

Bern, 17. Januar 2011

# Parlamentarische Initiativen Philipp Müller zu ausländer- und asylrechtlichen Fragen

## *Gutachten der Schweizerischen Flüchtlingshilfe SFH*

### **1 Kein Flüchtlingsstatus für Familienangehörige, 10.483 Parlamentarische Initiative**

#### **1.1 Problemaufriss**

Die Initiative stellt in Frage, dass Ehegatten und Kinder von anerkannten Flüchtlingen nach heutigem Recht den Flüchtlingsstatus auch erhalten, wenn sie keinen Fluchtgrund geltend gemacht haben, der durch ein ordentliches Asylverfahren festgestellt wird. Art. 51 AsylG sieht vor, dass Ehegatten (und ihnen gleichgestellt gleichgeschlechtliche Partnerinnen und Partner) sowie minderjährige Kinder als Flüchtlinge im Sinne des Art. 3 AsylG anerkannt werden, wenn der antragstellende Angehörige als Asylberechtigter anerkannt wurde. Nahe Angehörige können daher die Flüchtlingseigenschaft abgeleitet vom originären Antragsteller erwerben. Dem Gesetzeswortlaut des Art. 51 Abs. 1 AsylG nach findet bezüglich der Kernfamilie – also Ehegatte beziehungsweise Lebenspartner und minderjährige Kinder – lediglich eine Negativprüfung statt, ob besondere Umstände gegen die Anerkennung der Flüchtlingseigenschaft sprechen. Bei nahen Angehörigen über den Kreis der Kernfamilie hinaus wird zur Ableitung des Flüchtlingsstatus positiv das Vorliegen besonderer für die Familienvereinigung sprechender Gründe geprüft.<sup>1</sup>

Weyermannsstrasse 10  
Postfach 8154  
CH-3001 Bern

Für Paketpost:  
Weyermannsstrasse 10  
CH-3008 Bern

T ++41 31 370 75 75  
F ++41 31 370 75 00

info@fluechtlingshilfe.ch  
www.fluechtlingshilfe.ch

PC-Konto  
30-16741-4  
**Spendenkonto  
PC 30-1085-7**

<sup>1</sup> Zur Thematik des Familienasyls in Art. 51 AsylG siehe Schweizerische Flüchtlingshilfe SFH (Hrsg.), Handbuch zum Asyl- und Wegweisungsverfahren, S. 253 ff.

Grund für die gesetzgeberische Entscheidung, Familienasyl nach Art. 51 AsylG zu gewähren, ist, dass der engste Familienkreis regelmässig von der Verfolgung des Ehegatten oder Elternteils mitbetroffen oder gar selbst der Verfolgung ausgesetzt ist.<sup>2</sup> Dieses Phänomen wird als «Reflexverfolgung»<sup>3</sup> bezeichnet.

## 1.2 Rechtliche Einordnung und Erörterung

Bei der asylrechtlichen Ordnung der Familienzusammenführung hat die Schweiz eine Reihe von humanitären und menschenrechtlichen Verpflichtungen einzuhalten und Vorgaben des Völkerrechts zu beachten.

### 1.2.1 Genfer Flüchtlingskonvention vom 28. Juli 1951 (GFK) und Protokoll vom 31. Januar 1967

Der derivative Erwerb der Flüchtlingseigenschaft für Familienangehörige ist in der GFK nicht ausdrücklich geregelt.

Beim Blick auf die Festlegungen der GFK ist hinsichtlich des Regelungsgehalts in besonderem Masse der historische Kontext des niedergelegten Vertragstextes zu beachten. Zwar ist als konkret geschichtlicher Anlass für die Schaffung der GFK die Überwindung der Flüchtlingsströme nach Ende des Zweiten Weltkrieges zu bezeichnen. Der GFK gingen jedoch bereits internationale Flüchtlingsinstrumente voraus, welche die Konventionspartner bei der Ausarbeitung der GFK im Blick hatten, was auch bei heutiger moderner Auslegung zu beachten ist.

#### 1.2.1.1 Ausgangslage bei Schaffung der GFK

In der Schlussakte der Bevollmächtigtenkonferenz<sup>4</sup> bei Schaffung der GFK wurden zusammen mit dem ausgearbeiteten Vorschlag der GFK eine Reihe von Empfehlungen gemacht, die ihrerseits auf Gedanken und Ausarbeitungen von im Vorfeld der GFK beratenden Gremien verwiesen. Eine jener Empfehlungen spricht unmissverständlich aus, dass es die Bevollmächtigtenkonferenz begrüsst hatte, dass nach den Vorschlägen des eingesetzten Ad-hoc-Komitees zur Frage der Staatenlosigkeit und verwandter Probleme, der Rechtsstatus eines anerkannten Flüchtlings auf seine Familienangehörigen ausgedehnt werden sollte.<sup>5</sup>

Der Bericht des Ad-hoc-Komitees selbst enthält die eindeutige Aussage, dass nahe Angehörige abgeleiteten Flüchtlingsstatus erhalten sollen und eine Individualprüfung bei ihnen (lediglich) dann stattfinden soll, wenn Hindernisse bezüglich der Anerkennung des (Haupt-)Antragstellers vorliegen. Von der Regel des

---

<sup>2</sup> Botschaft zur Totalrevision des Asylgesetzes sowie zu Änderung des Bundesgesetzes über Aufenthalt und Niederlassung der Ausländer vom 4. Dezember 1995, BBl 1996 II, S. 68 f.; abrufbar unter [www.amtsdruckschriften.bar.admin.ch/loadDocQuery.do?context=advanced&documentIndex=40&dsUID=1eb2c1b:12d5c00e729:-6cf0#detailView](http://www.amtsdruckschriften.bar.admin.ch/loadDocQuery.do?context=advanced&documentIndex=40&dsUID=1eb2c1b:12d5c00e729:-6cf0#detailView).

