

**96/97 35 Fremdenpolizei. Art. 13 lit. f BVO. Härtefall. Abgrenzung zum Asylrecht (E. 13b) und zu Art. 28 Abs. 1 lit. b BVO (E. 13c). Beurteilungskriterien, insbesondere bei Kindern (E. 13d-g), unter Berücksichtigung der neuesten bundesgerichtlichen Rechtsprechung. Untersuchungspflicht der Verwaltungsbehörde (E. 13h).**

Obergericht, 4. März 1998, OG V 97 107

**Aus den Erwägungen:**

13. Bezüglich der Verneinung des Vorliegens eines Härtefalles im Sinne von Art. 13 lit. f BVO rügt der Beschwerdeführer... Sinngemäss macht er geltend, der Begriff "Härtefall" sei durch die Vorinstanz unzutreffend ausgelegt worden. Insbesondere sei die Situation der Kinder zu wenig beachtet worden.

a) Nach Art. 13 lit. f BVO sind Ausländer von den Höchstzahlen ausgenommen, wenn ein schwerwiegender persönlicher Härtefall oder staatspolitische Gründe vorliegen. Bei der Figur des schwerwiegenden persönlichen Härtefalles handelt es sich um einen Rechtsbegriff, dessen Anwendung das Obergericht frei überprüft. Den Behörden kommt insofern kein Ermessen zu (BGE 119 Ib 40 E. 3b, 117 Ib 321 E. 4a). Wie das Bundesgericht festgehalten hat, rechtfertigt sich für die Gerichte eine Zurückhaltung nicht, soweit es darum geht, die begrifflichen Grenzen des Härtefalles festzulegen. In Frage kommt eine gewisse Zurückhaltung nur allenfalls bei der Würdigung der tatsächlichen Verhältnisse, soweit Umstände massgeblich sind, hinsichtlich derer die Verwaltungsbehörden über einen besseren Gesamtüberblick und damit über eine grössere Vergleichsbasis verfügen als das Obergericht, dem ja nur einzelne Fälle zum Entscheid vorgelegt werden. Soweit über die Ausnahme von den Höchstzahlen aus staatspolitischen Gründen zu befinden ist, haben sich die Gerichte indessen grosse Zurückhaltung aufzuerlegen (BGE 119 Ib 40 f. E. 3b). Vorliegend ist lediglich die Figur des schwerwiegenden persönlichen Härtefalles strittig.

b) Die Begrenzungsmassnahmen bezwecken in erster Linie ein ausgewogenes Verhältnis zwischen dem Bestand der schweizerischen und dem der ausländischen Wohnbevölkerung und sind auf eine Verbesserung der Arbeitsmarktstruktur und auf eine möglichst ausgeglichene Beschäftigung ausgerichtet (vgl. Art. 1 lit. a und c BVO). Die Ausnahme von der zahlenmässigen Beschränkung nach Art. 13 lit. f BVO hat zum Ziel, die Anwesenheit in der Schweiz solchen Ausländern erleichtert zu ermöglichen, die an sich den Höchstzahlen zu unterstellen wären, bei denen sich dies jedoch infolge der besonderen Umstände ihres Falles als übermässige Härte auswirken würde oder dies staatspolitisch unerwünscht wäre (vgl. BGE 119 Ib 41 E. 3c, 117 Ib 321 E. 4b). Da es sich bei Art. 13 lit. f BVO um eine Ausnahmenorm handelt, muss bei der Anwendung der Bestimmung gewährleistet bleiben, dass eine Befreiung von den Höchstzahlen nicht zum Normalfall wird, sondern eben eine Ausnahme bleibt. Auch ergibt sich aus dem Verordnungstext, dass die Voraussetzungen zur Anerkennung eines Härtefalles grundsätzlich restriktiv zu handhaben sind (BGE 117 Ib 322 E. 4b). Für die Frage des Härtefalles sind ausschliesslich humanitäre Gesichtspunkte wesentlich, die nicht auf staatlicher Verfolgung beruhen. Denn die Härtefallregelung der Begrenzungsverordnung dient nicht dazu, Aufenthalt in der Schweiz zwecks Schutz vor kriegerischen Ereignissen und staatlichen Übergriffen oder ähnlichen Eingriffen in die persönliche Freiheit zu gewähren. Dafür steht einerseits das Asylverfahren zur Verfügung, andererseits können solche Umstände für die Vollziehbarkeit einer verfügten Wegweisung (vgl. Art. 14a Abs. 4 ANAG sowie BBI 1990 II 668 f.) massgeblich sein (vgl. BGE 123 II 128 E. 3, 119 Ib 43 E. 4b). Indessen können allenfalls besondere Erschwernisse im Heimatland bei der Würdigung der persönlichen, familiären und ökonomischen Verhältnisse des Ausländers mitberücksichtigt werden. Individuelle Benachteiligungen oder solche von nationalen oder ethnischen Minderheiten kommen dafür allerdings nur insoweit in Frage, als sie nicht auf staatlicher Verfolgung beruhen (a.a.O.).

