

Härtefall-Dossier

Was ist ein Härtefall?

Das Schweizerische Bundesgericht (BGer) hat bis zum Inkrafttreten des Ausländergesetzes (AuG) am 1. Januar 2008 im Rahmen der Ausnahmebestimmung von Art. 13 lit. f der Verordnung über die Begrenzung der Zahl der Ausländer (BVO) eine umfangreiche Praxis zum Vorliegen eines Härtefalls entwickelt, die gemäss Botschaft des Bundesrats zum AuG vom Jahr 2002 weitergeführt werden soll. Gemäss ständiger Rechtsprechung des BGer **liegt ein Härtefall vor**, wenn sich die betroffene Person in einer persönlichen Notlage befindet. Ihre Lebens- und Daseinsbedingungen müssen, gemessen am durchschnittlichen Schicksal von anderen ausländischen Personen, in gesteigertem Mass in Frage gestellt sein.

Geprüft wird, ob es der ausländischen Person in persönlicher, wirtschaftlicher und sozialer Hinsicht zuzumuten ist, in ihre Heimat zurückzukehren und sich dort aufzuhalten. Zu diesem Zweck ist ihre zukünftige Situation im Ausland ihren persönlichen Verhältnissen in der Schweiz gegenüber zu stellen. Die Härtefallregelung bezweckt nicht den Schutz vor kriegerischen Ereignissen und staatlichen Übergriffen oder ähnlichen Situationen, die den Vollzug der Wegweisung unzulässig, unzumutbar oder unmöglich machen. In diesen Fällen ist allenfalls die Anordnung der vorläufigen Aufnahme zu prüfen.

Seit dem 1. Januar 2007 resp. 2008 sind neu die Kantone für die Prüfung von potentiellen Härtefalldossiers zuständig. Wird eine Person als Härtefall anerkannt, erhält sie die Aufenthaltsbewilligung (Ausweis B). Von der neuen Regelung sind folgende Personen betroffen (*Art. 14 AsylG und Art. 84 AuG*):

- Asyl Suchende, 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 Bundesverwaltungsgericht eingelegt haben (**Art. 14 Abs. 2 AsylG**)
- Asyl Suchende, bei welchen das Asylgesuch zwar abgelehnt, jedoch eine vorläufige Aufnahme gewährt wurde, da ihrer Wegweisung Hindernisse entgegenstehen (z.B. Bürgerkrieg) (**Art. 84 Abs. 5 AuG**)
- **Neu** auch abgewiesene Asyl Suchende, bei welchen das Asylgesuch rechtskräftig abgelehnt worden ist (**Art. 14 Abs. 2 AsylG**)

Die gesetzlichen Grundlagen zur Erlangung einer Härtefall-Bewilligung sind folgende:

Art. 84 Abs. 5 AuG (Ausländergesetz) / Beendigung der vorläufigen Aufnahme

5 Gesuche um Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung von vorläufig aufgenommenen Ausländerinnen und Ausländern, die sich seit mehr als fünf Jahren in der Schweiz aufhalten, werden unter Berücksichtigung der Integration, der familiären Verhältnisse und der Zumutbarkeit einer Rückkehr in den Herkunftsstaat vertieft geprüft.

→ Hier **muss** eine vertiefte Prüfung des Gesuches durch die kantonalen Behörden vorgenommen werden und – sind die Voraussetzungen zur Härtefallbewilligung gegeben – das Gesuch dem Bundesamt für Migration (BFM) unterbreitet werden.

Art. 14 Abs. 2 AsylG (Asylgesetz) / Verhältnis zum ausländerrechtlichen Verfahren

2 Der Kanton kann mit Zustimmung des Bundesamtes einer ihm nach diesem Gesetz zugewiesenen Person eine Aufenthaltsbewilligung erteilen, wenn:

- a. die betroffene Person sich seit Einreichung des Asylgesuches mindestens fünf Jahre in der Schweiz aufhält;*
- b. der Aufenthaltsort der betroffenen Person den Behörden immer bekannt war; und*
- c. wegen der fortgeschrittenen Integration ein schwerwiegender persönlicher Härtefall vorliegt.*

→ Hier handelt es sich um eine sogenannte „Kann-Bestimmung“, d.h. die kantonalen Behörden **können** eine Härtefallbewilligung erteilen, weshalb der Ermessensspielraum relativ gross ist, was dann auch zu sehr grossen kantonalen Unterschieden in Sachen Gewährung von Härtefallbewilligung führt.

Gemäss Art. 31 VZAE (Verordnung über Zulassung, Aufenthalt und Erwerbstätigkeit) müssen folgende Kriterien bei der Prüfung eines Härtefalls berücksichtigt werden:

- die Integration der Gesuchstellerin oder des Gesuchstellers;
- die Respektierung der Rechtsordnung durch die Gesuchstellerin oder den Gesuchsteller;
- die Familienverhältnisse, insbesondere der Zeitpunkt der Einschulung und die Dauer des Schulbesuchs der Kinder;
- die finanziellen Verhältnisse sowie der Wille zur Teilhabe am Wirtschaftsleben und zum Erwerb von Bildung;
- die Dauer der Anwesenheit in der Schweiz;
- der Gesundheitszustand;
- die Möglichkeiten für eine Wiedereingliederung im Herkunftsstaat.

- Weiter muss die Gesuchstellerin oder der Gesuchsteller die Identität offen legen. In Graubünden ist die Abgabe eines gültigen Reisepasses zwingende Voraussetzung zur Einreichung eines Härtefallgesuchs.

