

JAAC 66.33

Auszug aus dem Urteil der Schweizerische
Asylrekurskommission vom 17. September 2001
i.S. K. S., Nepal, auch erschienen in Entscheidungen
und Mitteilungen der Schweizerischen
Asylrekurskommission [EMARK] 2001 Nr. 21

Art. 8 CEDH. Art. 14 al. 1 et art. 44 al. 1 LAsi. Droit à la délivrance d'une autorisation de séjour durant la procédure d'asile. Relation entre la procédure d'asile et celle relative à l'obtention d'une autorisation de séjour de police des étrangers.

1. Lorsque la question se pose de savoir si un requérant d'asile peut, durant la procédure d'asile, introduire une procédure de police des étrangers tendant à l'obtention d'une autorisation de séjour, il convient d'examiner à titre préjudiciel si la personne concernée peut en principe se prévaloir d'un droit au sens de l'art. 14 al. 1 LAsi. Sur ce point, la jurisprudence du Tribunal fédéral relative à l'art. 8 CEDH en relation avec l'art. 100 al. 1 let. b ch. 3 OJ est déterminante (consid. 8a et b).

2. Selon la jurisprudence la plus récente du Tribunal fédéral relative à l'art. 8 CEDH ([ATF 126 II 425](#)), le partenaire étranger d'un couple de même sexe peut se prévaloir de cette disposition à certaines conditions (consid. 8c).

3. S'il y a lieu d'admettre qu'un étranger peut prétendre à une autorisation de séjour, c'est à la police des étrangers qu'échoit la compétence de prendre concrètement la décision quant au droit invoqué, mais aussi de se prononcer sur le renvoi (consid. 8d).

4. Si le demandeur d'asile a saisi l'autorité compétente de police des étrangers d'une demande d'autorisation de séjour, il n'y a pas à se prononcer sur le renvoi (respectivement, au stade du recours, à annuler le renvoi déjà ordonné) après le rejet de la demande d'asile, dans la mesure où les autorités d'asile, sur la base d'un examen préjudiciel du

cas, sont parvenues à la conclusion que le demandeur d'asile avait en principe droit à la délivrance d'une autorisation de séjour dans le sens décrit ci-dessus (consid. 9-11).

5. Si l'autorité compétente en matière de police des étrangers s'est déjà prononcée, dans un sens négatif, sur l'existence d'un droit à une autorisation de séjour, les autorités d'asile n'ont plus à tenir compte de l'art. 8 CEDH lors de l'examen de la question de la licéité de l'exécution du renvoi (consid. 12b et c de même que consid. 14a).

Art. 8 EMRK. Art. 14 Abs. 1 und Art. 44 Abs. 1 AsylG. Anspruch auf Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung bei hängigem Asylverfahren. Verhältnis zwischen Asylverfahren und fremdenpolizeilichem Bewilligungsverfahren.

1. Stellt sich die Frage, ob eine asylsuchende Person während hängigem Asylverfahren ein fremdenpolizeiliches Verfahren um Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung einleiten darf, so ist zunächst vorfrageweise zu prüfen, ob sich die betroffene Person grundsätzlich auf einen Anspruch im Sinne von Art. 14 Abs. 1 AsylG berufen kann. Dabei ist die bundesgerichtliche Rechtsprechung zu Art. 8 EMRK in Verbindung mit Art. 100 Abs. 1 Bst. b Ziff. 3 OG massgeblich (E. 8a und b).

2. Auf einen solchen Anspruch kann sich gemäss neuester bundesgerichtlicher Rechtsprechung zu Art. 8 EMRK ([BGE 126 II 425](#)) unter gewissen Umständen der ausländische Partner eines gleichgeschlechtlichen Paares berufen (E. 8c).

3. Ist ein grundsätzlicher Anspruch auf Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung zu bejahen, fällt die konkrete Beurteilung des geltend gemachten Anspruchs und damit auch der Entscheid über die Wegweisung in die Zuständigkeit der fremdenpolizeilichen Behörden (E. 8d).

4. Hat die asylsuchende Person die zuständige fremdenpolizeiliche Behörde mit einem Gesuch um Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung befasst, hat das Bundesamt für Flüchtlinge (BFF) nach Ablehnung des Asylgesuchs keine Wegweisung zu verfügen bzw. die Schweizerische Asylrekurskommission (ARK) eine vom BFF angeordnete Wegweisung aufzuheben, sofern die Asylbehörde gestützt auf eine vorfrageweise Prüfung zum Schluss gelangt, dass die asylsuchende Person grundsätzlich einen Anspruch auf Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung im oben umschriebenen Sinne hat (E. 9-11).

5. Hat die im ausländerrechtlichen Verfahren zuständige Behörde über das Gesuch um Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung 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 (E. 12b und c sowie E. 14a).

