Urteilskopf

130 II 137

13. Auszug aus dem Urteil der II. öffentlichrechtlichen Abteilung i.S. Bundesamt für Zuwanderung, Integration und Auswanderung (IMES) gegen X. sowie Rekursgericht im Ausländerrecht des Kantons Aargau (Verwaltungsgerichtsbeschwerde) 2A.457/2003 vom 16. Januar 2004

Regeste (de):
Art. 103 lit. b und Art. 100 Abs. 1 lit. b Ziff. 3 OG; Art. 17 Abs. 2 ANAG; Art. 8 und 191 BV; Art. 8, 13 und 14 EMRK; Art. 3 Anhang I FZA; Nachzug von ausländischen Familienangehörigen eines Schweizers.

Beschwerdebefugnis des Bundesamtes für Zuwanderung, Integration und Auswanderung (E. 1.1); Zulässigkeit der Behördenbeschwerde bei Beanstandung einer bundesrechtswidrigen Bejahung eines Rechtsanspruches auf Bewilligungserteilung (E. 1.2).

Nachträglicher Nachzug des ausländischen Kindes eines vom anderen Elternteil getrennt lebenden Schweizers gestützt auf Art. 17 Abs. 2 ANAG? Bestätigung der entsprechenden Voraussetzungen (E. 2).

Bundesrechtswidrigkeit eines kantonalen Gerichtsurteils (E. 3.1), welches verfassungsrechtlich einen zur Familiennachzugsregelung des Freizügigkeitsabkommens analogen Rechtsanspruch auf Nachzug des aus einem Nichtvertragsstaat stammenden Kindes eines Schweizers herleiten will (E. 4.1). Die diesbezügliche bundesgerichtliche Rechtsprechung hält sowohl vor Art. 14 als auch vor Art. 13 EMRK stand (E. 4.2). Es liegt zum Vornherein keine Ungleichbehandlung von Schweizern beim Familiennachzug vor, wenn der aus einem Drittstaat stammende Angehörige sich nicht bereits rechtmässig in einem anderen Vertragsstaat des Freizügigkeitsabkommens aufhält (E. 4.3).

Regeste (fr):
Art. 103 let. b et art. 100 al. 1 let. b ch. 3 OJ; art. 17 al. 2 LSEE; art. 8 et 191 Cst.; art. 8, 13 et 14 CEDH; art. 3 Annexe I ALCP; regroupement familial des membres étrangers de la famille d'un Suisse.

Qualité pour recourir de l'Office fédéral de l'immigration, de l'intégration et de l'émigration (consid. 1.1); recevabilité du recours de l'autorité qui conteste la reconnaissance - contraire au droit fédéral - d'un droit à une autorisation (consid. 1.2).

Regroupement familial différé de l'enfant étranger d'un Suisse, en cas de parents vivant séparés, sur la base de l'art. 17 al. 2 LSEE? Confirmation des conditions y relatives (consid. 2).

Viole le droit fédéral, le jugement cantonal (consid. 3.1) qui veut, sur une base constitutionnelle, déduire de la réglementation du regroupement familial prévue par l'Accord sur la libre circulation des personnes un droit analogue au regroupement familial en faveur de l'enfant étranger d'un Suisse, bien qu'il n'ait pas la nationalité d'un Etat membre (consid. 4.1). La jurisprudence du Tribunal fédéral à ce sujet respecte tant l'art. 14 que l'art. 13 CEDH (4.2). Il n'existe de prime abord aucune inégalité de traitement au détriment du Suisse en matière de regroupement familial, lorsque le membre étranger de sa famille qui vient d'un Etat tiers ne résidait pas déjà légalement dans un Etat partie à l'Accord sur la libre circulation des personnes (consid. 4.3).

Regesto (it):
Art. 103 lett. b e art. 100 cpv. 1 lett. b n. 3 OG; art. 17 cpv. 2 LDDS; art. 8 e 191 Cost.; art. 8, 13 e 14 CEDU; art. 3 Allegato I ALC; ricongiungimento familiare di congiunti stranieri di uno Svizzero.

Legittimazione a ricorrere dell'Ufficio federale dell'immigrazione, dell'integrazione e dell'emigrazione (con-

sid. 1.1); ricevibilità del ricorso dell'autorità volto a contestare l'ammissione, lesiva del diritto federale, di un diritto al rilascio di un'autorizzazione (consid. 1.2).

