

CH_VB JAAC 70.71 vom 7. März 2006

Bundesverwaltung, 2006-03-07, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ch_vb_JAAC_70.71__

FR: CH_VB JAAC 70.71 du 7 mars 2006

IT: CH_VB JAAC 70.71 del 7 marzo 2006

Erwägungen

E. 8

Schliesslich ist darauf hinzuweisen, dass die Gatten nur bei Anerkennung der Ehe beziehungsweise im gegebenenfalls auf die Anerkennung folgenden Aufhebungsverfahren von den gesetzlich vorgesehenen Eheschutzmassnahmen profitieren können (Art. 171 ff., insbesondere Art. 176 ZGB beziehungsweise Art. 137 in Verbindung mit Art. 110 ZGB). Diese Massnahmen erlauben es den zuständigen Behörden, der Schutzbedürftigkeit eines Gatten differenziert und fallbezogen gerecht zu werden, was in Ehen, die grundsätzlichen Erwartungen der schweizerischen Rechtsordnung nicht genügen, von besonderer Bedeutung sein kann. Auch in dieser Hinsicht erweist sich die Anerkennung der Ehe als die in der Regel angemessene Lösung (vgl. Siehr, Kommentar, a.a.O., Rz. 12 zu Art. 45). 4.6. Das Bundesgericht hat die vorliegend interessierende Frage nach der grundsätzlichen Vereinbarkeit der in Stellvertretung geschlossenen Ehe mit dem schweizerischen Ordre Public atténué bisher offen gelassen. Im zu beurteilenden Fall (vgl. Pra 86 [1997] Nr. 11, S. 48 ff.) trat die Braut selbst als Vertreterin des Bräutigams auf und wies sich zudem mit einer Vollmacht aus, die sie sich selbst ausgestellt und mit der gefälschten Unterschrift des Bräutigams versehen hatte. Die Anerkennung einer solchermaßen geschlossenen Ehe verstösst jedenfalls, so das Bundesgericht, gegen den schweizerischen Ordre Public. Die nahe liegende Frage, ob eine solche Ehe nach dem anwendbaren (bosnisch-herzegowinischen) Recht überhaupt gültig gewesen wäre und sich deshalb eine Prüfung der Vereinbarkeit mit dem Ordre Public erübrigt hätte, konnte das Bundesgericht aus verfahrensrechtlichen Überlegungen nicht beantworten. Die Auslegung ausländischen Rechts ist Sachfrage, welche der Überprüfung durch das Bundesgericht unter dem Vorbehalt offensichtlicher Mängel entzogen ist (vgl. Siehr, a.a.O., S. 26). In einem neueren Entscheid zum Scheidungsrecht (Urteil der II. Zivilkammer vom 26. Januar 2005, 5A.26/2004, auszugsweise zitiert in: Schweizerische Zeitschrift für internationales und europäisches Recht [SZIER/RSDIE] 2/2005, S. 357 ff.) präziserte das Bundesgericht die formalen Anforderungen, denen eine Vollmacht im Rahmen der Anerkennung eines ausländischen Scheidungsurteils zu genügen hat. Demnach verstösst ein Scheidungsurteil nicht gegen den Ordre Public atténué, wenn es in Abwesenheit eines Gatten gestützt auf eine Vollmacht ergeht, aus der sich der Scheidungswille klar ergibt. Die Gewissheit über den Willen sei zwar durch die persönliche Anhörung und nachfolgende schriftliche Bestätigung, wie sie das schweizerische Scheidungsrecht vorsehe, optimal gewährleistet. Dies bedeute indessen nicht, dass der Wille nicht auch auf andere Weise klar zum Ausdruck kommen könne. Demnach ist eine im Ausland erfolgte Scheidung in der Schweiz anzuerkennen, wenn aufgrund der Akten der Scheidungswille beider Ehegatten klar dokumentiert ist und sich das Scheidungsgericht vom Scheidungswillen durch die Vollmacht hinreichend sicher überzeugen konnte. 4.7. Die ARK hat sich bisher in unveröffentlichten Urteilen mit der Vereinbarkeit einer durch Stellvertreter geschlossenen

Ehe mit dem schweizerischen Ordre Public auseinandergesetzt. Sie kam unter anderem gestützt auf eine Auskunft des Eidgenössischen Amtes für Zivilstandswesen vom 19. Januar 2005 zum Schluss, dass solche Ehen nicht grundsätzlich gegen den Ordre Public verstossen. Das Vorliegen einer gültigen Vollmacht sei Grundvoraussetzung einer Anerkennung, wobei dem Inhalt der Vollmacht für die Frage, ob der Ordre Public verletzt sei, entscheidende Bedeutung

E. 9

zukomme; Blankovollmachten seien unzulässig. Eine Verletzung des Ordre Public wäre somit anzunehmen, wenn die Ehe aufgrund einer ungültigen oder Blankovollmacht geschlossen worden wäre. Bestand und Inhalt der Vollmacht könnten anhand von Indizien festgestellt werden. Die grundsätzliche Anerkennung von im Ausland durch Stellvertreter geschlossenen Ehen rechtfertigt sich mit Blick auf den Art. 45 IPRG zugrunde liegenden Grundsatz des favor matrimonii (vgl. oben E. 4.2.). Nach dem Willen des Gesetzgebers ist entscheidend, dass sich die Gatten kraft der Eheschliessung im Ausland als Gatten verstehen und sich als solche berechtigt und verpflichtet fühlen. Die Nachachtung dieses Grundsatzes erfordert, dass im Sinne der oben dargelegten Relativität des innerstaatlichen Rechts akzeptiert wird, dass die Ehe abhängig von den kulturellen und gesellschaftlichen Gegebenheiten verschiedene Funktionen haben kann und dass Grundsätze, die im schweizerischen Recht selbstverständlich sind, nicht universell gelten. Die schweizerische Privatrechtsordnung legt grossen Wert auf das Individuum und dessen Willen. Sie hat die Eheschliessung dementsprechend als höchstpersönliches Recht ausgestaltet, bei dessen Wahrnehmung sich der Einzelne nicht vertreten lassen darf, auf das er aber verzichten kann (vgl. zur Vertretungsfeindlichkeit der Eheschliessung im schweizerischen Recht statt vieler A. Koller, in: T. Guhl, Das Schweizerische Obligationenrecht, 9. Aufl., Zürich, 2000, Rz. 11 zu § 18). Demgegenüber scheint im islamischen Kulturkreis die gesellschaftliche Bedeutung der Ehe im Vordergrund zu stehen. Ihr wesentliches Ziel ist die Zeugung von Nachkommen und ihre Eingehung wird als Verpflichtung gegenüber Gott und der Gesellschaft verstanden (vgl. Büchler, a.a.O., S. 26). Diese unterschiedliche Bewertung von Natur und Zweck der Ehe hat Auswirkungen auf die formellen Anforderungen an deren Zustandekommen. Wenn, wie im vorliegend interessierenden islamischen Kontext, unter Umständen neben den Brautleuten ein weiterer Personenkreis berechnete Interessen an Partnerwahl, Zeitpunkt und Bedingungen der Eheschliessung hat, erscheint es auch konsequent, dass die Eheschliessung nicht als absolut höchstpersönliches Recht verstanden wird und dass andere, den Brautleuten nahe stehende Personen diese vertreten können. Wenn keine Anzeichen erkennbar sind, dass die Brautleute die herrschenden Auffassungen von der Ehe und deren Zustandekommen ablehnen, kann davon ausgegangen werden, dass sie sich kraft der durch Stellvertreter geschlossenen Ehe als Gatten verstehen, sofern die Vertreter getreu ihrem Willen gehandelt haben und gehörig bevollmächtigt waren. Bezüglich der Form der Vollmacht kann auf die vom Bundesgericht zum internationalen Scheidungsrecht erarbeiteten Grundsätze zurückgegriffen werden, nach denen die Vollmacht als ausreichend gilt, wenn aufgrund der Akten der Ehewille klar ersichtlich ist und sich die mit der Eheschliessung betraute Person von diesem Willen überzeugen konnte. Offensichtlich Ordre Public-widrig sind Blankovollmachten, welche sich auf das Eingehen der Ehe mit einer beliebigen Person beziehen. Sind diese Voraussetzungen erfüllt, steht der schweizerische Ordre Public der Anerkennung der Ehe grundsätzlich nicht entgegen. Dies gilt umso mehr, als dass einzig die Ehe als vorbestehendes Rechtsverhältnis Gegenstand der Anerkennung ist und dass mit der Anerkennung keineswegs eine billigende Wertung

abstrakter Normen des ausländischen Rechts vorgenommen wird.

