

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

Art. 51 al. 5 LAsi. Art. 39 al. 1 OA 1. Art. 45 LDIP. Art. 14 Cst. Art. 8 CEDH. Regroupement familial applicable aux réfugiés admis provisoirement.

Décision de principe^[2]

- 1. Reconnaissance, à titre préjudiciel, d'un mariage conclu à l'étranger (consid. 4).*
- 2. Le mariage conclu par procuration ne heurte pas manifestement l'ordre public suisse si les époux sont considérés comme mariés de plein droit à l'étranger et que leurs représentants ont été dûment autorisés. Si ces conditions sont remplies, le mariage doit en principe être reconnu (consid. 4).*
- 3. L'octroi d'une autorisation d'entrée dans le cadre du regroupement familial d'un réfugié admis provisoirement n'exige pas, en règle générale, que la famille ait été séparée par la fuite. Cette condition n'est applicable, par analogie, que lorsque le mariage a été abusivement contracté dans le but d'obtenir une autorisation d'entrée (consid. 6).*
- 4. Selon le droit en vigueur, il n'y a pas lieu d'observer de manière générale un délai d'attente en cas de regroupement familial de réfugiés admis provisoirement. Le regroupement familial doit en principe être autorisé, sur requête, à moins que, dans les trois ans suivant le prononcé de l'admission provisoire, la famille puisse se rendre dans un Etat tiers (consid. 7).*

Art. 51 Abs. 5 AsylG. Art. 39 Abs. 1 AsylV 1. Art. 45 IPRG. Art. 14 BV. Art. 8 EMRK. Familienzusammenführung von vorläufig aufgenommenen Flüchtlingen.

Grundsatzentscheid^[1]

1. Vorfrageweise Anerkennung einer im Ausland geschlossenen Ehe (E. 4).

2. Die in Stellvertretung geschlossene Ehe verstösst nicht offensichtlich gegen den schweizerischen Ordre Public, wenn sich die Gatten kraft der Eheschliessung im Ausland als verheiratet verstehen und die Stellvertreter gehörig bevollmächtigt waren. Sind diese Bedingungen erfüllt, ist die Ehe grundsätzlich anzuerkennen (E. 4).

3. Für vorläufig aufgenommene Flüchtlinge ist die Erteilung einer Einreisebewilligung im Rahmen des Familiennachzuges nicht generell an die Voraussetzung geknüpft, dass die Familie durch die Flucht getrennt worden ist; dieses Erfordernis ist hier einzig im Falle von missbräuchlicher Eheschliessung zum Zweck der Erlangung einer Einreisebewilligung in analoger Weise anwendbar (E. 6).

4. Unter geltendem Recht ist für die Familienvereinigung von vorläufig aufgenommenen Flüchtlingen nicht generell eine Wartefrist anzuordnen. Die Familienvereinigung ist grundsätzlich auf Gesuch hin zu bewilligen, es sei denn, innert dreier Jahre nach Anordnung der vorläufigen Aufnahme sei eine Weiterreise in einen Drittstaat möglich (E. 7).

Art. 51 cpv. 5 LAsi. Art. 39 cpv. 1 OAsi 1. Art. 45 LDIP. Art. 14 Cost. Art. 8 CEDU. Ricongiungimento familiare con rifugiati ammessi provvisoriamente.

Decisione di principio^[3]

1. Riconoscimento, a titolo pregiudiziale, di un matrimonio celebrato all'estero (consid. 4).

2. Un matrimonio celebrato per procura non è manifestamente incompatibile con l'ordine pubblico svizzero allorquando i coniugi sono considerati legalmente sposati (all'estero) e i rappresentanti erano debitamente autorizzati. Un siffatto matrimonio va riconosciuto se le citate condizioni sono soddisfatte (consid. 4).

3. La concessione di un'autorizzazione d'entrata nell'ambito di un ricongiungimento familiare con rifugiati ammessi provvisoriamente non è - di regola - vincolata alla separazione in seguito alla fuga della famiglia. Tale presupposto va adempito, per analogia, solo nei casi in cui il matrimonio è stato abusivamente celebrato con l'unico fine d'ottenere un'autorizzazione d'entrata (consid. 6).