Ricongiungimento familiare a posteriori del figlio straniero di uno Svizzero, che vive separato dall'altro genitore, fondato sull'art. 17 cpv. 2 LDDS? Conferma delle relative condizioni (consid. 2).

Incompatibilità con il diritto federale di un giudizio cantonale (consid. 3.1) che dalla regolamentazione dell'Accordo sulla libera circolazione delle persone in materia di ricongiungimento familiare vuole dedurre, su base costituzionale, un analogo diritto al ricongiungimento per il figlio di uno Svizzero, cittadino di uno Stato non contraente (consid. 4.1.). La relativa giurisprudenza del Tribunale federale rispetta tanto l'art. 14 quanto l'art. 13 CEDU (consid. 4.2). Non vi è di principio alcuna disparità di trattamento dei cittadini svizzeri nell'ambito del ricongiungimento familiare, se il congiunto è cittadino di uno Stato terzo e non risiede già legalmente in uno Stato contraente dell'Accordo sulla libera circolazione delle persone (consid. 4.3).

Sachverhalt ab Seite 138

BGE 130 II 137 S. 138

Der aus dem heutigen Serbien/Montenegro (Kosovo) stammende X., geboren 1962, heiratete im Jahre 1985 eine Schweizer Bürgerin, worauf ihm die Jahresaufenthaltsbewilligung erteilt wurde. Seine aus einer früheren ausserehelichen Beziehung

BGE 130 II 137 S. 139

hervorgegangenen drei Kinder Y. (geboren 1983), Z. (geboren 1984) sowie A. (geboren 1985) liess er im Heimatland zurück. Anfangs 1992 wurde die Ehe (kinderlos) geschieden. Im gleichen Jahr ging X. mit einer Landsmännin erneut die Ehe ein, aus welcher drei Kinder hervorgehen sollten. Am 30. Juni 1995 wurde X. die Niederlassungsbewilligung im Kanton Aargau erteilt. Im Jahre 1999 kam seine Ehefrau bei einem Unfall ums Leben. Am 18. Dezember 2001 wurden X. sowie die drei Kinder aus zweiter Ehe eingebürgert. Im April 2002 heiratete X. die aus Serbien/Montenegro stammende B., welcher in der Folge die Aufenthaltsbewilligung zum Verbleib beim Ehemann erteilt wurde. Am 17. Juni 2002 reichte X. ein Gesuch um Nachzug seines ausserehelichen Sohnes A. ein. Mit Verfügung vom 22. August 2002 lehnte das Migrationsamt des Kantons Aargau das Familiennachzugsgesuch ab. Eine dagegen erhobene Einsprache wies das Migrationsamt mit Entscheid vom 5. Mai 2003 ab. Zur Begründung führte es im Wesentlichen an, für den Familiennachzug gestützt auf die massgebliche Bestimmung des Bundesgesetzes über Aufenthalt und Niederlassung der Ausländer fehle es an der erforderlichen wesentlichen Veränderung in den Betreuungsverhältnissen. Ein Rechtsanspruch auf Nachzug des Sohnes lasse sich im Übrigen auch nicht aus dem Abkommen vom 21. Juni 1999 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft einerseits und der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten andererseits über die Freizügigkeit (Freizügigkeitsabkommen, FZA; SR 0.142.112.681) ableiten. Eine Bewilligung des Familiennachzugs im Rahmen des fremdenpolizeilichen Ermessens lehnte das Migrationsamt ab. Mit Urteil vom 15. August 2003 hiess das Rekursgericht im Ausländerrecht des Kantons Aargau eine von X. erhobene Beschwerde gut, hob den Einspracheentscheid des Migrationsamtes vom 5. Mai 2003 auf und wies dieses an, den Aufenthalt von A. zu regeln. Das Gericht kam zum Schluss, ein Rechtsanspruch auf Familiennachzug sei in analoger Anwendung der Familiennachzugsregelung des Freizügigkeitsabkommens zu bejahen. Mit Ein-

gabe vom 19. September 2003 erhebt das Bundesamt für Zuwanderung, Integration und Auswanderung (IMES) beim Bundesgericht Verwaltungsgerichtsbeschwerde, mit der es die

BGE 130 II 137 S. 140

Aufhebung des Entscheids des Rekursgerichts im Ausländerrecht des Kantons Aargau vom 15. August 2003 beantragt. Das Bundesgericht heisst die Beschwerde gut, hebt das angefochtene Urteil auf und weist die Sache zu neuem Entscheid an das Rekursgericht im Ausländerrecht des Kantons Aargau zurück.

