Urteilskopf

126 II 335

36. Auszug aus dem Urteil der II. öffentlichrechtlichen Abteilung vom 9. August 2000 i.S. X. gegen Justiz-, Polizei- und Sanitätsdepartement und Verwaltungsgericht des Kantons Graubünden (Verwaltungsgerichtsbeschwerde)
Regeste (de):
Art. 8 EMRK; Art. 26 u. Art. 8a aAsylG; Art. 44 Abs. 2, Art. 51 Abs. 5 u. Art. 54 AsylG; Art. 39 AsylV 1; Art. 14a ff. ANAG; Anspruch eines vorläufig aufgenommenen Flüchtlings auf Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung zwecks Familiennachzugs?

Der vorläufig aufgenommene Flüchtling verfügt gestützt auf das nationale Recht über kein gesichertes Anwesenheitsrecht, das ihm einen Anspruch auf Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung verschaffen würde (E. 1).

Ein solches Recht ergibt sich auch nicht aus Art. 8 EMRK, nachdem die Frage des Familiennachzugs heute nicht mehr von der Erteilung einer kantonalen Aufenthaltsbewilligung abhängt, sondern vom Gesetzgeber in Art. 51 Abs. 5 des Asylgesetzes bzw. Art. 39 der Asylverordnung 1 asylrechtlich geregelt wurde. Mit Blick auf Art. 8 EMRK ist allein entscheidend, dass der Ausländer faktisch die Möglichkeit hat, das Verhältnis zu seinen Familienangehörigen in angemessener Weise zu pflegen, wozu jede Anwesenheitsberechtigung genügt, welche dies zulässt (E. 2 u. 3).

Regeste (fr):
Art. 8 CEDH; art. 26 et art. 8a aLAsi; art. 44 al. 2, art. 51 al. 5 et art. 54 LAsi; art. 39 OA 1; art. 14a ss LSEE; droit d'un réfugié admis provisoirement à l'octroi d'une autorisation de séjour au titre du regroupement familial?

Le réfugié admis provisoirement ne dispose, sur la base du droit national, d'aucun droit de présence assuré qui lui procurerait un droit à l'octroi d'une autorisation de séjour (consid. 1).

Un tel droit ne résulte pas non plus de l'art. 8 CEDH, maintenant que la question du regroupement familial ne dépend plus de l'octroi d'une autorisation de séjour cantonale, mais qu'elle a été réglée par le législateur dans le droit d'asile à l'art. 51 al. 5 de la loi sur l'asile, respectivement à l'art. 39 de l'ordonnance 1 sur l'asile. Eu égard à l'art. 8 CEDH, est seul décisif le fait que l'étranger ait réellement la possibilité d'entretenir convenablement une relation avec les membres de sa famille; c'est pourquoi tout droit de présence qui l'admet est suffisant (consid. 2 et 3).

Regesto (it):
Art. 8 CEDU; art. 26 e art. 8a vLAsi; art. 44 cpv. 2, art. 51 cpv. 5 e art. 54 LAsi; art. 39 OAsi 1; art. 14a segg. LDDS; il rifugiato ammesso provvisoriamente ha diritto di ottenere un permesso di dimora a scopo di ricongiungimento famigliare?

Il rifugiato ammesso provvisoriamente non ha, in base al diritto nazionale, alcun diritto di residenza assicurato dal quale dedurre un diritto al rilascio di un permesso di dimora (consid. 1).

Un tale diritto non discende neanche dall'art. 8 CEDU ora che la questione del ricongiungimento famigliare non dipende più dal rilascio di un permesso di dimora cantonale, ma è disciplinata dal legislatore nel diritto d'asilo all'art. 51 cpv. 5 della legge sull'asilo, rispettivamente all'art. 39 dell'ordinanza 1 sull'asilo. Dal profilo dell'art. 8 CEDU, è unicamente decisivo il fatto che lo straniero abbia realmente la possibilità d'intrattenere in modo conveniente una relazione con i membri della sua famiglia; qualsiasi diritto di presenza che lo permette è pertanto sufficiente (consid. 2 e 3).

Sachverhalt ab Seite 336

BGE 126 II 335 S. 336

Der aus der Türkei stammende Kurde X. reiste am 3. Oktober 1988 in die Schweiz ein, wo er vergeblich um Asyl nachsuchte. Am 10. Februar 1993 nahm ihn das Bundesamt für Flüchtlinge aufgrund seiner hier ausgeübten politischen Aktivitäten wiedererwägungsweise vorläufig auf. Es anerkannte ihn als Flüchtling, versagte ihm aber wegen subjektiver Nachfluchtgründe das Asyl (vgl. Art. 8a des Asylgesetzes vom 5. Oktober 1979; aAsylG, AS 1990 938). X. bemühte sich in der Folge wiederholt, eine Aufenthaltsbewilligung zu erhalten, um seine Familie nachziehen zu können. Die Fremdenpolizei des Kantons Graubünden wies letztmals ein entsprechendes Gesuch am 7. September 1998 ab. Das Justiz-, Polizei- und Sanitätsdepartement sowie das Verwaltungsgericht des Kantons Graubünden bestätigten diesen Entscheid am 8. Dezember 1998

