

Die neue Härtefallregelung

Rechtliche Analyse

Yann Golay, Rechtsdienst

Weyermannstrasse 10
Postfach 8154
CH-3001 Bern

Für Paketpost:
Weyermannstrasse 10
CH-3008 Bern

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

info@osar.ch
www.osar.ch

PC-Konto
30-16741-4
Spencienkonto
PC 30-1085-7

18. Mai 2007



Impressum

HERAUSGEBERIN

 Schweizerische Flüchtlingshilfe SFH
Postfach 8154, 3001 Bern
Tel. 031 / 370 75 75
Fax 031 / 370 75 00
E-Mail: INFO@ osar.ch
Internet: www.osar.ch
PC: 30-1085-7

AUTOR

Yann Golay, SFH-Rechtsdienst

ÜBERSETZUNG

Bernadette Widmer, SFH-Rechtsdienst


SPRACHVERSIONEN

deutsch, französisch

PREIS

gratis

COPYRIGHT

© 2007  Schweizerische Flüchtlingshilfe Bern
Kopieren und Abdruck unter Quellenangabe erlaubt.

Inhaltsverzeichnis

1	Einleitung	1
2	Betroffener Personenkreis	2
2.1	Im Allgemeinen	2
2.2	Prüfungsmöglichkeit für Asylsuchende, die sich noch im Verfahren befinden oder abgewiesen wurden.....	2
2.3	Pflicht zur Prüfung von Härtefällen von Personen mit vorläufiger Aufnahme	3
3	Anerkennungskriterien	3
3.1	Allgemeines	3
3.2	Berücksichtigung der Gesamtumstände des Einzelfalles	5
3.3	Nicht abschliessende Auflistung der Anerkennungskriterien	5
3.4	Nachweis der Identität.....	6
3.5	Dauer des Aufenthaltes.....	7
3.6	Aufenthaltsort abgewiesener Asylsuchender	8
3.7	Mittellosigkeit und Erwerb	9
3.8	Kombination von Elementen der unzumutbaren Wegweisung und der fortgeschrittenen Integration.....	9
3.9	Gesundheitszustand.....	10
3.10	Situation von Familien und Kindern	11
4	Kantonale Expertenkommission für die Härtefallprüfung	12
5	Verfahrensrechtliche Aspekte	13
5.1	Prinzip des beschleunigten des Verfahrens.....	13
5.2	Vereinfachtes Verfahren.....	13
5.3	Periodische Überprüfung.....	14
5.4	Behördliche Informationspflicht.....	14
5.5	Formulare und Informationsbroschüren.....	14
5.6	Rechtsmittel.....	15
5.6.1	Auf kantonaler Ebene	15
5.6.2	Auf Bundesebene	16
6	Schlussfolgerung	17
7	Abkürzungsverzeichnis	18

1 Einleitung

Am 1. Januar 2007 trat die neue Härtefallregelung in Kraft, welche im Rahmen des revidierten Asylgesetzes vom 16. Dezember 2005 Eingang gefunden hatte und in der Volksabstimmung vom 24. September 2006 bestätigt wurde.

Die neue Regelung konkretisiert einen Vorschlag der Kommission der Staatspolitischen Kommission des Ständerates und wurde eingebracht, als die Überprüfung der Revision schon weit fortgeschritten war. Der Vorschlag wurde vom Ständerat am 17. März 2005 und vom Nationalrat am 26. September 2005 gutgeheissen.¹

Seit dem 1. Januar 2007 sind die Kantone für die Prüfung von potentiellen Härtefalldossiers zuständig. Bis dahin lag dies in der alleinigen Bundeskompetenz. Wird eine Person als Härtefall anerkannt, erhält sie die Aufenthaltsbewilligung (Ausweis B). Insbesondere muss bei dieser Prüfung die soziale Integration, das gesetzeskonforme Verhalten, die Einschulung der Kinder, die Anwesenheitsdauer in der Schweiz, der Gesundheitszustand sowie die Möglichkeit der Reintegration im Heimatland berücksichtigt werden. Jedoch ist abschliessend die Gesamtheit der Umstände der jeweiligen Situation massgebend. Der Bundesrat stützt sich auf die Rechtsprechung des Bundesgerichtes (BGer) und der ehemaligen Asylrekurskommission (ARK).

Die neue Regelung entspricht in Wirklichkeit grösstenteils jener, welche vor dem 1. Oktober 1999 in Kraft war und im Rahmen der Totalrevision vom 26. Juni 1998 fallengelassen wurde. Im Unterschied zur damaligen Regelung sind nun auch abgewiesene Asylsuchende einer Härtefallprüfung zugänglich. Dies wurde von mehreren Kantonen gewünscht.

Am 13. November 2006 befanden sich 1'721 Asylsuchende, welche vor dem 31. Dezember 2001 in die Schweiz gelangten, noch im hängigen Verfahren. 2'846 Asylsuchende, die vor diesem Datum in die Schweiz reisten, waren zwar abgewiesen worden, hielten sich aber noch immer in unserem Land auf, während 17'357 im Genuss einer vorläufigen Aufnahme waren. Am Stichtag des 1. Januars 2007 befinden sich insgesamt 17'000 vorläufig aufgenommene Asylsuchende in der Schweiz. Abgesehen von mehr als 500 unbegleiteten Minderjährigen sind die Hälfte davon Frauen. Ein grosser Teil dieser Personen sind gut integriert und erfüllen daher die Bedingungen einer humanitären Aufenthaltsbewilligung i.S.v. von Art. 14 Abs. 2 bis 4 des revidierten Bundesgesetzes über das Asyl (AsylG) vom 16. Dezember 2005.

Das vorliegende Dokument hat zum Ziel, die gesetzliche Regelung des Härtefalles in asylrechtlicher Hinsicht zu analysieren sowie nützliche Empfehlungen zu formulieren, welche den Asylsuchenden aber auch den mit der Umsetzung der neuen Härtefallregelung beauftragten Behörde dienen sollen.

¹ Amtliches Bulletin – Ständerat – Frühlingssession 2005 – dreizehnte Sitzung – 17.03.05 – 02.060; Amtliches Bulletin – Nationalrat – Herbstsession 2005 – sechste Sitzung – 26.09.05 – 02.060.

2 Betroffener Personenkreis

2.1 Im Allgemeinen

Die neue Regelung hält den Personenkreis weit, welcher in den Genuss einer Aufenthaltsbewilligung B kommen kann: «Der Kanton kann mit Zustimmung des Bundesamtes einer ihm nach diesem Gesetz zugewiesenen Person eine Aufenthaltsbewilligung erteilen» (Art. 14 Abs. 2 AsylG).

Dadurch sind betroffen:

- Asylsuchende, deren Verfahren noch nicht abgeschlossen ist, sei es, weil das BFM ihr Asylgesuch noch nicht definitiv entschieden hat oder sei es, weil sie Beschwerde beim BVGer eingelegt haben.
- Asylsuchende, welche in Anwendung von Art. 44 Abs. 2 AsylG, Art. 14a ANAG und dem altrechtlichen Art. 44 Abs. 3 aAsylG eine vorläufige Aufnahme erhalten haben, da ihrer Wegweisung Hindernisse entgegenstehen.
- Abgewiesene Asylsuchende, denen ein rechtskräftiger Nichteintretentscheid oder ein materieller negativer Asylentscheid eröffnet worden ist.

2.2 Prüfungsmöglichkeit für Asylsuchende, die sich noch im Verfahren befinden oder abgewiesen wurden

Art. 14 Abs. 2 AsylG ermöglicht den Kantonen zu prüfen, ob ein schwerwiegender persönlicher Härtefall vorliegt: «Der Kanton kann mit Zustimmung des Bundesamtes einer ihm nach diesem Gesetz zugewiesenen Person eine Aufenthaltsbewilligung erteilen (...).»

Die aktuelle Weisung des BFM Asyl 52.4.07 «zur Praxis bei der Anwesenheitsregelung von ausländischen Personen in schwerwiegenden persönlichen Härtefällen» unterstreicht in Punkt 3 ausdrücklich, «dass künftig bei ausländischen Personen nicht nur bei hängigem, sondern auch bei abgeschlossenem Asylverfahren das Vorliegen eines Härtefalls geprüft werden kann.»

