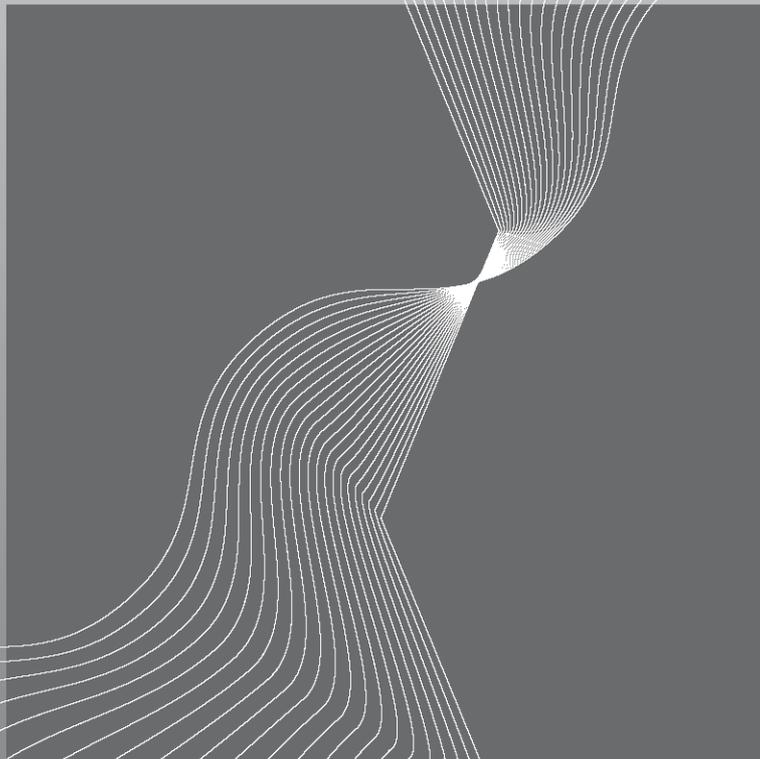


# Vorläufige Aufnahme

Die Optik der Grundrechte



Regina Kiener  
Andreas Rieder

unter Mitarbeit  
von Valérie Gysi,  
Katja Egger und  
Mathias Kuhn

Juristisches Gutachten  
im Auftrag der  
Eidgenössischen  
Kommission gegen  
Rassismus (EKR)

September 2003

ek  
cf

**Regina Kiener**  
**Andreas Rieder**

Unter Mitarbeit von Valérie Gysi, Katja Egger und Mathias Kuhn

# **Vorläufige Aufnahme – Die Optik der Grundrechte**

Gutachten des Instituts für öffentliches Recht der Universität Bern  
erstellt im Auftrag der  
Eidgenössischen Kommission gegen Rassismus (EKR)

Bern, September 2003

# **Vorläufige Aufnahme – Die Optik der Grundrechte**

Regina Kiener und Andreas Rieder  
unter Mitarbeit von Valérie Gysi, Katja Egger, Mathias Kuhn

Gutachten des Instituts für öffentliches Recht der Universität Bern, erstellt im Auftrag der Eidgenössischen Kommission gegen Rassismus (EKR)

© EKR/CFR 2003

Herausgeber	Eidgenössische Kommission gegen Rassismus (EKR) GS EDI, 3003 Bern Koordination: Doris Angst Yilmaz
Grafische Gestaltung	Monique Kummer, Unterägeri
Übersetzungen	Marie-Claude Arneberg, Anna Neubauer (Französisch) Lorenzo Lafranchi, Adriano Bazzocco, Tiziano Giabardo (Italienisch) Stephen Frost, Corinne Dill, Kenneth MacKenzie (Englisch)
Internetversion	<a href="http://www.ekr-cfr.ch/d/publikationen.htm">http://www.ekr-cfr.ch/d/publikationen.htm</a>
Bestellung eines ausgedruckten Exemplars	Sekretariat EKR, GS-EDI, 3003 Bern Tel. 031 324 12 93; Fax 031 322 44 <a href="mailto:ekr-cfr@gs-edi.admin.ch">ekr-cfr@gs-edi.admin.ch</a> <a href="http://www.ekr-cfr.ch">http://www.ekr-cfr.ch</a>
Preis	Vollständige Studie (106 Seiten): CHF 10.– Kurzfassung (16 Seiten): CHF 5.–





# INHALT

<b>VORWORT</b>	<b>6</b>
<b>ERSTER TEIL: GRUNDLAGEN</b>	<b>8</b>
<b>§ 1 AUSGANGSLAGE, AUFTRAG UND VORGEHEN</b>	<b>8</b>
<b>I. Ausgangslage</b>	<b>8</b>
1. Gegenstand	8
2. Die rechtliche Regelung der vorläufigen Aufnahme	8
a. Voraussetzungen	8
b. Betroffene Personengruppen	9
c. Dauer der vorläufigen Aufnahme	10
3. Modalitäten der vorläufigen Aufnahme	11
<b>II. Auftrag</b>	<b>11</b>
<b>III. Vorgehen</b>	<b>12</b>
<b>ZWEITER TEIL: VERFASSUNGSRECHTLICHE VORGABEN</b>	<b>13</b>
<b>§ 2 ALLGEMEINER GLEICHHEITSSATZ</b>	<b>14</b>
<b>I. Rechtliche Verankerung</b>	<b>14</b>
1. Bundesverfassung	14
2. Internationaler Menschenrechtsschutz	14
<b>II. Berechtigte und Verpflichtete</b>	<b>15</b>
<b>III. Schutzbereich</b>	<b>15</b>
1. Anspruch auf sachliche Vergleichsmassstäbe	15
2. Bestimmung der sachlichen Vergleichsmassstäbe	16
3. Gesetzgeberischer Spielraum ...	17
4. ... und Grenzen der Differenzierungspflicht	18
<b>§ 3 DISKRIMINIERUNGSVERBOT</b>	<b>20</b>
<b>I. Funktion</b>	<b>20</b>
<b>II. Rechtliche Verankerung</b>	<b>20</b>
1. Bundesverfassung	20
2. Internationaler Menschenrechtsschutz	21
<b>III. Sachlicher Schutzbereich</b>	<b>21</b>
1. Erhöhtes Schutzbedürfnis	22
2. Verdächtige Kategorisierungen	23
3. Staatsangehörigkeit oder aufenthaltsrechtlicher Status als verdächtige Differenzierungskriterien?	24
4. Qualifizierte Anforderungen an die Begründung einer Ungleichbehandlung	26

<b>IV. Persönlicher Schutzbereich</b>	<b>26</b>
<b>V. Direkte und indirekte Diskriminierung</b>	<b>26</b>
1. Das Verbot der direkten Diskriminierung	27
a. Differenzierung nach einem verdächtigen Merkmal	27
b. Fehlende Rechtfertigung	27
2. Das Verbot der indirekten Diskriminierung	28
a. Begriff	28
b. Fallgruppen	29
c. Insbesondere: Die ungleiche Betroffenheit	30
d. Rechtfertigung	31
<b>VI. Diskriminierung und vorläufige Aufnahme?</b>	<b>31</b>
1. Ausgangslage	31
2. Folgerung für vorläufig Aufgenommene	32
<b>DRITTER TEIL: BESONDERE LEBENSBEREICHE</b>	<b>33</b>
<b>§ 4 NIEDERLASSUNG</b>	<b>33</b>
<b>I. Ausgangslage: Rechtliche Regelung der Niederlassung</b>	<b>33</b>
<b>II. Grundrechtlicher Schutz der Niederlassung</b>	<b>34</b>
1. Bundesverfassung	34
a. Schutzbereich	34
b. Folgerungen für vorläufig Aufgenommene	34
2. Internationaler Menschenrechtsschutz	35
a. Europäische Menschenrechtskonvention	35
b. Internationaler Pakt über bürgerliche und politische Rechte	35
c. Flüchtlingskonvention	36
<b>III. Allgemeiner Gleichheitssatz</b>	<b>37</b>
1. Örtlicher Geltungsbereich der F-Bewilligung	37
2. Kantonswechsel	37
3. Insbesondere: Sonderregelung für vorläufig aufgenommene Flüchtlinge	38
<b>IV. Ergebnisse</b>	<b>39</b>
<b>§ 5 GRENZÜBERTRITT</b>	<b>40</b>
<b>I. Ausgangslage: Rechtliche Regelung des Grenzübertritts</b>	<b>40</b>
<b>II. Grundrechtlicher Schutz des Grenzübertritts</b>	<b>41</b>
1. Bundesverfassung	41
a. Schutzbereich	41
b. Folgerungen für vorläufig Aufgenommene	41
2. Internationaler Menschenrechtsschutz	41
a. Europäische Menschenrechtskonvention	41
b. Internationaler Pakt über bürgerliche und politische Rechte	42
c. Flüchtlingskonvention	42

---

<b>III. Allgemeiner Gleichheitssatz</b>	<b>43</b>
1. Allgemein	43
2. Folgerungen für vorläufig Aufgenommene	43
<b>IV. Ergebnisse</b>	<b>44</b>
<b>§ 6 FAMILIENLEBEN</b>	<b>46</b>
<b>I. Ausgangslage: Rechtliche Regelung des Familienlebens</b>	<b>46</b>
<b>II. Grundrechtlicher Schutz des Familienlebens</b>	<b>47</b>
1. Bundesverfassung	48
a. <i>Schutzbereich</i>	48
b. <i>Folgerungen für vorläufig Aufgenommene</i>	49
2. Europäische Menschenrechtskonvention	49
a. <i>Schutzbereich</i>	49
b. <i>Folgerungen für vorläufig Aufgenommene</i>	51
3. Bundesgerichtliche Praxis zu Art. 8 EMRK	51
a. <i>Grundsatz</i>	51
b. <i>Kritik</i>	52
c. <i>Folgerungen für vorläufig Aufgenommene</i>	53
4. Internationaler Pakt über bürgerliche und politische Rechte	53
a. <i>Schutzbereich</i>	54
b. <i>Folgerungen für vorläufig Aufgenommene</i>	54
5. Kinderrechtskonvention	55
a. <i>Schutzbereich</i>	55
b. <i>Folgerungen für vorläufig Aufgenommene</i>	55
6. Flüchtlingskonvention	56
<b>III. Allgemeiner Gleichheitssatz</b>	<b>56</b>
1. Überblick	56
2. Folgerungen für vorläufig Aufgenommene	57
3. Relativierung	57
a. <i>Lange dauernde Anwesenheit</i>	57
b. <i>Faktisch gefestigte Anwesenheit</i>	58
<b>IV. Ergebnisse</b>	<b>59</b>
<b>§ 7 BERUFSTÄTIGKEIT</b>	<b>60</b>
<b>I. Ausgangslage: Rechtliche Regelung der Berufstätigkeit</b>	<b>60</b>
<b>II. Grundrechtlicher Schutz der Berufstätigkeit</b>	<b>61</b>
1. Bundesverfassung	61
a. <i>Schutzbereich</i>	61
b. <i>Folgerungen für vorläufig Aufgenommene</i>	62
2. Internationaler Menschenrechtsschutz	62
3. Flüchtlingskonvention	63
<b>III. Allgemeiner Gleichheitssatz</b>	<b>64</b>
1. Überblick	64
2. Zulässigkeit der Ungleichbehandlung?	65

3.	Folgerungen für vorläufig Aufgenommene	65
4.	Folgerungen für vorläufig aufgenommene Flüchtlinge	66
5.	Länger dauernde Anwesenheit	66
<b>IV.</b>	<b>Ergebnisse</b>	<b>67</b>
<b>§ 8</b>	<b>BILDUNG</b>	<b>68</b>
<b>I.</b>	<b>Grundschule</b>	<b>68</b>
1.	Ausgangslage: Rechtliche Regelung der Grundschulbildung	68
2.	Grundrechtlicher Schutz der Grundschulbildung	69
a.	<i>Bundesverfassung</i>	69
b.	<i>Staatsvertragliche Garantien</i>	69
3.	Ergebnisse	71
<b>II.</b>	<b>Berufs- und Hochschulbildung</b>	<b>71</b>
1.	Ausgangslage: Rechtliche Regelung der nachobligatorischen Bildung	71
2.	Grundrechtlicher Schutz der nachobligatorischen Bildung	72
a.	<i>Bundesverfassung</i>	72
b.	<i>Internationaler Menschenrechtsschutz</i>	72
c.	<i>Flüchtlingskonvention</i>	73
<b>III.</b>	<b>Allgemeiner Gleichheitssatz</b>	<b>74</b>
<b>IV.</b>	<b>Ergebnisse</b>	<b>74</b>
<b>§ 9</b>	<b>SOZIALHILFE</b>	<b>76</b>
<b>I.</b>	<b>Ausgangslage: Rechtliche Regelung der Sozialhilfe</b>	<b>76</b>
1.	Grundsatz	76
2.	Bemessung der Sozialhilfe	77
<b>II.</b>	<b>Grundrechtlicher Schutz der sozialen Sicherheit</b>	<b>77</b>
1.	Bundesverfassung	77
a.	<i>Schutzbereich</i>	78
b.	<i>Folgerungen für vorläufig Aufgenommene</i>	78
2.	Internationaler Pakt über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte	79
3.	Europäische Sozialcharta	79
4.	Flüchtlingskonvention	79
<b>III.</b>	<b>Folgerungen für vorläufig Aufgenommene</b>	<b>80</b>
1.	Allgemein	80
2.	Leistungsniveau	80
<b>IV.</b>	<b>Allgemeiner Gleichheitssatz</b>	<b>81</b>
<b>V.</b>	<b>Ergebnisse</b>	<b>82</b>
<b>§ 10</b>	<b>INTEGRATIONSMASSNAHMEN</b>	<b>83</b>
<b>I.</b>	<b>Ausgangslage: Rechtliche Regelung der Integrationsmassnahmen</b>	<b>83</b>

---

<b>II. Grundrechtliche Relevanz</b>	<b>83</b>
1. Allgemeiner Gleichheitssatz	83
2. Insbesondere: Länger dauernde Anwesenheit	84
<b>§ 11 UMWANDLUNG IN EINE AUFENTHALTSBEWILLIGUNG B</b>	<b>85</b>
<b>I. Ausgangslage: Unterschiedliche Praxis der Kantone</b>	<b>85</b>
<b>II. Folgerungen für vorläufig Aufgenommene</b>	<b>85</b>
<b>VIERTER TEIL: ZUSAMMENFASSUNG DER ERGEBNISSE UND WÜRDIGUNG</b>	<b>86</b>
<b>I. Befund: Grundsätzliche Grundrechtskonformität</b>	<b>86</b>
1. Überblick	86
2. Besondere Lebensbereiche	87
<b>II. Relativierungen</b>	<b>89</b>
1. Umfassende Verwirklichung der Grundrechte	90
a. Ausgangslage: Art. 35 BV	90
b. Umsetzung	91
2. Länger dauernde Anwesenheit	93
3. Kombination der Beeinträchtigung in zahlreichen Lebensbereichen	94
a. Ausgangslage	94
b. Relevanz für das Diskriminierungsverbot?	95
4. Betrachtung im Licht der Menschenwürde	96
<b>LITERATUR</b>	<b>97</b>
<b>ABKÜRZUNGEN</b>	<b>103</b>

---

## VORWORT

Bereits vor einiger Zeit haben Private und Nichtregierungsorganisationen das Problem der vorläufigen Aufnahme (Aufenthaltsstatus F) an die EKR herangetragen – dies mit der Bitte, aufscheinende «Ungerechtigkeiten», Härten und bestehende Vorurteile in der Gesellschaft gegenüber Menschen mit diesem Status zu bekämpfen.

Die EKR nimmt solche Anliegen und Hinweise ernst. Allerdings gehören Fragen, die sich allgemein auf das Ausländerrecht beziehen, nicht zu ihrem Aufgabenbereich. Die EKR ist jedoch beauftragt, Bereiche auszuleuchten, in denen institutionelle Benachteiligung besteht und gesellschaftliche Ausgrenzung gegenüber Menschen anderer Herkunft stattfindet. Es ist ihre Aufgabe, die Mechanismen darzustellen, die sich daraus zu Ungunsten einer gewissen Gruppe ergeben. Insbesondere ist es ihr ein Anliegen, die politische Aufmerksamkeit auf eine Bevölkerungsgruppe von rund 26 000 Menschen mit einer vorläufigen Aufnahme (Status F) zu lenken, die – unter Ausschluss der Wahrnehmung der Bevölkerung – in äusserst schwierigen Verhältnissen in unserem Land leben.

Die soziologisch-politische Studie des Schweizerischen Forums für Migrations- und Bevölkerungsstudien SFM (AutorInnen Kamm, Efionayi-Mäder, Neubauer, Wanner, Zannol) untersucht die Lebenssituation von Menschen mit vorläufiger Aufnahme; sie tut dies im Generellen und am Beispiel von drei Kantonen im Konkreten. Sie zeigt auf, dass die Einschränkungen, denen diese Menschen unterworfen sind, eine Reihe nicht beabsichtigter, bisher aber hingenommener Benachteiligungen nach sich ziehen. Diese bewirken auf längere Zeit einen tiefgreifenden Ausschluss aus der Gesellschaft und verunmöglichen ein normales Familienleben. Diese Studie wurde mit Unterstützung der Eidg. Ausländerkommission (EKA) und der Eidg. Kommission für Flüchtlingsfragen (EKF) erstellt.

Das juristische Gutachten von Regina Kiener und Andreas Rieder, Universitäten Bern und Freiburg, kommt zum Schluss, dass vorläufig Aufgenommene als eine über ihren Aufenthaltsstatus definierte Gruppe nicht zu den vom Diskriminierungsverbot (Art. 8 Abs. 2 BV) geschützten Gruppen gehören. Die grundrechtsrelevanten Einschränkungen im Bereich des Familienlebens, der Arbeit, der Sozialhilfe und der Integration, denen Menschen mit Status F unterworfen sind, lassen sich zwar für eine kurze Dauer rechtfertigen. Bleiben sie aber über einen längeren Zeitraum wirksam, kann dies die ebenfalls in der Bundesverfassung (Art. 7 BV) verankerte grundrechtliche Garantie der Menschenwürde tangieren. Nach Art. 35 BV sind die Behörden verpflichtet, auf allen Ebenen die Grundrechte zu verwirklichen.

Was möchte die EKR mit diesen beiden Studien bewirken? Sie stellt sie der öffentlichen Debatte zur Verfügung, insbesondere dem Parlament, das in nächster Zeit über die Asylgesetzrevision berät. Die EKR möchte die Bemühungen des Gesetzgebers unterstützen, den Status der vorläufigen Aufnahme zu verbessern, den Betroffenen echte In-

tegrationsmöglichkeiten zu bieten und damit auch ihnen ein menschenwürdiges Dasein in unserer Gesellschaft zu ermöglichen. Mit Befriedigung hat die EKR davon Kenntnis genommen, dass mit einer neuen Integrationsverordnung (VIntA) zukünftig auch Menschen mit Aufenthalt F in den Genuss von Integrationsmassnahmen kommen sollen. Damit wäre ein Postulat erfüllt, welches sich aus der hier präsentierten Forschung ergibt.

Georg Kreis

Präsident der Eidg. Kommission gegen Rassismus

---

# ERSTER TEIL: GRUNDLAGEN

## § 1 AUSGANGSLAGE, AUFTRAG UND VORGEHEN

### I. Ausgangslage

#### 1. *Gegenstand*

Die vorläufige Aufnahme umschreibt den besonderen Status jener Ausländerinnen und Ausländer, deren Aus- oder Wegweisung aus der Schweiz nicht möglich, nicht zulässig oder nicht zumutbar ist. Mit der vorläufigen Aufnahme sind Beschränkungen verbunden, welche die Betroffenen in zahlreichen Lebensbereichen berühren. Diese Beschränkungen werden in der Studie des Schweizerischen Forums für Migrations- und Bevölkerungsstudien („Aufgenommen, aber ausgeschlossen? Die vorläufige Aufnahme in der Schweiz“) im Einzelnen dargestellt. Gegenstand des vorliegenden Rechtsgutachtens ist es, die entsprechenden Befunde aus einer *verfassungsrechtlichen Optik* zu würdigen.

#### 2. *Die rechtliche Regelung der vorläufigen Aufnahme*

##### *a. Voraussetzungen*

Die vorläufige Aufnahme (Ausweis „F“) ist eine von einem Asylverfahren unabhängig anwendbare ausländerrechtliche Massnahme. Sie kommt dann in Betracht, wenn ein *Vollzugshindernis* besteht, d.h. eine Weg- oder Ausweisung eines Ausländers oder einer Ausländerin *nicht möglich, nicht zulässig oder den Betroffenen nicht zumutbar* ist<sup>1</sup>. Darüber können jene Asylsuchenden vorläufig aufgenommen werden, deren Gesuch nach vier Jahren noch nicht entschieden ist und die durch die Wegweisung in eine *schwerwiegende persönliche Notlage* geraten würden<sup>2</sup>. Dabei gelten folgende *Voraussetzungen*:

---

<sup>1</sup> Art. 14a ANAG; vgl. MARC SPESCHA/PETER STRÄULI, Ausländerrecht, Art. 14a Abs. 1 ANAG, S. 71; ANDREAS ZÜND, Beendigung, Rz. 6.74 ff.

<sup>2</sup> Art. 14a Abs. 4<sup>bis</sup> ANAG i.V.m. Art. 44 Abs. 3 AsylG, vgl. WALTER STÖCKLI, Asyl, Rz. 8.81 ff.

- Der Vollzug ist *nicht möglich*, wenn der Ausländer weder in den Herkunfts- oder in den Heimatstaat noch in einen Drittstaat ausreisen oder dorthin gebracht werden kann<sup>3</sup>, d.h. wenn *faktische Vollzugshindernisse* bestehen. Dazu zählen etwa das Fehlen von Reisepapieren, fehlende Transportmöglichkeiten oder geschlossene Grenzen<sup>4</sup>. Ist ein Vollzugshindernis auf die fehlende Mitwirkung der auszuscaffenden Person zurückzuführen, wird in der Regel keine vorläufige Aufnahme angeordnet<sup>5</sup>.
- Der Vollzug ist *nicht zulässig*, wenn *völkerrechtliche Verpflichtungen* einer Weiterreise in den Heimat-, Herkunfts- oder einen Drittstaat entgegenstehen<sup>6</sup>. Dazu zählen insbesondere Verpflichtungen, die eine Wegweisung einer ausländischen Person verbieten, wenn ihr im Fall des Vollzugs Folter oder unmenschliche oder grausame Behandlung oder Bestrafung drohen<sup>7</sup>.
- *Nicht zumutbar* ist der Vollzug, wenn er für den Ausländer eine konkrete Gefährdung darstellt<sup>8</sup>, beispielsweise wenn eine unverhältnismässig lange Gefängnisstrafe oder gesundheitliche Nachteile drohen<sup>9</sup>.
- Schliesslich können *Asylbewerber*, deren Gesuch nach vier Jahren noch nicht entschieden ist, bei Vorliegen einer *schweren persönlichen Notlage* vorläufig aufgenommen werden<sup>10</sup>. Als Kriterien der Notlage, die sich an den Härtefallkriterien von Art. 13 Bst. f BVO orientiert, kommen insbesondere die Anwesenheitsdauer, Erwerbstätigkeit oder schulpflichtige Kinder in Frage<sup>11</sup>.

Bei der vorläufigen Aufnahme handelt es sich um eine blosser *Ersatzmassnahme* für eine vorderhand nicht vollziehbare Wegweisung. Die materielle Verpflichtung zur Ausreise bleibt demnach bestehen, es wird vorläufig einzig auf die Vollstreckung der entsprechenden Anordnung verzichtet<sup>12</sup>.

#### *b. Betroffene Personengruppen*

Die vorläufige Aufnahme wird gegenüber *zwei Gruppen* von Ausländerinnen und Ausländern angeordnet:

<sup>3</sup> Art. 14a Abs. 2 ANAG.

<sup>4</sup> ANDREAS ZÜND, Beendigung, Rz. 6.76.

<sup>5</sup> Art. 17 Abs. 2 VVWA.

<sup>6</sup> Art. 14a Abs. 2 ANAG.

<sup>7</sup> Art. 3 EMRK, Art. 7 Pakt II, Art. 33 Folterkonvention.

<sup>8</sup> Art. 14a Abs. 3 ANAG.

<sup>9</sup> MARC SPESCHA/PETER STRÄULI, Ausländerrecht, Art. 14a Abs. 4 ANAG.

<sup>10</sup> Art. 14a Abs. 4bis ANAG, Art. 44 Abs. 3 AsylG.

<sup>11</sup> MARC SPESCHA/PETER STRÄULI, Ausländerrecht, Art. 14a Abs. 4<sup>bis</sup> ANAG.

<sup>12</sup> ANDREAS ZÜND, Beendigung, Rz. 6.74.

- gegenüber Personen, welche *nicht als Flüchtlinge* gelten; in der Regel handelt es sich um Asylsuchende, deren Asylgesuch abgewiesen wurde, oder aber um weggewiesene Ausländerinnen und Ausländer, welche sich in der Schweiz aufhalten, ohne ein Asylgesuch gestellt zu haben.
- Gegenüber Personen, welche als *Flüchtlinge* im Sinn der Genfer Flüchtlingskonvention gelten, jedoch aufgrund von Asylausschlussgründen kein Asyl erhalten.

*Gemeinsam* ist den Angehörigen dieser Gruppen, dass es sich um Ausländerinnen und Ausländer handelt, die über *keinen besonderen ausländerrechtlichen Status* verfügen; die Betroffenen haben demnach weder eine Niederlassungsbewilligung (Bewilligung C) noch eine Aufenthaltsbewilligung (Bewilligung B) erhalten, noch kommt ihnen der Status von Asylsuchenden (Bewilligung N) oder von Schutzbedürftigen (Bewilligung S) zu.

*Unterschiede* bestehen zwischen den beiden Gruppen insofern, als sich vorläufig aufgenommene Flüchtlinge auf die *Flüchtlingskonvention* berufen können; im Ergebnis ist damit in zahlreichen Lebensbereichen eine *rechtliche Besserstellung* verbunden.

Ende Februar 2003 waren in der Schweiz rund 26'000 Personen von der vorläufigen Aufnahme betroffen. Dabei beträgt der Anteil der vorläufig aufgenommenen *Flüchtlinge* nur gerade 2% (536 Personen). Den grössten Teil der Gruppe (95%) entfällt auf *abgewiesene Asylsuchende*; von diesen wiederum leben die meisten (93%) aufgrund ihrer Schutzwürdigkeit in der Schweiz<sup>13</sup>.

### c. *Dauer der vorläufigen Aufnahme*

Die vorläufige Aufnahme wird für maximal *zwölf Monate* erteilt; stehen der Wegweisung nach Ablauf dieser Frist nach wie vor Vollzugshindernisse entgegen, wird die vorläufige Aufnahme in der Regel um weitere *zwölf Monate verlängert*<sup>14</sup>. Diese Verlängerung erfolgt so lange, als die Voraussetzungen der vorläufigen Aufnahme anhalten. Die vorläufige Aufnahme begründet jedoch *kein Anwesenheitsrecht* bis zum Ablauf der verfügbaren Aufenthaltsdauer, vielmehr kann das Bundesamt den Zustand der vorläufigen Aufnahme *jederzeit beenden*<sup>15</sup>.

Die vorläufige Aufnahme ist *aufzuheben*, wenn die Vollzugshindernisse dahinfallen und es für die Betroffenen möglich und zumutbar geworden ist, sich rechtmässig in einen Drittstaat, in ihren Heimatstaat oder in das Land zu begeben, in dem sie zuletzt

<sup>13</sup> Studie Teil I, Ziff. 4.1.

<sup>14</sup> Art. 14c Abs. 1 ANAG.

<sup>15</sup> Art. 26 Abs. 1 VVWA.

wohnhaft waren<sup>16</sup>. Die vorläufige Aufnahme *kann* aufgehoben werden, wenn die seinerzeit festgestellte schwerwiegende persönliche Notlage nicht mehr besteht oder wenn ein Ausweisungsgrund nach Art. 10 Abs. 1 Bst. a oder b ANAG vorliegt<sup>17</sup>. Zudem *erlischt* die vorläufige Aufnahme, wenn die betroffene Person freiwillig ausreist oder aber eine Aufenthaltsbewilligung erhält<sup>18</sup>.

In der *Praxis* dauert der Status der vorläufigen Aufnahme vergleichsweise lange an: Der Grossteil der vorläufig Aufgenommenen (60%) leben länger als fünf Jahre in der Schweiz, 21% der Betroffenen gar länger als zehn Jahre<sup>19</sup>.

### 3. *Modalitäten der vorläufigen Aufnahme*

Die Rechte und Pflichten der vorläufig Aufgenommenen sind in der einschlägigen ausländischen Gesetzgebung (ANAG, Asylgesetz) und in den entsprechenden Verordnungen geregelt. Zu beachten sind überdies die Sonderregeln gemäss Genfer Flüchtlingskonvention; diese finden allerdings nur auf jene vorläufig Aufgenommenen Anwendung, welche gleichzeitig als Flüchtlinge im Sinne der Flüchtlingskonvention gelten.

Die Modalitäten der vorläufigen Aufnahme sind im Einzelnen in der Studie dargestellt<sup>20</sup>. Sie betreffen im Wesentlichen Fragen des Aufenthaltsortes, der Ausweispapire, des Familiennachzugs, der Erwerbstätigkeit und der sozialen Sicherheit; dazu behandelt die Studie auch Fragen der Integration.

## II. Auftrag

Mit Vertrag vom 4. März wurde der Auftrag erteilt, ein

„Juristisches Gutachten zu der vom Schweizerischen Forum für Migrations- und Bevölkerungsstudien durchgeführten sozialwissenschaftlichen Studie zu erstellen.

Ziel des staatsrechtlichen Gutachtens ist es, die verfassungs- und grundrechtliche Abstützung des Aufenthaltsstatus F „Vorläufige Aufnahme“, basierend auf den Ergebnissen der sozialwissenschaftlichen Studie des SFM zu prüfen. Von besonderem Interesse für die EKR ist dabei die Frage, ob das Diskriminierungsverbot nach Art. 8, Abs. 2 BV verletzt wird.“

<sup>16</sup> Art. 14b Abs. 2 Satz 1 ANAG und Art. 14 Abs. 2<sup>bis</sup> ANAG.

<sup>17</sup> Art. 14b Abs. 2<sup>bis</sup> ANAG.

<sup>18</sup> Art. 14b Abs. 2 Satz 2 ANAG.

<sup>19</sup> Studie Teil I, Ziff. 4.1.

<sup>20</sup> Vgl. Teil I Ziff. 2.4, sowie Teil II und Teil III.

### III. Vorgehen

Die Regelung des Aufenthalts sowie der Ausweisung oder Ausschaffung von Ausländerinnen und Ausländern zählt nach herrschender Lehre und Praxis grundsätzlich zur „*domaine réservé*“ eines Staates<sup>21</sup>. Damit steht es weitgehend im *Ermessen* des Staates, über die Bedingungen von Aufenthalt und Ausreise von Ausländern zu befinden: „The contracting States have the right, as a matter of well-established international law ... to control the entry, residence and repulsion of aliens“<sup>22</sup>. Dieses Ermessen wird indessen durch die Grundrechte der Verfassung sowie durch staatsvertragliche Garantien punktuell verengt<sup>23</sup>.

Dieser Hintergrund und der uns erteilte Auftrag *beschränken* den Gegenstand des vorliegenden Rechtsgutachtens nach drei Richtungen hin:

- In *rechtlicher* Hinsicht wird einzig die *Verfassungskonformität* der vorhandenen Regelung geprüft. Fragen der Angemessenheit oder der Opportunität bleiben ausgeklammert. Dies gilt auch bezüglich der Frage, ob die Handhabung des übergeordneten Gesetzesrechts durch die Kantone in jedem Fall bundesrechtskonform ist. Gleichzeitig geht das Gutachten von der *bestehenden* rechtlichen Regelung der vorläufigen Aufnahme aus; die zur Zeit hängigen Revisionsvorhaben (Asylgesetz, Ausländergesetz) werden nur am Rande in die Diskussion mit einbezogen.
- In *sachlicher* Hinsicht hält sich das Rechtsgutachten an die Vorgaben der *Studie*; eigene Erhebungen wurden keine getroffen.
- *Thematisch* werden einzig jene in der Studie behandelten Fragen einer näheren Betrachtung unterzogen, die als *verfassungsrechtlich* heikel erscheinen.

Ausgangslage und Fragestellung legen folgendes *Vorgehen* nahe: Zuerst gilt es, den *verfassungsrechtlichen Rahmen* abzustecken; dazu gehören insbesondere allgemeine Ausführungen zur Rechtsgleichheit und zum Diskriminierungsverbot (Zweiter Teil, nachfolgend § 2 und § 3). Anschliessend wird in einem dritten Teil die *rechtliche Regelung besonderer Lebensbereiche* auf ihre Verfassungskonformität hin untersucht: Niederlassung (§ 4), Ausreise und Wiedereinreise (§ 5), Familienleben (§ 6), Berufstätigkeit (§ 7) und Bildung (§ 8), Sozialhilfe (§ 9), sowie Integrationsmassnahmen (§ 10). Weiter wird nach den Regeln zur Umwandlung in eine Aufenthaltsbewilligung B gefragt (§ 11). Am Ende steht als vierter Teil eine *Zusammenfassung und Würdigung* der Ergebnisse.

<sup>21</sup> IAN BROWNLIE, *Principles*, S. 519 f.; ALFRED VERDROSS/BRUNO SIMMA, *Universelles Völkerrecht*, S. 799.

<sup>22</sup> Statt anderer EGMR-E *Vilvarajah und andere c. UK*, A/215 Rz. 102.

<sup>23</sup> Vgl. zum Ganzen auch WALTER KÄLIN/MARTINA CARONI, *Familiennachzug*, S. 52, m.w.H.

---

## ZWEITER TEIL: VERFASSUNGSRECHTLICHE VORGABEN

Die Regeln über die vorläufige Aufnahme können einerseits *spezifische Grundrechte* betreffen, so insbesondere die Niederlassungsfreiheit, das Recht auf Familienleben, die Wirtschaftsfreiheit oder das Recht auf Hilfe in Notlagen. Da diese Grundrechte einen sachlich umgrenzten Schutzbereich aufweisen, werden sie im Zusammenhang mit der Diskussion der entsprechenden Sachbereiche (Niederlassung, Ausweispapiere, Familiennachzug, Berufstätigkeit, Unterstützung) dargestellt<sup>24</sup>.

Im Gegensatz dazu kommt den verschiedenen Ausprägungen des *Gleichheitsgebots* (allgemeiner Gleichheitssatz, Diskriminierungsverbot) eine *Querschnittsfunktion* zu; Gleichbehandlungsansprüche betreffen *jeden Rechtsbereich* gleichermassen. Die rechtliche Behandlung der vorläufig aufgenommenen Ausländerinnen und Ausländer in der Schweiz weicht nun in verschiedener Hinsicht von derjenigen der Schweizerinnen und Schweizer bzw. der Ausländerinnen und Ausländer mit einem anderen Aufenthaltsstatus ab. Diese Unterschiede werfen daher aus verfassungsrechtlicher Warte die Frage auf, ob sie mit dem Rechtsgleichheitsgebot zu vereinbaren sind.

Das *Rechtsgleichheitsgebot* enthält verschiedene Gleichheitssätze, die sich zu verschiedenen Zeiten als Antwort auf die im Vordergrund stehenden Gleichheitsforderungen herausgebildet haben:

- Der *allgemeine Gleichheitssatz* (nachfolgend § 2) garantiert in umfassender Weise die sachgerechte Berücksichtigung der tatsächlichen Verhältnisse in der Rechtsanwendung (Gleichheit vor dem Gesetz) und in der Rechtsetzung (gleicher Schutz durch das Gesetz).
- Das *Diskriminierungsverbot* als „besonderer“ Gleichheitssatz hebt diejenigen Aspekte der Rechtsgleichheit hervor, die einen besonders engen Bezug zur Garantie der Menschenwürde aufweisen und bei denen daher dem Anspruch auf Gleichheit ein besonderes Gewicht zukommt (nachfolgend § 3).

