

Bern, 1. Oktober 2007

Die neue Härtefall-Regelung

Empfehlungen der Schweizerischen Flüchtlingshilfe SFH

Seit dem 1. Januar 2007 sind die Kantone gemäss dem neuen Asylgesetz für die Prüfung von Härtefällen im Asylbereich zuständig. Rund 22'000 Personen erfüllen im Jahr 2007 das formelle Erfordernis eines mindestens fünfjährigen Aufenthaltes und könnten als Härtefälle geprüft werden. Auf der Grundlage einer aktuellen rechtlichen [Analyse](#)¹ hat die SFH Empfehlungen für die Umsetzung der Regel erarbeitet. Damit möchte sie zu einer fairen und rechtsgleichen Umsetzung der neuen Gesetze beitragen.

1 Ausgangslage

Die Härtefall-Regelung kann im Asylbereich auf Personen angewendet werden, deren Rückkehr aufgrund der besonders erfolgreichen Integration in die schweizerische Gesellschaft eine schwerwiegende, persönliche Notlage bedeuten würde. Erforderlich ist eine den Behörden bekannte Anwesenheit von mindestens fünf Jahren. Die Erteilung einer Härtefallbewilligung (Aufenthaltsbewilligung, Ausweis B) ist während eines hängigen Asylverfahrens oder nach rechtskräftigem Abschluss eines Verfahrens möglich.

Die gesetzlichen Grundlagen sind seit dem 1. Januar 2007 der Artikel [14 Abs. 2 f. AsylG](#), der [Art. 33 AsylIV1](#) und die Asylweisungen [52.1](#) und [52.4.7.](#) des BFM. Bei der Auslegung ist zudem auf die Rechtsprechung der bisherigen Asylrekurskommission, des Bundesverwaltungsgerichts und des Bundesgerichts abzustellen.

Für vorläufig Aufgenommene sieht [Art. 14b al. 3bis ANAG](#) (Art. 84 Abs. 5 AuG i.V.m. Art. 30 Abs. 1 lit. b AuG) vor, dass die Kantone Gesuche um Erteilung einer Bewilligung nach fünf Jahren Aufenthalt unter Berücksichtigung der Integration, der familiären Verhältnisse und der Zumutbarkeit einer Rückkehr in den Herkunftsstaat vertieft prüfen.

Ab dem 1. Januar 2008 können die Kantone Personen mit Nichteintretens- oder negativem Entscheid von der Sozialhilfe ausschliessen. Gemäss Übergangsbestimmung zum AsylG erhalten die Kantone für bereits vor Inkrafttreten dieser Regelung rechtskräftig gewordene negative Entscheide vom Bund eine einmalige Pauschale von CHF 15'000.–.

¹ Die neue Härtefallregelung, rechtliche Analyse, Yann Golay, SFH, Rechtsdienst, Bern, 18. Mai 2007, www.osar.ch/2007/05/18/070518_hc_recommendation.