<sup>3</sup> Schweizerische Flüchtlingshilfe SFH (Hrsg.), Handbuch zum Asyl- und Wegweisungsverfahren, S. 260.

<sup>4</sup> Final Act of the United Nations Conference of Plenipotentiaries on the Status of Refugees and Stateless Persons; abrufbar unter [www.unhcr.org/refworld/publisher,CPSRSP,,40a8a7394,0.html](http://www.unhcr.org/refworld/publisher,CPSRSP,,40a8a7394,0.html) (englisch) bzw. [www.unhcr.org/refworld/publisher,CPSRSP,,40a8a8244,0.html](http://www.unhcr.org/refworld/publisher,CPSRSP,,40a8a8244,0.html) (französisch).

<sup>5</sup> Fundstelle siehe Fn. 4: «NOTING with satisfaction that, according to the official commentary of the ad hoc Committee on Statelessness and Related Problems (E/1618, p. 40), the rights granted to a refugee are extended to members of his family.»

abgeleiteten Stuserwerbs zugunsten naher Familienangehöriger sollte demnach nur dann eine Ausnahme gemacht werden, wenn dies zum Vorteil des jeweiligen Flüchtlings angezeigt war. Das Ad-hoc-Komitee führte erläuternd zu seiner vorgeschlagenen Definition des Flüchtlingsbegriffes – der seinen prägenden Elementen nach dem heutigen international anerkannten Flüchtlingsbegriff identisch ist – aus:

*«Mitglieder der nächsten Familie eines Flüchtlings sollten regelmässig als Flüchtlinge betrachtet werden, wenn das Familienhaupt ein Flüchtling ist wie hier definiert. Ebenfalls sollten solche Familienmitglieder dann als Flüchtlinge betrachtet werden, wenn die in Paragraf A niedergelegten Voraussetzungen auf sie zutreffen, selbst wenn das Familienoberhaupt kein Flüchtling ist.»<sup>6</sup>*

Die Thematisierung des abgeleiteten Stuserwerbs von Flüchtlingen durch das Ad-hoc-Komitee und die selbstverständlich anmutende Bezugnahme der Bevollmächtigtenkonferenz bei Abschluss der GFK lässt sich damit begründen, dass die Möglichkeit der Ableitung des Flüchtlingsstatus bereits seit den Anfängen des 20. Jahrhunderts bekannt war. So war im Reglement zum sogenannten «Nansen-Pass», der russischen und armenischen Flüchtlingen ausgestellt wurde, festgelegt, dass das Dokument auch die Kinder des Flüchtlings unter 15 Jahren erfassen sollte.<sup>7</sup> Die Vereinbarung hinsichtlich des Nansen-Passes ist jene vom 12. Mai 1926, auf welche in Art. 1 GFK samt den Folgeverträgen Bezug genommen wird. Die internationale Anerkennung und der Erfolg der im «Nansen-Pass» gefundenen Vereinbarung verdeutlicht sich in der Verleihung des Friedensnobelpreises an ihren Namensgeber Fridtjof Nansen<sup>8</sup> und an das «Nansen International Office for Refugees»<sup>9</sup>.

#### 1.2.1.2 Heutige Auslegung der GFK durch das UNHCR

Neben den historischen Anknüpfungspunkten, die zur zutreffenden Erfassung des Flüchtlingsbegriffes heranzuziehen sind, ist einzubeziehen, dass Rechtsregime – speziell im internationalen Kontext – stetiger Wandelung und Fortentwicklung unterworfen sind. Die Fortentwicklung von Rechtsquellen vollzieht sich jedoch nicht lediglich durch die Änderung des blossen Gesetzes- oder Vertragstextes.<sup>10</sup> Über die Änderung des Wortlauts hinaus vollziehen sich Rechtsänderungen durch Rechtsanwendung. Durch Beobachtung einzelstaatlicher Umsetzung, Lancierung konkreter Schutzmassnahmen und Begleitung der Entwicklung des Flüchtlingsrechts ist eine die grossen Linien der GFK prägende Deutungshoheit des UNHCR

<sup>6</sup> E/1618, S. 40: «Members of the immediate family of a refugee should, in general, be considered as refugees if the head of the family is a refugee as here defined. Also, such members are to be regarded as refugees if the conditions set forth in paragraph A apply to them, even if the head of the family is not a refugee.» Abrufbar unter [www.unhcr.org/cgi-bin/texis/vtx/refworld/rwmain?page=search&docid=40aa15374&skip=0&query=E/1618](http://www.unhcr.org/cgi-bin/texis/vtx/refworld/rwmain?page=search&docid=40aa15374&skip=0&query=E/1618) (englisch) bzw. [www.unhcr.org/cgi-bin/texis/vtx/refworld/rwmain?page=search&docid=3ae68c254&skip=0&query=E/1618](http://www.unhcr.org/cgi-bin/texis/vtx/refworld/rwmain?page=search&docid=3ae68c254&skip=0&query=E/1618) (französisch).