Selbst wenn das Asylverfahren der betroffenen Person noch nicht abgeschlossen ist, kann dennoch die Überprüfung eines eventuellen Härtefalles durchgeführt werden, ohne dass das Asylgesuch vorgängig zurückgezogen bzw. das Asylverfahren eingestellt werden müsste.

Obwohl das Gesetz den Kantonen lediglich die simple Möglichkeit zu reagieren einräumt, bedeutet dies nicht, dass sie untätig bleiben dürfen, sollte ein allfälliger Härtefall bestehen: Sie müssten dies sofort dem BFM melden (Art. 14 Abs. 3 AsylG).

Im Weiteren gelten auch hier die grundrechtlichen Bestimmungen, welche die Postestativbestimmung (Kann-Vorschrift) in Art. 14 Abs. 2 AsylG einschränken. Insbesondere geht es hier um das Vertrauensprinzip, das den Behörden verbietet zum Nachteil des Betroffenen zu handeln, weil dieser nicht in Kenntnis seiner rechtlichen

Möglichkeiten ist oder sein kann.² Das Prinzip der Gleichbehandlung verlangt, dass die Kantone die neue Regelung auf alle betroffenen Personen gleich anwenden.

Im Übrigen hat der europäische Gerichtshof für Menschenrechte in einem neuerlichen Urteil entschieden, dass der Schutz des Privatlebens gemäss Art. 8 der europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK) verbiete, dass Personen, die sich bereits stark integriert haben, weiterhin im Ungewissen belassen werden; dieses Recht räumt ihnen eine stabile Aufenthaltsbewilligung ein.³

Schliesslich basiert die neue Härtefallregelung auf mehrfachem Wunsch der Kantone:⁴ Sobald die Anwendungsbedingungen erstellt sind, obliegt es den Kantonen, die neue Härtefallregelung anzuwenden.

2.3 Pflicht zur Prüfung von Härtefällen von Personen mit vorläufiger Aufnahme

Es ist nun vorgesehen dass «Gesuche um Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung von vorläufig aufgenommenen AusländerInnen, die sich seit mehr als fünf Jahren in der Schweiz aufhalten, unter Berücksichtigung der Integration, der familiären Verhältnisse und der Zumutbarkeit einer Rückkehr in das Herkunftsland vertieft geprüft [werden]» (Art. 14b Abs. 3bis ANAG, welcher im Rahmen der Revision vom 16. Dezember 2005 übernommen wurde; Hervorhebung durch den Autor). Somit haben die Kantone die Aufgabe, eingehend zu prüfen, ob eventuell ein Härtefall besteht, wenn der/die vorläufig Aufgenommene/r nach fünf Jahren Aufenthalt in der Schweiz ein Härtefallgesuch stellt.

3 Anerkennungskriterien

3.1 Allgemeines

Die Erteilung einer humanitären B-Bewilligung ist nach Art. 14 Abs. 2 AsylG an folgende Bedingungen geknüpft:

- Der/die Betroffene befindet sich seit der Einreichung des Asylgesuches mindestens fünf Jahre in der Schweiz;
- Der Aufenthaltsort des/der Betroffenen war den Behörden immer bekannt;
- Es handelt sich um einen Härtefall, der durch die selbständige Integration des/der Betroffenen hervorgerufen wurde.

Gemäss ständiger Rechtsprechung des BGer, besteht ein Härtefall, wenn die Lebens- und Daseinsbedingungen des/der Betroffenen gemessen am durchschnittli-

² Blaise KNAPP, Précis de droit administratif, Helbing & Lichtenhahn, Bâle, 4ème éd., 1991, p. 111.

³ Urteil des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte vom 16 Juni 2005 in Sachen Sisojeva *et al.* contre la Lettonie, Eingabe n° 60654/00, Erwägungen 99ss.

⁴ Amtliches Bulletin – Ständerat – Frühlingssession 2005 – dreizehnte Sitzung – 02.060; Amtliches Bulletin – Nationalrat – Herbstsession 2005 – sechste Sitzung – 02.060.

chen Schicksal eines/r Ausländers/in in gesteigertem Masse in Frage gestellt werden müssten. Das heisst, dass die Verweigerung, die betroffene Person von den Höchstzahlen auszunehmen, schwere Nachteile für den/die Betroffenen zur Folge hätte.⁵

Art. 33 AsylV1 verlangt, dass «für die Beurteilung eines schwerwiegenden persönlichen Härtefalls nach Artikel 14 Absatz 2 Buchstabe c des Gesetzes insbesondere zu berücksichtigen [sind]:

- die soziale Integration der Gesuchstellerinnen und Gesuchsteller [«Sprache, Arbeitswille, Wille zum Erwerb von Bildung, Teilnahme am Vereinsleben», so präzisiert in Ziff. 3.2 der Asylweisung 52.1];
- die Respektierung der geltenden Rechtsordnung in der Schweiz [«klagloses Verhalten, guter Leumund, keine erheblichen oder wiederholten strafrechtlichen Verurteilungen» führt Ziff. 3.2 der Asylweisung 52.1 weiter aus];
- der Zeitpunkt und die Dauer der Einschulung der Kinder [«Zeitpunkt, Dauer, Leistungen, Verhalten» sind relevante Anhaltspunkte gemäss Ziff. 3.2 der Asylweisung 52.1, wobei die letzten zwei Punkte Anlass zur Kritik an der bundesrätlichen Verordnung geben];
- die Dauer der Anwesenheit in der Schweiz;
- der Gesundheitszustand;
- die «Möglichkeiten für eine Wiedereingliederung im Herkunftsstaat.»⁶

Das Bundesgericht erachtet die Berücksichtigung der Eigenheiten der Situation der Asylsuchenden als gerechtfertigt: Sie sind gezwungen, den Kontakt zu ihrem Heimatland abubrechen und kommen oft aus einem sozio-kulturellen Umfeld, welches sich von demjenigen der Schweiz sehr unterscheidet. Dies bringt in erhöhtem Masse Anpassungsschwierigkeiten mit sich.⁷ Gelingt es ihnen, diese zu überwinden und sich zu integrieren, stehen sie bei einer Wegweisung vor einer erneuten Entwurzelung. Dies stellt eine viel grössere Härte dar, als für andere Ausländer.

Im Allgemeinen kommt jener Zeit, die man als Jugendliche/r und junge/r Erwachsene/r in der Schweiz verbringt, besondere Bedeutung zu.⁸

⁵ BGE 130 II 39, E. 4; BGE 128 II 200, E. 4; BGE 124 II 110, E. 2; BGE 123 II 125, E. 2; BGE 119 IB 33, E. 4c; BGE 117 IB 317, E. 4b.

⁶ Es ist zu begrüssen, dass auch dieser Punkt im Rahmen der Härtefallprüfung Berücksichtigung finden muss. Manche Experten hielten für künstlich dessen Berücksichtigung ausschliesslich unter dem Blickwinkel der Unzumutbarkeit des Wegweisungsvollzuges von Art. 14a Abs. 4 ANAG: Vgl. Alberto ACHERMANN, ASYL 96/1, S. 30; Alberto ACHERMANN, Härtefälle vor Bundesgericht – Bundesgerichtliche Härte, ASYL 93/3, S. 55. Dies erlaubt, die Verbindung der Elemente der unzumutbaren Wegweisung mit jenen der Integration weiterhin zu verfolgen (s. weiter unten).

⁷ BGE 123 II 125, E. 3.

⁸ EMARK 2001 Nr. 25, Erw. 6c.

