

Handlungsoptionen zur Reform der vorläufigen Aufnahme

**im Auftrag des Bundesamtes für Migration
ICMPD, November 2012**

Erstellt von International Centre for Migration Policy Development, Wien - Österreich
Beauftragt und finanziert vom Bundesamtes für Migration.

International Centre for Migration Policy Development • November 2012

Handlungsoptionen zur Reform der vorläufigen Aufnahme

**Verfasser: Gottfried Zürcher
Albert Kraller, ICMPD,
Alexandra König, ICMPD**

im Auftrag des Bundesamtes für Migration

November 2012

1	Auftrag	4
2	Ist- Zustand.....	5
2.1	Das Institut der vorläufigen Aufnahme	5
2.2	Rechtstellung des vorläufig Aufgenommenen	7
2.3	Statistische Übersicht	8
2.4	Problemfelder	13
2.5	Bisherige Reformansätze.....	14
3	Übersicht über normative Regelungen in andern Staaten	15
3.1	Europäisches Recht	15
3.2	Deutschland.....	22
3.3	Frankreich.....	27
3.4	Österreich	31
3.5	Vereinigtes Königreich (UK).....	36
3.6	Schweden	40
3.7	Niederlande	43
3.8	Literarnachweis zu normativen Regelungen in andern europäischen Staaten	47
3.9	Zusammenfassung.....	50
4	Reform der vorläufigen Aufnahme	54
4.1	Beibehaltung des Status quo	54
4.2	Ersatz der vorläufigen Aufnahme durch einen ausländerrechtlichen, zeitlich befristeten Aufenthaltsstatus	55
4.3	Ersetzen der vorläufigen Aufnahme wegen Unzulässigkeit (ganz) und Unzumutbarkeit (teilweise) des Vollzuges einer Wegweisung durch eine aufenthaltsrechtliche Bewilligung.....	56
5	Empfehlung	57
	Annex 1: Rückkehrentscheidungen und bestätigte Ausreisen in EU Mitgliedsstaaten und assoziierten Schengen-Staaten, 2008-2010	58

1 Auftrag

Vorläufig aufgenommene Personen sind grundsätzlich verpflichtet, die Schweiz zu verlassen. Aus unterschiedlichen Gründen können sie jedoch nicht ausreisen. Als Ersatzmassnahme für den Vollzug der Wegweisung wird ihre Anwesenheit solange gesetzlich geregelt, bis die Ausreise erfolgen kann. Die vorläufige Aufnahme ist somit kein ausländerrechtlicher Status. In dieser Situation leben weit über 20'000 Personen während vieler Jahre in der Schweiz in Erwartung eines eventuellen Wegfalles des Ausreisehindernisses. Als Weggewiesene können und sollen sie sich wirtschaftlich, sozial und politisch nicht integrieren. Als Sozialhilfeabhängige sollen sie sich aber auch staatliche Transferleistungen in möglichst geringem Umfang beanspruchen, obwohl sie einen verfassungsmässigen Anspruch auf Existenzsicherung haben. Dies wiederum kann nur über Spracherwerb und Teilnahme am Wirtschaftsleben erreicht werden, was wiederum durch Integrationsmassnahmen gefördert wird. Jährlich kommen so zusätzlich einige tausend vorläufig aufgenommene Personen in die widersprüchliche Situation zweier sich widersprechender Zielsetzungen. Im Durchschnitt der letzten Jahre waren es sogar zahlenmässig wesentlich mehr Personen, als solche, die aufgrund ihrer Schutzbedürftigkeit Asyl erhielten. Rund die Hälfte der vorläufig Aufgenommenen lebt in der Regel während mehr als sieben Jahren in einer rechtlich prekären Situation bis zu dem Zeitpunkt, in dem der Aufenthaltskanton bereit ist, eine ordentliche Aufenthaltsbewilligung zu erteilen. Ziel der Studie ist es, aufzuzeigen, wie das Institut der vorläufigen Aufnahme reformiert werden kann, um einerseits sowohl den Bedürfnissen nach internationalem Schutz gerecht zu werden und andererseits die Rückkehroption nicht aus den Augen zu verlieren und schliesslich auch der durch Zeitablauf bedingten fortschreitenden Integration auch aufenthaltsrechtlich Rechnung zu tragen. Anhand der Regelungen in vergleichbaren andern europäischen Staaten sollen nicht nur Fragen des ausländerrechtlichen Status und die Kriterien, welche zur Anwesenheitsregelung führen, sondern auch die Rechtsstellung der Personen beleuchtet werden, die in der schweizerischen Rechtsordnung vorläufig aufgenommen sind.

Die Studie ist folgendermassen gegliedert: Kapitel 2 beschreibt die Entwicklung des Institutes der vorläufigen Aufnahme und ihre heutige Ausgestaltung. Daraus ergeben sich die Herausforderungen und Problemstellungen, die sich aus der Praxis sowohl für die Bundesbehörden, die lokalen Vollzugsbehörden als auch für die Migrantinnen und Migranten ergeben. In Kapitel 3 werden die europäischen Standards erfasst, die auf Personen Anwendung finden, welche nicht als Flüchtlinge anerkannt werden, dennoch aber internationalen Schutzes bedürfen oder die aus humanitären oder faktischen Gründen über eine lange Zeit nicht zur Ausreise gebracht werden können. Dabei werden die Fallkonstellationen verschiedener europäischer Staaten nach Möglichkeit mit der in der schweizerischen Gesetzgebung vorgenommenen Klassifizierung erfasst. Dies erlaubt eine verbesserte Vergleichbarkeit und macht zugleich die entscheidenden Unterschiede zwischen der schweizerischen und europäischen Regelungen deutlich. Vor dem Hintergrund der europäischen Standards wird in diesem Kapitel die Harmonisierung von Regelungen erörtert, die den Zugang zu Rechten beinhalten. Schliesslich wird auch auf die unterschiedliche Praxis hinsichtlich der Ausgestaltung der Aufenthaltsregelung, des Aufschubes oder Ersatzes der Wegweisungsverfügung und des Zuganges zu andern sozialen und wirtschaftlichen Rechten hingewiesen. Vor dem Hintergrund der Auslegeordnung über die Vielzahl unterschiedlicher nationaler Regelungen werden in Kapitel 4 verschiedene Handlungsoptionen zur Beibehaltung oder Reform des schweizerischen Institutes der vorläufigen Aufnahme entwickelt. In Kapitel 5 wird geben die Autoren eine Empfehlung über das weitere Vorgehen ab.

Die Studie untersucht die Situation von Personen,

- die schutzbedürftig im Sinne der internationalen Konventionen sind, dennoch aber kein Asyl erhalten können oder denen auch kein vorübergehender Schutz gewährt wird,
- die aus humanitären Gründen (vor dem Hintergrund einer konkreten Gefährdungslage im Heimatland oder der persönlichen Situation) nicht zur Ausreise veranlasst werden und auch keine Aufenthaltsbewilligung erhalten können
- deren Wegweisung nicht vollzogen werden kann aufgrund technischer Hinderungsgründe (Weigerung des Heimatstaates, die Person als Staatsangehörige zu betrachten, keine Transportmöglichkeit), die ausserhalb des Einflussbereiches der ausländischen Person liegen
- deren Wegweisung nicht vollzogen werden kann aus Gründen, die im Einflussbereich der betroffenen ausländischen Person liegen. Gemäss geltendem Recht (Art. 83 Abs. 7 lit. c AuG) kann in diesen Fällen keine vorläufige Aufnahme verfügt werden. Statistisch wird diese zahlenmässig bedeutende Kategorie auf Bundesebene nur unvollkommen erfasst. Darunter fallende Personen halten sich unter Umständen über viele Jahre in der Schweiz auf und befinden sich in einer prekären rechtlichen Situation ohne Aussicht auf eine Regelung ihrer Anwesenheit. In vielen Belangen ist ihre Situation jedoch vergleichbar mit derjenigen von vorläufig Aufgenommenen. Auch stellen sich ähnliche Fragen bezüglich des Menschenrechtsschutzes. Aus diesen Gründen wird diese zahlenmässig bedeutende Kategorie von Personen in die Studie aufgenommen.
- die rechtskräftig weggewiesen sind und denen die Frist zur Ausreise über eine längere Zeitdauer ein oder mehrmals verlängert wird, ohne dass eine vorläufige Aufnahme verfügt oder eine aufenthaltsrechtliche Regelung zuerkannt wird. Ihre Anwesenheit während der Ausreisefrist ist zwar gesetzlich geregelt. Wird die Frist zur Ausreise über eine längere Zeitdauer immer wieder verlängert, so können sich aus menschenrechtlicher Sicht dennoch problematische Situationen ergeben.

2 Ist- Zustand

2.1 Das Institut der vorläufigen Aufnahme

Das Institut der vorläufigen Aufnahme wurde 1986 zusammen mit der Internierung in das Bundesgesetz über Aufenthalt und Niederlassung der Ausländer aufgenommen. Es ersetzte die Internierung durch freie Unterbringung, die bis zu diesem Zeitpunkt auf Verordnungsstufe geregelt war. Allen drei Instituten gemeinsam war die Konzeption der Ersatzmassnahme für einen aus rechtlichen oder tatsächlichen Gründen undurchführbaren Vollzug einer Wegweisung. Sie wurden von den Bundesbehörden verfügt, im Gegensatz zur früheren Toleranzbewilligung, die von den kantonalen Ausländerbehörden für schriftenlose Ausländer ausgestellt werden konnte. Die Rechtsstellung des vorläufig Aufgenommenen orientierte sich

an der seinerzeitigen Regelung für die offene Internierung. Ansprüche auf Familiennachzug oder Umwandlung in ordentliche ausländerrechtliche Bewilligungen waren nicht vorgesehen, ebenso wenig ein Recht der betroffenen Person, eine vorläufige Aufnahme zu beantragen. Neben der vorläufigen Aufnahme blieb die Internierung (Einweisung in eine geeignete Anstalt) für Personen, die die öffentliche Ordnung oder die Staatssicherheit gefährdeten, bestehen. Sie konnte für sechs Monate verfügt und um jeweils höchstens sechs Monate verlängert werden bis zu einer Maximaldauer von zwei Jahren. War die Internierung nicht mehr zulässig, spätestens aber nach Ablauf des zweiten Jahres, hatte der Aufenthaltskanton eine Aufenthaltsbewilligung zu erteilen. Das Institut der Internierung wurde schliesslich mit dem Bundesgesetz über Zwangsmassnahmen im Ausländerrecht aufgehoben. Mit den Mitteln der Vorbereitungs-, Durchsetzungs- und Ausschaffungshaft sowie der Aus- und Eingrenzung wurde ein Instrumentarium bereitgestellt, das die gleichen Massnahmen umfasste wie die Internierung, jedoch im Gegensatz zu ihr EMRK-konform ausgestaltet war. Nicht ersetzt wurde die Pflicht des Aufenthaltskantons zur Aufenthaltsregelung für den Fall der Aufhebung von Zwangsmassnahmen wegen Unzulässigkeit.

Die vorläufige Aufnahme und ihre Vorgängerregelung der Internierung in Form der offenen Unterbringung waren als Übergangsregelung für Einzelfälle ausgelegt. Ersatzvollzugsmassnahmen waren selten und betrafen hauptsächlich Personen aus mittel- und osteuropäischen Ländern, denen die Rückkehr verwehrt war und die auch kein Asyl erhalten konnten. Gegenüber Personen aus westeuropäischen Staaten hingegen, die den überwiegenden Hauptbestandteil der ausländischen Wohnbevölkerung ausmachten, stiess der Vollzug von Wegweisungen in aller Regel auf keine Hindernisse und war ohne weiteres durchführbar. Zeitliche Verzögerungen, verursacht etwa zur Abklärung der Identität und Nationalität, wurden durch die Anordnung einer Ersatzmassnahme überbrückt, die in vielen Fällen mit der Zuweisung einer Unterkunft verbunden war. Die Dauer der Ersatzmassnahme bis zu ihrem Erlöschen betrug in den meisten Fällen wenige Monate.

Mit der 2008 in Kraft getretenen Änderung des AuG fand ein eigentlicher Paradigmenwechsel statt. Wesentlich zu dieser Änderung trug bei, dass sich die als kurzfristige Überbrückungsregelung bis zur Ausreise gedachte vorläufige Aufnahme in der Praxis häufig als dauerhaft erwies und schliesslich in eine Aufenthaltsregelung mündete. Damit erhielten sozialpolitische Zielsetzungen des Spracherwerbs und der beruflichen Integration als wesentliche Vorbedingung zur Erreichung einer verminderten Sozialhilfeabhängigkeit ein höheres Gewicht gegenüber ausschliesslich auf den Vollzug der Ausreise ausgerichtete Massnahmen. Gleichzeitig trug der Gesetzgeber der Aufenthaltsperspektive von vorläufig Aufgenommenen Rechnung.

Trotz dieses Perspektivenwechsels ist die vorläufige Aufnahme kein selbständiger aufenthaltsrechtlicher Status wie der Aufenthalt oder die Niederlassung, sondern nach wie vor eine Ersatzmassnahme für einen unzulässigen, unzumutbaren oder unmöglichen Vollzug einer Wegweisung. Damit setzt sie eine rechtskräftige Wegweisungsverfügung voraus. Die vorläufige Aufnahme erlischt, wenn der Vollzug der Wegweisung durchgeführt oder wenn ein Aufenthaltsstatus zuerkannt wird. Umgekehrt kann die vorläufige Aufnahme nicht angeordnet werden ohne die Auferlegung einer Verpflichtung zur Ausreise in Form einer Wegweisung. Die vorläufige Aufnahme legalisiert damit die Illegalität der fortwährenden Anwesenheit einer ausländischen Person im Gegensatz zu Personen, denen gegenüber gemäss Art. 83 Abs. 7 keine vorläufige Aufnahme verfügt wird. Da letztere über keine gesetzlich geregelte Anwesenheit verfügen, befinden sie sich in einer ungesetzlichen, d.h. illegalen Situation.

Art. 83 AuG führt drei Gründe der Undurchführbarkeit des Vollzuges einer Wegweisung auf, die zu einer vorläufigen Aufnahme führen. Erweist sich der Vollzug als unmöglich, unzulässig oder unzumutbar, wird an seiner Stelle eine vorläufige Aufnahme angeordnet:

- Unmöglich ist der Vollzug einer Wegweisung, wenn die vollziehende Behörde aus technischen Gründen, insbesondere aus Gründen fehlender Kooperation einer ausländischen Behörde, die betroffene Person nicht ausser Landes verbringen kann. Solche Hinderungsgründe können auftreten, wenn der Nachweis der Identität nicht gelingt, wenn Dokumente nicht beigebracht werden können oder wenn Schwierigkeiten auftreten bei der Ausstellung der für die Rückreise notwendigen Dokumente. Auch fallen fehlende Transportmöglichkeit in betreffenden Herkunftsstaat unter diese Fallkonstellation. Sehr oft besteht ein direkter Kausalzusammenhang zwischen den Hinderungsgründen und der Kooperationsbereitschaft der heimatlichen Behörden;
- Unmöglich ist der Vollzug einer Wegweisung im weiteren, wenn seitens der Ausländerin oder des Ausländers keine Kooperationsbereitschaft besteht zur Klärung der Identität und Nationalität. Liegen die Gründe der Unmöglichkeit demzufolge im Einflussbereich der betroffenen Person liegen, so wird keine vorläufige Aufnahme verfügt (Art. 83 Abs. 7 lit. c).
- Als unzulässig umschreibt das Gesetz (Art. 83 Abs. 3) einen Wegweisungsvollzug, dem völkerrechtliche Verpflichtungen der Schweiz entgegenstehen. Darunter sind insbesondere menschenrechtliche Schranken zu verstehen wie etwa das Verbot der Folter oder unmenschlichen Behandlung, ohne dass eine derartige Gefährdung zur Anerkennung als Flüchtling und zur Gewährung von Asyl führen würde.
- Unzumutbar ist der Vollzug einer Wegweisung schliesslich, wenn er für die ausländische Person aufgrund der herrschenden Situation im Zielstaat eine konkrete Gefährdung darstellt. Als nicht abschliessende Beispiele, in denen solche Gefährdungen entstehen können, nennt das Gesetz Situationen des Krieges, Bürgerkrieges, allgemeiner Gewalt oder das Bestehen einer medizinischen Notlage. Die offene Formulierung weist darauf hin, dass mit dem Begriff der Unzumutbarkeit vor allem humanitäre Gründe gemeint sind, die einem Vollzug einer Wegweisung entgegenstehen. Damit geht er über eine allfällige aus Art. 2 EMRK fliessende völkerrechtliche Verpflichtung zum Schutze des Rechts auf Leben hinaus, die einen Vollzug nicht zulässt, weil die betroffene Person im Zielstaat einer konkreten Bedrohung des Lebens infolge willkürlicher Gewalt ausgesetzt wäre.

2.2 Rechtstellung des vorläufig Aufgenommenen

Die Rechtstellung von vorläufig Aufgenommenen wird in Art. 85 und 86 AuG geregelt. Nach diesen Bestimmungen können die so geregelten Personen ihren Aufenthaltsort in der Schweiz nicht frei wählen. Der im Asylgesetz festgelegte Verteilschlüssel gilt auch für vorläufig Aufgenommene (Art. 85 Abs. 2 AuG). Innerhalb des zugewiesenen Kantons kann der Wohnort frei gewählt werden. Im Falle von Sozialhilfeabhängigkeit beschränken Kantone indessen diese Wahl durch Zuweisung einer Unterkunft, womit auch der Wohnort festgelegt wird. Ausgenommen von dieser Regelung sind vorläufig aufgenommene Flüchtlinge, die gemäss Art. 23 der Genfer Flüchtlingskonvention in der Sozialhilfe gleich behandelt werden müssen wie Einheimische.

Ein Kantonswechsel kann nur mit Zustimmung des Zuzugskantons vorgenommen werden und wird vom Bundesamt verfügt. Angefochten werden kann eine solche Verfügung nur mit der Begründung einer Verletzung des Grundsatzes der Familieneinheit.

Der Zugang zum Arbeitsmarkt kann vorläufig Aufgenommenen unabhängig der Arbeitsmarkt- und Wirtschaftslage gewährt werden. Aufgrund der eingeschränkten örtlichen Mobilität sind indessen vorläufig Aufgenommene gegenüber Inhabern einer Aufenthaltsbewilligung schlechter gestellt, was im Resultat die wirtschaftliche Integration beeinträchtigt. Daraus kann sich im Einzelfall ein Widerspruch zur Förderung der beruflichen Integration vorläufig Aufgenommener zur Verminderung der Sozialhilfeabhängigkeit ergeben.

Vorläufig Aufgenommene haben Zugang zu Fördermassnahmen zur Erleichterung der sozialen, beruflichen und kulturellen Integration. Der Beitrag des Bundes an diese Massnahmen ist zweckgebunden und soll die Sozialhilfeabhängigkeit durch vermehrte Erwerbsarbeit vermindern. Der eingeschränkte Fokus bewirkt, dass die Integrationsmassnahmen nicht von gleichwertiger Qualität und Umfang sind wie bei Einheimischen und andern Ausländerkategorien.

Der Familiennachzug ist grundsätzlich gewährleistet nach einer Wartefrist von drei Jahren gemäss Art. 85 Abs. 7 AuG, sofern ein gemeinsames Familienleben geplant, eine bedarfsgerechte Wohnung vorhanden und die Familie nicht auf Sozialhilfe angewiesen ist.

Der Zugang zur sozialen Sicherheit ist für vorläufig Aufgenommene grundsätzlich gewährleistet. Art. 86 AuG verweist in diesem Zusammenhang auf die Regelungen im Asylgesetz für Asylsuchende, womit den Kantonen die Möglichkeit einer unterschiedlichen Behandlung gegenüber Einheimischen und ausländischen Personen mit einem Aufenthaltsstatus eröffnet wird. Der Handlungsspielraum ist lediglich durch die verfassungsmässige Garantie der Existenzsicherung gemäss Art. 12 BV.

2.3 Statistische Übersicht

Die ZEMIS-Datenbank des Bundesamtes für Migration weist in den letzten Jahren einen konstanten Gesamtbestand an vorläufig Aufgenommenen von rund 23'000 Personen aus. Davon halten sich rund die Hälfte mehr als sieben Jahre in der Schweiz auf. Jedes Jahr werden zweitausend bis dreitausend neue vorläufige Aufnahmen verfügt. Etwa in der gleichen Grössenordnung erlöschen vorläufige Aufnahmen, hauptsächlich aufgrund der Bereitschaft kantonaler Behörden, gestützt auf Art. 84 Abs. 5 AuG eine Aufenthaltsbewilligung zu erteilen. Die Praxis der Kantone ist allerdings unterschiedlich, sodass der Grossteil der Aufenthaltsbewilligungen vor allem aus Kantonen der Westschweiz stammt.

	2007	2008	2009	2010	2011
Bestand v.A. <= 7 Jahre	10'587	9'809	9'370	10'183	10'055
Bestand v.A. > 7 Jahre	11'193	10'982	10'782	10'008	9'353
Bestand v.A. Total (inkl. v.a. Flüchtlinge)	23'445	22'958	22'682	23'471	23'310
+ neue v.A.	2'319	3'506	3'385	3'711	2'159
- Erlöschen v.A.	4'844	4'507	4'170	3'988	3'173

Härtefallregelung AuG	4	3'254	2'682	2'656	1'866
Härtefallregelung AsylG	790	868	429	286	202

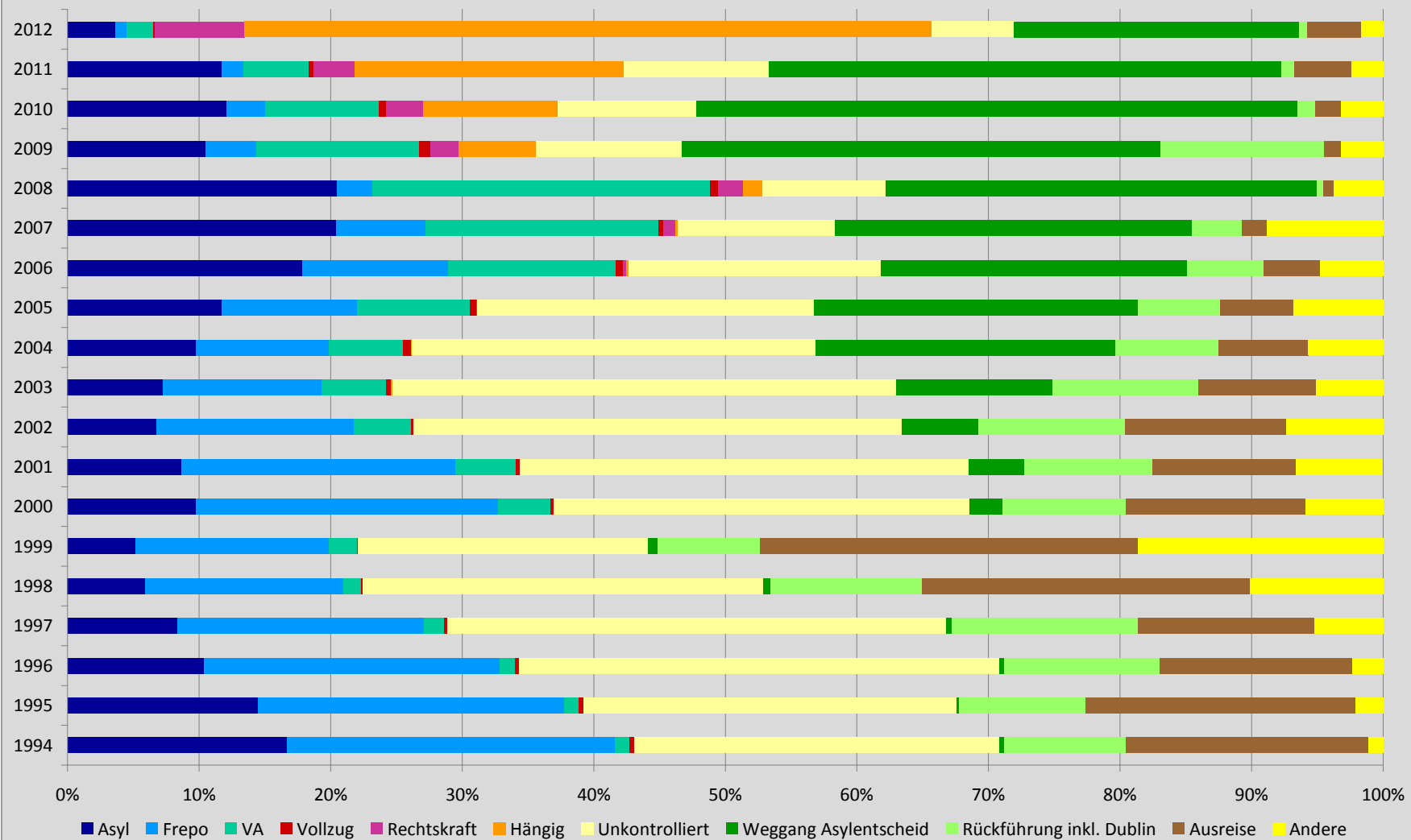
Quelle: BFM, Statistikdienst (Auszug)

Die vorstehenden ZEMIS-Daten geben keine Auskunft darüber, welche ausländerrechtlichen Verfahren vor Verfügung der vorläufigen Aufnahme durchgeführt wurden und wie lange diese dauerten. Auch ist nicht ersichtlich, wie viele Personen, die sich in der Schweiz aufhalten, weder eine Aufenthaltsbewilligung besitzen noch über eine vorläufige Aufnahme oder eine andere gesetzlich geregelte Anwesenheit verfügen. Die nachfolgende Kohortenstatistik aus dem Asylbereich vermag einzelne dieser Fragen zu beantworten. Sie zeigt auf, mit welcher ausländerrechtlichen Regelung eine Gruppe von Personen, die in einem bestimmten Jahr ein Asylgesuch eingereicht hat (die jeweilige Kohorte), zu einem bestimmten späteren Zeitpunkt geregelt ist. Sie vermag auch bis zu einem gewissen Grade Auskunft darüber zu geben, ob und welcher Anteil einer Kohorte sich zum Messzeitpunkt nach wie vor und unter welchem Titel in der Schweiz aufhalten und wie viele Personen die Schweiz verlassen haben. Die Übersicht der vergangenen 18 Jahre zeigt dabei das folgende Bild:

