

## **CH\_VB JAAC 59.52 vom 3. Mai 1994**

Bundesverwaltung, 1994-05-03, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ch\\_vb\\_JAAC\\_59.52\\_\\_](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ch_vb_JAAC_59.52__)

FR: CH\_VB JAAC 59.52 du 3 mai 1994

IT: CH\_VB JAAC 59.52 del 3 maggio 1994

### **Erwägungen**

#### **E. 1**

La décision de renvoi préventif selon l'art. 19 al. 2 LA est une décision incidente susceptible de recours distinct (consid. 1.b).

#### **E. 2**

La notion de «quelque temps» utilisée à l'art. 6 al. 1 let. a est identique à celle utilisée à l'art. 19 al. 2 let. b LA. Elle correspond à la définition donnée à l'art. 2 OA 1, soit «en général, 20 jours» (consid. 3.b).

#### **E. 3**

Ausschlag dafür, eine vorläufige Dienstenthebung dennoch als Endverfügung zu qualifizieren, gab schliesslich die Überlegung des Bundesgerichts, dass eine vorläufige Dienstenthebung in der Regel einen empfindlichen Eingriff in die Rechtssphäre des betroffenen Dienstnehmers darstelle, weshalb eine zum vornherein feststehende, uneingeschränkte Anfechtbarkeit der Massnahme von der Bedeutung der Sache und von der Rechtssicherheit der Betroffenen her als sachgerecht erscheine. Das Bundesgericht hat für den Fall einer vorläufigen Dienstenthebung somit deren oft gravierende Bedeutung für einen Betroffenen anerkannt und sieht aus diesem Grund - trotz des eigentlich bloss provisorischen Charakters dieser Massnahme - von der für die selbständige Anfechtung einer Zwischenverfügung an sich notwendigen Prüfung, ob sie einen nicht wieder gutzumachenden Nachteil bewirken kann, ab, indem es sie als Endverfügung qualifiziert. Eine Übertragung der bundesgerichtlichen Erwägungen auf die hier zu beurteilende Frage, ob es sich bei der Anordnung einer vorsorglichen Wegweisung lediglich um eine Zwischen- oder aber bereits um eine Endverfügung handelt, führt zum Schluss, dass auch hier von den dogmatischen Zuteilungskriterien her gesehen eine bloss Zwischenverfügung vorliegt: Zum einen besteht auch zwischen einer vorsorglichen Wegweisung und dem materiellen Asylentscheid ein enger Sachzusammenhang, zum anderen hat eine vorsorgliche Wegweisung - gleich wie eine vorläufige Dienstenthebung - grundsätzlich nur provisorischen Charakter. Dieses Ergebnis deckt sich überdies mit der in der Asylrechtsliteratur vertretenen Auffassung, wonach es sich bei dieser Massnahme lediglich um eine Zwischenverfügung handle (vgl. Kälin Walter, Grundriss des Asylverfahrens, Basel / Frankfurt a. M. 1990, S. 196 und 280; Achermann Alberto / Hausammann Christina, Handbuch des Asylrechts, 2. Aufl., Bern/Stuttgart 1991, S. 332; Aufsatz von Stöckli Walter in: ASYL 1988/1, S. 4). Damit ist aber gesagt, dass eine gestützt auf Art. 19 Abs. 2 AsylG angeordnete vorsorgliche Wegweisung eine vorsorgliche Massnahme im Sinne von Art. 46a Bst. a AsylG darstellt, welche nur dann selbständig anfechtbar ist, wenn sie einen nicht wieder gutzumachenden Nachteil bewirken kann. Die ARK hat in VPB 58.55, S. 461 jedoch die Auffassung vertreten, die uneingeschränkte - das heisst vom Vorliegen eines

drohenden Nachteils unabhängige - selbständige Anfechtbarkeit einer verfügten vorsorglichen Wegweisung ergebe sich gestützt auf Art. 1 Abs. 2 VOARK, wonach unter dem Wegweisungsbegriff von Art. 11 Abs. 2 AsylG «Wegweisung während und nach Abschluss des Verfahrens» zu verstehen sei. Aus diesem Grund erübrige sich bei Beschwerden gegen vorsorgliche Wegweisungen generell die Prüfung, ob die Verfügung einen nicht wieder gutzumachenden Nachteil bewirken könne (VPB 58.55, S. 461). Diese Ansicht kann indessen in dieser Weise nicht aufrecht erhalten werden: Art. 1 Abs. 2 VOARK regelt lediglich die Frage, ob zur Beurteilung von Beschwerden gegen vorsorgliche Wegweisungen das EJPD oder die ARK zuständig sei, indem er ausdrücklich die Zuständigkeit der ARK festhält. Damit ist jedoch nichts über die anderen zu beachtenden Prozessvoraussetzungen gesagt, so dass eine vorsorgliche Wegweisung die in Art. 46a AsylG gestellte Bedingung - nämlich die Möglichkeit, dass sie einen nicht wieder gutzumachenden Nachteil bewirken kann - wie jede andere vorsorgliche Massnahme, welche gestützt auf die Art. 13-19 AsylG verfügt wird, erfüllen muss, um selbständig anfechtbar zu sein. Eine Prüfung dieser