BGE 126 II 335 S. 337

bzw. 5. März 1999: Als vorläufig Aufgenommener habe X. nur jene Rechte, welche ihm das internationale Abkommen vom 28. Juli 1951 über die Rechtsstellung der Flüchtlinge (Flüchtlingskonvention; SR 0.142.30) einräume. Ihm stehe weder ein konventionsrechtlicher noch ein gesetzlicher Anspruch auf eine Aufenthaltsbewilligung zu. Da er über kein gefestigtes Anwesenheitsrecht verfüge, berufe er sich vergeblich auf Art. 8 EMRK (SR 0.101); im Übrigen liege kein Härtefall im Sinne von Art. 13 lit. f der Verordnung vom 6. Oktober 1986 über die Begrenzung der Zahl der Ausländer (BVO, SR 823.21) vor.
X. hat hiergegen Verwaltungsgerichtsbeschwerde eingereicht mit dem Antrag, den angefochtenen Entscheid aufzuheben und die Fremdenpolizei des Kantons Graubünden anzuweisen, ihm die Jahresaufenthaltsbewilligung zwecks Familiennachzugs zu erteilen. Nötigenfalls sei die Fremdenpolizei anzuhalten, die Zustimmung des Bundesamts für Ausländerfragen hierzu einzuholen und ihm die Jahresaufenthaltsbewilligung zu erteilen. Zur Begründung beruft er sich auf Art. 8 EMRK. Mit Schreiben vom 22. Oktober 1999 fragte der Instruktionsrichter X. an, ob und inwiefern er mit Blick auf Art. 39 der Asylverordnung 1 vom 11. August 1999 über Verfahrensfragen (Asylverordnung 1, AsylV 1; SR 142.311), welcher neu die Familienvereinigung von vorläufig aufgenommenen Flüchtlingen regle, an seiner Beschwerde festzuhalten wünsche. X. ersuchte hierauf, das Verfahren vorläufig zu sistieren. Am 14. Juni 2000 beantragte er, dieses wieder aufzunehmen. Angesichts der bisherigen Verfahrensdauer zur Behandlung des Gesuchs um Familienvereinigung beim Bundesamt für Flüchtlinge und der Tatsache, dass Art. 39 AsylV 1 EMRK-widrig sei, halte er an seiner Eingabe fest. Das Bundesgericht tritt auf die Beschwerde nicht ein

Erwägungen

aus folgenden Erwägungen:

1. a) Die Verwaltungsgerichtsbeschwerde ist gegen die Erteilung oder Verweigerung von fremdenpolizeilichen Bewilligungen ausgeschlossen, auf die das Bundesrecht keinen Anspruch einräumt (Art. 100 Abs. 1 lit.

b Ziff. 3 OG). Gemäss Art. 4 des Bundesgesetzes vom 26. März 1931 über Aufenthalt und Niederlassung der Ausländer (ANAG; SR 142.20) entscheidet die zuständige Behörde, im Rahmen der gesetzlichen Vorschriften und der Verträge mit dem Ausland, nach freiem Ermessen über die Bewilligung von Aufenthalt und Niederlassung. Der Ausländer bzw. seine