2 Zu den materiellen Voraussetzungen

1. Die materiellen Kriterien sind in **Gesetz, Verordnung und Weisung abschliessend** festgehalten. Für die Kantone gibt es keinen Spielraum für die Berücksichtigung weiterer, gesetzlich nicht vorgesehener, einschränkender Kriterien (z.B. längere Aufenthaltsdauer, zusätzliche materielle Kriterien usw.).
2. **Der besonderen Situation von Asylsuchenden, vorläufig aufgenommenen Personen und vorläufig aufgenommenen Flüchtlingen ist Rechnung zu tragen:**
 - Im Gegensatz zu anderen AusländerInnen sind Asylsuchende gezwungen, die Beziehungen zu ihrem Herkunftsstaat abzubrechen, weshalb ihre Reintegration oft nur unter erschwerten Bedingungen möglich ist.
 - Anders als im übrigen Ausländerbereich gilt eine formelle Frist von fünf Jahren, bevor Härtefälle überhaupt geprüft werden können. Daraus ist umgekehrt eine Vermutung abzuleiten, dass der Gesetzgeber nach Ablauf von fünf Jahren die Kriterien für eher erfüllt erachtet und eine Prüfung erwartet.
 - Für Asylsuchende, abgewiesene Asylsuchende und vorläufig Aufgenommene gelten oder galten verschiedene Einschränkungen im Hinblick auf die Erwerbstätigkeit, Sozialhilfe, Integrationsförderung, Mobilität usw. Diese müssen fair und angemessen berücksichtigt werden und dürfen den Betroffenen nicht vorgeworfen werden.
3. **Ungleichbehandlungen** innerhalb der Kantone und zwischen den Kantonen sollten mit Rücksicht auf das verfassungsmässige Gebot der Gleichbehandlung möglichst **vermieden werden**.
4. Die **Gesamtheit der konkreten Umstände des Einzelfalles** sollen berücksichtigt werden, ohne in abstrakter Weise auf zu schematische Kriterien oder starre Anforderungen abzustellen. Die Kriterien des persönlichen Härtefalles sind mit der nötigen Kulanz anzuwenden. Nach Art. 33 Abs. 1 lit. f AsylV1 ist ausdrücklich auch die Möglichkeit der Wiedereingliederung im Herkunftsstaat zu prüfen. Nach Art. 14b Abs. 3bis ANAG (Art. 84 Abs. 5 AuG) wird auch die **Beurteilung der Zumutbarkeit der Rückkehr in den Herkunftsstaat** verlangt. Im Rahmen einer Gesamtwürdigung sind z.B. auch gesundheitliche Probleme zu berücksichtigen, die für sich allein betrachtet weder für die Annahme der Unzumutbarkeit des Wegweisungsvollzugs noch für das Vorliegen eines Härtefalles ausreichend wären (EMARK 2006/Nr. 13, 2002/Nr. 3, 2002/Nr. 2).
5. Betreffen Gesuche ganze Familien, so sollte **neben der gesamtfamiliären Situation die Lage der Familienmitglieder einzeln berücksichtigt werden**. Eine allenfalls ungenügende Integration eines Familienmitglieds darf den anderen nicht zum Nachteil gereichen. Das Kindeswohl und die Integration von Kindern sind vorrangig zu beachten. Auch wenn erst ein Familienmitglied das formelle Kriterium eines fünfjährigen Aufenthaltes erfüllt, ist die Gesamtsituation der Familie zu berücksichtigen.
6. **Je länger ein Aufenthalt gedauert hat, desto tiefere Anforderungen sind an die übrigen Kriterien** zu stellen (BGE 124 II 110). Zur Gesamtdauer des Auf-

enthaltet ist auch eine nicht regelkonforme Anwesenheit zu rechnen, sofern den zuständigen Behörden der Aufenthaltsort bekannt war.

7. Die **wirtschaftliche Situation** von Antragsstellenden ist zurückhaltend und unter Beachtung der rechtlichen oder tatsächlichen Einschränkungen zu berücksichtigen. Die finanzielle Selbstständigkeit soll nicht als unüberwindbare Bedingung zur Anerkennung eines Härtefalles gelten. Einzubeziehen sind dagegen auch der Wille zur Teilnahme am Wirtschaftsleben, die Teilnahme an Beschäftigungs- und Ausbildungsprogrammen sowie die rechtlichen und tatsächlichen Einschränkungen der Erwerbstätigkeit.
8. Auch Bemühungen der **sozialen und gesellschaftlichen Integration**, z.B. freiwilliges Engagement, Vernetzung im Quartier, Vereinstätigkeit, Bekanntschaften usw., sollten gewürdigt werden.
9. Zur **Beurteilung der Respektierung der geltenden Rechtsordnung** wird auf die bisherige Rechtsprechung der ARK zu Art. 14a Abs. 6 ANAG verwiesen (EMARK 2004/Nr. 39 mit Verweis auf EMARK 2003/Nr. 3 und EMARK 1995 Nr. 10 und 11). Demnach ist eine Güterabwägung unter Berücksichtigung des Verhältnismässigkeitsprinzips vorzunehmen. Massgeblich sind Handlungen, welche eine schwerwiegende Gefährdung oder Verletzung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung darstellen. Ein illegaler Aufenthalt kann für sich allein genommen kein Grund für die Ablehnung einer Härtefallbewilligung sein, zumal Art. 14 Abs. 2 lit. b AsylG lediglich einen Aufenthalt verlangt, der den Behörden bekannt war.
10. Nach Art. 33 Abs. 2 AsylV1 müssen Gesuchstellende ihre **Identität offen legen**. Weder das Asyl- noch das Ausländergesetz nennen dieses Kriterium ausdrücklich. Es können nur vernünftigerweise zumutbare Anstrengungen verlangt werden. Insbesondere ist das Verbot der Kontaktnahme mit den Behörden des Heimatstaates für Asylsuchende während des Asylverfahrens zu berücksichtigen. Vorläufig aufgenommene, anerkannte Flüchtlinge ihrerseits verlieren in der Regel ihren Status, wenn sie mit den Behörden des Heimatstaates in Kontakt treten. Das unentschuldigte Fehlen von Papieren wird bereits im Rahmen des Asylverfahrens geprüft und sollte nicht zu weiteren Sanktionen führen.
11. Wurde bereits eine vorläufige Aufnahme wegen schwerwiegender persönlicher Notlage nach Art. 44 Abs. 3 ff. aAsylG angeordnet, so ist vermutungsweise von der Erfüllung der Härtefall-Kriterien auszugehen.

