

# Jahrbuch für Annuaire du droit Migrationsrecht de la migration

2014/2015

Alberto Achermann  
Cesla Amarelle  
Martina Caroni  
Astrid Epiney  
Walter Kälin  
Peter Uebersax  
(Hrsg./éds.)



Stämpfli Verlag

Das Jahrbuch für Migrationsrecht 2014/2015 enthält Referate der 11. Schweizerischen Migrationsrechtstage, die sich der rechtlichen Bewältigung des Migrationsdrucks in Zeiten erhöhter Zuwanderung und Flucht widmeten. Die Beiträge beleuchten den Umgang des Rechtsstaates mit Personen ohne Aufenthaltsrecht («Sans Papiers»), die verfahrensrechtliche Behandlung von Staatenlosen im schweizerischen Recht, die vor dem Hintergrund der syrischen Flüchtlings-krise besondere Aktualität erfährt, und den Umgang mit Menschenhandelsopfern im Asylverfahren.

Der dokumentarische Teil des Jahrbuchs berichtet umfassend über die Praxis schweizerischer (sowohl nationaler als auch kantonaler) und internationaler Gerichte (namentlich des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte und des Gerichtshofes der EU) in den vergangenen 12 Monaten und zeichnet die internationalen und nationalen Rechtsentwicklungen im Migrationsrecht von Mitte 2014 bis Mitte 2015 nach. Am Ende des Jahrbuches findet sich die Bibliographie des schweizerischen Migrationsrechts für diesen Zeitraum.

L'Annuaire du droit de la migration 2014/2015 contient les exposés présentés lors des 11èmes journées suisses du droit de la migration lesquels sont consacrés au traitement juridique de la pression migratoire en période de forte immigration. Les exposés mettent en lumière le lien entre l'Etat de droit et les personnes sans droit de séjour (les « sans-papiers »), le traitement procédural des apatrides en droit suisse – problématique particulièrement actuelle en raison de la crise syrienne – ainsi que la prise en charge des victimes de la traite humaine dans la procédure d'asile.

La deuxième partie de l'Annuaire présente de manière détaillée l'évolution de la pratique des juridictions suisses (tant au plan fédéral que cantonal) et internationales (notamment de la Cour européenne des droits de l'Homme et de la Cour de justice de l'Union européenne) au cours de ces douze derniers mois. Les développements juridiques du droit de la migration fédéral et international du milieu de l'année 2014 jusqu'au milieu de l'année 2015 sont ainsi exposés. L'Annuaire contient enfin une bibliographie du droit suisse de la migration pour cette.

---

# **Jahrbuch für Migrationsrecht**

## **Annuaire du droit de la migration**

### **2014/2015**

**Alberto Achermann**

Rechtsanwalt und assoziierter Professor an der Universität Bern

**Cesla Amarelle**

Professeure à l'Université de Neuchâtel

**Martina Caroni**

Professorin an der Universität Luzern

**Astrid Epiney**

Professorin an der Universität Freiburg

**Walter Kälin**

Professor an der Universität Bern

**Peter Uebersax**

Professor an der Universität Basel, Gerichtsschreiber  
und wissenschaftlicher Berater am Bundesgericht in Lausanne

(Hrsg./éds.)



**Stämpfli Verlag**

---

Umschlaggestaltung: Magma, Bern

Publiziert mit Unterstützung des Staatssekretariats für Migration.

Dieses Buch ist urheberrechtlich geschützt. Jede Form der Weitergabe an Dritte (entgeltlich oder unentgeltlich) ist untersagt. Die Datei enthält ein verstecktes Wasserzeichen, in dem die Daten des Downloads hinterlegt sind.

**Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek**

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

**Information bibliographique de la Deutsche Nationalbibliothek**

La Deutsche Nationalbibliothek a répertorié cette publication dans la Deutsche Nationalbibliografie; les données bibliographiques détaillées peuvent être consultées sur Internet à l'adresse <http://dnb.d-nb.de>.

Alle Rechte vorbehalten, insbesondere das Recht der Vervielfältigung, der Verbreitung und der Übersetzung. Das Werk oder Teile davon dürfen ausser in den gesetzlich vorgesehenen Fällen ohne schriftliche Genehmigung des Verlags weder in irgendeiner Form reproduziert (z.B. fotokopiert) noch elektronisch gespeichert, verarbeitet, vervielfältigt oder verbreitet werden.

Tous droits réservés, en particulier le droit de reproduction, de diffusion et de traduction. Sans autorisation écrite de l'éditeur, l'œuvre ou des parties de celle-ci ne peuvent pas être reproduites, sous quelque forme que ce soit (photocopies, par exemple), ni être stockées, transformées, reproduites ou diffusées électroniquement, excepté dans les cas prévus par la loi.

Gesamtherstellung:  
Stämpfli Publikationen AG, Bern

Réalisation intégrale:  
Stämpfli Publications SA, Berne

Printed in Switzerland

© Stämpfli Verlag AG Bern · 2015  
© Stämpfli Editions SA Berne · 2015

Dieses Werk ist in unserem Buchshop unter  
[www.staempfliverlag.com](http://www.staempfliverlag.com) erhältlich.

ISBN Print 978-3-7272-2771-4  
ISBN Judocu 978-3-0354-1256-7  
ISBN E-Book 978-3-7272-5919-7



---

## Vorwort

«Migrationsdruck»: Dieser Begriff dominiert aktuell den Diskurs in Medien und Öffentlichkeit. Während sich in den vergangenen Jahren die Diskussionen in der Schweiz um die starke Zuwanderung aus der EU und um die Freizügigkeit drehten, steht seit letztem Sommer die Flüchtlingspolitik in Europa im Fokus. Die Asylgesuchszahlen sind stark angestiegen, die EU debattiert angesichts der Belastung einzelner Mitgliedstaaten über Lastenteilungsmechanismen und Quoten, über Verantwortlichkeiten und Zahlen. Ähnliche Diskussionen fanden im Juli 1992 in Genf statt: Die Flüchtlingskonferenz zur Situation in Jugoslawien konnte sich damals nicht auf ein verbindliches Quotensystem zur Verteilung der Flüchtlinge einigen. Als Folge davon richtete die Staatengemeinschaft Schutzzonen ein, so auch in Srebrenica. Die Folgen sind bekannt. Ebenfalls im Juli debattierte die Staatengemeinschaft im Jahr 1938 über die Aufnahme von Juden aus Deutschland und Österreich, ebenfalls ohne Resultat. Golda Meir, die spätere israelische Premierministerin, die an der Konferenz teilgenommen hatte, schrieb in ihren Memoiren: «[Z]uzusehen, wie die Delegierten von 32 Ländern sich nacheinander erhoben und erklärten, sie hätten gern eine beträchtliche Zahl von Flüchtlingen aufgenommen, seien jedoch dazu bedauerlicherweise nicht imstande. [...] Am liebsten wäre ich aufgesprungen und hätte geschrien: Wisst ihr nicht, dass diese ‚Nummern‘ und ‚Zahlen‘ menschliche Wesen sind, Menschen, die vielleicht den Rest ihres Lebens in Konzentrationslagern verbringen oder in der Welt herumziehen müssen, wie Leprakranke, wenn ihr sie nicht aufnehmt?»

Die 11. Migrationsrechtstage widmen sich der rechtlichen Bewältigung erhöhter Zuwanderung und Fluchtbewegungen, während die Diskussionen um Quoten und Lastenteilung in Europa weitergehen. Die Referate diskutieren Aspekte des Schutzes von Menschen, die sich in prekärer Situation ausserhalb ihrer Heimat befinden, sei dies als Staatenlose, sei dies als Opfer von Menschenhandel, sei dies als Personen ohne Aufenthaltsrecht, als sogenannte «Sans Papiers».

Das Jahrbuch dokumentiert im Weiteren für den Zeitraum von Mitte 2014 bis Mitte 2015 die Rechtsprechung internationaler und nationaler gerichtlicher Instanzen (inklusive der kantonalen Ebene) zum Migrationsrecht und zeichnet die wesentlichen Rechtsentwicklungen in der Schweiz auf Kantons- und Bundesebene, in der EU und in weiteren internationalen Gremien nach und enthält eine Bibliografie des schweizerischen Migrationsrechts.

An dieser Stelle danken wir Frau Alexandra Büchler, Frau Nula Frei, Frau Barbara von Rütte und Herrn Martin Hemmi, Assistierende an der Universität Bern sowie Herrn Didier Leyvraz, Assistent an der Universität Neuchâtel, für ihre Mitarbeit bei der Erarbeitung dieses Buches.

---

Ein besonderer Dank gilt dem Staatssekretariat für Migration, das die Herausgabe dieses Jahrbuches wiederum mit einem namhaften Beitrag unterstützt hat.