- Unabhängig der Zahl der gestellten Gesuche lag die Anerkennungsquote zwischen zehn und zwanzig Prozent. Ausnahme bildete die Gesuchsjahrgänge Ende der 90er Jahre. Diese waren geprägt durch Gesuche von Personen aus dem Balkan, die grösstenteils unter das Mandat des UNHCR fielen und zumindest zeitweilig schutzbedürftig waren. Auffallend ist bei den älteren Kohorten der hohe Anteil der Aufenthaltsregelungen verbunden mit dem kleinen Anteil an vorläufigen Aufnahmen. Dies weist auf die grosse Zahl der Aufenthaltsbewilligungen an vorläufig Aufgenommene hin und auf die Effekte der Amnestie Ende der neunziger Jahre unter dem Titel der humanitären Aktion 2000. Trotz dieser Entwicklungen hin zu individueller oder kollektiver Altfallregelung ist bemerkenswert, dass sich zum heutigen Zeitpunkt nach wie vor rund 6000 Personen mit einer vorläufigen Aufnahme seit mehr als zehn Jahren in der Schweiz aufhalten. Von ihnen kann gesagt werden, dass es anwesenheitsrechtlich wohl kaum etwas Definitiveres gibt als eine vorläufige Aufnahme. Zu einem Grossteil erweist sich die vorläufige Aufnahme deshalb als Zwischenregelung, die nach Jahren in eine Aufenthaltsregelung mündet. Darauf deutet auch der in den jüngeren Kohorten ausgewiesene hohe Anteil an vorläufigen Aufnahmen hin, wenn einmal die pendenten Fälle abgearbeitet sind. Es ist absehbar, dass die meisten der vorläufig Aufgenommenen in den kommenden Jahren zu einer Aufenthaltsbewilligung kommen werden. Damit wird auch deutlich, dass die vorläufige Aufnahme als zeitlich beschränkte Anwesenheitsregelung bis zur Ausreise an Bedeutung verloren hat gegenüber einer mehrere Jahre dauernden Phase der Anwesenheitsverfestigung, die schliesslich in einen Aufenthalt mündet. Die 2008 in Kraft getretene Förderung der sozialen, beruflichen und kulturellen Integration ist nicht Auslöser dieser Entwicklung, da diese schon vorher stattgefunden hat.
- In den jüngeren Kohorten fällt der hohe Anteil der Kategorie „Weggang Asylentscheid“ auf. Unter diesem Titel werden Fälle von Personen erfasst, die weder Asyl oder eine ausländerrechtliche Aufenthaltsbewilligung erhalten haben noch mit einer vorläufigen Aufnahme geregelt sind. Auch wurde keine Ausreise erfasst, sei diese nun als zwangsweise durchgeführt, kontrolliert oder als unkontrolliert abgereist vermeldet worden. Es ist daher davon auszugehen, dass ein grosser Teil dieser Personenkategorie nach wie vor in der Schweiz lebt, aber in keiner Ausländerstatistik mit einer gesetzlich geregelten Anwesenheit aufscheint. Dies trifft vor allem bei einer festgestellten selbstverschuldeten Unmöglichkeit des Vollzuges gemäss Art. 83 Abs. 7 lit. b AuG zu. Hier dürfte der letzte in der Ausländerstatistik erfasste Stand in einem Weggang

Asylentscheid bestehen. Die relative Grösse dieser Gruppe deutet darauf hin, dass in der Entscheidpraxis ungeklärte Identität und Nationalität in aller Regel auf das Verhalten der betroffenen Person zurückgeführt wird. Zahlenmässig führte die Einführung des Ausschlussgrundes zu einer drastischen

Letzter Status/Prozess für die Asylgesuchsjahrgänge 1994 bis 2012 - Stand am 31.7.2012



Quelle: BFM, Statistikdienst

Reduktion der vorläufigen Aufnahme wegen unmöglichen Vollzuges. Auch dies kommt in der Kohortendarstellung deutlich zum Ausdruck. Schliesslich wird aber auch ein Vollzugsproblem kaschiert und eine Vielzahl von Personen ausserlegalen Selbstregulierungsmechanismen ausgesetzt. Ob diese eine Ausreise aus der Schweiz bewirken, ist nicht schlüssig nachweisbar, zumal entsprechende statistische Angaben fehlen. Die Zunahme von langjährig anwesenden Nothilfebezügern in den Kantonen und Gemeinden deuten eher auf eine tolerierte illegale Anwesenheit hin, die irgendwann, wenn auch nicht gesetzlich vorgesehen, faktisch zu einer Aufenthaltsregelung führen wird.

- Die grosse Zahl der registrierten „Weggänge Asylentscheid“ erschwert auch eine approximative Aussage, wie viele Personen einer Asylbewerberkohorte schliesslich in der Schweiz verbleiben. In den älteren Kohorten, in denen die restriktiven Bestimmungen über die Anordnung einer vorläufigen Aufnahme noch nicht zur Anwendung gelangten, ist eine Bleibequote unter verschiedenen gesetzlich geregelten Anwesenheitsverhältnissen von rund 40 % festzustellen. Einzig Ende der neunziger Jahre als Folge der Kosovo-Krise mit hohen Asylgesuchszahlen und der anschliessenden starken Rückkehrzahlen fiel die relative Bleibequote auf unter einen Viertel. Da in den jüngeren Kohorten ein Teil der unter „Weggang Asyl“ registrierten Personen nach wie vor und auf die Dauer in der Schweiz anwesend ist, verändert sich die Bleibequote nicht wesentlich. Neu ist einzig, dass neben Asylberechtigten, Aufenthaltserlaubten, legalisierten Illegalen (vorläufig Aufgenommenen) noch tolerierte Illegale und Sans Papiers hinzukommen, wobei die letzteren statistisch kaum aufscheinen, in der Praxis aber auf Gemeindeebene sehr wohl nachweisbar sind.

Vorläufige Aufnahmen werden gemäss Art. 83 AuG aus unterschiedlichen Gründen angeordnet. Die nachfolgende Übersicht gibt einerseits Auskunft über die zahlenmässige Verteilung der in den letzten Jahren angeordneten vorläufigen Aufnahmen auf die Gründe Unmöglichkeit, Unzulässigkeit und Unzumutbarkeit. Auf der andern Seite werden die hauptsächlichsten Herkunftsländer, aus denen die vorläufig Aufgenommenen in den letzten Jahren stammen, aufgeführt:

Land	2008			2009			2010			2011		
	UM	UZL	UZM	UM	UZL	UZM	UM	UZL	UZM	UM	UZL	UZM
Afghanistan		4	179		3	259		2	429		5	377
Angola	1	4	139		2	85		11	59		1	73
Äthiopien		24	119		26	77		8	60		12	38
China		160	100		186	52		269	12		340	3
Eritrea		349	140		296	141	2	656	123		250	108
Irak	2	23	535		4	355		10	338		10	163
Iran		88	16		64	36		42	33		48	42
Kongo DR		8	191		5	167	1	5	119		2	136
Russ.Föderation			90		4	49		7	28	5	1	47
Serbien		14	363		7	290		5	196	1	6	129
Somalia	1		304	1	3	691		8	1140	1	8	279
Sri Lanka	1	4	341		19	453		12	514		7	97
Syrien		70	106		37	13		29	27		209	144
andere	24	173	663	6	111	588	30	100	506	14	81	393
Total v.A.	29	921	3286	7	767	3256	33	1164	3584	21	980	2029

Quelle: BFM, Statistikdienst

UM = unmöglich, UZL = unzulässig, UZM= unzumutbar

- Die Anordnung einer vorläufigen Aufnahme erfolgt in den allermeisten Fällen aufgrund eines als unzumutbar erachteten Vollzuges einer Wegweisung. Die Personen stammen aus Ländern, in denen Situationen allgemeiner Gewalt, von Bürgerkrieg oder kriegerischer Ereignisse vorherrschen.
- Bei Personen aus einigen wenigen Staaten wird überwiegend auf Unzulässigkeit des Vollzuges einer Wegweisung geschlossen. Hier dürften aus Art. 3 EMRK fliessende Gründe massgeblich zum Entscheid beigetragen haben. Insgesamt basiert jede dritte bis vierte vorläufige Aufnahme auf Unzulässigkeitsgründen.
- Die Situation in einzelnen Staaten bewirkt, dass sowohl Unzumutbarkeits- wie Unzulässigkeitsgründe zur Anordnung einer vorläufigen Aufnahme führen.
- Auffallend ist die geringe Zahl an vorläufigen Aufnahmen wegen Unmöglichkeit des Vollzuges einer Wegweisung, die in früheren Jahren noch den sehr häufig war. Massgeblich dazu beigetragen hat der Ausschluss der Anordnung der Ersatzvollzugsmassnahme infolge selbstverschuldeter Unmöglichkeit. Die geringe Zahl lässt überdies vermuten, dass das Vorliegen einer ausserhalb des Willensbereiches der betroffenen Person liegenden Undurchführbarkeit, beispielsweise fehlende Kooperation des Heimatstaates, nur selten angenommen wird und die Anordnung einer vorläufigen Aufnahme bewirkt.

2.4 Problemfelder

Die vorläufige Aufnahme erfasst unterschiedlichste Situationen teils rechtlicher teils faktischer Natur, die eine aus migrationspolitischer Sicht vorgesehene Ausreise undurchführbar erscheinen lassen. Die als vorübergehend angelegte Regelung der Anwesenheit erweist sich in vielen Fällen als zeitlich nicht absehbar, da die der Anordnung der Ersatzmassnahme zugrundeliegenden Umstände dauerhafter Natur sind. Der Ausschluss einer Anordnung der Ersatzmassnahme gegenüber Personen, die das Ausreisehindernis selbst verursacht haben, hat zu einem zahlenmässigen Rückgang in den Statistiken geführt, nicht jedoch notwendigerweise zu einer tatsächlichen Beendigung der Anwesenheit in der Schweiz.

Die vorläufige Aufnahme ist zu einem überwiegenden Teil zu einem bedeutenden Instrument des Asylbereiches geworden. Heute stellt sie ein de facto Schutzinstrument dar, obwohl sie weder als solches bezeichnet noch ausgestaltet ist. Sie dient zur Regelung eines Zwischenstadiums mit einem prekären rechtlichen Status und einer gegenüber andern Ausländerkategorien benachteiligten Rechtsstellung auf dem Weg zu einer überwiegend in einem Aufenthalt resultierenden Endsituation. Während dieser zumeist mehrjährigen Übergangszeit ist der Zugang zum Arbeitsmarkt und damit die Erreichung der finanziellen Unabhängigkeit von Sozialhilfeleistungen erschwert, weil einerseits die örtliche Mobilität eingeschränkt ist und potentielle Arbeitgeber nicht sicher sein können, ob die Einzelfallkonstellation zu einer zeitlich nahen Ausreise führt oder nicht. Klare Regeln, wann eine vorläufige Aufnahme in einen Aufenthalt führen, fehlen, sodass ein erheblicher Beurteilungsspielraum für die Bewilligungsbehörden entsteht, der auch rechtsstaatliche Fragen aufwirft.

Die in vielen Fällen absehbare dauerhafte Undurchführbarkeit der Wegweisung führt zunehmend zu einer widersprüchlichen Situation zwischen der angeordneten, aber sine die aufgeschobenen Ausreise und der Forderung, sich mit dem Ziel der Reduktion der Sozialhilfeabhängigkeit am wirtschaftlichen Leben zu beteiligen. Sie wird noch verstärkt dadurch, dass vorläufig Aufgenommene Zugang zu Integrationsmassnahmen haben, die zwar durchaus die Remigrationsfähigkeit erhöhen können, im Endeffekt aber mit fortwährender Dauer aufenthaltsverfestigend wirken. In dem Masse nämlich, wie die Anwesenheit andauert, nimmt der Bedarf an kommunalen Leistungen zu, weil es beispielsweise Familienzuwachs gibt, die Kinder eingeschult werden müssen, gesundheitliche Fragen angegangen werden müssen, usw.

Das Gleiche gilt für Personen, denen gegenüber eine vorläufige Aufnahme nicht angeordnet werden kann, weil ihnen zugeschrieben wird, das Vollzugshindernis selbst verursacht zu haben. Das für sie gedachte System der Nothilfe - minimale finanzielle Unterstützung pro Tag - bewährt sich als Unterstützung während einer kurzen Überbrückungszeit. Halten sich die Personen hingegen während mehrerer Jahre in der Schweiz auf, sehen sich Gemeinden aus humanitären, menschenrechtlichen und rechtsstaatlichen Gründen veranlasst, diese Personen zunehmend wie andere Sozialhilfeempfänger und -empfängerinnen zu unterstützen und ihnen den Zugang zu Leistungen im Bereiche der Bildung und Gesundheit zu gewähren.

Dazu kommt eine unterschiedliche Bereitschaft der Kantone, vorläufig Aufgenommenen eine Aufenthaltsbewilligung gemäss Art. 84 Abs. 5 AuG zu erteilen. Damit kommt es zu einer rechtsungleichen Behandlung, je nachdem welchem Kanton eine Person zugeteilt worden ist oder in welchem Kanton sie sich aufhält. Der Natur nach ist diese wie auch in Art. 14 AsylG vorgesehene Möglichkeit der Härtefallregelung eine individualisierte Amnestieregelung. In vielen Fällen kann zwar dadurch eine schwierig gewordene menschenrechtswidrige Behandlung vermieden werden. Problematisch bleibt aber der örtlich unklare verfahrensmässige Zugang zu dieser Regelung.

2.5 Bisherige Reformansätze

In der Botschaft 2002 zur Teilrevision des Asylgesetzes wurde vorgeschlagen, an Stelle der vorläufigen Aufnahme zwei neue rechtliche Regelungen der Anwesenheit zu schaffen. Asylsuchende, welche die Flüchtlingseigenschaft nicht erfüllen, deren Wegweisung von den schweizerischen Behörden jedoch als unzulässig oder unzumutbar erklärt wurde, sollten neu eine humanitäre Aufnahme erhalten. Mit ihr wäre insbesondere ein besserer Zugang zum Arbeitsmarkt möglich geworden. Der Familiennachzug wäre gleich geregelt gewesen wie bei Aufenthaltern. Ausserdem hätten sie Zugang zu Integrationsmassnahmen gehabt. Straffällige Personen wären von der humanitären Aufnahme ausgeschlossen geblieben. Personen, bei denen der Vollzug der Wegweisung als unmöglich beurteilt wurde, wären lediglich provisorisch aufgenommen worden und wären rechtlich so gestellt wie die bisher vorläufig Aufgenommenen. Konzeptionell waren sowohl die humanitäre wie auch die provisorische Aufnahme als Ersatzvollzugsmassnahmen ausgestaltet.

In der parlamentarischen Beratung war unbestritten, dass zusätzliche Massnahmen zur Reduktion der Sozialhilfeabhängigkeit sinnvoll sind vor allem bei Personen, bei denen auf die Dauer nicht mit einer Ausreise gerechnet werden kann. Hingegen vermochte die zusätzliche Aufgliederung in zwei unterschiedliche Arten von Ersatzvollzugsmassnahmen mit zum Teil komplexen Abgrenzungen und Überführungsmechanismen nicht zu überzeugen. Die

Legislative liess es in der Folge bei der bisherigen Regelung der vorläufigen Aufnahme bewenden. Gleichzeitig wurden verschiedene Bestimmungen eingeführt, welche die Rechtsstellung der vorläufig Aufgenommenen verbesserten.

3 Übersicht über normative Regelungen in andern Staaten

In diesem Kapitel wird untersucht, wie die eingangs erwähnten Fallkonstellationen in andern europäischen Staaten angegangen und aufenthaltsrechtlich geregelt werden. Einleitend wird auf das europäische Recht und die sich daraus ergebenden Standards hingewiesen.

3.1 Europäisches Recht

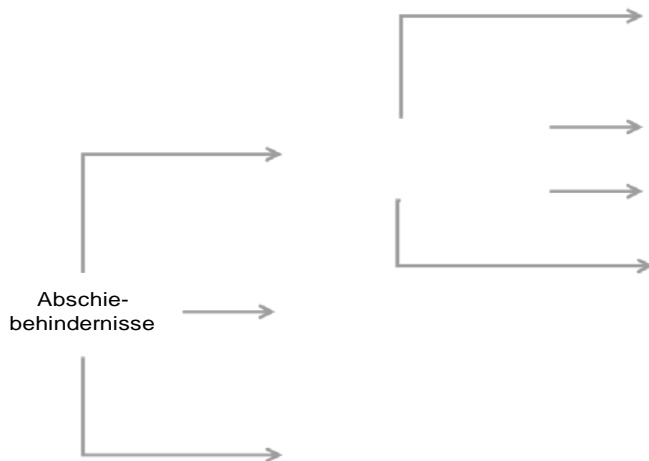
Auch andere EU Staaten sehen sich der Herausforderung gegenüber, dass viele ausländerrechtliche Entscheidungen zwar eine Rückkehrperspektive beinhalten, aber aus praktischen oder menschenrechtlichen Gründen nicht umgesetzt werden können.¹ So lag das Verhältnis von bestätigten Rückführungen zu Rückkehrentscheidungen in der EU und den Schengen-assoziierten Staaten nach Eurostat im Zeitraum 2008 bis 2010 bei knapp über 41% (gegenüber knapp 50 Prozent in der Periode 2005 bis 2007), was auf eine beträchtliche Zahl von Personen hinweist, deren Rückführung nicht durchführbar ist und im Territorium der EU Mitgliedsstaaten und den Schengen assoziierten Staaten verbleiben².

Eine 2011 publizierte Studie der EU Grundrechtsagentur (FRA 2011) identifiziert in einem systematischen Vergleich der Politiken der EU-27 drei Gruppen von Abschiebehindernissen: (1) rechtliche und humanitäre Hindernisse, die eng mit völkerrechtlichen Verpflichtungen verbunden sind; (2) praktische Hindernisse (Nichtfeststellbarkeit der Identität, Unkooperativität des Herkunftsstaates, Mangel an Transportmöglichkeit) und „politische Hindernisse“ (z.B. Nichtdurchführung von Rückkehrentscheidungen zur Wahrung übergeordneter staatlicher Interesse, siehe Schaubild unten).

Abschiebehindernisse

¹ „Rückkehrentscheidung“ ist der von der Rückführungsrichtlinie (Richtlinie 2008/115/EG) verwendete Terminus Technicus. Nach Artikel 3(4) ist eine Rückkehrentscheidung als „die behördliche oder richterliche Entscheidung oder Maßnahme mit der der illegale Aufenthalt von Drittstaatsangehörigen festgestellt und eine Rückkehrverpflichtung auferlegt oder festgestellt wird“ definiert.

² Übersicht in Annex 1

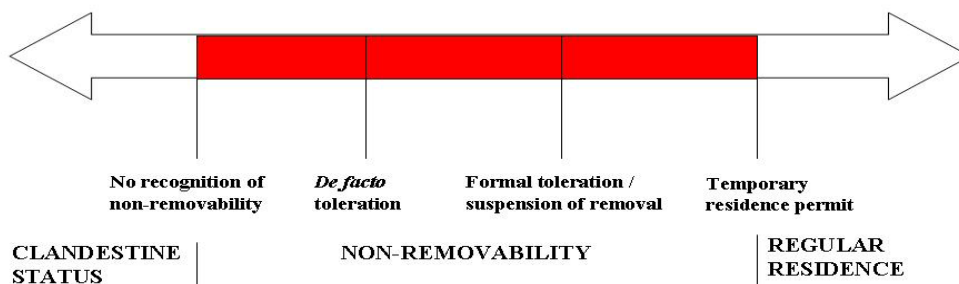


Quelle: FRA 2011:29 (eigene Übersetzung)

Die unterschiedlichen Gründe für die Nichtabschiebbarkeit spiegeln sich, wie der in den nächsten Abschnitten folgende Überblick über die Antwort ausgewählter EU Staaten auf das Problem der Anwesenheit von nichtabschiebbaren Personen zeigt, nicht unbedingt in entsprechend unterschiedlichen rechtlichen Konsequenzen wider (obwohl eine gewisse Tendenz festzustellen ist, dass bei Vorliegen menschenrechtlicher zumal nicht lediglich vorübergehender Abschiebebehindernisse ein volles Aufenthaltsrecht gewährt wird).

Schematisch lassen sich die aufenthaltsrechtlichen Konsequenzen der Nichtabschiebbarkeit entlang eines Kontinuums zwischen zwei Polen darstellen. Dabei umschreibt der eine Pol eine Situation faktischer Nichtabschiebbarkeit ohne Anerkennung dieser Situation durch staatliche Handlungsträger bzw. durch den entsprechenden rechtlichen Rahmen, während der zweite Pol eine umfassende Anerkennung der Nichtabschiebbarkeit bezeichnet, dem durch die Gewährung eines Aufenthaltsrechts Ausdruck verliehen wird (siehe Schaubild unten).

Konsequenzen von Nichtabschiebbarkeit/ Aufenthaltssicherheit



Quelle: FRA 2011:34

Von Bedeutung sind im wesentlichen zwei Richtlinien: die Qualifikationsrichtlinie in der geltenden, überarbeiteten Fassung (Richtlinie 2011/95/EU) sowie die Rückführungsrichtlinie (Richtlinie 2008/115/EU). Daneben enthält auch die Richtlinie zum vorläufigem Schutz (Temporary Protection, Richtlinie 2001/55/EG) – potentiell – relevante Bestimmungen.³ Europarechtlich normiert sind sowohl bestimmte Gründe für die Nichtabschiebbarkeit als auch bestimmte rechtliche Konsequenzen, die daraus folgen.

In Bezug auf beide Aspekte übernimmt das Europarecht überwiegend entsprechende –auch für die Schweiz geltende – völkerrechtliche Verpflichtungen und darauf aufbauende Judikatur des EGMR und des EUGH. Von zentraler Bedeutung sind dabei insbesondere zwei völkerrechtliche Instrumente – die Genfer Flüchtlingskonvention (insbesondere das Non-Refoulementverbot, aber auch die darin normierten Ausschlussgründe) sowie die EMRK (Artikel 2 – Recht auf Leben und Verbot der Todesstrafe, Artikel 3 – Verbot von Folter und erniedrigender Behandlung⁴ und Artikel 8 – Recht auf Privat- und Familienleben). Für Minderjährige, insbesondere aber unbegleitete Minderjährige ist zudem die Kinderrechtskonvention relevant. Die Rückführungsrichtlinie normiert darüber hinaus weitere für Nichtabschiebbare relevante Sachverhalte. Neben Zugang zu bestimmten sozialen Grundrechten betreffen diese zusätzlichen Bedingungen vor allem Verfahrensaspekte sowie Dokumentationsanfordernisse.⁵

Qualifikationsrichtlinie

Die Richtlinie „über Normen für die Anerkennung von Drittstaatsangehörigen oder Staatenlosen als Personen mit Anspruch auf internationalen Schutz, für einen einheitlichen Status für Flüchtlinge oder für Personen mit Anrecht auf subsidiären Schutz und für den Inhalt des zu gewährenden Schutzes“ (Qualifikationsrichtlinie) normiert die Kriterien für die Anerkennung bzw. Aberkennung der Flüchtlingseigenschaft im Sinne der Genfer Konvention sowie für die Anerkennung bzw. Aberkennung der Eigenschaft von subsidiär Schutzbedürftigen. Mit der Normierung des subsidiären Schutzes vereinheitlicht die Richtlinie unterschiedliche völkerrechtlich verankerte Abschiebehindernisse, insbesondere aber solche, die sich aus Artikel 2 und Artikel 3 der EMRK ergeben und eine konkrete Gefährdung der betroffenen Person implizieren.

Eine subsidiäre Schutzbedürftigkeit ergibt sich nach Artikel 15 der Richtlinie, wenn die um Schutz ansuchende Person bei Rückkehr „ernsthaften Schaden“ nehmen würde. Als ernsthafter Schaden gilt dabei:

- die Verhängung oder Vollstreckung der Todesstrafe
- Folter, unmenschliche oder erniedrigende Behandlung, bzw. Bestrafung eines Antragstellers im Herkunftsland
- eine ernsthafte individuelle Bedrohung des Lebens oder der Unversehrtheit einer Zivilperson infolge willkürlicher Gewalt im Rahmen eines internationalen oder innerstaatlichen bewaffneten Konflikts.

³ Da die von der Richtlinie im Falle eines Massenzustroms von Vertriebenen vorgesehenen Schutzbestimmungen erst durch einen Beschluss des Rates „aktiviert“ werden müssen und dies bislang noch nie der Fall war, entfällt eine weitere Diskussion der Richtlinie.

⁴ Auch normiert in der UN Anti-Folterkonvention von 1984.

⁵ Europarechtlich ist die Schweiz an die Rückführungsrichtlinie, nicht aber an die Qualifikationsrichtlinie gebunden. Völkerrechtlich hingegen sind die Verpflichtungen der Schweiz die gleichen wie diejenigen der Mitgliedsstaaten der Europäischen Union.

Materiell unterscheidet sich der subsidiäre Schutzstatus vom Konventionsstatus vor allem durch die Befristung des Aufenthaltstitels auf mindestens ein Jahr bei erstmaliger Ausstellung und auf mindestens zwei Jahre im Falle einer Verlängerung. Im Zugang zu den meisten anderen Rechten (insbesondere Beschäftigung, Bildung und medizinische Versorgung) sind subsidiär Schutzbedürftige Flüchtlingen im Sinne der GFK gleichgestellt. Die Ausnahme bildet der Zugang zu sozialen Leistungen, den die Mitgliedsstaaten für subsidiär Schutzberechtigte eingeschränkt gestalten können (siehe Kapitel VII, Artikel 20 Absatz 2 der Richtlinie, siehe auch Textbox unten). Eine Evaluierung der Implementierung der Neufassung der Richtlinie ist bisher nicht erfolgt. Es erfolgt an dieser Stelle daher ein kursorischer vergleichender Überblick über die Evaluierung von Rechten betreffend Beschäftigung, Bildung und medizinische Versorgung, wie sie in der Erstfassung der Richtlinie aus 2004 verankert worden sind. Demzufolge lassen sich jedenfalls im Bereich des subsidiären Schutzes erhebliche rechtliche Divergenzen zwischen den Mitgliedsstaaten erkennen (vgl. dazu ECRE 2008). Der Zugang zum Arbeitsmarkt für subsidiär Schutzberechtigte war zum Zeitpunkt der Evaluierung⁶ etwa in Deutschland erst nach einem Jahr und nur nach einer individuellen Arbeitsmarktprüfung durch die zuständige Behörde möglich und folglich nicht prinzipiell gewährleistet, wohingegen in den Niederlanden, Frankreich und im Vereinigten Königreich sowohl subsidiär Schutzberechtigte als auch anerkannte Flüchtlinge ab Erteilung des Schutzstatus freien Zugang zum Arbeitsmarkt hatten. Besonders die Regelung des Arbeitsmarktzuganges in Deutschland wurde bezüglich ihrer Richtlinienkonformität in Zweifel gezogen. Der Zugang zu gewissen sozialen Leistungen in Deutschland (z.B. Kindergeld, Elterngeld) war für subsidiär Schutzberechtigte erheblich schwieriger, da eine reguläre Aufenthaltsdauer von mindestens drei Jahren für die Inanspruchnahme vorausgesetzt wurde, während beispielsweise in den Niederlanden kein Unterschied zwischen eigenen Staatsangehörigen und subsidiär Schutzberechtigten gemacht wurde. Der Zugang zu Bildung für Minderjährige und Erwachsene wurde laut ECRE Bericht in Deutschland mangelhaft umgesetzt. Es stellte sich für subsidiär Schutzberechtigte ein erschwerter Zugang zu Bildungsförderungen heraus, auch wurde der Zugang zu Hochschulen für diese Personengruppe nicht automatisch sichergestellt. In Frankreich und den Niederlanden hingegen wurde der Zugang zu Bildung gemäss der Richtlinienvorgaben gewährleistet. Für Österreich, Schweden und das Vereinigte Königreich trifft der Bericht betreffend subsidiär Schutzberechtigter keine konkreten Aussagen (ECRE 2208: 225ff.).