Es werden also grundsätzlich **zwei Arten von Härtefallbewilligungen unterschieden**, diejenige für vorläufig Aufgenommen Ausländer (mit Bewilligung F) gemäss AuG und die für Asyl Suchende im laufenden Asylverfahren (mit Bewilligung N) oder abgeschlossenem Asylverfahren (ohne Status) gemäss AsylG. **Es ist äusserst wichtig, diese Unterscheidung zu machen, da die Praxis im Kanton Graubünden je nach „Härtefall-Art“ sehr unterschiedlich ist!**

Praxis in Graubünden

Gemäss Asylstatistik wurden seit Inkrafttreten des revidierten AsylG und des neuen AuG, also seit 1. Januar 2007 resp. 1. Januar 2008 folgende Anzahl Fälle in GR mit einer Härtefallbewilligung geregelt:

Jahr	Anzahl Art. 14 Abs. 2 AsylG		Anzahl Art. 84 Abs. 5 AuG
	Verfahren abgeschlossen	Verfahren hängig	
2007	0	1	41
2008	0	2	120
2009	0	0	27
2010	3	3	46
2011	1	1	42
2012	0	1	44
2013	0	0	57
Total	4	8	377

Die neue Regelung wird zwischen den Kantonen sehr unterschiedlich angewandt, was zu grosser Ungleichbehandlung führt.

Um den schweizerischen Mittelwert zu erreichen **hätte** GR folgende Anzahl Fälle mit einer Härtefallbewilligung regeln müssen.

Jahr	Anzahl Art. 14 Abs. 2 AsylG		Anzahl Art. 84 Abs. 5 AuG
	Verfahren abgeschlossen	Verfahren hängig	
2007	17	4	92
2008	18	5	85
2009	8	3	72
2010	6	2	72
2011	5	1	50
2012	3	1	45
2013	3	1	56
Total	60	16	471

Dieser Vergleich zeigt klar, dass Graubünden bei der Härtefallregelung für die Personengruppe mit abgeschlossenem Verfahren extrem vom schweizerischen Mittelwert abweicht.

Zusammenfassung

Aufenthaltsbewilligungen nach vorläufiger Aufnahme

Art. 84 Abs. 5 AuG sieht vor, dass bei vorläufig aufgenommenen Personen nach mehr als fünf Jahren Aufenthalt in der Schweiz vertieft geprüft werden muss, ob nicht ein persönlicher Härtefall vorliegt.

Diese Prüfung wird auch im Kanton Graubünden gemacht.

Härtefallregelung gemäss Art. 14 Abs. 2 AsylG

Art. 14 Abs. 2 AsylG bestimmt, dass asylsuchende Personen auf Antrag des Kantons eine Aufenthaltsbewilligung erhalten können, wenn sie sich seit mindestens fünf Jahren in der Schweiz aufhalten und wegen fortgeschrittener Integration ein schwerwiegender Härtefall vorliegt. Diese Regelung gilt unabhängig des Verfahrensstands, d.h. auch für Personen, deren Asylgesuch rechtskräftig abgelehnt wurde.

Bis 2009 wurden keine Härtefallgesuche für abgewiesene Asylsuchende aus dem Kanton Graubünden an den Bund zur Zustimmung vorgelegt. Der Kanton Graubünden vertrat die Auffassung, dass er keine Fälle abgewiesener Asylsuchender zu behandeln hat.

Dazu hat Rechtsanwalt Mark Spescha, ein anerkannter Spezialist im Bereich Migrationsrecht, ein Gutachten erstellt. Sein Fazit: *„Aus rechtsstaatlicher Sicht ist der Standpunkt des Kantons Graubünden daher offensichtlich unhaltbar und er ist daher gehalten, seine bisherige Praxis aufzugeben.“*

Anhang 1: Gutachten Spescha von Juli 2008

Seit 2009 prüft das Amt für Migration und Zivilrecht Graubünden zwar auch Gesuche abgewiesener Asylbewerber, hat aber die Messlatte unangemessen hoch angesetzt.

Rechtsanwalt Marc Spescha wurde vom Verein Miteinander Valzeina Ende 2011 um eine juristische Stellungnahme zur neuen Bündner Härtefallpraxis im Lichte der bundesrechtlichen Vorgaben und der bundesgerichtlichen Rechtsprechung gebeten. Sein Fazit: *Die Bündner Kriterien für die Härtefallprüfung sind unangemessen einschränkend.*

Anhang 2: Stellungnahme Spescha zur Bündner Praxis von Februar 2012

Anhang 3: Die Bündner Kriterien für die Härtefallprüfung von März 2011: *„Informationsblatt“ Amt für Polizeiwesen und Zivilrecht Graubünden vom 15.03.2011*

Anhang 4: Die aktuellen Bündner Kriterien. Neu wurde als Grundvoraussetzung für die Prüfung als Härtefall die Dauer der ununterbrochenen Erwerbstätigkeit von vier auf drei Jahre gesenkt: *„Informationsblatt“ Amt für Migration und Zivilrecht Graubünden vom 27.11.2013*

Im Ausreisezentrum Flüeli Valzeina werden im Kanton Graubünden die abgewiesenen Asylsuchenden untergebracht. Mehrere würden die gesetzlichen Voraussetzung zur Prüfung und Erteilung der Härtefallbewilligung erfüllen. Teilweise sind sie schon seit 10 Jahren und mehr in der Schweiz, ohne Beschäftigung und Perspektive. Wir sehen, dass diese Situation die Menschen krank macht. Es ist für uns nicht nachvollziehbar, weshalb der Kanton Graubünden die Härtefallbewilligung für diese Menschen nicht anwendet und ihre Dossiers dem Bundesamt für Migration zur Prüfung vorlegt.