BGE 126 II 335 S. 338

allfällig in der Schweiz lebenden Angehörigen haben damit grundsätzlich keinen Anspruch darauf, dass ihnen eine Aufenthaltsbewilligung erteilt wird. Die Verwaltungsgerichtsbeschwerde ist ausgeschlossen, soweit nicht eine Norm des Bundesrechts oder eines Staatsvertrags dem A-usländer oder seinen Angehörigen einen Anspruch auf eine fremdenpolizeiliche Bewilligung einräumt (BGE 124 II 361 E. 1a S. 263 f.; 122 II 1 E. 1a S. 3 mit Hinweisen). b) Für die Zulässigkeit der Verwaltungsgerichtsbeschwerde müssen die formellen Voraussetzungen an sich im Zeitpunkt der Einreichung der Beschwerde gegeben sein. Art. 100 Abs. 1 lit. b Ziff. 3 OG nennt zwar eine formelle Bedingung, basiert inhaltlich aber auf einer materiellrechtlichen Grundlage. Die hierfür massgeblichen Verhältnisse, seien sie rechtlicher oder tatsächlicher Natur, unterliegen dem Wandel. Das Bundesgericht stellt deshalb bei der Prüfung dieses Zulässigkeitserfordernisses grundsätzlich auf die konkreten Umstände im Zeitpunkt seines Entscheids ab (vgl. BGE 120 Ib 257 E. 1f S. 262 f.; BGE 118 Ib 145 E. 2b/c S. 148 f.; BGE 114 Ib 1 E. 3b S. 4; PETER KARLEN, Verwaltungsgerichtsbeschwerde, in: GEISER/MÜNCH, Prozessieren vor Bundesgericht, 2. Aufl., Basel/Frankfurt a.M. 1998, FN 123 zu Rz. 3.64). Massgebend sind im vorliegenden Fall somit die aktuellen Verhältnisse; in deren Rahmen ist der neuen Asylgesetzgebung (Asylgesetz vom 26. Juni 1998 [AsylG, SR 142.31, AS 1999 2262]und der Asylverordnung 1 über Verfahrensfragen bzw. der Verordnung vom 11. August 1999 über den Vollzug der Weg- und Ausweisung von ausländischen Personen [VVWA; SR 142.281], alle am 1. Oktober 1999 in Kraft getreten) Rechnung zu tragen, auch wenn ausschliesslich die kantonale Verweigerung einer fremdenpolizeilichen Bewilligung zur Diskussion steht. c) aa) Der Beschwerdeführer macht neben einer Verletzung von Art. 8 EMRK auch eine falsche Anwendung von Art. 13 lit. f BVO geltend. Die Verwaltungsgerichtsbeschwerde gegen kantonale Entscheide über die Verweigerung einer fremdenpolizeilichen Bewilligung, auf deren Erteilung kein Anspruch besteht, ist indessen unzulässig, auch wenn die kantonale Behörde - wie hier - im Bewilligungsentscheid vorfrageweise über die Unterstellungsfrage entschieden bzw. im Rahmen ihres Ermessensentscheids die zu Art. 13 lit. f BVO entwickelten Grundsätze beigezogen hat (BGE 122 II 186 ff.; ALAIN WURZBURGER, La jurisprudence récente du Tribunal fédéral en matière de police des étrangers, in: RDAF 1997 1 S. 350).

BGE 126 II 335 S. 339

bb) Nach Art. 26 aAsylG hat der Flüchtling, dem Asyl gewährt wurde, "Anspruch auf Regelung seiner Anwesenheit" im Kanton, in dem er sich ordnungsgemäss aufhält; nach einem entsprechenden Aufenthalt von fünf Jahren erwirbt er, soweit kein Ausweisungsgrund vorliegt, die Niederlassungsbewilligung (Art. 28 aAsylG; vgl. BGE 122 II 1 E. 1d S. 4 f.). Eine analoge Regelung kennt das neue Asylgesetz (SR 142.31): Danach haben Personen, denen Asyl gewährt wurde, "Anspruch auf eine Aufenthaltsbewilligung" im Kanton, in dem sie sich ordnungsgemäss aufhalten (Art. 60 Abs. 1 AsylG); befinden sie sich seit mindestens fünf Jahren ordnungsgemäss in der Schweiz, können sie um die Niederlassungsbewilligung ersuchen, wenn gegen sie kein Ausweisungsgrund nach Art. 10 Abs. 1 lit. a oder lit. b ANAG (gerichtliche Bestrafung bzw. mangelhafte Eingliederung in die hiesige Ordnung) vorliegt (Art. 60 Abs. 2 AsylG). Das Bundesamt für Flüchtlinge hat dem Beschwerdeführer das Asyl verweigert und ihn wegen subjektiver Nachfluchtgründe (Art. 8a aAsylG bzw. Art. 54 AsylG) lediglich vorläufig aufgenommen, da der Vollzug der Wegweisung in den Heimatstaat nicht zulässig und ein solcher in einen Drittstaat nicht möglich sei. Dem Beschwerdeführer erwächst aus seinem asylrecht-

lichen Status somit kein Anspruch auf eine Aufenthaltsbewilligung; ein solcher ergibt sich auch nicht aus den allgemeinen Regeln des Fremdenpolizeirechts (Art. 18 Abs. 1 aAsylG und Art. 44 Abs. 2 AsylG; Botschaft des Bundesrats vom 4. Dezember 1995 zur Totalrevision des Asylgesetzes sowie zur Änderung des Bundesgesetzes über Aufenthalt und Niederlassung, BBl 1996 II 1 ff.). Es bleibt zu prüfen, ob er direkt gestützt auf Art. 8 EMRK über ein entsprechendes Recht verfügt.