Die Querschnittsfunktion des Gleichheitsgebots legt nahe, vorab die entsprechenden, allgemein geltenden Regeln darzustellen.

---

<sup>24</sup>

Vgl. dazu unten, Dritter Teil, § 4 ff.

---

## § 2 ALLGEMEINER GLEICHHEITSSATZ

### I. Rechtliche Verankerung

#### 1. Bundesverfassung

In der Bundesverfassung verankert Art. 8 Abs. 1 BV den allgemeinen Gleichheitssatz: Alle Menschen sind vor dem Gesetz gleich.

#### 2. Internationaler Menschenrechtsschutz

Das Völkerrecht garantiert die Gleichbehandlung aller Menschen nicht umfassend, sondern beschränkt sich auf punktuelle, besondere Gleichheitssätze (Diskriminierungsverbote)<sup>25</sup>. Immerhin enthält Art. 26 Pakt II neben dem Diskriminierungsverbot ein allgemeines, dem verfassungsrechtlichen Gleichheitssatz (Art. 8 Abs. 1 BV) entsprechendes Gleichbehandlungsgebot. Hier hat die Schweiz allerdings einen Vorbehalt angebracht<sup>26</sup>:

Alle Menschen sind vor dem Gesetz gleich und haben ohne Diskriminierung Anspruch auf gleichen Schutz durch das Gesetz. In dieser Hinsicht hat das Gesetz jede Diskriminierung zu verbieten und allen Menschen gegen jede Diskriminierung, wie insbesondere der Rasse, der Hautfarbe, des Geschlechts, der Sprache, der Religion, der politischen oder sonstigen Anschauungen, der nationalen und sozialen Herkunft, des Vermögens, der Geburt oder des sonstigen Status, gleichen und wirksamen Schutz zu gewährleisten.

Die EMRK enthält ebenfalls kein umfassendes Rechtsgleichheitsgebot, sondern in Art. 14 nur ein akzessorisches Diskriminierungsverbot. Weiter geht das 12. Zusatzprotokoll zur EMRK, das ein allgemeines und selbstständiges Diskriminierungsverbot enthält; die Schweiz hat dieses Protokoll allerdings bislang noch nicht ratifiziert<sup>27</sup>.

---

<sup>25</sup> Dazu hinten, § 3 Ziff. II/2.

<sup>26</sup> Vgl. dazu kritisch GIORGIO MALINVERNI, *réserves*, S. 100 f.

<sup>27</sup> Das Zögern der Schweiz ist darauf zurückzuführen, dass eine Ratifizierung des ZP 12 eine Erweiterung der bundesgerichtlichen Normenkontrolle gegenüber Bundesgesetzen zur Folge hätte; siehe dazu RAINER J. SCHWEIZER, Art. 8 BV, Rz. 6.

## II. Berechtigte und Verpflichtete

Der Anspruch auf rechtsgleiche Behandlung steht allen Menschen zu<sup>28</sup>. Anders als Art. 4 Abs. 1 aBV („Alle Schweizer sind vor dem Gesetze gleich“) bringt dies der Verfassungstext nun deutlich zum Ausdruck. Bereits für Art. 4 aBV war jedoch unbestritten, dass es sich beim Rechtsgleichheitsgebot um ein Menschenrecht handelt: Das Bundesgericht hat den persönlichen Geltungsbereich von Art. 4 aBV sehr früh auch auf Ausländerinnen und Ausländer erstreckt<sup>29</sup> und in zwei Entscheiden aus dem Jahr 1967 klargestellt, dass dies für den gesamten Schutzbereich des Rechtsgleichheitsgebots gilt<sup>30</sup>.

Das Rechtsgleichheitsgebot richtet sich an den Staat. Es ist in der Rechtsanwendung und in der Rechtsetzung<sup>31</sup> von sämtlichen Organen des Bundes, der Kantone und der Gemeinden sowie von weiteren Rechtssubjekten zu beachten, die mit Hoheitsgewalt ausgestattet sind<sup>32</sup>. Von Sonderfällen abgesehen, bindet die Rechtsgleichheit jedoch Private untereinander nicht<sup>33</sup>. Eine indirekte Wirkung kann die Rechtsgleichheit hier allenfalls entfalten, indem sie bei der Auslegung von unbestimmten Rechtsbegriffen des Privatrechts herangezogen wird (indirekte Drittwirkung)<sup>34</sup>.

## III. Schutzbereich

### 1. Anspruch auf sachliche Vergleichsmassstäbe

Verschiedene Sachverhalte sind immer in bestimmter Hinsicht gleich und in anderer Hinsicht ungleich. Der allgemeine Gleichheitssatz kann daher weder eine absolute Gleichbehandlung, die den vielfältigen tatsächlichen Unterschieden gegenüber blind ist, noch die umfassende Berücksichtigung jeglicher Gleich- und Ungleichheit verlangen. Gefordert ist vielmehr eine *relative Gleichbehandlung*, die den wesentlichen tatsäch-

<sup>28</sup> Das Rechtsgleichheitsgebot erstreckt sich auch auf juristische Personen; BEATRICE WEBER-DÜRLER, Rechtsgleichheit, Rz. 8; GEORG MÜLLER, Art. 4 aBV, Rz. 27.

<sup>29</sup> BGE 14, 489 ff.

<sup>30</sup> BGE 93 I 1; BGE vom 3. Februar 1967, in: ZBl 68 (1967), S. 376; MARKUS HUG, Der Ausländer als Grundrechtsträger, S. 179 f.

<sup>31</sup> Dass auch der Gesetzgeber an das Gleichheitsgebot gebunden ist, hat das Bundesgericht bereits im Entscheid BGE 6, 174 aus dem Jahr 1880 festgehalten.

<sup>32</sup> BEATRICE WEBER-DÜRLER, Rechtsgleichheit, Rz. 9.

<sup>33</sup> GEORG MÜLLER, Art. 4 aBV, Rz. 22 f.

<sup>34</sup> GEORG MÜLLER, Art. 4 aBV, Rz. 22.

lichen Gemeinsamkeiten und Differenzen durch die Bildung und konsequente Anwendung von sachlichen Vergleichsmassstäben Rechnung trägt<sup>35</sup>.

Das Bundesgericht umschreibt diesen Grundsatz relativer Gleichbehandlung in immer wiederkehrenden Formeln. So erachtet das Gericht das Rechtsgleichheitsgebot für verletzt, wenn ein Erlass

„rechtliche Unterscheidungen trifft, für die ein vernünftiger Grund in den zu regelnden Verhältnissen nicht ersichtlich ist, oder Unterscheidungen unterlässt, die sich auf Grund der Verhältnisse aufdrängen, wenn also Gleiches nicht nach Massgabe seiner Gleichheit gleich und Ungleiches nicht nach Massgabe seiner Ungleichheit ungleich behandelt wird. Vorausgesetzt ist, dass sich die ungerechtfertigte Gleich- oder Ungleichbehandlung auf eine wesentliche Tatsache bezieht (...)“<sup>36</sup>.

Dem Prinzip relativer Gleichheit entsprechend, enthält der allgemeine Gleichheitssatz ein *Gleichbehandlungsgebot* und ein *Differenzierungsgebot*. Sachverhalte, die in den erheblichen tatsächlichen Verhältnissen übereinstimmen, müssen gleich behandelt werden. Bestehen zwischen zwei oder mehreren Sachverhalten hingegen wesentliche Unterschiede, können sich rechtliche Differenzierungen auf Grund der Verhältnisse aufdrängen.

Zentraler Gehalt des allgemeinen Gleichheitssatzes ist – mit anderen Worten – das Gebot, für jeden Regelungsbereich die übereinstimmenden und divergierenden Elemente der erfassten Sachverhalte herauszuarbeiten, zu gewichten und daraufhin zu prüfen, ob eine gleiche oder eine differenzierende rechtliche Behandlung sachgerecht erscheint.

## 2. *Bestimmung der sachlichen Vergleichsmassstäbe*

Der allgemeine Gleichheitssatz enthält zwar die Anweisung, bei der Ausgestaltung der Rechtsordnung sachliche Vergleichsmassstäbe zu bilden und konsequent anzuwenden. Wann eine Gleich- oder Ungleichbehandlung sachlich begründet ist bzw. wann zwei oder mehrere Sachverhalte wesentlich gleich oder ungleich sind, lässt sich nicht abstrakt beurteilen<sup>37</sup>. Gemäss einer bundesgerichtlichen Formel kann diese Frage (die

<sup>35</sup> Dazu ausführlich ARTHUR HÄFLIGER, *Alle Schweizer*, S. 58 f.; GEORG MÜLLER, Art. 4 aBV, Rz. 3; BEATRICE WEBER-DÜRLER, *Rechtsetzung*, insb. S. 38; ANDREAS AUER/GIORGIO MALINVERNI/MICHEL HOTTELIER, *droits fondamentaux*, Rz. 991; ETIENNE GRISEL, *Egalité*, Rz. 54, 72 f.

<sup>36</sup> BGE 122 II 326, E10b S. 345. In anderen Entscheiden verlangt das Gericht, eine rechtliche Differenzierung müsse an einen erheblichen tatsächlichen Unterschied anknüpfen; materielle Unterschiede sind mit dieser Differenzierung in der Rechtsprechung des Bundesgerichts jedoch nicht verbunden.

<sup>37</sup> BEATRICE WEBER-DÜRLER, *Rechtsgleichheit*, Rz. 13; GEORG MÜLLER, Art. 4 aBV, Rz. 32.

letztlich mit der „Frage, ob das Gesetz gerecht sei, d.h. mit der Frage des ‚richtigen Rechts‘ zusammenfällt“<sup>38)</sup>

„zu verschiedenen Zeiten verschieden beantwortet werden, je nach den herrschenden Anschauungen und Zeitverhältnissen sowie je nach dem im fraglichen Zeitpunkt gegebenen rechtlichen Umfeld“<sup>39)</sup>.

Eine Antwort auf diese Frage lässt sich daher in jedem Einzelfall immer nur wertend, und vor dem Hintergrund der konkreten Gerechtigkeitsvorstellungen einer Gesellschaft geben. Zur Bestimmung dieser gesellschaftlichen Vorstellungen gerechter Ordnung ist dabei soweit möglich auf die Prinzipien und Wertungen abzustellen, die in der Verfassung zum Ausdruck kommen<sup>40)</sup>.

### 3. Gesetzgeberischer Spielraum ...

Nach dem Gesagten determiniert der allgemeine Gleichheitssatz die Rechtsordnung nicht vollständig. Zwischen den beiden Polen wesentlicher Gleichheit und wesentlicher Ungleichheit liegt ein Bereich, in dem sich sowohl eine Gleich- wie auch eine Ungleichbehandlung sachlich begründen lässt. Zudem kommt dem *Gesetzgeber* wegen der beschränkten Einsichtsmöglichkeit in die gesellschaftlichen Gerechtigkeitsvorstellungen bei der Konkretisierung des allgemeinen Gleichheitssatzes ein gewisser *Vorrang* zu, da der demokratische Prozess am ehesten die Übereinstimmung der gesetzlichen Wertungen mit den gesellschaftlichen Gerechtigkeitsvorstellungen gewährleistet. Das Bundesgericht betont aus diesen Gründen den *weiten Spielraum der Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers* und hält sich bei der Beurteilung gesetzgeberischer Wertentscheidungen zurück<sup>41)</sup>.

Der Spielraum des Gesetzgebers ist je nach Regelungsmaterie unterschiedlich weit. Das Bundesgericht hat in einer reichen Praxis Bereiche bestimmt, in denen das Rechtsgleichheitsgebot praktisch mit dem Verbot willkürlicher, d.h. geradezu unhaltbarer Gleich- oder Ungleichbehandlung zusammenfällt. Daneben hat es Kategorien hervorgehoben, in denen *erhöhte Anforderungen* an die Begründung einer Ungleichbehandlung gestellt werden, da die daraus entstehenden Nachteile besonders schwer wiegen. Dies gilt insbesondere für die nunmehr in der Bundesverfassung explizit aufgeführten *Diskriminierungsverbote*<sup>42)</sup>. Einen erhöhten Massstab anerkennt die Rechtsprechung jedoch auch bei der Prüfung von Ungleichbehandlungen, die zugleich einen Eingriff in *ein*

<sup>38)</sup> BGE 96 I 567; siehe auch WALTHER BURCKHARDT, Bundesverfassung, S. 26.

<sup>39)</sup> BGE 127 I 185, E5 S. 192.

<sup>40)</sup> GEORG MÜLLER, Gleichheitssatz, S. 45 f.; grundlegend CHRISTIAN STARCK, Art. 3, Rz. 12 ff.

<sup>41)</sup> BGE 125 I 173, E6b S. 178; 114 Ia 1, E3 S. 3; vgl. auch JÖRG PAUL MÜLLER, Grundrechte, S. 401 f.

<sup>42)</sup> Siehe dazu hinten, § 3 Ziff. II/1.

*spezifisches Freiheitsrecht* darstellen<sup>43</sup>. Darüber hinaus kommt dem Rechtsgleichheitsgebot auch dort ein besonderer Gehalt zu, wo es um die Ausrichtung *existentieller staatlicher Leistungen* geht, etwa der Gewährung des Zugangs zu Schulen und Bildungseinrichtungen oder der Ausrichtung von Fürsorgeleistungen<sup>44</sup>.

#### 4. ... und Grenzen der Differenzierungspflicht

Einer vollständigen Umsetzung des allgemeinen Gleichheitssatzes werden vorab durch Gründe der *Praktikabilität* Grenzen gesetzt. In Bereichen, in denen die umfassende Durchsetzung des Rechtsgleichheitsgebots einen unverhältnismässig grossen Aufwand nach sich ziehen würde, sind gewisse Typisierungen zulässig<sup>45</sup>. Der Einzelne darf dadurch jedoch nicht in unzumutbarer Weise betroffen werden; besonders enge Grenzen sind schematischen Regelungen bei persönlichkeitsnahen Grundrechtsgehalten gesetzt<sup>46</sup>.

Eine weitere Durchbrechung des Rechtsgleichheitsgebots ergibt sich schliesslich aus dem *Föderalismus*. Die föderalistische Struktur der Schweiz kann dazu führen, dass verschiedene Gemeinwesen für dieselben Sachverhalte unterschiedliche Regelungen vorsehen. Dies allein verstösst nicht gegen das Rechtsgleichheitsgebot. Entscheidender Gesichtspunkt ist hier, ob die in Frage stehende Regelung sachlich begründet werden kann. Gleiches gilt, wenn verschiedene Kantone Bundesrecht unterschiedlich, aber jeweils in einer sachlich vertretbaren Weise anwenden. Auch hier gebietet das Rechtsgleichheitsgebot keine „Gleichbehandlung über die Kantonsgrenzen hinweg“<sup>47</sup>. Eine absolute Grenze bildet jedoch das Diskriminierungsverbot von Art. 8 Abs. 2 BV und Art. 37 Abs. 2 BV, wonach niemand wegen seiner Bürgerrechte bevorzugt oder benachteiligt werden darf.

<sup>43</sup> Das Bundesgericht prüft die Zulässigkeit einer Ungleichbehandlung im Rahmen spezifischer Freiheitsrechte grundrechtsdogmatisch als Eingriff in das betroffene Freiheitsrecht. Die Tücken dieses Ansatzes zeigen sich jedoch, wenn die Erbringung einer Leistung in Frage steht; vgl. BGE 126 II 300 und WALTER KÄLIN, Kulturkonflikt, S. 126 ff.

<sup>44</sup> Grundlegend BGE 103 Ia 369, E7d/bb S. 389; JÖRG PAUL MÜLLER, Grundrechte, S. 424 f. und 436 ff.; DERS., Soziale Grundrechte in der Verfassung, S. 226 ff.; KATHRIN AMSTUTZ, Das Grundrecht auf Existenzsicherung, S. 104 ff.

<sup>45</sup> BEATRICE WEBER-DÜRLER, Rechtsgleichheit, Rz. 14; DIES., Verwaltungsökonomie und Praktikabilität im Rechtsstaat, ZBI 87 (1986), S. 210 ff.

<sup>46</sup> JÖRG PAUL MÜLLER, Grundrechte, S. 403.

<sup>47</sup> JÖRG PAUL MÜLLER, Grundrechte, S. 404. Vgl. dazu BGE 124 IV 44, E2c S. 47; 120 Ib 332, E6 S. 337 f.; 115 Ia 81, E3c S. 85; 104 Ia 156, E2b S. 158; 99 Ia 370, E6b S. 381; BEATRICE WEBER-DÜRLER, Rechtsgleichheit, Rz. 20 f.

Die uneinheitliche Anwendung desselben Gesetzes durch verschiedene Behörden wird von einem massgebenden Teil der Lehre als Missstand betrachtet, es sei denn, das Gesetz wolle eben gerade einen Spielraum zur Berücksichtigung lokaler Besonderheiten einräumen<sup>48</sup>.

---

<sup>48</sup> SILVIO ARIOLI, *Rechtsanwendung*, S. 110 ff.; GEORG MÜLLER, Art. 4 aBV, Rz. 39; vgl. auch JÖRG PAUL MÜLLER/MARKUS SCHEFER, *Staatsrechtliche Rechtsprechung*, S. 214 f.; BEATRICE WEBER-DÜRLER, *Rechtsgleichheit*, Rz. 21.

---

## § 3 DISKRIMINIERUNGSVERBOT

### I. Funktion

Historische Erfahrung und gesellschaftliche Wirklichkeit zeigen, dass bestimmte Gruppen von Menschen allein aufgrund bestimmter Merkmale, die sie von ihren Mitmenschen abheben, gesellschaftlich ausgegrenzt und rechtlich schlechter gestellt wurden und werden. Die Ungleichbehandlung von Menschen allein wegen ihrer Gruppenzugehörigkeit kann diese Menschen stärker als eine „gewöhnliche“ rechtsungleiche Behandlung treffen, da sie deren Anspruch gefährdet, als gleichwertige Mitglieder einer Gesellschaft behandelt zu werden.

Der allgemeine Gleichheitssatz bietet hier oft keinen ausreichenden Schutz. Seine Konkretisierung erfolgt vor dem Hintergrund gesellschaftlicher Wertvorstellungen – und damit besteht die Gefahr, dass ein grundsätzlich irrelevantes Kriterium wie die Zugehörigkeit eines Menschen zu einer bestimmten Gruppe in der Gesellschaft als „sachlich“ erachtet und zur Begründung einer Ungleichbehandlung herangezogen wird.

Um dies zu verhindern, stellen Diskriminierungsverbote als „besondere“ Gleichheitssätze in diesen Fällen qualifizierte Anforderungen an die Begründung von Gleich- und Ungleichbehandlungen.

### II. Rechtliche Verankerung

#### 1. Bundesverfassung

Die Bundesverfassung verankert das Diskriminierungsverbot in Art. 8 Abs. 2 bis 4. Art. 8 Abs. 2 BV enthält ein *allgemeines Diskriminierungsverbot* mit einem *nicht abschliessenden* Katalog von Diskriminierungstatbeständen:

Niemand darf diskriminiert werden, namentlich nicht wegen der Herkunft, der Rasse, des Geschlechts, des Alters, der Sprache, der sozialen Stellung, der Lebensform, der religiösen, weltanschaulichen oder politischen Überzeugung oder wegen einer körperlichen, geistigen oder psychischen Behinderung.

Darüber hinaus umfasst das Rechtsgleichheitsgebot ein spezifisches Verbot der Diskriminierung wegen des Geschlechts (Art. 8 Abs. 3 BV) und den Auftrag an den Ge-

setzgeber, Massnahmen zur Beseitigung von Benachteiligungen der Behinderten vorzusehen (Art. 8 Abs. 4 BV). Diese Normen sind im vorliegenden Zusammenhang allerdings nicht einschlägig.

## 2. *Internationaler Menschenrechtsschutz*

Das Diskriminierungsverbot der Bundesverfassung orientiert sich an verschiedenen internationalen Grundrechtsgarantien, insbesondere an Art. 14 EMRK und Art. 2 Abs. 1 und Art. 26 Pakt II, sowie an weiteren Instrumenten zum Schutz vor Diskriminierung (z.B. Übereinkommen gegen Rassendiskriminierung, Übereinkommen gegen die Diskriminierung von Frauen).

Soweit diese Diskriminierungsverbote die Schweiz binden, ist davon auszugehen, dass ihre Tragweite nicht über den in der Bundesverfassung gewährleisteten Schutz hinausgeht. Dies ist nicht allein darauf zurückzuführen, dass sich das Diskriminierungsverbot der schweizerischen Bundesverfassung an die menschenrechtlichen Diskriminierungsverbote anlehnt, sondern auch auf den Umstand, dass die neue Bundesverfassung auch das in der Schweiz auf Grund völkerrechtlicher Verpflichtungen geltende Verfassungsrecht abbilden soll.

## III. **Sachlicher Schutzbereich**

Art. 8 Abs. 2 BV verankert erstmals im schweizerischen Verfassungsrecht ein ausdrückliches Diskriminierungsverbot, ohne jedoch den Begriff der Diskriminierung näher zu bestimmen. Zwar besteht weitgehende Einigkeit darüber, dass Diskriminierungen *qualifizierte Fälle* rechtsungleicher Behandlung darstellen<sup>49</sup>. Ansonsten verwenden Lehre und Rechtsprechung den Begriff jedoch *uneinheitlich*. Ein klarer Diskriminierungsbegriff lässt sich in der schweizerischen Verfassungsrechtsdogmatik noch nicht feststellen.

Das Bundesgericht umschreibt das Diskriminierungsverbot in einem neueren Entscheid mit folgenden Worten:

„Eine Diskriminierung gemäss Art. 8 Abs. 2 BV liegt dann vor, wenn eine Person rechtsungleich behandelt wird allein aufgrund ihrer Zugehörigkeit zu einer bestimmten Gruppe (...), welche historisch und in der gegenwärtigen sozialen Wirklichkeit tendenziell ausgegrenzt oder sonst minderwertig behandelt wurde (...).

<sup>49</sup> BGE 126 II 377, E6a S. 392; JÖRG PAUL MÜLLER, Grundrechte, S. 410 ff.; DERS., Diskriminierungsverbote, S. 103 ff; WALTER KÄLIN, Kulturkonflikt, S. 105 ff; MARKUS SCHEFER, Kerngehalte S. 476 f.; RAINER J. SCHWEIZER, Art. 8 Rz. 50.

Die Diskriminierung stellt eine qualifizierte Art von Ungleichbehandlung von Personen in vergleichbaren Situationen dar, indem sie eine Benachteiligung eines Menschen bewirkt, die als Herabwürdigung oder Ausgrenzung einzustufen ist, weil sie an ein Unterscheidungsmerkmal anknüpft, das einen wesentlichen und nicht oder nur schwer aufgebaren Bestandteil der Identität ausmacht (...); insofern beschlägt das Diskriminierungsverbot auch Aspekte der Menschenwürde (Art. 7 BV). Das Diskriminierungsverbot des schweizerischen Verfassungsrechts macht aber die Anknüpfung an ein verpöntes Merkmal – wie Herkunft, Rasse, Geschlecht, Sprache und weitere in Art. 8 Abs. 2 BV (in nicht abschliessender Weise) aufgezählte Kriterien – nicht absolut unzulässig. Vielmehr begründet dieser Umstand zunächst den blossen „Verdacht einer unzulässigen Differenzierung“ (...); sich daraus ergebende Ungleichbehandlungen sind indessen „qualifiziert zu rechtfertigen“ (...)<sup>50</sup>.

## 1. Erhöhtes Schutzbedürfnis

Das Bundesgericht nennt im soeben zitierten Urteil *zwei Schutzrichtungen* von Art. 8 Abs. 2 BV: Als Funktion des verfassungsrechtlichen Diskriminierungsverbots wird einerseits ein spezifischer *Schutz für besonders verletzte Gruppen vor Ausgrenzung und Herabwürdigung* aufgeführt, andererseits ein *qualifizierter Schutz vor rechtsungleicher Behandlung* in besonders persönlichkeitsnahen Bereichen.

In der Lehre wird der Begriff der Diskriminierung häufig von der einen oder anderen Funktion her begründet<sup>51</sup>. Die optimale Verwirklichung der Grundgedanken des Diskriminierungsverbots legt jedoch nahe, Art. 8 Abs. 2 BV beide Aspekte zuzuordnen.

Diskriminierungsverbote sind eine Reaktion auf die Erfahrung, dass bestimmte Personengruppen immer wieder Gefahr laufen, in systematischer Weise gesellschaftlich ausgegrenzt, rechtlich schlechter gestellt und damit zu Menschen zweiter Klasse deklariert zu werden. Es ist daher richtig, die primäre Funktion des Diskriminierungsverbots in der Gewährleistung eines besonderen Schutzes für die Angehörigen dieser Gruppen zu sehen. Diese Schutzrichtung macht erforderlich, die normativen Wirkungen des Diskriminierungsverbots immer dann zum Zug kommen zu lassen, wenn das Recht nach diesen Kategorien differenziert, auch wenn damit keine Schlechterstellung der besonders geschützten Personen einhergeht. Abgesehen davon, dass nicht immer

<sup>50</sup> BGE 126 II 377, E6a S. 392.

<sup>51</sup> Insbesondere JÖRG PAUL MÜLLER stellt den Schutz besonderer Gruppen in den Vordergrund und plädiert auf dieser Grundlage für ein asymmetrisches Diskriminierungsverbot, das nur gerade den Angehörigen von erfahrungsgemäss ausgegrenzten Gruppen Schutz gewährt, nicht aber den Angehörigen der „komplementären“ Gruppen, die allein durch den allgemeinen Gleichheitssatz geschützt sind; vgl. JÖRG PAUL MÜLLER, Grundrechte, S. 415. Dieses Verständnis wurde von einem erheblichen Teil der schweizerischen Lehre aufgegriffen; RENÉ RHINOW, Bundesverfassung, S. 140; CAROLINE KLEIN, Discrimination, S. 24 ff; REGINA KIENER, Einbürgerungsverfahren, S. 216; CHRISTOPH METTLER/SIMON BANGERTER, Bemerkungen zu BGE 126 II 377, S. 591. Klar eine Gegenposition vertritt BERNHARD WALDMANN, Diskriminierungsverbot, insb. § 6 III/2c, der den Schutz der Wertschätzung einer Person in den Vordergrund stellt.

offensichtlich ist, ob eine Differenzierung für diese Gruppen eine Schlechterstellung oder eine Privilegierung bewirkt, besteht jedenfalls die Gefahr, dass dadurch ein Denken in diesen belasteten und grundsätzlich irrelevanten Kategorien perpetuiert wird. Zudem treffen Ungleichbehandlungen aufgrund dieser Kriterien, die ein Mensch nicht oder jedenfalls nur unter Preisgabe zentraler Elemente seiner Persönlichkeit aufgeben kann, jeden Menschen besonders intensiv, auch wenn sie nicht vor dem Hintergrund einer sozialen Ausgrenzung geschehen<sup>52</sup>.

## 2. *Verdächtige Kategorisierungen*

Das Diskriminierungsverbot setzt an der Erfahrung sozialer Ausgrenzung an und ist deshalb in erhöhtem Mass zeit- und kontextabhängig als der allgemeine Gleichheitssatz. Die in Art. 8 Abs. 2 BV aufgeführten Merkmale halten fest, welche Kategorisierungen *zur Zeit* die Gefahr der sozialen Ausgrenzung und Herabwürdigung in besonderem Mass mit sich bringen<sup>53</sup>. Diese Kategorisierungen kommen in den einzelnen Diskriminierungstatbeständen zum Ausdruck, in der Reihenfolge der Aufzählung im Verfassungstext: die Herkunft, die Rasse, das Geschlecht, das Alter, die Sprache, die soziale Stellung, die Lebensform, die religiöse, weltanschauliche oder politische Überzeugung und die körperliche, geistige oder psychische Behinderung.

In der Lehre bereits näher konkretisiert sind insbesondere die Verbote der Diskriminierung wegen der „Rasse“ und der Hautfarbe, wegen des Geschlechts, einer Behinderung, der Homosexualität und wegen der religiösen Überzeugung<sup>54</sup>. Daneben wird in der Lehre zunehmend ein Verbot der ethnisch-kulturellen Diskriminierung befürwortet, in dem Elemente der Herkunft, der Religion und der Kultur, der Sprache und der Lebensform zusammenfliessen<sup>55</sup>. Die Tragweite anderer verdächtiger Kategorisierungen, wie etwa des Alters, ist noch weitgehend unklar.

Art. 8 Abs. 2 BV ist *nicht abschliessend formuliert* und belässt damit Raum für die Erfassung weiterer Diskriminierungstatbestände. Welche das sein werden, bleibt offen und wird entscheidend von der Einsicht der Gesellschaft in das Bestehen sozialer Ausgrenzungen und ihrer Bereitschaft abhängen, dagegen anzugehen.

---

<sup>52</sup> Vgl. zum Ganzen MARKUS SCHEFER, Kerngehalte, S. 485 ff.

<sup>53</sup> MARKUS SCHEFER, Kerngehalte, S. 480.

<sup>54</sup> Vgl. dazu die Hinweise bei MARKUS SCHEFER, Kerngehalte, S. 491 ff.

<sup>55</sup> WALTER KÄLIN, Ausländerdiskriminierung, S. 572 ff.; WALTER KÄLIN/MARTINA CARONI, Diskriminierung S. 75 ff.; JÖRG PAUL MÜLLER, Diskriminierungsverbot S. 124.

### 3. Staatsangehörigkeit oder Aufenthaltsrechtlicher Status als verdächtige Differenzierungskriterien?

Art. 8 Abs. 2 BV nennt die Staatsangehörigkeit *nicht* als besonders verdächtige Kategorisierung. Zwar gehört die nationale Herkunft zu den „klassischen„ Diskriminierungstatbeständen. Dieses Kriterium bezieht sich jedoch – gleich wie die ethnische Herkunft und anders als die Staatsangehörigkeit - nicht auf rechtliche, sondern auf sprachliche, kulturelle, historische und ähnliche Kriterien<sup>56</sup>.

Herrschende Lehre und Praxis gehen denn auch davon aus, dass Unterscheidungen nach der Staatsangehörigkeit grundsätzlich *nicht* am Diskriminierungsverbot zu messen sind<sup>57</sup>.

Dies lässt sich insbesondere mit der Struktur der Diskriminierungsverbote erklären. Diese betreffen regelmässig Merkmale eines Menschen, die zentrale Elemente der Persönlichkeit darstellen und die er nicht ändern kann (Herkunft, Geschlecht, Hautfarbe) bzw. deren Änderung ihm nicht zumutbar ist (religiöse und politische Überzeugung). Der Staatsangehörigkeit als *rechtliches* Differenzierungskriterium fehlt diese spezifische Persönlichkeitsnähe.

Das bedeutet nicht, dass Ungleichbehandlungen nach der Staatsangehörigkeit in jedem Fall vor der Verfassung standhalten. Sie haben in jedem Fall den Anforderungen des *allgemeinen Gleichheitssatzes* an eine sachliche Begründung zu genügen.

Diese Beurteilung entspricht der Lehre und Praxis zu den völkerrechtlichen Diskriminierungsverboten. Die Strassburger Organe etwa gehen davon aus, dass Unterscheidungen aufgrund der Staatsangehörigkeit nicht per se diskriminierend sind, sondern sachlich und objektiv gerechtfertigt sein können<sup>58</sup>. Im gleichen Sinn sieht etwa Art. 1 Abs. 2 RDK vor, dass „Unterscheidungen, Ausschlüsse, Beschränkungen oder Bevorzugungen, die ein Vertragsstaat zwischen eigenen und fremden Staatsangehörigen vornimmt“, nicht unter das Verbot der Rassendiskriminierung fallen. Dennoch verlangt der Ausschuss für die Beseitigung der Rassendiskriminierung, dass die Vertragsstaaten über die Situation der ausländischen Wohnbevölkerung Rechenschaft abzulegen haben<sup>59</sup> und Ausländerinnen und Ausländer keiner Diskriminierung aussetzen dürfen, die nicht unmittelbar in der Ausländereigenschaft begründet ist<sup>60</sup>. Inwieweit diese (umstrittene)<sup>61</sup> Auffassung mehr verlangt als eine sachliche Begründung von Unterscheidungen nach der Staatsangehörigkeit, lässt sich nur schwer abschätzen.

<sup>56</sup> Siehe etwa Art. 2 lit. a der europäischen Konvention über die Staatsangehörigkeit: „[N]ationality' means the legal bond between a State and does not indicate the person's ethnic origin“; die Staatsangehörigkeit richtet sich nach juristischen, nicht ethnischen Kriterien. Dazu auch WALTER KÄLIN, Kulturkonflikt, S. 108 f.

<sup>57</sup> WALTER KÄLIN, Ausländerdiskriminierung, S. 574 f; RAINER J. SCHWEIZER, Art. 8, Rz. 66.

<sup>58</sup> Abdulaziz, Cabales und Balkandali, Kommissionsbericht, Serie A, Nr. 94, S. 54 f., Ziff. 113; Beschwerde Nr. 26711/95, Verde gegen Frankreich, Zulässigkeitsentscheidung vom 28. 2. 1996, unveröffentlicht; Moustaquim gegen Belgien, Serie A, Nr. 193, Ziff. 49.

<sup>59</sup> General Recommendation XI (CERD/C/365Rev. 1, S. 9).

<sup>60</sup> BRUN-OTTO BRYDE, Rassendiskriminierung, S. 61 ff., S. 71.

<sup>61</sup> BRUN-OTTO BRYDE, Rassendiskriminierung, S. 71.

Auch eine Ungleichbehandlung *zwischen fremden Staatsangehörigen* aufgrund ihres ausländischen Status ist grundsätzlich nicht am Diskriminierungsverbot zu messen. Auch hier gilt jedoch, dass Ungleichbehandlungen den Anforderungen des allgemeinen Gleichheitssatzes entsprechen müssen<sup>62</sup>. Sachlich begründete Differenzierungen zwischen Schweizerinnen und Schweizern und Ausländerinnen und Ausländern wie auch zwischen fremden Staatsangehörigen mit unterschiedlichem Aufenthaltsstatus sind daher zulässig<sup>63</sup>.

Sachliche Gründe lassen sich nach der Praxis der internationalen Organe insbesondere für die *Privilegierungen* von Ausländerinnen und Ausländern aufgrund von *Staatsverträgen*<sup>64</sup> oder aufgrund der Zugehörigkeit zu einer *speziellen Rechtsgemeinschaft*<sup>65</sup> anführen.

Ein Rechtsakt, der eine Differenzierung nach der Staatsangehörigkeit oder nach dem Aufenthaltsstatus vorsieht, kann allerdings dann am Diskriminierungsverbot zu messen sein, wenn er in seiner konkreten Anwendung die Angehörigen einer spezifisch gegen Diskriminierung geschützten Gruppe besonders stark trifft (indirekte Diskriminierung).

Dies traf beispielsweise auf das sogenannte 3-Kreise-Modell zu, das für die Angehörigen verschiedener Staatengruppen unterschiedliche Zulassungsvoraussetzungen aufstellt. Dieses Modell knüpfte zwar der Form nach an die Staatsangehörigkeit an; die Zuordnung der Staaten zu den verschiedenen Kreisen erfolgte jedoch nach kulturellen – und damit diskriminierungsverdächtigen – Gesichtspunkten<sup>66</sup>.

