

Aufenthaltsrecht aus humanitären Gründen

Die Härtefallregelung als Ausweg im Rechtsstaat

Von Werner Spirig, Rechtsanwalt, Bern

Als Reaktion auf die Sans-Papiers-Bewegung haben das Bundesamt für Ausländerfragen und das Bundesamt für Flüchtlinge in einem Rundschreiben an die Kantone die Kriterien festgehalten, nach denen Asylbewerbern, Weggewiesenen und illegal anwesenden Ausländern humanitäre Bewilligungen erteilt werden können. Wie ist das Rundschreiben in das Rechtssystem einzuordnen, welches sind die Kriterien und Rechtswege?

Das Rundschreiben der Bundesämter für Ausländerfragen und für Flüchtlinge vom Dezember 2001 trägt den Titel «Praxis der Bundesbehörden bei der Anwesenheitsregelung von Ausländerinnen und Ausländern in schwerwiegenden persönlichen Härtefällen» und soll «Transparenz schaffen». Es fasst denn auch im Wesentlichen nur die Rechtsprechung des Bundesgerichts und der Asylrekurskommission (ARK) zusammen. Das rechtsschöpferische Element besteht in der grundsätzlichen Bereitschaft des Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartements (EJPD), den Anwendungsbereich der Härtefallregelung auf illegal anwesende Ausländer auszudehnen.

Unsichere rechtliche Grundlage

Dieser Schritt ist als innovativ zu bezeichnen. Denn das Asyl- und das Ausländerrecht schreiben vor, dass rechtswidrig anwesende Ausländer die Schweiz zu verlassen haben. Zudem darf gemäss Asylgesetz gescheiterten Asylbewerbern, die nicht vorläufig aufgenommen werden, keine Bewilligung erteilt werden. Stellt sich das EJPD mit seiner neuen Praxis demnach im Namen der Humanität über das gesetzte Recht?

Eine erste Antwort gab die Asylrekurskommission. Vor zwei Jahren nahm der Bundesrat mit der «humanitären Aktion 2000» eine Flurbereinigung vor. Er bot ungefähr 12 000 Personen ohne festen Status eine vorläufige Aufnahme an. Die Hälfte davon waren gescheiterte Asylbewerber, die nicht ausgeschafft worden waren. Das Asylgesetz ermöglicht in Artikel 44 eine solche Regelung von Asylfällen, die nach vier Jahren noch nicht rechtskräftig abgeschlossen sind. Unter Berufung auf Sinn und Zweck des Paragraphen dehnte der Bundesrat diese Bestimmung auf definitiv gescheiterte Asylbewerber aus. Als dann ein Asylbewerber vor der ARK gleiche Behandlung verlangte, wurde er abgewiesen. Mit der Formel, die Gesetzmässigkeit gehe der Gleichbehandlung

vor, setzte die Kommission die Exekutive mit einem Grundsatzurteil ins Unrecht. Doch nach einem halben Jahr fand die fünfte Kammer der ARK eine gesetzliche Grundlage in der Kompetenz des Bundesrates, ganzen Gruppen Asyl oder vorübergehenden Schutz zu gewähren. Nach dem Grundsatz «in maiore minus» könne er neben dem privilegierten Status «Asyl» auch weniger, nämlich nur die vorläufige Aufnahme, erteilen.

Aber in Bezug auf die Frage, ob ein gescheiterter Asylbewerber aus der Illegalität heraus selber eine Härtefallregelung anstreben könne, setzt sich das Rundschreiben in offenen Gegensatz zur Asylrekurskommission. Es wird sich weisen, ob diese der grosszügigeren Auslegung des Asylgesetzes durch das EJPD folgen wird. In jedem Fall kann eine klare Rechtsgrundlage für Härtefallbewilligungen an gescheiterte Asylbewerber im neuen Ausländergesetz oder bei der laufenden Asylgesetzrevision geschaffen werden.