4. Il diritto vigente non prevede un termine d'attesa generalizzato per il ricongiungimento familiare con rifugiati ammessi provvisoriamente. Detto ricongiungimento va autorizzato salvo che, entro tre anni dalla pronuncia dell'ammissione provvisoria, la famiglia possa recarsi in un Paese terzo (consid. 7).

Zusammenfassung des Sachverhalts:

Mit Verfügung vom 16. Dezember 2002 stellte das Bundesamt fest, der Beschwerdeführer erfülle die Flüchtlingseigenschaft, lehnte dessen Asylgesuch vom 18. April 2000 indessen ab und ordnete die Wegweisung sowie die vorläufige Aufnahme als Flüchtling an. Es hielt fest, der Beschwerdeführer sei des Asyls unwürdig.

Am 23. Januar 2004 heiratete der Beschwerdeführer, der bei dieser Gelegenheit von seinem bevollmächtigten Vater vertreten war, in Ägypten A.A. Am 28. April 2004 gelangte er mit einem Gesuch um Familienvereinigung an das Bundesamt; dieses verweigerte A.A. mit Verfügung vom 1. Juli 2004 die Einreise und lehnte das Gesuch um Familienvereinigung ab. Zur Begründung führte es im Wesentlichen aus, nach Art. 51 Abs. 5 AsylG und Art. 39 Abs. 1 und 2 der Asylverordnung 1 vom 11. August 1999 über Verfahrensfragen (AsylV 1, SR 142.311) könne Familienmitgliedern von vorläufig aufgenommen Flüchtlingen die Einreise in die Schweiz erst nach Ablauf einer dreijährigen Frist nach Anordnung der vorläufigen Aufnahme bewilligt werden. Diese Bedingung sei nicht erfüllt.

Mit Eingabe vom 29. Juli 2004 an die Schweizerische Asylrekurskommission (ARK) beantragte der Beschwerdeführer die Aufhebung der Verfügung vom 1. Juli 2004, die Gutheissung des Antrages auf Familienvereinigung und die Erteilung einer Einreisebewilligung zugunsten von A.A. Zur Begründung führte er im Wesentlichen aus, die Verweigerung der Einreise A.A.s und die Ablehnung des Gesuchs um Familienvereinigung seien schwere Eingriffe in sein verfassungs- und völkerrechtlich geschütztes Eheleben. Solche Eingriffe bedürften einer formell-gesetzlichen Grundlage und könnten sich nicht auf Art. 39 AsylV 1 abstützen.

Mit Schreiben vom 26. Juli 2005 ersuchte die ARK die schweizerische Vertretung in Kairo, den Vater des Beschwerdeführers und A.A. zu einer Befragung einzuladen. Von A.A. sollte in Erfahrung gebracht werden, ob sie und der Beschwerdeführer vor der Flucht verlobt waren, ob sie sich als die Gattin des Beschwerdeführers verstehe und ob es ihrem Willen entspreche, in die Schweiz zu kommen und hier als Ehefrau des Beschwerdeführers zu leben. Der Vater des Beschwerdeführers sollte Auskunft darüber geben, ob und gegebenenfalls wann und in welcher Form er vom Beschwerdeführer spezifische Instruktionen im Hinblick auf die Trauung erhalten habe. Mit Schreiben vom 23. August 2005 reichte die schweizerische Vertretung in Kairo Protokolle von Befragungen ein, die sie am 17. August 2005 mit dem Vater des Beschwerdeführers und am 18. August 2005 mit A.A. durchgeführt hatte. Neben den Protokollen reichte sie einen Bericht mit eigenen Beobachtungen sowie Kopien der Identitätsausweise der Befragten und der Heiratsurkunde ein. Mit Eingabe vom 1. September 2005 nahm der Beschwerdeführer zum Bericht der schweizerischen Vertretung in Kairo Stellung.

Die ARK heisst die Beschwerde gut.

Aus den Erwägungen:

3.