E. 10

Ausländische Normen sind nie Gegenstand der Prüfung nach Art. 27 Abs. 1 IPRG, sondern ausschliesslich das Resultat im konkreten Einzelfall (vgl. oben E. 4.2.). Zusammenfassend kann somit festgehalten werden, dass die in Stellvertretung geschlossene Ehe nicht offensichtlich gegen den schweizerischen Ordre Public verstösst, wenn sich die Gatten kraft der Eheschliessung im Ausland als verheiratet verstehen und die Stellvertreter gehörig bevollmächtigt waren. Das erste Kriterium wird regelmässig erfüllt sein, wenn die Eheleute gemeinsam in der Schweiz ein Asylgesuch stellen und sich als Ehepaar zu erkennen geben. Ist dagegen, wie vorliegend, die Einreisebewilligung für einen der Gatten Gegenstand des Verfahrens, ist nach Massgabe der Umstände des Einzelfalls zu entscheiden. Die Behörde hat sich zu vergewissern, ob der nachziehende Gatte sich als verheiratet versteht, weiss, dass die Ehe im Ausland gelebt werden wird, und dies billigt. Sie ist in diesem Rahmen frei, die ihr tauglich erscheinenden Beweismassnahmen anzuordnen, wobei schriftliche Auskünfte des nachziehenden Gatten beziehungsweise eine Anhörung durch die schweizerische Vertretung im Heimatstaat im Vordergrund stehen dürften (Art. 12 Bst. b des Bundesgesetzes vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren [VwVG], SR 172.021; Art. 41 AsylG). Bezüglich des zweiten Kriteriums, der gehörigen Vollmacht, kann im Wesentlichen auf die Grundsätze, welche das Bundesgericht erarbeitet hat, zurückgegriffen werden (vgl. oben E. 4.6.). Demnach muss der Vollmacht im Sinne einer inhaltlichen Mindestanforderung konkret entnommen werden können, mit welcher Person der Vollmachtgeber die Ehe eingehen will. Blankovollmachten zur Auswahl einer beliebigen Person zwecks Eheschliessung wären offensichtlich Ordre Public-widrig. Formale Mindestanforderungen an die Vollmacht lassen sich dem schweizerischen Ordre Public nicht entnehmen. Die Vollmacht hat als gehörig zu gelten, wenn ihr Inhalt im Sinne der eben dargelegten Mindestanforderungen aufgrund der Akten klar erkennbar ist. 4.8. Der Beschwerdeführer wurde anlässlich seiner Trauung durch seinen Vater vertreten. Die Vollmacht wird in der Übersetzung der Urkunde vom 23. Januar 2004 als «Generalvollmacht» beschrieben, ohne dass weitergehende Rückschlüsse auf deren Inhalt gezogen werden können. Nach den übereinstimmenden Aussagen des Beschwerdeführers und seines Vaters erfolgten speziellen Anweisungen im Hinblick auf die Trauung telefonisch. Zweifel über die Person der Braut des Beschwerdeführers haben nie bestanden, da der Beschwerdeführer und A.A. bereits vor dessen Flucht verlobt wurden. Auch in diesem Punkt stimmen die Aussagen aller Beteiligten überein. A.A. hatte überdies gegenüber der schweizerischen Vertretung erklärt, im Rahmen der Vorbereitung zur Trauung habe der Vater des Beschwerdeführers sich beim zuständigen Notar erkundigt, ob die Vollmacht für eine Eheschliessung ausreiche. Hieraus wird ersichtlich, dass die Beteiligten sich mit der grundsätzlichen Problematik der Bevollmächtigung auseinandergesetzt und professionellen Rat in Anspruch genommen haben. Unter diesen Umständen ist in Anwendung der oben dargelegten Grundsätze aus den Akten klar erkennbar, dass der Vater des Beschwerdeführers gehörig bevollmächtigt war, den Beschwerdeführer bei der Trauung mit A.A. zu vertreten.

E. 11

A.A. erklärte gegenüber der schweizerischen Vertretung in Kairo ausdrücklich, der Beschwerdeführer sei ihr Verlobter und seit dem Jahr 2004 ihr Ehemann. Sie wisse, dass er in der Schweiz lebe und stehe in E-Mail-Kontakt mit ihm. Sie sei sich bewusst, dass in der

Schweiz ein Verfahren betreffend einer Einreisebewilligung zu ihren Gunsten hängig sei, und es entspreche ihrem Willen, zumindest eine Weile lang in der Schweiz zu leben. Sie scheint diesen Entscheid unter Berücksichtigung allfälliger Probleme getroffen zu haben, die sich mit Bezug auf ihr Studium in Ägypten und auf ihre fehlenden Kenntnisse der schweizerischen Landessprachen stellen könnten. Insgesamt kann festgestellt werden, dass sich A.A. als mit dem Beschwerdeführer verheiratet versteht und bereit ist, als dessen Gattin in der Schweiz zu leben. Da weder der Beschwerdeführer noch A.A. Schweizer Bürger sind und die Wohnsitznahme letzterer in der Schweiz erst Gegenstand des vorliegenden Verfahrens ist, kommt Art. 45 Abs. 2 IPRG nicht zur Anwendung. Weitere Anhaltspunkte für eine offensichtliche Verletzung des schweizerischen Ordre Public sind nicht erkennbar, so dass die Ehe des Beschwerdeführers mit A.A. für die Belange des vorliegenden Verfahrens anzuerkennen ist. 5. 5.1. Die ARK hatte bis anhin noch keine Gelegenheit, sich zur Frage der Vereinigung von Familien vorläufig aufgenommener Flüchtlinge nach geltendem Recht zu äussern. Der Grundsatzentscheid EMARK 1999 Nr. 10, in dem die ARK im Wesentlichen festgehalten hatte, vorläufig aufgenommene Flüchtlinge könnten sich zur Familienvereinigung nicht auf das Asylgesetz berufen, beruht auf dem alten AsylG vom 5. Oktober 1979 [AS 1980 718], auf der alten AsylV 1 vom 22. Mai 1991 [AS 1991 1138] und auf der ebenfalls aufgehobenen Verordnung über die vorläufige Aufnahme von Ausländern vom 25. November 1987 [AS 1987 1669]. Nach den damals geltenden Bestimmungen hatten vorläufig aufgenommene Flüchtlinge keinen Anspruch auf Familienvereinigung. Entsprechende Gesuche waren in Anwendung der Bestimmungen der Verordnung vom 6. Oktober 1986 über die Begrenzung der Zahl der Ausländer (BVO, SR 823.21) an die kantonalen Behörden zu richten, welche nach freiem Ermessen entscheiden konnten. Die ARK erklärte sich für unzuständig für die Behandlung von Beschwerden in diesem Rechtsbereich. Für eine einlässliche Erörterung des alten Rechts kann auf den genannten Entscheid EMARK 1999 Nr. 10 verwiesen werden. Für das vorliegende Verfahren, welches nach dem aktuellen AsylG vom 26. Juni 1998 zu beurteilen ist, können dem genannten Entscheid keine relevanten Erkenntnisse entnommen werden. Es gilt indessen darauf hinzuweisen, dass EMARK 1999 Nr. 10 auch in der neueren Literatur zitiert wird und die damals erarbeiteten Grundsätze auf das geltende Recht für anwendbar erklärt werden (vgl. beispielsweise W. Stöckli, in: Uebersax/ Münch/Geiser/Arnold [Hrsg.], Handbücher für die Anwaltspraxis, Band VIII, Ausländerrecht, Basel u.a., 2002, § 8 Asyl, Rz. 8.82; M. Gattiker, Das Asyl- und Wegweisungsverfahren, Bern, 1999, S. 123). Dies ist - wie im Folgenden zu zeigen sein wird - nicht zutreffend (vgl. auch BGE 126 II 335). 5.2. Die Vorinstanz berief sich zur Begründung der angefochtenen Verfügung vom 1. Juli 2004 auf Art. 39 AsylV 1, welcher gestützt auf die Delegationsnorm von Art. 51 Abs. 5 AsylG erlassen wurde. Nach dieser Bestimmung regelt der Bundesrat die Voraussetzungen für eine Familienvereinigung in der

E. 12

Schweiz für Flüchtlinge, die vorläufig aufgenommen worden sind. Art. 39 AsylV 1 ist demnach eine unselbständige, gesetzesvertretende Verordnung und als solche für die rechtsanwendenden Behörden nach Art. 191 BV massgeblich, soweit sie den von der Delegationsnorm abgesteckten Rahmen nicht sprengt. Überdies muss die Verordnung verfassungsmässig sein, es sei denn, die Delegationsnorm habe den Bundesrat ausdrücklich zum Erlass einer verfassungswidrigen Verordnung ermächtigt (vgl. P. Tschannen, Staatsrecht der Schweizerischen Eidgenossenschaft, Bern, 2004, §8 Rz. 12 ff., § 27 Rz. 19 ff.; Auer/Malinverni/Hottelier, Droit constitutionnel suisse, volume 1, L'Etat, Bern, 2000,

