

# Vorläufige Aufnahme

Die Optik der Grundrechte



Regina Kiener  
Andreas Rieder

unter Mitarbeit  
von Valérie Gysi,  
Katja Egger und  
Mathias Kuhn

Gutachten des Instituts  
für öffentliches Recht  
der Universität Bern,  
erstellt im Auftrag  
der Eidgenössischen  
Kommission gegen  
Rassismus (EKR)

September 2003

**ek**<sub>J</sub>  
**cf**<sub>J</sub>

Regina Kiener

Andreas Rieder

unter Mitarbeit von Valérie Gysi, Katja Egger, Mathias Kuhn

# **Vorläufige Aufnahme – Die Optik der Grundrechte**

## *Kurzfassung*

Gutachten des Instituts für öffentliches Recht der Universität Bern,  
erstellt im Auftrag der  
Eidgenössischen Kommission gegen Rassismus (EKR)

Bern, September 2003

## I. *Vorwort*

Bereits vor einiger Zeit haben Private und Nichtregierungsorganisationen das Problem der vorläufigen Aufnahme (Aufenthaltsstatus F) an die EKR herangebracht – mit der Bitte, aufscheinende «Ungerechtigkeiten», Härten und bestehende Vorurteile in der Gesellschaft gegenüber Menschen mit diesem Status zu bekämpfen.

Die EKR nimmt solche Anliegen und Hinweise ernst. Allerdings gehören Fragen, die sich allgemein auf das Ausländerrecht beziehen, nicht zu ihrem Aufgabenbereich. Die EKR ist jedoch beauftragt, Bereiche auszuleuchten, in denen institutionelle Benachteiligung besteht und gesellschaftliche Ausgrenzung gegenüber Menschen anderer Herkunft stattfindet. Es ist ihre Aufgabe, die Mechanismen darzustellen, die sich daraus zu Ungunsten einer gewissen Gruppe ergeben. Insbesondere ist es ihr ein Anliegen, die politische Aufmerksamkeit auf eine Bevölkerungsgruppe von rund 26 000 Menschen mit einer vorläufigen Aufnahme (Status F) zu lenken, die – unter Ausschluss der Wahrnehmung der Bevölkerung – in äusserst schwierigen Verhältnissen in unserem Land leben.

Die soziologisch-politische Studie des Schweizerischen Forums für Migrations- und Bevölkerungsstudien SFM (AutorInnen Kamm, Efionayi-Mäder, Neubauer, Wanner, Zannol) untersucht die Lebenssituation von Menschen mit vorläufiger Aufnahme; sie tut dies im Generellen und am Beispiel von drei Kantonen im Konkreten. Sie zeigt auf, dass die Einschränkungen, denen diese Menschen unterworfen sind, eine Reihe nicht beabsichtigter, bisher aber hingenommener Benachteiligungen nach sich ziehen. Diese bewirken auf längere Zeit einen tiefgreifenden Ausschluss aus der Gesellschaft und verunmöglichen ein normales Familienleben. Diese Studie wurde mit Unterstützung der Eidg. Ausländerkommission (EKA) und der Eidg. Kommission für Flüchtlingsfragen (EKF) erstellt.

Das juristische Gutachten von Regina Kiener und Andreas Rieder, Universitäten Bern und Freiburg, kommt zum Schluss, dass vorläufig Aufgenommene als eine über ihren Aufenthaltsstatus definierte Gruppe nicht zu den vom Diskriminierungsverbot (Art. 8 Abs. 2 BV) geschützten Gruppen gehören. Die grundrechtsrelevanten Einschränkungen im Bereich des Familienlebens, der Arbeit, der Sozialhilfe und der Integration, denen Menschen mit Status F unterworfen sind, lassen sich zwar für eine kurze Dauer rechtfertigen. Bleiben sie aber über einen längeren Zeitraum wirksam, kann dies die ebenfalls in der Bundesverfassung (Art. 7 BV) verankerte grundrechtliche Garantie der Menschenwürde tangieren. Nach Art. 35 BV sind die Behörden verpflichtet, die Grundrechte auf allen Ebenen zu verwirklichen.

Was möchte die EKR mit diesen beiden Studien bewirken? Sie stellt sie der öffentlichen Debatte zur Verfügung, insbesondere dem Parlament, das in nächster Zeit über die Asylgesetzrevision berät. Die EKR möchte die Bemühungen des Gesetzgebers unterstützen, den Status der vorläufigen Aufnahme zu verbessern, den Betroffenen echte Integrationsmöglichkeiten zu bieten und damit auch ihnen ein menschenwürdiges Dasein in unserer Gesellschaft zu ermöglichen. Mit Befriedigung hat die EKR davon Kenntnis genommen, dass mit einer neuen Integrationsverordnung (VIntA) zukünftig auch Menschen mit Aufenthalt F in den Genuss von Integrationsmassnahmen kommen sollen. Damit wäre ein Postulat erfüllt, welches sich aus der hier präsentierten Forschung ergibt.