#### **E. 4**

Voraussetzung in jedem Einzelfall erübrigt sich indessen aus einem anderen Grund: Angesichts der Tatsache, dass das Asylgesuch eines vorsorglich Weggewiesenen in der Praxis nämlich mit hoher Wahrscheinlichkeit gestützt auf Art. 6 Abs. 2 AsylG selbst bei bestehender Flüchtlingseigenschaft allein wegen der Tatsache des Auslandsaufenthaltes abgewiesen wird, ergibt sich, dass jede vorsorgliche Wegweisung grundsätzlich einen nicht wieder gutzumachenden Nachteil bewirken kann (Kälin, a. a. O., S. 280; Achermann/Hausammann, a. a. O., S. 334; Entscheid der ARK vom 18. Mai 1993, VPB 58.59, S. 486); dieser Nachteil ist insofern «nicht wieder gutzumachen», als er bei einer nicht-sofortigen (das heisst erst zusammen mit dem Hauptentscheid möglichen) Anfechtung nicht mehr behoben werden könnte (vgl. Kälin, a. a. O., S. 280, Fussnote 131). Der nicht wieder gutzumachende Nachteil ist dabei nicht identisch mit dem irreparablen, durch ein günstiges Urteil nicht völlig zu beseitigenden Schaden, auf den es für die Anfechtung von Zwischenentscheiden des staatsrechtlichen Beschwerdeverfahrens ankommt (vgl. Art. 87 OG); vielmehr genügt ein schutzwürdiges Interesse an der Anfechtung der Zwischenverfügung (vgl. Gygi, a. a. O., S. 142; BGE 101 Ib 15 E. 1); dieses ist bei der Anordnung einer vorsorglichen Wegweisung jedenfalls gegeben und die Verfügung dieser Massnahme kann deshalb in jedem Fall mit Beschwerde bei der ARK selbständig angefochten werden. Aus diesem Grund ist die vom Bundesgericht in BGE 104 Ib 132 ff. wohl aus hauptsächlich pragmatischen Gründen angestellte Überlegung, wonach es sich wegen des empfindlichen Eingriffes in die Rechtssphäre des Betroffenen, den eine vorläufige Dienstenthebung darstelle, rechtfertige, diese Massnahme als Endverfügung zu qualifizieren, damit sie in jedem Fall selbständig anfechtbar sei, bei der Beurteilung der vorliegenden Frage nicht von Bedeutung. Eine vorsorgliche Wegweisung trotz der uneingeschränkten Anfechtbarkeit als Endverfügung und nicht nach rein dogmatischen Gesichtspunkten als blosser Zwischenverfügung zu qualifizieren hätte somit einzig zur Folge, dass die Beschwerdefrist nicht bloss zehn, sondern dreissig Tage betragen würde. An diesem Ergebnis hätte ein Betroffener an sich zwar durchaus ein Interesse, würde ihm doch daraus in zeitlicher Hinsicht ein Vorteil erwachsen. Es ist allerdings zu beachten, dass gemäss Art. 19 Abs. 3 AsylG die vorsorgliche Wegweisung sofort vollstreckbar ist, wenn das BFF nichts anderes verfügt. Ein vorsorglich Weggewiesener wird deshalb ohnehin möglichst umgehend Beschwerde erheben und die Aussetzung des Vollzugs beantragen

müssen, wenn er sich gegen eine bereits während noch laufender Beschwerdefrist vollzogene Wegweisung zur Wehr setzen will; der sich aus der längeren Beschwerdefrist ergebende zeitliche Vorteil könnte somit in der überwiegenden Zahl der Fälle faktisch gar nicht ausgeschöpft werden. Hinzu kommt, dass dem privaten Interesse des Betroffenen das öffentliche Interesse an der Verfahrensbeschleunigung entgegensteht, welches in Anbetracht aller Umstände überwiegend ist. Zusammenfassend ergibt sich, dass neben den dogmatischen Überlegungen, welche eine vorsorgliche Wegweisung gemäss Art. 19 Abs. 2 als Zwischenverfügung qualifizieren, keinerlei pragmatischen Gründe bestehen, welche dazu führen könnten, diese Massnahme dennoch als Endverfügung zu betrachten. Die in VPB 58.55, S. 461 aufgeworfene Frage, ob es sich bei einer vorsorglichen Wegweisung um eine selbständig anfechtbare Zwischenverfügung oder um einen instanzabschliessenden Endentscheid