Art. 8 CEDU. Art. 14 cpv. 1 e art. 44 cpv. 1 LAsi. Diritto al rilascio di un permesso di dimora durante la procedura d'asilo. Rapporto tra la procedura d'asilo e quella per l'ottenimento di un permesso di dimora di polizia degli stranieri.

1. Allorquando si pone il quesito di sapere se durante la procedura d'asilo il richiedente possa presentare alla competente autorità di polizia degli stranieri una domanda volta ad ottenere un permesso di dimora, va esaminato a titolo pregiudiziale se il richiedente in questione possa, di massima, prevalersi di un diritto ai sensi dell'art. 14 cpv. 1 LAsi. In tal ambito è determinante la giurisprudenza del Tribunale federale sull'art. 8 CEDU in relazione all'art. 100 cpv. 1 lett. b cifra 3 OG (consid. 8a e b).

2. Secondo la più recente giurisprudenza del Tribunale federale, a determinate condizioni può prevalersi di un diritto derivante dall'art. 8 CEDU anche il partner straniero di una coppia del medesimo sesso ([DTF 126 II 425](#); consid. 8c).

3. Se di massima sussiste un diritto al rilascio di un permesso di dimora, compete alle autorità di polizia degli stranieri di determinarsi sul vantato diritto e conseguentemente pure sull'allontanamento dello straniero (consid. 8d).

4. Se il richiedente l'asilo ha inoltrato dinanzi alla competente autorità di polizia degli stranieri un'istanza volta al rilascio di un permesso di dimora, successivamente al respingimento della domanda d'asilo, l'Ufficio federale dei rifugiati (UFR) non deve più pronunciare l'allontanamento, rispettivamente la Commissione svizzera di ricorso in materia d'asilo (CRA) deve annullare una siffatta decisione dell'UFR se già resa; ciò presuppone che in seguito ad esame pregiudiziale del caso da parte delle autorità in materia d'asilo, queste abbiano ritenuto sussistere, di massima, un diritto al rilascio di un permesso di dimora nel senso precedentemente indicato (consid. 9-11).

5. Allorquando la competente autorità di polizia degli stranieri si è già pronunciata, in senso negativo, sull'esistenza di un diritto al rilascio di un permesso di dimora, le autorità in materia d'asilo non devono più esaminare l'art. 8 CEDU nell'ambito della liceità dell'esecuzione dell'allontanamento (consid. 12b e c nonché consid. 14a).

Der Beschwerdeführer, ein nepalesischer Staatsangehöriger, reiste eigenen Angaben zufolge via Indien per Flugzeug am 8. September 1998 in die Schweiz ein, wo er am folgenden Tag in der Empfangsstelle Genf ein Asylgesuch stellte. Am 21. September 1998 fand in Basel die summarische Empfangsstellenbefragung statt. Am 18. Mai 1999 wurde der Beschwerdeführer von der zuständigen Behörde des Kantons X zu seinen Asylgründen angehört. Mit Verfügung vom 28. Februar 2000 wies das Bundesamt für Flüchtlinge (BFF) das Asylgesuch des Beschwerdeführers ab, verfügte dessen Wegweisung und beauftragte den Kanton X mit dem Vollzug der Wegweisung.

Mit Eingabe vom 23. März 2000 beantragte der Beschwerdeführer, es sei ihm in der Schweiz Asyl zu gewähren respektive sinngemäss, er sei in der Schweiz vorläufig aufzunehmen. In Bezug auf seinen Eventualantrag machte der Beschwerdeführer geltend, er sei homosexuell und habe seit über einem Jahr in der Schweiz einen Freund. In Nepal werde er deswegen von seiner Familie verstossen und enterbt. Er möchte sich mit seinem Freund registrieren lassen. Dieser würde für seinen gesamten Lebensunterhalt aufkommen.

Im Rahmen der Vernehmlassung vom 8. Mai 2000 beantragte die Vorinstanz ohne ergänzende Ausführungen die Abweisung der Beschwerde.

Mit Zwischenverfügung vom 8. November 2000 hielt die zuständige Instruktionsrichterin fest, dass es in der Schweiz die Möglichkeit zur Registrierung von gleichgeschlechtlichen Paaren - entgegen den Ausführungen in der Beschwerde - (zur Zeit) nicht gebe. Soweit der Beschwerdeführer hingegen sinngemäss die Absicht kundgetan habe, ein Gesuch um Erteilung einer fremdenpolizeilichen Aufenthaltsbewilligung im Sinne von Art. 5 des Bundesgesetzes vom 26. März 1931 über Aufenthalt und Niederlassung der Ausländer (ANAG, SR 142.20) zu stellen, werde festgehalten, dass ein solches Verfahren auch nach Einreichen eines Asylgesuchs bei der zuständigen kantonalen Behörde eingeleitet werden könne, sofern ein Anspruch auf die Erteilung einer solchen Aufenthaltsbewilligung bestehe. In Bezug auf die Frage, ob der ausländische Partner eines gleichgeschlechtlichen Paares in der Schweiz Anspruch auf Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung habe, wurde der Beschwerdeführer auf die diesbezüglich jüngste Praxisänderung des Bundesgerichts vom 25. August 2000 ([BGE 126 II 425](#)) verwiesen. Dem Beschwerdeführer wurde Gelegenheit gegeben, der Schweizerischen Asylrekurskommission (ARK) mitzuteilen, ob er konkrete Vorkehren in Hinsicht auf die Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung bei der zuständigen kantonalen Behörde in die Wege geleitet habe.