Georg Kreis

Präsident der Eidg. Kommission gegen Rassismus (EKR)

## ZUSAMMENFASSUNG DER ERGEBNISSE UND WÜRDIGUNG

### II. Ausgangslage: Die vorläufige Aufnahme

Die vorläufige Aufnahme („Bewilligung F“) umschreibt den besonderen Status jener Ausländerinnen und Ausländer, deren Aus- oder Wegweisung aus der Schweiz nicht möglich, nicht zulässig oder nicht zumutbar ist. Darüber können jene Asylsuchenden vorläufig aufgenommen werden, deren Gesuch nach vier Jahren noch nicht entschieden ist und die durch die Wegweisung in eine schwerwiegende persönliche Notlage geraten würden.

Die vorläufige Aufnahme wird gegenüber *zwei Gruppen* von Ausländerinnen und Ausländern angeordnet: Erstens gegenüber Personen, welche nicht als Flüchtlinge gelten, zweitens gegenüber Personen, welche als Flüchtlinge im Sinn der Genfer Flüchtlingskonvention anerkannt sind, jedoch aufgrund von Asylausschlussgründen kein Asyl erhalten. Gemeinsam ist den Angehörigen dieser Gruppen, dass es sich um Personen handelt, die über keinen besonderen ausländerrechtlichen Status verfügen. Unterschiede bestehen zwischen den beiden Gruppen insofern, als sich vorläufig aufgenommene Flüchtlinge auf die Flüchtlingskonvention berufen können; im Ergebnis ist damit in zahlreichen Lebensbereichen eine rechtliche Besserstellung verbunden.

Die *Rechte und Pflichten* der vorläufig Aufgenommenen sind in der einschlägigen ausländerrechtlichen Gesetzgebung (ANAG, Asylgesetz) und in den entsprechenden Verordnungen geregelt. Zu beachten sind überdies die Sonderregeln gemäss Genfer Flüchtlingskonvention; diese finden allerdings nur auf vorläufig aufgenommene Flüchtlinge Anwendung. Mit der vorläufigen Aufnahme sind Beschränkungen verbunden, welche die Betroffenen in zahlreichen Lebensbereichen berühren. Diese Beschränkungen werden in der Studie des Forums für Migrations- und Bevölkerungsstudien („Aufgenommen, aber ausgeschlossen? Die vorläufige Aufnahme in der Schweiz“) im Einzelnen dargestellt. Sie betreffen im Wesentlichen Fragen des Aufenthaltsortes, der Ausweis-papire, des Familiennachzugs, der Erwerbstätigkeit und der sozialen Sicherheit; dazu behandelt die Studie auch Fragen der Integration. Im Rechtsgutachten werden die entsprechenden Befunde aus einer verfassungsrechtlichen Optik gewürdigt.

### III. Befund: Grundsätzliche Grundrechtskonformität

Obwohl die vorläufige Aufnahme die Betroffenen in zahlreichen Lebensbereichen und dort teilweise erheblich berührt, erweist sich die rechtliche Regelung mit Blick auf die justiziablen Gehalte der einschlägigen Ansprüche *grundsätzlich als grundrechtskonform*. Dies gilt nicht nur mit Blick auf die spezifischen Grundrechtsgarantien, sondern auch in Bezug auf die verschiedenen Ausprägungen des *Rechtsgleichheitsgebots*: Vorläufig aufgenommene Ausländerinnen und Ausländer sind keine Gruppe, die durch das *Diskriminierungsverbot* von Art. 8 Abs. 2 BV geschützt werden; an diesem Status anknüpfende Ungleichbehandlungen sind daher nicht am Diskriminierungsverbot zu messen. Auch ist nicht ersichtlich, dass die Regelung der vorläufigen Aufnahme auf eine Ungleichbehandlung einer spezifisch gegen Diskriminierung geschützten Gruppe hinauslaufen würde; eine indirekte Diskriminierung liegt mit anderen Worten nicht vor. Der sich aus dem *allgemeinen Gleichheitssatz* (Art. 8 Abs. 1 BV) ergebende Anspruch auf sachliche Differenzierungen ist gewahrt, da die beschränkte Dauer, auf welche die vorläufige Aufnahme angelegt ist, die in Frage stehenden Ungleichbehandlungen zu rechtfertigen vermag.

Die aufgrund der Flüchtlingskonvention bestehenden Sonderregeln für vorläufig aufgenommene *Flüchtlinge* sind – soweit ersichtlich – durch die innerstaatliche Regelung umgesetzt worden.

