

Bern, Dezember 2020

Gesamthafte Prüfung der Problematik der Sans-Papiers

Bericht des Bundesrats in Erfüllung des
Postulats der Staatspolitischen Kommission
des Nationalrats vom 12. April 2018
(18.3381)

Inhaltsverzeichnis

1	Hintergrund	9
2	Methodik	9
3	Sans-Papiers in der Schweiz	10
3.1	Begriffsbestimmung	10
3.2	Profil der Sans-Papiers in der Schweiz	12
3.2.1	Schätzungen zur Zahl der Sans-Papiers in der Schweiz	12
3.2.2	Migrationsbiografie.....	13
3.2.3	Herkunft der Sans-Papiers	13
3.2.4	Alter der Sans-Papiers	14
3.2.5	Ausbildung	14
3.3	Mögliche Ursachen von Schwarzarbeit	15
3.4	Sicherstellung des Wegweisungsvollzugs	17
3.5	Politische Vorstösse auf Bundesebene	18
3.5.1	Aufenthaltsregelung und Operation Papyrus.....	18
3.5.2	Zugang von Sans-Papiers zu Schulbildung und Berufslehre	20
3.5.3	Zugang zu den Sozialversicherungen	20
3.5.4	Datenaustausch zwischen den Behörden	21
3.5.5	Scheinehen	21
3.6	Situation der Sans-Papiers während der Coronapandemie	21
4	Regelung von Härtefällen	24
4.1	Gesetzesbestimmungen und Kriterien für die Prüfung des Gesuchs	24
4.2	Zugang der Sans-Papiers zur beruflichen Grundbildung	26
4.3	Statistiken zum Zustimmungsverfahren des SEM	26
4.4	Praxis der Kantone	30
5	Operation Papyrus	33
5.1	Beschreibung der Operation Papyrus	33
5.2	Kriterien für die Aufenthaltsregelung gemäss der Operation Papyrus	34
5.3	Massnahmen bei den besonders betroffenen Branchen	34
5.4	Eingliederungs- und Integrationsmassnahmen.....	35
5.5	Evaluation der Operation Papyrus.....	35
5.5.1	Statistiken	35
5.5.2	Zusammenfassung des Evaluationsberichts	36
6	Städteinitiativen	40
6.1	«Sanctuary Cities»	40
6.2	Begriffsbestimmungen	40
6.3	City-Card.....	41
6.3.1	Ursprung	41
6.3.2	Konzept.....	41
6.3.3	In der Schweiz	41
7	Zugang von Sans-Papiers zu den Sozialversicherungen	43
7.1	Krankenversicherung	43
7.1.1	Unterstellung.....	43
7.1.2	Anspruch auf Leistungen	44
7.2	Unfallversicherung	44
7.2.1	Unterstellung.....	44

7.2.2	Anspruch auf Leistungen	45
7.3	Alters- und Hinterlassenversicherung, Invalidenversicherung und Erwerbsersatz-ordnung	45
7.3.1	Versicherungs- und Beitragspflicht	45
7.3.2	Leistungsansprüche	47
7.3.3	Leistungsansprüche aus der AHV und IV bei Ausreise aus der Schweiz.....	51
7.4	Ergänzungsleistungen (EL)	51
7.5	Berufliche Vorsorge.....	51
7.6	Familienzulagen	52
7.7	Arbeitslosenversicherung	53
7.7.1	Arbeitslosenentschädigung	53
7.7.2	Arbeitsmarktliche Massnahmen	53
7.7.3	Kurzarbeitsentschädigung	53
7.7.4	Schlechtwetterentschädigung	54
7.7.5	Insolvenzentschädigung.....	54
7.8	Öffentliche Arbeitsvermittlung	54
7.8.1	Beratung und Vermittlung von Stellensuchenden	54
7.8.2	Stellenmeldepflicht	54
8	Folgen einer Aufhebung des Anspruchs auf Sozialversicherungsschutz	55
8.1	Vereinbarkeit mit internationalen Verpflichtungen der Schweiz	55
8.1.1	UNO-Pakt I und andere Konventionen der UNO und ihrer Organisationen.....	55
8.1.2	Europäische Menschenrechtskonvention	56
8.1.3	Fazit.....	57
8.2	Vereinbarkeit mit der Bundesverfassung.....	57
8.2.1	Analyse der Rechtsgrundlagen, die durch einen Ausschluss verletzt werden könnten	57
8.2.2	Fazit.....	60
8.3	Alters- und Hinterlassenversicherung (AHV), Invalidenversicherung (IV), Erwerbsersatzordnung (EO) und Familienzulagen	60
8.3.1	Auswirkungen auf den Bund	60
8.3.2	Auswirkungen auf die Kantone und Gemeinden.....	60
8.4	Krankenversicherung	61
8.4.1	Auswirkungen auf den Bund	61
8.4.2	Auswirkungen auf die Kantone und Gemeinden.....	62
8.5	Unfallversicherung	63
8.6	Allgemeines Fazit.....	63
9	Zugang zu Schulbildung und anderen öffentlichen Leistungen	63
9.1	Zugang zu obligatorischer und nachobligatorischer Schulbildung	63
9.2	Zugang zur Justiz und anderen staatlichen Leistungen.....	65
10	Datenaustausch zwischen den betroffenen Behörden	70
10.1	Zusammenarbeit und Datenbekanntgabe nach dem AIG	70
10.2	Zusammenarbeit und Datenbekanntgabe nach dem Bundesgesetz gegen die Schwarzarbeit (BGSA).....	72
10.3	Zusammenarbeit und Datenbekanntgabe nach den Sozialversicherungsgesetzen.....	73
11	Anwendung der Strafbestimmungen auf Sans-Papiers	74

11.1	Massgebende Strafbestimmungen.....	74
11.2	Vollzug der Strafbestimmungen	75
11.3	Statistik	76
12	Die Situation von Sans-Papiers in ausgewählten europäischen Staaten	79
12.1	Schätzungen zur Anzahl der Sans-Papiers	79
12.2	Legalisierung des Aufenthalts von Sans-Papiers	80
12.3	Möglichkeiten zur Regelung des Aufenthalts von Sans-Papiers	80
12.4	Rechtliche Stellung der Sans-Papiers	81
12.4.1	Zugang zur medizinischen Versorgung	81
12.4.2	Zugang zu Leistungen der Sozialversicherungen	81
12.4.3	Zugang zur Schulbildung	82
12.4.4	Staatliche Unterstützung zur Deckung des Grundbedarfs	82
12.4.5	Zugang zum Rechtssystem.....	82
13	Mögliche Lösungen für Sans-Papiers	83
13.1	Im Bereich der Sozialversicherungen	83
13.1.1	Ausschluss von der Krankenversicherungspflicht.....	83
13.1.2	Eingeschränkter Leistungskatalog der Krankenversicherung für Sans-Papiers	84
13.1.3	Ausschluss von der Unfallversicherungspflicht und Leistungen der Unfallversicherung	85
13.1.4	Ausschluss vom Versicherungsobligatorium bei AHV/IV/EO/Familienzulagen	87
13.1.5	Verzicht auf Einreichung von Dokumenten für den Leistungsbezug von AHV/IV/EO/Familienzulagen	88
13.2	Im Bereich der Aufenthaltsregelung	89
13.2.1	Einleitung	89
13.2.2	Kollektive Regularisierung.....	91
13.2.3	Teilregularisierung	92
13.2.4	Präzisierung der Verordnung (Art. 31 VZAE) oder der Weisungen des SEM.....	94
13.2.5	Änderung der Voraussetzungen für die Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung im Hinblick auf eine berufliche Grundausbildung (Art. 30a VZAE).....	98
13.3	Datenaustausch	100
13.3.1	Änderung der Rechtsvorschriften zum Datenaustausch im AIG, im BGSA und in den Sozialversicherungsgesetzen	100
13.3.2	Datenaustausch zwischen Schulbehörden und Migrationsbehörden.....	102
13.4	Verschärfung der strafrechtlichen Sanktionen des AIG	104
14	Fazit	106
15	Anhänge	110

Zusammenfassung

Mit der Annahme des Postulats der Staatspolitischen Kommission des Nationalrats (SPK-N) vom 12. April 2018 (18.3381) hat das Parlament den Bundesrat beauftragt, die Situation der Sans-Papiers in der Schweiz umfassend zu prüfen. Ein Schwerpunkt dieser Analyse liegt in der Darstellung der Rechtsansprüche von Sans-Papiers im Bereich der Sozialversicherungen. Zudem werden die Folgen eines möglichen Entzugs dieser Rechtsansprüche aufgezeigt.

Der vorliegende Bericht enthält zwei Teile: Der erste Teil beschreibt die Lage der Sans-Papiers in der Schweiz sowie die massgebenden rechtlichen Regelungen im Bereich der Sozialversicherungen, im Ausländer- und Integrationsgesetz (AIG) sowie im Bundesgesetz gegen die Schwarzarbeit (BGSA). Er erläutert darüber hinaus den Zugang von Sans-Papiers und ihren Familienangehörigen zu weiteren staatlichen Leistungen wie zur Schulbildung oder zur Justiz (Ziff. 3–11). Weiter wird die Situation von Sans-Papiers in ausgewählten europäischen Ländern aufgezeigt (Ziff. 12). Im zweiten Teil des Berichts werden mögliche Lösungsansätze dargestellt (Ziff. 13).

Personen mit einem rechtswidrigen Aufenthalt werden allgemein als «Sans-Papiers» bezeichnet. Es handelt sich dabei um Ausländerinnen und Ausländer mit oder ohne Erwerbstätigkeit, die nie eine ausländerrechtliche Bewilligung besessen haben oder keine mehr besitzen oder die aus anderen Gründen nicht mehr zur Anwesenheit in der Schweiz berechtigt sind. Dazu gehören auch abgewiesene Asylsuchende mit einem rechtskräftigen Wegweisungsentscheid, deren Ausreisefrist abgelaufen ist. Nach den neuesten Schätzungen leben zwischen 50 000 und 99 000 Sans-Papiers in der Schweiz, die wahrscheinlichste Schätzung liegt bei 76 000¹ (Ziff. 3.2).

Wie bei Schweizerinnen und Schweizern und rechtmässig anwesenden Ausländerinnen und Ausländern hat sich die Gesundheitskrise im Zusammenhang mit dem Coronavirus auch stark auf die Situation der Sans-Papiers ausgewirkt. Dies gilt insbesondere in Bezug auf die Beschäftigung und die Gesundheit. Der Bericht befasst sich mit dieser Thematik (Ziff. 3.6), die auch in den Medien aufgegriffen wurde. Auf politischer Ebene und von Unterstützungsgruppen wurden Forderungen laut, die Wegweisung dieser Personen auszusetzen und ihnen Entschädigungen bei Kurzarbeit oder Erwerbsausfall sowie den Zugang zur Gesundheitsversorgung oder zur Sozialhilfe zu gewähren (Ziff. 3.5 und 3.6). Dies zusätzlich zu der in der Bundesverfassung vorgesehenen Nothilfe, auf die auch Sans-Papiers Anspruch haben und die Kleidung, eine Unterkunft, Nahrung und die medizinische Notfallversorgung umfasst (Art. 12 BV).

A. Sozialversicherungspflicht und Anspruch auf Sozialversicherungsleistungen

Wie der Bericht zeigt, sind Sans-Papiers verpflichtet und berechtigt, sich verschiedenen Sozialversicherungen anzuschliessen und entsprechende Leistungen zu beziehen. Die Bundesgesetze über die Krankenversicherung (KVG), die Unfallversicherung (UVG), die Alters- und Hinterlassenenversicherung (AHVG), die Invalidenversicherung (IVG), den Erwerbssersatz (EOG) und die Familienzulagen (FamZG) berücksichtigen als Unterstellungskriterium in der Regel den Wohnort, die Ausübung einer Erwerbstätigkeit oder die Beitragspflicht zur Alters- und Hinterlassenenversicherung – nicht aber den rechtmässigen Aufenthalt in der Schweiz. Hingegen können sich Sans-Papiers grundsätzlich nicht der Arbeitslosenversicherung anschliessen oder Leistungen daraus beziehen (ausser bei Insolvenzenschädigung). Sie können weder Ergänzungsleistungen noch Sozialhilfe beantragen. Sie haben jedoch Anspruch auf oben erwähnte Nothilfe.

Der Bericht zeigt, dass ein allgemeiner Ausschluss der Sans-Papiers von allen Sozialversicherungen die Verpflichtungen der Schweiz aus dem UNO-Pakt I und der Kinderrechtskonvention (KRK) erheblich verletzen würde. Zudem erscheint ein Ausschluss auch problematisch im Hinblick auf die Europäische Menschenrechtskonvention und andere völkerrechtliche Verpflichtungen der Schweiz. Mit der

¹ Vgl. Bericht «Sans-Papiers in der Schweiz 2015», Bericht des Instituts B,S,S im Auftrag des SEM vom 12. Dezember 2015, verfügbar unter: www.sem.admin.ch > Einreise & Aufenthalt > Aufenthalt > Sans-Papiers in der Schweiz.

Ratifizierung des UNO-Pakts I hat sich die Schweiz grundsätzlich verpflichtet, keine Rückschritte bei der Verwirklichung der darin genannten wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Rechte zu machen, einschliesslich des Rechts auf soziale Sicherheit. Würden den Sans-Papiers ihre Rechte im Bereich der Sozialversicherungen generell aberkannt, wäre dies ein Rückschritt gegenüber der derzeitigen Rechtslage in der Schweiz.

Aus verfassungsrechtlicher Sicht würde ein gänzlicher Ausschluss der Sans-Papiers von sämtlichen Sozialversicherungen dem Sozialziel widersprechen, wonach Bund und Kantone sich dafür einsetzen, dass jede Person an der sozialen Sicherheit teilhat (Art. 41 Abs. 1 Bst. a BV). Ein solcher Ausschluss liesse auch die Grundsätze von Artikel 112 Absatz 2 BV in Bezug auf die Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenversicherung unbeachtet, die eine obligatorische Versicherung für alle vorsehen. Dies würde eine ungerechtfertigte Ungleichbehandlung schaffen.

Sollte dennoch ein Ausschluss beschlossen werden, hätte dies zur Folge, dass die Kosten auf die Kantone und Gemeinden, die für die Nothilfe zuständig sind, überwältigt würden. Dies gilt insbesondere für die von Sans-Papiers verursachten Gesundheitskosten. Ein Ausschluss aller Sans-Papiers von der AHV, der IV, der EO und den Familienzulagen würde auch dem heutigen Sozialversicherungssystem widersprechen. Damit wäre es für Arbeitgebende finanziell interessanter, Sans-Papiers einzustellen, da sie so keine Beiträge an die Sozialversicherungen bezahlen müssten. Deshalb ist der Bundesrat immer für den Grundsatz des sozialen Schutzes aller Arbeitnehmenden in der Schweiz eingetreten. Ein Ausschluss würde auch nicht dazu beitragen, dass weniger Gründe für eine illegale Migration bestehen.

Vor diesem Hintergrund lehnt der Bundesrat einen allgemeinen Ausschluss der Sans-Papiers von der Sozialversicherungspflicht ab. In der Praxis sind nur wenige Sans-Papiers versichert. Im Bereich der Krankenversicherung bekräftigt der Bundesrat die Schlussfolgerungen in seinem Bericht «Krankenversicherung und Zugang zur Gesundheitsversorgung von Sans-Papiers»², namentlich den Grundsatz einer obligatorischen Krankenversicherung für alle in der Schweiz wohnhaften Personen, zu denen auch die Sans-Papiers gehören.

Im Rahmen dieses Berichts wurden noch zwei weitere theoretische Möglichkeiten geprüft: Ein Zugang der Sans-Papiers zu einem beschränkten Leistungskatalog der Krankenversicherung und Verzicht auf die Einforderung bestimmter Dokumente, damit Sans-Papiers vermehrt der AHV/IV/EO unterstellt werden und Familienzulagen beziehen können. Diese beiden Optionen lehnt der Bundesrat ebenfalls ab. Die Leistungen des KVG-Katalogs entsprechen den Kriterien der Wirksamkeit, der Angemessenheit und der Wirtschaftlichkeit. Diese Kriterien werden regelmässig überprüft. Alle KVG-Leistungen entsprechen somit einem Bedürfnis. Wenn kranken Sans-Papiers bestimmte Leistungen vorenthalten werden, besteht das Risiko, dass sie nicht mehr genesen. Sie würden so eine Gefahr für die öffentliche Gesundheit und damit auch für die Wirtschaft darstellen. Zudem liesse sich die zweite Option nur schwer umsetzen, denn die Behörden müssen über alle benötigten Dokumente verfügen, um den Anspruch auf Versicherungsunterstellung und Leistungserbringung zu beurteilen.

B. Aufenthaltsregelung und Sanktionen

Unter bestimmten Voraussetzungen, wozu namentlich ein mehrjähriger Aufenthalt und eine gute Integration gehören, können Sans-Papiers gestützt auf das AIG sowie das Asylgesetz (AsylG) bei der zuständigen Behörde des Aufenthaltskantons ein Gesuch um die Regularisierung ihres Aufenthalts einreichen (Härtefallregelung). Die Kantone entscheiden über die Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung. Wenn sie dem Gesuch entsprechen, leiten sie es dem Staatssekretariat für Migration (SEM) zur Zustimmung weiter. Der rechtliche Rahmen und die Weisungen des SEM lassen

² Bericht des Bundesrats in Erfüllung des Postulats Heim (09.3484), verfügbar unter: www.bag.admin.ch
> Strategie & Politik > Nationale Gesundheitsstrategien und Programme > Gesundheitliche
Chancengleichheit > Chancengleichheit in der Gesundheitsversorgung > Gesundheitsversorgung der
Sans-Papiers.

bei der Prüfung von Härtefallgesuchen einen gewissen Handlungsspielraum zu, wodurch sich auch unterschiedliche kantonale Lösungsansätze ergeben können. Zur Veranschaulichung wird im Bericht die Praxis der Kantone Waadt, Zürich, Basel-Stadt und Genf dargestellt. Im Bericht wird zudem die Operation Papyrus beschrieben, die der Kanton Genf in den Jahren 2017 und 2018 durchgeführt hat (Ziff. 5). Dieses Projekt hatte namentlich zum Ziel, den Arbeitsmarkt in bestimmten Branchen, in denen besonders viele Sans-Papiers beschäftigt sind, zu bereinigen und deren Aufenthalt unter bestimmten Voraussetzungen und im Rahmen des geltenden Rechts zu regeln.

Im Teil des Berichts zu den Lösungsansätzen wird eine Änderung des geltenden Rechtsrahmens geprüft, namentlich der Verordnung über Zulassung, Aufenthalt und Erwerbstätigkeit (VZAE) und der Weisungen des SEM. Der Bundesrat ist der Ansicht, dass die Voraussetzungen für die Erteilung von Härtefallbewilligungen in der VZAE nicht noch weiter ausgeführt werden sollen, da andernfalls der erforderliche Handlungsspielraum der Kantone und des SEM zu stark eingeschränkt würde. Das SEM soll jedoch regelmässig prüfen, ob seine Weisungen noch der aktuellen Praxis und dem rechtlichen Rahmen entsprechen. Der Bundesrat erachtet zudem die bestehende Regelung für die Erteilung einer Härtefallbewilligung im Hinblick auf eine berufliche Grundausbildung als angemessen; er sieht hier ebenfalls keine Änderungen vor.

Der Bundesrat lehnt eine einmalige kollektive Regularisierung oder Teilregularisierung des Aufenthalts von Sans-Papiers weiterhin ab, da dies die Problematik des rechtswidrigen Aufenthalts nicht langfristig zu lösen vermag. Er spricht sich auch gegen eine erneute Änderung des Sanktionssystems im BGSA und im AIG aus. Mit der Teilrevision des BGSA im Jahr 2018 wurde der Kreis der am Datenaustausch beteiligten Behörden bereits erweitert. Dies ermöglichte es, den Vollzug im Rahmen der Arbeitsmarktaufsicht und in anderen Bereichen zu optimieren und die Synergien zu verstärken. Zudem wurde das vereinfachte Abrechnungsverfahren bei der AHV-Ausgleichskasse verschärft, um Missbräuche zu verhindern. Der Bundesrat erachtet daher die Bestimmungen des BGSA und die im AIG vorgesehenen Sanktionen als angemessen und verhältnismässig.

C. Datenaustausch

Das BGSA sieht eine Bekanntgabe der Daten verschiedener Behörden (Vollzugsorgane im Bereich der Sozialversicherungen, Migrationsbehörden usw.) an die nach diesem Gesetz eingesetzten kantonalen Kontrollorgane vor. Der Datenaustausch erfolgt im Rahmen der vorgeschriebenen Kontrollen und unter eingeschränkten Voraussetzungen. Einige Sozialversicherungsgesetze (AHVG, IVG und AVIG) sehen ebenfalls eine Bekanntgabe der für die Bekämpfung der Schwarzarbeit benötigten Daten durch die Vollzugsorgane dieser Gesetze vor. Dazu gehören namentlich die AHV-Ausgleichskassen, die IV-Stellen und die Arbeitgebenden.

Die Krankenversicherer und die Kantone sind nur berechtigt, Personendaten an die Migrationsbehörden bekanntzugeben, wenn die betroffene Person dazu schriftlich eingewilligt hat oder – wenn dies nicht möglich ist – eine Einwilligung nach den Umständen als im Interesse des Versicherten vorausgesetzt werden darf. Diese Bedingungen sind in der Praxis bei Sans-Papiers nicht erfüllt.

Darüber hinaus besteht kein systematischer Datenaustausch zwischen den Vollzugsorganen im Bereich der Sozialversicherungen und den Migrationsbehörden. Dadurch wird der Datenschutz gewährleistet und es kann vermieden werden, dass Sans-Papiers aus diesem Grund auf eine Anmeldung bei den Sozialversicherungen verzichten. Das AIG sieht namentlich für Straf- und Zivilgerichte sowie Staatsanwaltschaften eine Meldepflicht gegenüber den Migrationsbehörden vor.

Der Bundesrat kommt trotz der allenfalls möglichen Ziel- und Interessenkonflikte zwischen den beteiligten Behörden zum Schluss, dass die bestehende Regelung des Datenaustausches in diesem Bereich angemessen ist.

D. Zugang zur Schulbildung

Der Zugang zur obligatorischen Schulbildung von Sans-Papiers-Kindern ist verfassungsrechtlich garantiert. Die Schulen sind auch nicht verpflichtet, den Migrationsbehörden die Namen der eingeschulten Kinder von Sans-Papiers zu melden. Im Bericht werden zwei mögliche Lösungsansätze aufgeführt: Die Einführung einer allgemeinen Meldepflicht der Schulen gegenüber den Migrationsbehörden oder die Einführung einer beschränkten Meldepflicht, wenn sie im Interesse des Kindes erfolgt.

Der Bundesrat ist der Ansicht, dass der obligatorische Schulbesuch im Interesse aller Kinder erfolgt. Die Einführung einer auch nur beschränkten Meldepflicht würde diesem Interesse entgegenstehen, da andernfalls die Kinder von Sans-Papiers auf den Schulbesuch verzichten würden. Beschränkte Meldemöglichkeiten sind bereits heute vorgesehen, namentlich wenn das Wohl des Kindes gefährdet ist. Es besteht daher keine Notwendigkeit, diese Möglichkeiten auszuweiten.

1 Hintergrund

Das diesem Bericht zugrundeliegende Postulat folgte auf die Prüfung einer Motion der Kommission für soziale Sicherheit und Gesundheit des Nationalrates (SGK-N) vom 26. Januar 2018 «Für eine kohärente Gesetzgebung zu Sans-Papiers» (18.3005) durch die Staatspolitische Kommission des Nationalrates (SPK-N).

Ziel dieser Motion war die Ausarbeitung einer kohärenten Gesetzgebung, die sich auf eine Gesamtbetrachtung der Situation der Sans-Papiers stützt. In der Motion wurde vorgeschlagen, dass Sans-Papiers grundsätzlich keinen Anspruch auf Leistungen der Sozialversicherungen haben (insbesondere der Krankenversicherung oder der AHV); dass für Personen, die Sans-Papiers beschäftigen oder die ihnen eine Wohnung vermieten, schärfere Strafen verhängt werden und dass der Datenaustausch zwischen staatlichen Stellen erleichtert wird, damit namentlich Schulen die Behörden über Kinder von Sans-Papiers informieren können.

Die SPK-N lehnte in ihrer Beratung am 12. April 2018 die Motion der SGK-N mit der Begründung ab, dass sie sich mit zu unterschiedlichen Themen befasse und dass sie Sozialversicherungsrecht, Ausländerrecht und kantonale Bestimmungen zur Grundschulbildung vermische. Sie beschloss hingegen, ein Kommissionspostulat «Gesamthafte Prüfung der Problematik der Sans-Papiers» (18.3381) einzureichen, das sich weitgehend an die Motion der SGK-N anlehnt.

Das Postulat hat folgenden Wortlaut:

Der Bundesrat wird beauftragt, unter Berücksichtigung der bisher gemachten Erkenntnisse aus der Genfer Operation Papyrus, folgende Punkte zu prüfen und in einem Bericht vorzulegen:

- *Auflistung aller Rechtsansprüche auf und aus Sozialversicherungen, die auch Personen ohne regulären Aufenthaltsstatus (Sans-Papiers) gewährt werden;*
- *Folgen einer möglichen Aberkennung der gewährten Rechtsansprüche sowohl für Bund, Kantone und Gemeinden als auch für die betroffenen Sans-Papiers;*
- *Zugang zu Schulen und anderen öffentlichen Dienstleistungen für Sans-Papiers;*
- *heutige Praxis beim Datenaustausch zwischen verschiedenen Behörden, die mit Sans-Papiers in Kontakt stehen;*
- *Vollzug der einschlägigen Strafbestimmungen und Rechtspraxis bei Verstössen im Zusammenhang mit Sans-Papiers (Beschäftigung, Arbeitsvermittlung, Wohnungsvermietung);*
- *Anzahl jährliche Rechtsfälle im Zeitraum der letzten fünf Jahre, aufgeschlüsselt nach Art des Verstosses;*
- *gängige Praxis der Regularisierung des Aufenthalts von Sans-Papiers sowie der Bewilligung der Erwerbstätigkeit gemäss Härtefallkriterien (Art. 31 VZAE);*
- *Anzahl jährliche Regularisierungen über den Zeitraum der letzten fünf Jahre;*
- *mögliche Lösungsansätze für Menschen ohne geregelten Aufenthalt.*

Am 18. Mai 2018 hat die SGK-N das Postulat der SPK-N unterstützt und ihre Motion zurückgezogen. Der Nationalrat hat das Postulat am 12. April 2018 angenommen.

2 Methodik

Die im Postulat erörterten Themen betreffen nicht nur den Migrationsbereich im engeren Sinn, sondern auch die Bereiche Sozialversicherungen, Schulbildung und Datenaustausch sowie die Praxis der Kantone und Städte im Umgang mit Personen, die sich rechtswidrig in der Schweiz aufhalten (Sans-Papiers). Zahlreiche Themen fallen ausschliesslich in kantonale Zuständigkeit, und auch Gewerkschaften und Hilfswerke befassen sich mit der vorliegenden Thematik.

Aus diesem Grund hat das Staatssekretariat für Migration (SEM) im Auftrag des Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartements (EJPD) eine Begleitgruppe geschaffen, der Vertreterinnen und Vertreter der Kantone, Städte und Gemeinden sowie nationaler und interkantonalen Konferenzen und Bundesämter angehörten. Die Begleitgruppe hatte den Auftrag, die im Postulat aufgeworfenen Fragen zu diskutieren und sich zu den vom SEM ausgearbeiteten Lösungsansätzen zu äussern. Ihre Stellungnahmen in den Jahren 2018 und 2019 durchgeführten Sitzungen sowie die im Jahr 2020 eingereichten schriftlichen Stellungnahmen sind in Ziffer 13 des Berichts aufgeführt. Die Begleitgruppe hat sich auch zu verschiedenen kantonalen Projekten geäußert, beispielsweise zu der in den Jahren 2017 und 2018 im Kanton Genf durchgeführte Operation Papyrus oder zu den Diskussionen in den Städten Zürich und Bern bezüglich der Schaffung einer sogenannten City-Card für Personen mit rechtswidrigem Aufenthalt.

Die vom SEM geleitete Begleitgruppe bestand aus Vertreterinnen und Vertretern der Bundesstellen, die von den Themen des Postulats betroffen sind. Neben dem SEM sind dies das Bundesamt für Sozialversicherungen (BSV), das Bundesamt für Gesundheit (BAG), das Staatssekretariat für Wirtschaft (SECO) und das Bundesamt für Justiz (BJ). Zudem umfasste sie Vertreterinnen und Vertreter der Vereinigung der Kantonalen Migrationsbehörden (VKM), des Verbands Schweizerischer Arbeitsmarktbehörden (VSAA), der Konferenz der kantonalen Sozialdirektorinnen und Sozialdirektoren (SODK), der Schweizerischen Konferenz für Sozialhilfe (SKOS), des Schweizerischen Gemeindeverbands (SGV), des Schweizerischen Städteverbands (SSV), der Schweizerischen Konferenz der kantonalen Erziehungsdirektoren (EDK), der Konferenz Kantonaler Volkswirtschaftsdirektoren (VDK) und der Konferenz der kantonalen Ausgleichskassen. Zudem gehörte ein Vertreter des Projekts Operation Papyrus des Kantons Genf der Begleitgruppe an.

Das SEM organisierte zudem am 7. November 2019 einen «Runden Tisch», der eine Ausweitung der Diskussion von möglichen Lösungsansätzen mit Gewerkschaften und Hilfswerken ermöglichte. Neben den Mitgliedern der Begleitgruppe nahmen Vertreterinnen und Vertreter folgender Organisationen am «Runden Tisch» teil: Nationale Plattform zu den Sans-Papiers, Centre de contacts Suisses Immigrés (Genf), Centre social protestant (GE und VD), Solidarité Sans frontières, Hilfswerk der Evangelischen Kirchen Schweiz (HEKS in ZH und GE), Schweizerisches Rotes Kreuz (BE), Caritas (LU und GE), UNIA (BE und GE), Syndicat interprofessionnel des travailleurs/travailleuses (GE), Schweizerischer Gewerkschaftsbund (SGB), Schweizerischer Gewerbeverband (SGV), Schweizerischer Arbeitgeberverband (SAV) und die Konferenz Kantonaler Volkswirtschaftsdirektorinnen und Volkswirtschaftsdirektoren (VDK). Die Ergebnisse dieser Gespräche und die von den Teilnehmenden geäußerten Meinungen sind in Ziffer 13 des Berichts ebenfalls enthalten. Sie werden den vorgeschlagenen Lösungsansätzen gegenübergestellt.

Das SEM hat weiter den kantonalen Migrationsbehörden über die Vereinigung der Kantonalen Migrationsbehörden (VKM) einen Fragebogen zukommen lassen (vgl. Anhang 1). Das Ziel war es, die im Postulat enthaltenen Fragen genauer beantworten zu können und die Praxis der Kantone beim Datenaustausch, bei der Bearbeitung von Härtefallgesuchen, beim Zugang zu Schulbildung und zu öffentlichen Leistungen sowie bei der Erstellung von Statistiken in Erfahrung zu bringen. Die Antworten wurden ausgewertet. Sie werden bei den entsprechenden Themen im Bericht aufgeführt.

3 Sans-Papiers in der Schweiz

3.1 Begriffsbestimmung

Der Begriff «Sans-Papiers» wurde in den 1970er-Jahren durch die ersten sozialen Bewegungen zu diesem Thema in Frankreich geprägt. Er hat sich heute auch in der Wissenschaft und der Politik durchgesetzt. Im englischen Sprachraum sind die Begriffe « undocumented migrants » und « irregular migrants » geläufig.

Es handelt sich um einen politischen Begriff, der im nationalen oder internationalen Recht nicht näher definiert ist und der in zahlreichen unterschiedlichen Situationen angewendet wird.

Im Fall der Sans-Papiers handelt es sich genauer um «Ausländerinnen und Ausländer mit einem rechtswidrigen Aufenthalt». Der Begriff «Sans-Papiers» bedeutet nämlich nicht, dass sie keinen Reisepass oder keine anderen gültigen Reisepapiere besitzen. Es handelt sich um Personen, die nicht oder nicht mehr über eine gültige ausländerrechtliche Bewilligung oder ein anderes Anwesenheitsrecht in der Schweiz verfügen.

Nach der allgemeinen Auffassung wird der Begriff «Sans-Papiers» wie folgt definiert und in zwei Kategorien aufgeteilt:

- *Ausländerinnen und Ausländer mit oder ohne Erwerbstätigkeit, die nie eine ausländerrechtliche Bewilligung oder ein anderes Anwesenheitsrecht in der Schweiz besessen haben.*
- *Ausländerinnen und Ausländer mit oder ohne Erwerbstätigkeit, die nicht mehr eine ausländerrechtliche Bewilligung oder ein anderes Anwesenheitsrecht in der Schweiz besitzen.*

Die beiden Kategorien umfassen insbesondere Personen, die rechtswidrig eingereist sind oder die nach Ablauf der Gültigkeit ihres Visums oder – bei einer Ausnahme von der Visumpflicht – nach Ablauf des bewilligungsfreien Aufenthalts nicht aus der Schweiz ausgereist sind. Es kann sich aber auch um ausländische Personen handeln, die nach Ablauf der Gültigkeit ihrer Aufenthaltsbewilligung (Ausweis B) oder nach einem Widerruf der Niederlassungsbewilligung (Ausweis C) in der Schweiz geblieben sind.

Abgewiesene Asylsuchende, die die Voraussetzungen für eine vorläufige Aufnahme nicht erfüllen und die nicht freiwillig in den Heimat- oder Herkunftsstaat zurückgekehrt sind oder die aufgrund ihres Verhaltens nicht dorthin ausgeschafft werden können, gehören ebenfalls zu den Sans-Papiers. Ihr Aufenthalt ist nach dem geltenden Recht rechtswidrig. Diese Personen sind den Behörden bekannt, wenn sie Nothilfe beziehen.

In der Praxis wird auf die beiden oben genannten Kategorien Bezug genommen, wenn von «Sans-Papiers» oder «Personen mit rechtswidrigem Aufenthalt» die Rede ist.

Grundsätzlich fallen Angehörige der EU/EFTA-Staaten nicht in den Anwendungsbereich des Begriffs «Sans-Papiers», auch wenn diese Frage in der Praxis kontrovers diskutiert wird.³ Sie dürfen sich nämlich gestützt auf das Freizügigkeitsabkommen in der Schweiz aufhalten, wenn sie erwerbstätig sind oder wenn sie über ausreichende finanzielle Mittel verfügen, sodass sie während ihres Aufenthalts keine Sozialhilfe beanspruchen müssen. Zudem ist ein Krankenversicherungsschutz erforderlich, der sämtliche Risiken abdeckt. Grundsätzlich kann ihr Aufenthalt auch nachträglich geregelt werden, da die ausländerrechtliche Bewilligung bei Angehörigen der EU/EFTA-Staaten nur deklaratorischen Charakter hat.

Bei der Genfer Operation Papyrus (Ziff. 5), die eine Regelung des Aufenthalts von Sans-Papiers nach festgelegten Kriterien sowie eine Bereinigung des Arbeitsmarkts in Bezug auf die Beschäftigung von Sans-Papiers vorsah, wurde der Begriff «Sans-Papiers» enger gefasst: Abgewiesene Asylsuchende, die trotz eines rechtskräftigen negativen Asylentscheids in der Schweiz geblieben sind, waren vom Projekt ausgenommen. Die Operation Papyrus richtete sich ausschliesslich an Personen, die rechtswidrig in die Schweiz eingereist sind oder die nach Ablauf ihres Visums, des bewilligungsfreien Aufenthalts oder ihrer Aufenthaltsbewilligung nicht ausgereist sind.