Rz. 1507 ff.). Wird dem Bundesrat in der Delegationsnorm, wie vorliegend, ein weiterer Spielraum eingeräumt, ist dieser von den gerichtlichen Behörden zu respektieren (BGE 123 II 472, E. 4a, S. 475 f.). Im Folgenden ist zunächst zu ermitteln, in welchem Rahmen dem Bundesrat die Kompetenz zur Rechtsetzung eingeräumt wurde. Hierbei finden die traditionellen Auslegungsmethoden Anwendung (vgl. EMARK 1996 Nr. 18, E. 5c, S. 174 f. = VPB 61.4). Die Bedeutung von Art. 51 Abs. 5 AsylG ist demnach ausgehend von seinem Wortlaut (grammatikalische Auslegung) aufgrund seiner systematischen Stellung im Gesetzestext und der Rechtsordnung (systematische Auslegung), des Willens des Gesetzgebers, soweit ein solcher erkennbar ist (historische Auslegung), des Normverständnisses zum Zeitpunkt der Auslegung (geltungszeitliche Auslegung) sowie seines Zweckes (teleologische Auslegung) auszulegen. Im Sinne des Methodenpluralismus sind diese Methoden grundsätzlich gleichberechtigt nebeneinander anwendbar, wobei es zu beachten gilt, dass bei verhältnismässig jungen Erlassen wie dem vorliegend interessierenden AsylG vom 26. Juni 1998 die geltungszeitliche Auslegung gegenüber der historischen und grammatikalischen regelmässig wenig Bedeutung haben wird. Schliesslich ist einer Norm jener Sinn beizugeben, der der Verfassung beziehungsweise den völkerrechtlichen Verpflichtungen der Schweiz, insbesondere der EMRK, am besten entspricht (verfassungs- beziehungsweise völkerrechtskonforme Auslegung; vgl. Tschannen, a.a.O., § 8 Rz. 19 ff., § 9 Rz. 36 ff.; Auer/Malinverni/Hottelier, a.a.O., Rz. 1833 ff.). 5.3. Nach dem Wortlaut von Art. 51 Abs. 5 AsylG zu schliessen, wäre der Bundesrat frei, die Voraussetzungen der Familienvereinigung vorläufig aufgenommener Flüchtlinge zu regeln. Ein Blick auf die systematische Stellung der Norm sowie den ermittelbaren Willen des Gesetzgebers lässt indessen erkennen, dass eine solch oberflächliche Interpretation in Hinsicht auf den Regelungsgegenstand zu eng und in Hinsicht auf das dem Bundesrat zugestandene Ermessen zu weit ist. Die nachfolgenden Erwägungen werden aufzeigen, dass einerseits neben den Voraussetzungen auch die Wirkungen der Familienvereinigung vorläufig aufgenommener Flüchtlinge einer gesonderten Regelung bedürfen und dass andererseits das Ermessen des Bundesrats durch das AsylG und die BV eingeschränkt ist. Systematisch hat die vorliegende Delegationsnorm als Abs. 5 von Art. 51 AsylG Eingang ins geltende Recht gefunden, der seiner Marginalie gemäss das Familienasyl regelt. Dies erscheint angesichts des engen sachlichen Zusammenhangs sinnvoll und legt die analoge Anwendung der Bestimmungen über die Vereinigung von Familien von Flüchtlingen, denen Asyl gewährt wurde (Art. 51 Abs. 1 bis 4 AsylG), auf die Vereinigung der Familien vorläufig aufgenommener Flüchtlinge nahe. Eine direkte und umfassende Anwendung

E. 13

verbietet sich, da einerseits die Bestimmungen teilweise nicht auf die vorliegend interessierenden Konstellationen passen und da andererseits der Gesetzgeber seinen Willen zu einer differenzierten Lösung mit der Formulierung der Marginalie und dem Erlass der Delegationsnorm von Art. 51 Abs. 5 AsylG klar zum Ausdruck gebracht hat. Ein Minderheitsantrag aus der nationalrätlichen Kommission, der die Gleichstellung aller Flüchtlinge beim Familiennachzug vorsah, wurde in der Abstimmung abgelehnt (vgl. AB 1997 N 1241). Im Folgenden gilt es zu untersuchen, inwieweit die Art. 51 Abs. 1 bis 4 AsylG analog anwendbar sind und damit der Rechtssetzungskompetenz des Bundesrats einen Rahmen setzen. 5.4. Was zunächst den Kreis der anspruchsberechtigten Personen nach Art. 51 Abs. 1 bis 3 AsylG betrifft, ergeben sich aus der Delegationsnorm keine Anhaltspunkte dafür, dass der Bundesrat ermächtigt wäre, Einschränkungen vorzunehmen.

In diesem Bereich ist es auch sachgerecht, die gesetzlichen Regelungen des Familienasyls auf die Familienvereinigung von vorläufig aufgenommenen Flüchtlingen anzuwenden. Nach der Rechtsprechung der ARK (vgl. EMARK 2000 Nr. 11, E. 3.a, S. 88 f.; 2000 Nr. 22; 2002 Nr. 20, E. 4, S. 165 ff.; jeweils mit weiteren Hinweisen) haben Ehegatten und Kinder von Flüchtlingen einen Anspruch auf Anerkennung der (derivativen) Flüchtlingseigenschaft und die Gewährung des (derivativen) Asyls, sofern sie erstens nicht selbst die Flüchtlingseigenschaft erfüllen und zweitens keine besonderen Umstände gegen die Familienvereinigung sprechen. Im ersten Fall ist den Familienmitgliedern aus eigenem Recht die (originäre) Flüchtlingseigenschaft zuzuerkennen, während im zweiten vom Einbezug in die Flüchtlingseigenschaft und von der Asylgewährung abzusehen ist. Besondere Umstände sind beispielsweise anzunehmen, wenn das Familienmitglied Bürger eines anderen Staats als der Flüchtling ist und die Familie in diesem Staat nicht gefährdet ist, wenn der Flüchtling seinen Status seinerseits derivativ erworben hat oder wenn das Familienleben während einer längeren Zeit nicht gelebt wurde und erkennbar ist, dass die Familienmitglieder nicht den Willen haben, als Familie zusammenzuleben. In jedem Fall bedingt die Zuerkennung der Flüchtlingseigenschaft, dass die anspruchsberechtigte Person ihren Heimat- oder Herkunftsstaat verlassen hat (vgl. EMARK 1997 Nr. 15 = VPB 62.5; zur Einreisebewilligung vgl. unten E. 6). Diese Grundsätze sind mit den nachfolgenden Einschränkungen auf alle anerkannten Flüchtlinge ungeachtet einer allfälligen Verweigerung des Asyls anwendbar. Dasselbe gilt im Übrigen für die Rechtsprechung der ARK betreffend der vorliegend nicht interessierenden Vereinigung von Flüchtlingen mit anderen nahen Angehörigen im Sinne von Art. 51 Abs. 2 AsylG und mit ihren in der Schweiz geborenen Kindern im Sinne von Art. 51 Abs. 3 AsylG (vgl. EMARK 2000 Nr. 4, E. 5.b, S. 41 ff.; 2000 Nr. 23, jeweils mit weiteren Hinweisen). Die auf diese Weise definierten Personen haben Anspruch auf die Anerkennung als Flüchtlinge. 5.5. Demgegenüber sind die in Art. 51 Abs. 1 und 2 AsylG vorgesehenen Wirkungen der Familienvereinigung nicht uneingeschränkt auf die Familien von vorläufig aufgenommenen Flüchtlingen anwendbar. Es wäre offensichtlich widersinnig und mit dem System des schweizerischen Asylrechts nicht in Einklang zu bringen, wenn den Familienmitgliedern