#### 1. Besondere Lebensbereiche

Fragt man nach der Grundrechtskonformität der Regelung in besonderen Lebensbereichen, so ergibt sich mit Blick auf die justiziablen Grundrechtsgehalte folgendes Bild:

##### *a. Niederlassung*

Vorläufig aufgenommene Ausländer werden nach einem Verteilschlüssel auf die Kantone verteilt, ein Kantonswechsel untersteht der *Bewilligungspflicht*. Vorläufig Aufgenommene können ihren Aufenthaltsort nur im Gebiet des bisherigen oder des zugewiesenen *Kantons* frei wählen. Damit kommt den vorläufig Aufgenommenen grundsätzlich *keine umfassende Freiheit der Niederlassung* in der Schweiz zu. Darüber hinaus werden vorläufig aufgenommene Ausländer durch diese Regelung (in unterschiedlichem Mass) *anders behandelt* als andere Kategorien von Ausländerinnen und Ausländer. Diese Regelungen erweisen sich jedoch grundsätzlich als grundrechtskonform:

- Vorläufig Aufgenommene fallen nicht unter den persönlichen Schutzbereich der Niederlassungsfreiheit gemäss Art. 24 BV; die einschlägigen Garantien des internationalen Rechts wurden von der Schweiz nicht oder nur mit einem Vorbehalt ratifiziert. Eine *Sonderregelung* gilt für vorläufig aufgenommene *Flüchtlinge* aufgrund der Flüchtlingskonvention.
- Die örtliche Beschränkung der F-Bewilligung und die Restriktionen beim Kantonswechsel begründen keine rechtsungleiche Behandlung, da sie am sachlichen Kriterium der Anwesenheitsdauer und der Verbundenheit mit der Schweiz anknüpfen.

#### *b. Grenzübertritt*

Auslandreisen mit ungehinderter Rückkehr in die Schweiz sind den vorläufig Aufgenommenen grundsätzlich nicht möglich; immerhin erhalten sie *in Ausnahmefällen* – insbesondere bei dringenden Familienangelegenheiten – einen Identitätsausweis, der zu Auslandreisen berechtigt. Diese Regelung erweist sich als grundrechtskonform:

- Vorläufig Aufgenommene haben von vornherein keinen grundrechtlich geschützten Anspruch auf Wiedereinreise, da sie nicht unter den persönlichen Schutzbereich der einschlägigen Grundrechte (insbesondere: Art. 24 BV) fallen. Eine *Ausnahme* gilt auch hier für vorläufig aufgenommene *Flüchtlinge*.
- Ein Anspruch auf Wiedereinreise besteht nur für Personen mit einer privilegierten Rechtstellung, nicht jedoch für vorläufig Aufgenommene und andere Ausländerinnen und Ausländer ohne besondere Verbundenheit mit der Schweiz. Die Nähe der Beziehung zur Schweiz ist ein sachliches Kriterium für eine Ungleichbehandlung. Eine Verletzung des Gleichheitssatzes liegt daher nicht vor.

#### *c. Familienleben*

Vorläufig Aufgenommene können Familienangehörige grundsätzlich *nicht* in die Schweiz *nachziehen*. Eine *Ausnahme* besteht dann, wenn die Fremdenpolizeibehörde *vorgängig* eine *Aufenthaltsbewilligung* erteilt *und* die übrigen Voraussetzungen der BVO betreffend Wohnsituation, verfügbaren Mitteln und Kinderbetreuung erfüllt sind. Selbst dann besteht aber kein Rechtsanspruch auf Familiennachzug; der Entscheid über den Familiennachzug liegt immer noch im *Er-messen* der Bewilligungsbehörde.

- Nach Massgabe der bundesgerichtlichen Rechtsprechung können sich Ausländerinnen und Ausländer nur dann auf den grundrechtlichen Schutz des Familienlebens (Art. 13 Abs. 1 BV; Art. 8 EMRK) berufen, wenn die in der Schweiz lebenden nahen Verwandten über ein gefestigtes Anwesenheits-

recht verfügen. Vorläufig Aufgenommenen kommt kein entsprechendes Anwesenheitsrecht zu; in der Folge besteht auch kein grundrechtlicher Anspruch auf Familiennachzug. Dieser Zustand erscheint aus der Optik der Grundrechte als *bedenklich*, weil die Gehalte des Schutzes des Familienlebens zu wenig zum Tragen kommen; mit *zunehmender Aufenthaltsdauer* wird diese Einschränkung verstärkt.

- Die Möglichkeit und die Modalitäten des Familiennachzugs bestimmen sich im schweizerischen Recht nach der Beziehungsnähe einer Person zur Schweiz. Da eine enge Beziehung zur Schweiz bei der auf kurze Dauer angelegten vorläufig Aufnahme grundsätzlich nicht gegeben ist, lässt sich der Ausschluss des Familiennachzugs für vorläufig Aufgenommene sachlich rechtfertigen. Ein Verstoß gegen das Rechtsgleichheitsgebot liegt nicht vor.