c) Soweit der Beschwerdeführer ausführt, Art. 13 lit. f BVO entspreche Art. 28 Abs. 1 lit. b BVO ist dies unzutreffend. Für die Annahme eines Härtefalles nach Art. 28 Abs. 1 lit. b BVO, der heute nur noch für Saisoniers aus EU- und EFTA-Staaten Anwendung findet, sind mindestens zwölf Saisons à nahezu neun Monate erforderlich. Die Anforderungen an den Härtefall nach Art. 13 lit. f BVO sind nach Bundesgericht strenger (vgl. BGE 117 Ib 317 ff.; unveröffentlichter BGE vom 15.1.1996 i.Sa. G.).

d) Der Beschwerdeführer begründet das Vorliegen eines Härtefalles in erster Linie mit der Anwesenheitsdauer und dem Alter sowie der Integration insbesondere des älteren Kindes. Dabei beruft sich der Beschwerdeführer auf BGE 123 II 125 ff.

e) Gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung setzt der massgebliche Härtefall voraus, dass sich der betreffende Ausländer in einer persönlichen Notlage befindet. Das bedeutet, dass seine Lebens- und Daseinsbedingungen gemessen am durchschnittlichen Schicksal von Ausländern in gesteigertem Masse in Frage gestellt sein müssen bzw. die Verweigerung von der Ausnahme der zahlenmässigen Begrenzung für den Betroffenen schwere Nachteile zur Folge hätte. Bei der Beurteilung des Härtefalles sind alle Gesichtspunkte und Besonderheiten des Einzelfalles zu berücksichtigen (BGE 117 Ib 322 E. 4b). Beim Vergleich mit dem Schicksal anderer Ausländer ist zu beachten, dass allfällige vom Gesetz vorgegebene Besonderheiten in der rechtlichen Stellung einer Ausländerkategorie zwar allenfalls mitberücksichtigt werden können, aber nicht bereits für sich eine massgebliche Härte begründen (BGE 119 Ib 38 ff. E. 2c und 4c). Ein Härtefall setzt nicht zwingend voraus, dass sich der Ausländer je hier aufgehalten hat, sofern sich eine Anwesenheit in der Schweiz als unabdingbar zur Vermeidung einer bedrohlichen Notlage entpuppt. Andererseits genügt die bisherige oder eine frühere Anwesenheit für sich allein nicht zur Annahme eines Härtefalles. Wenn der Ausländer allerdings eine besonders enge Beziehung zur Schweiz hat, z.B. weil er während längerer Zeit mit Anwesenheitsrecht hier lebte und gut integriert ist, kann dies die Anforderung an die Dringlichkeit der Notlage verringern, sofern gerade auch darin eine Härte zu sehen ist, dass er seine Beziehung zur Schweiz nicht oder nicht mehr hier leben kann (BGE 119 Ib 43 f. E. 4c; 117 Ib 322 f. E. 4b). Dies ist auch daran zu messen, wie weit es dem Ausländer zumutbar ist, sich in einem anderen Land, namentlich in seiner Heimat, aufzuhalten bzw. sich dorthin zu begeben.