<sup>7</sup> «The Conference agree that children under 15 years of age should be included on the identity certificates of their parents.» Abrufbar unter [www.unhcr.org/cgi-bin/texis/vtx/refworld/rwmain?page=search&docid=3dd8b5802&skip=0&query=nansen%20passport](http://www.unhcr.org/cgi-bin/texis/vtx/refworld/rwmain?page=search&docid=3dd8b5802&skip=0&query=nansen%20passport) (englisch).

<sup>8</sup> Siehe dazu [http://web.archive.org/web/20080418100128/http://nobelprize.org/nobel\\_prizes/peace/articles/sveen/index.html](http://web.archive.org/web/20080418100128/http://nobelprize.org/nobel_prizes/peace/articles/sveen/index.html) und [http://nobelprize.org/nobel\\_prizes/peace/laureates/1922/](http://nobelprize.org/nobel_prizes/peace/laureates/1922/).

<sup>9</sup> [http://nobelprize.org/nobel\\_prizes/peace/laureates/1938/](http://nobelprize.org/nobel_prizes/peace/laureates/1938/).

<sup>10</sup> So zum Beispiel im Falle der Erweiterung des Flüchtlingsbegriffes durch das Protokoll zur GFK vom 31. Januar 1967.

zu verzeichnen. Dies fusst nicht zuletzt darauf, dass von einer Vielzahl von Konventionsstaaten die Auslegung des UNHCR bei der Anwendung des Flüchtlingsrechts als verbindlich angesehen wird.

Aus zahlreichen Erläuterungen, Bezugnahmen und Auslegungshilfen stechen folgende Dokumente hervor, die im Hinblick auf ihre verschiedenartigen tatsächlichen Anknüpfungspunkte deutlich machen, dass die Möglichkeit der Ableitung des Flüchtlingsstatus ein sämtliche Sachbereiche durchdringendes und in der internationalen Praxis angewandtes Rechtsinstitut ist:

- Handbuch über Verfahren und Kriterien zur Feststellung der Flüchtlingseigenschaft des UNHCR<sup>11</sup> von 1979 und 1992, Nr. 183–188:

*«Wenn ein Familienvorstand die in der Definition genannten Kriterien erfüllt, wird seinen Angehörigen normalerweise die Rechtsstellung als Flüchtling nach dem Grundsatz der Einheit der Familie gewährt.»*

- Richtlinien des UNHCR zum internationalen Schutz: Asylanträge von Kindern<sup>12</sup>, Nr. 6 ff., im Besonderen Nr. 9:

*«...In solchen Fällen kann einem Elternteil – genau so wie ein Kind in Ableitung von der Anerkennung eines Elternteils als Flüchtling ebenfalls Flüchtlingsstatus erhalten kann – der vom Flüchtlingsstatus seines Kindes abgeleitete Flüchtlingsstatus zuerkannt werden.»*

- UNHCR-Exekutiv-Komitee – Beschluss Nr. 88 über den Schutz der Familie des Flüchtlings<sup>13</sup>, bezugnehmend auf seine Beschlüsse Nr. 9, 24, 84, 85:

*«...b) unterstreicht die Notwendigkeit, die Familieneinheit von Flüchtlingen zu schützen, unter anderem durch...*

*...iii) Bestimmungen und/oder die Praxis, die es gestatten, dass bei Anerkennung des Hauptantragstellers als Flüchtling andere Angehörige der Familieneinheit im Regelfall ebenfalls Flüchtlingsstatus erhalten...»*

- UNHCR-Richtlinie betreffend Asylanträge wegen weiblicher Genitalverstümmelung, S. 8, Nr. 11:<sup>14</sup>

<sup>11</sup> Handbook on Procedures and Criteria for Determining Refugee Status under the 1951 Convention and the 1967 Protocol relating to the Status of Refugees; abrufbar unter [www.unhcr.org/cgi-bin/texis/vtx/refworld/rwmain?page=search&docid=3ae6b3314&skip=0&query=Handbook%20Refugee](http://www.unhcr.org/cgi-bin/texis/vtx/refworld/rwmain?page=search&docid=3ae6b3314&skip=0&query=Handbook%20Refugee), dort auch deutsch und französisch verfügbar.

<sup>12</sup> [www.unhcr.org/cgi-bin/texis/vtx/refworld/rwmain/opendocpdf.pdf?reldoc=y&docid=4bf145172](http://www.unhcr.org/cgi-bin/texis/vtx/refworld/rwmain/opendocpdf.pdf?reldoc=y&docid=4bf145172) (deutsch) bzw. [www.unhcr.org/cgi-bin/texis/vtx/refworld/rwmain/opendocpdf.pdf?reldoc=y&docid=4cced15c2](http://www.unhcr.org/cgi-bin/texis/vtx/refworld/rwmain/opendocpdf.pdf?reldoc=y&docid=4cced15c2) (französisch).

<sup>13</sup> [www.unhcr.ch/fileadmin/unhcr\\_data/pdfs/rechtsinformationen/323.pdf?PHPSESSID=d52913d001bd8ba47567c7803b0e593b](http://www.unhcr.ch/fileadmin/unhcr_data/pdfs/rechtsinformationen/323.pdf?PHPSESSID=d52913d001bd8ba47567c7803b0e593b) (deutsch) bzw. [www.unhcr.org/refworld/type,EXCONC,,,3ae68c4510,0.html](http://www.unhcr.org/refworld/type,EXCONC,,,3ae68c4510,0.html) (französisch).

