



observatoire suisse du droit d'asile et des étrangers
schweizerische beobachtungsstelle für asyl- und ausländerrecht
osservatorio svizzero sul diritto d'asilo e degli stranieri

FAMILIEN IM HÄRTEFALLVERFAHREN



Autorinnen

Claudia Dubacher

Lena Reusser

Übersetzung

Laura Bayley

Titelbild

© UNHCR / F. Dakhllallah

Kontakt

Schweizerische

Beobachtungsstelle für Asyl-
und Ausländerrecht

Maulbeerstrasse 14

Tel. 031 381 45 40

www.beobachtungsstelle.ch

PC: 60-262690-6, SBAA Bern

Vorwort

Die Schweizerische Beobachtungsstelle für Asyl- und Ausländerrecht (SBAA) konzentriert sich in diesem Bericht auf die Behandlung von Härtefallgesuchen. Zwei Dinge fallen auf: Erstens kommt es bei Härtefallregelungen regelmässig zu Konflikten mit rechtsstaatlichen und menschenrechtlichen Garantien; zweitens nutzen und interpretieren die Kantone ihr Ermessen sehr unterschiedlich, was dazu führt, dass die Chancen für eine Härtefallbewilligung von Kanton zu Kanton sehr verschieden sind. Da abgewiesene Härtefallgesuche insbesondere Familien mit Kindern vor schwierige und aussichtslose Situationen stellen, behandelt die SBAA in ihrem aktuellen Bericht die Härtefallproblematik anhand konkreter Beispiele, die Familien betreffen.

Die Autorinnen bedanken sich an dieser Stelle sehr herzlich bei Melanie Aebli für ihre Anregungen und Nachforschungen, Dr. iur. Marc Spescha und lic. iur. Thomas Baur für die kritische Durchsicht und Laura Bayley für die französische Übersetzung des Texts.

Inhaltsverzeichnis

I. Einleitung	1
II. Gesetzliche Regelung von Härtefallbewilligungen	2
II.1 Im Asylgesetz	2
II.2 Im Ausländergesetz	3
II.2.1 Härtefallbewilligung bei Personen ohne Anwesenheitsregelung (Art. 30 Abs. 1 lit. b AuG)	3
II.2.2 Härtefallbewilligung bei vorläufig Aufgenommenen (Art. 84 Abs. 5 AuG)	4
II.3 Der Ermessensspielraum der Kantone	4
III. Fallbeispiele zur Härtefallpraxis bei Familien	6
III.1 Nichtberücksichtigung des Kindeswohls wegen Fehlverhaltens der Eltern	6
III.1.1 Gesamtbetrachtungsweise von Härtefallgesuchen	8
III.1.2 Vertiefte Prüfung bei Jugendlichen	9
III.2 Der behördliche Ermessensspielraum	11
III.3 Fehlende Parteistellung im kantonalen Verfahren	15
III.4 Aufenthaltsdauer und Wiedereingliederung im Herkunftsstaat	17
III.4.1 Berücksichtigung der Aufenthaltsdauer	18
III.4.2 Das Kindesalter als Kriterium für die Wiedereingliederung	19
IV. Schlusswort	21
V. Quellen	23

I. Einleitung

Eine sechsköpfige Familie, deren Asylgesuch abgelehnt worden ist, lebt seit 16 Jahren in der Schweiz. Aufgrund fehlender Identitätspapiere ist eine Rückkehr in ihre Heimat ausgeschlossen. Obwohl die Familie ohne gültige Aufenthaltsbewilligung in der Schweiz lebt, hat sie sich in der Zwischenzeit erfolgreich ein Leben in der Schweiz aufgebaut. Sie ist sehr gut integriert, sämtliche Familienmitglieder sprechen Deutsch und die Kinder, die alle in der Schweiz geboren sind, besuchen die Schule.¹ Der illegale Aufenthalt bringt jedoch erhebliche Probleme mit sich. Die Familienmitglieder dürfen beispielsweise keiner legalen Arbeit nachgehen, sie leben von den minimalen Mitteln der Nothilfe und die Kinder können nach der obligatorischen Schulzeit keine Berufslehre machen.² Der Gesetzgeber sieht in solchen und anderen Fällen vor, die Situation betroffener Personen mittels einer Härtefallbewilligung zu regularisieren, so dass sie eine Aufenthaltsbewilligung erhalten und auf dem Arbeitsmarkt bessere Chancen haben.

Die Schweizerische Beobachtungsstelle für Asyl- und Ausländerrecht untersucht im vorliegenden Bericht basierend auf konkreten Einzelfällen die Situation von Familien, die ihren Aufenthalt mittels einer Härtefallbewilligung regularisieren möchten. Hierbei befasst sich die SBAA unter anderem mit der Frage, welchen Stellenwert die Kinderrechte bei Härtefallregelungen haben: Werden Kinder, wie dies die UN-Kinderrechtskonvention vorschreibt, befragt, spielt ihre Vertrautheit mit der Schweiz und ihre Verwurzelung eine Rolle oder sind sie einfach pauschale «Anhängsel» der Eltern, deren Schicksal nicht wirklich interessiert. Die SBAA ist bereits in ihrem Bericht «Kinderrechte und die Anwendung der Migrationsgesetzgebung in der Schweiz»³ auf die allgemeine Frage der Kinderrechte eingegangen und hat aufgezeigt, dass die Kinderrechte bei der Umsetzung des Asyl- und Migrationsrechts kaum gewichtet werden. Die von den regionalen Beobachtungsstellen und der SBAA dokumentierten Fälle zeigen, dass die Kinderrechte auch bei der Prüfung von Härtefallgesuchen nicht genügend berücksichtigt werden.

Auf die Einleitung folgt eine Übersicht über die gesetzlichen Grundlagen zur Härtefallregelung. Hier werden die von der Rechtsprechung entwickelten Grundsätze berücksichtigt, da sie bei der Auslegung der oft unbestimmten Rechtsbegriffe eine wichtige Rolle spielen. Ebenso kommen wir in diesem Kapitel auf den grossen Ermessenspielraum der Kantone zu sprechen, der sich aufgrund der Gesetzesgrundlagen ergibt. In Kapitel III beschreiben wir acht verschiedene Härtefallkonstellationen von Familien mit Kindern. Anhand dieser Einzelfälle und der Rechtsprechung werden die verschiedenen Probleme hinsichtlich der rechtsstaatlichen Garantien und der Rechte der Kinder diskutiert. Das Schlusskapitel bietet eine Zusammenfassung mit den wichtigsten Erkenntnissen.

¹ Nähere Informationen zum beschriebenen [Fall 94](#) finden sich in Kapitel III.1.

² vgl. Kapitel III.1.2.

³ Der Kinderrechtsbericht ist auf <http://www.beobachtungstelle.ch/index.php?id=376> einsehbar.

II. Gesetzliche Regelung von Härtefallbewilligungen

II.1 Im Asylgesetz

Asylsuchende Personen, die sich noch im Verfahren befinden oder Personen, deren Asylgesuch abgewiesen worden ist, haben nach Art. 14 Abs. 2 AsylG⁴ die Möglichkeit, ein Härtefallgesuch zu stellen, um auf diesem Weg ihren Aufenthalt regularisieren zu lassen. Damit diesem Gesuch um eine Aufenthaltsbewilligung stattgegeben wird, muss die gesuchstellende Person nach Asylgesetz folgende drei Voraussetzungen kumulativ erfüllen: sie muss sich seit mindestens fünf Jahren in der Schweiz aufhalten, ihr Aufenthaltsort muss den Behörden immer bekannt gewesen sein und durch die fortgeschrittene Integration muss ein schwerwiegender persönlicher Härtefall vorliegen. Ein persönlicher Härtefall kann nach ständiger Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts jedoch nur dann bejaht werden, wenn die «(...) Lebens- und Existenzbedingungen, gemessen am durchschnittlichen Schicksal von ausländischen Personen, in gesteigertem Mass in Frage gestellt sind bzw. die Verweigerung einer Aufenthaltsbewilligung für sie mit schweren Nachteilen verbunden wäre.»⁵

Art. 14 Abs. 2 AsylG wird durch Art. 31 VZAE⁶ konkretisiert. Die Bestimmung nennt diejenigen Faktoren, die bei der Beurteilung eines Härtefallgesuchs zu berücksichtigen sind. Dazu zählen die Integration, die Respektierung der Rechtsordnung, die Familienverhältnisse (insbesondere der Einschulungszeitpunkt und die Dauer des Schulbesuchs der Kinder), die finanziellen Verhältnisse und der Wille zur Teilnahme am Wirtschaftsleben, die Anwesenheitsdauer in der Schweiz, der Gesundheitszustand und die Möglichkeit der Wiedereingliederung im Herkunftsstaat. Die Rechtsprechung stellt bei Härtefällen sehr hohe Anforderungen an die Integration von GesuchstellerInnen. Demnach genügt es nicht, wenn ausländische Personen sowohl beruflich wie auch sozial gut integriert sind und enge Kontakte etwa mit NachbarInnen unterhalten.⁷ Die Beziehung zur Schweiz muss so stark sein, dass der Person nicht zugemutet werden kann, in einem anderen Land, insbesondere im Heimatland, zu leben.⁸ Bezüglich der beruflichen Integration scheinen die Gerichtsbehörden auch auf die Qualifikation abzustellen. So hat das Bundesverwaltungsgericht einer Frau die berufliche Integration abgesprochen, da diese in der Schweiz «keine besonderen beruflichen Fähigkeiten und Kenntnisse erworben» hatte.⁹

⁴ Asylgesetz vom 26. Juni 1998 (Stand am 12. Dezember 2008).