Anhang 1: Gutachten Spescha von Juli 2008

Härtefallbewilligung (Art. 14 Abs. 2 AsylG) / Praxis Fremdenpolizei Graubünden

Stellungnahme von Rechtsanwalt Dr. Marc Spescha, Zürich zur Anwendung von Art. 14 Abs. 2 AsylG

1. Bedeutung der fehlenden Parteistellung des Gesuchstellers gemäss Art. 14 Abs. 4 AsylG

Art. 14 Abs. 2 AsylG wurde erst im Laufe der Gesetzesberatung vom Parlament ins Gesetz aufgenommen, nachdem der bundesrätliche Vorschlag zur Einführung einer humanitären Bewilligung von einer Mehrheit der Parlamentarier abgelehnt worden war. Obwohl die Tragweite von Art. 14 AsylG in der parlamentarischen Beratung nicht vertieft erörtert wurde, geht aus der Parlamentsdebatte hervor, dass es Absicht des Gesetzgebers war, den Kantonen eine *Rechtsgrundlage* zu geben, *um abgewiesenen Asylsuchenden aus humanitären Gründen eine fremdenpolizeiliche Aufenthaltsbewilligung zu verschaffen*. Im Kontext der einzelnen Absätze von Art. 14 AsylG ist dabei klar, dass der Gesuchsteller *keine Möglichkeit* hat, *direkt* auf dem Wege eines Gesuchs beim Bundesamt für Migration den Kanton zum Handeln zu bringen bzw. zur Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung zu zwingen. Diesen Sachverhalt bringt Art. 14 Abs. 4 AsylG zum Ausdruck, wonach der Gesuchsteller erst dann *Parteistellung* hat, wenn der Kanton beim Bundesamt für Migration einen entsprechenden Antrag auf Erteilung der Aufenthaltsbewilligung (aus humanitären Gründen) gestellt hat.

2. Art. 14 Abs. 2 AsylG als Grundlage für eine Härtefallbewilligung für abgewiesene Asylsuchende

Bemerkenswert an Art. 14 und im Vergleich zum früheren Recht *neu* ist sodann, dass die *Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung als Härtefall auch an abgewiesene Asylsuchende* möglich ist. Zeitliche Voraussetzung hierfür ist gemäss Abs. 2 lit. a, dass sich die betroffene Person seit Einreichung des Asylgesuches *mindestens fünf Jahre* in der Schweiz aufhält. Die Voraussetzung gemäss lit. b, wonach der *Aufenthaltort* der betroffenen Person den Behörden *immer bekannt* gewesen sein muss, schliesst nament-

lich Personen aus, die durch Untertauchen den Wegweisungsvollzug vereitelt haben. Vorausgesetzt ist schliesslich (lit. c), dass wegen der fortgeschrittenen Integration ein persönlicher Härtefall vorliegt. Dieses Kriterium ist insbesondere dahin gehend zu verstehen, dass eine Wegweisung aufgrund des erreichten Integrationsgrades unzumutbar erscheint.

Den Parlamentsberatungen ist zu entnehmen, dass die *Kantone angehalten* sind, bei Vorliegen der übrigen Voraussetzungen effektiv *zu prüfen*, ob ein schwerwiegender Härtefall vorliegt. Zwar sollte der Kanton abschliessend beurteilen können, ob dies der Fall ist und beim Bundesamt für Migration die Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung zu beantragen ist. Hingegen war der Gesetzgeber *nicht die Meinung, der Kanton könne je nach Gutdünken die Härtefallprüfung unterlassen*. Klar war auch, dass es dem Gesuchsteller unbenommen sein sollte, beim Kanton die Prüfung als Härtefall anzuregen. Folgerichtig nehmen die Kantone praxismässig in jedem potenziellen Fall die Härtefallprüfung von sich aus vor oder aber reagieren auf einen Anstoss von aussen, namentlich durch den Betroffenen selbst.

3. Die Massgeblichkeit der Härtefallkriterien von Art. 31 VZAE und die verfassungsmässige Prüfungspflicht

In zutreffender Interpretation der Vorgaben des Gesetzgebers hat der Bundesrat in Art. 31 seiner Verordnung über Zulassung, Aufenthalt und Erwerbstätigkeit (VZAE) auch unter Hinweis auf Art. 14 AsylG die Kriterien aufgelistet, die bei der Beurteilung eines Härtefalles zu berücksichtigen sind. Der Kanton Graubünden scheint sich indessen „in konstanter Praxis“ auf den Standpunkt zu stellen, Art. 14 Abs. 2 AsylG sei für ihn inexistente und er sei bei abgewiesenen Asylsuchenden zum vorneherein nicht zur Härtefallprüfung verpflichtet, da er dem Bundesamt in solchen Fällen prinzipiell keine Bewilligungsanträge unterbreite.