Erwägungen

Aus den Erwägungen:

1.

1.1 Nach Art. 103 lit. b OG ist das in der Sache zuständige Departement oder, soweit das Bundesrecht es vorsieht, die in der Sache zuständige Dienstabteilung der Bundesverwaltung zur Verwaltungsgerichtsbeschwerde an das Bundesgericht berechtigt. Gemäss Art. 14 Abs. 2 der Organisationsverordnung vom 17. November 1999 für das Eidgenössische Justiz- und Polizeidepartement (OV-EJPD; SR 172.213.1; Fassung mit der per 1. Mai 2003 angepassten Behördenbezeichnung) ist das Bundesamt für Zuwanderung, Integration und Auswanderung (IMES; vormals Bundesamt für Ausländerfragen) ermächtigt, Verwaltungsgerichtsbeschwerde gegen letztinstanzliche kantonale Entscheide zu führen. Der Hinweis in der Vernehmlassung des Rekursgerichts im Ausländerrecht, wonach die Beschwerde des Bundesamtes für Zuwanderung, Integration und Auswanderung (IMES) nicht zulässig sein könne, soweit damit die Tolerierung eines rechtsungleichen Vollzuges von Bundesrecht angestrebt werde, ist abwegig: Die vorliegende Beschwerde zielt darauf ab, klarzustellen, dass auf Bewilligungen der hier streitigen Art bundesrechtlich kein Anspruch bestehe und die gegenteilige Auffassung des Rekursgerichts gegen Bundesrecht verstosse. Ein dahingehender Antrag dient der einheitlichen und richtigen Anwendung des Bundesrechts und entspricht dem legitimen Zweck einer Behördenbeschwerde. Das IMES ist daher zur Verwaltungsgerichtsbeschwerde legitimiert.

1.2 Ein Ausschlussgrund gemäss Art. 99-102 OG liegt nicht vor. Wohl steht der Weg der Verwaltungsgerichtsbeschwerde gemäss Art. 100 Abs. 1 lit. b Ziff. 3 OG an sich nur offen gegen Entscheide über fremdenpolizeiliche Bewilligungen, auf die das Bundesrecht einen Anspruch einräumt. Käme diese Schranke auch bei der Behördenbeschwerde unbesehen zur Anwendung, könnte das Bundesgericht in Fällen, wo die legitimierte Behörde die bundesrechtswidrige Bejahung eines Rechtsanspruches beanstanden will, bei

BGE 130 II 137 S. 141

Begründetheit dieser Rüge auf die Verwaltungsgerichtsbeschwerde formell nicht eintreten und damit auch nicht den bundesrechtswidrigen kantonalen Rechtsmittelentscheid aufheben. Dass diese Konsequenz nicht dem Zweck des Beschwerderechts der Bundesbehörden - Sicherstellung des richtigen und rechtsgleichen Vollzu-

ges des Bundesverwaltungsrechts (BGE 125 II 633 E. 1a S. 635; BGE 129 II 1 E. 1.1. S. 3) - entspräche, liegt auf der Hand. Die Verwaltungsgerichtsbeschwerde muss der legitimierten Bundesbehörde richtigerweise auch zur Verfügung stehen, um geltend zu machen, die kantonale Rechtsmittelinstanz habe das Vorliegen eines Rechtsanspruches auf die streitige fremdenpolizeiliche Bewilligung in Verletzung von Bundesrecht bejaht (so im Ergebnis auch BGE 129 II 11; BGE 125 II 585). Auf die Verwaltungsgerichtsbeschwerde ist daher einzutreten. (...)

2.