3.1. Der Beschwerdeführer macht geltend, Art. 39 Abs. 1 AsylV 1 sei eine ungenügende gesetzliche Grundlage für einen schweren Eingriff in sein verfassungs- und völkerrechtlich geschütztes Eheleben (Art. 14 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 [BV], SR 101 und Art. 8 Abs. 1 der Konvention vom 4. November 1950 zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten [EMRK], SR 0.101). Die Familienvereinigung stelle für ihn als vorläufig aufgenommenen Flüchtling längerfristig die einzige Möglichkeit dar, sein Familienleben zu leben. Selbst wenn es zutreffe, dass er erst am 23. Januar 2004, fast vier Jahre nach der Flucht, geheiratet habe, sei die geschützte Beziehung zu seiner Ehefrau durch die Flucht getrennt worden, da er sich bereits im Jahr 1997 verlobt habe.

Ein solch schwerwiegender Eingriff bedürfe nach Art. 36 Abs. 1 BV einer Grundlage in einem formellen Gesetz. Art. 39 Abs. 1 AsylV 1 genüge diesen Anforderungen nicht. Überdies sei die Ablehnung des Familiennachzugs nicht verhältnismässig im Sinne von Art. 36 Abs. 3 BV, da er finanziell unabhängig sei und für seine Ehefrau sorgen könne.

3.2. Die Vorinstanz erkennt demgegenüber in Art. 39 Abs. 1 AsylV 1 eine für sie verbindliche Norm. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung könne sich der Beschwerdeführer zudem nicht auf Art. 8 Abs. 1 EMRK berufen, da er als vorläufig aufgenommener Flüchtling nicht über ein gefestigtes Aufenthaltsrecht verfüge.

3.3. In der Folge gilt es zu untersuchen, ob die Beziehung des Beschwerdeführers zu A.A. eine Familie beziehungsweise eine Ehe im Sinne der anwendbaren Normen ist (E. 4). Sodann wird untersucht, wie die Vereinigung von Familien vorläufig aufgenommener Flüchtlinge geregelt ist und im Besonderen, in welchem Rahmen der Bundesrat gestützt auf die Delegationsnorm von Art. 51 Abs. 5 AsylG zur Rechtsetzung in diesem Bereich befugt ist (E. 5 und 6) und ob er diesen Rahmen beim Erlass von Art. 39 Abs. 1 AsylV 1 respektiert hat (E. 7). Aufgrund der auf diese Weise gewonnenen Erkenntnisse wird schliesslich geprüft, ob die Vorinstanz zu Recht und mit zutreffender Begründung das Gesuch um Familienvereinigung und Einreisebewilligung abgelehnt hat (E. 8).

4. Grundlage der Rechtsbegehren des Beschwerdeführers ist seine am 23. Januar 2004 in Ägypten geschlossene und gerichtlich beurkundete Ehe mit A.A. Im Hinblick auf die Würdigung allfälliger Ansprüche aus der BV, der EMRK und dem AsylG ist zunächst abzuklären, ob diese Eheschliessung für die schweizerischen Asylbehörden verbindlich ist. Eine zivilstandsrechtliche Anerkennung der Ehe, welche die ARK nach Massgabe von Art. 9 des Schweizerischen Zivilgesetzbuches vom 10. Dezember 1907 (ZGB, SR 210) binden würde, ist nicht vorgesehen, da vorliegend Ausländer im Ausland die Ehe geschlossenen haben (Art. 39 der Zivilstandsverordnung vom 28. April 2004 [ZStV], SR 211.112.2). Bis zu einer allfälligen öffentlichen Beurkundung der Ehe (beispielsweise im Rahmen der Registrierung einer Geburt in der Schweiz; Art. 9 und 20 ZStV) entscheiden die jeweils mit einem Verfahren befassten Behörden in eigener Zuständigkeit vorfrageweise über

die Anerkennung der Ehe, soweit sich dies für die Wahrnehmung ihrer Aufgaben als erforderlich erweist (Art. 29 Abs. 3 des Bundesgesetzes vom 18. Dezember 1987 über das Internationale Privatrecht [IPRG], SR 291). Vorliegend ist das Asylgesuch von A.A. damit begründet, sie sei die Ehefrau des Beschwerdeführers. Unter diesen Umständen entscheiden die Asylbehörden über die Anerkennung der Ehe, ohne indessen Verfahren vor anderen Behörden mit ihrem Entscheid zu präjudizieren.

Die Vorinstanz hat den Bestand der Ehe in der angefochtenen Verfügung nicht angezweifelt.