Textbox: Rechtstellung von subsidiär Schutzberechtigten

Kapitel VII der Richtlinie gilt für Flüchtlinge und subsidiär Schutzberechtigte gleichermaßen, sofern nichts anderes bestimmt wird. Artikel 24 bis 35 der Richtlinie halten fest, welche Leistungen zugestanden werden. Soweit dies mit der persönlichen Rechtsstellung der Familienangehörigen vereinbar ist, haben auch diese Anspruch auf Leistungen nach Artikel 24 bis 35. Dies stellt eine Neuerung zur Fassung der Richtlinie aus 2004 dar, in welcher Angehörigen von subsidiär Schutzberechtigten lediglich nach Ermessen der Mitgliedsstaaten Rechte zugestanden wurden. Artikel 24 Absatz 2 sieht für subsidiär Schutzberechtigte die Ausstellung eines verlängerbaren Aufenthaltstitels von mindestens einem Jahr vor (im Falle einer Verlängerung zwei Jahren) wie auch für seine/ihre Familienangehörigen. Auch müssen, sofern diese keinen nationalen Pass erhalten können, Reisedokumente ausgestellt werden (Artikel 25 Absatz 2). Der Zugang zum Arbeitsmarkt ist offen geregelt: Subsidiär Schutzberechtigte dürfen unmittelbar nach Erteilung des Schutzes eine unselbstständige oder selbstständige Erwerbstätigkeit im jeweiligen Mitgliedsstaat

⁶ Die hier zitierte Evaluierung wurde durch das ELENA Netzwerk in der ersten Hälfte des Jahres 2008 durchgeführt.

aufnehmen. Es gelten die innerstaatlichen Rechtsvorschriften über Entgelt wie auch den erwerbsbezogenen Zugang zum Sozialsystem. Schulungen, beschäftigungsbezogene Bildungsangebote und Beratungsangebote sollen zu gleichwertigen Bedingungen wie den Angehörigen des betreffenden Staates zugänglich gemacht, bzw. ihr Zugang erleichtert werden (Artikel 26). Minderjährige haben zu denselben Bedingungen wie eigene minderjährige Staatsangehörige Zugang zu Bildung. Hingegen haben Erwachsene subsidiär Schutzberechtigte Zugang zum allgemeinen Bildungssystem, zu Weiterbildung und Umschulungen zu denselben Bedingungen wie Drittstaatsangehörige im jeweiligen Aufnahmestaat (Artikel 27). Artikel 28 sieht eine Gleichbehandlung von Staatsangehörigen und subsidiär Schutzberechtigten betreffend der Anerkennung von im Ausland erworbenen Bildungsabschlüssen und sonstigen Befähigungsnachweisen. Bestehen solche formellen Nachweise nicht, sind Mitgliedsstaaten bestrebt, den Zugang zur Anerkennung der früher erworbenen Qualifikationen von subsidiär Schutzberechtigten anderweitig zu erleichtern (Artikel 28). Artikel 29 regelt den Zugang zu Sozialhilfeleistungen. Der Zugang zu Sozialhilfeleistungen kann von den Mitgliedsstaaten für subsidiär Schutzberechtigte auf in der Richtlinie selbst nicht näher bestimmte Kernleistungen beschränkt werden. Werden sie gewährt, muss dies jedoch im selben Umfang wie für eigene Staatsangehörige erfolgen (Artikel 29). Im Zugang zu medizinischer Versorgung unterliegen subsidiär Schutzberechtigte denselben Bedingungen wie eigene Staatsangehörige (Artikel 30). Artikel 31 regelt die besonderen Rechte von unbegleiteten Minderjährigen, u.a. die Art der Unterbringung, die Suche nach verbleibenden Familienmitgliedern (die von den Mitgliedsstaaten nachdrücklich angeordnet wird), Betreuung, Ausbildung und Fortbildung. Wohnraum muss zu denselben Konditionen zugänglich sein wie für andere Drittstaatsangehörige. Sollte ein räumlicher Verteilungsmechanismus zur Anwendung kommen, sind Diskriminierungen der Betroffenen zu verhindern und ist Chancengleichheit beim Zugang zu Wohnraum zu gewährleisten (Artikel 32). Bewegungsfreiheit im Hoheitsgebiet des Aufnahmestaates gilt im selben Ausmass wie für rechtmässig aufhältige Drittstaatsangehörige (Artikel 33). Artikel 34 sieht den Zugang zu Integrationsprogrammen oder die Schaffung der notwendigen Voraussetzungen für den Zugang zu Integrationsprogrammen vor. Dabei hält die Richtlinie fest, dass dies in dem Ausmass geschehen soll, der von den Mitgliedsstaaten für die besonderen Bedürfnisse von subsidiär Schutzberechtigten als angemessen erachtet wird (Artikel 35). Sofern eine Rückkehr erwünscht ist, können Mitgliedsstaaten hierfür Unterstützung gewähren (Artikel 35).

Mit der Schaffung eines positiv definierten Aufenthaltsstatus für subsidiär Schutzberechtigte trug die Richtlinie wesentlich dazu bei, die aufenthaltsrechtliche Situation sowie den Zugang zu Grundrechten jenes Personenkreises zu klären, bei dem die Rückführung aufgrund menschenrechtlicher Verpflichtungen nicht möglich ist. Da jedoch eine konkrete Gefährdung nachzuweisen ist, sehen viele Mitgliedsstaaten darüber hinaus noch unterschiedliche Formen von nationalem Schutz vor. In der Praxis zeigt sich, dass Mitgliedsstaaten unterschiedliche Formen des Schutzes in sehr unterschiedlicher Weise gewähren, wobei niederrangige Schutzformen häufig als Alternativen zu höherwertigen Schutzformen verstanden werden (siehe dazu ICMPD 2012 und die Länderberichte unten).

			Europäische Union	Deutschland	Frankreich	Niederlande	Österreich	Schweden	Vereinigtes Königreich
2008	Subsidiärer Schutz	1. Inst.	:	125	675	1,610	1,245	4,825	2,175
		2. Inst.	3,220	145	1,125	165	490	390	615
	Konventionsstatus	1.	:	7,310	4,475	515	2,205	1,695	4,780

		Inst.							
		2. Inst.	14,190	1,625	5,190	75	1,740	210	4,170
2009	Subsidiärer Schutz	1. Inst.	26,630	405	1,145	3,270	1,335	4,970	2,680
		2. Inst.	4,285	140	1,320	125	375	1,155	775
	Konventionsstatus	1. Inst.	27,820	8,155	3,910	695	1,885	1,480	5,595
		2. Inst.	14,155	1,410	4,040	45	1,405	310	6,220
2010	Subsidiärer Schutz	1. Inst.	20,415	545	1,015	4,010	1,390	5,970	1,855
		2. Inst.	4,570	235	1,035	390	375	710	1,410
	Konventionsstatus	1. Inst.	27,090	7,755	4,080	810	2,060	1,935	4,495
		2. Inst.	13,655	1,220	4,245	90	1,065	285	6,010
2011	Subsidiärer Schutz	1. Inst.	21,440	665	1,275	4,065	1,605	5,390	1,590
		2. Inst.	7,970	350	1,195	1,140	460	725	3,105
	Konventionsstatus	1. Inst.	29,005	7,100	3,340	710	2,480	2,335	5,480
		2. Inst.	13,685	1,680	4,930	120	1,325	455	3,905

Quelle: Eurostatdatenbank (Stand: August 2012)

Rückführungsrichtlinie

Die Richtlinie über gemeinsame Normen und Verfahren in den Mitgliedsstaaten zur Rückführung illegal aufhältiger Drittstaatsangehöriger (2008/115/EU) ist in mehrerer Hinsicht bedeutsam. Zum einen ist sie Gegenstück zur Qualifikationsrichtlinie, da international Schutzbedürftige von ihr ausgenommen sind und sie nur Personen erfasst, die zur Ausreise verpflichtet sind. Nicht nur normiert sie Mindeststandards und Rechtsmittel im Rückführungsverfahren sowie der Inhaftnahme von Zurückzuführenden im Rückführungsverfahren, sondern sie enthält auch grundsätzliche Bestimmungen zu Drittstaatsangehörigen, die sich unrechtmässig im Land aufhalten, aber noch nicht abgeschoben werden können. Für viele EU Mitgliedsstaaten bedeutete dies, dass erstmals die Situation von Nichtabschiebbaren verbindlich geregelt wurde. Darüber hinaus gestattet Artikel 6(4) der Richtlinie Mitgliedsstaaten jederzeit, die Rückkehrentscheidung zu annullieren bzw. auszusetzen und einen regulären Aufenthaltstitel zu gewähren, d.h. unrechtmässig aufhältige Drittstaatsangehörige zu regularisieren.

Die Richtlinie zielt in bezug auf nichtabschiebbare Personen insbesondere auf

- a) die Festlegung eines Existenzminimums,
- b) die Ausstellung einer schriftliche Bestätigung über den Aufschub der Abschiebung, die Nichtabschiebbaren im Falle von Kontrollen als Nachweis der Nichtabschiebbarkeit dient; und
- c) eine grundrechtskonforme Behandlung während des Rückführungsverfahrens, die auch Zugang zu bestimmten sozialen Rechten beinhaltet. Mitgliedsstaaten sind dabei aufgefordert, bei der Umsetzung der Richtlinie das Kindeswohl, das Vorhandensein familiärer Bindungen, den Gesundheitszustand der betreffenden Drittstaatsangehörigen sowie den Grundsatz der Nichtzurückweisung (Non-Refoulement) zu beachten.

Hervorzuheben sind insbesondere Artikel 9 und Artikel 14 der Richtlinie. Artikel 9 regelt den Aufschub von Rückkehrentscheidungen. Allerdings sind die Mitgliedsstaaten nur in den besonderen unter Artikel 9(1) genannten Umständen angehalten, einen Aufschub der

Rückkehrentscheidung auszusprechen. In allen anderen Fällen kann zwar ein Aufschub gewährt werden, besteht aber keine Verpflichtung dazu, wobei Mitgliedsstaaten im Falle eines Aufschubs die körperliche und physische Verfassung der Drittstaatsangehörigen sowie technische Abschiebehindernisse (fehlende Transportmöglichkeit, etc.) berücksichtigen sollen.

Artikel 14 normiert Garantien bis zur Durchsetzung der Rückkehr für Personen, deren Abschiebung aufgeschoben worden bzw. denen eine Frist zur freiwilligen Ausreise gesetzt worden ist. Abs.1 verpflichtet Mitgliedsstaaten zur „(a) Aufrechterhaltung der Familieneinheit mit den in demselben Hoheitsgebiet aufhältigen Drittstaatsangehörigen; (b) Gewährung medizinischer Notfallversorgung und unbedingt erforderlicher Behandlung von Krankheiten; c) Gewährleistung des Zugangs zum Grundbildungssystem für Minderjährige je nach Länge ihres Aufenthalts;“ und „d) Berücksichtigung der spezifischen Bedürfnisse schutzbedürftiger Personen.“⁷ Abs. 2 verpflichtet überdies Mitgliedsstaaten dazu, einen Aufschub einer Rückkehrentscheidung entsprechend zu dokumentieren.

Wie die 2011 veröffentlichte Studie der EU Grundrechtsagentur richtig bemerkt, lässt die gültige Fassung der Rückkehrrichtlinie offen, ob Personen, deren Rückkehr nicht formell aufgeschoben worden ist oder deren Frist auf freiwillige Ausreise verstrichen ist, Zugang zu den unter Artikel 14(1) genannten Grundrechten hat (FRA 2011: 28). Die Studie empfiehlt daher eine umfassende Garantie von Grundrechten für nicht abgeschobene Drittstaatsangehörige, unabhängig vom formellen Status der Rückkehr. Zudem empfiehlt sie, dass eine Aussetzung der Abschiebung systematisch ausgesprochen und dokumentiert werden soll (siehe ebenda: 37).

In bezug auf die Geltung von Artikel 14 (1) könnte argumentiert werden, dass dieser für alle nichtabgeschobenen Drittstaatsangehörigen gilt, da nach Artikel 16 und 17 auch in Abschiebehaft genommene Drittstaatsangehörige im wesentlichen zu den selben Grundrechten Zugang haben und Abs. 24 der Präambel explizit die Berücksichtigung der Grundrechtscharta bei der Umsetzung der Richtlinie (aus der u.a. ein Recht auf Zugang zur medizinischen Notversorgung ableitbar ist) genannt wird. Zudem nennt Abs. 12 der Präambel auch die Sicherung des Existenzminimums als zusätzliches im Hauptteil der Richtlinie selbst nicht geregeltes Grundrecht. Im ursprünglichen Kommissionsentwurf hatte die Kommission vorgeschlagen, dass die entsprechenden Bestimmungen der Aufnahme richtlinie (2003/9/EG) gelten sollten. Dies scheiterte am Widerstand der Mitgliedsstaaten. Die Aufnahme einer wenn auch vagen Verpflichtung in der Präambel der Richtlinie legt freilich nahe,⁸ dass tatsächlich eine Verpflichtung besteht, ein Existenzminimum festzusetzen und Drittstaatsangehörigen bei Bedürftigkeit Zugang zu entsprechenden Leistungen, einschliesslich Unterkunft zu gewähren. Die bereits zitierte FRA Studie empfiehlt diesbezüglich, den Zugang zu Grundrechten zu klären und auf zentrale soziale Grundrechte zu erweitern (ebenda: 37).

Lösungsansätze bei langandauernden Fällen von Nichtabschiebbarkeit

Auf europäischer Ebene gibt es bislang keine Rechtsvorschriften, wie mit langandauernden Situation von Nichtabschiebbarkeit umgegangen wird. Zwar wird sowohl durch die Rückführungsrichtlinie als auch durch den Pakt zu Einwanderung und Asyl (2008) den

⁷ Nach Artikel 3(9) umfassen Schutzbedürftige Minderjährige, unbegleitete Minderjährige, Menschen mit Behinderungen, ältere Menschen, Schwangere, Alleinerziehende mit minderjährigen Kindern und Personen, die Folter, Vergewaltigung oder sonstige schwere Formen psychischer, physischer oder sexueller Gewalt erlitten haben.

Mitgliedsstaaten die Möglichkeit eingeräumt, individuelle Drittstaatsangehörige zu regularisieren, es besteht jedoch keine Verpflichtung dazu. Eine 2007 von der europäischen Kommission in Auftrag gegebene und 2009 veröffentlichte Studie zu Regularisierungspraktiken in der Europäischen Union, der Schweiz und den USA hatte demgegenüber empfohlen, einen graduellen Mechanismus der rechtlichen Integration vorzusehen, nach dem Nichtabschiebbare zunächst geduldet sein sollten, nach 6 Monaten Arbeitsmarktzugang erhalten sollten – so wie dies in einem Kommissionsvorschlag in bezug auf AsylwerberInnen vorgeschlagen wurde – und nach spätestens 5 Jahren einen regulären Aufenthaltstitel erhalten sollten (Siehe Baldwin-Edwards / Kraler 2009: 136). Der Vorschlag wurde in der Mitteilung der Kommission zum Stockholmprogramm (KOM(2009) 262 endgültig) in modifizierter Form⁹ zwar aufgegriffen, fand aber keine Zustimmung bei den Mitgliedsstaaten und fehlt in der endgültigen Version des Stockholmprogramms.

3.2 Deutschland

Nach den von Eurostat gesammelten EIL (Enforcement of Immigration Legislation) Statistiken liegt in Deutschland der Anteil durchgesetzter Rückkehrenscheidungen an der Gesamtzahl der Rückkehrenscheidungen zwischen 2008 und 2010 durchschnittlich bei 87% und nimmt damit einen im europäischen Vergleich relativ hohen Wert ein. Dennoch besteht auch in Deutschland eine deutliche Diskrepanz zwischen Rückkehrenscheidungen und tatsächlicher Rückkehr. Eine nähere Analyse der Daten zeigt nämlich, dass Statistiken über Rückkehrenscheidungen und bestehende Ausreisepflicht von hoher Unsicherheit geprägt sind und der hohe Anteil von durchgeführten Rückführungen zuallerst die von deutschen Behörden an Eurostat gemeldeten Daten widerspiegelt, aber nicht unbedingt die Realität der Durchsetzung von Ausreiseverpflichtungen darstellt. Insbesondere scheinen nicht systematisch alle eine Ausreisepflicht begründenden Entscheidungen mitberücksichtigt zu werden (vgl. Vogel/Assner 2011). Dies gilt insbesondere für Fälle einer angeordneten Duldung (siehe dazu unten), die nicht unter die Rückkehrrichtlinie subsumiert wird und daher nicht in der Statistik eingestellt werden. Mit ihr wird die Anwesenheit ausreisepflichtiger Personen geregelt. Darüber hinaus kann eine Duldung unter bestimmten Voraussetzungen in einen rechtmässigen (und nicht nur „tolerierten“) Aufenthalt münden, hierfür wurde u.a. eine Bleiberechtsregelung getroffen. Im Ausländerzentralregister als Ausreisepflichtige vermerkt, die aber keine Duldung erhalten, finden sich unter anderem Personen, denen eine Ausreisefrist erteilt wurde, Personen in Abschiebehaf sowie AsylwerberInnen, die nach einer negativen Asylentscheidung einen Asylfolgeantrag gestellt haben (vgl. ebd.: 26). Insgesamt waren im Jahr 2010 rund 118.000 Personen ausreisepflichtig. Davon waren 87'000 Personen geduldet und 31'000 ohne Duldung ausreisepflichtig. Schon in den 1990er Jahren wurden Duldungen durch sogenannte Härtefallregelungen immer wieder in reguläre Aufenthaltstitel übergeführt, zuletzt durch den sogenannten Bleiberechtsbeschluss von November 2006. Die hohe Zahl an Personen, die zwischen 2006 und 2009 im Ausländerzentralregister als ausreisepflichtig vermerkt waren, gleichzeitig aber über einen gültigen Aufenthaltstitel verfügten (mehr als 40'000), scheint darüber hinaus auf eine hohe Bedeutung von Regularisierungen hinzudeuten (ebd.).

⁹ Die Kommission schlug die Festsetzung von Mindeststandards für die Behandlung von Drittstaatsangehörigen, die nicht ausgewiesen können vor.

	2008	2009	2010	Insgesamt 2008-2010
Rückkehrentscheidungen (in 1.000)	11.985	14.595	19.190	45.770
Durchgeführte Rückkehren (in 1.000)	14.295	11.900	13.895	40.090
Rückkehrtrate (in %)	119,3%	81,5%	72,4%	87,6%

Quelle: Eurostat

a.) Duldung

Die Duldung ist dem Aufenthaltsgesetz zufolge auf jene ausreisepflichtigen Personen anzuwenden, denen keine Aufenthaltserlaubnis erteilt wird und die aus tatsächlichen oder rechtlichen Gründen nicht abgeschoben werden können. Eine erteilte Duldung an sich begründet kein Aufenthaltsrecht, die Ausreisepflicht besteht demnach weiter, der Aufenthalt ist jedoch für den Zeitraum der Duldung nicht strafbar (§ 60a Aufenthaltsgesetz). Die Duldung ist eine Ersatzvollzugsmassnahme wie die vorläufige Aufnahme in der Schweiz.

In juristischen Auseinandersetzungen wird das Instrument der Duldung daher auch als „Nicht-Status“ bzw. „legalisierte Illegalität“ bezeichnet (Breyer 2011: 65; Hailbronner 2006; zur verfassungsrechtlichen Problematik der Duldung vgl. Riecken 2006). Bezeichnungen dieser Art verweisen auf die historische Entwicklung, die dieses Rechtsinstitut in der Praxis durchlaufen hat – von einem Instrument zur vorübergehenden Aufschiebung einer Abschiebung hin zu einer gesetzlich geregelten Anwesenheit, die mit einem äusserst prekären Aufenthalt einhergeht. Folgende Tabelle gibt einen Überblick zur Zahl der Geduldeten in Deutschland für den Zeitraum 2006 bis 2010:

2006	174.980
2007	134.975
2008	104.945
2009	89.498
2010	87.247

Quelle: Zusammenstellung nach Schneider (2012: 94)

Insa Breyer unterstreicht, dass die Duldung eine wichtige Funktion hinsichtlich der Regularisierung von MigrantInnen in Deutschland erfüllt. Legalisierungen sind in Deutschland prinzipiell nicht vorgesehen, die Duldung bildet demnach den ersten Schritt (bzw. oftmals überhaupt erst die Voraussetzung) für die Erlangung einer Legalisierung. Nach Breyer ist die Duldung „[...] sowohl für Legalisierungen aus territorialen wie auch aus individuellen Gründen heraus bedeutsam.“ (Breyer 2011a: 221). Aus territorialen Gründen meint, dass aufgrund der Präsenz der Person im Staatsgebiet (als Geduldete) eine Erlangung eines Aufenthaltstitels nach bestimmten Vorgaben möglich ist, wenn auch sehr selten tatsächlich relevant. Die Erwirkung einer Duldung aus individuellen Gründen (weil eine Abschiebung aus faktischen oder humanitären Gründen nicht möglich ist) und eine daraus resultierende Regularisierung spielt in der Praxis die bedeutendere Rolle (ebd.).

b.) Duldung aufgrund von Erkrankung

Im Falle einer Erkrankung einer Person ohne legalen Aufenthaltsstatus kann § 60a des Aufenthaltsgesetzes zur Anwendung kommen. Ein faktisches Abschiebehindernis besteht entweder aufgrund des Grades der Erkrankung oder wegen des Umstandes, dass die Krankheit im Herkunftsland nicht behandelt werden kann. In diesen Fällen kann eine Duldung beantragt werden, bei Genesung droht jedoch erneut die Abschiebung.

Wegen Erkrankung Geduldete haben eine geringe Chance auf Gewährung eines Aufenthaltstitels im Rahmen eines Bleiberechtsbeschlusses (siehe weiter unten), da dieser Beschäftigung bzw. zumindest die Perspektive auf Beschäftigung voraussetzt. Wegen Erkrankung Geduldete könnten aber durch Härtefallregelungen (einschliesslich Härtefallkommissionen, die es in einigen Ländern gibt) einen Aufenthaltsstatus erlangen. Auf eine weitere Schwierigkeit verweist die Anthropologin Heide Castañeda (2008, 4f.): Undokumentierte MigrantInnen nehmen aufgrund der rechtlichen Lage gesundheitliche Dienste nur in äussersten Notfällen in Anspruch. Grund dafür ist die in § 87 des Aufenthaltsgesetzes verankerte Mitteilungspflicht öffentlicher Behörden (mit Ausnahme von Schulen sowie Bildungs- und Erziehungseinrichtungen) gegenüber der zuständigen Ausländerbehörde, wenn sie im Zuge ihrer Tätigkeit Kenntnis über einen irregulären Aufenthalt erlangen. Dies könnte bewirken, dass weitaus weniger Anträge auf Duldung gestellt werden, bzw. ernsthafte Gesundheitsgefährdungen in Kauf genommen werden, um den Aufenthalt nicht zu gefährden.

Während der Periode des Mutterschutzes kann ebenfalls eine Duldung beantragt werden (Breyer 2011b: 127). Aus der Geburt des Kindes kann sich unter Umständen ein Aufenthaltsrecht für den nicht aufenthaltsberechtigten Elternteil ergeben (Schneider 2012: 62).

c.) Vorübergehende Aussetzung der Abschiebung („Abschiebestopp“)

Innenminister der Bundesländer können Abschiebungen von Zugehörigen einer bestimmten Gruppe ausreisepflichtiger Staatsangehöriger für einen Zeitraum von höchstens sechs Monaten anordnen. Der Landesbehörde steht es frei, den Personenkreis nach persönlichen sachlichen Grundlagen einzugrenzen (etwa strafrechtliche Ausschlussgründe oder die Beschränkung auf eine bestimmte Bevölkerungsgruppe usw.). Für einen solchen „Abschiebestopp“ müssen völkerrechtliche oder humanitäre Gründe, bzw. die Notwendigkeit der Wahrung politischer Interessen der Bundesrepublik gegeben sein. In der Regel mündet dies in eine Duldung. Die vorübergehende Aussetzung der Abschiebung kann in einer – im Einvernehmen mit dem Bundesministeriums des Innern getroffenen – Aufenthaltserlaubnis münden (§ 60a Aufenthaltsgesetz Abs 1 sowie § 23 Abs 1) (Schneider 2012: 58).

d.) Verbot der Abschiebung aufgrund von Abschiebehindernissen aus humanitären Gründen

Eine Aufenthaltserlaubnis aus humanitären Gründen ist in § 25 Abs. 3 Aufenthaltsgesetz vorgesehen, wenn für die Person im Zielstaat eine konkrete Gefahr besteht, der Folter oder unmenschlicher oder erniedrigender Behandlung oder Bestrafung ausgesetzt zu werden oder wenn aufgrund einer begangenen Straftat die Gefahr der Verhängung und Vollstreckung der Todesstrafe besteht (vgl. dazu Art. 3 EMRK). Dies gilt auch, wenn im Zielstaat konkrete Gefahr für Leib, Leben oder Freiheit gegeben ist (z.B. im Falle eines bewaffneten innerstaatlichen Konfliktes) (vgl. hierzu auch § 60 Abs 2,3,5 und 7 Aufenthaltsgesetz). Diese

Regelung entspricht im wesentlichen dem „subsidiären Schutz“ nach Artikel 15 der Qualifikationsrichtlinie. Keine Aufenthaltserlaubnis erhalten Personen, die gegen die Mitwirkungspflicht verstossen haben, eine erhebliche Straftat begangen haben oder andere Ausschlussgründe vorliegen (§ 60 Abs 4 Aufenthaltsgesetz). Sie verbleiben in der Regel als Geduldete im Bundesgebiet.

e.) Bleiberecht

Die Bleiberechtsregelung setzt etwa einen geduldeten Aufenthalt voraus; d.h. Menschen ohne Aufenthaltsgenehmigung als auch ohne Duldung ist diese Möglichkeit ein Bleiberecht zu erlangen, vorenthalten (Breyer 2011a: 222). Dieser Regularisierungsmechanismus richtet sich an Personen, deren Duldung über Jahre hinweg verlängert worden ist. Das Bleiberecht wird in § 23 Abs 1, § 104a und § 104b des Aufenthaltsgesetzes geregelt.