Das vorliegende Postulat legt nicht näher fest, was unter dem Begriff «Sans-Papiers» zu verstehen ist. Unter Berücksichtigung der parlamentarischen Beratungen zu diesem Postulat, das eine «gesamthafte Prüfung der Problematik der Sans-Papiers» fordert, sind hier unter diesem Begriff alle Drittstaatsangehörigen mit rechtswidrigem Aufenthalt in der Schweiz zu verstehen. Dazu gehören auch

³ Vgl. Bericht «Sans-Papiers in der Schweiz 2015», a. a. O., Ziff. 4.5, S. 1.

abgewiesene Asylsuchende, die die Schweiz nach Abschluss ihres Asylverfahrens nicht verlassen haben und die nicht in ihren Heimat- oder Herkunftsstaat ausgeschafft werden können (siehe oben).

Diese Definition wurde auch im letzten Bericht des SEM zum Thema der Sans-Papiers verwendet, einschliesslich der abgewiesenen Asylsuchenden.⁴

3.2 Profil der Sans-Papiers in der Schweiz

Im Jahr 2015 hat das SEM den Bericht «Sans-Papiers in der Schweiz 2015» veröffentlicht, der sich auf die Ergebnisse einer Studie des Beratungsbüros B,S,S stützt. Es war beauftragt, einerseits die Situation der Sans-Papiers in der Schweiz zu analysieren⁵ und andererseits eine aktuelle Schätzung der Anzahl der Sans-Papiers vorzunehmen (die letzte Schätzung stammte aus dem Jahr 2005).⁶ Die Ziffern 3.2 ff. beziehen sich namentlich auf diesen Bericht. Es handelt sich um die jüngste Studie auf nationaler Ebene, welche die Sans-Papiers soweit möglich zahlenmässig erfasst und Hinweise über deren Lebensweise in der Schweiz gibt. Dieser Bericht wurde auf der Grundlage von Gesprächen in verschiedenen Schweizer Kantonen⁷ und mit dem SEM verfasst. Dabei wurden Migrationsfachpersonen nach ihren Erfahrungen und Meinungen zur Thematik der Sans-Papiers befragt, die naturgemäss in keiner Statistik erfasst ist.

Auch auf kantonaler Ebene sind zwei Berichte zu erwähnen: der im März 2020 veröffentlichte Bericht des Kantons Zürich zu den im Kanton lebenden Sans-Papiers (Ziff. 4.4) und der Bericht über die Ergebnisse der Operation Papyrus im Kanton Genf, der in Ziffer 5.5 zusammengefasst wird.

3.2.1 Schätzungen zur Zahl der Sans-Papiers in der Schweiz

Je nach Schätzungsmethode liegt die Zahl der in der Schweiz lebenden Sans-Papiers zwischen 58 000 und 105 000 Personen. Gemäss der Studie von 2015⁸ ist eine Annahme von 76 000 Personen am wahrscheinlichsten.

Die in einigen Kantonen⁹ geführten Gespräche haben gezeigt, dass in bevölkerungsreichen Kantonen und in urbanen Zentren mehr Sans-Papiers leben. Dies ist auf die Arbeitsmarktstruktur und die grössere Anonymität in den Städten zurückzuführen.

Eine informative Grösse, um die geografische Verteilung zu diskutieren, ist die Anzahl Sans-Papiers pro 1000 Einwohnerinnen und Einwohner. Die Kantone Graubünden und St. Gallen weisen mit 0,3 bzw. 1,0 den tiefsten Anteil Sans-Papiers pro 1000 Einwohner auf. Die höchsten Werte weisen die Kantone Genf mit 27, Basel-Stadt mit 22, Zürich mit 20 und Waadt mit 16 Sans-Papiers pro 1000 Einwohner auf. Gleich hoch wird der Anteil Sans-Papiers in den Kantonen Aargau, Bern und Thurgau geschätzt, nämlich 3 Sans-Papiers pro 1000 Einwohner. In den Kantonen Wallis und Tessin sind es je 2 Sans-Papiers pro 1000 Einwohner. Der Durchschnitt über die zehn Kantone (ohne Freiburg) liegt bei 10 Sans-Papiers pro 1000 Einwohner.

Die Anzahl Sans-Papiers in den im Jahr 2015 untersuchten Kantonen wird wie folgt geschätzt (beste Schätzung): Graubünden (60), St. Gallen (500), Genf (13 000), Basel-Stadt (4000), Zürich (28 000), Waadt (12 000), Aargau (2000), Bern (3000), Thurgau (800), Wallis (600), Tessin (600). Im Kanton Freiburg wurde die Zahl der Sans-Papiers auf insgesamt 20 000 Personen geschätzt, gemäss der Studie wird diese Schätzung jedoch als zu hoch erachtet.

⁴ Vgl. Bericht «Sans-Papiers in der Schweiz 2015», a. a. O., S. 4.

⁵ Vgl. Bericht «Sans-Papiers in der Schweiz 2015», a. a. O.

⁶ Vgl. Longchamp, «[Sans Papiers in der Schweiz: Arbeitsmarkt, nicht Asylpolitik ist entscheidend](#)», gfs.bern, im Auftrag des Bundesamts für Migration, April 2005.

⁷ Aargau, Basel-Stadt, Bern, Freiburg, Genf, Graubünden, St. Gallen, Tessin, Thurgau, Wallis, Waadt und Zürich, vgl. Bericht a. a. O., S. 7.

⁸ Vgl. Bericht «Sans-Papiers in der Schweiz 2015», a. a. O., S. 1; Gesamttabelle zur kantonalen Verteilung vgl. Tabelle Nr. 4, S. 23.

⁹ Untersuchungskantone: Aargau, Basel-Stadt, Bern, Freiburg, Genf, Graubünden, St. Gallen, Tessin, Thurgau, Wallis, Waadt und Zürich.

Die im Jahr 2015 geschätzte Gesamtzahl der Sans-Papiers liegt unter der Zahl, die in der Studie von 2005¹⁰ ermittelt wurde (90 000 Sans-Papiers). Der Unterschied zwischen diesen Werten könnte durch methodische Anpassungen zu erklären sein. Insbesondere die Tatsache, dass 2005 vor allem Kantone ausgewählt wurden, die einen hohen Anteil von Sans-Papiers an der Gesamtbevölkerung aufweisen, spielt eine entscheidende Rolle. Zudem wurden in einem Teil der Kantone die damaligen Schätzungen revidiert. Schliesslich wurden in der Studie von 2015 die Sans-Papiers aus dem EU/EFTA-Raum separat betrachtet, während sie in der früheren Studie gemeinsam mit den Sans-Papiers aus Drittstaaten ausgewiesen wurden.

3.2.2 Migrationsbiografie

Personen, die rechtswidrig oder als Touristen eingereist sind, stellen die grösste Gruppe von Sans-Papiers dar (etwa 63 % aller Sans-Papiers). Die anderen beiden untersuchten Gruppen, das heisst Personen mit einem negativen Asylentscheid und Personen, deren Aufenthaltsbewilligung (Ausweis B) abgelaufen ist (z. B. nach einer Scheidung) oder deren Niederlassungsbewilligung (Ausweis C) widerrufen wurde, sind mit einem Anteil von 18 bzw. 19 Prozent ungefähr gleich stark vertreten. Dies sind naturgemäss nur Schätzungen.¹¹

In der letzten Zeit befasste sich die Eidgenössische Migrationskommission (EKM)¹² vertieft mit Personen, die nach Abschluss des Asylverfahrens weder als anerkannte Flüchtlinge noch als vorläufig Aufgenommene in der Schweiz bleiben dürfen und daher zur Ausreise verpflichtet sind. Zwischen zehn Prozent und einem Drittel der Sans-Papiers haben früher ein Asylverfahren durchlaufen. Zudem sind rund die Hälfte der 180 000 Asylsuchenden, die die Schweiz zwischen 2008 und 2017 verlassen mussten, «nicht kontrolliert» abgereist (88 000 Personen).¹³ Davon ist eine unbekannte Anzahl Personen in der Schweiz untergetaucht und ihr Aufenthalt ist rechtswidrig. Die Studie der EKM kommt zum Schluss, dass sich die Arbeitsmigration und das Asylverfahren auf doppelte Art verschränken: Weil die legale Einreise in die Schweiz für Arbeitsmigrierende aus visumpflichtigen Ländern fast unmöglich ist, stellen diese Personen ein Asylgesuch, um so in die Schweiz zu gelangen - und tauchen dann unter. Umgekehrt nutzt ein Teil der Personen, die aus dem Asylsystem ausscheiden, die Möglichkeiten des Arbeitsmarktes im Billiglohn-Sektor, um unterzutauchen, in der Schweiz zu bleiben und sich durch Schwarzarbeit den Lebensunterhalt zu verdienen. Die EKM hat sieben Empfehlungen formuliert, die sich an Politik und Verwaltung richten.¹⁴

Gemäss den für die Studie von 2015¹⁵ befragten Fachpersonen sind abgewiesene Asylsuchende, die den Behörden zumindest teilweise bekannt sind, in der Deutschschweiz stärker vertreten als in den Westschweizer Kantonen und im Tessin.

3.2.3 Herkunft der Sans-Papiers

Gesamtschweizerisch wird geschätzt, dass Sans-Papiers aus Zentral- oder Südamerika am häufigsten vertreten sind (42 %), gefolgt von Staatsangehörigen aus Europa (Nicht-EU/EFTA-Staaten 24 %), Afrika (19 %) und Asien (11 %). In den Kantonen Graubünden und Wallis weichen die Schätzungen stark von diesem Durchschnittsmuster ab: Die Fachpersonen gehen davon aus, dass hier rund 70 Prozent der Sans-Papiers aus Europa (ausserhalb des EU/EFTA-Raums) stammen.

¹⁰ Vgl. Longchamp a. a. O. und Bericht «Sans-Papiers in der Schweiz 2015» a. a. O.

¹¹ Vgl. Bericht «Sans-Papiers in der Schweiz 2015», a. a. O., S. 36.

¹² Vgl. Bericht der Eidgenössischen Migrationskommission «Personen, die aus dem Asylsystem ausscheiden: Profile, (Aus-)Wege, Perspektiven», Dezember 2019, verfügbar unter: www.ekm.admin.ch > Publikationen > Studien > Personen, die aus dem Asylsystem ausscheiden.

¹³ Statistiken unter: www.sem.admin.ch > Publikationen & Service > Statistiken > Asylstatistik > Übersichten > Asylstatistik, Übersicht Jahre.

¹⁴ Vgl. Empfehlungen der EKM in ihrem Bericht, a. a. O., verfügbar unter: www.ekm.admin.ch > Publikationen > Empfehlungen > Personen, die aus dem Asylsystem ausscheiden.

¹⁵ Vgl. Bericht «Sans-Papiers in der Schweiz 2015», a. a. O., S. 38.

Ähnlich wie Flüchtlinge aus Sri Lanka in den 1990er-Jahren die Saisoniers im Gastgewerbe in einem erheblichen Umfang ablösten, sind infolge der Wirtschafts- und Finanzkrisen in Lateinamerika Migrantinnen aus Ecuador, Bolivien, Peru und später Brasilien emigriert, um sich in der Privatwirtschaft oder im Care-Bereich zu betätigen. Hier wuchs die Nachfrage aus verschiedenen sozioökonomischen oder demografischen Gründen ständig (vgl. Ziff. 3.3). In Westschweizer Kantonen sind teilweise auch Migrantinnen aus den Philippinen oder anderen asiatischen Staaten in diesen Nischen tätig. Bei einer Mehrheit afrikanischer und asiatischer Sans-Papiers dürfte es sich um untergetauchte Asylsuchende handeln. Männer sind klar in der Überzahl; sie haben erfahrungsgemäss wesentlich grössere Schwierigkeiten, eine Stelle zu finden. Demgegenüber finden Lateinamerikanerinnen Beschäftigungsmöglichkeiten meist über bestehende soziale Netzwerke. Auch bei Sans-Papiers aus Europa (ausserhalb des EU/EFTA-Raums) dürfte es sich mehrheitlich um Männer aus dem Ausländer- wie auch dem Asylbereich handeln, die auf dem Bau, im Gastgewerbe und auch in der Landwirtschaft beschäftigt sind. Diese drei Sektoren setzen Saisoniers ein. Saisonarbeiten sind für Menschen aus anderen Kontinenten weniger praktikabel als für solche, die zwischen dem Herkunfts- und Arbeitsland hin und her reisen können. Dies dürfte auch erklären, weshalb in den Tourismuskantonen über zwei Drittel der Sans-Papiers, die mehrheitlich Männer sind, aus Süd- und Osteuropa stammen.¹⁶

3.2.4 Alter der Sans-Papiers

Im Jahr 2015 lebten rund zwei Drittel der Sans-Papiers ohne Kinder oder Ehegatte in der Schweiz. In den Tourismuskantonen und der Deutschschweiz liegt der entsprechende Anteil etwas höher (84 bzw. 80 %) und in der lateinischen Schweiz vergleichsweise tiefer (51 %).

Der Anteil der minderjährigen Sans-Papiers wird auf 12 Prozent geschätzt. 60 Prozent dürften zwischen 18 und 40 Jahre alt sein, die Zahl der über 40-jährigen Sans-Papiers wird auf 28 Prozent geschätzt. Einen auffallend höheren Anteil an Sans-Papiers zwischen 18 und 40 Jahren (80 %) weisen die beiden Kantone Graubünden und Wallis aus.

Im Vergleich zur Altersverteilung der ständigen Wohnbevölkerung sind weitaus mehr Sans-Papiers in der «mittleren» Alterskategorie zwischen 18 bis 40 Jahren zu finden, während es weniger Kinder und ältere Personen unter den Sans-Papiers gibt. Die grosse Mehrheit der Personen ohne Aufenthaltsbewilligung sind somit im erwerbsfähigen Alter. Dies lässt sich dadurch erklären, dass sie einerseits zur Arbeitssuche in die Schweiz kommen und hierbleiben, andererseits ist ohne Arbeit ein Aufenthalt in der Schweiz langfristig kaum möglich.

Zudem ist aus der einschlägigen Forschung bekannt, dass die Populationen neuer Migrationsbewegungen mit wenig gesichertem Aufenthalt generell jünger sind als die Wohnbevölkerung oder bereits etablierte Migrantengruppen. Allerdings zeigt sich seit einigen Jahren, dass mehr und mehr auch ältere Menschen in der Schweiz verbleiben, die wenig Aussicht haben, ihre Situation zu legalisieren. Dieser Trend ist in den Westschweizer Kantonen der Romandie bereits weiter fortgeschritten als in der Deutschschweiz, weil er vermutlich früher eingesetzt hat. Immer häufiger werden zudem Fälle der dritten Migrationsgeneration ohne Aufenthaltsberechtigung bekannt.¹⁷

3.2.5 Ausbildung

Die Angaben in Bezug auf den Bildungsstand der Sans-Papiers sind gemäss der Studie von 2015 mit einer hohen Unsicherheit gekennzeichnet. Die Meinungen gehen weit auseinander, auch innerhalb der Kantone. Durchschnittlich verfügen 22 Prozent der Sans-Papiers über einen Hochschulabschluss. Weitere 41 Prozent haben nur die obligatorische Schule abgeschlossen und weisen keine weiterführende Ausbildung aus. Der Anteil dieser Geringqualifizierten wird in der Deutschschweiz höher eingeschätzt als in der lateinischen Schweiz. Ob dieser Umstand auf ein unterschiedliches Profil

¹⁶ Vgl. Bericht «Sans-Papiers in der Schweiz 2015», a. a. O., S. 40 ff.

¹⁷ Vgl. Bericht «Sans-Papiers in der Schweiz 2015», a. a. O., S. 43.

der Sans-Papiers oder ihre Wahrnehmung durch die Befragten zurückzuführen ist, kann nicht beantwortet werden.

Er könnte aber damit zusammenhängen, dass in der Romandie ein grösserer Anteil der Betroffenen mit dem Motiv einreist, eine Arbeit aufzunehmen, wodurch eine adäquate Qualifikation an Bedeutung gewinnt. Beim Anteil der Sans-Papiers mit einer Hochschulbildung ist zwischen den verschiedenen Untersuchungsregionen hingegen nur geringe Varianz auszuweisen: Gemäss Expertenschätzungen verfügt einer von vier oder fünf Sans-Papiers über eine tertiäre Ausbildung.

Die hohe Unsicherheit bezüglich der Ausbildung von Sans-Papiers hängt teilweise auch damit zusammen, dass viele von ihnen Tätigkeiten ausüben, für die sie nach gängigen Vorstellungen überqualifiziert sind. Den Beratungsstellen und den Arbeitgebenden ist ihre Ausbildung jedoch kaum bekannt. So kommt es ab und zu vor, dass Frauen mit Hochschulabschluss in Haushalten tätig sind. Unter den meist jungen Asylsuchenden und den Saisonarbeitenden haben viele bloss eine obligatorische Schulbildung hinter sich, weil sie sich auf die Flucht machten oder bereits früh Geld verdienen mussten.¹⁸

3.3 Mögliche Ursachen von Schwarzarbeit

Die Bekämpfung der Schwarzarbeit steht seit Jahrzehnten auf der politischen Agenda in der Schweiz. Insgesamt bestehen jedoch wenige wissenschaftliche Analysen zur Thematik der Schattenwirtschaft und der Schwarzarbeit in der Schweiz. Schwarzarbeit lässt sich naturgemäss nicht genau in Zahlen fassen, da sie sich den offiziellen Statistiken entzieht und keine eigentliche Definition von Schwarzarbeit besteht. Folglich sind auch Aussagen zu den Gründen, den Folgen und dem Ausmass der Schwarzarbeit in der Schweiz schwierig.

In der Schweiz wird unter Schwarzarbeit eine üblicherweise gegen Entgelt ausgeübte selbstständige oder unselbstständige Arbeit verstanden, die als Tätigkeit an sich legal ist, bei deren Ausübung aber gegen Rechtsvorschriften verstossen wird. Gemäss dem BGSA¹⁹ liegt Schwarzarbeit vor, wenn die im Ausländer-, Sozialversicherungs- und Quellenbesteuerungsrecht vorgesehenen Melde- und Bewilligungspflichten verletzt werden.²⁰

Faktoren der Emigration

Dass eine Mehrheit der Sans-Papiers nicht Schutzsuchende sind, sondern vor allem aus wirtschaftlichen Gründen auswandern, ist durch verschiedene Studien gut belegt.²¹ Ökonomische «Push-Faktoren» im Herkunftsland wie Perspektivenlosigkeit, hohe Arbeitslosigkeit, Stagnation, Armut, grosse wirtschaftliche Ungleichheiten sowie schlechte Lebensbedingungen werden oft als Auswanderungsgründe genannt. Andererseits bestehen auch «Pull-Faktoren» im Zusammenhang mit dem Einwanderungsland wie das hohe Konsumationsniveau, bessere Zukunftsperspektiven oder ein hoher Bedarf an Arbeitskräften. Politische (Krieg, Verfolgung, Gewalt) oder persönliche Gründe (Gewalt im Nahraum, geschlechtsspezifische Diskriminierung, Homosexualität, Heirat, Familiennachzug, Attraktivität unseres Staatssystems, das auf Freiheit, Emanzipation und

¹⁸ Vgl. Bericht «Sans-Papiers in der Schweiz 2015», a. a. O., S. 44 ff.

¹⁹ SR 822.41

²⁰ Vgl. Bericht 2019 des Staatssekretariats für Wirtschaft (SECO), «Vollzug des Bundesgesetzes über Massnahmen zur Bekämpfung der Schwarzarbeit», S. 10, verfügbar unter: www.seco.admin.ch > Publikationen & Dienstleistungen > Publikationen > Arbeit > Personenfreizügigkeit und Arbeitsbeziehungen > Berichte des SECO über den Vollzug des Bundesgesetzes über Massnahmen zur Bekämpfung der Schwarzarbeit (BGSA).

²¹ Vgl. Claude Longchamp, Aebersold Monia, Rousselot Bianca, Ratelband-Pally Silvia «Sans Papiers in der Schweiz: Arbeitsmarkt, nicht Asylpolitik ist entscheidend». Schlussbericht im Auftrag des Bundesamtes für Migration, gfs, Bern, S. 38 und Bericht «Sans-Papiers in der Schweiz 2015», a. a. O., Ziff. 5.1, S. 38, der sich auch auf andere Publikationen bezieht, die zu ähnlichen Ergebnissen kommen.

Geschlechtergleichheit beruht) scheinen beim Auswanderungsentscheid nur eine untergeordnete Rolle zu spielen.²²

Faktoren, die Schwarzarbeit begünstigen können

Nach Ansicht einiger Autoren wird irreguläre Migration in erster Linie durch die Nachfrage nach billigen, flexiblen Arbeitskräften gesteuert. Es sei belegt, dass primär die Nachfrage im Rahmen der Schattenwirtschaft illegale Einwanderung auslöse, und nicht etwa umgekehrt illegale Einwanderung Schwarzarbeit hervorrufe.²³

Der Bedarf an gering qualifizierten und flexiblen Arbeitskräften lässt sich im Wesentlichen durch wirtschaftliche Bedürfnisse wie die Ausübung einfacher oder repetitiver Arbeiten erklären. Zudem führt das wachsende Interesse der in der Schweiz lebenden Personen an hoch qualifizierten Arbeitsplätzen gleichzeitig zu einer gewissen Lücke im Arbeitsangebot für weniger qualifizierte Stellen.²⁴ Diese wenig geschätzten Arbeitsplätze sind mehrheitlich von gering qualifizierten ausländischen Staatsangehörigen, sich rechtmässig in der Schweiz aufhalten, und von Sans-Papiers besetzt. Sans-Papiers fallen in der Regel in diese Kategorie.

Die Migrationsfachpersonen, die für den Bericht über die Sans-Papiers von 2015 befragt wurden, bestätigen diese Erkenntnisse. Die Anstellung von Sans-Papiers in Privathaushalten schein durch den Mangel an Tagesschulen und Krippenplätzen – insbesondere auch für Alleinerziehende oder Eltern mit unregelmässigen Arbeitszeiten – und durch die zunehmende Auslagerung von Pflegeleistungen für kranke Menschen beeinflusst zu sein. Gemäss den Fachpersonen kommt den Privathaushalten bei der Branchenverteilung eine bedeutende Rolle zu: Jeder zweite Sans-Papiers arbeitet in einem Privathaushalt.²⁵

Die Steuer- und Sozialversicherungsbeiträge sowie das Ausmass staatlicher Regulierungen und Vorschriften (Regeldichte) gehören ebenfalls zu den Hauptfaktoren, die Anreize setzen können, Arbeiten «schwarz» zu verrichten. Auch haben Studien gezeigt, dass die Qualität staatlicher Institutionen dabei einen wesentlichen Einfluss auf die Schwarzarbeit haben kann. So sind Steuerzahler eher bereit, Steuern zu entrichten, wenn sie dafür eine qualitativ hochstehende Gegenleistung erhalten und dabei von einer hohen Rechtssicherheit profitieren. Theoretisch dürften auch die Höhe der Sanktionen und die Wahrscheinlichkeit, kontrolliert zu werden, das Ausmass der Schwarzarbeit beeinflussen. Um gegen Schwarzarbeit vorzugehen, hat das BGSA ein vereinfachtes Verfahren zur Erhebung von Sozialversicherungsbeiträgen und Steuern sowie Kontroll- und Sanktionsmechanismen eingeführt.²⁶

Mögliche Gründe für die Beschäftigung von Sans-Papiers

In der Schweiz arbeiten Sans-Papiers vor allem in der Hotellerie und Gastronomie, im Baugewerbe, in der Landwirtschaft, im Gesundheitswesen und in der Pflege sowie in Privathaushalten.²⁷ Die meisten von ihnen arbeiten «schwarz», das heisst ohne Aufenthaltsbewilligung und ohne Sozialversicherungsbeiträge oder Quellensteuern zu bezahlen. Eine zahlenmässig kaum bestimmbare

²² Vgl. Claude Longchamp, Aebersold Monia, Rousselot Bianca, Ratelband-Pally Silvia, a. a. O., S. 41 und sinngemäss Roswitha Petry «La situation juridique des migrants sans statut légal, entre droit international des droits de l'homme et droits suisse des migrations», Schulthess, 2013, S. 5.

²³ Vgl. Denise Efonyi-Mäder, Silvia Schönenberger und Ilka Steiner (2010) «Leben als Sans-Papiers in der Schweiz». Entwicklungen 2000-2010, Eidgenössische Migrationskommission, Ziff. 7.1.4, S. 58.

²⁴ Vgl. «16. Bericht des Observatoriums zum Freizügigkeitsabkommen Schweiz – EU» vom 29. Juni 2020 auf S. 71, verfügbar unter: www.seco.admin.ch.

²⁵ Vgl. Bericht «Sans-Papiers in der Schweiz 2015», Ziff. 6.1, S. 46.

²⁶ Vgl. Bericht 2017 des Staatssekretariats für Wirtschaft (SECO) «Vollzug des Bundesgesetzes über Massnahmen zur Bekämpfung der Schwarzarbeit», S. 13, verfügbar unter: www.seco.admin.ch > Publikationen & Dienstleistungen > Publikationen > Arbeit > Personenfreizügigkeit und Arbeitsbeziehungen > Berichte des SECO über den Vollzug des Bundesgesetzes über Massnahmen zur Bekämpfung der Schwarzarbeit (BGSA).

²⁷ Vgl. Bericht «Sans-Papiers in der Schweiz 2015», Ziff. 6.1, S. 49.

Anzahl Sans-Papiers arbeitet «grau», da sie zwar keine Aufenthaltsbewilligung besitzen, aber Sozialversicherungsbeiträge und/oder Quellensteuern bezahlen.

Letztlich entscheiden die Arbeitgebenden über die Erwerbsform (Schwarz- oder Grauarbeit), denn ihnen obliegt die Pflicht, Sozialversicherungs- und Steuerabzüge vorzunehmen. Aus Sicht der Arbeitgebenden spielen die Arbeitskosten insofern eine Rolle bei der Anstellung von Sans-Papiers, als damit beträchtliche Einsparungen bei den Sozialabgaben und beim Stundenlohn möglich sind. Es ist zweifellos einfacher, einem Sans-Papiers einen unter dem Marktniveau liegenden Lohn anzubieten als einer Person mit rechtmässigem Aufenthalt in der Schweiz einen solchen Lohn aufzuzwingen.²⁸ Vermutlich melden einige Arbeitgebende insbesondere im Hauswirtschaftsbereich ihre Angestellten auch deshalb nicht an, weil sie nicht wissen, wie sie dabei vorgehen müssen – auch wenn die Einführung des vereinfachten Abrechnungsverfahrens ein grosser Erfolg war und von immer mehr Arbeitgebenden genutzt wird.

Aus Sicht der Sans-Papiers hängt der Auswanderungsentscheid oft mit der wirtschaftlichen Situation sowohl im Herkunftsland (fehlende wirtschaftliche Perspektiven, hohe Arbeitslosigkeit usw.) als auch im Aufenthaltsland (hohes Konsumniveau, bessere wirtschaftliche Zukunftsperspektiven usw.) zusammen. Die Schweiz kennt ein duales Zulassungssystem, das Kontingente für qualifizierte Arbeitskräfte aus Drittstaaten vorsieht. Das Ausländer- und Integrationsgesetz (AIG)²⁹ macht die Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung zur Ausübung einer Erwerbstätigkeit in der Schweiz namentlich davon abhängig, dass die gesuchstellende Person über eine Wohnung verfügt und die Lohn- und Arbeitsbedingungen eingehalten werden. Dies setzt wiederum den Abschluss eines Arbeitsvertrags vor der Einreise in die Schweiz voraus. Sans-Papiers aus Drittstaaten erfüllen diese Zulassungskriterien in der Regel nicht. Somit ist anzunehmen, dass sich diese Personen unmittelbar nach ihrer Ankunft in der Schweiz auf die Stellensuche machen, um ihre Grundbedürfnisse zu befriedigen. Denn jeder kurz- oder längerfristige Aufenthalt in einem Land ist mit Kosten verbunden und setzt voraus, dass genügende finanzielle Mittel vorhanden sind. Es ist allgemein bekannt, dass Sans-Papiers und ihre Arbeitgebenden wegen des rechtswidrigen Aufenthalts keinen Kontakt zu den Behörden wünschen. Deshalb melden sich Sans-Papiers meistens nicht bei den Sozialversicherungen oder Ausgleichskassen an, wenn sie eine Stelle gefunden haben. Dies gilt auch für den Kontakt mit den Migrationsbehörden, weil sie befürchten, dass ihr illegaler Aufenthaltsstatus bekannt wird und sie von der Schweiz weggewiesen werden.

3.4 Sicherstellung des Wegweisungsvollzugs

Abgewiesene Asylsuchende und Personen mit rechtswidrigem Aufenthalt sind verpflichtet, die Schweiz zu verlassen. Mit der Wegweisungsverfügung ist grundsätzlich eine angemessene Ausreisefrist anzusetzen (Art. 64d AIG). Für den Wegweisungsvollzug sind die Kantone zuständig. Nach Eröffnung einer Wegweisungsverfügung kann die zuständige kantonale Behörde die ausländische Person verpflichten, sich regelmässig bei einer Behörde zu melden, eine angemessene finanzielle Sicherheit zu leisten oder ihre Reisedokumente zu hinterlegen (Art. 64e AIG). Je nach Stand des Verfahrens kann sie verschiedene Zwangsmassnahmen zur Durchsetzung der Wegweisungsverfügung anordnen (Ein- und Ausgrenzung oder Vorbereitungshaft, vgl. Art. 73 ff. AIG). Wenn die von einer Wegweisungsverfügung betroffene Person die Schweiz nicht freiwillig verlässt, kann sie zwangsweise ausgeschafft werden. Das SEM leistet der kantonalen Behörde administrative Unterstützung beim Wegweisungsvollzug, namentlich durch die Zusammenarbeit bei der Beschaffung von Reisedokumenten oder der Reiseorganisation sowie durch die Koordination zwischen den betreffenden Kantonen und dem Eidgenössischen Departement für auswärtige Angelegenheiten (Art. 71 AIG).

²⁸ Vgl. diesbezüglich Denise Efionayi-Mäder, Silvia Schönenberger und Ilka Steiner (2010) «Leben als Sans-Papiers in der Schweiz», a. a. O., S. 59.

²⁹ SR 142.1

Der Vollzug der Wegweisungsentscheide bei Ausländerinnen und Ausländern mit rechtswidrigem Aufenthalt ist auch ein wichtiges Element der Ausländer- und Asylpolitik des Bundesrats. Er ergreift die notwendigen Massnahmen, um diesen Vollzug sicherzustellen. Die Schweiz hat mit zahlreichen Ländern Rückübernahmeabkommen und Migrationspartnerschaften abgeschlossen. In der Antwort zur Interpellation Müller (18.3809) «Schwierige Ausschaffungen. Was macht der Bundesrat?» hat der Bundesrat festgehalten, dass die internationale Zusammenarbeit im Rückkehrbereich im Allgemeinen gut funktioniert. Dies gilt auch für zahlreiche Staaten, mit denen kein Rückübernahmeabkommen abgeschlossen wurde. Dennoch gestaltet sich die Zusammenarbeit mit einzelnen Staaten schwierig. Der Bundesrat ergreift alle möglichen Massnahmen, die für eine verbesserte Zusammenarbeit erforderlich sind.

Wie in Ziffer 3.2.2 erwähnt, stammt die Mehrheit der Sans-Papiers aus Süd- oder Mittelamerika (42 %) oder aus europäischen Ländern, die nicht der EU/EFTA angehören (24 %). Obwohl die Schweiz mit Brasilien und Kolumbien kein Rückübernahmeabkommen abgeschlossen hat, bestehen bisher keine besonderen Schwierigkeiten bei der zwangsweisen Rückführung in diese Staaten. Dies gilt auch für die erwähnten europäischen Staaten, mit denen die Zusammenarbeit im Rückkehrbereich sehr gut funktioniert. Eine freiwillige Rückkehr ist auf jeden Fall immer möglich.

Bei Sans-Papiers aus Afrika und Asien handelt es sich überwiegend um abgewiesene Asylsuchende, die in der Schweiz untergetaucht sind.³⁰ Auch mit den Herkunftsstaaten aus diesen beiden Regionen funktioniert die Zusammenarbeit im Rückkehrbereich im Allgemeinen gut. Mit einzelnen Staaten bestehen hier jedoch Schwierigkeiten. Die Schweiz führt mit ihnen einen regelmässigen Migrationsdialog, um Verbesserungen im Rückkehrbereich zu erzielen. So konnte beispielsweise die Zusammenarbeit mit Äthiopien, die über Jahre hinweg komplett blockiert war, im Januar 2019 rechtlich geregelt werden.

3.5 Politische Vorstösse auf Bundesebene

Die Thematik des rechtswidrigen Aufenthalts wurde insbesondere aktuell, als sich die langfristigen Folgen der Saisonierpolitik der 1980er- und 1990er-Jahre bemerkbar machten (z. B. bezüglich der versteckten Kinder von Saisoniers). Dies löste bereits in den 1990er-Jahren einzelne politische Vorstösse aus. Doch erst die Mobilisierung der Sans-Papiers im Jahr 2001 (Besetzung von Kirchen in verschiedenen Schweizer Städten und Kantonen, unter anderem durch abgewiesene Asylsuchende)³¹ führte dazu, dass sich die Bundespolitik verbreitet mit dem rechtswidrigen Aufenthalt und der illegalen Erwerbstätigkeit befasste. In jüngerer Zeit wurden weitere Themen wie der Zugang von Sans-Papiers zu einer Berufslehre (ab 2008) und zu den Sozialversicherungen (ab 2009) oder die Operation Papyrus im Kanton Genf im Parlament vorgebracht.

3.5.1 Aufenthaltsregelung und Operation Papyrus

Zwischen 1997 und 2001 zielten die parlamentarischen Vorstösse in erster Linie auf eine kollektive Regularisierung der Sans-Papiers ab. Die Motion Fankhauser (97.3577) « Amnestie für Papierlose » wurde 1999 eingereicht und von 111 Parlamentarierinnen und Parlamentariern mitunterzeichnet. Sie wurde als Postulat überwiesen, um die unterschiedliche Praxis der Kantone bei der Regelung von Härtefällen zu prüfen. Es folgten zahlreiche weitere parlamentarische Vorstösse zur kollektiven Regularisierung von Sans-Papiers, darunter die Interpellation Hubmann (00.3370) « Regularisierung der Sans-Papiers » und die Motion Zisyadis (01.3149) « Aufenthaltsbewilligung für Papierlose in der Schweiz ». In den Jahren 2001 und 2004 nahm das Parlament auch von der Petition « Regularisierung der Papierlosen » des Zürcher Regionalkomitees (01.2011) zur Kenntnis, ohne ihr Folge zu geben. Die Petition forderte einen Rechtsrahmen für die Regularisierung von Sans-Papiers. Die Motion Barthassat (10.3762) « Legalisierung des Aufenthalts der Sans-Papiers. Einführung der Verjährung im

³⁰ Vgl. Bericht «Sans-Papiers in der Schweiz 2015», a. a. O., S. 41.

³¹ Zunächst in den Westschweizer Kantonen FR, VD und NE, im späteren Jahresverlauf auch in den Städten Basel, Bern und Zürich.

Ausländergesetz » wollte im AIG eine Bestimmung einführen, wonach Ausländerinnen und Ausländer nach einer bestimmten Aufenthaltsdauer eine Bewilligung beantragen können. Sie wurde abgelehnt. Die Motion Romano (12.3212) « Änderung von Artikel 30 Absatz 1 Buchstabe b des Ausländergesetzes. Härtefälle », die eine konkretere Formulierung dieser Bestimmung verlangte, wurde ebenfalls abgelehnt. Aufgrund der Gesundheitskrise im Zusammenhang mit dem Coronavirus wurde auch eine Motion für eine kollektive Regularisierung eingereicht (Motion Prezioso Batou (20.3339) « Generelle Legalisierung von Sans-Papiers und garantierter Zugang zu Sozialhilfe für die ganze Bevölkerung », siehe unten).