Eine Tendenz, Ausländerinnen und Ausländer, insbesondere Flüchtlinge und Migrantinnen und Migranten, als besonders verletzte Gruppe wahrzunehmen, zeichnet sich in der Arbeit des Ausschusses für die Beseitigung der Rassendiskriminierung<sup>67</sup> und etwa im Rahmen der Weltkonferenz gegen Rassismus (Durban 2001) ab. Tatsächlich lässt sich nicht ausschliessen, dass Schlechterstellungen dieser Gruppen mit der Zeit als diskriminierend wahrgenommen und die Betroffenen daher in den Genuss des besonderen Schutzes der Diskriminierungsverbote kommen werden. Diese Einschätzung entspricht jedoch zur Zeit nicht der Praxis der massgeblichen Organe und der herrschenden Lehre.

---

<sup>62</sup> WALTER KÄLIN, Kulturkonflikt, S. 103.

<sup>63</sup> BGE 125 IV 1, E5b S. 3; 123 I 19; 117 Ia 97; 114 Ia 8; 114 Ia 1; RAINER J. SCHWEIZER, Art. 8, Rz. 66.

<sup>64</sup> Zum Rassendiskriminierungsübereinkommen DREW MAHALIC/JOAN GAMBEE MAHALIC, Racial Discrimination, S. 78.

<sup>65</sup> EKMR, Moustaquim gegen Belgien, Serie A, Nr. 193, Ziff. 49.

<sup>66</sup> Dazu WALTER KÄLIN, Diskriminierung, S. 80 ff.; ANDREAS AUER, Immigration, S. 1232 ff.

<sup>67</sup> Vgl. die Diskussion des Staatenberichts von Estland mit Beiträgen von YUTZIS; ABOUL-NASR, BOUSSUYT und BRYDE (CERD/C/SR. 1398).

#### 4. **Qualifizierte Anforderungen an die Begründung einer Ungleichbehandlung**

Ungleichbehandlungen wegen eines der in Art. 8 Abs. 2 BV genannten Kriterien sind *nicht in jedem Fall unzulässig*. Sie begründen jedoch den Verdacht einer Unzulässigkeit, der sich aber nach Ansicht des Bundesgerichts und der herrschenden Lehre durch qualifizierte Gründe entkräften lässt.

Bei dieser Prüfung ist der Heterogenität der verschiedenen Diskriminierungstatbestände Rechnung zu tragen, indem abgestufte Anforderungen an die Zulässigkeit von Ungleichbehandlungen gestellt werden. Ungleichbehandlungen wegen der Rasse, der Hautfarbe, der Herkunft oder des Geschlechts sind nur bei besonders gewichtigen Gründen zu rechtfertigen, während bei anderen Merkmalen die Anforderungen (bei einem gegenüber dem allgemeinen Gleichheitssatz erhöhten Prüfungsstandard) tiefer liegen können<sup>68</sup>.

#### IV. **Persönlicher Schutzbereich**

Die in Art. 8 Abs. 2 BV genannten Kategorisierungen beziehen sich auf Eigenschaften, die *nur natürlichen Personen* zukommen. Während sich juristische Personen nicht auf das Diskriminierungsverbot berufen können, erstreckt sich das Diskriminierungsverbot auf alle Menschen.

#### V. **Direkte und indirekte Diskriminierung**

Die Lehre und die Rechtsprechung zu den völkerrechtlichen Diskriminierungsverboten, aber auch die Lehre und Praxis zu Art. 8 BV sind sich grundsätzlich darin einig, dass sich das Problem der Diskriminierung in rechtlicher Hinsicht in verschiedenen Konstellationen stellen kann. Dabei werden primär zwei Fallgruppen unterschieden:

- Eine *direkte Diskriminierung* ist dann zu prüfen, wenn Rechtsakte *ausdrücklich* eine Differenzierung nach einem verdächtigen Merkmal vornehmen.
- Eine *indirekte Diskriminierung* ist zu prüfen, wenn Rechtsakte, die kein verdächtiges Differenzierungskriterium verwenden, in ihren *konkreten Auswirkungen* die Angehörigen einer spezifisch gegen Diskriminierung geschützten Gruppe benachteiligen.

<sup>68</sup> Vgl. dazu im Einzelnen hinten, Ziff. V/1b.

Während das Verbot der direkten Diskriminierung klare Konturen aufweist, bleibt das Verbot der indirekten Diskriminierung im schweizerischen Verfassungsrecht noch konkretisierungsbedürftig.

## 1. *Das Verbot der direkten Diskriminierung*

### a. *Differenzierung nach einem verdächtigen Merkmal*

Das Verbot der direkten Diskriminierung kommt immer dann zum Zug, wenn ein Rechtsakt ein – in Art. 8 Abs. 2 BV ausdrücklich aufgeführtes oder durch weitere Konkretisierung des Diskriminierungsverbots herauskristallisiertes – verdächtiges Merkmal als massgebliches Kriterium für eine Ungleichbehandlung verwendet<sup>69</sup>. Jede Ungleichbehandlung, die an eines dieser Kriterien anknüpft, wirkt gewissermassen als „Alarmsignal“<sup>70</sup> und lässt die Vermutung einer Widerrechtlichkeit entstehen<sup>71</sup>.

Eine Anknüpfung an eines dieser Kriterien ist jedenfalls dann gegeben, wenn der in Frage stehende Rechtsakt das betroffene Merkmal *ausdrücklich* als Differenzierungsmerkmal verwendet. Eine Anknüpfung liegt jedoch auch dann vor, wenn ein zwar anderes Merkmal als Differenzierungskriterium verwendet wird, dieses aber aus tatsächlichen<sup>72</sup> oder rechtlichen<sup>73</sup> Gründen ausschliesslich von den Trägern eines Merkmals erfüllt werden kann.

### b. *Fehlende Rechtfertigung*

Die Anknüpfung an ein verdächtiges Merkmal stellt für sich genommen noch keine Diskriminierung dar. Sie begründet den Verdacht einer unzulässigen Ungleichbehandlung, der sich aber nach Ansicht der herrschenden verfassungsrechtlichen Lehre<sup>74</sup> und der Rechtsprechung des Bundesgerichts<sup>75</sup> durch eine rechtlich genügende Rechtfertigung entkräften lässt. Einigkeit besteht darüber, dass sachliche Gründe, wie sie im Rahmen des allgemeinen Gleichheitssatzes genügen, beim Verdacht einer Diskriminie-

<sup>69</sup> So auch das Bundesgericht in BGE 126 II 377, E6b S. 393.

<sup>70</sup> CAROLINE KLEIN, *Discrimination*, S. 50.

<sup>71</sup> JÖRG PAUL MÜLLER, *Grundrechte*, S. 416; WALTER KÄLIN, *Ausländerdiskriminierung*, S. 576; WALTER KÄLIN/MARTINA CARONI, *Diskriminierung*, S. 78 f.

<sup>72</sup> Diese Präzisierung wurde vor allem im Zusammenhang mit der Anknüpfung einer Ungleichbehandlung an eine Schwangerschaft entwickelt; vgl. etwa BOTSCHAFT des Bundesrates zum Bundesgesetz über die Gleichstellung von Frau und Mann (GIG), BBl 1993 I 1295.

<sup>73</sup> Beispiele sind hier etwa Ungleichbehandlungen, die an ein unterschiedliches Rentenalter für Mann und Frau oder an eine nur für Männer bestehende Dienstpflicht anknüpfen.

<sup>74</sup> WALTER KÄLIN, *Grundrechte*, S. 110 ff.; BERNHARD WALDMANN, *Diskriminierungsverbot*, § 6 III 2c; CAROLINE KLEIN, *Discrimination*, S. 55; JÖRG PAUL MÜLLER, *Grundrechte*, S. 429.

<sup>75</sup> BGE 126 II 377, E6a S. 393.

nung nicht ausreichen. In diesen Fällen ist eine *qualifizierte Rechtfertigung* erforderlich<sup>76</sup>. Im Vordergrund steht dabei eine *Verhältnismässigkeitsprüfung*, wie sie insbesondere auch Lehre und Praxis zu den Diskriminierungsverboten des Pakts II<sup>77</sup> und der EMRK<sup>78</sup> anwenden.

Demnach ist in einem ersten Schritt zu prüfen, ob die mit der Ungleichbehandlung verfolgten *Ziele zulässig*, d.h. verfassungs- und völkerrechtskonform sind. In einem zweiten Schritt ist danach zu fragen, ob die Ungleichbehandlung in Bezug auf das verfolgte Ziel *verhältnismässig* ist, d.h. zur Erreichung des Ziels geeignet, erforderlich und der betroffenen Person zumutbar ist<sup>79</sup>.

Bei dieser Prüfung ist der Heterogenität der verschiedenen Unterscheidungsmerkmale mit *abgestuften Anforderungen* an die Zulässigkeit der Ungleichbehandlung Rechnung zu tragen<sup>80</sup>. In der Lehre ist unbestritten, dass die Hürden für die Zulässigkeit von Ungleichbehandlungen, die an die Rasse, die Herkunft oder das Geschlecht anknüpfen, besonders hoch anzusetzen sind und nur besonders gewichtige Gründe eine Ungleichbehandlung zu rechtfertigen vermögen, während bei den anderen Merkmalen die Anforderungen tiefer liegen können<sup>81</sup>.

## 2. Das Verbot der indirekten Diskriminierung

### a. Begriff

Das Verbot der direkten Diskriminierung reicht nicht aus, um die Gefahr sozialer und rechtlicher Ausgrenzung und ein Eindringen verdächtiger Kategorisierungen in das Recht zu verhindern. Eine Ausgrenzung von Menschen allein wegen ihrer Zugehörigkeit zu einer bestimmten Gruppe kann auch darin bestehen, dass eine Ungleichbehandlung an Kriterien anknüpft, die typisch für die Angehörigen einer solche Gruppe sind, oder dass tatsächlich bestehende Unterschiede, die die Angehörigen dieser

<sup>76</sup> BGE 126 II 377, E6a S. 393; BGE 126 V 70, E4c S. 73.

<sup>77</sup> Ausschuss für Menschenrechte, Allgemeine Bemerkung 18 (37) (1989), § 13, abgedruckt und übersetzt bei WALTER KÄLIN/GIORGIO MALINVERNI/MANFRED NOWAK, UNO-Menschenrechtspakte, S. 402 ff.

<sup>78</sup> Aus der Praxis der Strassburger Organe statt vieler *Camp und Bourimi v. Niederlande*, Appl. Nr. 28369/95, § 37; *Mazurek v. Frankreich*, Appl. Nr. 34406/97, § 48; *Sheffield und Horsham v. Grossbritannien*, Reports 1998-V, § 75.

<sup>79</sup> WALTER KÄLIN, *Kulturkonflikt*, S. 112.

<sup>80</sup> JÖRG PAUL MÜLLER, *Grundrechte*, S. 431 f., mit Hinweisen auf die Rechtsprechung des U.S.-amerikanischen Supreme Court.

<sup>81</sup> WALTER KÄLIN/MARTINA CARONI, S. 79 ff.; BEATRICE WEBER-DÜRLER, *Rechtsgleichheit*, Rz. 26; BERNHARD WALDMANN, *Diskriminierungsverbot*, § 8 A I Ziff. 3; ETIENNE GRISEL, *Egalité*, N. 140 ff.

Gruppe kennzeichnen, übergangen werden. Gleich wie bei einer direkten Diskriminierung wird in diesen Fällen Eigenschaften, die mit der Zugehörigkeit zu einer bestimmten sozialen Gruppe einhergehen, bei der Ausgestaltung der Rechtsordnung nicht Rechnung getragen. Dies bringt die gleiche Gefahr einer Herabwürdigung und gesellschaftlichen Marginalisierung mit sich wie eine ausdrückliche Ungleichbehandlung. Entsprechend ist auch ein besonderes Schutzbedürfnis zu bejahen.

Hier setzt indirekte Diskriminierung an. Das Bundesgericht definierte diesen Begriff folgendermassen:

„Eine indirekte Diskriminierung ist dann gegeben, wenn eine Regelung, die keine offensichtliche Benachteiligung von spezifisch gegen Diskriminierung geschützten Gruppen enthält, in ihren tatsächlichen Auswirkungen Angehörige einer solchen Gruppe besonders stark benachteiligt, ohne dass dies sachlich begründet wäre.“<sup>82</sup>

### *b. Fallgruppen*

Es lassen sich verschiedene Fallgruppen der indirekten Diskriminierung unterscheiden. Ihnen ist gemeinsam, dass der in Frage stehende Rechtsakt nicht an ein verpöntes Merkmal anknüpft<sup>83</sup>.

Das Verbot der indirekten Diskriminierung ist einschlägig, wenn

- eine Differenzierung, welche an einem neutralen, d.h. nicht verpönten Merkmal anknüpft, ausschliesslich Angehörige einer Gruppe mit einem bestimmten verpönten Merkmal benachteiligt;
- eine Regelung, welche alle Adressaten gleich behandelt, bei ihrer konkreten Anwendung ausschliesslich Angehörige einer Gruppe mit einem bestimmten verpönten Merkmal benachteiligt.

Diese Konstellationen tragen dem Umstand Rechnung, dass immer dann, wenn tatsächliche Unterschiede, die nur gerade Trägern eines bestimmten verdächtigen Merkmals eigen sind, zur Grundlage einer Differenzierung gemacht oder übergangen werden, im Ergebnis gleich wie bei einer direkten Diskriminierung die Gefahr einer ungerechtfertigten Schlechterstellung gerade dieser Personen und damit einer Ausgrenzung droht. Durch den engen Bezug zu tatsächlich vorhandenen gruppenspezifischen Unterschieden ist das Verbot der indirekten Diskriminierung in diesen Fällen darauf ausgerichtet, einen umfassenden Schutz der Wertschätzung eines Menschen zu gewährleisten, der Träger eines verdächtigen Merkmals ist.

<sup>82</sup> BGE 126 II 377, E6c S. 393 f.

<sup>83</sup> Ausführlich dazu ANDREAS RIEDER, Form oder Effekt, Teil 3, III.

Das Verbot der indirekten Diskriminierung ist nach der Lehre und Rechtsprechung zudem dann einschlägig, wenn

- eine Differenzierung, welche an einem neutralen, nicht verpönten Merkmal anknüpft, überwiegend Angehörige einer Gruppe mit einem bestimmten verpönten Merkmal benachteiligt.
- eine Regelung, welche alle Adressaten gleich behandelt, bei ihrer konkreten Anwendung überwiegend Angehörige einer Gruppe mit einem bestimmten verpönten Merkmal benachteiligt.

Steht keine ausschliessliche, aber immerhin eine überwiegende Betroffenheit der Angehörigen einer Gruppe mit bestimmten verdächtigen Merkmalen in Frage, soll das Verbot der indirekten Diskriminierung gewährleisten, dass gruppentypischen Unterschieden immer dann speziell Beachtung geschenkt wird, wenn die Negation dieser Unterschiede oder aber ihre Verwendung als Differenzierungsmerkmal im Ergebnis einer direkten Diskriminierung gleichkommen.

*c. Insbesondere: Die ungleiche Betroffenheit*

Zentrales Element des Verbots der indirekten Diskriminierung ist die ungleiche Betroffenheit der Angehörigen einer Gruppe mit einem bestimmten verdächtigen Merkmal. Während sich die ungleiche Betroffenheit in der ersten Fallgruppe bereits aus dem Vergleich der Behandlung von Individuen ergibt, kennzeichnet sich die zweite Fallgruppe dadurch, dass sich die ungleiche Betroffenheit erst durch einen Gruppenvergleich feststellen lässt.

Dabei ist primär auf eine quantitative Betrachtungsweise abzustellen. Nur ausnahmsweise kann von dieser quantitativen Betrachtungsweise abgesehen werden, wenn sich Unterschiede herauskristallisieren, deren Gruppenbezug notorisch ist. Die Lehre und die Rechtsprechung sind sich dabei einig, dass eine substantielle, erhebliche oder wesentliche ungleiche quantitative Betroffenheit erforderlich ist. Diese Anforderung folgt aus der spezifischen Funktion des verfassungsrechtlichen Diskriminierungsverbots, die Angehörigen bestimmter Gruppen gegen Ausgrenzung zu schützen. Erforderlich ist mit anderen Worten, dass die durch eine Gleich- oder Ungleichbehandlung bewirkte Benachteiligung faktisch verdächtige und erfahrungsgemäss mit der Gefahr einer sozialen Ausgrenzung verbundene Kategorisierung nachzeichnet, d.h. eine eindeutige und erhebliche ungleiche Betroffenheit der Angehörigen einer Gruppe bewirkt, die einer ausdrücklichen Schlechterstellung der Angehörigen dieser Gruppe nahezu gleichkommt<sup>84</sup>.

#### *d. Rechtfertigung*

Gleich wie beim Verbot der direkten Diskriminierung begründet die ungleiche Betroffenheit erst den Verdacht einer Diskriminierung, der mit einer genügenden Rechtfertigung ausgeräumt werden kann.

Der Lehre und der Praxis sind dabei zur Zeit noch keine klaren Massstäbe für diese Rechtfertigung zu entnehmen. Das Bundesgericht scheint im bereits erwähnten Entscheid sachliche Gründe genügen zu lassen. Im Hinblick auf die Funktion des Verbots der indirekten Diskriminierung (die gleich wie das Verbot der direkten Diskriminierung der Gefahr einer sozialen und rechtlichen Ausgrenzung begegnen will) erscheint es jedoch auch hier erforderlich, an die Begründung eines benachteiligenden Rechtsaktes qualifizierte Anforderungen zu stellen. Es liegt nahe, auch hier die Rechtfertigung am Verhältnismässigkeitsgrundsatz auszurichten.

## **VI. Diskriminierung und vorläufige Aufnahme?**

### **1. Ausgangslage**

Diskriminierungsverbote schützen Menschen davor, allein wegen der Zugehörigkeit zu bestimmten, durch verdächtige Merkmale gekennzeichnete Gruppen ungleich behandelt zu werden. Ausländer bzw. bestimmte Kategorien von Ausländern bilden als solche nicht eine jener Gruppen, die den besonderen Schutz des Diskriminierungsverbots beanspruchen können. Benachteiligungen von Ausländerinnen und Ausländern lösen daher nicht die gegenüber dem allgemeinen Gleichheitssatz erhöhten Anforderungen an die Begründung einer Gleich- oder Ungleichbehandlung aus<sup>85</sup>.

Eine Ausnahme von diesem Grundsatz ist dann zu machen, wenn eine Differenzierung aufgrund der Staatsangehörigkeit in ihrer konkreten Anwendung eine besonders intensive Betroffenheit einer gegen Diskriminierung geschützten Gruppe bewirkt und daher eine indirekte Diskriminierung in Frage steht.

---

<sup>85</sup>

Vgl. dazu vorne, Ziff. V/1b.

---

## 2. *Folgerung für vorläufig Aufgenommene*

Die Behandlung der vorläufig aufgenommenen Ausländerinnen und Ausländer ist grundsätzlich *nicht am Diskriminierungsverbot*, sondern am *allgemeinen Gleichheitssatz* zu messen. Auf völkerrechtlicher Ebene bestehen zwar Tendenzen, auch bestimmten Gruppen von Ausländern den besonderen Schutz der Diskriminierungsverbote zukommen zu lassen. Diese Ansätze entsprechen jedoch noch nicht dem geltenden Recht.

Dies schliesst nicht aus, auch die Regelungen der vorläufigen Aufnahme am Verbot (direkter oder indirekter) Diskriminierung zu messen, wenn diese in ihrer *konkreten Anwendung* eine ungleiche Behandlung vorsehen oder eine verstärkte Betroffenheit einer spezifisch gegen Diskriminierung geschützten Gruppe bewirken. Das vorliegende Normmaterial und die Erkenntnisse der Studie lassen keine direkten Diskriminierungen ersichtlich werden. Indirekte Diskriminierungen – in Frage kämen hier etwa ethnisch-kulturelle Diskriminierungen – liegen soweit ersichtlich ebenfalls nicht vor. Auch wenn der Studie keine statistischen Angaben entnommen werden können, steht fest, dass die vorläufige Aufnahme und auch weitere Differenzierungen nach der Staatsangehörigkeit oder dem ausländerrechtlichen Status keine faktische Grenze zwischen verschiedenen durch verdächtige Merkmale unterscheidbaren Gruppen nachzeichnet, so dass sich die Frage nach einer indirekten Diskriminierung in dieser Hinsicht nicht stellt. Vor diesem Hintergrund sind die Modalitäten der vorläufigen Aufnahme am Masstab des allgemeinen Gleichheitssatzes zu messen.

## DRITTER TEIL: BESONDERE LEBENSBEREICHE

Mit der vorläufigen Aufnahme sind Beschränkungen verbunden, welche die Betroffenen in zahlreichen Lebensbereichen berühren, und aufgrund ihrer Persönlichkeitsrelevanz in den Schutzbereich von Grundrechten fallen können. Diese Bereiche werden nachstehend dargestellt. Dabei ist als erstes jeweils die rechtliche Regelung zu skizzieren, wie sie der Gesetzgeber für die vorläufig Aufgenommenen getroffen hat. Anschliessend wird gezeigt, ob und inwieweit damit in den Schutzbereich von besonderen Grundrechten einerseits und in Gleichheitsansprüche andererseits eingegriffen wird.

### § 4 NIEDERLASSUNG

Die Regeln der vorläufigen Aufnahme wirken sich auf die Niederlassungsrechte der Betroffenen aus<sup>86</sup>. Im Folgenden wird dargestellt, ob und inwieweit sich vorläufig aufgenommene Personen auf die einschlägigen Grundrechtsgarantien berufen können.

#### I. Ausgangslage: Rechtliche Regelung der Niederlassung

Das Bundesamt für Flüchtlinge verteilt vorläufig aufgenommene Ausländerinnen und Ausländer nach dem in Art. 27 Abs. 2 AsylG festgelegten Verteilschlüssel auf die Kantone<sup>87</sup>. Ein Kantonswechsel untersteht der *Bewilligungspflicht*<sup>88</sup>. Vorläufig Aufgenommene können ihren Aufenthaltsort im Gebiet des bisherigen oder des zugewiesenen *Kantons* frei wählen<sup>89</sup>.

Vorläufig Aufgenommenen kommt mithin *keine umfassende Freiheit der Niederlassung* in der Schweiz zu. Darüber hinaus werden sie durch diese Regelung (in unterschiedlichem Mass) *anders behandelt* als andere Kategorien von Ausländern.

---

<sup>86</sup> Vgl. Studie Teil I (Grundlagen) Ziff. 2.4.

<sup>87</sup> Art. 14c Abs. 1<sup>bis</sup> ANAG.

<sup>88</sup> Art. 14c Abs. 1<sup>ter</sup> ANAG.

<sup>89</sup> Art. 14c Abs. 2 ANAG. Vgl. auch PETER UEBERSAX, Einreise und Anwesenheit, Rz. 5.81.

## II. Grundrechtlicher Schutz der Niederlassung

Die Niederlassungsfreiheit ist – mit unterschiedlicher Schutzintensität – durch das Bundesverfassungsrecht und durch internationale Menschenrechtsverträge garantiert.

### 1. Bundesverfassung

#### a. *Schutzbereich*

Die Niederlassungsfreiheit ist in Art. 24 der Bundesverfassung als Grundrecht anerkannt:

<sup>1</sup>Schweizerinnen und Schweizer haben das Recht, sich an jedem Ort des Landes niederzulassen.

<sup>2</sup>Sie haben das Recht, die Schweiz zu verlassen oder in die Schweiz einzureisen.

Von ihrem *sachlichen Schutzbereich* her garantiert die Niederlassungsfreiheit „die Möglichkeit persönlichen Verweilens an jedem beliebigen Ort der Schweiz; sie gebietet den Kantonen und Gemeinden, jedem Schweizerbürger die Niederlassung auf ihrem Gebiet zu erlauben, und verbietet ihnen gleichzeitig, die Verlegung des einmal gewählten Wohnsitzes in einen anderen Kanton, eine andere Gemeinde oder ins Ausland zu verhindern oder zu erschweren“<sup>90</sup>. Die Niederlassungsfreiheit schützt die freie Wahl des Aufenthalts, sei er auch nur vorübergehend. Sie impliziert ein auf gewisse Dauer ausgerichtetes Verweilen und betrifft insbesondere die Wohnsitznahme gemäss Art. 23 Abs. 1 ZGB<sup>91</sup>. Einschränkungen sind nur nach Massgabe von Art. 36 BV zulässig; demnach muss der Eingriff auf einer genügenden gesetzlichen Grundlage beruhen, durch ein öffentliches Interesse gerechtfertigt und verhältnismässig sein; der Kerngehalt darf nicht angetastet werden.

Der *persönliche Schutzbereich* der Niederlassungsfreiheit erstreckt sich dem Wortlaut von Art. 24 Abs. 1 BV zufolge nur auf Schweizerinnen und Schweizer.

#### b. *Folgerungen für vorläufig Aufgenommene*

*Ausländerinnen und Ausländer* und damit auch vorläufig Aufgenommene werden vom persönlichen Schutzbereich der Niederlassungsfreiheit nicht erfasst; ihnen kommt mit-

<sup>90</sup> BGE 108 Ia 248, E1 S. 249.

<sup>91</sup> JÖRG PAUL MÜLLER, Grundrechte, S. 155 f.

hin kein bundesverfassungsrechtlicher Anspruch auf freie Niederlassung innerhalb der Schweiz zu. Ihre Niederlassungsrechte bemessen sich einzig nach Massgabe der einfachgesetzlichen Regelung im Ausländerrecht.

## 2. *Internationaler Menschenrechtsschutz*

### a. *Europäische Menschenrechtskonvention*

Die Europäische Menschenrechtskonvention (EMRK) enthält *keine Bestimmungen* zur Niederlassungsfreiheit von Personen, die sich als Inländer oder Ausländer in einem Konventionsstaat aufhalten.

Das Vierte Zusatzprotokoll zur EMRK schützt in Artikel 2 die Bewegungs- und Niederlassungsfreiheit von In- und Ausländerinnen innerhalb eines Vertragsstaates:

<sup>1</sup>Jedermann, der sich rechtmässig im Hoheitsgebiet eines Staates aufhält, hat das Recht, sich dort frei zu bewegen und seinen Wohnsitz frei zu wählen.

<sup>2</sup>Jedermann steht es frei, jedes Land, einschliesslich seines eigenen, zu verlassen.

<sup>3</sup>Die Ausübung dieser Rechte darf keinen anderen Einschränkungen unterworfen werden als denen, die gesetzlich vorgesehen und in einer demokratischen Gesellschaft im Interesse der nationalen oder der öffentlichen Sicherheit, der Aufrechterhaltung der öffentlichen Ordnung, der Verhütung von Straftaten, des Schutzes der Gesundheit oder der Moral oder des Schutzes der Rechte und Freiheiten anderer notwendig sind.

<sup>4</sup>Die in Absatz 1 anerkannten Rechte können ferner für bestimmte Gebiete Einschränkungen unterworfen werden, die gesetzlich vorgesehen und in einer demokratischen Gesellschaft durch das öffentliche Interesse gerechtfertigt sind.

Die Schweiz hat das 4. Zusatzprotokoll zur EMRK bislang *nicht ratifiziert*<sup>92</sup>. Vorläufig in der Schweiz aufgenommene Ausländerinnen und Ausländer können sich damit *nicht* auf die entsprechenden Garantien berufen.

### b. *Internationaler Pakt über bürgerliche und politische Rechte*

Der Internationale Pakt über bürgerliche und politische Rechte (Pakt II) gewährleistet die Niederlassungsfreiheit in Art. 12:

<sup>1</sup>Jedermann, der sich rechtmässig im Hoheitsgebiet eines Staates aufhält, hat das Recht, sich dort frei zu bewegen und seinen Wohnsitz frei zu wählen.

<sup>2</sup>Jedermann steht es frei, jedes Land einschliesslich seines eigenen zu verlassen.

<sup>92</sup>

MARK E. VILLIGER, Handbuch EMRK, Rz. 30 ff.

<sup>3</sup>Die oben erwähnten Rechte dürfen nur eingeschränkt werden, wenn dies gesetzlich vorgesehen und zum Schutz der nationalen Sicherheit, der öffentlichen Ordnung (*ordre public*), der Volksgesundheit, der öffentlichen Sittlichkeit oder der Rechte und Freiheiten anderer notwendig ist und die Einschränkungen mit den übrigen in diesem Pakt anerkannten Rechten vereinbar ist.

<sup>4</sup>Niemandem darf willkürlich das Recht entzogen werden, in sein eigenes Land einzureisen.

Gemäss Art. 12 Abs. 1 Pakt II steht den Ausländerinnen und Ausländern grundsätzlich das Recht auf freie Niederlassung innerhalb eines Konventionsstaates zu. Allerdings hat die Schweiz zu Art. 12 Abs. 1 Pakt II einen *Vorbehalt* angebracht<sup>93</sup>:

„Das Recht, sich frei zu bewegen und seinen Wohnsitz frei zu wählen, steht unter dem Vorbehalt der Bundesgesetzgebung über die Ausländer, wonach Aufenthalts- und Niederlassungsbewilligungen nur für den Kanton gelten, der sie ausgestellt hat“.

Aufgrund dieses Vorbehaltes kommt der Garantie *keine eigenständige Bedeutung* zu<sup>94</sup>. Der Vorbehalt hat zur Folge, dass die ausländerrechtlichen Einschränkungen der Niederlassungsfreiheit vom Schutzbereich der Paktgarantie nicht erfasst werden; die betroffenen Ausländerinnen und Ausländer können sich mithin *nicht* auf die Paktgarantie berufen<sup>95</sup>.

### c. *Flüchtlingskonvention*

Gemäss Art. 26 der Flüchtlingskonvention haben Flüchtlinge Anspruch auf freie Wahl ihres Aufenthaltsortes.

Jeder vertragsschliessende Staat räumt den Flüchtlingen, die sich rechtmässig auf ihrem Gebiet aufhalten, das Recht ein, dort ihren Aufenthaltsort zu wählen und sich frei zu bewegen, vorbehaltlich der Bestimmungen, die unter den gleichen Umständen für Ausländer allgemein gelten.

In Konkretisierung dieser Garantie geniessen vorsorglich Aufgenommene mit Flüchtlingsstatus nach der Praxis einen *Anspruch* auf einen Kantonswechsel, solange sie *nicht fürsorgeabhängig* sind und im neuen Kanton eine *Erwerbstätigkeit gesichert* ist<sup>96</sup>.

<sup>93</sup> Bundesbeschluss vom 13. Dezember 1991, AS 1993 747.

<sup>94</sup> ALBERTO ACHERMANN/MARTINA CARONI/WALTER KÄLIN, Bedeutung des UNO-Paktes, S. 177.

<sup>95</sup> Vgl. auch GIORGIO MALINVERNI, *réserves*, S. 96.

<sup>96</sup> MARIO GATTIKER, Asyl- und Wegweisungsverfahren, S. 123 f.; WALTER STÖCKLI, Asyl, Rz. 8.82.

### III. Allgemeiner Gleichheitssatz

Die Regelung des örtlichen Geltungsbereichs der F-Bewilligung und die Voraussetzungen für einen Kantonswechsel von vorläufig aufgenommenen Ausländerinnen und Ausländern könnten die Frage ihrer Vereinbarkeit mit dem allgemeinen Gleichheitssatz aufwerfen.

#### 1. Örtlicher Geltungsbereich der F-Bewilligung

Sämtliche Anwesenheitsbewilligungen, auch diejenigen für Schweizerinnen und Schweizer, gelten in der Schweiz jeweils für das Gebiet eines Kantons<sup>97</sup>. In dieser Beziehung liegt von Beginn weg *keine rechtsungleiche* Behandlung.

Allerdings werden vorläufig aufgenommene Personen einem *bestimmten* Kanton zugewiesen. Anders als die Ausländerinnen und Ausländer, die eine ordentliche Aufenthaltsbewilligung in einem Kanton beantragen können, haben sie keine Möglichkeit, zumindest indirekt Einfluss auf ihren Aufenthaltskanton zu nehmen. Dazu ist festzuhalten, dass die vorläufige Aufnahme keine ordentliche fremdenpolizeiliche Bewilligung ist, mit der (auf entsprechendes Gesuch hin) ein privilegierter Status im Hinblick auf einen bestimmten Aufenthaltsweg verliehen wird, sondern eine vom Bundesamt für Flüchtlinge verfügte Ersatzmassnahme für einen nicht durchführbaren Wegweisungsentscheid. Vorläufig aufgenommene Ausländer befinden sich daher bei der Bewilligungserteilung in einer Situation, die sich grundsätzlich von derjenigen unterscheidet, in der sich Personen befinden, die eine ordentliche Bewilligung beantragen. Eine rechtsungleiche Behandlung liegt daher auch hier nicht vor.

#### 2. Kantonswechsel

Eine rechtsungleiche Behandlung könnte im Hinblick auf die (beschränkte) Möglichkeit eines Kantonswechsels vorliegen. Das schweizerische Recht sieht hier tatsächlich für verschiedene Personenkreise unterschiedliche Modalitäten und Voraussetzungen vor. Gewisse Personen haben einen Anspruch auf eine neue Bewilligung in einem anderen Kanton<sup>98</sup>, bei gewissen Ausländerkategorien wird eine Bewilligung unter be-

<sup>97</sup> Art. 8 Abs. 1 ANAG; Art. 14 Abs. 2 ANAV.

<sup>98</sup> Schweizerinnen und Schweizer; Staatsangehörige von Staaten, mit denen die Schweiz Niederlassungsverträge abgeschlossen hat; EG- und EFTA-Staatsangehörige aufgrund des Freizügigkeitsabkommens bzw. der Konvention von Liechtenstein.

stimmten Voraussetzungen gewährt<sup>99</sup>, während eine Bewilligung bei anderen Anwesenheitsregimes im Ermessen der Behörden liegt<sup>100</sup> oder gar ausgeschlossen ist<sup>101</sup>.

Als wesentliche *Kriterien* für diese Differenzierung erscheinen die Nähe der Beziehungen zur Schweiz und der Aufenthaltszweck. Je näher die Beziehungen eines Ausländers zur Schweiz sind bzw. je weiter der Aufenthaltszweck umschrieben ist, desto eher besteht die Möglichkeit oder unter Umständen gar ein Anspruch auf einen Kantonswechsel. Diese Kriterien vermögen Ungleichbehandlungen ohne Weiteres zu *rechtfertigen*. Sie werden auch bei der vorläufigen Aufnahme konsequent angewendet. Nach der gesetzlichen Konzeption ist die vorläufige Aufnahme nicht auf eine dauernde Anwesenheit in der Schweiz ausgerichtet. Die Beziehungen der Betroffenen zur Schweiz sind damit nicht eng genug, um einen Anspruch auf Kantonswechsel begründen zu können. Insofern erweist sich diese Regelung als zulässig. Mit zunehmender Aufenthaltsdauer oder wenn eine längere Anwesenheit in der Schweiz wahrscheinlich ist, verliert dieses Argument an Stichhaltigkeit. Allerdings belässt die bestehende Regelung (die einen Kantonswechsel nicht ausschliesst) Raum, um der engeren Beziehung zur Schweiz Rechnung zu tragen. Sie ermöglicht auch die Berücksichtigung von besonderen Umständen (etwa der Einheit der Familie) bei einer Bewilligung des Kantonswechsels.

### 3. *Insbesondere: Sonderregelung für vorläufig aufgenommene Flüchtlinge*

Nicht völlig systemkonform ist die Sonderregelung für vorläufig aufgenommene Flüchtlinge. In der Tat erscheint bei einer isolierten Betrachtung eine Privilegierung der vorläufig aufgenommenen Flüchtlinge sachlich nicht gerechtfertigt; sie beruht allerdings auf einer völkerrechtlichen Verpflichtung der Schweiz. Zweck des *völkerrechtlich garantierten Status* für Flüchtlinge ist es, den Opfern spezifischer Menschenrechtsverletzungen einen minimalen und für alle Staaten verbindlichen, aber bei Weitem nicht selbstverständlichen Schutz zu gewährleisten. Vor diesem Hintergrund lässt sich diese punktuelle Privilegierung *sachlich begründen*.