Abgesehen davon, dass diese Praxis - soweit ersichtlich - schweizweit so unrühmlich wie einzigartig ist, *missachtet sie die Grundsätze der Zulassung gemäss Ausländergesetz sowie die verfassungsmässige Pflicht der Behörde, zur Verwirklichung der*

Grundrechte. Gemäss **Art. 3 Abs. 2 AuG**, der grundsätzlich auch auf abgewiesene Asylsuchende Anwendung findet, soweit sie die Voraussetzungen von Art. 14 Abs. 2 AsylG erfüllen, werden *Ausländerinnen und Ausländer zugelassen, wenn „humanitäre Gründe“ es erfordern.* Ferner bindet **Art. 35 Abs. 2 BV** sämtliche *Organe, die staatliche Aufgaben wahrnehmen* an die Grundrechte und verpflichtet sie explizit, *zur Verwirklichung der Grundrechte beizutragen.* Zu diesen Grundrechten gehört auch die allgemeine Verfahrensgarantie von **Art. 29 BV**, wonach jede Person in Verfahren vor Verwaltungsinstanzen *Anspruch hat auf gerechte Behandlung und auf rechtliches Gehör.* Das rechtliche Gehör verpflichtet *sämtliche Verwaltungsinstanzen, sich ernsthaft und sorgfältig mit Vorbringen des Betroffenen auseinanderzusetzen und diese zu prüfen und eine ablehnende Entscheidung zu begründen.*

4. Bundesgesetze sind grundrechtskonform auszulegen

Zusammenfassend ist festzuhalten: Die Annahme der zuständigen Behörden des Kantons Graubünden, wonach sie von den beschriebenen Verpflichtungen enthoben seien und eine Härtefallprüfung auch dann nicht vorzunehmen sei, wenn die übrigen gesetzlichen Voraussetzungen für die Erteilung einer Härtefallbewilligung erfüllt sind, widerspricht der Absicht des Gesetzgebers und missachtet die verfassungsmässige *Verpflichtung zur grundrechtskonformen Auslegung von Bundesgesetzen.* Aus rechtsstaatlicher Sicht ist der Standpunkt des Kantons Graubünden daher offensichtlich unhaltbar und er ist daher gehalten, seine bisherige Praxis aufzugeben.

Damit stünde er im Übrigen mit der *Auffassung von Rechtsstaatlichkeit* in Einklang, die **Bundesrätin Widmer-Schlumpf** im Zusammenhang mit der kürzlich mit grosser Mehrheit abgelehnten Verfassungsinitiative für „demokratische Einbürgerungen“ geäußert hat. Analog zur Situation bei Einbürgerungsgesuchen gilt auch mit Bezug auf Härtefälle von Asylsuchenden, dass die Behörde nein sagen kann, aber sagen soll und kann, weshalb sie nein sagt (Originalton Widmer-Schlumpf in der seinerzeitigen Arena: „Wir können Nein sagen, aber wenn wir Nein sagen, sagen wir auch, warum wir Nein sagen.“).

5. Praxis im Kanton St. Gallen als Beispiel

Dass die hier erhobene Forderung ein Gebot *elementarer Rechtsstaatlichkeit* ist, zeigt etwa die Praxis im Kanton St. Gallen, der in asyl- und ausländerrechtlichen Fragen einen durchaus harten Standpunkt vertritt, aber gleichwohl rechtsstaatliche Standards respektiert. Abgesehen davon, dass der Kanton St. Gallen im Unterschied zum Kanton Graubünden dem Bundesamt für Migration bereits eine Vielzahl von Härtefallgesuchen unterbreitet hat, *prüft er entsprechende Gesuche* regelmässig, *begründet* deren *allfällige Abweisung* und gewährt überdies zwecks Überprüfung des entsprechenden Entscheides ein kantonales Rechtsmittel. Es gibt für den Kanton Graubünden keinen sachlichen Grund, sich dieser Praxis des Nachbarkantons nicht anzuschliessen.

Spescha/30.6.2008

Anhang 2: *Stellungnahme Spescha zur Bündner Praxis von Februar 2012*

**Praxis des Amtes für Polizeiwesen und Zivilrecht Graubünden
zur Härtefallregelung gemäss Art. 84 Abs. 5 AuG oder Art. 14 Abs. 2 AsylG
Stellungnahme zur Bündner Praxis**

Von Dr. Marc Spescha, Rechtsanwalt in Zürich und Lehrbeauftragter für schweizerisches Migrationsrecht, Universität Freiburg i.Ue.

Anlass zur Stellungnahme

Der Unterzeichner wurde im Dezember 2011 vom „Verein Miteinander Valzeina“ um eine juristische Stellungnahme zur aktuellen Bündner Härtefallpraxis zu Art. 84 Abs. 5 AuG und Art. 14 Abs. 2 AsylG im Lichte der bundesrechtlichen Vorgaben und der bundesgerichtlichen Rechtsprechung gebeten. Gegenstand der Stellungnahme bildet dabei insbesondere das „Informationsblatt“ des Amtes für Polizeiwesen und Zivilrecht Graubünden vom 15.3.2011, worin für Gesuche um Erteilung einer Härtefallbewilligung zwingende Voraussetzungen definiert werden.

Ausgangslage: Bundesrechtliche Bestimmungen

Gemäss Art. 14 Abs. 2 AsylG kann ein Kanton mit Zustimmung des Bundesamtes einer zugewiesenen Asyl suchenden Person eine Aufenthaltsbewilligung erteilen, wenn sie sich seit Einreichung des Asylgesuches mindestens fünf Jahre in der Schweiz aufhält, der Aufenthaltsort der betroffenen Person den Behörden immer bekannt war und wegen der fortgeschrittenen Integration ein schwerwiegender persönlicher Härtefall vorliegt. Für *vorläufig aufgenommene Personen* sieht Art. 84 Abs. 5 AuG vor, dass Gesuche um Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung von vorläufig aufgenommenen Ausländerinnen und Ausländern, die sich seit mehr als fünf Jahren in der Schweiz aufhalten, unter Berücksichtigung der Integration, der familiären Verhältnisse und der Zumutbarkeit einer Rückkehr in der Herkunftsstaat vertieft geprüft werden.