Die Operation Papyrus im Kanton Genf hat ebenfalls zu mehreren Vorstössen geführt. Dazu gehören zum Beispiel die Motion der SVP (17.3099) « Aufenthaltsbewilligungen für Sans-Papiers. Schluss mit der Genfer Praxis » (abgelehnt); die Fragen von Frau Nationalrätin Amaudruz (17.5000, 17.5009 und 17.5010), die sich in erster Linie mit den Bedingungen für diese Operation befassen sowie die parlamentarische Initiative der SVP (17.414) « Die Illegalität ist kein Härtefall », die die Festlegung der Härtefallkriterien im Gesetz und Höchstzahlen für Aufenthaltsbewilligungen in solchen Fällen forderte und der die SPK-N gemäss Beschluss vom 13. April 2018 keine Folge gab. Zwei Fragen befassen sich mit den Ergebnissen der Operation Papyrus (20.5072 und 20.5073) « Sans-papiers. Operation Papyrus (1 und 2) ». Sie beziehen sich auf die Haltung des SEM zu den Dossiers von Sans-Papiers, die kein Gesuch im Rahmen der Operation Papyrus eingereicht haben oder die nicht regularisiert worden sind. Die Interpellation Amaudruz (20.3775) « Papyrus. Vertrauen oder Versagen? » verlangt angesichts der bekannt gewordenen Betrugsfälle vom Bundesrat Auskunft darüber, wie der Kanton Genf und die Bundesbehörden die Gesuche um Härtefallbewilligungen behandelt haben.

Die Motion der SGK (18.3005) « Für eine kohärente Gesetzgebung zu Sans-Papiers » wurde von der SGK-N am 17. Mai 2018 zurückgezogen, nachdem die SPK-N das Postulat (18.3381) « Gesamthafte Prüfung der Problematik der Sans-Papiers » eingereicht hat, auf dem der vorliegende Bericht beruht. Am 12. Juni 2018 wurde dieses Postulat an den Bundesrat überwiesen. Die Fraktion der SVP hat die Motion (18.3421) « Für eine kohärente Praxis bei illegalen Einwanderern (Sans-Papiers) » eingereicht, die vom Bundesrat die Vorlage von Gesetzesänderungen in Anlehnung an die oben erwähnte Motion der SGK (18.3005) verlangt (beschränkter Zugang zu Sozialversicherungen, verschärfte Strafnormen, verstärkter Datenaustausch zwischen den verschiedenen Akteuren). Die Motion der Fraktion der SVP wurde am 19. Juni 2020 abgeschlossen.

Der Bundesrat hat sich stets gegen eine kollektive Regularisierung von Sans-Papiers und für eine Einzelfallregelung ausgesprochen. Er war auch immer der Ansicht, dass die im AIG und in der Verordnung über Zulassung, Aufenthalt und Erwerbstätigkeit (VZAE) genannten Kriterien ausreichend sind, um Härtefälle zu regeln. Dies geht auch aus den parlamentarischen Beratungen zur Schaffung des Ausländergesetzes hervor, das seit dem 1. Januar 2008 in Kraft ist.

Das Thema der City-Card für Sans-Papiers (Ziff. 6.3) wurde im Rahmen einer Interpellation von Nationalrat Hess (19.3933) « Verstossen City-Cards gegen geltendes Recht? » eingebracht (noch nicht behandelt). In seinen Antworten auf die Frage von Nationalrat Rutz (18.5587) « Legalisierung illegal anwesender Ausländer auf kommunaler Ebene » und die Interpellation Quadri (19.4545) mit dem Titel: « Missachtung des Gesetzes und des Volkswillens. Die Eidgenössische Migrationskommission will den illegalen Aufenthalt von abgewiesenen Asylsuchenden legalisieren » hat der Bundesrat festgehalten, dass die Gemeinden und die Kantone keine Kompetenz haben, den Aufenthalt von Sans-Papiers nach eigenen Bestimmungen durch die Abgabe eines Ausweises wie einer City-Card verbindlich zu regeln.

Die Auswirkungen der Gesundheitskrise im Zusammenhang mit dem Coronavirus auf die Sans-Papiers wurde auch in der ausserordentlichen Session vom 4. bis 8. Mai 2020 in zahlreichen parlamentarischen Vorstössen thematisiert. Die Motion Roduit (20.3446) « Situation der Menschen ohne rechtlich geregelten Status berücksichtigen », die Motion Baume-Schneider (20.3420) « Situation der Menschen ohne rechtlich geregelten Status berücksichtigen » und die Interpellation Marra (20.3298) « Welche Hilfe erhalten Sans-Papiers während der Covid-19-Krise? » schlagen vor, dass

der Bundesrat einen Hilfsfonds für Sans-Papiers einrichtet, um die finanziellen Folgen dieser Krise zu mindern. Die Motion Prezioso Batou (20.3339) « Generelle Legalisierung von Sans-Papiers und garantierter Zugang zu Sozialhilfe für die ganze Bevölkerung » fordert eine kollektive Regularisierung der Sans-Papiers, damit diese einen besseren Zugang zu Leistungen der Sozialversicherungen und Zugang zur Sozialhilfe erhalten. Und schliesslich befassen sich die Interpellationen Prezioso Batou (20.3338) « Im Interesse der gesamten Bevölkerung soll der Zugang zu den Leistungen der Gesundheitsversorgung und zu den Sozialleistungen für alle Menschen sichergestellt sein » und Arslan (20.3390) « Verarmungswelle in der Schweiz muss verhindert werden » mit dem Zugang der Sans-Papiers zu Leistungen im Gesundheitswesen und anderen Leistungen, die aufgrund der Gesundheitskrise gewährt werden. Die Interpellation Geissbühler (20.3472) « Wer Sans-Papiers beschäftigt, macht sich strafbar », die noch nicht behandelt wurde, enthält Fragen an den Bundesrat zur illegalen Beschäftigung und deren Folgen. Die Sozialdemokratische Fraktion hat eine dringliche Interpellation (20.3474) « Würdige Arbeitsbedingungen für Haushaltshilfen » eingereicht, die vom Bundesrat Auskunft verlangt über die Bedingungen für die in Privathaushalten beschäftigten Personen während der Gesundheitskrise (erledigt).

Zudem hat der Nationalrat das Postulat Nantermod (19.3651) « Für eine Zuwanderungsregelung, die den Bedürfnissen der Schweiz entspricht » angenommen. Es beauftragt den Bundesrat, in einem Bericht die verschiedenen Varianten für ein besseres System zur Regelung der Zuwanderung aus Drittstaaten zu prüfen. Optionen sind gemäss dem Postulat eine Verbesserung des heute geltenden Kontingentsmodells oder der Ersatz dieses Modells durch ein System, das stärker auf die Bedürfnisse der Wirtschaft ausgerichtet ist. Dies insbesondere in Branchen, in denen ein Mangel an einheimischen Arbeitskräften herrscht. Der Bundesrat wird diesen Bericht bis am 3. März 2022 verabschieden (Art. 124 ParlG).

3.5.2 Zugang von Sans-Papiers zu Schulbildung und Berufslehre

Vor 2008 haben sich die Politik und die Öffentlichkeit nur sporadisch mit diesem Thema befasst. Zu erwähnen sind namentlich die Interpellation Glasson (01.3497) « Zukunft der Kinder rechtswidrig anwesender Ausländer » und die Frage Bühlmann (01.5157) « Fehlende Berufsperspektiven für Kinder von «sans-papiers» ».

Die Annahme der Motion Barthassat (08.3616) « Jugendlichen ohne gesetzlichen Status eine Berufslehre ermöglichen » durch das Parlament war ein Wendepunkt in diesem Bereich. Die massgebende Verordnung wurde mit einer Bestimmung ergänzt, die die Voraussetzungen für die Absolvierung einer Berufslehre durch Sans-Papiers festlegt (Art. 30a VZAE). Dieser Artikel trat am 1. Februar 2013 in Kraft. Das gleiche Ziel verfolgten die Standesinitiativen der Kantone Neuenburg (10.318) « Berufslehre für Sans-Papiers », Jura (10.330) « Zugang zur Berufslehre für Jugendliche ohne Rechtsstatus » und Basel-Stadt (10.325) « Zugang zu Lehrstellen für Sans-Papiers » sowie die Motion Perrinjaquet (10.3375) « Jugendliche Sans-Papiers. Berufsbildung ja, aber keine Umgehung des Rechts ». Sie wurden aufgrund der Annahme der oben erwähnten Motion Barthassat abgelehnt. In der Antwort auf die Frage Bea Heim (14.5221) « Jugendliche Sans-Papiers » nahm der Bundesrat Stellung zur Anzahl der Gesuche, die nach Inkrafttreten der neuen Bestimmung eingereicht wurden.

3.5.3 Zugang zu den Sozialversicherungen

Das im Jahr 2009 eingereichte Postulat Heim (09.3484) « Sans-Papiers. Krankenversicherung und Zugang zur Gesundheitsversorgung » beauftragte den Bundesrat, einen Bericht zur Problematik der Krankenversicherung und des Zugangs von Sans-Papiers zur Gesundheitsversorgung auszuarbeiten. In seinem Bericht hielt es der Bundesrat für angebracht, dass alle Sans-Papiers versichert sind. Mit der Interpellation Heim (09.4122) « Menschenwürde für Papierlose » und der dringlichen Anfrage Goll (10.1053) « Krankenversicherung. Wird das Obligatorium ausgehöhlt? » wurden weitere Vorstösse im Parlament eingereicht. Diese beauftragen den Bundesrat, die Situation von Sans-Papiers zu prüfen und deren Zugang zur Krankenversicherung und Gesundheitsversorgung zu gewährleisten. In seiner Antwort auf die Motion Kuprecht (10.3203) « Aufhebung der KVG-Grundversicherungspflicht für

Sans-Papiers », die vom Parlament abgelehnt wurde, hält der Bundesrat fest, dass Sans-Papiers nicht von der Krankenversicherung auszuschliessen sind. Der Grundsatz der Krankenversicherung von Sans-Papiers wurde auch in den Antworten zu verschiedenen Vorstössen vertreten, so in der Motion Stahl (13.4093) und in den Anfragen Geissbühler (12.5238) und Carobbio (14.1104). Die parlamentarische Initiative Reimann (12.484), wonach bestimmte Personengruppen nicht mehr obligatorisch versichert werden sollen, wurde ebenfalls abgelehnt. Auch die Motion (12.3942), in welcher der gleiche Motionär forderte, dass Sans-Papiers keine KVG-Prämienverbilligung erhalten sollen, wurde abgelehnt.

Zu erwähnen sind auch die Vorstösse, die sich mit dem Zugang von Sans-Papiers oder anderen Ausländergruppen zu den Sozialversicherungen befassen: beispielsweise die Motion SVP (12.3819) « Asylwesen. Gesundheitsversorgung ausserhalb des KVG sicherstellen » (abgelehnt); die Motion Brand (12.3820) « Nothilfebezüger nicht mehr bei einer Krankenkasse versichern », wonach Nothilfebezüger im Krankheitsfall von den zuständigen kantonalen Behörden zur absoluten Mindestversorgung an einen Arzt verwiesen werden sollen (abgelehnt); die parlamentarische Initiative Giezendanner (16.467) « Keine Versicherungspflicht für illegale Aufenthalter » (zurückgezogen); die Motion Flückiger (17.3535) « Eine «Krankenversicherung light» für Personen mit ungeklärtem Aufenthaltsrecht » (abgeschrieben); das Postulat de Courten (17.3483) « Massnahmen zur Senkung der Prämienlast in der obligatorischen Krankenversicherung. Gesundheitskosten im Asyl- und Flüchtlingswesen zulasten des Bundes » (abgeschrieben). Zu nennen sind auch die Interpellation Steinmann (18.3125) « Übersicht über die Leistungen zulasten der Allgemeinheit, die illegal Anwesende beziehen können » und die Motion SGK-N (18.3005) « Für eine kohärente Gesetzgebung zu Sans-Papiers », die am 18. Mai 2018 zurückgezogen wurde zugunsten des Postulats der SPK-N (18.3381), das diesem Bericht zugrunde liegt.

Wie bereits im Kapitel zur Aufenthaltsregelung und zur Operation Papyrus erwähnt (Ziff. 3.5.1), wurden infolge der Gesundheitskrise im Zusammenhang mit dem Coronavirus zahlreiche parlamentarische Vorstösse eingereicht, die sich namentlich mit dem Zugang von Sans-Papiers zur Gesundheitsversorgung und mit deren pandemiebedingten Situation befassen.

3.5.4 Datenaustausch zwischen den Behörden

Im Bericht vom 22. Oktober 2010 in Erfüllung des Postulats Lustenberger (07.3682) « Erleichterter Datenaustausch zwischen Bundes- und Kantonsbehörden » hat der Bundesrat das EJPD beauftragt, zusammen mit dem EDI und dem EVD zu prüfen, ob die Asyl- und Ausländerbehörden zu informieren sind, wenn bestimmte Personen ohne gültige Aufenthaltsbewilligung Sozialversicherungsbeiträge bezahlen oder Leistungen der Sozialversicherungen beziehen. Die im Jahr 2010 eingereichte Motion Wehrli (10.3206) « Personenkontrolle. Effizienter Datenzugriff der Sozialversicherungen » (abgeschrieben) ging in die gleiche Richtung. Die Motionen Hess (18.4209) « Wohnsitzfrage, Krankenkassenprämie und stationäre Anteile der Kantone. Weniger Bürokratie, weniger Fehler » und Brand (18.3765) « Zeitgemässer elektronischer Datenaustausch zwischen Gemeinden und Krankenversicherern » wurden vom Parlament angenommen. Sie streben einen vereinfachten Datenaustausch zwischen den Krankenversicherern und den Kantonen an.

3.5.5 Scheinehen

Die parlamentarische Initiative Brunner (05.463) « Scheinehen unterbinden » hatte eine wichtige Änderung zur Folge. Sie bezweckte, die Heirat von Ausländerinnen und Ausländern ohne Aufenthaltsbewilligung zu verhindern. Die entsprechenden Gesetzesänderungen traten im Jahr 2011 in Kraft (namentlich Art. 98 Abs. 4 des Zivilgesetzbuchs, ZGB).

3.6 Situation der Sans-Papiers während der Coronapandemie

Die Mehrheit der Sans-Papiers sind keine Schutzsuchende; ihre Einreise erfolgte im Hinblick auf die Ausübung einer Erwerbstätigkeit. Sie sind hauptsächlich in der Hauswirtschaft, im Gastgewerbe oder auf dem Bau tätig (vgl. Ziff. 3.2 und 3.3). Die Gesundheitskrise aufgrund des Coronavirus und die

erforderlichen Schutzmassnahmen (v. a. der Lockdown) haben dazu geführt, dass viele Schweizerinnen und Schweizer, rechtmässig in der Schweiz anwesende Ausländerinnen und Ausländer sowie Sans-Papiers ihre Arbeitsstelle verloren haben. Die wirtschaftliche Situation hat sich allgemein verschlechtert. Dies gilt insbesondere für jene Menschen, die bereits vor dieser Krise Mühe hatten, ihren Lebensunterhalt zu bestreiten.

Die Situation der Sans-Papiers hat zu verschiedenen politischen Vorstössen auf Bundesebene geführt. Sie zielen insbesondere darauf ab, dass Sans-Papiers zusätzlich zu ihrem bestehenden Anspruch auf Nothilfe bei Bedarf auch finanzielle Leistungen oder einen erweiterten oder kostenlosen Zugang zur Gesundheitsversorgung (vgl. Ziff. 3.5) erhalten. Zahlreiche Hilfsorganisationen haben solche Massnahmen ebenfalls unterstützt. Sie haben zum Teil Lebensmittel an bedürftige Migrantinnen und Migranten verteilt oder Geld bereitgestellt, um den negativen Folgen der Krise entgegenzuwirken.

Im April 2020 haben rund 30 Organisationen aus dem Kanton Waadt einen offenen Brief mit einem Hilferuf an die Behörden des Bundes, der Kantone und der Gemeinden gerichtet. Ihr Anliegen war eine Ausweitung der besonderen Unterstützung für Schweizerinnen und Schweizer sowie ausländische Personen mit rechtmässigem Aufenthalt auch auf die Sans-Papiers. Die Stadt Bern hat sich namentlich an der Finanzierung eines Fonds beteiligt, der von einer Unterstützungsgruppe für Sans-Papiers geschaffen wurde und der die Sans-Papiers während der Krise finanziell unterstützen soll.

Die Stadt Zürich stand schon zu Beginn der Pandemie in Kontakt mit zahlreichen Akteuren der Zivilgesellschaft, um die Lücken bei der sozialen Absicherung der Bevölkerung zu schliessen. Dies erfolgte mit städtischen Angeboten oder durch die finanzielle Unterstützung entsprechender Organisationen. Die dafür bereitgestellten finanziellen Mittel stammen aus Vermächtnissen und sind zweckgebunden. Ihre Verwaltung erfolgt durch das Sozialdepartement.

Der Genfer Staatsrat verabschiedete am 25. Mai 2020 den Entwurf eines dringlichen und auf zwei Monate befristeten Gesetzes, das Personen, die aufgrund der Massnahmen zur Bekämpfung des Coronavirus einen Verdienstaufschlag erlitten haben, unterstützen soll. Diese Hilfe in Form einer zeitlich begrenzten Einmalentschädigung soll den Verdienstaufschlag zu 80 Prozent ausgleichen. Sie richtet sich an alle Personen, die seit mindestens einem Jahr in Genf wohnen und in den drei Monaten vor Inkrafttreten der kantonalen Massnahmen zur Eindämmung des Coronavirus erwerbstätig waren; dies unabhängig von der Art der Erwerbstätigkeit, der beruflichen Stellung oder dem Rechtsstatus. Das Referendum gegen dieses Gesetz ist am 14. September 2020 abgelaufen.

Vom 2. Mai bis zum 6. Juni 2020 verteilten die Caravane de la Solidarité und ihre Partner aus Organisationen und staatlichen Stellen einmal pro Woche Lebensmittel in Genf. Médecins sans frontières (MSF) und die Universitätsspitäler Genf (HUG) boten den Personen, die Lebensmittel erhalten haben, auch verschiedene medizinische Leistungen an. Am 2. Mai 2020³² wurde eine erste Studie mit einer Umfrage durchgeführt. Dabei zeigte sich, dass 52 Prozent der 532 Personen, die den Fragebogen ausgefüllt haben, Sans-Papiers sind (3,4 % waren Schweizerinnen und Schweizer, 28,3 % ausländische Personen mit einer Aufenthaltsregelung, 4,3 % Asylsuchende und 12 % Personen mit unbekanntem Status). Was den Zugang zur Gesundheitsversorgung betrifft, verfügten 40 Prozent der befragten Personen über eine Krankenversicherung. Bei den Sans-Papiers waren es nur 10 Prozent.

Bei der Lebensmittelverteilung vom 6. Juni 2020 waren 21,8 Prozent aller Teilnehmenden Sans-Papiers. Die zweite Studie beruhte auf den Daten von 310 Erwachsenen und 542 Kindern.³³ Im Gegensatz zur ersten Studie, die auch alleinstehende Sans-Papiers umfasste, betraf sie nur Familien

³² Vgl. Bericht Médecins sans frontières und Universitätsspitäler Genf «Connaissance, attitude et pratiques en lien avec le COVID-19 parmi les personnes en insécurité alimentaire à Genève», verfügbar unter: www.hu-ge.ch.

³³ Vgl. Bericht Médecins sans frontières und Universitätsspitäler Genf «Conditions de vie, santé et sécurité alimentaire des familles avec enfants participant aux distributions alimentaires durant la crise du COVID-19 à Genève», verfügbar unter: www.hu-ge.ch.

mit Kindern unter 13 Jahren. Sie kommt zum Schluss, dass 10,1 Prozent der Teilnehmenden Schweizerinnen und Schweizer und 13 Prozent Personen mit einer Niederlassungsbewilligung (Ausweis C) waren. Insgesamt besaßen 53,5 Prozent der Teilnehmenden eine Aufenthaltsbewilligung oder eine andere Anwesenheitsberechtigung (Ausweis B: 38,8 %, Ausweis F: 12,4 %, Ausweis N [Asylsuchende]: 1,3 %, andere Ausweise: 1 %). 2 Prozent waren Touristen oder hatten einen unbekanntem Status.

Es ist festzuhalten, dass Sans-Papiers über diese Initiativen der Kantone, Städte und Hilfswerke hinaus trotz ihrer Verpflichtung zur Ausreise nicht vollständig von den Sozialleistungen ausgeschlossen sind. Während ihres Aufenthalts in der Schweiz müssen sie einer obligatorischen Krankenversicherung angeschlossen sein und sie können entsprechende Leistungen beanspruchen (Art. 3 des Bundesgesetzes über die Krankenversicherung, KVG; SR 832.10). In einigen Kantonen können sie auch ohne Krankenversicherung gewisse Gesundheitseinrichtungen in Anspruch nehmen. In einigen Kantonen erhalten sie zudem Prämienverbilligungen (vgl. Ziff. 7.1–7.3 und 9.2).

Gemäss Artikel 12 der Bundesverfassung hat jede Person mit Aufenthalt in der Schweiz einen Anspruch auf Nothilfe, wenn sie Not gerät und nicht in der Lage ist, für sich zu sorgen. Diese Nothilfe wird unabhängig vom Aufenthaltsstatus gewährt. Sie umfasst einen Anspruch auf Hilfe und Betreuung und auf die Mittel, die für ein menschenwürdiges Dasein unerlässlich sind. Für die Ausrichtung der Nothilfe sind die Kantone zuständig. Sie beinhaltet eine Unterkunft, Nahrung, Kleidung und die medizinische Notfallversorgung (vgl. Ziff. 9.2).

Personen, die in der Alters- und Hinterlassenenversicherung versichert sind (AHVG; SR 831.10), und Personen, die nach diesem Gesetz als Selbstständigerwerbende anerkannt sind, haben Anspruch auf Erwerbsersatz, wenn sie aufgrund der Massnahmen zur Bekämpfung des Coronavirus einen Verdienstausfall erleiden. Dabei gelten die Bestimmungen der Covid-19-Verordnung Erwerbsausfall (SR 830.31). Personen, die sich rechtswidrig in der Schweiz aufhalten und der AHV angeschlossen sind, können diese Leistungen ebenfalls beanspruchen. In der Praxis vermeiden Sans-Papiers aber den Kontakt zu den Behörden und beantragen auch selten solche Leistungen.

In den Ziffern 7 und 9 werden die Leistungen der verschiedenen Sozialversicherungen im Detail aufgezeigt, auf die Sans-Papiers Anspruch haben.

Im Zusammenhang mit den Folgen der Coronavirus-Pandemie haben sich auf europäischer Ebene Italien und Portugal für gewisse Formen einer kollektiven Regularisierung namentlich von erwerbstätigen Sans-Papiers ausgesprochen.

In Italien wurde ein Dekret verabschiedet, das unter bestimmten Voraussetzungen die vorübergehende Regularisierung von nicht angemeldeten Arbeitnehmenden oder ein vorübergehendes Aufenthaltsrecht von rechtswidrig anwesenden Ausländerinnen und Ausländern zur Ausübung einer Erwerbstätigkeit ermöglicht. Diese Massnahme beschränkt sich jedoch auf bestimmte Branchen, nämlich die Land- und Viehwirtschaft, die Fischerei, die Pflege und Betreuung und die Hauswirtschaft. Damit sollen diese Arbeitskräfte vor Ausbeutung geschützt werden; sie ersetzen zudem die vielen Saisoniers, die wegen der Gesundheitskrise nicht nach Italien einreisen durften. Bis zum Ablauf der Anmeldefrist wurden 200 000 Dossiers eingereicht. Gemäss dem italienischen Innenminister stammen 85 Prozent der Gesuche von Haushaltshilfen und Pflegenden. Bei der Mehrheit handelt es sich jedoch um italienische Bürgerinnen und Bürger und nicht um Migrantinnen und Migranten. 13 000 ausländische Staatsangehörige ohne Aufenthaltsbewilligung haben die Möglichkeit genutzt, eine temporäre Aufenthaltsbewilligung zu beantragen.

Die portugiesische Regierung hat in diesem Zusammenhang ebenfalls eine Reihe sozialer und wirtschaftlicher Massnahmen umgesetzt. Sie dürften in erster Linie dem Bau- und Landwirtschaftssektor im Süden des Landes zugutekommen, die auf ausländische Arbeitskräfte angewiesen sind.

4 Regelung von Härtefällen

4.1 Gesetzesbestimmungen und Kriterien für die Prüfung des Gesuchs

Die geltenden Bestimmungen im Ausländer- und Asylrecht erlauben es den kantonalen Behörden, mit der Zustimmung des SEM eine Aufenthaltsbewilligung zu erteilen, wenn ein «schwerwiegender persönlicher Härtefall» vorliegt. Dies gilt auch für Sans-Papiers. Es besteht jedoch kein Anspruch auf die Erteilung einer solchen Bewilligung.

In Bezug auf abgewiesene Asylsuchende sieht Artikel 14 Absatz 2 des Asylgesetzes (AsylG)³⁴ vor, dass die zuständige kantonale Behörde dem SEM ein Gesuch um Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung zur Zustimmung unterbreiten kann, wenn sich die betreffende Person ab Einreichung ihres Asylgesuchs seit mindestens fünf Jahren in der Schweiz aufhält, ihr Aufenthaltsort den Behörden immer bekannt war, ihre Integration in der Schweiz als fortgeschritten erachtet werden kann und kein Widerrufsgrund nach dem AIG besteht (Art. 62 AIG; namentlich keine längerfristige Freiheitsstrafe oder Sozialhilfeabhängigkeit). Diese Regelung gilt unabhängig vom Stand des Asylverfahrens, das heisst also auch für Personen, deren Asylgesuch rechtskräftig abgelehnt wurde.

Für Ausländerinnen und Ausländer, die kein Asylgesuch eingereicht haben, sieht Artikel 30 Absatz 1 Buchstabe b AIG ebenfalls die Möglichkeit der Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung in Abweichung der von den allgemeinen Zulassungsvoraussetzungen vor. Damit kann schwerwiegenden persönlichen Härtefällen oder wichtigen öffentlichen Interessen Rechnung getragen werden. Die zuständigen Migrationsbehörden entscheiden im Rahmen ihres pflichtgemässen Ermessens über die Bewilligungserteilung. Eine Orientierungshilfe bilden dabei die entsprechende Verordnungsbestimmung (Art. 31 VZAE) und die Weisungen des SEM im Ausländerbereich.³⁵ Demnach wird namentlich die Integration der betroffenen Person in der Schweiz berücksichtigt, die eine allfällige Rückkehr in das Herkunftsland als sehr schwer erscheinen lassen kann (Verwurzelung in der Schweiz).

Die Weisungen des SEM umschreiben detailliert, welche Kriterien nach der VZAE für das Vorliegen eines schwerwiegenden persönlichen Härtefalls sprechen können. Ob ein Härtefall vorliegt, ist aber immer im konkreten Einzelfall zu entscheiden. Wenn der Kanton den Aufenthalt einer ausländischen Person regeln möchte (Art. 14 Abs. 2 AsylG oder Art. 30 Abs. 1 Bst. b AIG), muss er seinen Entscheid dem SEM zur Zustimmung unterbreiten (Art. 99 AIG und Art. 5 der Verordnung des EJPD über die dem Zustimmungsverfahren unterliegenden ausländerrechtlichen Bewilligungen und Vorentscheide³⁶). Das SEM erlässt einen formellen Entscheid, der beim Bundesverwaltungsgericht (BVGer) angefochten werden kann. Die aktuelle Praxis des SEM bei der Aufenthaltsregelung von rechtswidrig anwesenden Ausländerinnen und Ausländern stützt sich auf die Rechtsprechung des BVGer in den letzten Jahren.

Im Rahmen der Operation Papyrus im Kanton Genf (Ziff. 5) haben die Behörden den Handlungsspielraum genutzt, den das Gesetz, die Verordnung und die Weisungen des SEM einräumen (siehe auch die Erläuterungen in Ziff. 5 und 13.2.4). Das SEM war als Zustimmungsbehörde an dieser Operation beteiligt. Dabei hat es seine allgemeine Praxis bei Familien insofern angepasst, als es bei der Prüfung eines Härtefalls den Schulbesuch der Kinder in der Schweiz und nicht mehr nur das kritische Alter der Adoleszenz in der Schweiz als Entscheidkriterium berücksichtigt. Diese Lockerung erfolgt innerhalb des Handlungsspielraums, den die Gesetzesbestimmungen und die Weisungen des SEM einräumen. Sie hat keinen Einfluss auf den Ermessensspielraum der Kantone, die frei darüber entscheiden können, ob sie einen Härtefall dem SEM zur Zustimmung unterbreiten oder nicht.

³⁴ SR 142.31

³⁵ Vgl. Weisungen AIG, verfügbar unter: www.sem.admin.ch > Publikationen > I. Weisungen Ausländerbereich, vgl. Ziff. 5.6.

³⁶ SR 142.201.1

Die Annahme eines schwerwiegenden persönlichen Härtefalls setzt voraus, dass sich die betroffene Person in einer persönlichen Notlage befindet. Zudem müssen ihre Lebens- und Daseinsbedingungen gemessen am durchschnittlichen Schicksal von anderen ausländischen Personen in gesteigertem Mass in Frage gestellt sein. Geprüft wird, ob es der ausländischen Person in persönlicher, wirtschaftlicher und sozialer Hinsicht zuzumuten ist, in ihre Heimat zurückzukehren und sich dort aufzuhalten. Zu diesem Zweck ist ihre zukünftige Situation im Ausland ihren persönlichen Verhältnissen in der Schweiz gegenüberzustellen. Die Härtefallregelung bezweckt nicht den Schutz vor kriegesischen Ereignissen und staatlichen Übergriffen oder ähnlichen Situationen, die den Vollzug der Wegweisung unzulässig, unzumutbar oder unmöglich machen. In solchen Fällen wird eine vorläufige Aufnahme geprüft.

Gemäss bisheriger Praxis des Bundesgerichts (BGer) sind bei der Beurteilung von Härtefällen die Gesamtumstände des Einzelfalls zu berücksichtigen. Die Einzelfallprüfung soll die ganze Sachlage erfassen und alle Aspekte berücksichtigen, die für oder gegen die Annahme eines schwerwiegenden persönlichen Härtefalls sprechen.³⁷

Die rechtlichen Kriterien, auf die sich die kantonalen Behörden und das SEM bei der Prüfung eines Härtefallgesuchs stützen, sind in Artikel 31 VZAE und in den Weisungen des SEM aufgeführt. Dabei handelt es sich um folgende Kriterien:

- Integration der ausländischen Person

Die Behörde beurteilt die Integration anhand der Integrationskriterien nach Artikel 58a AIG: Beachtung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung, Respektierung der Werte der Bundesverfassung, Sprachkompetenzen mindestens auf der Niveaustufe A1 des Gemeinsamen Europäischen Referenzrahmens (GER) und die Teilnahme am Wirtschaftsleben oder am Erwerb von Bildung.

Die ausländische Person muss in der Lage sein, mit ihrem Einkommen oder mit Leistungen Dritter, auf die ein Anspruch besteht (z. B. Leistungen der Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenversicherung), ihren Lebensunterhalt zu bestreiten. Sie darf nicht auf Sozialhilfe angewiesen sein. Das SEM prüft zudem, ob gegen die Person Betreibungen oder Verlustscheine vorliegen und ob sie zu den sogenannten «Working Poors» gehört. Entscheidend ist, dass die betreffende Person im Rahmen des ihr Zumutbaren am Wirtschaftsleben teilnimmt (Art. 58a Bst. d AIG i. V. m. Art. 77e VZAE). Dabei sind die persönlichen Verhältnisse angemessen zu berücksichtigen (Art. 58a Abs. 2 AIG i. V. m. Art. 77f VZAE). Das SEM berücksichtigt ebenfalls die Situation von abgewiesenen Asylsuchenden, deren Wegweisung nicht vollzogen werden konnte und die gemäss den geltenden Bestimmungen des Asylrechts keine Erwerbstätigkeit ausüben dürfen (Art. 43 AsylG). Sind die übrigen Voraussetzungen von Artikel 14 Absatz 2 AsylG erfüllt, wird geprüft, ob die Person bei einer Bewilligungserteilung im Rahmen des Härtefalls die Lebenshaltungskosten und allfällige Unterhaltsverpflichtungen durch ein eigenes Einkommen (z. B. Zusicherung einer Arbeitsstelle) bestreiten kann (Art. 77e VZAE).

- Familienverhältnisse, insbesondere der Zeitpunkt der Einschulung und die Dauer des Schulbesuchs der Kinder
- Finanzielle Verhältnisse
- Dauer der Anwesenheit in der Schweiz

In Bezug auf das Kriterium der Anwesenheitsdauer ist festzuhalten, dass – im Gegensatz zu Artikel 14 Absatz 2 AsylG – Artikel 30 Absatz 1 Buchstabe b AIG und die VZAE keine Mindestaufenthaltsdauer erwähnen. Die Weisungen AIG des SEM legen ebenfalls keine Mindestaufenthaltsdauer fest und unterstreichen, dass die Situation von Fall zu Fall zu beurteilen ist. Sie halten jedoch fest, dass der besonderen Situation von Familien Rechnung zu tragen ist und dass in diesem Fall als Richtwert eine Anwesenheit von fünf Jahren in der Schweiz gilt.

- Gesundheitszustand

³⁷ Vgl. BGE 124 II 110 und BGE 128 II 200

- Möglichkeit einer Wiedereingliederung im Herkunftsstaat

Das SEM prüft, ob von der betreffenden Person trotz ihrer langen Anwesenheit in der Schweiz verlangt werden kann, dass sie in den Herkunftsstaat zurückkehrt. Dabei wird berücksichtigt, ob die Person über ein familiäres oder soziales Netz verfügt, mit dem sie in Verbindung geblieben ist. Ebenfalls berücksichtigt wird eine allfällige Ausbildung, welche die Person in ihrem Land und danach in der Schweiz absolviert hat.

Bei abgewiesenen Asylsuchenden, deren Wegweisung nicht vollzogen wurde, berücksichtigt das SEM auch die Gründe, weshalb der Wegweisungsvollzug nicht möglich war. Diese Gründe können unabhängig vom Willen des abgewiesenen Asylsuchenden sein (objektive Gründe, z. B. wenn er selbst dann nicht ausreisen kann, wenn er dies freiwillig wollte). Häufiger ist aber die Situation gegeben, dass eine freiwillige Ausreise möglich wäre, aber ein zwangsweiser Vollzug mangels Bereitschaft der Behörden des Herkunftsstaats nicht durchsetzbar ist (subjektive Gründe). In diesem Fall verweigert das SEM in der Regel selbst bei langem Aufenthalt in der Schweiz die Zustimmung zur Aufenthaltsbewilligung.

- Die ausländische Person muss zudem ihre Identität nachweisen.

4.2 Zugang der Sans-Papiers zur beruflichen Grundbildung

Nach Annahme der Motion Barthassat (08.3616), die vom Bundesrat die Schaffung eines Zugangs von jugendlichen Sans-Papiers zur Berufsbildung verlangte, wurde die VZAE am 1. Februar 2013 mit einer neuen Bestimmung ergänzt. Sie ermöglicht die Erteilung einer Härtefallbewilligung an jugendliche Sans-Papiers, die eine berufliche Grundausbildung absolvieren möchten (Art. 30a VZAE). Die betroffene Person muss den Nachweis erbringen, dass sie in den fünf Jahren vor Einreichung des Gesuchs ununterbrochen die obligatorische Schule in der Schweiz besucht hat. Zudem wird geprüft, ob der Arbeitgeber ein entsprechendes Gesuch eingereicht hat und ob die erforderlichen Lohn- und Arbeitsbedingungen eingehalten werden.

Wie bei der Prüfung von Härtefällen nach Artikel 31 VZAE (Ziff. 4.1), müssen auch in diesem Fall die Integrationskriterien erfüllt sein. Der integrativen Wirkung der Schulbildung wird Rechnung getragen. Die Kriterien der Sprachkenntnisse und des Erwerbs von Bildung gelten angesichts der erforderlichen Dauer des Schulbesuchs (fünf Jahre) allgemein als erfüllt. Von entscheidender Bedeutung ist auch das bisherige Verhalten der ausländischen Person in der Schweiz. Der rechtswidrige Aufenthalt in der Schweiz kann ihr jedoch nicht entgegengehalten werden, da sie in der Regel ihren Eltern in die Schweiz gefolgt ist. Die Aufenthaltsvoraussetzungen der Eltern und Geschwister der Person, welche die Bedingungen für die Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung gemäss Artikel 30a VZAE erfüllt, sind nach den Vorgaben von Artikel 31 VZAE zu prüfen.