3.2 Berücksichtigung der Gesamtumstände des Einzelfalles

Die Härtefallprüfung im Bereich des Asyls muss sich an die Rechtsprechung des BGer zu den Härtefällen im Ausländerrecht halten.⁹ Diesbezüglich hat das BGer mehrmals festgehalten, dass bei der Beurteilung einer schwerwiegenden persönlichen Notlage die Gesamtumstände des Einzelfalles zu berücksichtigen sind.¹⁰ Eine Überprüfung, welche die Situation nur teilweise erfasst oder auf einen Aspekt fokussiert ist, ist nicht zulässig. Die ARK hat dies bestätigt¹¹ und die Notwendigkeit einer flexiblen Anwendung der Kriterien der persönlichen Notlage unterstrichen.¹²

Die individuelle Überprüfung, ob sich ein/e AusländerIn in einer persönlichen Notlage befindet, muss von Fall zu Fall durchgeführt werden: Schematische Kriterien festzulegen oder strenge Minimalanforderungen aufzustellen geht an der notwendigerweise geforderten Einzelfallprüfung vorbei. Denn jede individuelle Situation birgt ihre zu berücksichtigenden Eigenheiten.¹³

3.3 Nicht abschliessende Auflistung der Anerkennungskriterien

Das Wort «insbesondere», welches in Art. 33 Abs. 1 AsylV1 verwendet wird verdeutlicht, dass die Bedingungen, unter welchen eine humanitäre B-Bewilligung erteilt werden kann, nicht abschliessend sind.¹⁴ Es ist daher denkbar, dass eine schwerwiegende persönliche Notlage durch andere als die aufgeführten Elemente verursacht werden kann.¹⁵

Dagegen ist es den Kantonen aber nicht gestattet, weitergehende Beschränkungen, als jene in Art. 14 Abs. 2 und 4 AsylG und Art. 33 AsylV1, einzuführen. Diese Bestimmungen delegieren die Prüfungskompetenz an die Kantone. Diese prüfen, ob die Voraussetzungen erfüllt sind und teilen dem BFM ihre Zustimmung mit. Jedoch dürfen sie nicht (zuungunsten) von diesen Bestimmungen abweichen. Insbesondere dürfen die Kantone nicht die finanzielle Unabhängigkeit der Betroffenen als Voraussetzung aufstellen, da gerade diese Bedingung nicht im Gesetz festgehalten wurde. Würde dies trotzdem getan, wäre dies eine Verletzung des Legalitätsprinzips.¹⁶

Somit haben die Kantone die Aufgabe, die durch die Asylgesetzgebung und deren Verordnungen aufgestellten Kriterien zu würdigen und im Einzelfall anzuwenden, ohne aber die Liste der Kriterien zu vergrössern. Die detaillierten Kriterienkataloge

⁹ EMARK 2001 Nr. 10, E. 6c; Botschaft zur Totalrevision des Asylgesetzes sowie zur Änderung des Bundesgesetzes über Aufenthalt und Niederlassung der Ausländer, BBl 1996 II 1, 95.088, S. 27ff. und 61ff.

¹⁰ BGE 130 II 39, E. 4; BGE 128 II 200, E. 4; BGE 124 II 110, E. 2; BGE 123 II 125, E. 2; BGE 119 IB 33, E. 4c; BGE 117 IB 317, E. 4b.

¹¹ EMARK 2001 Nr. 26, E. 4e; EMARK 2001 Nr. 10, E. 6c und d.

¹² EMARK 2001 Nr. 10, E. 6d.

¹³ BGE 130 II 39; BGE 128 II 200; EMARK 2001 Nr. 10 und 26; BGE 124 II 110; BGE 123 II 125; BGE 119 IB 33; ALAIN WURZBURGER, La jurisprudence récente du Tribunal fédéral en matière de police des étrangers, Stämpfli, Berne, 1997, S. 23ff. EMARK 2001 Nr. 10, E. 6 und 7.

¹⁴ EMARK 2001 Nr. 26, E. 4e – datierend vom 1. Mai 2001: bereits die damals aktuelle Version von Art. 33 AsylV1 enthielt das Adverb «insbesondere», wie nun auch die geltende Fassung.

¹⁵ EMARK 2001 Nr. 10, E. 6 und 7; EMARK 2001 Nr. 26, E. 4e.

¹⁶ BLAISE KNAPP, Précis de droit administratif, Helbing & Lichtenhahn, Bâle, 4ème éd., 1991, S. 99.

in Ziff. 3.2 und 3.3 der Asylweisung 52.1 des BFM «über die Regelung des Aufenthaltes von Personen aus dem Asylbereich» und Ziff. 3 des Rundschreibens 52.4.7 des BFM «zur Praxis bei der Anwesenheitsregelung von ausländischen Personen in schwerwiegenden persönlichen Härtefällen» kommen den Kantonen bei dieser Aufgabe zu Hilfe.

Beinhaltet die «Kantonalisierung» der Härtefallprüfung das Risiko der Ungleichbehandlung? Tatsächlich war jene Härtefallregelung vor dem 1. Oktober 1999 materiell vergleichbar mit derjenigen, die seit dem 1. Januar 2007 in Kraft ist. Der Bundesrat ging damals davon aus, dass die alte Regelung durchaus zu Ungleichbehandlungen führen konnte und auch Schwierigkeiten in der Koordination mit anderen fremdenpolizeilichen Verfahren barg.¹⁷

Das Risiko von erheblichen Ungleichbehandlungen entsteht je nach Zuweisung von Asylsuchenden an die Kantone. Dass diese einen sehr heterogenen Gebrauch der Reglementierung vom 21. Dezember 2001 (EJPD «Kreisschreiben Metzler») gemacht haben, zeigt sich am Vergleich der Kantone Waadt und Zürich: Während der Kanton Waadt vom 21. Dezember 2001 bis zum 18. Juni 2004 bei 1784 Personen von der Möglichkeit gebrauch machte, die Situation illegal Anwesender, insbesondere abgewiesener Asylsuchender, zu regulieren, zum Schluss kam, dass ein Härtefall vorliege, kam im Kanton ZH in derselben Zeitspanne gerade mal eine Person in den Genuss einer humanitären Bewilligung.¹⁸

Die Ungleichbehandlung als Beschwerdegrund hat bis anhin nur wenige Chancen in einem konkreten Fall von einer Rekursinstanz überprüft zu werden: Obwohl häufig gerügt, besteht das Problem für das BGer darin, dass zwei individuelle Situationen selten wirklich vergleichbar seien.¹⁹

3.4 Nachweis der Identität

Art. 33 AsylV1 unterstreicht, dass «die Gesuchstellerinnen und Gesuchsteller ihre Identität offen legen [müssen].»

Daher ist es angebracht zu verdeutlichen, dass:

- es den Asylsuchenden verboten ist, während dem Asylverfahren mit ihrem Heimatland in Kontakt zu treten. Ein solcher Kontakt wird so ausgelegt, dass der Schutz, um welcher in der Schweiz mit einem Asylgesuch nachgesucht worden ist, nicht mehr benötigt wird.²⁰ Um beiden Ansprüchen gerecht zu werden, scheint es gerechtfertigt, Zeugenaussagen, beglaubigte Kopien von Identitätspapieren, Geburtsurkunden, militärische Papiere oder ähnliche Dokumente für den Identitätsnachweis anzuerkennen.

¹⁷ Botschaft des Bundesrates vom 4. Dezember 1995 Botschaft zur Totalrevision des Asylgesetzes sowie zur Änderung des Bundesgesetzes über Aufenthalt und Niederlassung der Ausländer, BBl 1996 II 1, 95.088, S. 27ff. und 61ff.; vgl. auch BGE 128 II 200 (203); so auch ALBERTO ACHERMANN, Härtefälle vor Bundesgericht – Bundesgerichtliche Härte, ASYL 93/3, S. 54.

¹⁸ Anhang Nr. 20 zum interdepartementalen Bericht zur illegalen Migration vom 23 juin 2004 (IMES, BFF, fedpol und Grenzwachtkorps).

¹⁹ ALAIN WURZBURGER, La jurisprudence récente du Tribunal fédéral en matière de police des étrangers, Stämpfli, Berne, 1997, S. 26.

²⁰ EMARK 2001 Nr. 3, Erw. 3b, was anerkannte Flüchtlinge anbelangt.

- Art. 5 Abs. 4 der Vollziehungsverordnung zum Bundesgesetz über Aufenthalt und Niederlassung der Ausländer (ANAV) verlangt, dass die Ausländer im **Genuss ihrer Nationalitätsbescheinigung** bleiben oder, sich um die Beschaffung von Ausweispapieren bemühen – dies allerdings nur soweit es ihnen zuzumuten ist.
- Das AsylG verpflichtet die Asylsuchenden bereits jetzt ihre Identität nachzuweisen. Verhalten, welches dieser Verpflichtung ungenügend nachkommt, wird mit einem Nichteintretensentscheid sanktioniert und zuungunsten der Glaubwürdigkeit der angebrachten Asylmotive interpretiert.