<sup>14</sup> UNHCR Guidance Note on Refugee Claims relating to Female Genital Mutilation, verfügbar (englisch, nicht französisch) unter [www.unhcr.org/cgi-bin/texis/vtx/refworld/rwmain?page=search&docid=4a0c28492&skip=0&query=Guidance%20note%20on%20refugee%20claims%20relating%20to%20female](http://www.unhcr.org/cgi-bin/texis/vtx/refworld/rwmain?page=search&docid=4a0c28492&skip=0&query=Guidance%20note%20on%20refugee%20claims%20relating%20to%20female).

«Ersucht eine Familie um Asyl aus Angst ein weibliches Kind der Familie könnte Opfer einer Genitalverstümmelung werden, wird das Kind normalerweise der Hauptantragsteller sein, selbst wenn es von den Eltern begleitet wird. In solchen Fällen, genauso wie ein Kind seinen Flüchtlingsstatus von der Flüchtlingsanerkennung eines Elternteils ableiten kann, kann einem Elternteil, mutatis mutandis, abgeleiteter Flüchtlingsstatus, gestützt auf den seines Kindes, zuerkannt werden.»<sup>15</sup>

### 1.2.2 Weitere völkerrechtliche Instrumente: Allgemeine Erklärung der Menschenrechte, UNO-Pakte und EMRK

Weitere Quellen des Völkerrechts, speziell solche vertraglicher Natur, wie die Allgemeine Erklärung der Menschenrechte (AEMR), der UNO-Pakt II<sup>16</sup> sowie der UNO-Pakt I<sup>17</sup> lassen hinsichtlich eines abgeleiteten Erwerbs des Flüchtlingsstatus von Familienangehörigen keine direkten Rückschlüsse zu. Alle Verträge heben aber in diesem Zusammenhang auf die essentielle Rolle der Familie – als Bindeglied zwischen Einzelnem und Gesellschaft – ab und wirken auf eine Verbesserung und Effektivierung des Familienschutzes hin.<sup>18</sup>

In Anbetracht dieser Motivlage der genannten völkerrechtlichen Verträge verdeutlicht sich, dass die Möglichkeit abgeleiteten Flüchtlingsstatus für Familienangehörige in erheblichem Masse geeignet ist, den Familienschutz zu verbessern und so den Forderungen dieser Menschenrechtspakte zu genügen. Im Bereich dieser Vertragswerke verwirklicht sich damit ein erhöhter Flüchtlingsrechtsschutz als Reflex des Familienschutzes.

Nicht anderes gilt, soweit man das Augenmerk auf die aus der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK, SR 0.101) in Bezug auf den Flüchtlingsschutz folgenden Erfordernisse legt. Zwar wendet sich auch die EMRK wegen ihres zwangsläufig allgemeinen menschen- und bürgerrechtlichen Ansatzes nicht konkret einem abgeleiteten Erwerb des Flüchtlingsstatus zu. Allerdings hat in der Rechtspraxis das Recht auf Schutz der Familie in Art. 8 EMRK – speziell in ausländer- und asylrechtlichen Fallgestaltungen – eine Bedeutung entfaltet, die in vergleichbarer Weise bei kaum einer anderen Individualrechtsverbürgung der EMRK zu verzeichnen ist. Dies zeigt insbesondere die umfassende Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte.<sup>19</sup> Auch vor dem Hintergrund der EMRK ist ein abgeleiteter Erwerb der Flüchtlingseigenschaft in Bezug auf Familienangehörige geeignet, auf besonders effektive Weise dem Ge-

<sup>15</sup> «Where a family seeks asylum based on a fear a female child of the family will be subjected to FGM, the child will normally be the principal applicant, even when accompanied by her parents. In such cases, just as a child can derive refugee status from the recognition of a parent as a refugee, a parent can, mutatis mutandis, be granted derivative status based on his or her child's refugee status.»

<sup>16</sup> Internationaler Pakt über bürgerliche und politische Rechte, SR 0.103.2.

<sup>17</sup> Internationaler Pakt über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte, SR 0.103.1.

<sup>18</sup> Vgl. Art. 16 Abs. 3 AEMR, Art. 23 Abs. 1 UNO-Pakt II und Art. 10 Abs. 1 UNO-Pakt I.

<sup>19</sup> Eine Aufstellung der wichtigsten Leitentscheidungen des EGMR betreffend das Recht auf Familienleben findet sich im Beitrag von Peter Uebersax, Nora Refaeil, Stephan Breitenmoser, Die Familienvereinigung im internationalen und schweizerischen Flüchtlingsrecht, in: SFH/UNHCR (Hrsg.), Schweizer Asylrecht, EU-Standards und internationales Flüchtlingsrecht – eine Vergleichsstudie, Bern 2009, S. 471 (492 f.).

bot umfassenden und effektiven Familienschutzes Rechnung zu tragen.<sup>20</sup> Folgerichtig wurde bei der Schaffung des Familienasyls in der Schweiz im Gesetzgebungsprozess auf Art. 8 EMRK Bezug genommen.<sup>21</sup>

### 1.2.3 Recht der Europäischen Union

Im Hinblick auf die Erforderlichkeit eines derivativen Erwerbs der Flüchtlingseigenschaft vor dem Hintergrund des Rechts der Europäischen Union lässt sich auf primärrechtlicher Ebene Art. 78 AEUV erwähnen, der die Koordination und Angleichung des Asylrechts fordert, wobei gerade in Art. 78 Abs. 2 a) AEUV ein einheitlicher Asylstatus in der ganzen Union in den Blick genommen wird. Grundlage dessen soll nach Art. 78 Abs. 2 d) und f) ein gemeinsames Verfahren für Statusgewährung und Entzug sein, und es sollen gemeinschaftliche Normen über die Aufnahmebedingungen von Asylbewerbern erarbeitet werden.