⁵ BVGer C-8270/2008 vom 10. Mai 2010 E. 5.1.

⁶ Verordnung über Zulassung, Aufenthalt und Erwerbstätigkeit vom 24. Oktober 2007 (Stand am 1. Juli 2010).

⁷ BVGer C-8270/2008 vom 10. Mai 2010 E. 5.2.

⁸ BGE 128 II 200, E. 4.

⁹ BVGer C-1555/2008 vom 1. September 2009 E. 5.4.

Zu beachten ist, dass die in Art. 31 Abs. 1 VZAE genannten Kriterien keinen abschliessenden Katalog darstellen und auch nicht kumulativ erfüllt sein müssen, wie es das Bundesverwaltungsgericht in einem veröffentlichten Entscheid darlegt.¹⁰ Wurde die Aufenthaltsdauer durch illegalen Aufenthalt in der Schweiz erreicht, sind an die übrigen Kriterien umso höhere Anforderungen zu stellen;¹¹ zudem muss die Person ihre Identität offen legen (Art. 31 Abs. 2 VZAE).

Einzureichen ist das Gesuch um eine Härtefallbewilligung bei den kantonalen Behörden (Migrationsämtern), welche über dessen Gutheissung oder Ablehnung entscheiden. Bei einer Gutheissung wird das Gesuch ans Bundesamt für Migration (BFM) weitergeleitet, woraufhin das BFM definitiv über die Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung entscheidet.¹² Ein negativer Entscheid der kantonalen Behörde kann von der gesuchstellenden Person nicht angefochten werden, da ihr im kantonalen Verfahren keine Parteistellung zukommt (Art. 14 Abs. 4 AsylG). Für die Betroffenen bedeutet dies, dass sie keine Parteirechte oder Beschwerdemöglichkeiten haben. Erst beim Zustimmungsverfahren vor dem BFM kann die betroffene Person ein Rechtsmittel ergreifen und beim Bundesverwaltungsgericht Beschwerde einreichen.

II.2 Im Ausländergesetz

II.2.1 Härtefallbewilligung bei Personen ohne Anwesenheitsregelung (Art. 30 Abs. 1 lit. b AuG)¹³

Diese Bestimmung ist für eine Vielzahl von Fällen anwendbar, unter anderem auch für Sans-Papiers – Personen also, die nie über eine Aufenthaltsbewilligung verfügt haben oder deren Aufenthaltstitel nicht mehr gültig ist. Im Gegensatz zur Härtefallbewilligung für Asylsuchende oder abgewiesene Asylsuchende nennt Art. 30 Abs. 1 lit. b AuG als einzige Voraussetzung das Vorliegen eines persönlichen Härtefalls. Für die Gutheissung eines Gesuchs braucht es weder eine vorgängige Mindestaufenthaltsdauer, die die gesuchstellende Person in der Schweiz verbracht haben muss, noch dass ihr Aufenthaltsort den Behörden stets bekannt gewesen ist. Ein Härtefallgesuch nach Art. 30 Abs. 1 lit. b AuG kann also jederzeit eingereicht werden. Für die Beurteilung gelten auch hier die Kriterien von Art. 31 VZAE (vgl. Kapitel II.1).

¹⁰ BVG 2009/40 E. 6.2.

¹¹ BVer C-8270/2008 C.

¹² So genanntes Zustimmungsverfahren.

¹³ Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer vom 16. Dezember 2005 (Stand am 15. Mai 2010).

II.2.2 Härtefallbewilligung bei vorläufig Aufgenommenen (Art. 84 Abs. 5 AuG)

Für vorläufig Aufgenommene (Ausweis F) existiert eine zusätzliche gesetzliche Bestimmung, die das Härtefallgesuch für diese Personenkategorie regelt.

Art. 84 Abs. 5 AuG verpflichtet die Behörden, dass ein Gesuch um Erteilung der Aufenthaltsbewilligung bei vorläufig Aufgenommenen, die sich mehr als fünf Jahre in der Schweiz aufhalten, vertieft geprüft werden muss. Die Beurteilung erfolgt dabei unter den Aspekten der fortgeschrittenen Integration, der familiären Verhältnisse sowie der Zumutbarkeit einer Rückkehr in den Herkunftsstaat. Weiter kommt auch hier Art. 31 VZAE zur Anwendung.

Diese zusätzliche Bestimmung für vorläufig Aufgenommene, welche sich seit mindestens fünf Jahren in der Schweiz aufhalten, bedeutet, dass ein solches Gesuch «in aller Regel erteilt werden»¹⁴ sollte. Sind die Gesuchstellenden beruflich noch nicht genügend integriert, darf dies nicht negativ ausgelegt werden.¹⁵

Die gesetzlichen Bestimmungen zur Härtefallregelung im Asyl- und Ausländerbereich werden durch Weisungen und Kreisschreiben des Bundesamts für Migration ergänzt.

II.3 Der Ermessensspielraum der Kantone

Den kantonalen Behörden kommt bei der Beurteilung eines Härtefallgesuchs ein grosser Ermessensspielraum zu, zumal die im Gesetz genannten Kriterien nicht sehr konkret gefasst sind und im Einzelfall auszulegen sind. Die Praxis bei Härtefallgesuchen variiert von Kanton zu Kanton denn auch massiv. Zudem handelt es sich bei Härtefallbewilligungen um gesetzliche Kann-Bestimmungen; selbst wenn eine Person alle Kriterien erfüllt, heisst dies nicht, dass der Kanton das Härtefallgesuch ans BFM weiterleiten muss (vgl. Kapitel III.2). Kantone, die viele Härtefallgesuche ans BFM weiterleiten, verstehen diese Art der Regularisierung als Chance, gut integrierten Personen ohne regulären Aufenthalt, die sich schon seit vielen Jahren in der Schweiz aufhalten, eine Aufenthaltsbewilligung zu erteilen. Kantone, die mit Härtefallbewilligungen sehr restriktiv umgehen, vertreten eher die Ansicht, diese Form der Bewilligung stelle eine ungerechtfertigte Regularisierung von illegal anwesenden Personen dar. Die unterschiedlichen kantonalen Praktiken lassen zu Recht den Schluss zu, dass es sich bei dieser Art der Regularisierung um eine Art «Härtefalllotterie» handelt.¹⁶

¹⁴ Bolzli (2009), S. 203.

¹⁵ Ebd.

¹⁶ Baur (2009), S. 6 ff.

Ein Blick in die Statistik bestätigt die grosse Diskrepanz der Kantone in Sachen Härtefallbewilligungen. Die Asylstatistik von 2009 hält die Anzahl Gesuche fest, die von den Kantonen gutgeheissen und somit ans BFM weitergeleitet worden sind.¹⁷ Die Statistik zeigt, dass insbesondere Westschweizer Kantone im Vergleich zu einigen Deutschschweizer Kantonen viele Härtefallgesuche ans BFM zur Zustimmung weitergeleitet haben.¹⁸ Nicht ersichtlich wird aus dieser Aufstellung jedoch, wie viele Härtefallgesuche insgesamt an die Kantone gerichtet worden bzw. wie viele Gesuche bereits am kantonalen Zustimmungsverfahren gescheitert sind. Um diese Zahlen in Erfahrung zu bringen und somit die Statistik zu ergänzen, hat sich die Schweizerische Beobachtungsstelle im Laufe des Sommers 2010 mit verschiedenen kantonalen Migrationsämtern in Verbindung gesetzt. Die Rückmeldungen waren jedoch so unterschiedlich, dass an dieser Stelle keine allgemein gültigen Zahlen wiedergegeben werden können. Einige Kantone gaben an, abgewiesene Härtefallgesuche nirgends zu erfassen und somit über keine Zahlen zu verfügen. Andere Kantone erfassen die Gesamtheit aller an sie gerichteten Gesuche, zählen jedoch auch Mehrfachgesuche mit oder machen bei der Erfassung keine Unterscheidung zwischen den verschiedenen Härtefallbewilligungen. Wiederum andere Kantone waren nicht bereit, diese Zahlen bekannt zu geben. Somit lässt sich nicht sagen, wie viele Personen insgesamt im vergangenen Jahr die Behörden um eine Härtefallbewilligung ersucht haben. Festhalten lässt sich allerdings, dass Härtefallgesuche, die dem BFM zur Zustimmung weitergeleitet werden, von diesem häufig positiv entschieden werden.¹⁹ Die Hauptschwierigkeit bei Härtefallgesuchen liegt somit meist bei den kantonalen Verfahren.