4.1. Der Beschwerdeführer legte seinem Gesuch vom 28. April 2004 an die Vorinstanz die Kopie eines beurkundeten Eheschliessungsvertrags vom 23. Januar 2004 mit Übersetzung ins Deutsche bei. Aus diesem Vertrag geht hervor, dass der Beschwerdeführer am genannten Datum A.A. vor einem ägyptischen «Mazun» geheiratet hat. Der Beschwerdeführer, der sich zu diesem Zeitpunkt in der Schweiz aufhielt, war bei der Trauung nicht persönlich anwesend, sondern liess sich durch seinen bevollmächtigten Vater vertreten. A.A. [...] war zum Zeitpunkt der Eheschliessung knapp neunzehn Jahre alt und von ihrem Vater als Bevollmächtigten begleitet beziehungsweise vertreten. Anlässlich der Trauung waren zwei Trauzeugen anwesend.

4.2. Eine im Ausland gültig geschlossene Ehe wird in der Schweiz nach Art. 45 IPRG grundsätzlich anerkannt. Diese Bestimmung ist Ausdruck des gesetzgeberischen Willens, das Zustandekommen und den Bestand der Ehe zu begünstigen. Sie steht im Einklang mit dem verfassungs- und völkerrechtlichen Schutz der Ehe (Art. 14 BV, Art. 8 Abs. 1 und Art. 12 EMRK). Die Auslegung von Art. 45 IPRG hat sich demnach am Grundsatz des *favor matrimonii* zu orientieren (vgl. K. Siehr, Das internationale Privatrecht der Schweiz, Zürich, 2002, S. 22 ff.; K. Siehr, in: Honsell/Vogt/Schnyder [Hrsg.], Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Internationales Privatrecht, Basel und Frankfurt, 1996, Rz. 1 ff. zu Art. 45; Bucher/Bonomi, Droit international privé, Basel, 2001, Rz. 632 ff.; S. Othenin-Girard, La réserve d'ordre public en droit international privé suisse, Neuchâtel, 1999, Rz. 575 ff.; A. Bucher, Le couple en droit international privé, Basel u.a., 2004, Rz. 128 ff.).

Ausnahmen ergeben sich ausschliesslich aus dem allgemeinen Vorbehalt des schweizerischen Ordre Public, wobei die Unvereinbarkeit mit fundamentalen Grundsätzen des schweizerischen Rechts offensichtlich sein muss (Art. 27 Abs. 1 IPRG). Durch das Erfordernis der Offensichtlichkeit unterscheidet sich der Vorbehalt des Ordre Public im vorliegend interessierenden Rahmen der Anerkennung eines im Ausland begründeten Rechtsverhältnisses von jenem im Rahmen der Anwendung ausländischen Rechts durch die schweizerischen Behörden (Art. 17 IPRG). Soweit die schweizerischen Behörden in einem Verfahren selbst Rechtsverhältnisse gestalten, sollen sie sich nach dem Willen des Gesetzgebers mit den Konsequenzen ihres Tuns (sowohl im Anwendungsbereich von Art. 17 IPRG als auch in jenem von Art. 27 Abs. 1 IPRG ist ausschliesslich das Resultat und nie eine abstrakte ausländische Norm auf ihre Vereinbarkeit mit dem Ordre Public zu prüfen) einlässlicher auseinandersetzen, als wenn sie ein vorgefundenes, anderswo gestaltetes Rechtsverhältnis bloss anzuerkennen haben. Die Lehre verwendet den Begriff des Ordre Public atténué (Siehr, a.a.O., S. 676; Bucher/Bonomi, a.a.O., Rz. 270 ff., 490; Siehr, Kommentar, a.a.O., Rz. 10 zu Art.

45; Othenin-Girard, a.a.O., Rz. 577). Nach dem Prinzip der Binnenbeziehung ist eine Verletzung des Ordre Public nur dann anzunehmen, wenn das anzuerkennende Rechtsverhältnis einen Bezug zur Schweiz hat (vgl. Siehr, a.a.O., S. 605 f.; Bucher/Bonomi, a.a.O., Rz. 491 ff.). Ein solcher Bezug ist im flüchtlingsrechtlichen Familiennachzugsverfahren regelmässig anzunehmen.