Zur Beurteilung, ob ein schwerwiegender persönlicher Härtefall im Sinne der zitierten Bestimmungen vorliegt, sind gemäss Art. 31 VZAE zu berücksichtigen:

- a) die Integration der Gesuchstellerin oder des Gesuchstellers;

- b) die Respektierung der Rechtsordnung durch die Gesuchstellerin oder den Gesuchsteller;
- c) die Familienverhältnisse, insbesondere der Zeitpunkt der Einschulung und die Dauer des Schulbesuchs der Kinder;
- d) die finanziellen Verhältnisse sowie der Wille zur Teilhabe am Wirtschaftsleben und zum Erwerb von Bildung;
- e) die Dauer der Anwesenheit in der Schweiz;
- f) der Gesundheitszustand;
- g) die Möglichkeiten für eine Wiedereingliederung im Herkunftsstaat.

Ausserdem ist gemäss Art. 31 Abs. 2 VZAE die Identität durch den Gesuchsteller offenzulegen. Gemäss Abs. 5 derselben Verordnungsbestimmung ist bei der Prüfung der finanziellen Verhältnisse und des Willens zur Teilhabe am Wirtschaftsleben zu berücksichtigen, wenn ein Gesuchsteller aufgrund des Alters, des Gesundheitszustandes oder des asylrechtlichen Arbeitsverbots nach Art. 43 AsylG an der Ausübung einer Erwerbstätigkeit bisher gehindert war.

Die Beurteilung eines Härtefalls gemäss BFM-Weisungen zum Ausländerbereich

Gemäss Ziff. 5.6.1 der Weisungen des BFM zum Ausländerbereich ist jeder Antrag auf Prüfung eines schwerwiegenden persönlichen Härtefalls vom BFM im *Zustimmungsverfahren* individuell zu prüfen. Voraussetzung ist mithin die grundsätzliche Bereitschaft der kantonalen Behörden, ausländischen Personen eine Aufenthaltsbewilligung zu erteilen. Bei der Beurteilung von Härtefällen sind gemäss bisheriger Praxis des Bundesgerichts, auf die das BFM verweist, *die Gesamtumstände des Einzelfalles* zu berücksichtigen. Die Prüfung des Einzelfalles soll die *ganze Sachlage erfassen* und *alle Aspekte berücksichtigen*, welche für oder gegen die Annahme eines persönlichen Härtefalls sprechen (BGE 124 II 110, BGE 128 II 200). Mit Bezug auf Personen mit einer *vorläufigen Aufnahme* sind gemäss Ziff. 5.6.2.4 der BFM-Weisungen der Härtefall unter Berücksichtigung der Integration, der familiären Verhältnisse und der Zumutbarkeit einer Rückkehr in das Herkunftsland zu prüfen, wobei die Möglichkeiten für eine Wiedereingliederung im Herkunftsstaat im Vordergrund stehen. Für Personen aus dem Asylbereich (Ziff. 5.6.3) nennen die BFM-Weisungen keine zusätzlichen Kriterien. In

Ziff. 5.6.4 unter dem Randtitel "Massgebliche Kriterien für einen Härtefall" hält das BFM fest, die in Art. 31 Abs. 1 VZAE genannten Kriterien seien zwingend zu beachten, wobei die Aufzählung *nicht abschliessend* sei.

In den Ziff. 5.6.4.1 bis 5.6.4.8 der Weisungen spezifiziert das BFM die einzelnen Kriterien. Bezüglich der Anforderungen an das Erlernen einer Landessprache verweist es in Ergänzung zu Art. 31 VZAE auf Art. 4 VInta, wo das Erlernen der am Wohnort gesprochenen Landessprache explizit als Integrationskriterium genannt wird. Gemäss den Weisungen sollen die geforderten Sprachkenntnisse eine *elementare Verständigung* im Alltag ermöglichen, wobei als Minimalerfordernis das GER-Niveau A1 genannt wird.

Hinsichtlich der Kriterien der *finanziellen Verhältnisse* sowie dem *Willen zur Teilhabe am Wirtschaftsleben und zum Erwerb von Bildung* (Ziff. 5.6.4.4), die gemäss Art. 31 Abs. 1 Buchst. d VZAE zu berücksichtigen sind, sind gemäss BFM-Weisungen die ***Beschäftigungsaussichten in der Zukunft*** massgebend. Dabei misst sich der Wille zur Erwerbstätigkeit und zum Erwerb von Bildung am Nachweis aktiver Bemühungen, Arbeits- und Bildungsverhältnisse einzugehen. Wenn keine Erwerbstätigkeit ausgeübt wurde, ist zu prüfen, ob die gesuchstellende Person in den letzten Jahren als arbeitslos gemeldet war und sich ernsthaft um eine Arbeitsstelle bemühte. Verlangt werden gemäss der entsprechenden Ziffer der Weisungen entsprechende *Bemühungen* bzw. der Nachweis von Temporärarbeiten, welche beweisen, dass die ausländische Person selbstverantwortlich zu leben *versucht*. Gemäss Art. 31 Abs. 5 VZAE ist bei der Prüfung des Vorliegens eines Härtefalls bzw. der Härtefallkriterien „Erwerbsperspektiven“ und „Bildung“ zu berücksichtigen, wenn aufgrund des Alters, des Gesundheitszustandes oder des asylrechtlichen Arbeitsverbotes die Ausübung einer Erwerbstätigkeit bisher nicht möglich war. Anders formuliert: So bedingte Beeinträchtigungen können dem Gesuchsteller nicht entgegengehalten werden bzw. stehen sie der Anerkennung als Härtefall nicht entgegen.