#### *d. Berufstätigkeit*

Gemäss den einschlägigen ausländerrechtlichen Bestimmungen (Asylgesetz, ANAG, BVO, VVWA) besteht für vorläufig Aufgenommene *kein Arbeitsverbot*; ihnen steht folglich grundsätzlich das *Recht* zu, einer Erwerbstätigkeit nachzugehen. Allerdings bestehen gewisse, teilweise weit reichende Einschränkungen, die sich zudem je nach Status der vorläufig Aufgenommenen (Flüchtlingseigenschaft) unterscheiden. Auch diese Einschränkungen erweisen sich grundsätzlich als grundrechtskonform:

- Vorläufig Aufgenommene befinden sich aufgrund ihres besonderen aufenthaltsrechtlichen Status nicht im persönlichen Schutzbereich der Wirtschaftsfreiheit (Art. 27 BV). Dem internationalen Menschenrechtsschutz lassen sich keine zusätzlichen Garantien entnehmen. Vorläufig aufgenommene *Flüchtlinge* geniessen den Schutz der wirtschaftlichen Rechte, wie er sich aus der Flüchtlingskonvention ergibt.
- Die Regelung der Erwerbstätigkeit der vorläufig Aufgenommenen hält vor dem allgemeinen Gleichheitssatz grundsätzlich stand. Sie fügt sich konsequent und sachlich in ein Arbeitsmarktsystem ein, das Personen mit engen Beziehungen zur Schweiz bzw. zum schweizerischen Arbeitsmarkt privilegiert.

#### *e. Bildung*

Rund 45% der vorläufig Aufgenommenen sind Jugendliche oder Kinder unter 20 Jahren. Die vorläufige Aufnahme hat Auswirkungen auf die Bildungsmöglichkeiten der Betroffenen. Die Regelungen der vorläufigen Aufnahme sind jedoch grundsätzlich grundrechtskonform:



- Es besteht kein Anzeichen dafür, dass der Anspruch auf genügenden Grundschulunterricht (Art. 19 BV; Art. 13 UNO Pakt I) für vorläufig aufgenommene Kinder in verfassungswidriger Weise eingeschränkt wird.
- Der Zugang zur Berufs- und Hochschulbildung ist in der Schweiz grundrechtlich nicht geschützt. Bundesverfassung, EMRK und UNO Pakt II enthalten keine entsprechenden justiziablen Garantien. Die einschlägigen Garantien in UNO Pakt I vermitteln nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts keine justiziablen Ansprüche, auf die sich Einzelne berufen können. Damit besteht für vorläufig Aufgenommene kein justiziabler grundrechtlicher Schutz des Zugangs zur nachobligatorischen Bildung.
- Für eine rechtsungleiche Behandlung von vorläufig Aufgenommenen im Bildungsbereich bestehen keine Hinweise. Solange Beschränkungen beim Zugang zur nachobligatorischen Bildung von kurzer Dauer wären, liessen sie sich sachlich rechtfertigen, da sich die Situation der vorläufig Aufgenommenen in diesem Fall wesentlich von derjenigen von Personen unterscheidet, die sich länger in der Schweiz aufhalten.

#### *f. Sozialhilfe*

Bei Hilfsbedürftigkeit benötigen vorläufig aufgenommene Ausländerinnen und Ausländer Sozialhilfe. Entsprechende Leistungen werden unter gewissen Einschränkungen erbracht.

- Die Regelung der Sozialhilfe steht nicht in einem grundsätzlichen Widerspruch zum in Art. 12 BV gewährleisteten Recht auf Hilfe in Notlagen. Die Beurteilung der Verfassungskonformität kann allerdings nicht in genereller Weise erfolgen; ob die staatlichen Leistungen das für ein menschenwürdiges Dasein unerlässliche Mindestmass erreichen, muss im konkreten Einzelfall beurteilt werden.
- Verfassungsrechtliche Bedenken gegenüber der geltenden Fürsorgepraxis entstehen insofern, als die Pauschalentschädigungen, die der Bund für die vorläufig Aufgenommenen erbringt, zu einer dem Einzelfall kaum Rechnung tragenden Schematisierung der Sozialhilfeleistungen durch die Kantone führen. Zudem sind die im Vergleich zur übrigen fürsorgebedürftigen Bevölkerung geringeren Unterstützungsleistungen an vorläufig Aufgenommene (Ausnahme: vorläufig aufgenommene Flüchtlinge) insbesondere bei längerer Aufenthaltsdauer kaum mehr mit dem Anspruch auf Gleichbehandlung vereinbar.

### *g. Integrationsmassnahmen*

Integrationsmassnahmen sind für Personen mit einer F-Bewilligung im geltenden Recht *nicht vorgesehen*. In den Genuss von Integrationsmassnahmen können nach der Verordnung über die Integration von Ausländerinnen und Ausländern (VIntA) nur Personen mit einer dauerhaften Aufenthalts- oder Niederlassungsbewilligung kommen. Für vorläufig Aufgenommene finanziert der Bund jedoch zusammen mit den Kantonen Beschäftigungsprogramme, die zwar nicht primär auf Integration ausgerichtet sind, die aber den vorläufig Aufgenommenen ermöglichen sollen, ihren Aufenthalt in der Schweiz gewinnbringend zu gestalten.

Der Ausschluss von Integrationsmassnahmen erscheint bei kurzem Aufenthalt als sachlich gerechtfertigt; entsprechende Ungleichbehandlungen stellen deshalb keine Verfassungsverletzung dar. Bei länger dauerndem Aufenthalt lässt sich ein Ausschluss der vorläufig Aufgenommenen von staatlichen Integrationsmassnahmen hingegen kaum mehr sachlich rechtfertigen. Insofern erscheinen gesetzliche Regelungen, die dem besonderen Umstand der faktisch längerfristigen Anwesenheit nicht Rechnung tragen, in Bezug auf den allgemeinen Gleichheitssatz problematisch.