#### 1.2.3.1 Richtlinie 2004/83/EG des Rates, sogenannte «Qualifikationsrichtlinie»

Auf sekundärrechtlicher Ebene der EU ist vor allem auf die «Richtlinie über Mindestnormen für die Anerkennung und den Status von Drittstaatsangehörigen oder Staatenlosen als Flüchtlinge (...)»<sup>22</sup> hinzuweisen. Zwar äussert sich die Richtlinie nicht unmittelbar zu einem derivativen Statuserwerb naher Familienangehöriger. Allerdings heisst es in Vorbemerkung Nr. 27 des Rates zur Richtlinie, dass Familienangehörige «...aufgrund der alleinigen Tatsache, dass sie mit dem Flüchtling verwandt sind, in der Regel gefährdet (sind), in einer Art und Weise verfolgt zu werden, dass ein Grund für die Zuerkennung des Flüchtlingsstatus gegeben sein kann». Deutlich wird demnach, dass in Anbetracht der Richtlinie davon ausgegangen werden muss, dass regelmässig ein tatsächlicher Zusammenhang zwischen Familienangehörigen hinsichtlich ihrer Flüchtlingseigenschaft besteht.

#### 1.2.3.2 Richtlinie 2003/86/EG des Rates, «Familienzusammenführung»

Auch besteht auf Grundlage der «Richtlinie betreffend das Recht auf Familienzusammenführung»<sup>23</sup> für die Mitgliedstaaten die Pflicht, bei der Schaffung nationaler Rechtsvorschriften den Grundsatz der Familieneinheit zu berücksichtigen. Da nach Art. 9 Abs. 1 der Richtlinie die Bestimmungen auf Flüchtlinge anzuwenden sind, die von den Mitgliedstaaten bereits anerkannt sind, lassen sich aus ihr nicht direkt Rückschlüsse auf einen abgeleiteten Statuserwerb von Familienangehörigen ziehen. Zentral bleibt zur Bestimmung der Flüchtlingseigenschaft die Qualifikationsrichtlinie.<sup>24</sup> Allerdings ist bei deren Auslegung und Anwendung das weitere

<sup>20</sup> Das Prinzip hat deshalb Eingang zum Beispiel in die nationalen Regelungen Deutschlands (§ 26 Asylverfahrensgesetz), Österreichs und Frankreichs gefunden, siehe Hullmann, in: Who is a Refugee? A comparative case law study, 1997, S. 19, 97 f. (Österreich); Schank/Galiano, a.a.O., S. 436 ff. (Frankreich). Ebenso in Bosnien-Herzegowina, dazu Refugee Protection in International Law – UNHCR's Global Consultations on International Protection, 2003, S. 593.

<sup>21</sup> Dazu Botschaft zur Totalrevision des Asylgesetzes sowie zu Änderung des Bundesgesetzes über Aufenthalt und Niederlassung der Ausländer vom 4. Dezember 1995, S. 68 f.; siehe Fn. 2.

<sup>22</sup> Abrufbar unter <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2004:304:0012:0023:DE:PDF> (deutsch) bzw. <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2004:304:0012:0023:FR:PDF> (französisch).

<sup>23</sup> <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2003:251:0012:0018:DE:PDF> (deutsch) bzw. <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2003:251:0012:0018:FR:PDF> (französisch).

<sup>24</sup> So wird zum Beispiel in Art. 2 f.) der Richtlinie 2005/85/EG («Asylverfahrensrichtlinie») explizit an die Bestimmungen der Qualifikationsrichtlinie angeknüpft; abrufbar unter <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2005:18:0001:0001:DE:PDF>

EU-Recht, eben auch der Grundsatz der Familienzusammenführung, zu berücksichtigen.

Eine Entwicklung auf Ebene des sekundären EU-Rechts, speziell eine etwaige Überarbeitung der Qualifikationsrichtlinie, dürfte nicht in Richtung einer Absenkung des Schutzniveaus zulasten der Familieneinheit tendieren. Wahrscheinlich sind vielmehr diesbezügliche ausdrückliche Regelungen, die die Umsetzung der Familieneinheit auch bei der Zuerkennung des Flüchtlingsstatus berücksichtigen.

### 1.3 Zusammenfassung

Ist allein aus dem Wortlaut der GFK die Ableitung der Flüchtlingseigenschaft zugunsten naher Angehöriger nicht unmittelbar zu folgern, so ergibt sich in Betrachtung der historischen Entstehung der GFK und ihrer heutigen Auslegung durch das UNHCR, dass bereits zu Beginn der Idee, internationalen Flüchtlingsschutz durch völkerrechtliche Instrumente zu gewährleisten, die Einbeziehung naher Familienangehöriger des Antragstellers in dessen Flüchtlingsstatus anerkannt und in die Praxis eingeführt war.