Die Anforderungen an die Erteilung einer Härtefallbewilligung gemäss Informationsblatt des Amtes für Polizeiwesen und Zivilrecht Graubünden vom 15.3.2011

Gemäss dem vom 15.3.2011 datierenden Informationsblatt des Amtes für Polizeiwesen und Zivilrecht Graubünden zur Erteilung einer Härtefallbewilligung werden das *Pass-Erfordernis*, der *Nachweis eines Deutsch-Tests Niveau A2* sowie unter dem Aspekt der "beruflichen Integration" eine *70%ige Erwerbstätigkeit während des ganzen Aufenthaltes oder eine ununterbrochene vierjährige Erwerbstätigkeit* als unabdingbare Voraussetzungen genannt, will heissen gelten als *conditiones sine quibus non* der Anerkennung als Härtefall. Damit stellt sich die Frage der Vereinbarung dieser zwingenden Bewilligungsvoraussetzungen mit den bundesrechtlichen Kriterien und insbesondere der auch vom Bundesgericht im Hinblick auf Einzelfallgerechtigkeit postulierten Berücksichtigung sämtlicher Umstände des Einzelfalles.

Würdigung der Kriterien gemäss Bündner Informationsblatt im Lichte der bundesrechtlichen Bestimmungen, der Rechtsprechung des Bundesgerichts und der BFM-Weisungen

Die Einzelfallprüfung bedingt, dass die ganze Sachlage erfasst wird und alle Aspekte berücksichtigt werden. In diesem Sinne hat auch die Lehre gefolgert, es müssten *nicht zwingend alle* Kriterien für eine Bewilligung sprechen, um einen Härtefall bejahen zu können. Vielmehr könne sich eine Bewilligungserteilung aufdrängen, weil einzelne Kriterien oder gar nur ein Kriterium (besonders) ausgeprägt erfüllt sei (vgl. Spescha/Kerland/Bolzli, Handbuch zum Migrationsrecht, Zürich 2010, S. 203). Dies gilt umso mehr, als nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung nicht einmal vorausgesetzt ist, dass ein Gesuchsteller je in der Schweiz gelebt hat (vgl. schon BGE 119 Ib 33 E. 4c).

Im Lichte dieser Anforderungen an die Beurteilung eines Härtefalles erweist sich die Praxis des Kantons Graubünden als *unangemessen einschränkend*, wie sogleich gezeigt wird.

a) Pass-Erfordernis

Das Pass-Erfordernis findet in den bundesrechtlichen Bestimmungen keine Grundlage und wird denn auch in den bundesrechtlichen Weisungen nicht erwähnt. Zwar muss

die *Identität bekannt* sein, wie sich aus Art. 31 Abs. 2 VZAE ergibt. Dies ist erforderlich, um die Wiedereingliederung im Herkunftsstaat beurteilen zu können, was gemäss Art. 31 Abs. 1 lit. g VZAE als Härtefallkriterium in Betracht fällt.

Indessen setzt der Identitätsnachweise keineswegs zwingend das Beibringen eines gültigen heimatlichen Reisepasses voraus und schon gar nicht ist dies eine Voraussetzung für die Erteilung einer Härtefallbewilligung. Zwar verlangt auch Art. 13 Abs. 1 AuG, dass Ausländer bei der Anmeldung ein gültiges Ausweispapier vorlegen müssen. Indessen gilt dieses Erfordernis dann nicht, wenn sich dessen Beschaffung nachweislich als unmöglich erweist oder die Bemühung um entsprechende Papiere unzumutbar ist (Art. 8 Abs. 2 lit. a und b VZAE). Das Erfordernis des Ausweispapiers ist auch gemäss Praxis anderer Kantone selbst dann erfüllt, wenn bei gegebener Zumutbarkeit der Passbeschaffung erfolglose Bemühungen nachgewiesen werden. Zuweilen wird eine Bewilligung auch erteilt mit der Auflage, nach Erhalt derselben einen Pass zu beschaffen, was regelmässig erleichtert wird, wenn die betroffene Person den heimatlichen Behörden einen *Ausländerausweis* vorlegen kann.

b) Sprachnachweis

Bezüglich der sprachlichen Integration verlangt der Kanton Graubünden offenbar ein höheres Niveau als das Minimalniveau A1 gemäss BFM-Weisungen. Abgesehen davon, dass diese Abweichung von den Vorgaben des BFM sachlich nicht begründet erscheint und insbesondere bildungsferne Gesuchsteller diskriminiert würden, widerspricht das zwingende *Erreichen eines bestimmten Niveaus* dem Härtefallkriterium von Art. 31 Abs. 1 lit. d VZAE, wo explizit auf den *Willen* zum Erwerb von Bildung abgestellt wird. Bezeichnenderweise wird im Formular des Bundesamtes für Migration (s. Anhang), das dieses für die Härtefallprüfung entworfen hat, ebenfalls kein sprachliches Minimalniveau verlangt (s. Frage 3), sondern lediglich unter „Angaben zur Sprache“ als Teilelement der „beruflichen/sozialen Integration“ erfasst. Das zwingende Erfordernis eines Sprachniveaus führte überdies zur Verweigerung einer Härtefallbewilligung an Personen, die allenfalls andere Härtefallkriterien *besonders ausgeprägt* erfüllen und daher zweifellos als Härtefälle im Sinne der bundesrechtlichen Vorgaben zu beurteilen wären. Überdies wirkt die Praxis auch diskriminierend, insofern bildungsferne, kognitiv

oder altersbedingt beeinträchtigte Personen oder gar Analphabeten als Härtefälle ausgeschlossen werden. Zudem wird die Fixierung auf ein entsprechendes Minimalkriterium der gebotenen Berücksichtigung der Gesamtumstände, der Erfassung der ganzen Sachlage und Berücksichtigung aller Aspekte, wie dies die bundesgerichtliche Rechtsprechung verlangt (vgl. BGE 124 II 110 und 128 II 200), nicht gerecht.