---

<sup>99</sup> Jahresaufenthaltern wird ein Kantonswechsel bewilligt, wenn die Voraussetzungen von Art. 29 Abs. 4 BVO erfüllt sind.

<sup>100</sup> Angesprochen sind Asylbewerberinnen und Asylbewerber; ein Anspruch auf Kantonswechsel kann sich immerhin ergeben, wenn durch eine Trennung von Familienangehörigen der Grundsatz der Einheit der Familie verletzt wird (Art. 29 Abs. 3 AsylG).

<sup>101</sup> Erwerbstätigen Jahresaufenthaltern wird der Kantonswechsel nicht gewährt, wenn die bisherige Anwesenheitsbewilligung nur für eine bestimmte Tätigkeit, die aufgegeben worden ist, erteilt wurde (Art. 29 Abs. 2 lit. b BVO); ebenso wird Kurzaufenthaltern ein Kantonswechsel in der Regel nicht gewährt (Art. 29 Abs. 2 lit. c BVO).

## IV. Ergebnisse

Die rechtliche Regelung der Niederlassungsrechte von vorläufig Aufgenommenen erweist sich als grundrechtlich nicht relevant bzw. – mit Blick auf das Gleichbehandlungsgebot – grundsätzlich als *grundrechtskonform*:

- Vorläufig Aufgenommene fallen als Ausländerinnen und Ausländer *nicht unter den persönlichen Schutzbereich der Niederlassungsfreiheit* gemäss Art. 24 BV. Die einschlägigen Garantien des 4. Zusatzprotokolls zur EMKR bzw. des Paktes II wurden von der Schweiz nicht ratifiziert bzw. mit einem Vorbehalt versehen. Die Niederlassungsrechte der vorläufig Aufgenommenen erfahren folglich *keinen grundrechtlichen Schutz*, sondern entfalten sich einzig im Rahmen der bestehenden einfachgesetzlichen Regelung.
- Eine *Sonderregelung* gilt für diejenigen vorläufig Aufgenommenen, welche zugleich *Flüchtlinge* im Sinn der Genfer Flüchtlingskonvention sind. Ihnen steht grundsätzlich ein völkervertragsrechtlicher Anspruch auf freie Niederlassung zu; allerdings gilt dieser Anspruch nach der Praxis nur in dem Umfang, als die Betroffenen nicht fürsorgeabhängig sind und im neuen Kanton die Erwerbstätigkeit gesichert ist. Es bestehen keine Anzeichen für eine Konventionswidrigkeit dieser Regelung.
- Sämtliche Anwesenheitsbewilligungen gelten in der Schweiz jeweils für einen Kanton. In der örtlichen Beschränkung der F-Bewilligung liegt daher *keine rechtsungleiche Behandlung*. Ebenfalls als zulässig erweist sich die Regelung des Kantonswechsels. Vorläufig Aufgenommene werden in dieser Hinsicht nicht anders behandelt als andere Ausländerinnen und Ausländer, die keine besondere Nähe zur Schweiz aufweisen. Die Möglichkeit einer Bewilligung eines Kantonswechsels erlaubt es zudem, besonderen Umständen Rechnung zu tragen. Inwieweit das den Behörden zustehende Ermessen in der Praxis den Anforderungen des allgemeinen Gleichheitssatzes entspricht, lässt sich auf Grund des vorhandenen Materials nicht beurteilen.
- Allerdings ist darauf hinzuweisen, dass sich die Restriktionen bei zunehmender Aufenthaltsdauer sachlich immer weniger begründen lassen; vor diesem Hintergrund erscheint aus einer verfassungsrechtlichen Optik sachgerecht, mit zunehmender Aufenthaltsdauer eine grosszügigere Niederlassungspraxis zu verfolgen.

## § 5 GRENZÜBERTRITT

Für vorläufig Aufgenommene gelten Sonderregeln bezüglich ihrer Ausweispapiere<sup>102</sup>; diese Regeln haben Auswirkungen auf das Recht der Betroffenen zum freien Grenzübertritt.

### I. Ausgangslage: Rechtliche Regelung des Grenzübertritts

Vorläufig Aufgenommene müssen ihre Reisedokumente sowie die allenfalls in ihrem Besitz befindlichen ausländischen Ausweispapiere beim Bundesamt hinterlegen<sup>103</sup>. Die kantonalen Behörden stellen der ausländischen Person entsprechend der vom Bundesamt getroffenen Verfügung einen auf höchstens ein Jahr befristeten und verlängerbaren *Ausländerausweis F* aus; dieser gilt gegenüber allen eidgenössischen und kantonalen Behörden als Ausweispapier, *berechtigt aber nicht zum Grenzübertritt*<sup>104</sup>. Auslandsreisen mit ungehinderter Rückkehr in die Schweiz sind den vorläufig Aufgenommenen damit grundsätzlich nicht möglich; immerhin erhalten sie *in Ausnahmefällen* – insbesondere bei dringenden Familienangelegenheiten – einen Identitätsausweis durch das Bundesamt für Flüchtlinge, der zu Auslandsreisen berechtigt<sup>105</sup>.

Im Gegensatz dazu verfügen vorläufig aufgenommene *Flüchtlinge* über einen gesetzlichen *Anspruch* auf einen Reiseausweis<sup>106</sup>.

Diese Regelung hat zur Folge, dass vorläufig aufgenommenen Ausländerinnen und Ausländern – im Gegensatz zu schweizerischen Staatsangehörigen und Ausländern mit einem ordentlichen ausländerrechtlichen Status, aber auch zu vorläufig aufgenommenen Flüchtlingen – Auslandsreisen mit ungehinderter Rückkehr in die Schweiz nicht möglich sind.

---

<sup>102</sup> Vgl. Studie Teil I (Grundlagen) Ziff. 2.4.

<sup>103</sup> Art. 20 Abs. 1 VVWA.

<sup>104</sup> Art. 20 Abs. 2 VVWA.

<sup>105</sup> Art. 4 Abs. 2 RPAV.

<sup>106</sup> Art. 2 RPAV.

## II. Grundrechtlicher Schutz des Grenzübertritts

Die Freiheit von Ein- und Ausreise in ein Land ist durch die Grundrechte der Bundesverfassung und internationale Menschenrechtsverträge – wenn auch mit zahlreichen Einschränkungen – geschützt.

### 1. Bundesverfassung

#### a. Schutzbereich

Das Recht auf Ausreise und freie Einreise in die Schweiz ist im Rahmen der Niederlassungsfreiheit (Art. 24 BV) geregelt, nochmals:

<sup>1</sup>Schweizerinnen und Schweizer haben das Recht, sich an jedem Ort des Landes niederzulassen.

<sup>2</sup>Sie haben das Recht, die Schweiz zu verlassen oder in die Schweiz einzureisen.

Die Garantie der Ausreise und freien Wiedereinreise erstreckt sich von ihrem *persönlichen Schutzbereich* her von Beginn weg nur auf Schweizerinnen und Schweizer.

#### b. Folgerungen für vorläufig Aufgenommene

Vorläufig Aufgenommene fallen nicht unter den Schutzbereich der Niederlassungsfreiheit und können sich damit *nicht* auf die durch Art. 24 Abs. 2 BV vermittelten Ansprüche berufen. Die Regelung der Ausreise und Wiedereinreise bemisst sich damit nach Massgabe der einfachgesetzlichen Regeln im Ausländerrecht.

### 2. Internationaler Menschenrechtsschutz

#### a. Europäische Menschenrechtskonvention

Die EMRK enthält *keine Bestimmungen* zur Aus- und Wiedereinreise von Personen, die sich als Inländer oder Ausländer in einem Konventionsstaat aufhalten.

Das Vierte Zusatzprotokoll zur EMRK verbietet in Artikel 3 die Ausweisung *eigener* Staatsangehöriger:

<sup>1</sup>Niemand darf aus dem Hoheitsgebiet des Staates, dessen Staatsangehöriger er ist, durch eine Einzel- oder eine Kollektivmassnahme ausgewiesen werden.

<sup>2</sup>Niemandem darf das Recht entzogen werden, in das Hoheitsgebiet des Staates einzureisen, dessen Staatsangehöriger er ist.

Die (Wieder)Einreise in einen Konventionsstaat ist Ausländerinnen und Ausländern damit *nicht garantiert*. Ohnehin hat die Schweiz das 4. Zusatzprotokoll zur EMRK bislang *nicht ratifiziert*<sup>107</sup>.

#### b. *Internationaler Pakt über bürgerliche und politische Rechte*

Auch dem Internationalen Pakt über bürgerliche und politische Rechte (Pakt II) lassen sich *keine einschlägigen Garantien* entnehmen. Aufgrund der paktrechtlich garantierten Niederlassungsfreiheit (Art. 12 Pakt II<sup>108</sup>) steht den Ausländerinnen und Ausländern zwar das Recht zu, jedes Land zu verlassen<sup>109</sup>, und sie dürfen nicht willkürlich des Rechts beraubt werden, in ihr *eigenes* Land einzureisen<sup>110</sup>. Ein *Recht* auf freie Aus- und Wiedereinreise in die Schweiz lässt sich für die in der Schweiz vorläufig aufgenommenen Personen aus dem Pakt über bürgerliche und politische Rechte jedoch *nicht ableiten*.

#### c. *Flüchtlingskonvention*

Flüchtlinge haben gestützt auf Art. 28 Ziff. 1 Flüchtlingskonvention *Anspruch auf Ausstellung eines Reiseausweises*, der zum Grenzübertritt berechtigt.

1. Die vertragsschliessenden Staaten stellen den Flüchtlingen, die sich rechtmässig auf ihrem Gebiet aufhalten, Reiseausweise aus, die ihnen Reisen ausserhalb dieses Gebietes gestatten, vorausgesetzt, dass keine zwingenden Gründe der Staatssicherheit oder öffentlichen Ordnung entgegenstehen; die Bestimmungen im Anhang zu diesem Abkommen finden auf diese Dokumente Anwendung. Die vertragsschliessenden Staaten können einen solchen Reiseausweis auch jedem anderen Flüchtling auf ihrem Gebiet ausstellen; sie werden den Fällen von Flüchtlingen besondere Aufmerksamkeit schenken, sie sich auf ihrem Gebiet aufhalten und nicht in der Lage sind, von dem Lande, wo sie ihren ordentlichen Aufenthalt haben, einen Reiseausweis zu erlangen.

2. ...

<sup>107</sup> MARK E. VILLIGER, Handbuch EMRK, Rz. 30 ff.

<sup>108</sup> Zum Wortlaut vgl. oben, § 4 Ziff. II/2b.

<sup>109</sup> Art. 12 Abs. 2 Pakt II.

<sup>110</sup> Art. 12 Abs. 4 Pakt II.

In Ausführung dieser Bestimmung verankert auch das schweizerische Recht einen *Anspruch* der vorläufig aufgenommenen Flüchtlinge auf einen Reiseausweis<sup>111</sup>. Damit werden die konventionsrechtlichen Anforderungen erfüllt.

### III. Allgemeiner Gleichheitssatz

Vorläufig aufgenommene Ausländerinnen und Ausländer können die Schweiz jederzeit freiwillig verlassen. Die F-Bewilligung gibt ihnen jedoch keinen Anspruch auf Wiedereinreise. Sie werden gleich wie alle Ausländer ohne privilegierten Aufenthaltsstatus und anders als Schweizerinnen und Schweizer, aber anders als Ausländerinnen und Ausländer behandelt, die im Besitz einer fremdenpolizeilichen Bewilligung sind. Dies wirft die Frage einer rechtsungleichen Behandlung auf.

#### 1. Allgemein

Ein Anspruch auf (Wieder-)Einreise in die Schweiz kommt aufgrund ihrer Staatsangehörigkeit den Schweizerinnen und Schweizern zu. Ein Recht auf Wiedereinreise haben zudem auch Ausländerinnen und Ausländer mit einer fremdenpolizeilichen Bewilligung, die im Hinblick auf einen bestimmten, durch eine Ausreise nicht dahinfallenden Aufenthaltswert erteilt wurde. Ein Anspruch auf Wiedereinreise besteht mit anderen Worten immer dann, wenn eine Person *privilegierte Beziehungen* zur Schweiz hat. Diese Regelung ist nach den Massstäben des allgemeinen Gleichheitssatzes *zulässig*, da sie auf das sachliche Kriterium der Enge der Beziehungen einer Person zur Schweiz abstellt.

#### 2. Folgerungen für vorläufig Aufgenommene

Die vorläufige Aufnahme begründet nach der gesetzlichen Konzeption keinen privilegierten Status bzw. eine besonders enge Beziehung zur Schweiz, sondern erlaubt die Anwesenheit der vorläufig Aufgenommenen nur, weil eine Wegweisung nicht möglich, nicht zulässig oder nicht zumutbar ist. Eine Ausreise aus der Schweiz lässt die Gründe für die Fortführung der Anwesenheit grundsätzlich entfallen, und es erscheint sachlich gerechtfertigt, die vorläufig Aufgenommenen nach dem Verlassen der Schweiz wie andere Ausländer ohne privilegierten Rechtsstatus, d.h. ohne besondere Beziehungen zur Schweiz, zu behandeln.

---

<sup>111</sup> Art. 2 RPAV.

Vor diesem Hintergrund erscheint auch die Deponierung der Reisepapiere sachlich gerechtfertigt. Erst diese Massnahme ermöglicht es, Auslandsreisen der vorläufig aufgenommenen Ausländerinnen und Ausländer vorgängig im Hinblick auf die Möglichkeit einer Fortdauer der Voraussetzungen für eine vorläufige Aufnahme zu beurteilen.

Für die Zulässigkeit der in Frage stehenden Regelung spricht weiter, dass sie nicht in pauschaler Weise bei jeder Ausreise eine Rückkehr ausschliesst. Indem in begründeten Fällen ein vorübergehender Aufenthalt im Ausland bewilligt werden kann, lässt die Regelung vielmehr Raum, unterschiedlichen Situationen und insbesondere auch Härtefällen Rechnung zu tragen. Die Regelung erweist sich daher als ausreichend differenziert, um dem allgemeinen Gleichheitssatz Genüge zu tun.

Angesichts der zumindest faktisch engen Beziehung der vorläufig Aufgenommenen zur Schweiz lässt sich eine restriktive Bewilligung einer Ausreise mit gesicherter Rückkehr mit zunehmender Aufenthaltsdauer immer weniger sachlich begründen. Eine umfassende Verwirklichung des allgemeinen Gleichheitssatzes legt es daher nahe, in diesen Fällen Auslandsreisen unter weniger restriktiven Voraussetzungen zu bewilligen.

Die privilegierende Sonderregelung für vorläufig aufgenommene *Flüchtlinge* scheint wiederum vor dem Hintergrund der Erfahrungen der Zwischenkriegszeit als gerechtfertigt, insbesondere da sich damals vor allem die Weigerung der Heimatstaaten der Flüchtlinge als ernsthaftes Problem erwies, diesen Reisepapiere auszustellen oder zu verlängern<sup>112</sup>.

#### IV. Ergebnisse

Die Regelung über die Ausweispapiere und, damit einhergehend, über die Aus- und Wiedereinreise von vorläufig Aufgenommenen erweist sich grundsätzlich als grundrechtlich nicht relevant bzw. – mit Blick auf das Gleichbehandlungsgebot – grundsätzlich als *grundrechtskonform*:

- Vorläufig Aufgenommene können jederzeit freiwillig aus der Schweiz ausreisen; sie haben jedoch *keinen grundrechtlich geschützten Anspruch auf Wiedereinreise* in die Schweiz, da sie von Beginn weg nicht unter den persönlichen Schutzbereich der einschlägigen Grundrechte fallen. Eine *Ausnahme* gilt für vorläufig aufgenommene *Flüchtlinge*; ihr *Recht* auf freien Grenzübertritt wird durch die Flüchtlingskonvention gesichert und durch das schweizerische Recht entsprechend konkretisiert.
- Vorläufig aufgenommene Ausländerinnen und Ausländer haben keinen Anspruch auf Wiedereinreise in die Schweiz. Sie werden damit gleich wie andere Ausländer ohne privilegierte Rechtsstellung in der Schweiz behandelt. Dies ist *sachlich gerecht-*

<sup>112</sup>

WALTER KÄLIN, Flüchtlingspolitik, S. 299 ff.

*fertigt*, räumt die Schweiz doch vorläufig Aufgenommenen gerade keinen privilegierten Rechtsstatus ein, sondern erlaubt ihre Anwesenheit nur als Ersatz für eine nicht vollziehbare Wegweisung. Die Möglichkeit, Auslandsreisen in besonderen Fällen zu bewilligen, belässt zudem Raum für eine differenzierte und grundrechtskonforme Handhabung dieser Regelung.

- Allerdings ist darauf hinzuweisen, dass sich die Restriktionen bei *zunehmender Aufenthaltsdauer* sachlich immer weniger begründen lassen; vor diesem Hintergrund erscheint aus einer verfassungsrechtlichen Optik sachgerecht, mit zunehmender Aufenthaltsdauer eine *grosszügigere Bewilligungspraxis* zu verfolgen, welche beispielsweise auch die Kontaktpflege mit Verwandten oder Freunden im Ausland oder Ferienreisen als Grund für eine Ausnahmbewilligung genügen lässt.

## § 6 FAMILIENLEBEN

Die rechtliche Regelung der vorläufigen Aufnahme kann Auswirkungen auf das Familienleben der Betroffenen haben; die Frage des Familiennachzugs stellt sich insbesondere dann, wenn der Aufenthalt in der Schweiz längere Zeit andauert. Dazu kommt, dass das schweizerische Ausländerrecht den Familiennachzug der vorläufig aufgenommenen Ausländerinnen und Ausländer anders als für andere Ausländerkategorien regelt<sup>113</sup>.

### I. Ausgangslage: Rechtliche Regelung des Familienlebens

Das schweizerische Ausländerrecht regelt den Familiennachzug *nicht einheitlich*. Die Art des Anspruchs sowie die Voraussetzungen unterscheiden sich grundsätzlich nach dem Aufenthaltstitel der Ausländer, die ihre Familie nachziehen lassen möchten. Ein *Anspruch* auf Familiennachzug besteht aufgrund des schweizerischen Bürgerrechts<sup>114</sup> und der Niederlassungsbewilligung<sup>115</sup> für Kinder unter 18 Jahren, die mit ihren Eltern zusammenleben werden, und für nicht getrennte Ehegatten. Auch Flüchtlinge, denen *Asyl* gewährt wurde, haben einen Anspruch auf Familiennachzug: Art. 7 AsylG sieht vor, dass den Ehegatten und unmündigen Kindern von Flüchtlingen ebenfalls *Asyl* und damit aufgrund von Art. 26 AsylG Anspruch auf Erteilung einer fremdenpolizeilichen Bewilligung gewährt wird, sofern die Familie durch die Flucht getrennt wurde und sich in der Schweiz vereinigen will.

Der Familiennachzug wird *vorläufig Aufgenommenen* nur in engen Grenzen erlaubt: Gemäss Art. 24 VVWA kann vorläufig aufgenommenen Personen die *Familienvereinigung bewilligt* werden,

- wenn die kantonale Fremdenpolizeibehörde bereit ist, der ausländischen Person eine *Aufenthaltsbewilligung* zu erteilen (dies nach der Feststellung des BFF, dass eine Wegweisung des Ausländers längerfristig nicht vollzogen werden kann);
- *und* die Voraussetzungen gemäss Art. 38 und 39 der Verordnung über die Begrenzung der Zahl der Ausländer (BVO) erfüllt sind.

Nach Massgabe der einschlägigen Bestimmungen der BVO *kann* die kantonale Fremdenpolizeibehörde den Nachzug des Ehegatten und der ledigen Kinder unter 18 Jahren unter bestimmten Voraussetzungen bewilligen<sup>116</sup>:

<sup>113</sup> Vgl. Studien Teil I (Grundlagen) Ziff. 2.4.; Teil III (Spannungsfelder) Ziff. 9.1.

<sup>114</sup> Art. 7 Abs. 1 ANAG.

<sup>115</sup> Art. 17 Abs. 2 ANAG.

<sup>116</sup> Art. 38 Abs. 1 BVO.

- wenn *Aufenthalt* und gegebenenfalls *Erwerbstätigkeit gefestigt* erscheinen;
- wenn die *Familie* zusammen wohnen wird und über eine angemessene Wohnung verfügt;
- wenn die betroffene Person genügend *finanzielle Mittel* für den Unterhalt der Familie zur Verfügung hat und
- die *Betreuung der Kinder* gesichert ist, die noch der elterlichen Obhut bedürfen<sup>117</sup>.

Mit anderen Worten: Vorläufig Aufgenommene können Familienangehörige grundsätzlich *nicht* in die Schweiz nachziehen. Eine *Ausnahme* besteht dann, wenn die Fremdenpolizeibehörde vorgängig eine *Aufenthaltsbewilligung* erteilt<sup>118</sup> und die übrigen Voraussetzungen der BVO betreffend Wohnsituation, verfügbaren Mitteln und Kinderbetreuung erfüllt sind. Selbst dann besteht aber kein Rechtsanspruch auf Familiennachzug; der Entscheid über den Familiennachzug liegt immer noch im *Ermessen* der Bewilligungsbehörde<sup>119</sup>.

Eine *Sonderregelung* gilt für vorläufig aufgenommene *Flüchtlinge*: Ihnen wird der Familiennachzug nach Ablauf einer Frist von *drei Jahren* seit Anordnung der vorläufigen Aufnahme bewilligt, wenn sie nicht in einen Drittstaat weiterreisen können<sup>120</sup>. Dabei wird das *Verhalten* des vorläufig aufgenommenen Flüchtlings in Betracht gezogen; entspricht sein Verhalten in der Schweiz nicht den Erwartungen, kann der Familiennachzug verweigert werden. Die nachgezogenen Familienmitglieder werden als Flüchtlinge anerkannt und das Bundesamt für Flüchtlinge ordnet die vorläufige Aufnahme an, sofern sie nicht selbstständig die Flüchtlingseigenschaft erfüllen und Asyl erhalten<sup>121</sup>. Auch für vorläufig aufgenommene Flüchtlinge besteht ein *Rechtsanspruch* auf Familiennachzug somit nur innerhalb bestimmter zeitlicher und sachlicher Grenzen.

## II. Grundrechtlicher Schutz des Familienlebens

Das Familienleben steht unter dem Schutz von Verfassung, Konvention und UNO-Menschenrechtspakt II. Weitere Garantien ergeben sich prinzipiell aus der Kinderrechtskonvention.

<sup>117</sup> Art. 39 Abs. 1 Bst. a-d BVO.

<sup>118</sup> MARC SPESCHA, Handbuch, S. 94.

<sup>119</sup> Vgl. auch MARC SPESCHA/PETER STRÄULI, Ausländerrecht, S. 172 oder THOMAS GEISER, Ehepartner, Rz. 11.35.

<sup>120</sup> Art. 39 AsylV 1, Art. 51 Abs. 5 AsylG.

<sup>121</sup> Vgl. dazu WALTER STÖCKLI, Asyl, Rz. 8.82.

## 1. *Bundesverfassung*

Die Bundesverfassung verankert den Schutz des Familienlebens in Art. 13 Abs. 1:

<sup>1</sup>Jede Person hat Anspruch auf Achtung ihres Privat- und Familienlebens, ihrer Wohnung sowie ihres Brief-, Post- und Fernmeldeverkehrs.

<sup>2</sup>...

Damit erfährt das Familienleben grundrechtlichen Schutz. Im Folgenden ist zu prüfen, ob und inwieweit dieser Schutz auch im Zusammenhang mit ausländerrechtlichen Massnahmen Wirkungen entfaltet.

### a. *Schutzbereich*

Der *persönliche Schutzbereich* des Anspruchs auf Familienleben steht „jeder Person“ und damit auch allen Ausländerinnen und Ausländern zu.

Der *sachliche Schutzbereich* der Norm umfasst das „Familienleben“. Die Tragweite dieser – erst mit der Revision von 1999 in den Verfassungstext aufgenommenen – Bestimmung ist zur Zeit nicht abschliessend geklärt. Art. 13 Abs. 1 BV wurde in bewusster Anlehnung an Art. 8 EMRK formuliert; Wortlaut und Schutzbereiche sind denn im Wesentlichen auch deckungsgleich. Damit bestimmen sich Schutzbereich und Zulässigkeit von Einschränkungen der verfassungsrechtlichen Garantie nach Lehre und Praxis (auch) an den Vorgaben von Art. 8 Ziff. 2 EMRK und der zugehörigen Rechtsprechung<sup>122</sup>. Das Bundesgericht hat betont, dass Art. 13 Abs. 1 BV nicht über den Schutzhalt von Art. 8 EMRK hinausgehe<sup>123</sup>. Demnach umfasst das Recht auf Familienleben gemäss Art. 13 Abs. 1 BV nicht allein die traditionelle Ehe, sondern bezieht sich auf die Familie im weiteren Sinn; geschützt sind insbesondere die Beziehungen zwischen Ehepaaren, Eltern und Kindern sowie zwischen weiteren nahen Verwandten<sup>124</sup>. Voraussetzung ist, dass diese Beziehungen tatsächlich gelebt werden und eine gewisse Nähe aufweisen<sup>125</sup>. Inhaltlich schützt das Recht auf Familienleben das Zusammenleben vor äusserer Beeinträchtigung; Familienmitglieder dürfen durch staatliche Massnahmen nicht getrennt werden<sup>126</sup>.

<sup>122</sup> BGE 126 II 377, E7 S. 394; STEPHAN BREITENMOSER, Art. 13 Rz. 2; RAINER J. SCHWEIZER, Persönlichkeitsschutz, Rz. 23; in diese Richtung auch JÖRG PAUL MÜLLER, Grundrechte, S. 115. Vgl. auch BOTSCHAFT VE 96 S. 152 f.

<sup>123</sup> BGE 126 II 377, E7 S. 394.

<sup>124</sup> Vgl. MARTIN BERTSCHI/THOMAS GÄCHTER, Anwesenheitsanspruch S. 235 f., m.w.H.

<sup>125</sup> MARTINA CARONI, Privat- und Familienleben, S. 21 ff.; RENÉ RHINOW, Bundesverfassung, S. 111 Rz. 2.

<sup>126</sup> MARTINA CARONI, Privat- und Familienleben, S. 36 ff.

*Eingriffe* in den Schutzbereich erweisen sich nur unter den Voraussetzungen von Art. 36 BV als zulässig. Folglich muss der Eingriff auf einer gesetzlichen Grundlage beruhen, im öffentlichen Interesse stehen und verhältnismässig sein sowie den Kerngehalt des Grundrechts wahren.

b. *Folgerungen für vorläufig Aufgenommene*

Stellen verwandtschaftliche Beziehungen von Ausländern Familienleben im Sinn von Art. 13 Abs. 1 BV dar, besteht nach der hier vertretenen Ansicht grundsätzlich ein Rechtsanspruch auf Erteilung einer entsprechenden ausländerrechtlichen Bewilligung. *Einschränkungen* dieses Anspruchs erweisen sich nur dann als zulässig, wenn die Eingriffsvoraussetzungen von Art. 36 BV eingehalten sind.

## 2. *Europäische Menschenrechtskonvention*

Die Europäische Menschenrechtskonvention schützt das Privat- und Familienleben in Art. 8:

<sup>1</sup>Jedermann hat Anspruch auf Achtung seines Privat- und Familienlebens, seiner Wohnung und seines Briefverkehrs.

<sup>2</sup>Der Eingriff einer öffentlichen Behörde in die Ausübung dieses Rechts ist nur statthaft, insoweit dieser Eingriff gesetzlich vorgesehen ist und eine Massnahme darstellt, die in einer demokratischen Gesellschaft für die nationale Sicherheit, die öffentliche Ruhe und Ordnung, das wirtschaftliche Wohl des Landes, die Verteidigung der Ordnung und zur Verhinderung von strafbaren Handlungen, zum Schutz der Gesundheit und der Moral oder zum Schutz der Rechte und Freiheiten anderer notwendig ist.

a. *Schutzbereich*

Die EMRK folgt einem flexiblen Familienbegriff: Im Rahmen des *sachlichen Geltungsbereichs* von Art. 8 EMRK werden nicht nur die familiären Beziehungen der *Kernfamilie* geschützt, sondern unter Umständen auch Beziehungen des *erweiterten Familienlebens*; verlangt wird, dass es sich um *tatsächlich gelebtes, de facto bestehendes* Familienleben handelt, d.h. dass zwischen den Familienangehörigen eine genügend nahe, echte und tatsächlich gelebte Beziehung besteht<sup>127</sup>.

Der *persönliche Schutzbereich* der Bestimmung wird weit gefasst: Sind soziale Beziehungen als Familienleben im Sinn von Art. 8 EMRK anerkannt, können sich nach ständiger

<sup>127</sup> Die einschlägige Lehre und Praxis ist aufgearbeitet bei MARTINA CARONI, Privat- und Familienleben S. 21 ff., S. 171 ff.

Rechtsprechung der Konventionsorgane *alle* von einer staatlichen Massnahme direkt oder indirekt betroffenen Familienangehörigen auf diese Bestimmung berufen und geltend machen, ihr Anspruch auf Achtung des Familienlebens sei verletzt worden<sup>128</sup>. Vom persönlichen Schutzbereich werden auch Ausländerinnen und Ausländer erfasst<sup>129</sup>. Soweit ein Einreiseverbot zur Trennung von Familienmitgliedern führt, kann das in Art. 8 EMRK verankerte Recht auf Achtung des Familienlebens angerufen werden<sup>130</sup>.

Aus dem Recht auf Achtung des Familienlebens folgt der Schutz des faktischen Zusammenlebens der Familienmitglieder. Bringt eine ausländerrechtliche Massnahme die Trennung von Familienmitgliedern mit sich, kann dies zu einem *Eingriff* in das konventionsrechtlich geschützte Familienleben führen<sup>131</sup>. Ein Eingriff in den konventionsrechtlichen Anspruch liegt vor, wenn die (ausländerrechtliche) Massnahme eine gewisse Mindestschwelle erreicht; dies wird in der Regel immer dann zutreffen, wenn das *faktische Zusammenleben* der Familienmitglieder nicht möglich ist bzw. verunmöglicht wird<sup>132</sup>.

*Einschränkungen* der Garantie sind nach Massgabe von Art. 8 Ziff. 2 EMRK zulässig; demnach muss<sup>133</sup>

- der behördliche Eingriff *gesetzlich vorgesehen* sein,
- es muss ein *zulässiger Zweck* vorliegen, d.h. der Eingriff muss eine Massnahme darstellen, die der nationalen Sicherheit, der öffentlichen Ruhe und Ordnung, dem wirtschaftlichen Wohl des Landes, der Verteidigung der Ordnung oder der Verhinderung der strafbaren Handlung, dem Schutz der Gesundheit und der Moral oder dem Schutz der Rechte und Freiheiten anderer dient;
- und schliesslich muss der Eingriff in einer demokratischen Gesellschaft *notwendig* sein: „Die Notwendigkeit eines Eingriffs hängt davon ab, ob der Eingriff einem dringenden sozialen Bedürfnis (pressing social need) entspricht und er zum verfolgten Zweck verhältnismässig (proportionate to the legitimate aim) ist. Im Rahmen der Verhältnismässigkeit verfügen die innerstaatlichen Behörden über einen gewissen Beurteilungsspielraum (margin of appreciation)“<sup>134</sup>.

<sup>128</sup> Siehe etwa EGMR-E Abdulaziz, Cabales und Balkandali c. Vereinigtes Königreich, A/94.

<sup>129</sup> Statt anderer, JOCHEN ABR. FROWEIN/WOLFGANG PEUKERT, EMRK-Kommentar, 18 f.

<sup>130</sup> MARK E. VILLIGER, Handbuch EMRK, Rz. 576.

<sup>131</sup> Vgl. etwa EGMR-E Boultif c. Schweiz, vom 2. August 2001 sowie BGE 126 II 335, E3a S. 342; 126 II 377, E2b S. 382 ff.

<sup>132</sup> MARTINA CARONI, Privat- und Familienleben, S. 36 ff. oder MARK E. VILLIGER, Handbuch EMRK, Rz. 478, m.w.H. auf die Praxis.

<sup>133</sup> Vgl. MARTINA CARONI, Privat- und Familienleben, S. 38 ff.

<sup>134</sup> WALTER KÄLIN/MARTINA CARONI, Familiennachzug, S. 57.

b. *Folgerungen für vorläufig Aufgenommene*

Vor dem Hintergrund dieser Rechtsprechung kann in gewissen Fällen aus Art. 8 EMRK ein Anspruch auf Erteilung einer ausländerrechtlichen Bewilligung abgeleitet werden. Damit stellt das Verbot des Familiennachzugs von vorläufig Aufgenommenen nach der hier vertretenen Auffassung<sup>135</sup> einen Eingriff in die Konventionsgarantie dar; ein solcher Eingriff ist nur zulässig, wenn die Voraussetzungen von Art. 8 Ziff. 2 EMRK im Einzelfall erfüllt sind<sup>136</sup>.

3. *Bundesgerichtliche Praxis zu Art. 8 EMRK*

a. *Grundsatz*

Das Bundesgericht anerkennt, dass sich aus dem Recht auf Achtung des Familienlebens unter gewissen Bedingungen ein Anspruch auf Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung ableiten lässt; es könne Art. 8 EMRK verletzen, wenn einem Ausländer, dessen Familienangehörige in der Schweiz weilen, die Anwesenheit in der Schweiz untersagt werde. Die Berufung auf Art. 8 EMRK setzt nach der Praxis des Bundesgerichts indes voraus, dass eine intakte und tatsächlich gelebte Beziehung zu nahen Verwandten besteht, die in der Schweiz leben und hier ein *gefestigtes Anwesenheitsrecht* haben. Ein derartiges „gefestigtes Anwesenheitsrecht“ wird vom Bundesgericht dann bejaht, wenn die in der Schweiz lebenden Familienangehörigen über das Schweizer *Bürgerrecht* oder eine *Niederlassungsbewilligung* verfügen<sup>137</sup>. Die *Aufenthaltsbewilligung* vermittelt nur dann ein gefestigtes Anwesenheitsrecht, wenn ein *Rechtsanspruch* auf ihre Erteilung oder Verlängerung besteht *oder* wenn die betroffenen Familienangehörigen aufgrund einer innerstaatlichen oder völkerrechtlichen Bestimmung Anspruch auf Erteilung der Niederlassungsbewilligung haben und sie die zeitlichen und materiellen Voraussetzungen der Bewilligungserteilung erfüllen<sup>138</sup>. Besteht kein derartiger Rechtsanspruch, vermag die Aufenthaltsbewilligung nach der bundesgerichtlichen Praxis den Anforderungen an ein „gefestigtes“ Anwesenheitsrecht nicht zu genügen.

Selbst wenn ein gefestigtes Anwesenheitsrecht besteht, liegt nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung *kein Eingriff* in das Recht auf Familienleben vor, wenn sich die ausländische Person *freiwillig* entschieden hat, von ihrer Familie getrennt in einem an-

<sup>135</sup> Vgl. aber die Praxis des Bundesgerichts, dazu gleich anschliessend Ziff. 3.

<sup>136</sup> Ebenso MARTINA CARONI, *Privat- und Familienleben*, S. 486 ff.; WALTER KÄLIN/MARTINA CARONI, *Familiennachzug*, S. 58; vgl. auch STEPHAN BREITENMOSE, *Achtung des Privat- und Familienlebens*, S. 544.