Seit 2013 haben die Kantone dem SEM nur 61 Fälle von solchen jugendlichen Sans-Papieren übermittelt. Dies erklärt sich dadurch, dass sie selten allein in der Schweiz leben und grundsätzlich von ihren Eltern und Geschwistern begleitet werden. Wenn sich die Frage einer möglichen Berufslehre stellt, erfüllt die restliche Familie in der Regel die Härtefallkriterien nach Artikel 31 VZAE. Die jungen Ausländerinnen und Ausländer werden in diesem Fall in das Härtefallgesuch der ganzen Familie einbezogen und nicht individuell als Lernende geregelt.

4.3 Statistiken zum Zustimmungsverfahren des SEM

Zusammenfassung

Das SEM veröffentlicht jährlich eine Statistik der Gesuche um Zustimmung zur Erteilung einer Härtefallbewilligung, die es von den Kantonen erhält.

Die nachfolgenden Tabellen zeigen, dass das SEM zwischen 2014 und 2019 die meisten Härtefälle bewilligt hat, die ihm nach Artikel 30 Absatz 1 Buchstabe b AIG (oder nach Artikel 14 Absatz 2 AsylG unterbreitet wurden).

Ausländerrechtliche Härtefälle

In fünf Jahren haben die Kantone dem SEM insgesamt 3471 Gesuche um Zustimmung nach Artikel 30 Absatz 1 Buchstabe b AIG unterbreitet. Es hat 45 Gesuche oder 1,29 Prozent abgelehnt. Zehn Deutschschweizer Kantone (AI, AR, LU, NW, OW, SH, SZ, TG, UR, ZG) und TI haben kein Gesuch unterbreitet. Seit 2016 hat die Zahl der dem SEM unterbreiteten Fälle zugenommen. Dies ist auf die Fälle zurückzuführen, die im Rahmen der Operation Papyrus in Genf (vgl. Ziff. 5) unterbreitet wurden und die ebenfalls in den Statistiken enthalten sind. Die zwei grössten Westschweizer Kantone GE (2841 Gesuche bei 6 Ablehnungen) und VD (399 Gesuche bei 14 Ablehnungen) sowie FR (50 Gesuche bei 0 Ablehnungen) haben am meisten Fälle zur Zustimmung unterbreitet, gefolgt von den Kantonen BE (44 Gesuche bei 0 Ablehnungen) und BS (36 Gesuche bei 0 Ablehnungen). Acht Kantone (AG, BL, GL, JU, NE, SO, VS, ZH) haben von 2014 bis 2018 ein bis zehn Gesuche unterbreitet.

Asylrechtliche Härtefälle

Bei der Zustimmung in Härtefällen nach Artikel 14 Absatz 2 AsylG (Personen mit Asylgesuch) sieht die Situation etwas anders aus. Mit Ausnahme von Uri haben alle Kantone zwischen 2014 und 2019 dem SEM Gesuche unterbreitet. Von insgesamt 797 Gesuchen wurden 97 abgelehnt, was einer Ablehnungsquote von 12,17 Prozent entspricht. Die Kantone ZH (149 Gesuche bei 2 Ablehnungen), BE (123 Gesuche bei 12 Ablehnungen) und VD (91 Gesuche bei 36 Ablehnungen) haben zwischen 2014 und 2019 am meisten Gesuche unterbreitet, gefolgt von AG (71 Gesuche bei 13 Ablehnungen) und TI (42 Gesuche bei 10 Ablehnungen). In fünf Jahren haben acht Kantone weniger als zehn Gesuche eingereicht (AI, AR, GL, GR, JU, NW, SZ, UR). GE und FR haben im Vergleich zu den Härtefällen nach Artikel 30 Absatz 1 Buchstabe b AIG (siehe oben) deutlich weniger Gesuche nach Artikel 14 Absatz 2 AsylG unterbreitet (GE: 32 Gesuche bei 1 Ablehnung; FR: 25 Gesuche bei 3 Ablehnungen). VD gehört zu den drei Kantonen, die am meisten Gesuche unterbreitet haben, sowohl für Härtefälle nach Artikel 30 Absatz 1 Buchstabe b AIG als auch nach Artikel 14 Absatz 2 AsylG.

Tabelle zu den Statistiken über die Zustimmung durch das SEM bei Härtefällen nach Artikel 30 Absatz 1 Buchstabe b AIG und Artikel 31 VZAE

V = Gutheissung

X = Ablehnung

T = Total Zustimmungsgesuche

Jahr	2014			2015			2016			2017			2018			2019			Total pro Kanton		
Legende	✓	X	T	✓	X	T	✓	X	T	✓	X	T	✓	X	T	✓	X	T	✓	X	T
Kanton																					
AG	1	0	1													1	0	1	2	0	2
BE	7	0	7	9	0	9	8	0	8	8	0	8	7	0	7	5	0	5	44	0	44
BL				1	0	1							1	0	1	1	0	1	3	0	3
BS	1	0	1	8	0	8	9	0	9	3	0	3	6	0	6	9	0	9	36	0	36
FR	7	0	7	8	0	8	22	0	22	2	0	2	8	0	8	3	0	3	50	0	50
GE	176	5	181	220	0	220	318 ¹	0	318	544 ¹³	0	544	632 ¹³	0	632	951 ¹³	1	952	2841	6	2847
GL	1	0	1																1	0	1
GR																			1	0	1
JU				4	0	4	2	0	2										6	0	6
NE	1	0	1	1	0	1	1	0	1	2	0	2	1	0	1	2	0	2	8	0	8
SG																4	0	4	4	0	4
SO										1	1	2							1	1	2
VD	99	6	105	51	2	53	44	4	48	38	0	38	59	0	59	94	2	96	385	14	399
VS													1	0	1				1	0	1
ZH	1	0	1	2	0	2	2	0	2	2	0	2				3	0	3	10	0	10
Ohne Angaben				14	14	14	4	0	4	7	5	12	1	5	6	7	5	12	16	20	36
TOTAL	294	11	305	318	16	334	410	4	414	607	6	613	716	0	716	1081	8	12	3426	45	3471

NB: Die vom SEM im Rahmen der Operation Papyrus (vgl. Ziff. 5) genehmigten Fälle sind in den Zahlen der Jahre 2016 bis 2018 und teilweise des Jahres 2015 enthalten.

Tabelle zu den Statistiken über die Zustimmung durch das SEM bei Härtefällen nach Artikel 14 Absatz 2 AsylG und Artikel 31 VZAE

V = Gutheissung

X = Ablehnung

T = Total Zustimmungsgesuche

Jahr	2014			2015			2016			2017			2018			2019			Total pro Kanton		
	✓	X	T	✓	X	T	✓	X	T	✓	X	T	✓	X	T	✓	X	T	✓	X	T
AG	10	0	10	4	7	13	8	0	8	3	0	3	9	2	11	22	4	26	58	13	71
AI	-	-	-	-	-	-	-	-	-	1	0	1	1	0	1				2	0	2
AR	-	-	-	4	0	4	-	-	-	-	-	-	-	-	-				4	0	4
BE	11	1	12	19	5	24	22	1	23	25	1	26	16	4	20	18	0	18	111	12	123
BL	5	0	5	5	2	7	5	0	5	4	0	4	13	0	13	33	0	33	65	2	67
BS	-	-	-	5	0	5	-	-	-	12	0	12	3	0	3	1	0	1	21	0	21
FR	5	0	5	1	0	1	8	0	8	7	2	9	1	1	2				22	3	25
GE	1	0	1	8	0	8	8	0	8	6	1	7	5	0	5	3	0	3	31	1	32
GL	-	-	-	-	-	-	1	0	1	-	-	-	-	-	-	2	0	2	3	0	3
GR	2	0	2	1	0	1	1	0	1	-	-	-	-	-	-				4	0	4
JU	0	1	1	-	-	-	1	0	1	-	-	-	1	0	1				2	1	3
LU	5	2	7	1	0	1	5	1	6	3	0	3	9	0	9				23	3	26
NE	4	4	8	6	0	6	4	0	4	2	3	5	1	0	1	3	0	3	20	7	27
NW	-	-	-	-	-	-	-	-	-	1	0	1	-	-	-				1	0	1
OW	2	0	2	-	-	-	-	-	-	-	-	-	4	0	4	5	0	5	11	0	11
SG	3	0	3	-	-	-	4	0	4	1	0	1	-	-	-	11	0	11	19	0	19
SH	0	1	1	1	0	1	1	0	1	-	-	-	-	-	-	5	1	6	7	1	8
SO	-	-	-	2	1	3	5	0	5	4	1	5	-	-	-	4	0	4	15	2	16
SZ	3	0	3	1	0	1	-	-	-	-	-	-	-	-	-				4	0	4
TG	2	0	2	1	0	1	1	0	1	-	-	-	-	-	-	8	0	8	12	0	12
TI	11	3	14	7	0	7	12	4	16	0	1	1	0	2	2	2	0	2	32	10	42
UR	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-
VD	9	7	16	7	2	9	16	7	23	7	8	15	7	5	12	9	7	16	55	36	91
VS	12	0	12	4	0	4	-	-	-	0	2	2	3	0	3				19	2	21
ZG	1	0	1	2	0	2	3	1	4	1	0	1	1	0	1				8	1	9
ZH	11	0	11	26	0	26	16	0	16	23	0	23	44	0	44	27	2	29	147	2	149
Ohne Angaben	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-
TOTAL	97	19	116	105	17	122	121	14	135	100	19	119	124	14	138	153	14	167	700	97	797

4.4 Praxis der Kantone

Von den im Jahr 2015 geschätzten 76 000 Sans-Papiers³⁸ wohnten und arbeiteten die meisten in städtischen Kantonen.

Wie die Statistiken zeigen (Ziff. 4.3), ist die Zahl der dem SEM unterbreiteten Zustimmungsgesuche für Härtefälle von Kanton zu Kanton unterschiedlich. Zwischen 2014 und 2019 haben die Kantone VD und GE am meisten ausländerrechtliche Härtefälle an das SEM übermittelt. Elf vorwiegend Deutschschweizer Kantone haben zwischen 2014 und 2019 dem SEM keine Gesuche unterbreitet. Fast alle Kantone haben in diesem Zeitraum dem SEM jedoch asylrechtliche Härtefälle unterbreitet (insbesondere abgewiesene Asylsuchende).

Dies ist namentlich durch die unterschiedliche Politik und Praxis der Kantone begründet. Die Bestimmungen des AsylG, des AIG und der VZAE sowie die Weisungen des SEM legen den Rechtsrahmen für Härtefallbewilligungen fest (vgl. Ziff. 4.1). Er lässt den Kantonen einen gewissen Handlungsspielraum bezüglich der Fälle, die sie dem SEM zur Zustimmung unterbreiten. Dieser Rechtsrahmen ist auch für das SEM verbindlich beim Entscheid über die Erteilung oder Verweigerung der Härtefallbewilligungen. Es verfügt ebenfalls über einen gewissen Ermessensspielraum für die Festlegung seiner Praxis. Die Entscheide des SEM werden vom Bundesverwaltungsgericht überprüft (Ziff. 4.1).

Die Mehrheit der Kantone, die den Fragebogen des SEM beantwortet hat (Ziff. 1 und Anhang 1), geht davon aus, dass die Ablehnung eines Härtefallgesuchs bei einer Beschwerde durch das zuständige kantonale Gericht bestätigt wird. Allerdings führen nur wenige Kantone umfassende Statistiken zu den Beschwerdeverfahren. Die kantonalen Behörden geben an, dass sie nur wenige Härtefallgesuche ablehnen (die Angaben bewegen sich zwischen null und fünf Ablehnungen in den letzten fünf Jahren bei Gesuchen nach Art. 14 Abs. 2 AsylG und Art. 30 Abs. 1 Bst. b AIG). Der Kanton Zürich hat mitgeteilt, dass er zwischen 2014 und 2018 zwei Fälle in Anwendung von Artikel 30 Absatz 1 Buchstabe b AIG und 21 Fälle in Anwendung von Artikel 14 Absatz 2 AsylG in eigener Kompetenz abgelehnt hat. Im Kanton Bern prüft das kantonale Migrationsamt die Gesuche vorgängig anonym, bevor ein offizielles und nicht anonymes Gesuch eingereicht wird. Dadurch sind die negativen Entscheide des Kantons deutlich zurückgegangen. Der Kanton Genf hat angegeben, dass zwischen 2013 und 2016 insgesamt 193 Gesuche abgelehnt wurden. Der Kanton Waadt hat zwischen 2016 und 2018 insgesamt 89 Gesuche abgelehnt.

Der Handlungsspielraum, den die rechtlichen Bestimmungen und die Weisungen des SEM einräumen, zeigt sich in der Praxis der Kantone GE, VD, BS und ZH:

Kanton Genf

Im Kanton Genf, der eine starke humanitäre Tradition hat, leben gemäss Schätzungen rund 13 000 Sans-Papiers (Stand 2015).³⁹ Mit dem Genfer Projekt «Operation Papyrus» (Ziff. 5) wurde im Rahmen des geltenden Rechts beabsichtigt, den Aufenthalt einer gewissen Anzahl von Sans-Papiers zu regeln und gleichzeitig die Situation in bestimmten Branchen zu bereinigen, in denen besonders viele Sans-Papiers arbeiten. Dazu wurden die gesetzlichen Vorgaben konkretisiert. Zurzeit ist Genf der einzige Kanton, der ein solches Projekt durchgeführt hat. Es endete am 31. Dezember 2018. Die Kriterien für die Regelung des Aufenthalts sowie die Begleitmassnahmen zu diesem Projekt werden in Ziffer 5 erläutert.

Nach dem Ende der « Operation Papyrus » hat der Kanton Genf die Kriterien veröffentlicht, die ab dem 1. Januar 2019 gelten. Sie bilden die Grundlage für die Unterbreitung eines Gesuchs um die Erteilung einer Härtefallbewilligung an das SEM durch das Amt für Bevölkerung und Migration des Kantons Genf (OCPM). Es handelt sich dabei um folgende Kriterien:

³⁸ Vgl. Bericht «Sans-Papiers in der Schweiz 2015», a. a. O., Ziff. 4.1, S. 22.

³⁹ Vgl. Bericht «Sans-Papiers in der Schweiz 2015», a. a. O., Tabelle 4, S. 23.

- ein Aufenthalt von 5 Jahren für Familien mit Kindern. Dieses Kriterium von 5 Jahren gilt für alle Familienangehörigen;
- ein Aufenthalt von 10 Jahren für Alleinstehende und Paare ohne Kinder;
- Nachweis einer erfolgreichen Integration; es müssen Sprachkenntnisse auf dem Niveau A2 (mündlich) nachgewiesen werden;
- keine strafrechtlichen Verurteilungen, keine wiederholte Verurteilungen wegen eines rechtswidrigen Aufenthalts oder wegen einer rechtswidrigen Erwerbstätigkeit, keine aufeinanderfolgenden Einreiseverbote;
- finanzielle Unabhängigkeit und keine Schulden.

Die im Rahmen der «Operation Papyrus» eingeführten Begleitmassnahmen zur Bekämpfung der Schwarzarbeit und des Lohndumpings werden beibehalten:

- Die Verwendung des Anmeldeformulars OCIRT, das einerseits den Sans-Papiers die Einreichung eines Gesuchs für eine Regelung ohne Zustimmung ihres Arbeitgebers erlaubt und andererseits durch die Identifizierung des Arbeitgebers eine bessere Überwachung des Arbeitsmarkts ermöglicht;
- Gezielte Kontrollen des Arbeitsmarkts bei einem Verdacht auf einen Missbrauch;
- Das System «Ménage Emploi» (Ziff. 5.5.1) wird ebenfalls beibehalten; diese Eingliederungsmassnahme dient allen Arbeitnehmenden im Bereich der Hauswirtschaft.

Kanton Waadt

Die Zahl der Sans-Papiers im Kanton Waadt wird auf 12 000 geschätzt (Stand 2015).⁴⁰ Der Kanton beurteilt folgende Dossiers positiv im Hinblick auf eine Unterbreitung an das SEM:

- Alleinstehende Personen: zehn Jahre Aufenthalt, keine oder unbedeutende Vorstrafen, finanziell unabhängig;
- Familien mit Kindern: fünf bis acht Jahre Aufenthalt je nach Alter und Schulbesuch der Kinder, keine oder unbedeutende Vorstrafen, finanziell unabhängig.

Am 28. Februar 2017 wurde im Grossen Rat des Kantons Waadt eine Resolution eingereicht. Sie hatte das Ziel, mit dem SEM in einen Dialog zu treten und ein besonderes Verfahren einzuführen für die Regelung des Aufenthalts von Sans-Papiers, die im Kanton Waadt wohnen und arbeiten. Das Verfahren sollte sich an den Kriterien der Operation Papyrus des Kantons Genf orientieren. Dabei sollte aber insbesondere das Kriterium der Dauer des ununterbrochenen Aufenthalts in der Schweiz gelockert werden. Die Resolution wurde abgelehnt.

Kanton Basel-Stadt

Im Kanton Basel-Stadt lebten im Jahr 2015 schätzungsweise 4000 Sans-Papiers.⁴¹ Der Kanton hat die Kriterien, nach denen er eine Härtefallbewilligung dem SEM zur Zustimmung unterbreitet, auf seiner Webseite in der Form eines Merkblatts veröffentlicht. Es richtet sich an Sans-Papiers und konkretisiert auch das Verfahren.

Für die Erteilung einer Härtefallbewilligung bestehen demnach gute Voraussetzungen, wenn die nachfolgenden Voraussetzungen im Sinn von Artikel 31 VZAE erfüllt sind:⁴²

- Vorlage der heimatlichen Dokumente bzw. Ausweispapiere (Feststellung der Identität);
- Aufenthalt im Kanton Basel-Stadt von mindestens fünf Jahren bei Familien mit schulpflichtigen Kindern (die Aufenthaltsdauer gilt für alle Familienangehörigen) und insgesamt mindestens zehn Jahren bei Paaren oder Einzelpersonen ohne Kinder (ein Kurzbesuch im Herkunftsland

⁴⁰ Vgl. Bericht «Sans-Papiers in der Schweiz 2015», a. a. O., Tabelle 4, S. 23.

⁴¹ Vgl. Bericht «Sans-Papiers in der Schweiz 2015», a. a. O., Tabelle 4, S. 23.

⁴² Dokument verfügbar unter: www.bdm.bs.ch > Behörden und Organisation > Bevölkerungsdienste und Migration > Wohnen > An-/Abmeldung und Umzug > Gesuche um Härtefallregelung.

unterbricht den Aufenthalt nicht, der Lebensmittelpunkt muss aber im Kanton Basel-Stadt bleiben);

- familiäre und/oder soziale Kontakte zu Personen in der Schweiz (Verwurzelung, erfolgreiche Einschulung);
- finanzielle Mittel (genügend finanzielle Mittel, sodass gemäss den Richtlinien der SKOS kein Risiko für den Bezug von Sozialhilfe besteht: vollständige wirtschaftliche Unabhängigkeit, gefestigter Arbeitsplatz);
- bedarfsgerechte Wohnung;
- keine Schulden (Zahlungsrückstände bis 10 000 Franken werden toleriert, wenn ein verpflichtender Rückzahlungsplan vorliegt);
- keine Vorstrafen (eine geringfügige Übertretung oder Vorstrafen bezüglich des eigenen rechtswidrigen Aufenthalts werden nicht berücksichtigt);
- Deutschkenntnisse (mindestens Referenzniveau A2).

Sind nicht alle Kriterien erfüllt, prüft das Migrationsamt BS im Einzelfall, ob trotzdem eine Unterbreitung des Gesuchs an das SEM erfolgen kann. In diesen Fällen werden der Gesundheitszustand, das Alter und weitere besondere persönliche Umstände zusätzlich berücksichtigt.

Im Gegensatz zu den Weisungen des SEM legt der Kanton Basel-Stadt eine Mindestaufenthaltsdauer auf seinem Hoheitsgebiet (und nicht in der gesamten Schweiz), eine Schuldenobergrenze (CHF 10 000) und höhere Anforderungen an die Sprachkompetenzen (A2 statt A1) fest. Zudem kann ein Gesuch anonym zur Vorprüfung eingereicht werden, um gestützt auf die bestehenden Informationen eine erste unverbindliche Einschätzung zu erhalten. Bei Einreichung eines formellen Gesuchs muss die betroffene Person jedoch ihre Personalien angeben.

Kanton Zürich

Die Zahl der Sans-Papiers in diesem Kanton wurde im Jahr 2015 auf 28 000 geschätzt.⁴³

Der Kanton Zürich hat im April 2020 einen Bericht veröffentlicht. Er stützt sich auf eine Studie, die zwei private Institutionen durchgeführt haben, um die Anzahl Sans-Papiers im Kanton in Erfahrung zu bringen. Als Sans-Papiers gelten Personen, die sich ohne Aufenthaltsbewilligung mehr als einen Monat und für eine nicht absehbare Zeit in der Schweiz aufhalten. Dem Bericht ist zu entnehmen, dass zwischen 13 600 und 24 900 Sans-Papiers im Kanton leben. Die wahrscheinlichste Schätzung liegt bei insgesamt 19 250 Sans-Papiers.

Den kleinsten Teil der Sans-Papiers dürften abgewiesene Asylsuchende ausmachen (1100–2200 Personen). Dabei handelt es sich gleichzeitig um jenen Bereich, in dem die Schätzung des Kantons Zürich mit der geringsten Spannweite verbunden ist. Bei Personen mit einer früheren Aufenthaltsbewilligung sind immerhin noch verlässliche Grunddaten vorhanden, die Abschätzung der Anzahl Sans-Papiers ist aber mit grossen Unsicherheiten verbunden (1100–3100 Personen). Die grösste Unsicherheit, weil rein auf Experteneinschätzungen beruhend, liegt in der Schätzung der primären Sans-Papiers. Sie stellen aber die grösste Gruppe dar (11 500–19 500 Personen). Bei den Interviewten dominiert die Einschätzung, dass Menschen aus Lateinamerika die klar grösste Gruppe von Sans-Papiers ausmachen. Dies würde bedeuten, dass fast die Hälfte aller Sans-Papiers im Kanton Zürich aus primären Sans-Papiers aus Lateinamerika besteht. Die zweitgrösste Gruppe dürften Menschen aus Europa (ohne EU/EFTA) stellen. Hier wird vermutet, dass sowohl eine namhafte Anzahl primärer Sans-Papiers als auch Personen mit vorheriger Aufenthaltsbewilligung in Zürich leben.⁴⁴

⁴³ Vgl. Bericht «Sans-Papiers in der Schweiz 2015», a. a. O., Tabelle 4, S. 23.

⁴⁴ Vgl. Bericht «Sans-Papiers im Kanton Zürich» vom 19. März 2020, verfügbar unter: www.zh.ch > Medienmitteilung 19.3.2020.

Im der Antwort zum Fragebogen des SEM hat der Kanton Zürich seine Praxis bei ausländerrechtlichen Härtefallgesuchen (Art. 30 Abs. 1 Bst. b AIG) von Sans-Papiers erläutert. Sie beruht auf einer Gesamtwürdigung folgender Kriterien:

- Ausser dem rechtswidrigen Aufenthalt und der Nichtmitwirkung wird ein korrektes Verhalten verlangt; entsprechend keine Strafbefehle oder -urteile;
- Erfüllen aller Kriterien für eine Härtefallbewilligung (soziale Integration [Freundes- und Bekanntenkreis, aus dem auf eine starke Verwurzelung in der Schweiz geschlossen werden kann], Sprache [grundsätzlich B1], Gesundheit, erhöhte Härte gegenüber vergleichbaren ähnlichen Fällen aus dem gleichen Land bezüglich Rückkehr ins Heimatland oder Wegzug aus der Schweiz [dabei werden vor allem zwischenzeitliche Heimataufenthalte, die Möglichkeiten einer beruflichen und wirtschaftlichen Reintegration sowie die gelebten familiären Beziehungen im Heimatland gewichtet]);
- rund zehnjähriger Aufenthalt in der Schweiz (Familien mit minderjährigen Kindern auch weniger als zehn Jahre möglich; dabei spielt auch Art. 30a VZAE eine Rolle);
- Nachweis einer beruflichen und wirtschaftlichen Integration (Arbeitsstelle, wobei das daraus erzielte Einkommen die selbstständige Bestreitung des Lebensunterhalts sicherstellen muss).
- Was die asylrechtlichen Härtefallgesuche (Art. 14 Abs. 2 AsylG) betrifft, so nimmt die zuständige kantonale Behörde eine Gesamtwürdigung folgender Kriterien vor:
- Ausser dem rechtswidrigen Aufenthalt und der Nichtmitwirkung wird ein korrektes Verhalten verlangt; entsprechend keine Strafbefehle oder -urteile;
- korrektes Verhalten im Rahmen der Unterbringung;
- Erfüllen aller Kriterien für eine Härtefallbewilligung (soziale Integration [Freundes- und Bekanntenkreis, aus dem auf eine starke Verwurzelung in der Schweiz geschlossen werden kann], Sprache [grundsätzlich B1], Gesundheit, erhöhte Härte gegenüber vergleichbaren ähnlichen Fällen aus dem gleichen Land bezüglich Rückkehr ins Heimatland oder Wegzug aus der Schweiz);
- rund zehnjähriger Aufenthalt in der Schweiz (Familien mit minderjährigen Kindern seit fünf Jahren, vor allem dann, wenn es sich um Personen aus Ländern handelt, in denen der Wegweisungsvollzug nicht absehbar ist);
- Nachweis einer künftigen beruflichen und wirtschaftlichen Integration (zugesicherte Arbeitsstelle, wobei das daraus erzielte Einkommen die selbstständige Bestreitung des Lebensunterhalts sicherstellen muss).
- Die Gutheissung eines Gesuchs ist nicht ausgeschlossen, wenn ein Kriterium nicht ganz erreicht wurde (Ausnahme Straffälligkeit). Das «Defizit» muss aber durch die anderen Kriterien «aufgewogen» werden.

5 Operation Papyrus

5.1 Beschreibung der Operation Papyrus

Im Herbst 2015 leitete der Kanton Genf die Vorbereitungsphase ein für einen Prozess zur Regelung des Aufenthalts von Sans-Papiers und zur Bereinigung der Situation in Branchen, die von Schwarzarbeit und Lohndumping betroffen sind. Das Projekt mit dem Namen «Operation Papyrus» begann offiziell im Februar 2017 und wurde am 31. Dezember 2018 abgeschlossen. Es wurde unter aktiver Beteiligung von Genfer Vereinigungen und Gewerkschaften ausgearbeitet und umgesetzt, die die Interessen der Sans-Papiers vertreten. Sie unterstützten die Migrantinnen und Migranten bei der Erstellung ihrer Dossiers. Die Operation Papyrus richtete sich nicht an Personen aus dem Asylbereich sowie an Personen mit einem gültigen Aufenthaltstitel eines Mitgliedstaats der Europäischen Union. Sie bestand aus:

1. *einem Verfahren zur individuellen Regelung des Aufenthalts von gut integrierten Sans-Papiers gestützt auf genaue Kriterien (Härtefallbewilligung);*
2. *Massnahmen zur Kontrolle und Bereinigung der Situation in den von Schwarzarbeit und Lohndumping besonders betroffenen Branchen, insbesondere der Hauswirtschaft (Anpassung der Arbeitsbedingungen an die geltenden Regelungen, namentlich Einhaltung der Vorgaben für Mindestlöhne und den Sozialversicherungsschutz);*
3. *Massnahmen zur Eingliederung und Integration (Stellenbörse im Hauswirtschaftsbereich sowie Informationskampagne bei den Arbeitgebenden zur Bekämpfung von Schwarzarbeit und Lohndumping).*

5.2 Kriterien für die Aufenthaltsregelung gemäss der Operation Papyrus

Wie in den Ziffern 4.1 und 4.2 erwähnt, verfügen die Kantone über einen gewissen Handlungsspielraum bei der Anwendung der gesetzlichen Kriterien des AIG, der VZAE und der Weisungen des SEM. In Ausübung dieses Ermessens hat der Kanton Genf für die Operation Papyrus folgende Kriterien festgelegt:

- ununterbrochener Aufenthalt in Genf während mindestens fünf Jahren für Mitglieder einer Familie mit mindestens einem Kind, das seit drei Jahren schulpflichtig ist, oder während zehn Jahren für Familien mit nicht schulpflichtigen Kindern, für Familien ohne Kinder und für alleinstehende Personen;
- erfolgreiche Integration (Französischkenntnisse mindestens auf Niveaustufe A2 des GER);
- Erwerbstätigkeit;
- keine Vorstrafen (abgesehen vom rechtswidrigen Aufenthalt);
- finanzielle Unabhängigkeit und keine Schulden.

Das SEM begleitete die Operation als Zustimmungsbehörde für die Erteilung einer Härtefallbewilligung (Ziff. 4.1). Die betroffenen Personen oder ihre Beauftragten mussten das Gesuch beim Amt für Bevölkerung und Migration des Kantons Genf (OCPM) einreichen. Es prüfte, ob die Gesuchsteller die Kriterien für eine Härtefallbewilligung erfüllen. Erachteten die zuständige kantonale Behörde die Kriterien als erfüllt, leiteten sie das Dossier zur Prüfung und Zustimmung an das SEM weiter. Das SEM entschied im Rahmen des Zustimmungsverfahrens nach seinem Ermessen, ob die betroffene Person die entsprechenden Voraussetzungen tatsächlich erfüllt. Das SEM stimmte dem Gesuch zu oder lehnte es ab. War die kantonale Behörde hingegen der Ansicht, dass die Kriterien nicht erfüllt sind, lehnte sie das Gesuch in eigener Kompetenz und ohne Einbezug des SEM ab. In beiden Fällen konnten die betroffenen Personen gegen den Entscheid Beschwerde einlegen, bei Verfügungen des SEM beim Bundesverwaltungsgericht und bei Verfügungen der kantonalen Behörde bei den kantonalen Gerichten. Dieses Verfahren zur Erteilung einer Härtefallbewilligung ist für alle Kantone gleich (Ziff. 4.1).

Die Operation Papyrus stellte weder eine Amnestie noch eine kollektive Regularisierung von Sans-Papiers dar.⁴⁵ Wie bei allen von den Kantonen unterbreiteten Gesuchen um Zustimmung zu einer Härtefallbewilligung hat das SEM jeden Einzelfall unter Berücksichtigung der geltenden Rechtsvorschriften und in Anwendung seines Ermessens geprüft.

5.3 Massnahmen bei den besonders betroffenen Branchen

In den Branchen, in denen besonders viele Sans-Papiers beschäftigt werden, wurden arbeitsmarktliche Begleitmassnahmen durchgeführt. Zu diesen Branchen gehört namentlich der

⁴⁵ Unter «Amnestie» ist eine gesetzgeberische Massnahme oder ein Verwaltungsentscheid zu verstehen, der die rechtswidrige Natur bestimmter Handlungen aufhebt. Im Migrationskontext gehen Massnahmen der kollektiven Regularisierung, die Ausländerinnen und Ausländern mit unbefugtem Aufenthalt gewährt werden, oft mit einer Amnestie einher.

Hauswirtschaftsbereich, in dem Kontrollen nur schwer durchgeführt werden können. Das Ziel war es, die Schwarzarbeit und das Lohndumping einzudämmen. Der Kanton Genf startete im April 2017 eine öffentliche Informationskampagne mit dem Motto «Le travail au noir ça se paie cash». Die Kampagne sensibilisierte die Arbeitgebenden bezüglich der negativen Folgen der Schwarzarbeit und hielt sie dazu an, die Arbeits- und Lohnbedingungen einzuhalten und Sozialversicherungsbeiträge zu entrichten.

Parallel zum Prozess der Aufenthaltsregelung für Sans-Papiers kontrollierte das Arbeitsinspektorat des Kantons Genf (OCIRT) systematisch die Dossiers mit Gesuchen aus dem Hauswirtschaftsbereich, die Anhaltspunkte für Verstösse gegen die geltenden Bestimmungen aufwiesen. Arbeitgebende, welche die Lohnbedingungen nicht einhielten oder die keine Sozialversicherungsbeiträge entrichteten, wurden unter Androhung von Verwaltungssanktionen und einer Strafanzeige aufgefordert, dies zu korrigieren (Ziff. 5.5.1).

5.4 Eingliederungs- und Integrationsmassnahmen

Eine weitere Säule der Operation Papyrus waren Massnahmen zur Eingliederung und Stabilisierung der betroffenen Migrantinnen und Migranten. In diesem Zusammenhang richtete das OCPM eine Anlaufstelle für Sans-Papiers ein, die von den Mitarbeitenden des Bureau de l'intégration des étrangers (BIE) geführt wurde. Sie stellten den Sans-Papiers, die ihre Situation regeln wollten, alle benötigten Informationen bereit.

Zudem wurde eine Stellenbörse im Hauswirtschaftsbereich geschaffen, um private Arbeitgebende mit den Stellensuchenden zusammenzubringen. Die Stellenbörse soll als ständige Einrichtung dafür sorgen, dass die berufliche Integration der Personen mit einem geregelten Aufenthalt stabil verläuft und dass die Arbeitgebenden auch zukünftig ihren Verpflichtungen nachkommen. Sie steht allen inländischen Arbeitskräfte offen, die so einen Zugang zu einem bisher relativ undurchsichtigen Arbeitsmarkt haben. Alle Begleitmassnahmen tragen zur Stabilisierung der betreffenden Branche und der dort beschäftigten Personen bei, ohne einen Pull-Effekt zu verursachen.

5.5 Evaluation der Operation Papyrus

5.5.1 Statistiken

Insgesamt haben 3450 Personen ein Gesuch um Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung bei den Migrationsbehörden des Kantons Genf eingereicht.

Das SEM hat der Erteilung eine Aufenthaltsbewilligung wegen eines Härtefalls (Ausweis B) an 2883 Personen (Sans-Papiers) zugestimmt. Es handelt sich dabei insbesondere um Familien (536 Familien, das heisst 816 Eltern und 860 Kindern). Dazu kamen 29 kinderlose Paare (58 Personen) und 1149 alleinstehende Personen. Der Kanton Genf und das SEM lehnten 97 Gesuche ab. 224 Dossiers sind noch bei den Genfer Behörden und beim SEM hängig (Stand am 30.9.2020).

Das OCPM hat einige eingereichte Dossiers als betrügerisch erachtet und die Fälle der Staatsanwaltschaft gemeldet. Strafrechtliche Ermittlungen sind im Gang. Dies betrifft jedoch nur einen kleinen Teil der Dossiers. Bisher wurden der Staatsanwaltschaft 293 Dossiers gemeldet. Rund 15 Verurteilungen sind bereits ergangen (Stand am 23.9.2020). Das OCPM wird bei ihnen die Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung verweigern und sie aus der Schweiz wegweisen.

Das kantonale Arbeitsinspektorat (OCIRT) prüfte systematisch die Dossiers mit Gesuchen aus dem Hauswirtschaftsbereich, die Anhaltspunkte für Verstösse gegen die geltenden Bestimmungen aufwiesen. Von den 1834 geprüften Dossiers waren 70 Prozent einwandfrei. Bei den Dossiers mit festgestellten Gesetzesverstössen haben 79 Prozent der Arbeitgebenden diese Situation bereinigt. Das Ergebnis zeigt, dass die Arbeitgebenden sich nun offenbar ihrer gesetzlichen Pflichten bewusst sind und dass sie eher diesen Pflichten nachkommen, als ihr Personal zu entlassen. Damit haben sie zur Normalisierung im Hauswirtschaftsbereich beigetragen. Die Daten des «Chèque Service» (Dienst für Privathaushalte zur Anmeldung von Hausangestellten bei den obligatorischen Sozialversicherungen) bestätigen, dass gezielte und konkrete Begleitmassnahmen viele

Arbeitgebende veranlasst haben, ihr Personal zu melden. Dazu gehören die Kontrollen des OCIRT und die Informationskampagne «Le travail au noir, ça se paie cash». Für die Sozialversicherungen haben sich allein durch das System «Chèque Service» jährliche Mehreinnahmen von 5,7 Millionen Franken ergeben.