2. a) Art. 8 EMRK garantiert den Schutz des Familienlebens. Unter gewissen Umständen lässt sich daraus ein Anspruch auf Erteilung einer Anwesenheitsbewilligung ableiten, denn es kann Art. 8 EMRK verletzen, wenn einem Ausländer, dessen Familienangehörige hier weilen, die Anwesenheit in der Schweiz untersagt und damit das Familienleben vereitelt wird (BGE 118 Ib 145 E. 4 S. 152, 153 E. 3c S. 157; BGE 116 Ib 353 E. 1b S. 355; BGE 109 Ib 183 E. 2 S. 185 ff.). Voraussetzung ist indessen, dass zumindest ein Familienangehöriger hier über ein gefestigtes Anwesenheitsrecht verfügt; er muss grundsätzlich entweder das Schweizer Bürgerrecht oder eine Niederlassungsbewilligung besitzen. Eine blosse Aufenthaltsbewilligung genügt hierzu nur, soweit sie ihrerseits auf einem gefestigten

BGE 126 II 335 S. 340

Rechtsanspruch beruht (BGE 122 II 1 E. 1e, 289 E. 1c, 385 E. 1c; BGE 119 Ib 91 E. 1c; WURZBURGER, a.a.O., S. 286 mit Hinweisen; DENISE BUSER, Bemerkungen zu BGE 122 II 11, in AJP 1996 S. 621 f.; vgl. auch STEPHAN BREITENMOSER, Das Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens in der Schweizer Rechtsprechung zum Ausländerrecht, in EuGRZ 1993 S. 537 ff.; PETER MOCK, Convention européenne des droits de l'homme, immigration et droit au respect de la vie familiale, in AJP 1996 S. 543 f.; ders., Mesures de police des étrangers et respect de la vie privée et familiale, in ZSR 112/1993 I S. 104 f.). Für einen auf Art. 8 EMRK gestützten Anspruch auf eine fremdenpolizeiliche Bewilligung genügt nicht, dass ein Entscheid einer Fremdenpolizeibehörde lediglich geeignet ist, die Gestaltung des Familienlebens irgendwie zu beeinflussen. Wer selber keinen Anspruch auf längere Anwesenheit hat, vermag einen solchen auch nicht einer Drittperson zu verschaffen, selbst wenn eine gelebte familiäre Beziehung zur Diskussion stehen sollte (BGE 119 Ib 91 E. 1c S. 94, mit Hinweis; WURZBURGER, a.a.O, S. 286). b) Der Beschwerdeführer ersucht um die Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung, da nur diese ihm erlaube, gestützt auf Art. 7 der Verordnung vom 25. November 1987 über die vorläufige Aufnahme von Ausländern (AS 1987 1669 ff., 1995 5041) seine Familie gegebenenfalls nachzuziehen. Da er sein Familienleben nirgendwo sonst leben könne, sei das Ermessen der kantonalen Behörden durch Art. 8 Ziff. 1 EMRK beschränkt; ihm sei deshalb die Aufenthaltsbewilligung zu erteilen, damit er seine Familie nachziehen könne. aa) Das Bundesgericht hat bisher angenommen, dass der vorläufig aufgenommene Ausländer - einschliesslich des Flüchtlings, dem wegen Asylausschlussgründen der Schutz nach dem nationalen Recht verweigert wird - über kein gefestigtes Anwesenheitsrecht verfügt, das ihm unter Berufung auf Art. 8 EMRK erlauben würde, seine Familie nachzuziehen (unveröffentlichte Urteile vom 18. Oktober 1999 i.S. Z., E. 1c/bb; vom 15. Mai 1996 i.S. E., E. 1c; vom 11. Januar 1996 i.S. F., E. 1e; vom 15. Dezember 1993 i.S. A., E. 1; vom 27. Februar 1990 i.S. M., E. 1; vom 14. August 1989 i.S. B., E. 2b; vgl. auch WURZBURGER, a.a.O., S. 286). Entgegen den Ausführungen des Beschwerdeführers besteht kein Anlass, im vorliegenden Fall hierauf zurückzukommen bzw. seine faktisch geduldete Anwesenheit als derart gefestigt zu werten, dass ihm ein Anspruch auf Erteilung der Anwesenheitsbewilligung einzuräumen oder ihm direkt gestützt auf Art. 8 EMRK der Familiennachzug zu bewilligen wäre:

BGE 126 II 335 S. 341

bb) Der Familiennachzug für vorläufig Aufgenommene war bis zum 1. Oktober 1999 in Art. 7 der bereits