3.5 Dauer des Aufenthaltes

Gemäss Art. 14 Abs. 2 lit. a AsylG kann eine humanitäre Aufenthaltsbewilligung erteilt werden, «wenn die betroffene Person sich seit Einreichung des Asylgesuches mindestens fünf Jahre in der Schweiz aufhält.»

Der Ablauf dieser Frist ist eine unumgehbare Voraussetzung, welche in Bezug auf andere Ausländerkategorien eine Ungleichbehandlung darstellt, die nur schwerlich gerechtfertigt werden kann. Umgekehrt jedoch resultiert aus dieser Frist eine starke Vermutung, dass nach deren Ablauf ein Härtefall besteht.

Das Rundschreiben 52.4.7 des BFM erinnert in Ziff. 2.2.1 daran, dass «die Dauer des Aufenthaltes somit nur ein – wenn auch wichtiges – Element [ist], welches es bei der Beurteilung eines Härtefalls zu berücksichtigen gilt.»

Weiter wird im Rundschreiben 52.4.7 ausgeführt, dass «eine lange Anwesenheitsdauer für sich allein indessen nicht für die Annahme eines Härtefalls [genügt].» Sodann gehe auch das Bundesgericht in seiner Rechtsprechung davon aus, «dass bei einem 10-jährigen Aufenthalt die Anforderungen an die Bedeutung der übrigen Kriterien (Integration, familiäre Verhältnisse etc.) herabgesetzt sind, sofern sich die ausländische Person tadellos verhalten hat und finanziell unabhängig sowie sozial und beruflich gut integriert ist (BGE 124 II 110). In anderen Fällen hat das Bundesgericht bei Einzelpersonen auch nach einer verhältnismässig kurzen Anwesenheit von fünf Jahren das Vorliegen eines Härtefalls bejaht, weil aufgrund der konkreten persönlichen Situation eine schwere Notlage gegeben war (z.B. unveröff. BGE vom 31. März 1994 i.S. N., wiedergegeben in ASYL 2000/2, S. 8).»

Richtigerweise ruft Ziff. 2.2.1 des Rundschreibens 52.4.7 des BFM in Erinnerung, dass gemäss der Rechtsprechung, Personen, die niemals in der Schweiz wohnhaft waren, nicht von vornherein von der Erteilung einer humanitären B-Bewilligung ausgeschlossen sind (BGE 119 Ib 33).

Sollte nur ein Elternteil die verlangte Dauer von fünf Jahren erfüllen, damit eine Prüfung der schwerwiegenden persönlichen Notlage angehoben werden kann, so kann die familiäre Gesamtsituation dennoch in die Härtefallprüfung einbezogen werden.²¹

²¹ EMARK 2002 Nr. 4, E. 5d ff.

Auf welchen Zeitpunkt soll diese Frist angesetzt werden, wenn jemand nach einander zwei oder gar mehrere Asylgesuche eingereicht hat? Ziff. 2.2.1 des Rundschreibens 52.4.7 des BFM gibt hier die klare Anweisung, dass «die Gesamtdauer des Aufenthaltes ein wichtiges Kriterium bei der Frage der Anerkennung von Härtefällen [bildet].» Konsequenterweise bedeutet dies, dass das Datum des ersten Asylgesuches massgeblich ist.

3.6 Aufenthaltsort abgewiesener Asylsuchender

Art. 14 Abs. 3 lit. b AsylG stellt die Bedingung auf, dass «der Aufenthaltsort der betroffenen Person den Behörden immer bekannt war.» Diese Voraussetzung zu erfüllen, ist für abgewiesene Asylsuchende oder Personen mit einem Nichteintretensentscheid mit Schwierigkeiten verbunden: Ab dem 1. Januar 2008 sind die Kantone gehalten, diese Personen von der Sozialhilfe auszuschliessen.²² Diese Massnahme zielt darauf ab, Druck auf abgewiesene Asylsuchende auszuüben und wird schliesslich eine beachtliche Anzahl Betroffene in die Illegalität stossen. Im Weiteren beschränken viele Kantone die Nothilfe auch in zeitlicher Hinsicht.²³

Ziff. 2.2.5 des Rundschreibens 52.4.7 des BFM präzisiert dennoch: «Haben die mit dem Vollzug des Ausländerrechts betrauten Behörden (Gemeinden und Kantone) die illegale Anwesenheit bisher stillschweigend toleriert, ist dies zu Gunsten der Gesuchsteller zu berücksichtigen.»

In gleicher Weise kommt auch das BGer zum Ergebnis, dass das Versäumnis, die Wegweisung zu vollziehen, zugunsten der Asylsuchenden berücksichtigt werden muss.²⁴

Im Weiteren ist festzuhalten, dass die Konferenz der kantonalen Sozialdirektoren und Sozialdirektorinnen (SODK) den Kantonen empfiehlt, Kindern von Asylsuchenden mit einem Nichteintretensentscheid, den Zugang zur Schule zu gewährleisten.²⁵

Diese Überlagerung von teilweise widersprüchlichen Pflichten bzw. Rechten erschwert die Arbeit der Kantone. Damit die Regularisierung von abgewiesenen Asylsuchenden möglich bleibt, muss nun berücksichtigt werden, dass nicht der illegale Charakter ihres Aufenthaltes an sich die Überprüfung ihrer Situation erschweren

²² Ab dem 1. Januar 2008 gehören wieder sämtliche abgewiesene Asylsuchende zum Asylbereich, ob nun Adressaten eines negativen Asyldescheides oder eines Nichteintretensentscheides (Aufhebung von Art. 44a AsylG). Den Kantonen steht es dann frei, sie aus der ordentlichen Sozialhilfe auszuschliessen. Art. 12 BV verlangt von den Kantonen, dass den abgewiesenen Asylsuchenden auf Anfrage hin Nothilfe gewährt wird. Der Bund zahlt den Kantonen für jeden abgewiesenen Asylsuchenden einen einmaligen Pauschalbetrag aus (Art. 88 Abs. 4 und 5 revAsylG), welcher aufgrund seiner Höhe die Kantone eher nur zur Gewährung der Nothilfe anspornen wird.

²³ KATHRIN BUCHMANN / SILVANA KOHLER, SFH, Nothilfe im Asylbereich, Einzelschicksale und Überblick über die kantonale Praxis, Bern, 17. August 2006; KATHRIN BUCHMANN / SILVANA KOHLER, SFH, Verschärfungen vom 1. April 2004 im Asyl- und Ausländerbereich, Bilanz nach einem Jahr, Berne, 15. Juni 2005; KATHRIN BUCHMANN / SILVANA KOHLER, SFH, Nothilfe für Personen mit rechtskräftigem Nichteintretensentscheid, Überblick über die kantonale Praxis, Bern, 27. Mai 2004.

²⁴ BGE 130 II 39, E. 3; BGE 124 II 110, E. 3.

²⁵ Ziff. 3.2 der «[SODK-]Empfehlungen zur Nothilfe für Personen mit rechtskräftigem Nichteintretensentscheid (NEE)» vom 24. Februar 2006 erinnert daran, dass «Gemäss Art. 62 Abs.2 BV die Kantone für einen ausreichenden Grundschulunterricht [sorgen], der allen Kindern offen steht und obligatorisch ist. Diese Bestimmung gilt ebenfalls für Kinder mit einem rechtskräftigen NEE. Zuständig ist der Kanton, wo sich das Kind aufhält, welcher in der Regel der Zuweisungskanton ist.»

darf. Art. 14 Abs. 2 lit. b AsylG in einem anderen Lichte lesen zu wollen, würde dem klaren Willen des Gesetzgebers entgegen stehen, der mit der Härtefallregelung eben diese Fälle regeln wollte. Das Bundesgericht geht im Übrigen, wie schon erwähnt, davon aus, dass bei der Härtefallprüfung sämtliche Umstände einer individuellen Fallkonstellation zu berücksichtigen sind, die Fokussierung auf einen bestimmten Aspekt also unzulässig ist.²⁶

3.7 Mittellosigkeit und Erwerb

Weder das AsylG noch AsylV1 setzen für die Erteilung einer humanitären B-Bewilligung voraus, dass der/die Betroffene keine Sozial- oder Nothilfeleistungen i.S.v. Art. 12 BV erhält. Dies stellt eine Veränderung in Bezug auf die Regelung dar, welche vor dem 1. Januar 2007 angewendet wurde.²⁷ Das Verschwinden dieser Voraussetzung ist logisch, zieht man in Betracht, dass die neue Regelung u.A. zum Ziel hat, abgewiesene Asylsuchende zu regularisieren. Denn dieser Personengruppe ist es von Gesetzes wegen nicht erlaubt, einen Erwerb aufzunehmen (s. weiter unten). Im Übrigen, je nach persönlichen Umständen (Behinderung, Traumata, etc.), kann sich die finanzielle Abhängigkeit auch anders erklären.