Dank der Massnahme «Ménage Emploi» im Hauswirtschaftsbereich, welche die Vermittlung zwischen Arbeitnehmenden und Arbeitgebenden und die Schaffung von rechtskonformen Anstellungsverhältnissen erleichtern soll, konnten 150 Arbeitsverträge abgeschlossen werden. 14 Verträge betrafen Personen, deren Aufenthalt im Rahmen der Operation Papyrus geregelt wurde. Diese Massnahme hat sich somit als ein wesentliches Element zur Aufrechterhaltung einer stabilen Beschäftigung dieser Personen erwiesen. Zudem bringt «Ménage Emploi» Klarheit in einen mitunter undurchsichtigen Arbeitsmarkt und trägt so zur Normalisierung im Hauswirtschaftsbereich bei.⁴⁶

5.5.2 Zusammenfassung des Evaluationsberichts

Die Operation Papyrus wurde am 31. Dezember 2018 abgeschlossen. Nach Ablauf der Frist für die Einreichung der Dossiers hat der Kanton Genf die Universität Genf, die Genfer Hochschule für Wirtschaft und das Institut für angewandte Forschung in Betriebswirtschaft beauftragt, Bilanz zur Operation Papyrus zu ziehen.⁴⁷ Der Evaluationsbericht wird nachstehend zusammengefasst.

Die Genfer Behörden haben zusätzlich eine Ergänzungsstudie mit der Bezeichnung «Parchemins» in Auftrag gegeben. Sie soll den Einfluss des Aufenthaltsstatus auf die Gesundheit und die Lebensumstände der Sans-Papiers in Genf beurteilen. Es wird beobachtet, wie sich die Situation der betreffenden Personen während der Zeit, in der ihr Gesuch um Aufenthaltsbewilligung (Operation Papyrus) bearbeitet wird, und in den darauffolgenden Jahren entwickelt. Die Situation der Personen, die eine Aufenthaltsbewilligung erhalten haben, wird mit der Situation von Personen ohne Bewilligung verglichen. Die Studie wird von der Universität Genf und den Genfer Universitätsspitalern (HUG) durchgeführt und dürfte im 2021 abgeschlossen werden. Der Zeitplan ist aber nicht gleich wie bei der Studie zu den Ergebnissen der Operation Papyrus.

Der Evaluationsbericht bezieht sich auf eine Auswahl von 543 Teilnehmenden: Sie umfasst 304 Personen mit nicht geregeltem Aufenthalt der «Vergleichsgruppe»⁴⁸ und 239 Personen mit geregeltem Aufenthalt der «Studiengruppe», die zwischen März 2015 und November 2019 gemäss den Kriterien der Operation Papyrus eine Härtefallbewilligung (Ausweis B) erhalten haben.⁴⁹

5.5.2.1 Profil der Studienteilnehmenden (Studiengruppe und Vergleichsgruppe)

Herkunft und Aufenthaltsdauer

73,6 Prozent der Personen der Studiengruppe (geregelter Aufenthalt) stammen aus Lateinamerika: Brasilien (44 %), Bolivien (25 %) und Kolumbien (7 %). Die zweitwichtigste Herkunftsregion ist Asien; hier stammen 95 Prozent aus den Philippinen und der Mongolei. Die osteuropäischen

⁴⁶ Vgl. Medienmitteilung des Departements für Sicherheit, Arbeit und Gesundheit des Kantons Genf vom 21. Februar 2020, verfügbar unter: www.ge.ch > Thèmes > Opération Papyrus.

⁴⁷ Vgl. Bericht «Evaluation du projet Papyrus relatif à la régularisation des travailleurs sans statut légal à Genève» im Auftrag des Departements für Sicherheit und Wirtschaft und 2019 fortgeführt vom Departement für Sicherheit, Arbeit und Gesundheit des Kantons Genf, Dezember 2019, veröffentlicht am 21. Februar 2020 durch die Genfer Behörden. Bericht verfügbar unter: www.ge.ch > Publications > Opération Papyrus.

⁴⁸ Die Vergleichsgruppe besteht aus Personen, welche die Voraussetzungen für die Teilnahme an der Operation Papyrus nicht vollumfänglich erfüllen, weil ihnen beispielsweise einige Jahre Aufenthalt fehlen, und die ohne dieses Kriterium hätten teilnehmen dürfen, sowie Personen, die ein Gesuch eingereicht haben und noch auf eine Antwort der Behörden warten. Diese Gruppe umfasst also nicht Personen, bei denen bestimmte Kriterien zu einem automatischen Ausschluss von der Operation Papyrus führen (Asylsuchende, vorbestrafte Personen usw.).

⁴⁹ Sie umfasst also auch Personen, die nach den gleichen Kriterien wie bei der Operation Papyrus, aber vor deren offiziellen Ankündigung am 21. Februar 2017 reguliert wurden.

Staatsangehörigen stammen hauptsächlich aus dem Kosovo. Bei den Personen aus Afrika handelt es sich vorwiegend um Staatsangehörige von nordafrikanischen Ländern (86 % sind aus Marokko, Algerien oder Tunesien). Auch die Vergleichsgruppe (nicht geregelter Aufenthalt) umfasst mehrheitlich Personen aus Lateinamerika (59 %, wobei brasilianische und bolivianische Staatsangehörige am stärksten vertreten sind). Der Anteil asiatischer und afrikanischer Staatsangehöriger ist in der Vergleichsgruppe höher als in der Studiengruppe. Gemäss dem Bericht ist dies jedoch zufallsbedingt und abhängig von den Personen, die sich zur Teilnahme bereit erklärt haben. Die Personen der Vergleichsgruppe haben sich im Durchschnitt seit elf Jahren im Kanton aufgehalten, bei den Personen der Studiengruppe sind es durchschnittlich 13 Jahre.

Es handelt sich also hauptsächlich aus Lateinamerika stammende und seit mehr als zehn Jahren in Genf wohnende Frauen im Alter von rund 45 Jahren, die ihren Aufenthalt im Rahmen der Operation Papyrus geregelt haben. Dieses Profil entspricht auch den Personen der Vergleichsgruppe.⁵⁰

Familiäre Situation und Ausbildung

Die Mehrheit der Personen mit geregelter Aufenthalt der Studiengruppe sind ledig (58 %). Berücksichtigt man jedoch den Beziehungsstatus und nicht den Zivilstand, lebt die Mehrheit in einer Partnerschaft (54 %). Von den 239 Personen der Studiengruppe sind 75 Kinder (31 %) und 164 Elternteile (69 %). Diese haben insgesamt 328 Kinder, wovon 70 in der Schweiz geboren wurden (21 %). Die meisten Kinder sind minderjährig, sie leben mit ihren Eltern in der Schweiz (98 %) und besuchen die Schule (100 % der Kinder zwischen 4 und 16 Jahren).⁵¹ Bei den Personen der Studiengruppe hat die Mehrheit ihre Ausbildung mit 20 Jahren abgeschlossen und eine Schule auf Sekundarstufe (58,2 %; Handelsschule, Berufsausbildung, Gymnasium usw.) besucht oder eine Hochschulausbildung (21,3 %) absolviert. Somit haben 79,5 Prozent einen Abschluss auf Sekundar- oder Tertiärstufe. 94 Prozent der Personen mit Hochschulabschluss haben zudem diese Ausbildung in ihrem Herkunftsland absolviert. Und schliesslich waren 66 Prozent in einem Anstellungsverhältnis, bevor sie ihr Herkunftsland verlassen haben, 13 Prozent waren selbstständig erwerbstätig.⁵²

Durchschnittliche Arbeitszeit

Die Frauen mit geregelter Aufenthalt arbeiten wöchentlich durchschnittlich 35,3 Stunden, gegenüber 40,9 Stunden bei den Männern. Diese Zahlen liegen über dem Schweizer Durchschnitt, der gemäss BFS im Jahr 2018 bei 32 Stunden lag. Dabei werden nur die bezahlten Stunden erfasst, jedoch nicht die Zeit, die für den Arbeitsweg aufgewendet wird. Sie kann hoch sein, da die betreffenden Personen oft bei verschiedenen Arbeitgebern in einer Teilzeitanstellung arbeiten.⁵³

Anzahl Stellen und Branchen

Neun Personen der Studiengruppe sind selbständig Erwerbstätig (3,9 %). Von den unselbständig Erwerbstätigen haben 53,9 Prozent einen einzigen Arbeitgeber, ein Drittel hat zwei bis fünf verschiedene Arbeitsverhältnisse, und 13,9 Prozent arbeiten für mehr als fünf verschiedene Arbeitgebende. Praktisch alle (95,9 %) besetzen eine oder mehrere Stellen in einer einzigen Branche. Sie sind hauptsächlich in drei Branchen tätig: Hauswirtschaft (59 %), Bau (15,2 %) und Hotellerie (10,6 %). Nur 10,6 Prozent üben andere Berufe im Tertiärsektor aus (Coiffeur, Reinigung, Verkauf, Gesundheit, Schönheit). Die Mehrheit der Frauen sind in der Hauswirtschaft beschäftigt (90 %

⁵⁰ Vgl. Bericht «Evaluation du projet Papyrus relatif à la régularisation des travailleurs sans statut légal à Genève», a. a. O., Ziff. 1.1–1.3, S. 30–32.

⁵¹ Vgl. Bericht «Evaluation du projet Papyrus relatif à la régularisation des travailleurs sans statut légal à Genève», a. a. O., Abb. 2.4, S. 37.

⁵² Vgl. Bericht «Evaluation du projet Papyrus relatif à la régularisation des travailleurs sans statut légal à Genève», a. a. O., Ziff. 2.2, S. 38.

⁵³ Vgl. Bericht «Evaluation du projet Papyrus relatif à la régularisation des travailleurs sans statut légal à Genève», a. a. O., Ziff. 2.3.1, S. 39.

gegenüber 13 % bei den Männern). Die Männer sind hauptsächlich auf dem Bau (39 %), in Reinigungsunternehmen, im Verkauf (24 %) und in der Hotellerie (24 %) tätig.⁵⁴

Anmeldung bei den Sozialversicherungen

Von den Personen aus der Studiengruppe waren 77 Prozent bei den Sozialversicherungen angemeldet, bei der Vergleichsgruppe (kein geregelter Aufenthalt) waren es nur 41,2 Prozent. Von den Personen, deren Aufenthalt seit weniger als sechs Monaten geregelt wurde, waren nur 72,4 Prozent bei den Sozialversicherungen angemeldet; bei Personen, deren Aufenthalt seit mehr als sechs Monaten geregelt wurde, beträgt der Anteil 85 Prozent. Die Regelung des Aufenthalts und dessen Dauer scheinen sich also positiv auf die Einhaltung der arbeitsrechtlichen Pflichten auszuwirken. Der Bericht unterstreicht, dass die Begleitmassnahmen zur Operation Papyrus wahrscheinlich einen Einfluss auf die Erhöhung der Anmeldequote gehabt haben.⁵⁵

Stabilität der Arbeitsplätze

Rund 88 Prozent der Personen in der Studiengruppe haben bereits vor der Regelung ihres Aufenthalts gearbeitet (vgl. Ziff. 2.3.4 des Berichts, Tabelle 2.2, S. 45). 95,4 Prozent der Personen, die einen erst seit kürzerer Zeit (weniger als sechs Monate) geregelten Aufenthalt haben, besetzen weiterhin die gleiche Stelle wie vor der Erteilung der Härtefallbewilligung. Bei 79,0 Prozent der Personen, deren Aufenthalt vor mehr als sechs Monaten geregelt wurde, hält das gleiche Arbeitsverhältnis weiterhin an.

Nur 31 Personen der Studiengruppe geben an, dass sie mindestens eine ihrer Arbeitsstellen wegen der Regelung ihres Aufenthalts verloren haben.⁵⁶ Daraus ist zu schliessen, dass die Arbeitsverhältnisse nach der Regelung stabil geblieben sind.

Löhne

Der Medianlohn der Personen der Studiengruppe beträgt brutto 22 Franken pro Stunde. Bei der Mehrheit der Personen der Studiengruppe beträgt das verfügbare Einkommen zwischen 2262 und 3303 Franken pro Monat («ungefähres verfügbares Einkommen»⁵⁷). Die Vergleichsgruppe weist einen Medianlohn von 1899 Franken pro Monat auf, bei einem monatlich verfügbaren Einkommen zwischen 1200 und 2733 Franken.

Sozialhilfe und finanzielle Unabhängigkeit

Trotz ihrer schwierigen finanziellen Situation haben nur 0,8 Prozent der Personen der Studiengruppe (insgesamt zwei Personen) Sozialhilfe beantragt, da sie aus gesundheitlichen Gründen ihre Arbeit vorübergehend aufgeben mussten. Die finanzielle Unabhängigkeit der Studiengruppe wird unterschiedlich eingeschätzt. Der Bericht nennt drei verschiedene Methoden, um die finanzielle Unabhängigkeit zu berechnen. Je nach gewählter Methode liegt diese bei 70, 80 oder 86 Prozent. Am plausibelsten erachtet der Bericht jedoch den Wert von 86 Prozent.⁵⁸

⁵⁴ Vgl. Bericht «Evaluation du projet Papyrus relatif à la régularisation des travailleurs sans statut légal à Genève», a. a. O., vgl. Ziff. 2.3.2, Abb. 2.10, 2.11 und 2.12, 2.13 S. 41–43.

⁵⁵ Vgl. Bericht «Evaluation du projet Papyrus relatif à la régularisation des travailleurs sans statut légal à Genève», a. a. O., vgl. Ziff. 2.3.3, S. 43.

⁵⁶ Vgl. Bericht «Evaluation du projet Papyrus relatif à la régularisation des travailleurs sans statut légal à Genève», a. a. O., vgl. Ziff. 2.3.4, S. 45.

⁵⁷ Zur Berechnung des verfügbaren Äquivalenzeinkommens, das im Bericht genannt wird, wurden sämtliche Nettolöhne der verschiedenen Mitglieder eines Haushalts zu den erhaltenen Beihilfen und Zuschüssen (Familienzulagen und KVG) hinzugezählt. So konnte das verfügbare Einkommen des gesamten Haushalts geschätzt werden. Dieses wurde dividiert durch die Zahl der Haushaltsmitglieder, umgerechnet in Erwachsenenäquivalente (gemäss der OECD-Skala, die als Standard dient und anhand der die Nichtproportionalität der Haushaltsausgaben berücksichtigt wird).

⁵⁸ Vgl. Bericht «Evaluation du projet Papyrus relatif à la régularisation des travailleurs sans statut légal à Genève», a. a. O., vgl. Ziff. 2.4.4, S. 51–53.

Situation der Personen mit geregelter Aufenthalt in finanzieller Hinsicht und auf dem Arbeitsmarkt

In Bezug auf die Branchen wurde eine gewisse Stabilität festgestellt: Zwischen der Evaluation in der Halbzeit der Operation Papyrus und der Schlussevaluation haben nur 12 Prozent der Personen mit geregelter Aufenthalt die Branche gewechselt. Hingegen war bei der Anzahl Stellen eine Entwicklung zu beobachten: Von den 183 Arbeitsverhältnissen der Sans-Papiers, die in der Halbzeit der Operation Papyrus befragt wurden, bestehen nur noch 75 oder 41 Prozent. Dabei ist aber zu bedenken, dass bei der Hälfte der «neuen» Arbeitsverhältnisse, die im zweiten Fragebogen (zur Ausarbeitung des Schlussberichts) gemeldet wurden, der Beginn des Anstellungsverhältnisses vor dem Datum des ersten Fragebogens liegt. Die Zunahme der Stellen, die den Sozialversicherungen gemeldet werden, wird ebenfalls bestätigt. So waren 72,5 Prozent der Arbeitsverhältnisse, die beim Ausfüllen des ersten Fragebogens bestanden, gemeldet. Bei den im zweiten Fragebogen erwähnten Arbeitsverhältnissen lag dieser Wert bei 77 Prozent. Dies bestätigt, dass Arbeitsverhältnisse eher bei den Sozialversicherungen gemeldet werden, wenn ein Zugang zu einer Aufenthaltsbewilligung (Ausweis B) besteht.⁵⁹

5.5.2.2 Fazit des Evaluationsberichts

Die Evaluation der Operation Papyrus soll vor allem zwei Fragen beantworten:

- *Kann man von einer Sogwirkung bezüglich der Beschäftigung von neuen Sans-Papiers in den von der Operation Papyrus betroffenen Branchen sprechen?*
- *Besteht die finanzielle Unabhängigkeit der Personen mit geregelter Aufenthalt über die Regelung des Aufenthalts hinaus?*

Die erste Frage beantwortet der Bericht negativ.

In den von der Operation Papyrus besonders betroffenen Branchen, also in erster Linie im Hauswirtschaftsbereich, wurde keine Sogwirkung bezüglich der Beschäftigung von neuen Sans-Papiers festgestellt. Durch die Regelung des Aufenthalts werden die Beschäftigungsverhältnisse von den Arbeitnehmenden und Arbeitgebenden eher bei den Sozialversicherungen gemeldet. Dies hat dazu beigetragen, die Situation im Hauswirtschaftssektor zu bereinigen. So waren 41 Prozent der von Sans-Papiers besetzten Stellen bei den Sozialversicherungen gemeldet. Bei Personen, deren Aufenthalt seit weniger als sechs Monaten geregelt ist, hat sich dieser Anteil auf 72 Prozent erhöht. Liegt die Regelung des Aufenthalts mehr als sechs Monate zurück, erhöht sich dieser Anteil auf 85 Prozent. Die Arbeitsverhältnisse von Personen, deren Aufenthalt durch die Operation Papyrus geregelt wurde, haben sich als sehr stabil erwiesen.

Die Arbeitgebenden ziehen es vor, zukünftig ihren gesetzlichen Pflichten nachzukommen, als sich von ihren Angestellten mit einem nun geregelten Aufenthalt zu trennen. Von den Arbeitnehmenden haben rund ein Drittel nach der Regelung ihres Aufenthalts versucht, eine neue Stelle zu finden. Begründet wird dies in erster Linie mit dem Wunsch, das Einkommen zu erhöhen, und weniger mit dem Bedürfnis nach einem Branchenwechsel.

Die zweite Frage beantwortet der Bericht positiv.

Nur zwei Personen, deren Aufenthalt im Rahmen der Operation Papyrus geregelt wurde, mussten Sozialhilfe beantragen. Der Grund dafür war, dass sie wegen Gesundheitsproblemen ihre Arbeit vorübergehend aufgeben mussten. Auch wenn sich eine Mehrheit der Personen mit geregelter Aufenthalt (Studiengruppe) in einer schwierigen finanziellen Situation befinden und sie einem Armutsrisiko ausgesetzt sind, stellt der Bericht fest, dass mindestens 86 Prozent von ihnen in einem

⁵⁹ Vgl. Bericht «Evaluation du projet Papyrus relatif à la régularisation des travailleurs sans statut légal à Genève», a. a. O., vgl. Ziff. 2.5, S. 54–55.

finanziell unabhängigen Haushalt leben (siehe Ziff. 5.5.2.1; dies variiert je nach Berechnungsmethode).

6 Städteinitiativen

6.1 «Sanctuary Cities»

In den 1980er-Jahren fanden in Lateinamerika mehrere Bürgerkriege statt, vor allem in Guatemala und in El Salvador. Sie veranlassten viele Menschen, aus ihrem Land zu flüchten und in den USA um Asyl zu ersuchen. Da sie aber von der damaligen Administration von Präsident Reagan als Wirtschaftsflüchtlinge betrachtet wurden, erhielten nur wenige Asyl und den damit verbundenen Schutz. In der Folge erklärten sich einzelne Religionsgemeinschaften als «Zufluchtsorte» in Anlehnung an die Zufluchtsstätte des Alten Testaments. Hier erhielten die Betroffenen Hilfe (Essen, medizinische Behandlung, Beschäftigung, Rechtsberatung) und Schutz vor der Ausschaffung.

Die Stadt San Francisco hat zuerst eine sogenannte «Sanctuary Ordinance»⁶⁰ erlassen. Gemäss dieser Verordnung dürfen städtische Beamtinnen und Beamte keine Gelder oder andere Ressourcen der Stadt dafür aufwenden, um die Einwanderungs- und Zollbehörden bei der Anwendung des Bundesgesetzes über die Einwanderung zu unterstützen, sofern diese Unterstützung nicht gestützt auf ein Bundesgesetz oder ein Gesetz eines US-Bundesstaats erforderlich ist. Im Jahr 2013 hat San Francisco zudem die «Due Process for All Ordinance»⁶¹ verabschiedet. Diese Verordnung beschränkt die Fälle, in denen die städtischen Ordnungskräfte den Einwanderungs- und Zollbehörden die bevorstehende Entlassung einer Person aus einem lokalen Gefängnis melden dürfen. Sie verbietet auch die Zusammenarbeit mit diesen Behörden bei Ersuchen um Inhaftnahme.⁶²

Heute ist San Francisco eine von über 200 Städten in den Vereinigten Staaten, die eine solche «Sanctuary Policy» kennen. Einige Bundesstaaten sind ihnen gefolgt und haben ähnliche Bestimmungen erlassen.

6.2 Begriffsbestimmungen

Der Begriff «Sanctuary Policy» ist rechtlich nicht definiert. Er bezieht sich auf Verwaltungen, welche die Zusammenarbeit mit den Migrationsbehörden des Bundes einschränken, indem sie ihnen namentlich keine Auskünfte zum Status von Migrantinnen und Migranten erteilen und die maximale Haftdauer beschränken. Diese Bundesstaaten und lokalen Behörden arbeiten oft mit den Vollzugsbehörden des Bundes zusammen, insbesondere bei strafrechtlichen Untersuchungen. Einige schränken diese Zusammenarbeit jedoch bei administrativen Untersuchungen ein, um die öffentliche Sicherheit und die Ziele der kommunalen Polizeibehörden zu unterstützen. Dadurch werden beispielsweise Zeugen und Opfer von Verbrechen zu einer Aussage ermuntert, auch wenn sie kein Aufenthaltsrecht besitzen.

In den betreffenden Städten haben die lokalen Regierungen angeordnet, dass die Polizei bei Personenkontrollen den Aufenthaltsstatus von Migrantinnen und Migranten nicht überprüfen darf. Die betroffenen Personen erhalten damit faktisch ein Verbleiberecht in dieser Stadt.

⁶⁰ Vgl. San Francisco Administrative Code, Chapter 12h: Immigration Status, verfügbar unter: https://sfgov.org/oceia/sites/default/files/Documents/SF_Prozent20Admin_Prozent20Code_Prozent2012H_-12I.pdf

⁶¹ Vgl. San Francisco Administrative Code, Chapter 12i: Civil Immigration Detainers, verfügbar unter: https://sfgov.org/oceia/sites/default/files/Documents/SF_Prozent20Admin_Prozent20Code_Prozent2012H_-12I.pdf

⁶² Vgl. What is the Sanctuary Ordinance & FAQ, verfügbar unter: <https://sfgov.org/oceia/sanctuary-city-ordinance-0>

6.3 City-Card

6.3.1 Ursprung

Das Konzept der «Urban Citizenship» ergibt sich direkt aus der «Sanctuary Policy» (siehe oben). Es handelt sich dabei um eine konkrete Massnahme zugunsten von Personen mit rechtswidrigen Aufenthalt. Früher waren solche Massnahmen auf die Behörden und die Polizei ausgerichtet.

6.3.2 Konzept

Gestützt auf das Konzept der «Urban Citizenship» sind diese städtischen Ausweise (City-Card) für alle Einwohnerinnen und Einwohner einer Stadt vorgesehen. Sie dienen der Identifikation gegenüber der Polizei, ohne dass die Staatsangehörigkeit oder der Aufenthaltsstatus angegeben werden muss (Grundsatz «don't ask, don't tell»). Um die Karte für möglichst viele Einwohnerinnen und Einwohner attraktiv zu machen, werden sie mit gewissen Vorteilen verbunden und sie erleichtern den Zugang zu bestimmten öffentlichen und privaten Leistungen.

Zur Veranschaulichung dient das Beispiel von New York. Diese Metropole stellt seit 2015 allen Einwohnerinnen und Einwohnern gegen Vorlage von gewissen Nachweisen einen Ausweis aus: die New York City Identification Card (IDNYC).⁶³ Als Nachweis der Identität werden neben dem amerikanischen Pass auch ausländische Reisepässe oder Führerausweise, Geburtsurkunden oder Studentenausweise akzeptiert. Als Nachweis für den Aufenthalt in New York genügt die Vorlage von Rechnungen für Gas, Wasser oder Strom oder beispielsweise ein Schreiben einer Obdachlosenunterkunft. Die IDNYC erleichtert den Zugang zu verschiedenen öffentlichen und privaten Leistungen, für die man sich ausweisen muss.

Obwohl solche Ausweise für alle Einwohnerinnen und Einwohner einer Stadt gedacht sind, richten sie sich in erster Linie an besonders schutzbedürftige Personen, insbesondere mit einem rechtswidrigen Aufenthalt. Sie sollen die üblichen und anerkannten Mittel zur Identifikation und die erforderlichen Aufenthaltsbewilligungen ersetzen. Diese Funktion wird zwar nicht speziell hervorgehoben, sie ist aber ihr Hauptzweck.

6.3.3 In der Schweiz

Ein direkter Vergleich mit den Lösungen in den Vereinigten Staaten ist schwierig, da die Kompetenzen beim Vollzug des Ausländerrechts in der Schweiz wesentlich anders geregelt sind.

Diskussionen in den Städten Zürich und Bern

Netzwerke wie «Züri City Card» und «Wir alle sind Bern», die sich für Sans-Papiers einsetzen, haben das Thema auf die politische Agenda gesetzt.

Der Zürcher Gemeinderat hat am 31. Oktober 2018 dem Stadtrat dazu eine Motion⁶⁴ überwiesen. Dieser muss innerhalb von zwei Jahren einen Vorschlag unterbreiten, wie die «Züri City Card» für alle Einwohnerinnen und Einwohner der Stadt, einschliesslich der Sans-Papiers, eingeführt werden kann.

Der Regierungsrat des Kantons Zürich lehnte zudem eine Interpellation ab, die ähnliche Massnahmen wie die Operation Papyrus in Genf forderte. Er argumentierte, dass die Situation im Kanton Zürich nicht mit der Situation im Kanton Genf vergleichbar sei, in dem schweizweit am meisten Sans-Papiers leben. Dort sei die Situation in erster Linie auf die grosse Anzahl ausländischer Personen mit Diplomatenstatus zurückzuführen, die Hausangestellte beschäftigen. In seiner Antwort auf die

⁶³ Vgl. Link: <https://www1.nyc.gov/site/idnyc/benefits/benefits.page>

⁶⁴ Dringliche Motion der SP-Grüne und AL-Fraktion vom 11.7.2018 «Einführung einer städtischen Identitätskarte für alle Stadtbewohnerinnen und Stadtbewohner (Züri City Card)» (2018/278), verfügbar unter: www.gemeinderat-zuerich.ch > Geschäfte.

Interpellation hielt der Regierungsrat weiter fest, dass der Bund im Ausländerbereich zuständig sei und dass Sans-Papiers um eine Härtefallbewilligung ersuchen könnten.⁶⁵

Im Schwerpunkteplan 2018–2021 zur Umsetzung des Leitbildes zur Integrationspolitik hat der Gemeinderat der Stadt Bern folgendes Ziel verabschiedet: «Die Stadt beteiligt sich an der Debatte um das Konzept von «Urban Citizenship» und ist bestrebt, eine City-Card einzuführen, um damit die Teilhabe aller Bewohnerinnen und Bewohner unabhängig von ihrem Aufenthaltsstatus zu fördern. Die Federführung für die Umsetzung des oben erwähnten Ziels liegt beim Kompetenzzentrum Integration der Stadt Bern.»

Rechtsrahmen

Das Konzept der City-Card als Ausweis, der den Aufenthalt der Inhaberin oder des Inhabers regelt, wurde in der letzten Zeit in der Bundesversammlung diskutiert. Es hat einige Fragen aufgeworfen.

In seiner Frage (18.5587) «Legalisierung illegal anwesender Ausländer auf kommunaler Ebene» wollte Nationalrat Rutz wissen, ob es möglich sei, kommunale Ausweise zu schaffen, welche die Anwesenheit von Sans-Papiers legalisieren, und falls ja, wer die Kompetenz zur Ausstellung der Ausweise habe. Der Bundesrat wies in seiner Antwort darauf hin, dass die Gemeinden und die Kantone keine Kompetenz haben, den Aufenthalt von Sans-Papiers durch die Ausstellung von eigenen Ausweisen verbindlich zu regeln.

Mit der Interpellation von Nationalrat Hess «Verstossen City-Cards gegen geltendes Recht?» (19.3933) wird namentlich gefragt, ob diese Karten rechtswidrig sind, ob sie rechtlich verbindlich sind, ob die kantonalen und kommunalen Behörden zur Ausstellung eines solchen Ausweises befugt sind und ob vom Bund Massnahmen zu treffen sind. Diese Interpellation wurde im Nationalrat noch nicht behandelt.

Der Bundesrat hat in seiner Antwort wie bei der Frage von Nationalrat Rutz festgehalten, dass die Gesetzgebung über die Ein- und Ausreise, den Aufenthalt und die Niederlassung von Ausländerinnen und Ausländern sowie die Gewährung von Asyl Sache des Bundes ist (Art. 121 Abs. 1 der Bundesverfassung [BV]⁶⁶). Das AIG⁶⁷ legt fest, unter welchen Voraussetzungen ausländische Personen zugelassen werden und einen Ausländerausweis erhalten können (Art. 41 AIG). Weder die Kantone noch die Gemeinden verfügen über eigene Kompetenzen in diesem Bereich. Ein von einer Stadt ausgestellter Karte, die ein faktisches Aufenthaltsrecht auf dem Stadtgebiet anerkennt, würde demnach gegen Bundesrecht verstossen.⁶⁸

Die Einführung einer solchen Karte als Identitätsausweis würde auch deshalb gegen Bundesrecht verstossen, weil der Bundesrat gemäss dem Ausweisgesetz (Art. 1 Abs. 3)⁶⁹ zuständig ist für die Regelung der Ausweisarten für Schweizerinnen und Schweizer. Zurzeit werden der Pass und die Identitätskarte gemäss den Bestimmungen der Ausweisverordnung anerkannt (Art. 1 VAwG).⁷⁰ Ausländische Personen müssen gemäss den Bestimmungen des AIG während ihres Aufenthalts in der Schweiz im Besitz eines gültigen und anerkannten ausländischen Ausweispapieres sein (Art. 13

⁶⁵ Vgl. Regierungsratsbeschluss Nr. 440/2017 vom 9. Mai 2017 zur Interpellation Michèle Dünki-Bättig, Glattfelden, Sibylle Marti und Thomas Marthaler, Zürich, betreffend Sans-Papiers im Kanton Zürich, verfügbar unter: www.zh.ch > Kanton Zürich > Politik & Stadt > Gesetze & Beschlüsse > Beschlüsse des Regierungsrates.

⁶⁶ SR 101

⁶⁷ SR 142.2

⁶⁸ Verfügbar unter: www.parlament.ch > Ratsbetrieb > Suche Curia Vista.

⁶⁹ SR 143.1

⁷⁰ SR 143.11

Abs. 1 und 89 AIG). Sie werden ebenfalls durch den Bundesrat bestimmt (vgl. Art. 13 Abs. 1 AIG und Art. 8 VZAE)⁷¹.

Nach dem Konzept der City-Card soll mit einem lokalen Ausweis für Sans-Papiers der Anschein einer rechtskonformen Situation bezüglich der Regelung des Aufenthalts erweckt werden. Sie verleiht dem Aufenthalt von Sans-Papiers auf dem Gebiet der betreffenden Stadt von Beginn weg eine gewisse Rechtmässigkeit, indem sie Schutz vor möglichen Kontrollen und Zugang zu weiteren Leistungen bietet. Sie werden von den Behörden nicht behelligt und können nach einigen Jahren ein Gesuch um die Erteilung einer Härtefallbewilligung einreichen, sofern die übrigen Voraussetzungen erfüllt sind. Mit einem solchen Konzept könnten somit die bundesrechtlichen Bestimmungen über die Zulassung und den Aufenthalt von Ausländerinnen und Ausländern wesentlich leichter umgangen werden

7 Zugang von Sans-Papiers zu den Sozialversicherungen

7.1 Krankenversicherung

7.1.1 Unterstellung

Nach Artikel 3 Absatz 1 KVG⁷² muss sich jede Person mit Wohnsitz in der Schweiz innert drei Monaten nach der Wohnsitznahme in der Schweiz für Krankenpflege versichern oder von ihrem gesetzlichen Vertreter bzw. ihrer gesetzlichen Vertreterin versichern lassen. Gemäss Rechtsprechung des BGer⁷³ ist für die Wohnsitzfrage nicht massgebend, ob eine gültige Aufenthaltsbewilligung vorhanden ist. Sans-Papiers, die sich mit der Absicht dauernden Verbleibens in der Schweiz aufhalten, haben hier ihren Wohnsitz und sind somit versicherungspflichtig.

Personen, die im Rahmen eines Asylverfahrens eingereist sind, haben grundsätzlich ihren Wohnsitz in der Schweiz, da sie hier wohnen und ihren Wohnsitz im Ausland aufgegeben haben (Art. 24 Abs. 2 ZGB). Nach einem rechtskräftigen negativen Asylentscheid ist es mitunter schwierig zu wissen, ob die betreffende Person die Schweiz verlassen hat oder nicht. Bestehen konkrete Anhaltspunkte dafür, dass sich die Person nicht mehr in der Schweiz aufhält, kann der Kanton verlangen, dass die Fälligkeit der Prämien sistiert wird (Art. 92d der Verordnung über die Krankenversicherung; KVV)⁷⁴. Personen, die trotz negativem Ausgang ihres Asylverfahrens in der Schweiz bleiben, behalten hier ihren Wohnsitz und sind somit weiterhin versicherungspflichtig. Die Versicherungspflicht endet erst, wenn sie die Schweiz endgültig verlassen haben oder mit ihrem Tod (Art. 7 Abs. 5 KVV).

Es wurden mehrere parlamentarische Vorstösse eingereicht mit dem Ziel, Sans-Papiers von der obligatorischen Krankenpflegeversicherung auszuschliessen.⁷⁵

Um den Zugang von Sans-Papiers zur obligatorischen Krankenpflegeversicherung zu gewährleisten, gab das BSV als damalige Aufsichtsbehörde über die Krankenversicherung im Jahr 2002 eine Weisung heraus, welche die Versicherer an ihre Pflicht erinnerte. Wie der Bundesrat in seinem Bericht vom 23. Mai 2012⁷⁶ festgestellt hat, ist nur ein Teil der in der Schweiz lebenden Sans-Papiers

⁷¹ SR 142.201

⁷² SR 832.10

⁷³ BGE 129 V 77

⁷⁴ SR 832.102

⁷⁵ Vgl. Motion Kuprecht (10.3203) «Aufhebung der KVG-Grundversicherungspflicht für Sans-Papiers» (abgelehnt), parlamentarische Initiative Reimann (12.484) «Keine KVG-Grundversicherungspflicht für Sans-Papiers, für abgewiesene Asylbewerber sowie für solche mit Nichteintretensentscheid» (keine Folge geleistet), Motion SVP (12.3819) «Asylwesen. Gesundheitsversorgung ausserhalb des KVG sicherstellen» (abgelehnt), Motion Brand (12.3820) «Nothilfebezüger nicht mehr bei einer Krankenkasse versichern» (abgelehnt), parlamentarische Initiative Giezendanner (16.467) «Keine Versicherungspflicht für illegale Aufenthalter» (zurückgezogen). Vgl. auch Ziff. 3 dieses Berichts.