¹⁷ [Asylstatistik 2009](#), S. 51 ff.

¹⁸ Ebd.

¹⁹ Ebd.

III. Fallbeispiele zur Härtefallpraxis bei Familien

Die Schweizerische Beobachtungsstelle für Asyl- und Ausländerrecht sowie die regionalen Beobachtungsstellen in der West- und Ostschweiz sind seit Beginn ihrer Tätigkeit immer wieder mit Härtefallgesuchen von Familien konfrontiert, die trotz fortgeschrittener Integration negativ entschieden werden und insbesondere für die betroffenen Kinder schwerwiegende Konsequenzen zur Folge haben.

Im Folgenden werden acht verschiedene Fälle, die von den Beobachtungsstellen dokumentiert worden sind, detailliert dargestellt und thematisch geordnet auf Konflikte mit Kinderrechten und anderen Menschenrechten untersucht.

III.1 Nichtberücksichtigung des Kindeswohls wegen Fehlverhaltens der Eltern

Fall 125 vom 13. September 2010²⁰

«Yanis» und «Kaya» aus Algerien stellten vor acht Jahren für sich und ihre drei Kinder²¹ ein Asylgesuch. In der Schweiz wurden zwei weitere Kinder geboren. Die Familie bemüht sich seither sehr um ihre Integration, vor allem um jene der Kinder; die älteren, welche die Schule besuchen, fanden sich sehr schnell zurecht, sind motiviert und sprechen sehr gut deutsch.

Die letztinstanzliche Ablehnung ihres Asylgesuches und die Ansetzung einer Ausreisefrist stellte für die Familie nach vier Jahren Aufenthalt und fortgeschrittener Integration einen grossen psychischen Druck dar. Aus Angst teilte die Familie daraufhin während fünf Monaten den Behörden ihren Aufenthaltsort nicht mit. Dies hat dazu geführt, dass das kantonale Migrationsamt ihr Härtefallgesuch materiell gar nicht erst geprüft hat, da durch das Untertauchen das formelle Eintretenskriterium nicht erfüllt sei. Die Situation der Kinder wurde nicht angeschaut, obwohl ihnen eine Ausweisung nach Algerien nicht zugemutet werden kann, zumal die jüngeren nur die Schweiz kennen und auch die älteren über eine schweizerische Schullaufbahn verfügen, die eine Wiedereingliederung in Algerien fast verunmöglichen. Aufgrund massiven Drucks von Seiten der Bevölkerung wurde das Härtefallgesuch schlussendlich doch von der zuständigen Regierungsrätin dem BFM zur Zustimmung unterbreitet.²²

²⁰ Fall 125 wurde von der Schweizerischen Beobachtungsstelle dokumentiert.

²¹ Jahrgänge 1994, 1998 und 2002.

²² Nachdem das Härtefallgesuch auch vom BFM abgelehnt worden war, ist nun ein Beschwerdeverfahren beim Bundesverwaltungsgericht hängig.

Fall 94 vom 7. Dezember 2009²³

«Ali» und «Lara» aus Algerien stellten 1994 ein Asylgesuch, das im selben Jahr abgelehnt wurde. Aufgrund fehlender Identitätspapiere konnte das Paar jedoch nicht ausgeschafft werden, worauf sie in der Schweiz blieben und hier eine Familie gründeten. Sie leben seither von der Sozialhilfe bzw. Nothilfe, da sie als abgewiesene Asylsuchende nicht arbeiten dürfen.

2007 wollte die Familie ihren Aufenthalt in der Schweiz nach Art. 14. Abs. 2 AsylG regularisieren lassen. Das Härtefallgesuch der 6-köpfigen Familie, die zu diesem Zeitpunkt dreizehn Jahre in der Schweiz gelebt hat und deren Kinder (5 bis 13-jährig) alle hier geboren sind, wurde vom zuständigen kantonalen Migrationsamt negativ entschieden. Die alleinige Begründung war, dass der Vater straffällig geworden sei und Beteiligungen gegen ihn laufen würden. Auf die Situation von «Lara» und der vier Kinder wurde nicht eingegangen. Die kantonalen Behörden waren der Ansicht, dass eine Prüfung der Situation der Kinder unterbleiben könne, wenn die Eltern die Härtefallkriterien nicht erfüllen.²⁴

Fall 90 vom 18. November 2009²⁵

«Marco» und «Elisa» verliessen 2001 die Türkei, um in der Schweiz ein Asylgesuch zu stellen. Dieses wurde zwei Jahre später abgelehnt. Die beiden kämpften jedoch weiter für ein Aufenthaltsrecht in der Schweiz. «Marco» arbeitete während fünf Jahren teilzeit in einem Gastronomiebetrieb, bis ihm das Ausüben einer Erwerbstätigkeit amtlich verweigert wurde. Zusätzlich engagierte sich «Elisa» in dieser Zeit als Kinderbetreuerin für einen Verein. Während dieser Zeit wurden die zwei Kinder «Mauro» (2005) und «Rahel» (2009) geboren. Nach der Einreichung eines Wiedererwägungsgesuches im Jahre 2006 legten die beiden freiwillig ihre richtige Identität offen, die sie anfänglich den Behörden vorenthalten hatten. Da das Gesuch letztinstanzlich vom Bundesverwaltungsgericht abgewiesen wurde, stellte die Familie im September 2009 ein Härtefallgesuch nach Art. 14 Abs. 2. AsylG. Die Ablehnung des Gesuches vom bernischen Migrationsdienst kam bereits nach zwei Wochen mit der Begründung, dass «Elisa» und «Marco» zu Beginn einen falschen Namen und einen falschen Herkunfts- und Heimatort angegeben hätten und dass sich die Familie bereits bei der Rückkehrberatung angemeldet habe.

²³ [Fall 94](#) wurde von der Schweizerischen Beobachtungsstelle dokumentiert.

²⁴ In der Zwischenzeit hat eine lokale Organisation in diversen Gesprächen mit den zuständigen Behörden eine vorläufige Aufnahme der Familie erwirken können. Der älteste Sohn «Luca», heute 16-jährig, konnte eine Lehrstelle antreten.

²⁵ [Fall 90](#) wurde von der Schweizerischen Beobachtungsstelle dokumentiert.

III.1.1 Gesamtbetrachtungsweise von Härtefallgesuchen

In Fall 94 scheidet die Gutheissung des Härtefallgesuchs explizit am fehlbaren Verhalten des Vaters in der Vergangenheit. In der ablehnenden Begründung des Kantons wird lediglich festgehalten, dass «Ali» das Kriterium des klaglosen Verhaltens nicht erfülle und sich aus diesem Grund eine vertiefte Prüfung zur Situation von Frau und Kindern erübrigen würde.²⁶ Ähnlich stellt sich die Situation in den Fällen 90 und 125 dar. In Fall 90 stützte sich das kantonale Migrationsamt bei der Beurteilung des Härtefallgesuchs trotz achtjähriger Anwesenheit und guter Integration der Familie lediglich auf die anfänglich falsche Identitätsangabe der Eltern, was dazu führte, dass die übrigen Kriterien nicht mehr geprüft wurden. In Fall 125 werden aufgrund des 5-monatigen Untertauchens der betroffenen Familie die weiteren Kriterien, die einen Härtefall zu begründen vermögen, ausser Acht gelassen. Dieses Untertauchen hätte nach Ansicht der SBAA unter Würdigung der Gesamtumstände relativiert werden sollen. Die Familie war zum damaligen Zeitpunkt aufgrund des letztinstanzlichen negativen Asylentscheids, der nota bene 4 Jahre nach Einreichen des Asylgesuchs erging, der drohenden Ausschaffung und der damit verbundenen Angst und Unsicherheit einer massiven psychischen Belastung ausgesetzt. Nach fünf Monaten hatte sich die Familie zudem aus eigenem Antrieb wieder beim zuständigen Migrationsamt gemeldet.²⁷

Die frühere Asylrekurskommission und das Bundesverwaltungsgericht beton(t)en in ihren Entscheiden zu Härtefällen von Familien immer wieder, dass bei Familien mit Kindern stets die Situation der ganzen Familie zu berücksichtigen sei und nicht die der einzelnen Familienmitglieder isoliert betrachtet werden könne.²⁸ In allen drei Fällen wird der gesamten Familie aufgrund von geringfügigen Verfehlungen von Seiten der Eltern bzw. des Vaters eine Härtefallbewilligung verwehrt. Es wurde lediglich auf die Handlungen der Erwachsenen abgestützt und somit nur deren Situation geprüft. Diese Praxis lässt sich unter anderem auf eine Weisung des BFM zurückführen, die festhält, dass bei Familien alle erwachsenen Personen einzeln die in Art. 14 Abs. 2 AsylG aufgeführten Kriterien erfüllen müssen.²⁹ Nach Ansicht der SBAA genügt diese Vorgehensweise dem Erfordernis einer Gesamtbetrachtungsweise nicht. Obwohl die Rechtsprechung auch hervorhebt, dass es schwierig sei, einen Härtefall nur für die Kinder oder nur für die Erwachsenen anzunehmen,³⁰ kann es im Hinblick auf das Kindeswohl (Art. 3 Kinderrechtskonvention) nicht genügen, wenn die Situation der Kinder vollständig ausser Acht gelassen wird.

