LANDESRECHT — DROIT NATIONAL — DIRITTO NAZIONALE

1 Staat – Volk – Behörden
Etat – Peuple – Autorités
Stato – Popolo – Autorità

40

Auszug aus dem Urteil der Abteilung III
i. S. A. gegen Bundesamt für Migration
C-6883/2007 vom 3. September 2009

Asyl und Aufenthaltsverfahren. Zustimmung zur Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung bei Vorliegen eines schwerwiegenden persönlichen Härtefalls. Grundsatzurteil.

Art. 14 Abs. 2 AsylG.

1. **Trotz ähnlicher Terminologie ist das Zustimmungsverfahren zur Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung gemäss Art. 14 Abs. 2 AsylG vom Zustimmungsverfahren des Ausländerrechts gemäss Art. 40 Abs. 1 und Art. 99 AuG zu unterscheiden: Ersteres hat nur die Frage der Ermächtigung des Kantons zur Durchführung eines Aufenthaltsverfahrens zum Inhalt und vermittelt der betroffenen Person erst im entsprechenden Zustimmungsverfahren Parteistellung (Art. 14 Abs. 4 AsylG); demgegenüber hat Letzteres die Zustimmung zu einer vom Kanton erteilten Kurzaufenthalts-, Aufenthalts- oder Niederlassungsbewilligung zum Gegenstand (E. 3.4).**
2. **Die Anordnung einer vorläufigen Aufnahme im Rahmen eines Asylverfahrens unterstellt die betroffene Person dem Ausländerrecht. Nach Aufhebung der vorläufigen Aufnahme ist die Wegweisung vollziehbar und der Ausländer wieder als abgewiesener Asylsuchender zu behandeln (E. 4.2).**
3. **Der Gesetzgeber wollte mit Art. 14 Abs. 2 Bst. c AsylG keinen von der bisherigen bundesgerichtlichen Rechtsprechung zu Art. 13 Bst. f der Verordnung über die Begrenzung der Zahl der**

Ausländer vom 6. Oktober 1986 und der darauf abgestützten Rechtsprechung der Schweizerischen Asylrekurskommission zu aArt. 44 Abs. 3 AsylG abweichenden Begriff des schwerwiegenden persönlichen Härtefalls schaffen (E. 5).

Asile et procédure d'autorisation de séjour. Approbation à l'octroi d'une autorisation de séjour en présence d'un cas de rigueur grave. Arrêt de principe.

Art. 14 al. 2 LAsi.

1. **Malgré l'usage de termes similaires, la procédure d'approbation à l'octroi d'une autorisation de séjour fondée sur l'art. 14 al. 2 LAsi doit être distinguée de celle régie par l'art. 40 al. 1 et l'art. 99 LEtr: la première ne porte que sur la question de l'habilitation du canton à engager une procédure d'autorisation de séjour et confère, pour la première fois, la qualité de partie à la personne concernée (art. 14 al. 4 LAsi); la seconde, en revanche, a pour objet l'approbation à l'octroi d'une autorisation de courte durée, de séjour ou d'établissement proposée par le canton (consid. 3.4).**
2. **L'admission provisoire ordonnée dans le cadre d'une procédure d'asile soumet la personne concernée au droit des étrangers. Cependant, après la levée de l'admission provisoire, le renvoi devient exécutable et la personne concernée doit à nouveau être traitée comme un requérant d'asile débouté (consid. 4.2).**
3. **En édictant l'art. 14 al. 2 let. c LAsi, le législateur n'a pas voulu créer une notion de cas de rigueur grave s'écartant de celle définie par la jurisprudence du Tribunal fédéral relative à l'art. 13 let. f de l'ordonnance limitant le nombre des étrangers du 6 octobre 1986 et reprise par la jurisprudence de la Commission suisse de recours en matière d'asile relative à l'ancien art. 44 al. 3 LAsi (consid. 5).**

Asilo e procedura di rilascio di un permesso di dimora. Benestare al rilascio di un permesso di dimora in presenza di un grave caso di rigore personale. Sentenza di principio.

Art. 14 cpv. 2 LAsi.

1. **Malgrado l'uso di termini simili, la procedura di benestare al rilascio di un permesso di dimora secondo l'art. 14 cpv. 2 LAsi va**

distinta dalla procedura d'approvazione del diritto in materia di stranieri prevista dall'art. 40 cpv. 1 e dall'art. 99 LStr: la prima riguarda unicamente la questione dell'autorizzazione del Cantone a condurre una procedura di rilascio di un permesso di dimora e conferisce all'interessato, per la prima volta, qualità di parte nella procedura di benestare (art. 14 cpv. 4 LAsi); per contro la seconda ha per oggetto l'approvazione al rilascio di un permesso di soggiorno di breve durata, di dimora o di domicilio da parte del Cantone (consid. 3.4).

2. **Una decisione di ammissione provvisoria nell'ambito di una procedura d'asilo sottopone le persone interessate alla legislazione sugli stranieri. Tuttavia, una volta revocata l'ammissione provvisoria, l'allontanamento può essere eseguito e gli interessati vanno nuovamente trattati come richiedenti l'asilo respinti (consid. 4.2).**
3. **Mediante l'art. 14 cpv. 2 lett. c LAsi il legislatore non intendeva introdurre una definizione di grave caso di rigore personale diversa da quella prevista dalla giurisprudenza del Tribunale federale sull'art. 13 lett. f dell'ordinanza che limita l'effettivo degli stranieri del 6 ottobre 1986 e dalla conseguente giurisprudenza della Commissione svizzera di ricorso in materia d'asilo sul vecchio art. 44 cpv. 3 LAsi (consid. 5).**

Das Asylgesuch des Beschwerdeführers wurde am 22. Mai 2002 vom Bundesamt für Flüchtlinge (BFF; heute: Bundesamt für Migration [BFM]) abgewiesen und die Wegweisung angeordnet. Nachdem der Beschwerdeführer gegen diese Verfügung Beschwerde erhoben hatte, kam das BFF im Jahre 2003 insofern auf den Entscheid zurück, als es den Beschwerdeführer vorläufig aufnahm. Daraufhin zog der Beschwerdeführer seine Beschwerde zurück.