### *h. Umwandlung der F-Bewilligung in eine Aufenthaltsbewilligung*

Die Kantone haben die Möglichkeit, vorläufig Aufgenommenen gestützt auf Art. 13 lit. f BVO eine Aufenthaltsbewilligung zu erteilen. Die Studie weist darauf hin, dass die Kantone von dieser Möglichkeit in unterschiedlichem Mass Gebrauch machen.

Der allgemeine Gleichheitssatz gewährleistet der Rechtsprechung zufolge keine Gleichbehandlung über die Kantonsgrenzen hinweg. Die ungleiche Praxis der Kantone erscheint daher zulässig. Allerdings würde eine umfassende Verwirklichung des Rechtsgleichheitsgebots (Art. 35 Abs. 2 BV, Art. 8 BV) den Gesetzgeber insofern ansprechen, als diese Ungleichheiten in der kantonalen Praxis abzubauen sind.

## **IV. Relativierungen**

Diese Befunde sind jedoch in verschiedener Hinsicht zu relativieren. Im Vordergrund stehen die von Verfassung wegen bestehende Pflicht aller staatlichen Behörden zur umfassenden Verwirklichung der Grundrechte.

## 1. *Umfassende Verwirklichung der Grundrechte*

### *a. Ausgangslage*

Grundrechte schützen in erster Linie subjektive Ansprüche. Gleichzeitig ist den Grundrechten – wie es Art. 35 BV ausdrücklich verlangt – ebenso ein Auftrag an den Staat zu entnehmen, für die tatsächliche Verwirklichung der Grundrechte im Gemeinwesen zu sorgen. Grundrechte müssen daher in der gesamten Rechtsordnung zur Geltung kommen. Damit haben Grundrechte auch die Funktion von objektiven Gestaltungsprinzipien, an denen sich die gesamte staatliche Tätigkeit auszurichten hat. Grundrechte beeinflussen mithin auch die Rechtsetzung und die Rechtsanwendung: So ist der Gesetzgeber aufgerufen, eine grundrechtskonforme Rechtsordnung zu gestalten. Die rechtsanwendenden Behörden erhalten aus den Grundrechten Interpretationsrichtlinien für die Anwendung der einfachgesetzlichen Rechtsnormen. Die Gerichte schliesslich kontrollieren das Verhalten der Staatsorgane immer auch am Massstab der Grundrechte.

### *b. Umsetzung*

Mit Blick auf die Situation der vorläufig Aufgenommenen tragen verschiedene Massnahmen zur umfassenden Verwirklichung der Grundrechte bei. Sie drängen sich insbesondere mit Blick auf jene vorläufig Aufgenommenen auf, welche seit Jahren in der Schweiz leben und/oder aller Voraussicht nach lange Zeit in der Schweiz bleiben werden.

Art. 35 BV nimmt die *rechtsanwendenden Behörden*, insbesondere auch das Bundesgericht in die Pflicht:

- Mit Blick auf den umfassenden *Schutz des Familienlebens* (Art. 13 Abs. 1 BV, Art. 8 EMRK) ist dem Umstand Rechnung zu tragen, dass vorläufig Aufgenommene unter Umständen während Jahren von ihren Familienangehörigen getrennt bleiben. Diese Situation akzentuiert sich, wenn den Betroffenen nicht zugemutet werden kann, die Schweiz zu verlassen und ins Land ihrer Angehörigen auszureisen. Hier erweist sich die bundesgerichtliche Rechtsprechung, die einen Familiennachzug an das Vorhandensein einer Aufenthaltsbewilligung knüpft, als *zu eng*; eine umfassende Verwirklichung der Grundrechte würde bedeuten, dass das Bundesgericht den besonderen Umständen des Einzelfalls Rechnung trägt und seine Rechtsprechung insofern relativiert, als unter Umständen der Familiennachzug auch dann erlaubt wird, wenn die Betroffenen nicht über eine Aufenthaltsbewilligung verfügen.

- Gleich lässt sich bezüglich der anderen Grundrechte argumentieren, soweit der *persönliche Schutzbereich* auf Personen mit einem Anwesenheitsanspruch beschränkt ist (insbesondere: Wirtschaftsfreiheit); hier wäre dem Umstand eines länger dauerndem, faktisch gefestigten Aufenthalts vermehrt Rechnung zu tragen.
- Entsprechende Überlegungen sind auch bei der Konkretisierung des *Rechtsgleichheitsgebots* zu machen, indem der besonderen Situation von längerfristig in der Schweiz anwesenden vorläufig Aufgenommenen Rechnung zu tragen ist: Je länger der Aufenthalt von vorläufig Aufgenommenen andauert, um so mehr besteht ein faktisch gefestigter Aufenthalt, und um so mehr tritt der Aufenthaltswitzweck als sachliches Differenzierungsmerkmal in den Hintergrund.