<sup>137</sup> BGE 126 II 377, E2b S. 382 ff.

<sup>138</sup> BGE 126 II 377, E2b S. 382 ff., vgl. auch MARTINA CARONI, *Privat- und Familienleben*, S. 188 ff., m.w.H.

deren Land zu leben<sup>139</sup>. Gleiches gilt, wenn es den in der Schweiz lebenden Familienangehörigen *zugemutet* werden kann, das Familienleben im Ausland weiterzuführen. Mit anderen Worten: Ein Eingriff in das Recht auf Familienleben steht überhaupt erst zur Diskussion, wenn einem Ausländer durch eine fremdenpolizeiliche Massnahme *verunmöglicht* wird, sich in einen Staat zu begeben bzw. in einem solchen zu bleiben, in welchem Mitglieder seiner Familie leben<sup>140</sup>.

#### b. Kritik

Mit dem Erfordernis des gefestigten Anwesenheitsrechts stellt das Bundesgericht *strengere Anforderungen* auf als die Strassburger Organe. Diese Auffassung ist in der Lehre – gerade auch mit Blick auf die vorläufig aufgenommenen Ausländerinnen und Ausländer – zu Recht auf *breite Kritik* gestossen<sup>141</sup>.

Mit Blick auf den *Schutzbereich* geht das Bundesgericht von einer zu engen Auslegung von Art. 8 EMRK aus<sup>142</sup>; der Strassburger Praxis lassen sich denn auch keine Hinweise entnehmen, wonach die bundesgerichtliche Auffassung mit Art. 8 EMRK zu vereinbaren ist<sup>143</sup>: „Es kann im Gegenteil angenommen werden, dass Art. 8 EMRK bei Flüchtlingen und anderen Personen, die wegen der Existenz von Wegweisungshindernissen während längerer Zeit nicht in die Heimat zurückkehren können, ein Familienleben ungeachtet der Art der Aufenthaltsbewilligung nur in der Schweiz möglich ist und Art. 8 EMRK deshalb Anwendung findet“<sup>144</sup>.

Als Folge eines unsicheren Anwesenheitsrechts verneint das Bundesgericht eine Berührung des Schutzbereichs und schliesst damit eine *umfassende Interessenabwägung* aus, was in der Lehre ebenfalls auf Kritik stösst: „In diesem Sinn läuft das Vorgehen des Bundesgerichts der Strassburger Praxis eindeutig zuwider. Die restriktive bundesgerichtliche Auslegung ist daher nicht mit der Praxis der Konventionsorgane vereinbar; eine Anrufung von Art. 8 EMRK muss immer dann möglich sein, wenn die im betreffenden Konventionsstaat wohnhaften Familienangehörigen über ein *Anwesenheitsrecht* verfügen und Familienleben im Sinn von Art. 8 Abs. 1 EMRK gegeben ist. Die Art des Anwesenheitsrechts – befristet oder unbefristet etc. – sowie die Dauer des Aufenthaltes werden erst im Rahmen der Prüfung des Vorliegens eines Eingriffs oder der

<sup>139</sup> BGE 119 Ib 81, E4a S. 90; 118 Ib 153, E2c S. 160.

<sup>140</sup> BGE 126 II 377, E2b/cc S. 383; 122 II 289, E3b S. 297.

<sup>141</sup> Relativierend aber MARTIN BERTSCHI/THOMAS GÄCHTER, *Anwesenheitsanspruch*, S. 244 f.

<sup>142</sup> MARK E. VILLIGER, *Handbuch EMRK*, Rz. 578;

<sup>143</sup> Ebenso WALTER KÄLIN/MARTINA CARONI, *Familiennachzug*, S. 58, m.w.H.; MARTINA CARONI, *Privat- und Familienleben*, S. 197, m.w.H.

<sup>144</sup> WALTER KÄLIN/MARTINA CARONI, *Familiennachzug*, S. 58.

Güterabwägung bzw. der Frage nach dem Vorliegen einer positiven Verpflichtung bedeutsam<sup>145</sup>.

*In der Sache* schliesslich trägt der schematische Ansatz des Bundesgerichts der Zielrichtung der verfassungsrechtlichen Gewährleistung – Schutz des tatsächlichen Lebens der Familie – zu wenig Rechnung: „Wer, ohne über eine entsprechende Bewilligung zu verfügen, während längerer Zeit aus tatsächlichen Gründen nicht in seine Heimat zurückkehren kann, muss grundsätzlich einen Anspruch auf Nachzug seiner Familie haben; die Tragweite dieses Anspruchs im Einzelfall ist im Rahmen der Güterabwägung festzulegen“<sup>146</sup>.

#### c. *Folgerungen für vorläufig Aufgenommene*

Da vorläufig Aufgenommene *keine Aufenthaltsbewilligung* erhalten und deshalb *keinen gefestigten Aufenthaltsanspruch* in der Schweiz geniessen, fällt die Anrufung des grundrechtlichen Schutzes des Familienlebens aufgrund der restriktiven Praxis des Bundesgerichts von Beginn weg ausser Betracht<sup>147</sup>. Vorläufig Aufgenommene können sich nach Massgabe der Rechtsprechung deshalb *nicht* auf den Schutz des Familienlebens im Sinn von Art. 8 EMRK berufen; eine Prüfung der verfassungsrechtlichen Zulässigkeit des Eingriffs findet damit nicht statt.

## 4. *Internationaler Pakt über bürgerliche und politische Rechte*

Gewisse Aspekte des Familienlebens werden auch durch Artikel 17 UNO-Pakt II geschützt:

<sup>1</sup>Niemand darf willkürlichen oder rechtswidrigen Eingriffen in sein Privatleben, seine Familie, seine Wohnung und seinen Schriftverkehr oder rechtswidrigen Beeinträchtigungen seiner Ehre und seines Rufes ausgesetzt werden.

<sup>2</sup>Jedermann hat Anspruch auf rechtlichen Schutz gegen solche Eingriffe oder Beeinträchtigungen.

Damit besteht prinzipiell ein paktrechtlicher Anspruch auf Schutz des Familienlebens.

<sup>145</sup> MARTINA CARONI, Privat- und Familienleben, S. 194, S. 486 ff.; STEPHAN BREITENMOSER, Achtung des Privat- und Familienlebens, S. 544 ff.

<sup>146</sup> JÖRG PAUL MÜLLER, Grundrechte, S. 115 FN 29. Vgl. auch MARC SPESCHA, Handbuch, S. 95, m.w.H.; PETER KOTTUSCH, Regelung des Familiennachzugs, S. 350 ff.

<sup>147</sup> ALAIN WURZBURGER, jurisprudence récente, S. 286; WALTER KÄLIN/MARTINA CARONI, Familiennachzug, S. 58; PETER UEBERSAX, Einreise und Anwesenheit, Rz. 5.157.

a. *Schutzbereich*

In den Schutzbereich der Bestimmung fallen nicht nur eheliche, sondern auch nicht-eheliche Lebensgemeinschaften sowie weitere, über die Kernfamilie hinausgehende familiäre Beziehungen. Der Bestand einer Familie setzt auch hier das Vorliegen gewisser naher und tatsächlich gelebter Beziehungen zwischen den einzelnen Familienmitgliedern voraus<sup>148</sup>. *Eingriffe* in die durch Art. 17 Pakt II begründeten Rechte bedürfen einer ausdrücklichen und präzisen gesetzlichen Grundlage und müssen von einer zuständigen Behörde ausgehen. Zudem darf ein Eingriff nicht „willkürlich“, d.h. mit den Zielen des Pakts nicht zu vereinbaren oder insgesamt unverhältnismässig sein<sup>149</sup>.

b. *Folgerungen für vorläufig Aufgenommene*

Beeinträchtigungen des Familienlebens können sich auch im Bereich der Einreise, des Aufenthaltes und der Ausweisung von Ausländerinnen und Ausländern ergeben. Die Allgemeine Bemerkung 15 [27] äussert sich zu diesem Problemkreis wie folgt:

„Der Pakt gewährleistet Ausländern kein Recht, in das Hoheitsgebiet eines Staates einzureisen oder sich darin aufzuhalten. Grundsätzlich ist es Sache des Staates, zu entscheiden, wen er zu seinem Hoheitsgebiet zulässt. In gewissen Situationen kann sich jedoch ein Ausländer auch bezüglich Einreise und Aufenthalt auf den Schutz des Paktes berufen: Dies trifft zum Beispiel zu, wenn Fragen hinsichtlich ... der Achtung des Familienlebens auftauchen“<sup>150</sup>.

Die Praxis des Menschenrechtsausschusses zu dieser Frage ist allerdings wenig ergiebig<sup>151</sup>. Auch in der Rechtsprechung des Bundesgerichts ist Art. 17 Pakt II in ausländerrechtlichen Fällen erst selten geprüft worden; dabei hat das Bundesgericht dieser Bestimmung in ausländerrechtlichen Fällen *keine über Art. 8 EMRK hinaus reichende Bedeutung* zugesprochen<sup>152</sup>.

<sup>148</sup> MANFRED NOVAK, Commentary, S. 300 und 405; ALBERTO ACHERMANN/MARTINA CARONI/WALTER KÄLIN, Bedeutung des UNO-Paktes, S. 202, m.w.H. auf die Praxis.

<sup>149</sup> Allgemeine Bemerkung 16 [23] Ziff. 8, zitiert nach WALTER KÄLIN/GIORGIO MALINVERNI/MANFRED NOVAK, UNO-Menschenrechtspakte, S. 379; ALBERTO ACHERMANN/MARTINA CARONI/WALTER KÄLIN, Bedeutung des UNO-Paktes, S. 201.

<sup>150</sup> Allgemeine Bemerkung 15 [27], zitiert nach WALTER KÄLIN/GIORGIO MALINVERNI/MANFRED NOVAK, UNO-Menschenrechtspakte, S. 344.

<sup>151</sup> Vgl. die Nachweise bei MARTINA CARONI, Privat- und Familienleben, S. 65 f.

<sup>152</sup> MARTINA CARONI, Privat- und Familienleben, S. 65 mit Hinweis auf zwei nicht publizierte Bundesgerichtsentscheide in FN 15.

## 5. *Kinderrechtskonvention*

Die Kinderrechtskonvention stellt in Art. 10 unter anderem die Beziehungen zwischen Eltern und Kindern unter Schutz.

(1) Entsprechend der Verpflichtung der Vertragsstaaten nach Artikel 9 Absatz 1 werden von einem Kind oder seinen Eltern zwecks Familienzusammenführung gestellte Anträge auf Einreise in einen Vertragsstaat oder Ausreise aus einem Vertragsstaat von den Vertragsstaaten wohlwollend, human und beschleunigt bearbeitet. Die Vertragsstaaten stellen ferner sicher, dass die Stellung eines solchen Antrags keine nachteiligen Folgen für die Antragsteller und deren Familienangehörige hat.

(2) Ein Kind, dessen Eltern ihren Aufenthalt in verschiedenen Staaten haben, hat das Recht, regelmässige persönliche Beziehungen und unmittelbare Kontakte zu beiden Elternteilen zu pflegen, soweit nicht aussergewöhnliche Umstände vorliegen. Zu diesem Zweck achten die Vertragsstaaten entsprechend ihrer Verpflichtung nach Artikel 9 Absatz 1 das Recht des Kindes und seiner Eltern, aus jedem Land einschliesslich ihres eigenen auszureisen und in ihr eigenes Land einzureisen. Das Recht auf Ausreise aus einem Land unterliegt nur den gesetzlich vorgesehenen Beschränkungen, die zum Schutz der nationalen Sicherheit, der öffentlichen Ordnung (*ordre public*), der Volksgesundheit, der öffentlichen Sittlichkeit oder der Rechte und Freiheiten anderer notwendig und mit den anderen in diesem Übereinkommen anerkannten Rechten vereinbar sind.

### a. *Schutzbereich*

Gemäss Art. 10 Abs. 1 KRK werden die Vertragsstaaten verpflichtet, Aus- und Einreiseanträge zum Zweck der Familienzusammenführung „*wohlwollend, human und beschleunigt*“ zu behandeln. Kinder haben das Recht, regelmässige und persönliche Beziehungen zu beiden Elternteilen zu pflegen; deshalb obliegt den Vertragsstaaten gemäss Art. 10 Abs. 2 KRK die Verpflichtung, zu diesem Zweck die *Ein- und Ausreise* in jedes Land zu gestatten. Die *Einheit der Familie* wird zudem durch Art. 18 KRK geschützt, und schliesslich sind die Vertragsstaaten nach Massgabe von Art. 22 KRK zur Mithilfe verpflichtet, um Eltern oder andere Familienangehörige von Kinderflüchtlingen ausfindig zu machen und die Familienzusammenführung zu ermöglichen.

### b. *Folgerungen für vorläufig Aufgenommene*

Ob die Bestimmungen betreffend Familiennachzug auch einen entsprechenden *Rechtsanspruch* einräumen, ist *umstritten*. In der bundesrätlichen Botschaft betreffend Beitritt zur Kinderrechtskonvention wird festgehalten, dass die „geltende schweizerische Rechtsordnung mit ihrem grundsätzlichen Ausschluss des Familiennachzugs für bestimmte Kategorien von Ausländerinnen und Ausländern den Anforderungen von Art. 10 Abs. 1 des Übereinkommens“ nicht in allen Teilen voll entspreche<sup>153</sup>, was die

Auffassung nahe legt, dass ein entsprechender Rechtsanspruch grundsätzlich bejaht wird<sup>154</sup>. In Anbetracht dieser Situation wurde zu Art. 10 Abs. 1 KRK denn auch ein *Vorbehalt* angebracht:

„Die schweizerische Gesetzgebung, die bestimmten Kategorien von Ausländerinnen und Ausländern keinen Familiennachzug gewährt, bleibt vorbehalten“.

Somit können aus der Kinderrechtskonvention *keine über die landesrechtlich bestehenden Regelungen hinaus gehenden Ansprüche* auf Familiennachzug abgeleitet werden<sup>155</sup>.

## 6. *Flüchtlingskonvention*

Die Frage des Familiennachzugs wird von der Flüchtlingskonvention *nicht geregelt*. Somit bestimmt sich der Familiennachzug vorläufig aufgenommenen Flüchtlinge – besondere völkerrechtliche Verpflichtungen vorbehalten – nach den Regeln des innerstaatlichen Rechts<sup>156</sup>.

## III. Allgemeiner Gleichheitssatz

Das schweizerische Ausländerrecht sieht für verschiedene Ausländerkategorien die Möglichkeit eines Familiennachzugs in unterschiedlicher Weise vor. Vorläufig aufgenommene Personen haben, gleich wie Ausländerinnen und Ausländer anderer Kategorien, keinen Anspruch auf Familiennachzug. Dies wirft die Frage der Vereinbarkeit mit dem allgemeinen Gleichheitssatz auf.

### 1. *Überblick*

Das schweizerische Ausländerrecht unterscheidet bei der Regelung des Familiennachzugs nach den unterschiedlichen ausländerrechtlichen Bewilligungen. Die zugrunde liegende gesetzliche Konzeption verweist auf die *Dauer*, für welche die Anwesenheit einer Ausländerin und eines Ausländers in der Schweiz angelegt ist, und insbesondere auf die unterschiedliche *Beziehungsnähe* der Betroffenen zur Schweiz.

<sup>154</sup> Ebenso MARTINA CARONI, Privat- und Familienleben, S. 75; WALTER KÄLIN/MARTINA CARONI, Familiennachzug, S. 60.

<sup>155</sup> MARTINA CARONI, Privat- und Familienleben S. 76 FN 53; WALTER KÄLIN/MARTINA CARONI, Familiennachzug, S. 61.

<sup>156</sup> Vgl. dazu oben, Ziff. I.

Diese Kriterien sind ein *sachlicher Massstab*, um das öffentliche Interesse an der Begrenzung der Zahl der Ausländer und das private Interesse an einem auf Dauer angelegten Familienleben in der Schweiz gegeneinander abzuwägen<sup>157</sup>.

Dass die gesetzliche Regelung dabei auf die ausländerrechtliche Stellung und damit auf einen Massstab abstellt, dem nicht die in einem Einzelfall tatsächlich vorhandene Nähe der Beziehung, sondern pauschalisierende Annahmen über den Grad der Verwurzelung in der Schweiz zugrunde liegen, steht dieser Einschätzung grundsätzlich nicht entgegen. Das Bundesgericht erlaubt in seiner Praxis zu Art. 8 Abs. 1 BV dem Gesetzgeber, aus Gründen der Rechtssicherheit und der Praktikabilität gewisse pauschale Kategorisierungen vorzunehmen, die nicht immer dem Einzelfall Rechnung tragen<sup>158</sup>.

Die schweizerischen Regeln zum Familiennachzug, die je nach der Beziehungsnähe der betroffenen Personen unter bestimmten Voraussetzungen einen Anspruch auf Familiennachzug gewähren, den Familiennachzug ins Ermessen der Behörden stellen oder diesen ausschliessen, halten daher *grundsätzlich vor dem Rechtsgleichheitsgebot stand*.

## 2. *Folgerungen für vorläufig Aufgenommene*

Der allgemeine Gleichheitssatz steht der gegebenen Regelung des Familiennachzugs von vorläufig aufgenommenen Personen nicht entgegen. Die vorläufige Aufnahme ist als Ersatzmassnahme für eine nicht vollziehbare Wegweisung auf eine nur vorübergehende Anwesenheit der Betroffenen ausgerichtet; vor diesem Hintergrund ist eine enge Beziehung der Betroffenen zur Schweiz grundsätzlich nicht gegeben. Der Ausschluss des Familiennachzugs erscheint daher *konsequent und sachlich gerechtfertigt*.

## 3. *Relativierung*

### a. *Lange dauernde Anwesenheit*

Eine andere Beurteilung drängt sich hingegen dann auf, wenn sich vorläufig aufgenommene Ausländerinnen und Ausländer entgegen der gesetzlichen Konzeption über längere Zeit in der Schweiz aufhalten. Dies anerkennt grundsätzlich auch das Bundesgericht. In einem unveröffentlichten Urteil vom 11. Januar 1996 stellt das Gericht fest, es könne vorkommen,

„dass die vorläufige Aufnahme aus Gründen verfügt wird, die ihrer Natur nach dauerhaften Charakter haben, so dass der betreffende Ausländer jeweils mit einer Verlängerung seiner Bewilligung rechnen kann. Er hat dann, wenn nicht ein recht-

<sup>157</sup> WALTER KÄLIN/MARTINA CARONI, Familiennachzug, S. 65.

<sup>158</sup> Siehe dazu z.B. BGE 118 Ia 1, E3c S. 4, sowie vorne, § 2 Ziff. III/4.

liches, so doch ein faktisches Anwesenheitsrecht, das allenfalls den Familiennachzug rechtfertigen kann.<sup>159</sup>

Art. 24 VVWA trägt denn auch dieser unterschiedlichen Lage insofern Rechnung, als vorläufig Aufgenommenen der Familiennachzug unter den gleichen Voraussetzungen offen steht wie Personen mit einer Aufenthaltsbewilligung, wenn diesen vorgängig eine Aufenthaltsbewilligung erteilt wird. Diese Regelung berücksichtigt den Umstand, dass sich die Lage von vorläufig aufgenommenen Ausländern hinsichtlich des Familiennachzugs mit zunehmender Aufenthaltsdauer derjenigen von Personen mit einem gefestigten rechtlichen Aufenthaltstatus angleicht und daher unter den gleichen Voraussetzungen bewilligt werden kann.

Problematisch erscheint, dass für die Bewilligung des Familiennachzugs die vorgängige Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung erforderlich ist. Bei an sich gleicher Voraussetzung kann damit Personen mit einer Aufenthaltsbewilligung der Familiennachzug gestattet werden, während er vorläufig Aufgenommenen vorenthalten wird. Allerdings lässt sich diese Voraussetzung, die darauf ausgerichtet ist, die Anwesenheit weiterer Personen mit einem prekären Aufenthaltsstatus in der Schweiz zu vermeiden, verfassungskonform anwenden; ob dies in der Praxis geschieht, lässt sich auf Grund der verfügbaren Informationen jedoch nicht beurteilen. Jedenfalls ist zu begrüssen, dass im neuen Ausländergesetz für Personen, die wegen einer unzulässigen oder unzumutbaren Wegweisung voraussichtlich dauerhaft in der Schweiz bleiben werden, neu eine humanitäre Aufnahme verfügt wird, bei der sich der Familiennachzug nach den gleichen Voraussetzungen richtet wie bei der Aufenthaltsbewilligung<sup>160</sup>.

#### b. *Faktisch gefestigte Anwesenheit*

Haben Ausländerinnen und Ausländer ein gefestigtes Anwesenheitsrecht in der Schweiz, anerkennt die bundesgerichtliche Rechtsprechung einen Anspruch auf Familiennachzug. Darin kommt die Überzeugung zum Ausdruck, dass einem Menschen das Familienleben nicht auf Dauer versagt werden kann.

Eine *vorläufige Aufnahme* kann faktisch zu einer äusserst engen und dauerhaften Beziehung der Betroffenen zur Schweiz führen. In diesen Fällen ergibt sich aus dem allgemeinen Gleichheitssatz für die vorläufig aufgenommenen Ausländerinnen und Ausländer ebenfalls ein Anspruch auf Familiennachzug: Die grosse Bedeutung, welche die Verfassung dem Schutz des Familienlebens einräumt, schliesst es aus, in diesen Fällen die Art der Regelung der Anwesenheit eines Ausländers als wesentlichen Unterschied zu betrachten. Das Bedürfnis der vorläufig Aufgenommenen nach Familiennachzug ist sogar eher höher zu gewichten, da dieser Gruppe in der Regel die Möglichkeit abgeht, das Familienleben anderswo zu leben.

Dieser Schluss wird auch durch die Regelung des Familiennachzugs für *vorläufig aufgenommene Flüchtlinge* bekräftigt, die *drei Jahre* nach Verfügung der vorläufigen Aufnahme grundsätzlich einen Anspruch auf Familiennachzug haben, obwohl sie ebenfalls

<sup>159</sup> Bundesgerichtsentscheid vom 11. Januar 1996 (2A.210/1995, E. 1e).

<sup>160</sup> Botschaft AsylG 02, S. 6857.

über kein gefestigtes Anwesenheitsrecht verfügen. Allein der Umstand, dass diese Menschen Flüchtlinge sind, begründet jedenfalls in Bezug auf die Gewährung des Familiennachzugs keinen wesentlichen Unterschied, der eine Ungleichbehandlung zu rechtfertigen vermag.

#### IV. Ergebnisse

Nach Massgabe der *bundesgerichtlichen* Rechtsprechung müssen Ausländerinnen und Ausländer bestimmte Voraussetzungen erfüllen, um sich auf den grundrechtlichen Schutz des Familienlebens berufen zu können; dazu gehört wesentlich der Umstand, dass die in der Schweiz lebenden nahen Verwandten über ein *gefestigtes Anwesenheitsrecht* verfügen. Da vorläufig aufgenommenen Personen kein entsprechendes Anwesenheitsrecht zukommt, besteht in der Folge auch *kein grundrechtlicher Anspruch* auf Familiennachzug.

Dieser Zustand erscheint aus der Optik der Grundrechte *bedenklich*:

- Zum einen kommen nach dieser Konzeption die spezifischen Gehalte von Art. 13 BV und Art. 8 EMRK und damit der *grundrechtliche Schutz des Familienlebens* zu wenig zum Tragen.
- Darüber hinaus wäre vermehrt der Umstand zu gewichten, dass nach einer gewissen Zeit eine faktisch gefestigte Anwesenheit besteht; unter dem Blickwinkel der *Gleichbehandlungsansprüche* ist dann sachlich nicht zu rechtfertigen, dass die vorläufig Aufgenommenen anders als Personen mit rechtlich gefestigten Anwesenheitsrechten behandelt werden. Gerade wenn mit einem länger dauernden Aufenthalt gerechnet werden muss, erscheint es mit gesellschaftlichen Gerechtigkeitsvorstellungen nur schwer zu vereinbaren, einen Menschen in einem derart zentralen Lebensbereich weitreichenden Beschränkungen zu unterwerfen und ihm insbesondere die Möglichkeit vorzuenthalten, mit seinen Familienangehörigen ein Familienleben tatsächlich zu leben. Die unterschiedlichen Aufenthaltszwecke müssen in diesen Fällen hinter den Umstand zurücktreten, dass sich das Leben – insbesondere auch das Familienleben – einer Person voraussehbar für unbestimmte Zeit in der Schweiz abspielen wird. Vor diesem Hintergrund drängt sich eine Gleichbehandlung der vorläufig Aufgenommenen mit jenen Ausländern auf, die in der Schweiz über eine Aufenthaltsbewilligung verfügen.

## § 7 BERUFSTÄTIGKEIT

Die Regelung der vorläufigen Aufnahme hat Auswirkungen auf die Erwerbsmöglichkeiten der Betroffenen<sup>161</sup>. Im Folgenden ist zu untersuchen, ob und inwieweit die Regelung mit der grundrechtlich gesicherten Wirtschaftsfreiheit zu vereinbaren ist, und ob damit allenfalls gegen Gleichbehandlungsansprüche verstossen wird.

### I. Ausgangslage: Rechtliche Regelung der Berufstätigkeit

Gemäss den einschlägigen ausländerrechtlichen Bestimmungen (Asylgesetz, ANAG, BVO, VVWA) besteht für vorläufig Aufgenommene *kein Arbeitsverbot*; ihnen steht folglich grundsätzlich das *Recht* zu, einer Erwerbstätigkeit nachzugehen. Allerdings bestehen gewisse, teilweise weit reichende Einschränkungen, die sich zudem je nach Status der vorläufig Aufgenommenen (Flüchtlingseigenschaft) unterscheiden.

Vorläufig aufgenommene Personen, die *nicht Flüchtlinge* im Sinne der Flüchtlingskonvention sind, unterstehen bezüglich Erwerbstätigkeit verschiedenen *Einschränkungen*:

- Erlaubt ist nur eine *unselbständige* Erwerbstätigkeit<sup>162</sup>;
- bei der Erteilung einer Arbeitsbewilligung werden *Arbeitsmarkt und Wirtschaftslage* berücksichtigt<sup>163</sup>;
- die einheimische Arbeitnehmerschaft wird *bevorzugt*<sup>164</sup>, und Angehörige der *EU- und EFTA-Mitgliedstaaten* werden *prioritär* behandelt<sup>165</sup>;
- *Stellen- und Berufswechsel* sind nur unter bestimmten Voraussetzungen möglich<sup>166</sup>.

Für die Erteilung der Arbeitsbewilligung sind die *Kantone* zuständig; bei der Beurteilung von Gesuchen um Bewilligung der Erwerbstätigkeit haben sie sinngemäss die Richtlinien des Bundesamtes für Industrie, Gewerbe und Arbeit und des Delegierten

<sup>161</sup> Vgl. Studie Teil I (Grundlagen) Ziff. 3.2., Teil II (Fallstudien) Ziff. 5.4., 6.3. und 7.3 und Teil III (Spannungsfelder) Ziff. 9.3.

<sup>162</sup> Art. 14c Abs. 3 ANAG.

<sup>163</sup> Art. 14c Abs. 3 ANAG.

<sup>164</sup> Art. 7 BVO.

<sup>165</sup> Art. 8 BVO.

<sup>166</sup> Art. 29 BVO.

für das Flüchtlingswesen<sup>167</sup> zu beachten. Diese Richtlinien erlauben den Kantonen, die Ausübung der Erwerbstätigkeit *auf einzelne Branchen oder Berufe zu beschränken*<sup>168</sup>.

Darüber hinaus scheinen einzelne Kantone die Praxis zu verfolgen, vorläufig Aufgenommenen eine Arbeitstätigkeit erst nach Ablauf einer *Wartefrist* zu erlauben<sup>169</sup>. Zudem scheinen Einschränkungen bezüglich der *Arbeitsvermittlung* zu bestehen<sup>170</sup>.

*Vorläufig aufgenommenen Flüchtlingen* wird eine (selbständige oder unselbständige) Erwerbstätigkeit bewilligt, ebenso der Stellen- und Berufswechsel<sup>171</sup>; der Zugang zum Arbeitsmarkt steht ihnen unbeschränkt offen<sup>172</sup>.

## II. Grundrechtlicher Schutz der Berufstätigkeit

### 1. Bundesverfassung

Die Wirtschaftsfreiheit wird durch die Bundesverfassung in Art. 27 als Grundrecht garantiert:

Art. 27 Wirtschaftsfreiheit

<sup>1</sup>Die Wirtschaftsfreiheit ist gewährleistet.

<sup>2</sup>Sie umfasst insbesondere die freie Wahl des Berufes sowie den freien Zugang zu einer privatwirtschaftlichen Erwerbstätigkeit und deren freie Ausübung.

#### a. Schutzbereich

Von ihrem *sachlichen Schutzbereich* her garantiert die Wirtschaftsfreiheit nach Rechtsprechung und Lehre die gewerbsmässig ausgeübte, privatwirtschaftliche Tätigkeit,

<sup>167</sup> Vgl. Studie Teil I (Grundlagen) Ziff. 3.2. und 2.4.4. – Im Einzelnen handelt es sich um die Richtlinie 51.2. des Bundesamtes für Industrie, Gewerbe und Arbeit und des Delegierten für das Flüchtlingswesen (Richtlinien für die Bewilligung der Erwerbstätigkeit von Asylbewerbern), vom 15. Dezember 1987 und um die Richtlinie Asyl 51.2.1 des Bundesamtes für Industrie, Gewerbe und Arbeit und des Delegierten für das Flüchtlingswesen (Arbeitsverbote für illegal eingereiste Asylbewerber), vom 15. Oktober 1988.

<sup>168</sup> Studie Teil I, Ziff. 2.4.4.

<sup>169</sup> Vgl. Studie Teil II (Fallstudien) Ziff. 5.3.

<sup>170</sup> Vgl. Studie Teil II (Fallstudien) Ziff. 5.3.

<sup>171</sup> Art. 61 AsylG.

<sup>172</sup> WALTER STÖCKLI, Asyl, Rz. 8.43 mit Verweis auf Art. 61 AsylG und Art. 17 ff. FK.

die der Erzielung eines Gewinnes oder Erwerbseinkommens dient<sup>173</sup>. Dazu gehören insbesondere die freie Wahl des Berufes, der freie Zugang zu einer privatwirtschaftlichen Erwerbstätigkeit und deren freie Ausübung.

Der *persönliche Schutzbereich* der Wirtschaftsfreiheit erstreckt sich auf natürliche Personen schweizerischer Nationalität, sowie auf juristische Personen. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts können sich *ausländische* natürliche Personen auf die Wirtschaftsfreiheit berufen, soweit sie *fremdenpolizeilich uneingeschränkt* auf dem schweizerischen Arbeitsmarkt zugelassen sind. Das ist dann der Fall, wenn sie eine Niederlassungsbewilligung besitzen oder gestützt auf Art. 7 ANAG oder einen Staatsvertrag Anspruch auf Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung haben<sup>174</sup>.

### *b. Folgerungen für vorläufig Aufgenommene*

Vorläufig aufgenommene Personen besitzen keine Niederlassungsbewilligung. Ob gestützt auf Art. 7 ANAG oder einen Staatsvertrag Anspruch auf Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung besteht, ist im Einzelfall zu prüfen; der Status von vorläufig aufgenommenen Personen hat jedenfalls nicht generell einen solchen Anspruch zur Folge. Vorläufig Aufgenommene werden folglich vom *persönlichen Schutzbereich* der Wirtschaftsfreiheit *nicht erfasst*, und dies selbst dann nicht, wenn es sich um Flüchtlinge im Sinne der Flüchtlingskonvention handelt: Die Konvention vermittelt keinen Anspruch auf eine Aufenthaltsbewilligung, wie sie von der bundesgerichtlichen Rechtsprechung als Voraussetzung des persönlichen Schutzbereichs verlangt wird<sup>175</sup>.

## **2. Internationaler Menschenrechtsschutz**

Die Europäische Menschenrechtskonvention enthält *keine Garantie* der Wirtschaftsfreiheit. Der gleiche Befund ergibt sich mit Blick auf die beiden Uno-Menschenrechtspakte.

Ein solches Recht ergibt sich auch nicht aus Art. 6 Abs. 1 Pakt I<sup>176</sup>:

„Die Vertragsstaaten erkennen das Recht auf Arbeit an (...) und unternehmen geeignete Schritte zum Schutz dieses Rechts.“

<sup>173</sup> BGE 117 Ia 440, E2 S. 445. Vgl. auch JÖRG PAUL MÜLLER, Grundrechte, S. 644 ff.; RENÉ RHINOW/GERHARD SCHMID/GIOVANNI BIAGGINI, Wirtschaftsrecht, S. 96 ff.; FRITZ GYGI/PAUL RICHLI, Wirtschaftsverfassungsrecht, S. 55 ff.

<sup>174</sup> BGE 125 I 182, E5a S. 198.

<sup>175</sup> Sie geniessen aber jene wirtschaftlichen Rechte, die ihnen die Flüchtlingskonvention vermittelt, vgl. dazu unten, Ziff. III.

<sup>176</sup> Die nachfolgenden Ausführungen stützen sich auf JÖRG KÜNZLI/WALTER KÄLIN, Bedeutung des UNO-Paktes, S. 117 ff.

Diese Norm garantiert dem Einzelnen das Recht, den Lebensunterhalt durch frei gewählte oder angenommene Arbeit zu verdienen. Artikel 6 UNO-Pakt I gewährt jedoch *kein subjektives Recht* auf einen Arbeitsplatz, sondern verpflichtet die Vertragsstaaten, sämtliche geeigneten Mittel auszuschöpfen, um Massnahmen zu ergreifen, die der Erreichung des Ziels der Vollbeschäftigung dienen. Die Staaten verpflichten sich damit zu einer aktiven Arbeitsmarktpolitik.

### 3. *Flüchtlingskonvention*

Vorläufig aufgenommene Flüchtlinge stehen unter dem Schutz der einschlägigen Normen der Flüchtlingskonvention.

#### Art. 17 Stellenantritt

1. Die vertragschliessenden Staaten gewähren Flüchtlingen, die sich ordnungsgemäss auf ihrem Gebiet aufhalten, in bezug auf den Stellenantritt die günstigste Behandlung, die sie unter denselben Umständen Angehörigen eines fremden Landes zubilligen.

2. Auf jeden Fall finden einschränkende Massnahmen gegen Ausländer oder gegen die Anstellung von Ausländern zum Schutze des einheimischen Arbeitsmarktes auf Flüchtlinge keine Anwendung, die bereits im Zeitpunkt des Inkrafttretens dieses Abkommens durch den betreffenden vertragschliessenden Staat davon ausgenommen waren oder eine der nachstehenden Bedingungen erfüllen:

a) sich schon drei Jahre im Land aufhalten;

b) mit einem Staatsangehörigen des Aufenthaltsstaates verheiratet sind; ein Flüchtling, der den Ehegatten verlassen hat, kann sich nicht auf diese Bestimmung berufen;

c) ein oder mehrere Kinder hat, die die Staatsangehörigkeit des Aufenthaltsstaates besitzen.

3. Die vertragschliessenden Staaten prüfen wohlwollend, ob Massnahmen getroffen werden können, um die Rechte aller Flüchtlinge in bezug auf den Stellenantritt den eigenen Staatsangehörigen möglichst anzugleichen, insbesondere der Flüchtlinge, die auf Grund eines Anwerbungsprogramms für Arbeitskräfte oder eines Einwanderungsplanes in ihr Gebiet gekommen sind.