Mit Schreiben vom 13. November 2000 teilte das zuständige Amt des Kantons X dem Partner des Beschwerdeführers, Herr S. S. - auf dessen entsprechendes Gesuch um Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung für den Beschwerdeführer vom 8. November 2000 - mit, dass gemäss Art. 14 des Asylgesetzes vom 26. Juni 1998 (AsylG, SR 142.31) vom Zeitpunkt des Einreichens eines Asylgesuchs bis zur Ausreise nach rechtskräftigem Abschluss des Asylverfahrens kein Gesuch um Erteilung einer ordentlichen Aufenthaltsbewilligung eingeleitet werden könne.

Daraufhin erkundigte sich S. S. mit Schreiben vom 21. November 2000 bei der zuständigen kantonalen Behörde, ob im Falle eines Rückzugs der Asylbeschwerde ein Gesuch um Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung für den Beschwerdeführer eingeleitet werden könne. Mit Antwortschreiben vom 8. Januar 2001 wurde S. S. mitgeteilt, ein formelles Gesuch um Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung könne erst geprüft werden, wenn das Asylverfahren abgeschlossen sei und bei Abweisung des Asylgesuchs der Ausländer das Land verlassen habe. Gleichzeitig wurde unter Hinweis auf Art. 14 AsylG festgehalten, dass im vorliegenden Verfahren kein Anspruch auf eine solche Bewilligung bestehe.

Anlässlich einer telefonischen Rückfrage der ARK vom 23. November 2000 beim zuständigen Amt des Kantons X, wurde der ARK mitgeteilt, dass der Beschwerdeführer keinen Anspruch auf Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung habe. Im Übrigen sei der Bundesgerichtsentscheid vom 25. August 2000 ([BGE 126 II 425](#)) zur Kenntnis genommen worden.

Mit Eingabe vom 27. Dezember 2000 ersuchte der Beschwerdeführer erneut darum, bei seinem Freund S. S. bleiben zu dürfen. Gleichzeitig reichte er zum Nachweis der gelebten Beziehung je ein Bestätigungsschreiben von S. S., dessen Mutter sowie einer Arbeitskollegin zu den Akten.

Die ARK weist die Beschwerde ab.

Aus den Erwägungen:

7.a. Lehnt das BFF das Asylgesuch ab oder tritt es darauf nicht ein, so verfügt es in der Regel die Wegweisung aus der Schweiz und ordnet den Vollzug an; dabei ist der Grundsatz der Einheit der Familie zu berücksichtigen (Art. 44 Abs. 1 AsylG).

b. Der Beschwerdeführer verfügte im Zeitpunkt des Abschlusses des erstinstanzlichen Verfahrens über keinen Aufenthaltstitel für die Schweiz (vgl. Art. 32 Bst. a der Asylverordnung 1 vom 11. August 1999 über Verfahrensfragen [AsylV 1], SR 142.311). Ebenso hatte er im vorinstanzlichen Verfahren weder geltend gemacht, er sei homosexuell und lebe mit seinem Partner zusammen, noch in diesem Zusammenhang um die Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung ersucht. Demzufolge ordnete das BFF mit Verfügung vom 28. Februar 2000 zu Recht die Wegweisung des Beschwerdeführers an.

8. Am 8. November 2000 - somit nach Beschwerdeerhebung vom 23. März 2000 - stellte indes der Partner des Beschwerdeführers, S. S., bei der zuständigen kantonalen Behörde für diesen ein Gesuch um Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung. Mit Schreiben vom 13. November 2000 teilte die zuständige kantonale Behörde S. S. mit, dass gemäss Art. 14 AsylG vom Zeitpunkt des Einreichens eines Asylgesuchs bis zur Ausreise nach rechtskräftigem Abschluss kein Gesuch um Erteilung einer ordentlichen Aufenthaltsbewilligung eingeleitet werden könne.