3 Verfahrensfragen

12. Personen, die potenziell eine Härtefall-Prüfung beantragen könnten, sollten von Amtes wegen mit **Merkblättern** über das Verfahren und die Kriterien informiert werden. Die SFH und regionale Hilfsstellen können dafür um Unterstützung angefragt werden.
13. Für das Stellen von Härtefall-Anträgen sollten **Formulare** im Sinne der Vorlage des BFM in Anhang 1 der Asylweisung 52.1 «Weisung zum Asylgesetz über die Regelung des Aufenthaltes von Personen aus dem Asylbereich» eingesetzt wer-

den. Nach Artikel 14 Abs. 3 AsylG melden die Kantone dem BFM unverzüglich, wenn sie von der Härtefall-Regel Gebrauch machen.

14. Für die Prüfung von Härtefällen bei vorläufig Aufgenommenen sollte ein **vereinfachtes Verfahren** angeboten werden. Dies gilt auch für Personen, die bereits länger als acht Jahre in der Schweiz leben.
15. Auch wenn Art. 14 Abs. 2 AsylG als «Kann»-Bestimmung formuliert ist, haben die Kantone ihren **Ermessensspielraum pflichtgemäss und unter Berücksichtigung der verfassungsmässigen Prinzipien** (Rechtssicherheit, Rechtsgleichheit, Willkürverbot, Handeln nach Treu und Glauben) anzuwenden. Zudem kann aus dem **Anspruch auf Beachtung der persönlichen Freiheit nach Art. 8 EMRK** aufgrund einer langen Anwesenheitsdauer ein Anwesenheitsrecht abgeleitet werden (vgl. dazu die Urteile des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte: Case of Sisojeva and others v. Latvia, Application no. 60654/00, Urteil vom 16. Juni 2005).
16. Vor der Ablehnung eines Härtefall-Gesuches ist den Antragstellenden im Rahmen der **Gewährung des rechtlichen Gehörs** die Möglichkeit zu geben, zur Aktenlage und der Beurteilung durch die Behörden Stellung zu nehmen.
17. Gestützt auf die Rechtsweg-Garantie von Art. 29a Bundesverfassung sollte auch **innerhalb der Kantone ein Beschwerdeweg** bei Ablehnung von Härtefall-Gesuchen vorgesehen werden.
18. Es sollten **kantonale Härtefall-Kommissionen** eingesetzt werden, in die neben der Vertretung der kantonalen und kommunalen Verwaltung weitere ExpertInnen aus dem Integrationsbereich, insbesondere Hilfswerke und Kirchen, Einsitz nehmen können. Diese Kommissionen sollten einerseits allgemeine Weisungen und Empfehlungen erarbeiten und andererseits Stellungnahmen zu konkreten Einzelfällen abgeben können.