§ 23 Abs. 1 des Aufenthaltsgesetzes legt fest, dass „aus völkerrechtlichen oder humanitären Gründen oder zur Wahrung politischer Interessen der Bundesrepublik Deutschland“ die oberste Landesbehörde anordnen kann, dass Staatsangehörigen aus bestimmten Staaten oder in sonstiger Weise bestimmte „Ausländergruppen“ eine Aufenthaltserlaubnis erteilt werden kann. Jan Schneider konstatiert in einer Studie diesbezüglich, dass Beschlüsse in der Praxis meistens in der ständigen Konferenz der Innenminister und -senatoren getroffen werden (unter Beteiligung des Bundesministeriums des Innern). Es handelt sich demnach um einen politischen Entscheidungsmechanismus (Schneider 2012: 59).

Die sogenannte „Altfallregelung“ wurde 2007 getroffen. Diese adressierte langfristig in Deutschland geduldete MigrantInnen, die „Integrationsleistungen“ erbracht haben (§ 104a Aufenthaltsgesetz). Eine Aufenthaltserlaubnis konnte demnach erteilt werden, wenn der/die Geduldete sich am Stichtag 1.7.2007 seit mindestens acht Jahren ununterbrochen geduldet, gestattet oder mit einer Aufenthaltserlaubnis aus humanitären Gründen im Bundesgebiet aufgehalten hat. Eine Aufenthaltserlaubnis nach § 104a Aufenthaltsgesetz war auch dann zulässig, wenn die Person mit einem oder mehreren minderjährigen Kindern seit mindestens sechs Jahren ununterbrochen geduldet, gestattet oder mit einer Aufenthaltserlaubnis aus humanitären Gründen im Bundesgebiet lebt. Weitere Kriterien waren, neben der ökonomischen Unabhängigkeit (d.h. ohne Inanspruchnahme von Sozialleistungen), a.) genügend Wohnraum b.) Deutschkenntnisse auf A2 Niveau und c.) der Nachweis über den Schulbesuch schulpflichtiger Kinder d.) dass die Aufenthaltsbeendigung nicht vorsätzlich verzögert oder verhindert worden ist d.) dass keine Verbindungen zu extremistischen oder terroristischen Organisationen bestehen e.) dass keine vorsätzliche Straftaten begangen wurden (Ausnahmen: Geldstrafen von insgesamt bis zu 50 Tagessätzen oder bis zu 90 Tagessätzen wegen Straftaten, die nach dem Aufenthaltsgesetz oder dem Asylverfahrensgesetz nur von nicht-deutschen Staatsangehörigen begangen werden können). Die Aufenthaltserlaubnis war auf zwei Jahre befristet, Aussicht auf Verlängerung bestand bei ökonomischer Unabhängigkeit.

Für Kinder, deren Eltern diese Voraussetzungen nicht erfüllen, wurde ein eigenständiger Aufenthalt geschaffen (§ 104b Aufenthaltsgesetz). Ausschlaggebend für eine Aufenthaltserlaubnis unter diesem Paragraphen ist die Sicherstellung der Personensorge und, dass sich das Kind aufgrund von Schulausbildung und Lebensführung „in die Lebensverhältnisse der Bundesrepublik Deutschland eingefügt hat“ (§104b Abs 4 Aufenthaltsgesetz).

f.) Aufenthaltsgewährung für gut integrierte Jugendliche

Abseits der Altfallregelung wurde im Jahr 2010 eine eigene Duldungsregelung für junge Drittstaatsangehörige getroffen. § 25a des Aufenthaltsgesetzes besagt, dass gut integrierten Jugendlichen zwischen 15 und 21 Jahren eine Aufenthaltserlaubnis erteilt werden kann, sofern gewährleistet erscheint, dass sich die betroffene Person aufgrund ihrer bisherigen Ausbildung (u.a. Schulbesuch) und ihrer Lebensverhältnisse „in die Lebensverhältnisse der Bundesrepublik Deutschland einfügen kann“.

g.) Härtefälle

Härtefallentscheidungen werden relevant, wenn nach anderen gesetzlichen Vorschriften keine Aufenthaltserlaubnis erteilt wird. In einem solchen Fall stellen sogenannte Härtefallkommissionen ein Härtefallersuchen, im Zuge dessen die individuelle Situation der/des geduldeten MigrantIn in Deutschland beurteilt wird. Die Bundesländer können seit 2004 Härtefallkommissionen einsetzen, über die Aufenthaltserlaubnisse erwirkt werden können (§ 23a Aufenthaltsgesetz). Aus juristischer Sicht ist diese Praxis umstritten, weil sie einen ausserlegalen Weg der Erteilung eines gesicherten Aufenthalts für ausreisepflichtige Drittstaatsangehörige darstellt (Breyer 2011b). Es gibt keinen Rechtsanspruch für Betroffene, sondern es liegt eine Ermessensentscheidung vor, die als solche nicht gerichtlich überprüfbar ist. § 23a Abs 2 des Aufenthaltsgesetzes legt fest, dass „dringende humanitäre oder persönliche Gründe“, die den weiteren Aufenthalt rechtfertigen, Voraussetzung für eine positive Entscheidung sind.

h.) Exkurs: Arbeitsmarktzugang für Geduldete

Der Arbeitsmarktzugang für Geduldete ist in § 10 der Beschäftigungsverfahrensverordnung geregelt bzw. in § 39 des Aufenthaltsgesetzes. Es besteht grundsätzlich kein Anspruch auf Gestattung einer Erwerbstätigkeit für Geduldete. Ein entsprechender Antrag muss der zuständigen Ausländerbehörde übermittelt werden, in deren Ermessen die Entscheidung liegt. Es müssen zumindest drei Voraussetzungen für eine Arbeitserlaubnis erfüllt sein:

- (1) Der Aufenthalt der betroffenen Person ist mindestens über ein Jahr regulär oder geduldet (d.h. Aufenthaltsstatus und Duldung sind gleichermaßen relevant).
- (2) Die Vorrang- und Lohnprüfung wurde positiv beschieden. Nach § 39 Abs 2 des Aufenthaltsgesetzes muss geprüft werden, ob eine Beschäftigung überhaupt aufgenommen werden darf. Diese Prüfung wird durch die Bundesagentur für Arbeit vorgenommen. Es wird darin festgestellt, ob anderen BewerberInnen der Vorrang eingeräumt werden muss und ob die betreffende Person nicht unter ungünstigeren Arbeitsbedingungen als vergleichbare deutsche ArbeitnehmerInnen beschäftigt wäre.
- (3) Es darf kein Arbeitsverbot vorliegen.

Eine Zustimmung ohne Prüfung der Bundesagentur wird erteilt, wenn eine anerkannte Berufsausbildung absolviert wird oder eine Person seit vier Jahren ohne Unterbrechung erlaubt, geduldet oder mit Aufenthaltsgestattung in Deutschland lebte. Die Situation betreffend des Arbeitsmarktzuganges wird in den Sozialwissenschaften jedoch als äusserst selektiv charakterisiert und durchaus kritisch bewertet (Pieper 2008: 326ff.).

3.3 Frankreich

In Frankreich gibt es kein Pendant zur vorläufigen Aufnahme, die Suspension einer Wegweisung/Abschiebung mündet seit 1998 grundsätzlich in einen temporären Aufenthaltstitel. Es wird diesbezüglich zwischen zwei Aufenthaltstiteln unterschieden, einem sog. provisorischen Aufenthaltstitel und einem temporären Aufenthaltstitel „Privat- und Familienleben“ (*vie privée et familiale*), dessen Rahmenbedingungen im *Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile* (CESEDA) geregelt sind. (1) Sofern eine Wegweisung/Abschiebung kurz- oder mittelfristig nicht durchführbar ist, wird ein provisorischer Aufenthaltstitel vergeben, der den Aufenthalt der betroffenen Person vorläufig regularisiert. Es können im Zuge dessen Auflagen erlassen werden, die die Bewegungsfreiheit der betroffenen Person empfindlich einschränken – ähnlich einem Hausarrest. (2) Aufgrund einer schwerwiegenden Erkrankung oder Invalidität, aus Gründen der Wahrung des Privat- und Familienlebens sowie aus humanitären Gründen kann ein vorübergehender Aufenthaltstitel erteilt werden. Jährlich sind etwa 20.000 Personen auf Basis eines solchen Aufenthaltstitels in Frankreich aufhältig (EMN France 2011: 73). Zahlen hierzu sind jedoch, da nicht nach den Gründen der Aufenthaltserteilung unterschieden wird, äusserst schwierig herauszufiltern. Es wird an dieser Stelle daher auf eine statistische Darstellung verzichtet. Auch zeugen die Angaben über rechtskräftige Rückkehrentscheidungen und tatsächlich durchgeführte Rückkehren von einer eklatanten Diskrepanz (siehe Tabelle unten). Mit einer durchschnittlichen Rückkehrate von 20,9% liegt Frankreich deutlich unter der Rückkehrate für die gesamte EU, die bei 41% für den angegebenen Zeitraum liegt.

Wie Karin Sohler (2009) zu dieser Thematik anmerkt, haben individuelle Massnahmen der Regularisierung aufgrund humanitärer Gründe gegenüber kollektiven Regularisierungsprogrammen erheblich an Bedeutung gewonnen. Regularisierungsprogramme bezogen sich in der Vergangenheit nicht nur auf ArbeitsmigrantInnen, sondern wurden auch auf humanitäre und menschenrechtliche Fälle angewendet. So konnten rechtlich ungesicherte Aufenthaltssituationen in Einklang mit menschenrechtlichen Normen gebracht werden – etwa der Status von abgelehnten AsylwerberInnen regularisiert werden, sofern diese im Falle einer Wegweisung/Abschiebung z.B. Krieg ausgesetzt wären.¹⁰ Es erfolgt nunmehr primär eine individuelle Prüfung der Anträge, die dezentral organisiert ist (auf Ebene der *départments*).¹¹ Die Autorin unterstreicht in ihrer Studie, dass dies zu heterogenen Anerkennungspraxen auf lokaler Ebene geführt hat, die unter Umständen auch den Weg für Willkür eröffnen. Andererseits nennt Sohler die hierdurch geschaffene Möglichkeit, näher auf spezifische Fallkonstellationen eingehen zu können als Vorteil im Gegensatz zu kollektiven Regularisierungsprogrammen (Sohler 2009: 28). Problematisch ist, dass nach Ablauf des lediglich temporären Aufenthaltstitels Menschen erneut einer irregulären Aufenthaltssituation ausgesetzt sein können.

¹⁰ Erst 1998 wurde ein Instrument für vorübergehenden Schutz eingeführt (subsidiärer Schutz erst 2003). Eine solche Regularisierungsmaßnahme wurde 1997/1998 durchgeführt und verlieh 87.000 Menschen einen Aufenthaltstitel (bei insgesamt 135.000 Anträgen). Insbesondere adressierte das Programm irreguläre Aufenthalte auf Basis des Rechts auf Privat- und Familienleben (Familienmigration), humanitärer Gründe (besonders bei abgelehnten AsylwerberInnen) und der Nicht-Abschiebbarkeit ernsthaft erkrankter Drittstaatsangehöriger. Der Aufenthaltstitel war jedoch auf ein Jahr beschränkt – mit der Möglichkeit auf Erneuerung (Sohler 2009: 39; 13f.).

¹¹ Eine Regularisierungsmaßnahme für Familien mit Schul- und Kindergartenkindern wurde aufgrund der selektiven Gesetzeslage 2006 durchgeführt. Lediglich 6.924 Personen von 33.538 Anträgen wurde ein vorübergehender Aufenthaltsstatus verliehen (Sohler 2009: 39).

	2008	2009	2010	Insgesamt 2008-2010
Rückkehrentscheidungen (in 1.000)	97.515	88.565	76.590	262.670
Durchgeführte Rückkehren (in 1.000)	19.470	18.400	17.045	54.915
Rückkehrtrate (in %)	20%	20,8%	22,3%	20,9%

Quelle: Eurostat

a.) Kurz- oder mittelfristige Unmöglichkeit des Vollzuges einer Wegweisung

Erweist sich die Wegweisung einer Person, die keine französische Staatsbürgerschaft besitzt, als mittel- oder kurzfristig nicht durchführbar, sieht das Gesetz die Ausstellung einer provisorischen Aufenthaltserlaubnis von maximal sechs Monaten vor (Artikel L-561-1, -2 und -3). Voraussetzung ist, dass eine erfolgreiche Durchführung der Wegweisung mittel- oder kurzfristig in Aussicht steht und die gegenwärtige Nicht-Durchführbarkeit ausserhalb des Einflusses der abzuschiedenden Person liegt. Ziel dieser Bestimmung war die Umsetzung der EU-Rückführungsrichtlinie, die u.a. vorsieht, dass Personen deren Abschiebung nicht durchführbar ist, ein Mindestmass an Rechtssicherheit garantiert werden soll (EMN France 2011: 96).

Bestehen die Gründe für die Nicht-Durchführbarkeit nicht mehr, erlischt der Titel. Die Entscheidung über die Gewährung der vorläufigen Aufenthaltserlaubnis wird individuell gefällt. Eine einmalige Verlängerung, im Ausnahmefall auch mehrfache Verlängerungen, liegen im behördlichen Ermessen, sofern die Gründe der Nicht-Durchführbarkeit weiter bestehen.

Mit der Erteilung einer vorläufigen Aufenthaltserlaubnis wird die betroffene Person zu einem Aufenthalt an einem von der Behörde zugewiesenen Ort verpflichtet, ähnlich der Residenzpflicht für Geduldete in Deutschland. Der Verbleib der Person wird durch eine periodische Meldung der/des Betroffenen bei der zuständigen Polizei- oder Gendarmeriestelle sichergestellt. Bei Nicht-Einhaltung dieser Pflicht drohen Sanktionen von bis zu drei Jahren Haft (Artikel L-624-4).

b.) Erkrankung

Eine vorübergehende Aufenthaltserlaubnis wird nach Artikel L-313-11 Ziffer 11 des *Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile* im Falle einer schwerwiegenden Erkrankung gewährt. Sie wird jedoch nicht gewährt, wenn der Verbleib der betroffenen Person eine Gefährdung der öffentlichen Ordnung bedeutet.

Voraussetzung ist, dass eine adäquate Behandlung im Zielstaat der Abschiebung nicht gewährleistet werden kann. Medizinische Behandlung wird dem Wortlaut des Gesetzes nach dann als nicht gewährleistet/nicht verfügbar beurteilt, wenn der/die Betroffene diese im Zielstaat nicht in Anspruch nehmen kann. Folglich ist das alleinige Vorhandensein der nötigen Behandlung nicht ausreichend, sondern ihre Erreichbarkeit muss ebenso sichergestellt sein. Voraussetzung für die Ausstellung eines temporären Aufenthaltstitels unter Artikel L-313-11 Ziffer 11 ist, dass der Lebensmittelpunkt der betroffenen Person seit über einem Jahr

in Frankreich liegt (*résidant habituellement en France*). Voraussetzungen für den Erhalt einer vorübergehenden Aufenthaltserlaubnis aus gesundheitlichen Gründen sind ausserdem:

- (1) ein Dokument zur Identitätsfeststellung,
- (2) der medizinische Nachweis über die Erkrankung und
- (3) ein Nachweis über die medizinische Versorgungssituation im Zielstaat bzw. darüber, dass eine Nichtbehandlung gravierende Folgen für die betroffene Person hätte. Die Aufenthaltserlaubnis wird für maximal ein Jahr ausgestellt, eine Verlängerung ist beliebig oft möglich, sofern die Unzugänglichkeit der nötigen Versorgungsleistungen und der Krankheitszustand unverändert bleiben. Die Gewährung einer solchen Massnahme geht übrigens mit einer Arbeitserlaubnis einher. Lebt eine Person weniger als ein Jahr in Frankreich oder kann ihr Lebensmittelpunkt in Frankreich nicht entsprechend belegt werden, kann ein sog. vorläufiger Aufenthalt für bis zu sechs Monate erteilt werden (*Autorisation provisoire de séjour*, diese läuft nicht unter der Titel *vie privée et familiale*), auch dieser kann erneuert werden. Einschätzungen von NGOs zufolge wird in der Praxis oftmals auf den schwächeren Aufenthaltsstatus rekurriert, bzw. dieser anstelle einer Aufenthaltserlaubnis vergeben, wenn davon ausgegangen wird, dass die Behandlungsdauer unter einem Jahr liegt (PICUM 2009: 20).

Eine vorübergehende Aufenthaltserlaubnis ist auch für Drittstaatsangehörige vorgesehen, die eine Verletztenrente oder eine Rente aufgrund einer Berufserkrankung in Frankreich beziehen und deren dauerhafte Invalidität bei 20% oder mehr liegt (Artikel L-313-11 Ziffer 9).

Die Entscheidung über einen begründeten Aufenthalt nach Artikel L-313-11 Ziffer 11 wird durch die Leitung der regionalen Körperschaft (der/die *préfet* leitet auf administrativer Ebene ein sogenanntes *département*) unter Berücksichtigung eines staatlich angewiesenen medizinischen Gutachtens getroffen. Die medizinische Beurteilung muss jedenfalls Auskunft über den Gesundheitszustand und die Notwendigkeit der Behandlung, eine Einschätzung der Risiken im Falle einer Verzögerung/nicht Durchführung der Behandlung, Angaben über die geschätzte Dauer der Behandlung und eine Einschätzung der Transportfähigkeit der erkrankten Person enthalten. Laut NGOs sind die Informationen über die Zugänglichkeit medizinischer Behandlungen in der Praxis jedoch nicht ausreichend, um ausreichend fundierte Urteile zu fällen. Der Fokus der Praxis läge deutlich auf Abschiebungen, hingegen weniger auf die Ausstellung vorübergehender Aufenthaltserlaubnisse (PICUM 2009: 19f.).

Die medizinische Versorgung Drittstaatsangehöriger muss übrigens ab drei Monaten Aufenthalt in Frankreich, ungeachtet des Aufenthaltsstatus, in öffentlichen Krankenhäusern gewährleistet werden. Der Leistungsumfang geht dabei, entgegen der Rechtslage in vielen anderen Staaten der EU, über die übliche medizinische Notversorgung hinaus (*Code de l'action sociale et des familles* Artikel L-251 Absatz 1 bis 3).

c.) Recht auf Privat- und Familienleben

Der *Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile* sieht in Artikel L-313-11 vor, dass die Wahrung der Familieneinheit und des Privatlebens nicht nur suspensive Auswirkungen auf die bevorstehende Durchführung der Wegweisung hat, sondern sieht hierfür eine eigene temporäre Aufenthaltserlaubnis vor. Der Antrag wird auf Grundlage einer Einzelfallprüfung entschieden. Der Verbleib der betroffenen Personen darf jedoch nicht als Gefährdung für die öffentliche Ordnung beurteilt werden. Der Aufenthaltstitel nach L-313-11 (*vie privée et familiale*) sichert darüber hinaus den Arbeitsmarktzugang für Menschen über

die Dauer der Aufenthaltserlaubnis hindurch (maximal ein Jahr mit Perspektive auf Verlängerung nach Einzelfallprüfung).

Dieser Aufenthaltstitel richtet sich u.a. an Drittstaatsangehörige, die im Zuge ihres Aufenthaltes persönliche und Familienbeziehungen aufgebaut haben und deren Abschiebung einen Verstoß gegen Artikel 8 der Europäischen Menschenrechtskonvention darstellt. Dieser Aufenthaltstitel adressiert folglich auch irregulär in Frankreich lebende Personen, sofern sie die rechtlichen Bedingungen für die Erlangung des Aufenthaltstitels *vie privée et familiale* erfüllen (vgl. auch EMN France 2011: 72). Karin Sohler (2009) unterstreicht in der Studie zu Regularisierungen, dass insbesondere Familienmigration nach Frankreich in den vergangenen zwei Jahrzehnten erschwert worden ist. Infolgedessen wurden auch Kriterien für die Regularisierung in Frankreich lebender Familienmitglieder ohne Aufenthaltsstatus zunehmend eng gefasst.

Das Gesetz benennt sehr genau die Fallkonstellationen, in welchen ein Antrag auf einen Aufenthaltstitel „Privat- und Familienleben“ nach Artikel L-313-11 gestellt werden kann. Die wichtigsten Kategorien, die sich auf Familien- und Privatleben beziehen sind:

- 1.) Volljährige Kinder ohne französische Staatsangehörigkeit, die seit ihrem 13. Lebensjahr mit einem Elternteil in Frankreich leben oder die seit dem 16. Lebensjahr durch staatliche FürsorgeempfängerInnen sind (L-313-11 Ziffer 2 und 2 bis).
- 2.) Eltern eines minderjährigen Kindes, das die französische Staatsbürgerschaft besitzt (Stichwort *jus sanguinis*) und die zum Kindeswohl, dessen materieller Versorgung und Erziehung beitragen (L-313-11-6).
- 3.) Im Ausland geborene Drittstaatsangehörige, die über acht Jahre ohne Unterbrechung in Frankreich gelebt haben, das 10. Lebensjahr überschritten haben und mindestens fünf Jahre eine französische Schule besucht haben. Der Antrag ist zwischen dem 16. und dem 21. Lebensjahr zu stellen (L-313-11 Ziffer 8). Bildung ist übrigens für Kinder und Jugendliche ungeachtet ihres Aufenthaltsstatus für den primären und sekundären Bildungszweig möglich.
- 4.) Andere Drittstaatsangehörige, die persönliche und familiäre Beziehungen aufgebaut haben, den vorher genannten Kategorien nicht zugeordnet werden können und keine Familienzusammenführung beantragen können (L-313-11 Ziffer 7). In diesem Fall werden auf Grundlage einer Einzelfallprüfung folgende Aspekte beurteilt:
 - Die Intensität der persönlichen oder familiären Beziehungen
 - Dauer und Stabilität der Familien- und Privatbeziehungen
 - Die Lebensumstände des Antragsstellers oder der Antragsstellerin
 - Seine/Ihre Einbindung in die französische Gesellschaft (unter besonderer Berücksichtigung der Kenntnisse der Werte der Republik Frankreich)
 - Die Beziehung zur Familie im Herkunftsstaat

Entscheidend ist, dass eine Abweisung des Antrages einen unverhältnismässigen Einschnitt in das Privat- und Familienleben zur Folge hätte.

d.) Aufenthalt aus humanitären Gründen

Ein temporärer Aufenthaltstitel kann zudem aus anderweitigen humanitären Gründen oder in einmaligen Ausnahmefällen vergeben werden. Der weitere Aufenthalt der betroffenen Person darf jedoch die öffentliche Ordnung nicht gefährden (Artikel 313-14). Das Gesetz erwähnt unter diesem Punkt im Weiteren explizit die ausnahmsweise Erteilung eines Aufenthaltstitels für Drittstaatsangehörige, die über einen Zeitraum von zehn Jahren ihren Lebensmittelpunkt in Frankreich hatten. Der Aufenthaltstitel gestaltet sich nach demselben Prinzip wie der Titel

„*vie privée et familiale*“ – die Aufenthaltsdauer beträgt folglich ein Jahr und es wird der Zugang zum Arbeitsmarkt gewährleistet.

3.4 Österreich

Von Interesse für diese Studie sind im Falle der österreichischen Gesetzgebung jedenfalls dreierlei Rechtsinstitute: die Duldung, der besondere Schutz und das Bleiberecht.¹²

(1) Die Duldung entspricht, ähnlich wie in Deutschland, einer Art legalen „Nichtstatus“. Der Aufenthalt geduldeter Menschen in Österreich bildet zwar keinen Verwaltungsübertritt oder sonst ein Vergehen, zugleich wird auf Grundlage einer Duldung jedoch kein rechtmässiger Aufenthalt begründet.

(2) Es wurde darüber hinaus die Möglichkeit einer befristeten Aufenthaltsbewilligung für „besonderen Schutz“ verankert – diese richtet sich etwa an Opfer von Menschenhandel, die weder asylberechtigt noch subsidiär schutzberechtigt sind.

(3) Schliesslich wurde im Jahr 2009 eine neue Bleiberechtsregelung eingeführt, der eine Erkenntnis des Verfassungsgerichtshofes zugrunde liegt. Bei positivem Ausgang des Verfahrens mündet das Bleiberecht in einer beschränkten oder unbeschränkten Niederlassungsbewilligung. Aufgrund der komplexen Dreiteilung der sogenannten Fremdenrechtsmaterie werden verschiedene Aspekte der eben genannten Regelungen in unterschiedlichen Gesetzen behandelt. Sie finden sich einerseits im Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetz (NAG – dieses behandelt den Aufenthalt und die Niederlassung von EU-BürgerInnen und Drittstaatsangehörigen), im Asylgesetz (AsylG – dieses behandelt den Umgang mit Menschen, die sich auf Flucht und Verfolgung berufen) und schliesslich im Fremdenpolizeigesetz (FPG – dieses bildet die Rechtsgrundlage für aufenthaltsbeendende Massnahmen und Visavorschriften).

Im Gegensatz zu vielen anderen EU-Staaten gelangen Personen in irregulären Aufenthaltssituationen in Österreich lediglich aus humanitären Gründen zu einem Aufenthaltstitel (im NAG geregelt). Pendant zu Regularisierungsprogrammen, wie sie etwa in Spanien angewendet werden, gibt es in Österreich nicht in vergleichbarer Weise (vgl. zu Österreich Kraler/Reichel 2009¹³).

	2008	2009	2010	Insgesamt 2008-2010
Rückkehrentscheidungen (in 1.000)	8.870	10.625	11.050	30.545
Durchgeführte Rückkehren (in 1.000)	5.855	6.410	6.335	18.600
Rückkehrtrate (in %)	66,0%	60,3%	57,3%	60,9%

Quelle: Eurostat

¹² Personen, denen nach dem Asylgesetz kein Asyl gewährt wird, kann subsidiärer Schutz erteilt werden, sofern zwar kein Asylgrund vorliegt, sie jedoch aufgrund der allgemeinen Gewaltzustände und der drohenden Gefahr für Leib und Leben etc. nicht in den Herkunftsstaat zurückkehren können (kurzum, das Refoulementprinzip zutrifft). Subsidiärer Schutz ist zeitlich befristet und kann bei Vorliegen der Gründe verlängert werden. Für juristische Ausführungen hierzu vgl. Schumacher/Peyrl 2007.