2.1 Ein allfälliger Anspruch auf Familiennachzug des Sohnes des Beschwerdegegners kann sich vorliegend zunächst aus Art. 17 Abs. 2 Satz 3 ANAG (SR 142.20) ergeben. Danach haben ledige Kinder unter 18 Jahren Anspruch auf Einbezug in die Niederlassungsbewilligung ihrer Eltern, wenn sie mit diesen zusammen wohnen. Diese Bestimmung gilt sinngemäss auch für ausländische Kinder eines Schweizers (BGE 118 Ib 153 E. 1b S. 155 f.; BGE 129 II 249 E. 1.2 S. 252). Der nachzuziehende Sohn des Beschwerdegegners war im Zeitpunkt der Gesuchseinreichung gut 17 Jahre alt, weshalb er gestützt auf Art. 17 Abs. 2 ANAG grundsätzlich einen Rechtsanspruch auf Nachzug zu seinem Schweizer Vater besitzt, wogegen er sich, nachdem er das Mündigkeitsalter inzwischen erreicht hat, nicht mehr auf das in Art. 8 Ziff. 1 EMRK bzw. Art. 13 Abs. 1 BV verankerte Recht auf Achtung des Familienlebens berufen kann (vgl. zum Ganzen in ständiger Rechtsprechung BGE 129 II 11 E. 2 S. 13 f., BGE 129 II 249 E. 1.2 S. 252, je mit Hinweisen).

2.2 In seinem Urteil hat sich das Rekursgericht, da es die Beschwerde aus anderem Grund guthiess, nicht näher mit der Zulässigkeit des Nachzugs unter dem Titel von Art. 17 Abs. 2 ANAG befasst. Es hält jedoch fest, dass die Ausführungen des Migrationsamtes im Einspracheentscheid vom 5. Mai 2003, wonach die Voraussetzungen für einen Rechtsanspruch auf die anbegehrte

Anwesenheitsberechtigung gestützt auf Art. 17 Abs. 2 ANAG mangels stichhaltiger familiärer Gründe bzw. einer Änderung in den Betreuungsverhältnissen nicht gegeben seien, "grundsätzlich nicht zu beanstanden" seien. Indessen wird im Urteil Bezug genommen auf eine inzwischen geänderte Praxis des Migrationsamtes, auf deren Grundlage es nach Auffassung des Rekursgerichts den Einspracheentscheid in diesem Punkt zu überprüfen gegolten hätte, wäre ein Rechtsanspruch auf Nachzug nicht bereits in analoger Anwendung des Freizügigkeitsabkommens zu bejahen gewesen. Wie den Akten zu entnehmen ist, besteht die geänderte Praxis des Migrationsamtes - soweit vorliegend von Interesse - darin, dass der (nachträgliche) Nachzug minderjähriger ausländischer Kinder eines Schweizer Elternteils (zur Vermeidung von Ungleichbehandlungen gegenüber EG-/EFTA-Bürgern) künftig - unter Vorbehalt des Rechtsmissbrauchsverbotes - nicht mehr vom Kriterium einer vorrangigen familiären Beziehung zum Schweizer Elternteil sowie einem triftigen familiären Grund (z.B. Änderung der Betreuungsverhältnisse) abhängig gemacht werden soll. Das Migrationsamt beruft sich dabei auf ein Rundschreiben des Bundesamtes für Zuwanderung, Integration und Auswanderung (IMES) vom 5. Juni 2003 betreffend "Umsetzung des Freizügigkeitsabkommens, Auswirkungen beim Familiennachzug". Wie es sich damit im Einzelnen verhält, kann offen bleiben. Zu beachten bleibt, dass die Entstehung eines Rechtsanspruches auf nachträglichen Familiennachzug des ausländischen Kindes eines vom anderen Elternteil getrennt lebenden oder geschiedenen Schweizers gestützt auf Art. 17 Abs. 2 Satz 3 ANAG auch nach Inkrafttreten des Freizügigkeitsabkommens - wie bisher nach ständiger Rechtsprechung (BGE 118 Ib 153 E. 2b S. 159; BGE 125 II 585 E. 2a S. 586 f.; zuletzt: BGE 129 II 249 E. 2.1 S. 252 mit weiteren Hinweisen) - eine nachgewiesene vorrangige Bindung des Kindes zum in der Schweiz lebenden Elternteil bzw. eine Rechtfertigung durch besondere stichhaltige familiäre Gründe, insbesondere eine Änderung der Betreuungsverhältnisse, voraussetzt.