Sowohl in Bezug auf völkerrechtliche Menschenrechtsverträge – seien sie universell wie die Allgemeine Erklärung der Menschenrechte, die UNO-Pakte, seien sie regional wie die EMRK – als auch im Rahmen des EU-Rechts, ist zu vermerken, dass das Recht des Individuums auf Familie und Familienleben eine Schlüsselrolle innehat. Der effektiven Umsetzung entspricht gerade die Ermöglichung eines abgeleiteten Flüchtlingsstatus auf nationaler Ebene. Zahlreiche Staaten haben diesem Erfordernis durch Etablierung des Prinzips der Familieneinheit in ihren nationalen Asylrechtsregimen Rechnung getragen. Ein Abrücken vom Prinzip der Familieneinheit ist in Betrachtung der erfolgten Rechtsentwicklung wenigstens als anachronistisch zu werten.

Die in der Initiative vorgesehene Gesetzesänderung ist abzulehnen, da sie in unangemessener Weise die Rechtsstellung der Personen beschneiden würde, zu deren Schutz sich die Schweiz im Rahmen des Völkerrechts verpflichtet hat. Es wäre unverhältnismässig, wenn aus rein ausländerpolitischen Erwägungen das Recht einer Flüchtlingsfamilie, ihr Familienleben im Asylland fortzuführen, eingeschränkt würde. Auch aus Integrationsaspekten muss der Familiennachzug für anerkannte Flüchtlinge möglichst schnell und komplikationslos erfolgen und sind die nachgezogenen Familienmitglieder in den Status miteinzubeziehen. Die Initiative wird diesen gewünschten Prozess behindern und ist daher nicht nur im Hinblick auf die Menschen- und Grundrechte Einzelner, sondern auch aus gesellschaftspolitischen Gründen völlig verfehlt.

## **2 Keine Bevorzugung von Personen aus dem Asylbereich bei der Niederlassungsbewilligung, 10.484 Parlamentarische Initiative**

### **2.1 Problemaufriss**

Nach geltendem Recht haben anerkannte Flüchtlinge mit Asyl nach fünfjährigem, rechtmässigem Aufenthalt in der Schweiz den Anspruch auf die Erteilung einer Niederlassungsbewilligung, also eines unbedingten und unbefristeten Aufenthaltstitels, Art. 60 Abs. 2 AsylG. Dieser kann nur unter sehr engen Voraussetzungen versagt werden.

Anderen Drittausländern hingegen, kann nach Art. 34 Abs. 2 AuG eine Niederlassungsbewilligung grundsätzlich erst nach insgesamt mindestens zehnjährigem Aufenthalt in der Schweiz erteilt werden.

Die Initiative stellt diese Besserstellung von anerkannten Flüchtlingen in Frage und schlägt vor, auch Flüchtlingen die sogenannte C-Bewilligung erst frühestens nach zehn Jahren zu gewähren.

### **2.2 Rechtliche Einordnung und Erörterung**

Dem gesetzgeberischen Regelungsspielraum sind hinsichtlich der Frage, ob eine Besserstellung von Flüchtlingen bei der Erteilung von Niederlassungsbewilligungen gegenüber sonstigen Ausländern rechtlich geboten ist, in internationalem und nationalem Kontext Grenzen auferlegt.

#### **2.2.1 Internationale Bezugspunkte**

Im Bereich des internationalen Rechts stellt die GFK zu beachtende Massstäbe betreffend den zu gewährenden inländischen Status von anerkannten Flüchtlingen auf.

Das Recht der EU und das in Umsetzung dessen ergangene Recht der Mitgliedstaaten (zum Beispiel Deutschlands siehe unter 2.1.3) wirken durch die Teilnahme der Schweiz am Schengener System und Dublin-Verfahren jenseits der für die Schweiz im Grundsatz nicht bestehenden Rechtsverbindlichkeit der zahlreichen EU-Rechtsakte faktisch ein. Die Schweiz wird nicht umhin kommen, ihr nationales Recht mit einem Blick auf ein Mindestmass an Kompatibilität und Kohärenz zum sie umgebenden EU-Recht zu gestalten.

### 2.2.1.1 Genfer Flüchtlingskonvention

Die GFK nimmt zu der Frage, wie der Aufenthalts- bzw. Rechtsstatus eines Flüchtlings im Aufnahmestaat zu bestimmen ist, nur in Bezug auf einzelne, in der alltäglichen Praxis besonders relevante Aspekte Stellung. Dabei werden relative Gleichbehandlungsgebote aufgestellt, die teils eine Gleichbehandlung von Flüchtlingen mit sonstigen Ausländern fordern (zum Beispiel im Bereich der Eigentums-gewährleistung, Art. 13 GFK, und im Bereich der Freizügigkeit, Art. 26 GFK)<sup>25</sup>, teils wird aber auch eine Behandlung gleich eigenen Staatsangehörigen vorgese- hen (zum Beispiel im Bereich des Zugangs zu Gerichten, Art. 16 GFK, und der öffentlichen Fürsorge, Art. 23 GFK).<sup>26</sup>

Im Bereich der Gewährung eines nationalen Aufenthaltstitels hält die GFK keine konkrete Regelung vor. Allerdings findet sich in Art. 34 GFK eine Regelung, die die Vertragsstaaten dazu anhält, Eingliederung und – explizit – Einbürgerung der Flüchtlinge zu erleichtern, insbesondere Einbürgerungsverfahren zu beschleuni- gen. Tragender Gedanke dieser Regelung ist, der bis heute in seiner Gültigkeit keine Einbusse erlitten hat, dass ein grosser Teil der anerkannten Flüchtlinge im Aufnahmestaat dauerhaft verbleibt, weil eine Rückkehr in den Heimatstaat nicht möglich ist.<sup>27</sup> Es gilt daher, auch in nationalen Regelungszusammenhängen der speziellen Situation von Flüchtlingen und deren erhöhtem Schutzbedürfnis ange- messen Rechnung zu tragen.