## **E. 5**

im Wegweisungspunkt handle, ist deshalb dahingehend zu beantworten, dass die vorsorgliche Wegweisung lediglich eine Zwischenverfügung darstellt; gleiches gilt somit auch für die vorsorgliche Wegweisung gemäss Art. 13d Abs. 2 AsylG. Weil sie indessen einen nicht wieder gutzumachenden Nachteil bewirken können, stellt die Verfügung dieser Massnahmen in jedem Fall ein selbständiges Anfechtungsobjekt dar. Bezüglich der Begründung der selbständigen Anfechtbarkeit ist die im Entscheid der ARK vom 29. September 1993 (VPB 58.55, S. 461) vertretene Auffassung im Sinne der obenstehenden Erwägungen zu präzisieren. c. Der Beschwerdeführer ist legitimiert; auf die frist- und formgerecht eingereichte Beschwerde ist einzutreten (Art. 48 ff. VwVG). 2.a. Wer ein Asylgesuch in der Schweiz gestellt hat, darf sich grundsätzlich bis zum Abschluss des Verfahrens hierzulande aufhalten. Vorbehalten bleibt ein Vollzug nach Entzug der aufschiebenden Wirkung einer Beschwerde (vgl. Art. 19 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 47 AsylG). Art. 19 Abs. 2 AsylG hält fest, dass der Gesuchsteller jedoch vorsorglich weggewiesen werden kann, wenn die Weiterreise in einen Drittstaat möglich, zulässig und zumutbar ist, namentlich wenn: a. dieser Staat vertraglich für die Behandlung des Asylgesuchs zuständig ist, b. sich der Gesuchsteller vorher einige Zeit dort aufgehalten hat oder c. dort nahe Angehörige oder andere Personen leben, zu denen der Gesuchsteller enge Beziehungen hat. Der Vollzug der Wegweisung ist nicht möglich, wenn der Ausländer weder in den Herkunfts- oder in den Heimatstaat noch in einen Drittstaat verbracht werden kann. Er ist nicht zulässig, wenn völkerrechtliche Verpflichtungen der Schweiz einer Weiterreise des Ausländers in seinen Heimat-, Herkunfts- oder einen Drittstaat entgegenstehen. Der Vollzug kann insbesondere nicht zumutbar sein, wenn er für den Ausländer eine konkrete Gefährdung darstellt (Art. 14a Abs. 2, 3 und 4 ANAG). b. Es ist deshalb im folgenden zu prüfen, ob der Vollzug der vom BFF verfügten vorsorglichen Wegweisung in casu zulässig, zumutbar und möglich ist. Die Parteien sind zunächst uneiniger Auffassung darüber, ob die soeben genannten Voraussetzungen für eine vorsorgliche Wegweisung, nämlich deren Möglichkeit, Zulässigkeit und Zumutbarkeit, kumulativ erfüllt sein müssen oder nicht. Die Bejahung dieser Frage erscheint offensichtlich, ergibt sich doch bereits grammatikalisch aus dem Bindewort «und» eindeutig, dass das alternative Vorliegen einer einzigen Voraussetzung nicht genügt. Dies ist ebenso selbstverständlich wie die Tatsache, dass auch der definitive Vollzug der Wegweisung nach Abschluss des Asylverfahrens alle drei Voraussetzungen erfüllen muss (vgl. Art. 18 Abs. 1 AsylG). Möglicherweise hatte das BFF mit seiner Formulierung indessen gar nicht im Sinn, dies zu bezweifeln, sondern wollte vielmehr ausdrücken, dass

die Voraussetzungen in den Bst. a, b und c in Art. 19 Abs. 2 AsylG nicht kumulativ gegeben sein müssten. Dass diese Voraussetzungen, welche lediglich das Kriterium der Zumutbarkeit der vorsorglichen Wegweisung konkretisieren, kumulativ vorliegen müssten, wird