²⁶ Aus dem Aktendossier zu Fall 94.

²⁷ Aus dem Aktendossier zu Fall 125.

²⁸ u.a.: BVG 2007/16, E. 5.3.

²⁹ Weisung des BFM vom 1.1.2008 (Stand 12.12.2008), Asylbereich III., 6 Rechtliche Stellung, S. 3.

³⁰ u.a.: BVG 2007/16, E.5.3.

Das Bundesgericht selbst hat denn auch entschieden, dass es Situationen geben kann, in denen das Härtefallgesuch für die ganze Familie gutgeheissen wird, obwohl «nur» die Kinder oder «nur» die Eltern die entsprechenden Kriterien erfüllten.³¹ Um abklären zu können, ob ein Härtefallgesuch gutgeheissen werden kann, wenn nicht alle Familienmitglieder einen Härtefall darstellen, ist es daher unerlässlich, die Situation aller Familienmitglieder zu prüfen.

Zusätzlich gilt es darauf hinzuweisen, dass es aufgrund der strengen formellen Voraussetzungen für die Prüfung eines Härtefalls (vgl. Fall 125 und 90) häufig gar nicht erst zu einer gebührenden Prüfung und Berücksichtigung der Situation der betroffenen Kinder kommen kann (z.B. hohe Anforderungen an den Identitätsnachweis oder das Erfordernis des stets bekannten Aufenthaltsortes). Insoweit steht bereits die gesetzliche Regelung der Prüfung des Kindeswohles entgegen.

Dass in den genannten drei Fällen die Situation der Kinder nicht näher geprüft worden ist und diese somit faktisch für früheres Fehlverhalten der Eltern «bestraft» werden, ist aus Sicht der SBAA nicht nur im Lichte der Rechtsprechung problematisch, sondern auch hinsichtlich verschiedener Garantien der Kinderrechtskonvention. So hält beispielsweise auch Artikel 2 Abs. 2 KRK die Vertragsstaaten an, Massnahmen zu treffen, damit «*das Kind vor allen Formen der Diskriminierung oder Bestrafung wegen des Status, der Tätigkeiten, der Meinungsäusserungen oder der Weltanschauung seiner Eltern, seines Vormunds oder seiner Familienangehörigen geschützt wird*».

III.1.2 Vertiefte Prüfung bei Jugendlichen

In den dargestellten Fällen erweisen sich die negativ entschiedenen Härtefallgesuche insbesondere für die betroffenen Kinder und Jugendlichen als sehr hart. Die Rechtsprechung hält fest, dass bei Härtefallgesuchen, die Kinder betreffen, deren Alter ein wichtiges Kriterium für die Feststellung der sozialen Integration darstellt.³² Entsprechend gehen die Gerichte eher von einer erfolgreichen sozialen und schulischen Integration aus, wenn sich die betroffenen Kinder im Jugendalter befinden und somit ihre Adoleszenz in der Schweiz verbracht haben.³³ Dies wird auf die Tatsache zurückgeführt, dass bei Kindern und Jugendlichen, die sich kurz vor oder bereits in der Adoleszenz befinden, eine beziehungsmässige Ablösung von den Eltern und die Bildung eines eigenen unabhängigen Sozialnetzes begonnen haben.³⁴ Die Asylrekurskommission hat in einem ihrer Entscheide festgehalten, dass sich eine aufgezwungene Rückkehr für diese Personengruppe besonders schwierig gestalten könnte, so dass in solchen Fällen von einem Härtefall auszugehen sei.³⁵

³¹ BGer 2A.578/2005 vom 3. Februar 2006, E. 3.2; BGE 128 II 200, wo die Situation der Kinder nicht vertieft geprüft wurde, da die Mutter einen Härtefall darstellte.

³² BVGer C-1555/2008 vom 1. September 2009 E. 5.5.

³³ BVGer C-1555/2008, E. 5.5; BGer. 2A.615/2005, E. 3.

³⁴ EMARK 2001/26 E. 6d.

³⁵ Ebd.

Doch selbst wenn ein Kind während mehreren Jahren in der Schweiz die Schule besucht hat, bedeutet dies nach der Rechtsprechung noch nicht, dass damit das Erfordernis der erfolgreichen schulischen Integration erfüllt ist. In Urteil C-2041/2007 hält das Bundesverwaltungsgericht zusätzlich fest, dass ein mehrjähriger Schulbesuch im Normalfall keinen Härtefall zu begründen vermag. Voraussetzung zur Annahme eines persönlichen Härtefalls sei eine erfolgreiche schulische und soziale Integration, wobei zuweilen *überdurchschnittliche schulische Leistungen* verlangt werden. Im Urteil C-341/2006 des Bundesverwaltungsgerichts wurde ein Härtefall für einen 16-jährigen Jugendlichen verneint, obwohl dieser seit acht Jahren in der Schweiz lebte und ihm das Gericht eine gute schulische und soziale Integration attestierte. Trotzdem hat es die Bejahung eines Härtefalls unter anderem mit der Begründung verneint, dass «keine überdurchschnittlichen Leistungen im Sinne der bundesgerichtlichen Rechtsprechung» vorhanden seien.³⁶ Dass das Leistungsniveau in Zusammenhang mit der Gutheissung oder Ablehnung eines Härtefalles entscheidend sein soll, leuchtet nicht ein. Nach Ansicht der SBAA stellt die schulische Leistung ein sachfremdes Kriterium dar, da sie nichts über die Integration eines Kindes aussagt. Kinder, die keine guten schulischen Leistungen erbringen, werden somit nicht gleich behandelt, wie Kinder, die in der Schule sehr gut sind. Für diese Ungleichbehandlung gibt es keine Rechtfertigung, weshalb sie unserer Meinung nach eine Diskriminierung darstellt.

Sowohl in Fall 94 wie auch in Fall 125 sind Familien mit Jugendlichen von einem negativen Härtefallentscheid betroffen. Diese Kinder haben einen Grossteil ihrer schulischen Laufbahn in der Schweiz verbracht (einige sind gar hier geboren [Fall 94]), beherrschen die Deutsche Sprache bedeutend besser als die Sprache ihrer Eltern, unterhalten ein funktionierendes Sozialnetz und verfügen nur über wenige bis gar keine Kontakte in ihrem Herkunftsland. «Nadim», der älteste Sohn der Familie aus Fall 125, hat beispielsweise die für seine Entwicklung wichtigen Jahre zwischen seinem 8. und 16. Altersjahr in der Schweiz verbracht. Trotz Vorliegen dieser Tatsachen, die an sich die Chancen für die Gutheissung einer Härtefallbewilligung deutlich steigern, haben sich die beurteilenden Behörden gegen die Prüfung eines persönlichen Härtefalls entschieden oder das Gesuch, ohne der Situation der Jugendlichen speziell Rechnung zu tragen, negativ entschieden. Die Behörden setzen sich mit solchen Entscheiden über das in der Kinderrechtskonvention statuierte Kindeswohl hinweg und nehmen eine Entwurzelung der Betroffenen in Kauf. Diese Entwurzelung bedeutet für die betroffenen Kinder und Jugendlichen einen gravierenden Einschnitt in ihrem jungen Leben und wirkt sich mit grosser Wahrscheinlichkeit äusserst belastend auf deren Entwicklung aus.³⁷

Eine Härtefallbewilligung stellt für betroffene Jugendliche denn auch häufig die einzige Chance dar, eine Berufsbildung in der Schweiz absolvieren zu können. Illegal anwesenden Kindern und Jugendlichen ist es aufgrund unserer Bundesverfassung (Art. 19, 62) und der Kinderrechtskonvention (Art. 28) wohl möglich, in der Schweiz die Schule zu besuchen und in gewissen Fällen auch ein Studium zu absolvieren; da sie als illegal Anwesende jedoch keine Arbeitsbewilligung besitzen, können sie bis zum heutigen Zeitpunkt grundsätzlich keine

³⁶ BVGer C-341/2006, E. 5.3.