2.3 Das Rekursgericht hat sich zur Zulässigkeit des Nachzugs des Sohnes des Beschwerdegegners unter dem Blickwinkel von Art. 17 Abs. 2 ANAG - wie erwähnt - nicht bzw. nicht abschliessend geäussert, weshalb in diesem Punkt materiell kein letztinstanzlicher kantonaler Entscheid vorliegt, den das Bundesgericht überprüfen könnte (Art. 98 lit. g in Verbindung mit Art. 98a OG). Soweit sich

die vorliegende Verwaltungsgerichtsbeschwerde des Bundesamtes für Zuwanderung, Integration und Auswanderung (IMES) als begründet erweisen sollte, wird es Sache des Rekursgerichts sein, über das weitere Vorgehen in dieser Frage zu befinden.

3.

3.1 Im angefochtenen Urteil ist das Rekursgericht zum Schluss gekommen, es liege ein rein inlandbezogener Sachverhalt vor, auf den grundsätzlich die Bestimmungen des Bundesgesetzes über Aufenthalt und Niederlassung der Ausländer (ANAG) anzuwenden seien; eine direkte Anwendung des Freizügigkeitsabkommens (FZA) stehe in derartigen Fällen nicht zur Diskussion. Dagegen stelle sich die Frage, ob die Schlechterstellung der Schweizer beim Nachzug von aus Drittstaaten stammenden Angehörigen gegen das allgemeine Rechtsgleichheitsgebot von Art. 8 Abs. 1 BV verstosse und in Anwendung von Art. 8 BV ein analoger Rechtsanspruch einzuräumen sei. Das Rekursgericht kommt zum Ergebnis, dass dem Nationalrat die mit dem Inkrafttreten des Freizügigkeitsabkommens entstehende Schlechterstellung der Schweizer spätestens seit Ablehnung der Motion Hubmann, welche durch eine Änderung des ANAG die Gleichbehandlung hätte herbeiführen wollen, bewusst gewesen sei. Dieser Entscheid sei jedoch nicht dem Willen gleichzusetzen, Schweizer gegenüber EG- und EFTA-Staatsangehörigen zu benachteiligen. Die Haltung des Nationalrates sei vielmehr dahingehend zu interpretieren, dass er keinerlei Notwendigkeit für eine vorgezogene Teilrevision des ANAG sah bzw. davon ausging, dass eine Schlechterstellung von Schweizern - nach vorgenommener Anpassung von Art. 3 der Verordnung vom 6. Oktober 1986 über die Begrenzung der Zahl der Ausländer (BVO; SR 823.21) - gar nicht erfolgen werde. Der Nationalrat habe darauf vertraut, dass die zuständigen Behörden im Rahmen des ihnen eingeräumten Ermessens bis zum Inkrafttreten des - die Gleichbehandlung herbeiführenden - neuen Bundesgesetzes über die Ausländerinnen und Ausländer (AuG) für eine rechtsgleiche Behandlung von Schweizer Bürgern sorgen und ansonsten die Gerichte korrigierend eingreifen würden, wie dies das Bundesgericht in BGE 118 Ib 153 bereits hinsichtlich Art. 17 Abs. 2 ANAG getan habe, indem es die Bestimmung analog auch auf ausländische Kinder von Schweizer Eltern angewendet und damit eine rechtsgleiche und verfassungskonforme Rechtslage geschaffen habe. Für eine derartige Auslegung spreche auch die Medienmitteilung der

Staatspolitischen Kommission des Nationalrates vom 31. Januar 2003, welche im Anschluss an BGE 129 II 249 ergangen sei und vom Bundesgericht nicht in seine Erwägungen habe miteinbezogen werden können. Darin beurteile es die Kommission als fragwürdig, wenn Schweizer gegenüber Bürgern der EG und der EFTA diskriminiert würden, weshalb sie erwarte, dass die kantonalen Vollzugsbehörden im Rahmen der bestehenden Möglichkeiten auf Verordnungsstufe für eine Gleichbehandlung besorgt seien. Die Kommission spreche sich damit explizit gegen eine rechtsungleiche Behandlung von Schweizer Bürgern aus. Im Ständerat sei die