c) „Erwerbskarriere“

Ähnliche Einwände ergeben sich auch mit Bezug auf die Anforderungen an den Nachweis der beruflichen Integration. Insofern gemäss den BFM-Weisungen die Beschäftigungsaussichten in der Zukunft massgebend sind und gemäss Art. 31 Abs. 1 Buchst. d VZAE der *Wille* zur Teilhabe am Wirtschaftsleben zu beurteilen ist und nicht ein bestimmter Erfolg, widerspricht das Erfordernis einer vierjährigen ununterbrochenen Erwerbstätigkeit bzw. einer 70%igen Erwerbstätigkeit während des gesamten Aufenthaltes dem bundesrechtlichen Kriterium.

Bereits der Wortlaut der Verordnungsbestimmung („*Wille zu ...*“) bringt zum Ausdruck, dass die in Frage stehende Kategorie ausländischer Personen auf objektive Hindernisse stösst, um sich erwerblich zu integrieren, weshalb dort, wo die erwerbliche Integration (noch) nicht gelungen ist, auf entsprechende *Bemühungen* abzustellen ist, was Ziff. 5.6.4.4 der BFM-Weisungen folgerichtig zum Ausdruck bringt. Mithin führen auch die überdehnten Anforderungen zur beruflichen Integration in bundesrechtswidriger Weise zum Ausschluss von einer einzelfallgerechten Härtefallprüfung.

Dass die Bündner Anforderungen den bundesrechtlichen Vorgaben widersprechen, zeigt auch Art. 31 Abs. 5 VZAE, wonach explizit altersbedingte, gesundheitsbedingte oder asylrechtlich bedingte Beeinträchtigungen bei der Ausübung einer Erwerbstätigkeit zu berücksichtigen sind und Gesuchstellern nicht nachteilig angelastet werden sollen. Unter diesem Aspekt ist erst recht vom Nachweis einer Arbeitstätigkeit bei Gesuchstellenden abzusehen, die als abgewiesene Asylsuchende gar nicht (mehr) die Möglichkeit hatten, einer legalen Erwerbstätigkeit nachzugehen.

Da die Aufzählung der massgeblichen Kriterien für einen Härtefall auch gemäss BFM-Weisungen nicht abschliessend sind (Ziff. 5.6.4), ist Art. 31 Abs. 5 im Übrigen sinngemäss

mäss dahingehend zu erweitern, dass auch Integrationshindernissen, die durch eine ungenügende oder gänzlich fehlende Schulbildung bedingt sind, Rechnung zu tragen ist bzw. dieselben einer Anerkennung als Härtefall nicht zum Vorneherein entgegenstehen dürfen.

Fazit

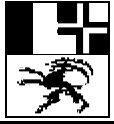
Im Lichte der bundesrechtlichen Vorgaben und Kriterien erweisen sich die im Informationsblatt formulierten *Grundvoraussetzungen* für die Prüfung als Härtefall als zu apodiktisch, diskriminierend und sachlich unbegründet. Insbesondere lassen sie sich mit der gebotenen Berücksichtigung der Gesamtumstände des Einzelfalles nicht vereinbaren. Eine einzelfallgerechte Beurteilung eines Härtefalls setzt vielmehr voraus, dass im Rahmen einer *Gesamtschau* sämtliche Beurteilungselemente von Art. 31 VZAE gewichtet werden, wobei das Fehlen einzelner Beurteilungselemente durch das besondere Gewicht anderer Elemente aufgewogen werden kann.

Eine Korrektur des Informationsblattes im Sinne der vorstehenden Ausführungen drängt sich auf. Es erscheint angezeigt, das Gesuchsformular des Bundesamtes für Migration zu verwenden, das die massgeblichen Sachverhaltselemente im Hinblick auf eine Gesamtbeurteilung umfassend eruiert, statt eine Gesuchsprüfung an überdehnten Mindestanforderungen mit Bezug auf *einzelne* Kriterien zum Vorneherein scheitern zu lassen.

Spescha, 12. Februar 2012

Anhang: Härtefallformular BFM (Ziff. 5.6)

Anhang 3: Die Bündner Kriterien für die Härtefallprüfung von März 2011: „Informationsblatt“ Amt für Polizeiwesen und Zivilrecht Graubünden vom 15.03.2011



Informationsblatt

Gesuch um Erteilung einer Härtefallbewilligung gemäss (Art. 84 Abs. 5 AuG oder Art. 14 Abs. 2 AsylG)

Gesuche um Erteilung einer Härtefallbewilligung gemäss Art. 84 Abs. 5 AuG oder Art. 14 Abs. 2 AsylG sind immer mit dem Gesuchsformular (Ausländerbewilligung B1) und einem begründeten Begleitschreiben dem Amt für Polizeiwesen und Zivilrecht Graubünden einzureichen. Das Gesuchsformular ist unter www.apz.gr.ch abrufbar.