Die Pflicht zur umfassenden Verwirklichung der Grundrechte spricht auch die *Vollzugsbehörden* an:

- Art. 35 BV verpflichtet auch jene Behörden, die über die *Erteilung von Aufenthaltsbewilligungen* entscheiden. Sie haben bei ihrer Entscheidung – mehr als dies heute der Fall ist – insbesondere die Gehalte des Grundrechts auf Familienleben zu berücksichtigen.
- Generell ist bei der Erteilung von *Bewilligungen* (insbesondere: zur Ausübung einer wirtschaftlichen Tätigkeit, aber auch zum Grenzübertritt) dem Gehalt der einschlägigen Grundrechte vermehrt Rechnung zu tragen.
- Bei der Ausrichtung von *staatlichen Leistungen* (insbesondere: Fürsorge, Integrationsmassnahmen) haben die Vollzugsbehörden die Gehalte des *Rechtsgleichheitsgebots* zu beachten, d.h. die besondere Situation von längerfristig anwesenden vorläufig Aufgenommenen bei der Ausrichtung und Bemessung von Leistungen zu berücksichtigen.

Schliesslich verpflichtet Art. 35 BV auch den *Gesetzgeber*: Die Verwirklichung der Grundrechte ist auch bei der Rechtsetzung zu beachten.

- Mit Blick auf den *Schutz des Familienlebens* besteht – unbesehen des ausländerrechtlichen Status des Einzelnen – ein Anspruch darauf, nicht unverhältnismässig lange von der Familie getrennt zu leben. Vor diesem Hintergrund erscheint die gesetzliche Einräumung eines Rechts auf Familiennachzug bei länger dauerndem Aufenthalt als *verfassungsrechtlich geboten*. Nach welcher *Zeitdauer* eine Trennung von der Familie dem Einzelnen nicht mehr zumutbar ist, lässt sich der Verfassung jedoch nicht eindeutig entnehmen; dieser Frage hat sich der Gesetzgeber anzunehmen.
- Entsprechende Forderungen ergeben sich auch mit Blick auf die anderen in Frage stehenden Grundrechte. Der Gesetzgeber hat vermehrt der Tatsache Rechnung zu tragen, dass sich vorläufig Aufgenommene in der Regel jahre-

lang in der Schweiz aufhalten. Vor diesem Hintergrund erweisen sich Regeln, die für einen kurzfristigen Aufenthalt durchaus sachgerecht sind, bei länger dauerndem Aufenthalt als grundrechtlich problematisch. Dies gilt beispielsweise für den Ausschluss vorläufig Aufgenommener von Integrationsmassnahmen oder für die restriktive Regelung der Erwerbstätigkeit.

## 2. *Länger dauernde Anwesenheit*

Die vorläufige Aufnahme ist nach Sinn und Zweck als *vorläufige* Massnahme konzipiert. Vor diesem Hintergrund erweisen sich die rechtlichen Regeln zu den einzelnen Sachbereichen grundsätzlich als sachlich gerechtfertigt und grundrechtskonform.

Allerdings halten sich die meisten der vorläufig Aufgenommenen mehrere Jahre in der Schweiz auf. *Mit zunehmender Aufenthaltsdauer* kann die *Verfassungskonformität* einer - ursprünglich nicht zu beanstandenden Regelung - nun aber *fraglich werden*. Je länger der Aufenthalt dauert, umso problematischer sind Sonderregelungen für vorläufig Aufgenommene. Nach einer gewissen Aufenthaltsdauer erscheint ihre Anwesenheit in der Schweiz als faktisch gefestigt. Ab diesem Zeitpunkt entspricht die rechtliche Form (Status der vorläufigen Aufnahme) nicht mehr den faktischen Gegebenheiten (faktisch gefestigter Aufenthalt). Dies hat Auswirkungen auf die verfassungsrechtliche Betrachtungsweise der vorläufigen Aufnahme:

- Die beschränkte Zeitdauer des Aufenthalts von vorläufig Aufgenommenen bildet einen *sachlichen Grund* und damit eine verfassungsrechtliche Rechtfertigung für eine *Ungleichbehandlung*. Mit zunehmender Aufenthaltsdauer tritt dieses Argument nun aber in den Hintergrund, mit der Zeit entfällt es gänzlich. Angesichts dieser Umstände ist zumindest eine Anpassung an die für Aufenthalter geltenden Regeln grundrechtlich geboten.
- Mit Blick auf die übrigen Grundrechte (insbesondere: Recht auf Familienleben oder Wirtschaftsfreiheit) erscheint eine Beschränkung der einschlägigen Rechte dem Einzelnen für eine begrenzte Zeitdauer zumutbar; nach Ablauf mehrerer Jahre sind solche Beschränkungen für den Einzelnen aber nicht mehr annehmbar. Zudem muss man sich fragen, ob der aufenthaltsrechtliche Status nach Ablauf einer bestimmten Zeitdauer überhaupt noch ein öffentliches Interesse darstellt, das den Grundrechtsinteressen des Einzelnen vorgeht.