Der Vorbehalt des Ordre Public im Rahmen der Anerkennung ausländischer Ehen wird in Art. 45 Abs. 2 IPRG dahingehend konkretisiert, dass Ehen nicht anerkannt werden, wenn der Abschluss der Ehe in der offenbaren Absicht ins Ausland verlegt worden ist, die Vorschriften des schweizerischen Rechts über die Eheungültigkeit zu umgehen, und Braut oder Bräutigam Schweizer Bürger sind oder beide Wohnsitz in der Schweiz haben. Diese Norm ersetzt den allgemeinen Vorbehalt des Ordre Public im Sinne von Art. 27 Abs. 1 IPRG nicht, so dass beide Normen unabhängig von einander anwendbar sind (vgl. Bucher/Bonomi, a.a.O., Rz. 635; Othenin-Girard, a.a.O., Rz. 576; Die Praxis des Bundesgerichts [Pra] 86 [1997] Nr. 11, S. 49).

4.3. In Anwendung des Grundsatzes des *favor matrimonii* hat sich das Erfordernis der Gültigkeit im Sinne von Art. 45 Abs. 1 IPRG wahlweise nach dem Recht am Ort der Eheschliessung, nach dem Recht am Wohnsitz oder dem Heimatrecht der Braut oder des Bräutigams zu beurteilen. Eine Ehe ist daher nur dann nicht gültig im Sinne von Art. 45 Abs. 1 IPRG, wenn sie in allen wahlweise anwendbaren Rechtsordnungen sofort und von Amtes wegen für nichtig erklärt werden müsste (Siehr, Kommentar, a.a.O., Rz. 9 zu Art. 45; Bucher/Bonomi, a.a.O., Rz. 632 f.). Besteht dagegen bloss die Möglichkeit der Anfechtbarkeit oder Aufhebung beziehungsweise ist die Eheschliessung bloss in einer oder mehreren (aber nicht allen) anwendbaren Rechtsordnungen nichtig, ist die Ehe anzuerkennen.

Vorliegend ist somit zu prüfen, ob die Ehe des Beschwerdeführers mit A.A. weder nach ägyptischem noch nach schweizerischem Recht (dem Recht am Wohnsitz des Beschwerdeführers) nichtig ist. Im schweizerischen Recht gilt eine in Vertretung geschlossene Ehe als Nichtehe (vgl. statt vieler Tuor/Schnyder/Schmid/Rumo-Jungo, Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, 12. Aufl., Zürich, 2002, S. 188). Da der Beschwerdeführer bei der Trauung nicht persönlich anwesend war, sondern sich durch seinen bevollmächtigten Vater vertreten liess, wäre seine Ehe mit A.A. somit nach schweizerischen Recht nichtig. Die Gültigkeit der Ehe des Beschwerdeführers hat sich nach ägyptischem Recht zu beurteilen.

4.4. Im ägyptischen Familienrecht hat sich die islamische Rechtstradition, wie auch in anderen Staaten des islamischen Kulturraumes, ungeachtet der Säkularisierungstendenzen in der Gesellschaft und der Kodifizierung anderer Rechtsbereiche bewahrt, so dass sich die Eheschliessung im Wesentlichen an den Grundsätzen der Scharia orientiert (vgl. A. Büchler, Das islamische Familienrecht: Eine Annäherung, Bern 2003, S. 15 ff.; Aldeeb/ Bonomi [Hrsg.], Le droit musulman de la famille et des successions à l'épreuve des ordres juridiques occidentaux, Zürich, 1999, S. 333 f.). Die Ehe wird im ägyptischen Recht als Vertrag mit religiösen Elementen geschlossen, an den geringe formelle Anforderungen gestellt werden. Er ist gültig, wenn die Brautleute vor zwei männlichen (oder einem männlichen und zwei weiblichen) Zeugen ihren Ehewillen erklären. Umstritten scheint die Frage zu sein, ob die Mitwirkung eines Vormundes seitens der Frau erforderlich

ist. Ebenfalls ungeklärt ist, ob die Ehe auch ohne das Einverständnis der Braut gültig zustande kommen kann. Unbestrittenermassen zulässig ist dagegen die Vertretung eines oder beider Brautleute anlässlich der Trauung. Die entsprechende Vollmacht kann formfrei erteilt werden (vgl. Bächler, a.a.O., S. 26 ff.; Aldeeb/Bonomi, a.a.O., S. 1 ff., 40). Nicht erforderlich ist die Mitwirkung des Staates. Die Eintragung im Eheregister oder die vorliegend vorgenommene Beurkundung des Eheschliessungsvertrages dient somit nur deklaratorischen und beweisrechtlichen Zwecken. Nach ägyptischem Recht ist die Ehe schliesslich im Gegensatz zu anderen Rechtstraditionen auch dann gültig geschlossen, wenn auf die Festlegung der so genannten Brautgabe verzichtet wird. Es handelt sich hierbei um einen Vermögenswert, den der Bräutigam der Braut anlässlich der Trauung vertraglich zusichert.

Das islamische Recht kennt eine Reihe von Ehehindernissen (Verwandtschaft; unterschiedliche Religion der Brautleute; eine vorbestehende Ehe für die Frau, vier für den Mann; unter gewissen Umständen unterschiedliche soziale Stellung der Brautleute; Eheunmündigkeit; vgl. Bächler, a.a.O., S. 28, 33 f.; Aldeeb/ Bonomi, a.a.O., S. 47 ff.), bei denen es sich teils um Ungültigkeitsgründe, teils um Anfechtungsgründe der Eheleute oder Dritter handelt. Die Unterscheidung scheint indessen nicht restlos klar zu sein (vgl. Aldeeb/Bonomi, a.a.O., S. 47 ff., 154; Bächler, a.a.O., S. 33 f.). Für die Zwecke des vorliegenden Verfahrens erübrigt sich eine eingehende Auseinandersetzung mit den Einzelheiten der verschiedenen Ehehindernisse und den jeweiligen Konsequenzen im ägyptischen Recht, da für keines der genannten Ehehindernisse betreffend den Beschwerdeführer oder betreffend A.A. Anzeichen erkennbar sind. Aus dem in Ägypten beurkundeten Eheschliessungsvertrag geht hervor, dass beide Brautleute ledig und muslimischen Glaubens waren; der Beschwerdeführer hat sich im Rahmen des Asylverfahrens stets als ledig bezeichnet. Ein Verwandtschaftsverhältnis scheint nicht zu bestehen.

Den formellen Anforderungen an die Eheschliessung ist Genüge getan, indem der Beschwerdeführer und A.A. durch ihre Vertreter gemeinsam den Willen zur Ehe geäussert haben. Dieser Vorgang wurde von zwei Trauzeugen bestätigt. Auch die umstrittene Bedingung der Mitwirkung eines Vormundes der Braut wurde eingehalten, indem A.A.s Vater den Ehevertrag mitunterschrieb. Wie oben dargelegt, ist im ägyptischen Recht ungeklärt, ob das Einverständnis der Braut zur gültigen Eheschliessung erforderlich ist. Vorliegend kann indessen aufgrund der Aussagen von A.A. gegenüber der schweizerischen Vertretung in Kairo davon ausgegangen werden, dass sie mit der Eheschliessung einverstanden war und sich als Ehefrau des Beschwerdeführers betrachtet. Sodann geht aus der Urkunde hervor, dass die nach ägyptischem Recht fakultative Brautgabe vor der Trauung vereinbart worden war. Der Umstand, dass der Beschwerdeführer anlässlich seiner Trauung nicht anwesend war, beeinträchtigt das Zustandekommen der Ehe nicht. Die Beurkundung hat ebenso deklaratorischen Charakter wie eine allfällige Eintragung ins ägyptische Zivilstandsregister.

Es kann somit davon ausgegangen werden, dass die Ehe des Beschwerdeführers nach ägyptischem Recht gültig geschlossen wurde.