Problematik des Familiennachzugs nicht thematisiert worden, weshalb hier erst recht nicht von einem qualifizierten Schweigen gesprochen werden könne. Zusammenfassend bestehe zwar ein gesetzgeberischer Wille, auf eine vorgezogene Regelung des Familiennachzugs von Drittstaatsangehörigen durch Schweizer Bürger zu verzichten, wogegen sich der Wille des Gesetzgebers nicht auch auf eine (vorübergehende) rechtsungleiche Behandlung von Schweizern gegenüber EG- und EFTA-Staatsangehörigen erstrecke; es liege diesbezüglich kein qualifiziertes Schweigen, sondern eine Lücke im Nachzugsrecht des ANAG vor, welche es zu füllen gelte. Art. 191 BV verhindere daher eine verfassungskonforme Auslegung der einschlägigen Normen nicht. In Anwendung von Art. 8 Abs. 1 BV sei somit Schweizer Bürgern ein aus Art. 3 Anhang I FZA abgeleiteter (analoger) Rechtsanspruch auf Familiennachzug eines aus einem Drittstaat stammenden Angehörigen einzuräumen. Im Falle des Beschwerdegegners seien die Voraussetzungen für den von ihm anbegehrten Nachzug seines Sohnes gemäss den Bestimmungen des Freizügigkeitsabkommens erfüllt, weshalb das Gesuch zu bewilligen sei.

3.2 In seiner Beschwerde bringt das Bundesamt für Zuwanderung, Integration und Auswanderung (IMES) vor, die Auffassung des Rekursgerichts, wonach vorliegend von einer Gesetzeslücke auszugehen sei, welche es durch analoge Anwendung des Freizügigkeitsabkommens zu schliessen gelte, widerspreche in grundlegender Weise der bundesgerichtlichen Rechtsprechung (BGE 129 II 249 E. 5; Urteile 2A.115/2003 vom 31. Juli 2003 und 2A.198/2003 vom 12. Mai 2003). Die Argumentation des Rekursgerichts erweise sich zudem insofern als fehlerhaft, als kein Raum für Analogie und richterliche Lückenfüllung bleibe, wenn - wie das Gericht selber ausführe - der Gesetzgeber bewusst keine vorgezogene

Re gelung des Nachzugs von Drittstaatsangehörigen durch Schweizer getroffen habe.

4.

4.1 Das angefochtene Urteil enthält keine wesentlichen neuen Argumente, welche vom Bundesgericht in BGE 129 II 249 ausser Acht gelassen worden wären. Ob der schweizerische Gesetzgeber die Ungleichbehandlung der Schweizer Bürger gegenüber den EG-Angehörigen effektiv gewollt hat, ist nicht entscheidend. Er hat jedenfalls das Bundesgesetz über Aufenthalt und Niederlassung der Ausländer (ANAG), wo die Frage zu regeln gewesen wäre, beim Abschluss des Freizügigkeitsabkommens nur in anderen und nicht in diesem Punkt revidiert, und die Überweisung einer die betreffende Frage explizit aufgreifende Motion wurde vom Nationalrat abgelehnt. Damit hat der Gesetzgeber auf eine vorgezogene Teilrevision des Ausländerrechts bewusst verzichtet; er hat die mit der einstweiligen Aufrechterhaltung der jetzigen Regelung des ANAG verbundenen Konsequenzen zwar nicht eigentlich angestrebt, aber diesen Rechtszustand aus den in der Antwort des Bundesrates dargelegten Gründen (vorübergehend) in Kauf genommen; von einem Versehen des Gesetzgebers kann nicht gesprochen werden. Dass der Ständerat mit der genannten Motion nicht ebenfalls ausdrücklich konfrontiert worden ist, ändert nichts. Massgebend ist, dass die von der Motionärin angestrebte Gesetzesänderung gescheitert ist und keine verbindliche Beschlussfassung über die von ihr angestrebte Teilrevision zustande gekommen ist, womit sich der massgebliche Wille des Gesetzgebers nach dem heutigen Gesetzesinhalt bestimmt. Entgegen der Auffassung des Rekursgerichts lässt sich den (nicht im Ratsplenum erfolgten) Verlautbarungen der Staatspolitischen Kommission des Nationalrates vom 31. Januar 2003 nichts entnehmen, was diesem Ergebnis widersprechen würde. Im Übrigen lehnte es gemäss Medienmitteilung auch die Kommission ab, einem Antrag für eine vorgezogene Revision des ANAG zum Familiennachzug Folge zu geben; demgegenüber hat sie sich - ebenso wie zuvor der Nationalrat (durch Ablehnung der Motion Hubmann) - für "eine umfassende Neuregelung" im Rahmen der laufenden Totalrevision entschieden.
Dass das geltende Ausländerrecht das Nachzugsrecht für ausländische Familienmitglieder von Schweizer Bürgern nicht ausdrücklich regelt und diese Lücke durch analoge Anwendung von Art. 17 Abs. 2 ANAG geschlossen