Bern, im Juli 2015

Alberto Achermann  
Walter Kälin  
Astrid Epiney

Cesla Amarelle  
Martina Caroni  
Peter Uebersax

---

## Préface

« Pression migratoire » : cette notion est à l'heure actuelle au centre des débats aussi bien dans les médias que dans l'opinion publique. Alors que depuis plusieurs années, les discussions tournaient, en Suisse, essentiellement autour de la forte immigration en provenance de l'UE et de la libre circulation des personnes, les projecteurs sont dorénavant braqués sur la politique européenne d'asile. Le nombre des demandes d'asile a augmenté considérablement, l'UE débat, en raison de la charge supportée par certains Etats, de mécanismes de répartition et de quotas, de responsabilités et de nombres. Des discussions similaires avaient déjà eu lieu en juillet 1992 à Genève dans le cadre de la Conférence sur la Yougoslavie et les Etats ne purent alors pas se mettre d'accord sur un système contraignant de quota pour la répartition des réfugiés. S'en suivit la création de zones de protection, telles que Srebrenica. Les conséquences sont connues de tous. C'est également au mois de juillet et également sans résultat qu'en 1938 la communauté internationale se pencha sur la possibilité d'accueillir des juifs allemands et autrichiens. Golda Meir, qui devint plus tard Première ministre d'Israël, raconte dans ses mémoires : « écouter la manière dont, l'un après l'autre, les représentants de 32 Etats se levèrent et expliquèrent comment ils voudraient vraiment accueillir un grand nombre de réfugiés et combien ils souffraient de ne pouvoir le faire, fut une expérience bouleversante. [...] J'avais envie de me lever et leur crier : ne savez-vous donc pas que ces fichus chiffres représentent des personnes humaines, des personnes qui, si personne ne les accueille, passeront le reste de leur vie dans des camps de concentration ou en fuite autour du globe comme des pestiférés? ».

Alors qu'en Europe se poursuivent les discussions sur les quotas et la répartition du poids que constitue la migration, les 11<sup>e</sup> journées du droit de la migration s'intéressent au traitement juridique d'une forte immigration et des mouvements de fuite. Les contributions traitent de certains aspects de la protection des personnes se trouvant en situation précaire hors de leur Etat d'origine, que cela soit en tant qu'apatride, de victime de traite d'êtres humains ou encore en tant que personne sans droit de séjour, en tant que « sans-papiers ».

L'Annuaire rapporte également les développements récents de la jurisprudence relative au droit des migrations et expose les développements juridiques les plus importants survenus en Suisse aux niveaux cantonal et fédéral, au sein de l'UE, ainsi que dans d'autres instances internationales.

Nous tenons à adresser nos remerciements à Mme Alexandra Büchler, à Mme Nula Frei, à Mme Barbara von Rütte et à M. Martin Hemmi, assistants à l'Université de Berne, ainsi qu'à M. Didier Leyvraz, assistant à l'Université de Neuchâtel, pour leur participation à l'élaboration de cet ouvrage.

---

Notre gratitude s'adresse également au Secrétariat d'Etat aux migrations dont la généreuse contribution a une nouvelle fois permis la publication de cet annuaire.

Berne, juillet 2015

Alberto Achermann  
Walter Kälin  
Astrid Epiney

Cesla Amarelle  
Martina Caroni  
Peter Uebersax



---

# Inhaltsverzeichnis - Table des matières

## Teil A / Partie A: Referate – Rapports

- **Die rechtliche Bewältigung irregulärer Migration: Die Situation der «Sans-Papiers» .....** 3  
ROSWITHA PETRY
- **Menschenhandelsopfer im Asylverfahren .....** 25  
NULA FREI
- ***De iure* Staatenlose in der Schweizer Rechtsordnung .....** 61  
OLIVIA BRUNNER

## Teil B / Partie B: Rechtsprechung – Jurisprudence

- **La jurisprudence du Tribunal fédéral en droit des étrangers et de la nationalité .....** 95  
CESLA AMARELLE, STEFANIE KURT ET DIDIER LEYVRAZ
- **Die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts im Bereich des Ausländer- und Bürgerrechts .....** 125  
ALEXANDRA BÜCHLER, MARTIN HEMMI UND ALBERTO ACHERMANN
- **Die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts im Bereich des Asylrechts .....** 175  
SARAH FREHNER UND SERAINA NUFER
- **Die Rechtsprechung der Kantone im Migrationsrecht .....** 255  
NULA FREI

- **Die Rechtsprechung des EuGH zum Europäischen Migrationsrecht**..... 273  
CONSTANTIN HRUSCHKA UND SARAH PROGIN-THEUERKAUF
- **Die Praxis internationaler Menschenrechtsorgane im Bereich Migrationsrecht**..... 331  
MARTINA CARONI UND NICOLE SCHEIBER

## **Teil C / Partie C: Rechtsentwicklungen – Développements juridiques**

- **Rechtsentwicklungen in der Schweiz** ..... 383  
BARBARA VON RÜTTE
- **Änderungen in der kantonalen Bürgerrechts-, Ausländer- und Asylrechtsgesetzgebung**..... 431  
ALEXANDRA BÜCHLER
- **Internationale Entwicklungen mit Bedeutung für die Schweiz ...** 439  
ALBERTO ACHERMANN UND STEFAN SCHLEGEL

## **Teil D / Partie D: Bibliografie – Bibliographie**

- **Bibliografie des schweizerischen Migrationsrechts 2014/2015 ....** 481  
ALEXANDRA BÜCHLER
- **Abkürzungsverzeichnis – Liste des abréviations** ..... 491
- **Verzeichnis der Autorinnen und Autoren und der Herausgeberinnen und Herausgeber – Liste des auteurs et éditeurs** ..... 507

---

**Teil A**  
**Referate**

**Partie A**  
**Rapports**



---

# Die rechtliche Bewältigung irregulärer Migration: Die Situation der «Sans-Papiers»

Roswitha Petry\*

## Inhaltsübersicht

I.	Einleitung .....	3
II.	Illegaler Aufenthalt aus der Perspektive des Ausländerrechts.....	5
	1. Was ist illegaler Aufenthalt? .....	5
	2. Konsequenzen des illegalen Aufenthalts .....	6
	3. Wege aus der Illegalität .....	7
III.	Sans-Papiers als Träger von wirtschaftlichen und sozialen Menschenrechten.....	8
IV.	Arbeitsrechte .....	9
	1. Arbeitsvertrag und Arbeitsbedingungen.....	9
	2. Risiko Arbeitsgericht.....	10
	3. Exkurs: Papierlose Jugendliche und die Arbeitswelt.....	14
V.	Soziale Rechte .....	15
	1. Sozialversicherungsrecht .....	15
	2. Medizinische Versorgung .....	19
	3. Sozialhilfe.....	21
VI.	Schlussbemerkungen .....	22

## I. Einleitung

Es sind Frauen und Männer unterschiedlicher Altersgruppen, meistens zwischen 20 und 45 Jahre alt. Sie arbeiten in Privathaushalten, in der Reinigungsbranche, im Gast-, Hotellerie- oder Baugewerbe, in der Landwirtschaft oder auch in der Prostitution. Sie sind in der Regel Drittstaatsangehörige<sup>1</sup> und kommen mehrheitlich aus Lateinamerika, aus Osteuropa oder dem Balkan.<sup>2</sup> Gemeinsam ist ihnen, dass sie – teilweise schon seit Jahren – in der Schweiz leben und arbeiten, ohne über eine Aufenthaltsbewilligung zu verfügen. Entweder haben sie nie eine solche besessen, oder ihre Bewilligung wurde wider-

---

\* Ein herzliches Dankeschön geht an dieser Stelle an Frau Dr. Ursula Marti für die kritische Durchsicht des Manuskripts und ihre wertvollen Kommentare.

<sup>1</sup> D.h. keine EU/EFTA-Bürger.

<sup>2</sup> Für weitere Informationen zum soziokulturellen Profil von Sans-Papiers vgl. *Denise Efionayi-Mäder/Silvia Schönenberger/Ilka Steiner*, *Leben als Sans-Papiers in der Schweiz: Entwicklungen 2000-2010*, Eidgenössische Kommission für Migrationsfragen EKM, Bern 2010, S. 28.

rufen bzw. nicht verlängert. Man nennt sie «statuslose Ausländer»<sup>3</sup>, «illegale Migranten» oder auch «Sans-Papiers».

Schätzungen zufolge leben in der Schweiz – je nach Studie – zwischen 70'000 und 250'000 Sans-Papiers.<sup>4</sup> In der Europäischen Union sollen sich zwischen zwei und vier Millionen Ausländer ohne Aufenthaltsberechtigung aufhalten.<sup>5</sup> Ihre Dienste sind gefragt, vor allem in Niedriglohnssektoren mit unattraktiven Arbeitsbedingungen, für die oftmals keine legalen Arbeitskräfte gefunden werden können. Weibliche Sans-Papiers sind vorwiegend in der Hauswirtschafts- und Care-Branche aktiv. Nach einer Studie aus dem Jahr 2012 beschäftigt schätzungsweise jeder 17. Privathaushalt im Kanton Zürich eine Person ohne Aufenthaltsrecht in der Schweiz.<sup>6</sup> Experten gehen davon aus, dass aufgrund des strukturellen Wandels unserer Gesellschaft (u.a. demografische Alterung, zunehmende Erwerbstätigkeit beider Eltern) gerade in Privathaushalten und in der Versorgungsarbeit der Bedarf an billigen und flexiblen Arbeitskräften auch in den kommenden Jahren weiter zunehmen wird.<sup>7</sup>

Irreguläre Migration stellt den Rechtsstaat vor grosse Herausforderungen. Aufgrund des Prinzips der staatlichen Souveränität ist es zwar grundsätzlich jedem Staat überlassen, die Zulassung von Ausländern frei zu regeln und irreguläre Migration zu bekämpfen. Begrenzt wird diese Freiheit allerdings durch die menschenrechtlichen Verpflichtungen des Rechtsstaates.<sup>8</sup> Sans-Papiers verstossen mit ihrer blossen Anwesenheit gegen das Gesetz. Ihre Anwesenheit hat jedoch auch zur Folge, dass der Staat ihnen gegenüber Schutz- und Gewährleistungspflichten hat, die sich namentlich aus den Grund- und Menschenrechten ergeben. Damit werden Sans-Papiers zu «Opfern» eines Rechtsgüterkonflikts zwischen dem ordnungspolitischen Interesse des Staates an der Durchsetzung seiner Ausländergesetzgebung einerseits und seinen menschenrechtlichen Verpflichtungen andererseits.<sup>9</sup> Dieses Spannungsfeld zwischen Staatssouveränität und Menschenrechtsschutz kommt

<sup>3</sup> Aus Gründen der besseren Lesbarkeit wird in diesem Beitrag auf die gleichzeitige Verwendung männlicher und weiblicher Sprachformen verzichtet. Sämtliche Personenbezeichnungen gelten für beiderlei Geschlecht.