In Punkt 3.2 der Asylweisung 52.1 des BFM wird infolgedessen, und zu recht, unterstrichen, dass das Erwerbsverbot gem. Art. 43 AsylG berücksichtigt werden muss. Diese Bestimmung verbietet Asylsuchenden die Aufnahme einer Erwerbstätigkeit während den ersten drei bzw. sechs Monaten ihrer Anwesenheit in der Schweiz und auch im Anschluss an ein erfolgloses Asylgesuch.

Im Übrigen müssen Arbeitgeber, die eine/n Asylsuchende/n einstellen möchten, nachweisen, dass sie keine einheimische Arbeitskraft finden, die diese Arbeitsstelle zu den branchenüblichen Lohn- und Arbeitsbedingungen besetzen kann und will (vgl. Art. 7 BVO, Vorrang von einheimischen Arbeitskräften).

Bei Personen mit vorläufiger Aufnahme können die Kantone (vgl. Art. 7 Abs. 5ter BVO) von dieser Bestimmung abweichen, jedoch ist diese Auflockerung erst seit dem 1. Januar 2007 in Kraft.

3.8 Kombination von Elementen der unzumutbaren Wegweisung und der fortgeschrittenen Integration

Weder die Motive der unzumutbaren Wegweisung (vgl. Art. 44 Abs. 2 AsylG und Art. 14a Abs. 4 ANAG) noch jene der schwerwiegenden persönlichen Notlage sind einzeln genügend massgeblich. Es kann jedoch eine Kombination der jeweiligen Elemente vorgenommen werden.²⁸ Dies ist aber nur möglich, wenn die gesetzliche

²⁶ BGE 130 II 39, E. 4; BGE 128 II 200, E. 4; BGE 124 II 110, E. 2; BGE 123 II 125, E. 2; BGE 119 IB 33, E. 4c; BGE 117 IB 317, E. 4b.

²⁷ Bereits unter dem Regime der alten Regelung waren die Behörden schon damals der Ansicht, dass der **teilweise** Bezug von Sozialhilfe kein Hindernis bezüglich der Anerkennung einer schwerwiegenden persönlichen Notlage darstellt – vgl. dazu EMARK 2001 Nr. 26, E. 4e.

²⁸ EMARK 2002 Nr. 3, E. 7e-f; EMARK 2002 Nr. 4, E. 5d gg.

Mindestaufenthaltsdauer an welche die Härtefallprüfung gebunden erfüllt ist²⁹ – das heisst, der Betroffene muss sich schon seit mindestens fünf Jahren in der Schweiz aufhalten.

Das BGer kommt in seiner Rechtsprechung zum Ergebnis, dass auch rein humanitäre Gründe, welche für die Erteilung einer humanitären B-Bewilligung bestimmend sind, nicht ausschliesst, dass (familiäre, persönlich, ökonomische) Schwierigkeiten, welche der/die Betroffene in seinem Herkunftsland antreffen wird, Berücksichtigung finden können.³⁰ Diese Erwägung wird in Art. 33 Abs. 1 lit. f AsylV1, der die Möglichkeit der Reintegration im Herkunftsland im Rahmen der Härtefallprüfung berücksichtigen will, wieder gegeben.

Auch wenn eine Kombination formell nicht möglich ist, kann eine fortgeschrittene Integration im Rahmen der Prüfung der Zumutbarkeit des Wegweisungsvollzuges bezüglich der Chancen einer Reintegration im Heimatland berücksichtigt werden.³¹

Das von der Kinderrechtskonvention geschützten Kindeswohl kann insbesondere verlangen, dass (Re-)Integrationsmöglichkeiten von einem/r Minderjährigen im Heimatstaat bei der Prüfung der Zumutbarkeit der Rückkehr berücksichtigt wird – auch wenn die Voraussetzungen zur Erteilung einer B-Bewilligung i.S.v. Art. 14 Abs. 2 AsylG nicht erfüllt sind.³²

Ebenso ist heutzutage anerkannt, dass eine künstliche Trennung der Elemente, welche einerseits an die Situation im Heimatland und andererseits an die Integration in der Schweiz anknüpfen, nicht möglich ist: Häufig ist eine Kombination angezeigt und die Zumutbarkeit des Wegweisungsvollzuges ist in einem gewissen Masse unter dem Blickwinkel der persönlichen schwerwiegenden Notlage zu berücksichtigen.³³

3.9 Gesundheitszustand

Zum Kriterium des Gesundheitszustandes sagt Ziff. 2.2.3 des Rundschreiben 52.4.7 des BFM: «Andauernde und schwerwiegende Krankheiten des Gesuchstellers oder eines seiner Familienmitglieder, die im Herkunftsstaat nicht ausreichend behandelt werden können, stellen gemäss der Praxis des BFM schwerwiegende Härtefälle dar (chronische Krankheiten, nachgewiesene Suizidgefahr, Kriegstraumatisierung, schwerer Unfall usw.). Ist in diesen Fällen der Vollzug der Wegweisung nicht zumutbar, kann das BFM auch eine vorläufige Aufnahme gemäss Artikel 14a Absatz 1 ANAG verfügen.»

Wenn auch etwas verwirrend, ist diese Regelung dennoch richtig. Die ARK hat die Kombination von Elementen der Unzumutbarkeit des Wegweisungsvollzuges i.S.v. Art. 14a Abs. 4 ANAG mit Kriterien der persönlichen schwerwiegenden Notlage er-

²⁹ EMARK 2006 Nr. 13, E. 3.1 bis 3.4.

³⁰ BGE 123 II 125, E. 3.

³¹ EMARK 2006 Nr. 13, E. 3.5 und 3.6.

³² EMARK 2006 Nr. 13, E. 3.5 und 3.6; EMARK 2005 Nr. 6, E. 6.2.

³³ Kritisch zu dieser Unterscheidung: ALBERTO ACHERMANN *in* ASYL 96/1, p. 30; ALBERTO ACHERMANN, Härtefälle vor Bundesgericht – Bundesgerichtliche Härte, ASYL 93/3, p. 55.

laubt.³⁴ Für das BGer führt eine ernsthafte Beeinträchtigung der Gesundheit, die einer dauernden Behandlung bedarf, zur Anerkennung eines Härtefalles.³⁵

Nun rechtfertigt es sich aber auch die persönlichen, ökonomischen und familiären Schwierigkeiten,³⁶ welche die Betroffenen in ihrem Heimatland antreffen, in medizinischer Hinsicht zu berücksichtigen.

3.10 Situation von Familien und Kindern

Ziff. 2.2.4 des Rundschreibens 52.4.7 unterstreicht sinnvollerweise dass bei der Wegweisung von Familien «im Hinblick auf das Vorliegen einer besonderen Härte der Situation der Gesamtfamilie Rechnung zu tragen [ist]. Die Wegweisung von Kindern kann unter Umständen eine Entwurzelung bedeuten, die eine aussergewöhnliche Härte darstellt.

Im Einzelfall sind dabei insbesondere folgende Punkte zu gewichten (BGE 123 II 125 E. 4a):

- das Alter der Kinder im Zeitpunkt der Einreise und der vorgesehenen Ausreise; eine hohe Integration wird grundsätzlich angenommen, wenn die Kinder ihre Adoleszenz in der Schweiz verbracht haben
- die Dauer und der Erfolg der Einschulung
- die berufliche Entwicklung
- die vorhandenen Schulen und beruflichen Möglichkeiten im Heimatstaat
- die sozialen und wirtschaftlichen Unterschiede zwischen der Schweiz und dem Herkunftsland
- die eigenständige Integration in die schweizerische Lebenswirklichkeit.»