werden konnte (BGE 118 Ib 153 E. 1b

BGE 130 II 137 S. 146

S. 155 f.), bedeutet nicht, dass für diese Frage heute auf die entsprechende Regelung des Freizügigkeitsabkommens abgestellt werden müsste. Es ging hier um eine Lücke des Bundesgesetzes über Aufenthalt und Niederlassung der Ausländer, welche nach den diesem Gesetz zugrunde liegenden Wertungen zu schliessen war. Für eine Neufüllung dieser Lücke im Sinne der Regelung des Freizügigkeitsabkommens besteht kein Raum, nachdem der Gesetzgeber selber eine vorgezogene Teilrevision in diesem Punkt abgelehnt hat, weil er die Frage nicht als spruchreif betrachtete. Das angefochtene Urteil des Rekursgerichts, welches in der vorliegenden Konstellation verfassungsrechtlich einen zur Familiennachzugsregelung des Freizügigkeitsabkommens analogen Rechtsanspruch auf Nachzug herleiten will, steht nach dem Gesagten in Widerspruch zu Bundesrecht.

4.2 Auch die seitens der Doktrin geübte Kritik gibt keinen Anlass, von der in BGE 129 II 249 begründeten und inzwischen in einer Reihe von Entscheiden bestätigten Rechtsprechung abzuweichen (vgl. etwa die Urteile des Bundesgerichts 2A.16/2003 vom 3. März 2003, E. 1.2; 2A.198/2003 vom 12. Mai 2003, E. 2.2.1; 2A.115/2003 vom 31. Juli 2003, E. 4; 2A.238/2003 vom 26. August 2003, E. 5.2.1 sowie 2A.577/2003 vom 4. Dezember 2003). MICHEL HOTTELIER und HANSPETER MOCK (Le Tribunal fédéral suisse et la "discrimination à rebours" en matière de regroupement familial, in: Revue trimestrielle des droits de l'homme 2003 S. 1275 ff., insbesondere S. 1299 ff.) halten BGE 129 II 249 entgegen, dass auch hätte geprüft werden müssen, ob die in der geltenden gesetzlichen Regelung verankerte Ungleichbehandlung von Schweizern und EG-Staatsangehörigen nicht gegen die Europäische Menschenrechtskonvention (EMRK) verstosse, welche diskriminierende Eingriffe in das Familienleben verbiete (Art. 14 in Verbindung mit Art. 8 EMRK). Dazu ist zu bemerken, dass das in Art. 14 EMRK enthaltene Diskriminierungsverbot keinen selbständigen Charakter aufweist, sondern die Anwendbarkeit einer anderen Grundrechtsgarantie der EMRK voraussetzt (vgl. BGE 125 III 209 E. 6a S. 216; BGE 123 II 472 E. 4c S. 477, je mit Hinweisen). Wohl ist die Verletzung dieser anderen EMRK-Garantie nicht Voraussetzung für die Anrufung von Art. 14 EMRK; eine solche Garantie muss aber in ihrem Geltungsbereich betroffen sein. Dies ist in Bezug auf Art. 8 EMRK regelmässig nicht der Fall, soweit es - wie vorliegend - um den Nachzug von Nachkommen geht, die über 18 Jahre alt