erwähnten Verordnung vom 25. November 1987 über die vorläufige Aufnahme (und die Internierung) von Ausländern geregelt. Diese Bestimmung machte die Bewilligung des Familiennachzugs unter anderem davon abhängig, dass die kantonale Fremdenpolizei vorgängig bereit war, dem Ausländer eine Aufenthaltsbewilligung zu erteilen. Sie knüpfte damit an die allgemeine Regel von Art. 4 ANAG an, wonach dem Ausländer bzw. seinen Angehörigen grundsätzlich kein Anspruch auf Erteilung einer fremdenpolizeilichen Bewilligung zukommt. Nach Art. 18 Abs. 1 aAsylG regelte das Bundesamt für Flüchtlinge das Anwesenheitsverhältnis nach den gesetzlichen Bestimmungen über die vorläufige Aufnahme von Ausländern, soweit der Vollzug der Wegweisung - wie hier - nicht möglich, nicht zulässig oder nicht zumutbar war (Non-Refoulementverbot: Art. 45 aAsylG und Art. 33 Flüchtlingskonvention). Fallen diese Voraussetzungen, die im Wesentlichen auch heute noch gelten, dahin, ist die vorläufige Aufnahme aufzuheben; sie erlischt überdies von sich aus, wenn der Ausländer freiwillig ausreist oder eine Aufenthaltsbewilligung erhält (Art. 14b Abs. 2 ANAG). Die vorläufige Aufnahme eines Flüchtlings, dem das Asyl unter Wegweisung aus der Schweiz verweigert wurde und dessen Rechtsstellung sich deshalb ausschliesslich nach der Flüchtlingskonvention richtet, hat damit zum Vornherein bloss provisorischen Charakter (vgl. zur vorläufigen Aufnahme wegen Nachfluchtgründen den Grundsatzentscheid der Schweizerischen Asylrekurskommission vom 7. März 1995, in: VPB 60/1996 Nr. 32 S. 285). Sie besteht nur solange, als der Vollzug der angeordneten Wegweisung nicht zulässig, nicht möglich oder nicht zumutbar ist, und begründet als solche kein gefestigtes Anwesenheitsrecht im Sinne der Rechtsprechung zu Art. 8 EMRK (vgl. auch die Weisung des EJPD vom 22. Februar 1993 über die Regelung des Aufenthaltes, Ziff. 5.9.1). cc) Das Bundesgericht hat bisher die Frage offen gelassen, wie es sich verhielte, wenn die - als Provisorium konzipierte (vgl. Art. 14c ANAG) - vorläufige Aufnahme über viele Jahre hinweg verlängert werden müsste und damit faktisch zu einem Dauerstatus würde; dem Betroffenen könnte unter diesen Umständen zwar nicht ein rechtliches, doch zumindest ein faktisches Anwesenheitsrecht zukommen, das allenfalls einen Familiennachzug zu rechtfertigen vermöchte bzw. die Schweiz verpflichten könnte, dem Beschwerdeführer ein Anwesenheitsrecht einzuräumen, welches es ihm erlauben

würde, die für einen Familiennachzug diesbezüglich erforderlichen gesetzlichen Voraussetzungen zu erfüllen (unveröffentlichtes Urteil vom 11. Januar 1996 i.S. F., E. 1e; vgl. auch KÄLIN/CARONI, Diskriminierungsverbot und Familiennachzug, in: TANGRAM, Bulletin der Eidgenössischen Kommission gegen Rassismus, Nr. 4, März 1998, S. 58). Der Beschwerdeführer ist nunmehr seit über sieben Jahren als anerkannter Flüchtling in der Schweiz, wobei er sein Familienleben weder in seinem Heimatstaat noch in einem anderen Land angemessen leben kann. Er verfügt heute offenbar wieder über eine Arbeitsstelle und scheint sich auch sonst integriert zu haben. Hinsichtlich seiner familiären Verhältnisse legt er - entgegen seiner grundsätzlichen Mitwirkungspflicht (vgl. BGE 124 II 361 E. 2b S. 365) - jedoch nicht dar, ob und inwiefern er während seiner Anwesenheit die Beziehungen zu seiner Frau und seinen Kindern im Rahmen des Möglichen (brieflicher und telefonischer Verkehr, Besuche in der Schweiz usw.) trotz der räumlichen Trennung gepflegt hat. Aus den Akten ist ebenfalls nicht ersichtlich, ob durch die Verweigerung der Bewilligung tatsächlich in eine intakte, gelebte familiäre Beziehung (vgl. BGE 122 II 1 E. 1e S. 5) eingegriffen wird.

3. a) Weitere diesbezügliche Abklärungen erübrigen sich indessen: Art. 8 EMRK gilt nicht absolut. Die Europäische Menschenrechtskonvention verschafft grundsätzlich weder ein Recht auf Asyl noch ein solches auf Aufenthaltsbewilligung oder -verlängerung (HAEFLIGER/SCHÜRMANN, Die Europäische Menschenrechtskonvention und die Schweiz, 2. Aufl., Bern 1999, S. 261 f.). Es kann daraus weder ein Recht auf eine bestimmte Bewilligungsart (vgl. BGE 122 II 385 E. 1b mit Hinweisen) noch auf die Wahl des den Betroffenen für das Familienleben am geeignetsten erscheinenden Orts abgeleitet werden (MARK E. VILLIGER, Handbuch der Europäischen Menschenrechtskonvention [EMRK], 2. Aufl., Zürich 1999, Rz. 576, S. 370; ALEXANDRA GERBER/BÉATRICE MÉTRAUX, Le regroupement familial des réfugiés, requérants d'asile et des personnes

admises provisoirement, in: WALTER KÄLIN, Droit des réfugiés, Fribourg 1991, S. 101). Entscheidend ist allein, 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 122 II 385 E. 1b; GERBER/MÉTRAUX, a.a.O., S. 111).
b) Das neue Asylrecht enthält mit Art. 39 AsylV 1 nunmehr eine spezialgesetzliche Bestimmung, welche dies erlaubt, weshalb es sich