¹³ Zur sogenannten Pflegeamnestie und der vorübergehenden Aufnahme von Flüchtlingen im Zuge des Bosnienkrieges und der Kosovokrise vgl. Kraler & Reichel 2009.

Im Jahr 2010 wurden 11.050 Rückkehrentscheidungen getroffen. Zugleich betraf die Zahl der tatsächlich durchgesetzten Rückkehrentscheidungen 6.335 Personen, was einer Rückkehrate von 57,3% entspricht. Österreich liegt für den angegebenen Zeitraum mit 60,9% über der Rückkehrate für den EU-Raum, die bei 41% für die Jahre 2008 bis 2010 liegt. Allerdings dürfte die Zahl tatsächlich durchgesetzter Rückkehrentscheidungen deutlich höher liegen, da nur von Grenzkontrollbehörden bestätigte freiwillige Ausreisen in die Statistik Eingang finden. Eine Bestätigung der Ausreise ist aufgrund von Schengen freilich zunehmend selten der Fall.

a.) Duldung

Das Rechtsinstitut der Duldung ist seit einer Fremdenrechtsänderung 2009 gesetzlich institutionalisiert. Allerdings gab es bereits zuvor Fälle, in denen kein rechtmässiges Aufenthaltsrecht erteilt wurde, die betroffene Person jedoch nicht ausweisbar war und deren Verbleib in Österreich in der Folge weiterhin „geduldet“ wurde. Diesen Personen wurde ein auf maximal ein Jahr befristeter Abschiebeaufschub gewährt. Eine Duldung begründet nach der geltenden Rechtslage keinen rechtmässigen Aufenthalt nach § 31 des FPG. Im Gegenteil: Sie wird sogar explizit aus der Aufzählung rechtmässiger Aufenthaltstitel ausgenommen (§ 31 Absatz 1a Ziffer 3 FPG). Ähnlich wie in Deutschland und der Schweiz liegt bei Menschen, die sich auf Grundlage einer Duldung im Staatsgebiet aufhalten, jedoch keine Verwaltungsübertretung vor (Muzak 2010: 3; vgl. § 120 Abs 5 Ziffer 2 FPG), d.h. dass die weitere Anwesenheit der ausländischen Person kein strafbares Verhalten darstellt.

Die Duldung wird in § 46a des Fremdenpolizeigesetzes geregelt und besagt, dass der Aufenthalt von Fremden im Bundesgebiet zu dulden ist, solange eine Abschiebung für unzulässig erklärt wird. Die Duldung findet Anwendung auf folgende Konstellationen:

- Asylsuchenden Menschen, die nach § 51 AsylG 2005 eine Aufenthaltsberechtigungskarte erhalten haben, d.h. deren Antragsprüfung Österreich zuständig ist und deren Antrag noch nicht rechtskräftig entschieden wurde sowie Asylsuchende, die sich noch im Zulassungsverfahren befinden und eine sog. Verfahrenskarte erhalten haben (§ 50 AsylG).
- Bei Wirksamkeit des Refoulementverbotes (§ 50 AsylG 2005; § 50 FPG 2005), d.h. subsidiär Schutzberechtigten.
- Bei Menschen, die weder Asylberechtigter noch subsidiär schutzberechtigt sind, deren Leben jedoch einer Gefahr im Sinne von Artikel 2 und Artikel 3 der EMRK ausgesetzt wäre oder deren Leben und Unversehrtheit im Falle einer Ausweisung ernsthaft aufgrund eines internationalen oder innerstaatlichen Konfliktes bedroht wäre (§ 9 Abs 2 AsylG 2005 und §8 Abs 3a AsylG 2005). Zwar wären die eben aufgezählten Aspekte üblicherweise Gründe für subsidiären Schutz, doch dieser Status kann aberkannt bzw. auch gar nicht erst erteilt werden, wenn bestimmte Umstände vorliegen: Der subsidiäre Schutz wird u.a. auch dann nicht erteilt bzw. kann wieder entzogen werden, wenn einer der in Artikel 1 Abschnitt F der Genfer Flüchtlingskonvention genannten Ausschlussgründe vorliegt, die Person als Gefahr für die Allgemeinheit oder Sicherheit der Republik Österreich eingestuft wird oder wenn die Person durch ein inländisches (in best. Fällen auch ausländisches) Gericht strafrechtlich verurteilt worden ist (§9 Absatz 2 AsylG).
- Bei Menschen, wo eine amtswegige behördliche Feststellung über ein vorübergehendes Abschiebehindernis vorliegt, das nicht im Einflussbereich der betroffenen Person liegt (§ 46a Abs 1a FPG).

Geduldeten wird (ausser Menschen, die eine Aufenthaltsberechtigungskarte od. Verfahrenskarte nach §§ 50 und 51 des Asylgesetzes ausgestellt wurde) nach § 46a Abs 2 FPG 2005 eine sog. Karte für Geduldete ausgestellt, die ein Jahr Gültigkeit hat. Sie kann, sofern die eben genannten Gründe noch vorliegen (§ 46a Abs 1 oder 1a FPG 2005) durch einen Antrag der betroffenen Person (d.h. nicht automatisch) verlängert werden (§ 46a Abs 3 FPG 2005).

b.) Besonderer Schutz

Besonderer Schutz kann, nach § 69a des Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetzes 2005 (NAG), von Amts wegen oder auf Antrag erteilt werden. Ein rechtmässiger Aufenthalt bildet keine Voraussetzung für dieses Instrument, doch darf kein Aufenthaltsverbot gegen die betroffene Person vorliegen. Die Aufenthaltsbewilligung ist ein Aufenthaltstitel, der für den Zweck eines vorübergehenden Aufenthaltes ohne Niederlassungsabsicht ausgestellt wird (üblicherweise wird diese v.a. für Studierende, Rotationsarbeitskräfte usw. ausgestellt). Eine Aufenthaltsbewilligung unter der besondere Schutz-Regelung adressiert Personen, die

- seit mindestens einem Jahr geduldet sind und nach § 50 des Asylgesetzes und § 50 des Fremdenpolizeigesetzes nicht abgeschoben werden dürfen (Refoulementverbot), d.h. Personen die seit mindestens einem Jahr einen Abschiebungsaufschub aufgrund des Refoulementverbotes erhalten haben. Die Aufenthaltsbewilligung wird dann jedenfalls nicht zugestanden, wenn die Person eine Gefahr für die Allgemeinheit oder Sicherheit Österreichs darstellt oder strafrechtlich verurteilt worden ist. Ausserdem muss von der zuständigen Fremdenpolizei eine begründete Stellungnahme der Sicherheitspolizeidirektion über die nicht Durchführbarkeit der Ausweisung eingeholt werden (§ 69a Absatz 1 Ziffer 1 NAG).
- zur Gewährleistung einer Strafverfolgung beitragen oder zur Geltendmachung und Durchsetzung von zivilrechtlichen Ansprüchen im Zusammenhang mit solchen strafbaren Handlungen, etwa ZeugInnen und Opfer von Menschenhandel. Ein solcher Antrag wird jedenfalls zurückgewiesen, wenn kein entsprechendes Verfahren zur Strafverfolgung begonnen oder keine zivilrechtlichen Ansprüche geltend gemacht wurden (§ 69a Absatz 1 Ziffer 2 und Absatz 3 NAG 2005).
- wenn eine einstweilige Verfügung nach dem Gewaltschutzgesetz erlassen wurde und die Person sich nicht rechtmässig im Bundesgebiet aufhält oder niedergelassen hat. Der Antrag kann nicht gestellt werden, wenn eine solche einstweilige Verfügung nicht vorliegt oder nicht hätte erlassen werden können (§ 69a Absatz 4 NAG 2005).

Andererseits adressiert die Aufenthaltsbewilligung auch unbegleitete Minderjährige ohne regulären Aufenthaltsstatus und Minderjährige, die sich in der Obhut einer Pflegefamilie oder in Fürsorge des Jugendwohlfahrtsträgers befinden (§ 69a Absatz 1 Ziffer 4 NAG).

Eine Verlängerung ist möglich, sofern die Gründe für die Erteilung der Aufenthaltsberechtigung weiter vorliegen. Ein Antrag auf „besonderen Schutz“ entfaltet für diesen Personenkreis des Weiteren jedoch keine aufschiebende Wirkung (§ 69a Absatz 2 NAG 2005).

c.) Bleiberecht

Eine verfassungsgerichtliche Erkenntnis hob im Jahr 2008 Teile des Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetzes auf. Grund dafür war das Fehlen eines fehlenden Antragsrechts auf humanitäres Bleiberecht und der damit verbundene, grosszügige administrative

Ermessensspielraum, der sich für amtswegige Entscheidungen eröffnete. Diese Rechtslage wurde vom Verfassungsgerichtshof als nicht im Einklang mit Artikel 8 der Europäischen Menschenrechtskonvention (GZ 246/07 vom 27. Juni 2008) bewertet.¹⁴ Die Aufhebung bildete die Grundlage der neuen sogenannten Bleiberechtsregelung, die am 1.4.2009 in Kraft trat. Die Bleiberechtsregelung legt die Voraussetzungen für die Erteilung eines humanitären Aufenthaltstitels fest. Ein wichtiger Hinweis ist, dass die Bleiberechtsregelungen nicht auf Personen, die nach asylgesetzlichen oder sonstigen fremdenrechtlichen Bestimmungen zum Aufenthalt berechtigt sind oder faktischen Abschiebeschutz genießen, anwendbar sind. Es muss aber im Falle eines negativ beschiedenen Verfahrens nicht die Ausweisung abgewartet werden, um einen Antrag auf Bleiberecht aus humanitären Gründen zu stellen.

Verstösst eine Ausweisung gegen die Grundsätze des Artikels 8 der EMRK 8 (d.h. Recht auf Privat- und Familienleben), kann diese

- *Von Amts wegen* als dauerhaft unzulässig erklärt werden und die betreffende Person erhält eine Niederlassungsbewilligung nach § 44a des NAG. Hierzu ist es notwendig, dass die zuständige Asylbehörde oder fremdenpolizeiliche Stelle festgestellt hat, dass eine Person auf Grundlage einer Prüfung ihres Privat- und Familienlebens *dauerhaft* nicht ausweisbar ist. Amtswegig bedeutet, dass die betroffene Person keinen Antrag stellen muss, da die Behörde die Unzulässigkeit auf eigene Initiative hin bereits festgestellt hat.
- Es besteht darüber hinaus nun (bedingt durch die Neuregelung infolge der teilweisen Aufhebung des Gesetzes durch den Verfassungsgerichtshof) auch die Möglichkeit, ein humanitäres Bleiberecht zu *beantragen* (§ 44b NAG). Ein rechtmässiger Aufenthalt in Österreich bildet keine Voraussetzung für einen solchen Antrag (ist jedoch von Vorteil, wie die bisherige Rechtsprechung nachdrücklich aufzeigt vgl. dazu Bachmann 2010). In diesem Falle wird durch die zuständige Behörde eine Stellungnahme der Sicherheitsdirektion darüber eingeholt, ob die Person ausgewiesen werden kann. Ein NGO-Bericht über die Anwendung des Bleiberechts seit der Neuregelung steht diesem Passus sehr kritisch gegenüber, denn gegen unrichtige Stellungnahmen kann in der Praxis kaum vorgegangen werden, da keine gesetzliche Möglichkeit für Anfechtungen derselben vorgesehen wurde (Asylkoordination et al. 2010: 4). Kommt die Sicherheitsdirektion zum Schluss, dass die betroffene Person dauerhaft nicht ausweisbar ist, wird eine Niederlassungsbewilligung erteilt. Ist die Person nur vorübergehend nicht ausweisbar, wird der Antrag auf Bleiberecht abgewiesen,¹⁵ für ein Bleiberecht muss die Ausweisung *dauerhaft unzulässig* sein. Die Art der Niederlassungsbewilligung hängt von der Erfüllung bestimmter Kriterien ab (Stichwort Integrationsvereinbarung). Kann die Person Sprachkenntnisse auf B1 Niveau nachweisen, so wird eine unbefristete Bewilligung ausgestellt wie auch ein direkter Arbeitsmarktzugang gewährleistet. Besteht kein Nachweis über entsprechende Sprachkenntnisse ist die Bewilligung auf ein Jahr befristet und es muss über den/die DienstgeberIn erst um eine Beschäftigungsbewilligung beim AMS angesucht werden (die Erteilung einer Beschäftigungsbewilligung unterliegt einer Quotierung). Auch für

¹⁴ Die EMRK sieht vor, dass Unterzeichnerstaaten für jedes durch die EMRK geschützte Recht ein Verfahren mit Antragsrecht eingerichtet sein muss, um diese Rechte auch durchsetzen zu können.

¹⁵ In diesem Belang gehen die Einschätzungen von RechtsexpertInnen und beratenden Organisationen auseinander. Manche argumentieren, dass der Antrag auf Bleiberecht lediglich zurückgewiesen werde. Das Bleiberecht würde, im Gegensatz zur Abweisung, die inhaltlicher Art ist, im Falle einer Zurückweisung lediglich aus formalen Gründen nicht zugestanden werden. Dies hätte wiederum andere Konsequenzen für darauf folgende Rechtsmittel, die ergriffen werden etc.

befristete Niederlassungsbewilligungen gilt, dass innerhalb von zwei Jahren, Sprachkenntnisse auf Niveau A2 nachgewiesen werden müssen.¹⁶

Eine weitere Schwierigkeit ergibt sich aus dem Umstand, dass im Falle eines fremden- oder asylrechtlichen Verfahrens, das vor dem Stichtag 1.04.2009 erstinstanzlich entschieden worden ist (durch die Fremden- oder Asylbehörde), ein Antrag auf Bleiberecht (d.h. auf eine Niederlassungsbewilligung) nur aufgrund einer neuerlichen Prüfung über die Ausweisung erfolgreich entschieden werden kann, wenn die negative Entscheidung mit einer Ausweisung verbunden war. Für die Erteilung einer Niederlassungsbewilligung nach der Bleiberechtsregelung muss nachgewiesen werden, dass der Sachverhalt sich seit der ausgesprochenen Ausweisung grundlegend verändert hat (§ 44 Absatz 4 NAG 2005).

Ob jemand ausweisbar ist, wird auf Basis folgender Kriterien ermittelt (diese sind sowohl im Asylgesetz, im Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetz und im Fremdenpolizeigesetz dieselben, an dieser Stelle werden sie nach dem Asylgesetz § 10 Absatz 2 angeführt):

- Dauer und Art des bisherigen Aufenthaltes, und die Frage ob dieser rechtswidrig war
- Das tatsächliche Bestehen des Familienlebens
- Die Schutzwürdigkeit des Privatlebens
- Der Grad der Integration
- Bindungen zum Herkunftsland
- Strafrechtliche Unbescholtenheit
- Verstöße gegen die öffentliche Ordnung (insbesondere in asylrechtlichen, fremdenpolizeilichen und einwanderungsrechtlichen Belangen)
- Die Frage wann das Privat- und Familienleben entstanden ist, insbesondere, ob dieses zu einem Zeitpunkt entstand, zu dem sich die Beteiligten bereits über die Prekarität des Aufenthaltes des/der Betroffenen bewusst waren
- Ob die bisherige Aufenthaltsdauer mit der Säumigkeit der Behörden zu begründen ist

Das Bleiberecht wird jedenfalls dann nicht zugestanden, wenn ein Aufenthalts- oder Rückkehrverbot erteilt wurde. Sog. Aufenthaltsehen oder Aufenthaltsadoptionen gelten ebenfalls als Versagungsgrund (§ 11 Abs 1 NAG 2005) – und dies, obwohl RechtsexpertInnen betonen, dass auch in diesem Fall eine Abwägung der öffentlichen und individuellen Interessen notwendig sei (Bachmann 2010).

Weitere Voraussetzungen sind etwa, dass die Person krankenversichert ist, genügend Wohnraum zur Verfügung hat, es durch den Aufenthalt zu keiner finanziellen Belastung der Gebietskörperschaft kommt (d.h. regelmässige Einkünfte, kein Bezug der Sozialhilfe) und der Verbleib nicht dem öffentlichen Interesse entgegensteht (§ 11 Abs 2 NAG).¹⁷ Sollte eine dieser Voraussetzungen nicht erfüllbar sein, sieht das österreichische Recht die Möglichkeit einer Patenschaftserklärung durch Dritte vor (§ 11 Abs 6 NAG). Diese wird von NGOs jedoch als besonders problematisch hervorgehoben, da sie einerseits starke Abhängigkeitsverhältnisse für den/die Betroffene schafft und andererseits der Haftungsumfang und die monetären Voraussetzungen sehr hoch und daher kaum erfüllbar bzw. zumutbar sind (Asylkoordination et al. 2010).

¹⁶Türkische StaatsbürgerInnen sind neuerdings von der Erfüllung der Integrationsvereinbarung ausgenommen. Vgl. <http://derstandard.at/1334795940812/Fremdenrecht-EU-Gericht-hebelt-Deutsch-Lernpflicht-fuer-Tuerken-aus>.

¹⁷ Im Falle einer Verlängerung der Niederlassungsbewilligung (auch nach der Bleiberechtsregelung) wird weiters gefordert, dass der erste Teil der Integrationsvereinbarung erfüllt wird (d.h. einschlägiger Deutsche und Integrationskurs erfüllt oder Sprachnachweis auf Niveau A2 oder Schulabschluss in Österreich).

In einer juristischen Auseinandersetzung über das sog. Bleiberecht wird darüber hinaus kritisch angemerkt, dass insbesondere für abgelehnte AsylwerberInnen trotz der Neuregelung nicht von erhöhter Rechtssicherheit gesprochen werden kann. Wurde ein Asylantrag abgewiesen, werden Bleiberechtsanträge häufig ebenfalls regelmässig negativ entschieden. Die Rechtsprechung erweist in ihrer Auslegung deutlich restriktive Tendenzen, insbesondere da das staatliche Interesse (besonders an Einreise- und Aufenthaltskontrolle, d.h. die rechtmässige Einreise und den rechtmässigen Aufenthalt der betroffenen Person) gegenüber den individuellen Interessen der betroffenen Person stark begünstigt wird (vgl. Bachmann 2010: 101ff.).

3.5 Vereinigtes Königreich (UK)

Wie öffentliche Stellungnahmen der Behörden, aber auch statistische Angaben über die Rückkehrate betreffend das Vereinigte Königreich suggerieren, liegt der Fokus im Umgang mit Drittstaatsangehörigen, deren Aufenthalt in UK nicht mehr rechtmässig ist, vermehrt auf deren Rückkehr bzw. Ausweisung (vgl. u.a. Lenoel 2009: 106). Die Rückkehrate für den Zeitraum 2008 bis 2010 belief sich laut Eurostat auf 85,9% und liegt damit weit über der Quote für den gesamten EU-Raum (41%, siehe auch Tabelle weiter unten).¹⁸ Zwar ist die Zahl der Asylanträge, die im Vereinigten Königreich gestellt wurden, in den vergangenen Jahren massiv gesunken. Schätzungen zufolge bilden jedoch abgelehnte AsylwerberInnen nach wie vor den grössten Teil der dortigen irregulären migrantischen Wohnbevölkerung (Lenoel 2009: 105; Toms/Thorpe 2012: 62).

Historisch betrachtet, stellen vor diesem Hintergrund umfassende Regularisierungsprogramme keine relevante Praxis dar (da diese von Regierungsseite als Pull-Faktor für weitere Migration betrachtet werden).¹⁹ Ein Programm bildet jedoch eine nennenswerte Ausnahme: Dieses wurde im Jahr 2006 eingesetzt, mit dem Ziel, den beträchtlichen „Rückstau“ in asylbezogenen Verfahren abzubauen. Im Jahr 2007 wurde ein neues Asylverfahren implementiert, die sog. „Altfälle“ sollten getrennt davon entschieden werden. Nach Einschätzungen der zuständigen Behörde betrifft dies etwa 450.000 „Altfälle“, die bis zum Sommer 2011 mittels eines sog. *Case Resolution Process* abgeschlossen werden sollten. Asylanträge, die nach dem 7.5.2007 gestellt wurden, werden hingegen automatisch nach dem neuen Asylverfahren abgewickelt (*New Asylum Model* bzw. *asylum determination procedure*). Das Programm der *Case Resolution* adressierte insbesondere (1) Asylsuchende, die über Jahre hinweg den Ausgang ihres Verfahrens abwarteten (berücksichtigt wurden jene Fälle, in welchen bis zum 7.5.2007 noch keine Entscheidung getroffen wurde)

¹⁸ So teilte der Minister für Immigration 2007 in einer öffentlichen Stellungnahme mit, dass eine Amnestie für „Illegale“ lediglich Anreize für weitere Wellen illegaler Migration setzen würde (Lenoel 2009: 106).

¹⁹ Ausnahmsweise wurde AsylwerberInnen in den 1990er Jahren, deren Anträge bereits einige Jahre anhängig waren, ein auf vier Jahre begrenzter Aufenthaltstitel gewährt (Lenoel 2009: 107). In einer weiteren Aktion wurden Aufenthaltstitel außerdem an asylsuchende Familien Anfang 2000 vergeben. Voraussetzung war, dass mindestens ein minderjähriges Kind Teil der Familie ist und die Familie das Vereinigte Königreich nicht durch eine fremdenpolizeiliche Maßnahme oder freiwillige Rückkehr bereits einmal verlassen hat. Nennenswert ist in diesem Zusammenhang auch eine Maßnahme, die sich an langjährig aufhältige Drittstaatsangehörige richtet und in einer Regularisierung mit unbeschränktem Aufenthaltsrecht münden kann. Ein nachweisbarer Aufenthalt von über 14 Jahren (ungeachtet dessen, ob regulär oder nicht) ist Voraussetzung, außerdem darf der Verbleib der Person nicht gegen die öffentlichen Interessen gerichtet sein (darunter fällt z.B. eine strafrechtliche Verurteilung). Weiters werden in der Entscheidung folgende Punkte berücksichtigt: ökonomische Unabhängigkeit, humanitäre Erwägungen (z.B. Gesundheit, familiäre Situation) und Sprachkenntnisse (Lenoel 2009: 112f.).

- (2) Menschen, die ein Rechtsmittel gegen eine negative Entscheidung eingelegt hatten und den Ausgang bis zum angegebenen Stichtag noch abwarteten
- (3) Menschen, die vor dem 7.5.2007 einen Antrag auf Verlängerung ihrer Aufenthaltsgenehmigung beantragt hatten, der noch nicht entschieden wurde und
- (4) abgelehnte Asylsuchende, die sämtliche Rechtsmittel erschöpft hatten, sich aber weiterhin im Staatsgebiet aufhielten. Es wird vonseiten der Behörden angenommen, dass es sich in etwa 90% der Fälle um abgelehnte Asylsuchende handelt. Es werden jedoch keine Statistiken darüber geführt, welchen Anteil die jeweiligen Gruppen letztendlich ausmachen (Gordon et al. 2009: 79; Refugee Council 2007: 10).

In den Entscheidungen über den Antrag werden folgende Aspekte besonders berücksichtigt: das Alter der Person und die Dauer ihres Aufenthaltes im Staatsgebiet und eine Einschätzung über die tatsächliche Durchsetzbarkeit einer Rückführung. Im weiteren stehen im Vordergrund der Prüfung die Frage, ob der Verbleib im Staatsgebiet behördlichen Säumnissen geschuldet ist, wie sich die Beziehungen zum Vereinigten Königreich gestalten, wie die familiäre Konstellation gestaltet ist sowie ob die betreffende Person unbescholten ist. Im Falle von Familienverfahren wird im weiteren berücksichtigt, ob eine Familie mit minderjährigen Kindern bereits über 4 Jahre hier lebt, wie sich eine Rückführung auf die Schulbildung der Kinder auswirken würde und die Auswirkungen einer Ausweisung eines Elternteils auf das Kindeswohl, wenn diese hier verbleiben würden. Es ist im Rahmen des *Case Resolution Process* keineswegs sichergestellt, dass eine Person nicht bereits abgeschoben wird, bevor ihr Fall überhaupt von einem Case Resolution Team geprüft werden konnte. In Ausnahmefällen, kann der/die AntragstellerIn ansuchen, dass die Prüfung vorgezogen wird (z.B. im Fall von häuslicher Gewalt oder aufgrund besonderer Schutzwürdigkeit) (Refugee Council 2009: 2ff.).

Aktuelle Zahlenangaben über den Ausgang der gestellten Anträge sind schwer zu finden, bis zum Dezember des Jahres 2008 wurde für 130.000 Personen eine Entscheidung gefällt (AntragstellerInnen und deren Angehörige sind hier gleichermassen angegeben, die Fallzahl ist daher insgesamt geringer). Davon erhielten 51.000 eine Aufenthaltsgenehmigung (39%) (*leave to remain*), 23.500 Menschen wurden jedoch abgeschoben (18%) und ein nicht unbeträchtlicher Teil – 41% oder 55.500 Personen – wurde „anderweitig“ entschieden. Laut Angaben der Behörden handelte es sich bei Letzteren um fälschlicherweise doppelt eingereichte Anträge und Fälle, in welchen Menschen die Entscheidung nicht mehr abwarteten (d.h. die Behörden die Personen nicht mehr ausfindig machen konnten) (Gordon et al. 2009:80). Das zuständige Ressort für Inneres bemerkte dazu, dass in der Bearbeitung vor allem jene Fälle priorisiert würden, in welchen der weitere Verbleib einer Person als öffentliche Gefahr befunden wird, Fälle in welchen eine Abschiebung leicht durchführbar ist und Fälle in welchen ein Ausgang zugunsten der AntragstellerInnen voraussehbar sei (Refugee Council 2007: 11). Jedenfalls negativ gewichtet werden: strafrechtliche Verurteilungen, Missachtung der Meldepflicht und wenn die betreffende Person ihren „Mitwirkungspflichten“ im Asylverfahren nicht nachgekommen ist (Refugee Council 2009: 5).