a. Nach Art. 14 Abs. 1 AsylG kann vom Zeitpunkt der Einreichung eines Asylgesuchs bis zur Ausreise nach seiner rechtskräftigen Ablehnung oder bis zur Anordnung einer Ersatzmassnahme bei nicht durchführbarem Vollzug kein Verfahren um Erteilung einer fremdenpolizeilichen Aufenthaltsbewilligung eingeleitet werden, sofern *kein Anspruch* auf Erteilung einer solchen Bewilligung besteht. Bereits mit der Teilrevision des Asylgesetzes vom 22. Juni 1990 (Bundesbeschluss über das Asylverfahren vom 22. Juni 1990 [AVB], AS 1990 938) wurde dieser sogenannte Grundsatz der Ausschliesslichkeit des Asylverfahrens neu im Asylgesetz aufgenommen (vgl. Art. 12f des Asylgesetzes vom 5. Oktober 1979 [AsylG von 1979], AS 1980 1718). Gemäss Botschaft des Bundesrats zum AVB vom 25. April 1990 sollte damit das Verfahren beschleunigt und insbesondere verhindert werden, dass Asylsuchende (künftig) das Asylverfahren mit dem Einreichen eines Gesuchs um Erteilung einer fremdenpolizeilichen Aufenthaltsbewilligung verschleppen respektive eine drohende Wegweisung hinauszögern können (vgl. BBl 1990 II 624).

Der Bundesrat führte fünf Jahre später in seiner Botschaft vom 4. Dezember 1995 zur Totalrevision des Asylgesetzes aus, am Grundsatz der Ausschliesslichkeit des Asylverfahrens sei festgehalten worden (BBl 1996 II 38). Ein fremdenpolizeiliches Verfahren um Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung könne nach Art. 14 Abs. 1 AsylG nur dann eingeleitet werden, wenn nach der bundesgerichtlichen Praxis zu Art. 100 Abs. 1 Bst. b Ziff. 3 des Bundesrechtspflegegesetzes vom 16. Dezember 1943 (OG, SR 173.110) ein Anspruch auf Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung bestehe. Ein Anspruch auf eine Aufenthaltsbewilligung im Sinne von Art. 14 Abs. 1 AsylG könne beispielsweise bestehen, wenn die schutzbedürftige Person fünf Jahre nach Gewährung des vorübergehenden Schutzes eine bis zu dessen Aufhebung befristete Aufenthaltsbewilligung erhalte, oder wenn die asylsuchende Person eine Schweizer Bürgerin respektive einen Schweizer Bürger oder eine hier niedergelassene Person aus dem Ausland heirate (BBl 1996 II 48).

b. Die Verwaltungsgerichtsbeschwerde auf dem Gebiete der Fremdenpolizei ist im Sinne von Art. 100 Abs. 1 Bst. b Ziff. 3 OG unzulässig gegen die Erteilung oder Verweigerung von Bewilligungen, auf die das Bundesrecht keinen Anspruch einräumt, insbesondere dort, wo die entscheidende Behörde nach freiem Ermessen (Art. 4 ANAG) über die Erteilung einer Bewilligung befinden kann. Umgekehrt gilt, wo eine Bestimmung des Bundesrechts oder eines Staatsvertrags einen Bewilligungsanspruch einräumt, dass gegen einen negativen Entscheid der zuständigen fremdenpolizeilichen Instanz beim Bundesgericht Verwaltungsgerichtsbeschwerde erhoben werden kann (vgl. *M. Spescha*, Handbuch zum Ausländerrecht, Bern/ Stuttgart/Wien 1999, S. 225). Art. 100 Abs. 1 Bst. b Ziff. 3 OG nennt zwar eine formelle Voraussetzung, stellt dafür aber auf einen materiellrechtlichen Gesichtspunkt ab, nämlich das Vorliegen eines Anspruchs auf Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung (vgl. [BGE 118 Ib 145](#) E. 2b, S. 148). Ist ein Anspruch zu bejahen, kann die Verwaltungsbehörde nicht mehr nach freiem Ermessen im Sinne von Art. 4 ANAG über eine Bewilligungserteilung entscheiden. Vielmehr ist das den Behörden eingeräumte Ermessen eingeschränkt (vgl. *A. Kölz / I. Häner*, *Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes*, 2. Aufl., Zürich 1998, Rz. 868; sowie [BGE 122 II 5](#) und [BGE 122 II 388](#)). Wo die Ermessensausübung die gesetzlich gegebenen Grenzen überschreitet - das heisst auch dort ausgeübt wird, wo das Gesetz hierfür gar keinen Spielraum lässt - liegt eine Rechtsverletzung in Form einer Ermessensüberschreitung vor (vgl. *Spescha*, a.a.O., S. 62).

c.aa. Einen Anspruch auf Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung gestützt auf Bundesrecht haben namentlich ausländische Ehegatten von Schweizer Bürgern (Art. 7 ANAG) oder ausländische Ehegatten sowie ledige, minderjährige Kinder von in der Schweiz niedergelassenen ausländischen Personen (Art. 17 Abs. 2 ANAG; vgl. *Spescha*, a.a.O., S. 226).