Mit zunehmender Aufenthaltsdauer verstärkt sich aber nicht nur das Gewicht der privaten Interessen; parallel erhalten auch andere öffentliche Interessen Bedeutung, insbesondere jenes der *Integration*. Die gesetzliche Regelung der vor-

läufigen Aufnahme beschränkt die Integrationsmöglichkeiten der Betroffenen; eine fehlende Integration der vorläufig Aufgenommenen in die Gesellschaft hat auch soziale und ökonomische Kosten zur Folge. Gleichzeitig ist die Integration der ausländischen Bevölkerung als staatliche Aufgabe anerkannt. Vor diesem Hintergrund stellt sich die Frage der *Kohärenz der Bundespolitik* mit einiger Dringlichkeit.

### 3. *Beeinträchtigung in zahlreichen Lebensbereichen*

#### *a. Ausgangslage*

Durch die Regelung der vorläufigen Aufnahme werden die Betroffenen in elementaren, persönlichkeitsnahen Lebensbereichen eingeschränkt: Sie haben keinen Rechtsanspruch auf ein Familienleben, es bestehen verschiedene Restriktionen in der Erwerbstätigkeit, sie können sich in der Schweiz nicht frei niederlassen, dürfen Auslandsreisen nur ausnahmsweise unternehmen und sind von staatlichen Integrationsmassnahmen ausgeschlossen.

Diese Regelungen sind *isoliert betrachtet* verfassungsrechtlich haltbar, wenn sie – der gesetzlichen Konzeption entsprechend – nur für eine kurze Zeitdauer wirken. Werden diese Massnahmen *kombiniert*, bewirken sie eine wesentliche Beschränkung der Persönlichkeitsentfaltung, die aber wiederum – wenn nur kurzfristig wirksam – aus einer verfassungsrechtlichen Optik vertretbar erscheint. Dies ändert aber nichts daran, dass auch die kurzfristig wirksame Kombination von Einschränkungen insofern problematisch sein kann, als Beeinträchtigungen in bestimmten Lebensbereichen Auswirkungen auf andere Bereiche zeitigen:

- So haben Beschränkungen in der Erwerbstätigkeit Auswirkungen auf die Möglichkeit des Familiennachzugs, da für den Erhalt einer Aufenthaltsbewilligung B unter anderem ein gesichertes Einkommen und eine angemessene Wohnung vorausgesetzt sind.
- Eine Familientrennung begründet in der Regel psychische Belastungen, die wiederum Schwierigkeiten bei der Wohnungssuche, am Arbeitsplatz etc. ergeben, und dadurch auch die Integration erschweren.

Besonders problematisch erscheint die *Kombination* der verschiedenen, persönlichkeitsbezogenen Einschränkungen, wenn sie auf *lange Dauer* wirkt. Personen werden dann durch staatliche Massnahmen in einem transitorischen Zustand behalten. Dadurch werden ihre Lebenschancen in einer Art und Weise beeinträchtigt, dass letztlich ein menschenwürdiges Leben in Frage steht. Diese Massnahmen wirken zudem nicht nur während der Dauer der vorläufigen Aufnahme, sondern auch darüber hinaus:

- Dies zeigt sich eindringlich mit Blick auf die Ausbildung und das Erwerbsleben der Betroffenen: Auch wer zu einem späteren Zeitpunkt ins Ausland zurückkehrt oder einen gesicherten Aufenthaltsstatus in der Schweiz erhält, wird nach Jahren der Arbeitslosigkeit oder Beschäftigung in Niedriglohnbranchen kaum mehr in seinem angestammten Beruf tätig sein können.
- Gleiches gilt für das Familienleben; es entspricht allgemeiner Lebenserfahrung, dass Beziehungen durch gelebtes Zusammensein genährt werden müssen, sollen sie nicht verkümmern. Eine über Jahre dauernde Trennung von den Angehörigen führt zu einer Entfremdung, die im Regelfall kaum je rückgängig gemacht werden kann.

*b. Relevanz für das Diskriminierungsverbot?*

Vor diesem Hintergrund muss man sich fragen, ob der Status der vorläufigen Aufnahme aufgrund der damit einhergehenden Beschränkungen jedenfalls bei länger dauerndem Aufenthalt die Betroffenen in einer Art und Weise ausgrenzt, die sie zur *geschützten Gruppe* im Sinn von Art. 8 Abs. 2 BV werden und damit unter den Schutzbereich des *Diskriminierungsverbots* fallen lässt.

In der Tat lässt sich nicht bestreiten, dass die Kombination von Beschränkungen in zentralen Lebensbereichen zu einer *Ausgrenzung* der Betroffenen führen kann, die nicht nur von ihnen selber als *herabwürdigend* empfunden wird. Gleichwohl fallen die Betroffenen *nicht* unter das Diskriminierungsverbot:

Vorab ist festzuhalten, dass eine soziale, als „Diskriminierung“ empfundene Ausgrenzung und Marginalisierung einer bestimmten Gruppe nicht notwendigerweise auch eine Diskriminierung im rechtlichen Sinn darstellt.