⁷⁶ Bericht des Bundesrats in Erfüllung des Postulats Heim (09.3484) «Sans-Papiers. Krankenversicherung und Zugang zur Gesundheitsversorgung», verfügbar unter: www.bag.admin.ch > Strategie & Politik >

versichert. Dafür gibt es mehrere Gründe: schwierige finanzielle Situation, das Bestreben, Kontakte mit den Behörden zu vermeiden, Schwierigkeiten, sich bei einem Versicherer anzumelden. Der Bundesrat möchte die Versicherungsdeckung der Sans-Papiers erhöhen. Aufgrund der Interpellation Maury Pasquier (14.3798) «Sans-Papiers ohne Krankenversicherung. 13-stellige AHV-Versichertennummer unabhängig vom rechtlichen Status erstellen» wurden die Unterstützungsgruppen von Sans-Papiers über eine Kontaktstelle beim BAG informiert, an die sich diese bei Problemen mit der Ausstellung der Versichertenkarte wenden können. Die dem BAG gemeldeten Fälle konnten zur Zufriedenheit der betroffenen Personen geregelt werden.

7.1.2 Anspruch auf Leistungen

Alle nach dem KVG versicherten Personen haben unabhängig von ihrem Aufenthaltsstatus Anspruch auf den gleichen Leistungskatalog (Art. 5 Bst. f des Krankenversicherungsaufsichtsgesetzes; KVAG). Es wurden mehrere parlamentarische Vorstösse eingereicht, um die Leistungen für Sans-Papiers zu beschränken.⁷⁷ Der Bundesrat hat in seinen Antworten stets auf den wichtigen Grundsatz hingewiesen, dass alle in der Schweiz wohnhaften Personen – unabhängig von ihrer Herkunft und ihrem Aufenthaltsstatus – das Recht auf dieselbe medizinische Versorgung haben.

7.2 Unfallversicherung

7.2.1 Unterstellung

Nach Artikel 1a Absatz 1 des Unfallversicherungsgesetzes (UVG)⁷⁸ sind alle in der Schweiz beschäftigten Arbeitnehmenden, einschliesslich Heimarbeitende, Lernende, Praktikantinnen und Praktikanten, Volontärinnen und Volontäre sowie in Lehr- oder Invalidenwerkstätten tätige Personen gegen Unfall und Berufskrankheiten versichert. Wenn sie wöchentlich mindestens acht Stunden beim gleichen Arbeitgeber beschäftigt sind, sind sie ebenfalls gegen Nichtberufsunfälle versichert (Art. 13 der Verordnung über die Unfallversicherung; UVV)⁷⁹.

Gemäss Rechtsprechung gilt als Arbeitnehmer nach Artikel 1a Absatz 1 UVG, wer zu Erwerbs- oder Ausbildungszwecken und ohne ein eigenes wirtschaftliches Risiko tragen zu müssen dauerhaft oder vorübergehend eine Arbeit ausführt für einen Arbeitgeber, dem er mehr oder weniger unterstellt ist. Dies sind also vor allem Personen, die über einen Arbeitsvertrag nach den Artikeln 319 ff. des Obligationenrechts (OR)⁸⁰ verfügen oder in einem öffentlich-rechtlichen Anstellungsverhältnis stehen. Das Bestehen eines Arbeitsvertrags stellt jedoch keine Voraussetzung für die Anerkennung der Arbeitnehmereigenschaft nach Artikel 1a Absatz 1 UVG dar.

Wenn kein Arbeitsvertrag oder ein öffentlich-rechtliches Anstellungsverhältnis besteht, ist die Arbeitnehmereigenschaft im Lichte der gesamtwirtschaftlichen Umstände im Einzelfall zu bestimmen. Dabei ist zu beachten, dass das UVG im Hinblick auf eine möglichst umfassende Versicherungsdeckung auch Personen einschliesst, die aufgrund ihrer unentgeltlichen Arbeitsleistung nicht als Arbeitnehmende betrachtet werden können; dies ist beispielsweise bei Volontärinnen und Volontären oder Praktikantinnen und Praktikanten der Fall. Der Begriff des Arbeitnehmers nach Artikel 1a UVG ist somit breiter gefasst als der arbeitsrechtliche Begriff.

Nationale Gesundheitsstrategien und Programme > Gesundheitliche Chancengleichheit > Chancengleichheit in der Gesundheitsversorgung > Gesundheitsversorgung der Sans-Papiers.

⁷⁷ Vgl. Motion Brand (12.3820) «Nothilfebezüger nicht mehr bei einer Krankenkasse versichern», wonach Nothilfebezüger im Krankheitsfall von den zuständigen kantonalen Behörden zur absoluten Mindestversorgung an einen Arzt zu verweisen sind (abgelehnt); Motion Flückiger-Bäni (17.3535) «Eine Krankenversicherung «light» für Personen mit ungeklärtem Aufenthaltsrecht» (abgeschrieben); Motion SVP (19.3035) «Eine «Krankenversicherung light» für Personen mit ungeklärtem Aufenthaltsrecht» (noch nicht behandelt). Vgl. auch Ziff. 3 dieses Berichts.

⁷⁸ SR 831.20

⁷⁹ SR 832.202

⁸⁰ SR 220

Generell unterstreicht die Rechtsprechung zwei Kriterien, die zur Unterstellung unter das UVG führen können: die Ausbildung als Ziel für die eingestellte Person oder das wirtschaftliche Interesse des Unternehmens an der Arbeitsleistung. Gestützt auf diese Grundsätze hat das BGer im Fall einer Sozialhilfebezügerin, die im Rahmen eines Arbeitsversuches ohne Lohn in einem Reinigungsunternehmen beschäftigt wurde, entschieden, dass sie über das Unternehmen versichert ist, da dieses ein wirtschaftliches Interesse an der Arbeitsleistung hat (BGE 8C_302/2017 vom 18. August 2017). Auch eine 15-jährige Jugendliche, die in ihrer Freizeit in einem Reitzentrum arbeitete und als einzige Entschädigung Pferde reiten durfte, war nach Ansicht des BGer obligatorisch gegen Unfall versichert (BGE 115 V 55).

Personen ohne Aufenthaltstitel sind von dieser Regel nicht ausgenommen. Ab dem Zeitpunkt, in dem diese nach den oben genannten Rechtsprechungskriterien als Arbeitnehmende erachtet werden (beispielsweise aufgrund des wirtschaftlichen Interesses des Unternehmens, das sie eingestellt hat), sind Sans-Papiers nach den Bestimmungen des UVG versichert. Die Prämien für die obligatorische Versicherung der Berufsunfälle und Berufskrankheiten tragen die Arbeitgebenden. Die Prämien für die obligatorische Versicherung der Nichtberufsunfälle, falls eine solche Deckung gegeben ist, gehen zu Lasten der Sans-Papiers. Abweichende Abreden zugunsten der Arbeitnehmenden bleiben vorbehalten (Art. 91 UVG).

7.2.2 Anspruch auf Leistungen

Nach Artikel 73 UVG erbringt die Ersatzkasse UVG die gesetzlichen Versicherungsleistungen an verunfallte Arbeitnehmende, für deren Versicherung nicht die Schweizerische Unfallversicherungsanstalt (SUVA) zuständig ist und die von ihrem Arbeitgeber nicht versichert worden sind. Ist das Unternehmen aufgrund seiner Tätigkeit obligatorisch bei der SUVA versichert nach Artikel 66 UVG, hat die SUVA, die ein Teilmonopol besitzt, die Leistungen zu erbringen; dies gilt auch dann, wenn der Arbeitgeber nichts unternommen hat, um sein Personal zu versichern. Wenn ein Arbeitgeber seine Arbeitnehmenden nicht versichert, die Eröffnung seines Betriebs nicht gemeldet oder sich sonst wie der Prämienpflicht entzogen hat, erhebt die Suva oder die Ersatzkasse vom Arbeitgeber für die Dauer der Säumnis, höchstens aber für fünf Jahre, eine Ersatzprämie in der Höhe des geschuldeten Prämienbetrags. Der Betrag wird verdoppelt, wenn sich der Arbeitgeber in unentschuldbarer Weise der Versicherungs- oder Prämienpflicht entzogen hat. Kommt der Arbeitgeber seinen Pflichten wiederholt nicht nach, so kann eine Ersatzprämie vom drei- bis zehnfachen Prämienbetrag erhoben werden (Art. 95 UVG).

Somit sind ausländische Arbeitnehmende auch ohne Aufenthaltstitel obligatorisch gegen Unfall versichert, wie alle anderen Arbeitnehmenden auch. Dass sie vom Arbeitgeber nicht bei den Sozialversicherungs- und anderen Behörden gemeldet worden sind, ändert nichts daran, dass diese Deckung besteht. Auf jeden Fall sind sie versichert und erhalten Versicherungsleistungen nach den Bestimmungen des UVG.

7.3 Alters- und Hinterlassenversicherung, Invalidenversicherung und Erwerbsersatzordnung

7.3.1 Versicherungs- und Beitragspflicht

Die Bundesverfassung erklärt die Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenversicherung (AHV und IV) sowie die Erwerbsersatzordnung (EO) für obligatorisch (Art. 112 Abs. 2 Bst. a und 116 Abs. 3 BV⁸¹). Diese Pflichtversicherungen umfassen alle Personen mit Wohnsitz oder Erwerbstätigkeit in der Schweiz. Der Wohnsitzbegriff richtet sich nach dem Zivilgesetzbuch (Art. 13 ATSG und Art. 23 ff. ZGB). Danach befindet sich der Wohnsitz einer Person an dem Ort, wo sie sich mit der Absicht dauernden Verbleibens aufhält. Ist der Wohnsitz nicht nachweisbar, gilt der Aufenthaltsort als Wohnsitz. Die

Unrechtmässigkeit des Aufenthalts hindert weder die Begründung des zivilrechtlichen Wohnsitzes noch die Versicherungsunterstellung oder Leistungserbringung.

Sans-Papiers, die in der Schweiz ihren Wohnsitz haben oder arbeiten, unterliegen dem Versicherungsobligatorium: Wer in der Schweiz seinen Wohnsitz hat oder arbeitet, muss unabhängig von der Staatsangehörigkeit und dem Aufenthaltsstatus Beiträge an die AHV, die IV und die EO bezahlen (Art. 1a, 3 und 12 AHVG⁸², Art. 2 IVG⁸³ und Art. 27 Abs. 1 EOG⁸⁴). Dabei richtet sich die Beitragspflicht in der IV und der EO nach der Beitragspflicht in der AHV. Wer AHV-beitragspflichtig ist, ist somit automatisch auch IV- und EO-beitragspflichtig.

Erwerbstätige Personen

Ausländerinnen und Ausländer müssen, um in der Schweiz erwerbstätig sein zu dürfen, über eine Arbeitsbewilligung verfügen (Art. 11 Abs. 1 AIG⁸⁵). Arbeitgebende haben sich vor dem Stellenantritt einer Ausländerin oder eines Ausländers durch Einsicht in das Ausweispapier oder durch Nachfrage bei den zuständigen Behörden zu vergewissern, dass die Berechtigung zur Erwerbstätigkeit in der Schweiz besteht (Art. 91 Abs. 1 AIG). Auch wenn ein Sans-Papiers ohne die erforderliche ausländerrechtliche Bewilligung in der Schweiz erwerbstätig ist, fällt er von Gesetzes wegen unter das Versicherungsobligatorium und ist beitragspflichtig (Art. 1a Abs. 1 Bst. b und 3 AHVG). Die Beitragspflicht besteht ab dem 1. Januar nach Vollendung des 17. Altersjahres. Die AHV/IV/EO-Beiträge berechnen sich gestützt auf den massgebenden Lohn (Art. 4 Abs. 1 AHVG).⁸⁶

Bei unselbstständig erwerbstätigen Personen werden die Beiträge je hälftig vom Arbeitgeber und Arbeitnehmer getragen und müssen bei jeder Lohnzahlung in Abzug gebracht werden (Art. 14 Abs. 1 AHVG). Der Arbeitgeber überweist die Beiträge periodisch an die zuständige Ausgleichskasse. Erwerbstätige Sans-Papiers kommen somit nicht selber mit der zuständigen AHV-Ausgleichskasse in Kontakt, sondern nur über den Arbeitgeber, der sie bei der AHV anmelden und die Beiträge für sie abrechnen muss.

Selbstständig erwerbstätige Versicherte rechnen hingegen direkt mit der zuständigen Ausgleichskasse ab, wobei die Steuerbehörden der Ausgleichskasse das Nettoeinkommen melden. Dabei bildet das Einkommen aus selbstständiger Erwerbstätigkeit gemäss Veranlagung für die direkte Bundessteuer die Grundlage für die Berechnung der Beiträge.

Die Beitragspflicht endet mit der Aufgabe der Erwerbstätigkeit. Das gilt auch für Personen, die das ordentliche Rentenalter erreicht haben (Männer: 65 Jahre, Frauen: 64 Jahre; Art. 21 Abs. 1 AHVG) und weiter erwerbstätig sind.

Nichterwerbstätige Personen

Personen, die kein oder nur ein geringes Erwerbseinkommen erzielen und Wohnsitz in der Schweiz haben, müssen Beiträge als Nichterwerbstätige bezahlen. Die Beitragspflicht für Nichterwerbstätige beginnt am 1. Januar nach Vollendung des 20. Altersjahres und endet, wenn die nichterwerbstätige Person das ordentliche Rentenalter erreicht hat.

Von der Beitragspflicht ausgenommen sind:

- Versicherte, deren Ehefrau oder Ehemann im Sinne der AHV erwerbstätig ist und mindestens den doppelten Mindestbeitrag entrichtet (Art. 3 Abs. 3 Bst. a AHVG);

⁸² SR 831.10

⁸³ SR 831.20

⁸⁴ SR 834.1

⁸⁵ SR 142.20

⁸⁶ Vom massgebenden Lohn, der je Arbeitsverhältnis den Betrag von 2300 Franken im Kalenderjahr nicht übersteigt, werden die Beiträge nur auf Verlangen hin erhoben. Wer Hausdienstarbeitnehmende beschäftigt, ist jedoch verpflichtet, Sozialversicherungsbeiträge abzurechnen, auch wenn der Geld- oder Naturallohn tiefer ist als 2300 Franken im Jahr.

- Versicherte, die im Betrieb der Ehefrau oder des Ehemanns ohne Barlohn mitarbeiten und deren Ehefrau oder Ehemann mindestens den doppelten Mindestbeitrag entrichtet (Art. 3 Abs. 3 Bst. b AHVG).

Nichterwerbstätige Personen, die noch nicht von einer Ausgleichskasse für die Beitragszahlung erfasst sind, müssen sich selbst bei der Ausgleichskasse des Wohnkantons anmelden. Die Ausgleichskasse setzt Akontobeiträge fest. Die definitiven Beiträge werden in der Regel aufgrund der Steuerveranlagung festgesetzt.

Erhält eine Ausgleichskasse Kenntnis davon, dass eine beitragspflichtige Person keine Beiträge bezahlt hat, so hat sie die Nachzahlung der geschuldeten Beiträge zu verlangen (Art. 39 Abs. 1 AHVV). Die Beitragsforderung erlischt fünf Jahre nach Ablauf des Kalenderjahres, in welchem sie rechtskräftig wurde (Art. 16 Abs. 2 AHVG). Eine Nachzahlung der Beiträge oder Verrechnung der Beiträge mit der Rente ist nur innerhalb dieser fünf Jahre zulässig.

Wie eine Studie aus dem Jahr 2005 ergeben hat, treten Sans-Papiers freiwillig kaum mit offiziellen Ämtern in Kontakt.⁸⁷ Sie kommen deshalb ihrer Beitragspflicht in der Regel nicht nach, da sie von den Arbeitgebenden nur selten bei der AHV-Ausgleichskasse gemeldet werden und Nichterwerbstätige sich nicht freiwillig anmelden. Eine Anmeldung von Sans-Papiers bei den AHV-Ausgleichskassen ist bereits aus diesen Gründen der Ausnahmefall.

7.3.2 Leistungsansprüche

7.3.2.1 Alters- und Hinterlassenenversicherung (AHV)

Altersrente der AHV

Versicherte, die das ordentliche Rentenalter erreicht haben (Männer: 65 Jahre; Frauen: 64 Jahre; Art. 21 Abs. 1 AHVG) und denen während mindestens eines vollen Beitragsjahres Beiträge angerechnet werden können (Mindestbeitragsdauer, Art. 50 AHVV i. V. m. Art. 29 AHVG), haben Anspruch auf eine Altersrente der AHV. Die Höhe der Altersrente ist abhängig von den anrechenbaren Beitragsjahren, den Erwerbseinkommen sowie den Erziehungs- und Betreuungsgutschriften.⁸⁸ Die Altersrente muss bei der zuständigen Ausgleichskasse beantragt werden; sie wird bei Erreichen des ordentlichen Rentenalters somit nicht automatisch ausgerichtet.

Ausländerinnen und Ausländer mit Wohnsitz in der Schweiz haben unter den gleichen Voraussetzungen Anspruch auf eine Altersrente. Verlassen sie die Schweiz definitiv, wird ihnen ihre Rente ins Ausland ausbezahlt, sofern die Schweiz mit dem Heimatstaat ein Sozialversicherungsabkommen abgeschlossen hat. Besteht kein Sozialversicherungsabkommen, können die betroffenen Personen unter bestimmten Voraussetzungen die Rückvergütung der Beiträge verlangen (Ziff. 7.3.3).

Wenn während der Dauer des Versicherungsobligatoriums keine Beiträge einbezahlt wurden, entsteht weder ein Anspruch auf eine Altersrente noch auf die Rückvergütung der AHV-Beiträge.

Bezügerinnen und Bezüger von Altersrenten der AHV können unter bestimmten Voraussetzungen zusätzlich Anspruch auf folgende Leistungen haben:

- Kinderrente der AHV (Art. 22^{ter} AHVG); Auszahlung ins Ausland an Ausländerinnen und Ausländer nur, wenn ein Sozialversicherungsabkommen besteht;

⁸⁷ Vgl. Bericht «Sans Papiers in der Schweiz: Arbeitsmarkt, nicht Asylpolitik ist entscheidend», a. a. O., S. 41 ff.

⁸⁸ Erziehungsgutschriften werden für Jahre angerechnet, in denen ihnen die elterliche Sorge für eines oder mehrere Kinder unter 16 Jahren zusteht (Artikel 29^{sexies} AHVG). Betreuungsgutschriften werden bei der Betreuung von pflegebedürftigen Verwandten angerechnet (Artikel 29^{septies} AHVG). Erziehungs- und Betreuungsgutschriften können nicht kumuliert werden.

- Hilflosenentschädigung der AHV (Art. 43^{bis} AHVG); nur bei Wohnsitz und gewöhnlichem Aufenthalt in der Schweiz;
- Assistenzbeitrag der AHV (Art. 43^{ter} AHVG); Auszahlung ins Ausland an Ausländerinnen und Ausländer nur, wenn ein Sozialversicherungsabkommen besteht;
- Hilfsmittel der AHV (Art. 43^{quater} AHVG); nur bei Wohnsitz und gewöhnlichem Aufenthalt in der Schweiz.

Hinterlassenenrente der AHV

Damit ein Anspruch auf eine Hinterlassenenrente besteht, müssen der verstorbenen Person mindestens während eines vollen Beitragsjahres AHV-Beiträge angerechnet werden können. Hinterlassenenrenten können an Witwen, Witwer oder Waisen ausgerichtet werden:

- Witwenrente, sofern die Witwe Kinder hat. Wenn die Witwe keine Kinder hat, ist der Anspruch von der Dauer der Ehe und dem Alter der Witwe abhängig (Art. 23–24a AHVG).
- Witwerrente, sofern und solange der Witwer minderjährige Kinder hat (Art. 23, 24 Abs. 2 und 24a AHVG).
- Waisenrente für Waisen bis zum vollendeten 18. Altersjahr, für Waisen in Ausbildung bis zum vollendeten 25. Altersjahr (Art. 25 AHVG).

Die Hinterlassenenrente muss von der Witwe, dem Witwer oder dem Waisen bei der zuständigen Ausgleichskasse beantragt werden; das heisst, sie wird nicht automatisch ausgerichtet.

War die verstorbene Person Ausländerin oder Ausländer, hat die hinterlassene Person nur bei Wohnsitz in der Schweiz Anspruch auf die Hinterlassenenrente. Verlässt sie die Schweiz, wird die Hinterlassenenrente nur dann ins Ausland ausbezahlt, wenn mit dem Heimatstaat der verstorbenen Person ein Sozialversicherungsabkommen besteht. Besteht kein Sozialversicherungsabkommen, wird keine Rente ins Ausland ausbezahlt (Ziff. 7.3.3).

In der Praxis kommt es in der Regel nicht zu einem Bezug von Alters- oder Hinterlassenenrenten, da ein Behördenkontakt von Sans-Papiers generell vermieden wird und die für Leistungen der AHV notwendigen gesicherten Personendaten oft fehlen.

7.3.2.2 Invalidenversicherung (IV)

Für Sans-Papiers ist der Anspruch auf Leistungen der IV gewährleistet, solange diese versicherungspflichtig sind (siehe Ziff. 7.3.1) und die Voraussetzungen gemäss Gesetz oder Sozialversicherungsabkommen erfüllt sind. Die Leistungen der IV decken ein breites Spektrum ab. Sie umfassen Eingliederungsmassnahmen (medizinische Massnahmen, berufliche Massnahmen und Hilfsmittel) ebenso wie Renten und Hilflosenentschädigungen. Die nachstehende Tabelle gibt einen Überblick über die Voraussetzungen der IV nach Leistungsart für Ausländerinnen und Ausländer aus Staaten, mit denen kein Versicherungsabkommen besteht; die Mehrheit der Sans-Papiers stammen aus Nichtvertragsstaaten.⁸⁹

Tabelle: Voraussetzungen der IV für Staatsangehörige eines Nichtvertragsstaats

	Grundvoraussetzungen	Zusätzliche Voraussetzungen
Eingliederungs-massnahmen	<p><u>Über 20 Jahre:</u></p> <ul style="list-style-type: none"> • <i>Sie sind versichert (Art. 9 Abs. 1^{bis} IVG).</i> 	<p><u>Über 20 Jahre:</u></p> <ul style="list-style-type: none"> • <i>Sie haben bei Eintritt der Invalidität während mindestens eines Jahres Beiträge geleistet oder sich ununterbrochen während zehn Jahren in der</i>

⁸⁹ Vgl. Bericht «Sans-Papiers in der Schweiz 2015» a. a. O., S. 41.

		<i>Schweiz aufgehalten (Art. 6 Abs. 2 IVG).</i>
	<p><u>Unter 20 Jahre:</u></p> <ul style="list-style-type: none"> <i>Sie sind versichert oder haben einen versicherten Elternteil (Art. 9 Abs. 2 IVG).</i> 	<p><u>Unter 20 Jahre:</u></p> <ul style="list-style-type: none"> <i>Sie sind in der Schweiz invalid geboren oder haben sich bei Eintritt der Invalidität seit mindestens einem Jahr oder seit der Geburt ununterbrochen in der Schweiz aufgehalten, und ihr Vater oder ihre Mutter hat während mindestens eines vollen Jahres Beiträge geleistet oder sich ununterbrochen während zehn Jahren in der Schweiz aufgehalten (Art. 9 Abs. 3 IVG).</i>
Ordentliche Rente	<ul style="list-style-type: none"> <i>Sie haben bei Eintritt der Invalidität während mindestens drei Jahren Beiträge geleistet (Art. 36 Abs. 1 IVG).</i> 	<ul style="list-style-type: none"> <i>Kein Rentenexport ins Ausland (Art. 18 Abs. 2 AHVG).</i>
Ausserordentliche Rente	<ul style="list-style-type: none"> <i>Sie waren während der gleichen Anzahl Jahre versichert wie ihr Jahrgang, konnten aber die Mindestbeitragsdauer von drei Jahren vor Entstehen des Rentenanspruchs nicht erfüllen (Art. 39 IVG und 42 AHVG).</i> 	<ul style="list-style-type: none"> <i>Sie haben die Voraussetzungen für Eingliederungsmassnahmen vor Vollendung des 20. Altersjahrs erfüllt (weil sie entweder vor diesem Alter Eingliederungsmassnahmen erhalten haben oder Anspruch auf solche Massnahmen hatten [Art. 9 Abs. 3 und Art. 39 Abs. 3 IVG])</i> <i>Rentenexport: Ausserordentliche Renten werden grundsätzlich nur an Personen mit Wohnsitz oder gewöhnlichem Aufenthalt in der Schweiz ausbezahlt.</i>
Hilflosenentschädigung	<ul style="list-style-type: none"> <i>Sie sind der IV unterstellt (Art. 42 IVG).</i> 	<p><u>Über 18 Jahre:</u></p> <ul style="list-style-type: none"> <i>Sie haben bei Eintritt der Invalidität während eines Jahres Beiträge geleistet oder während zehn Jahren ununterbrochen in der Schweiz gelebt; sie haben ihren Wohnsitz und ihren</i>

		<i>gewöhnlichen Aufenthalt in der Schweiz (Art. 6 Abs. 2 IVG).</i>
		<u>Unter 18 Jahre:</u> <ul style="list-style-type: none"> • <i>Sie erfüllen bei Eintritt der Invalidität die Voraussetzungen für den Anspruch auf Eingliederungsmassnahmen nach Artikel 9 Absatz 3 IVG (Art. 42^{bis} Abs. 2 AIG).</i>

Wie AHV-Rentnerinnen und -Rentner, haben auch Personen, die eine Invalidenrente beziehen, Anspruch auf eine Rente für minderjährige oder in Ausbildung stehende Kinder. Die Kinderrente wird längstens bis zum vollendeten 25. Altersjahr ausgerichtet (Art. 35 IVG).

Versicherte, die eine Hilflosenentschädigung beziehen und zu Hause leben, haben unter bestimmten Voraussetzungen Anspruch auf einen Assistenzbeitrag (Art. 42^{quater} Abs. 1 Bst. a IVG). Für minderjährige und volljährige Versicherte sind diese Voraussetzungen in den Artikeln 39a und 39b der Verordnung vom 17. Januar 1961 über die Invalidenversicherung (IVV)⁹⁰ festgelegt.

7.3.2.3 Erwerbsersatzordnung (EO)

Die Erwerbsersatzordnung (Erwerbsersatzgesetz vom 25. September 1952⁹¹; EOG) regelt den Erwerbsersatz für Dienstleistende und bei Mutterschaft.

Erwerbsersatz für Dienstleistende

Dienstleistende in Armee, Rotkreuz-, Zivil- und Schutzdienst haben Anspruch auf eine Erwerbsausfallentschädigung (Art. 1a EOG). Allerdings beschränkt sich die Dienstpflicht auf Schweizer Bürger (Art. 2 Abs. 1 Militärgesetz vom 3. Februar 1995⁹²; MG). Da es sich bei Sans-Papiers definitionsgemäss um Ausländer ohne rechtmässigen Aufenthaltsstatus handelt, unterliegen sie nicht der Dienstpflicht.

Teilnehmer an eidgenössischen und kantonalen Kaderkursen von «Jugend und Sport» im Sinne von Artikel 9 des Sportförderungsgesetzes vom 17. Juni 2011⁹³ (SpoFöG) sowie an Jungschützenleiterkursen nach Artikel 64 MG haben ebenfalls Anspruch auf eine Erwerbsausfallentschädigung (Art. 1a Abs. 4 EOG). Das Bundesamt für Sport bestimmt die Kurse, die Anspruch auf Entschädigung geben (Art. 3 Verordnung vom 24. November 2004⁹⁴ zum Erwerbsersatzgesetz; EO). Es kann davon ausgegangen werden, dass Sans-Papiers nicht an solchen Kursen teilnehmen, weil sich zukünftige J+S-Leiterinnen und -Leiter durch den J+S-Coach des Vereins oder der Schule zur Leiterausbildung empfehlen und anmelden lassen und sich zur regelmässigen Tätigkeit als J+S-Leiterin oder -Leiter verpflichten müssen. Ausserdem muss die EO-Entschädigung bei der AHV-Ausgleichskasse beantragt werden, bei der die Sans-Papiers, wie vorgehend ausgeführt, in der Regel nicht gemeldet sind.

Erwerbsersatz bei Mutterschaft (Mutterschaftsentschädigung)

⁹⁰ SR 831.201

⁹¹ SR 834.1

⁹² SR 510.10

⁹³ SR 415.0

⁹⁴ SR 834.11

Anspruch auf Mutterschaftsentschädigung haben Frauen, die während der neun Monate unmittelbar vor der Niederkunft im Sinne des AHVG obligatorisch versichert waren, in dieser Zeit mindestens fünf Monate lang eine Erwerbstätigkeit ausgeübt haben und im Zeitpunkt der Niederkunft

- erwerbstätig sind;
- arbeitslos sind und entweder bereits ein Taggeld der Arbeitslosenversicherung beziehen oder eine genügende Beitragszeit im Sinne des Arbeitslosengesetzes aufweisen; oder
- arbeitsunfähig sind und deswegen ein Taggeld beziehen.

Der Anspruch auf Mutterschaftsentschädigung muss bei der zuständigen Ausgleichskasse geltend gemacht werden. Der Anmeldung müssen verschiedene Dokumente beigelegt werden, so insbesondere eine Kopie des Personalausweises, des Familienbüchleins oder des Geburtsscheins. Die Ausrichtung der Mutterschaftsentschädigung knüpft somit grundsätzlich an die Erwerbstätigkeit sowie das Beibringen von Urkunden betreffend Mutter und Kind an. Bei Sans-Papiers dürfte der Bezug einer Mutterschaftsentschädigung deshalb regelmässig daran scheitern, dass die Leistung nicht beantragt wird oder amtliche Dokumente nicht vorhanden sind.

7.3.3 Leistungsansprüche aus der AHV und IV bei Ausreise aus der Schweiz

Wenn ein Sozialversicherungsabkommen besteht

Reist ein Sans-Papiers definitiv aus der Schweiz in ein Land aus, mit dem die Schweiz ein Sozialversicherungsabkommen abgeschlossen hat,⁹⁵ und wird er oder sie dort als Flüchtling oder als staatenlos anerkannt, würden der betroffenen Person Rentenleistungen der AHV oder IV ausbezahlt oder, sofern diese Möglichkeit im Abkommen vorgesehen ist, AHV-Beiträge zurückerstattet. Da es sich bei Sans-Papiers definitionsgemäss um Ausländerinnen und Ausländer ohne rechtmässigen Aufenthalt handelt, bleibt ihr Aufenthaltsstatus nach einer Ausreise in aller Regel rechtswidrig und sie werden deshalb wohl eher keine Leistungen aus der Schweiz beantragen.

Wenn kein Sozialversicherungsabkommen besteht

Reist ein Sans-Papiers definitiv aus der Schweiz in ein Land aus, mit dem die Schweiz *kein* Sozialversicherungsabkommen abgeschlossen hat, werden keine AHV/IV-Renten ins Ausland ausbezahlt. Die betroffene Person kann aber die Rückvergütung der einbezahlten AHV-Beiträge beantragen. Da es sich bei Sans-Papiers definitionsgemäss um Ausländerinnen und Ausländer ohne rechtmässigen Aufenthalt handelt, bleibt ihr Aufenthaltsstatus nach einer Ausreise in aller Regel rechtswidrig und sie werden deshalb wohl eher keine Rückvergütung der AHV-Beiträge verlangen.

7.4 Ergänzungsleistungen (EL)

Das Bundesgesetz über Ergänzungsleistungen bestimmt, dass Ausländerinnen und Ausländer nur Anspruch auf Ergänzungsleistungen haben, wenn sie sich rechtmässig in der Schweiz aufhalten (Art. 5 Abs. 1 ELG). Somit haben Sans-Papiers keinen Anspruch auf solche Leistungen.

7.5 Berufliche Vorsorge

Die Versicherungspflicht in der beruflichen Vorsorge gilt für alle Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer, die einen AHV-pflichtigen Lohn von mindestens 21 330 Franken (Eintrittsschwelle in das Obligatorium ab 2020) erwerben. Die zweite Säule stützt sich also bei der Versicherungspflicht auf die Beurteilung der ersten Säule ab und stellt keine eigenen Kriterien in Bezug auf die Aufenthaltsberechtigung der Versicherten auf. Ist ein Sans-Papiers ohne die erforderliche ausländerrechtliche Bewilligung in der Schweiz erwerbstätig, fällt er – wie in der 1. Säule – von Gesetzes wegen unter das Versicherungsobligatorium, sofern er mit seinem Lohn die Eintrittsschwelle erreicht.

⁹⁵ Mit folgenden Staaten hat die Schweiz Sozialversicherungsabkommen abgeschlossen, die den Leistungsbereich koordinieren: EU/EFTA-Staaten (FZA/EFTA-Übereinkommen), Australien, Brasilien, Chile, Bosnien und Herzegowina, Israel, Japan, Kanada, Kosovo, Mazedonien, Montenegro, Philippinen, San Marino, Serbien, Türkei, Uruguay und USA.

Die obligatorische Versicherung beginnt an dem Tag, an dem das Arbeitsverhältnis anfängt, frühestens mit Vollendung des 17. Altersjahres. Vorerst, bis zum Erreichen des 24. Altersjahres, decken die Beiträge nur die Risiken Tod und Invalidität ab. Ab dem Alter von 25 Jahren wird zusätzlich für die Altersrente angespart. Verschiedene Personengruppen sind dem Obligatorium nicht unterstellt: unter anderem Selbstständigerwerbende sowie Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer mit einem befristeten Arbeitsvertrag von höchstens drei Monaten.

Die Altersvorsorge in der zweiten Säule basiert auf einem individuellen Sparprozess. Die angesparten Guthaben können bereits vor dem Rentenalter bezogen werden, etwa beim Aufnehmen einer selbstständigen Erwerbstätigkeit oder beim endgültigen Verlassen der Schweiz. Verlassen die Versicherten die Schweiz in Richtung EU/EFTA-Land und sind dort weiterhin sozialversichert, können sie ihre Guthaben aber nur im Umfang des sogenannten Überobligatoriums beziehen. Auch diesbezüglich werden Sans-Papiers gleich behandelt wie alle anderen Versicherten. Die Altersrenten der beruflichen Vorsorge werden weltweit ausbezahlt, nicht nur in Vertragsstaaten wie in der AHV. Wie häufig Sans-Papiers ihre Guthaben vorzeitig oder im Vorsorgefall beziehen und wie viele Guthaben in der 2. Säule Sans-Papiers tatsächlich zuzuordnen sind, ist nicht bekannt.

7.6 Familienzulagen

In Bezug auf die Familienzulagen wird primär an die obligatorische Versicherung gemäss AHVG angeknüpft. Daher sind selbstständig und unselbstständig erwerbende Personen im und ausserhalb des Landwirtschaftssektors versicherungspflichtig in Bezug auf Familienzulagen. Nichterwerbstätige, deren steuerbares Einkommen 42 660 Franken im Jahr nicht übersteigt und die weder EL noch eine ordentliche Altersrente beziehen (auch der Ehepartner darf keine Altersrente beziehen), sind auch versichert.

Es besteht ein Anspruch für:

- eigene Kinder (unabhängig davon, ob die Eltern verheiratet sind oder nicht oder ob es sich um adoptierte Kinder handelt);
- Stiefkinder, die überwiegend im Haushalt des Stiefelternteils leben oder bis zur Mündigkeit lebten;
- Pflegekinder, die im Haushalt unentgeltlich zur dauernden Pflege und Erziehung aufgenommen wurden;
- Geschwister und Enkelkinder, für deren Unterhalt überwiegend aufgekomen wird.

Es werden folgende Mindestleistungen ausgerichtet:

- eine Kinderzulage von 200 Franken pro Monat für Kinder bis 16 Jahre;
- eine Ausbildungszulage von 250 Franken pro Monat ab dem Beginn einer nachobligatorischen Ausbildung des Kindes, jedoch frühestens ab dem 15. Altersjahr. Die Ausbildungszulage wird bis zum Abschluss der Ausbildung, längstens aber bis zum vollendeten 25. Altersjahr gewährt;
- eine Haushaltzulage von 100 Franken pro Monat für landwirtschaftliche Arbeitnehmende.

Die Kantone können diese Ansätze erhöhen. Einzelne Kantone richten zudem Geburts- und Adoptionszulagen aus.

Familienzulagen werden für Kinder im Ausland nur dann ausgerichtet, wenn die Schweiz aufgrund eines Abkommens über soziale Sicherheit dazu verpflichtet ist. Bei Kindern oder Jugendlichen, die die Schweiz zu Ausbildungszwecken verlassen, wird davon ausgegangen, dass sie ihren Wohnsitz für längstens fünf Jahre in der Schweiz behalten. In diesem Fall besteht für sie weiterhin ein Anspruch auf Familienzulagen.