## **E. 6**

jedoch von keiner Seite - insbesondere auch nicht vom Beschwerdeführer - behauptet (vgl. Kälin, a. a. O., S. 195, sowie Achermann/Hausammann, a. a. O., S. 332). 3.a. Bezüglich der Zulässigkeit der angeordneten Massnahme ist festzuhalten, dass weder Anhaltspunkte bestehen, noch geltend gemacht wird, dass der Beschwerdeführer in Italien unmenschlicher Behandlung oder Strafe gemäss Art. 3 der Konvention vom 4. November 1950 zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (Europäische Menschenrechtskonvention [EMRK], SR 0.101) oder einer Gefahr für Leib, Leben oder Freiheit aus einem Grund nach Art. 3 Abs. 1 AsylG ausgesetzt wäre. Nachdem Italien sowohl das Abkommen vom 28. Juli 1951 über die Rechtsstellung der Flüchtlinge (FK, SR 0.142.30) als auch die EMRK unterzeichnet hat und den daraus fliessenden völkerrechtlichen Verpflichtungen genauso Folge leistet wie die Schweiz, besteht hinreichende Gewähr dafür, dass der Beschwerdeführer von Italien nicht in ein Land ausgewiesen wird, in dem für ihn eine derartige Gefährdung bestehen würde. Demnach stehen der vorsorglichen Wegweisung keine völkerrechtlichen Verpflichtungen der Schweiz entgegen. b. Zumutbar ist die Weiterreise namentlich dann, wenn eine der drei Voraussetzungen von Art. 19 Abs. 2 Bst. a-c AsylG gegeben ist. Die Vorinstanz geht in der angefochtenen Verfügung davon aus, dass sich der Beschwerdeführer vor seiner Einreise in die Schweiz einige Zeit im Sinne von Art. 19 Abs. 2 Bst. b AsylG in Italien aufgehalten habe. Im Gegensatz dazu vertritt der Beschwerdeführer, unter Hinweis auf Kälin, die Auffassung, eine vorsorgliche Wegweisung gestützt auf Art. 19 Abs. 2 Bst. b AsylG komme erst in Betracht, wenn sich der Betroffene während mindestens 20 Tagen im Drittstaat, in welchen er nunmehr zurückgeschickt werden solle, aufgehalten habe, da der Begriff «einige Zeit» in Bezug auf eine vorsorgliche Wegweisung gleichbedeutend sei, wie dieselbe Wendung in der Drittstaatsklausel von Art. 6 AsylG. Da er sich aber weniger als 20 Tage in Italien aufgehalten habe, sei diese Voraussetzung nicht erfüllt. aa. Das im vorliegenden Fall zur Diskussion stehende Verhältnis des Begriffes «einige Zeit» in Art. 19 Abs. 2 Bst. b AsylG zur gleichlautenden Regel in der Drittstaatsklausel von Art. 6 AsylG ist Gegenstand von Kontroversen in Lehre und Praxis. Die Praxis beruft sich dabei auf die unterschiedlichen Auslegungsbestimmungen in der Asylverordnung 1 über Verfahrensfragen vom 22. Mai 1991 (Asylverordnung 1 [AsylV 1], SR 142.311); Gemäss Art. 2 AsylV 1 bedeutet einige Zeit im Sinne von Art. 6 Abs. 2 Bst. a AsylG in der Regel 20 Tage, währenddem Art. 17 AsylV 1 bezüglich Art. 19 Abs. 2 Bst. b AsylG die Vermutung aufstellt, ein Gesuchsteller habe sich einige Zeit in einem Drittstaat aufgehalten, wenn er nicht ohne Verzug in die Schweiz gelangt. Art. 17 AsylV 1 wird demgegenüber in der Asylrechtsliteratur als gesetzwidrig erachtet (vgl. Kälin, a. a. O., S. 195; Achermann/Hausammann, a. a. O., S. 331 ff.; Aufsätze von Stöckli Walter / Gattiker Mario in: ASYL 1988/1 S. 3 ff.; Raess-Eichenberger Susanne, Das Asylverfahren nach schweizerischem Recht und Völkerrecht, Dissertation Zürich 1989, S. 169 f.). Auch die Petitions- und Gewährleistungskommission des Nationalrates hat sich den Kritikern der heutigen Praxis angeschlossen; sie befand die Anliegen einer unter anderem in diesem Zusammenhang eingereichten Petition des Dachverbandes der Asylkoordination Schweiz nach Einholung von Stellungnahmen seitens des

## E. 7

damaligen Delegierten für das Flüchtlingswesen sowie von Walter Kälin als berechtigt und kam zum Schluss, dass «einige Zeit» im Sinne von Art. 19 AsylG gleichbedeutend sei mit «einige Zeit» im Sinne von Art. 6 Abs. 1 AsylG (vgl. Amtl. Bull. 1989 N 570 f.). Die ARK hat diese Frage in ihrer bisherigen Rechtsprechung zu Art. 19 Abs. 2 AsylG jeweils offengelassen (vgl. u. a. den Entscheid der ARK vom 18. Mai 1993, VPB 58.59, S. 486) und festgehalten, dass Art. 17 AsylV 1, welcher den in Art. 19 Abs. 2 Bst. b AsylG verwendeten Begriff «einige Zeit» konkretisiere, jedenfalls lediglich eine widerlegbare Vermutung bezüglich des Aufenthaltes eines Gesuchstellers in einem Drittstaat vor seiner Einreise in die Schweiz aufstelle. Da sich der Beschwerdeführer in casu zwar - wie nachstehend aufzuzeigen sein wird - weniger als 20 Tage, jedoch deutlich länger als in den bisher zu beurteilenden Fällen in einem Drittstaat aufgehalten hat und aufgrund der konkreten Umstände nicht offensichtlich ohne Verzug in die Schweiz gelangte, ist die eingangs erwähnte Frage nunmehr zu beantworten. Auszugehen ist bei der Auslegung des Begriffes «einige Zeit» vom Wortlaut des Gesetzestextes, das heisst vom üblichen Wortsinn der auszulegenden Norm. Die Tatsache, dass vom Gesetzgeber sowohl in Art. 6 Abs. 1 Bst. a AsylG als auch in Art. 19 Abs. 2 Bst. b AsylG dieselbe grammatikalische Wendung gewählt wurde, führt dabei zum Schluss, dass dem Terminus in beiden Bestimmungen die gleiche Bedeutung zukommen sollte. Überdies bedeutet «einige Zeit», obwohl immer in Relation zur jeweiligen Anwendung zu verstehen, nach dem normalen Sprachgebrauch mehr als eine bloss kurzfristige Zeitspanne. Der Wortlaut alleine ist indessen lediglich der Ausgangspunkt, nicht aber die Grenze der Auslegung (vgl. Gygi Fritz, Verwaltungsrecht, Eine Einführung, Bern 1986, S. 134; Saladin Peter / Zimmerli Ulrich, Einführung in das Verwaltungsrecht, Skriptum für eine Vorlesung, Ausgabe 1990, S. 15). Von Bedeutung sind daneben insbesondere auch die Schlüsse, welche sich aus einer systematischen, teleologischen und historischen Auslegung ergeben. Die systematische Auslegung zunächst geht davon aus, dass jeder Rechtssatz einen Bestandteil eines ganzen Gesetzes bildet. Er darf daher nicht isoliert betrachtet und ausgelegt werden, sondern muss in seinem Sinn- und Bedeutungszusammenhang mit dem ganzen Erlass gewürdigt und gedeutet werden. Ein beispielsweise in einem zivilrechtlichen Erlass verwendeter Begriff muss zwar nicht zwingend dieselbe Bedeutung haben, wie eine grammatikalisch gleichlautende Wendung in einem Erlass des öffentlichen Rechts (vgl. u. a. den Entscheid der ARK vom 18. März 1994 in der Sache E. C., VPB 59.43[7], mit Hinweisen auf Lehre und Rechtsprechung); wird hingegen innerhalb eines Erlasses ein Begriff mehrmals verwendet, so ist grundsätzlich davon auszugehen, dass ihm überall dieselbe Bedeutung zukommt. Dieses Auslegungskriterium führt zum Schluss, dass der Begriff «einige Zeit» in Art. 6 AsylG gleich zu verstehen ist wie in Art. 19 AsylG. Zum selben Ergebnis gelangt man auch durch die teleologische Auslegung - ihrerseits eine Unterart der systematischen Auslegung - , welche sich am Zweck der auszulegenden Norm orientiert: Vorsorglich weggewiesen werden sollen Asylbewerber, bei welchen mit hoher Wahrscheinlichkeit davon auszugehen ist, dass ihnen aufgrund der Kriterien von Art. 6 AsylG kein Asyl gewährt werden wird (Raess-Eichenberger, a. a. O., S. 170). Art. 19 Abs. 2 AsylG erweist sich somit als verfahrensrechtliches Korrelat zur materiellrechtlichen Bestimmung von Art. 6 AsylG (Kälin, a. a. O., S. 196). Im Rahmen der historischen Auslegung schliesslich stellt sich die Frage nach