BGE 126 II 335 S. 343

- für den Familiennachzug aufgenommener Flüchtlinge - nicht mehr rechtfertigt, einen ausländerrechtlichen Bewilligungsanspruch aus Art. 8 Ziff. 1 EMRK abzuleiten: Nach Art. 51 Abs. 5 AsylG regelt der Bundesrat für Flüchtlinge, die vorläufig aufgenommen worden sind, die Voraussetzungen für die Vereinigung ihrer Familie in der Schweiz. Gestützt hierauf erliess er Art. 39 AsylV 1, wonach das Bundesamt für Flüchtlinge - nach Einreichung eines Asylgesuchs durch die Familienangehörigen von vorläufig aufgenommenen Flüchtlingen bei einer schweizerischen Vertretung im Ausland - die Einreise in die Schweiz bewilligt, wenn ihr Angehöriger nicht innert dreier Jahre nach der vorläufigen Aufnahme als Flüchtling in einen Drittstaat weiterreisen kann. Das Bundesamt darf auf Grund der Stellungnahme der kantonalen Behörde die Einreise verweigern, wenn die sich in der Schweiz aufhaltenden vorläufig aufgenommenen Flüchtlinge es offensichtlich unterlassen, ihre Lage zu verbessern, namentlich, falls sie eine ihnen zugewiesene zumutbare Arbeit nicht annehmen (Art. 39 Abs. 2 lit. a AsylV 1), ohne Absprache mit der zuständigen Stelle ein Arbeitsverhältnis auflösen oder dessen Auflösung verschulden und damit ihre Lage verschlechtern (Art. 39 Abs. 2 lit. b AsylV 1) oder mit ihrem allgemeinen Verhalten und ihren Handlungen erkennen lassen, dass sie nicht gewillt oder nicht fähig sind, sich in die hiesige Ordnung einzufügen (Art. 39 Abs. 2 lit. c AsylV 1). Die Familienmitglieder sind nach ihrer Einreise als Flüchtlinge anzuerkennen und - sofern sie nicht selber die Flüchtlingseigenschaft nach Art. 3 AsylG erfüllen - ebenfalls vorläufig aufzunehmen. Die durch Art. 8 EMRK geschützten familiären Beziehungen können damit, soweit völkerrechtlich geboten, in der Schweiz gelebt werden; ein Anspruch auf die Erteilung einer kantonalen Aufenthaltsbewilligung ist hierfür nicht erforderlich, weshalb sich die Frage, ob bei einem langjährigen faktischen Anwesenheitsrecht eines Flüchtlings ein fremdenpolizeirechtlicher Anspruch auf eine kantonale Bewilligung zu bejahen wäre, nicht mehr stellt. Der Beschwerdeführer hat beim Bundesamt für Flüchtlinge ein Gesuch um Familiennachzug eingereicht; ob die Voraussetzungen hierfür gegeben sind, bildet zurzeit Gegenstand weiterer Abklärungen. 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. Gegen einen allfällig negativen Entscheid

BGE 126 II 335 S. 344

steht der Rechtsweg an die Schweizerische Asylrekurskommission offen (vgl. Art. 25 in Verbindung mit Art. 44 u. 45 Abs. 1 lit. e und Art. 105 Abs. 1 lit. c AsylG), womit auch der Rechtsweggarantie von Art. 13 EMRK Genüge getan ist. Die Verwaltungsgerichtsbeschwerde an das Bundesgericht bleibt ausgeschlossen (vgl. Art. 100 Abs. 1 lit. b Ziffern 1, 2, 4 und 5 OG). c) Was der Beschwerdeführer hiergegen einwendet, überzeugt nicht:
aa) Entgegen seinen Ausführungen hat nicht jeder vorläufig Aufgenommene vorbehaltlos und sofort gestützt auf Art. 8 Ziff. 1 EMRK einen Anspruch auf Aufenthaltsbewilligung und Familiennachzug. Art. 8 EMRK verbietet nicht, die Einwanderung und den Zugang zum Staatsgebiet zu regeln und an gewisse Bedingungen zu knüpfen, so lange die materiellen und prozessualen Garantien der Europäischen Menschenrechtskonvention be-