E. 14

von vorläufig aufgenommenen Flüchtlingen in unmittelbarer Anwendung von Art. 51 Abs. 1 oder 2 AsylG Asyl gewährt würde und sie somit einen besseren rechtlichen Status erhielten als die Person, von der sie ihren Anspruch ableiten (vgl. EMARK 1993 Nr. 24, E. 9, S. 170 ff. = VPB 58.28). Dementsprechend hielt der Bundesrat bereits in seiner Botschaft vom 4. Dezember 1995 (vgl. Botschaft zur Totalrevision des Asylgesetzes sowie zur Änderung des Bundesgesetzes über Aufenthalt und Niederlassung der Ausländer vom 4. Dezember 1995, BBl 1996 II 70) fest, die Familienmitglieder von vorläufig aufgenommenen Flüchtlingen könnten höchstens denselben Rechtsstatus erlangen, den die Flüchtlinge selbst besitzen. 5.6. Als Zwischenergebnis kann somit festgehalten werden, dass Familienmitglieder von anerkannten, originären Flüchtlingen im Sinne von Art. 51 Abs. 1 bis 3 AsylG einen Anspruch auf die derivative Anerkennung als Flüchtlinge in der Schweiz haben, wenn sie ihren Heimat- oder Herkunftsstaat verlassen haben. Die Anerkennung als Flüchtling begründet einen Anspruch der Angehörigen auf Asylgewährung, wenn dem originären Flüchtling Asyl gewährt wurde; damit ist ein Anspruch auf eine fremdenpolizeiliche Aufenthaltsbewilligung verbunden (Art. 60 AsylG). Wurde der originäre Flüchtling dagegen vom Asyl ausgeschlossen und vorläufig aufgenommen, haben auch seine Familienangehörigen keinen Anspruch auf Asyl. Ihr

Anspruch, als Flüchtlinge aufgenommen zu werden, ergibt sich direkt aus dem AsylG. Die vom Bundesgericht in BGE 109 Ib 183 und BGE 110 Ib 201 begründete so genannte Reneja-Praxis zum Anspruch auf Familiennachzug aus Art. 8 EMRK findet daher keine Anwendung (vgl. auch EMARK 2005 Nr. 3, E. 3, S. 31 ff. = VPB 69.104); es ist insbesondere nicht relevant, dass anerkannte, vom Asyl ausgeschlossene Flüchtlinge über kein gefestigtes Aufenthaltsrecht gemäss dieser Praxis verfügen. In diesem Sinne ist auch BGE 126 II 335, E. 1 und 2, S. 337 ff. zu verstehen, der vorläufig aufgenommene Flüchtlinge für die Regelung des Familiennachzugs an die Asylbehörden verweist. Die gegenteilige Auffassung, welche die Vorinstanz in ihrer Vernehmlassung vom 24. September 2004 mit Verweis auf einen Bundesgerichtsentscheid aus dem Jahr 1993 zum Ausdruck brachte, bezieht sich auf das alte Recht und ist nicht zutreffend. Demgegenüber gilt nach wie vor, dass in den vorliegend interessierenden Konstellationen die Verwaltungsgerichtsbeschwerde an das Bundesgericht nicht offen steht, da diese nach Art. 100 Abs. 1 Bst. b Ziff. 3 des Bundesrechtspflegegesetzes vom 16. Dezember 1943 (OG, SR 173.110) nur zulässig ist gegen die Verweigerung einer fremdenpolizeilichen Bewilligung, auf die das Bundesrecht einen Anspruch einräumt. Anders gesagt, muss vor Bundesgericht mindestens eine formelle Bewilligung verlangt werden, da dieses Gericht nicht zuständig ist für die Beurteilung der Verweigerung minderere Aufenthaltstitel, beispielsweise der vorläufigen Aufnahme (vgl. BGE 126 II 335 ff., mit Hinweisen auf die in der Literatur angeführte Kritik; kritisch auch M. Caroni, Privat- und Familienleben zwischen Menschenrecht und Migration, Berlin, 1999, S. 97, 192 ff.; vgl. auch EMARK 2005 Nr. 3, E. 3.2., S. 32 f. = VPB 69.104). Der Anspruch auf Familienvereinigung aus dem AsylG bleibt von diesen für das Bundesgericht massgeblichen prozessrechtlichen Überlegungen freilich unberührt und kann vor der ARK, deren Zuständigkeit nicht nach dem OG, sondern nach Art. 105 AsylG begründet wird, geltend gemacht werden. Angehörige anerkannter originärer Flüchtlinge haben aus

E. 15

dem AsylG Anspruch auf die Anerkennung als Flüchtlinge, wenn sie ihren Heimatstaat verlassen haben. Die solchermassen anerkannten Flüchtlinge sind vorläufig aufzunehmen, wenn der originäre Flüchtling, von dem sie ihre Flüchtlingseigenschaft ableiten, ebenfalls vorläufig aufgenommen ist. 6. 6.1. Vom Anspruch auf derivative Anerkennung als Flüchtling und auf Asylgewährung nach Art. 51 Abs. 1 bis 3 AsylG ist jener auf Erteilung einer Einreisebewilligung aus Art. 51 Abs. 4 AsylG für die genannten Familienmitglieder zu unterscheiden, welche sich im Ausland aufhalten. Eine solche Bewilligung wird auch bei Bestehen eines Anspruchs auf derivative Anerkennung als Flüchtling nur erteilt, wenn die Familienmitglieder durch die Flucht vom originär anerkannten, in der Schweiz anwesenden Flüchtling getrennt wurden. Keine Einreisebewilligung erhalten somit Personen, die zum Zeitpunkt der Flucht mit dem Flüchtling noch keine effektiv gelebten familiären Beziehungen oder keine solchen Beziehungen mehr unterhielten. Diese Regelung soll, der Botschaft des Bundesrats vom 4. Dezember 1995 (a.a.O., S. 68 ff.) folgend, dem Leitgedanken des Familienasyls Rechnung tragen, der darin bestehe, den Rechtsstatus der zum Zeitpunkt der Flucht bestehenden Kernfamilie eines Flüchtlings einheitlich zu regeln. Konsequenterweise hätte nach dem Entwurf des Bundesrates für das totalrevidierte, nunmehr in Kraft stehende AsylG das Erfordernis einer vorbestehenden Familie, welche durch die Flucht getrennt wurde, in Verschärfung des damals bestehenden Rechts (vgl. zum alten Recht EMARK 1994 Nr. 11 = VPB 59.43, 1995 Nr. 15 = VPB 60.31, 1996 Nr. 14 = VPB 61.7) nicht nur im Rahmen der Erteilung der Einreisebewilligung, sondern allgemein

im Rahmen des Familienasyls beachtet werden müssen (vgl. Botschaft vom 4. Dezember 1995, a.a.O., S. 157). Diese Massnahme hätte nach der Vorstellung des Bundesrates die Möglichkeit von missbräuchlichen, wiederholten Eheschliessungen von Flüchtlingen mit Personen aus dem Heimatstaat zum Zwecke der Erschleichung von Aufenthaltstiteln zu deren Gunsten unterbunden. Im Übrigen bestehe, so der Bundesrat weiter, aus Art. 8 EMRK ohnehin ein Anspruch auf eine Aufenthaltsregelung für die Ehegatten und die minderjährigen Kinder von Flüchtlingen (vgl. Botschaft vom 4. Dezember 1995, a.a.O., S. 68 ff.). Der Gesetzgeber folgte dieser Argumentation mit Bezug auf die derivative Anerkennung der Familienmitglieder als Flüchtlinge und das Familienasyl nicht, sondern zog die aktuell gültige Regelung von Art. 51 Abs. 1 bis 3 AsylG vor. Ausschlaggebend war, dass das nunmehr geltende Recht familienfreundlicher war als der Vorschlag des Bundesrates (vgl. AB 1997 N 1241; vgl. auch EMARK 2000 Nr. 22, E. 2, S. 203). Mit Bezug auf die Einreisebewilligung für im Ausland verbliebene Familienangehörige hielt der Gesetzgeber indessen am Erfordernis der Trennung der Familie durch die Flucht fest. Es ist nicht erkennbar, von welchen Überlegungen er sich leiten liess, als er die Bedingungen für die Erteilung einer Einreisebewilligung abweichend von jenen für die derivative Anerkennung als Flüchtling regelte. Ebenso wenig ist ersichtlich, ob er sich bewusst war, dass er die Besserstellung von illegal eingereisten Familienmitgliedern gegenüber solchen, die ein ordnungsgemässes Gesuch stellen, aus dem alten Recht ins neue übernahm oder ob er dies billigend in Kauf nahm (vgl. AB 1997 N 1240 ff.; AB 1997 S