BGE 130 II 137 S. 147

sind (vgl. oben E. 2.1). Aber auch hinsichtlich des Nachzugs minderjähriger Kinder besteht kein Konflikt mit Art. 14 EMRK, schliesst doch diese Bestimmung Differenzierungen nach der Staatsangehörigkeit grundsätzlich nicht aus (vgl. etwa die Urteile des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte i.S. Moustaquim gegen Belgien vom 18. Februar 1991, Serie A, Band 193, Ziff. 48 f. sowie i.S. C. gegen Belgien vom 7. August 1996, Recueil CourEDH 1996-III S. 915, Ziff. 37 f.). Eine allfällige (vorübergehende) Ungleichheit in dieser Frage beruht auf zu respektierenden gesetzgebungspolitischen Gründen, zumal es nicht um einschneidende Eingriffe, sondern bloss um eine allfällige Ausweitung des Umfangs der bisher zulässigen - und an sich als ausreichend betrachteten - Familiennachzugsmöglichkeiten geht, welche der nationale Gesetzgeber im gebotenen demokratischen Verfahren noch zu prüfen haben wird. Die auf BGE 129 II 249 zurückgehende bundesgerichtliche Rechtsprechung hält somit vor Art. 14 EMRK stand. Im Weiteren werfen die genannten Autoren (a.a.O., S. 1298 f.) die Frage auf, ob die Bindung des Gerichts an das Gesetz (Art. 191 BV) nicht gegen den in Art. 13 EMRK verankerten Anspruch auf eine national wirksame Beschwerde verstosse. Auch dieser Einwand erscheint nicht stichhaltig. Nach Art. 13 EMRK hat, wer sich in den durch die Konvention garantierten Rechten

und Freiheiten für beeinträchtigt hält, Anspruch darauf, bei einer nationalen Instanz eine wirksame Beschwerde einlegen zu können (BGE 129 II 193 E. 3.1 S. 199 mit Hinweisen). In den vorliegenden Konstellationen ist ein derartiger Rechtsschutz regelmässig bereits auf kantonaler Ebene gewährleistet (vgl. BGE 126 II 377 E. 8d/bb S. 396). Die Bindung an die geltende landesrechtliche Familiennachzugsregelung (BGE 129 II 249 E. 5) hindert die Rechtsmittelbehörden nur daran, für ausserhalb des Geltungsbereichs des Freizügigkeitsabkommens liegende Sachverhalte - wie vorliegend im angefochtenen Urteil - analoge Rechtsansprüche zu Art. 3 Anhang I FZA zu statuieren, nicht jedoch anerkannten Rechtspositionen, wie sie sich aus dem in Art. 8 EMRK verankerten Recht auf Achtung des Familienlebens ergeben, zum Durchbruch zu verhelfen. Insofern behalten die zur Verfügung stehenden nationalen Rechtsmittel ihre Wirksamkeit im Sinne von Art. 13 EMRK.

4.3 Hinzuweisen ist schliesslich auf BGE 130 II 1, welcher die Familiennachzugsregelung des FZA - in Anlehnung an das Urteil des Gerichtshofes der Europäischen Gemeinschaften (EuGH) vom

23. September 2003 in der Rechtssache C-109/01, Secretary of State gegen Akrich (publ. in: EuGRZ 2003 S. 607) zu den analogen Normen der Verordnung Nr. 1612/68/EWG vom 15. Oktober 1968 über die Freizügigkeit der Arbeitnehmer (ABl. 1968, L 257, S. 2) - dahin interpretiert, dass sich nur auf Art. 3 Anhang I FZA berufen kann, wer bereits in einem anderen Vertragsstaat nach nationalem Recht ein Aufenthaltsrecht erworben hat (E. 3.6 des zitierten Urteils des Bundesgerichts). Mit dieser restriktiven Auslegung des Freizügigkeitsabkommens ist der Gleichbehandlungsrüge im vorliegenden Fall zum Vornherein die Grundlage entzogen: Der Beschwerdegegner könnte selbst dann, wenn er als Angehöriger eines EG-Staates in Ausübung des Freizügigkeitsrechts in die Schweiz übersiedelt wäre, nicht direkt gestützt auf Art. 3 Anhang I FZA den Nachzug seiner über das Staatsbürgerrecht von Serbien/Montenegro verfügenden Kinder aus dem Kosovo verlangen, sondern es müsste für sie zuerst die Aufenthaltsbewilligung eines anderen FZA-Vertragsstaates vorliegen. Die Frage der Ungleichbehandlung stellt sich mithin nur bei Schweizer Bürgern in der Schweiz, die aus einem Drittstaat stammende Familienangehörige mit Aufenthalt in einem EG-Staat nachziehen wollen, was bei der ermessensabhängigen Bewilligung des Familiennachzuges (Art. 3 Abs. 1bis BVO) zu berücksichtigen sein wird.