³⁷ vgl. Zimmermann (2009).

Lehrstelle antreten.³⁸ Exemplarisch kann diese Problematik am ältesten Sohn der Familie aus Fall 94 aufgezeigt werden, der heute eine Lehre als Baumeister absolviert. «Luca» wurde in der Schweiz geboren und hat seine gesamte obligatorische Schulzeit in der Schweiz absolviert. Das Härtefallgesuch seiner Familie wurde ungeachtet seiner Verwurzelung in der Schweiz abgelehnt. Ohne den unermüdlichen Einsatz von Freiwilligen, der schliesslich eine vorläufige Aufnahme der Familie erwirken konnte, wäre es «Luca» als Sohn abgewiesener Asylsuchender nicht möglich gewesen, eine Lehrstelle anzutreten.

III.2 Der behördliche Ermessensspielraum

Fall 128 vom 23. Oktober 2010³⁹

Die Geschichte von «Samira» und «Jemal» ist derjenigen von Fall 125 sehr ähnlich; auch sie sind mit den damals 9-, 7- und 1-jährigen Kindern aus Algerien ausgereist und befinden sich nun schon seit acht Jahren in der Schweiz, wo eine weitere Tochter geboren wurde. 2007 wurde das Asylgesuch der Familie definitiv abgewiesen. Die Kinder beherrschen die deutsche Sprache perfekt, sind in den Schulen integriert und die älteste Tochter hat kurz nach Abschluss der obligatorischen Schulzeit ein Praktikum in einer Kinderkrippe beginnen können. Im Jahre 2008 wurde ihr Härtefallgesuch aufgrund zum Teil ungenauer Abklärungen des Migrationsamtes abgelehnt, obwohl die kantonale Härtefallkommission das Gesuch gutgeheissen hatte. Erst auf öffentlichen Druck hin gelangte das Gesuch über die Vorsteherin des Justiz- und Sicherheitsdepartements ans BFM. Nachdem auch dieses sich gegen einen Härtefall entschieden hatte, versuchte die Polizei eines Morgens im Juni 2009 die Familie auf brutale Weise auszuschaffen. Der Ausschaffungsversuch wurde jedoch abgebrochen, da «Samira» einen Zusammenbruch erlitt. Zur Zeit läuft ein Beschwerdeverfahren vor dem BVGer.

³⁸ Auf nationaler Ebene haben sich die Nationalräte Luc Barthassat (CVP) und Antonio Hodgers (Grüne) für die Berufsbildung von Sans-Papiers eingesetzt. Der Nationalrat hat die beiden Motionen im März 2010 knapp angenommen. Der Ständerat hat am 14.9.2010 der Motion Barthassat zugestimmt. Somit liegt es nun am Bundesrat, ein entsprechendes Gesetz auszuarbeiten. Auch auf kantonaler Ebene gibt es verschiedene Vorstösse, die Sans-Papiers eine Berufsbildung ermöglichen möchten. In den Kantonen Waadt und Basel-Stadt ist es jugendlichen Sans-Papiers bereits heute möglich, unter gewissen Bedingungen eine Lehre zu absolvieren.

³⁹ [Fall 128](#) wurde von der Schweizerischen Beobachtungsstelle dokumentiert.

Fall 62 vom 23. Dezember 2008⁴⁰

Eine äthiopische Familie mit negativem Asylentscheid lebt seit 1997 in der Schweiz, da Äthiopien bis 2005 keine Papiere für Rückschaffungen ausstellte und eine Rückkehr somit nicht möglich war. Im April 2007 reichte sie in Erfüllung aller Kriterien ein Härtefallgesuch beim Kanton Zürich ein. Die Eltern hatten schnell Arbeit gefunden und die deutsche Sprache sehr gut erlernt. Das ältere der beiden in der Schweiz geborenen Kinder, das im Schulalter ist, ist geistig behindert und braucht heilpädagogische Unterstützung sowie regelmässige medizinische Abklärungen. Eine Wiedereingliederung im Heimatstaat ist nach neun Jahren Aufenthalt und guter Integration in der Schweiz kaum mehr möglich, zumal auch die Kinder nichts anderes als die Schweiz kennen. Trotzdem wird das Härtefallgesuch mit teils falschen und mangelhaften Begründungen abgelehnt. Der Familie wird zum Beispiel eine schlechte soziale und berufliche Integration vorgeworfen, obwohl diese diesbezüglich alles unternommen hat und mit Zeugnissen (Sprachtests etc.) und Attesten belegen kann. Eine Prüfung der Gesamtsituation unter Berücksichtigung der anderen Härtefallkriterien wurde vom Migrationsamt nicht vorgenommen.

Die kantonalen Migrationsämter verfügen hinsichtlich der Prüfung von Härtefällen über einen sehr grossen Ermessensspielraum; dies geht auch aus den Fällen 62 und 128 hervor. Bei den im Asyl- und Ausländergesetz sowie der dazugehörigen Verordnung (VZAE) aufgezählten Kriterien, die einen Härtefall zu begründen vermögen (z.B. Integration, Wille zur Teilhabe am Wirtschaftsleben, Möglichkeit für eine Wiedereingliederung im Heimatstaat etc.), handelt es sich um sehr weit gefasste und somit auslegungsbedürftige Begriffe, welche von den Kantonen unterschiedlich interpretiert und gewichtet werden. Die Schweizerische Flüchtlingshilfe hat in ihrer Untersuchung zur Härtefallpraxis der Kantone aufgezeigt, wie unterschiedlich beispielsweise das Kriterium der wirtschaftlichen Integration ausgelegt wird. Restriktive Kantone gehen tendenziell davon aus, dass das genannte Kriterium erst nach mehrjähriger ununterbrochener Sozialhilfeunabhängigkeit und einem gefestigten Arbeitsplatz als erfüllt betrachtet werden kann. In liberaleren Kantonen reicht eine dreimonatige Anstellung oder lediglich die Aussicht auf ein künftiges Arbeitsverhältnis als Nachweis aus.⁴¹ Auch wenn das Bundesamt für Migration mittels Weisungen⁴² die Anforderungen an die verschiedenen Kriterien zu konkretisieren versucht, um eine einheitlichere Praxis zu schaffen, bleibt der Ermessensspielraum der Kantone sehr gross.

⁴⁰ Fall 62 wurde von der Beobachtungsstelle Ostschweiz dokumentiert.

⁴¹ Baur (2009), S. 13 ff.

⁴² BFM Weisung (I Ausländerrecht) 5: Aufenthalt ohne Erwerbstätigkeit, aus wichtigen öffentlichen Interessen und als schwerwiegender persönlicher Härtefall, S. 23 ff. (Stand 1.7.09).

Die Härtefallbewilligung der sechsköpfigen Familie aus Fall 128 wurde sowohl vom Migrationsamt als auch vom BFM unter anderem mit dem Hinweis auf die fehlende soziale und berufliche Integration der Eltern verweigert. Beide Ämter bemängelten, dass die Eltern weder einer Landessprache mächtig sind noch Arbeitsbemühungen vorweisen können. Diese Einschätzung erstaunt, da «Jemal» fließend Französisch spricht und sich verständlich auf Deutsch auszudrücken weiss.⁴³ Die berufliche Integration ist für abgewiesene Asylsuchende ausserordentlich schwierig, da sie von Gesetzes wegen nicht arbeiten dürfen. Umso mehr müssten nach Ansicht der SBAA «Jemals» Arbeitsbemühungen gewürdigt werden; eine Autowerkstatt hat ihm schriftlich zugesichert, dass er – sofern die Familie eine Aufenthaltsbewilligung erhält – als Mechaniker angestellt werden kann. Stattdessen kommt das BFM zum fragwürdigen Schluss, dass selbst nach acht Jahren eine Wiedereingliederung der Familie in die algerischen Arbeitsbedingungen gut gelingen würde, da sie die hiesigen Bedingungen gar nicht erst kennengelernt hätten. Da aus Sicht des Migrationsamtes die Situation der Eltern keine besondere Härte darstellt, wurde jene der vier gut integrierten Kinder erst gar nicht genauer geprüft. Analog zu den oben dargestellten Fällen wurde mit dem negativen Härtefallentscheid bewusst in Kauf genommen, dass die Kinder bzw. jungen Erwachsenen aus ihrem vertrauten Umfeld herausgerissen und dadurch erheblich traumatisiert werden.