f) Der Beschwerdeführer ist verheiratet und hat zwei Kinder im Alter von 7 bzw. 11 Jahren. Betrachtet man den Beschwerdeführer und seine Ehegattin isoliert, ist für das Obergericht kein Härtefall zu erkennen. Auch unter Berücksichtigung ihrer Anwesenheitsdauer sowie ihrer Herkunft ist davon auszugehen, dass eine Rückreise ins Heimatland, auch wenn mit gewissen vorab wirtschaftlichen und persönlichen Schwierigkeiten verbunden, nicht unzumutbar ist. Denn dem Beschwerdeführer und seiner Ehegattin wird, gemessen am Schicksal der übrigen Ausländer aus dem ehemaligen Jugoslawien (insbesondere jener aus Bosnien-Herzegowina), isoliert betrachtet nicht eine ausserordentliche Härte erwachsen (vgl. auch Merkblatt des Bundesamtes für Ausländerfragen und des Bundesamtes für Industrie, Gewerbe und Arbeit [neu: Bundesamt für Wirtschaft und Arbeit] vom 6. November 1996; darin erachten diese Bundesbehörden eine Tätigkeit als Saisonier von bis zu zwölf Saisons für die Annahme eines Härtefalles nach Art. 13 lit. f BVO allein kaum als genügend. Vorliegend sind es zwölf Saisons).

g) Indessen befinden sich neben dem Beschwerdeführer und seiner Ehegattin ihre zwei Kinder in der Schweiz. Diese sind im Alter von 2 bzw. 6 Jahren in die Schweiz eingereist. Sie sind 7 bzw. 11 Jahre alt. Das jüngere Kind dürfte die 1., das ältere die 5. Primarschulklasse besuchen. Mit anderen Worten hat das ältere Kind die gesamte bisherige schulische Ausbildung in der Schweiz genossen.

aa) Gemäss BGE 123 II 129 E. 4a dürfen die einzelnen Familienmitglieder nicht isoliert betrachtet werden, die Familie ist als Gesamtes zu betrachten, das einzelne Familienmitglied im Kontext der Familie. Es wäre schwierig, den Härtefall z.B. einzig für die Eltern oder die Kinder zu bejahen. Auch sind die Probleme der Kinder ein gewichtiger Punkt bei der Beurteilung der Familiensituation, jedoch nicht das einzige Kriterium. Es ist mit anderen Worten eine Gesamtbetrachtung vorzunehmen.

bb) Im erwähnten Entscheid hat das Bundesgericht unter Beizug einer Reihe unveröffentlichter Entscheide erstmals Beurteilungskriterien aufgestellt, die es bezüglich der Kinder zu beachten gilt. Es sind das Alter der Kinder, als sie in die Schweiz kamen, ihr Alter zum Zeitpunkt, an dem sie die Schweiz verlassen müssten, die Dauer und der Erfolg in der Schule, der Fortschritt in einer beruflichen Ausbildung, die Möglichkeit der Fortsetzung der Ausbildung sowie die Perspektiven,

die in der Schweiz erworbenen Fertigkeiten auch im Ausland auszuüben, zu berücksichtigen. Gemäss Bundesgericht sind Kinder im jungen Alter (bis 4/5 Jahre) generell noch stark an die Eltern gebunden. Es ist daher regelmässig davon auszugehen, dass eine Integration im Heimatland ohne weiteres möglich ist. Denn in dieser Lebensperiode (Vorschulalter, Kindergarten) hat noch keine irreversible Integration in der Schweiz stattgefunden. Handelt es sich um ein Kind, welches bereits eingeschult ist und sich autonom (losgelöst von den Eltern) in den Lebensalltag der Schweiz zu integrieren begann, kann demgegenüber die erzwungene Rückkehr eine wirkliche Entwurzelung mit sich bringen, dies muss aber nicht sein. Dies ist vor allem von seinem Alter, seinen Bemühungen, sich in die Schweiz zu integrieren, der Stufe und dem Erfolg des Schulbesuches sowie den existierenden sozioökonomischen Unterschieden zwischen der Schweiz und dem Land, in welches es weggewiesen werden könnte, abhängig.

cc) Das Bundesgericht hat den Härtefall in zwei Fällen verneint, in denen das Kind zum massgeblichen Zeitpunkt jeweils 9 Jahre alt war und die 2. bzw. 3. Primarschulklasse besuchte. Beide Kinder waren 4 Jahre jung bei der Einreise. Bei zwei Geschwistern, welche 14 bzw. 16 Jahre alt waren und die die Aufnahme- und Entwicklungsklassen besuchten sowie 10 bzw. 13 Jahre jung bei der Einreise waren, erachtete das Bundesgericht den Härtefall ebenso wenig als gegeben. Ein Härtefall wurde auch verneint bei drei Geschwistern, welche zwischen 7 und  $9\frac{2}{3}$  Jahre jung waren und zwei die 1. und eines die 4. Primarschulklasse besuchten. Diese Kinder waren bei der Einreise zwischen 1 und 3 Jahre jung.