Nach Ansicht des BGer ist es wichtig, im Rahmen der Härtefallprüfung die familiäre Situation in ihrer Gesamtheit und im Besonderen das Schicksal der Kinder, die einen wichtigen Aspekt einer Familie darstellen, genügend zu würdigen.³⁷

Im Weiteren vertritt das BGer die Meinung, dass die Einschulung, die während der Adoleszenz geschehe, eine entscheidende Integration der Kinder und Jugendlichen in eine bestimmte soziokulturelle Gemeinschaft darstelle, die gerade das Ziel des obligatorischen Grundschulunterrichtes sei. Je nach den Umständen könne eine schwerwiegende persönliche Notlage entstehen, würde der Verpflichtung, mit diesem, durch Integration gewonnenen, Umfeld brutal brechen zu müssen, nachgekommen werden, um sich wieder in ein gänzlich anderes Umfeld einpassen zu kön-

³⁴ EMARK 2002 Nr. 4, E. 5d gg; EMARK 2002 Nr. 3, E. 7e-f; EMARK 2006 Nr. 13, E. 3.1 à 3.4.

³⁵ BGE 128 II 200, E. 5.3.

³⁶ BGE 123 II 125, E. 3.

³⁷ BGE 123 II 125, E. 4a; vgl. auch EMARK 2001 Nr. 25, E. 6b und c.

nen. Zusätzlich sei jedoch notwendig, dass die Schulzeit des Betroffenen eine gewisse Zeit angedauert hätte und die schulischen Leistungen positiv seien.³⁸

Erinnert sei im Übrigen auch daran, dass es genügt, wenn ein einziger Elternteil die zeitliche Voraussetzung zur Prüfung einer schwerwiegenden persönlichen Notlage erfüllt (dass er/sie gemäss der neuen Regelung schon seit mehr als fünf Jahren in der Schweiz ist). Hierbei muss bei einer Härtefallprüfung die Gesamtheit der familiären Umstände einbezogen werden.³⁹

4 Kantonale Expertenkommission für die Härtefallprüfung

Die Errichtung von kantonalen Expertenkommissionen für die Prüfung von Härtefällen stellt einen fundamentalen Beitrag an die effiziente Anwendung der neuen Regelung dar.

Die Kantone Bern, Freiburg, Luzern,⁴⁰ Basel-Stadt,⁴¹ Genf, Wallis, Jura und Neuenburg⁴² kennen oder kannten solche Kommissionen.⁴³

Wie die Anhäufung der Anerkennungskriterien für Härtefälle bezeugt, sind die tonangebenden Entscheidungen, welche eine individuelle Situation zu einem Härtefall lassen werden, immer eine Sache des Ermessens und kommen hier auf ihren offenkundigen politischen Charakter zurück.

Die Prüfung von potentiellen Härtefällen wird vor allem an der Frage der Integration entschieden. Die Integration ist allerdings ein facettenreicher Begriff, der der Auslegung im **Lichte der Wahrnehmung durch die schweizerische** Gesellschaft bedarf und nicht einzig nach der Einschätzung der fremdenpolizeilichen Behörden entschieden werden soll, die vorab mit der Aufgabe des Vollzugs betraut ist.

Im Übrigen sind die fremdenpolizeilichen Behörden oft nicht in der Lage, gewisse Aspekte der Situation von Ausländern als potentielle Härtefälle zu erkennen.⁴⁴

Sicherlich erhöht eine kantonale Expertenkommission für Härtefälle die Akzeptanz gefällter Urteile in diesem heiklen Bereich. Das Risiko von Einsprachen wird durch die Einrichtung von Härtefallkommissionen deutlich vermindert, dadurch dass dieser Schritt eine gewisse Transparenz in das Evaluationsprozedere bringt.

³⁸ BGE 123 II 125, E. 4b.

³⁹ EMARK 2002 Nr. 4, E. 5d ff.

⁴⁰ Vgl. § 8 der Verordnung des Kantons Luzern zum Bundesgesetz über Aufenthalt und Niederlassung der Ausländer und zum Asylgesetz vom 12. Dezember 2000.

⁴¹ Die Existenz einer Härtefallkommission geht auf Dezember 2005 zurück und ist die Antwort auf eine informelle Entscheidung der Exekutive des Halbkantons.

⁴² Vgl. Art. 9 bis 14 des Beschlusses vom 9. Mai 2001 «concernant l'application de la législation fédérale sur l'asile» und Art. 6 des Einführungsgesetzes über «la loi fédérale sur le séjour et l'établissement des étrangers.»

⁴³ MARIO GÄTTIKER, Zur humanitären Regelung von Härtefällen, ASYL 88/2, S. 4.

⁴⁴ YVES BRÜTSCH, Permis humanitaires: décisions à l'aveugle?, ASYL 86/3, S. 14-15.

Härtefallprüfungen sollten im Asyl- wie im Ausländerbereich durch solche Expertenkommissionen vorgenommen werden. Dies fordert nicht nur die Effizienz, sondern auch die demokratische Kontrolle sowie die Akzeptanz und Transparenz im einen sowie im anderen Rechtsbereich.

Die Zusammensetzung von solchen Kommissionen sollte aus Personen erfolgen, die mit Integrationsfragen zu tun haben und neben der Verwaltung aus weiteren Interessensgruppen kommen: Kantonale Integrationsbeauftragte, Vertreter der Erziehungsbehörden, medizinische Fachpersonen, Verantwortliche der kantonalen Fremdenpolizei und des Sozialamtes, der Kirche sowie der Hilfswerke.

Diese Expertenkommissionen sollten einerseits die Möglichkeit haben, Weisungen und allgemeine Empfehlungen herausgeben zu können und andererseits bei der Überprüfung der einzelnen Fälle, die potentielle Härtefälle darstellen, beteiligt sein.

Wie weit die Befugnisse dieser Expertenkommissionen gehen sollen, muss für jedes Stadium des Verfahrens konkret geklärt werden um Missverständnisse zu verhindern: einfaches Informationsrecht, Konsultation oder Partizipation bei der Entscheidungsfällung.

5 Verfahrensrechtliche Aspekte

5.1 Prinzip des beschleunigten des Verfahrens

Gemäss Abs. 4 der Übergangsbestimmungen zum AsylG betreffend der Änderungen vom 16. Dezember 2005, «zahlt [der Bund] den Kantonen für Personen, deren Asyl – und Wegweisungsentscheid vor Inkrafttreten dieser Gesetzesänderung rechtskräftig geworden ist, eine einmalige Pauschale von 15 000 Franken, sofern diese Personen die Schweiz noch nicht verlassen haben.»

Das Risiko ist gross, dass manche Kantone im Hinblick auf die einmalige Auszahlung von 15'000 Franken vorziehen, bis zum 1. Januar 2008 zu warten, bevor sie eine humanitäre B-Bewilligung zugunsten von abgewiesenen Asylsuchenden beantragen, auch wenn die Betroffenen sicherlich Härtefälle darstellen.

Jedoch sieht das revidierte AsylG klar vor, dass der Kanton dem BFM unverzüglich Meldung zu erstatten hat (vgl. Art. 14 Abs. 3 AsylG), sobald er Gebrauch von der Härtefallregelung machen möchte. Diese Bestimmung verpflichtet die Kantone zur Einhaltung einer gewissen Verfahrensgeschwindigkeit bei der Härtefallprüfung im Einzelfall – was eine Verzögerung für monetäre Zwecke bis zum 1. Januar 2008 verbietet.