## E. 8

dem Sinn, den der Gesetzgeber einer Norm zugedacht hat. Einen ersten Ansatzpunkt liefert dabei die Botschaft des Bundesrates zum Entwurf des Asylgesetzes, welche zu Art. 18 (heute Art. 19) festhielt: «Der Ausländer, der in der Schweiz ein Asylgesuch gestellt hat, kann hier den Ausgang des Verfahrens abwarten. (...) Die Voraussetzungen für eine Wegweisung während des Verfahrens sind nur erfüllt, wenn der Gesuchsteller die Möglichkeit hat, in einen Drittstaat auszureisen, namentlich wenn er sich dort vor der Einreise einige Zeit aufgehalten hat oder dort nahe Angehörige oder andere Personen leben, zu denen er enge Beziehungen hat (Art. 5 Abs. 1)» (vgl. die Botschaft zum AsylG, BBl 1977 III 125 f.). Die Absicht des Bundesrates war damit klar diejenige, dass ein Asylbewerber, dessen Asylgesuch gestützt auf Art. 5 Abs. 1 AsylG (heute Art. 6 Abs. 1 AsylG) abgewiesen würde, bereits während des Verfahrens verpflichtet werden sollte, die Schweiz zu verlassen. Der Verweis auf den Begriff «einige Zeit» des Art. 5 des Entwurfs zum AsylG lässt vernünftigerweise nur den Schluss zu, dass der Bundesrat für den gleichlautenden Terminus in Art. 18 des Entwurfs zum AsylG denselben Massstab anzuwenden gedachte. Auch in der parlamentarischen Beratung wurde zu keiner Zeit eine andere Haltung vertreten. Nachdem der Nationalrat sich vorerst sogar dafür ausgesprochen hatte, in jedem Fall ein Anwesenheitsrecht für Asylbewerber während der gesamten Verfahrensdauer im AsylG zu verankern, einigte er sich schliesslich zusammen mit dem Ständerat auf den vom Bundesrat ausgearbeiteten Entwurf (vgl. Amtl. Bull. 1978 S 84, N 1869 f.; Stöckli, a. a. O., S. 3 f.). Als Zwischenergebnis ist somit festzuhalten, dass sämtliche Auslegungsmethoden zum Schluss führen, dass an den Begriff «einige Zeit» in Art. 19 Abs. 2 Bst. b AsylG dieselben Massstäbe anzulegen sind, wie an den gleichlautenden Begriff in Art. 6 Abs. 1 Bst. a AsylG. Aufgrund des Umstandes, dass die verfahrensrechtliche Bestimmung von Art. 19 Abs. 2 AsylG in jenen Fällen greifen soll, in welchen mit hoher Wahrscheinlichkeit davon auszugehen ist, dass das Asylgesuch aufgrund der materiellrechtlichen Bestimmung von Art. 6 Abs. 1 AsylG abgewiesen wird, ergibt sich im weiteren, dass bereits bei der Prüfung der vorsorglichen Wegweisung die zeitliche Konkretisierung zu Art. 6 Abs. 1 Bst. a AsylG massgebend sein muss. Gemäss Art. 2 AsylV 1 bedeutet einige Zeit im Sinne von Art. 6 in der Regel 20 Tage; diese Zeitspanne gilt folglich auch für den Begriff «einige Zeit» in Art. 19 Abs. 2 Bst. b AsylG. Der erst im Jahre 1987 in die Verordnung aufgenommene Art. 17 (in Kraft seit 1. Januar 1988), welcher Art. 19 Abs. 2 Bst. b AsylG konkretisiert, hat somit zu keiner Änderung dieser Voraussetzung für eine vorsorgliche Wegweisung führen können. Aus diesem Grund hält auch der Einwand der Vorinstanz, wonach mit der Bestimmung von Art. 17 Abs. 1 AsylV 1 erreicht werden solle, dass ein Ausländer, der sich ohne Aufenthaltsbewilligung bereits in der Schweiz aufhalte, jenem gleichgestellt werde, der sein Gesuch an der Grenze stelle und nicht einreisen dürfe, nicht stand: Dieses Argument erscheint zwar mit Blick auf Art. 4 Abs. 2 Bst. b AsylV 1, wonach einem sich ordentlich an der Grenze meldenden Ausländer die Einreise in die Schweiz nur bewilligt wird, wenn er nachweist, dass er ohne Verzug an die Schweizer Grenze gelangt ist, nicht von vornherein als unbehelflich; solange Art. 19 AsylG jedoch in seiner heutigen - mit Art. 6 AsylG bezüglich des Begriffes «einige Zeit» identischen - Form besteht, darf die zeitliche Komponente nicht einschränkender als dort interpretiert werden (vgl. Kälin, a. a. O., S. 196, Fussnote 33; Raess-Eichenberger, a. a. O., S. 170).