### 2.2.1.2 Recht der Europäischen Union

Nach Art. 24 Abs. 1 der «Qualifikationsrichtlinie»<sup>28</sup> ist den durch die EU- Mitgliedstaaten anerkannten Flüchtlingen ein mindestens drei Jahre gültiger Auf- enthaltstitel zu erteilen. Es wird die Tendenz des EU-Rechts deutlich, bereits von Beginn des Flüchtlingsstatus an einen langfristigen Aufenthalt zu ermöglichen und in diesem Bereich unionseinheitlich Mindestnormen zu schaffen.

## 2.2.2 Nationales Recht

Jenseits internationaler Verpflichtungen obliegt dem Gesetzgeber bei der Ausge- staltung seiner nationalen Rechtsordnung ein weitgehender Gestaltungsspiel- raum. Allerdings hat sich der Gesetzgeber in den Grenzen der Verfassung zu be- wegen.

Besonderer Betrachtung bedarf eine Gleichbehandlung von Asylbewerbern mit sonstigen Ausländern hinsichtlich der Gewährung von Niederlassungsbewilligun- gen hinsichtlich des Allgemeinen Gleichheitssatzes i.S.d. Art. 8 Abs. 1 Bundes- verfassung, BV. Der Allgemeine Gleichheitssatz ist selbstständiges Grundrecht,

<sup>25</sup> Eine Auflistung hierzu bei Achermann/Hausmann, Handbuch des Asylrechts, 2. Auflage 1991, S. 383 f.

<sup>26</sup> Eine diesbezügliche Auflistung findet sich ebenso bei Achermann/Hausmann, Handbuch des Asyl- rechts, 2. Auflage 1991, S. 383.

<sup>27</sup> Achermann/Hausmann, Handbuch des Asylrechts, 2. Auflage 1991, S. 384.

<sup>28</sup> Siehe dazu auch oben 1.2.3.1; abrufbar unter <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2004:304:0012:0023:DE:PDF> (deutsch) bzw. <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2004:304:0012:0023:FR:PDF> (französisch).

schützt neben Schweizer Bürgern gleichrangig Ausländer und bindet auch die gesetzgebenden Organe.<sup>29</sup>

Zwar scheint bei der Gewährung von Niederlassungsbewilligungen unter gleichen Voraussetzungen an Flüchtlinge mit Asyl wie an sonstige Ausländer gerade dem Gebot der Gleichbehandlung i.S.d. Art. 8 Abs. 1 BV entsprochen zu sein. Allerdings ist eine Gleichbehandlung i.S.d. Art. 8 Abs. 1 BV nur dort geboten und zulässig, wo vergleichbare Sachverhalte vorliegen. Soweit dies nicht der Fall ist, gebietet der Grundsatz der Gleichbehandlung gerade eine Ungleichbehandlung der in Relation gesetzten Sachverhalte.<sup>30</sup> Insofern mutet Art. 8 Abs. 1 BV dem Gesetzgeber zu, die Unterschiedlichkeit tatsächlicher Lebenssachverhalte zu erkennen und sie differenzierten Lösungen zuzuführen.

Im vorliegenden Fall ist demnach vom Gesetzgeber zu bewerten, ob die tatsächliche Situation von anerkannten Flüchtlingen eine andere als die von sonstigen Ausländern ist und gerade deshalb zu einer unterschiedlichen rechtlichen Regelung zwingt.

Ansatzpunkt einer solchen Betrachtung ist, dass ein Asylberechtigter Flüchtling gemäss Art. 3 AsylG ist. Hierin liegt der grundlegende Unterschied zu sonstigen Ausländern: Während letztere aufgrund freier Willensentscheidung Aufenthalt in der Schweiz nehmen, befindet sich der Asylsuchende in einer Zwangssituation, die daraus resultiert, dass sein Heimatstaat keinen Schutz gewähren will oder kann. Regelmässig ist das rechtliche und tatsächliche Band, das den Flüchtling mit seinem Heimatstaat verbunden hat, zerschnitten. Gewährung rechtlichen oder tatsächlichen Schutzes durch seinen Heimatstaat oder eine Rückkehr dorthin kann ein Flüchtling nicht erwarten.

Es folgt, dass im Gegensatz zu sonstigen Ausländern für den Asylberechtigten ein erhöhtes Bedürfnis besteht, dauerhaft und sicher in einem anderen Staat als dem Fluchtstaat zu leben.<sup>31</sup> In diesem Zusammenhang sind die Erwägungen des Bundesrates im Hinblick auf eine Änderung des Asylrechts im Jahre 2002 erwähnenswert. In der entsprechenden Botschaft heisst es zu einer Überarbeitung der Formulierung des Art. 60 AsylG:

*«Anerkannte Flüchtlinge verbleiben grundsätzlich für immer in der Schweiz. Unnötige Integrationshindernisse sind daher zu verhindern. Dem soll durch eine bessere Formulierung analog des Artikels 61 Buchstaben b–c der Botschaft zum neuen Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer (AuG) vorgebeugt werden.»<sup>32</sup>*

Eine unterschiedslose Behandlung von Flüchtlingen und sonstigen Ausländern, ohne das Bedürfnis nach differenzierenden Regelungen überhaupt zu prüfen, dürfte den verfassungsrechtlichen Vorgaben nicht gerecht werden.