5.2 Vereinfachtes Verfahren

Im Rahmen der humanitären Aktion 2000, lanciert im März 2000 durch das damalige Bundesamt für Flüchtlinge (BFF), wurde eine vereinfachte Praxis im Bereich der Härtefallprüfung eingeführt: Ein Aufenthalt von acht Jahren in der Schweiz hatte die Vermutung zur Folge, dass die die Situation des betroffenen Ausländers reguliert

werden sollte. Wohlgermerkt konnte diese Vermutung in jedem Fall in Frage gestellt werden.⁴⁵

Im Rahmen der neuen Härtefallregelung, welche seit dem 1. Januar 2007 in Kraft ist, ist es den Kantonen gestattet, die Härtefallprüfung im vereinfachten Verfahren zu erledigen. Dies rechtfertigt sich insbesondere für Personen, die im Besitz der vorläufigen Aufnahme sind, da ihr Gesuch von Gesetzes wegen Gegenstand einer Prüfung wird, sobald sie mehr als fünf Jahre in der Schweiz sind (vgl. Art. 14b Abs. 3bis ANAG). Dies ist umso mehr gerechtfertigt, wenn sie diesen Aufenthaltstitel als Härtefall unter dem alten Recht erhalten haben, welches vor dem 1. Januar 2007⁴⁶ in Kraft war.

5.3 Periodische Überprüfung

Stellt eine Person nach erfolglosem Gesuch um Erteilung einer humanitären B-Bewilligung erneut ein solches Gesuch (bzw. ein Gesuch um Erteilung der vorläufigen Aufnahme aufgrund einer schwerwiegenden persönlichen Notlage i.S.v. Art. 44 Abs. 3 aAsylG), so sieht die Weisung 53.4.7 in Ziff. 2.2.5 vor, dass ein neues Gesuch wesentliche, neue Tatsachen beinhalten muss, welche eine neuerlichen Überprüfung des Falles rechtfertigen. Tatsächlich bringt es der Zeitablauf fast zwingend mit sich, dass sich die Eigenheiten der persönlichen Situation geändert haben und neue Tatsachen aufgetaucht sind.⁴⁷

5.4 Behördliche Informationspflicht

Die allgemeinen Verfahrensgarantien, zu welchen auch das rechtliche Gehör zählt, gebietet den kantonalen Behörden, dass sie Ausländer, die sich in einer schwerwiegenden persönlichen Notlage befinden, informieren, wenn sie eine humanitäre B-Bewilligung zu dessen/deren Gunsten beantragen möchten. Die Kantone sollten ihm/ihr eine Kopie von ihrem Gesuch beim BFM zukommen lassen. Das rechtliche Gehör auferlegt dem BFM die Pflicht, dem Aufenthaltskanton und dem/der betroffenen AusländerIn zu informieren, wenn eine Bewilligungserteilung bewilligt wird oder nicht.

5.5 Formulare und Informationsbroschüren

Anhang 1 der Asylweisung 52.1 des BFM «über die Regelung des Aufenthaltes von Personen aus dem Asylbereich» beinhaltet ein Formular für Härtefallgesuche. Solche Einheitsformulare können sich als sehr nützlich herausstellen, denn sie vereinfachen und strukturieren das Verfahren.

Kurze Broschüren und Informationsblätter zu Händen ausländischer und anderer privater Personen können die notwendige Orientierung über die Härtefallregelung bieten. Dies erlaubt eine von Anfang an effiziente Vorgehensweise.

⁴⁵ Kreisschreiben Asyl 52.4.6 vom 14 März 2000 «über die Behandlung aller bis zum 31. Dezember 1992 eingereichten Asylgesuche, die entweder im Verfahren oder im Vollzug hängig sind.»

⁴⁶ Vom 1. Oktober 1999 bis zum 31. Dezember 2006 gab die schwerwiegende persönliche Notlage in Anwendung von Art. 44 Abs. 3 bis 5 aAsylG Anlass zur Erteilung einer vorläufigen Aufnahme.

⁴⁷ ANDREAS ZÜND, Schwerwiegende persönliche Notlage und fremdenpolizeilicher Härtefall in verfahrensrechtlicher Hinsicht, ASYL 2/00, S. 12.

5.6 Rechtsmittel

5.6.1 Auf kantonaler Ebene

Gemäss Art. 14 Abs. 4 AsylG hat «die betroffene Person nur beim Zustimmungsverfahren des Bundesamtes Parteistellung.» Diesbezüglich nähert sich diese Bestimmung jener, die vor dem 1. Januar 1999 in Kraft war.⁴⁸

Art. 103 Abs. 1 AsylG bestimmt jedoch, dass «die Kantone mindestens eine Beschwerdeinstanz vorsehen, bei der gegen Verfügungen kantonaler Behörden, die sich auf dieses Gesetz und seine Ausführungsbestimmungen stützen, Beschwerde geführt werden kann.»

Im Weiteren sieht der neue Art. 191b Abs. 1 BV vor, dass Die Kantone richterliche Behörden für die Beurteilung von zivilrechtlichen und öffentlich-rechtlichen Streitigkeiten sowie von Straffällen bestellen.⁴⁹

Gemäss Art. 29a BV, welcher am 1. Januar 2007 in Kraft getreten ist, hat jede Person Anspruch auf richterliche Beurteilung ihrer Rechtsstreitigkeit – Art. 14 Abs. 4 AsylG widerspricht somit dem Wesen dieses verfassungsmässigen richterlichen Zugangs. Dieses verfassungsmässige Prinzip kann ausnahmsweise eingeschränkt werden, dies aber nur, wenn es um hohe politische Akte der Regierung geht.⁵⁰ Die Härtefallregelung und das dazugehörige Verfahren sind mit Sicherheit nicht unter solche Akte zu subsumieren.

Wird das Härtefallgesuch abgewiesen, kann die von der negativen Verfügung betroffene Person gegen diesen Entscheid rekurrieren. Sie hat an der Erteilung der Bewilligung (Art. 48 Abs. 1 lit. a, b und c VwVG, Art. 20 ANAG) ein persönliches Interesse, welches aktuell und schützenswert ist.⁵¹

Schliesslich kann dieses Spiel zwischen gesetzlichen Vorschriften damit abgeschlossen werden, dass die Kantone zwar nicht gezwungen sind, Rechtsmittel auf kantonaler Ebene zur Verfügung zu stellen, ihnen aber dennoch die Möglichkeit dazu bleibt. Damit kann die Legitimität und Transparenz der Verfügungen verbessert werden, was auch für die kantonalen Behörden, die Entscheidungen in einem menschlich nicht einfachen Rechtsgebiet zu fällen haben, ebenfalls eine Erleichterung darstellen kann.

⁴⁸ Botschaft des Bundesrates zum Bundesbeschluss über das Asylverfahren (AVB) und zu einem Bundesgesetz über die Schaffung eines Bundesamtes für Flüchtlinge vom 25. April 1990, BBl 1990 II 573, S. 603f.; WALTER KÄLIN, Grundriss des Asylverfahrens, Helbing & Lichtenhahn, Bâle/Francfort-sur-le-Main, 1990, S. 197-198; BGE 119 IB 33 (37-38).

⁴⁹ Art. 191b BV ist am 1. Januar 2007 in Kraft getreten, der Bundesbeschluss vom 8. März 2005 über das in Kraft treten der Justizreform vom 12. März 2000 und Art. 1 lit. a der Verordnung vom 1. März 2006 über das in Kraft treten des Bundesgesetzes über das Bundesverwaltungsgericht und desjenigen des Bundesgerichtes, sowie des Bundesgesetzes über den Sitz des Bundesstraf- und Verwaltungsgerichtes.

⁵⁰ Botschaft des Bundesrates vom 20. November 1996 betreffen einer neuen Bundesverfassung, 96.091, S. 511-512f.

⁵¹ BLAISE KNAPP, Précis de droit administratif, Helbing & Lichtenhahn, Bâle, 4ème éd., 1991, S. 407; PIERRE MOOR, Droit administratif, Stämpfli, Berne, 1991, S. 412ss. Die ARK hat deutlich anerkannt dass Personen, welche potentiell in den Genuss der humanitären Aktion 2000 kommen könnten, ein schützenswertes Interesse an der Anfechtung einer negativen Verfügung hätten, vgl. dazu EMARK 2002 Nr. 1, E. 1e und EMARK 2002 Nr. 17, E. 4a-c.

Fällt die kantonale Verfügung negativ aus, kann sie nicht an das Bundesverwaltungsgericht (BVGer) weitergezogen werden – diese Möglichkeit ist in keinem Bundesgesetz explizit vorgesehen (Art. 33 lit. i e contrario des Bundesgesetzes über das Bundesverwaltungsgericht (VGG) und Art. 103 Abs. 2 AsylG).