## **E. 9**

Zusammenfassend ergibt sich, dass «einige Zeit» im Sinne von Art. 19 Abs. 2 Bst. b AsylG gleichbedeutend mit der identischen Wendung in Art. 6 Abs. 1 Bst. a AsylG und in

zeitlicher Hinsicht somit analog Art. 2 AsylV 1 mit in der Regel 20 Tagen gleichzusetzen ist. bb. Aus den Akten ergibt sich im weiteren, dass sich der Beschwerdeführer vor seiner Einreise in die Schweiz weniger als 20 Tage in Italien aufgehalten hat. Gemäss seinen glaubwürdigen Angaben auf der Empfangsstelle sowie anlässlich der Befragung durch die kantonale Fremdenpolizei ist er am 20. Juli 1993 von Bosnien nach Kroatien geflüchtet, wo er sich bis zum 23. Juli in Split aufgehalten hat. Anschliessend ist er ein erstes Mal nach Italien eingereist und bis zum 28. Juli - das heisst während fünf Tagen - in B. geblieben, wo ihm am 27. Juli eine Aufenthaltsbewilligung ausgestellt wurde. Am 29. Juli kehrte er nach Kroatien zurück, wo er sich mit seiner damaligen Freundin und heutigen Ehefrau V. T. traf und in Zagreb für beide je einen Reisepass besorgte, welche am 2. August ausgestellt wurden. Am 2. oder 3. August (zugunsten des Beschwerdeführers und angesichts der relativ grossen Distanz zwischen Zagreb und der Küste, kann davon ausgegangen werden, dass es erst am 3. August war) kehrte er alleine wieder nach Italien zurück, wo er auf V. T. wartete, welche ihm in der Folge am 6. August nachreiste. Sie hielten sich anschliessend noch ein paar Tage zusammen in Italien auf und gelangten dann gemäss seinen Aussagen bei der kantonalen Befragung am 12. August oder möglicherweise auch erst am 16. August 1993 in die Schweiz. Ob der Beschwerdeführer am 12. oder erst am 16. August 1993 in die Schweiz gelangte, ist indessen ohne praktische Bedeutung, da er sich im ersten Fall lediglich während insgesamt 14 Tagen - diese Auffassung vertritt die Vorinstanz in ihrer Vernehmlassung vom 29. Oktober 1993 - respektive im zweiten Fall während 18 Tagen in Italien aufgehalten hat, keinesfalls jedoch die für die Anwendung von Art. 19 Abs. 2 Bst. b AsylG massgebenden 20 Tage. Somit steht fest, dass die Vorinstanz in der angefochtenen Verfügung zu Unrecht davon ausgeht, der Beschwerdeführer habe sich vor seiner Einreise in die Schweiz «einige Zeit» in Italien aufgehalten. c. Auch wenn aufgrund der obenstehenden Erwägungen feststeht, dass sich der Beschwerdeführer nicht einige Zeit in Italien aufgehalten hat und somit nicht gestützt auf Art. 19 Abs. 2 Bst. b AsylG vorsorglich wegweisen werden durfte, ist damit nicht ohne weiteres auch gesagt, dass die Anordnung der vorsorglichen Massnahme überhaupt zu Unrecht erfolgte. Es bestehen zwar keinerlei Zweifel darüber, dass auch die in Bst. a und c dieser Bestimmung aufgezählten Gründe für eine vorsorgliche Wegweisung nicht gegeben sind: Weder hat die Schweiz bisher ein Erstasylabkommen unterzeichnet, noch leben in Italien Angehörige des Beschwerdeführers oder andere Personen, zu denen er enge Beziehungen hat. Es stellt sich hingegen die Frage, ob die in Art. 19 Abs. 2 Bst. a-c AsylG aufgeführten Tatbestände die Zumutbarkeitsgründe für eine vorsorgliche Wegweisung abschliessend regeln oder ob auch andere gleichwertige Gründe eine derartige Massnahme rechtfertigen. Nach dem Wortlaut von Art. 19 Abs. 2 AsylG ist die vorsorgliche Wegweisung eines Asylbewerbers nämlich «namentlich» bei Vorliegen einer der unter Bst. a-c genannten Gründe als zumutbar zu erachten. Diese Formulierung lässt den Schluss zu, dass der Gesetzgeber die Zumutbarkeitskriterien nicht abschliessend zu regeln gedachte.