<sup>4</sup> Vgl. hierzu *Efionayi-Mäder/Schönenberger/Steiner* (Anm. 2), S. 24 ff.

<sup>5</sup> *Clandestino Research Projet*, Size and Development of irregular migration to the EU, <http://irregular-migration.net/index.php?id=228> (zuletzt besucht am 14.7.2015).

<sup>6</sup> *Alex Knoll/Sarah Schilliger/Bea Schwager*, Wisch und Weg: Sans-Papiers-Hausarbeiterinnen zwischen Prekarität und Selbstbestimmung, Zürich 2012, S. 13.

<sup>7</sup> Vgl. bspw. *Etienne Pigué*, L'immigration en Suisse: 60 ans d'entrouverture, 2. Aufl., Lausanne 2009, S. 124 f.

<sup>8</sup> *Walter Kälin/Jörg Künzli*, Universeller Menschenrechtsschutz, 3. Aufl., Basel 2013, N 1437.

<sup>9</sup> Vgl. hierzu *Roswitha Petry*, La situation juridique des migrants sans statut légal : Entre droit international des droits de l'homme et droit suisse des migrations, Zürich 2013.

besonders bei den wirtschaftlichen und sozialen Rechten von Sans-Papiers zum Tragen. Denn die Einforderung dieser Rechte führt in der Regel dazu, dass Sans-Papiers mit Behörden in Verbindung treten müssen. Dabei ist das Risiko gross, dass ihr rechtswidriger Aufenthalt aufgedeckt wird und dies zu ihrer Wegweisung führt, womit sie *de facto* davon abgehalten werden, die ihnen zustehenden Rechte überhaupt in Anspruch zu nehmen.

Der folgende Beitrag versucht aufzuzeigen, wie der Rechtsstaat Schweiz mit diesem Spannungsfeld umgeht. Nach einem Überblick über die ausländerrechtliche Situation der Sans-Papiers (II.) wird ihre Rechtsstellung aus der Perspektive der wirtschaftlichen und sozialen Menschenrechte beleuchtet (III.), bevor konkret einzelne Aspekte rund um ihre arbeitsrechtliche Situation (IV.) und den sozialen Schutz (V.) untersucht werden.

## II. Illegaler Aufenthalt aus der Perspektive des Ausländerrechts

### 1. Was ist illegaler Aufenthalt?

In Art. 3 § 2 der auch für die Schweiz geltenden Rückführungsrichtlinie der Europäischen Union<sup>10</sup> wird illegaler Aufenthalt definiert als «die Anwesenheit von Drittstaatsangehörigen, die nicht oder nicht mehr die Einreisevoraussetzungen nach Artikel 5 des Schengener Grenzkodex oder andere Voraussetzungen für die Einreise in einen Mitgliedstaat oder den dortigen Aufenthalt erfüllen, im Hoheitsgebiet dieses Mitgliedstaats».

Anknüpfend an diese Definition lassen sich die meisten irregulären Migranten folgenden Kategorien zuordnen<sup>11</sup>:

- Migranten, die sich in der Schweiz aufhalten, nachdem sie unter Verletzung der Einreisebestimmungen eingereist sind, beispielsweise ohne Schengen-Visum bzw. ohne nationales Visum;
- Migranten, die zwar zum Zeitpunkt ihrer Einreise die Einreisevoraussetzungen erfüllten, während ihres Aufenthalts jedoch diese nicht mehr erfüllen, beispielsweise weil sie unter Missachtung der arbeitsbezogenen Meldepflichten eine Erwerbstätigkeit aufnehmen oder weil sie nach Ablauf ihres Visums bzw. des bewilligungsfreien Aufenthalts weiterhin in der Schweiz bleiben;
- Migranten, die nach rechtskräftigem Widerruf bzw. nach rechtskräftiger Nichtverlängerung ihrer Bewilligung weiterhin in der Schweiz verweilen;

<sup>10</sup> Richtlinie (EG) Nr. 115/2008 des Europäischen Parlaments und des Rates über gemeinsame Normen und Verfahren in den Mitgliedstaaten zur Rückführung illegal aufhältiger Drittstaatsangehöriger v. 16.12.2008, ABl. L 348 v. 24.12.2008, S. 98 ff.

<sup>11</sup> Vgl. Petry (Anm. 9), S. 140 f.

- Asylbewerber, welche die Schweiz trotz rechtskräftigen Nichteintretensentscheids bzw. materiellen Abweisungsentscheids nicht verlassen;
- in der Schweiz geborene Kinder von statuslosen Ausländern.

Der Aufenthalt statusloser Ausländer ist auch dann rechtswidrig, wenn er von den kantonalen Behörden formlos toleriert wird. Das Bundesgericht hat in diesem Zusammenhang mehrmals bestätigt, dass der blosser Verzicht auf Entfernungsmassnahmen gegenüber illegal Anwesenden nicht mit einem ordnungsgemässen Aufenthalt gleichzusetzen ist.<sup>12</sup>

## 2. Konsequenzen des illegalen Aufenthalts

Illegaler Aufenthalt kann Entfernungs- und Fernhaltemassnahmen nach sich ziehen.<sup>13</sup> Weigert sich der Ausländer, seinen Ausreiseverpflichtungen nachzukommen, können gegen ihn die in Art. 73 ff. AuG vorgesehenen Zwangsmassnahmen ergriffen werden, die von der kurzfristigen Festhaltung bis zur Ausschaffungshaft reichen. Auch strafrechtlich kann der Ausländer belangt werden: Gemäss Art. 115 Abs. 1 AuG kann rechtswidriger Aufenthalt in der Schweiz mit einer Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder einer Geldstrafe sanktioniert werden. Die gleiche Strafe droht Dritten, die einem Ausländer die rechtswidrige Einreise oder den rechtswidrigen Aufenthalt erleichtern (Art. 116 AuG). Auch dem Arbeitgeber droht eine Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr (in schweren Fällen bis zu drei Jahren) bzw. eine Geldstrafe, wenn er vorsätzlich Ausländer ohne Aufenthalts- bzw. Arbeitsbewilligung beschäftigt (Art. 117 AuG). Art. 122 Abs. 3 AuG sieht zudem vor, dass der Arbeitgeber, der ausländische Arbeitnehmer beschäftigt hat oder beschäftigen wollte, die nicht zur Ausübung einer Erwerbstätigkeit berechtigt sind, die Kosten zu tragen hat, die dem Gemeinwesen durch den Lebensunterhalt, bei Unfall und Krankheit und für die Rückreise der betreffenden Personen entstehen und nicht gedeckt sind. Der Vollständigkeit halber wird in diesem Zusammenhang auch auf die in Art. 13 Abs. 1 des Bundesgesetzes über Massnahmen zur Bekämpfung der Schwarzarbeit<sup>14</sup> vorgesehenen Sanktionen hingewiesen (Ausschluss von Aufträgen des öffentlichen Beschaffungswesens bzw. Kürzung von Finanzhilfen bei wiederholter Missachtung von Melde- und Bewilligungspflichten seitens des Arbeitgebers).

---

<sup>12</sup> BGE 136 I 254 E. 4.3.3; BGE 130 II 39 E. 4.

<sup>13</sup> Art. 64 ff. des Bundesgesetzes über die Ausländerinnen und Ausländer (AuG; SR 142.20).

<sup>14</sup> SR 822.41 (BGSA).



### 3. Wege aus der Illegalität

Aufgrund der restriktiven Zulassungsvoraussetzungen für Drittstaatsangehörige<sup>15</sup> haben Sans-Papiers praktisch keine Chance, eine ordentliche Aufenthaltsbewilligung zu Erwerbszwecken zu erhalten. Einzige Möglichkeit zur Legalisierung des Aufenthalts bleibt in ihrem Fall entweder die Heirat bzw. eingetragene Partnerschaft mit einer aufenthaltsberechtigten Person oder aber ein Gesuch über die Härtefallklausel von Art. 30 Abs. 1 lit. b AuG (humanitäre Aufenthaltsbewilligung aufgrund eines schwerwiegenden persönlichen Härtefalls). Angesichts der strengen Voraussetzungen und der restriktiven Praxis sind die Chancen auf Erfolg eines Härtefallgesuchs jedoch relativ gering, zumal die Erteilung einer solchen Bewilligung im Ermessen der kantonalen Behörden liegt. Am aussichtsreichsten scheinen die Gesuche von Familien mit Jugendlichen zu sein, die in der Schweiz aufgewachsen sind und hier zur Schule gehen. Hingegen haben Alleinstehende oftmals keine Chance, eine humanitäre Aufenthaltsbewilligung zu erhalten, sofern keine erschwerenden Umstände vorliegen.