Entgegen Deutschland und Österreich ist in UK kein vergleichbares Rechtsinstitut der Duldung vorgesehen. Abgesehen davon verfügt das Vereinigte Königreich jedoch über Regelungen, die in bestimmten Fällen den Aufenthalt von nicht ausweisbaren Personen (nach Einzelfallprüfung) vorsehen. Es kann, sofern eine Person weder asyl- noch subsidiär schutzberechtigt ist, ein Aufenthaltsrecht aus humanitären (oder besonderen) Gründen erteilt

werden (*discretionary leave to remain*).²⁰ Dieser Aufenthaltstitel verfügt zwar über eine andere rechtliche Qualität als Niederlassungsbewilligungen (*leave to remain*), er gewährt de facto aber dieselben Rechte, d.h. Arbeitsmarktzugang, Zugang zu medizinischer Versorgung, Bildung und sozialen Leistungen – mit dem Unterschied, dass sich der Zugang zu einer dauerhaften Aufenthaltsverfestigung schwer(er) gestaltet. Er gewährt jedoch, im Gegensatz zur Duldung, weitaus mehr rechtliche Sicherheit. Die Erteilung eines *discretionary leave to remain* kommt entweder aufgrund eines Asylverfahrens zustande (d.h. es besteht zwar kein Asylgrund oder keine Grundlage für die Gewährung von subsidiärem Schutz, jedoch ist die Person aus Erwägungen betreffend Artikel 3 oder 8 der EMRK nicht abschierbar) oder wird aufgrund eines gesondert eingebrachten Antrages erteilt.

	2008	2009	2010	Insgesamt 2008- 2010
Rückkehrentscheidungen (in 1.000)	69.840	69.745	53.700	193.285
Durchgeführte Rückkehr (in 1.000)	47.455	64.945	53.615	166.015
Rückkehrtrate (in %)	67,9%	93,1%	99,8%	85,9%

Quelle: Eurostat

a.) Discretionary leave to remain (Bleiberecht auf Ermessensgrundlage)

Subsidiärer Schutz wird im Vereinigten Königreich grundsätzlich Personen geboten, die nicht im Sinne der Genfer Flüchtlingskonvention verfolgt werden, deren Leben im Herkunftsstaat jedoch ernsthaft gefährdet ist (d.h. es muss eine begründete Furcht bestehen) und die im betreffenden Staat keinen Schutz in Anspruch nehmen können oder möchten. Die ernsthafte Bedrohung des Lebens der betroffenen Person wird nach Artikel 3 der EMRK definiert und umfasst demnach u.a. Folter, Todesstrafe, Exekution, unmenschliche oder erniedrigende Behandlung und Strafe, Gewaltzustände im Zuge eines internationalen oder innerstaatlichen Konfliktes.

Subsidiärer Schutz wird jedoch nicht gewährt, wenn eine Person ein Verbrechen gegen die Menschlichkeit, gegen den Frieden oder ein Kriegsverbrechen begangen hat, strafrechtlich verurteilt worden ist oder gegen die Grundsätze der Vereinten Nationen gehandelt hat. Der Schutz wird im weiteren nicht gewährt (oder aberkannt), wenn die betreffende Person eine Gefahr für die Öffentlichkeit darstellt oder ein Sexualdelikt begangen hat (Rice/Vadher 2010: 7).

Wenn eine Person aufgrund der eben genannten Gründe nicht asylberechtigt ist oder keinen subsidiären Schutz erhalten kann, und dennoch entsprechend des Refoulementverbotes (besonders Artikel 33 der Genfer Flüchtlingskonvention) nicht abgeschoben werden darf, kann eine Aufenthaltserlaubnis im Sinne eines „discretionary leave to remain“ erteilt werden.

²⁰ *Discretionary leave to remain* könnte übersetzt werden mit: Bleiberecht auf Ermessensgrundlage. Es wird für die vorliegende Studie die englischsprachige Bezeichnung bevorzugt.

Dieser Titel gilt folglich:

1.) *Für Personen, die den Ausschlussgründen im Sinne der Regelungen über internationalen und subsidiären Schutz unterliegen*

Besteht aufgrund des Zutreffens der Ausschlussgründe von internationalem und subsidiärem Schutz keine Möglichkeit, einen Titel im Sinne der Flüchtlingskonvention zu erhalten (oder subsidiären Schutz), so kann aus humanitären Überlegungen ein Aufenthalt im Sinne des *discretionary leave to remain* gewährt werden. D.h. das Leben der betreffenden Person wäre nach den Bestimmungen des Refoulementverbotes im Herkunftsstaat oder Zielstaat der Abschiebung bedroht. Die Aufenthaltsdauer, die mit der Erteilung gewährt wird, liegt im behördlichen Ermessen und rangiert zwischen sechs Monaten und drei Jahren. Liegt eine strafrechtliche Verurteilung aufgrund einer schwerwiegenden Straftat vor, wird in der Regel lediglich eine sechsmonatige Genehmigung erteilt (meist orientiert sich dies an einer Verurteilung im Ausmass von über zwei Jahren unbedingter Haft). Diese Erlaubnis kann, sofern die Gründe für den Aufenthalt weiter bestehen, verlängert werden. Eine Aufenthaltsverfestigung ist erst nach zehn Jahren Aufenthalt möglich. Die zuständigen Behörden müssen aber bei Vorliegen einer strafrechtlichen Verurteilung eines bestimmten Strafausmasses kein dauerhaftes Aufenthaltsrecht erteilen, d.h. es besteht kein Anspruch (AIRE o.J.: 6f.).

2.) *Für Personen, die aus menschenrechtlichen Überlegungen nicht abschiebbar sind (sofern es sich nicht, wie in Punkt a.) ausgeführt, um Personen handelt, auf welche die Ausschlussgründe von Asyl und subsidiärem Schutz zutreffen)*

Discretionary Leave to Remain kann im Weiteren beantragt werden, wenn einer Person zwar weder Asyl noch subsidiärer Schutz gewährt wird, aber eine Abschiebung aus menschenrechtlichen Erwägungen, insbesondere unter Rücksichtnahme auf Artikel 3 und Artikel 8 der EMRK, nicht zulässig ist.

- **Gesundheitliche Gründe (Artikel 3 EMRK)**

Die Erteilung eines *discretionary leave to remain* auf Grundlage von Artikel 3 der EMRK wird etwa Menschen erteilt, die aus gesundheitlichen Gründen nicht abgeschoben werden können (ein Antragsrecht neben der Erteilung im Zuge eines Asylverfahrens ist vorgesehen). Im Zielstaat muss eine adäquate Behandlung zugänglich und die nötige soziale und familiäre/persönliche Unterstützung für den/die Betroffenen gewährleistet sein. Ist dies nicht der Fall, läuft eine Abschiebung den Bestimmungen laut Artikel 3 der EMRK zuwider. Dies geht u.a. aus einer Erkenntnis des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte hervor, der sich im Jahre 1997 gegen die Abschiebung einer HIV-erkrankten Person aus dem Vereinigten Königreich aussprach (EGMR, D. vs. UK, Nr.: 146/1996/767/964, 2.5.1997).

- **Privat- und Familienleben (Artikel 8 EMRK)**

Sofern eine Ausweisung eine Verletzung des Rechts auf Familien- und Privatleben nach Artikel 8 der EMRK bedeuten würde, kann *discretionary leave to remain* erteilt werden.

- **Opfer von Menschenhandel**

Discretionary leave to remain kann von Opfern von Menschenhandel beantragt werden, sofern sich die betroffene Person bereit erklärt, mit der Polizei zu kooperieren und etwaige polizeiliche Untersuchungen zu unterstützen. Der Aufenthalt ist in diesem

Fall auf ein Jahr begrenzt und kann, sofern sich der strafrechtliche Prozess als langwieriger herausstellt, verlängert werden (Rice/Vadher 2010: 9).

- **Unbegleitete Minderjährige**

Unbegleiteten Minderjährigen können eine dreijährige Aufenthaltserlaubnis erteilt bekommen (bei bald bevorstehender Volljährigkeit auch kürzer), sofern deren Abschiebung aufgrund der mangelhaften Aufnahmebedingungen im Zielstaat nicht durchführbar ist. Die Erlaubnis ist mehrmals verlängerbar, bis die Person das Alter von 17 ½ Jahren erreicht hat (ebd.).

- **Geltendmachung anderer menschenrechtlicher Gründe**

Auch die Missachtung anderer menschenrechtlicher Grundsätze kann Grund für die Erteilung eines *discretionary leave to remain* sein, sofern die betroffene Person dies glaubhaft machen kann. Darunter fällt beispielsweise das Recht auf freie Religionsausübung. In der Praxis gibt es jedoch vergleichsweise wenige Fälle, in welchen dieser Aspekt relevant war (Rice/Vadher 2010: 8).

Der Titel kann erneuert werden, sofern einer Verlängerung keine Gründe wie Altersgrenzen (siehe unbegleitete Minderjährige) entgegenstehen. Nach sechs Jahren Aufenthalt wird im Zuge des Verlängerungsantrages geprüft, ob eine unbeschränkte Niederlassungsbewilligung ausgestellt werden kann (ebd.: 11).

Mit der Vergabe eines Titels *discretionary leave to remain* gehen auch ein Zugang zu Arbeitsmarkt, medizinischer Versorgung, Bildung und sozialen Leistungen einher (ebd.).

b.) Vorläufige Aufnahme

Wird von den Behörden angenommen, dass eine Abschiebung/Ausweisung innerhalb der nächsten sechs Monate durchführbar ist, d.h. nur ein vorübergehendes Abschiebehindernis besteht, wird eine vorläufige Aufnahme erteilt, bis die Ausweisung in den Zielstand durchgesetzt werden kann (Rice/Vadher 2010: 10).

3.6 Schweden

Schätzungen zufolge verfügt Schweden über eine verhältnismässig geringe Population irregulärer MigrantInnen. Demnach kamen keine spezifischen Regularisierungsmechanismen hinsichtlich der Arbeitsmigration zum Einsatz (Kraler/Reichel 2009). Regularisierungsmassnahmen in Schweden adressierten bisher vornehmlich die humanitäre Situation abgelehnter Asylsuchender. Dies ist dem Umstand geschuldet, dass abgelehnte Asylsuchende den grössten Anteil an nicht durchführbaren Rückkehren stellen, sei es weil sie nicht ausgewiesen werden können, oder nicht zurückgekehrt sind oder sich dem Verfahren aus unbekanntem Gründen entzogen haben (Kraler/Reichel 2009: 138).

Für die Regularisierung abgelehnter Asylsuchender wurde zwischen November 2005 und März 2006 ein eigenes Regularisierungsprogramm eingesetzt, im Zuge dessen Einzelfallprüfungen vorgenommen wurden (also keine Generalamnestie). Auf dieser

Grundlage erhielten 17.000 abgelehnte Asylsuchende eine unbefristete oder befristete Niederlassungsbewilligung (von 31.000 Anträgen). Voraussetzungen waren: Aufenthalt im Staatsgebiet, humanitäre Gründe, die für den weiteren Verbleib in Schweden sprechen, besonders das Privat- und Familienleben und die gesundheitliche Verfassung der Betroffenen; ökonomische Voraussetzungen bestanden hingegen nicht (Blaschke 2008: 38; EMN Sweden 2011: 31).

	2008	2009	2010	Insgesamt 2008-2010
Rückkehrentscheidungen	12.555	17.820	20.205	50.580
Durchgeführte Rückkehren (in 1.000)	9.015	11.980	14.645	35.640
Rückkehrtrate (in %)	71,8%	67,2%	72,5%	70,5%

Quelle: Eurostat

Darüber hinaus trat 2006 ein neues Fremdengesetz in Kraft. Dieses sieht die Möglichkeit vor, einen Antrag auf humanitäres Bleiberecht zu stellen (Kapitel 5, Abschnitt 6 Fremdengesetz; zur Situation vor 2006 vgl. auch Kraler/Reichel 2009; Blaschke 2008). Ausserdem sind bei der Prüfung eines Asylantrages auch positive Entscheidungen aufgrund von „anderen Gründen“ vorgesehen (d.h. andere, als asylbezogene oder subsidiären Schutz betreffende Gründe). In einer Novellierung dieses Gesetzes im Jahr 2008 wurde darüber hinaus eine arbeitsbezogene Möglichkeit für abgelehnte Asylsuchende oder subsidiär Schutzberechtigte verankert, ihren Aufenthalt vorübergehend in Schweden zu regularisieren. Wie eine Studie über das Asylverfahren in Schweden verdeutlicht, hat das Inkrafttreten des neuen Fremdengesetzes Veränderungen in der Anerkennungspraxis asylbezogener Verfahren mit sich gebracht. Während der Zugang zum Asyltitel bis Inkrafttreten (2007) des neuen Fremdengesetzes sehr restriktiv gehandhabt wurde, hingegen in vielen Fällen subsidiärer und humanitärer Schutz vergeben wurden, hat sich die Situation seit 2006 gewissermassen umgekehrt. Nun sind die Anerkennungsquoten aus Fluchtgründen im Sinne der GFK bedeutend höher, humanitärer Schutz wird hingegen weitaus seltener vergeben (ICMPD 2012).

a.) Aufenthalt aus humanitären Gründen

Das Fremdengesetz sieht seit 2006 die Möglichkeit vor, einen Aufenthaltstitel aus humanitären Gründen zu erteilen (*ausserordentliche Erteilung eines Aufenthaltstitel aufgrund besonders schwerwiegender Umstände*). Solange das Verfahren anhängig ist, sind AntragstellerInnen Menschen mit AsylwerberInnenstatus gleichgestellt (PICUM 2008: 33).

Sollte ein Person keinen Asylgrund oder Gründe für subsidiären Schutz vorweisen können, besteht die Möglichkeit, einen Aufenthaltstitel aufgrund der allgemeinen Beurteilung der Situation des/der Antragsstellenden zu erteilen. Wird im Zuge der Evaluation der Gesamtsituation festgestellt, dass es sich im individuellen Fall um besonders schwerwiegende Umstände handelt (*besonders schwerwiegende Umstände*, vgl. dazu Kapitel 5 Abschnitt 6 Fremdengesetz),²¹ kann ein Aufenthalt in Schweden gewährt werden. Ob der Aufenthaltstitel im Falle einer positiven Entscheidung befristet oder unbefristet ist, hängt vom individuellen Ermessen der zuständigen Behörde (*Migrationsverket*) ab. Besondere Berücksichtigung finden unter diesem Passus folgende Aspekte:

²¹ In englischer Übersetzung erhältlich unter: <http://www.legislationline.org/topics/country/1/topic/10>.

- Das Familien- und Privatleben (Art 8 EMRK, es besteht jedoch kein expliziter rechtlicher Verweis auf die Menschenrechtskonvention)
- Der gesundheitliche Zustand der betroffenen Person (Art 3 EMRK, siehe vorhergehender Punkt)
- Die Situation im Herkunftsstaat (Art 3 EMRK)

Kapitel 5 Abschnitt 6 des Fremdenengesetzes ist auch auf Kinder anwendbar, zumal die persönlichen Umstände bei dieser Personengruppe nicht so schwerwiegend wie im Falle von Erwachsenen sein müssen. Inwieweit hierbei Unterschiede gemacht werden, ist im Gesetz jedoch nicht näher spezifiziert.

b.) Schutz aus anderen Gründen

Treffen die Kriterien für eine Asylberechtigung oder subsidiären Schutz nicht zu, kann eine positive Entscheidung im Kontext des Asylverfahrens *aus anderen Gründen* erteilt werden. Es handelt sich hierbei (ähnlich wie später für den Fall der Niederlande diskutiert wird) um einen nationalen Schutzgrund. Er kommt insbesondere dann zur Anwendung, wenn Grund zur Annahme besteht, dass eine Person im Zielstaat schwerwiegenden Misshandlungen aufgrund zwischenstaatlicher oder innerstaatlicher bewaffneter Konflikte ausgesetzt wäre. Der Schutzstatus wird aber auch im Falle einer Unmöglichkeit der Rückkehr aufgrund von Umweltkatastrophen vergeben (Kapitel 4 Abschnitt 2a Fremdenengesetz)(vgl. ICMPD 2012).

c.) Vorläufiger Aufenthalt

Ein vorläufiger Aufenthalt wird gewährt, wenn

- Eine Ausweisung vorübergehend nicht durchführbar ist (Kapitel 5, Abschnitt 11, Fremdenengesetz), auf Anweisung der zuständigen Behörde ist diese Aufnahme verlängerbar.
- Für Minderjährige, die sich in staatlicher Fürsorge befinden (ebd. Abschnitt 12).
- Im Falle eines Vaterschaftstests – für das minderjährige Kind und die Testperson (Abschnitt 13).
- Für den gesetzlichen Vormund eines minderjährigen Kindes, das unter Abschnitt 12 oder 13 vorübergehenden Aufenthalt bekommen hat (Abschnitt 14).
- Sofern ein Ermittlungsverfahren für ein strafrechtliches Verfahren eingeleitet wurde und die Anwesenheit der betreffende Person für die Aufklärung der Verfahrens relevant ist. Voraussetzung ist, dass ein weiterer Aufenthalt dem öffentlichen Interesse nicht entgegensteht (Abschnitt 15).

Bleibt eine Ausweisung nach sechs Monaten ohne Erfolg (der Fokus liegt nach Angaben der Behörden auf freiwilliger Rückkehr und nicht der zwangsweisen Durchsetzung von Rückkehrentscheidungen), prüft die Behörde von Neuem, ob die Voraussetzungen für die Erteilung eines Aufenthaltstitels erfüllt werden und ob eine Aufenthaltsberechtigung nicht die günstigere Alternative zur Abschiebung darstellt (ICMPD 2012).

d.) Befristete Aufenthaltsbewilligung im Falle von Arbeitstätigkeit trotz Abweisung eines Asylantrages oder Antrages auf subsidiären Schutz (Abschnitt 15a)

Eine gesetzliche Novellierung aus dem Jahr 2008 hat eine arbeitsbezogene befristete Aufenthaltsmöglichkeit für abgelehnte AsylwerberInnen und abgelehnte subsidiär Schutzberechtigte geschaffen. Liegt eine endgültige, nicht mehr anfechtbare negative Entscheidung vor, so kann innerhalb der darauffolgenden zwei Wochen (ab Zustellung der Entscheidung) um eine befristete Aufenthaltsbewilligung beantragt werden, wenn

- (1) Die betroffene Person zumindest sechs Monate unselbstständig beschäftigt war und
- wohlbegründete Aussicht darauf besteht, dass die Anstellung für zumindest ein weiteres Jahr andauert
oder
- (2) Die Person ein besonders starkes Naheverhältnis zu jemandem aufweist, der oder die unter Punkt (1) eine Aufenthaltsbewilligung erteilt bekommen hat

(vgl. Kapitel 5, Abschnitt 15a, Fremden-gesetz).²² Laut einer Studie des EMN Kontaktpunktes in Schweden, wurden im Jahr 2010 ungefähr 500 Personen auf diese Weise regularisiert, die Grössenordnung ist also vergleichsweise gering (z.B. wenn die Zahl nicht vollzogener Rückführungen herangezogen wird, wie die Tabelle weiter oben verdeutlicht) (EMN Sweden 2011).

e.) Vorübergehender Aufschub aufenthaltsbeendender Massnahmen

Das Fremden-gesetz sieht darüber hinaus in bestimmten Fällen ein vorübergehendes Aussetzen der Durchsetzung von fremdenrechtlichen Massnahmen vor.

- Ein Aufschub kann bei Ausweisungen erteilt werden (Kapitel 12 Abschnitt 10), sofern ein vorübergehendes Hindernis vorliegt.
- Wenn die Regierung eine fremdenrechtliche Entscheidung prüft (ebd. Abschnitt 11).²³
- Wenn eine fremdenrechtliche Entscheidung von einem internationalen Gericht geprüft wird (Abschnitt 12).
- Wenn gemäss Kapitel 5 Abschnitt 15a ein arbeitsbezogener befristeter Aufenthalt beantragt wurde und noch keine Entscheidung vorliegt (Abschnitt 12a).
- Aus nicht näher bestimmten Gründen, die dem Ermessen der Behörden obliegen (Abschnitt 13).
- Wenn es Gründe gibt anzunehmen, dass die Person im Zielstaat keine Aufnahme finden wird oder medizinische Gründe eine Ausweisung vorübergehend nicht zulassen (Abschnitt 18).
- Wenn sich der Sachverhalt bei einem Individuum grundlegend verändert hat und Aussicht darauf besteht, dass aufgrund der neuen Umstände eine Ausweisung dauerhaft nicht zulässig ist. In diesem Fall wird die Ausweisung suspendiert und neuerlich geprüft, ob ein Aufenthalt unter dem Titel Asyl oder subsidiären Schutz oder aus humanitären Gründen erteilt werden kann (Abschnitt 19).

3.7 Niederlande

²² Eine englischsprachige Übersetzung der betreffenden Gesetzesnovellierung ist verfügbar unter der Rubrik Act amending the Aliens Act of 2005 (2009): <http://www.legislationline.org/topics/country/1/topic/10>.

²³ In einigen Ausnahmefällen trifft die Regierung die Entscheidung über den Verbleib einer Person in Schweden.

Subsidiär Schutzbedürftige erhalten in den Niederlanden eine Aufenthaltserlaubnis. Zahlenmässig machen sie rund die Hälfte aller Entscheidungen im Asylwesen aus. Ihnen sind Personen gegenüberzustellen, die sich trotz rechtskräftiger Rückkehrentscheidung im Staatsgebiet aufhalten. Sie werden dem niederländischen Fremdenrecht zufolge als grundsätzlich irregulär aufhältig eingestuft und sind zur Ausreise bzw. Rückkehr verpflichtet (Artikel 61 Fremdenrecht).²⁴ Einzig ein Rechtsinstrument für nicht-abschiebbare Personen aus gesundheitlichen Gründen bildet diesbezüglich die Ausnahme.

Von diesem Hintergrund ist anzumerken, dass eine beträchtliche Zahl an Menschen in den Niederlanden in irregulären Aufenthaltssituationen leben. Menschen, deren Aufenthaltsstatus nicht regulär bzw. unbekannt ist, bilden Schätzungen zufolge – nach TürkInnen – die zweitgrösste Gruppe nicht-niederländischer Staatsangehöriger (Bonjour et al. 2009: 98). Einer weiteren Studie zufolge „wechseln“ aufgrund der schwierigen Rechtslage jährlich etwa 20.000 MigrantInnen in einen irregulären Status (van der Leun/Ilies 2008: 12). Hingegen dazu sind Regularisierungsmassnahmen kaum existent (siehe weiter unten) und es führen Einschätzungen van der Leuns und Ilies‘ zufolge, nahezu keine Wege aus der Irregularität – sieht man einmal von der Möglichkeit ab, einen Asylantrag zu stellen oder eine/einen niederländische/n Staatsangehörige/n zu ehelichen (ebd.: 15). Grundsätzlich bezeichnen van der Leun und Ilies die wenigen Regularisierungsmassnahmen, die in den Niederlanden bisher zur Anwendung kamen, als „exceptional pathway out of illegality, for a tiny minority of undocumented migrants“ (2008: 15). Zwar hat es in der Vergangenheit keine arbeitsmigrationsbezogene Regularisierungsprogramme gegeben, jedoch sind einige wenige Massnahmen für langjährige AsylbewerberInnen ergriffen worden – mit äusserst ambivalentem Ausgang, wie im Folgenden kurz dargestellt wird.

Eine Regularisierungsmassnahme für Langzeitasylsuchende wurde im Jahr 2002 ins Leben gerufen, doch nach einem sehr kurzfristigen Regierungsrücktritt, nahm erst die nachfolgende Exekutive deren Umsetzung in die Hand. Die Massnahme richtete sich an Asylsuchende, die ihren Asylantrag vor dem 27.5.1998 gestellt hatten und deren Verfahren zum Zeitpunkt der Massnahme noch nicht rechtskräftig entschieden war. Bei mangelhaften Anträgen wurde jedoch gleichzeitig nicht nur keine Niederlassungsbewilligung vergeben, sondern das Asylverfahren insgesamt negativ abgeschlossen und die Betroffenen mussten mit einer Rückkehrentscheidung rechnen bzw. waren akut von Abschiebung bedroht. Der Ausgang dieser Massnahme lässt diese vielmehr im Lichte einer Umsetzung im Sinne einer kollektiven Rückkehrmassnahme für abgelehnte AsylwerberInnen, denn als Regularisierungsprogramm erscheinen: Lediglich 2.300 Personen bekamen einen Aufenthaltstitel, hingegen qualifizierten sich laut Schätzungen der zuständigen Behörde rund 26.000 Betroffene nicht für einen Aufenthaltstitel (obwohl diese bereits über fünf Jahre im Staatsgebiet aufhältig waren). In Folge dessen haben etwa 2.000 Menschen das Land verlassen. Die Massnahme und ihre Umsetzung wurde gleichzeitig durch breiten Protest in Frage gestellt, nicht zuletzt boykottierten die zuständigen lokalen Behörden die Durchsetzung der Rückkehrentscheidungen (Bonjour et al. 2009: 99f.; van der Leun/Ilies 2008: 14f.).

Eine weitere Regularisierungsmassnahme für langjährige Asylsuchende wurde im Juni 2007 lanciert. Vor dem Hintergrund der breiten Proteste gegen die äusserst restriktive Umsetzung der Massnahme aus 2002 wurde eine neuerliche Aktion geplant. Diese richtete sich an Menschen, die ihren Asylantrag vor dem Stichtag 1.4.2001 gestellt hatten und seither

²⁴ Leider kann für diese Studie keine akkurate englischsprachige Übersetzung des niederländischen Fremdenrechtes (Vreemdelingenwet 2000) angegeben werden. Die Fassung des Fremdenrechtes 2000 unter <http://www.legislationline.org/documents/action/popup/id/4680> entspricht aufgrund verschiedener Novellierungen und Verordnungen, die seither erlassen wurden, nicht der geltenden Rechtslage und kann daher nicht als textliche Grundlage herangezogen werden.

kontinuierlich in den Niederlanden aufhältig waren. Es wurde im Weiteren von Regierungsseite gefordert, dass im Falle der Ausstellung eines Aufenthaltstitels sämtliche weiteren hängigen fremdenrechtlichen Verfahren (z.B. Asyl) eingestellt werden. Auch Familienangehörigen sollte – unter bestimmten Voraussetzungen – ermöglicht werden, einen Aufenthaltstitel zu erhalten (Bonjour et al. 2009: 101). Laut Regierungsangaben wurde bis zum 21. Februar 2011 28.304 Personen ein Aufenthaltstitel im Rahmen dieser Massnahme gewährt.²⁵ Leider kann an dieser Stelle (aus sprachlichen Gründen) keine Aussage darüber getroffen werden, wie viele Anträge und mit welchen Folgen abgelehnt worden sind. Einer Studie über Regularisierungen zufolge stand das staatliche Bestreben nach Repatriierungen abgelehnter AntragstellerInnen durchaus im Vordergrund – deren Durchsetzung wurde unter grosszügiger Anwendung von Schubhaft sichergestellt (Bonjour et al. 2009: 101).

	2008	2009	2010	Insgesamt 2008-2010
Rückkehrentscheidungen	33.200	35.575	29.870	98.645
Durchgeführte Rückkehr (in 1.000)	9.350	8.980	10.355	28.685
Rückkehrtrate (in %)	28,2%	25,2%	34,7%	29,1%

Quelle: Eurostat

Im Vergleich zu den weiteren Staaten, die für diese Studie herangezogen wurden, zeigt sich, dass die Zahl an Rückkehrentscheidungen zwar vergleichsweise hoch ist, zugleich aber eine sehr niedrige Rückkehrtrate vorliegt – sie befindet sich auch weit unter dem EU-Durchschnitt von 41%.

a.) Humanitärer Aufenthalt aufgrund eines schwerwiegenden Traumas oder anderen zwingenden humanitären Gründen

Neben der Erteilung von internationalem Schutz nach der Genfer Flüchtlingskonvention besteht auch der subsidiäre Schutzstatus, sofern Gründe nach Artikel 3 der EMRK (und Artikel 15c der EU Qualifikationsrichtlinie) vorliegen. Darüber hinaus gibt es in den Niederlanden noch einen eigenen Status, der im Falle von Traumata oder aus anderen zwingenden humanitären Gründen vergeben wird (Abschnitt 29 Abs 1 lit c). Dieser Status ist, ähnlich wie Schweden für von Umweltkatastrophen Betroffenen Schutz vergibt, ein nationales Spezifikum.

Die Praktiken unter dieser Regelung werden weitläufig als „trauma policy“ tituliert. Sie adressiert vor allen Dingen Fälle, in welchen ein Ereignis eine derart traumatische Auswirkung auf die betroffene Person hatte, dass eine Rückkehr in den Herkunftsstaat ausgeschlossen werden muss. Darüber hinaus wird dieser Status auch vergeben, wenn zwingende humanitäre Gründe vorliegen, die in Verbindung mit dem Verlassen des Herkunftsstaates stehen (ACVZ 2008: 3).

b.) Aufenthaltstitel aus gesundheitlichen Gründen

²⁵ Die Aufenthaltstitel im Zuge dieser Maßnahme erteilt wurden entsprechen nicht dem Aufenthaltstitel der auf Grundlage eines zuerkannten Asylstatus oder anderweitigen Schutzstatus gewährt werden (Letzteren – ungeachtet dessen ob Asylberechtigten, subsidiär Schutzberechtigten oder Menschen, die humanitären Schutz erteilt bekommen haben – wird eine temporäre Aufenthaltsberechtigung von fünf Jahren mit uneingeschränktem Zugang zum Arbeitsmarkt gewährt) . Zur regierungseigenen Evaluation dieser Maßnahme wurde durch das Justizministerium in Auftrag gegeben siehe: Wetenschappelijk Onderzoek Cahier 2011(10). Der Studie liegt ein kurzes englischsprachiges Resümee bei.

Eine Unterscheidung wird getroffen zwischen einem Aufenthaltstitel der aufgrund einer medizinischen Behandlung in den Niederlanden und einem Aufenthaltstitel aufgrund eines als kritisch diagnostizierten gesundheitlichen Zustandes (ACVZ 2008: 3). Die Rechtsgrundlagen dafür ergeben sich im Zusammenspiel aus Abschnitt 14 des Fremden­gesetzes und Artikel 3.4 und 3.46 der Verordnung zur Durchführung des Fremden­gesetzes.²⁶ Der Unterschied besteht in der Dauer des gewährten Aufenthaltes: während im ersten Fall (d.h. Behandlung) eine Behandlung längstens für ein Jahr zugestanden wird (ausnahmsweise fünf Jahre, sofern die Behandlung nur in den Niederlanden vorgenommen werden kann), ergibt sich der Titel im zweiten Fall aus der Behandlungsbedürftigkeit und wird jeweils für ein Jahr vergeben – mit Option auf Erneuerung. Als kritisch zu bewertender gesundheitlicher Zustand wird in der Durchführungsverordnung präzisiert, dass die Abwesenheit einer entsprechenden Behandlung aus kurzfristiger Sicht zu Tod, Invalidität oder anderen Formen ernsthafter physischer oder psychischer Schäden führen könnte (ebd.). Folgende Voraussetzungen müssen für einen Titel nach dieser Regelung erfüllt werden:

- Die Beendigung der Behandlung würde einen kritischen gesundheitlichen Zustand zur Folge haben.
- Die Behandlung kann nicht um Herkunftsstaat oder einem anderen Staat in welchen sich die betroffene Person begeben könnte, zuteilwerden.
- Die Behandlungsdauer ist länger als ein Jahr.

Wird der Aufenthaltstitel aufgrund eines weiterbestehenden kritischen gesundheitlichen Zustandes über drei Jahre hinweg erneuert, besteht ein Anspruch auf dauerhafte Aufenthaltsverfestigung (ebd.). Die Zugänglichkeit einer solchen Behandlung im Zielstaat ist, entgegen der Rechtslage in anderen EU-Staaten wie etwa Frankreich, kein Kriterium für die Erteilung eines Aufenthaltstitels aus gesundheitlichen Gründen (vgl. auch PICUM 2008: 28)

c.) Aufschiebung einer Ausweisung/Abschiebung aus gesundheitlichen Gründen

Artikel 64 des Fremden­gesetzes 2000 begründet die Möglichkeit einer Aufschiebung der Ausweisung/Abschiebung, solange eine Person aufgrund ihres gesundheitlichen Zustandes oder der gesundheitlichen Verfassung einer/eines Familienangehörigen nicht abgeschoben/ausgewiesen werden kann. Für diese Zeitspanne ist der Aufenthalt der Person vorübergehend rechtmässig (PICUM 2008: 28).

Ein Bericht der ACVZ zu dieser Thematik verweist darauf, dass sich die Anwendung dieser Regelung in der Praxis als komplex erweist. Sie ist einerseits dann anzuwenden, wenn ein Gesundheitszustand als kritisch eingestuft wird, jedoch die Behandlungsdauer entgegen den Voraussetzungen die unter Punkt c.) genannt wurden, für *weniger* als ein Jahr vorgesehen ist. Sie ist andererseits auf Fälle anzuwenden, in welchen akute medizinische Gründe einer Ausweisung/Abschiebung entgegenstehen (ACVZ 2008: 4).

d.) Exkurs: Zugang zu sozialen Leistungen

Irregulär aufhältige Menschen in den Niederlanden haben, mit Ausnahme vom Bildungszugang für schulpflichtigen Kinder, dem Zugang zu medizinischer Notversorgung und staatlich finanzierter Rechtsberatung *keinen Zugang zu sozialen und*

²⁶ Besluit van 23 November 2000 tot uitvoering van de Vreemdelingenwet 200 (Vreemdelingenbesluit 2000).

wohlfahrtsstaatlichen Leistungen (Bonjour et al. 2009: 99; ACVZ 2012; Leun/Lies 2008: 12f.). Die rechtliche Grundlage für diese Praxis bildet ein 1998 erlassenes Gesetz (der sog. *Linkage Act*), das den Erhalt von sozialen und wohlfahrtsstaatlichen Leistungen und den Zugang zu entsprechenden Einrichtungen an einen regulären Aufenthaltsstatus koppelte (ACVZ 2012: 118; vgl. dazu van der Leun/Ilies 2008: 12f.). Zuvor konnten sich Personen unabhängig davon für die Sozialversicherung registrieren lassen. Das Gesetz verfolgte zweierlei Ziele: einerseits sollte der irreguläre Aufenthalt in Zukunft verhindert werden, indem ein restriktives Signal an potenzielle ZuwanderInnen ausgesendet wird; andererseits sollte eine irreguläre Aufenthaltsverfestigung möglichst umfassend erschwert werden, indem der Zugang zu sozialen und wohlfahrtsstaatlichen Leistungen fast ausnahmslos verwehrt wird (infolgedessen sind nämlich auch Abschiebungen im Zuge fremdenpolizeilicher Aufgriffe leichter durchzusetzen). Diese Tendenz wird insgesamt auch als „discouragement policy“ bezeichnet (siehe van der Leun/Ilies 2008: 12). Die Folgen der staatlich verordneten Exklusion von diesen Leistungen sind jedoch schwerwiegend: Eine Person, deren Frist zur freiwilligen Rückkehr (28 Tage) beispielsweise bereits abgelaufen ist, die aber aus technischen Gründen nicht abgeschoben werden kann, hat keinen Anspruch auf soziale/medizinische Unterstützung (mit Ausnahme der medizinischen Notversorgung) (ACVZ 2012: 116 und 118).²⁷ Dies hat jedoch zu Konsequenz, dass Individuen massgeblich in ihren fundamentalsten Rechten beschnitten werden. Aus diesem Grund hat sich hierzu ein Konvolut an Rechtsprechung etabliert, in welcher fallweise die Voraussetzung eines regulären Aufenthaltsstatus für die Inanspruchnahme von sozialen Leistungen als Verstoss gegen Artikel 8 der EMRK und die Rechtsnormen betreffend das Kindeswohl judiziert wurde. Eine gesetzliche Änderung wird aber nach wie vor nicht als notwendig erachtet, die Fälle werden als Ausnahmen von der Regel dargestellt (ebd.: 119).

Ein wichtiges Beispiel internationaler Rechtsprechung, das sich auf diesen Aspekt bezieht, ist der Fall *Üner (EGMR) vs. Niederlande*, Nr.: 46410/99 vom 18.10.2006. Darin wurde vom Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte festgehalten, dass eine Entscheidung über eine Ausweisung verhältnismässig sein muss und jedenfalls das Recht auf Familienleben gemäss Artikel 8 EMRK zu berücksichtigen ist – dies umfasst in Folge des Erkenntnisses nämlich nicht nur eine Evaluation der sozialen, kulturellen und familiären Beziehungen in den Niederlanden (und dem Herkunftsstaat), sondern auch die Rücksichtnahme auf das Kindeswohl.

3.8 Literaturnachweis zu normativen Regelungen in andern europäischen Staaten

Advice on Individual Rights in Europe (The AIRE Centre) (o.J.): Conference Contribution: Basic Immigration Law. Safety through Justice Conference. http://www.airecentre.org/data/files/Comic_Relief_Materials/London/Basic_Immigration_Materials.pdf.

Blaschke, Jochen (2008): Trends on Regularisation of Third Country Nationals in Irregular Situation of Stay Across the European Union. Briefing Paper PE 393.282. http://www.aedh.eu/plugins/fckeditor/userfiles/file/Asile%20et%20immigration/trends_on_irregulars_in_Europe_en.pdf.

²⁷ Grundsätzlich ist das niederländische Gesetz blind gegenüber Fällen, in welchen eine Rückkehr nicht möglich ist, d.h. sobald ein fremdenrechtliches Verfahren rechtskräftig abgeschlossen ist, die Rechtsmittel erschöpft sind und feststeht, dass die Person das Land verlassen muss, setzen Unterstützungsleistungen aus (28 Tage nach Zustellung der Rückkehrentscheidung) (ACVZ 2012: 119).

Advisory Committee on Migration Affairs (ACVZ) (2008): Advisory report on the medical aspects of asylum and regular residence procedures. http://www.acvz.org/publicaties/S_ACVZ_Medical_Aspects_20080516_v2_ENG.pdf.

Advisory Committee on Migration Affairs (ACVZ) (2012): Advisory Report 34: Summary. <http://www.acvz.org/publicaties/summaryREPORT34.pdf>.

Asylkoordination/ Diakonie/ Volkshilfe/ Integrationshaus/ SOS Mitmensch (2010): Ein Jahr „Bleiberecht“ Eine Analyse mit Fallbeispielen. http://www.asyl.at/fakten_1/bleiberechtsbericht_03_10.pdf.

Bachmann, Dieter (2010): ‚Das Bleiberecht – eine vorläufige Bilanz‘, MigraLex 2010/3, 95-103.

Bonjour, Saskia/ Dzhengozova, Mariya/ Kraler, Albert (2009): ‚The Netherlands‘, in Baldwin-Edwards, Martin/ Kraler, Albert (eds.): REGINE Regularisations in Europe. Study on practices in the area of regularisation of illegally staying third-country nationals in the Member States of the EU. Appendix B: Country Profiles of 22 EU Member States and the USA. http://research.icmpd.org/fileadmin/Research-Website/Project_material/REGINE/regine_AppendixB_january_2009_en.pdf.

Breyer, Insa (2011a): *Keine Papiere – Keine Rechte? Die Situation irregulärer Migranten in Deutschland und Frankreich*, Frankfurt am Main/ New York.

Breyer, Insa (2011b): ‚“Wenn ich Papiere habe, dann gehen in der Welt die Türen auf...“: “Irreguläre“ Migrantinnen und Migranten in Deutschland und Frankreich.‘, in Ottersbach, M./ Prölss, Claus-Ulrich (Hrsg.): *Flüchtlingsschutz als globale und lokale Herausforderung*, Wiesbaden, 103-131.

(ECRE) European Council on Refugees and Exiles (2008): The Impact of the EU Qualification Directive on International Protection. October 2008. FRA (2011): Fundamental Rights of Migrants in an Irregular Situation in the European Union. Luxembourg: Publications Office for the European Union. http://fra.europa.eu/fraWebsite/attachments/FRA_2011_Migrants_in_an_irregular_situation_EN.pdf.

(EMN France) French Contact Point of the European Migration Network (2011): Practical Measures for Reducing Irregular Migration. http://emn.intrasoft-intl.com/Downloads/prepareShowFiles.do;jsessionid=96460C258D6B7ACAD059C817CF9C16A2?entryTitle=02_Practical%20Measures%20for%20Reducing%20IRREGULAR%20MIGRATION.

(EMN Sweden) Swedish Contact Point of the European Migration Network (2011): Practical Responses to Irregular Migration into Sweden. http://emn.intrasoft-intl.com/Downloads/prepareShowFiles.do;jsessionid=6E1B310F59A53A07FCF644101AA155CA?entryTitle=02_Practical%20Measures%20for%20Reducing%20IRREGULAR%20MIGRATION.

FRA (2011): Fundamental Rights of Migrants in an Irregular Situation in the European Union. Luxembourg: Publications Office for the European Union.

http://fra.europa.eu/fraWebsite/attachments/FRA_2011_Migrants_in_an_irregular_situation_EN.pdf.

Gordon, Ian/ Scanlon, Katleen/ Travers, Tony/ Whitehead, Christine (2009): Economic impact in the London and UK economy of an earned regularisation of irregular migrants in the UK. LSE London. http://www.london.gov.uk/mayor/economic_unit/docs/irregular-migrants-report.pdf.

International Centre for Migration and Policy Development (ICMPD) (2012): Vergleichende Studie der Asylverwaltung ausgewählter europäischer Zielstaaten von Asylwerbern, März 2012.

Kraler, Albert/ Reichel, David (2009): ‚Austria‘, in Baldwin-Edwards, Martin/ Kraler, Albert (eds.): REGINE Regularisations in Europe. Study on practices in the area of regularisation of illegally staying third-country nationals in the Member States of the EU. Appendix B: Country Profiles of 22 EU Member States and the USA. http://research.icmpd.org/fileadmin/Research-Website/Project_material/REGINE/regine_AppendixB_january_2009_en.pdf.

Kraler, Albert/ Reichel, David (2009): ‚Sweden‘, in Baldwin-Edwards, Martin/ Kraler, Albert (eds.): REGINE Regularisations in Europe. Study on practices in the area of regularisation of illegally staying third-country nationals in the Member States of the EU. Appendix B: Country Profiles of 22 EU Member States and the USA. http://research.icmpd.org/fileadmin/Research-Website/Project_material/REGINE/regine_AppendixB_january_2009_en.pdf.

Lenoel, Audrey (2009): ‚United Kingdom‘, in Baldwin-Edwards, Martin/ Kraler, Albert (eds.): REGINE Regularisations in Europe. Study on practices in the area of regularisation of illegally staying third-country nationals in the Member States of the EU. Appendix A: Country Studies. REGINE Regularisations in Europe. Study on practices in the area of regularisation of illegally staying third-country nationals in the Member States of the EU. Appendix A: Country Studies.

Muzak, Gerhard (2010): ‚Die Einschränkungen des faktischen Abschiebeschutzes im Asylverfahren‘, MigraLex 2010/1, 2-7.

Sohler, Karin (2009): France. In: Baldwin-Edwards, Martin/ Kraler, Albert (eds.): Regularisations in Europe Study on practices in the area of regularisation of illegally staying thirdcountry nationals in the Member States of the EU. Ref. JLS/B4/2007/05. Appendix A, Country Studies, Vienna. http://ec.europa.eu/home-affairs/doc_centre/immigration/docs/studies/regine_appendix_a_january_2009_en.pdf.

Platform for International Cooperation on Undocumented Migrants (PICUM) (2009): Undocumented and Seriously Ill: Residence Permits for Medical Reasons in Europe. http://picum.org/picum.org/uploads/publication/Undocumented_and_Seriously_Ill_Report_Picum.pdf.

Pieper, Tobias (2008): *Die Gegenwart der Lager. Zur Mikrophysik der Herrschaft in der deutschen Flüchtlingspolitik*, Münster.

Refugee Council UK (2007): Briefing: The New Asylum Model. <http://www.refugeecouncil.org.uk/Resources/Refugee%20Council/downloads/briefings/Newasylummodel.pdf>.

Refugee Council UK (2009). Briefing: Case Resolution Update. <http://www.refugeecouncil.org.uk/Resources/Refugee%20Council/downloads/briefings/RC%20briefing-%20Case%20resolution%20update.pdf>.

Rice, Linda/Vadher, Kiren (EMN) (2010): Practices in the UK Concerning the Granting of NON-EU Harmonised Protection Statuses and Leave to Remain. http://www.google.at/url?sa=t&rct=j&q=Practices+in+the+UK+Concerning+the+Granting+of+NONEU+Harmonised+Protection+Statuses+and+Leave+to+Remain&source=web&cd=1&ved=0CEwQFjAA&url=http%3A%2F%2Femn.intrasoftintl.com%2FDownloads%2Fdownload.do%3Bjsessionid%3DCA4589B8747C39222823DFA9A86E9C68%3FfileID%3D1001&e=M5zET52iAoaUwbAsLmXCg&usg=AFQjCNHTVbXMOJy_PWCImZz1e5FIJZuBYQ&cad=rja.

Riecken, Philipp-Asmus (2006): *Die Duldung als Verfassungsproblem*, Berlin.

Schneider, Jan (2012): Massnahmen zu Verhinderung und Reduzierung irregulärer Migration. Studie der deutschen nationalen Kontaktstelle für das Europäische Migrationsnetzwerk (EMN). Working Paper 41. http://emn.intrasoftintl.com/Downloads/prepareShowFiles.do;jsessionid=96460C258D6B7ACAD059C817CF9C16A2?entryTitle=02_Practical%20Measures%20for%20Reducing%20IRREGULAR%20MIGRATION.

Schumacher, Sebastian/ Peyrl, Johannes (2007): *Fremdenrecht: Asyl – Ausländerbeschäftigung – Einbürgerung – Einwanderung – Verwaltungsverfahren*, 3. Überarbeitete Auflage. (Anmerkung: eine 4. Überarbeitung ist im Erscheinen).

Toms, Hannah/ Thorpe, Katharine (EMN) (2012): Practical Measures for Reducing Irregular Migration. http://emn.intrasoftintl.com/Downloads/prepareShowFiles.do;jsessionid=1C3E3DE47A62D6CE563C99B0C7AA984B?entryTitle=02_Practical%20Measures%20for%20Reducing%20IRREGULAR%20MIGRATION.

van der Leun, Joanne/ Ilies, Maria (2008): *Undocumented Migration. Counting the Uncountable. Data and trends across Europe. Country Report: The Netherlands*. http://clandestino.eliamep.gr/wp-content/uploads/2009/10/clandestino_report_netherlands_final_2.pdf.

Vogel, Dita/ Manuel Assner (2011): *Umfang, Entwicklung und Struktur der irregulären Bevölkerung in Deutschland. Expertise im Auftrag der deutschen nationalen Kontaktstelle für das Europäische Migrationsnetzwerk (EMN) beim Bundesamt für Migration und Flüchtlinge. Oktober 2011*. http://www.bamf.de/SharedDocs/Anlagen/DE/Publikationen/Expertisen/emn-wp-41-expertise-de.pdf?__blob=publicationFile.

3.9 Zusammenfassung

Der Ländervergleich macht eines sehr deutlich. Die unter der Qualifikationsrichtlinie fallenden Gruppen von schutzbedürftigen Personen erhalten eine Aufenthaltsbewilligung. Dies im Gegensatz zur Schweiz, wo zunächst eine Ausreiseverpflichtung auferlegt wird, die

aber aus Gründen der Unzumutbarkeit und Unzulässigkeit nicht vollzogen wird. Wie die obigen Fallstudien im Weiteren verdeutlichen, existieren in jedem der untersuchten Länder zumindest minimale Regelungen betreffend den Umgang mit Drittstaatsangehörigen, die nicht ausgewiesen werden können. Der Umfang und die Qualität des Schutzes, der diesem Betroffenenkreis zukommt, variiert jedoch erheblich. Es finden sich hierzu überwiegend Länder, in welchen eine restriktive Praxis vorherrscht (Niederlande, Vereinigtes Königreich, Deutschland, Österreich) und andererseits Staaten, in welchen eine vergleichsweise liberalere Handhabung auszumachen ist (Frankreich, Schweden – aber auch hier mit stetig restriktiver Tendenz).²⁸

Die Rückkehrraten der untersuchten Länder sind, mit Ausnahme der Niederlande (29,1%) und Frankreichs (20,9%), relativ hoch, wenn die Zahl für den gesamten EU-Raum als Vergleichsparameter herangezogen wird (41% für denselben Zeitraum 2008-2010): Sie variieren zwischen 60,9% für Österreich und 87,6% für Deutschland. Aus den oben gewonnen Einblicken und dem statistischen Material lässt sich folgern, dass zumindest diese Grundlage keine konkreten Hinweise dafür liefert, inwieweit die Zahl der erfolgten Ausreisen und Rückkehren ausschlaggebend ist für eine restriktive oder liberalere Praxis ist. Im Gegenteil, es ergibt sich diesbezüglich ein diffuses Bild: Etwa sind Frankreich und die Niederlande äusserst unterschiedlich in ihren Herangehensweisen, weisen jedoch beide eine Rückkehrquote auf, die weit unter der Zahl für den EU-Raum liegt. Schweden (70,5%) und das Vereinigte Königreich (85,9%) wiederum haben beide vergleichsweise hohe Rückkehrquoten, jedoch durchaus verschiedene Zugänge in ihrem Umgang mit nicht-abschiebbaren Personen.

Es erscheinen auf Grundlage eines Vergleichs der Länder dieser Studie folgende Aspekte als wesentlich: Es bestehen einige Unterschiede in den Gründen, die für eine rechtliche Regelung hinsichtlich der Nicht-Durchführbarkeit eine Ausweisung überhaupt in Betracht gezogen werden. Ein interessanter Ausdruck dessen ist beispielsweise, dass es auch eigene länderspezifische Tatbestände gibt, die die Unmöglichkeit einer Ausweisung begründen. In Schweden werden beispielsweise Umweltkatastrophen, die eine Rückkehr in den Herkunftsstaat unmöglich machen, dezidiert als Tatbestand für humanitären Aufenthalt angeführt. Auch wird ein befristeter Aufenthalt gewährt, wenn die Person schon sechs Monate unselbstständig beschäftigt war und die Anstellung zumindest ein weiteres Jahr aufrecht bleiben wird. In den Niederlanden besteht ein expliziter Schutz für Menschen die eine schwere Traumatisierung erfahren haben, sofern diese in Bezug mit ihrem Herkunftsland steht. Hingegen ist in den gesetzlichen Bestimmungen der Niederlanden gar nicht vorgesehen, dass eine Ausweisung aus technischen Gründen nicht durchführbar ist. Menschen, die das Land aufgrund einer negativen Entscheidung verlassen müssen, dieser Aufforderung jedoch aus technischen Gründen nicht folgen können, geraten dadurch in tiefgehende existenzielle Notlagen. Da ihr Aufenthalt per Gesetz umgehend illegalisiert wird und diese zur Rückkehr verpflichtet sind, wird der Zugang zu sozialer und medizinischer Unterstützung (mit Ausnahme der medizinischen Notversorgung) nicht mehr gewährleistet, denn dieser ist an die Rechtmässigkeit des Aufenthaltes gekoppelt.

Je nachdem aus welchem Grund eine Ausweisung nicht durchführbar ist, variiert auch der Schutzzumfang beträchtlich. Es lassen sich einerseits auf einzelstaatlicher Ebene beträchtliche

²⁸ Aufgrund der eingeschränkten Literatur- und Datenlage können hier lediglich approximative Aussagen getroffen werden. Eine Studie über die Praxis der Implementierung des Policy-Rahmenwerkes betreffend nicht-abschiebbaren Menschen in den jeweiligen Ländern – z.B. auf Basis von ExpertInnengesprächen könnte hier durchaus wichtige Hinweise liefern. Ein Konsortium geführt von Ramboll Management und Eurasyllum führt derzeit eine umfassende Studie zu Praktiken hinsichtlich von Nichtabgeschobenen Personen in den EU 27 und den vier Schengen- assoziierten Staaten durch. Die Ergebnisse sollen Ende 2012 vorliegen und im Rahmen einer Konferenz im ersten Quartal 2013 in Brüssel vorgestellt werden.

Unterschiede erkennen, etwa wenn eine Ausweisung kurzfristig oder dauerhaft nicht durchführbar ist (in Österreich bildet dies z.B. eine wesentliche Unterscheidung für eine Perspektive auf Aufenthaltsverfestigung) oder ob ein Abschiebehindernis aus technischen, medizinischen Gründen oder aus Gründen eines aufrechten Privat- und Familienlebens im Zielstaat besteht. Es sind darüber hinaus auch Unterschiede im Ländervergleich feststellbar, wenn es sich um dasselbe Abschiebehindernis handelt: Beispielsweise wird zwar eine ernsthafte Erkrankung in allen untersuchten Fällen als legitimes Abschiebehindernis anerkannt und der Person ein gewisses Mass an Schutz erteilt. In Deutschland wird in einer solchen Situation jedoch kein rechtmässiger Aufenthalt, sondern lediglich eine Duldung erteilt, die nur wenig Aufenthaltssicherheit bietet. In Frankreich wiederum wird hierfür, sofern die Person mindestens ein Jahr im Staatsgebiet aufhältig war, ein humanitärer Aufenthaltstitel vergeben. Wenn dieses Kriterium nicht erfüllt ist, wird hingegen nur eine unterjährig befristete Aufnahme erteilt. Auch im Vereinigten Königreich, Schweden, Österreich und den Niederlanden ist ein humanitärer Aufenthaltstitel für den Fall einer schwerwiegenden Erkrankung vorgesehen. Die Kriterien für die Vergabe unterscheiden sich durchaus, wesentliche Faktoren für die Feststellung eines Abschiebehindernisses sind u.a. die voraussichtliche Dauer der Behandlung, der Grad der Beeinträchtigung, die Frage ob der Zugang zur Behandlung im Herkunftsstaat gewährleistet ist oder lediglich das Nicht-Vorhandensein der Behandlung im Herkunftsstaat.