- Eine rechtliche Diskriminierung nimmt wesentlich die *historische Erfahrung einer systematischen Ausgrenzung* auf. Dieses Element lässt sich mit Blick auf die vorläufig Aufgenommenen vorderhand nicht feststellen.
- Das Diskriminierungsverbot richtet sich seiner Struktur nach gegen Ausgrenzungen, die an *besonders persönlichkeitsnahe* und deshalb besonders identitätsstiftende Merkmale anknüpfen (Hautfarbe, Geschlecht, etc.). Demgegenüber stellt die vorläufige Aufnahme einen *rechtlichen* Status dar; eine besondere Persönlichkeitsnähe, wie sie als Anknüpfungspunkt für eine Diskriminierung verlangt ist, geht damit nicht per se einher.

#### **4. Betrachtung im Licht der Menschenwürde**

Obwohl die Sonderregeln für vorläufig Aufgenommene auch bei lange dauerndem Aufenthalt keine Diskriminierung im Rechtssinn begründen, werden die

Betroffenen in zentralen Aspekten ihrer Würde und Persönlichkeit betroffen. Es stellt sich die Frage, ob sich aus der grundrechtlichen Garantie der *Menschenwürde* (Art. 7 BV) zusätzliche Aspekte für die vorliegende Problematik ergeben.

Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung hat die Garantie der Menschenwürde „die Bedeutung eines Leitsatzes für jegliche staatliche Tätigkeit, bildet als innerster Kern zugleich die Grundlage der Freiheitsrechte und dient daher zu deren Auslegung und Konkretisierung. In der Doktrin wird die neue Verfassungsbestimmung denn auch als oberstes Konstitutionsprinzip, als Auf-fanggrundrecht sowie als Richtlinie für die Auslegung von Grundrechten bezeichnet (...). Darüber hinausgehend wird der Menschenwürde für besondere Konstellationen ein eigenständiger Gehalt zugeschrieben. Inhaltlich weist Art. 7 BV mit all den denkbaren Erscheinungsformen einen offenen Gehalt auf und entzieht sich einer abschliessenden positiven Festlegung“ (BGE 127 I 6, E5b S. 14).

Im vorliegenden Zusammenhang ist vor allem die *programmatische* Ebene der Menschenwürde angesprochen. Dabei sind nicht nur die einzelnen in Frage stehenden Grundrechte (auch) im Lichte der Menschenwürde zu betrachten. Darüber hinaus verlangt die Konkretisierung der Menschenwürde eine *ganzheitliche Betrachtung* der Lebenssituation von vorläufig Aufgenommenen. Die Menschenwürde verlangt, dass jedem Menschen ein Minimum an Entfaltungsmöglichkeiten zugestanden wird; führt eine rechtliche Regelung im Ergebnis dazu, dass die Lebenschancen des Einzelnen in zentraler Weise beeinträchtigt werden, wird ein menschenwürdiges Leben in Frage gestellt. Als Kriterium kann die Frage dienen, ob damit Menschen einer Situation ausgesetzt werden, welche niemand sich selber zumuten möchte. Ob die Ausgestaltung der vorläufigen Aufnahme diesem Massstab auch dann gerecht wird, wenn sich der Aufenthalt über Jahre hinzieht, erscheint fraglich. Der justiziable Gehalt der Menschenwürde ist allerdings zu wenig konkret gefasst, um hier konkrete Forderungen abzuleiten. Auf der programmatischen Ebene verpflichtet die Verfassung (Art. 35 BV) jedoch alle staatlichen Behörden, die Gehalte der Menschenwürde in der Rechtsordnung zu verwirklichen.



## **Vorläufige Aufnahme – Die Optik der Grundrechte**

Regina Kiener und Andreas Rieder  
unter Mitarbeit von Valérie Gysi, Katja Egger, Mathias Kuhn

Gutachten des Instituts für öffentliches Recht der Universität Bern, erstellt im Auftrag der Eidgenössischen Kommission gegen Rassismus (EKR)

© EKR/CFR 2003

Herausgeber	Eidgenössische Kommission gegen Rassismus (EKR) GS EDI, 3003 Bern Koordination: Doris Angst Yilmaz
Grafische Gestaltung	Monique Kummer, Unterägeri
Übersetzungen	Marie-Claude Arneberg, Chantal Froehlich (Französisch) Lorenzo Lafranchi, Adriano Bazzocco, Tiziano Giabardo (Italienisch) Stephen Frost, Corinne Dill, Kenneth MacKenzie (Englisch)
Internetversion	<a href="http://www.ekr-cfr.ch/d/publikationen.htm">http://www.ekr-cfr.ch/d/publikationen.htm</a>
Bestellung eines ausgedruckten Exemplars	Sekretariat EKR, GS-EDI, 3003 Bern Tel. 031 324 12 93; Fax 031 322 44 <a href="mailto:ekr-cfr@gs-edi.admin.ch">ekr-cfr@gs-edi.admin.ch</a> <a href="http://www.ekr-cfr.ch">http://www.ekr-cfr.ch</a>
Preis	Vollständige Studie (106 Seiten): CHF 10.– Kurzfassung (16 Seiten): CHF 5.–