3 des Asylgesetzes vom 26. Juni 1998 (AsylG, SR 142.31) nachweisen kann. Betreffend des Vollzuges verwies die ARK auf die vom [zuständiges Amt] am 18. Januar 2000 verfügte fünfjährige Landesverweisung. Aufgrund dessen verfüge das Bundesamt und die ARK über keine Entscheidungskompetenzen bezüglich der Wegweisung und des Vollzuges mehr.

**C.**

Am 11. März 2008 reichte der Beschwerdeführer bei der Vorinstanz ein Wiedererwägungsgesuch ein und machte im Wesentlichen geltend, dass er aufgrund seiner über vierjährigen Anwesenheit in der Schweiz unabhängig vom Status aus humanitären Gründen auf den Wegweisungsvollzug zu verzichten und eine vorläufige Aufnahme anzuordnen sei. Dies gelte auch aufgrund des Vater-Kind-Verhältnis gemäss Art. 10 und 18 Abs. 1 des Übereinkommens vom 20. November 1989 über die Rechte des Kindes (SR 0.107) und Art. 8 Ziff. 1 der Konvention vom 4. November 1950 zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK, SR 0.101).

**D.**

Mit Verfügung vom 14. Mai 2008 – eröffnet am 16. Mai 2008 – wies das BFM das Wiedererwägungsgesuch ab.

**E.**

Gegen diese Verfügung reichte der Beschwerdeführer am 12. Juni 2008 (Poststempel: 13. Juni 2008) Beschwerde ein und beantragt, die angefochtene Verfügung sei aufzuheben, der Wegweisungs-

vollzug sei nicht zu vollziehen und den Beschwerdeführer vorläufig in der Schweiz aufzunehmen. In prozessualer Hinsicht wird beantragt, es sei der Beschwerde die aufschiebende Wirkung zuzuerkennen respektive der Vollzug der Wegweisung sei auszusetzen.

**F.** Gestützt auf Art. 56 VwVG wurde die zuständige kantonale Behörde per Telefax vom 23. Juni 2008 angewiesen, einstweilen – mithin bis zum definitiven Entscheid über die Aussetzung des Vollzugs der Wegweisung – von Vollzugsmassnahmen abzusehen.

### **Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:**

#### **1.**

**1.1** Gemäss Art. 31 des Verwaltungsgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (VGG, SR 173.32) beurteilt das Bundesverwaltungsgericht Beschwerden gegen Verfügungen nach Art. 5 des Bundesgesetzes vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren (VwVG, SR 172.021). Das Bundesamt für Migration (BFM) gehört zu den Behörden nach Art. 33 VGG und ist daher eine Vorinstanz des Bundesverwaltungsgerichts. Eine das Sachgebiet betreffende Ausnahme im Sinne von Art. 32 VGG liegt nicht vor. Das Bundesverwaltungsgericht ist daher zuständig für die Beurteilung der vorliegenden Beschwerde und entscheidet in diesem Bereich endgültig (Art. 105 des Asylgesetzes vom 26. Juni 1998 [AsylG, SR 142.31]; Art. 83 Bst. d Ziff. 1 des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 [BGG, SR 173.110]).

**1.2** Die Beschwerde ist form- und fristgerecht eingereicht. Der Beschwerdeführer ist durch die angefochtene Verfügung berührt und hat ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung beziehungsweise Änderung. Der Beschwerdeführer ist daher zur Einreichung der Beschwerde legitimiert (Art. 6 AsylG i.V.m. Art. 48 Abs. 1 und 50 ff. VwVG). Auf die Beschwerde ist einzutreten.

**1.3** Gestützt auf Art. 111a Abs. 1 AsylG wurde vorliegend auf die Durchführung des Schriftenwechsels verzichtet.

#### **2.**

**2.1** Die Behörde prüft ihre Zuständigkeit von Amtes wegen (vgl. Art. 7 Abs. 1 VwVG). Verfügt eine unzuständige Instanz, ist regelmässig Anfechtbarkeit, ausnahmsweise Nichtigkeit die Folge. Letztere tritt dann

ein, wenn eine qualifiziert unzuständige Instanz entschieden hat (vgl. ALFRED KÖLZ/ISABELLE HÄNER, *Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes*, 2. Aufl., Zürich 1998, Rz. 231). Somit ist zunächst zu prüfen, ob das BFM zu Recht auf das Gesuch vom 11. März 2008 eingetreten ist und dieses materiell geprüft hat.

**2.2** Nach Art. 14 Abs. 1 AsylG kann ab Einreichung des Asylgesuches bis zur Ausreise nach einer rechtskräftig angeordneten Wegweisung eine asylsuchende Person kein Verfahren um Erteilung einer ausländerrechtlichen Aufenthaltsbewilligung einleiten, ausser es bestehe ein Anspruch auf deren Erteilung.