Für den Erhalt von Familienzulagen ist der Nachweis zu erbringen, dass das Kind, für das Zulagen beantragt werden, das Kind der antragstellenden Person ist und in der Schweiz lebt. Dies ist anhand von entsprechenden Dokumenten nachzuweisen. Um einen Behördenkontakt zu vermeiden, dürften

Sans-Papiers meist auch keinen Anspruch auf Familienzulagen geltend machen und damit auch keine Familienzulagen beziehen.

7.7 Arbeitslosenversicherung

7.7.1 Arbeitslosenentschädigung

Um Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung zu haben, müssen Ausländerinnen und Ausländer ohne Niederlassungsbewilligung unter anderem:

- in der Schweiz wohnen (Art. 8 Abs. 1 Bst. c und 12 AVIG);
- vermittlungsfähig und berechtigt sein, in der Schweiz zu arbeiten (Art. 8 Abs. 1 Bst. f und 15 Abs. 1 AVIG); und
- den Schaden für die Arbeitslosenversicherung mindern, indem sie eine zumutbare Arbeit annehmen (Art. 17 AVIG).

Auch wenn Sans-Papiers die Beitragszeit erfüllen (Art. 8 Abs. 1 Bst. e und 13 Abs. 1 AVIG), kollidiert ihr Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung mit den Voraussetzungen des Wohnsitzes, der Vermittlungsfähigkeit und der Möglichkeit, die Schadensminderungspflicht zu erfüllen. Sie haben somit keinen Anspruch auf diese Entschädigung.

Eine Ausnahme besteht jedoch für Personen, deren Aufenthaltsbewilligung abgelaufen ist. Wenn sie die Bewilligungsverlängerung rechtzeitig beantragt haben und die kantonalen Arbeitsmarktbehörden sowie die Fremdenpolizei bestätigen, dass ihr Gesuch nicht aussichtslos ist, kann die Arbeitslosenversicherung ihnen einen Anspruch eröffnen, sofern alle übrigen Voraussetzungen erfüllt sind.⁹⁶

7.7.2 Arbeitsmarktliche Massnahmen

Arbeitsmarktliche Massnahmen sind für Personen gedacht, welche die Voraussetzungen für den Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung erfüllen (Art. 8 AVIG). Sie stehen daher Sans-Papiers nicht offen.

Artikel 59d AVIG berechtigt Stellensuchende, die keinen Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung haben, weil sie weder die Beitragszeit (Art. 13 AVIG) noch die Voraussetzung für eine Befreiung (Art. 14 AVIG) erfüllen, Arbeitsmarktliche Massnahmen in beschränktem Umfang zu beanspruchen. Sie müssen jedoch alle übrigen Voraussetzungen von Artikel 8 AVIG erfüllen, darunter jene der Vermittlungsfähigkeit und des Wohnsitzes. Sans-Papiers erfüllen diese nicht und haben somit keinen Anspruch auf Arbeitsmarktliche Massnahmen.

7.7.3 Kurzarbeitsentschädigung

Nach Artikel 31 Absatz 1 Buchstabe d AVIG haben Arbeitnehmende bei Arbeitsausfall Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung, vor allem, wenn dadurch ihre Arbeitsplätze erhalten werden können.

Soweit die Kurzarbeitsentschädigung dem Erhalt der Arbeitsplätze von Arbeitnehmenden dient, die über keine gültige Arbeitsbewilligung verfügen, haben diese keinen Anspruch darauf. Dass diese Arbeitnehmenden nicht ausdrücklich auf der Liste der Personen ohne Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung aufgeführt sind (Art. 31 Abs. 3 AVIG), ändert nichts daran, da eine der Voraussetzungen für einen solchen Anspruch nicht erfüllt ist.

Ob eine gültige Arbeitsbewilligung vorliegt, wird von den Organen der ALV zurzeit nicht systematisch geprüft. Wird jedoch von der Arbeitslosenkasse selber oder nach einer Kontrolle des Arbeitgebers durch das SECO oder einer Kontrolle durch die Vollzugsorgane des BGSA festgestellt, dass die

⁹⁶ Vgl. AVIG-Praxis ALE B137 und B230 ff., erstellt vom Staatssekretariat für Wirtschaft (SECO), verfügbar unter: www.arbeit.swiss.ch > Publikationen > Weisungen/Kreisschreiben > AVIG-Praxis.

Kurzarbeitsentschädigung an Sans-Papiers ausgerichtet wurde, so hat die Kasse die zu Unrecht bezogenen Leistungen zurückzufordern.

Wenn die Organe der Arbeitslosenversicherung selber feststellen, dass die Kurzarbeitsentschädigung Sans-Papiers betrifft, müssen sie gegebenenfalls die für den Vollzug des BGSA zuständigen Behörden informieren (Art. 11 und 12 BGSA).

Da der Arbeitsvertrag nicht ungültig ist, hat der von Kurzarbeit betroffene Sans-Papiers seinen Lohnanspruch gegenüber seinem Arbeitgeber geltend zu machen.

7.7.4 Schlechtwetterentschädigung

Das AVIG legt nicht ausdrücklich fest, dass die Schlechtwetterentschädigung dazu dient, Arbeitsplätze in Branchen zu erhalten, in denen wetterbedingte Arbeitsausfälle üblich sind (Art. 42 Abs. 1 AVIG). Doch genau dies ist ihr Zweck. Sans-Papiers haben keinen Anspruch auf SWE, da – wie bei der Kurzarbeitsentschädigung – die ALV nicht zum Erhalt der Arbeitsplätze von unrechtmässig in der Schweiz anwesenden Arbeitnehmenden beitragen kann.

Somit müssen diese Arbeitnehmenden bei wetterbedingten Arbeitsausfällen ihren Anspruch auf Lohnfortzahlung selber beim Arbeitgeber geltend machen.

7.7.5 Insolvenzenschädigung

Sans-Papiers, die Lohnansprüche gegenüber einem insolventen Arbeitgeber haben, erhalten eine Insolvenzenschädigung.⁹⁷ Im Unterschied zur Kurzarbeitsentschädigung und zur Schlechtwetterentschädigung haben diese Arbeitnehmenden Anspruch auf die Insolvenzenschädigung, denn diese deckt den Lohn für Arbeit ab, die im Rahmen eines gültigen Arbeitsvertrags bereits geleistet wurde. Ausserdem dient diese Leistung nicht der Erhaltung von Arbeitsverträgen. Die Arbeitslosenkasse, welche die Arbeitnehmenden entschädigt, ist von Gesetzes wegen dazu verpflichtet, sich in der Folge gegen den Arbeitgeber zu wenden, um mithilfe des Betreibungs- und Konkursrechts die Rückerstattung der gewährten Leistungen einzufordern.⁹⁸

7.8 Öffentliche Arbeitsvermittlung

7.8.1 Beratung und Vermittlung von Stellensuchenden

Der Zugang zur öffentlichen Arbeitsvermittlung ist Personen vorbehalten, die über eine Arbeitsbewilligung für die Schweiz verfügen und zum Stellen- und Berufswechsel berechtigt sind. Sans-Papiers können somit keine Beratungs- und Vermittlungsleistungen der öffentlichen Arbeitsvermittlung (in der Regel die RAV) in Anspruch nehmen.

7.8.2 Stellenmeldepflicht

Nur Personen, die beim RAV als Stellensuchende angemeldet sind, können auf die Plattform zugreifen, auf der die meldepflichtigen Stellen ausgeschrieben sind. Da Sans-Papiers keine Beratungs- und Vermittlungsleistungen der öffentlichen Arbeitsvermittlung in Anspruch nehmen können, haben sie auch keinen gesicherten Zugriff auf die offenen Stellen, für die eine Meldepflicht gilt.

⁹⁷ Vgl. AVIG-Praxis IE B9, a. a. O., verfügbar unter: www.arbeit.swiss.ch > Publikationen > Weisungen/Kreisschreiben > AVIG-Praxis.

⁹⁸ Vgl. Motion Olivier Feller (17.4055) «Bekämpfung der Schwarzarbeit. Die Insolvenzenschädigung soll nur ausgerichtet werden, wenn die Beiträge an die Arbeitslosenversicherung einbezahlt wurden».

8 Folgen einer Aufhebung des Anspruchs auf Sozialversicherungsschutz

8.1 Vereinbarkeit mit internationalen Verpflichtungen der Schweiz

8.1.1 UNO-Pakt I und andere Konventionen der UNO und ihrer Organisationen

Die Schweiz hat sich mit der Ratifizierung des Internationalen Pakts über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte vom 16. Dezember 1966 (UNO-Pakt I; SR 0.103.1), insbesondere Artikel 9 UNO-Pakt I,⁹⁹ dazu verpflichtet, das Recht eines jeden auf soziale Sicherheit, einschliesslich Sozialversicherungen, anzuerkennen und es unter Ausschöpfung aller ihrer Möglichkeiten zu garantieren.¹⁰⁰ Dies beinhaltet die Verpflichtung, mit aktiven gesetzlichen und anderen Massnahmen die Erfüllung des Rechts auf Sozialversicherungen zu gewährleisten und dieses Recht im gesetzlichen und politischen System zu verankern.

Das Recht eines jeden auf soziale Sicherheit ist neben dem UNO-Pakt I zudem in zahlreichen weiteren internationalen Instrumenten festgehalten, welche die Schweiz ratifiziert hat. Zum Beispiel in zahlreichen Konventionen der internationalen Arbeitsorganisation¹⁰¹, in Artikel 5 (e) (iv) des Internationalen Übereinkommens zur Beseitigung jeder Form von Rassendiskriminierung vom 21. Dezember 1965¹⁰², in Artikel 11 (1) (e) und Artikel 14 (2) (c) des Übereinkommens zur Beseitigung jeder Form von Diskriminierung der Frau vom 18. Dezember 1979¹⁰³ und in Artikel 26 der Kinderrechtskonvention vom 20. November 1989 (KRK)¹⁰⁴.

Das Sozialversicherungssystem gilt grundsätzlich für alle Personen (vgl. Ziff. 7).

Die Schweiz hat sich mit der Ratifizierung des UNO-Pakts I (Art. 2 [1]) dazu verpflichtet, grundsätzlich keinen Rückschritt bei der Erfüllung der darin festgehaltenen wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Rechte, einschliesslich des Rechts auf Sozialversicherungen, vorzunehmen.¹⁰⁵ Eine generelle Aberkennung der Rechte der Sans-Papiers wie im Postulat angedacht würde im Hinblick auf die heute geltende Rechtslage in der Schweiz einen Rückschritt bedeuten. In Ausnahmefällen sind unter strikten Bedingungen Rückschritte erlaubt, sie sind in diesem Fall jedoch nicht erfüllt. So müsste nachgewiesen werden, dass die Schweiz das Maximum ihrer verfügbaren Möglichkeiten für die Erfüllung des Rechts aufgewendet und alle möglichen Alternativen geprüft hat, dass sie die betroffenen Gruppen in den Entscheidungsprozess miteinbezogen und der Unterstützung von verletzbaren und gefährdeten Gruppen besondere Aufmerksamkeit gewidmet hat, dass der Rückschritt in der Gesamtheit der Rechte des UNO-Pakts I begründet ist und dass jegliche direkte und indirekte Diskriminierung vermieden wurde.¹⁰⁶

Zudem sieht der UNO-Pakt I vor, dass die Vertragsstaaten das Recht jeder Person auf das subjektiv erreichbare Höchstmass an körperlicher und geistiger Gesundheit (Art. 12 Abs. 1) sowie das Recht jeder Person auf einen angemessenen Lebensstandard für sich und ihre Familie (Art. 11 Abs. 1) anerkennen, ohne Diskriminierung in Bezug auf die Rasse, die Hautfarbe, das Geschlecht, die Sprache, die Religion, die politische oder sonstige Anschauung, die nationale oder soziale Herkunft, das Vermögen, die Geburt oder den sonstigen Status der Person (Art. 2 Abs. 2). Ebenso garantiert die KRK das Recht des Kindes auf das erreichbare Höchstmass an Gesundheit (Art. 24 KRK) und das Recht jedes Kindes auf einen seiner körperlichen, geistigen, seelischen, sittlichen und sozialen

⁹⁹ In Verbindung mit Art. 2, 11 und 12 UNO-Pakt I, SR **0.103.1**.

¹⁰⁰ Vgl. insbesondere General Comment No. 19 zu Art. 9 des UNO Ausschusses für wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte vom 4. Februar 2008 in UN. Doc. E/C.12/GC/19.

¹⁰¹ Vgl. auch Verfassung der Internationalen Arbeitsorganisation vom 28. Juni 1919, Beilage Erklärung über die Ziele und Zwecke der Internationalen Arbeitsorganisation, Ziff. III (f).

¹⁰² SR **0.104**

¹⁰³ SR **0.108**

¹⁰⁴ SR **0.107**

¹⁰⁵ Vgl. para. 9 in General Comment No. 3 zu Art. 2 (1) des UNO Ausschusses für wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte vom 14. Dezember 1990 in UN. Doc. E/1991/23.

¹⁰⁶ Vgl. para. 42 im oben zitierten General Comment No. 19.

Entwicklung angemessenen Lebensstandard (Art. 27 Abs. 1 KRK). Beide Rechte – ebenso wie das oben erwähnte Recht auf soziale Sicherheit (Art. 26 KRK) – sind ohne Diskriminierung zu gewährleisten (Art. 2 KRK). Zudem ist bei Entscheiden über den Zugang der Kinder und/oder der Eltern zu den sozialen Rechten dem Kindeswohl (Art. 3 KRK) umfassend Rechnung zu tragen.¹⁰⁷ Die Vertragsstaaten sind zur Verwirklichung der wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Rechte der KRK unter Ausschöpfung ihrer verfügbaren Mittel verpflichtet (Art. 4 KRK), wobei das Konzept der «progressiven Realisierung» zur Anwendung kommt.¹⁰⁸ Sie sollten gezielte Rückschritte betreffend diese Rechte unterlassen,¹⁰⁹ haben aber im Übrigen einen Ermessensspielraum hinsichtlich der möglichen Massnahmen zur Verwirklichung dieser Rechte.¹¹⁰

Schliesslich sind auch die Artikel 2 (Innerstaatliche Umsetzung und Diskriminierungsverbot), Artikel 7 (Verbot unmenschlicher oder erniedrigender Behandlung), Artikel 17 (Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens) und Artikel 26 (Diskriminierungsverbot) des Internationalen Pakts über bürgerliche und politische Rechte vom 16. Dezember 1966 (UNO-Pakt II; SR 0.103.2) zu beachten.

Im Hinblick auf die oben genannten Punkte würde die Schweiz mit einer generellen Aberkennung der Rechtsansprüche aus und auf Sozialversicherungen von Sans-Papiers ihre internationalen Verpflichtungen aus dem UNO-Pakt I und der KRK in erheblichem Masse verletzen. Zudem erscheint die generelle Aberkennung dieser Rechtsansprüche mit Blick auf die weiteren zitierten internationalen Verpflichtungen sehr problematisch.

8.1.2 Europäische Menschenrechtskonvention

Die Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten vom 4. November 1950 (EMRK; SR 0.101) begründet keinen Anspruch auf konkrete staatliche Sozialleistungen.¹¹¹ Die Verweigerung von Sozialversicherungsleistungen gegenüber Drittstaatsangehörigen könnte jedoch das Diskriminierungsverbot in Artikel 14 EMRK in Verbindung mit Artikel 8 EMRK (Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens)¹¹² verletzen.¹¹³ Gemäss dem Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) ist eine Unterscheidung diskriminierend, wenn ihr eine objektive und vernünftige Rechtfertigung fehlt.¹¹⁴ Die Vertragsstaaten haben einen gewissen Beurteilungsspielraum bei der Entscheidung, ob und inwieweit eine unterschiedliche Behandlung von sonst ähnlichen Situationen gerechtfertigt ist, insbesondere im Sozialbereich.¹¹⁵ Der EGMR hat zudem Folgendes festgehalten: «Die Staaten können durchaus legitime Gründe haben, die Inanspruchnahme von kostenlastigen öffentlichen Diensten – wie etwa Leistungen der sozialen Sicherheit und des Gesundheitswesens – für sich illegal und nur kurzfristig im Land aufhaltende Einwanderer, die in der Regel nichts zu deren Finanzierung beitragen, einzuschränken. Sie können auch zulässigerweise

¹⁰⁷ Vgl. Gemeinsame Allgemeine Bemerkung Nr. 22 (2017) des Kinderrechtsausschusses zu den allgemeinen Grundsätzen betreffend die Menschenrechte von Kindern im Kontext der internationalen Migration, 16. November 2017, CRC/C/GC/2, § 29 und 44.

¹⁰⁸ Vgl. Allgemeine Bemerkung Nr. 19 (2006) zur öffentlichen Haushaltsplanung für die Verwirklichung von Kinderrechten (Art. 4), 20. Juli 2016, CRC/C/GC/19, § 30.

¹⁰⁹ Vgl. Allgemeine Bemerkung Nr. 19 (2006), Fn. 105, § 31.

¹¹⁰ Vgl. auch Art. 10 Abs. 4 des Fakultativprotokolls zum Übereinkommen über die Rechte des Kindes betreffend ein Mitteilungsverfahren vom 19. Dezember 2011 (SR 0.107.3).

¹¹¹ Vgl. beispielsweise Urteil des EGMR Di Trizio gegen die Schweiz vom 2. Februar 2016, § 59.

¹¹² Der EGMR hat wiederholt festgestellt, dass staatliche Leistungen in den Anwendungsbereich von Art. 8 EMRK fallen können. Siehe zum Beispiel EGMR, Di Trizio gegen die Schweiz, Urteil vom 2. Februar 2016, Nr. 7186/09, § 58 ff. (Invalidenrente); EGMR, Belli und *Arquier-Martinez* gegen die Schweiz, Urteil vom 11. Dezember 2018, Nr. 65550/13, § 57 ff. (ausserordentliche Invalidenrente/Hilflosenentschädigung).

¹¹³ Vgl. dazu auch SKMR et al., Handbuch Migrationsrecht Schweiz, 2015, S. 339 ff.

¹¹⁴ Vgl. EGMR, Belli und *Arquier-Martinez* gegen die Schweiz, Fn. 109, § 90.

¹¹⁵ *Ibid.*, § 92; *Koua Poirrez* gegen Frankreich, Urteil vom 30. September 2003, Nr. 40892/98, Reports 2003-X, § 46; *Gaygusuz gegen Österreich*, Urteil vom 16. September 1996, Nr. 17371/90, Reports 1996-IV § 42.

zwischen verschiedenen Kategorien von Ausländern unterscheiden.»¹¹⁶ Eine Unterscheidung einzig aufgrund der Nationalität bedarf gemäss EGMR jedoch sehr gewichtiger Gründe.¹¹⁷ Aus der Rechtsprechung des EGMR zu Artikel 3 EMRK (Schutz vor unmenschlicher und erniedrigender Behandlung) lässt sich zudem eine Pflicht zum Schutz vor existenzbedrohender Armut ableiten. Voraussetzung ist, dass eine existenzbedrohende Situation vorliegt.¹¹⁸ Im Übrigen berücksichtigt der EGMR die Schutzbedürftigkeit der betroffenen Personen im Rahmen von Artikel 3 EMRK. Zum einen zieht er die Schutzbedürftigkeit bei der Beurteilung, ob die für die Anwendung von Artikel 3 EMRK erforderliche Schwelle an Schwere erreicht wurde, in Betracht, wobei eine grössere Schutzbedürftigkeit eine niedrigere Toleranzgrenze rechtfertigt. Zum anderen berücksichtigt er die Schutzbedürftigkeit bei der Beurteilung der positiven Verpflichtungen der Vertragsstaaten, wobei eine grössere Schutzbedürftigkeit eine grössere Schutzverantwortung mit sich bringt.¹¹⁹

Eine allgemeine Aberkennung der Rechtsansprüche auf und aus Sozialversicherungen, die Sans-Papiers gewährt werden, erscheint mit Blick auf die Artikel 3, 8 und 14 EMRK sehr problematisch. Ob die Aberkennung solcher Ansprüche zulässig ist, ist im Einzelfall gestützt auf die konkreten Umstände zu beurteilen. Insbesondere die Aberkennung solcher Ansprüche gegenüber Personen, die Beiträge in Sozialversicherungen eingezahlt haben, ist äusserst problematisch.¹²⁰ Die Aberkennung der Rechtsansprüche muss in jedem Fall auf objektiven und vernünftigen Gründen beruhen. Sie muss einen legitimen Zweck verfolgen und verhältnismässig sein. Zudem darf sie nicht zu einer existenzbedrohenden Situation führen. Eine allgemeine Aberkennung für alle Personen ohne rechtmässigen Aufenthalt würde diese Voraussetzungen kaum erfüllen.

8.1.3 Fazit

Ein allgemeiner Ausschluss der Sans-Papiers von allen Sozialversicherungen würde wesentlich gegen die Pflichten der Schweiz aus dem UNO-Pakt I und der Kinderrechtskonvention verstossen. Ein solcher Ausschluss erscheint auch problematisch im Hinblick auf andere völkerrechtliche Verpflichtungen der Schweiz sowie die Artikel 3, 8 und 14 EMRK.

8.2 Vereinbarkeit mit der Bundesverfassung

8.2.1 Analyse der Rechtsgrundlagen, die durch einen Ausschluss verletzt werden könnten

Bestimmungen zur Zuweisung von Gesetzgebungskompetenzen

Die Verfassungsbestimmungen, die dem Bund Gesetzgebungskompetenzen im Bereich der Sozialversicherungen zuweisen, umschreiben grundsätzlich nicht den persönlichen Geltungsbereich der Sozialversicherungen – oder nur insofern, als sie die Möglichkeit eines obligatorischen Versicherungsschutzes vorsehen. Der Kreis der Versicherten wird grundsätzlich durch den Gesetzgeber bestimmt.

Artikel 112 Absatz 2 Buchstabe a BV legt als Grundsatz im Bereich der Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenversicherung (AHV/IV) fest, dass die Versicherung obligatorisch ist. Vor der Totalrevision der Bundesverfassung bestimmte Artikel 34^{quater} Absatz 2 der Verfassung von 1874, dass der Bund eine obligatorische Versicherung für die ganze Bevölkerung einführen muss. Die Vorarbeiten haben keinen Hinweis ergeben auf einen Willen, den Ermessensspielraum des Gesetzgebers in dieser Hinsicht zu erweitern. Deshalb ist die Lehre der Auffassung, dass der Grundsatz der obligatorischen Versicherung

¹¹⁶ Vgl. EGMR, *Ponomaryovi gegen Bulgarien*, Urteil vom 21. Juni 2011, Nr. 5335/05, Reports 2011, § 54.

¹¹⁷ Vgl. EGMR, *Koua Poirrez* gegen Frankreich, Fn. 112, § 46; *Gaygusuz* gegen Österreich, Fn. 5, § 42.

¹¹⁸ Vgl. Stefanie Schmahl und Tobias Winkler, Schutz vor Armut in der EMRK? AVR 2010, 422 ff.; EGMR, *M.S.S. gegen Belgien und Griechenland*, Urteil vom 21. Januar 2011 (Grosse Kammer), Nr. 30696/09, Reports 2011, § 219 und 253 (unmenschliche und erniedrigende Behandlung eines Asylsuchenden). Zu beachten ist ferner das Recht auf Leben (Art. 2 EMRK).

¹¹⁹ Vgl. *M.S.S. gegen Belgien und Griechenland*, Fn. 115, § 251, CEDH 2011; *Tarakhel gegen die Schweiz*, Urteil vom 4. November 2014 (Grosse Kammer), Nr. 29217/12, § 119, Reports 2014 (Auszüge).

¹²⁰ Die Leistung von Beiträgen ist insbesondere bei der Rechtfertigung einer ungleichen Behandlung von Bedeutung. Siehe EGMR, *Belli und Arquier-Martinez gegen die Schweiz*, Fn. 109, § 103.

von Artikel 112 BV im gleichen Sinne wie unter der alten Verfassung zu verstehen ist, sodass der Gesetzgeber grundsätzlich verpflichtet ist, die AHV/IV für die ganze Bevölkerung für obligatorisch zu erklären.¹²¹ Sie räumt dem Gesetzgeber dennoch einen (weiten) Spielraum ein.¹²²

So hat der Gesetzgeber Personen, welche die gesetzlichen Anforderungen nur für einen relativ kurzen Zeitraum erfüllen, von der obligatorischen Versicherung ausgeschlossen. Der Bundesrat ist jedoch der Ansicht, dass der gänzliche Ausschluss der Sans-Papiers, unabhängig von der Dauer ihres Wohnsitzes in der Schweiz, den Spielraum nach Artikel 112 BV überschreiten würde.

Die Artikel 113 Absatz 2 Buchstabe b und 114 Absatz 2 Buchstabe b BV legen den Grundsatz fest, dass der Anschluss an die berufliche Vorsorge und die Arbeitslosenversicherung für Arbeitnehmende obligatorisch ist. Diese Bestimmungen erlauben dem Gesetzgeber jedoch, Ausnahmen vorzusehen und damit einen Teil der Arbeitnehmenden ausdrücklich von der Versicherung auszuschliessen. Ein Ausschluss der Sans-Papiers von diesen beiden Sozialversicherungen würde somit nicht gegen die Artikel 113 und 114 BV verstossen.

Sozialziele

Nach Artikel 41 Absatz 2 BV setzen sich Bund und Kantone dafür ein, dass jede Person gegen die wirtschaftlichen Folgen von Alter, Invalidität, Krankheit, Unfall, Arbeitslosigkeit, Mutterschaft, Verwaisung und Verwitwung gesichert ist. Ausserdem setzen sich Bund und Kantone in Ergänzung zu persönlicher Verantwortung und privater Initiative dafür ein, dass jede Person an der sozialen Sicherheit teilhat (Art. 41 Abs. 1 Bst. a BV). Der Bund strebt die Sozialziele im Rahmen seiner verfassungsmässigen Zuständigkeiten und seiner verfügbaren Mittel an (Art. 41 Abs. 3 BV), aber aus den Sozialzielen können keine unmittelbaren Ansprüche auf staatliche Leistungen abgeleitet werden (Art. 41 Abs. 4 BV). Mit anderen Worten: Der Gesetzgeber auf Bundesebene muss die Sozialziele berücksichtigen, wenn er seine Kompetenzen im Bereich der Sozialversicherungen ausübt.

Mit dem Ausdruck «jede Person» ist jede natürliche Person, unabhängig von ihrer Staatsangehörigkeit, gemeint. Nach herrschender Lehre bedeutet der Verweis auf «jede Person», dass die gesamte Schweizer Bevölkerung an der sozialen Sicherheit teilhaben soll. Der Ausschluss von Bevölkerungsgruppen, beispielsweise Ausländerinnen und Ausländern, wäre unzulässig.¹²³ Alle Segmente der Bevölkerung, welche die in Artikel 41 Absatz 2 BV genannten Risiken gewärtigen, sollen soziale Sicherheit geniessen.¹²⁴ Da die in unserem Land lebenden Sans-Papiers zur Schweizer Bevölkerung gehören, sind sie grundsätzlich in der in Artikel 41 Absatz 2 BV verwendeten Formulierung «jede Person» eingeschlossen.

Der Gesetzgeber verfügt über einen Ermessensspielraum, den persönlichen Geltungsbereich der Sozialversicherungen festzulegen. Dies geht klar aus den Verfassungsbestimmungen hervor, die ihm erlauben, einen Teil der Arbeitnehmenden von der Arbeitslosenversicherung und der beruflichen Vorsorge auszuschliessen. So hat der Gesetzgeber Personen mit Aufenthalt aber ohne Wohnsitz in der Schweiz¹²⁵ – das heisst Personen, die sich ohne Absicht dauernden Verbleibens in der Schweiz aufhalten (Art. 23 ZGB) – von den Sozialversicherungen ausgeschlossen. Ebenso steht die Arbeitslosenversicherung nicht offen für Selbstständigerwerbende (Art. 2 AVIG, SR 837.0). Der gänzliche Ausschluss der Sans-Papiers von sämtlichen Sozialversicherungen würde jedoch dem Ausschluss einer gesellschaftlichen Gruppe gleichkommen; Sans-Papiers stellen insofern eine eigene

¹²¹ Vgl. Thomas Gächter/Martina Filippo, Art. 112 Nr. 14, in: BSK BV-Kommentar, 2015; Ueli Kieser, Art. 112 Nr. 9, in: SG BV-Kommentar, 3. Aufl., 2014.

¹²² Vgl. Giovanni Biaggini, BV-Kommentar, Art. 112 Nr. 4, 2. Aufl., 2017; Thomas Gächter/Martina Filippo, Art. 112 Nr. 14, a. a. O.: «grundsätzlich der gesamten Wohnbevölkerung»; Ueli Kieser, Art. 112 Nr. 9, a. a. O.: «grundsätzlich die ganze [...] Bevölkerung».

¹²³ Vgl. Thomas Gächter/Gregori Werder, Art. 41 Nr. 31 und 68, in: BSK BV, 2015.

¹²⁴ Vgl. Margrit Biggler-Eggenberger/Rainer J. Schweizer, Art. 41 Nr. 92, in: SG BV-Kommentar, 2014.

¹²⁵ Vgl. Art. 1a Abs. 1 Bst. a AHVG, SR 831.10, und die Sozialversicherungen, die sich auf die Beitragspflicht nach dem AHVG beziehen; vgl. auch Art. 3 KVG, SR 832.10.

gesellschaftliche Gruppe dar, als sie ihren Status nicht von sich aus ändern können und nur der Staat ihnen ermöglichen kann, diesen Status abzulegen. Ein solcher Ausschluss einer gesellschaftlichen Gruppe würde dem Sozialziel nach Artikel 41 Absatz 2 BV widersprechen.

Recht auf Hilfe in Notlagen

Sans-Papiers, die in Not geraten und nicht in der Lage sind, für sich zu sorgen, haben Anspruch auf Hilfe und Betreuung und auf die Mittel, die für ein menschenwürdiges Dasein unerlässlich sind (Art. 12 BV). Dabei handelt es sich um ein Grundrecht, das für alle Personen gilt.¹²⁶ Dieses umfasst jedoch nicht den Anspruch, sich bei den Sozialversicherungen des Bundes versichern zu lassen.¹²⁷ Daher steht es einem Ausschluss der Sans-Papiers von den Sozialversicherungen nicht entgegen. Es ist jedoch festzuhalten, dass ein solcher Ausschluss das Risiko von Sans-Papiers, in Not zu geraten, erhöht.

Grundrechte

Personen, die zuvor versichert waren

Der Ausschluss von den Leistungen der Sozialversicherungen kann Sans-Papiers betreffen, die zuvor entsprechende Beiträge bezahlt haben. Während einer Übergangsphase ginge es zunächst um Sans-Papiers, die vom Systemwechsel betroffen sind. Dann ginge es auch um Personen, die aufgrund eines behördlichen Entscheids, der zum Entzug ihres Aufenthaltsrechts geführt hat, zu Sans-Papiers werden, weil ihr Herkunftsstaat keine zwangsweisen Rückführungen akzeptiert. Je nach den vorgesehenen Folgen (z. B. Aufhebung von künftigen Leistungsansprüchen, Rückerstattung der bezahlten Beiträge) und je nach Art der Sozialversicherung könnte der Ausschluss Grundrechte verletzen, die auch für Sans-Papiers gelten (z. B. Gleichbehandlung, Willkürverbot, Eigentumsgarantie). Die Verfassungsmässigkeit einer Ausschlussmassnahme müsste daher vertieft geprüft werden gemäss den für die Sozialversicherungen vorgesehenen Modalitäten.

Sans-Papiers, die nach Einführung des Sozialversicherungsausschlusses in die Schweiz einreisen

Für Personen, die nach Einführung des Sozialversicherungsausschlusses von Sans-Papiers in der Schweiz Wohnsitz nehmen würden und die – weil sie keine dauerhafte Aufenthaltsbewilligung besitzen – sich nicht mehr einer Versicherung anschliessen könnten, würde der Ausschluss von den Sozialversicherungen einem Ausschluss von der Solidarität gleichkommen: Sans-Papiers könnten zwar privat eine Versicherungsdeckung in diesem Bereich beantragen, aber der Privatversicherer wäre nicht verpflichtet, sie aufzunehmen. Somit würden Sans-Papiers nicht zwangsläufig von der Solidarität zwischen Versicherten profitieren, was ein wesentlicher Faktor des Sozialversicherungssystems ist. Gemäss Rechtsprechung zur Gewährleistung der Gleichbehandlung (Art. 8 BV) kann die Frage, ob ein angemessener Grund für eine Unterscheidung vorliegt, je nach Epoche und den herrschenden Vorstellungen zu unterschiedlichen Regelungen führen.¹²⁸ Der Gesetzgeber verfügt über einen grossen Ermessensspielraum um zu bestimmen, ob die unterschiedliche Ausgangslage, das heisst die fehlende Aufenthaltsbewilligung, ein angemessener Grund ist für eine unterschiedliche Behandlung zur Regelung der Situation. Das Unterscheidungskriterium, das für die Sozialversicherungspflicht als zulässig erachtet wird, ist bisher im Wesentlichen der Wohnsitz oder der Arbeitsort. Der Besitz einer Aufenthaltsbewilligung wird nicht als angemessener Grund für eine Unterscheidung bei der Sozialversicherungspflicht erachtet; denn alle in der Schweiz wohnhaften oder arbeitenden Personen sind den gleichen Risiken ausgesetzt, welche die Sozialversicherungen solidarisch decken möchten.

¹²⁶ Vgl. Lucien Müller, Art. 12 Nr. 5; in: SG BV-Kommentar, 3. Aufl., 2014.

¹²⁷ Vgl. Karin Amstutz, Das Grundrecht auf Existenzsicherung, These BE, 2002, S. 240; gegen: Margrit Bigler-Eggenberger, Art. 12 Nr. 34, SG BV-Kommentar, 2. Aufl., 2008; die Position wurde von Lucien Müller in der Erläuterung zu Art. 12 für die 3. Aufl. des SG BV-Kommentars nicht übernommen.

¹²⁸ Vgl. BGE 145 I 73, E. 5.1, S. 86.

Nach Ansicht des Bundesrats soll von dieser Auslegung des verfassungsrechtlichen Rahmens nicht abgewichen werden. Ein Ausschluss der Sans-Papiers von den Sozialversicherungen würde demnach eine ungerechtfertigte Ungleichbehandlung schaffen.

Übrige Versicherte und Konkurrenten?

Ein Sozialversicherungsausschluss von Sans-Papiers hätte zur Folge, dass bei allen durch Arbeitgeberbeiträge mitfinanzierten Sozialversicherungen die Arbeitgebenden von der Beitragspflicht für die von ihnen beschäftigten Sans-Papiers befreit wären. Die Gewährung dieses faktischen Vorteils an die Arbeitgebenden von Sans-Papiers und der Nachteil, der sich dadurch auf dem Arbeitsmarkt für die übrigen Arbeitnehmenden oder für die Konkurrenten ergäbe, würde nicht gegen das Gleichbehandlungsgebot oder den Grundsatz der Gleichbehandlung von Konkurrenten verstossen, solange die Beschäftigung von Sans-Papiers strafbar ist (Art. 117 AIG) und die Strafe in allen Fällen, von denen die Behörden Kenntnis erhalten, systematisch ausgesprochen wird.

8.2.2 Fazit

Der gänzliche Ausschluss von Sans-Papiers von allen Sozialversicherungen würde dem Sozialziel nach Artikel 41 Absatz 2 Buchstabe a BV widersprechen. Er würde zudem die Grundsätze nach Artikel 112 Absatz 2 BV im Bereich der Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenversicherung unbeachtet lassen und eine ungerechtfertigte Ungleichbehandlung schaffen.