E. 16

1346). Der Botschaft des Bundesrates lassen sich hierüber keine verwertbaren Erkenntnisse entnehmen, da dieser keine unterschiedlichen Regelungen für die Anerkennung als Flüchtling und die Einreisebewilligung vorsah. Auf die Erteilung von Einreisebewilligungen für Familienmitglieder von Flüchtlingen, denen Asyl gewährt wurde, ist Art. 51 Abs. 4 AsylG jedenfalls anwendbar (vgl. EMARK 2000 Nr. 11, E. 3.b, S. 89). Praktische Bedeutung, etwa im Rahmen der Bekämpfung von Missbräuchen, wird er indessen angesichts des grundsätzlichen Anspruchs auf Erteilung einer fremdenpolizeilichen Aufenthaltsbewilligung aus Art. 8 Abs. 1 EMRK kaum erlangen (vgl. unten E. 6.3.). 6.2. Im Folgenden gilt es, zu untersuchen, unter welchen Bedingungen einem im Ausland weilenden Verwandten eine Einreisebewilligung zu erteilen ist, wenn dem in der Schweiz anerkannten Flüchtling kein Asyl, sondern bloss die vorläufige Aufnahme gewährt wurde. Wie oben dargelegt (vgl. E. 5.), sind die Bestimmungen von Art. 51 Abs. 1 bis 4 AsylG in grammatikalischer, systematischer, historischer und teleologischer Auslegung von Art. 51 Abs. 5 AsylG nur analog auf die Vereinigung von Familien vorläufig aufgenommenen Flüchtlinge anwendbar. Der Umfang der Anwendbarkeit ist durch Auslegung der interessierenden Normen festzustellen, wobei jene Auslegung zu favorisieren ist, welche der Verfassung beziehungsweise den völkerrechtlichen Verpflichtungen der Schweiz am besten entspricht. Sowohl die BV als auch die EMRK gewährleisten ein Recht auf Ehe und Familie (Art. 14 BV) beziehungsweise ein Recht auf Achtung des Familienlebens (Art. 8 Abs. 1 EMRK). Es ist unbestritten, dass die Beziehung zwischen den Ehegatten in den Schutzbereich der beiden Normen fällt, sofern sie auf einer rechtmässigen Eheschliessung beruht (vgl. J.P. Müller, Grundrechte in der Schweiz, 3. Aufl., Bern, 1999, S. 104; M. E. Villiger, Handbuch der Europäischen Menschenrechtskonvention, 2. Aufl., Zürich, 1999, Rz. 571; Caroni, a.a.O., S. 26 f.; P. Grant, La protection de la vie familiale et de la vie privée en droit des étrangers, Basel u.a., 2000, S. 270 ff.; Harris/ O'Boyle/Warbrick, Law of the European Convention on Human

Rights, London, 1995, S. 312 ff.; Frowein/Peukert, Europäische Menschenrechtskonvention, EMRK-Kommentar, 2. Aufl., Kehl u.a., 1996, Rz. 15 zu Art. 8). Die Beziehung zwischen den Ehegatten ist im Gegensatz zu anderen Beziehungen, die unter den Schutz von Art. 8 EMRK fallen, auch in Fällen geschützt, in denen das Eheleben faktisch nicht gelebt worden ist, weil beispielsweise einer der Gatten über keine Aufenthaltsbewilligung am Wohnsitz des anderen verfügt (vgl. Grant, a.a.O., S. 271; Caroni, a.a.O., S. 26 f.; Frowein/Peukert, a.a.O., Rz. 15 zu Art. 8; Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte [EGMR], Entscheid vom 24. April 1985 i.S. Abdulaziz, Cabales und Balkandali gegen Vereinigtes Königreich, Serie A, Nr. 94, Ziff. 62). Ist die Ehe rechtmässig geschlossen und ergeben sich keine Hinweise auf eine Scheinehe, können sich die Gatten auf den menschenrechtlichen Schutz aus der EMRK berufen. Dasselbe gilt umso mehr im Rahmen von Art. 14 BV, nach dessen Wortlaut im Gegensatz zu Art. 8 Abs. 1 EMRK nicht nur das Familienleben, sondern ausdrücklich die Ehe als solche geschützt ist. Eine nach schweizerischem Recht anzuerkennende Ehe fällt somit unter den Schutzbereich von Art. 14 BV. Entgegen dem Dafürhalten der Vorinstanz in ihrer Vernehmlassung vom 24. September 2004 - welche unter Hinweis auf einen Bundesgerichtsentscheid aus dem Jahr 1993 ausführt, der Beschwerdeführer könne sich nicht auf Art. 8 EMRK berufen

E. 17

- hat das Bundesgericht denn auch mit Bezug auf den Fall eines vorläufig aufgenommenen Flüchtlings festgehalten: «Beim Entscheid, ob den Angehörigen des Beschwerdeführers die Einreise erlaubt werden kann und sie ebenfalls vorläufig aufzunehmen sind, wird das Bundesamt Art. 8 EMRK Rechnung tragen müssen, da diese Bestimmung nicht nur die Fremdenpolizei, sondern auch die Asylbehörden bindet.» (BGE 126 II 335, E 3.b, S. 343). Die genannten Schutzbestimmungen gelten freilich nicht absolut. Aus Art. 8 EMRK kann insbesondere kein grundsätzlicher Anspruch auf eine Einreise- oder Aufenthaltsbewilligung am Aufenthaltsort eines Familienmitglieds abgeleitet werden. Die genannte Bestimmung verpflichtet indessen die Vertragsstaaten unter gewissen Umständen, eine Einreisebeziehungsweise Aufenthaltserlaubnis zu gewähren. Dies ist der Fall, wenn die Familienvereinigung im Vertragsstaat die einzige Möglichkeit darstellt, faktisch ein Familienleben zu pflegen, und wenn die Trennung nicht überwiegend selbstverschuldet war. Das dritte Kriterium, die enge gelebte Beziehung, wird nach dem oben Gesagten bei Ehegatten als gegeben vorausgesetzt (vgl. Frowein/Peukert, a.a.O., Rz. 26 zu Art. 8; Harris/O'Boyle/Warbrick, a.a.O., S. 331 ff.; W. Kälin, Rechtsfragen im Zusammenhang mit der geplanten Revision des Asylgesetzes, in: Schweizerische Zeitschrift für Asylrecht und Praxis [ASYL] 4/01, S. 16; Grant, a.a.O., S. 291 ff.; Caroni, a.a.O., S. 227 ff.; Müller, a.a.O., S. 109; EGMR, Entscheid vom 22. Januar 1996 i.S. Gül gegen Schweiz, Ziff. 38 ff. = VPB 60.123). Sind diese Bedingungen erfüllt, kann die Familienvereinigung nur unter den in Art. 8 Abs. 2 EMRK beziehungsweise Art. 36 BV genannten Bedingungen verweigert werden. Art. 8 EMRK schützt ausschliesslich das faktische Zusammenleben der Familie. Die Vertragsstaaten sind somit auch bei Vorliegen eines Anspruchs auf Familienvereinigung nicht verpflichtet, eine formelle Aufenthaltsbewilligung zu erteilen. In diesem Zusammenhang ist nach dem Bundesgericht allein entscheidend, «... dass der Ausländer faktisch die Möglichkeit hat, das Verhältnis zu seinen Familienangehörigen in angemessener Weise zu pflegen, wozu mit Blick auf Art. 8 EMRK jede Anwesenheitsberechtigung genügt, welche dies zulässt ...» (BGE 126 II 335, E 3.a, S. 342). Die vorläufige Aufnahme ist nach dieser Rechtsprechung ausreichend, um Art. 8 Abs. 1 EMRK zu genügen. Sie ist aber auch erforderlich, wenn das Zusammenleben der Familie

ansonsten nicht gewährleistet ist. 6.3. Eine umfassende Anwendung von Art. 51 Abs. 4 AsylG auf die Familienmitglieder vorläufig aufgenommener Flüchtlinge hätte zur Folge, dass diese keine legale Möglichkeit hätten, tatsächlich ein Familienleben zu pflegen. Im Gegensatz zu Flüchtlingen, denen Asyl gewährt wurde, haben vorläufig aufgenommene Flüchtlinge keinen Anspruch auf die Erteilung und stetige Erneuerung einer Aufenthaltsbewilligung aus Art. 60 Abs. 1 AsylG, welche nach der bundesgerichtlichen Praxis einen fremdenrechtlichen Anspruch auf Familiennachzug aus Art. 8 Abs. 1 EMRK begründet (vgl. noch zu Art. 26 aAsylG, welcher mit Art. 60 Abs. 1 AsylG inhaltlich übereinstimmt, BGE 122 II 1, E 1.e, S. 5). Auf die Möglichkeit des fremdenrechtlichen Familiennachzugs auf der Grundlage von Art. 8 Abs. 1 EMRK verwies denn auch der Bundesrat zur Vermeidung von Härtefällen, die sich aus dem Erfordernis der Trennung der Ehe durch die Flucht ergeben könnten (vgl. Botschaft vom 4. Dezember 1995, a.a.O., S. 69). Diese Möglichkeit steht indessen vorläufig aufgenommenen

E. 18

Flüchtlingen nicht offen. Sie verfügen über kein gefestigtes Aufenthaltsrecht im Sinne der bundesgerichtlichen Praxis und haben daher keinen Anspruch auf fremdenpolizeilichen Familiennachzug aus Art. 8 Abs. 1 EMRK (vgl. BGE 126 II 335; vgl. oben E. 5.6.). 6.4. Art. 51 Abs. 4 AsylG ist demnach in analoger Weise so anzuwenden, dass dem Willen des Gesetzgebers und dem Zweck der Norm Rechnung getragen werden kann, ohne das Recht der vorläufig aufgenommenen Flüchtlinge auf Ehe und auf Achtung ihres Familienlebens zu verletzen. Nach der Botschaft des Bundesrats vom 4. Dezember 1995 dient das Erfordernis der Trennung der Familie durch die Flucht der Realisierung eines eher abstrakten «Leitgedankens des Familienasyls» (a.a.O., S. 68 f.), welcher in der Gefährdung der Familienmitglieder seine Begründung finde. Ein solcher «Leitgedanke» vermag indessen den absoluten Ausschluss einer bestimmten Personengruppe von der Wahrnehmung eines verfassungsmässigen Rechtes nicht zu rechtfertigen. Soweit in der Botschaft auf die Frage einer Reflexverfolgung Bezug genommen wird, ist festzuhalten, dass diesfalls das Familienmitglied nicht derivativ in die Flüchtlingseigenschaft aufzunehmen, sondern originär und in Anwendung von Art. 3 AsylG als Flüchtling anzuerkennen ist (vgl. statt vieler EMARK 1994 Nr. 5). Dem Reflexverfolgten ist zudem unabhängig vom Status der Familienmitglieder, wegen derer er verfolgt wird, Asyl zu gewähren, es sei denn, er setze in eigener Person Asylausschlussgründe (vgl. EMARK 1993 Nr. 23). Das Erfordernis der Trennung der Familie durch die Flucht diene zudem der Verhinderung von missbräuchlichen, wiederholten Eheschliessungen, mittels derer ein anerkannter Flüchtling Landsleuten die Anerkennung als Flüchtlinge in der Schweiz verschaffen könne (vgl. Botschaft vom 4. Dezember 1995, a.a.O., S. 69). Um diesen in der Praxis wohl eher seltenen Fällen beizukommen, ist es offensichtlich nicht erforderlich, Art. 51 Abs. 4 AsylG generell auf die Familien vorläufig aufgenommener Flüchtlinge anzuwenden und damit auch jenen, die in guten Treuen geheiratet haben, das Familienleben zu verunmöglichen. Sollte sich dagegen die beschriebene Missbrauchsproblematik in einem konkreten Fall stellen, kann Art. 51 Abs. 4 AsylG analog Anwendung finden, wenn dies zweckmässig erscheint. Hierbei gilt es indessen anzumerken, dass im Missbrauchsfall dem Gatten wohl richtigerweise bereits unter Verweis auf die besonderen Umstände im Sinne von Art. 51 Abs. 1 AsylG die derivative Anerkennung als Flüchtling zu verweigern wäre (vgl. oben E. 5.4.) und er daher ohnehin nicht anspruchsberechtigt im Sinne von Art. 51 Abs. 4 AsylG wäre. Dies hätte jedenfalls dann zu gelten, wenn das betroffene Familienmitglied einen Weg gefunden hat, illegal in die Schweiz zu gelangen. Schliesslich

fallen missbräuchlich geschlossene Ehen nicht unter den Schutzbereich von Art. 8 Abs. 1 EMRK und Art. 14 BV, so dass die Verweigerung der Familienvereinigung in diesen Fällen auch verfassungs- und völkerrechtskonform ist. 6.5. Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass Art. 51 Abs. 4 AsylG allenfalls auf die Vereinigung der Familien vorläufig aufgenommener Flüchtlinge analog anwendbar ist, sofern Anzeichen für die beschriebenen Missbrauchskonstellationen (wiederholte Eheschliessung zur Erschleichung von Aufenthaltstiteln) erkennbar sind. Eine verfassungs- und völkerrechtskonforme Auslegung verbietet indessen die generelle Anwendung dieser Norm auf die vorliegend interessierenden Konstellationen, da eine

E. 19

solche den betroffenen Personen keinen legalen Weg offen liesse, ihren verfassungs- und völkerrechtlich geschützten Anspruch auf Familienleben wahrzunehmen. 7. 7.1. Aufgrund des Gesagten präsentiert sich der Rahmen, den der Gesetzgeber dem Bundesrat für den Erlass seiner Regelung der Voraussetzungen für die Vereinigung der Familien vorläufig aufgenommener Flüchtlinge gesetzt hat, wie folgt: Mit Bezug auf die Anspruchsberechtigten ist Art. 51 Abs. 1 bis 3 AsylG analog anwendbar. Es besteht kein Raum für abweichende Regelungen. Die genannten Personen haben einen bundesrechtlichen Anspruch auf die Anerkennung als Flüchtlinge, wenn sie ihren Heimat- oder Herkunftsstaat verlassen haben. Demgegenüber ist die in den genannten Bestimmungen vorgesehene Wirkung der Anerkennung als Flüchtling, die Asylgewährung, nicht angemessen und kann auf Familienmitglieder vorläufig aufgenommener Flüchtlinge keine Anwendung finden. Diese sind vorläufig aufzunehmen, was im Hinblick auf Art. 8 Abs. 1 EMRK und Art. 14 BV ausreichend, aber auch erforderlich ist. Weder aus dem AsylG noch aus der BV oder aus der EMRK lässt sich ein Anspruch auf die Erteilung einer formellen Bewilligung ableiten. Ausschliesslich bei Vorliegen einer missbräuchlichen, wiederholten Eheschliessung könnte sodann Art. 51 Abs. 4 AsylG unter Umständen in einem konkreten Einzelfall analog anwendbar sein. Eine generelle Anwendung dieser Norm verbietet sich. Schliesslich ermächtigt die Delegationsnorm den Bundesrat nicht ausdrücklich zu einem Abweichen von der Verfassung, so dass dessen Verordnungen in allgemeiner Weise auf ihre Verfassungsmässigkeit geprüft werden können. In diesem Rahmen kann der Bundesrat gestützt auf Art. 51 Abs. 5 AsylG nach seinem Ermessen Recht setzen. Er hat von dieser Kompetenz mit dem Erlass von Art. 39 AsylV 1 Gebrauch gemacht. 7.2. Art. 39 Abs. 1 AsylV 1 bestimmt zunächst, dass Familienangehörigen die Einreisebewilligung erteilt wird, wenn die vorläufig aufgenommenen Flüchtlinge nicht innert dreier Jahre nach Anordnung der vorläufigen Aufnahme in einen Drittstaat weiterreisen können (bezüglich der Ausnahmen nach Art. 39 Abs. 2 AsylV 1 vgl. unten E. 7.8.). Bezüglich der Definition der Familienangehörigen kann auf das oben Stehende verwiesen werden, ebenso wie bezüglich deren Ansprüche (vgl. E. 5). Art. 39 Abs. 1 AsylV 1 verzichtet auf die ausdrückliche Nennung des Kriteriums der Trennung der Familie durch die Flucht im Sinne von Art. 51 Abs. 4 AsylG. Eine analoge Anwendung dieses Kriteriums auf die vorliegend interessierenden Fälle ist nur im oben definierten Rahmen zulässig (vgl. E. 6.5.). Als zusätzliche Kriterien enthält Art. 39 Abs. 1 AsylV 1 eine dreijährige Frist und das Fehlen einer Möglichkeit zur Weiterreise in einen Drittstaat. Diese letztgenannten Bedingungen sind der Regelung der Familienvereinigung von Flüchtlingen, denen Asyl gewährt wurde, fremd. Im Folgenden gilt es zu ermitteln, wie

E. 20

diese Kriterien zu verstehen sind und ob sie den Delegationsrahmen einhalten. Hierbei sind die gängigen Auslegungsmethoden anzuwenden (vgl. oben E. 5.2.). 7.3. In der angefochtenen Verfügung vom 1. Juli 2004 lehnte die Vorinstanz das Gesuch um Familienzusammenführung mit Verweis auf eine dreijährige Wartefrist ab, die sich aus Art. 39 Abs. 1 AsylV 1 ergebe; diese Frist sei unabdingbar. Die ARK erkennt in der Frage, ob dieses Verständnis der genannten Verordnungsbestimmung zutreffe, eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung, weshalb sie zu beantworten ist, obwohl mittlerweile die dreijährige Frist abgelaufen ist. Die Auffassung der Vorinstanz kann sich auf die Materialien abstützen und entspricht mithin einer historischen Auslegung von Art. 39 Abs. 1 AsylV 1. Der Bundesrat hat in seinem Bericht zur Totalrevision der Asylverordnung 1 über Verfahrensfragen (nachfolgend «Bericht») zuhanden der Vernehmlassung zu Art. 40 des Entwurfes (dieser entspricht Art. 39 der in Kraft stehenden AsylV 1) festgehalten: «Vorläufig aufgenommene Flüchtlinge sollen im Vergleich mit den vorläufig aufgenommenen Ausländern bei der Frage der Familienvereinigung besser gestellt werden, da sie aufgrund ihres Flüchtlingsstatus kaum mehr in den Heimatstaat zurückkehren werden und folglich die Familienvereinigung nur in der Schweiz, allenfalls in einem Drittstaat, stattfinden kann. Eine Gleichstellung hinsichtlich der Familienvereinigung mit Flüchtlingen, denen Asyl gewährt wurde, rechtfertigt sich aber nicht, handelt es sich doch um eine kleine Gruppe von Personen, die wegen Asylunwürdigkeit oder subjektiven Nachfluchtgründen kein Asyl erhalten hat. Vor diesem Hintergrund und unter Berücksichtigung der Rechtsprechung zu Art. 8 EMRK rechtfertigt es sich, die Familienvereinigung grundsätzlich erst drei Jahre nach der Anordnung der vorläufigen Aufnahme zu bewilligen (Abs. 1 Satz 1)». Hieraus ergibt sich, dass der Bundesrat eine grundsätzliche Differenzierung anstrebte zwischen Flüchtlingen, denen Asyl gewährt wurde, und solchen, die vorläufig aufgenommen wurden. Letzteren sollte der Familiennachzug grundsätzlich erst nach Ablauf einer dreijährigen Wartefrist bewilligt werden. Die generelle Anordnung einer solchen Frist rechtfertigt sich als Instrument zur Differenzierung. Diese historische Auslegung liegt der in der Lehre geäußerten Kritik zugrunde (vgl. Kälin, a.a.O., S. 17 f.; T. Göksu, Familiennachzug im Asylrecht, in: ASYL 1/04, S. 18). Dem Text von Art. 39 Abs. 1 AsylV 1 ist demgegenüber keine allgemein gültige Wartefrist zu entnehmen, wie sie der Bundesrat den Materialien zufolge ursprünglich gewollt hat. Nach der geltenden Bestimmung: «...bewilligt das Bundesamt unter Vorbehalt von Abs. 2 ihre Einreise [jene der Familienangehörigen] in die Schweiz, wenn die vorläufig aufgenommenen Flüchtlinge nicht innert dreier Jahre nach Anordnung der vorläufigen Aufnahme in einen Drittstaat weiterreisen können.» Der Wortlaut der französischen und der italienischen Fassung der Bestimmung stimmt inhaltlich mit dem der deutschen überein. Die grammatikalische Auslegung dieser Bestimmung legt demnach nahe, dass den Familienangehörigen von vorläufig aufgenommenen Flüchtlingen grundsätzlich die Einreise zu bewilligen ist. Von diesem Grundsatz kann unter einer Bedingung abgewichen werden: wenn die vorläufig aufgenommenen Flüchtlinge innert dreier Jahre nach Anordnung der vorläufigen Aufnahme in einen Drittstaat weiterreisen

E. 21

können. Weder aus dem Text der Verordnung noch aus den zur Verfügung stehenden Materialien wird freilich ersichtlich, in welchen Konstellationen der Bundesrat die Weiterreise des vorläufig aufgenommenen Flüchtlings in einen Drittstaat für möglich hielt. Sinnvollerweise kann in diesem Zusammenhang unter der Weiterreise nur die Einreise in einen Drittstaat zur legalen und dauerhaften Wohnsitznahme verstanden werden. 7.4. Die

historische und die grammatikalische Auslegung von Art. 39 Abs. 1 AsylV 1 führen somit zu unterschiedlichen Lösungen, die einander gegenseitig ausschliessen; entweder ist grundsätzlich eine dreijährige Frist abzuwarten oder die Familienvereinigung ist grundsätzlich auf Gesuch hin zu bewilligen und nur bei Vorliegen einer Bedingung zu verzögern. Sind verschiedene Auslegungen einer Norm möglich, ist jener Auslegung der Vorzug zu geben, welche der BV beziehungsweise den völkerrechtlichen Verpflichtungen der Schweiz am besten entspricht. Die Anwendung dieser verfassungs- beziehungsweise völkerrechtskonformen Auslegung bedingt nicht, dass eine der möglichen Lösungen die entsprechenden verfassungs- oder völkerrechtlichen Rechtspositionen verletzt, sondern lediglich, dass die andere ihnen eher entspricht (vgl. Tschannen, a.a.O., § 8 Rz. 19 ff., § 9 Rz. 36 ff.; Auer/Malinverni/Hottelier, a.a.O., Rz. 1833 ff.). Vorliegend steht der verfassungs- und völkerrechtliche Schutz des Ehe- und des Familienlebens im Vordergrund (Art. 14 BV, Art. 8 EMRK). Sowohl in historischer als auch in grammatikalischer Auslegung kann Art. 39 Abs. 1 AsylV 1 als Grundlage für die befristete Verweigerung der Familienvereinigung herangezogen werden, was fraglos ein Eingriff ins Ehe- und Familienleben ist. Von den beiden möglichen Auslegungen ist daher jene zu wählen, welche den geringeren Eingriff bedeutet. Vorliegend ist dies jene Lösung, welche in grammatikalischer Auslegung aus dem Verordnungstext gewonnen wird. Sie ermöglicht die Familienvereinigung grundsätzlich auf Gesuch hin und beschränkt diese nur, soweit dies erforderlich ist, um den künftigen Aufenthalt der Familie zu klären (vgl. unten E. 7.5.). Demgegenüber müsste die Familienvereinigung regelmässig um drei Jahre verzögert werden, wollte man einzig auf die historische Auslegung abstützen. Diese Lösung würde einen ungleich schwerwiegenderen Eingriff in das Familienleben darstellen.

7.5. Nach dem Gesagten ist die Familienvereinigung vorläufig aufgenommener Flüchtlinge auf Gesuch hin zu bewilligen, ohne dass grundsätzlich eine Frist abgewartet werden muss. Ergibt die Prüfung des Einzelfalls allerdings, dass die Familienvereinigung in einem Drittstaat möglich ist, haben die Betroffenen zu versuchen, diese Möglichkeit zu realisieren. Während die entsprechenden Bemühungen laufen, wird die Familienvereinigung in der Schweiz vorerst - und längstens für drei Jahre - nicht bewilligt. Eine solche Möglichkeit kann freilich nur angenommen werden, wenn besondere Beziehungen zu einem konkreten Drittstaat erkennbar sind. Solche Beziehungen dürften bereits zum Zeitpunkt der Einreichung des Gesuchs um Familienvereinigung erkennbar sein, wenn sie innert nützlicher Frist soweit gedeihen sollen, dass die Familie im entsprechenden Staat Wohnsitz nehmen kann. Ergibt sich aus der Prüfung des Einzelfalls, dass keine besonderen Beziehungen zu einem konkreten Drittstaat vorliegen, oder wird ersichtlich, dass sich die Möglichkeit zur Weiterreise nicht realisieren lassen wird, ist das

E. 22

Gesuch um Familienvereinigung gutzuheissen. Gleiches gilt nach Ablauf von drei Jahren nach Anordnung der vorläufigen Aufnahme (Art. 39 Abs. 1 AsylV 1).