Ist ein *grundsätzlicher* Anspruch auf Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung gegeben, fällt die konkrete Beurteilung des geltend gemachten Anspruchs und damit der Entscheid über die Wegweisung in die Zuständigkeit der fremdenpolizeilichen respektive ausländerrechtlichen Behörden (vgl. Entscheidungen und Mitteilungen der Schweizerischen Asylrekurskommission [EMARK] 2001 Nr. 21 E. 8d S. 175). Hat die im ausländerrechtlichen Verfahren zuständige Behörde über das Gesuch um Erteilung entschieden und dabei das Bestehen eines Anspruchs verneint, haben sich die Asylbehörden bei der Prüfung der Zulässigkeit des Wegweisungsvollzugs nicht mehr mit Art. 8 EMRK zu befassen; die Zuständigkeit der Frage der Anordnung der Wegweisung hat mithin zu den fremdenpolizeilichen respektive ausländerrechtlichen Behörden gewechselt (vgl. EMARK 2001 Nr. 21 E. 11a S. 177 f.).

Einen Anspruch auf Erteilung und Verlängerung der Aufenthaltsbewilligung gestützt auf Bundesrecht haben namentlich ausländische Ehegatten und ledige Kinder unter 18 Jahren von Personen mit Niederlassungsbewilligung, wenn sie mit diesen zusammenwohnen [Art. 43 Abs. 1 des Bundesgesetzes vom 16. Dezember 2005 über die Ausländerinnen und Ausländer (AuG, SR 142.20)]. Ebenso anerkennt das Bundesgericht bei Ausländern, die nahe Verwandte (die sogenannte Kernfamilie) mit gefestigtem Anwesenheitsrecht in der Schweiz haben, einen völkerrechtlichen, aus Art. 8 EMRK (unter dem Aspekt des Rechts auf Familienleben) abgeleiteten Rechtsanspruch auf Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung (vgl. EMARK 2001 Nr. 21 E. 7c/bb S. 174 mit weiteren Hinweisen). Daraus folgt, dass der Beschwerdeführer als leiblicher Vater seines Schweizer Kindes *grundsätzlich* einen Anspruch auf Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung aus Art. 8 Abs. 1 EMRK hat.

Somit fällt die entsprechende Prüfungszuständigkeit gemäss dem oben Aufgeführten in die Hände der kantonalen Behörden.

**2.3** Das Amt C.\_\_\_\_\_ hat am 4. September 2007 ein vom Beschwerdeführer bereits am 19. März 2007 gestelltes Gesuch um Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung gestützt auf Art. 8 EMRK materiell abgewiesen. Das kantonale Amt hielt in seiner Verfügung fest, dass trotz des Kindes mit Schweizer Bürgerrecht die Verweigerung der Aufenthaltsbewilligung an den Beschwerdeführer verhältnismässig sei und auch den strengen Massstäben von Art. 8 EMRK standhalte. Weitergehende Gesetzesbestimmungen als Art. 8 EMRK, welche einem Elternteil einen Anspruch auf Anwesenheit bei seinem in der Schweiz anwesenheitsberechtigten Kind vermittele, kenne die Schweizerische Gesetzgebung nicht. Das Amt C.\_\_\_\_\_ hat mithin das Vorliegen eines *konkreten* Anspruchs auf eine Aufenthaltsbewilligung verneint. Gegen diese Verfügung hätte der Beschwerdeführer gemäss Rechtsmittelbelehrung innert 30 Tagen beim Departement D.\_\_\_\_\_ Verwaltungsbeschwerde erheben können, was er jedoch unterlassen hat. Demzufolge ist der kantonale Entscheid in Rechtskraft erwachsen. Bei dieser Sachlage haben sich die Asylbehörden bei der Prüfung der Zulässigkeit des Wegweisungsvollzugs nicht mehr mit Art. 8 EMRK zu befassen und die Zuständigkeit hat somit von den Asylbehörden zu den kantonalen respektive ausländerrechtlichen Behörde gewechselt. Bei dieser Sachlage hätte das BFM auf das im Rahmen des Asylverfahrens eingereichte Wiedererwägungsgesuch, welches sich zur Begründung im Wesentlichen auf Art. 8 EMRK stützt, nicht eintreten dürfen.

### **3.**

Zum gleichen Schluss gelangt das Bundesverwaltungsgericht beim Antrag auf Verzicht des Wegweisungsvollzuges und vorläufige Aufnahme aufgrund humanitärer Gründe wegen der "über vierjährigen Anwesenheit" des Beschwerdeführers in der Schweiz. Auch hier fehlt die Prozessvoraussetzung der Zuständigkeit, weshalb das Bundesamt ebenso auf dieses Gesuch nicht hätte eintreten dürfen. Gemäss Art. 14 Abs. 2 AsylG können seit dem 1. Januar 2007 die Kantone mit *Zustimmung* des BFM eine Aufenthaltsbewilligung aus humanitärem Grund erteilen, wenn die betroffenen Personen sich seit Einreichung des Asylgesuches mindestens fünf Jahre in der Schweiz aufgehalten haben (Bst. a), der Aufenthaltsort der betroffenen Personen den Behörden immer bekannt war (Bst. b), und wegen der fortgeschrittenen