#### Art. 18 Selbständige Erwerbstätigkeit

Die vertragschliessenden Staaten gewähren den Flüchtlingen, die sich ordnungsgemäss auf ihrem Gebiet aufhalten, in bezug auf die selbständige Erwerbstätigkeit in der Landwirtschaft, Industrie, im Gewerbe und Handel sowie die Gründung von Handels- oder Industriefirmen eine möglichst günstige Behandlung, die jedenfalls nicht ungünstiger sein darf als die unter den gleichen Umständen Ausländern im allgemeinen gewährte Behandlung.

#### Art. 19 Freie Berufe

1. Jeder vertragschliessende Staat sichert den Flüchtlingen, die sich rechtmässig auf seinem Gebiet aufhalten, die Diplome besitzen, welche von den zuständigen Behörden dieses Staates anerkannt werden, und die einen freien Beruf ausüben wollen, eine möglichst günstige Behandlung zu; sie darf jedenfalls nicht ungünstiger sein als die, welche unter den gleichen Umständen Ausländern im allgemeinen gewährt wird.

2. Die vertragschliessenden Staaten tun, entsprechend ihren Gesetzen und Verfassungen, alles in ihrer Macht Liegende, um die Ansiedlung solcher Flüchtlinge in Gebieten ausserhalb des Mutterlandes zu sichern, für deren internationale Beziehungen sie verantwortlich sind.

Diesen Bestimmungen zufolge sind Flüchtlinge bezüglich Erwerbstätigkeit mindestens so gut zu behandeln wie die *bestgestellten* Ausländerinnen und Ausländer<sup>177</sup>. In der Schweiz sind dies zur Zeit die Inhaber einer *Niederlassungsbewilligung*; auf sie findet die BVO keine Anwendung<sup>178</sup>. Mit Inkrafttreten des Freizügigkeitsabkommens mit der EG wird sich dies insofern ändern, als die Staatsangehörigen der EG- und EFTA-Staaten die meistbegünstigten Ausländerinnen und Ausländer sein werden.

Nach Massgabe der einschlägigen Gesetzgebung können vorläufig aufgenommene Flüchtlinge – ohne Rücksicht auf die Arbeitsmarktlage – eine *selbständige oder unselbständige Erwerbstätigkeit* ausüben, es sei denn, diese sei ausdrücklich und rechtmässig Personen mit Schweizer Pass vorbehalten<sup>179</sup>. Stellen- und Berufswechsel werden bewilligt<sup>180</sup>; der Zugang zum Arbeitsmarkt steht ihnen unbeschränkt offen<sup>181</sup>. Mit dieser Regelung werden die einschlägigen Bestimmungen (Art. 17 bis 19) der Flüchtlingskonvention umgesetzt.

### III. Allgemeiner Gleichheitssatz

#### 1. Überblick

Die schweizerische Rechtsordnung geht davon aus, dass die Ausübung einer Erwerbstätigkeit nicht allen Personen im gleichen Mass offen steht. Durch das Freizügigkeitsabkommen mit der EG werden EG- und EFTA-Staatsangehörige schweizerischen Staatsangehörigen weitgehend gleichgestellt: Nach einer Übergangszeit wird ihr Zugang zu einer Erwerbstätigkeit in der Schweiz nur noch durch die faktische Situation auf dem Arbeitsmarkt beschränkt sein<sup>182</sup>. Anderen Ausländern wird ein Aufenthalt zum Zweck einer Erwerbstätigkeit in der Schweiz grundsätzlich nur im Rahmen von

<sup>177</sup> WALTER STÖCKLI, Asyl, Rz. 8.43.

<sup>178</sup> Art. 2b BVO e contrario; FELIX KLAUS, Ausländische Staatsangehörige, Rz. 14.11.

<sup>179</sup> FELIX KLAUS, Ausländische Staatsangehörige, Rz. 14.11.; MARC SPESCHA, Handbuch, Bern 1999, S. 106; MARIO GATTIKER, Asyl- und Wegweisungsverfahren, S. 122 f.

<sup>180</sup> Art. 61 AsylG. Diese Bewilligung hat lediglich die Prüfung zum Inhalt, ob die orts- und berufsüblichen Lohn- und Arbeitsbedingungen eingehalten sind (Art. 9 BVO).

<sup>181</sup> WALTER STÖCKLI, Asyl, Rz. 8.43 mit Verweis auf Art. 61 AsylG und Art. 17 ff. FK.

<sup>182</sup> DIETER W. GROSSEN/CLAIRE DE PALÉZIEUX, *Freizügigkeit*, in: Daniel Thürer/Rolf H. Weber/Roger Zäch (Hrsg.), Bilaterale Verträge Schweiz – EG, Zürich 2002, S. 139 ff.

Kontingenten und unter Beachtung des Vorrangs von schweizerischen Staatsangehörigen und jener Ausländer bewilligt, die bereits Zugang zum schweizerischen Arbeitsmarkt haben<sup>183</sup>.

Dabei ist, abgesehen von den Regelungen des Freizügigkeitsabkommens, die Erteilung einer Bewilligung zur selbständigen Erwerbstätigkeit für Ausländerinnen und Ausländer ohne Niederlassungsbewilligung nur als Ausnahme vorgesehen<sup>184</sup>.

## 2. *Zulässigkeit der Ungleichbehandlung?*

Die differenzierte Zulassung hält grundsätzlich vor dem allgemeinen Gleichheitssatz stand. Generell kann festgehalten werden, dass die Herkunft von Ausländerinnen und Ausländern aus Staaten, mit denen die Schweiz traditionellerweise auf Gegenseitigkeit beruhende *besondere Beziehungen* pflegt, allgemein als *sachlicher Grund* für eine bevorzugte Behandlung anerkannt wird<sup>185</sup>. Die Kontingentierung ist durch die Arbeitsmarktsituation und – jedenfalls in bestimmten Grenzen – durch die Wahrung einer ausgewogenen Wohnbevölkerung gerechtfertigt, während für die Bevorzugung der auf dem Arbeitsmarkt zugelassenen Ausländer deren bereits bestehende Zulassung zur Erwerbstätigkeit bzw. besondere Beziehung zur Schweiz angeführt werden kann.

## 3. *Folgerungen für vorläufig Aufgenommene*

Da sich die Zulassung von vorläufig Aufgenommenen zum schweizerischen Arbeitsmarkt nach den angeführten sachlichen Kriterien der bereits bestehenden Beziehung zur Schweiz und der Arbeitsmarkt- bzw. der Wirtschaftslage beurteilt, erscheint diese Regelung sachlich vertretbar.

Insbesondere lässt sich auch die Beschränkung der Zulassung zu einer Erwerbstätigkeit auf *bestimmte Bereiche* sachlich rechtfertigen. Dieser Regelung liegt die Annahme zugrunde, dass sich in den anderen Bereichen prioritär zu behandelnde Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer finden lassen. Diese Annahme trägt zwar nicht allen Einzelfällen Rechnung. Das Bundesgericht erlaubt der Verwaltung jedoch aus Gründen der Praktikabilität, einer rechtlichen Regelung gewisse Pauschalisierungen zugrunde zu legen<sup>186</sup>.

---

<sup>183</sup> FELIX KLAUS, *Ausländische Staatsangehörige*, S. 596 ff., mit weiteren Hinweisen.

<sup>184</sup> KURT ROHNER, *Arbeitsmarktliche Steuerung der Einwanderung*, in: Bernhard Ehrenzeller (Hrsg.), *Aktuelle Fragen des schweizerischen Ausländerrechts*, St. Gallen 2001, S. 60.

<sup>185</sup> Siehe dazu vorne, § 3 Ziff. III/3.

<sup>186</sup> Siehe dazu vorne, § 2 Ziff. III/4.

Unproblematisch sind ebenfalls die Voraussetzungen für einen *Stellenwechsel*. Die vorläufig aufgenommenen Ausländerinnen und Ausländer werden in dieser Hinsicht weitgehend den gleichen Regeln unterworfen, die auch für die meisten anderen Kategorien von Ausländern gelten.

#### 4. *Folgerungen für vorläufig aufgenommene Flüchtlinge*

Günstiger ist wiederum die Regelung für die vorläufig aufgenommenen Flüchtlinge, die in dieser Hinsicht von der besonders privilegierten Stellung profitieren, die allen Flüchtlingen aufgrund von völkerrechtlichen Verpflichtungen eingeräumt wird. Aus dieser Regelung, die im Kontext der internationalen Bemühungen zu sehen ist, Flüchtlingen in zentralen Lebensbereichen einen minimalen Schutz zu gewährleisten, lässt sich keine Verpflichtung herleiten, *allen* sich in der Schweiz aufhaltenden Ausländern eine ähnlich privilegierte Stellung einzuräumen.

#### 5. *Länger dauernde Anwesenheit*

Auch wenn sich die Regelung der Erwerbstätigkeit für vorläufig Aufgenommene sachlich rechtfertigen lässt, ist nicht zu verkennen, dass diese Einschränkungen jedenfalls bei einer länger andauernden Anwesenheit in der Schweiz für die betroffenen Personen zu *erheblichen Nachteilen* führen. Gerade wenn mit einem länger dauernden Aufenthalt gerechnet werden muss, erscheint es mit gesellschaftlichen Gerechtigkeitsvorstellungen nur schwer vereinbar, einen Menschen in einem dermassen zentralen Lebensbereich wie der Erwerbstätigkeit weitreichenden Beschränkungen zu unterwerfen und ihm insbesondere dauerhaft die Möglichkeit vorzuenthalten, eine Tätigkeit auszuüben, die seinen Fähigkeiten und seiner Ausbildung entspricht. Mit zunehmender Dauer einer Anwesenheit erscheint es nicht mehr sachgerecht, diese Benachteiligung mit dem unterschiedlichen Aufenthaltszweck zu begründen. Vor diesem Hintergrund drängt sich eine Gleichbehandlung der vorläufig Aufgenommenen mit jenen Ausländerinnen und Ausländern auf, die auf dem Arbeitsmarkt prioritär behandelt werden.

Es ist daher zu begrüßen, dass im neuen Ausländergesetz für die neu eingeführte humanitäre Aufnahme, die bei Personen verfügt wird, deren Wegweisung unzulässig oder unzumutbar ist, eine Erwerbstätigkeit unter den gleichen Voraussetzungen wie bei einer Aufenthaltsbewilligung vorgesehen ist<sup>187</sup>.

---

<sup>187</sup>

Botschaft AsylG 02, S. 6857.

## IV. Ergebnisse

Die wirtschaftlichen Rechte der vorläufig Aufgenommenen sind beschränkt. Die Regelung ist jedoch entweder grundrechtlich nicht relevant, oder sie erweist sich als verfassungsrechtlich haltbar:

- Die Betroffenen befinden sich aufgrund ihres besonderen aufenthaltsrechtlichen Status *nicht im persönlichen Schutzbereich* der Wirtschaftsfreiheit; die in der Bundesverfassung garantierte Wirtschaftsfreiheit bietet ihnen deshalb keinen Schutz. Zusätzliche Ansprüche ergeben sich auch nicht aus dem internationalen Menschenrechtsschutz. Vorläufig aufgenommene *Flüchtlinge* geniessen den Schutz der wirtschaftlichen Rechte, wie er sich aus der Flüchtlingskonvention ergibt; es bestehen keine Hinweise, welche gegen die Konventionskonformität der einschlägigen gesetzlichen Regelung sprechen würden.
- Die Regeln zur Erwerbstätigkeit der vorläufig Aufgenommenen halten vor dem allgemeinen Gleichheitssatz grundsätzlich stand. Sie fügen sich konsequent und sachlich in ein Arbeitsmarktsystem ein, das Personen mit engen Beziehungen zur Schweiz bzw. zum schweizerischen Arbeitsmarkt privilegiert. Dies gilt allerdings dann nicht, wenn eine vorläufige Aufnahme von Dauer ist. In diesen Fällen erscheint es sachgerecht, vorläufig aufgenommene Ausländerinnen und Ausländer auf dem Arbeitsmarkt prioritär zu behandeln.

## § 8 BILDUNG

Rund 45% der vorläufig Aufgenommenen sind Jugendliche oder Kinder unter 20 Jahren<sup>188</sup>; der Status der vorläufigen Aufnahme zeitigt Auswirkungen auch auf die Bildungsmöglichkeiten der Betroffenen<sup>189</sup>. Nachfolgend wird untersucht, ob sich die einschlägigen Regelungen als grundrechtskonform erweisen.

### I. Grundschule

#### 1. *Ausgangslage: Rechtliche Regelung der Grundschulbildung*

Gemäss Art. 62 BV sind die Kantone für das Schulwesen zuständig; sie haben für einen ausreichenden Grundschulunterricht zu sorgen:

<sup>1</sup> Für das Schulwesen sind die Kantone zuständig.

<sup>2</sup> Sie sorgen für einen ausreichenden Grundschulunterricht, der allen Kindern offen steht. Der Grundschulunterricht ist obligatorisch und untersteht staatlicher Leitung oder Aufsicht. An öffentlichen Schulen ist er unentgeltlich. Das Schuljahr beginnt zwischen Mitte August und Mitte September.

Die den obligatorischen Schulunterricht betreffenden kantonalen Bestimmungen weisen – soweit ersichtlich – keine besonderen Regeln auf, die spezifisch nur für Ausländer mit Status F gültig wären. Probleme bei der Einschulung ergeben sich in der Praxis offenbar eher aufgrund der Fremdsprachigkeit der Schülerinnen und Schüler als durch deren Aufenthaltsstatus<sup>190</sup>. Da sich die vorläufig Aufgenommenen legal in der Schweiz aufhalten, ist der Besuch der Schule – anders als bei den „Sans Papiers“ – auch nicht mit der Gefahr der Enthüllung des unrechtmässigen Aufenthalts verbunden.

---

<sup>188</sup> Vgl. Studie Teil II (Fallstudien), Ziff. 4.1.

<sup>189</sup> Vgl. Studie Teil II (Fallstudien), Ziff. 5.4., 6.4. und 7.4.; Teil III (Spannungsfelder), Ziff. 9.2.

<sup>190</sup> Vgl. Studie Teil II (Fallstudien), Ziff. 5.4.1.

## 2. Grundrechtlicher Schutz der Grundschulbildung

### a. Bundesverfassung

Als Gegenstück zu der in Art. 62 Abs. 2 BV geregelten Schulpflicht begründet Art. 19 BV einen grundrechtlichen Anspruch auf Grundschulunterricht:

Der Anspruch auf ausreichenden und unentgeltlichen Grundschulunterricht ist gewährleistet.

Der *sachliche Schutzbereich* von Art. 19 BV garantiert einen ausreichenden und unentgeltlichen Unterricht an der Grundschule. Darunter fallen alle Schulen (inklusive Sekundar- und Sonderschulen) während der *obligatorischen Schulzeit*, mit Ausnahme von Mittelschule und Untergymnasium<sup>191</sup>. Dagegen wird durch den Anspruch auf Grundschulunterricht nicht der Besuch einer bestimmten, frei wählbaren Schule garantiert. Der Anspruch beschränkt sich darauf, am Ort des tatsächlichen Aufenthalts in die Schule gehen zu können<sup>192</sup>.

Welche Qualität zur Gewährleistung eines *ausreichenden* Unterrichts erforderlich ist, richtet sich einerseits nach dem allgemeinen Standard und den besonderen Bedürfnissen und Fähigkeiten der Kinder. Eine möglicherweise mangelnde Berücksichtigung der limitierten Vorkenntnisse von Kindern aus anderen Kulturkreisen durch die Kantone hat bisher zu keinen grundrechtlichen Auseinandersetzungen über die verfassungsrechtlich gebotene Qualität des Schulunterrichts geführt<sup>193</sup>.

Der *persönliche Schutzbereich* von Art. 19 BV erstreckt sich auf alle in der Schweiz wohnhaften Kinder im schulpflichtigen Alter<sup>194</sup>. Staatsangehörigkeit und aufenthaltsrechtlicher Status sind unbeachtlich.

### b. Staatsvertragliche Garantien

Im Völkerrecht ist der Anspruch auf Grundschulunterricht als Teilgehalt des Rechts auf Bildung gemäss Art. 13 von *Pakt I* gesichert.

#### Art. 13 Pakt I

<sup>191</sup> BGE 129 I 35, E7.4 S. 41.

<sup>192</sup> REGULA KÄGI-DIENER, Art. 19, Rz. 17.

<sup>193</sup> REGULA KÄGI-DIENER, Art. 19, Rz. 18.

<sup>194</sup> Die Kantone legen die Altersgrenzen fest (gemäss Konkordat über die Schulkoordination vom 29. Oktober 1970 [SR 411.9], beginnt der Anspruch nach dem vollendeten 6. Altersjahr und endet mit dem Eintritt ins Erwerbsalter, d.h. mit 16 Jahren).

<sup>1</sup>Die Vertragsstaaten erkennen das Recht eines jeden auf Bildung an. Sie stimmen überein, dass die Bildung auf die volle Entfaltung der menschlichen Persönlichkeit und des Bewusstseins ihrer Würde gerichtet sein und die Achtung vor den Menschenrechten und Grundfreiheiten stärken muss. Sie stimmen ferner überein, dass die Bildung es jedermann ermöglichen muss, eine nützliche Rolle in einer freien Gesellschaft zu spielen, dass sie Verständnis, Toleranz und Freundschaft unter allen Völkern und allen rassischen, ethnischen und religiösen Gruppen fördern sowie die Tätigkeit der Vereinten Nationen zur Erhaltung des Friedens unterstützen muss.

<sup>2</sup>Die Vertragsstaaten erkennen an, dass im Hinblick auf die volle Verwirklichung dieses Rechts

a) der Grundschulunterricht für jedermann Pflicht und allen unentgeltlich zugänglich sein muss;

b) die verschiedenen Formen des höheren Schulwesens einschliesslich des höheren Fach- und Berufsschulwesens auf jede geeignete Weise, insbesondere durch allmähliche Einführung der Unentgeltlichkeit, allgemein verfügbar und jedermann zugänglich gemacht werden müssen;

c) der Hochschulunterricht auf jede geeignete Weise, insbesondere durch allmähliche Einführung der Unentgeltlichkeit, jedermann gleichermassen entsprechend seinen Fähigkeiten zugänglich gemacht werden muss;

d) eine grundlegende Bildung für Personen, die eine Grundschule nicht besucht oder nicht beendet haben, so weit wie möglich zu fördern oder zu vertiefen ist;

e) die Entwicklung eines Schulsystems auf allen Stufen aktiv voranzutreiben, ein angemessenes Stipendiensystem einzurichten und die wirtschaftliche Lage der Lehrerschaft fortlaufend zu verbessern ist.

<sup>3</sup>Die Vertragsstaaten verpflichten sich, die Freiheit der Eltern und gegebenenfalls des Vormunds oder Pflegers zu achten, für ihre Kinder andere als öffentliche Schulen zu wählen, die den vom Staat gegebenenfalls festgesetzten oder gebilligten bildungspolitischen Mindestnormen entsprechen, sowie die religiöse und sittliche Erziehung ihrer Kinder in Übereinstimmung mit ihren eigenen Überzeugungen sicherzustellen.

<sup>4</sup>Keine Bestimmung dieses Artikels darf dahin ausgelegt werden, dass sie die Freiheit natürlicher oder juristischer Personen beeinträchtigt, Bildungseinrichtungen zu schaffen und zu leiten, sofern die in Absatz 1 niedergelegten Grundsätze beachtet werden und die in solchen Einrichtungen vermittelte Bildung den vom Staat gegebenenfalls festgesetzten Mindestnormen entspricht.

Nach der Rechtsprechung des *Bundesgerichts* sind damit *keine justiziablen Ansprüche* des Einzelnen verbunden; vielmehr stellen diese Normen Verpflichtungen der Vertragsstaaten dar, die vorab durch gesetzgeberische Massnahmen zu verwirklichen sind<sup>195</sup>. Nach der *Lehre* sind einzelne Gehalte der Garantie als justiziable, *unmittelbar verpflichtende Individualrechte* einzustufen: Die Freiheit der Wahl einer Bildungseinrichtung, die Freiheit von Einrichtung und Betrieb von Privatschulen, das Recht der Eltern auf Achtung ihrer religiösen und weltanschaulichen Überzeugungen sowie das Verbot diskriminatorischer Zugangsbeschränkungen<sup>196</sup>.

<sup>195</sup> BGE 126 I 240, E2 S. 241 ff., BGE 120 Ia 1 ff. Vgl. auch die Kritik an dieser Rechtsprechung in JÖRG KÜNZLI/WALTER KÄLIN, Bedeutung des UNO-Paktes, S. 105 ff.; JÖRG KÜNZLI, Soziale Menschenrechte, S. 527 ff.

<sup>196</sup> JÖRG KÜNZLI/WALTER KÄLIN, Bedeutung, S. 145.

Art. 28 der *Kinderrechtskonvention* verpflichtet die Vertragsstaaten, das Recht des Kindes auf Bildung zu gewährleisten. Sie haben insbesondere den Besuch der Grundschule für alle zur Pflicht zu erklären und unentgeltlich zu machen.

### 3. *Ergebnisse*

Der Anspruch auf genügenden Grundschulunterricht ist für alle sich in der Schweiz aufhaltenden Kinder zu gewährleisten. Die für das Schulwesen zuständigen Kantone dürfen das Recht auf Grundschulunterricht nicht aufgrund eines bestimmten Aufenthaltsrechtlichen Status einschränken. Allerdings sind keine Bestimmungen des kantonalen Rechts ersichtlich, welche dem verfassungsrechtlich gewährleisteten Anspruch zuwiderlaufen würden. Auch die Studie enthält – soweit ersichtlich – keine Hinweise, welche auf eine grundrechtswidrige Praxis der kantonalen Schulbehörden im Zusammenhang mit dem Grundschulunterricht von vorläufig aufgenommenen Kindern schliessen lassen.

## II. **Berufs- und Hochschulbildung**

### 1. *Ausgangslage: Rechtliche Regelung der nachobligatorischen Bildung*

Die *nachobligatorische* Bildung im Bereich der Berufs- und Hochschulbildung ist einerseits durch das Bundesrecht, andererseits durch das kantonale Recht geregelt.

Gemäss Art. 63 BV erlässt der Bund Vorschriften über die Berufsbildung. Es handelt sich um eine nachträglich derogatorische Rechtsetzungskompetenz<sup>197</sup>; ein entsprechendes Bundesgesetz ist noch nicht in Kraft getreten<sup>198</sup>. Damit behalten vorderhand das Bundesgesetz über Berufsbildung (das nur bestimmte Bildungsgänge regelt) und die kantonalen Erlasse zu den übrigen Berufsbildungen nebeneinander Geltung. Im Bereich der Hochschulbildung können entsprechende Bildungseinrichtungen auch durch das kantonale Recht vorgesehen werden<sup>199</sup>.

Eine Analyse dieser Normen bezüglich Regeln für vorläufig Aufgenommene würde den Rahmen dieses Gutachtens sprengen. Weil die Studie aber entsprechende Frage-

<sup>197</sup> GERHARD SCHMID/MARKUS SCHOTT, *Bildung, Forschung und Kultur*, Rz. 6.

<sup>198</sup> Vgl. aber den Entwurf für ein neues Berufsbildungsgesetz, BBl 2000 5775, und die zugehörige Botschaft, BBl 2000 5686.

<sup>199</sup> Vgl. zum Ganzen REGINA KIENER, *Bildung, Forschung und Kultur*, Rz. 10 ff.; GERHARD SCHMID/MARKUS SCHOTT, § 63, Rz. 3 ff.

stellungen thematisiert<sup>200</sup>, wird im Folgenden auch eine verfassungsrechtliche Würdigung von allfälligen Beschränkungen des Zugangs zur nachobligatorischen Bildung vorgenommen. Bedenkenswert scheint insbesondere der Umstand, dass der *Zugang zu Lehrstellen* für vorläufig aufgenommene Jugendliche offenbar faktisch erheblich eingeschränkt ist, dies mit der Begründung des Inländervorrangs<sup>201</sup>.

## 2. Grundrechtlicher Schutz der nachobligatorischen Bildung

### a. Bundesverfassung

Ein Recht auf Bildung im Sinne einer grundrechtlichen Garantie auf Zugang zu *höheren* Bildungseinrichtungen lässt sich der Bundesverfassung *nicht* entnehmen. Das Bundesgericht hat es auch abgelehnt, eine entsprechende Konkretisierung der Wirtschaftsfreiheit (Art. 27 BV) vorzunehmen<sup>202</sup>. Damit entfällt jeglicher grundrechtlicher Schutz der *nachobligatorischen* Bildung durch die Bundesverfassung.

### b. Internationaler Menschenrechtsschutz

Die Europäische Menschenrechtskonvention enthält keinen Anspruch auf nachobligatorische Bildung, und auch Pakt II begründet keine entsprechende Garantie. Immerhin wird ein Recht auf Bildung durch Art. 2 des 1. Zusatzprotokolls zur EMRK gesichert; die Schweiz hat dieses Zusatzprotokoll bislang aber nicht ratifiziert<sup>203</sup>.

Ein Recht auf Bildung wird durch Art. 13 des Pakts über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte gesichert<sup>204</sup>. Auf der Stufe der durch die Vertragsstaaten *progressiv zu erfüllenden Leistungspflichten* betont der Ausschuss die Notwendigkeit von Anstrengungen zur Erleichterung des Zugangs und der Förderung von „vulnerable groups“ (z.B. fremdsprachigen, geistig und körperlich behinderten Kindern, Kinder nationaler Minderheiten). Ein weiterer zentraler Punkt stellt die Verpflichtung dar, auch für *weiterführende Schulen* auf das Ziel der *Allgemeinzugänglichkeit* des Besuchs hinzuarbeiten.

<sup>200</sup> Vgl. Studie Teil I (Grundlagen) Ziff. 3.3.; Teil II (Fallstudien), Ziff. 5.4., 6.4. und 7.4.; Teil III (Spannungsfelder), Ziff. 9.2.

<sup>201</sup> Vgl. Studie Teil II (Fallstudien) Ziff. 5.4. und Ziff. 7.4.; Teil III (Spannungsfelder) Ziff. 9.2.

<sup>202</sup> BGE 125 I 173, E3 S. 175 f., 121 I 29, E2 S. 24 f. Demgegenüber anerkennt die neuere Lehre aus dem Grundsatz der Berufswahlfreiheit einen Anspruch auf Zulassung zu höheren Bildungseinrichtungen, vgl. JÖRG PAUL MÜLLER, Grundrechte, S. 651 f.

<sup>203</sup> Vgl. MARK E. VILLIGER, Handbuch EMRK, Rz. 31 S. 24 f.

<sup>204</sup> Zum Wortlaut vgl. oben, Ziff. I.

Art. 2 Pakt I verlangt auch hier, auf diese Ziele unter Ausschöpfung aller geeigneten Mittel bis zur vollständigen Verwirklichung hinzuarbeiten<sup>205</sup>.

Mit Blick auf die nachobligatorische Bildung von vorläufig aufgenommenen, *längerfristig* in der Schweiz anwesenden Jugendlichen scheinen hier Defizite zu bestehen; insbesondere scheint der *Zugang zu Lehrstellen* für vorläufig aufgenommene Jugendliche faktisch erheblich eingeschränkt zu sein<sup>206</sup>. Aus der Optik der Lehrstellenanbieter ist nachvollziehbar, dass bei grosser Nachfrage nach Lehrstellen prioritär jene Jugendlichen berücksichtigt werden, deren Aufenthaltsstatus einen Abschluss der Berufsbildung nicht von vornherein in Frage stellt. Dies ist bei vorläufig aufgenommenen Jugendlichen aber gerade nicht der Fall. Eine *Umsetzung der paktrechtlichen Verpflichtungen* würde für die Schweiz bedeuten, diesen besonderen Gegebenheiten vermehrt Rechnung zu tragen und die Ausbildungschancen von vorläufig aufgenommenen Jugendlichen mit allen geeigneten Mitteln zu fördern.

### c. *Flüchtlingskonvention*

Das Abkommen über die Rechtsstellung der Flüchtlinge sieht im Kapitel IV (Wohlfahrt) Folgendes vor:

#### Art. 22 Öffentlicher Unterricht

1. Die vertragschliessenden Staaten gewähren den Flüchtlingen mit Bezug auf den Unterricht in den Primarschulen die gleiche Behandlung wie den Einheimischen.
2. Die vertragschliessenden Staaten gewähren den Flüchtlingen hinsichtlich des Unterrichts in andern als den Primarschulen, insbesondere was die Zulassung zum Studium, die Anerkennung von ausländischen Studienzeugnissen, Diplomen und Universitätsgraden, sowie den Gebührenerlass und die Erteilung von Stipendien anbetrifft, eine möglichst günstige Behandlung, die nicht ungünstiger sein soll als die Ausländern im allgemeinen unter den gleichen Umständen gewährte Behandlung.

Ziffer 2 verlangt im Bereich des nachobligatorischen Unterrichts eine Gleichbehandlung mit den bestgestellten Ausländerinnen und Ausländern. Entsprechende Ungleichbehandlungen von vorläufig aufgenommenen Flüchtlingen würden folglich das Abkommen verletzen.

<sup>205</sup> JÖRG KÜNZLI/WALTER KÄLIN, Bedeutung des UNO-Paktes, S. 145, m.w.H.

<sup>206</sup> Vgl. Studie Teil II (Fallstudien) Ziff. 5.4. und Ziff. 7.4.; Teil III (Spannungsfelder) Ziff. 9.2.

### III. Allgemeiner Gleichheitssatz

Benachteiligungen der vorläufig aufgenommenen Ausländer können sich im Bereich der Berufsbildung ergeben. Die Studie thematisiert dabei vor allem die faktisch eingeschränkten Möglichkeiten vorläufig aufgenommener Jugendlicher, eine Lehrstelle anzutreten.

Der Gesetzgeber ist auch im Bereich der Berufsbildung an das Rechtsgleichheitsgebot gebunden. Wie bereits an anderer Stelle ausgeführt, ist es mit diesem Grundrecht vereinbar, dass der Zugang zu einer Erwerbstätigkeit prioritär denjenigen Personen bewilligt wird, die sich längerfristig in der Schweiz aufhalten<sup>207</sup>. Eine entsprechende Regelung für den Bereich der Berufsbildung wäre daher *nicht von vornherein sachwidrig*.

Zudem wäre Folgendes zu beachten: Die vorübergehende Aufnahme wird in gewissen Fällen aus Gründen verfügt, die eine längerfristige Anwesenheit in der Schweiz nach sich ziehen. In diesen Fällen wäre es kaum sachgerecht, vorläufig aufgenommenen Jugendlichen die Möglichkeit vorzuenthalten, nach der Schule eine Berufsbildung zu absolvieren, zumal dies für deren Zukunftsperspektiven von erheblicher Bedeutung ist.

Dies beseitigt jedoch nicht die *faktischen Hindernisse*, mit denen vorläufig aufgenommene Ausländerinnen und Ausländer bei der Suche einer Lehrstelle konfrontiert sind, insbesondere nicht die Vorbehalte der Arbeitgeber, Personen mit einer vorläufigen Aufnahme zu beschäftigen. Hier bietet allerdings der allgemeine Gleichheitssatz keine direkte Handhabe, verpflichtet die Norm in diesem Bereich doch nur den Staat, nicht aber Private. Allerdings lässt sich dem *programmatischen* Gehalt des Gleichheitssatzes durchaus die Verpflichtung des Gesetzgebers entnehmen, mit allen geeigneten Mitteln auf eine Umsetzung der Gleichheitsgebote hinzuwirken.

### IV. Ergebnisse

Der Zugang zur Berufs- und Hochschulbildung ist in der Schweiz *grundrechtlich nicht geschützt*. Bundesverfassung, EMRK und Pakt II enthalten keine entsprechenden Garantien. Ein Recht auf Bildung besteht gemäss dem 1. Zusatzprotokoll zur EMRK; die Schweiz hat dieses Abkommen aber bislang nicht unterzeichnet. Die einschlägigen Garantien in Pakt I vermitteln nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts keine justiziablen Ansprüche, auf die sich der Einzelne berufen könnte. Damit besteht für vorläufig Aufgenommene *kein grundrechtlicher Schutz des Zugangs zur nachobligatorischen Bildung*. Allerdings verpflichten die programmatischen Gehalte insbesondere von Art. 13 Pakt I die Signatarstaaten dazu, mit allen verfügbaren Mitteln auf die Allgemein zugänglichkeit

<sup>207</sup>

Vgl. dazu vorne, § 6 Ziff. III/1, § 7 Ziff. III/2.

keit auch der nachobligatorischen Bildung hinzuarbeiten. Hier besteht in der Schweiz – gerade mit Blick auf die Bildungsmöglichkeiten von vorläufig aufgenommenen Jugendlichen – Nachholbedarf.

Mit Blick auf das *Gleichheitsgebot* gilt Folgendes: Solange allfällige Beschränkungen beim Zugang zur nachobligatorischen Bildung nur von kurzer Dauer sind, lassen sie sich sachlich rechtfertigen, da sich die Situation der vorläufig Aufgenommenen in diesem Fall wesentlich von derjenigen von Personen unterscheidet, die sich länger in der Schweiz aufhalten. Offensichtlich entfällt dieses Argument bei absehbarer längerer Aufenthaltsdauer. In diesem Fall erscheint eine Ungleichbehandlung gerade auch angesichts der erheblichen Bedeutung einer Berufslehre für die Zukunft von Jugendlichen, aber auch unter sozialen und wirtschaftlichen Gesichtspunkten, sachlich kaum mehr vertretbar.

## § 9 SOZIALHILFE

Bei Hilfsbedürftigkeit benötigen vorläufig aufgenommene Ausländerinnen und Ausländer Sozialhilfe<sup>208</sup>. Entsprechende Leistungen werden unter gewissen Einschränkungen erbracht. Im Folgenden ist zu untersuchen, ob damit grundrechtliche Ansprüche beeinträchtigt werden.

### I. Ausgangslage: Rechtliche Regelung der Sozialhilfe

#### 1. Grundsatz

Bedürftige werden von ihrem *Wohnkanton* unterstützt; der Bund regelt die Ausnahmen und Zuständigkeiten<sup>209</sup>. Festsetzung, Ausrichtung und Abrechnung von Fürsorgeleistungen an *vorläufig Aufgenommene* richten sich mithin grundsätzlich nach kantonalem Recht<sup>210</sup>; AsylG und AsylIV 2 geben allgemeine, von den Kantonen zu beachtende Grundsätze vor. Für vorläufig aufgenommene *Flüchtlinge* bestehen Sonderregeln: Sie sind in Bezug auf die Ausrichtung von Fürsorgeleistungen der inländischen Bevölkerung *gleichgestellt*<sup>211</sup>.

Anspruch auf Fürsorgeleistungen haben nur Personen, die ihren Unterhalt nicht aus eigenen Mitteln bestreiten und keine Ansprüche gegenüber Dritten aufgrund von gesetzlichen oder vertraglichen Verpflichtungen geltend machen können<sup>212</sup>. Die Unterstützungsleistungen sind nach Möglichkeit in Form von Sachleistungen zu erbringen<sup>213</sup>. Fürsorgeleistungen können unter bestimmten Voraussetzungen gekürzt oder entzogen werden<sup>214</sup>. Für die Sozialhilfe zuständig ist in der Regel die Wohnsitzgemeinde, wobei die Erfüllung dieser Aufgabe ganz oder teilweise Dritten, namentlich den nach Art. 30 Abs. 2 AsylG zugelassenen Hilfswerken, aber auch Privaten übertragen werden kann.

Der Bund *entschädigt* die Kantone für ihre Ausgaben mittels Pauschalabgaben<sup>215</sup>. Diese erfolgen insbesondere zur Abgeltung von Fürsorgekosten (Unterstützungs-, Unterbringungs-, Gesundheitskosten, Betreuungs- und Verwaltungskosten)<sup>216</sup>. Dabei sind

<sup>208</sup> Vgl. dazu Studie, Teil I (Grundlagen) Ziff. 3.1. sowie Teil II (Fallstudien) Ziff. 5.2., 6.2. und 7.2; Teil III (Spannungsfelder) Ziff. 9.5.