## **E. 10**

In der Asylrechtsliteratur wird diese Frage mehrheitlich überhaupt nicht aufgeworfen (vgl. unter anderem Kälin, a. a. O., S. 195, welcher den Terminus «namentlich» zwar in Anführungszeichen setzt, ohne aber weiter darauf einzugehen, sowie Achermann/Hausammann, a. a. O., S. 332). Einzig Bersier äussert sich dahingehend, dass neben den im Gesetz aufgezählten Zumutbarkeitsgründen auch andere Umstände eine vorsorgliche Wegweisung zu rechtfertigen vermöchten. Wörtlich schreibt er: «La loi en donne deux exemples (Gemeint sind die in Art. 19 Abs. 2 Bst. b und c AsylG aufgezählten

Gründe; die in Bst. a genannten staatsvertraglichen Regelungen erwähnt er - da sie zur Zeit noch nicht aktuell sind - weiter unten separat) (...). D'autres circonstances pourraient justifier un tel renvoi pendant la procédure» (Bersier Roland, Droit d'asile et statut du réfugié en Suisse, 2. Aufl., Lausanne 1991, S. 97). Die Asylrechtslehre scheint also - zumindest stillschweigend - davon auszugehen, dass eine vorsorgliche Wegweisung auch bei Vorliegen anderer als der in Art. 19 Abs. 2 AsylG explizit genannten Voraussetzungen zumutbar sein kann. Diese Auffassung erscheint denn auch als sachgerecht: Das Kriterium der Zumutbarkeit kann vom Gesetzgeber sinnvollerweise nicht von vornherein ausnahmslos definiert werden, würde dies doch bedingen, dass er die zum Regelungsgegenstand gehörenden Lebensverhältnisse vollständig - auch für die Zukunft - zu überblicken vermöchte. Er hat sich hier aus diesem Grund mit der Verwendung des Terminus '«namentlich» eines sogenannt unbestimmten Gesetzesbegriffes bedient, welcher den rechtsanwendenden Behörden einen gewissen Beurteilungsspielraum eröffnet, damit diese in der Lage sind, einzelfallgerecht zu entscheiden. Die vom Gesetzgeber geforderte Prüfung der Zumutbarkeit bezweckt, sicherzustellen, dass ein vorsorglich Weggewiesener zum Drittstaat eine nicht nur sehr lose Verbindung aufweist, sondern eine solche von gewisser Qualität, sei es beispielsweise dadurch, dass der Betroffene dort über ein Beziehungsnetz zu Verwandten oder bestimmten anderen Personen verfügt, oder indem er aufgrund eines dortigen Aufenthaltes von gewisser Dauer vor seiner Einreise in die Schweiz zumindest eine nicht bloss zufällige Beziehung zum Drittstaat geknüpft hat. Eine nähere Beziehung zum Drittstaat kann sich indessen auch dadurch ergeben, dass eine Person dort über einen Rechtsstatus verfügt, welcher Ausländern ansonsten nicht ohne weiteres zusteht. In casu verfügt der Beschwerdeführer über eine Bewilligung der italienischen Behörden, welche ihn dazu berechtigt, sich mindestens bis zum 23. Juli 1994 in Italien aufzuhalten. Entgegen der von ihm erstmals in seiner Eingabe vom 15. Oktober 1993 angemeldeten Zweifel an der Echtheit dieser Aufenthaltsbewilligung gelangt die ARK zum Schluss, dass es sich um ein gültiges Dokument handelt, konnte er sich doch nach dessen Erhalt problemlos für einige Tage nach Kroatien begeben, um in Zagreb auf der bosnischen Botschaft für sich selber und für V. T. einen Reisepass zu beschaffen, und anschliessend wieder nach Italien zurückkehren. Damit verfügt der Beschwerdeführer aber auch heute noch über eine Beziehung zum italienischen Staat, welche es als zumutbar erscheinen lässt, dass er sich für die Dauer seines Asylverfahrens dorthin begibt. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die in Art. 19 Abs. 2 Bst. a-c AsylG genannten Zumutbarkeitsgründe nicht abschliessend zu verstehen sind. Dies hat zur Folge, dass eine vorsorgliche Wegweisung auch aus anderen Gründen - welche allerdings in ihrer Qualität gegenüber den im Gesetz genannten