Darüber hinaus bestehen grosse Unterschiede betreffend der Perspektive auf Aufenthaltsverfestigungen und Regularisierungen, wenn ein Abschiebehindernis über einen längeren Zeitraum hinweg bestehen bleibt. Das eben genannte Beispiel der medizinischen Notlage vermag dies zu veranschaulichen: Eine Duldung aus gesundheitlichen Gründen in Deutschland führt nur in den allerseltensten Fällen zu einer Aufenthaltsverfestigung. Bei Genesung droht im Regelfall wieder die Abschiebung (in Ausnahmefällen kann diese durch sogenannte Härtefallkommissionen aufgehoben werden). Im Vereinigten Königreich kann nach sechs Jahren Aufenthalt auf Basis eines *discretionary leave to remain* eine unbeschränkte Niederlassungsbewilligung (nach Einzelfallprüfung) erteilt werden.

In einigen untersuchten Ländern scheinen darüber hinaus Regularisierungsprogramme ein wichtiges kompensatorisches Instrumentarium für diesbezügliche Mängel in der Gesetzgebung zu sein, bzw. auch um den Übergang zu neuen gesetzlichen Grundlagen zu „begleiten“. Beispiele hierfür sind die sog. Case Resolutions in UK, in welchen es u.a. darum ging, die Klärung der Aufenthaltsperspektiven abgelehnter Asylsuchender zu „beschleunigen“, die noch unter der alten Gesetzeslage ihren Antrag gestellt haben; oder die umstrittenen „Regularisierungs-/Rückkehrmassnahmen“ für langjährig Asylsuchende in den Niederlanden in den 2000er Jahren oder wiederum die Regularisierungsmassnahme in Schweden in der auf Basis von Einzelfallprüfungen abgelehnten Asylsuchenden kurz vor Inkrafttreten des neuen Fremdenengesetzes u.U. aus humanitären Gründen ein Aufenthaltstitel erteilt wurde. In anderen Ländern wiederum spielt diese Form des Policy-Instruments überhaupt keine Rolle, ein bezeichnendes Beispiel dafür ist Österreich. Regularisierungsprogramme (z.B. aus humanitären Gründen aber auch bezogen auf Arbeitsmigration) sind in keinsten Weise eine etablierte Praxis. Darüber hinaus fehlte in Österreich bis zum Jahr 2008 ein gesetzlich verankertes Recht, als Betroffene oder Betroffener einen Antrag auf humanitäres Bleiberecht zu stellen. Entscheidungen über humanitäre Fälle wurden bis zu diesem Zeitpunkt lediglich auf Initiative der Behörden getroffen, ein gesetzlicher Missstand der erst 2008 vom Verfassungsgerichtshof aufgehoben wurde.

Eine einheitlichere Betrachtungsweise hinsichtlich der Behandlung von Personen, die nicht schutzbedürftig sind unter den Kriterien der Genfer Flüchtlingskonvention, findet sich in allen untersuchten Staaten im Bereiche des subsidiären Schutzes. Darunter fallen vor allem Personen, die sich auf den Grundrechtsschutz der EMRK (insbesondere Art. 2, 3, 8 EMRK) berufen können. Damit werden Situationen abgedeckt, die unter das Folterverbot oder das Verbot der unmenschlichen Behandlung fallen, die eine konkrete Gefährdung für Leib und Leben bedeuten oder die einen schweren Eingriff in das Familienleben beinhalten würden. Als Folge der Qualifikationsrichtlinie, aber auch der Rückkehrrichtlinie erhält dieser Personenkreis eine Aufenthaltsbewilligung, die allerdings befristet oder unbefristet erteilt werden kann. Auch bestehen unterschiedliche Ausschlussgründe und verschieden ausgestaltete Regelungen hinsichtlich der Anordnung von Auflagen und Bedingungen. Nimmt man die schweizerischen Kriterien für die Abgrenzungen unter dem Titel eines undurchführbaren Vollzuges von Wegweisungen und die schweizerische Terminologie der vergleichbaren Rechtsinstitute, ergibt sich, abgesehen von den oben erwähnten Ausdifferenzierungen, folgendes Bild:

	Deutschland	Frankreich	Österreich	UK	Schweden	Niederlande
Vollzug Wegeisung aus völkerrechtlichen Gründen unzulässig	Aufenthalt	Aufenthalt	Aufenthalt, bei Ausschlussgründen v.A.	Aufenthalt	Aufenthalt	Aufenthalt
Vollzug Wegweisung unzumutbar aufgrund - Situation im Herkunftsland - der persönlichen Situation	Aufenthalt, bei Ausschluss v.A. Aufenthalt	Aufenthalt Aufenthalt	Aufenthalt, bei Ausschlussgründen v.A. Aufenthalt	Aufenthalt Aufenthalt	Aufenthalt Aufenthalt	Aufenthalt Aufenthalt
Vollzug Wegweisung unmöglich aufgrund - technischer Hindernisse - selbst verursachter Hindernisse	v.A. v.A.	Aufenthalt keine Regelung	v.A. keine Regelung	Zeitlicher Aufschub keine Regelung	zeitl. Aufschub, Aufenthalt zeitl. Aufschub	Keine Regelung keine Regelung
Härtefallregelungen - allgemeine Aufenthaltsregelungen - für besondere Personenkategorien	Aufenthalt nach 6-8 Jahren Jugendliche	Aufenthalt	Aufenthalt	Aufenthalt	Aufenthalt Umweltflüchtlinge	Ausnahmsweise Aufenthalt Trauma

Gemessen an diesen Regelungen erweist sich die schweizerische Gesetzgebung als restriktiv. Im Gegensatz zu allen andern Staaten wird in den Fällen der Unzulässigkeit und Unzumutbarkeit aus Gründen einer lebensbedrohenden Situation im Herkunftsland keine Aufenthaltsbewilligung erteilt, sondern nur eine Ersatzvollzugsmassnahme verfügt. Mit einer solchen Regelung kann die der Qualifikationsrichtlinie zugrundeliegende prinzipielle Gleichstellung mit anerkannten Flüchtlingen (sofern sie nichts anderes bestimmt) nicht erreicht werden. In der Schweiz haben vorläufig Aufgenommene aufgrund einer völkerrechtlich unzulässigen Entfernungsmassnahme keinen Anspruch auf eine aufenthaltsrechtliche Regelung oder deren Verlängerung im Falle einer Befristung. Der Zugang zum Arbeitsmarkt ist weniger offen gestaltet, da die örtliche Mobilität sehr eingeschränkt ist und in der Praxis Arbeitgeber angesichts des ungeklärten Aufenthaltes und dessen Dauer längerfristige Arbeitsverträge kaum eingehen. Zwar kommen vorläufig

Aufgenommene in den Genuss von Integrationsmassnahmen, doch sind Schulungen, beschäftigungsbezogene Bildungsangebote und Beratungsangebote nicht von gleichwertiger Qualität, wie die für Einheimische und andere Ausländerkategorien zugänglichen Angebote. Der Zugang zu Bildung, Weiterbildung und Umschulung ist nicht der gleiche wie derjenige von Drittstaatsangehörigen. Der Zugang zu Sozialhilfeleistungen ist auch im Bereiche der Kernleistungen nicht derselbe von Flüchtlingen, die sich auf die in Art. 23 FK festgelegte Gleichbehandlung mit den eigenen Staatsangehörigen berufen können. Auch im Zugang zu medizinischer Versorgung ist diese Kategorie von vorläufig Aufgenommenen nicht gleichgestellt wie eigene Staatsangehörige, zumal die Kantone die Wahl sowohl die Wahl des Versicherers als auch der Leistungserbringer eigenständig einschränken können. Kompatibel mit der in den Mitgliedstaaten der EU geltenden Standards dürfte hingegen die bisherige Praxis der Ausstellung von Reisedokumenten und der Zugang zu Integrationsprogrammen sein.

Eine vergleichbare bewusste Nichtregelung von Fällen selbstverursachter Unmöglichkeit des Vollzuges gibt es nur in den Niederlanden. In den andern Staaten wird entweder eine befristete und mit Auflagen und Bedingungen versehene Aufenthaltsbewilligung erteilt oder eine Ersatzvollzugsmassnahme angeordnet.

Auch die Regularisierung unter dem Titel einer Härtefallregelung ist bei den meisten der untersuchten Staaten liberaler ausgestaltet. Daraus kann begründet der Schluss gezogen werden, dass die relative Attraktivität des Asyllandes Schweiz nicht mit der gesetzlichen Ausgestaltung der Anwesenheit in Verbindung gebracht werden kann. Dies gilt insbesondere für die Kategorie der vorläufig Aufgenommenen aufgrund eines völkerrechtlich unzulässigen Vollzuges einer Weg- oder Ausweisung. Rechtlich sind sie schlechter gestellt als in den meisten andern europäischen Staaten. Zur Erklärung des vergleichbar hohen zahlenmässigen Zugangs ins schweizerische Asylsystem sind daher die in zahlreichen Studien entwickelten Hypothesen der von den Diasporas ausgehenden Attraktivität, Organisationsstrukturen der etablierten Schlepperorganisationen, die geographische Lage der Schweiz entlang der häufigsten Schlepperrouen, die nach wie vor lange Verfahrensdauer, die Zuverlässigkeit der Leistungserbringung, die ungenügende effektive Umsetzung der EU-Richtlinien in EU-Mitgliedstaaten, usw. heranzuziehen.

4 Reform der vorläufigen Aufnahme

Vor dem Hintergrund des Auseinanderklaffens zwischen der Konzeption der vorläufigen Aufnahme als befristete Ausnahmeregelung sowie Ersatzvollzugsmassnahme und der faktischen Realität als häufige Zwischenstation hin zu einer Aufenthaltsregelung werden im folgenden einige Optionen entwickelt, wie das Institut reformiert werden könnte. Dabei werden auch europäische Modelle herangezogen.

4.1 Beibehaltung des Status quo

Mit der Beibehaltung der heutigen Regelung wird der Widerspruch zwischen den Forderungen an die ausländische Person, das Land zu verlassen und gleichzeitig sich zu integrieren, nicht aufgehoben. Die widersprüchlichen Signale sind auch einer breiteren Öffentlichkeit nicht zu vermitteln, zumal das Institut den Eindruck erweckt, dass die

betroffene Person binnen kurzer Zeit ausreisen kann, was zumindest auf einen Grossteil der vorläufigen Aufnahmen wegen Unzulässigkeit oder Unzumutbarkeit nicht zutrifft. Mit der heutigen Regelung verfügt die Schweiz über eine der restriktivsten Regelungen in Europa. Mit der Qualifikationsrichtlinie wäre sie nicht vereinbar. Obwohl diese Richtlinie nicht zum Aquis gehört, den die Schweiz zu übernehmen hat, ist sie dennoch wesentlicher Teil der europäischen Harmonisierung. Ausserdem reflektiert sie lediglich die Verpflichtungen, die sich für die Mitgliedsstaaten aus den menschenrechtlichen Instrumenten wie der EMRK ergeben. Auch die Schweiz ist daran gebunden, sodass sie sich über kurz oder lang nicht dem europäischen Standard entziehen kann. Die integrale Beibehaltung der gegenwärtigen Regelung schafft somit eine Differenz mit europäischen Standards, womit sich die Schweiz internationaler Kritik aussetzt. Damit stellt sich auch die Frage, ob auf die Dauer gesehen ein Mitgliedstaat des Schengen- und Dublin-Systems andere rechtliche Regeln beibehalten kann, die geeignet sind, Sekundärmigrationen zu bewirken. Solche sind nicht auszuschliessen, wenn Personen mit gleichgelagerter Fallkonstellation in andern Staaten mit einem ausländerrechtlichen Status geregelt sind, der in den Bereichen beispielsweise des Familiennachzuges, des Zuganges zu Gesundheit, Bildung, Arbeit und sozialer Sicherheit zum einen mehr Rechtssicherheit gewährleistet, zum andern grosszügiger ausgestaltet ist.

4.2 Ersatz der vorläufigen Aufnahme durch einen ausländerrechtlichen, zeitlich befristeten Aufenthaltsstatus

Das Institut der vorläufigen Aufnahme wird ersatzlos gestrichen. Personen, die bisher unter diesem Institut geregelt wurden, erhalten eine Aufenthaltsbewilligung, die je nach Situation auch unterjährig befristet werden und mit Auflagen und Bedingungen versehen werden kann. Für bestimmte Fallgruppen, wie beispielsweise straffällig gewordene oder ein Sicherheitsrisiko darstellende ausländische Personen sind Ausschlussgründe vorzusehen. Ausgestellt wird die Aufenthaltsbewilligung vom Wohnkanton der ausländischen Person vor dem Hintergrund der Erkenntnis in einem Verfahren zur Prüfung der Schutzbedürftigkeit oder aber in einem Vollzugsverfahren, wonach der Vollzug der Weg- oder Ausweisung undurchführbar ist. Der Bund selber ist gemäss Art. 121 BV nicht zuständig zur Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung, zumal der Personenkreis nicht asylberechtigt ist und für eine Asylgewährung nicht in Frage kommt. Mit der ersatzlosen Streichung der vorläufigen Aufnahme würde die Schweiz eine ähnliche Rechtslage vorsehen, wie sie beispielsweise Frankreich, die Niederlande, das Vereinigte Königreich oder Schweden kennen.

Die Regelung ist kompatibel mit europäischen Standards. Mit Ausnahme der unter die Ausschlussklauseln fallenden Personenkategorien, worunter auch die durch die Ausschaffungsinitiative in die Bundesverfassung eingefügten Fallkonstellationen zählen, vermittelt sie Rechtssicherheit bezüglich Anwesenheitsrecht, Zugang zu wirtschaftlichen und sozialen Rechten und Integration. Die Bewilligungsbehörden haben allerdings wie bei den übrigen Kategorien von Aufenthaltserregelmässig zu überprüfen, ob die Bewilligungsvoraussetzungen für den Aufenthalt immer noch gegeben sind. Andererseits eröffnet die Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung eine Perspektive der Aufenthaltsverfestigung, die zum gegebenen Zeitpunkt in eine Niederlassung münden kann.

4.3 Ersetzen der vorläufigen Aufnahme wegen Unzulässigkeit (ganz) und Unzumutbarkeit (teilweise) des Vollzuges einer Wegweisung durch eine aufenthaltsrechtliche Bewilligung

Ist der Vollzug einer Wegweisung unzulässig oder unzumutbar aufgrund einer lebensbedrohenden Situation im Herkunftsland, so wird neu anstelle der vorläufigen Aufnahme eine Aufenthaltsbewilligung erteilt, die zeitlich befristet und mit Auflagen und Bedingungen versehen werden kann. Zur Feststellung der Unzumutbarkeit genügt wie schon bisher eine abstrakte Gefährdung nicht; es ist eine konkrete Gefährdung an Leib und Leben im Sinne von Art. 2 EMRK erforderlich. Die neue Regelung erfasst auch Situationen, die auch unter das Non-Refoulement-Gebot nach Art. 3 EMRK und fällt damit unter den Begriff des subsidiären Schutzes gemäss Qualifikationsrichtlinie. Bei Vorliegen eines der übrigen Sachverhalte zur Feststellung eines undurchführbaren und insbesondere unzumutbaren Vollzuges wird wie bis anhin eine vorläufige Aufnahme angeordnet. Alternativ kann in Fällen einer zeitlich absehbaren Behebung der technischen Unmöglichkeit des Vollzuges oder der Unzumutbarkeit wegen einer medizinischen Notlage eine Erstreckung der Ausreisefrist vorgesehen werden. Die Erteilung der Aufenthaltsbewilligung ist gemäss Art. 121 BV Sache der Kantone, währenddem die Feststellung der Unzulässigkeit und Unzumutbarkeit in aller Regel, aber nicht ausschliesslich, durch Bundesbehörden im Asylverfahren erfolgt. Ausgenommen von der Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung sind Personen, bei denen zu definierende Ausschlusskriterien Anwendung finden. Solche können vorgesehen werden für Fälle der Unzumutbarkeit und Unmöglichkeit des Vollzuges der Wegweisung, nicht jedoch für Fälle der Unzulässigkeit. Bei letzteren ist aus Gründen des zwingenden Völkerrechtes anstelle einer Aufenthaltsbewilligung eine vorläufige Aufnahme anzuordnen. Im Übrigen umfassen die Ausschlussgründe auch die in Art. 121 BV genannten Gründe schwerer Verletzung der Rechtsordnung. In derartigen Fällen wird, wie auch bei selbst verursachter Unmöglichkeit eines Vollzuges der Weg- oder Ausweisung, die Anwesenheit gesetzlich nicht geregelt.

Die Regelung ist kompatibel mit europäischen Standards und ist vergleichbar mit derjenigen Deutschlands oder Österreichs. Sie berücksichtigt die in Art. 2, 3 und 8 EMRK umschriebenen fundamentalen Menschenrechte. Die Rechtsstellung der so geregelten subsidiär schutzbedürftigen Personen bestimmt sich in wichtigen Punkten nach internationalem Recht: Es bestehen die erwähnten völkerrechtliche Normen (z.B. Verbot, Ausländer der Militärdienstpflicht zu unterstellen; Gewährung minimaler Menschenrechte). Zum andern sind die AusländerInnen Privatrechtsträger, denen die verfassungsmässigen Grundrechte zustehen. Einschränkungen bestehen für nicht in der Schweiz Niedergelassene hinsichtlich der Niederlassungs- sowie der Wirtschaftsfreiheit; auch gelten die Meinungsäusserungs-, Vereins- und Versammlungsfreiheit nicht uneingeschränkt. Der Bund räumt den Ausländerinnen und Ausländern ausser der Petitionsfreiheit keine politischen Rechte ein. Den Kantonen steht es frei, ihnen solche Rechte zuzugestehen.

Die Regelung berücksichtigt die in Art. 121 BV festgelegte Kompetenzordnung zwischen Bund und Kantonen. Aufenthalt und Niederlassung von ausländischen Personen in der Schweiz unterliegen der kantonalen Bewilligungspflicht. Der Bund hingegen spricht sich grundsätzlich über die Zulässigkeit einer Wegweisung in Anwendung internationaler Verträge aus, an die selbstverständlich auch die lokalen Gebietskörperschaften gebunden sind.

Problematisch werden könnten in der vorstehend skizzierten Lösung lediglich Fälle langandauernder Nichtregelung, d.h. die über eine unbestimmte Zeit andauernde faktische

Tolerierung einer illegalen Anwesenheit von Personen, die unter die verschiedenen Ausschlussklauseln fallen. In solchen Konstellationen könnte der geschützte Bereich der Menschenwürde beeinträchtigt werden.

5 Empfehlung

Der unter Ziffer 4.3 entwickelte Reformvorschlag visiert die subsidiär Schutzbedürftigen an und wird zur Umsetzung empfohlen. Er berücksichtigt den Umstand, dass der von ihm berücksichtigte Personenkreis effektiv schutzbedürftig und aus völkerrechtlichen Gründen nicht abschiebbar ist. Er ist europakompatibel. Erfahrungsgemäss bleiben die von ihm erfassten ausländischen Personen während Jahren und Jahrzehnten in der Schweiz ohne Aussicht auf eine Rückkehr in das Heimatland. In der Praxis findet daher eine Aufenthaltsverfestigung statt, die unabhängig der staatlichen Zielsetzungen erfolgt. Die Zuerkennung eines Aufenthaltstitels kann aber nicht als blosser Anerkennung des Faktischen aufgefasst werden, sondern ermöglicht und erleichtert die soziale und wirtschaftliche Integration und damit die Abhängigkeit von staatlichen Transferleistungen, insbesondere in Form von Sozialleistungen. Insgesamt dürften die Fiskalleistungen zugunsten des betroffenen Personenkreises eher abnehmen. Dazu beitragen dürften auch die vorzusehenden Ausschlussbestimmungen für Personen, die die schweizerische Rechtsordnung schwerwiegend missachten.

In der Umsetzung bringt der Vorschlag Vereinfachungen. Die Annäherung des Status an denjenigen der Flüchtlinge als der anderen schutzbedürftigen Personenkategorie in Form eines Aufenthaltstitels erleichtert die Einbettung der Rechtsstellung in die Regelstrukturen und ist damit vollzugsfreundlich. Bei der Regelung der Rechtsstellung der subsidiär Schutzbedürftigen können dennoch situations- und bedarfsgerechte Regelungen entwickelt werden. Dies gilt sowohl bei der Festlegung des Zuganges zu sozialen Rechten als auch in Fragen der Aufenthaltsverfestigung beim Übergang vom befristeten Aufenthalt zur unbefristeten Niederlassung.

Zahlenmässig bedeutet der Reformvorschlag, dass rund ein Viertel der vorläufigen Aufnahmen direkt durch eine Aufenthaltsbewilligung ersetzt werden. Dadurch entfällt die gesetzlich gebotene periodische Überprüfung der Voraussetzungen für die vorläufige Aufnahme, die bei dieser Kategorie von vorläufig Aufgenommenen regelmässig zu keinen neuen Erkenntnissen führt. Ebenfalls entfällt die aufgrund der unterschiedlichen kantonalen Praxis rechtungleiche Behandlung bei der Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung. Hingegen können die Chancen zur Integration und Erlangung der wirtschaftlichen Unabhängigkeit erhöht und die Ausgaben im Sozialbereich vermindert werden.

Annex 1: Rückkehrentscheidungen und bestätigte Ausreisen in EU Mitgliedsstaaten und assoziierten Schengen-Staaten, 2008-2010

MS/TIME	2008			2009			2010			Total 2008-2010		
	Return decisions	Effectuated returns	Ratio of confirmed returns to return decisions	Return decisions	Effectuated returns	Ratio of confirmed returns to return decisions	Return decisions	Effectuated returns	Ratio of confirmed returns to return decisions	Return decisions	Effectuated returns	Ratio of confirmed returns to return decisions
Belgium	32,680	3,965	12.1%	27,980	4,060	14.5%	28,195	4,415	15.7%	88,855	12,440	14.0%
Bulgaria	1,405	275	19.6%	1,465	285	19.5%	1,705	295	17.3%	4,575	855	18.7%
Czech Republic	3,770	585	15.5%	3,805	850	22.3%	2,915	920	31.6%	10,490	2,355	22.4%
Denmark		825	n.a.		800			520			2,145	
Germany	11,985	14,295	119.3%	14,595	11,900	81.5%	19,190	13,895	72.4%	45,770	40,090	87.6%
Estonia	185	95	51.4%	150	115	76.7%	110	80	72.7%	445	290	65.2%
Ireland	1,285	690	53.7%	1,615	830	51.4%	1,495	805	53.8%	4,395	2,325	52.9%
Greece	146,335	68,565	46.9%	126,140	62,850	49.8%	132,525	51,785	39.1%	405,000	183,200	45.2%
Spain	82,940	29,785	35.9%	103,010	28,865	28.0%	78,920	21,955	27.8%	264,870	80,605	30.4%
France	97,515	19,470	20.0%	88,565	18,400	20.8%	76,590	17,045	22.3%	262,670	54,915	20.9%
Italy	68,175	7,140	10.5%	53,440	5,315	9.9%	46,955	4,890	10.4%	168,570	17,345	10.3%
Cyprus	3,355	3,480	103.7%	3,205	4,520	141.0%	2,845	4,065	142.9%	9,405	12,065	128.3%
Latvia	265	255	96.2%	220	205	93.2%	210	190	90.5%	695	650	93.5%
Lithuania	910	855	94.0%	1,210	925	76.4%	1,345	1,235	91.8%	3,465	3,015	87.0%
Luxembourg	:	:	:	185	105	56.8%	150	75	50.0%			
Hungary	4,205	1,190	28.3%	4,850	2,245	46.3%	2,405	1,360	56.5%	11,460	4,795	41.8%
Malta	3,015	305	10.1%	1,690	530	31.4%	245	270	110.2%	4,950	1,105	22.3%
Netherlands	33,200	9,350	28.2%	35,575	8,980	25.2%	29,870	10,355	34.7%	98,645	28,685	29.1%
Austria	8,870	5,855	66.0%	10,625	6,410	60.3%	11,050	6,335	57.3%	30,545	18,600	60.9%
Poland	8,145	8,595	105.5%	11,875	6,945	58.5%	10,700	6,770	63.3%	30,720	22,310	72.6%
Portugal	8,185	1,345	16.4%	10,295	1,220	11.9%	9,425	1,335	14.2%	27,905	3,900	14.0%
Romania	3,695	3,820	103.4%	5,125	4,670	91.1%	3,435	3,015	87.8%	12,255	11,505	93.9%
Slovenia	1,555	1,995	128.3%	1,065	2,220	208.5%	3,415	1,940	56.8%	6,035	6,155	102.0%
Slovakia	1,655	1,295	78.2%	1,180	900	76.3%	870	600	69.0%	3,705	2,795	75.4%
Finland	1,775	910	51.3%	3,125	1,720	55.0%	3,835	1,930	50.3%	8,735	4,560	52.2%
Sweden	12,555	9,015	71.8%	17,820	11,980	67.2%	20,205	14,645	72.5%	50,580	35,640	70.5%
United Kingdom	69,840	47,455	67.9%	69,745	64,945	93.1%	53,700	53,615	99.8%	193,285	166,015	85.9%
Iceland	30	20	66.7%	30	15	50.0%	:	:				
Liechtenstein	15	15	100.0%	30	30	100.0%	10	10	100.0%	55	55	100.0%
Norway		1,665	n.a.					:				
Grand Total	607,545	243,110		598,615	252,835		542,315	224,350		1,748,080	718,415	
Overall ratio*	607,545	240,620	39.6%	598,615	252,035	42.1%	542,315	223,830	41.3%	1,748,080	716,270	41.0%

* Note: overall ratios were calculated on the basis of complete figures (i.e. years and countries where only return decisions or confirmed returns were available were excluded)

Quelle: Eurostat database, EIL statistics (extracted on 5.8.2011), own presentation.

Handlungsoptionen zur Reform der vorläufigen Aufnahme

**International Centre for Migration Policy Development
2012**

ISO 9001:2008
certified