achtet sind (vgl. WILDHABER, Internationaler Kommentar zur Europäischen Menschenrechtskonvention, Art. 8, Rz. 416 f.; MICHELE DE SALVIA, Compendium de la CEDH, Les principes directeurs de la jurisprudence relative à la Convention européenne des droits de l'homme, Kehl/Strassburg/Arlington 1998, Rz. 12 zu Art. 8; PETER ZIMMERMANN, Der Grundsatz der Familieneinheit im Asylrecht der Bundesrepublik Deutschland und der Schweiz, Berlin 1991, S. 100 ff.; KÄLIN/CARONI, a.a.O., S. 52). Gestützt auf Art. 8 EMRK besteht kein absolutes Recht auf Einreise. Hat - wie hier - der Betroffene selber die Entscheidung getroffen, zumindest vorübergehend von seiner Familie getrennt zu leben (Nachfluchtgründe), so verstösst es nicht ohne weiteres gegen das Recht auf Schutz seines Familienlebens, wenn ihm die Einreise von Angehörigen untersagt oder diese an gewisse Bedingungen geknüpft wird (FROWEIN/PEUKERT, Europäische Menschenrechtskonvention, 2. Aufl., Kehl/Strassburg/Arlington 1996, Rz. 26 zu Art. 8, S. 357). Die meisten europäischen Staaten gewähren ein Recht auf Nachzug der engeren Familie erst nach einer gewissen Zeit, wenn der Unterhalt gesichert erscheint und eine geeignete Wohnung vorhanden ist (FROWEIN/PEUKERT, a.a.O., Rz. 26 zu Art. 8). Entsprechende Einschränkungen sind umso berechtigter, wenn der Staat - wie hier - wegen Asylunwürdigkeit oder subjektiver Nachfluchtgründe davon absieht, dem nachzugswilligen Ausländer ein Anwesenheitsrecht zu gewähren, und sich in Respektierung seiner völkerrechtlichen Verpflichtungen darauf beschränkt, die angeordnete Wegweisung vorübergehend nicht zu vollziehen.

bb) Zwar ist in der Literatur die bisherige, als zu streng empfundene Praxis mit Blick auf Art. 8 EMRK kritisiert worden (RUEDI ILLES, Das Recht auf Familienleben von Asylsuchenden und vorläufig aufgenommenen Ausländern, in: A-syl 2/99 S. 8 ff.; ZIMMERMANN, a.a.O., S. 251 ff.; ACHERMANN/HAUSAMMANN, Handbuch des Asylrechts, 2. Aufl., Bern/Stuttgart 1991, S. 46 ff. u. 127 f.; HANS HEGETSCHWEILER, Die Familienzusammenführung von vorläufig Aufgenommenen und anderen Personen, die kein Asyl und keine Aufenthaltsbewilligung in der Schweiz haben, in: Asyl 1/89 S. 7 ff.; MARC SPESCHA, Handbuch zum Ausländerrecht, Bern/Stuttgart/Wien 1999, S. 94 ff.). Den entsprechenden Einwänden hat der Gesetzgeber inzwischen aber in Art. 51 Abs. 5 AsylG Rechnung getragen, indem er dem Bundesrat die Kompetenz eingeräumt hat, für Flüchtlinge, die - wie der Beschwerdeführer - vorläufig aufgenommen sind, die Voraussetzungen für eine Vereinigung der Familie in der Schweiz zu regeln. In der Botschaft führte der Bundesrat aus: "Bei Absatz 5 handelt es sich um die Ausnahmefälle, in denen einem Flüchtling nicht Asyl, sondern aufgrund des Vorliegens eines Asylausschlussgrundes eine vorläufige Aufnahme gewährt wurde. Auf diese Personenkategorie haben bisher in bezug auf die Familienzusammenführung die strengen Regeln der Verordnung vom 25. November 1987 über die vorläufige Aufnahme von Ausländern (SR 142.281; Änderung vom 22. November 1995) und der BVO Anwendung gefunden (vgl. Art. 3 Abs. 2 AsylV 1). Da diese Personen aufgrund ihrer Flüchtlingseigenschaft kaum aus der Schweiz ausreisen werden, soll der Bundesrat die Möglichkeit haben, differenzierte und abgestufte Voraussetzungen für eine Familienvereinigung in der Schweiz aufzustellen. Dabei können die in die Schweiz nachziehenden Familienmitglieder der vorläufig aufgenommenen Flüchtlinge ebenfalls höchstens denselben Rechtsstatus erlangen, den die Flüchtlinge selbst besitzen" (BBl 1996 II 70). cc) Gestützt hierauf erging Art. 39 AsylV 1, in dessen Rahmen der Beschwerdeführer - sollte er die entsprechenden Voraussetzungen, welche weniger streng sind als jene von Art. 38 und 39 BVO und für die er keine kantonale Aufenthaltsbewilligung erhältlich machen muss (vgl. für andere vorläufig Aufgenommene die Regelung in Art. 24 VVWA), erfüllen - seine Familie asylrechtlich wird nachziehen können. Den Einwand, Art. 39 AsylV 1 sei als solcher mit Art. 8 EMRK unvereinbar, hat gegebenenfalls die Eidgenössische Asylrekurskommission zu prüfen, nachdem der Gesetzgeber die Familienvereinigung von vorläufig aufgenommenen Flüchtlingen nunmehr spezialgesetzlich im Asylbereich geregelt