Die Verfügung der kantonalen Behörde kann auch nicht Anfechtungsobjekt einer Beschwerde an das Bundesgericht sein, denn keine Vorschrift, weder auf nationaler noch auf internationaler Ebene sieht ein subjektives Recht auf Erteilung einer humanitären B-Bewilligung vor (Art. 83 lit. d Ziff. 5 BGG). In einigen Fällen kann aber eine solche Verfügung Gegenstand der subsidiären Verfassungsbeschwerde werden (Art. 113 und 114 cum Art. 86 Abs. 2 lit. d BGG).

5.6.2 Auf Bundesebene

Die Erteilung oder Verweigerung einer humanitären B-Bewilligung (Art. 14 Abs. 2 ab initio AsylG) stellt eine Verfügung dar. Sie ist eine einseitige Anordnung, die eine bestimmte Person und deren Umstände trifft.⁵² Daraus folgt, dass die negative Verfügung vor dem Bundesverwaltungsgericht angefochten werden kann (Art. 31, 32 e contrario und Art. 33 lit. d VGG i.V.m Art. 6 AsylG und Art. 5 VwVG).

Hat der Kanton das BFM um Erteilung einer humanitären B-Bewilligung ersucht, erfüllt der/die AusländerIn klarerweise die notwendigen Anforderungen, gegen eine allenfalls negative Verfügung vorzugehen: Dies einerseits aufgrund von Art. 14 Abs. 4 AsylG, welcher dem/der Betroffenen die Parteiqualität zuspricht, aber auch, weil das persönliche Interesse an der Aufhebung der Verfügung aktuell und schützenswert ist (Art. 48 lit. a, b und c VwVG, Art. 20 ANAG).⁵³

In seiner Eigenschaft als Verfasser der Verfügung hat auch die kantonale Behörde, zu den gleichen Voraussetzungen, die Möglichkeit die negative Verfügung vor dem BVGer anzufechten (Art. 48 lit. a, b und c VwVG, Art. 20 Abs. 2 ANAG).⁵⁴ Dies unterscheidet die neue Härtefallregelung klar von ihrer Vorgängerin, welche von 1990 bis 1999 in Kraft war.

Diese Auslegung findet in Art. 105 Abs. 2 AsylG ihre Bestätigung: «Der Kanton ist zur Beschwerde berechtigt, wenn das Bundesamt seinem Antrag nach Artikel 44 Absatz 5 nicht stattgegeben hat.» Der Verweis auf Art. 44 Abs. 5 aAsylG stellt klarerweise ein Versehen dar, denn diese Bestimmung wurde durch die Revision vom 16. Dezember 2005 aufgehoben. Art. 44 Abs. 5 aAsylG sah vor, dass das BFM bzw. die ARK die Meinung des Kantons einholt, bevor die Erteilung der vorläufigen Aufnahme für Härtefälle entschieden wird. Die abwegige Formulierung von Art. 105 Abs. 2 AsylG wird zweifelsohne in nächster Zeit durch eine Verordnung der Bundesversammlung korrigiert werden (Art. 49 Abs. 2 VGG) und der nun obsolete Verweis auf Art. 44 Abs. 5 aAsylG wird durch einen solchen auf Art. 14 Abs. 2 AsylG ersetzt werden. Auf jeden Fall räumt das Asylgesetz den Kantonen das Recht ein, eine kan-

⁵² ALFRED KÖLZ/ISABELLE HÄNER, *Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes*, Schulthess, Zürich, 2. Auflage, 1998, N 188; BLAISE KNAPP, *Précis de droit administratif*, Helbing & Lichtenhahn, Bâle, 4ème éd., 1991, S. 214ff.

⁵³ BLAISE KNAPP, *Précis de droit administratif*, Helbing & Lichtenhahn, Bâle, 4ème éd., 1991, S. 407; Pierre MOOR, *Droit administratif*, Stämpfli, Berne, 1991, S. 412ff.

⁵⁴ BGE 119 IB 33, E. 3a, welcher sich auf diese alte Regelung bezieht.

tonale Beschwerdeinstanz gegen Verfügungen des BFM vorzusehen, welche die Erteilung einer humanitären B-Bewilligung abweisen.

Endentscheide des BVGer können nicht vor dem BGer angefochten werden (Art. 83 lit. c Ziff. 5 und lit. d Ziff. 1 BGG, Art. 105 Abs. 1 in fine AsylG).

6 Schlussfolgerung

Die neue Härtefallregelung im Asylbereich bietet eine neue Gelegenheit, die Situation von Personen zu regulieren, die in der Schweiz um Asyl ersucht haben oder sich als vorläufig Aufgenommene seit Jahren unter uns, aber dennoch in einer prekären Situation befinden. Viele von ihnen sind bereits gut in der Schweiz integriert, meistens geschah dies, ohne grosse Wellen zu schlagen. Diese Personen in ihr Herkunftsland zurückschicken würde sie in eine extrem schwierige Situation bringen. In den meisten Fällen haben sich ihre Kinder ihrem Alter entsprechend schnell integriert. Auch für sie stellt eine Wegweisung einen Eingriff mit enormen Konsequenzen dar.

Seit dem 1. Januar 2007 können die Kantone die Fälle endlich regeln – was ihnen in vielen Fällen sicher eine Erleichterung sein wird. Denn sie sind direkt mit den menschlich schwierigen Situationen konfrontiert und müssen konkrete und adäquate Antworten liefern können. Kantonalen Expertenkommissionen für Härtefälle stellen ein sehr nützliches Instrument für die Kantone dar, um heikle Fragen bei potentiellen Härtefällen behandeln zu können.

Die neue Regelung weist aber eine ganz besondere Komplexität auf. Ihre Umsetzung ist mit manchen Stolpersteinen besetzt. Möge der vorliegende Beitrag der Sache eine Orientierung liefern, die sowohl den kantonalen Behörden als auch anderen Akteuren im Asylbereich nützlich sein kann.

7 Abkürzungsverzeichnis

aAsylG	altes Bundesgesetz über das Asyl in seiner Fassung vor dem 16. Dezember 2005
aANAG	altes Bundesgesetz über Aufenthalt und Niederlassung von Ausländern in seiner Fassung vor dem 16. Dezember 2005
ANAG	Bundesgesetz über Aufenthalt und Niederlassung der Ausländer vom 16. Dezember 2005 mit teilweiser Inkraftsetzung am 1. Januar 2007 (SR 142.20)
ARK	Asylrekurskommission
AsylG	Revidiertes Asylgesetz vom 16. Dezember 2005, in Kraft getreten am 1. Januar 2007. (SR 142.31)
AsylV1	Asylverordnung 1 über Verfahrensfragen (SR 142.311)
AsylV2	Asylverordnung 2 über Finanzierungsfragen (SR 142.312)
AuG	Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer vom 16. Dezember 2005, in Kraft ab 1. Januar 2008
BFF	Bundesamt für Flüchtlinge
BFM	Bundesamt für Migration
BGE	Bundesgerichtsentscheid
BGer	Bundesgericht
BGG	Bundesgesetz über das Bundesgericht (SR 173.110)
BVGer	Bundesverwaltungsgericht
BV	Schweizerische Bundesverfassung (SR 100)
BVO	Verordnung über die Begrenzung der Zahl der Ausländer (SR 823.21)
EMARK	Entscheidungen und Mitteilungen der ARK
EMRK	Europäische Menschenrechtskonvention (SR 0.101)
RSEE	Vollziehungsverordnung zum Bundesgesetz über Aufenthalt und Niederlassung der Ausländer (SR 142.201)
SFH	Schweizerische Flüchtlingshilfe
SODK	Konferenz der kantonalen Sozialdirektoren und Sozialdirektorinnen
VGG	Bundesgesetz über das Bundesverwaltungsgericht (SR 173.32)
VVWA	Verordnung über den Vollzug der Weg- und Ausweisung von ausländischen Personen (SR 142.281)
VwVG	Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren (SR 172.021)
VZAE	Verordnung über Zulassung, Aufenthalt und Erwerbstätigkeit, in Kraft ab dem 1. Januar 2008
ZUG	Bundesgesetz über die Zuständigkeit für die Unterstützung Bedürftiger