4.5. Wie oben dargelegt (vgl. E. 4.3.), wäre die Ehe des Beschwerdeführers mit A.A. nach schweizerischem Recht nichtig, weil sich jener anlässlich der Trauung vertreten liess. Im Folgenden gilt es zu untersuchen, ob die durch einen Vertreter geschlossene Ehe nicht bloss nichtig ist, sondern offensichtlich «... in unerträglicher Weise gegen das schweizerische Rechtsempfinden verstösst bzw. mit der schweizerischen Rechtsauffassung gänzlich unvereinbar ist» (so die Formulierung des Bundesgerichts, vgl. beispielsweise Pra 86 [1997] Nr. 11, S. 49 mit weiteren Hinweisen) und somit den Ordre Public atténué im Sinne von Art. 27 Abs. 1 IPRG verletzt (vgl. oben E. 4.2.). In diesem Rahmen gilt es zunächst festzuhalten, dass der Vorbehalt des Ordre Public eine «Notbremse» (vgl. Siehr, a.a.O., S. 26) ist und die «... Anerkennung [im Ausland geschlossener Ehen] die Regel ..., deren Ablehnung die seltene Ausnahme bleiben» soll (P. Volken, in: D. Girsberger et. al., Zürcher Kommentar zum IPRG, 2. Aufl., Zürich, 2004, Rz. 46 zu Art. 27). Diesen Überlegungen liegt die für das internationale Privatrecht zentrale Erkenntnis der Relativität des innerstaatlichen Rechts zugrunde (vgl. Siehr, a.a.O., S. 615; Bucher/Bonomi, a.a.O., Rz. 493). Das schweizerische Recht kann keine wie auch immer geartete Überlegenheit anderen Rechtsordnungen gegenüber beanspruchen, und die rechtsanwendenden Behörden sind gehalten, Rechtsverhältnissen, die die Rechtsunterworfenen aufgrund ihrer sittlichen oder religiösen Überzeugungen, ihrer Herkunft oder anderer Umstände in Anwendung eines ausländischen Rechts eingegangen sind, grundsätzlich mit derselben Achtung zu begegnen wie solchen, die nach schweizerischem Recht begründet wurden. Vorbehalten bleiben Rechtsverhältnisse, deren Anerkennung nach schweizerischem Rechtsempfinden offensichtlich unerträglich wäre (zu prüfen wären unter diesem Titel beispielsweise die Verehelichung von Kindern, Zwangsheiraten oder unter Umständen auch Mehrfachehen, sollten sich Probleme dieser Art in einem Verfahren stellen. Dies ist vorliegend nicht der Fall).

Ferner gilt es zu berücksichtigen, dass die Ehe nach islamischem Verständnis der einzige rechtmässige Rahmen für sexuelle Verbindungen ist (vgl. Büchler, a.a.O., S. 26). Es wäre stossend, die sexuellen Kontakte, welche die betroffenen Gatten im Vertrauen auf die gültige Eheschliessung begonnen haben werden, und die Kinder, die sie unter Umständen gezeugt haben, mit Verweis auf die öffentliche Ordnung der Schweiz kurzerhand für illegitim zu erklären. Dieses stossende Ergebnis würde noch verstärkt, wenn die Gatten überdies dem pauschalen Verdacht der missbräuchlichen Heirat zum Zwecke der Erschleichung einer Einreisebewilligung in die Schweiz ausgesetzt würden. Jede rechtliche Norm kann bösgläubig missbraucht werden, weshalb der Begriff des Ordre Public der Beliebigkeit preisgegeben würde, wenn aufgrund der blossen Möglichkeit eines missbräuchlichen Zustandekommens einem Rechtsverhältnis die Anerkennung versagt würde (vgl. demgegenüber A. Bucher, a.a.O., Rz. 134, der, soweit ersichtlich, als einziger Vertreter der Lehre die Möglichkeit des Missbrauchs bei der Würdigung der Vereinbarkeit mit dem Ordre Public mitberücksichtigt haben will). Sollten in Einzelfällen Missbräuche festgestellt werden, hält das schweizerische Recht differenziertere Instrumente als den Ordre Public bereit, mit denen angemessen reagiert werden kann.

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.) präzierte 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

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. Gohl, 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. Böhler, 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.

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 nachzuziehende 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 nachzuziehenden 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.

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

Schweiz für Flüchtlinge, die vorläufig aufgenommen worden sind. Art. 39 AsylV 1 ist demnach eine unselbständige, gesetzvertretende 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

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

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 minderer 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

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

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 aufgenommener 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

- 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 Einreise- beziehungsweise 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

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 Flüchtlingeigenschaft 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

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

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

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

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

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).

[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).

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.