hat (vgl. die Weisung 52.1 des Bundesamts für Flüchtlinge zum Asylgesetz vom 20. September 1999 über die Regelung des Aufenthaltes von asylsuchenden, schutzbedürftigen und vorläufig aufgenommenen Personen sowie Flüchtlingen, Ziff. 6.8.2). Erst bei einem allfälligen Vollzug der Wegweisung - in dessen Rahmen wiederum die Einheit der Familie zu respektieren sein wird (Art. 44 Abs. 1 AsylG) - wird sich die Frage eines Härtefalls erneut stellen können, die dannzumal asyl- (vgl. Art. 105 Abs. 1 lit. e AsylG) oder ausländerrechtlich zu beantworten sein wird (vgl. ANDREAS ZÜND, Schwerwiegende persönliche Notlage und fremdenpolizeilicher Härtefall in verfahrensrechtlicher Hinsicht, in: Asyl 2/00 S. 11 ff.). dd) Die vom Bundesrat in die Asylverordnung aufgenommene Regelung trägt der in der Doktrin geübten Kritik an der bisher ausländerrechtlich verankerten Regelung des Familiennachzugs vorläufig aufgenommener Flüchtlinge in weiten Teilen Rechnung. So ist HEGETSCHWEILER in seinen Ausführungen etwa davon ausgegangen, dass, losgelöst von einer Aufenthaltsbewilligung, dann ein Anspruch auf Familiennachzug zu bejahen sei, wenn der Ausländer sich während dreier Jahre hier aufgehalten und vor der Einreise mit den betreffenden Familienangehörigen zusammengelebt habe, soweit keine konkreten Anzeichen für eine Rückkehrmöglichkeit in das Heimatland oder eine Ausreise in ein Drittland bestehen würden; zudem müsse der Betroffene gewisse minimale persönliche und wirtschaftliche Voraussetzungen erfüllen (HEGETSCHWEILER, a.a.O., S. 9; vgl. auch ZIMMERMANN, a.a.O., S. 252). Dies entspricht der neuen Regelung für vorläufig aufgenommene Flüchtlinge. ILLES legt seinerseits dar, dass die der Rechtsprechung des Bundesgerichts zugrunde liegende Idee, wonach niemand mehr Rechte übertragen könne, als er selber habe, nicht tangiert werde, soweit die vorläufige Aufnahme eines Familienangehörigen lediglich zur vorläufigen Aufnahme des anderen führe. Auf diesem Konzept beruht wiederum Art. 39 AsylV 1, wenn er in Abs. 3 den Einbezug in die vorläufige Aufnahme als Flüchtling (abgeleitete Verfolgung) vorsieht, soweit der Betroffene nicht selber die Flüchtlingseigenschaft nach Art. 3 AsylG erfüllt. Auf die vorliegende Beschwerde ist deshalb in Anwendung von Art. 100 Abs. 1 lit. b Ziff. 3 OG nicht einzutreten. Sollte das Bundesamt für Flüchtlinge das Gesuch des Beschwerdeführers nicht innert nützlicher Frist behandeln, wird er sich hiergegen wegen Rechtsverzögerung wehren können. Dabei wird mit Blick auf Art. 8 EMRK der Tatsache Rechnung zu tragen sein, dass er sich nunmehr

bereits seit mehr als sieben Jahren als vorläufig aufgenommener Flüchtling in der Schweiz befindet. d) Unter diesen Umständen kann dahingestellt bleiben, ob und inwiefern der Beschwerdeführer heute noch über ein aktuelles und praktisches Interesse an seiner Eingabe verfügt (Art. 103 lit. a OG), nachdem sich die von ihm beabsichtigte Familienzusammenführung asylrechtlich realisieren lässt und er ausschliesslich mit Blick hierauf um eine Aufenthaltsbewilligung im Kanton Graubünden nachgesucht hat. Unter welchen Umständen andere vorläufig aufgenommene Personen (vgl. zu diesen Art. 24 VVWA) allenfalls einen Anspruch auf eine ausländerrechtliche Bewilligung aus Art. 8 Ziff. 1 EMRK ableiten können, ist - weil nicht Verfahrensgegenstand - hier nicht weiter zu prüfen.