Selbst eine lange Aufenthaltsdauer begründet grundsätzlich für sich allein noch keinen Anspruch auf Aufenthalt. Das Bundesgericht hat zwar wiederholt erwogen, dass sich unter besonderen Umständen aus dem in Art. 8 Abs. 1 EMRK verankerten Anspruch auf Schutz des Privatlebens ein Recht auf Verbleib im Land ergeben kann.<sup>16</sup> Jedoch betont es stets, dass eine lange Anwesenheit und die damit verbundene normale Integration hierzu nicht ausreichen. Nach der Rechtsprechung bedarf ein solcher Anspruch «besonders intensiver, über eine normale Integration hinausgehender privater Bindungen gesellschaftlicher oder beruflicher Natur bzw. entsprechender vertiefter sozialer Beziehungen zum ausserfamiliären bzw. ausserhäuslichen Bereich»<sup>17</sup>. Selbst bei Ausländern, die jahrelang eine Aufenthaltsbewilligung besaßen, wird ein solcher Rechtsanspruch regelmässig verneint.<sup>18</sup> Bei Sans-Papiers, die aufgrund ihrer Statuslosigkeit wohl nur selten in der Lage sind, über eine normale Integration hinausgehende private Bindungen gesellschaftlicher oder beruflicher Natur zu knüpfen, ist ein solcher Anspruch praktisch ausgeschlossen. Hinzu kommt, dass gemäss bundesgerichtlicher Praxis die Dauer des illegalen Aufenthalts in seiner Bedeutung systematisch zu relativieren ist und somit bei Interessenabwägungen kaum Berücksichtigung findet.<sup>19</sup>

<sup>15</sup> Vgl. Art. 18-24 AuG.

<sup>16</sup> Vgl. bspw. Urteil des Bundesgerichts 2C\_838/2013 vom 23.9.2013 E. 2.2.3 mit Hinweisen.

<sup>17</sup> BGE 130 II 281 E. 3.2.1.

<sup>18</sup> Vgl. BGer 2C\_517/2014 vom 15.2.2015, wo das Bundesgericht einen solchen Anspruch nach einem 18-jährigen (legalen) Aufenthalt verneint hat.

<sup>19</sup> BGE 134 II 10 E. 4.3 mit Hinweisen.

### III. Sans-Papiers als Träger von wirtschaftlichen und sozialen Menschenrechten

Menschenrechte gelten universell und somit grundsätzlich unabhängig von Staatsangehörigkeit oder Aufenthaltsstatus. Zwar gelten nicht alle Rechte absolut, denn sie können durch ordnungsrechtliche Vorschriften eingeschränkt werden. Solche Einschränkungen sind jedoch nur zulässig, wenn sie ein legitimes Ziel verfolgen und verhältnismässig sind.<sup>20</sup> Der Staat hat somit auch gegenüber Sans-Papiers seine sich aus den Grund- und Menschenrechten ergebenden Verpflichtungen zu erfüllen.

Im vorliegenden Beitrag stehen die wirtschaftlichen und sozialen Rechte von Sans-Papiers im Mittelpunkt, da gerade die Achtung dieser Rechte den Staat vor besondere Herausforderungen stellt. Wichtigstes Instrument in diesem Bereich ist auf internationaler Ebene der Internationale Pakt über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte (UNO-Pakt I)<sup>21</sup>. Zwar sind Rechtsnatur, Tragweite und Justiziabilität von wirtschaftlichen und sozialen Rechten nach wie vor umstritten. Dies ändert jedoch nichts daran, dass sich die Vertragsstaaten bei Unterzeichnung des Sozialpakts dazu verpflichtet haben, «... unter Ausschöpfung aller [ihrer] Möglichkeiten Massnahmen zu treffen, um nach und nach mit allen geeigneten Mitteln, vor allem durch gesetzgeberische Massnahmen, die volle Verwirklichung der in diesem Pakt anerkannten Rechte zu erreichen»<sup>22</sup>. D.h. auch wenn den Staaten ein gewisser Ermessensspielraum bei der Umsetzung der Paktgarantien bleibt, sind sie nicht minder dazu angehalten, den Rechten aktiv und ohne Aufschub konkrete Wirksamkeit zu verleihen.

Dass irreguläre Migranten von diesen Rechten nicht ausgeschlossen werden dürfen, hat der Ausschuss für die wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Rechte (Sozialausschuss) wiederholt in seinen General Comments betont.<sup>23</sup>

Auch die parlamentarische Versammlung des Europarats hat eigens in der Resolution 1509 die Menschenrechte von irregulären Migranten in einem umfassenden Katalog festgehalten und insbesondere auf folgende grundlegende wirtschaftliche und soziale Rechte hingewiesen:

«13.1. adequate housing and shelter guaranteeing human dignity should be afforded to irregular migrants;

<sup>20</sup> Vgl. u.a. *Hendrik Cremer*, Das Recht auf Bildung für Kinder ohne Papiere, Berlin 2009, S. 8.

<sup>21</sup> SR 0.103.1.

<sup>22</sup> Art. 2 Abs. 1 UNO-Pakt I.

<sup>23</sup> Vgl. *CESCR*, General Comment Nr. 20 zum Gebot der Nicht-Diskriminierung in Bezug auf die wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Rechte, § 30; General Comment Nr. 19 zum Recht auf soziale Sicherheit, § 31 oder auch General Comment Nr. 14 zum Recht auf Gesundheit, § 34.

13.2. emergency health care should be available to irregular migrants and states should seek to provide more holistic health care, taking into account, in particular, the specific needs of vulnerable groups such as children, disabled persons, pregnant women and the elderly;

13.3. social protection through social security should not be denied to irregular migrants where it is necessary to alleviate poverty and preserve human dignity. Children are in a particularly vulnerable situation and they should be entitled to social protection, which they should enjoy on the same footing as national children;

13.4. irregular migrants who have made social security contributions should be able to benefit from these contributions or be reimbursed if expelled from the country, for example;

13.5. in relation to irregular migrants in work, they should be entitled to fair wages, reasonable working conditions, compensation for accidents, access to a court to defend their rights and also freedom to form and to join a trade union. Any employer failing to comply with these terms should be rigorously pursued by the relevant authorities of the member state;

13.6. all children have a right to education, extending to primary school and secondary school levels, in those countries where such schooling is compulsory. Education should reflect their culture and language and they should be entitled to recognition, including through certification, of the standards achieved;

13.7. all children, but also other vulnerable groups such as the elderly, single mothers and more generally single girls and women, should be given particular protection and attention.»<sup>24</sup>

Nachfolgend wird anhand einzelner Aspekte untersucht, inwiefern die Schweiz diesen Anforderungen in Bezug auf den arbeitsrechtlichen und sozialen Schutz von Sans-Papiers gerecht wird.

## IV. Arbeitsrechte

### 1. Arbeitsvertrag und Arbeitsbedingungen

Wie bereits erwähnt, haben auch Sans-Papiers Anspruch auf die namentlich in Artikel 6-8 UNO-Pakt I verankerten Arbeitsrechte (Recht auf Arbeit, Recht auf gerechte und günstige Arbeitsbedingungen, Gewerkschaftsfreiheit), die in die arbeitsrechtlichen Bestimmungen des Obligationenrechts und in die übrige Arbeitsgesetzgebung eingeflossen sind.

Allerdings können Sans-Papiers weder aus den internationalen Menschenrechtsnormen noch aus den nationalen Verfassungs- oder Gesetzesbestimmungen einen Anspruch auf Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung zwecks Erwerbstätigkeit ableiten. Insbesondere ergibt sich kein solcher Anspruch aus

<sup>24</sup> *Parlamentarische Versammlung des Europarats*, Resolution Nr. 1509 (2006).

der in Art. 27 der Bundesverfassung<sup>25</sup> verankerten Wirtschaftsfreiheit. Sans-Papiers sind nicht Träger dieses Grundrechts<sup>26</sup>, steht doch rechtsprechungsgemäss das Recht auf Wirtschaftsfreiheit neben Schweizern nur Ausländern zu, die über eine Niederlassungsbewilligung verfügen bzw. gestützt auf das Gesetz oder einen Staatsvertrag einen Anspruch auf Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung haben.<sup>27</sup>

Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung hat allerdings das Fehlen einer fremdenpolizeilichen Bewilligung keinen Einfluss auf die Gültigkeit des Arbeitsvertrages.<sup>28</sup> Das Bundesgericht hat dies damit begründet, dass die Nichtigkeit des Arbeitsvertrages wegen fehlender Aufenthaltsbewilligung im Widerspruch zum Prinzip des Schutzes der schwächeren Vertragspartei steht, würde doch eine derartige Sanktion nur dem Arbeitgeber Vorteile bringen.<sup>29</sup> In einem späteren Entscheid präzisierte das Bundesgericht seine Rechtsprechung dahingehend, dass der Arbeitgeber auch bei fehlender Aufenthaltsbewilligung verpflichtet ist, dem ausländischen Arbeitnehmer die ortsübliche Vergütung für die entsprechende Tätigkeit auszurichten.<sup>30</sup> Erwähnt sei schliesslich auch, dass der durch illegale Schwarzarbeit erzielte Lohn eines Sans-Papiers nicht gemäss Art. 70 Abs. 1 StGB<sup>31</sup> eingezogen werden kann, da es sich nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung dabei «um aus einem objektiv legalen Rechtsgeschäft» stammende Beträge handelt und «nicht um das Entgelt für ein strafbares Verhalten wie beispielsweise den Transport von Betäubungsmitteln».<sup>32</sup>

## 2. Risiko Arbeitsgericht

Statuslose Ausländer arbeiten generell in Niedriglohnbranchen und oftmals unter prekären Arbeitsbedingungen. Die meisten Sans-Papiers arbeiten zudem schwarz und sind daher vom Sozialversicherungsschutz weitgehend ausgeschlossen. Da Arbeitgeber um die prekäre Situation von Sans-Papiers wissen, besteht ein grosses Ausbeutungsrisiko.

Hauptproblem ist die Einklagbarkeit ihrer arbeitsrechtlichen Ansprüche. Theoretisch steht Sans-Papiers natürlich der Weg zum Arbeitsgericht offen. Viele

<sup>25</sup> BV (SR 101).

<sup>26</sup> Kritisch hierzu *Regina Kiener/Gabriela Medici*, Die Arbeitssituation von Sans-Papiers in der Schweiz: Grundrechtliche und menschenrechtliche Perspektive, in: ZSR 133/2014, S. 133 ff., 148.

<sup>27</sup> BGE 131 I 223 E. 1.1 mit Hinweisen.

<sup>28</sup> BGE 114 II 279 E. 2d/aa.

<sup>29</sup> Ibid.

<sup>30</sup> BGE 122 III 110 E. 4e.

<sup>31</sup> Art. 70 StGB sieht die Einziehung von Vermögenswerten vor, die durch eine Straftat erlangt worden sind oder dazu bestimmt waren, eine Straftat zu veranlassen oder zu belohnen.

<sup>32</sup> BGE 137 IV 305 E. 3.3.

sehen jedoch davon ab aus Angst davor, dass die Migrationsämter von ihrer Anwesenheit erfahren. Zu befürchten ist weniger eine Denunziation durch den Arbeitgeber, würde sich dieser dabei doch selbst dem Risiko strafrechtlicher Konsequenzen aussetzen. Vielmehr kann nicht ausgeschlossen werden, dass die Gerichte – wie nachfolgend erläutert wird – Informationen an die Migrationsämter übermitteln.

Der ausländerrechtliche Status einer Person gehört zu den schützenswerten Personendaten im Sinne der Datenschutzgesetzgebung. Der regelmässige Austausch schützenswerter Daten zwischen Behörden ist nur bei Vorliegen einer gesetzlichen Grundlage zulässig.<sup>33</sup>

Solche gesetzlichen Grundlagen sind u.a. im Bundesgesetz zur Bekämpfung der Schwarzarbeit verankert. Art. 11 BGSA enthält eine abschliessende Liste von Behörden (in Sachen Arbeitsinspektion, Arbeitsmarkt und Arbeitslosenversicherung, Beschäftigung, Polizei, Flüchtlingswesen, Ausländerpolizei, Zivilstand und Steuerwesen, Sozialversicherungen), die verpflichtet sind, das von den Kantonen eingesetzte Kontrollorgan über Feststellungen zu informieren, die sie im Rahmen ihrer Tätigkeit machen und die Anhaltspunkte für das Vorliegen von Schwarzarbeit<sup>34</sup> sind. Art. 12 BGSA führt spezielle Informationspflichten für die Steuer- und Sozialversicherungsbehörden auf. Das Arbeitsgericht wird weder in Art. 11 noch in Art. 12 BGSA genannt. Das BGSA enthält somit keine gesetzliche Grundlage, welche die Arbeitsgerichte zur Weitergabe von Informationen bezüglich Sans-Papiers an das kantonale Kontrollorgan bzw. an die Migrationsbehörden verpflichten oder einen solchen Informationsaustausch überhaupt als zulässig erscheinen lassen würde.

Anders gestaltet sich die Situation jedoch aus der Perspektive von Art. 97 AuG, dessen Wortlaut zur besseren Verständlichkeit wiedergegeben wird:

1 Die mit dem Vollzug dieses Gesetzes betrauten Behörden unterstützen sich gegenseitig in der Erfüllung ihrer Aufgaben. Sie erteilen die benötigten Auskünfte und gewähren auf Verlangen Einsicht in amtliche Akten.

2 Andere Behörden des Bundes, der Kantone und der Gemeinden sind verpflichtet, die für den Vollzug dieses Gesetzes notwendigen Daten und Informationen auf Verlangen den Behörden nach Absatz 1 bekannt zu geben.

3 Der Bundesrat bestimmt, welche Daten den Behörden nach Absatz 1 gemeldet werden müssen bei:

<sup>33</sup> Bruno Baeriswyl, Datenschutz, in: Uebersax/Rudin/Hugi Yar/Geiser (Hrsg.), Ausländerrecht, 2. Aufl., Basel 2009, S. 647.

<sup>34</sup> Gemäss der Botschaft des Bundesrates zum BGSA liegt Schwarzarbeit im Sinne des BGSA nicht nur dann vor, wenn die sozialversicherungsrechtlichen oder steuerrechtlichen Meldepflichten missachtet werden. Auch das Verrichten von Arbeiten in Verletzung von ausländerrechtlichen Vorschriften gilt als Schwarzarbeit, selbst wenn Sozialversicherungsbeiträge und Quellensteuer geleistet wurden (BBJ 2002 3605, S. 3608).

- a. der Eröffnung von Strafuntersuchungen;
- b. zivil- und strafrechtlichen Urteilen;
- c. Änderungen im Zusammenhang mit dem Zivilstand sowie bei einer Verweigerung der Eheschliessung;
- d. dem Bezug von Sozialhilfe;
- e. dem Bezug von Arbeitslosenentschädigung.

Art. 97 Abs. 3 AuG wird ergänzt durch Art. 82 Abs. 1 der Verordnung über Zulassung, Aufenthalt und Erwerbstätigkeit<sup>35</sup>. Gemäss dieser Bestimmung haben die Polizei- und Gerichtsbehörden sowie die Strafuntersuchungsbehörden der kantonalen Ausländerbehörde unaufgefordert die Anhebung und die Einstellung von Strafuntersuchungen, Verhaftungen und Entlassungen sowie zivil- und strafrechtliche Urteile, soweit Ausländerinnen und Ausländer davon betroffen sind, zu melden. Eine Meldung hat zudem zu erfolgen, wenn sich eine kontrollierte Person rechtswidrig in der Schweiz aufhält (Art. 82 Abs. 1 zweiter Satz VZAE).

Aus dem Wortlaut der Bestimmungen geht nicht explizit hervor, ob auch arbeitsrechtliche Urteile darunter fallen. Auch die Materialien geben keinen Aufschluss darüber. Geht man davon aus, dass Urteile von Arbeitsgerichten den zivilrechtlichen Urteilen zuzuordnen sind, müssten die Arbeitsgerichte – dem Wortlaut der genannten Bestimmungen folgend – theoretisch die Urteile unaufgefordert den Migrationsbehörden melden. Geht aus einem Urteil hervor, dass der betreffende Arbeitnehmer keine Aufenthaltsbewilligung besitzt, besteht das Risiko, dass ausländerrechtliche Massnahmen gegen ihn ergriffen werden.

Die wörtliche Umsetzung dieser Bestimmungen durch die Arbeitsgerichte kann jedoch mit übergeordneten Interessen in Konflikt treten. Daher ist aus Verhältnismässigkeitsgründen im Einzelfall immer eine Interessenabwägung vorzunehmen.<sup>36</sup> Hat beispielsweise ein Arbeitnehmer ohne geregelten Aufenthaltsstatus schulpflichtige Kinder, kann es sich im Interesse des Kindeswohls rechtfertigen, von einer Meldung an die Migrationsbehörden abzusehen, um den Kindern den weiteren Schulbesuch in der Schweiz zu ermöglichen. Ein solches Vorgehen ist auch im Lichte der Rechtsprechung des Bundesgerichts vertretbar, welches bei Vorliegen höherer Interessen regelmässig die Bedeutung des rechtswidrigen Aufenthalts relativiert.<sup>37</sup>

---

<sup>35</sup> SR 142.201 (VZAE).

<sup>36</sup> In diesem Sinne auch *Baeriswyl* (Anm. 33), S. 647; *Suzanne Davet*, Meldepflichten von Behörden bei illegalem Aufenthalt, in: *BJM* 2/2010, S. 57 ff., 64; *Claudia Mund*, in: Caroni/Gächter/Thurnherr (Hrsg.), Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer (AuG), Bern 2010, N 14 zu Art. 97.

<sup>37</sup> Vgl. die Rechtsprechung zum Familiennachzug im Urteil des Bundesgerichts 2C\_227/2011 vom 25.8.2011 E. 3.2 mit Verweis auf BGE 136 I 285 E. 5.3.

Aber auch wenn keine Kindesinteressen auf dem Spiel stehen, erweist sich die Meldung von illegalen Arbeitnehmern durch die Arbeitsgerichte an die Migrationsbehörden als problematisch, denn sie steht im Konflikt mit dem Grundrecht auf effektiven Rechtsschutz. Die in Art. 6 EMRK bzw. Art. 29a BV verankerte Rechtsweggarantie vermittelt den Anspruch, Rechtsschutz vor einer richterlichen Behörde zu finden.<sup>38</sup> Der Staat ist verpflichtet, nicht nur den Zugang zu den Gerichten zu ermöglichen, sondern diesen auch zu erleichtern. Er muss deshalb geeignete Massnahmen zur Beseitigung von Hindernissen ergreifen, welche die Betroffenen davon abhalten, ihre Rechte vor Gericht geltend zu machen.<sup>39</sup> Die Statuslosigkeit des Ausländers ist zwar an sich kein Hindernis für den Zugang zum Gericht, da der aufenthaltsrechtliche Status einer Person weder ihre Partei- noch ihre Prozessfähigkeit tangiert.<sup>40</sup> Dennoch versteht sich von selbst, dass kein statusloser Ausländer eine arbeitsrechtliche Klage einreicht, wenn er damit rechnen muss, dass dadurch die Migrationsbehörden von seiner Anwesenheit erfahren.

Zwar haben die Migrationsbehörden gemäss Art. 14 BGSA die Pflicht, im Rahmen von Weg- und Ausweisungsverfahren Sans-Papiers darauf hinzuweisen, dass sie zur Durchsetzung ihrer Ansprüche gegenüber dem Arbeitgeber eine Vertretung (z.B. Gewerkschaft) bezeichnen können. Dies ändert jedoch nichts daran, dass es für die Betroffenen mit unüberwindlichen Schwierigkeiten verbunden sein kann, aus dem Ausland die ihnen geschuldeten Beträge einzutreiben.

Durch den in Art. 97 AuG i.V.m. Art. 82 VZAE statuierten Informationsaustausch zwischen Gerichten und Migrationsbehörden wird *de facto* das Grundrecht von Sans-Papiers auf effektiven Rechtsschutz ausgehöhlt. Im gleichen Zuge wird auch das Recht auf gerechte und günstige Arbeitsbedingungen nach Art. 7 UNO-Pakt I untergraben, welches nur dann Sinn macht, wenn Sans-Papiers diese Bedingungen auch gerichtlich einfordern können. Dessen ungeachtet steht die Datenweitergabe auch öffentlichen Interessen entgegen, trägt doch die Möglichkeit für Sans-Papiers, ihre Rechte gegenüber skrupellosen Arbeitgebern ungehindert einzuklagen, dazu bei, Lohn- und Sozialdumping zu verhindern. Schliesslich steht ein mangelhafter Rechtsschutz von Arbeitnehmern auch im Widerspruch zur bundesgerichtlichen Rechtsprechung, wonach die schwächere Partei im Arbeitsvertrag – auch wenn sie keine Aufenthaltsberechtigung hat – zu schützen ist.<sup>41</sup>

Im zuvor erwähnten BGE 137 IV 305 hat das Bundesgericht zudem ausdrücklich betont, dass Zivilrecht und öffentliches Recht auch ausländische Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer ohne Arbeitsbewilligung in ihren arbeits-

<sup>38</sup> Walter Kälin/Regina Kiener, Grundrechte, 2. Aufl., Bern 2013, S. 516.

<sup>39</sup> Vgl. Andreas Auer/Giorgio Malinverni/Michel Hottelier, Droit constitutionnel suisse, Volume II, Les droits fondamentaux, 3. Aufl., Bern 2013, N 1223.

<sup>40</sup> Vgl. Annegret Will, Ausländer ohne Aufenthaltsrecht, Baden-Baden 2008, N 970.

<sup>41</sup> BGE 122 III 110.

rechtlichen Ansprüchen schützen.<sup>42</sup> Der effektive Schutz ihrer Arbeitsrechte kann aber nur dann gewährleistet werden, wenn sichergestellt ist, dass bei Einforderung dieses Schutzes keine Informationen an die Migrationsbehörden gelangen. Eine entsprechende Anpassung von Art. 97 AuG bzw. 82 VZAE wäre daher wünschenswert. Für eine strikte Informationsabschottung in diesem Bereich spricht sich im Übrigen auch der UN-Sonderberichterstatter für die Rechte von Migranten, François Crépeau, aus:

„A migrant who is either irregular and fears detection and deportation, or who has a precarious legal status and fears losing his/her job and subsequently becoming irregular, will be very reluctant to report workplace violations to labour inspectors, unless there is a “firewall” in place which prevents labour inspectors from communicating information about potentially irregular migrants to immigration enforcement. This “firewall” should apply not only to labour inspectors, but also to other public servants migrants may be in touch with, such as the police, social workers, school personnel and health care professionals, as well as courts, tribunals and national human rights institutions. Migrants should be able to report abuse without fear of repercussions regarding their migration status.“<sup>43</sup>

In der kantonalen Praxis wird der Informationsaustausch unterschiedlich gehandhabt. Sans-Papiers-Anlaufstellen in Waadt und Genf berichten, dass dort generell keine Informationen von den Arbeitsgerichten an die Ausländerbehörden übermittelt werden. Auch wird der aufenthaltsrechtliche Status bei arbeitsgerichtlichen Prozessen nicht immer offengelegt. Im Kanton Zürich hingegen wird die Gefahr, dass bei arbeitsrechtlichen Prozessen die Migrationsbehörden von der aufenthaltsrechtlichen Illegalität erfahren, zumindest von den Betroffenen als gross eingeschätzt, da dort offenbar kaum Sans-Papiers den Weg an die Arbeitsgerichte wagen.<sup>44</sup>

### 3. Exkurs: Papierlose Jugendliche und die Arbeitswelt

Seit dem 1. Februar 2013 können jugendliche Sans-Papiers eine befristete Aufenthaltsbewilligung zur Absolvierung einer Berufslehre erhalten. Gemäss Art. 30a VZAE kann eine solche Bewilligung erteilt werden, wenn die betreffende Person mindestens fünf Jahre ihrer Schulzeit in der Schweiz absolviert hat, das Gesuch innerhalb von 12 Monaten nach Schulabschluss eingereicht wird, ein Gesuch eines Arbeitgebers vorliegt, die orts-, berufs- und branchenüblichen Lohn- und Arbeitsbedingungen eingehalten werden, die gesuchstel-

<sup>42</sup> BGE 137 IV 305 E. 3.5.

<sup>43</sup> *Human Rights Council*, Report of the Special Rapporteur on the human rights of migrants, François Crépeau, 3.4.2014, UN-Doc. A/HRC/26/35, § 62.

<sup>44</sup> *Knoll/Schilliger/Schwager* (Anm. 6), S. 93; vgl. auch *Christin Achermann/Denise Efionayi-Mäder*, *Leben ohne Bewilligung in der Schweiz: Auswirkungen auf den sozialen Schutz*, Bern 2003, S. 54.



lende Person gut integriert ist, die Rechtsordnung respektiert und ihre Identität offenlegt.

Damit hat der Verordnungsgeber zwar endlich auf politische Forderungen reagiert. Die erwünschte Wirkung, pro Jahr ca. 200-400 gut integrierten, aber papierlosen Jugendlichen eine berufliche Zukunftsperspektive zu eröffnen, blieb jedoch bis anhin aus. Innerhalb des ersten Jahres wurden lediglich zwei Gesuche eingereicht.<sup>45</sup> Diese Zurückhaltung erstaunt nicht wirklich. Da kein Rechtsanspruch auf die Bewilligung besteht, ist ein Gesuch angesichts der strengen Voraussetzungen mit Risiken verbunden, zumal es nicht anonym eingereicht werden kann. Sobald der Gesuchsteller seine Identität offengelegt hat, ist den Migrationsbehörden nicht nur sein ausländerrechtlicher Status bekannt, sondern auch der seiner Familie, denen unter Umständen dann die Ausweisung droht. Zwar kann aufgrund von Art. 30a Abs. 3 VZAE auch den rechtswidrig anwesenden Eltern und Geschwistern des Gesuchstellers eine Aufenthaltsbewilligung erteilt werden, aber nur wenn sie die (strengen) Härtefallkriterien von Art. 31 VZAE erfüllen, was erfahrungsgemäss selten der Fall ist. Die EKM fordert deshalb zu Recht, dass langfristig neue Lösungen für jugendliche Sans-Papiers gefunden werden.<sup>46</sup>

## V. Soziale Rechte

Statuslose Ausländer verlassen sich im alltäglichen Leben vor allem auf ihre Arbeitsfähigkeit. Fragen rund um ihre soziale Absicherung im Alter oder im Krankheitsfall schenken sie in ihrer prekären Situation generell kaum Aufmerksamkeit. Sozialer Schutz ist aber gerade für sie von grosser Bedeutung, da sie oftmals körperlich anstrengende Arbeiten verrichten und auch aufgrund ihrer prekären Lebensverhältnisse erhöhten Gesundheitsrisiken ausgesetzt sind. Im Folgenden wird zunächst ihre Rechtsstellung am Beispiel einiger Sozialversicherungen präsentiert, bevor auf Aspekte der medizinischen Versorgung und der Sozialhilfe eingegangen wird.

### 1. Sozialversicherungsrecht

#### a) *Unterstellung unter das Sozialversicherungsbobligatorium*

Eine Person ist grundsätzlich den Schweizer Sozialversicherungen unterstellt, wenn sie in der Schweiz ihren Wohnsitz hat oder hier erwerbstätig ist. Die

<sup>45</sup> Eidgenössische Kommission für Migrationsfragen EKM, Berufslehre für jugendliche Sans-Papiers, <https://www.ekm.admin.ch/ekm/de/home/zuwanderung---aufenthalt/san-spapiers/aktuell.html> (zuletzt besucht am 14.7.2015).

<sup>46</sup> Ibid.

Rechtmässigkeit ihres Aufenthaltsstatus spielt dabei keine Rolle.<sup>47</sup> Hinsichtlich des Wohnsitzes findet bei papierlosen Ausländern, die nie eine Aufenthaltsbewilligung besaßen, in der Regel Art. 24 Abs. 2 ZGB Anwendung.<sup>48</sup> Danach gilt der Aufenthaltsort als Wohnsitz, sofern ein früher begründeter Wohnsitz nicht nachweisbar oder ein im Ausland begründeter Wohnsitz aufgegeben und in der Schweiz kein neuer begründet worden ist. Ausländische Arbeitnehmer ohne Aufenthaltsbewilligung unterstehen somit gleichermassen dem AHV- und IV-Versicherungsobligatorium wie alle anderen Arbeitnehmer.<sup>49</sup> Dasselbe gilt beispielsweise auch für die Unfallversicherung und die Arbeitslosenversicherung.

### b) *Bezug von Versicherungsleistungen*

Die Situation ist problematischer, was den Bezug von Versicherungsleistungen angeht. Theoretisch hat der ausländerrechtliche Status keinen Einfluss auf den Leistungsanspruch, d.h. auch Sans-Papiers haben Anspruch auf eine AHV-Rente bzw. IV-Leistungen, sobald sie die gesetzlichen Anspruchsvoraussetzungen erfüllen.

In der Praxis gestaltet sich jedoch der Zugriff auf Versicherungsleistungen schwierig. In seiner Antwort auf die Interpellation Lustenberger hat der Bundesrat darauf hingewiesen, dass für Sans-Papiers grundsätzlich ein Leistungsbezug nicht in Frage komme, solange ihr Aufenthaltsstatus nicht geregelt sei:

«Bei der Anmeldung zum Bezug von Sozialversicherungsleistungen ist der Versicherungsausweis AHV/IV nicht ausreichend. Hierfür ist bei der zuständigen Ausgleichskasse neben dem Versicherungsausweis zusätzlich immer eine Kopie einer amtlichen Ausweisschrift (Familienbüchlein bzw. Familienausweis, Heimatschein, Niederlassungs- und Aufenthaltsbewilligung, Schriftenempfangsschein, Reisepass, Ausländerausweis) vorzulegen, aus dem die Personalien der leistung ersuchenden Person ersichtlich sind. Zu den Personalien gehören neben Name, Vorname, Geburtsdatum, Zivilstand und Staatsangehörigkeit insbesondere auch der aktuelle Wohnort und die genaue Adresse einer Person im Zeitpunkt der Anmeldung. Um Wohnort und Adresse ausweisen zu können, muss eine Ausländerin oder ein Ausländer eine gültige Niederlassungs- oder Aufenthaltsbewilligung bzw. einen gültigen Ausländerausweis vorlegen, worüber ein Sans-Papiers per definitionem nicht verfügt.»<sup>50</sup>

Dies bedeutet, dass im Versicherungsfall der statuslose Ausländer versuchen muss, seine Situation zu legalisieren. Gelingt ihm dies nicht, wird er in der

<sup>47</sup> BGE 125 V 76 E. 2a.

<sup>48</sup> Vgl. Peter Niederöst, Sans-Papiers in der Schweiz, in: Uebersax/Rudin/Hugi Yar/Geiser (Hrsg.), Ausländerrecht, 2. Aufl., Basel 2009, S. 397.

<sup>49</sup> BGE 118 V 79 E. 2b.

<sup>50</sup> Antwort des Bundesrates vom 8.9.2010 auf die Interpellation Lustenberger (10.3615), [http://www.parlament.ch/d/suche/seiten/geschaeft.aspx?gesch\\_id=20103615](http://www.parlament.ch/d/suche/seiten/geschaeft.aspx?gesch_id=20103615) (zuletzt besucht am 14.7.2015).

Regel die Schweiz verlassen müssen. AHV- und IV-Renten werden nur dann ins Ausland überwiesen, wenn die Schweiz mit dem betreffenden Staat ein Sozialversicherungsabkommen abgeschlossen hat.<sup>51</sup> Andernfalls ist kein Export von AHV- oder IV-Leistungen möglich. Für solche Fälle sieht Art. 18 Abs. 3 des Bundesgesetzes über die Alters- und Hinterlassenenversicherung<sup>52</sup> die Rückerstattung von AHV-Beiträgen vor<sup>53</sup>, sofern mindestens ein Jahr lang Beiträge eingezahlt wurden. Das Bundesgesetz über die Invalidenversicherung<sup>54</sup> enthält keine entsprechende Bestimmung, was bedeutet, dass IV-Beitragszahlungen nicht zurückerstattet werden, wenn Sans-Papiers das Land verlassen müssen.<sup>55</sup>

In Bezug auf die Unfallversicherung können Leistungen bezogen werden, wenn die betreffende Person bei Eintreten des Versicherungsfalles in der Schweiz in einem Arbeitsverhältnis war, wobei auch hier der aufenthaltsrechtliche Status keine Rolle spielt. Hat der Arbeitgeber keine Versicherung für seine Arbeitnehmer abgeschlossen, übernimmt eine Ersatzkasse die Kosten (Art. 59 Abs. 3 UVG).

Hinsichtlich Arbeitslosenversicherung besteht für Sans-Papiers kein Anspruch auf Leistungen, auch wenn sie dem Versicherungsobligatorium unterstellt sind. Gemäss Art. 8 Abs. 1 lit. f des Bundesgesetzes über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzenschädigung<sup>56</sup> setzt der Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung die Vermittlungsfähigkeit des Versicherten voraus. Da Sans-Papiers keine Aufenthalts- bzw. Arbeitsbewilligung besitzen und somit nicht vermittlungsfähig sind, kann ihnen keine Arbeitslosenentschädigung gewährt werden. Beim Verlassen des Landes besteht kein Anspruch auf Rückvergütung der geleisteten Beiträge.

Sowohl bei der Arbeitslosen- als auch bei der Invalidenversicherung besteht somit ein Widerspruch zwischen Beitragspflicht und Leistungsanspruch, da bei illegalem Aufenthalt weder Leistungen in Anspruch genommen werden können noch bei Aufenthaltsbeendigung die Rückvergütung der Beitragszahlungen erfolgt. Dies steht in Kontradiktion zur vom Sozialausschuss im General Comment Nr. 19 in Zusammenhang mit Art. 9 UNO-Pakt I an die Vertragsstaaten gestellte Forderung, Arbeitsmigranten entweder Sozialversiche-

<sup>51</sup> Zur Liste der Sozialversicherungsabkommen siehe <http://www.bsv.admin.ch/themen/internationales/02094/index.html?lang=de> (zuletzt besucht am 14.7.2015).

<sup>52</sup> AHVG (SR 831.10).

<sup>53</sup> Vgl. auch die Verordnung über die Rückvergütung der von Ausländern an die Alters- und Hinterlassenenversicherung bezahlten Beiträge (RV-AHV; SR 831.131.12).

<sup>54</sup> IVG (SR 831.20).

<sup>55</sup> Vgl. auch *Bundesamt für Sozialversicherung*, Weisungen über die Rückvergütung der von Ausländern an die AHV bezahlten Beiträge vom 1.1.2003, N 14.

<sup>56</sup> AVIG (SR 837.0).

rungsleistungen zu gewähren oder ihnen die Beitragszahlungen zurückzuerstatten, wenn sie das Land verlassen müssen.<sup>57</sup>

Ferner stellt sich auch in Zusammenhang mit dem Sozialversicherungsrecht die Frage des Informationsaustausches zwischen Behörden. Generell ist davon auszugehen, dass seit Inkrafttreten des Bundesgesetzes zur Bekämpfung der Schwarzarbeit ein Rückgang der bei den Sozialversicherungen angemeldeten Sans-Papiers zu verzeichnen ist, weil sowohl statuslose Arbeitnehmer als auch ihre Arbeitgeber die Weitergabe von Informationen an die Migrationsämter befürchten.<sup>58</sup> Zwar sind Sozialversicherungsbehörden grundsätzlich gesetzlichen Schweigepflichten unterworfen. Diese werden aber durch die spezialgesetzlichen Vorschriften des Bundesgesetzes zur Bekämpfung der Schwarzarbeit durchbrochen. Art. 12 Abs. 2 BGSA sieht vor, dass die für den Vollzug der Sozialversicherungsgesetzgebung zuständigen Behörden der Kantone und des Bundes die Ergebnisse ihrer Kontrollen den Asyl- und Ausländerbehörden bekannt geben, wenn kumulativ zwei Voraussetzungen erfüllt sind: die betroffene Person hat einerseits aus unselbständiger oder selbständiger Erwerbstätigkeit ein Einkommen erzielt, für welches die Sozialversicherungsbeiträge nicht entrichtet wurden, und andererseits ergibt sich nicht so gleich, dass der Aufenthalt der betroffenen Person mit den geltenden Bestimmungen übereinstimmt. D.h. wenn sich herausstellt, dass für eine bestimmte Person Sozialversicherungsbeiträge nicht geleistet wurden und gleichzeitig Zweifel am ordnungsgemässen Aufenthalt dieser Person bestehen, wird der Fall der Migrationsbehörde gemeldet.

Damit dürfte – *e contrario* – grundsätzlich keine Meldung durch die Sozialversicherungsbehörden erfolgen, wenn für einen statuslosen Ausländer Sozialversicherungsbeiträge entrichtet wurden. Ziel dieser Regelung ist laut Bundesrat, «die Schwarzarbeit zu bekämpfen, ohne jedoch die « Sans-Papiers » am Zugang zu den Sozialversicherungen zu hindern»<sup>59</sup>. Ob dieses Ziel mit Hilfe der genannten Vorschrift erreicht wird, ist jedoch fraglich. Auch wenn gestützt auf Art. 12 Abs. 2 BGSA die Sozialversicherungsbehörden nicht verpflichtet sind, den Migrationsbehörden die Sans-Papiers zu melden, für welche Sozialversicherungsbeiträge entrichtet werden, sind sie doch gestützt auf die allgemeine Pflicht zur Zusammenarbeit in Art. 11 Abs. 2 BGSA grundsätzlich dazu verpflichtet, dem Kontrollorgan Meldung über Anhaltspunkte für das Vorliegen von Schwarzarbeit zu erstatten. Da unter Schwarz-

<sup>57</sup> CESCR, General Comment Nr. 19 zum Recht auf soziale Sicherheit, § 36; vgl. auch Punkt 13.4 der oben unter III. zitierten Forderungen der parlamentarischen Versammlung des Europarates.

<sup>58</sup> Efionayi-Mäder/Schönenberger/Steiner (Anm. 2), S. 71.

<sup>59</sup> Austausch personenbezogener Daten zwischen Behörden des Bundes und der Kantone, Bericht des Bundesrates in Erfüllung des Postulates Lustenberger 07.3682 vom 5.10.2007 «Erleichterter Datenaustausch zwischen Bundes- und Kantonsbehörden» vom 22.12.2010, BBl 2011 645, 692.

arbeit im Sinne des BGSA auch die Erwerbstätigkeit ohne ausländerrechtliche Bewilligung fällt, haben die Sozialversicherungsbehörden gestützt auf Art. 11 Abs. 2 BGSA dem Kontrollorgan theoretisch Meldung zu erstatten, wenn sie vom illegalen Aufenthalt einer Person Kenntnis erlangen (unabhängig davon, ob für die betroffene Person Sozialversicherungsbeiträge entrichtet wurden oder nicht). Mit anderen Worten: Auch wenn die Sozialversicherungsbehörden statuslose Ausländer zwar nicht direkt dem Migrationsamt melden, ist nicht auszuschliessen, dass sie beim kantonalen *Kontrollorgan* Meldung erstatten, welches dann seinerseits gestützt auf Art. 9 Abs. 3 BGSA die Information an die Migrationsbehörde weiterleitet. Ist dies der Fall, wird die in Art. 12 Abs. 2 BGSA vorgesehene Einschränkung untergraben. Hier besteht gesetzgeberischer Klärungsbedarf in Bezug auf den Informationsaustausch.<sup>60</sup> Ansonsten ist zu befürchten, dass – entgegen dem gesetzgeberischen Ziel – noch weniger statuslose Arbeitnehmer als bisher bei den Sozialversicherungen gemeldet werden.

## 2. Medizinische Versorgung

Für statuslose Ausländer ist Krankheit mit besonderen Härten verbunden, denn oftmals sind Verdienstaussfälle die Folge. Aus Kosten- und Vertraulichkeitsgründen scheuen sie zudem Arztbesuche, was nicht selten dazu führt, dass Krankheiten erst dann behandelt werden, wenn sie schon weit fortgeschritten sind. Generell nehmen Sans-Papiers ärztliche Hilfe überhaupt nur im Notfall in Anspruch.

### a) *Krankenversicherungspflicht*

Da das Krankenkassenobligatorium des Bundesgesetzes über die Krankenversicherung<sup>61</sup> an den zivilrechtlichen Wohnsitz anknüpft (Art. 3 Abs. 1 KVG) und somit unabhängig vom aufenthaltsrechtlichen Status greift, sind auch Sans-Papiers krankenversicherungspflichtig. Ebenso haben sie Anspruch auf Prämienverbilligung (Art. 65 KVG). Schätzungen zufolge haben jedoch ca. 80 bis 90 Prozent der Sans-Papiers keine Krankenversicherung; viele lassen sich erst, wenn überhaupt, rückwirkend nach einem Unfall oder im Krankheitsfall versichern.<sup>62</sup>

Zudem ist es schwierig, sich versichern zu lassen. Trotz einer im Jahr 2002 vom Bundesamt für Sozialversicherung an die Versicherer gerichtete Weisung weigern sich nach wie vor verschiedene Krankenkassen, Sans-Papiers

<sup>60</sup> Die am 1.4.2015 vom Bundesrat in die Vernehmlassung geschickte Revision des BGSA sieht diesbezüglich keine Änderung vor.

<sup>61</sup> KVG (SR 832.10).

<sup>62</sup> *Nationale Plattform Gesundheitsversorgung für Sans-Papiers*, Patientinnen und Patienten ohne Aufenthaltsrecht und ohne Krankenversicherung, Bern 2012, S. 4.

aufzunehmen. Oft verlangen die Versicherer, dass ihnen eine gültige Aufenthaltsbewilligung oder Wohnsitzbestätigung vorgelegt wird, die statuslose Ausländer naturgemäss nicht beschaffen können.

Das in Art. 12 UNO-Pakt I verankerte Recht auf Gesundheit verpflichtet den Staat zur Ergreifung von Massnahmen, welche den diskriminierungsfreien Zugang zu medizinischer Grundversorgung faktisch ermöglichen.<sup>63</sup> Zum einen lässt sich daraus die Verpflichtung der staatlichen Aufsichtsbehörden ableiten, Massnahmen zur Durchsetzung eines bestehenden Versicherungsbolligatoriums zu treffen, beispielsweise indem die Versicherer konsequent sanktioniert werden, wenn sie ihren gesetzlichen Aufnahmepflichten nicht nachkommen. In diesem Zusammenhang wäre auch zu wünschen, dass Sans-Papiers anonym solche Verhaltensweisen – beispielsweise bei einer eigens dafür eingerichteten Ombudsstelle – denunzieren können. Zum anderen sind zur Umsetzung der Paktgarantie auch alternative Lösungen gefordert, die gerade Menschen in prekären Lebenslagen und ohne Krankenversicherungsschutz dennoch den Zugang zu medizinischer Versorgung gewährleisten. Solche Angebote existieren heute zumindest in einigen Kantonen, beispielsweise am Universitätsspital Genf, wo mit der Consultation ambulatoire mobile de soins communautaires (CAMSCO) eine spezielle Einrichtung geschaffen wurde, die Personen in prekären Verhältnissen medizinisch versorgt. Behandlungen durch Allgemeinmediziner sind dort kostenlos. Bei Operationen oder Konsultationen durch Spezialisten müssen sich die betroffenen Personen ihrer finanziellen Verhältnisse entsprechend an den Kosten beteiligen.<sup>64</sup>

#### b) *Anspruch auf Hilfe im medizinischen Notfall*

Gestützt auf das in Art. 12 BV verankerte Recht auf Existenzsicherung hat jeder, der in Not gerät und nicht in der Lage ist, für sich zu sorgen, Anspruch auf die Mittel, die für ein menschenwürdiges Dasein unerlässlich sind. Hierzu gehört auch die medizinische Grundversorgung.<sup>65</sup> Im Notfall müssen deshalb die Behandlungskosten vom Gemeinwesen übernommen werden.

Ärzte und Krankenhauspersonal unterstehen der ärztlichen Schweigepflicht, deren Verletzung strafrechtliche Konsequenzen nach sich ziehen kann (Art. 321 StGB). Grundsätzlich dürfen daher weder Ärzte noch Spitäler irgendwelche Daten an die Migrationsbehörden weiterleiten.

Heikel ist die Situation jedoch, wenn Sans-Papiers Opfer eines Unfalls oder eines Verbrechens werden und in Zusammenhang mit einer medizinischen Behandlung die Polizeibehörden eingeschaltet werden. Im Rahmen der poli-

<sup>63</sup> Vgl. CESC, General Comment Nr. 14, §§ 8, 9 und 12.

<sup>64</sup> Hôpitaux universitaires Genève, <http://www.hug-ge.ch/medecine-premier-recours/camscosco#pop> (zuletzt besucht am 14.7.2015); vgl. auch Christin Achermann/Milena Chimienti, Migration, Prekarität und Gesundheit, Neuchâtel 2006, S. 34.

<sup>65</sup> BGE 139 I 272 E. 3.2.