Folgende Voraussetzungen müssen erfüllt sein:

Anwesenheitsdauer

Eine Person kann eine Aufenthaltsbewilligung beantragen, wenn sie sich seit Einreichung des Asylgesuches mindestens fünf Jahre ununterbrochen in der Schweiz aufhält.

Passerfordernis

Das Beibringen eines gültigen heimatlichen Reisepasses oder eines Reisedokumentes für ausländische Personen ist zwingend erforderlich.

Sprachliche Integration

Damit die sprachliche Integration von der Gesuchstellenden Person überprüft werden kann, muss ein Deutschtest Niveau A2 gemäss „ALTE Stufen“ abgelegt werden. Der Deutschtest kann bei einer anerkannten Sprachschule abgelegt werden; Online-Tests werden nicht akzeptiert.

Berufliche Integration

Die berufliche Integration ist dann erfüllt, wenn die gesuchstellende Person 70 % des gesamten Aufenthaltes einer Erwerbstätigkeit nachgegangen ist oder vier Jahre ununterbrochen eine Arbeitsstelle inne hatte.

Einzureichende Dokumente und Unterlagen:

- Deutschtest Niveau A2 gemäss „ALTE Stufen“
- gültiger Arbeitsvertrag
- Arbeitsbestätigungen von allen bisherigen Arbeitgebern
- Schulzeugnisse oder Lehrzeugnisse
- Schulbestätigungen (Zeitpunkt und Dauer)
- Betreibungsregisterauszug (nicht älter als drei Monate)
- Strafregisterauszug (nicht älter als drei Monate)
- ausführlicher Arztbericht (gilt auch für Kinder), aus welchem der Gesundheitszustand aller Gesuchsteller hervorgeht
- gültiger heimatlicher Reisepass oder ein Reisedokument für ausländische Personen (gilt für alle Familienmitglieder)

Auskünfte erteilt:

Amt für Polizeiwesen
und Zivilrecht Graubünden
Karlhof 4
7001 Chur

Ansprechperson:

Thomas Gansner
Tel. 081 257 3007

Chur, den 15. März 2011

Anhang 4: Die aktuellen Bündner Kriterien. Neu wurde als Grundvoraussetzung für die Prüfung als Härtefall die Dauer der ununterbrochenen Erwerbstätigkeit von vier auf drei Jahre gesenkt:
„Informationsblatt“ Amt für Migration und Zivilrecht Graubünden vom 27.11.2013



Informationsblatt

Gesuch um Erteilung einer Härtefallbewilligung gemäss (Art. 84 Abs. 5 AuG oder Art. 14 Abs. 2 AsylG)

Gesuche um Erteilung einer Härtefallbewilligung gemäss Art. 84 Abs. 5 AuG oder Art. 14 Abs. 2 AsylG sind immer mit dem Gesuchsformular (Ausländerbewilligung B1) und einem begründeten Begleitschreiben dem Amt für Migration und Zivilrecht Graubünden einzureichen. Das Gesuchsformular kann unter www.afm.gr.ch heruntergeladen werden.

Folgende Voraussetzungen müssen erfüllt sein:

Anwesenheitsdauer

Eine Person kann eine Aufenthaltsbewilligung beantragen, wenn sie sich seit Einreichung des Asylgesuches mindestens fünf Jahre ununterbrochen in der Schweiz aufhält. Diese Frist gilt für alle Einzelpersonen und Familien.

Passerfordernis

Alle Gesuchsteller, inkl. die Kinder müssen für die Erteilung einer Härtefallbewilligung über ein gültiges Reisedokument verfügen. Bei Kindern, die in der Schweiz geboren wurden, genügt eine Geburtsurkunde.

Sprachliche Integration

Sprachkompetenzen zur Bewältigung des Alltags werden vorausgesetzt und sind wie folgt nachzuweisen:

- mit einem anerkannten Sprachtest Niveau A2 (Telc, ÖSD, Fide, Goetheinstitut u.ä.)
- mit einem entsprechenden mündlichen Test Niveau A2 einer von den zuständigen Behörden anerkannten Sprachschule
- mit einem von einer anerkannten Sprachschule attestierten Nachweis über einen Besuch von 280 Deutschlektionen bei einer mind. 80 %-igen Teilnahme

Für Personen mit einer ärztlich attestierten Sprech- und/oder Hörbehinderung werden die Voraussetzungen für die Alltagsverständigung individuell geprüft. Online-Tests werden nicht akzeptiert.

Berufliche Integration

Die berufliche Integration ist dann erfüllt, wenn die gesuchstellende Person 70 % des gesamten Aufenthaltes einer Erwerbstätigkeit nachgegangen ist oder drei Jahre ununterbrochen eine Arbeitsstelle inne hatte.

Einzureichende Dokumente und Unterlagen:

- Sprachkompetenznachweis Niveau A2 gemäss dem europäischen Referenzrahmen GER
- gültiger Arbeitsvertrag bzw. Nachweis der Saisonstellen
- Arbeitsbestätigungen von allen bisherigen Arbeitgebern
- Schulzeugnisse oder Lehrzeugnisse
- Betreibungsregisterauszug (nicht älter als drei Monate)
- Strafregisterauszug (nicht älter als drei Monate)
- Bei Vorliegen von gesundheitlichen Problemen sind zwingend Arztberichte beizulegen
- gültiger Reiseausweis oder Reisepass für ausländische Personen (gilt für alle Familienmitglieder)

Auskünfte erteilt:

Amt für Migration
und Zivilrecht Graubünden
Karlihof 4
7001 Chur

Ansprechperson:

Thomas Gansner
Tel. 081 257 3007

Chur, den 27. November 2013