bb. Ebenso anerkennt das Bundesgericht bei Ausländern, die nahe Verwandte (so genannte Kernfamilie) mit gefestigtem Anwesenheitsrecht in der Schweiz haben, einen völkerrechtlichen, aus Art. 8 der Konvention vom 4. November 1950 zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK, SR 0.101; unter dem Aspekt des *Rechts auf Familienleben*) abgeleiteten Rechtsanspruch (vgl. auch Art. 13 Abs. 1 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 [BV], SR 101). Insofern sich der Schutzbereich von Art. 8 EMRK nicht nur auf die Kernfamilie beschränkt,

können sich auch entferntere Verwandte (beispielsweise Geschwister und Grosseltern) darauf berufen. In diesen Fällen ist allerdings der Nachweis eines besonderen Abhängigkeitsverhältnisses vorausgesetzt (vgl. Spescha, a.a.O., S. 226, sowie [BGE 115 Ib 1](#) ff. und *T. Jaag / G. Müller / P. Tschannen / U. Zimmerli*, *Ausgewählte Gebiete des Bundesverwaltungsrechts*, 3. Aufl., Basel u.a. 1999, S. 195 zur so genannten «Reneja»-Praxis des Bundesgerichts).

cc. Nach einem Teil der Lehre haben sodann ausländische Personen grundsätzlich einen Rechtsanspruch (im Sinne von Art. 100 Abs. 1 Bst. b Ziff. 3 OG) auf Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung gestützt auf den weiteren Teilgehalt von Art. 8 EMRK, dem *Recht auf Schutz der Privatsphäre und des Privatlebens*, nämlich dann, wenn die betreffende Person eine relativ lange Anwesenheitsdauer und Beziehungsnetze - namentlich gleichgeschlechtliche Partnerschaften - in der Schweiz aufweist (vgl. Spescha, a.a.O., S. 226 mit weiteren Hinweisen; *I. Schwander*, *Eheähnliche und andere familiäre Gemeinschaften*, in: *Aktuelle Juristische Praxis [AJP]* 7/94, S. 918 ff.; *M. Caroni*, *Privat- und Familienleben zwischen Menschenrecht und Migration, Eine Untersuchung zu Bedeutung, Rechtsprechung und Möglichkeiten von Art. 8 EMRK im Ausländerrecht*, Berlin 1999, S. 305 f. und 407 f.; sowie *J. P. Müller*, *Grundrechte in der Schweiz*, 3. Aufl., Bern 1999, S. 104 f.).

Die Europäische Kommission für Menschenrechte (EKMR) und das Bundesgericht gewährten bisher bei gleichgeschlechtlichen Paaren unter dem Aspekt des Rechts auf Privatleben nach Art. 8 EMRK indes einen weniger weitgehenden Schutz als bei heterosexuellen Paaren unter dem Aspekt des Rechts auf Familienleben (vgl. [BGE 120 Ib 16](#) ff. E. 3b, S. 22). Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) hat sich dazu bisher noch nicht geäußert (vgl. Müller, a.a.O., S. 104 f. und 112 mit weiteren Hinweisen).

Das Bundesgericht hat nun indes mit Urteil vom 25. August 2000 seine Praxis in Bezug auf die Rechtsprechung zu Art. 4 ANAG geändert ([BGE 126 II 425](#) ff., vgl. E. 2b und 3, S. 427 ff.). Die Verweigerung einer fremdenpolizeilichen Bewilligung an den ausländischen Partner eines gemischtnationalen, lesbischen Paares kann demnach unter gewissen Umständen das Recht der Betroffenen auf Privatleben (Art. 8 EMRK) berühren und das Ermessen der Bewilligungsbehörde gemäss Art. 4 ANAG beschränken (vgl. E. 4a, S. 429 f.). Das Bundesgericht tritt in Anwendung von Art. 100 Abs. 1 Bst. b Ziff. 3 OG auf die Verwaltungsbeschwerde der *in casu* in einer stabilisierten, sechsjährigen Partnerschaft lebenden Beschwerdeführerinnen ein (vgl. E. 4d, S. 435), erachtet im konkreten Fall indessen den mit der Verweigerung der Bewilligung verbundenen Eingriff in ihr Privatleben als im Sinne von Art. 8 Ziff. 2 EMRK respektive Art. 36 BV gerechtfertigt (vgl. E. 5c und 6, S. 436 ff.).

d. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass sich die zuständigen kantonalen Behörden bei der Frage, ob ein Anspruch auf Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung im Sinne von Art. 14 Abs. 1 AsylG besteht oder nicht, an die oben dargelegte bundesgerichtliche Praxis zu Art. 100 Abs. 1 Bst. b Ziff. 3 OG zu halten haben. Demzufolge ist massgebend, ob das Bundesgericht auf eine fremdenpolizeiliche Verwaltungsgerichtsbeschwerde gestützt auf Art. 100 Abs. 1 Bst. b Ziff. 3 OG *eintreten* und somit das Vorliegen eines grundsätzlichen Anspruchs auf Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung bejahen würde.

Bei der Abgrenzung zwischen dem fremdenpolizeilichen Verfahren und dem Asylverfahren geht es somit um die Frage, ob die betroffene Person grundsätzlich einen Anspruch auf Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung im Sinne von Art. 14 Abs. 1 AsylG in Verbindung mit Art. 100 Abs. 1 Bst. b Ziff. 3 OG hat. Ist das Vorliegen eines solchen Anspruchs grundsätzlich zu bejahen, kommt Art. 14 Abs. 1 AsylG inhaltlich *e contrario* zur Anwendung und die konkrete Beurteilung der Sache respektive des Gesuchs fällt in die Zuständigkeit der fremdenpolizeilichen Behörden. Die Zuständigkeit hinsichtlich der Frage der Anordnung der Wegweisung von abgewiesenen Asylsuchenden wechselt demzufolge von den Asylbehörden zu den fremdenpolizeilichen Behörden.

Schliesslich ist an dieser Stelle festzuhalten, dass bei der Zuständigkeitsabgrenzung zwischen Asylverfahren und fremdenpolizeilichem Verfahren sichergestellt sein muss, dass hinsichtlich der Frage der Anordnung der Wegweisung (Art. 44 Abs. 1 AsylG) dem Anspruch auf eine wirksame Beschwerdemöglichkeit nach Art. 13 EMRK Genüge getan wird (vgl. Entscheidungen und Mitteilungen der Schweizerischen Asylrekurskommission [EMARK] 2000 Nr. 30, E. 4, S. 252).

9. Nach Art. 44 Abs. 1 AsylG verfügt das BFF, wenn es ein Asylgesuch ablehnt oder darauf nicht eintritt, in der Regel die Wegweisung aus der Schweiz und ordnet den Vollzug an; es berücksichtigt dabei den Grundsatz der Einheit der Familie.

a. Diese Bestimmung wurde unverändert vom bis zum 30. September 1999 geltenden Asylgesetz in das revidierte Asylgesetz vom 26. Juni 1998 übertragen (vgl. Art. 17 Abs. 1 AsylG von 1979). Gemäss Ausführungsbestimmung von Art. 32 Bst. a AsylV 1 wird die Wegweisung nicht verfügt, wenn die asylsuchende Person namentlich *im Besitze* einer gültigen Aufenthalts- oder Niederlassungsbewilligung ist. Die frühere AsylV 1 enthielt noch keine diesbezüglichen Ausführungen. In seiner Botschaft zum AVB vom 25. April 1990 verwies der Bundesrat auf Art. 12f Abs. 1 AsylG von 1979 (entspricht heute Art. 14 Abs. 1 AsylG; Prinzip der Ausschliesslichkeit des Asylverfahrens; vgl. BBl 1990 II 624). Wie bereits oben erwähnt, führte der Bundesrat in Bezug auf die Ausschliesslichkeit des Asylverfahrens aus, ein fremdenpolizeiliches Verfahren auf Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung könne namentlich immer dann eingeleitet werden, wenn nach der bundesgerichtlichen Praxis zu Art. 100 Abs. 1 Bst. b Ziff. 3 OG ein Anspruch darauf bestehe (vgl. oben E. 8b und d sowie BBl 1996 II 48). Daraus folgt, dass nach Ablehnung eines Asylgesuchs respektive nach einem Nichteintretensentscheid - in der Regel - die Wegweisung anzuordnen ist, sofern kein Anspruch auf Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung besteht. Der in Art. 32 Bst. a AsylV 1 verwendete Begriff «im Besitze einer gültigen Aufenthalts- oder Niederlassungsbewilligung» ist in diesem Sinne auszulegen. Massgebend ist nicht der gleichsam physische Besitz der Bewilligung (Papier), sondern ein allfälliger Anspruch darauf.

b. Zum gleichen Schluss führt eine Auslegung der Materialien zur Totalrevision der heute geltenden Asylverordnung 1. Zu Art. 32 AsylV 1 (Art. 33 des Entwurfs) führt der Verordnungsgeber aus, die Ablehnung des Asylgesuchs impliziere in der Regel die Wegweisung aus der Schweiz. In gewissen Fällen könne indessen die Wegweisung nicht verfügt werden, sei es, weil eine andere

Behörde bereits *damit befasst* sei, sei es, weil der Aufenthalt in der Schweiz auf eine andere Weise geregelt sei. In solchen Fällen sei in der Verfügung betreffend die Verweigerung des Asyls nicht über die Wegweisung zu befinden (vgl. Bericht zur Totalrevision der Asylverordnung 1 über Verfahrensfragen [Bericht 1] vom Juli 1999, S. 18).

10. Unter dem Vorbehalt abweichender gesetzlicher Bestimmungen sind Gerichte und Behörden befugt, vorfrageweise Rechtsfragen aus einem anderen Rechtsgebiet zu prüfen, sofern die hierfür zuständige Behörde noch keinen rechtskräftigen Entscheid getroffen hat (BGE 105 II 308, BGE 120 V 378). Mangels eines Entscheids seitens der zuständigen kantonalen Behörde kann die ARK somit grundsätzlich vorfrageweise überprüfen, ob die betreffende Person Anspruch auf Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung hat. Da die adhäsionsweise Prüfung der ausländerrechtlichen Anordnungen von Wegweisung und Wegweisungsvollzug in der Asylgesetzrevision vom 16. Dezember 1983 im Wesentlichen aus Gründen der Verfahrenseffizienz und zur Vermeidung von Doppelspurigkeiten in die Kompetenz der Asylbehörden übertragen worden ist (vgl. BBl 1983 III 795), wäre es wenig sinnvoll, mittels Entscheides über eine Frage, die ohnehin in einem fremdenpolizeilichen Verfahren zu prüfen sein wird respektive wäre, solche Doppelspurigkeiten und gegebenenfalls widersprüchliche Entscheide zu provozieren (vgl. diesbezüglich auch VPB 61.5 und VPB 61.12).

11.a. Aus der oben dargelegten Rechtslage folgt, dass die ARK die vom BFF angeordnete Wegweisung aufhebt, wenn die betreffende Person ein Gesuch um Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung bei den zuständigen fremdenpolizeilichen Behörden gestellt (a), sich diese immer noch damit befasst respektive weder formell noch materiell darüber befunden hat (b) und eine vorfrageweise Prüfung der ARK ergibt, dass die betreffende Person *grundsätzlich einen Anspruch* auf Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung im Sinne von Art. 100 Abs. 1 Bst. b Ziff. 3 OG hat (c). In diesem Fall ist davon auszugehen, dass die Zuständigkeit hinsichtlich der Frage der Anordnung der Wegweisung von den Asylbehörden auf die fremdenpolizeilichen Behörden wechselt respektive gewechselt hat (vgl. oben E. 8d).

b. Hat die kantonale Behörde das Gesuch indes materiell abgewiesen oder ist sie formell und explizit nicht darauf eingetreten - mit der Begründung, es bestehe kein Anspruch auf Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung - ist ohne weiteres davon auszugehen, dass sie sich mit dem Gesuch befasst, dieses mithin geprüft und das Vorliegen eines grundsätzlichen (respektive - im Falle einer materiellen Abweisung des Gesuchs - konkreten) Anspruchs im Sinne von Art. 100 Abs. 1 Bst. b Ziff. 3 OG verneint hat. Auch bei dieser Konstellation hat zwar die Zuständigkeit hinsichtlich der Frage der Anordnung der Wegweisung nach dem oben Gesagten zu den fremdenpolizeilichen Behörden gewechselt, doch besteht in diesem Fall indes kein Grund, die asylrechtlich angeordnete Wegweisung aufzuheben, da sich die ursprüngliche asylrechtliche Anordnung der Wegweisung durch das BFF mit derjenigen der fremdenpolizeilichen Behörden vom Ergebnis her deckt. In diesem Fall

bestätigt die ARK die asylrechtliche Anordnung der Wegweisung, wobei es gegebenenfalls angebracht erscheint, die betroffene Person auf den fremdenpolizeilichen Rechtsmittelweg hinzuweisen.

c. Der Vollständigkeit halber anzumerken bleibt an dieser Stelle, dass im Falle einer Erteilung der Aufenthaltsbewilligung durch die zuständige kantonale Behörde während hängigem Beschwerdeverfahren die Anordnungen des BFF betreffend Wegweisung und deren Vollzug ohne weiteres dahin gefallen respektive mithin gegenstandslos geworden sind (vgl. EMARK 2000 Nr. 30, E. 4, S. 251). In diesem Fall schreibt die ARK die Beschwerde hinsichtlich Wegweisung und Vollzug als gegenstandslos geworden ab.

12. Die zuständige kantonale Behörde hat mit Schreiben vom 13. November 2000 dem Beschwerdeführer - respektive dessen Partner - Art. 14 Abs. 1 AsylG entgegen gehalten. Gestützt auf die vorstehenden Erwägungen ist für den vorliegenden Fall folgender Schluss zu ziehen:

a. Gestützt auf den zitierten massgeblichen Bundesgerichtsentscheid ([BGE 126 II 425](#)) ist zunächst festzuhalten, dass ausländische gleichgeschlechtliche Partner von Schweizer Bürgern *grundsätzlich* einen Anspruch auf Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung aus Art. 8 EMRK haben können (vgl. [BGE 126 II 425](#) ff. E. 4a, S. 429 f. sowie obenstehende E. 8c/cc), ist das Bundesgericht *in casu* doch formell auf die Beschwerde in Anwendung von Art. 100 Abs. 1 Bst. b Ziff. 3 OG und in Abänderung seiner bisherigen Praxis eingetreten. Daraus ist somit zu schliessen, dass die konkrete, materiellrechtliche Beurteilung der Frage, ob ausländischen gleichgeschlechtlichen Partnern von Schweizer Bürgern eine Aufenthaltsbewilligung zu erteilen ist, grundsätzlich in die Zuständigkeit der fremdenpolizeilichen Behörden fällt. Art. 14 Abs. 1 AsylG kommt in diesen Fällen demnach *e contrario* zur Anwendung.