Im Fall der äthiopischen Familie aus Fall 62 wurde anfänglich das Härtefallgesuch mit der Begründung abgewiesen, dass die Familie ihre Identität nicht offen gelegt beziehungsweise nach Zürcher Praxis keine Reisepapiere vorgelegt habe; die Behörden liessen bei diesem Argument ausser Acht, dass die betroffenen Personen bereits im Asylverfahren, das neun Jahre zurücklag, über keine Identitätspapiere verfügt hatten. Nachdem dieser Einwand aus dem Weg geräumt werden konnte, wurde von den Behörden bemängelt, dass die Familie nicht gut integriert sei und Level B1 in Deutsch nicht nachgewiesen sei. Die Familie legte daraufhin Sprachtests vor, die ihre sehr guten Deutschkenntnisse bestätigten und gelangte gleichzeitig mit einer Aufsichtsbeschwerde an den Regierungsrat, der die Beschwerde zwar ablehnte, in seinem Schreiben jedoch explizit festhielt, dass der Nachweis der fortgeschrittenen Integration habe erbracht werden können. Auf die Situation der beiden Kinder, insbesondere auf den Umstand, dass die ältere Tochter geistig behindert ist und spezielle heilpädagogische Unterstützung benötigt, wurde nicht eingegangen. Zur Situation der Kinder wurde lediglich festgehalten, dass sich diese in einem anpassungsfähigen Alter befänden und somit problemlos nach Äthiopien zurück geschickt werden könnten. Nach Ansicht der SBAA hätte in diesem Fall die geistige Behinderung der älteren Tochter bei der Beurteilung des Gesuchs berücksichtigt werden müssen. Der Gesundheitszustand wird in Art. 31 Abs. 1 lit. f VZAE denn auch explizit als massgebliches Kriterium für die Beurteilung eines Härtefalls genannt.

⁴³ Dies geht aus persönlichen Gesprächen mit «Jemal» und aus Informationen einer freiwilligen Betreuerin der Familie hervor.

Im Sinne der Kinderrechtskonvention wäre es angebracht, das Kindeswohl bei Härtefallgesuchen von Familien in den Vordergrund zu rücken und dieses auch als Leitlinie für den sehr weiten und auslegungsbedürftigen Begriff des Härtefalls zu nehmen. Das Eidgenössische Justiz- und Polizeidepartement hat denn auch entschieden, dass das Kindeswohl «im Rahmen einer völkerrechtskonformen Auslegung des Landesrechts zu berücksichtigen» sei.⁴⁴ Die Rechtsprechung folgt bezüglich der Berücksichtigung des Kindeswohls einem restriktiven Kurs. Wiederholt hat das Bundesverwaltungsgericht zwar betont, dass «das Kindeswohl bei allen Massnahmen, die Minderjährige betreffen, ein Aspekt von vorrangiger Bedeutung» sei.⁴⁵ In der Praxis werde dem insofern Rechnung getragen, «als der fortgeschrittenen sozialen und schulischen Integration von Kindern in der Schweiz regelmässig besonderes Gewicht beigemessen wird».⁴⁶ Das Bundesverwaltungsgericht prüft die soziale Integration der Kinder jedoch meist häufig einzig anhand der schulischen Integration und knüpft somit vor allem an das Alter der Kinder an (vgl. Kapitel III.1.2).⁴⁷ Das Kindeswohl als oberste Maxime wäre jedoch unter allen Aspekten, die einen Härtefall rechtfertigen, besonders zu berücksichtigen. Diese Ansicht wird auch vom Bundesgericht vertreten, welches im 2009 zum ersten Mal in zwei seiner Entscheide⁴⁸ anerkannt hat, dass die Behörden bei zukünftigen Entscheiden, die Kinder betreffen, dem Kindeswohl mehr Gewicht beimessen müssen.

⁴⁴ BVGer C-8270/2008 vom 10. Mai 2010, E. 6.7, mit Hinweis auf den Entscheid des EJPD.

⁴⁵ u.a. BVGer C-8270/2008 vom 10. Mai 2010, E. 6.7.

⁴⁶ BVGer C-2041/2007, E. 6.2.1.

⁴⁷ Ebd.

⁴⁸ BGE 135 I 143 und BGE 135 I 153 (zwei Entscheide zum so genannt "umgekehrten Familiennachzug").

III.3 Fehlende Parteistellung im kantonalen Verfahren

Fall 104 vom 2. März 2010⁴⁹

«Marina», eine Roma aus Bulgarien, flüchtete mit ihren drei Kindern 2004 in die Schweiz, da sie diese von den schon in die Wege geleiteten Zwangsheiraten in ihrer Heimat schützen wollte. Nach erstmaliger Ablehnung wurde ihr Asylgesuch nach einer Beschwerde an die Asylrekurskommission (ARK) zur Neubeurteilung an das BFM zurückgewiesen. Seit diesem Zeitpunkt lebt die inzwischen sehr gut integrierte Familie mit dem N-Ausweis in der Schweiz und wartet auf den Entscheid. Marina verdient trotz vollzeitlicher Arbeit nicht genügend, um die Familie ohne Unterstützung der Sozialhilfe durchzubringen, findet aber keine andere Arbeit, da ihr Aufenthaltsstatus sehr unsicher ist. Aus demselben Grund bemühen sich die Kinder, die zwischen 14 und 19 Jahre alt sind, vergeblich um eine Lehrstelle. Um einen ordentlichen Aufenthaltsstatus zu erhalten, reichen sie beim Kanton Bern ein ausführlich begründetes Härtefallgesuch ein. Das Gesuch wird mit der Begründung, dass vor Abschluss des Asylverfahrens kein Härtefall behandelt werde, nicht einmal geprüft, obwohl nach Art. 14 Abs. 2 AsylG diese Möglichkeit ausdrücklich besteht.

Auch im Fall von «Marina» und ihren drei Kindern wird der grosse Ermessensspielraum der zuständigen Behörden deutlich, was u.a. auf die Kann-Bestimmung im Asylgesetz (Art. 14 Abs. 2) zurückzuführen ist. Der relevante Artikel hält fest, dass Kantone mit Zustimmung des BFM abgewiesenen Asylsuchenden oder Asylsuchenden im hängigen Asylverfahren, die sich seit mindestens 5 Jahren in der Schweiz befinden, eine Aufenthaltsbewilligung erteilen *können*. Diese Kann-Bestimmung trägt denn auch wesentlich dazu bei, dass die Kantone eigenständig entscheiden können, ob sie Härtefallgesuche von Personen aus dem Asylbereich ans BFM weiterleiten oder nicht. Wie aus Fall 104 hervorgeht, scheint der Kanton Bern die Auffassung zu vertreten, dass bei hängigen Asylverfahren erst einmal die Antwort des BFM abgewartet werden muss, da die Feststellung einer Verfolgungssituation der Beurteilung eines Härtefalls vorgeht.⁵⁰ Aufgrund dieser Auffassung nahmen im vorliegenden Fall die zuständigen Behörden auch keine Härtefallprüfung vor; ungeachtet der Tatsache, dass «Marina» und ihre Kinder sehr gut in die schweizerischen Verhältnisse integriert, die Kinder eingeschult sind und die Jahre ihrer Adoleszenz hier verbracht hatten (vgl. Kapitel III.1.2).

Artikel Art. 14 Abs. 4. AsylG hält zudem fest, dass die gesuchstellende Person nur beim Zustimmungsverfahren des Bundesamts (BFM) Parteistellung hat. Lehnt ein Kanton das Härtefallgesuch einer Person ab und leitet es nicht ans BFM zur Zustimmung weiter, ist es nicht möglich, Beschwerde gegen diesen Entscheid einzulegen, was aus

⁴⁹ Fall 104 wurde von der Schweizerischen Beobachtungsstelle dokumentiert.

⁵⁰ Aktendossier zu Fall 104.

verfassungsrechtlicher Perspektive äusserst bedenklich erscheint. Artikel 29a der Bundesverfassung statuiert die Rechtsweggarantie, welche besagt, dass jeder Person bei Rechtsstreitigkeiten ein grundrechtlicher Anspruch auf Beurteilung durch eine richterliche Behörde zusteht. Die explizite Ausklammerung der Härtefallregelung von dieser Rechtsweggarantie ist daher sehr problematisch und wird in der Lehre häufig kritisiert.⁵¹

Die Fälle 125 und 128 weisen dieselbe Problematik auf. Als abgewiesene Asylsuchende war es auch diesen beiden Familien nicht möglich, gegen den negativen Entscheid der kantonalen Migrationsämter Beschwerde einzureichen und die ablehnenden Entscheide richterlich überprüfen zu lassen. Die Tatsache jedoch, dass schlussendlich die Härtefallgesuche beider Familien aufgrund privater Initiativen und grossen Solidaritätsbekundungen aus der Bevölkerung von der zuständigen Regierungsrätin direkt dem BFM zur Zustimmung unterbreitet worden sind, zeigt, dass diese Härtefallgesuche gerechtfertigt waren und der Ermessensspielraum des kantonalen Migrationsamtes überschritten oder zumindest überspitzt formalistisch ausgeübt worden ist.