Hinsichtlich jener Ausländer, die nicht als Asylbewerber eingewandert sind, stützt sich das Rundschreiben auf Artikel 13 Buchstabe f der Verordnung über die Ausländerkontingente. Danach kann einem Ausländer beim Vorliegen eines «schwerwiegenden persönlichen Härtefalles» eine Aufenthaltsbewilligung erteilt werden. Auch hier ist die Rechtslage nicht eindeutig. Denn das Bundesgericht hat noch letztes Jahr eine restriktive Haltung dazu eingenommen. Es hielt einem portugiesischen Ehepaar, das sieben Jahre illegal in der Schweiz gewesen war, entgegen: «Die illegale Aufenthaltsdauer wird bei der Prüfung eines humanitären Gesuches nicht berücksichtigt.» Das Bundesgericht hat aber die Beschwerde nicht wegen der Illegalität des Aufenthaltes abgelehnt, sondern weil nach Prüfung aller anderen Kriterien das Gesamtbild nicht genügte. Es könnte daher in Zukunft der Rechtspolitik des EJPD ohne grundlegende Korrektur seiner Rechtsprechung folgen.

Kriterien und Spielräume

Wie sieht nun die Kriterienliste der beiden Bundesämter aus? Sie besteht aus folgenden Anforderungen: Es kommt auf die Anwesenheitsdauer, den Grad der Integration, die schulische Situation von Kindern und Jugendlichen und die gesundheitliche Situation an. Zudem spielen die zeitliche Distanz zu früheren Bewilligungsverfahren und ein allfälliges behördliches Tolerieren der illegalen Anwesenheit eine Rolle. In jedem Einzelfall ist eine Gesamtbetrachtung vorzunehmen.

Dass die beiden obersten Gerichtsinstanzen die Anforderungen für das Vorliegen eines Härtefalles gleich formulieren werden, ist nicht gesichert. Auf mögliche Diskrepanzen hat kürzlich das Bundesgericht selbst hingewiesen. Diese unbefriedigende Situation besteht, weil zwei verschiedene unbestimmte Rechtsbegriffe zum gleichen Thema auszulegen sind: Für die ARK wird der Härtefall mit «schwerwiegender persönlicher Notlage», für das Bundesgericht mit «schwerwiegendem persönlichem Härtefall» umschrieben.

Es liegt auch auf der Hand, dass die Kriterien unpräzise sind und weite Spielräume öffnen. Dies zeigt sich gerade bei der Anwesenheitsdauer, dem Kriterium, das vielerorts im Zentrum des Interesses steht. Obwohl das Asylgesetz den Behörden erlaubt, bei pendenten Fällen einen Härtefall nach vier Jahren anzunehmen, sind diese im Normalfall weit davon entfernt, es bei dieser Minimaldauer bewenden zu lassen. Glücklicherweise kann sein, wer den Ausweis bereits nach fünfeneinhalb Jahren erhält, so wie jene alleinstehende angolanische Frau, die als 15-jährige Asylbewerberin in die Schweiz eingereist war, hier eine Berufslehre begonnen hatte und vom Bundesgericht als Härtefall anerkannt wurde. Andererseits hat die Asylrekurskommission einem erfolglosen alleinstehenden Asylbewerber, der in der Schweiz ein Universitätsstudium begonnen und sich nebenbei den Lebensunterhalt selbst verdient hatte, auch nach fünfjährigem Aufenthalt keine schwerwiegende persönliche Notlage zugebilligt. So lassen sich auch für sechs, sieben, acht und neun Jahre Aufenthaltsdauer Beispiele anführen, in denen Behörden und Gerichte Notlagen und Härtefälle anerkannt oder mit gleicher Berechtigung auch verneint haben. Laut einem Bundesgerichtsurteil hat jedoch ein Aufenthalt von zehn Jahren im Falle von Asylbewerbern grosses Gewicht.