b. Obwohl das erwähnte Schreiben der kantonalen Behörde weder formell als Verfügung bezeichnet ist, noch eine Rechtsmittelbelehrung enthält, weist es nach Ansicht der Kommission Verfügungscharakter im Sinne von Art. 5 des Bundesgesetzes über das Verwaltungsverfahren vom 20. Dezember 1968 (VwVG, SR 172.021) auf (vgl. *F. Gygi*, Verwaltungsverfahren - Eine Einführung, Bern 1986, S. 126 sowie *F. Gygi*, Bundesverwaltungsrechtspflege, 2. Aufl., Bern 1983, S. 133). Bei dieser Sachlage ist somit davon auszugehen, dass die kantonale Behörde mit diesem Schreiben respektive dieser Verfügung auf das entsprechende Gesuch des Partners des Beschwerdeführers nicht eingetreten ist, weil sie das Vorliegen eines Anspruchs im Sinne von Art. 14 Abs. 1 AsylG verneint hat, allerdings ohne dies weiter zu begründen. Demnach ist davon auszugehen, dass die zuständige kantonale Behörde geprüft hat, ob *in casu* ein Anspruch auf Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung - sei es gestützt auf Bundesrecht, sei es gestützt auf Völkerrecht (namentlich Art. 8 EMRK) - vorliegt. Schliesslich ist anzufügen, dass die abschliessende Beurteilung der Frage, ob eine Verfügung im Sinne von Art. 5 VwVG vorliegt und ob sodann die Verwaltungsbehörde zu Recht nicht auf das Gesuch eingetreten ist, nach dem oben Gesagten nicht in die Zuständigkeit der ARK fällt, sondern in diejenige der fremdenpolizeilichen Rechtsmittelbehörden.

c. Aus diesen Erwägungen ergibt sich, dass die Anordnung der (asylrechtlichen) Wegweisung zu bestätigen ist.

Dem Beschwerdeführer bleibt es indes unbenommen, sich nach Abschluss des Asylverfahrens bei der zuständigen kantonalen Behörde (erneut) um die Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung zu bemühen.

(...)

14.a. Der Vollzug der Wegweisung durch Rückschaffung des Beschwerdeführers nach Nepal ist unter dem Aspekt von Art. 5 AsylG rechtmässig, weil der Beschwerdeführer - wie oben dargelegt - dort keinen Nachteilen im Sinne von Art. 3 AsylG ausgesetzt wäre. Aus den Vorbringen des Beschwerdeführers ergeben sich keine gewichtigen Anhaltspunkte für die Annahme, dass er für den Fall einer Ausschaffung nach Nepal mit beachtlicher Wahrscheinlichkeit einer nach Art. 3 EMRK verbotenen Strafe oder Behandlung ausgesetzt wäre. (...)

In casu ist sodann davon auszugehen, dass die zuständige kantonale Behörde geprüft hat, ob der Beschwerdeführer einen Anspruch auf Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung hat, sei es gestützt auf Bundesrecht, sei es gestützt auf Völkerrecht, insbesondere Art. 8 EMRK (vgl. E. 12b). Demnach besteht für die ARK an dieser Stelle keine Veranlassung, sich im Rahmen der Prüfung der Zulässigkeit des Wegweisungsvollzugs nochmals mit Art. 8 EMRK auseinanderzusetzen. Der Vollzug ist demnach im Sinne der völkerrechtlichen Bestimmungen zulässig.

JAAC 66.33 - Auszug aus dem Urteil der Schweizerische Asylrekurskommission vom 17. September 2001 i.S. K. S., Nepal, auch erschienen in Entscheidungen und Mitteilungen der Schweizerischen Asylrekurskommission [EMARK] 2001 Nr. 21

In	Verwaltungspraxis der Bundesbehörden
Dans	Jurisprudence des autorités administratives de la Confédération
In	Giurisprudenza delle autorità amministrative della Confederazione
Jahr	2002
Année	
Anno	
Band	66
Volume	
Volume	
Seite	---
Page	
Pagina	
Ref. No	150 005 540

Das Dokument wurde durch das Schweizerische Bundesarchiv und die Bundeskanzlei konvertiert.
Le document a été digitalisé par les Archives Fédérales Suisses et la Chancellerie fédérale.
Il documento è stato convertito dall'Archivio federale svizzero e della Cancelleria federale.