Dass vom Kanton abgewiesene Härtefallgesuche durch Solidaritätsbekundungen in der Bevölkerung dennoch ans BFM gelangen können, ist grundsätzlich positiv zu beurteilen. Aus Sicht der Rechtsgleichheit und einer einheitlichen Rechtsanwendung wäre es jedoch angebracht, eine Beschwerdemöglichkeit für alle Betroffenen einzuführen. Es ist nämlich äusserst ungerecht, wenn nur diejenigen Betroffenen die Möglichkeit auf eine Überprüfung oder Weiterleitung ans BFM haben, die auf eine breite Unterstützung in der Bevölkerung zählen können. Die sowieso bereits bestehende ungleiche Behandlung von Härtefallgesuchen wird damit nur noch vergrössert.

⁵¹ Baur (2009), S.16 ff.

III.4 Aufenthaltsdauer und Wiedereingliederung im Herkunftsstaat

Fall 79 vom Mai 2009⁵²

Eine dreiköpfige brasilianische Sans-Papiers-Familie stellte nach 15-jährigem Aufenthalt in der Schweiz ein Härtefallgesuch (Art. 30 Abs. 1 lit. b AuG), welches der Kanton Basel-Stadt positiv befürwortete. Die Eltern waren in der Schweiz stets berufstätig: «Mauro» arbeitete auf verschiedenen Baustellen und «Sabina» als Putzfrau und Aushilfe in Privathaushalten. Beide sprechen gut Deutsch, haben einen grossen Freundeskreis und sind ehrenamtlich in verschiedenen Vereinen tätig. «Livia», die 10-jährige Tochter der beiden, ist eingeschult und kennt nur die Schweiz. Das Härtefallgesuch der Familie wurde mit zahlreichen positiven Referenzschreiben der baselstädtischen Bevölkerung unterstützt.

Das BFM wie auch letztinstanzlich das BVGer fällten jedoch einen negativen Entscheid mit der Begründung, dass die lange Anwesenheitsdauer bei einem illegalen Aufenthalt nicht berücksichtigt werden könne. Ferner liesse sich keine ausserordentliche Integration feststellen und die Reintegration im Herkunftsland sei problemlos möglich. Auch «Livia» könne man zumuten, die Schweiz zu verlassen und sich in Brasilien zu integrieren.

⁵² [Fall 79](#) wurde von der Beobachtungsstelle Ostschweiz dokumentiert.

Fall 53 vom 17. November 2008⁵³

Die Philippinin «Camila» arbeitete seit 1990 als Hausangestellte internationaler FunktionärInnen in der Schweiz und verfügte über eine Aufenthalts- und Arbeitsbewilligung gestützt auf eine Richtlinie des EDA, die den Aufenthalt von privaten Hausangestellten, von diplomatischen und konsularischen Vertretungen und internationalen FunktionärInnen regelt.⁵⁴ Danach ist für private Hausangestellte kein Familiennachzug vorgesehen. 1996 kommt ihr Sohn «Pablo» zur Welt. Gemäss der Richtlinie darf sie das Kind nicht bei sich behalten und um eine Aufenthaltsbewilligung für «Pablo» bemüht sie sich erfolglos, behält ihn aber bei sich. 2003 erfahren die Behörden von dem illegal anwesenden Kind und erneuern daraufhin «Camilas» Bewilligung nicht. Daraufhin reicht sie gestützt auf Art. 30 Abs. 1 lit. b AuG ein Härtefallgesuch ein, das vom zuständigen Kanton bewilligt und ans BFM weitergeleitet wird. Sowohl das BFM als auch das Bundesverwaltungsgericht verneinen aber einen persönlichen Härtefall. Der zwölfjährige «Pablo» muss zusammen mit seiner Mutter die Schweiz verlassen, obwohl er kein Philippinisch spricht und in der Schweiz sozialisiert und eingeschult worden ist. «Camila» hat zum Zeitpunkt des negativen Entscheids 18 Jahre in der Schweiz gelebt und gearbeitet.

III.4.1 Berücksichtigung der Aufenthaltsdauer

Beiden dargestellten Fällen ist gemeinsam, dass die erwachsenen Personen schon seit vielen Jahren – seit 15 und seit 18 Jahren – in der Schweiz leben und arbeiten. Sowohl «Camila» als auch «Mauro» und «Sabina» sind bestens in die schweizerischen Verhältnisse integriert, sprechen sehr gut Deutsch bzw. Französisch und haben sich hier ein stabiles soziales Beziehungsnetz aufgebaut. Des Weiteren haben beide Familien schulpflichtige Kinder, die in der Schweiz aufgewachsen und sozialisiert worden sind. Trotz dieser Umstände, die sehr wohl einen persönlichen Härtefall begründen könnten, lehnten die zuständigen Behörden eine humanitäre Bewilligung ab.

Das Bundesgericht hat in einem Urteil festgehalten, dass ab einem zehnjährigen Aufenthalt die Anforderungen an die Bedeutung der übrigen Kriterien (z.B. Integration, familiäre Verhältnisse etc.) herabgesetzt seien, wenn sich die Gesuchsteller tadellos verhalten haben, finanziell unabhängig sind und sich beruflich erfolgreich integriert haben.⁵⁵ Auch wenn dieses Urteil auf den ersten Blick positiv wirkt, muss an dieser Stelle angefügt werden, dass unter Aufzählung der genannten Voraussetzungen kaum Kriterien nach Art. 31 VZAE übrig bleiben, die noch nicht

⁵³ [Fall 53](#) wurde von der Beobachtungsstelle Romandie dokumentiert.

⁵⁴ [Directive](#) sur l'Engagement des domestiques privés par les membres du personnel des mission diplomatiques, des missions permanentes, des postes consulaires et des organisations internationales en Suisse.

⁵⁵ BGE 124 II 110 E.3.

erfüllt sind. Dies wiederum führt zum Schluss, dass ein langer Aufenthalt an sich nur bedingt «Anspruch» auf eine Härtefallbewilligung gibt.⁵⁶

Das Härtefallgesuch von «Mauro» und «Sabina» wurde u.a. mit der Begründung abgewiesen, dass ein langer Aufenthalt bei illegaler Anwesenheit nicht berücksichtigt werden könne. Eine solche Ausnahme vom Kriterium der Anwesenheitsdauer ist aber weder im Ausländergesetz noch in der dazugehörigen Verordnung (VZAE) vorgesehen, wird jedoch durch die Rechtsprechung so statuiert.⁵⁷ Nach Ansicht der SBAA wird mit einer solchen Begründung der eigentliche Sinn der Härtefallregelung ausgehöhlt und diese ad absurdum geführt. Das Mass und der Erfolg der Integration hängen erfahrungsgemäss nicht von der Regularität des Aufenthalts ab.⁵⁸ Der Fall von «Mauro» und «Sabina» illustriert dies sehr deutlich.

III.4.2 Das Kindesalter als Kriterium für die Wiedereingliederung

Weiter erschwerend wirkt sich in beiden Fällen das Alter der betroffenen Kinder aus. «Livia» war zum Zeitpunkt der Gesuchseinreichung 10 und «Pablo» 12 Jahre alt. Bei eingeschulten Kindern, die noch etwas jünger sind, ist die gerichtliche Praxis bezüglich Anerkennung eines Härtefalls bedeutend restriktiver als bei Jugendlichen. So wird beispielsweise davon ausgegangen, dass die beziehungs-mässige Ablösung zwischen Eltern und Kind noch nicht stattgefunden hat und die Kinder dadurch noch an die Kultur des Herkunftslandes der Eltern gebunden sind.⁵⁹ Die Rechtsprechung geht dabei auch davon aus, dass kleinere Kinder grundsätzlich sehr anpassungsfähig sind und somit keine Schwierigkeiten bei der Wiedereingliederung im Herkunftsstaat der Eltern haben werden.⁶⁰ Eine Entwurzelung als Folge der plötzlich angeordneten Rückkehr wird zwar nicht gänzlich ausgeschlossen, doch als viel geringer eingeschätzt als bei Jugendlichen.⁶¹ Kinder, die sich noch nicht in der Adoleszenz befinden, haben nach der Rechtsprechung demnach so gut wie keine Chancen, dass sie als Härtefall anerkannt werden und zwar unabhängig davon, wie lange sie sich bereits in der Schweiz aufhalten. Häufig wird durch diese Rechtsprechung die Situation, wie sie sich im Herkunftsland für die Kinder stellen würde, nur sehr oberflächlich geprüft. Das Bundesverwaltungsgericht geht einfach davon aus, dass (kleinere) Kinder anpassungsfähig sind und eine Wegweisung für sie keine besondere Härte darstellt. Dieses Vorgehen lässt jedoch wichtige andere Aspekte ausser Acht, denn die Prüfung eines Härtefalls «kann nicht losgelöst von den persönlichen, familiären und ökonomischen Schwierigkeiten erfolgen, denen eine ausländische Person in ihrem Heimatland ausgesetzt wäre» (vgl. BGE 123 II 125).⁶²

⁵⁶ SFH (2009), S. 247 ff.