<sup>29</sup> Beispielhaft für diese durchweg gängige Auffassung Müller/Schefer, Grundrechte in der Schweiz, 4. Aufl. 2008, S. 653.

<sup>30</sup> Ebenso beispielhaft Müller/Schefer, Grundrechte in der Schweiz, 4. Aufl. 2008, S. 654.

<sup>31</sup> Achermann/Hausamann, Handbuch des Asylrechts, 2. Auflage 1991, S. 383.

<sup>32</sup> Botschaft zur Änderung des Asylgesetzes, zur Änderung des Bundesgesetzes über die Krankenversicherung sowie zur Änderung des Bundesgesetzes über die Alters- und Hinterlassenenversicherung vom 4. September 2002; abrufbar unter [www.admin.ch/ch/d/ff/2002/6845.pdf](http://www.admin.ch/ch/d/ff/2002/6845.pdf).

### 2.2.3 Beispiel: Regelung in der Bundesrepublik Deutschland

Als eines der jüngeren Gesetze, das die europarechtlichen Vorgaben unter Berücksichtigung gesellschaftlicher Entwicklungen im Bereich des Aufenthaltsrechts von Flüchtlingen umgesetzt hat, ist das deutsche Aufenthaltsgesetz zu nennen, das im Rahmen einer umfassenden Gesetzesreform 2005 durch das sogenannte Zuwanderungsgesetz an die Stelle des bis dahin geltenden Ausländergesetzes getreten ist.

Nach § 25 Aufenthaltsgesetz (AufenthG) ist unanfechtbar anerkannten Asylberechtigten und Flüchtlingen zunächst ein befristeter Aufenthaltstitel zu erteilen. Nach § 26 Abs. 3 AufenthG folgt nach drei Jahren bereits eine Niederlassungserlaubnis, die nach § 9 AufenthG definitionsgemäss ein unbefristeter und unbedingter Aufenthaltstitel ist. Es besteht ein Rechtsanspruch auf die Erteilung der Niederlassungserlaubnis, die nur unter eingeschränkten Voraussetzungen versagt werden kann (vgl. § 52 Abs. 1 Nr. 4 AufenthG).

Ausdrücklich heisst es dazu in der Begründung der deutschen Bundesregierung:

*«Absatz 3 sieht vor, dass Asylberechtigten und sonstigen Personen, die die Rechtsstellung ausländischer Flüchtlinge genießen, nach drei Jahren eine Niederlassungserlaubnis erteilt wird, sofern das Bundesamt für Migration und Flüchtlinge nicht mitgeteilt hat, dass die Voraussetzungen für die Anerkennung entfallen sind. Den betroffenen Personen wird damit die Perspektive für eine dauerhafte Lebensplanung in Deutschland eröffnet.»<sup>33</sup>*

## 2.3 Zusammenfassung

Die Erschwerung der Erteilung einer Niederlassungsbewilligung, auf deren Grundlage ein Flüchtling eine dauerhafte und nachhaltige Existenzgrundlage aufbauen kann, läuft dem Gedanken der GFK zuwider, die Aufnahme und Integration von Flüchtlingen zu erleichtern. Die nach wie vor bestehende internationale Relevanz dieses Leitgedankens zeigen die Regelungen auf Ebene des EU-Rechts und die hierzu ergangenen Umsetzungsregelungen der EU-Mitgliedstaaten.

In der Konsequenz dient dem Interesse des Aufnahmestaates eher, die Integration von Flüchtlingen zu befördern als deren langfristigen und dauerhaften Aufenthalt zu erschweren und Integrationshemmnisse zu schaffen. Flüchtlinge können im Regelfall nicht in ihren Heimatstaat zurückkehren und verbleiben dauerhaft im Asylland. Dies hat sowohl zu Gunsten des Flüchtlings als auch im Interesse des Aufnahmestaats berücksichtigt zu werden. Dabei handelt es sich nicht um diametral entgegengesetzte Interessen, deren Ausgleich nicht gelingen kann. Vielmehr ist der Weg einheitlich dahin gewiesen, für Flüchtlinge einen erleichterten Erwerb

<sup>33</sup> Deutscher Bundestag, Gesetzentwurf der Bundesregierung – Entwurf eines Gesetzes zur Steuerung und Begrenzung der Zuwanderung und zur Regelung des Aufenthalts und der Integration von Unionsbürgern und Ausländern (Zuwanderungsgesetz), Drucksache 15/420, S. 80 re.Sp.; abrufbar unter <http://dip21.bundestag.de/dip21/btd/15/004/1500420.pdf>.

einer Niederlassungsbewilligung zu schaffen bzw. beizubehalten, um deren Integration zum gesamtgesellschaftlichen Vorteil zu gestalten.<sup>34</sup>

\*\*\*

Maximilian Lipp, Rechtsdienst der Schweizerischen Flüchtlingshilfe SFH

---

<sup>34</sup> Hierbei soll nochmals auf die Botschaft zur Änderung des Asylgesetzes, zur Änderung des Bundesgesetzes über die Krankenversicherung sowie zur Änderung des Bundesgesetzes über die Alters- und Hinterlassenenversicherung vom 4. September 2002 hingewiesen werden, siehe Fn. 32.