7.6. Im vorliegenden Fall sind keine wie auch immer gearteten Beziehungen zu Staaten ausser der Schweiz und Ägypten ersichtlich. A.A. erklärte ausdrücklich, sie habe noch nie ein anderes Land besucht, und der erwachsene Bruder des Beschwerdeführers, der sich mit unbekanntem Aufenthaltsstatus in Italien aufhalte, vermag dem Paar die legale, dauerhafte Wohnsitznahme in diesem Staat nicht zu ermöglichen. Unter diesen Bedingungen ist die Erwägung der Vorinstanz in der angefochtenen Verfügung unzutreffend, nach der die Einreisebewilligung nicht erteilt werden könne, da seit Anordnung der vorläufigen Aufnahme noch keine drei Jahre vergangen seien. Die Einreisebewilligung an A.A. hätte

nicht an eine Frist geknüpft werden dürfen (bezüglich der weiteren Bedingungen vgl. unten E. 7.7. f.). Bei diesem Ausgang des Verfahrens erübrigt sich eine Auseinandersetzung mit der Frage, ob Art. 39 Abs. 1 AsylV 1 einen schwerwiegenden Eingriff in verfassungsmässige Rechte darstellt, welcher in einem Gesetz im formellen Sinn hätte angeordnet werden müssen (vgl. Kälin, a.a.O., S. 17 f.) beziehungsweise ob die Bestimmung materiell verfassungskonform ist. 7.7. Von der Frage, ob Art. 39 Abs. 1 AsylV 1 eine allgemein gültige Wartefrist vorschreibt, ist die Regelung in Art. 39 Abs. 2 AsylV 1 zu unterscheiden. Nach dieser Bestimmung kann das Bundesamt auf Grund einer Stellungnahme der zuständigen kantonalen Behörde die Einreise der Familienmitglieder verweigern, wenn - wie aus den drei beispielhaft genannten Konstellationen erkennbar wird - der vorläufig aufgenommene Flüchtling seine wirtschaftliche Unabhängigkeit mutwillig gefährdet beziehungsweise sich nicht in die in der Schweiz geltende Ordnung einfügen kann oder will. Der Beschwerdeführer erfüllt diese Tatbestände mit seinem Verhalten klarerweise nicht. Er ist seit Anordnung der vorläufigen Aufnahme erwerbstätig und nie polizei- oder strafrechtlich aufgefallen. Es kann somit vorliegend offen bleiben, ob Art. 39 Abs. 2 AsylV 1 den Delegationsrahmen, insbesondere das Erfordernis der Übereinstimmung mit der Verfassung und der EMRK, respektiert. Es ist immerhin darauf hinzuweisen, dass in der Lehre insbesondere als problematisch empfunden wird, dass die betroffenen Personen aus sachfremden Motiven auf unbestimmte Zeit an der Ausübung verfassungsmässiger Rechte gehindert werden. Art. 39 Abs. 2 AsylV 1 habe offensichtlich Sanktionscharakter und sei schikanös (vgl. Göksu, a.a.O., S. 18 f.). Darüber hinaus seien die Motive für eine Verweigerung der Familienvereinigung diffus. Angesichts der Schwere der Eingriffe in verfassungsmässige Rechte wäre zudem eine eindeutige formalgesetzliche Grundlage erforderlich gewesen (vgl. Kälin, a.a.O., S. 17 f.). Dieser Kritik werden die zuständigen Behörden bei der Anwendung von Art. 39 Abs. 2 AsylV 1 Rechnung tragen müssen. 7.8. Die übrigen Bestimmungen des Art. 39 AsylV 1 scheinen unproblematisch zu sein. Die Vorschrift, das Asylgesuch sei bei einer schweizerischen Vertretung im Ausland einzureichen, ist als Ordnungsvorschrift zu lesen. Asylgesuche von Familienmitgliedern, die dem BFM auf anderen Wegen als über die schweizerische Vertretung zur Kenntnis gelangen, sind

E. 23

selbstverständlich zu behandeln. Dies entspricht, wie aus dem Eintreten auf das dem vorliegenden Verfahren zugrunde liegende Gesuch ersichtlich wird, der zutreffenden Praxis der Vorinstanz. In Art. 39 Abs. 3 AsylV 1 wird der bundesrechtliche Anspruch auf Anerkennung der Familienmitglieder als Flüchtlinge bekräftigt und festgehalten, es sei die vorläufige Aufnahme anzuordnen. Diese Regelung respektiert den Rahmen der Delegationsnorm von Art. 51 Abs. 5 AsylG. Dass schliesslich Familienmitgliedern, die selbständig die Flüchtlingseigenschaft erfüllen (beispielsweise als Reflexverfolgte, vgl. oben E. 6.4.), Asyl zu gewähren ist, wie dies Art. 39 Abs. 3 a.E. AsylV 1 ausdrücklich festhält, ist eine Selbstverständlichkeit. Der Vollständigkeit halber sei angemerkt, dass das Verfahren in solchen Konstellationen den Art. 19 f. und 29 ff. AsylG zu genügen hat. 8. In der angefochtenen Verfügung vom 1. Juli 2004 verweigerte die Vorinstanz die Einreisebewilligung zugunsten von A.A. und lehnte das Gesuch um Familienvereinigung ab. Zur Begründung führte sie aus, die dreijährige Wartefrist nach Anordnung der vorläufigen Aufnahme des Beschwerdeführers sei noch nicht abgelaufen. Diese Begründung ist, wie oben dargelegt (vgl. E. 7.2. ff.), nicht zutreffend. Dem geltenden Recht kann keine allgemein gültige Wartefrist entnommen werden. Eine Wartefrist kann bloss

angesetzt werden, wenn im Einzelfall besondere Beziehungen zu einem Drittstaat erkennbar sind, in den der vorläufig aufgenommene Flüchtling weiterreisen könnte. Vorliegend haben weder der Beschwerdeführer noch A.A. irgendwie geartete Beziehungen zu einem Drittstaat, so dass das Gesuch um Familienvereinigung ohne Ansetzung einer Frist hätte gutgeheissen werden müssen. (vgl. oben, E. 7.5.). Die übrigen Voraussetzungen für die Bewilligung der Einreise A.A.s sind erfüllt. Die Ehe der beiden ist für die Asylbehörden verbindlich. Besondere Umstände analog zu Art. 51 Abs. 1 AsylG liegen nicht vor. Der Beschwerdeführer und A.A. haben ihre Ehe zwar bis anhin nicht gelebt, dies kann ihnen indessen nicht entgegengehalten werden, da A.A. bisher keine Einreisebewilligung für die Schweiz hatte (vgl. Caroni, a.a.O., S. 26 f.; Grant, a.a.O., S. 271; vgl. oben E. 6.2.). Da keine Anzeichen für eine missbräuchliche Eheschliessung ersichtlich sind, ist das Erfordernis der Trennung der Familie durch die Flucht nicht anwendbar (vgl. oben E. 6.3. - 6.5.). Unter diesen Bedingungen ist A.A. die Einreise zwecks Feststellung der Flüchtlingseigenschaft zu bewilligen. Sie ist vorläufig aufzunehmen, es sei denn, sie mache eigene Fluchtgründe geltend. [1] Entscheid über eine Grundsatzfrage gemäss Art. 104 Abs. 3 des Asylgesetzes vom 26. Juni 1998 (AsylG, SR 142.31) in Verbindung mit Art. 10 Abs. 2 Bst. a und Art. 11 Abs. 2 Bst. a und b der Verordnung vom 11. August 1999 über die Schweizerische Asylrekurskommission (VOARK, SR 142.317); dies bezieht sich auf die Regesten 3 und 4 (E. 6 und 7). [2] Décision sur une question de principe selon l'art. 104 al. 3 de la loi sur l'asile du 26 juin 1998 (LAsi, RS 142.31) en relation avec l'art. 10 al. 2 let. a et l'art. 11 al. 2 let. a et b de l'ordonnance du 11 août 1999 concernant la Commission suisse de recours en matière d'asile (OCRA, RS 142.317); concerne uniquement les ch. 3 et 4 (consid. 6 et 7).

E. 24

[3] I regesti 3 e 4 (consid. 6 e 7) si riferiscono a decisioni su questioni di principio conformemente all'art. 104 cpv. 3 della Legge sull'asilo del 26 giugno 1998 (LAsi, RS 142.31) in relazione con l'art. 10 cpv. 2 lett. a e l'art. 11 cpv. 2 lett. a e b dell'ordinanza dell'11 agosto 1999 concernente la Commissione svizzera di ricorso in materia d'asilo (OCRA, RS 142.317).

E. 25

Schweizerisches Bundesarchiv, Digitale Amtsdrukschriften Archives fédérales suisses, Publications officielles numérisées Archivio federale svizzero, Pubblicazioni ufficiali digitali JAAC 70.71 - Auszug aus dem Urteil der Schweizerischen Asylrekurskommission vom 7. März 2006 i.S. M.D., Ägypten, auch erschienen in: Entscheidungen und Mitteilungen der Schweizerischen Asylrekurskommission [EMARK] 2006 Nr. 7 In Verwaltungspraxis der Bundesbehörden Dans Jurisprudence des autorités administratives de la Confédération In Giurisprudenza delle autorità amministrative della Confederazione Jahr 2006 Année Anno Band 70 Volume Volume Seite --- Page Pagina Ref. No 150 007 412 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.

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.