## **E. 11**

Kriterien gleichwertig sein müssen - als zumutbar erachtet werden kann. Ein Beispiel dafür ist eine gültige Aufenthaltsbewilligung, welche ein Drittstaat einem vorsorglich Weggewiesenen erteilt hat. 4. Der Beschwerdeführer weist in seiner Eingabe vom 15. Oktober 1993 schliesslich auf sein Verhältnis zu V. T. hin, mit welcher er in Bosnien seit beinahe zwei Jahren zusammengelebt habe. Die beabsichtigte Eheschliessung sei lediglich an den Zuständen in ihrer Herkunftsregion gescheitert; die Heirat sei aber nach wie vor geplant. In der Schweiz seien sie für die Dauer des Asylverfahrens entgegen ihrem ausdrücklichen Begehren zwei verschiedenen Kantonen zugeteilt worden, V. T. dem Kanton X und er selber dem Kanton Y V. T. sei in der Folge vorläufig aufgenommen worden, währenddem man ihn vorsorglich weggewiesen habe. Würde die gegenüber ihm verfügte Massnahme vollzogen, so bliebe V. T. nichts anderes übrig, als ihm nach Italien zu

folgen. Der Beschwerdeführer macht damit zumindest sinngemäss geltend, die angefochtene Verfügung verstosse gegen den Grundsatz der Einheit der Familie. Das BFF hält demgegenüber in seiner Vernehmlassung vom 29. Oktober 1993 fest, dass die beiden nicht verheiratet seien und auch kein Verkündverfahren laufe. Zudem besitze V. T. einen bosnischen Reisepass, mit welchem sie ohne Visum nach Italien habe einreisen können. Es sei ihr unbenommen, ihrem Freund nach Italien zu folgen, wenn sie sich bei ihm aufhalten wolle. Am 4. Februar 1994 haben der Beschwerdeführer und V. T. nunmehr geheiratet. V. T. ist in der Folge dem Aufenthaltskanton des Beschwerdeführers zugeteilt worden. Es stellt sich somit die Frage, inwiefern der Grundsatz der Einheit der Familie bei der Anordnung einer vorsorglichen Wegweisung zu berücksichtigen ist. Man kann sich insbesondere fragen, ob diesem Grundsatz bezüglich Art. 19 AsylG dieselbe Bedeutung zukommt, wie in Bezug auf Art. 17 AsylG, welcher in Abs. 1 festhält: «Lehnt das Bundesamt 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.» Eine Beantwortung dieser Frage kann indessen unter den vorliegenden Umständen unterbleiben. Einerseits besitzt V. T. weder die schweizerische Staatsangehörigkeit, noch eine Niederlassungsbewilligung, sondern wurde in der Schweiz lediglich vorläufig aufgenommen, weil der Vollzug ihrer Wegweisung nach Bosnien als unzumutbar erachtet wurde. Sie verfügt damit nicht über ein eigentliches Anwesenheits«recht» in der Schweiz und kann sich somit nach heutiger bundesgerichtlicher Rechtsprechung nicht auf den Schutzbereich von Art. 8 EMRK - welcher inhaltlich zumindest dieselben Ansprüche wie der Grundsatz der Einheit der Familie in Art. 17 Abs. 1 AsylG begründet - berufen. Ob diese Rechtsprechung der faktischen Situation vorläufig Aufgenommener tatsächlich gerecht wird - in vielen Fällen wird der Zustand im Heimatland, welcher zur Anordnung der vorläufigen Aufnahme geführt hat, auf lange Sicht hinaus unverändert bleiben - kann hier ebenfalls offenbleiben, da V. T. jedenfalls nicht vor die Wahl gestellt wird, entweder alleine in der Schweiz zu verbleiben, oder ihrem Ehemann in dasjenige Land zu folgen, in welches zurückzukehren als für sie unzumutbar erachtet wurde. Andererseits erscheint es als wahrscheinlich, dass sich die

## **E. 12**

italienischen Behörden nach einer Rückkehr des Beschwerdeführers nach Italien bereit erklären werden, auch für V. T. eine Aufenthaltsbewilligung zu erteilen. Eine Verletzung des Grundsatzes der Einheit der Familie liegt in casu somit zumindest im heutigen Zeitpunkt - ungeachtet der Frage, ob er im Rahmen einer vorsorglichen Wegweisung überhaupt voll zum Tragen kommt - nicht vor. Sollte sich nach dem Vollzug der vorsorglichen Wegweisung des Beschwerdeführers nach Italien herausstellen, dass dieser Staat, entgegen der hier getroffenen wahrscheinlichen Annahme, nicht bereit ist, auch für V. T. eine Aufenthaltsbewilligung auszustellen, so wäre dies im übrigen ein Grund für die Prüfung einer allfälligen Wiedererwägung der angeordneten vorsorglichen Massnahme. 5.