Integration ein schwerwiegender persönlicher Härtefall vorliegt (Bst. c). Will *der Kanton* von dieser Möglichkeit Gebrauch machen, so meldet er dies dem Bundesamt unverzüglich (Art. 14 Abs. 3 AsylG). Die betroffene Person hat nur beim *Zustimmungsverfahren* des Bundesamtes Parteistellung (Abs. 4). Daraus folgt, dass der Beschwerdeführer kein Antragsrecht auf Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung hat. Diese Kompetenz liegt einzig beim Kanton. Daraus folgt wiederum, dass das BFM für die Beurteilung dieses Gesuchs nicht zuständig war, mithin auf dieses gar nicht hätte eintreten dürfen.

#### 4.

**4.1** Zusammenfassend ist festzuhalten, dass das BFM weder unter dem Aspekt von Art. 8 EMRK noch demjenigen von Art. 14 Abs. 2 – 4 AsylG zur Behandlung des Wiedererwägungsgesuchs vom 11. März 2008 zuständig war. Die diesbezügliche Verfügung vom 14. Mai 2008 wird daher vollumfänglich aufgehoben.

**4.2** Auf eine formelle Überweisung an die zuständigen Behörden (vgl. Art. 8 Abs. 1 VwVG) wird verzichtet. Hinsichtlich der Frage des Vater-Kind-Verhältnisses ist diesbezüglich festzuhalten, dass das Kind des Beschwerdeführers im Jahr 2000 geboren wurde, der Beschwerdeführer erst sieben Jahre später, am 19. März 2007 bei der zuständigen kantonalen Behörde ein Gesuch um Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung gestellt und deren negativer Entscheid vom 4. September 2007 nicht angefochten hat. Aus den Akten und namentlich aus der Begründung des ans BFM gerichteten Gesuchs vom 11. März 2008 ist keine zwischenzeitlich veränderte Sachlage zu erkennen.

**4.3** Ähnlich verhält es sich in Bezug auf "das Gesuch" um Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung im Sinne von Art. 14 Abs. 2 AsylG. Eine formelle Überweisung fällt ohnehin ausser Betracht (vgl. oben E. 3). Von einer Weiterleitung der Akten an die kantonalen Behörden zur gutscheinenden Verwendung ist sodann aufgrund der pauschalen und unsubstanzierten Begründung "des Gesuchs" abzusehen.

#### 5.

Das Gesuch um Zuerkennung der aufschiebenden Wirkung der Beschwerde (Antrag 3 der Beschwerde vom 12. Juni 2008) respektive um Aussetzung des Vollzugs der Wegweisung ist mit dem vorliegenden materiellen Entscheid in der Sache gegenstandslos geworden, soweit mangels Zuständigkeit *überhaupt* darauf einzutreten wäre. Die per Telefax vom 23. Juni 2008 angeordnete superprovisorische Aussetzung

des Wegweisungsvollzugs (vgl. Sachverhalt Bst. F) wird mithin gegenstandslos.

**6.**

**6.1** Bei diesem Ausgang des Verfahrens sind keine Verfahrenskosten aufzuerlegen (vgl. Art. 63 Abs. 1 und 2 VwVG).

**6.2** Gemäss Art. 64 Abs. 1 VwVG i.V.m. Art. 7 Abs. 1 des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht (VGKE, SR 173.320.2) kann die Beschwerdeinstanz der ganz oder teilweise obsiegenden Partei von Amtes wegen oder auf Begehren eine Entschädigung für ihr erwachsene notwendige und verhältnismässig hohe Kosten eine Parteientschädigung zusprechen. Im vorliegenden Fall ist zu beachten, dass der Beschwerdeführer mit keiner seiner Rügen durchgedrungen ist; vielmehr wurde die vorinstanzliche Verfügung von Amtes wegen aufgehoben. Bei dieser Sachlage ist keine Parteientschädigung auszurichten.

(Dispositiv nächste Seite)

**Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:**

**1.**

Die Beschwerde wird im Sinne der Erwägungen gutgeheissen.

**2.**

Die Verfügung des BFM vom 14. Mai 2008 wird aufgehoben.

**3.**

Das Gesuch um Vollzugaussetzung ist gegenstandslos geworden.

**4.**

Es werden keine Verfahrenskosten auferlegt.

**5.**

Es wird keine Parteientschädigung entrichtet.

**6.**

Dieses Urteil geht an:

- den Rechtsvertreter des Beschwerdeführers (Einschreiben; Beilage: Verfügung des BFM 14. Mai 2008 im Original)
- das BFM, Abteilung Aufenthalt und Rückkehrförderung, mit den Akten Ref.-Nr. N [...] (per Kurier; in Kopie)
- (zuständige kantonale Behörde) (in Kopie)

Der Instruktionsrichter:

Die Gerichtsschreiberin:

Daniel Schmid

Milva Franceschi

Versand: