

Staatssekretariat für Migration
Quellenweg 6
3003 Bern-Wabern
vernehmlassungSBRE@sem.admin.ch

Zürich, 13. August 2024

Stellungnahme der Freiplatzaktion Zürich

zur Vernehmlassung 2023/38 «Änderung des Ausländer- und Integrationsgesetzes – Anpassung der Wartefrist beim Familiennachzug von vorläufig Aufgenommenen»

Sehr geehrter Herr Bundesrat,

Sehr geehrte Damen und Herren,

Die Freiplatzaktion Zürich setzt sich seit über 35 Jahren für die Rechte von asylsuchenden und migrierten Menschen ein. Hierzu bieten wir eine professionelle und staatlich unabhängige Rechtsberatung an, tragen rechtliche Missstände in die Öffentlichkeit und engagieren uns in lokalen und nationalen politischen Projekten. Weitere Informationen zu unserer Arbeit finden Sie auf unserer Webseite unter: www.freiplatzaktion.ch.

Nachstehend nehmen wir zur beabsichtigten Verkürzung der Wartefrist beim Familiennachzug von vorläufig aufgenommenen Personen von drei auf zwei Jahre (Art. 85c Abs. 1 AIG) Stellung.

1. Vorbemerkung

Vorwegzunehmen ist, dass sich die Freiplatzaktion Zürich klar für die **Abschaffung der vorläufigen Aufnahme als Anomalie des Asyl- und Ausländerrechts** einsetzt: Die vorläufige Aufnahme ist weder Bewilligung noch Status, sondern als Ersatzmassnahme zum Wegweisungsvollzug ausgestattet; dies, obwohl sie praktisch in allen Fällen zu einem langfristigen **Daueraufenthalt unter prekärsten Bedingungen** führt. Betroffen sind meist besonders verletzte Personen, die vor Gewalt und Bürgerkriegen, menschenunwürdigen Lebensbedingungen und Umweltkatastrophen oder fehlenden Behandlungsmöglichkeiten bei schweren Krankheiten geflohen sind. Nicht nur sind die Chancen vorläufig aufgenommener Personen auf dem Arbeitsmarkt wesentlich schlechter als jene von Personen mit

Aufenthaltsbewilligungen. Sie dürfen zudem kaum ins Ausland reisen, nur erschwert den Kanton wechseln, erhalten bei Bedürftigkeit nur einen Bruchteil der finanziellen Unterstützung von Personen mit ausländerrechtlichen Bewilligungen und sind – insbesondere was den Familiennachzug betrifft – im Vergleich zu allen übrigen Personen mit ausländerrechtlichen Bewilligungen massiv diskriminiert. So müssen sie eine mehrjährige Frist für die Familienzusammenführung abwarten, was in Verbindung mit dem praktischen Reiseverbot zu einer jahrelangen Trennung von der Kernfamilie führt.

Die Freiplatzaktion setzt sich daher – wie andere Organisationen der Asylbewegung – für die Einführung eines **positiven Schutzstatus** ein, der mit denselben Rechten ausgestattet ist, wie sie Personen mit Asyl gewährt werden¹, mindestens aber wie sie auf EU-Ebene für Personen mit subsidiärem Schutz gelten. Zudem lehnt die Freiplatzaktion jegliche Beschränkung des Rechts auf Achtung des Familienlebens ab. Mindestens aber müssen die Voraussetzungen für den Familiennachzug jenen für Personen mit Asyl bzw. einer Aufenthaltsbewilligung angeglichen werden.

2. Zur Vorlage

Die Vorlage bezweckt die vermeintliche Anpassung der geltenden Gesetzgebung an die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR) im Fall *M.A. gg. Dänemark*, wonach – so der Bundesrat – eine zweijährige (statt wie bisher eine dreijährige, vgl. Art. 85c Abs. 1 AIG) Wartefrist für den Familiennachzug durch vorläufig aufgenommene Personen EMRK-konform sein soll. Diese Sichtweise entspricht indes einer **verkürzten, mithin falschen Interpretation des EGMR-Urteils**:

a. Differenzierung zwischen Personen mit und Personen ohne Flüchtlingseigenschaft

Zunächst bleibt im Gesetzesvorschlag komplett unberücksichtigt, dass der EGMR in seinem Urteil **eine klare Differenzierung zwischen Personen mit und Personen ohne Flüchtlingseigenschaft** trifft. Im Sachverhalt vor dem EGMR ging es um eine Person, die in Dänemark einen «temporären Schutzstatus» erhalten hatte *ohne* Zuerkennung der Flüchtlingseigenschaft. Entsprechend hielt der EGMR denn auch fest, dass den Staaten bei Personen *ohne Flüchtlingseigenschaft* aber mit subsidiärem Schutz in Bezug auf die Einführung einer Wartefrist für den Familiennachzug ein weiter Ermessensspielraum zustehe (Ziff. 153 und 161). Weder das Bundesverwaltungsgericht (in seinem Grundsatzurteil F-2739/2022 vom 24. November 2022) noch der Bundesrat beachten diese vom EGMR explizit gemachte Unterscheidung. Der EGMR hat in vergangenen Urteilen immer wieder festgehalten, dass anerkannte Flüchtlinge ein Recht auf grosszügigere Familiennachzugsvoraussetzungen haben als andere migrierte Personen und dass ihre Familiennachzugsverfahren «flexibel, prompt und effizient» behandelt werden müssen.² Auch das BVGer hielt in früheren Entscheiden fest, dass «bei Familiennachzugsgesuchen von (vorläufig aufgenommenen) Flüchtlingen betreffend deren Ehegatten und minderjährigen Kindern ein faktisches Aufenthaltsrecht anzunehmen und die Dauer des Aufenthalts erst in der Güterabwägung zu berücksichtigen» sei.³ Eine – auch zweijährige – Wartefrist läuft dieser Erwägung des BVGer klar zuwider, zumal sie die Dauer des Aufenthalts zur Voraussetzung für den Familiennachzug macht, statt zu einem Faktor in der Güterabwägung.

1 Vgl. hierzu auch Szenarien 1 und 2 im Bericht «Vorläufige Aufnahme und Schutzbedürftigkeit: Analyse und Handlungsoptionen» des Bundesrats, 14.10.2016, u. a. S. 5.

2 EGMR, *M.A. gegen Dänemark*, Ziff. 138 und 153; EGMR, Urteil vom 10. Juli 2014, *Tanda-Muzinga gegen Frankreich* (Nr. 2260/10), Ziff. 75, und zuletzt in EGMR, Urteil vom 4. Juli 2023, *B.F. u. A. gegen die Schweiz* (Nr. 13258/18, 15500/18, 57303/18 und 9078/20), Ziff. 97 f.

3 BVGer, Urteil F-2043/2015 vom 26. Juli 2017, E. 6.3.

Will der Bundesrat die EGMR-Rechtsprechung tatsächlich umsetzen, hat er sich an dem Urteil des Menschenrechtsgerichts zu orientieren (und nicht am undifferenzierten Grundsatzurteil des BVGer) und entsprechend **mindestens bei Familiennachzügen von vorläufig aufgenommenen Flüchtlingen auf die Anordnung einer Wartefrist zu verzichten**. Dafür spricht nicht zuletzt ein Blick über die Landesgrenze: In der EU sind Wartefristen für Flüchtlinge gänzlich verboten.⁴

Ohnehin hätte der Gesetzgeber die Chance der Gesetzesanpassung nutzen und **vorläufig aufgenommene Flüchtlinge in Bezug auf den Familiennachzug endlich mit Flüchtlingen mit Asyl gleichstellen können** (dies auch im Lichte der Nachzugsbestimmungen für Personen mit vorübergehendem Schutz, die weitgehend jenen in Art. 51 AsylG entsprechen, vgl. Art. 71 AsylG). Der stete Verweis der Behörden auf Art. 74 Abs. 5 VZAE, wonach die besondere Situation von vorläufig aufgenommenen Flüchtlingen beim Entscheid über die Gewährung des Familiennachzugs zu berücksichtigen ist, führt in der Praxis kaum je zu einer Vorzugsbehandlung und wird den Vorgaben des EGMR sowieso nicht gerecht: So hielt der EGMR jüngst erneut fest, dass auf europäischer und internationaler Ebene Konsens darüber herrsche, dass Flüchtlinge in den Genuss eines günstigeren Familiennachzugsverfahrens kommen müssten als andere Ausländer:innen. Aufgrund dieses Konsenses sei der staatliche Ermessensspielraum bei der Prüfung von Art. 8 EMRK stark eingeschränkt.⁵

b. Keine Wartefrist, wenn minderjährige Kinder involviert sind

Des Weiteren waren im dem Urteil *M.A. gegen Dänemark* zugrundeliegenden Sachverhalt keine minderjährigen Kinder involviert. Sind Kinder involviert, müssen gemäss EGMR Entscheidungsprozesse in Familiennachzugsverfahren unter Berücksichtigung des Kindeswohls ebenfalls «flexibel, prompt und effizient» sein (Ziff. 139) und zwar selbst, wenn es sich bei den nachziehenden Personen nicht um anerkannte Flüchtlinge handelt. Dies legt nahe, dass in Fällen, in denen **minderjährige Kinder involviert sind, ebenfalls keine Wartefrist vorausgesetzt werden darf**, was ebenfalls im Gesetzesentwurf festgehalten werden muss.

c. Gemäss EGMR *immer* Verhältnismässigkeitsprüfung nötig

Ferner sagt der EGMR, dass **immer eine Verhältnismässigkeitsprüfung** anhand der im Urteil aufgeführten Faktoren vorgenommen werden muss (vgl. Ziff. 132 f.)⁶ und nicht erst – wie vom Bundesrat in seinem erläuternden Bericht suggeriert – «ab» einer Wartefrist von zwei Jahren. Diese Annahme basiert erneut auf einer Fehlinterpretation des EGMR-Urteils durch das Bundesverwaltungsgericht und den Bundesrat. So stellt der EGMR in Bezug auf die Frage der Wartezeit fest, dass den Staaten zwar ein weiter Ermessensspielraum zustehe, wenn es darum gehe, zu entscheiden, ob die Familienzusammenführung von Personen, die keinen Flüchtlingsstatus erhalten haben, aber subsidiären oder vorübergehenden Schutz geniessen, an eine solche Frist geknüpft werden soll (Ziff. 161). Dieser Spielraum sei jedoch *nicht absolut* und erfordere jeweils eine Prüfung unter dem Gesichtspunkt der *Verhältnismässigkeit* (Ziff. 162). Nur weil der EGMR in der Folge ausführt, dass er keinen Grund sehe, die Überlegung hinter einer zweijährigen Wartefrist zu hinterfragen, bedeutet dies noch lange nicht, dass eine solche Wartefrist «streng und a priori undifferenziert» angewendet werden dürfte (vgl. Erläuterungen des Bundesrats). Vielmehr ist der EGMR der Ansicht, dass die zugunsten der Familienzusammenführung abzuwägenden Faktoren nach zwei Jahren *zunehmend* an Bedeutung gewinnen. Es sei jedoch **stets eine Einzelfallprüfung vorzunehmen**, um festzustellen, ob die

4 Art. 12 Abs. 2 i.V.m. Art. 8 der Richtlinie 2003/86/EG des Rates vom 22. September 2003 betreffend das Recht auf Familienzusammenführung (ABl. L 251 vom 3. Oktober 2003, S. 12 ff.).

5 EGMR, *B.F. u. A. gegen die Schweiz*, Ziff. 98; vgl. zum Ganzen: CORINNE REBER, Bundesverwaltungsgericht passt Wartefrist bei Familiennachzug durch vorläufig Aufgenommene an, ASYL 3/2023, S. 29 ff.

6 Vgl. auch EGMR, *B.F. u. A. gegen die Schweiz*, Ziff. 90.

Einhaltung einer kürzeren Frist nicht aus Gründen der Einheit der Familie gerechtfertigt ist (Ziff. 193).

Somit muss **in jedem Einzelfall eine Verhältnismässigkeitsprüfung vorgenommen werden, und zwar unabhängig vom Ablauf einer Wartefrist**, was zwingend in Art. 85c AIG festzuhalten ist. Selbst wenn der Bundesrat davon ausgeht, dass es sich bei der Vereinbarkeit der Wartefrist mit Art. 8 EMRK um eine «wiederlegbare Vermutung» handelt, müsste dies im Gesetzestext reflektiert werden, indem die Möglichkeit, ein Gesuch vor Ablauf der Wartefrist zu stellen, explizit festgehalten würde.

Der Bundesrat erwähnt in seinem erläuternden Bericht zwar, dass ein Familiennachzug *vor* Ablauf der Wartefrist bewilligt werden könne, wenn «besondere Umstände» vorliegen. Dies leite sich laut Bundesrat aus dem Verhältnismässigkeitsgrundsatz nach Art. 5 Abs. 2 BV ab, soll jedoch weder im AIG noch auf Verordnungsstufe festgeschrieben werden, was aus Gründen der Rechtssicherheit und dem Legalitätsprinzip äusserst bedenklich ist. Zudem ist unklar, was mit «besonderen Umständen» gemeint ist. Es wäre wünschenswert, wenn diese mindestens auf Verordnungsstufe klarer definiert würden, z.B. Kindsinteressen betroffen, Voraussetzungen für Nachzug schon früher erfüllt oder Notsituation vorliegend.

Die oben zitierte Feststellung des Bundesrats, dass eine Bewilligung vor Ablauf der Wartefrist bei Vorliegen von besonderen Umständen möglich sein soll, beisst sich überdies mit den weiteren Erläuterungen des Bundesrats zum Gesetzesartikel, wonach ein Gesuch nur individuell und eingehend geprüft werden soll, wenn der Ablauf der zweijährigen Wartefrist innerhalb der nächsten sechs Monate bevorsteht. Dies widerspricht sowohl der EGMR-Rechtsprechung als auch dem Verhältnismässigkeitsgrundsatz gemäss Art. 5 Abs. 2 BV.

Schliesslich müssten die **Faktoren**, die gemäss erläuterndem Bericht in der Verhältnismässigkeitsprüfung berücksichtigt werden sollten, **mindestens auf Verordnungsstufe festgeschrieben** werden, damit sie justiziabel werden. Dazu gehören gemäss Bundesrat u.a. das Bestehen des Familienlebens vor Erteilung der vorläufigen Aufnahme; das Vorhandensein unüberwindbarer Hindernisse für die Fortsetzung des Familienlebens ausserhalb der Schweiz; der Grad der Integration der gesuchstellenden Person und deren Bindungen zur Schweiz sowie das Kindeswohl (die Interessen der Kinder müssen massgeblich berücksichtigt werden). Weiter müssen bei der Prüfung der Verhältnismässigkeit **auch stets die zahlreichen Nachteile einer Wartefrist berücksichtigt** werden: So bleiben vorläufig Aufgenommene über Jahre getrennt von ihren Familien. Aufgrund der äusserst restriktiven Vergabe von Rückreisevisa sowie der Unmöglichkeit einer Rückkehr in den Heimatstaat sind Besuche in Heimat- oder Drittstaaten kaum möglich. Die Beziehungspflege beschränkt sich auf telefonische und Online-Kontakte. Hinzu kommt, dass Familiennachzüge gar vereitelt werden können, wenn ein Kind während der Wartefrist volljährig wird. Diese Nachteile verschärfen sich mit zunehmendem Zeitablauf. Entsprechend muss **auch die Aufenthaltsdauer vor der Gesuchseinreichung in der Interessenabwägung berücksichtigt** werden. So hält der EGMR in Ziff. 179 fest: «[...] a waiting period of three years, although temporary, is by any standard a long time to be separated from one's family, when the family member left behind remains in a country characterised by arbitrary violent attacks and ill-treatment of civilians and when insurmountable obstacles to reunification there have been recognised. *Moreover, the actual separation period would inevitably be even longer than the waiting period and would exacerbate the disruption of family life [...]*». Im Fall vor dem EGMR wurde dem Gesuchsteller weniger als ein halbes Jahr nach seiner Einreise temporärer Schutz gewährt. In Fällen, in denen die vorläufige Aufnahme erst nach einem jahrelangen Asylverfahren gewährt wird, ist daher überaus fraglich, ob der EGMR von der

Verhältnismässigkeit einer zweijährigen Wartefrist ausgehen würde, zumal sich die Trennung der Familie auf weit mehr als zwei Jahre erstrecken würde.⁷

3. Fazit zur Wartefrist in Art. 85c Abs. 1 AIG

Alles in allem spricht die Rechtsprechung des EGMR für eine **gänzliche Abschaffung der Wartefrist auch für vorläufige aufgenommene Personen ohne Flüchtlingseigenschaft und wenn keine Kinder involviert sind**. Die Abschaffung der Wartefrist rechtfertigt sich auch mit Blick auf die Gleichbehandlung verschiedener Bewilligungskategorien: Sogar Personen mit Kurzaufenthaltsbewilligungen dürfen ihre Familienmitglieder leichter in die Schweiz nachziehen (vgl. Art. 45 AIG) als vorläufig aufgenommene Personen, die zum Grossteil langfristig in der Schweiz verweilen.

Die Freiplatzaktion Zürich fordert daher, dass die Wartefrist ganz aus Art. 85c Abs. 1 AIG gestrichen wird.

Sollte eine Wartefrist wider der oben erläuterten und in der Rechtsprechung des EGMR festgehaltenen menschenrechtlichen Bedenken beibehalten werden, muss **mindestens der Verhältnismässigkeitsgrundsatz auf Gesetzesstufe verankert werden**. Dabei muss explizit festgehalten werden, dass jeweils eine Prüfung der individuellen Umstände im Einzelfall (insbesondere der bisherigen Aufenthaltsdauer und der Nachteile der Wartefrist auf die konkrete Situation) erfolgen muss, und zwar unabhängig vom Ablauf der Wartefrist. Die Faktoren für die Verhältnismässigkeitsprüfung bzw. die «besonderen Umstände» müssen dabei mindestens auf Verordnungsstufe klarer definiert werden.

4. Flexibilität bei Nachzugsfristen nötig, was wiederum Verordnungsanpassung bedingt

Gewisse Stimmen sprechen sich für die Beibehaltung einer Wartefrist aus mit der Argumentation, dass aufgrund der schlechteren Chancen von vorläufig aufgenommenen Personen auf dem Arbeitsmarkt die übrigen Voraussetzungen für den Familiennachzug kaum innert der Nachzugsfristen von Art. 74 Abs. 3 VZAE erfüllt werden können (insbesondere die Unabhängigkeit von der Sozialhilfe). Aus der Praxis wissen wir, dass es zahlreiche Fälle gibt, bei denen in den ersten Jahren nach der vorläufigen Aufnahme eine Ablösung von der Sozialhilfe systembedingt unmöglich ist. Diesem Systemfehler, der u.a. mit der Ausgestaltung der vorläufigen Aufnahme als «Ersatzmassnahme» zur Wegweisung und der Diskriminierung vorläufig Aufgenommener auf dem Arbeitsmarkt zusammenhängt⁸, mit einer Wartefrist zu begegnen, ist indes klar der falsche Ansatz: **vielmehr müssten die Nachzugsfristen von Art. 74 Abs. 3 VZAE in der Praxis flexibler gehandhabt werden oder zugunsten einer tatsächlichen Einzelfallbeurteilung gänzlich wegfallen**. Insbesondere die einjährige Nachzugsfrist bei Kindern über 12 Jahren lässt sich im Lichte der EGMR-Rechtsprechung zum Kindwohl (vgl. oben unter 2. b) keinesfalls rechtfertigen. Überdies müssen die Voraussetzungen für den Familiennachzug massiv gelockert werden – insbesondere, was die Unabhängigkeit von der Sozialhilfe betrifft. Es darf nicht sein, dass rein fiskalische Interessen der Wahrnehmung des Rechts auf Achtung des Familienlebens

7 Zum Ganzen: CORINNE REBER, Bundesverwaltungsgericht passt Wartefrist bei Familiennachzug durch vorläufig Aufgenommene an, ASYL 3/2023, S. 29 ff.

8 *Bundesrat*, Bericht «Vorläufige Aufnahme und Schutzbedürftigkeit: Analyse und Handlungsoptionen», 14.10.2016, S. 4: «In Bezug auf die Integration namentlich in den Arbeitsmarkt besteht nach wie vor erhebliches Verbesserungspotenzial. Aktuelle Zahlen zeigen, dass es lange dauert, bis sich vorläufig aufgenommene Personen in den Arbeitsmarkt integrieren können.» und S. 31: «Studien haben zudem ergeben, dass der Status der vorläufigen Aufnahme auf Arbeitgeber oft abschreckend wirkt, da sie davon ausgehen, dass eine solche Person tatsächlich nur vorübergehend in der Schweiz verbleibt.»

entgegenstehen. Nicht zuletzt bei alleinerziehenden, psychisch oder physisch angeschlagenen Personen oder sogenannten «Working Poor» müssen die individuellen Umstände des Einzelfalls stets stärker gewichtet werden.

Die Freiplatzaktion Zürich fordert daher eine Anpassung von Art. 74 Abs. 3 VZAE: entweder müssen die **Nachzugsfristen gänzlich gestrichen** werden zugunsten einer tatsächlichen Einzelfallprüfung, oder es soll mindestens festgehalten werden, dass die Nachzugsfristen in der Praxis flexibel gehandhabt werden müssen unter Einhaltung des Verhältnismässigkeitsprinzips.

Wir danken Ihnen für die Gelegenheit zur Stellungnahme und die Berücksichtigung unserer Anliegen bei der Überarbeitung der Vorlage.

Mit freundlichen Grüssen,



Corinne Reber

MLaw LL.M. Rechtsanwältin, Co-Geschäftsleitung
Freiplatzaktion Zürich / Rechtsarbeit Asyl und Migration