Indessen hielt das Bundesgericht bei einer Familie mit 3 Geschwistern zwischen 14 und 17 Jahren fest, dass diese seit vier Jahren in der Schule gut integriert waren. Die Kinder waren zwischen 9 und 12 Jahre jung bei der Einreise. Das Vorliegen des Härtefalles wurde bejaht. Bei einer 21-jährigen Frau, die 15 Jahre jung bei der Einreise war, bejahte das Bundesgericht den Härtefall ebenso. Der Härtefall wurde auch bei einem 16-jährigen Sohn bejaht, der die 9. Primarschulklasse besuchte und 12 Jahre jung bei der Einreise war. Dabei hielt das Bundesgericht fest, dass die Eltern ausserordentlich gut in der Schweiz integriert waren. Bei einem 12-jährigen Kind, welches bei der Einreise 8 Jahre jung war, bejahte das Bundesgericht den Härtefall, weil das Kind sehr gut in die Schule integriert war. Es wurde dabei festgestellt, dass sich das Kind nur noch mit Schwierigkeiten in den Schulalltag im Heimatland integrieren könnte.

h) Aufgrund des Dargelegten ist die Rückreise für das jüngere Kind (heute 7-jährig) als zumutbar zu betrachten. Das ältere Kind ist 11 Jahre jung und mit 6 Jahren in die Schweiz eingereist. Es befindet sich zum jetzigen Zeitpunkt wohl in der 5. Primarschulklasse. Den gesamten bisherigen obligatorischen Schulunterricht hat es in der Schweiz absolviert. Vergleicht man das Alter des Kindes zum Zeitpunkt der Einreise sowie das aktuelle Alter, die Dauer des Besuchs des obligatorischen Schulunterrichtes mit den vom Bundesgericht zitierten Fällen, bei denen das Vorliegen eines Härtefalles verneint oder bejaht wurde, ist vorliegend insoweit von einem Grenzfall auszugehen, als dass weitere Abklärungen im oben aufgezeigten Sinn erforderlich sind. Denn das Bundesgericht hat in den von ihm in BGE 123 II 125 ff. zitierten Fällen bei denen das Kind bis zu 10 Jahre jung war, und maximal die 4. Primarschulklasse besuchte, den Härtefall jeweils verneint, indessen hat es in einem Fall, in dem das Kind 12 Jahre jung zum möglichen Ausreisezeitpunkt war und 8 Jahre bei der Einreise, den Härtefall aufgrund der konkreten Umstände bejaht. Auf der anderen Seite wurde für zwei Geschwister, welche 14 bzw. 16 Jahre alt waren und die die Aufnahme- und Entwicklungsklassen besuchten sowie 10 bzw. 13 Jahre jung bei der Einreise waren, der Härtefall verneint.

Die Vorinstanz hat den Härtefall nach Art. 13 lit. f BVO geprüft. Indessen hat sie sich bei der Beurteilung des Härtefalles betreffend die Kinder darauf beschränkt, das aktuelle Alter sowie jenes bei der Einreise festzuhalten. Unter Berücksichtigung des oben Ausgeführten hätte die Vorinstanz im Rahmen der Prüfung der gesamten familiären Situation, vor allem jene des älteren Kindes näher prüfen und berücksichtigen müssen. Indessen hat sie dies nicht getan. Daraus folgt, dass die Angelegenheit in diesem Punkt an die Vorinstanz zurückzuweisen ist (Art. 62 Abs. 2 VRPV). Es sind zusätzliche Abklärungen im aufgezeigten Sinne vorzunehmen. Sodann ist unter Beachtung der aufgezeigten Kriterien betreffend das Vorliegen eines Härtefalles für die ganze Familie erneut eine Beurteilung vorzunehmen.

14. ...

15. Aus Gesagtem ist erstellt, dass die Beschwerde teilweise gutzuheissen ist und der Entscheid des Regierungsrates insoweit aufzuheben ist, als dass die Sache zur Neubeurteilung des Härtefalles im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückzuweisen ist.