Jahrelanger Aufenthalt allein genügt nicht

Ein Härtefall muss zwei Seiten haben: Einerseits wird verlangt, dass sich die betroffene Per-

son in der Schweiz derart integriert hat, dass sie hier verwurzelt ist. Gleichzeitig muss sie den Kontakt mit dem Herkunftsland abgebrochen haben. Das Drama macht also das drohende Herausgerissenwerden aus dem bisherigen Leben aus und nicht eine allfällige Verfolgungsgefahr im Herkunftsland. Familien mit Kindern, die um zwölf Jahre alt sind und während mindestens vier Jahren die Schule besucht haben, haben die besten Chancen für einen humanitären Aufenthalt. Als integriert gilt nur, wer einen existenzsichernden Arbeitsplatz hat. Bemerkenswert ist, dass das Rundschreiben kein absolut blankes Vorstrafenregister verlangt und Bagatelldelikte toleriert.

Eine andauernde und schwerwiegende Krankheit, die im Herkunftsland nicht ausreichend behandelt werden kann, macht einen Härtefall aus. In dieser Beziehung ist das Rundschreiben grosszügiger als das Bundesgericht, das verlangt, dass die Krankheit erst in der Schweiz ausgebrochen ist. So hat es entschieden, dass eine alleinerziehende Frau mit zwei eingeschulten Kindern aus Rwanda, die erst fünf Jahre in der Schweiz gelebt hatte und hier an Aids erkrankt war, aus humanitären Gründen Anrecht auf einen B-Ausweis hat. Schliesslich ist nach dem Rundschreiben erforderlich, dass seit dem ablehnenden Asylentscheid eine hinreichend lange Zeitspanne verstrichen ist.

Rolle der Kantone – guter Rechtsschutz

Das Rundschreiben ist ein Produkt des Föderalismus. Die beiden Bundesämter nehmen ein Gesuch nur entgegen, wenn ein Kanton einen positiven Antrag stellt. Lediglich bei Asylverfahren, die länger als vier Jahre pendent sind, müssen das Bundesamt für Flüchtlinge und die Asylrekurskommission von Amtes wegen das Vorliegen eines Härtefalles prüfen. Sie dürfen auch gegen einen anders lautenden kantonalen Antrag einen Fall humanitär regeln. Nach einem neueren Urteil der ARK kann eine humanitäre Regelung auch im Rahmen eines Revisions- und qualifizierten Wiedererwägungsgesuches erfolgen. Abgelehnte Asylbewerber müssen den zuständigen kantonalen Regierungsrat davon überzeugen, dass ihr Fall humanitär geregelt werden sollte. Das Bundesamt akzeptiert nur Anträge, die regierungsrätliche Unterschriften tragen. Die Tatsache, dass bisher lediglich etwas über 250 Härtefallbewilligungen erteilt worden sind, ist wohl dem Umstand zuzuschreiben, dass die Betroffenen mit den Gesuchen aus ihrer Anonymität auftauchen müssen und sich so dem Belieben der Fremdenpolizei ausliefern. Gemildert wird das Erfordernis des Coming-out beispielsweise durch die Praxis in Basel-Stadt, wo

die Gesuche in einem ersten Schritt anonymisiert unterbreitet werden können.

Abschlägige Entscheide des Bundesamtes für Flüchtlinge zu Härtefallgesuchen von Asylbewerbern – auch nach dem Asylverfahren – können an die ARK weitergezogen werden. Lehnt das Bundesamt für Ausländerfragen (zuständig für Gesuche von Personen, die nie Asylbewerber waren)

den Antrag eines Kantons ab, kann die Angelegenheit mit einer Verwaltungsgerichtsbeschwerde an das Bundesgericht weitergezogen werden. Dieser überraschend gut ausgebaute Rechtsschutz ist dem Umstand zuzuschreiben, dass das Bundesgericht zu entscheiden hat, ob ein Ausländer einem Kontingent zu unterstellen ist.