Per 4. Juli 2006 wurde die vorläufige Aufnahme rechtskräftig aufgehoben und der Vollzug der Wegweisung angeordnet, die Ausreisefrist aber mehrmals erstreckt.

Am 16. August 2007 ersuchte die kantonale Migrationsbehörde das BFM um Zustimmung zur Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung gemäss Art. 14 Abs. 2 des Asylgesetzes vom 26. Juni 1998 (AsylG, SR 142.31). Mit Verfügung vom 14. September 2007 wies das BFM das Gesuch ab.

Das Bundesverwaltungsgericht (BVGer) weist die dagegen erhobene Beschwerde ab.

Aus den Erwägungen:

3.

3.1 Mit der Einführung von Art. 14 Abs. 2 AsylG auf den 1. Januar 2007 wurden die Abs. 3–5 von Art. 44 AsylG aufgehoben (Änderung vom 16. Dezember 2005, AS 2006 4745, 4767). Abs. 3 sah die Möglichkeit vor, in Fällen einer schwerwiegenden persönlichen Notlage die vorläufige Aufnahme anzuordnen, sofern vier Jahre seit Einreichung des Asylgesuches noch kein rechtskräftiger Entscheid ergangen war (AS 1999 2273). In Abs. 4 wurden Kriterien genannt, die bei der Beurteilung zu berücksichtigen waren. Der Entwurf des Bundesrates zur Teilrevision des Asylgesetzes (BBl 2002 6938, hier 6942) hatte in Art. 44 Abs. 3 vorgesehen, dass bei Vorliegen einer schwerwiegenden persönlichen Notlage die humanitäre Aufnahme gewährt werden könne, sofern vier Jahre nach Einreichung des Asylgesuches noch kein rechtskräftiger Entscheid ergangen sei. Diese Regelung wurde jedoch vom Parlament nicht übernommen. Es entschied sich für den Wortlaut des heutigen Art. 14 Abs. 2 AsylG, welcher erst durch die vorberatende Kommission des Ständerates als Art. 14 Abs. 1bis AsylG in die Debatte eingebracht worden war (Amtliches Bulletin der Bundesversammlung [AB] 2005 S 339). Neben grundsätzlichen Bedenken gegenüber dem Konzept des Bundesrates (BR), welches neben der humanitären auch eine sogenannte provisorische Aufnahme vorgesehen hatte (vgl. Botschaft des Bundesrates zur Änderung des Asylgesetzes, zur Änderung des Bundesgesetzes über die Krankenversicherung sowie zur Änderung des Bundesgesetzes über die Alters- und Hinterlassenenversicherung vom 4. September 2002, BBl 2002 6845, hier 6855, nachfolgend: Botschaft des BR zum AsylG/KVG/AHVG), war es dem Parlament insbesondere ein Anliegen, den Kantonen die Möglichkeit zu geben, nicht nur während des Asylverfahrens, sondern auch nach dessen rechtskräftigem Abschluss unter bestimmten Voraussetzungen eine Aufenthaltsbewilligung erteilen zu können (vgl. AB 2005 S 339 ff. und AB 2005 N 1163 f. zu Art. 14 Abs. 1bis AsylG). Neben der Ausweitung des Anwendungsbereiches auf rechtskräftig abgewiesene Asylsuchende stellt die Regelung von Art. 14 Abs. 2 AsylG gegenüber dem aufgehobenen aArt. 44 Abs. 3 AsylG eine Verbesserung der Rechtsstellung der betroffenen Person dar, indem ihr eine Aufenthaltsbewilligung erteilt und nicht mehr nur die vorläufige Aufnahme gewährt werden kann.

3.2 Mit dem Inkrafttreten von Art. 14 AsylG in seiner heutigen Form am 1. Januar 2007 wurde aArt. 33 der Asylverordnung 1 vom 11. August 1999 über Verfahrensfragen (AsylV 1, AS 2006 4739) geändert, der

Kriterien zur Beurteilung des schwerwiegenden persönlichen Härtefalles aufführte. Dieser Kriterienkatalog hatte bis zum Inkrafttreten des Ausländergesetzes und seiner Verordnungen am 1. Januar 2008 Bestand. Neu finden sich die Kriterien, welche bei der Beurteilung eines schwerwiegenden persönlichen Härtefalles zu berücksichtigen sind, in Art. 31 der Verordnung vom 24. Oktober 2007 über Zulassung, Aufenthalt und Erwerbstätigkeit (VZAE, SR 142.201).

3.3 Art. 14 AsylG regelt das Verhältnis zwischen ausländerrechtlichem Verfahren und Asylverfahren. Als Grundsatz hält Abs. 1 fest, dass ab Einreichung des Asylgesuches bis zur Ausreise nach einer rechtskräftig angeordneten Wegweisung, nach einem Rückzug des Asylgesuches oder bis zur Anordnung einer Ersatzmassnahme bei nicht durchführbarem Vollzug kein Verfahren um Erteilung einer ausländerrechtlichen Aufenthaltsbewilligung eingeleitet werden kann. Hängige Verfahren um Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung werden mit dem Einreichen eines Asylgesuches gegenstandslos (Art. 14 Abs. 5 AsylG). Das Gesetz kennt jedoch auch Ausnahmen vom Grundsatz der Ausschliesslichkeit des Asylverfahrens, von denen vorliegend nur Abs. 2 von Art. 14 AsylG interessiert. Dieser ermöglicht es den Kantonen, einer ihnen nach Asylgesetz zugewiesenen Person, unter bestimmten Umständen und mit Zustimmung des BFM, eine Aufenthaltsbewilligung zu erteilen.

3.4

3.4.1 Art. 14 Abs. 2 AsylG beinhaltet ein Zustimmungsverfahren zur Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung aufgrund eines schwerwiegenden persönlichen Härtefalles. In der allgemeinen Ausländergesetzgebung sind gemäss Art. 40 Abs. 1 des Bundesgesetzes vom 16. Dezember 2005 über die Ausländerinnen und Ausländer (AuG, SR 142.20) die Kantone zuständig für die Erteilung von Aufenthaltsbewilligungen. Diese Zuständigkeit steht gemäss dieser Bestimmung unter dem Vorbehalt der Zuständigkeit des Bundesamtes unter anderem bezüglich des Zustimmungsverfahrens (Art. 99 AuG) und der Abweichungen von den Zulassungsvoraussetzungen (Art. 30 AuG). Gemäss Art. 99 AuG legt der BR fest, in welchen Fällen Kurzaufenthalts-, Aufenthalts- und Niederlassungsbewilligungen dem BFM zur Zustimmung zu unterbreiten sind (vgl. Art. 85 VZAE). Voraussetzung für die Durchführung eines solchen Zustimmungsverfahrens ist die Bereitschaft des Kantons, die Bewilligung zu erteilen. Der betroffene Ausländer hat sowohl im kantonalen Verfahren als auch im Zustimmungsverfahren vor dem BFM Parteistellung.

3.4.2 Art. 14 Abs. 2 AsylG unterscheidet sich vom geschilderten ausländerrechtlichen Verfahren hauptsächlich durch die Stellung der betroffenen Person im Verfahren und der Ausgestaltung ihrer Parteirechte. Eine dem allgemeinen Ausländerrecht unterstellte Person kann sowohl ein ordentliches Aufenthaltsverfahren als auch ein Verfahren gemäss Art. 30 Abs. 1 AuG (Ausnahme von den Zulassungsvoraussetzungen) durch Gesuch einleiten und geniesst alle Rechte in diesen Verfahren. Im Verfahren gemäss Art. 14 Abs. 2 AsylG hingegen kommt der ausländischen Person erst im Zustimmungsverfahren Parteistellung zu (Art. 14 Abs. 4 AsylG). Dieses Konzept steht im Einklang mit der in Art. 14 Abs. 1 AsylG statuierten Ausschliesslichkeit des Asylverfahrens (vgl. aber die mit Blick auf die Rechtsweggarantie gemäss Art. 29*a* der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 [BV, SR 101] geäusserte Kritik, so bspw. PETER NIDERÖST, Sans-papiers in der Schweiz, in: Peter Uebersax/Beat Rudin/Thomas Hugi Yar/Thomas Geiser [Hrsg.], Ausländerrecht, Handbücher für die Anwaltspraxis Bd. VIII, 2. Aufl., Basel 2009 [nachfolgend: Ausländerrecht], Rz. 9.43 ff. und THOMAS BAUR, Die Härtefallregelung im Asylbereich – kritische Analyse der kantonalen Praxis, in: ASYL 2/09 S. 11 ff., 13 f.). Gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung, die sich mit Art. 14 Abs. 2 AsylG befasst, ergibt sich daraus, dass es den Kantonen von Bundesrechts wegen untersagt ist, der betroffenen Person Parteirechte einzuräumen. Gegenstand des Zustimmungsverfahrens gemäss Art. 14 Abs. 2 AsylG bildet demnach die Frage, ob der Kanton ermächtigt wird, eine Aufenthaltsbewilligung zu erteilen bzw. ein Aufenthaltsverfahren durchzuführen (vgl. dazu das Urteil des Bundesgerichts [BGer] 2C_853/2008 vom 28. Januar 2009 E. 3.1 und das Urteil des BGer 2D_90/2008 vom 9. September 2008 E. 2.1, je mit Hinweisen).

3.4.3 Das Verfahren gemäss Art. 14 Abs. 2 AsylG weist somit zwar eine ähnliche Terminologie auf wie sie sich im Ausländergesetz findet. Allerdings zeigen sich in verfahrensrechtlicher Hinsicht deutliche Unterschiede, die zum Schluss führen, es handle sich beim Zustimmungsverfahren im Asylgesetz um ein Verfahren besonderer Natur.

3.5 Gemäss Abs. 1 der Übergangsbestimmungen zur Änderung des Asylgesetzes vom 16. Dezember 2005 gilt für die im Zeitpunkt des Inkrafttretens dieser Gesetzesänderung hängigen Verfahren das neue Recht. Für das vorliegende Verfahren hat dies zur Folge, dass die zum Zeitpunkt des Urteils geltenden Kriterien für die Beurteilung, ob die Voraussetzungen für das Vorliegen eines schwerwiegenden persönlichen Härtefalles gegeben sind, beizuziehen sind (Art. 14 Abs. 2 AsylG i. V. m. Art. 31 VZAE). Allerdings gilt es darauf hinzuweisen, dass zum Zeitpunkt der

Beurteilung durch die Vorinstanz Art. 31 VZAE noch nicht in Kraft getreten war, weshalb die Kriterien von aArt. 33 AsylV 1 in seiner Fassung vom 8. November 2006 (AS 2006 4739) anzuwenden waren. Wie noch zu zeigen ist, wirkt sich diese Änderung der Ausführungsbestimmungen materiell jedoch nicht aus (vgl. E. 5).

4.

4.1 Gemäss Art. 14 Abs. 2 AsylG kann der Kanton mit Zustimmung des BFM einer ihm nach dem Asylgesetz zugewiesenen Person eine Aufenthaltsbewilligung erteilen, wenn die betroffene Person sich seit Einreichung des Asylgesuches mindestens fünf Jahre in der Schweiz aufhält (Bst. a), der Aufenthaltsort der betroffenen Person den Behörden immer bekannt war (Bst. b) und wegen der fortgeschrittenen Integration ein schwerwiegender persönlicher Härtefall vorliegt (Bst. c).

4.2 Vorliegend hat der Kanton Bern, gestützt auf Art. 14 Abs. 2 AsylG, dem BFM einen Antrag auf eine Härtefallregelung gestellt. In ihrer Verfügung äusserte die Vorinstanz Zweifel daran, dass eine Zustimmung nach Art. 14 AsylG in Frage steht, da diese für Personen aus dem Asylbereich gelte. Dies sei bei Personen mit rechtskräftig aufgehobener vorläufiger Aufnahme nicht der Fall, da diese Ersatzmassnahme für den nicht durchführbaren Vollzug einer Wegweisung im Ausländerrecht geregelt sei. Die Vorinstanz lässt diese Frage allerdings mit der Begründung offen, die Kriterien zur Beurteilung eines schwerwiegenden persönlichen Härtefalles gemäss Art. 13 Bst. f der Verordnung über die Begrenzung der Zahl der Ausländer vom 6. Oktober 1986 (BVO, AS 1986 1791) seien die gleichen wie bei der Beurteilung gemäss Art. 14 Abs. 2 AsylG. Die Vorinstanz äussert jedoch Zweifel am Willen des Gesetzgebers, ausländischen Personen, welche zunächst für ein Asylverfahren in die Schweiz gekommen waren und deren Anwesenheit später vorübergehend nach den Bestimmungen des Ausländerrechts geregelt war, anschliessend die Möglichkeit zu geben, sich wieder auf das Asylgesetz zu berufen.

4.2.1 Bei der vorläufigen Aufnahme handelt es sich um eine Ersatzmassnahme für eine nicht vollziehbare Weg- oder Ausweisung (aArt. 44 Abs. 2 AsylG, Art. 14*a* Abs. 1 des Bundesgesetzes über Aufenthalt und Niederlassung der Ausländer vom 26. März 1931 [ANAG, BS 1 121] bzw. heute Art. 83 Abs. 1 AuG; ANDREAS ZÜND/LADINA ARQUINT HILL, Beendigung der Anwesenheit, Entfernung und Fernhaltung, in: Ausländerrecht, Rz. 8.98; MARC SPESCHA/HANSPETER THÜR/ANDREAS ZÜND/PETER BOLZLI, Migrationsrecht, 2. Aufl., Zürich 2009, Rz. 3 zu Art. 83 AuG; NICOLAS WISARD, Les renvois et leur exécution en droit des étrangers et en droit d'asile, Basel/Frankfurt am Main 1997, S. 349). Wird diese Ersatz-

massnahme nach Wegfall des Vollzugshindernisses aufgehoben, so kann die ursprüngliche Wegweisung vollzogen werden.

4.2.2 Der Auffassung der Vorinstanz, wonach es zweifelhaft sei, dass der Gesetzgeber Art. 14 Abs. 2 AsylG auf Personen angewendet sehen wollte, deren vorläufige Aufnahme aufgehoben wurde, kann nicht gefolgt werden. Zwar handelt es sich bei der vorläufigen Aufnahme um einen (faktischen) fremdenpolizeilichen Status. Aufgrund ihrer Eigenschaft als Ersatzmassnahme muss jedoch nach ihrer Aufhebung der Zustand, wie er vor der Anordnung bestanden hat, wieder aufleben. Würde der Auffassung der Vorinstanz gefolgt, so hätte dies eine Privilegierung derjenigen ausländischen Personen im Asylbereich zur Folge, die zu irgendeinem Zeitpunkt während des Asylverfahrens vorläufig aufgenommen waren. Denn sie könnten nach der Aufhebung der vorläufigen Aufnahme jederzeit, gestützt auf das Ausländergesetz, ein Gesuch um Aufenthaltsbewilligung, insbesondere auch um eine Ausnahme von den Zulassungsbedingungen gemäss Art. 30 Abs. 1 AuG, stellen. Diese Konsequenz der Unterstellung unter das Ausländergesetz würde dem Grundgedanken der Ausschliesslichkeit des Asylverfahrens für diese Personen (Art. 14 Abs. 1 AsylG) widersprechen. Der Wechsel ins allgemeine Ausländerrecht ist somit auf die Dauer der Ersatzmassnahme beschränkt. Durch die Aufhebung der vorläufigen Aufnahme wird die aufgrund des Asylrechtes verfügte Wegweisung vollziehbar, der Betroffene ist somit wieder als abgewiesener Asylsuchender anzusehen. Dies entspricht auch dem Konzept des Asylverfahrens als ein im Verhältnis zum Ausländerrecht umfassendes Spezialverfahren, welches bis zur Ausreise dauert (vgl. Art. 14 Abs. 1 und 5 AsylG, siehe oben E. 3.3). Für diese Auffassung spricht zudem, dass die Aufhebung einer vorläufigen Aufnahme, welche im Rahmen eines Asylverfahrens verfügt wurde, durch die Asylbehörden erfolgt (vgl. insbes. aArt. 105 Abs. 1 Bst. e AsylG in der bis zum 31. Dezember 2006 geltenden Fassung [AS 1999 2262], laut der die Schweizerische Asylrekurskommission (ARK) für Beschwerden zuständig war, welche gegen die Aufhebung der nach aArt. 44 Abs. 2 und 3 AsylG angeordneten vorläufigen Aufnahme erhoben wurden; eine entsprechende Regelung findet sich auch heute in Ziffer 4 des Anhangs zum Geschäftsreglement vom 17. April 2008 für das Bundesverwaltungsgericht [VGR, SR 173.320.1]). Auch der Wortlaut von Art. 14 Abs. 2 AsylG, welcher von « einer ihm [dem Kanton] nach diesem Gesetz zugewiesenen Person » spricht, deutet auf diese Interpretation hin (vgl. dazu WALTER STÖCKLI, Asyl, in: Ausländerrecht, Rz. 11.88), nicht zuletzt dann, wenn man mit früheren Formulierungen vergleicht, wo von « Gesuchstellern » (vgl. die Rechtslage, wie sie dem Entscheid in der Verwal-

tungspraxis der Bundesbehörden 59.29 zugrunde lag) bzw. « sofern (...) noch kein rechtskräftiger Entscheid ergangen ist » (aArt. 44 Abs. 3 AsylG; vgl. AS 1999 2262) die Rede war. Aus den Beratungen des Parlamentes geht denn auch ohne Weiteres hervor, dass mit Art. 14 Abs. 2 AsylG (damals noch als Art. 14 Abs. 1bis bezeichnet) den Kantonen die Möglichkeit eingeräumt werden sollte, auch für abgewiesene Asylsuchende eine Härtefallregelung zu beantragen (vgl. AB 2005 N 1163 f.). Für die Auffassung der Vorinstanz, wonach abgewiesene Asylsuchende, welche vorübergehend vorläufig aufgenommen waren, nicht von Art. 14 Abs. 2 AsylG erfasst sein sollten, finden sich in den parlamentarischen Debatten keine Hinweise. Auch das BGer ging im erwähnten Urteil 2D_90/2008 vom 9. September 2008 E. 2.1 davon aus, dass ein früher vorläufig aufgenommener Asylsuchender von einer Regelung gemäss Art. 14 Abs. 2 AsylG nicht ausgeschlossen ist (...).

4.2.3 Die vorläufige Aufnahme des Beschwerdeführers wurde im Jahre 2003 aufgrund von aArt. 44 AsylG angeordnet. Der Beschwerdeführer ist nach Aufhebung der vorläufigen Aufnahme somit wieder als abgewiesener Asylsuchender anzusehen, der noch nicht ausgereist ist. Damit fällt er grundsätzlich unter die Ausschliesslichkeitsregelung von Art. 14 Abs. 1 AsylG, weshalb der Anwendung der Ausnahmebestimmung von Art. 14 Abs. 2 AsylG nichts entgegensteht. Damit steht dem Kanton, entgegen der von der Vorinstanz geäusserten Zweifel, die Möglichkeit offen, in Bezug auf den Beschwerdeführer gemäss Art. 14 Abs. 2 und Abs. 3 AsylG vorzugehen.

4.3 Die Anforderungen von Art. 14 Abs. 2 Einleitungssatz und Abs. 3 AsylG sind vorliegend ebenso erfüllt, wie diejenigen von Art. 14 Abs. 2 Bst. a und b AsylG. Zu prüfen bleibt deshalb, ob aufgrund der fortgeschrittenen Integration des Beschwerdeführers ein schwerwiegender persönlicher Härtefall vorliegt (Art. 14 Abs. 2 Bst. c AsylG i. V. m. Art. 31 VZAE).

5. Zu klären ist zunächst, inwiefern bei der Beurteilung von Härtefällen gemäss Art. 14 Abs. 2 Bst. c AsylG auf die Praxis der ARK zu den damals geltenden Bestimmungen von aArt. 44 Abs. 3 AsylG und aArt. 33 AsylV 1 abgestellt werden kann.

5.1 Bereits unter der Herrschaft des bis zum 31. Juli 2001 geltenden Wortlauts des aArt. 33 AsylV 1 (AS 1999 2302) hatte die ARK in einem Grundsatzentscheid (Entscheidungen und Mitteilungen der ARK [EMARK] 2001 Nr. 10 E. 6c) festgehalten, dass mit der am 1. Oktober 1999 in Kraft getretenen Regelung, welche von einer « schwerwiegenden persönlichen Notlage » sprach, die bisherige bundesgerichtliche Praxis

zur Frage des Vorliegens eines schwerwiegenden persönlichen Härtefalles im Sinne von Art. 13 Bst. f BVO übernommen und fortgeführt werden sollte. Diese Rechtsprechung bestätigte die ARK auch für den vom 1. August 2001 bis 31. Dezember 2006 geltenden Wortlaut von aArt. 33 Abs. 1 AsylV 1 (AS 2001 1750; EMARK 2001 Nr. 25 E. 6c). Nach dem Willen des BR sollte auch die Teilrevision des Asylgesetzes am einheitlichen Begriff des Härtefalles, welcher sich auf die Rechtsprechung des BGer zu Art. 13 Bst. f BVO stützte, nichts ändern (vgl. Botschaft des BR zum AsylG/KVG/AHVG, BBl 2002 6845, hier 6856 und 6888 f.). Erst nachdem der Nationalrat der Vorlage des BR als Erstrat bereits gefolgt war, brachte die vorberatende Kommission des als Zweitrat fungierenden Ständerates den heutigen Wortlaut von Art. 14 Abs. 2 AsylG in die Debatte ein. Deshalb kann bei der Anwendung nicht unbesehen auf die Botschaft des BR abgestellt werden, welche in Bezug auf aArt. 44 Abs. 3 des Entwurfs zur Änderung des Asylgesetzes eine Weiterführung des Härtefallbegriffes vorsah. Dies insbesondere, weil der Wortlaut selbst eine Gewichtung der Kriterien enthält, die auf den ersten Blick vom Härtefallbegriff, wie er in der bisherigen Rechtsprechung entwickelt und auch vom BR in seiner Botschaft vertreten wurde, abzuweichen scheint.

5.2 Ausgangspunkt jeder Gesetzesauslegung ist der Wortlaut einer Bestimmung (vgl. für diesen auch im Verwaltungsrecht geltenden Grundsatz Art. 1 Abs. 1 des Schweizerischen Zivilgesetzbuchs vom 10. Dezember 1907 [ZGB, SR 210]). Ist der Text nicht ohne Weiteres klar und sind verschiedene Interpretationen möglich, so muss unter Berücksichtigung aller Auslegungsmethoden (grammatikalische, systematische, historische, teleologische, zeitgemässe Methode) nach seiner wahren Tragweite gesucht werden; dabei kommt es namentlich auf den Zweck der Regelung, die dem Text zu Grunde liegenden Wertungen sowie auf den Sinnzusammenhang an, in dem die Norm steht. Im Sinne eines pragmatischen Methodenpluralismus ist es abzulehnen, einzelne Auslegungsmethoden einer hierarchischen Prioritätsordnung zu unterstellen (vgl. BGE 135 V 153 E. 4.1 und BGE 135 II 78 E. 2.2; BVGE 2007/7 E. 4.1 mit weiteren Hinweisen).

5.2.1 Die grammatikalische Auslegung stellt auf Wortlaut, Wortsinn und Sprachgebrauch ab. Aus dem deutschen Wortlaut geht eine Art Zweistufigkeit hervor: Die fortgeschrittene Integration soll kausal für das Vorliegen eines Härtefalles bei der ausländischen Person sein (Art. 14 Abs. 2 Bst. c AsylG). Daraus ergibt sich, dass die fortgeschrittene Integration notwendige, aber nicht hinreichende Voraussetzung für die Zustimmung zur Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung gemäss Art. 14 Abs. 2 AsylG darstellt. Keine andere Deutung ergibt sich aus der fran-

zösischen Formulierung des Buchstabens c: « il s'agit d'un cas de rigueur grave en raison de l'intégration poussée de la personne concernée ». Der italienische Text hingegen lautet: « si è in presenza di un grave caso di rigore personale in considerazione del grado di integrazione dell'interessato ». Daraus geht nicht hervor, dass eine fortgeschrittene Integration Ausgangspunkt für eine Härtefallprüfung ist; vielmehr soll bei der Härtefallprüfung der Grad der Integration als ein Kriterium unter anderen berücksichtigt werden. Aufgrund der Entstehungsgeschichte – den eidgenössischen Räten lagen die deutsche und die französische Version vor (AB 2005 S 339, AB 2005 N 1163) – ist davon auszugehen, dass sich die Abweichung im Zuge der Übersetzung ins Italienische ergeben hat. Im deutschen und im französischen Text spiegelt sich ein Aspekt der bundesgerichtlichen Praxis zu Art. 13 Bst. f BVO wider: Das BGer hat festgehalten, dass es für die Annahme eines schwerwiegenden persönlichen Härtefalles nicht genügt, dass die ausländische Person sich während längerer Zeit in der Schweiz aufgehalten, sich in sozialer und beruflicher Hinsicht gut integriert hat, und sie sich nichts hat zu schulden kommen lassen. Vielmehr bedarf es zusätzlich einer so engen Beziehung zur Schweiz, dass es der Person nicht zugemutet werden kann, im Ausland, insbesondere in ihrem Heimatland, zu leben (BGE 130 II 39 E. 3; BVGE 2007/45 E. 4.2). Vor diesem Hintergrund und mit Blick auf den italienischen Wortlaut besteht kein Anlass zur Annahme, der Gesetzgeber habe von der bisherigen Praxis zur Beurteilung des schwerwiegenden persönlichen Härtefalles abweichen wollen.

5.2.2 Bei der systematischen Betrachtung wird der Sinn der Rechtsnorm bestimmt durch ihr Verhältnis zu anderen Rechtsnormen und durch den systematischen und logischen Zusammenhang. Art. 14 AsylG befasst sich mit dem Verhältnis zwischen Asylrecht und dem allgemeinen Ausländerrecht. Art. 14 Abs. 2 AsylG stellt eine Ausnahme zum Grundsatz der Ausschliesslichkeit des Asylverfahrens dar (vgl. Art. 14 Abs. 1 AsylG sowie oben E. 3.3) und ermöglicht eine Regelung des Aufenthaltsstatus gemäss Ausländergesetz. Zudem gehört Art. 14 Abs. 2 AsylG aufgrund seines Inhaltes zu einer Gruppe von Bestimmungen, die sich im Ausländergesetz findet und die für mehrere Kategorien von ausländischen Personen Regelungen vorsieht, die auf die besonders schwierige Lage Einzelner abstellen (vgl. z. B. Art. 30 Abs. 1 Bst. b AuG, Art. 50 Abs. 1 Bst. b AuG, Art. 84 Abs. 5 AuG). Die Erwähnung des Härtefalles legt insbesondere nahe, dass ein Zusammenhang zu Art. 30 Abs. 1 Bst. b AuG besteht, welcher eine Abweichung von den Zulassungsvoraussetzungen bei Vorliegen schwerwiegender persönlicher Härtefälle vorsieht. Von seiner Stellung und Aufgabe her soll Art. 14 Abs. 2 AsylG die Härte-

fallregelung im Ausländerrecht ergänzen (so auch BAUR, a. a. O., S. 11), von der ausländische Personen im Asylverfahren aufgrund von Art. 14 Abs. 1 AsylG generell ausgeschlossen sind. Auch dieser Aspekt spricht dafür, dass eine Weiterführung der bisherigen Praxis zur Beurteilung, ob ein schwerwiegender persönlicher Härtefall vorliegt, gewollt war.

5.2.3 Die historische Auslegung stellt auf den Sinn und Zweck ab, den man einer Norm zur Zeit ihrer Entstehung gab. Insbesondere bei jungen Erlassen, wie dem vorliegenden, muss dem Willen des Gesetzgebers grosses Gewicht beigemessen werden, wobei eine Abgrenzung zur teleologischen Auslegung, die auf den Regelungszweck abstellt, wegen des erst vor kurzer Zeit in Kraft getretenen Ausländergesetzes vorliegend kaum möglich ist. Es gilt somit insgesamt, die mit der Norm verbundene Zweckvorstellung (die sogenannte ratio legis) zu ermitteln. Die Entstehungsgeschichte von Art. 14 Abs. 2 AsylG zeigt, dass die Unzufriedenheit von manchen Kantonen und dem Nationalrat mit der vom BR vorgeschlagenen Lösung dazu führte, den heute geltenden Wortlaut in die Beratungen der staatspolitischen Kommission des Ständerates, der als Zweitrat fungierte, einzubringen (vgl. E. 3.1). Aus den Diskussionen in der Kommission geht hervor, dass es nicht als sinnvoll erachtet wurde, im Ausländerrecht und im Asylrecht zwei verschiedene Härtefallbegriffe zu haben. Es müssten die gleichen Voraussetzungen gelten. Entscheidend müsse der Grad der erfolgten beruflichen und sozialen Integration sein. Ferner wurde auf die vom BGer aufgestellten, einheitlichen Kriterien für Personen, die unter das Ausländerrecht und solche, die unter das Asylrecht fallen, hingewiesen. Bemerkenswert ist, dass die Parlamentarier in den Kommissionen davon ausgegangen sind, dass es sich bei den ausländischen Personen, für die eine Härtefallregelung in Frage kommen sollte, immer um sehr gut integrierte handle (Staatspolitische Kommission des Ständerats, Protokoll der Sitzung vom 3. Februar 2005 S. 18 ff.; Staatspolitische Kommission des Nationalrats, Protokoll der Sitzung vom 23./24. Juni 2005 S. 1 ff.). Auch aus den Voten in den parlamentarischen Debatten ergibt sich kein anderes Bild (AB 2005 S 339 ff., AB 2005 N 1164). Auch aus diesem Blickwinkel wird deutlich, dass der Wortlaut von Art. 14 Abs. 2 AsylG nicht zu einem neuen Härtefallbegriff führen sollte.

5.2.4 Als Ergebnis kann festgehalten werden, dass sowohl aufgrund der grammatikalischen und der systematischen als auch der historischen bzw. teleologischen Methode davon auszugehen ist, dass mit der Formulierung von Art. 14 Abs. 2 Bst. c AsylG kein vom Ausländerbereich abweichender Härtefallbegriff geschaffen werden sollte. Der Wortlaut des deutschen und des französischen Gesetzestextes ist zum einen aus der

bundesgerichtlichen Rechtsprechung heraus zu verstehen (vgl. E. 5.2.1); zum anderen wird er nachvollziehbar, betrachtet man die Diskussionen in den parlamentarischen Kommissionen: Ausgehend von Einzelfällen, die Beachtung in den Medien fanden, weil sich die Gemeinden, Nachbarn und Schulkameraden gegen den Vollzug der Wegweisung gut integrierter Familien wehrten, wurde es als stossend bezeichnet, dass es keine Möglichkeit gebe, diesen Personen ein Bleiberecht zu verschaffen. Gleichzeitig wurde aber immer wieder auf die Regelung verwiesen, die sich bereits im Ausländerbereich findet. Es ist daher davon auszugehen, dass die Aufnahme einer Härtefallregelung ins Asylgesetz eine Lücke schliessen sollte, welche durch die Ausschliesslichkeit des Asylverfahrens entstanden ist; dabei sollte aber die Regelung des Ausländerrechts als Vorbild dienen. Diesem Gedanken ist der Verordnungsgeber gefolgt, indem er im Untertitel von Art. 31 VZAE festhielt, dieser solle auch auf Art. 14 AsylG angewendet werden.

5.3 Somit ergibt sich, dass es keine Hinweise darauf gibt, wonach das Parlament beabsichtigt hätte, im Asylrecht eine von dem im Kontext des Ausländerrechts entwickelten Härtefallbegriff abweichende Regelung zu treffen.

6.

6.1 Im Zusammenhang mit der Begrenzungsverordnung ging die Praxis davon aus, dass sich aus dem Verordnungstext sowie aufgrund des Ausnahmecharakters der Bestimmung ergebe, dass die Voraussetzungen zur Anerkennung eines Härtefalles restriktiv zu handhaben seien (BGE 130 II 39 E. 3, BGE 124 II 110 E. 2, BGE 119 Ib 33 E. 3c; BVGE 2007/45 E. 4.2). Der Wortlaut von Art. 14 Abs. 2 AsylG und seine Stellung (Ausschliesslichkeit des Asylverfahrens, vgl. oben E. 3.3) machen deutlich, dass auch dieser Bestimmung Ausnahmecharakter zukommen soll.

6.2 Gemäss der bisherigen Praxis zum Härtefallbegriff, die vornehmlich im Zusammenhang mit Art. 13 Bst. f BVO entwickelt wurde, muss der Betroffene sich in einer persönlichen Notlage befinden. Das bedeutet, dass seine Lebens- und Existenzbedingungen, gemessen am durchschnittlichen Schicksal von ausländischen Personen in einer vergleichbaren Situation, in gesteigertem Masse in Frage gestellt sind bzw. die Verweigerung einer Ausnahme von den Zulassungsvoraussetzungen für ihn schwere Nachteile zur Folge hätte. Dabei ist jeder Fall individuell, aufgrund der Gesamtumstände im Hinblick darauf zu prüfen, ob eine Rückkehr des Betroffenen in sein Heimatland seine Existenz in gesteigertem Masse in Frage stellen und insofern eine besondere Härte

darstellen würde (vgl. BGE 130 II 39 E. 3, BGE 124 II 110 E. 2; BVGE 2007/45 E. 4.2, BVGE 2007/16 E. 5.2 mit Hinweisen; EMARK 2001 Nr. 10 E. 6d mit Hinweisen). Aus der Pflicht zur Einzelfallprüfung folgt, dass die vom BGer benannten und heute in Art. 31 Abs. 1 VZAE aufgeführten Kriterien weder einen abschliessenden Katalog darstellen noch sämtliche Kriterien kumulativ erfüllt sein müssen (vgl. in diesem Sinne auch EMARK 2001 Nr. 10 E. 7c). Insbesondere ist der speziellen Situation von Personen, welche sich im Asylverfahren befinden oder befanden, Rechnung zu tragen (vgl. BGE 123 II 125 E. 3). Allerdings ist nur dann von einem Härtefall auszugehen, wenn die Beziehungen zur Schweiz derart eng sind, dass von der ausländischen Person nicht verlangt werden kann, ihr Leben in einem anderen Land, insbesondere in ihrem Heimatland, weiterzuführen (vgl. BGE 130 II 39 E. 3, BGE 124 II 110 E. 2). Eine langdauernde Anwesenheit und eine gute Integration sowie ein klagloses Verhalten begründen für sich allein betrachtet keinen persönlichen Härtefall. Ebensowenig genügt es für die Annahme eines persönlichen Härtefalles, wenn die während des Aufenthaltes in der Schweiz geknüpften beruflichen, freundschaftlichen und nachbarschaftlichen Beziehungen aufgegeben werden müssen (BGE 130 II 39 E. 3 mit Hinweisen).

7.

7.1 Der Beschwerdeführer stammt aus Serbien und reiste im Alter von 23 Jahren in die Schweiz ein, wo er am 21. Juni 2000 ein Asylgesuch einreichte. Nach Auskunft der kantonalen Behörde hat der Beschwerdeführer sich « bestens integriert ». Er spreche gut Deutsch, treibe in verschiedenen Vereinen Sport, verkehre mit Schweizern, habe sich einen stabilen Freundeskreis aufgebaut und verdiene sich seinen Lebensunterhalt seit dem 1. März 2005 selbst. Der Beschwerdeführer geniesse einen einwandfreien Leumund und habe nie Anlass zu Klagen gegeben.

In beruflicher Hinsicht wird dem Beschwerdeführer von seinem Arbeitgeber ein sehr gutes Zeugnis ausgestellt. Gemäss dessen Angaben könnten die Kenntnisse, welche für die Arbeit (...) benötigt würden, nur in der Praxis erworben werden. Der Beschwerdeführer habe sich innerhalb kurzer Zeit die für seine Arbeit notwendigen Kenntnisse angeeignet und sei für seinen Arbeitgeber zu einer wichtigen Stütze geworden. Aus diesem Grund könne die Firma auf den Beschwerdeführer nicht verzichten, nicht zuletzt auch, weil der Geschäftsführer selbst aufgrund von gesundheitlichen Problemen (u. a. mit dem Rücken) seit Anfang 2007 nur beschränkt einsatzfähig sei. In dieser Zeit habe der Beschwerdeführer die Stellvertretung für den Geschäftsführer wahrgenommen.

7.2 In der Beschwerdeschrift wird einerseits auf die gute Integration des Beschwerdeführers in der Schweiz hingewiesen. Andererseits wird geltend gemacht, die Wegweisung führe zu einem schwerwiegenden persönlichen Härtefall gemäss Art. 14 Abs. 2 AsylG, weil der Arbeitgeber auf den Beschwerdeführer nicht verzichten könne.

7.3 Der Beschwerdeführer hat sich in den gut neun Jahren seiner Anwesenheit in der Schweiz offenbar in sozialer und, seit seiner Arbeitsaufnahme im Jahre 2005, auch in wirtschaftlicher Hinsicht gut in der Schweiz eingegliedert (vgl. Art. 31 Abs. 1 Bst. a und d VZAE). Dies weist zwar auf eine gute Integration hin, vermag jedoch allein, wie oben in E. 6.2 ausgeführt, noch keinen Härtefall zu begründen. Auch aus der geltend gemachten Abhängigkeit des Arbeitgebers vom Beschwerdeführer kann nicht auf einen schwerwiegenden persönlichen Härtefall gemäss Art. 14 Abs. 2 AsylG geschlossen werden. Die schwerwiegende persönliche Härte muss in der Regel bei der betroffenen ausländischen Person entstehen, falls sie die Schweiz verlassen müsste. Dass der schwerwiegende persönliche Härtefall bei einer Drittperson eintreten würde, ist nur in seltenen Ausnahmen überhaupt denkbar. In analoger Anwendung der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zu Art. 8 der Konvention vom 4. November 1950 zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK, SR 0.101) wird von dieser Regel praxisgemäss nur dann abgewichen, wenn ein in der Schweiz lebender Angehöriger ein gefestigtes Anwesenheitsrecht hat und in einem besonderen Abhängigkeitsverhältnis zur gesuchstellenden Person steht bzw. eine besonders enge persönliche und affektive Beziehung zu dieser unterhält (vgl. Urteil des BVGer C-377/2006 vom 11. Dezember 2008 E. 5.3 mit Hinweisen). Eine solche Beziehung ist vorliegend nicht erkennbar, nicht zuletzt auch deshalb, weil der Beschwerdeführer bei einer juristischen Person angestellt ist. Die Frage, ob der Beschwerdeführer tatsächlich eine derart spezialisierte Tätigkeit ausübt, die ihn objektiv für den Arbeitgeber unersetzlich macht, kann im vorliegenden Verfahren nicht beurteilt werden. Vielmehr müsste sie im Rahmen eines ordentlichen Bewilligungsverfahrens durch die kantonale Arbeitsmarktbehörde geprüft werden (Art. 40 Abs. 2 AuG i. V. m. Art. 83 und Art. 88 VZAE; vgl. auch das Urteil des BVGer C-590/2006 vom 17. Juli 2008 E. 8.5).

7.4 Was die Dauer des Aufenthaltes in der Schweiz anbelangt, so ist diese nicht als besonders lang einzuschätzen. Der Beschwerdeführer ist vor etwa neun Jahren als 23jähriger junger Erwachsener in die Schweiz gekommen. Er hat somit den grössten Teil seines Lebens, welcher für die Sozialisierung wichtige Phasen umfasst, in seiner Heimat Serbien verbracht. Die Rückkehr in seinen Herkunftsstaat erscheint von diesem

Aspekt her nicht mit besonderen Schwierigkeiten verbunden. Dass dem Beschwerdeführer bei seiner Rückkehr Repressionen wegen seiner Desertion und seiner Tätigkeit als Boxer drohen könnten, wurde bereits im Rahmen des Verfahrens betreffend die Aufhebung der vorläufigen Aufnahme verneint. Bei dieser Gelegenheit wurde auch das Vorliegen eines schwerwiegenden persönlichen Härtefalles verneint (Entscheid der ARK vom 4. Juli 2006 E. 5.4). Das BVGer sieht keinen Grund, auf diese Beurteilung zurückzukommen, da nicht ersichtlich ist, dass sich an der Situation seit der Aufhebung der vorläufigen Aufnahme etwas geändert hätte.

Zudem wurde dem Beschwerdeführer am 8. Dezember 2006 eine finanzielle Rückkehrhilfe für das am 27. November 2006 eingereichte Projekt (Taxi-Fahrer in seiner serbischen Heimatstadt) zugesichert. Zu diesem Zeitpunkt war er offenbar willens, in seine Heimat zurückzukehren. Die Rückreise sollte schliesslich am 9. August 2007 erfolgen, wurde jedoch nach dem kantonalen Entscheid, beim BFM ein Härtefallgesuch einzureichen, ausgesetzt.

7.5 Schliesslich ergibt sich aus den Akten nichts, das auf derart enge Beziehungen zur Schweiz schliessen liesse, dass vom Beschwerdeführer nicht verlangt werden könnte, sein Leben in einem anderen Land, insbesondere in seinem Heimatland, weiterzuführen (E. 6.2). Dass eine Schwester des Beschwerdeführers in der Schweiz lebt (vgl. den Sachverhalt im Urteil der ARK vom 4. Juli 2006 Bst. D), wird auf Beschwerdeebene zu Recht nicht als Grund für das Vorliegen eines schwerwiegenden persönlichen Härtefalles geltend gemacht. Ebensowenig spricht die vom Beschwerdeführer und seinem Arbeitgeber geltend gemachte Tatsache, dass der Beschwerdeführer eine im Jahre 2007 geborene Tochter habe, welche mit ihrer Mutter, einer Kroatin, im Ausland lebe, für einen schwerwiegenden persönlichen Härtefall, sollte der Beschwerdeführer die Schweiz verlassen müssen.

7.6 Aus diesen Erwägungen geht hervor, dass beim Beschwerdeführer kein schwerwiegender persönlicher Härtefall vorliegt, wenn er die Schweiz verlassen muss. Dass der Arbeitgeber, verliert er den Beschwerdeführer, möglicherweise in eine schwierige Situation gerät, kann im vorliegenden Verfahren nicht berücksichtigt werden.