⁵⁷ BVG, 2007/16, E. 5.4.

⁵⁸ vgl. SFH (2009), S. 247 ff. Dies wurde auch implizit vom Bundesgericht eingeräumt: BGer 2A.578/2005 vom 3.2.2006 und BGer 2A 679/2006 vom 9.2.2007.

⁵⁹ vgl. BVG 2007/16, E.9.

⁶⁰ BVer C-8270/2008, E. 6.7.

⁶¹ SFH (2009), S. 248 ff.

⁶² BVer. C-8270/2008 vom 10. Mai 2010 E. 5.3.

Die Situation im Herkunftsland sollte in Bezug auf Kinder aufgrund ihrer besonderen Schutzbedürftigkeit sehr sorgfältig geprüft werden und nicht in der generellen Annahme geschehen, dass Kinder grundsätzlich anpassungsfähig sind. Das Alter als Kriterium bezüglich Wiedereingliederungschancen zu nehmen, scheint auf den ersten Blick einleuchtend, ist bei einer näheren Betrachtungsweise allerdings nur begrenzt richtig. Einem zehnjährigen Kind wie «Livia» aus Fall 79, das hier geboren ist und sein ganzes Leben in der Schweiz verbracht hat, kann eine gute Integration wohl nur in den seltensten Fällen abgesprochen werden. Wieso ein Kind, das ausschliesslich die Schweiz und somit auch die Schweizer Mentalität kennen gelernt hat, keine besondere Mühe bei der Wiedereingliederung im Herkunftsland haben sollte, ist nicht ersichtlich. Zudem ist beim Abstellen auf das Alter nur ein Kriterium der Härtefallprüfung abgedeckt. Ein Härtefall allein aufgrund dieses Kriteriums zu verneinen, scheint in Anbetracht der rechtlichen Grundlage und insbesondere in Hinblick auf das Kindeswohl als problematisch.

IV. Schlusswort

Abgelehnte Härtefallgesuche haben für die betroffenen Familien und insbesondere für ihre Kinder schwerwiegende Konsequenzen. Dies geht aus allen dargestellten Fällen hervor. Immer wieder weisen das Bundes- und das Bundesverwaltungsgericht in ihren Entscheiden⁶³ darauf hin, dass bei Härtefallgesuchen von Familien dem Kindesinteresse besondere Bedeutung zukommen muss. In den dokumentierten Fällen lässt sich diese Haltung leider nicht wieder finden. Das Kindeswohl und andere Garantien der Kinderrechtskonvention scheinen bei der Beurteilung von Härtefällen nach wie vor hinter andere, mehrheitlich migrationspolitische Interessen zurücktreten zu müssen.

Ein schwerwiegendes Problem der schweizerischen Härtefallpraxis stellt der *grosse Ermessensspielraum* der Kantone dar. Dieser ist einerseits auf die Kann-Bestimmung im Asylgesetz und andererseits auf die allgemein gehaltenen Anforderungskriterien zurückzuführen, die sehr auslegungsbedürftig sind. Aufgrund dieser Ausgangslage erstaunt es nicht, dass es immer wieder zu willkürlichen Entscheiden kommt. Besonders hart trifft es (abgewiesene) Asylsuchende, die auf kantonaler Ebene *keine Beschwerdemöglichkeit* haben. Dies hat zur Folge, dass das behördliche Ermessen richterlich nicht überprüft wird und Betroffene somit im schlimmsten Fall schutzlos der *behördlichen Willkür* ausgesetzt sind.

Aus den acht Einzelfällen geht auch hervor, dass die Härtefallgesuche beurteilt wurden, ohne dass die betroffenen Kinder und Jugendlichen zu ihrer Situation befragt worden sind. Wenn es in den genannten Fällen überhaupt zu einer Prüfung der Kindersituation kam, so wurden lediglich objektive Kriterien wie beispielsweise das Alter der Kinder herangezogen. Bei jüngeren Kindern wie im Falle von «Livia» oder «Pablo» wurde aufgrund des Alters (10 bzw. 12 Jahre) automatisch davon ausgegangen, dass sie sich problemlos im Herkunftsstaat ihrer Eltern integrieren können.⁶⁴ Diese Haltung widerspricht der Kinderrechtskonvention, welche in Artikel 12 die Vertragsstaaten verpflichtet, *Kinder anzuhören* und ihre Meinung entsprechend deren Alter und Reife zu berücksichtigen. Nach Ansicht der SBAA ist die direkte Anhörung von Kindern in Härtefallkonstellationen unabdingbar, da nur so sichergestellt werden kann, wie sich eine Rückkehr in den Herkunftsstaat auf die Entwicklung der betroffenen Kinder auswirkt und ob eine Rückkehr mit dem Kindeswohl in Einklang steht.⁶⁵ Kinder und Jugendliche, die seit vielen Jahren in der Schweiz leben, haben hier ihren Lebensmittelpunkt, ihre Freunde, ihre Schule, Sportvereine, Pfadi etc. - eine Wegweisung in ein ihnen fremdes Land ist daher besonders hart.

Die Härtefallbewilligung wie sie im Asyl- und Ausländergesetz vorgesehen ist, soll den Aufenthalt von illegal anwesenden oder vorläufig aufgenommenen Personen regularisieren, vorausgesetzt, sie erfüllen gewisse Kriterien. Die Möglichkeit einer Regularisierung entspricht somit explizit dem Willen des Gesetzgebers. Die stossend ungleiche Praxis der Kantone lässt

⁶³ vgl. BVGer C-8270/2008 vom 10. Mai 2010 E. 6.5., BVGer C-4306/2007 vom 11. Dez. 2009 E. 7.4.

⁶⁴ vgl. Kapitel III.4.2.

⁶⁵ vgl. Rumo-Jungo/Spescha (2009), S. 1103 ff.

sich jedoch kaum mit dem eigentlichen Sinn dieser Regularisierungsmöglichkeit vereinbaren. Die SBAA fordert daher eine faire und einheitliche Anwendung der Härtefallregelung, die von der jeweiligen politischen Ausrichtung einer Kantonsverwaltung unabhängig ist und den Kinderrechten und anderen menschenrechtlichen Garantien genügend Rechnung trägt.

© Schweizerische Beobachtungsstelle für Asyl und Ausländerrecht, November 2010

V. Quellen

BAUR, THOMAS: Schweizerische Flüchtlingshilfe SFH: Die Härtefallregelung im Asylbereich – Kritische Analyse der kantonalen Praxis, Bern, 24. März 2009.

BOLZLI, PETER: Kommentar zu Art. 84 AuG, in: Spescha, Marc / Thür, Hanspeter / Zünd, Andreas / Bolzli, Peter (Hrsg.), Migrationsrecht, Kommentar, Zürich, 2009, S. 201-204.

NIDERÖST, PETER: Sans-papiers in der Schweiz, in: Peter Uebersax / Beat Rudin / Thomas Hugi Yar / Thomas Geiser [Hrsg.], Ausländerrecht, Handbücher für die Anwaltspraxis Bd. VIII, 2. Aufl., Basel, 2009, S. 373-415.

RUMO-JUNGO, ALEXANDRA / SPESCHA, MARC: Kindeswohl, Kindesanhörung und Kindeswille in ausländerrechtlichen Kontexten. Zur adäquaten Umsetzung der völker- und verfassungsrechtlichen Kinderrechte, in: AJP/PJA 9/2009, S. 1103 ff.

SCHWEIZERISCHE FLÜCHTLINGSHILFE (Hrsg.): Handbuch zum Asyl- und Wegweisungsverfahren, Bern, 2009.

Zimmermann, Yvonne: Schweizerische Beobachtungsstelle für Asyl- und Ausländerrecht: Kinderrechte und die Anwendung der Migrationsgesetzgebung in der Schweiz, Bern, August 2009.