<sup>209</sup> Art. 115 BV.

<sup>210</sup> Art. 14c Abs. 4 ANAG.

<sup>211</sup> Art. 3 Abs. 2 AsylIV 2.

<sup>212</sup> Art. 81 AsylG.

<sup>213</sup> Art. 82 Abs. 2 AsylG.

<sup>214</sup> Vgl. die Aufzählung in Art. 83 AsylG.

<sup>215</sup> Vgl. Art. 88 ff. AsylG und Art. 21 ff. AsylIV 2.

<sup>216</sup> Art. 88 ff. AsylG und Art. 20 ff. AsylIV 2.

die vom Bund ausgerichteten Pauschalen für vorläufig aufgenommene *Flüchtlinge* höher angesetzt als für die übrigen vorläufig aufgenommenen Ausländerinnen und Ausländer<sup>217</sup>.

## 2. *Bemessung der Sozialhilfe*

Hilfsbedürftige vorläufig aufgenommene *Flüchtlinge* erhalten die *gleiche soziale Unterstützung wie Einheimische*. Diese richtet sich nach den Richtlinien der Schweizerischen Konferenz für Sozialhilfe (SKOS-Richtlinien)<sup>218</sup>. Da für die *anderen* fürsorgebedürftigen Ausländerinnen und Ausländer mit Bewilligung F keine Vorschriften bestehen, welche die Gleichbehandlung mit den Einheimischen vorsehen, kann der Umfang der ausgerichteten Fürsorgeleistungen von Kanton zu Kanton und sogar von Gemeinde zu Gemeinde *variieren*<sup>219</sup>. In der Regel werden für die Unterstützung aber nur die vom Bund abgolgten Pauschalen aufgewendet<sup>220</sup>. Dies hat zur Folge, dass vorläufig Aufgenommene durchschnittlich *deutlich geringere Fürsorgeleistungen* empfangen als Einheimische und vorläufig aufgenommene *Flüchtlinge*<sup>221</sup>.

## II. Grundrechtlicher Schutz der sozialen Sicherheit

### 1. *Bundesverfassung*

Art. 12 BV gewährleistet das Recht auf Hilfe in Notlagen:

Wer in Not gerät und nicht in der Lage ist, für sich zu sorgen, hat Anspruch auf Hilfe und Betreuung und auf die Mittel, die für ein menschenwürdiges Dasein unerlässlich sind.

<sup>217</sup> Art. 21 AsylV 2 (Unterstützungskosten); Art. 24 AsylV 2 (Unterbringungskosten).

<sup>218</sup> Die SKOS-Richtlinien geben Anhaltspunkte für die Berechnung des „sozialen“ Existenzminimums im Einzelfall, das neben dem eigentlichen Notbedarf für die alltäglichen Bedürfnisse auch einen Betrag zur freien Verfügung vorsieht. Es handelt sich um rechtlich unverbindliche Empfehlungen, welche jedoch praktisch überall angewendet werden.

<sup>219</sup> Siehe auch Studie Teil I Ziff. 3.1.2.

<sup>220</sup> Während die maximale Höhe der Unterstützungsleistungen faktisch durch die vom Bund vergüteten Pauschalansätze bestimmt werden, bestehen keine Minimalleistungspflichten; vgl. auch Studie Teil I. Ziff. 3.1.

<sup>221</sup> Gemäss der Botschaft des Bundesrates zur Volksinitiative „gegen Asylmissbrauch“ (2001) liegt das Leistungsniveau im Falle von Asylsuchenden und vorläufig Aufgenommenen rund 20% unter demjenigen der übrigen unterstützungsbedürftigen Wohnbevölkerung (BBl 2001 IV S. 4731 ff.). Die Studie (Teil I, Ziff. 3.1.2.) geht von einer 40% bis 60% tieferen Unterstützung aus.

a. *Schutzbereich*

Der *sachliche* Schutzbereich des Grundrechts umfasst jene Hilfe, die für ein *menschenwürdiges Dasein* unabdingbar ist und den Einzelnen vor einer „unwürdigen Bettelexistenz“ bewahrt<sup>222</sup>. Das Recht auf Hilfe in Notlagen gewährt *keine klar bezifferbaren* Mindestansprüche, was angesichts der unterschiedlichen Bedürfnisse in Bezug auf die unabdingbaren Lebenshaltungskosten als sachgerecht erscheint. Der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zufolge müssen durch die Hilfe zumindest die Grundbedürfnisse des Einzelnen (Ernährung, Kleidung, Wohnung, ärztliche Versorgung usw.) abgedeckt sein<sup>223</sup>. Über die physische Existenzsicherung hinaus sollen durch Art. 12 BV aber auch jene materiellen Voraussetzungen sichergestellt werden, welche dem Individuum ermöglichen, die ihm zustehenden Grundfreiheiten auszuüben<sup>224</sup>. Ob die verfassungsrechtlich gebotene Hilfe gewährleistet ist, kann immer nur im konkreten Einzelfall beurteilt werden.

Der *persönliche Schutzbereich* des Rechts auf Hilfe in Notlagen erstreckt sich auf *alle Personen, die sich im Hoheitsgebiet der Schweiz aufhalten*. Der Anspruch auf Existenzsicherung hängt damit nicht vom aufenthaltsrechtlichen Status einer Person ab<sup>225</sup>.

Das Recht auf Hilfe in Notlagen betrifft einen essentiellen Aspekt menschlichen Daseins; jedenfalls nach der Lehre sind *Einschränkungen* des Anspruchs deshalb grundsätzlich nicht zulässig<sup>226</sup>. Allerdings schliesst das Bundesgericht eine *Kürzung oder Streichung* der Hilfeleistungen bei rechtsmissbräuchlicher Inanspruchnahme nicht aus<sup>227</sup>; mit Rücksicht auf das Verhältnismässigkeitsprinzip ist diesfalls aber grösste Zurückhaltung geboten<sup>228</sup>.

b. *Folgerungen für vorläufig Aufgenommene*

Vorläufig aufgenommene Ausländerinnen und Ausländer haben einen verfassungsrechtlichen Anspruch auf Hilfe in Notlagen, unbeschleunigt des Umstands, ob sie zugleich als anerkannte Flüchtlinge gelten. Der Anspruch umfasst die Hilfe, die für ein *menschenwürdiges Dasein* unabdingbar ist; ob dieses Mindestmass eingehalten wird, lässt sich allerdings nicht allgemein, sondern nur mit Blick auf den konkreten Einzelfall beurteilen.

<sup>222</sup> BGE 121 I 367, E2c S. 373.

<sup>223</sup> MARGRIT BIGLER-EGGENBERGER, Art. 12, Rz. 27, mit Hinweis auf BGE 122 I 101, E3 S. 105.

<sup>224</sup> BOTSCHAFT VE 96, S. 150.

<sup>225</sup> BGE 121 I 367, E2d S. 374.

<sup>226</sup> JÖRG PAUL MÜLLER, Grundrechte, S. 341.

<sup>227</sup> BGE 122 II 193, E2c S. 198.

<sup>228</sup> KATHRIN AMSTUTZ, Existenzsicherung, S. 306 ff.; BGE 122 II 193, E3 S. 199 ff.

## 2. *Internationaler Pakt über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte*

Das Recht auf ein Minimum an sozialer Sicherheit wird durch Art. 9 und 11 Pakt I garantiert.

Art. 9 Pakt I

Die Vertragsstaaten erkennen das Recht eines jeden auf Soziale Sicherheit an; diese schliesst die Sozialversicherung ein.

Art. 11 Abs. 1 Pakt I:

(1) Die Vertragsstaaten erkennen das Recht eines jeden auf einen angemessenen Lebensstandard für sich und seine Familie an, einschliesslich ausreichender Ernährung, Bekleidung und Unterbringung, sowie auf eine stetige Verbesserung der Lebensbedingungen. Die Vertragsstaaten unternehmen geeignete Schritte, um die Verwirklichung dieses Rechts zu gewährleisten, und erkennen zu diesem Zweck die entscheidende Bedeutung einer internationalen, auf freier Zustimmung beruhenden Zusammenarbeit an.

Nach der bisherigen Rechtsprechung des Bundesgerichts enthält Pakt I *keine individuell durchsetzbaren Rechte*<sup>229</sup>. Allerdings kann der Wortlaut der Bestimmungen und die Praxis des Ausschusses für wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte als Inspirationsquelle zur inhaltlichen Ausgestaltung und Weiterentwicklung des verfassungsmässig garantierten Anspruchs auf Hilfe in Notlagen dienen<sup>230</sup>.

## 3. *Europäische Sozialcharta*

Die Europäische Sozialcharta ist das Gegenstück zur Europäischen Menschenrechtskonvention im Bereich der wirtschaftlichen und sozialen Grundrechte. Sie gewährleistet in Art. 12-15 unter anderem das Recht der Individuen auf soziale Sicherheit, das Recht auf Fürsorge und das Recht auf Inanspruchnahme sozialer Dienste.

Die Europäische Sozialcharta wurde von der Bundesversammlung bisher *nicht ratifiziert* und entfaltet in der Schweiz daher noch keine rechtliche Wirkung.

## 4. *Flüchtlingskonvention*

Das Abkommen über die Rechtsstellung von Flüchtlingen verpflichtet die Schweiz durch Art. 23, den Flüchtlingen, die sich rechtmässig in ihrem Staatsgebiet aufhalten, auf dem Gebiet der öffentlichen Fürsorge und sonstigen Hilfeleistungen die *gleiche Be-*

<sup>229</sup> BGE 121 V 229, E3 S. 223.

<sup>230</sup> JÖRG KÜNZLI/WALTER KÄLIN, Bedeutung des UNO-Paktes, S. 127 ff.

handlung wie ihren eigenen Staatsangehörigen zu gewähren. In Umsetzung dieser Grundsätze sind vorläufig aufgenommene Flüchtlinge gemäss Art. 3 Abs. 1 AsylV 2 den einheimischen Fürsorgeempfängern gleichgestellt.

### III. Folgerungen für vorläufig Aufgenommene

#### 1. Allgemein

Die gesetzlichen Bestimmungen über die Sozialhilfe für vorläufig Aufgenommene erweisen sich insofern als verfassungskonform, als sie einen expliziten Rechtsanspruch auf staatliche Fürsorgeleistungen gewährleisten<sup>231</sup>. Die von den Kantonen ausgerichteten Geld- und Sachleistungen stellen *grundsätzlich* die für eine unmittelbare physische Existenzsicherung notwendige Versorgung (Kleidung, Nahrung, Obdach, medizinische Versorgung) sicher. Ob die ausgerichteten Sozialleistungen darüber hinaus auch *in jedem Einzelfall* jene Hilfe gewährleisten, die das verfassungsmässig garantierte menschenwürdige Dasein sicherstellen, ist nicht in genereller Weise feststellbar, sondern kann nur aufgrund der konkreten Umstände bestimmt werden.

#### 2. Leistungsniveau

Weder die Bundesverfassung noch staatsvertragliche Garantien sichern einen genau bezifferbaren Mindestumfang an Fürsorgeleistungen. Ob das verfassungsrechtlich gebotene Mindestmass an staatlicher Hilfe gewährleistet ist, kann deshalb immer nur im konkreten Einzelfall beurteilt werden.

Allerdings birgt das System der *Pauschalentschädigung* durch den Bund die Gefahr einer schematischen Ausrichtung von Unterstützungsleistungen durch die zuständigen kantonalen Stellen. Dies gefährdet die individuelle Beurteilung der Bedürftigkeit und begründet die Gefahr, dass im Einzelfall der verfassungsmässig notwendige Grad an Hilfe nicht gewährleistet ist<sup>232</sup>.

Die *Kürzung* der Sozialleistungen bei Pflichtverletzung seitens der Leistungsberechtigten erscheint angesichts ihrer ohnehin knappen Bemessung als *verfassungsrechtlich prob-*

---

<sup>231</sup> Art. 14c ANAG i.V.m. Art. 80 ff. AsylG.

<sup>232</sup> Vgl. dazu FELIX WOLFFERS, Grundriss, S. 186 f.

*lematisch*<sup>233</sup>. Eine Kürzung dürfte – eine tatsächliche materielle Notlage vorausgesetzt – kaum je verhältnismässig sein. Der vollständige Leistungsentzug würde ein menschenwürdiges Dasein verunmöglichen und ist deshalb in jedem Fall unzulässig.

#### IV. Allgemeiner Gleichheitssatz

Die an vorläufig aufgenommene Personen ausgerichteten Leistungen liegen deutlich unter dem für die übrige hilfsbedürftige Bevölkerung üblichen Sozialhilfestandard<sup>234</sup>. Begründet wird diese Abweichung in erster Linie mit dem nicht auf Dauer angelegten, nur vorübergehenden Verbleib der Betroffenen in der Schweiz<sup>235</sup>, weshalb die ausgerichteten Leistungen nicht für einen dauerhaften Aufenthalt in der Schweiz und ein sozial integriertes Leben in der hiesigen Gesellschaft bemessen sein müssen<sup>236</sup>. In der Lehre wird vorgebracht, dass die tiefen Unterstützungsansätze auch finanz- und asylpolitische Hintergründe haben könnten<sup>237</sup>.

Eine Ungleichbehandlung bei der Bestimmung des verfassungsrechtlichen Existenzminimums ist am Grundsatz der Rechtsgleichheit zu messen<sup>238</sup>. Sie ist nur zulässig, wenn sie sich auf einen sachlichen Grund in den tatsächlichen Verhältnissen, über die zu entscheiden ist, stützen kann<sup>239</sup>. Rein politisch motivierte Gründe, ohne tatsächliche Grundlage in den zu beurteilenden Sachverhalten, genügen dagegen für eine Ungleichbehandlung bei der Bemessung des Existenzminimums nicht<sup>240</sup>. Dagegen könnte der nicht auf Dauer ausgerichtete Aufenthalt der Ausländer mit F-Status eine gewisse Ungleichbehandlung gegenüber anderen Fürsorgeempfängern rechtfertigen. Nähert sich die Situation der Ausländer mit F-Status aber durch *länger anhaltenden Verbleib* in der Schweiz jener der übrigen fürsorgebedürftigen Ausländer an, wird eine Rechtfertigung der unterschiedlichen Sozialhilfestandards schwierig. Sie lässt sich kaum mehr mit dem Argument des nur vorübergehenden Verbleibs und einer nicht notwendigen sozialen Integration rechtfertigen. Die Ungleichbehandlung der Ausländer mit F-Status gegenüber andern Fürsorgeberechtigten wird mit zunehmender Aufenthaltsdauer immer fragwürdiger.

<sup>233</sup> KATHRIN AMSTUTZ, Existenzsicherung, S. 335.

<sup>234</sup> Siehe vorne, Ziff. I/2 und Studie Teil I, Ziff. 3.1.2.

<sup>235</sup> BOTSCHAFT Totalrevision AsylG, BBl 1996 II S. 89 f.

<sup>236</sup> CHARLOTTE GYSIN, Der Schutz des Existenzminimums, S.136, 243.

<sup>237</sup> FELIX WOLFFERS, Grundriss, S. 183.

<sup>238</sup> Vgl. Art. 8 BV; nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts ist das Gleichheitsgebot verletzt, wenn „Gleiches nicht nach dem Massgabe seiner Gleichheit gleich und Ungleiches nicht nach Massgabe seiner Ungleichheit ungleich behandelt“ wird (statt vieler BGE 124 I 289, E3b S. 292).

<sup>239</sup> Vgl. z.B. BGE 117 Ia 257, E3b S. 259.

<sup>240</sup> KATHRIN AMSTUTZ, Existenzsicherung, S. 333.

## V. Ergebnisse

Die Regelung der Sozialhilfe gegenüber Ausländern mit Status F steht nicht in grundsätzlichem Widerspruch zu dem in Art. 12 BV gewährleisteten Recht auf Hilfe in Notlagen. Die Beurteilung der Verfassungskonformität kann allerdings nicht in genereller Weise erfolgen. Ob die Leistungen das für ein menschenwürdiges Dasein unerlässliche Mindestmass erreichen, muss im *konkreten Einzelfall* beurteilt werden.

Verfassungsrechtliche *Bedenken* gegenüber der geltenden Fürsorgepraxis entstehen in Bezug auf folgende Umstände:

- Die Pauschalentschädigung des Bundes führen zu einer dem Einzelfall kaum Rechnung tragenden *Schematisierung* der Sozialleistungen durch die Kantone.
- Die im Vergleich zur übrigen fürsorgebedürftigen Bevölkerung *geringeren Unterstützungsleistungen* an Ausländer mit F-Ausweis (Ausnahme: vorläufig aufgenommene Flüchtlinge) sind insbesondere *bei längerer Aufenthaltsdauer* kaum mehr mit dem Anspruch auf Gleichbehandlung zu vereinbaren.
- *Kürzung und Entzug* von Sozialleistungen aufgrund von Pflichtverletzungen seitens der Bezugsberechtigten werden sich bei Vorliegen einer tatsächlichen Notlage wohl *kaum je als verhältnismässig* erweisen.

## § 10 INTEGRATIONSMASSNAHMEN

### I. Ausgangslage: Rechtliche Regelung der Integrationsmassnahmen

Integrationsmassnahmen sind für Personen mit einer F-Bewilligung im geltenden Recht *nicht vorgesehen*<sup>241</sup>: In den Genuss von Integrationsmassnahmen können nach der Verordnung über die Integration von Ausländerinnen und Ausländern (VIntA) nur Personen mit einer dauerhaften Aufenthalts- oder Niederlassungsbewilligung kommen<sup>242</sup>.

Für vorläufig Aufgenommene finanziert der Bund jedoch zusammen mit den Kantonen *Beschäftigungsprogramme*, die zwar nicht primär auf Integration ausgerichtet sind, die aber den vorläufig Aufgenommenen ermöglichen sollen, ihren Aufenthalt in der Schweiz gewinnbringend zu gestalten<sup>243</sup>.

### II. Grundrechtliche Relevanz

Ein spezifischer grundrechtlicher Anspruch auf Integrationsmassnahmen besteht nicht. Jedoch ist auch bei der Ausgestaltung von Integrationsmassnahmen das Rechtsgleichheitsgebot zu beachten.

#### 1. Allgemeiner Gleichheitssatz

Eine unterschiedliche Behandlung vorläufig Aufgenommener mit Bezug auf Integrationsmassnahmen lässt sich damit begründen, dass die vorläufige Aufnahme nach der gesetzlichen Konzeption als Ersatzmassnahme für eine nicht durchführbare Wegweisung nicht auf einen dauerhaften Verbleib und damit per definitionem nicht auf eine Integration in der Schweiz ausgerichtet ist. Die unterschiedliche Dauer, auf die eine Anwesenheit in der Schweiz angelegt ist, lässt die Ungleichbehandlung der vorläufig aufgenommenen Ausländerinnen und Ausländer in Bezug auf Integrationsmassnah-

<sup>241</sup> Vgl. dazu eingehend Studie, Teil III (Spannungsfelder) Ziff. 9.

<sup>242</sup> Art. 2 Abs. 1 VIntA; Studie, Teil I (Grundlagen) Ziff. 2.4.

<sup>243</sup> Studie Teil I (Grundlagen), Ziff. 2.4.

---

men sachlich begründet erscheinen. Eine differenzierte Regelung ist damit mit dem allgemeinen Gleichheitssatz grundsätzlich zu vereinbaren.

## 2. *Insbesondere: Länger dauernde Anwesenheit*

Oft wird eine vorläufige Aufnahme aus Gründen verfügt, die eine länger dauernde Anwesenheit in der Schweiz nach sich ziehen. Das individuelle Bedürfnis der Betroffenen nach Integration, aber auch das öffentliche Interesse an der Eingliederung der Betroffenen in die Gesellschaft (die immer auch aus einer sozialpolitischen Perspektive erwünscht ist) besteht in diesen Fällen *unabhängig von der rechtlichen Regelung* des Aufenthaltsstatus. Bei länger dauerndem Aufenthalt lässt sich ein Ausschluss der vorläufig Aufgenommenen von staatlichen Integrationsmassnahmen deshalb *kaum mehr sachlich rechtfertigen*. Insofern erscheinen gesetzliche Regelungen, die dem besonderen Umstand der faktischen längerfristigen Anwesenheit nicht Rechnung tragen, in Bezug auf den allgemeinen Gleichheitssatz problematisch.

Diesem Umstand soll auch durch die im Rahmen der Revision des ANAG (AuG) vorgesehene Möglichkeit einer humanitären Aufnahme Rechnung getragen werden. Diese Massnahme beinhaltet nach dem Entwurf Integrationsmassnahmen, die zwar nicht primär einen endgültigen Verbleib in der Schweiz fördern sollen, aber die Rahmenbedingungen verbessern sollen, damit diese Personen ihre Sozialkompetenz aufrechterhalten können, gesellschaftlich akzeptiert und finanziell unabhängig werden<sup>244</sup>.

---

## § 11 UMWANDLUNG IN EINE AUFENTHALTSBEWILLIGUNG B

### I. Ausgangslage: Unterschiedliche Praxis der Kantone

Die Kantone haben die Möglichkeit, vorläufig Aufgenommenen gestützt auf Art. 13 lit. f BVO eine Aufenthaltsbewilligung zu erteilen. Die Studie weist darauf hin, dass die *Kantone* von dieser Möglichkeit *in unterschiedlichem Mass* Gebrauch machen, was allenfalls mit dem Übergang des Fürsorgerisikos auf die Kantone zusammenhängen mag<sup>245</sup>.

Nach Ansicht des *Bundesgerichts* gewährleistet der allgemeine Gleichheitssatz zwar keine Gleichbehandlung über die Kantonsgrenzen hinweg<sup>246</sup>. Dem hält ein *wesentlicher Teil der Lehre* jedoch entgegen, eine solche Ungleichbehandlung sei jedenfalls dann stossend, wenn die Zielsetzung der einschlägigen Gesetzgebung nicht darin liege, den Behörden Raum für die Berücksichtigung lokaler Besonderheiten zu geben.

### II. Folgerungen für vorläufig Aufgenommene

Es ist nicht ersichtlich, inwieweit die Berücksichtigung örtlicher (kantonaler) Gegebenheiten für die Erteilung einer Aufenthaltbewilligung massgeblich sein soll. Die umfassende Verwirklichung des Rechtsgleichheitsgebots (Art. 35 Abs. 2 BV, Art. 8 BV) spricht den Gesetzgeber insofern an, als diese Ungleichheiten in der kantonalen Praxis abzubauen sind.

---

<sup>245</sup> BOTSCHAFT AsylIG 02, S. 6854.

<sup>246</sup> Siehe vorne, § 2 Ziff. III/4.

---

## VIERTER TEIL: ZUSAMMENFASSUNG DER ERGEBNISSE UND WÜRDIGUNG

### I. Befund: Grundsätzliche Grundrechtskonformität

#### 1. Überblick

Obwohl die vorläufige Aufnahme die Betroffenen in zahlreichen Lebensbereichen und dort teilweise erheblich berührt, erweist sich die rechtliche Regelung mit Blick auf die justiziablen Gehalte der einschlägigen Ansprüche *grundsätzlich als grundrechtskonform*:

- In der Regel finden die für den fraglichen Sachbereich einschlägigen Grundrechte für vorläufig aufgenommene Personen von Beginn weg *keine Anwendung*, weil die Betroffenen vom persönlichen Schutzbereich der fraglichen Grundrechte nicht berührt sind - sei es aufgrund ihrer ausländischen Staatsangehörigkeit, sei es aufgrund ihres besonderen Status.
- In verschiedenen Bereichen wurden die einschlägigen Grundrechtsgarantien des internationalen Rechts von der Schweiz *nicht ratifiziert* oder aber mit *Vorbehalten* versehen, oftmals gerade mit Blick auf innerstaatliche Sonderregelungen für Ausländerinnen und Ausländer.
- Vom *Verbot direkter Diskriminierung* werden vorläufig Aufgenommene nicht erfasst, da es sich nicht um eine geschützte Gruppe im Sinn der verfassungsrechtlichen Diskriminierungsverbote handelt.
- Für die Annahme von *indirekten Diskriminierungen* vorläufig Aufgenommener liegen keine Hinweise vor.
- Die sich aus dem *allgemeinen Gleichheitssatz* ergebenden Rechte sind gewahrt, da die vorläufige Aufnahme mit ihrer auf beschränkte Dauer angelegten Anwesenheit einen sachlichen Grund darstellt, der Ungleichbehandlungen grundsätzlich zu rechtfertigen vermag.
- Die aufgrund der Flüchtlingskonvention bestehenden Sonderregeln für vorläufig aufgenommene *Flüchtlinge* sind – soweit ersichtlich – durch die innerstaatliche Regelung umgesetzt worden.

## 2. *Besondere Lebensbereiche*

Fragt man nach der Grundrechtskonformität der Regelung besonderer Lebensbereiche, so ergibt sich mit Blick auf die *justiziablen Grundrechtsgehalte* folgendes Bild<sup>247</sup>:

### a) Niederlassung<sup>248</sup>

- Vorläufig Aufgenommene fallen *nicht unter den persönlichen Schutzbereich* der Niederlassungsfreiheit gemäss Art. 24 BV. Die einschlägigen Garantien des 4. Zusatzprotokolls zur EMRK wurden von der Schweiz nicht ratifiziert, jene von Pakt II mit einem Vorbehalt versehen. Eine *Sonderregelung* gilt für vorläufig aufgenommene *Flüchtlinge* aufgrund der Flüchtlingskonvention.
- Die örtliche Beschränkung der F-Bewilligung und die Restriktionen beim Kantonswechsel begründen *keine rechtsungleiche Behandlung*.

### b) Grenzübertritt<sup>249</sup>

- Vorläufig Aufgenommene können jederzeit freiwillig aus der Schweiz ausreisen; sie haben jedoch *keinen grundrechtlich geschützten Anspruch auf Wiedereinreise* in die Schweiz, da sie von Beginn weg nicht unter den persönlichen Schutzbereich der einschlägigen Grundrechte (insbesondere: Art. 24 BV) fallen. Eine *Ausnahme* gilt auch hier für vorläufig aufgenommene *Flüchtlinge*.
- Bezüglich *Wiedereinreise* in die Schweiz werden vorläufig Aufgenommene gleich wie andere Ausländer ohne privilegierte Rechtsstellung in der Schweiz behandelt. Diese Gleichbehandlung ist *sachlich gerechtfertigt*, eine Verletzung des Gleichheitssatzes liegt nicht vor.

### c) Familienleben<sup>250</sup>

- Nach Massgabe der bundesgerichtlichen Rechtsprechung können sich Ausländer nur dann auf den grundrechtlichen Schutz des *Familienlebens* (Art. 13 Abs. 1 BV, Art. 8 EMRK) berufen, wenn die in der Schweiz lebenden nahen Verwandten über ein *gefestigtes Anwesenheitsrecht* verfügen. Vorläufig aufgenommenen Personen kommt kein entsprechendes Anwesenheitsrecht zu; in der Folge besteht auch *kein grundrechtlicher Anspruch* auf Familiennachzug.
- Dieser Zustand erscheint aus der Optik der Grundrechte als *bedenklich*, weil die Gehalte des Schutzes des Familienlebens zu wenig zum Tragen kommen; mit zu-

<sup>247</sup> Zur Relativierung dieser Aussagen vgl. hinten Ziff. II.

<sup>248</sup> Vgl. dazu im Einzelnen vorne, § 4, insb. Ziff. IV.

<sup>249</sup> Vgl. dazu im Einzelnen vorne, § 5, insbes. Ziff. IV.

<sup>250</sup> Vgl. dazu im Einzelnen vorne, § 6, insbes. Ziff. IV.

*nehmender Aufenthaltsdauer* wird diese Einschränkung verstärkt. Diese Kritik wird weiter unten vertieft dargestellt<sup>251</sup>.

#### d) Berufstätigkeit<sup>252</sup>

- Vorläufig Aufgenommene befinden sich aufgrund ihres besonderen aufenthaltsrechtlichen Status *nicht im persönlichen Schutzbereich* der Wirtschaftsfreiheit (Art. 27 BV). Dem internationalen Menschenrechtsschutz lassen sich keine zusätzlichen Garantien entnehmen. Vorläufig aufgenommene *Flüchtlinge* geniessen den Schutz der wirtschaftlichen Rechte, wie er sich aus der Flüchtlingskonvention ergibt.
- Die Regelung der Erwerbstätigkeit der vorläufig Aufgenommenen hält vor dem allgemeinen Gleichheitssatz grundsätzlich stand. Sie fügen sich konsequent und sachlich in ein Arbeitsmarktsystem ein, das Personen mit engen Beziehungen zur Schweiz bzw. zum schweizerischen Arbeitsmarkt privilegiert. Auch hier sind allerdings Relativierungen angebracht, wenn eine vorläufige Aufnahme von Dauer ist.

#### e) Bildung<sup>253</sup>

- Es bestehen keine Anzeichen dafür, dass der Anspruch auf *genügenden Grundschulunterricht* (Art. 19 BV, Art. 13 Pakt I) für vorläufig aufgenommene Kinder in verfassungswidriger Weise eingeschränkt wird.
- Der Zugang zur *Berufs- und Hochschulbildung* ist in der Schweiz *grundrechtlich nicht geschützt*. Bundesverfassung, EMRK und Pakt II enthalten keine entsprechenden justiziablen Garantien. Die einschlägigen Garantien in Pakt I vermitteln nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts keine justiziablen Ansprüche, auf die sich der Einzelne berufen könnte. Damit besteht für vorläufig Aufgenommene *kein justiziabler grundrechtlicher Schutz des Zugangs zur nachobligatorischen Bildung*<sup>254</sup>.
- Für eine rechtsungleiche Behandlung von vorläufig Aufgenommenen im Bildungswesen bestehen keine Hinweise. Solange Beschränkungen beim Zugang zur nachobligatorischen Bildung nur von kurzer Dauer wären, liessen sie sachlich rechtfertigen, da sich die Situation der vorläufig Aufgenommenen in diesem Fall wesentlich von derjenigen von Personen unterscheiden würde, die sich länger in der Schweiz aufhalten. Auch hier sind bei längerer Aufenthaltsdauer aber Relativierungen angebracht.

#### f) Sozialhilfe<sup>255</sup>

<sup>251</sup> Vgl. dazu im Einzelnen hinten, Ziff. II/2.

<sup>252</sup> Vgl. dazu im Einzelnen vorne, § 7, insbes. Ziff. IV.

<sup>253</sup> Vgl. dazu im Einzelnen vorne, § 8, insbes. Ziff. IV.

<sup>254</sup> Zur Kritik vgl. hinten, Ziff. II/3.

<sup>255</sup> Vgl. dazu im Einzelnen vorne, § 9, insbes. Ziff. V.

- Die Regelung der Sozialhilfe steht nicht in einem grundsätzlichen Widerspruch zum in Art. 12 BV gewährleisteten Recht auf Hilfe in Notlagen. Die Beurteilung der Verfassungskonformität kann allerdings nicht in genereller Weise erfolgen; ob die staatlichen Leistungen das für ein menschenwürdiges Dasein unerlässliche Mindestmass erreichen, muss im konkreten Einzelfall beurteilt werden.
- Verfassungsrechtliche *Bedenken* gegenüber der geltenden Fürsorgepraxis entstehen insofern, als die Pauschalentschädigungen des Bundes zu einer dem Einzelfall kaum Rechnung tragenden *Schematisierung* der Sozialleistungen durch die Kantone führt. Zudem sind die im Vergleich zur übrigen fürsorgebedürftigen Bevölkerung *geringeren Unterstützungsleistungen* an vorläufig Aufgenommene (Ausnahme: vorläufig aufgenommene Flüchtlinge) insbesondere *bei längerer Aufenthaltsdauer* kaum mehr mit dem Anspruch auf Gleichbehandlung zu vereinbaren.

#### g) Integration<sup>256</sup>

- Der Ausschluss von Integrationsmassnahmen erscheint bei kurzem Aufenthalt als sachlich gerechtfertigt; entsprechende *Ungleichbehandlungen* stellen deshalb *keine Verfassungsverletzung* dar. Bei länger dauerndem Aufenthalt lässt sich ein Ausschluss der vorläufig Aufgenommenen von staatlichen Integrationsmassnahmen hingegen *kaum mehr sachlich rechtfertigen*. Insofern erscheinen gesetzliche Regelungen, die dem besonderen Umstand der faktischen längerfristigen Anwesenheit nicht Rechnung tragen, in Bezug auf den allgemeinen Gleichheitssatz problematisch.

#### h) Umwandlung in eine Aufenthaltsbewilligung<sup>257</sup>

- Die *Kantone* verfolgen bei der Umwandlung von F-Bewilligungen in Aufenthaltsbewilligungen eine *ungleiche Praxis*. Da der allgemeine Gleichheitssatz der Rechtsprechung zufolge keine Gleichbehandlung über die Kantonsgrenzen hinweg gewährleistet, erscheint dies als zulässig. Allerdings würde die umfassende Verwirklichung des Rechtsgleichheitsgebots (Art. 35 Abs. 2 BV, Art. 8 BV) den Gesetzgeber insofern ansprechen, als diese Ungleichheiten in der kantonalen Praxis abzubauen sind.

## II. Relativierungen

Die soeben erhobenen Befunde sind in verschiedener Hinsicht zu relativieren. Im Vordergrund steht die von Verfassung wegen bestehende Pflicht aller staatlichen Behörden zur umfassenden Verwirklichung der Grundrechte.

<sup>256</sup> Vgl. dazu im Einzelnen vorne, § 10.

<sup>257</sup> Vgl. dazu im Einzelnen vorne, § 11, insbes. Ziff. II.

## 1. *Umfassende Verwirklichung der Grundrechte*

Grundrechte vermitteln dem Einzelnen nicht nur justiziable, gerichtlich durchsetzbare Rechte. Ihnen kommt ebenso ein programmatischer Gehalt zu.

### a. *Ausgangslage: Art. 35 BV*

Art. 35 BV verankert den Grundsatz, dass Grundrechte umfassend verwirklicht werden müssen; die Bestimmung bringt damit die Idee zum Ausdruck, dass Grundrechte ein Grundprinzip der Schweizerischen Rechtsordnung sind.

#### **Art. 35** Verwirklichung der Grundrechte

<sup>1</sup>Die Grundrechte müssen in der ganzen Rechtsordnung zur Geltung kommen.

<sup>2</sup>Wer staatliche Aufgaben wahrnimmt, ist an die Grundrechte gebunden und verpflichtet, zu ihrer Verwirklichung beizutragen.

<sup>3</sup>Die Behörden sorgen dafür, dass die Grundrechte, soweit sie sich dazu eignen, auch unter Privaten wirksam werden.

Die Verfassung *verpflichtet* damit sämtliche Träger von Staatsaufgaben – sei es im Bund, sei es in den Kantonen oder Gemeinden – ausdrücklich dazu, im Rahmen ihrer je spezifischen Zuständigkeiten die zur Verwirklichung, zum Schutz und zur Durchsetzung der Grundrechte erforderlichen Massnahmen zu treffen<sup>258</sup>. Diese Pflicht zur umfassenden Verwirklichung trifft alle Behörden, d.h. den *Gesetzgeber* und die *rechtsanwendenden* Behörden.

Grundrechte schützen in erster Linie subjektive Ansprüche, auf die sich der Einzelne jederzeit berufen kann und welche die staatlichen Behörden unmittelbar binden. Grundrechte begründen nicht nur unmittelbar durchsetzbare Ansprüche, auf die sich der Einzelne jederzeit berufen kann, sie sollen nicht nur staatliche Macht in Schranken halten und grundlegende Gerechtigkeitsanliegen unmittelbar sichern. Den Grundrechten ist – wie es Art. 35 BV ausdrücklich verlangt – ebenso ein *Auftrag an den Staat* zu entnehmen, für die *tatsächliche Verwirklichung* der Grundrechte im Gemeinwesen zu sorgen. Grundrechte müssen demnach in der *gesamten Rechtsordnung* zur Geltung kommen. Damit haben die Grundrechte auch die Funktion von *objektiven Gestaltungsprinzipien*, an denen sich die gesamte staatliche Tätigkeit auszurichten hat; sie werden zu einem *verbindlichen Programm* (deshalb spricht man auch vom programmatischen Charakter der Grundrechte)<sup>259</sup>.

Grundrechte beeinflussen damit auch die *Rechtsetzung* und die *Rechtsanwendung*: So ist der Gesetzgeber aufgerufen, eine grundrechtskonforme Rechtsordnung zu gestalten.

<sup>258</sup> Vgl. statt anderer JÖRG PAUL MÜLLER, Allgemeine Bemerkungen, § 39 Rz. 30 ff.

<sup>259</sup> Vgl. dazu JÖRG PAUL MÜLLER, ebenda.

Die rechtsanwendenden Behörden erhalten aus den Grundrechten Interpretationsrichtlinien für die Anwendung der einfachgesetzlichen Rechtsnormen. Die Gerichte schliesslich kontrollieren das Verhalten der Staatsorgane immer auch am Massstab der Grundrechte.

Im Folgenden wird untersucht, ob sich aus dem objektiv-rechtlichen Gehalt der Grundrechte weitere Argumente für die Fragestellung ergeben.

### b. Umsetzung

Mit Blick auf die Situation der vorläufig aufgenommenen Ausländerinnen und Ausländer tragen unseres Erachtens verschiedene Massnahmen zur umfassenden Verwirklichung der Grundrechte bei (und tragen damit den Anliegen von Art. 35 BV Rechnung). Sie drängen sich insbesondere mit Blick auf jene vorläufig Aufgenommenen auf, welche seit Jahren in der Schweiz leben und/oder aller Voraussicht nach für Jahre in der Schweiz bleiben werden.

Art. 35 BV nimmt die *rechtsprechenden Behörden*, insbesondere auch das Bundesgericht in die Pflicht:

- Mit Blick auf den umfassenden *Schutz des Familienlebens* (Art. 13 Abs. 1 BV, Art. 8 EMRK) ist dem Umstand Rechnung zu tragen, dass vorläufig Aufgenommene unter Umständen während Jahren von ihren Familienangehörigen getrennt bleiben. Diese Situation akzentuiert sich, wenn den Betroffenen nicht zugemutet werden kann, die Schweiz zu verlassen und ins Land ihrer Angehörigen auszureisen. Hier erweist sich die bundesgerichtliche Rechtsprechung, die einen Familiennachzug an das Vorhandensein einer Aufenthaltsbewilligung knüpft, als *zu eng*; eine umfassende Verwirklichung der Grundrechte würde bedeuten, dass das Bundesgericht den besonderen Umständen des Einzelfalls Rechnung trägt und seine Rechtsprechung insofern relativiert, als unter Umständen der Familiennachzug auch dann erlaubt wird, wenn die Betroffenen nicht über eine Aufenthaltsbewilligung verfügen<sup>260</sup>.
- Gleich lässt sich bezüglich der anderen Grundrechte argumentieren, soweit der *persönliche Schutzbereich* auf Personen mit einem Anwesenheitsanspruch beschränkt ist (insbesondere: Wirtschaftsfreiheit); hier wäre dem Umstand eines länger dauerndem, faktisch gefestigten Aufenthalts vermehrt Rechnung zu tragen.
- Entsprechende Überlegungen sind auch bei der Konkretisierung des *Rechtsgleichheitsgebots* zu machen. Der besonderen Situation von längerfristig in der Schweiz anwesenden vorläufig Aufgenommenen ist bei der Konkretisierung des Rechtsgleichheitsgebots Rechnung zu tragen: Je länger der Aufenthalt von vorläufig Auf-

<sup>260</sup>

In diese Richtung auch MARC SPESCHA, Handbuch, S. 96; MARTINA CARONI, Privat- und Familienleben, S. 192 ff.

genommenen andauert, um so mehr besteht ein faktisch gefestigter Aufenthalt, um so mehr tritt der Aufenthaltswitz als sachliches Differenzierungsmerkmal in den Hintergrund.

Die Pflicht zur umfassenden Verwirklichung der Grundrechte spricht auch die *Vollzugsbehörden* an:

- Art. 35 BV verpflichtet auch jene Behörden, die über die *Erteilung von Aufenthaltsbewilligungen* entscheiden. Sie haben bei ihrer Entscheidung – mehr als dies heute der Fall ist – insbesondere die Gehalte des Grundrechts auf Familienleben zu berücksichtigen<sup>261</sup>.
- Generell ist bei der Erteilung von *Bewilligungen* (insbesondere: zur Ausübung einer wirtschaftlichen Tätigkeit, aber auch zum Grenzübertritt) dem Gehalt der einschlägigen Grundrechte vermehrt Rechnung zu tragen.
- Bei der Ausrichtung von *staatlichen Leistungen* (insbesondere: Fürsorge, Integrationsmassnahmen) haben die Vollzugsbehörden die Gehalte des *Rechtsgleichheitsgebots* zu beachten, d.h. die besondere Situation von längerfristig anwesenden vorläufig Aufgenommenen bei der Ausrichtung und Bemessung von Leistungen zu berücksichtigen.

Schliesslich verpflichtet Art. 35 BV auch den *Gesetzgeber*: Die Verwirklichung der Grundrechte ist nicht nur bei der Rechtsanwendung, sondern auch bei der Rechtsetzung zu beachten.

- Mit Blick auf den *Schutz des Familienlebens* besteht – unbesehen des ausländerrechtlichen Status des Einzelnen – ein Anspruch darauf, nicht unverhältnismässig lange von der Familie getrennt zu leben. Vor diesem Hintergrund erscheint die gesetzliche Einräumung eines Rechts auf Familiennachzug bei länger dauerndem Aufenthalt als *verfassungsrechtlich geboten*<sup>262</sup>. Nach welcher *Zeitdauer* eine Trennung von der Familie dem Einzelnen nicht mehr zumutbar ist, lässt sich der Verfassung jedoch nicht eindeutig entnehmen; dieser Frage hat sich der Gesetzgeber anzunehmen.

Eine Frist von sechs Monaten, wie sie in der Lehre vorgeschlagen wird<sup>263</sup>, erscheint angesichts der besonderen Umstände der vorläufigen Aufnahme als zu kurz. Auf der anderen Seite erscheint die vom Bundesrat im Rahmen des Vernehmlassungsentwurf für eine Teilrevision des Asylgesetzes vorgeschlagene Frist von sechs Jahren<sup>264</sup> angesichts der im Spiel stehenden Grundrechtsinteressen als zu lang. Im Zusammenhang mit dem Familiennach-

<sup>261</sup> In diese Richtung auch Ruedi Illes, *Recht auf Familienleben*, S. 10. Vgl. zur Ausübung des Ermessens im Lichte der Verfassung allgemein, und statt vieler Ulrich Häfelin/Georg Müller, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, Rz. 441 sowie Peter Uebersax, *Einreise und Anwesenheit*, Rz. 5.46 ff.

<sup>262</sup> In diese Richtung auch Peter Kottusch, *Regelung des Familiennachzugs*, S. 352.

<sup>263</sup> Marc Spescha, *Handbuch zum Ausländerrecht*, S. 96.

<sup>264</sup> Vgl. Botschaft AsylG 02, S. 6854.

zug von vorläufig aufgenommenen Flüchtlingen hat der Gesetzgeber eine Frist von drei Jahren festgelegt<sup>265</sup>.

- Entsprechende Forderungen ergeben sich auch mit Blick auf die anderen in Frage stehenden Grundrechte. Der Gesetzgeber hat vermehrt der Tatsache Rechnung zu tragen, dass sich vorläufig Aufgenommene in der Regel jahrelang in der Schweiz aufhalten. Vor diesem Hintergrund erweisen sich Regeln, die für einen kurzfristigen Aufenthalt durchaus sachgerecht sind, bei länger dauerndem Aufenthalt als grundrechtlich problematisch. Dies gilt beispielsweise für den Ausschluss vorläufig Aufgenommener von Integrationsmassnahmen oder für die restriktive Regelung der Erwerbstätigkeit.

## 2. *Länger dauernde Anwesenheit*

Die vorläufige Aufnahme ist nach Sinn und Zweck als *vorläufige* Massnahme konzipiert. Vor diesem Hintergrund erweisen sich die rechtlichen Regeln zu den einzelnen Sachbereichen grundsätzlich als sachlich gerechtfertigt und grundrechtskonform.

Allerdings halten sich die meisten der vorläufig Aufgenommenen mehrere Jahre in der Schweiz auf. *Mit zunehmender Aufenthaltsdauer* kann die *Verfassungskonformität* einer ursprünglich nicht zu beanstandenden Regelung – nun aber *fraglich werden*. Je länger der Aufenthalt dauert, umso problematischer sind Sonderregelungen für vorläufig Aufgenommene. Nach einer gewissen Aufenthaltsdauer erscheint ihre Anwesenheit in der Schweiz als faktisch gefestigt. Ab diesem Zeitpunkt entspricht die rechtliche Form (Status der vorläufigen Aufnahme) nicht mehr den faktischen Gegebenheiten (faktisch gefestigter Aufenthalt). Dies hat Auswirkungen auf die verfassungsrechtliche Betrachtungsweise der vorläufigen Aufnahme:

- Die beschränkte Zeitdauer des Aufenthalts von vorläufig Aufgenommenen bildet einen *sachlichen Grund* und damit eine verfassungsrechtliche Rechtfertigung für eine *Ungleichbehandlung*. Mit zunehmender Aufenthaltsdauer tritt dieses Argument nun aber in den Hintergrund, mit der Zeit entfällt es gänzlich. Angesichts dieser Umstände ist zumindest eine Anpassung an die für Aufenthalter geltenden Regeln grundrechtlich geboten.
- Mit Blick auf die übrigen Grundrechte (insbesondere: Recht auf Familienleben oder Wirtschaftsfreiheit) erscheint eine Beschränkung der einschlägigen Rechte dem Einzelnen für eine begrenzte Zeitdauer zumutbar; nach Ablauf mehrerer Jahre sind solche Beschränkungen für den Einzelnen aber nicht mehr annehmbar. Zudem muss man sich fragen, ob der aufenthaltsrechtliche Status nach Ablauf einer bestimmten Zeitdauer überhaupt noch ein öffentliches Interesse darstellt, das den Grundrechtsinteressen des Einzelnen vorgeht.

<sup>265</sup>

Art. 39 AsyIV 1, Art. 51 Abs. 5 AsyIG.

Mit zunehmender Aufenthaltsdauer verstärkt sich aber nicht nur das Gewicht der privaten Interessen; parallel erhalten auch andere öffentliche Interessen Bedeutung, insbesondere jenes der *Integration*. Die gesetzliche Regelung der vorläufigen Aufnahme beschränkt die Integrationsmöglichkeiten der Betroffenen; eine fehlende Integration der vorläufig Aufgenommenen in die Gesellschaft hat auch soziale und ökonomische Kosten zur Folge. Gleichzeitig ist die Integration der Ausländerinnen und Ausländer als staatliche Aufgabe anerkannt<sup>266</sup>. Vor diesem Hintergrund stellt sich die Frage der *Kohärenz der Bundespolitik* mit einiger Dringlichkeit.

### 3. *Kombination der Beeinträchtigung in zahlreichen Lebensbereichen*

#### a. *Ausgangslage*

Durch die Regelung der vorläufigen Aufnahme werden die Betroffenen in elementaren, persönlichkeitsnahen Lebensbereichen eingeschränkt: Sie haben keinen Rechtsanspruch auf ein Familienleben, es bestehen verschiedene Restriktionen in der Erwerbstätigkeit, sie können sich in der Schweiz nicht frei niederlassen, dürfen Auslandsreisen nur ausnahmsweise unternehmen und sind von staatlichen Integrationsmassnahmen ausgeschlossen.

Diese Regelungen sind *isoliert betrachtet* verfassungsrechtlich haltbar, wenn sie – der gesetzlichen Konzeption entsprechend – nur für eine kurze Zeitdauer wirken<sup>267</sup>. Werden diese Massnahmen *kombiniert*, bewirken sie eine wesentliche Beschränkung der Persönlichkeitsentfaltung, die aber wiederum – wenn nur kurzfristig wirksam – aus einer verfassungsrechtlichen Optik vertretbar erscheint. Dies ändert aber nichts daran, dass auch die kurzfristig wirksame Kombination von Einschränkungen insofern problematisch sein kann, als Beeinträchtigungen in bestimmten Lebensbereichen Auswirkungen auf andere Bereiche zeitigen:

- So haben Beschränkungen in der Erwerbstätigkeit Auswirkungen auf die Möglichkeit des Familiennachzugs, da für den Erhalt einer Aufenthaltsbewilligung B unter anderem ein gesichertes Einkommen und eine angemessene Wohnung vorausgesetzt werden.
- Eine Familientrennung begründet in der Regel psychische Belastungen, die wiederum Schwierigkeiten bei der Wohnungssuche, am Arbeitsplatz etc. ergeben, und dadurch auch die Integration erschweren.

<sup>266</sup> Art. 25a ANAG, und insbesondere Art. 51 ff. AuG-E.

<sup>267</sup> Vgl. dazu vorne, Ziff. 2.

Besonders problematisch erscheint die *Kombination* der verschiedenen, persönlichkeitsbezogenen Einschränkungen, wenn sie auf *lange Dauer* wirkt. Personen werden dann durch staatliche Massnahmen in einem transitorischen Zustand behalten. Dadurch werden ihre Lebenschancen in einer Art und Weise beeinträchtigt, dass ein menschenwürdiges Leben in Frage steht. Diese Massnahmen wirken zudem nicht nur während der Dauer der vorläufigen Aufnahme, sondern auch darüber hinaus:

- Dies zeigt sich eindringlich mit Blick auf die Ausbildung und das Erwerbsleben der Betroffenen: Auch wer zu einem späteren Zeitpunkt ins Ausland zurückkehrt oder einen gesicherten Aufenthaltsstatus in der Schweiz erhält, wird nach Jahren der Arbeitslosigkeit oder Beschäftigung in Niedriglohnbranchen kaum mehr in seinem angestammten Beruf tätig sein können.
- Gleiches gilt für das Familienleben; es entspricht allgemeiner Lebenserfahrung, dass Beziehungen durch gelebtes Zusammensein genährt werden müssen, sollen sie nicht verkümmern. Eine über Jahre dauernde Trennung von den Angehörigen führt zu einer Entfremdung, die im Regelfall kaum je rückgängig gemacht werden kann.

*b. Relevanz für das Diskriminierungsverbot?*

Vor diesem Hintergrund muss man sich fragen, ob der Status der vorläufigen Aufnahme aufgrund der damit einhergehenden Beschränkungen jedenfalls bei länger dauerndem Aufenthalt die Betroffenen in einer Art und Weise ausgrenzt, die sie zur *geschützten Gruppe* im Sinn von Art. 8 Abs. 2 BV werden und damit unter den Schutzbereich des *Diskriminierungsverbots* fallen lässt.

In der Tat lässt sich nicht bestreiten, dass die Kombination von Beschränkungen in zentralen Lebensbereichen zu einer *Ausgrenzung* der Betroffenen führen kann, die nicht nur von ihnen selber als *herabwürdigend* empfunden wird. Gleichwohl fallen die Betroffenen *nicht* unter das Diskriminierungsverbot:

Vorab ist festzuhalten, dass eine soziale, als „Diskriminierung“ empfundene Ausgrenzung und Marginalisierung einer bestimmten Gruppe nicht notwendigerweise auch eine Diskriminierung im rechtlichen Sinn darstellt<sup>268</sup>.

- Eine rechtliche Diskriminierung nimmt wesentlich die *historische Erfahrung einer systematischen Ausgrenzung* auf. Dieses Element lässt sich mit Blick auf die vorläufig Aufgenommenen vorderhand nicht feststellen.
- Das Diskriminierungsverbot richtet sich seiner Struktur nach gegen Ausgrenzungen, die an *besonders persönlichkeitsnahe* und deshalb besonders identitätsstiftende Merkmale anknüpfen (Hautfarbe, Geschlecht, etc.). Demgegenüber stellt die vor-

<sup>268</sup>

Vgl. zum rechtlichen Diskriminierungsbegriff vorne, Teil II, § 3 Ziff. 3.

läufige Aufnahme einen *rechtlichen* Status dar; eine besondere Persönlichkeitsnähe, wie sie als Anknüpfungspunkt für eine Diskriminierung verlangt ist, geht damit nicht per se einher.

#### 4. *Betrachtung im Licht der Menschenwürde*

Obwohl die Sonderregeln für vorläufig Aufgenommene auch bei lange dauerndem Aufenthalt keine Diskriminierung im Rechtssinn begründen, werden die Betroffenen in zentralen Aspekten ihrer Würde und Persönlichkeit betroffen. Es stellt sich die Frage, ob sich aus der grundrechtlichen Garantie der *Menschenwürde* (Art. 7 BV) zusätzliche Aspekte für die vorliegende Problematik ergeben.

Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung hat die Garantie der Menschenwürde

„die Bedeutung eines Leitsatzes für jegliche staatliche Tätigkeit, bildet als innerster Kern zugleich die Grundlage der Freiheitsrechte und dient daher zu deren Auslegung und Konkretisierung. In der Doktrin wird die neue Verfassungsbestimmung denn auch als oberstes Konstitutionsprinzip, als Auffanggrundrecht sowie als Richtlinie für die Auslegung von Grundrechten bezeichnet (...). Darüber hinausgehend wird der Menschenwürde für besondere Konstellationen ein eigenständiger Gehalt zugeschrieben. Inhaltlich weist Art. 7 BV mit all den denkbaren Erscheinungsformen einen offenen Gehalt auf und entzieht sich einer abschliessenden positiven Festlegung“<sup>269</sup>.

Im vorliegenden Zusammenhang ist vor allem die *programmatische* Ebene der Menschenwürde angesprochen. Dabei sind nicht nur die einzelnen in Frage stehenden Grundrechte (auch) im Lichte der Menschenwürde zu betrachten<sup>270</sup>. Darüber hinaus verlangt die Konkretisierung der Menschenwürde eine *ganzheitliche Betrachtung* der Lebenssituation von vorläufig Aufgenommenen. Die Menschenwürde verlangt, dass jedem Menschen ein Minimum an Entfaltungsmöglichkeiten zugestanden wird; führt eine rechtliche Regelung im Ergebnis dazu, dass die Lebenschancen des Einzelnen in zentraler Weise beeinträchtigt werden, wird ein menschenwürdiges Leben in Frage gestellt. Als Kriterium kann die Frage dienen, ob damit Menschen einer Situation ausgesetzt werden, welche niemand sich selber zumuten möchte<sup>271</sup>. Ob die Ausgestaltung der vorläufigen Aufnahme diesem Massstab auch dann gerecht wird, wenn sich der Aufenthalt über Jahre hinzieht, erscheint fraglich. Der justiziable Gehalt der Menschenwürde ist allerdings zu wenig konkret gefasst, um hier konkrete Forderungen abzuleiten. Auf der programmatischen Ebene verpflichtet die Verfassung (Art. 35 BV) jedoch alle staatlichen Behörden, die Gehalte der Menschenwürde in der Rechtsordnung zu verwirklichen.

<sup>269</sup> BGE 127 I 6, E5b S. 14.

<sup>270</sup> Vorab mit Blick auf die Dauer des Aufenthalts, vgl. dazu oben, Ziff. 2.

<sup>271</sup> Vgl. zu diesem Argument MARKUS SCHEFER, Kerngehalte, S. 16 f.

---

## LITERATUR

ACHERMANN ALBERTO/CARONI MARTINA/KÄLIN WALTER, *Die Bedeutung des UNO-Paktes über bürgerliche und politische Rechte für das schweizerische Recht*, in: Walter Kälin/Giorgio Malinverni/Manfred Nowak (Hrsg.), *Die Schweiz und die UNO-Menschenrechtspakte*, 2. Auflage Basel/Frankfurt a.M. 1997, S. 155 ff.

AMSTUTZ KATHRIN, *Das Grundrecht auf Existenzsicherung*, Bern 2002

ARIOLI SILVIO, *Das Verbot der willkürlichen und der rechtsungleichen Rechtsanwendung im Sinne von Art. 4 der Bundesverfassung*, Basel und Stuttgart 1968

AUER ANDREAS, *Constitution et politique d'immigration; la quadrature des trois cercles*, AJP 1996, S. 1230 ff.

AUER ANDREAS/MALINVERNI GIORGIO/HOTTELIER MICHEL, *Droit constitutionnel suisse*, Bd. II, *Les droits fondamentaux*, Bern 2000

BERTSCHI MARTIN/GÄCHTER THOMAS, *Der Anwesenheitsanspruch aufgrund der Garantie des Privat- und Familienlebens*, ZBl 104/2003 S. 225 ff.

BIGLER-EGGENBERGER MARGRITH, *Art. 12* in: Bernhard Ehrenzeller/Philippe Mastroiardi/Rainer J. Schweizer/Klaus A. Vallender (Hrsg.), *Die Schweizerische Bundesverfassung (St. Galler Kommentar)*; Zürich etc. 2002

BREITENMOSER STEPHAN, *Art. 13* in: Bernhard Ehrenzeller/Philippe Mastroiardi/Rainer J. Schweizer/Klaus A. Vallender, *Die schweizerische Bundesverfassung (St. Galler Kommentar)*, Zürich etc. 2002

BREITENMOSER STEPHAN, *Das Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens in der Schweizer Rechtsprechung zum Ausländerrecht*, EuGRZ 1993 S. 537 ff.

BROWNLIE IAN, *Principles of Public International Law*, 4. Auflage Oxford 1990

BRYDE BRUN-OTTO, *Die Tätigkeit des Ausschusses gegen jede Form der Rassendiskriminierung*, in: Eckart Klein (Hrsg.), *Rassische Diskriminierung – Erscheinungsformen und Bekämpfungsmöglichkeiten*, Berlin 2002, S. 61 ff.

---

BURCKHARDT WALTHER, *Kommentar zur schweizerischen Bundesverfassung*, 3. Aufl., Bern 1931

CARONI MARTINA, *Privat- und Familienleben* zwischen Menschenrecht und Migration, Diss. Bern, Berlin 1999

FROWEIN JOCHEN ABR./PEUKERT WOLFGANG, Europäische Menschenrechts-Konvention, *EMRK-Kommentar*, 2. Auflage Kehl etc. 1996

GATTIKER MARIO, *Das Asyl- und Wegweisungsverfahren: Asylgewährung und Wegweisung* nach dem Asylgesetz vom 26.6.1998, Bern 1999

GEISER THOMAS, Ausländische Staatsangehörige als *Ehepartner*, in: Uebersax/Münch/Geiser/Arnold, *Ausländerrecht*, § 11 S. 421 ff.

GRISEL ETIENNE, *Egalité*, Bern 2000

GROSSEN DIETER W./DE PALÉZIEUX CLAIRE, *Abkommen über die Freizügigkeit*, in: Daniel Thürer/Rolf H. Weber/Roger Zäch (Hrsg.), *Bilaterale Verträge Schweiz – EG*, Zürich 2002, S. 139 ff.

GYGI FRITZ/RICHLI PAUL, *Wirtschaftsverfassungsrecht*, 2. Auflage, Bern 1997

GYSIN CHARLOTTE, *Der Schutz des Existenzminimums* in der Schweiz, Basel 1999;

HÄFELIN ULRICH/MÜLLER GEORG, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 4. Auflage Zürich 2002

HÄFLIGER ARTHUR, *Alle Schweizer sind vor dem Gesetze gleich*, Bern 1985

HUG MARKUS, *Der Ausländer als Grundrechtsträger*, Zürich 1989

ILLES RUEDI, *Das Recht auf Familienleben* von Asylsuchenden und vorläufig Aufgenommenen, *Asyl* 1999/2 S. 8 ff.

KÄGI-DIENER REGULA, *Art. 19*, in: Bernhard Ehrenzeller/Philippe Mastronardi/Rainer J. Schweizer/Klaus A. Vallender (Hrsg.), *Die Schweizerische Bundesverfassung*, Zürich/Basel/Genf 2002

KÄLIN WALTER, *Ausländerdiskriminierung*, in: Bernhard Ehrenzeller/Philippe A. Mastronardi/René Schaffhauser/Rainer J. Schweizer (Hrsg.), *Der Verfassungsstaat vor neuen Herausforderungen*, Festschrift für Yvo Hangartner, St. Gallen/Lachen 1998, S. 561 ff.

KÄLIN WALTER, *Grundrechte im Kulturkonflikt*, Zürich 2000

KÄLIN WALTER, *Rechtliche Aspekte der schweizerischen Flüchtlingspolitik im Zweiten Weltkrieg*, in: UEK. (Hrsg.), *Die Schweiz und der Nationalsozialismus*, Bd. I: Öffentliches Recht, Zürich 2001, 261 ff.

KÄLIN WALTER/CARONI MARTINA, *Das verfassungsrechtliche Verbot der Diskriminierung wegen der ethnisch-kulturellen Herkunft*, in: Walter Kälin (Hrsg.), *Das Verbot ethnisch-kultureller Diskriminierung – verfassungs- und menschenrechtliche Aspekte*, Basel/Genf/München 1999, S. 67 ff.

KÄLIN WALTER/CARONI MARTINA, *Diskriminierungsverbot und Familiennachzug*, Bern 1998

KÄLIN WALTER/MALINVERNI GIORGIO/NOWAK MANFRED (Hrsg.), *Die Schweiz und die UNO-Menschenrechtspakte*, 2. Auflage Basel/Frankfurt a.M. 1997

KIENER REGINA, *Bildung, Forschung und Kultur*, in: Daniel Thürer/Jean-François Aubert/Jörg Paul Müller (Hrsg.): *Verfassungsrecht der Schweiz*, Zürich 2001, S. 903 ff.

KIENER REGINA, *Rechtsstaatliche Anforderungen an Einbürgerungsverfahren*, recht 2000, S. 213 ff.

KLAUS FELIX, *Ausländische Staatangehörige als Arbeitnehmende*, in: Uebersax/Münch/Geiser/Arnold, *Ausländerrecht*, § 14 S. 587 ff.

KLEIN CAROLINE, *La discrimination des personnes handicapées*, Bern 2002

KOTTUSCH PETER, *Zur rechtlichen Regelung des Familiennachzugs von Ausländern*, ZBl 1989 S. 329 ff.

KÜNZLI JÖRG, *Soziale Menschenrechte: blosse Gesetzgebungsaufträge oder individuelle Rechtsansprüche?* AJP 5/96 S. 527 ff.

KÜNZLI JÖRG/KÄLIN WALTER, *Die Bedeutung des UNO-Paktes über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte für das schweizerische Recht*, in: Walter Kälin/Giorgio Malin-

---

verni/Manfred Nowak (Hrsg.), *Die Schweiz und die UNO-Menschenrechtspakte*, Basel 1997, S. 105 ff.

MAHALIC DREW/MAHALIC JOAN GAMBEE, *The Limitation Provisions of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination*, *Human Rights Quarterly* (HRQ) 1987, S. 74 ff.

MALINVERNI GIORGIO, *Les réserves de la Suisse*, in: Walter Kälin/Giorgio Malinverni/Manfred Nowak (Hrsg.), *Die Schweiz und die UNO-Menschenrechtspakte*, 2. Auflage Basel/Frankfurt a.M. 1997 S. 83 ff.

METTLER CHRISTOPH/BANGERTER SIMON, *Verweigerung der Aufenthaltsverlängerung im Invaliditätsfall (Bemerkungen zu BGE 126 II 377)*, in: *AJP* 2001, S. 588 ff.

MÜLLER GEORG, *Art. 4 aBV*, in: Jean-François Aubert u.a., *Kommentar zur Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft*, Loseblattsammlung, Zürich/Basel/Bern 1995

MÜLLER GEORG, *Der Gleichheitssatz*, in: *Veröffentlichungen der Vereinigung der deutschen Staatsrechtslehrer (VVDSRL)* 47 (1989), S. 37 ff.

MÜLLER JÖRG PAUL, *Allgemeine Bemerkungen zu den Grundrechten (§ 39)*, in: Daniel Thürer/Jean-François Aubert/Jörg Paul Müller (Hrsg.): *Verfassungsrecht der Schweiz*, Zürich 2001, S. 621 ff.

MÜLLER JÖRG PAUL, *Die Diskriminierungsverbote nach Art. 8 Abs. 2 der neuen Bundesverfassung*, in: Ulrich Zimmerli (Hrsg.), *Die neue Bundesverfassung. Konsequenzen für Praxis und Wissenschaft*, Bern 2000, S. 103 ff.

MÜLLER JÖRG PAUL, *Grundrechte in der Schweiz*, 3. Auflage Bern 1999

MÜLLER JÖRG PAUL, *Soziale Grundrechte in der Verfassung?*, 2., erweiterte Aufl., Basel/Frankfurt a.M. 1981

MÜLLER JÖRG PAUL/SCHEFER MARKUS, *Staatsrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts 1992-1996*, Bern 1998

MÜLLER JÖRG PAUL/WILDHABER LUZIUS, *Praxis des Völkerrechts*, 3. Auflage Bern 2001;

---

NOWAK MANFRED, U.N. Covenant on Civil and Political Rights, *CCPR Commentary*, Kehl etc. 1993

RHINOW RENÉ, *Die Bundesverfassung 2000*, Basel/Genf/München 2000

Rhinow René/Schmid Gerhard/Biaggini Giovanni, *Öffentliches Wirtschaftsrecht*, Basel 1998

RIEDER ANDREAS, *Form oder Effekt?* Art. 8 Abs. 2 BV und die ungleichen Auswirkungen staatlichen Handelns, erscheint demnächst

SCHEFER MARKUS, *Kerngehalte von Grundrechten*, Bern 2001

SCHMID GERHARD/SCHOTT MARKUS, *Art. 63*, in: Bernhard Ehrenzeller/Philippe Mastronardi/Rainer J. Schweizer/Klaus A. Vallender, *Die schweizerische Bundesverfassung (St. Galler Kommentar)*, Zürich etc. 2002

SCHWEIZER RAINER J., *Art. 8*, in: Bernhard Ehrenzeller/Philippe Mastronardi/Rainer J. Schweizer/Klaus A. Vallender, *Die schweizerische Bundesverfassung (St. Galler Kommentar)*, Zürich etc. 2002

SPESCHA MARC, *Handbuch zum Ausländerrecht*, Bern/Stuttgart/Wien 1999

SPESCHA MARC/STRÄULI PETER, *Ausländerrecht*, Zürich 2001

STARCK CHRISTIAN, *Art. 3*, in Hermann von Mangoldt/Friedrich Klein/Christian Starck (Hrsg.), *GG*, Bd. I, 4. Aufl., München 1999

STÖCKLI WALTER, *Asyl*, in: Uebersax/Münch/Geiser/Arnold, *Ausländerrecht*, § 8 S. 325 ff.

THÜRER DANIEL/AUBERT JEAN-FRANÇOIS/MÜLLER JÖRG PAUL (Hrsg.), *Verfassungsrecht der Schweiz*, Zürich 2001

UEBERSAX PETER, *Einreise und Anwesenheit*, in: Uebersax/Münch/Geiser/Arnold, *Ausländerrecht*, § 5 S. 133 ff.

UEBERSAX PETER/MÜNCH PETER/GEISER THOMAS/ARNOLD MARTIN (Hrsg.), *Ausländerrecht (Handbücher für die Anwaltspraxis VIII)*, Basel/Genf/München 2002

---

VERDROSS ALFRED/SIMMA BRUNO, *Universelles Völkerrecht – Theorie und Praxis*, 3. Auflage Berlin 1984

VILLIGER MARK E., *Handbuch der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK)*, 2. Auflage Zürich 1999

WALDMANN BERNHARD, *Das Diskriminierungsverbot von Art. 8 Abs. 2 BV als besonderer Gleichheitssatz*, Bern 2003

WEBER-DÜRLER BEATRICE, *Die Rechtsgleichheit in ihrer Bedeutung für die Rechtsetzung*, Bern 1973

WEBER-DÜRLER BEATRICE, *Rechtsgleichheit*, in: Jean-François Aubert/Daniel Thürer/Jörg Paul Müller (Hrsg.), *Verfassungsrecht der Schweiz*, Zürich 2001

WEBER-DÜRLER BEATRICE, *Verwaltungsökonomie und Praktikabilität im Rechtsstaat*, ZBI 87 (1986), S. 210 ff.

WOLFFERS FELIX, *Grundriss des Sozialhilferechts*, Bern/Stuttgart/Wien 1999

WURZBURGER ALAIN, *La jurisprudence récente du Tribunal fédéral en matière de police des étrangers*, *Revue de droit administratif et de droit fiscal* 1997 S. 267 ff.

ZÜND ANDREAS, *Beendigung der Anwesenheit, Entfernung und Fernhaltung*, in: Uebersax/Münch/Geiser/Arnold, *Ausländerrecht*, § 6 S. 207 ff.

## ABKÜRZUNGEN

ANAG	Bundesgesetz über Aufenthalt und Niederlassung der Ausländer, vom 26. März 1931, SR 142.20
AsylG	Asylgesetz, vom 5. Oktober 1979, SR 142.31
AsylV 2	Asylverordnung 2 über Finanzierungsfragen, vom 11. August 1999, SR 142.312
AuG-E	Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer (Entwurf), BBl 2002 S. 3851 ff.
BBG	Bundesgesetz über die Berufsbildung, vom 19. April 1978, SR 412.10
Botschaft KRK	Botschaft betreffend den Beitritt der Schweiz zum Übereinkommen von 1989 über die Rechte des Kindes, vom 29. Juni 1994, BBl 1994 I 1 ff.
Botschaft VE 96	Botschaft über eine neue Bundesverfassung, vom 20. November 1996, BBl 1997 I 1 ff.
Botschaft AsylG 02	Botschaft zur Änderung des Asylgesetzes, vom 4. September 2002, BBl 2002 S. 6845 ff.
Botschaft AuG	Botschaft zum Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer, vom 21. Mai 2002, BBl 2002 S. 3709 ff.
BV	Schweizerische Bundesverfassung, vom 18. April 1999, SR 101
BVO	Verordnung über die Begrenzung der Zahl der Ausländer, vom 6. Oktober 1986, SR 823.21
EMRK	Europäische Menschenrechtskonvention, vom 4. November 1950, SR 0.101
FK	Abkommen über die Rechtsstellung der Flüchtlinge (Flüchtlingskonvention), vom 28. Juli 1951, SR 0.142.30
KRK	Übereinkommen über die Rechte des Kindes, vom 20. November 1989 (Kinderrechtskonvention), SR 0.107
Pakt I	Internationaler Pakt über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte, vom 16. Dezember 1966, SR 0.103.1
Pakt II	Internationaler Pakt über bürgerliche und politische Rechte, vom 16. Dezember 1966, SR 0.103.2
RDK	Übereinkommen zur Beseitigung jeder Form von Rassendiskriminierung, vom 21. Dezember 1965, SR 0.104
RPAV	Verordnung über die Abgabe von Reisepapieren an ausländische Personen, vom 11. August 1999, SR 143.5

Sozialcharta	Europäische Sozialcharta, vom 18. Oktober 1961
VIntA	Verordnung über die Integration von Ausländerinnen und Ausländern, vom 13. September 2000, SR 142.205
VVWA	Verordnung über den Vollzug der Weg- und Ausweisung von ausländischen Personen, vom 11. August 1999, SR 142.281