8.3 Alters- und Hinterlassenenversicherung (AHV), Invalidenversicherung (IV), Erwerbsersatzordnung (EO) und Familienzulagen

8.3.1 Auswirkungen auf den Bund

Ein genereller Ausschluss von Sans-Papiers von der AHV, IV und EO (Wegfall des Versicherungsobligatoriums und der Beitragspflicht) würde dem System der Sozialversicherungen zuwiderlaufen. Denn dieses basiert auf dem Grundsatz, dass jede Person, die in der Schweiz wohnt oder arbeitet, dem Versicherungsobligatorium unterliegt und Leistungen beanspruchen kann, sofern sie die Voraussetzungen dazu erfüllt. Das Versicherungsobligatorium verfolgt ausserdem den Zweck, dass das Gemeinwesen im Versicherungsfall nicht belastet werden soll.

Für Arbeitgebende wäre es finanziell attraktiver, einen nicht versicherten und beitragspflichtigen Sans-Papiers schwarz anzustellen statt einen Schweizer oder eine Schweizerin oder eine ausländische Person mit einer Niederlassungs- oder Aufenthaltsbewilligung (es sei denn, die Beschäftigung von Sans-Papiers bliebe strafbar, vgl. Ziff. 8.2.1). Dies würde jedoch der Politik des Bundes zur Bekämpfung der Schwarzarbeit widersprechen. Aus diesem Grund muss in der AHV, IV, EO und bei den Familienzulagen unbedingt an der Beitragspflicht jeder erwerbstätigen Person – unabhängig vom ausländerrechtlichen Status – festgehalten werden.

Die Sozialversicherungen, insbesondere die AHV und die IV, stellen eine Errungenschaft dar. Das Sozialversicherungsrecht gewährleistet den Versicherungsschutz und die Erfüllung der Beitragspflicht aller zu versichernden Personen und ermöglicht den Zugang zur Alters- und Invalidenversorgung. Der Ausschluss einer Bevölkerungsgruppe von der AHV, IV, EO und den Familienzulagen wäre deshalb ein Rückschritt. Damit würde eine Lücke in das bestehende System gerissen und eine wesentliche Grundlage der 1. Säule infrage gestellt. Es ist zentral, dass alle Personen, die in der Schweiz leben oder arbeiten – unabhängig von ihrem Aufenthaltsstatus – dieselben Rechte und Pflichten aus der AHV, IV und EO sowie den Familienzulagen ableiten können.

Da Sans-Papiers den Behördenkontakt in der Regel vermeiden, kommt es nur in Ausnahmefällen zu einem Bezug von AHV- und IV-Leistungen. Die finanziellen Auswirkungen einer Aberkennung der Leistungsansprüche auf den Bund wären deshalb marginal.

8.3.2 Auswirkungen auf die Kantone und Gemeinden

Der Ausschluss könnte schliesslich zu einer Verschiebung von Versicherungslasten zum Gemeinwesen (Nothilfe) führen, sofern nicht auch hier der Behördenkontakt vermieden wird. Für

die Versicherten ergäbe sich letztlich keine spürbare Erleichterung, während die Steuerzahler belastet würden. Nach Ansicht des Bundesrats ist eine Systemänderung, die unnötigerweise öffentliche Mittel in Anspruch nähme, nicht sinnvoll, wenn eine wirtschaftlich geeignetere Versorgung auf Basis eines Versicherungssystems existiert.

8.4 Krankenversicherung

Nach Artikel 12 BV haben Sans-Papiers in einer Notlage auf jeden Fall Anspruch auf Hilfe und Betreuung und auf die Mittel, die für ein menschenwürdiges Dasein unerlässlich sind. Diese Bestimmung, die in engem Zusammenhang mit Artikel 7 BV zum Schutz der Menschenwürde zu sehen ist, gilt nämlich nicht nur für Schweizer Bürgerinnen und Bürger, sondern auch für Ausländerinnen und Ausländer ungeachtet ihres Aufenthaltsstatus in der Schweiz.

Der Umfang und die Elemente der Nothilfe nach Artikel 12 BV werden von den Kantonen und Gemeinden bestimmt. Das BGer¹²⁹ hat festgehalten, dass die Hilfe nach Artikel 12 BV alle Mittel umfassen muss, die für das Überleben in einer Notlage im Sinne einer Überbrückungshilfe unerlässlich sind. Im Gesundheitsbereich haben die betroffenen Personen Anspruch auf eine medizinische Grundversorgung.

Gemäss einem Teil der Lehre¹³⁰ sind bei der Konkretisierung dieses Anspruchs der gesamtgesellschaftliche Kontext und die individuellen Umstände der Notlage zu berücksichtigen. Die enge Verbindung zwischen diesem Anspruch und der Menschenwürde spricht für eine eher grosszügige Umsetzung in der Praxis. Der Umfang der zu gewährleistenden medizinischen Grundversorgung kann sich am Leistungskatalog des KVG orientieren, ergänzt durch zahnmedizinische Grundleistungen.

Auch wenn Sans-Papiers sich nicht mehr einer Krankenversicherung anschliessen könnten, hätten sie dennoch Anspruch auf medizinische Grundversorgung, die durch den Leistungskatalog des KVG bestimmt werden kann.

8.4.1 Auswirkungen auf den Bund

Asylsuchende, die einen Nichteintretensentscheid und eine rechtskräftige Wegweisungsverfügung erhalten haben, fallen nicht mehr unter das Asylgesetz. Sie gelten als ausländische Personen mit rechtswidrigem Aufenthalt in der Schweiz, für die ausschliesslich das AIG¹³¹ anwendbar ist. Sie sind vom Sozialhilfesystem ausgeschlossen. Sie haben nur Anspruch auf Nothilfe,¹³² die vom Wohnkanton gewährt wird.¹³³ Der Bund richtet den Kantonen eine einmalige Pauschale aus für die Kosten im Zusammenhang mit der Nothilfe.¹³⁴

Sans-Papiers, die versichert sind, bezahlen ihre Prämien und ihre Kostenbeteiligungen selber. Sie haben Anspruch auf Prämienverbilligung (vgl. Ziff. 9.2). Eine Motion zur Aufhebung dieses Anspruchs¹³⁵ wurde vom Parlament im Jahr 2013 abgelehnt. Mit einem Ausschluss der Sans-Papiers von der Versicherungspflicht könnte der Bund einen Betrag einsparen, der den Prämienverbilligungen für Sans-Papiers entspricht. Diese Einsparung lässt sich jedoch betragsmässig nicht bestimmen, da die Versicherer nicht in der Lage sind, Versicherte ohne gültige Aufenthaltsbewilligung zu ermitteln.

¹²⁹ Vgl. Urteil des BGer 2P.318/2004

¹³⁰ Vgl. Giovanni Biaggini, BV Kommentar, Erläuterung zu Art. 12, N. 6 (2. Aufl. 2017); Lucien Müller, Die Schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, Erläuterung zu Art. 12, Nr. 29 (3. Aufl. 2014).

¹³¹ SR **142.20**

¹³² Vgl. Art. 82 AsylG

¹³³ Vgl. Art. 20 des Zuständigkeitsgesetzes, ZUG; SR **851.1**.

¹³⁴ Vgl. Art. 88 AsylG und Art. 28 der Asylverordnung 2, AsylV 2; SR **142.312**.

¹³⁵ Vgl. Motion Reimann (12.3942) «Keine Verbilligung der Krankenkassenprämien für Sans-Papiers».

8.4.2 Auswirkungen auf die Kantone und Gemeinden

Die Nothilfe ist Sache der Kantone und Gemeinden. Sie tragen somit die Gesundheitskosten der nicht versicherten Sans-Papiers, die in ihrem Hoheitsgebiet wohnen.

Die Zahl der in der Schweiz lebenden Sans-Papiers wurde in einer Studie aus dem Jahr 2015 mit 76 000–90 000 Personen angegeben (vgl. Ziff. 3). Dabei handelt es sich natürlich nur um eine Schätzung, da Sans-Papiers definitionsgemäss nicht amtlich erfasst werden. Wie der Bundesrat in seinem Bericht vom 23. Mai 2012¹³⁶ festgestellt hat, ist nur ein Teil der Sans-Papiers krankenversichert. Die Erhebung der Anzahl Versicherter ohne gültigen Aufenthaltstitel ist sehr schwierig, weil sich diese im Bereich der Krankenversicherung in nichts von den übrigen Versicherten unterscheiden. Die Gesundheitsversorgung, die Sans-Papiers in den Aufnahmestrukturen gewährt wird, wurde in fünf Kantonen (BS, FR, GE, VD, ZH) überprüft. Dabei ging es nicht darum herauszufinden, ob diese Personen versichert sind oder nicht. In den meisten Fällen achten die Aufnahmezentren darauf, dass diese Personen einer Krankenversicherung angeschlossen sind.

Im Kanton Genf sind das «Collectif de soutien aux Sans-Papiers de Genève» und das «Consultation ambulatoire mobile de soins communautaires» (CAMSCO) bemüht, den Zugang der Sans-Papiers zur medizinischen Grundversorgung sicherzustellen. Das Collectif erklärt den Sans-Papiers, wie sie vorgehen müssen, um sich einer Krankenversicherung anzuschliessen. Die CAMSCO kümmert sich um die gesundheitlichen Bedürfnisse der vulnerablen Bevölkerung von Genf, zu der auch die Sans-Papiers gehören. Sie behandelt durchschnittlich 4000 Personen pro Jahr, wovon 80 Prozent Sans-Papiers sind.

Im Kanton Zürich kümmern sich eine Anlaufstelle und die medizinische Permanence für Sans-Papiers (Meditrina) um diese Personen. Die Anlaufstelle berät Sans-Papiers namentlich im Hinblick auf ihren Beitritt zu einer Krankenversicherung. Meditrina stellt die medizinische Grundversorgung bereit und behandelt 350–400 Personen pro Jahr.

In Basel stellt die Anlaufstelle für Sans-Papiers zusammen mit ihrem Ärztenetzwerk die medizinische Grundversorgung dieser Personen sicher, bevor sie krankenversichert werden. Die Anlaufstelle kümmert sich auch um ihren Beitritt zu einer Krankenversicherung. Sie stellt jährlich für rund 650 Sans-Papiers den Zugang zur Gesundheitsversorgung sicher.

Im Kanton Waadt kümmert sich unter anderem der «Point d'Eau» um Sans-Papiers. Im Jahr 2018 führte diese Einrichtung 2827 medizinische Konsultationen durch. Davon profitierten 907 Personen, darunter 617 Sans-Papiers (68 %) und 145 EU-Bürgerinnen und -Bürger, die noch keine Bewilligung besaßen (16 %). Das «Collectif vaudois de soutien aux Sans-Papiers» (CVSSP) berät die Sans-Papiers bezüglich der Massnahmen, die für den Beitritt zu einer Krankenversicherung zu treffen sind.

Im Kanton Freiburg bietet die Vereinigung Frisanté den Sans-Papiers Gesundheitsleistungen an und begleitet sie, wenn sie sich einer Versicherung anschliessen. Im Jahr 2018 nahmen 127 Sans-Papiers die medizinischen Leistungen von Frisanté in Anspruch. Die Vereinigung hat den Versicherungsbeitrag von 134 Personen begleitet.

Wenn Sans-Papiers sich nicht mehr gegen Krankheit versichern könnten, müssten ihre Gesundheitskosten vollständig durch die Kantone und/oder Gemeinden finanziert werden. Die Kosten, die sich aus den Gesundheitsleistungen der Aufnahmestrukturen ergeben, wurden nicht ermittelt.

Die Anlaufstellen für Sans-Papiers haben die negativen Folgen eines Ausschlusses dieser Personengruppe von der Krankenversicherung in gesundheitlicher und wirtschaftlicher Hinsicht

¹³⁶ Vgl. Bericht des Bundesrats in Erfüllung des Postulats Heim (09.3484) «Sans-Papiers. Krankenversicherung und Zugang zur Gesundheitsversorgung», verfügbar unter: www.bag.admin.ch > Strategie & Politik > Nationale Gesundheitsstrategien und Programme > Gesundheitliche Chancengleichheit > Chancengleichheit in der Gesundheitsversorgung > Gesundheitsversorgung der Sans-Papiers.

hervorgehoben. Nicht versicherte Sans-Papiers neigen noch viel mehr als andere dazu, auf eine medizinische Behandlung zu verzichten. Nicht behandelte Infektionskrankheiten können sich in der Bevölkerung ausbreiten und stellen ein grosses Risiko für die öffentliche Gesundheit und die Wirtschaft dar.

8.5 Unfallversicherung

Wenn Personen ohne regulären Aufenthaltsstatus ihr Recht, sich einer Unfallversicherung anzuschliessen, und damit auch ihren Anspruch auf entsprechende Versicherungsleistungen verlieren, würde dies bedeuten, dass kein Unfallversicherer für die Folgen eines Berufs- oder Nichtberufsunfalls aufkommen würde. Nach Artikel 1a Absatz 2 KVG gewährt die soziale Krankenversicherung Leistungen bei Unfall, soweit dafür keine Unfallversicherung aufkommt. Falls Sans-Papiers keinerlei Ansprüche aus den verschiedenen Sozialversicherungen mehr hätten, müsste wahrscheinlich die Sozialhilfe über die Wohngemeinde der betroffenen Person einspringen. Ein Sozialversicherungsausschluss würde sich also nicht direkt auf den Bund auswirken. Aber die Kosten würden höchstwahrscheinlich auf die Kantone und die Gemeinden überwälzt, was erhebliche Auswirkungen auf diese hätte.

8.6 Allgemeines Fazit

Ein genereller Ausschluss der Sans-Papiers von sämtlichen Sozialversicherungen würde nicht nur die internationalen Verpflichtungen der Schweiz in erheblichem Masse verletzen (vgl. Ziff. 8.1), sondern auch im Widerspruch zur Bundesverfassung stehen (vgl. Ziff. 8.2).

Sollte dennoch ein solcher Ausschluss beschlossen werden, würden die Gesundheitskosten der Sans-Papiers auf die Kantone und Gemeinden überwälzt, die für die Nothilfe zuständig sind. Für abgewiesene Asylsuchende würden die Kantone und Gemeinden zwar eine einmalige Pauschale des Bundes erhalten, diese würde aber im Fall einer Krankheit oder eines Unfalls nicht alle Kosten decken.

Und schliesslich würde ein Ausschluss der Sans-Papiers von der AHV, der IV, der EO und den Familienzulagen im Widerspruch zum heutigen System der sozialen Sicherheit stehen. Für Arbeitgebende wäre es interessanter, Sans-Papiers statt andere in der Schweiz lebende Personen zu beschäftigen, denn für Erstere wären sie von den Beitragspflichten befreit.

9 Zugang zu Schulbildung und anderen öffentlichen Leistungen

9.1 Zugang zu obligatorischer und nachobligatorischer Schulbildung

Auf internationaler Ebene erwähnt bereits die Allgemeine Erklärung der Menschenrechte vom 10. Dezember 1948 (Art. 26) das Recht auf Bildung als ein Mittel, um die Achtung der Menschenrechte zu vermitteln und deren Anerkennung und wirksame Umsetzung sicherzustellen.

Der Internationale Pakt über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte der Vereinten Nationen, der für die Schweiz am 18. September 1992 in Kraft trat (UNO-Pakt I)¹³⁷, anerkennt das Recht eines jeden auf Bildung (Art. 13). Diese Bestimmung verlangt von den Vertragsstaaten nicht nur, den Grundschulunterricht für alle obligatorisch und unentgeltlich zugänglich zu machen (Abs. 2 Bst. a), sondern auch die Sicherstellung eines diskriminierungsfreien Zugangs zu weiterführenden Schulen, einschliesslich des höheren Fach- und Berufsschulwesens (Abs. 2 Bst. b) sowie zum Hochschulunterricht (Abs. 2 Bst. c). Die Rechte des Pakts sind ohne Diskriminierung zu gewährleisten (Art. 2 Abs. 2). Zudem sind regressive Massnahmen grundsätzlich nicht mit den Verpflichtungen des Pakts vereinbar (siehe auch Ziff. 8.1).

Die Kinderrechtskonvention (KRK) entspricht in den Grundzügen dem Inhalt von Artikel 13 des UNO-Pakts I. Sie erläutert, was das Recht auf Bildung beinhaltet (Art. 28 und 29), und legt die Rolle der

¹³⁷ SR 0.103.1

Staaten bei dessen Umsetzung fest. Es ist allgemein anerkannt, dass die KRK diesbezüglich in ihrer Wirkung identisch ist mit dem UNO-Pakt I.

Das BGer verneint zurzeit eine direkte Anwendbarkeit von Artikel 13 Absatz 2 Buchstaben b und c des UNO-Pakt I, sodass daraus kein subjektives Recht auf eine Ausbildung auf der Sekundärstufe und auf eine Hochschulbildung abgeleitet werden kann.¹³⁸ In Bezug auf die KRK (Art. 28 Bst. b und c) hat sich das BGer zu diesem Punkt noch nicht geäußert. Die Schweiz hat sich dennoch verpflichtet, die entsprechenden Bestimmungen umzusetzen.

Unabhängig davon, ob sie sich rechtmässig oder rechtswidrig in der Schweiz aufhalten, sieht die Bundesverfassung (BV) für alle Kinder einen Anspruch auf ausreichenden und unentgeltlichen Grundschulunterricht vor (vgl. Art. 19 und 62 BV). Da die obligatorische Schulbildung in die Zuständigkeit der Kantone fällt, sind die Schulen verpflichtet, allen Kindern den Schulbesuch und damit eine obligatorische Ausbildung zu ermöglichen, auch wenn sie keine Aufenthaltsbewilligung besitzen. Als Grundschulunterricht gilt die Ausbildung in öffentlichen Schulen während der obligatorischen Schulzeit zu, was seit Inkrafttreten des Konkordats HarmoS mindestens elf Schuljahren entspricht.

Diesbezüglich ist auch auf die «Empfehlungen zur Schulung der fremdsprachigen Kinder» vom 24. Oktober 1991 der Schweizerischen Konferenz der kantonalen Erziehungsdirektoren (EDK) zu verweisen. Sie haben den Kantonen ermöglicht, klare Regelungen bezüglich des Schulbesuchs und des Schutzes von bereits eingeschulten Sans-Papiers zu erlassen. In diesen Empfehlungen bekräftigt die EDK den Grundsatz, wonach alle in der Schweiz lebenden fremdsprachigen Kinder ohne jegliche Diskriminierung in die öffentlichen Schulen zu integrieren sind.¹³⁹

In der Praxis ist der unentgeltliche Zugang zur Grundschulbildung also durch die Bundesverfassung garantiert.¹⁴⁰ Nach der schweizerischen Lehre und Rechtsprechung fällt hingegen die nachobligatorische Ausbildung, das heisst die Sekundarstufe II oder die Berufsbildung, nicht in den Geltungsbereich von Artikel 19 BV.¹⁴¹

Einige Autoren sind der Auffassung, dass sich aus der KRK eine völkerrechtliche Verpflichtung ableiten lässt, jugendlichen Sans-Papiers den gleichen Zugang zu weiterführenden Ausbildungsmöglichkeiten zu ermöglichen wie anderen Jugendlichen.¹⁴² Diesbezüglich beziehen sich einige Kantone auch auf das Rundschreiben der EDK von 1991 und machen keinen Unterschied zwischen obligatorischer und nachobligatorischer Schulbildung. In der Praxis dürfen deshalb Sans-Papiers in einigen Kantonen das Gymnasium besuchen. Dies gilt auch für die Aufnahme eines Studiums an einer Universität oder Fachhochschule. Wie erwähnt besteht jedoch bisher kein subjektives Recht auf eine nachobligatorische Ausbildung, das sich aus der KRK oder dem UNO-Pakt I ergeben würde. Im Übrigen scheint der Zugang zu einer nachobligatorischen Ausbildung ohne Erwerbstätigkeit in der Praxis kein reales Problem zu sein. Ein Grossteil der Kantone hat in ihren Antworten im Fragebogen des SEM bestätigt, dass es auf ihrem Gebiet für Sans-Papiers möglich ist, eine theoretische weiterführende Ausbildung zu absolvieren.

Seit dem 1. Februar 2013 regelt Artikel 30a VZAE die Voraussetzungen für die Erteilung einer Härtefallbewilligung an Personen mit rechtswidrigem Aufenthalt, die eine berufliche Grundbildung in der Schweiz absolvieren möchten. Praktika und andere Erwerbstätigkeiten fallen nicht in den

¹³⁸ Vgl. BGE 126 I 240

¹³⁹ Vgl. Empfehlung der EDK zur Schulung der fremdsprachigen Kinder vom 24./25. Oktober 1991, verfügbar unter: www.edk.ch > Offizielle Texte > Empfehlungen von 1971 bis 1994, S. 207.

¹⁴⁰ Vgl. Roswitha Petry, *La situation juridique des migrants sans statut légal*, *Entre droit international des droits de l'Homme et droit suisse des migrations*, Schulthess 2013, S. 276.

¹⁴¹ Vgl. beispielsweise BGE 129 I 35, 7.4 mit weiteren Hinweisen in Roswitha Petry, *La situation juridique des migrants sans statut légal*, *Entre droit international des droits de l'Homme et droit suisse des migrations*, Schulthess 2013, S. 276.

¹⁴² Vgl. Peter Uebersax et al. (Hg.) *Ausländerrecht – Eine umfassende Darstellung der Rechtsstellung von Ausländerinnen und Ausländern in der Schweiz*, 2. Aufl., Basel 2009, S. 410 / N 9.112 ff.

Geltungsbereich dieses Artikels (vgl. Ziff. 4.1). Die Grundidee dieser Regelung ergibt sich aus der Umsetzung einer Motion¹⁴³, die jugendlichen Sans-Papiers eine Berufslehre ermöglichen wollte. Dies vor dem Hintergrund, dass die Unterzeichnung eines Lehrvertrags und die Ausübung einer Erwerbstätigkeit zwingend die Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung voraussetzen. Beim Zugang zu einer akademischen Ausbildung ist die fehlende Aufenthalts- und Arbeitsbewilligung in der Regel kein Problem.

Jugendliche Sans-Papiers, die sich demgegenüber nach Abschluss der obligatorischen Schulbildung für eine Berufsausbildung entschieden, konnten wegen der fehlenden Aufenthalts- und Arbeitsbewilligung keinen Arbeitsvertrag abschliessen. Eine solche Ausbildung war ihnen daher verwehrt. Gemäss dem AIG benötigen nämlich alle Ausländerinnen und Ausländer, die in der Schweiz eine Erwerbstätigkeit ausüben wollen, eine Aufenthaltsbewilligung (Art. 11 Abs. 1 AIG). Als Erwerbstätigkeit gilt jede üblicherweise gegen Entgelt ausgeübte unselbstständige oder selbstständige Tätigkeit, selbst wenn sie unentgeltlich erfolgt (Art. 11 Abs. 2 AIG). Eine berufliche Grundausbildung gilt als Erwerbstätigkeit (Art. 1a Abs. 2 VZAE). Deshalb steht jugendlichen Sans-Papiers diese Ausbildungsmöglichkeit nicht offen, da ihr Aufenthalt nicht geregelt ist. In einem solchen Fall macht sich der Arbeitgeber strafbar, weil er eine ausländische Person ohne die erforderliche Bewilligung beschäftigt (Art. 117 AIG). Artikel 30a VZAE stellt eine Lösung für dieses Problem dar, indem er besondere Voraussetzungen für die Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung im Hinblick auf eine Berufsausbildung festlegt (Ziff. 4.2).

9.2 Zugang zur Justiz und anderen staatlichen Leistungen

Zugang zur Justiz

In der Praxis vermeiden Sans-Papiers soweit wie möglich den Kontakt zu Behörden. Sie haben Angst vor den Folgen, wenn ihr rechtswidriger Aufenthalt bekannt wird. Dies gilt auch in Bezug auf die Verteidigung ihrer Rechte vor Gericht. Auch in diesem Bereich besteht ein Interessenkonflikt zwischen dem Zugang zu einer richterlichen Behörde zur Verteidigung der Rechte von Sans-Papiers (Art. 29 Abs. 1 BV und Art. 29a BV) und dem Datenaustausch der verschiedenen Polizei-, Strafverfolgungs- und Justizbehörden (des Zivil-, Straf- und Verwaltungsrechts) mit den kantonalen Migrationsbehörden. Zudem besteht eine behördliche Anzeigepflicht.

Artikel 6 der Europäischen Menschenrechtskonvention¹⁴⁴ gewährleistet das Recht auf ein faires Verfahren in Zivil- oder Strafsachen. Dies umfasst auch den Anspruch auf Beurteilung durch eine richterliche Behörde. Eine Beschränkung dieser Rechtsweggarantie darf den Zugang einer Partei zu einem Gericht nicht in einer Weise oder in einem Umfang einzuschränken, der dieses Recht in seinem Wesensgehalt beeinträchtigt. Sie ist nur dann mit Artikel 6 Absatz 1 der Konvention vereinbar, wenn sie einem legitimen Zweck dient und wenn die angewandten Mittel in angemessenem Verhältnis zum verfolgten Ziel stehen. Artikel 14 der Konvention, der eine Diskriminierung bei der Geltendmachung der in der Konvention anerkannten Rechte verbietet, ist in diesem Zusammenhang ebenfalls anwendbar (vgl. diesbezüglich Ziff. 8.1.2 weiter oben). In einem familienrechtlichen Verfahren hat das EGMR festgehalten, dass es angesichts der Bedeutung der strittigen Fragen besonders zwingende Gründe braucht, um eine unterschiedliche Behandlung der Gesuchstellerin, die keine Aufenthaltsbewilligung besitzt, und der Personen, die eine solche Bewilligung besitzen, zu rechtfertigen.¹⁴⁵

¹⁴³ Vgl. Motion Barthassat (08.3616) «Jugendlichen ohne gesetzlichen Status eine Berufslehre ermöglichen».

¹⁴⁴ SR 0.101

¹⁴⁵ EGMR, Anakomba Yula gegen Belgien, Urteil vom 10. März 2009, Nr. 45413/07, § 31 ff.

Die EU-Strategie für die Rechte von Opfern (2020–2025)¹⁴⁶ bildet den Rahmen für die Arbeit der Kommission in diesem Zeitraum. Diese Strategie empfiehlt, dass die Kommission rechtliche und praktische Instrumente auf EU-Ebene bewertet, um die Anzeige von Straftaten und den Zugang zu Unterstützungsdiensten für Migrantinnen und Migranten unabhängig vom Aufenthaltsstatus zu verbessern. Die Kommission soll insbesondere den Austausch zwischen den Mitgliedstaaten in Bezug auf bewährte Verfahren fördern, die darauf abzielen, die Anzeige von Straftaten von den Rückführungsverfahren zu trennen, ohne die Wirksamkeit dieser Verfahren zu gefährden.

Datenbekanntgabe

Das AIG und die VZAE sehen vor, dass die Anhebung und die Einstellung von Strafuntersuchungen, Verhaftungen und Entlassungen sowie zivil- und strafrechtliche Urteile unaufgefordert den Migrationsbehörden gemeldet werden müssen, wenn sie Ausländerinnen und Ausländer betreffen. Eine Meldung hat auch dann zu erfolgen, wenn sich die Person rechtswidrig in der Schweiz aufhält (Art. 97 Abs. 1 und Abs. 3 AIG und Art. 82 VZAE). Es muss sich dabei um Daten handeln, die für die Aufenthaltsregelung von zentraler Bedeutung sind (BBI 2002 3709, 3823). Die mit dem Vollzug des AIG betrauten Behörden unterstützen sich gegenseitig und erteilen auf Verlangen die benötigten Auskünfte (Art. 97 Abs. 1 AIG).

In Bezug auf die Auslegung der massgebenden Bestimmungen im AIG (Art. 97 Abs. 1 und 3 AIG; Art. 82 VZAE) sowie den Umfang der Meldepflicht der richterlichen Behörden gegenüber den Migrationsbehörden sind die Lehrmeinungen geteilt. Die Meldepflicht nach dem AIG wird auch so ausgelegt, dass sie der richterlichen Behörde einen gewissen Ermessensspielraum belässt.¹⁴⁷ Sie kann demnach eine Abwägung der öffentlichen und privaten Interessen vornehmen und ihre Meldepflicht im Lichte des Rechts auf Zugang zur Justiz auslegen.¹⁴⁸ Nach dieser Auffassung der Lehre muss das Gericht somit die Interessen abwägen und prüfen, ob eine Meldung bei den Migrationsbehörden nicht die überwiegenden privaten Interessen der betroffenen Person mit einem rechtswidrigen Aufenthalt verletzen würde. Dies kann beispielsweise die Bekanntgabe der Personalien im Rahmen eines arbeitsgerichtlichen Verfahrens betreffen.

Anzeigepflicht

Der rechtswidrige Aufenthalt ist ein Vergehen, das von Amtes wegen strafrechtlich verfolgt wird (Art. 115 AIG). Er ist somit nicht nur von der Datenbekanntgabe nach dem AIG und der VZAE betroffen, sondern auch von den verschiedenen Anzeigepflichten, die sich aus den Verfahrensgesetzen des Bundes ergeben. Die Schweizerische Strafprozessordnung¹⁴⁹ (Art. 302 Abs. 1 StPO) verpflichtet die Strafbehörden, alle Straftaten, die sie bei ihrer amtlichen Tätigkeit festgestellt haben oder die ihnen gemeldet worden sind, der zuständigen Behörde anzuzeigen, soweit sie für die Verfolgung nicht selber zuständig sind. Sie müssen somit ein Verfahren gegen Personen mit rechtswidrigem Aufenthalt eröffnen, wenn sie dafür zuständig sind und Kenntnis vom rechtswidrigen Aufenthalt haben. Die StPO überlässt es dem Bund und den Kantonen, die Anzeigepflicht der Mitglieder anderer Behörden zu regeln (Abs. 2). Der Bund sowie zahlreiche Kantone haben eine Anzeigepflicht erlassen. Im Kanton Genf verpflichtet das kantonale Einführungsgesetz zum Schweizerischen Strafgesetzbuch und zu anderen strafrechtlichen Bundesgesetzen (LaCP) alle Behörden, alle Mitglieder einer Behörde und alle Beamtinnen und Beamten nach Artikel 110 Absatz 3 des Schweizerischen Strafgesetzbuchs sowie

¹⁴⁶ Vgl. Mitteilung der Europäischen Kommission an das Europäische Parlament, den Rat, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen vom 24. Juni 2020, S. 14 verfügbar unter www.ec.europa.eu.

¹⁴⁷ Vgl. Roswitha Petry, a. a. O., S. 210 und 211 sowie Regina Kiener und Danielle Breitbücher, Das Recht von Sans-papiers auf Justizzugang. Erhebung und Bekanntgabe von Daten über den Aufenthaltsstatus durch Justizbehörden aus grundrechtlicher Sicht, in Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht, Nr. 7, Juli 2019, S. 369–371.

¹⁴⁸ Vgl. a. a. O. Roswitha Petry, S. 212 und Regina Kiener und Danielle Breitbücher, S. 370.

¹⁴⁹ SR 312.0

alle Urkundspersonen, die in Ausübung ihrer Funktion von einem Verbrechen oder einem Officialdelikt Kenntnis erhalten, dies der Polizei oder der Staatsanwaltschaft zu melden.

In der Lehre wird die Auffassung vertreten, dass die Zivil- und Verwaltungsgerichte eine Abwägung der öffentlichen und privaten Interessen vornehmen müssen, damit sie das Recht von rechtswidrig anwesenden Personen auf Zugang zur Justiz nicht durch eine mögliche Strafanzeige behindern. Die Strafverfolgungsbehörden unterliegen demnach einer strengeren Anzeigepflicht.¹⁵⁰

Prämienverbilligung in der Krankenversicherung

Als in der Schweiz wohnhafte Personen sind Sans-Papiers krankenversicherungspflichtig. In der Praxis ist jedoch festzustellen, dass sich nur wenige versichern lassen. Das KVG¹⁵¹ bestimmt, dass die Kantone Versicherten in bescheidenen wirtschaftlichen Verhältnissen Prämienverbilligungen gewähren (Art. 65 Abs. 1 KVG). Deshalb gilt der Anspruch auf Prämienverbilligung auch für Sans-Papiers, wenn sie versichert sind. Eine Motion zur Aufhebung dieses Anspruchs¹⁵² wurde vom Parlament im Jahr 2013 abgelehnt.

Die Kantone geniessen grosse Freiheit bei der Gestaltung ihrer Prämienverbilligungen. Sie können autonom definieren, was unter «bescheidenen wirtschaftlichen Verhältnissen» zu verstehen ist. Da der Gesetzgeber darauf verzichtet hat, den Begriff «Versicherte in bescheidenen wirtschaftlichen Verhältnissen» zu präzisieren, werden die Bedingungen, von denen die Prämienverbilligungen abhängen, nicht vom Bundesrecht geregelt. Die von den Kantonen erlassenen Bestimmungen bezüglich der Prämienverbilligung stellen autonomes kantonales Recht dar.¹⁵³ Die von den Gesuchstellerinnen und Gesuchstellern vorzulegenden Unterlagen hängen somit von den Verfahrensregeln der einzelnen Kantone ab; jeder Kanton legt die Voraussetzungen für den Erhalt der Prämienverbilligung selber fest.

Wie der Bundesrat bereits in seinem Bericht «Krankenversicherung und Zugang zur Gesundheitsversorgung von Sans Papiers»¹⁵⁴ festgehalten hat, ist es Sans-Papiers nur in sieben Kantonen auf Antrag möglich, bei der regulären Prämienverbilligung berücksichtigt zu werden. In elf Kantonen können Personen, die über keine Aufenthaltsbewilligung verfügen und/oder über die keine Steuerdaten vorliegen, aufgrund der kantonalen Bestimmungen keine Prämienverbilligung beantragen. Die restlichen Kantone verfügen über keine Praxis in Bezug auf Prämienverbilligungen für Sans-Papiers. Die kantonale Gesetzgebung über die Ausrichtung der Prämienverbilligung verunmöglicht es in zahlreichen Kantonen, dass Personen ohne Steuerdaten und/oder Wohnsitznachweis bei der Prämienverbilligung berücksichtigt werden können. Die kantonalen Bestimmungen stehen daher im Widerspruch zum Anspruch auf Prämienverbilligung gemäss KVG (Art. 65 Abs. 1). Die Hürde, sich an eine staatliche Behörde zu wenden, dürfte für Personen ohne Aufenthaltsbewilligung unabhängig von der kantonalen Praxis bezüglich der Prämienverbilligung hoch sein.

Sozialhilfe und Nothilfe

Ausländerinnen und Ausländer werden von dem Kanton unterstützt, in dem sie ihren Unterstützungswohnsitz haben (Art. 20 des Zuständigkeitsgesetzes, ZUG¹⁵⁵). Gemäss der SKOS¹⁵⁶ ergibt sich der Unterstützungswohnsitz grundsätzlich unabhängig vom Bestehen und der Art einer ausländerrechtlichen Bewilligung. Ein Lebensmittelpunkt in der Schweiz liegt aber nur dann vor, wenn die Absicht dauernden Verbleibens realisierbar ist und ihr insbesondere keine rechtlichen Hindernisse

¹⁵⁰ Vgl. Roswitha Petry, a. a. O., S. 212 und Regina Kiener und Danielle Breitbücher, a. a. O., S. 370.

¹⁵¹ SR **832.10**

¹⁵² Vgl. Motion Reimann 12.3942 «Keine Verbilligung der Krankenkassenprämien für Sans-Papiers».

¹⁵³ Vgl. BGE 8C_345/2015.

¹⁵⁴ Vgl. Bericht des Bundesrats in Erfüllung des Postulats Heim (09.3484), a. a. O., Ziff. 1.2, S. 6.

¹⁵⁵ SR **851.1**

¹⁵⁶ Vgl. Merkblatt SKOS, Unterstützung ausländischer Personen aus Drittstaaten, Bern 2019, Ziff. 2.1, S. 3, verfügbar unter: www.skos.ch > Publikationen > Merkblätter und Empfehlungen.

entgegenstehen (z. B. rechtskräftige Nichtverlängerung der Aufenthaltsbewilligung, rechtskräftiger Widerruf der Aufenthaltsbewilligung bzw. Niederlassungsbewilligung). Ein Unterstützungswohnsitz kann auch bereits vor der Erteilung einer Bewilligung bestehen (z. B. wenn die Voraussetzungen für eine Jahresaufenthalts- oder Niederlassungsbewilligung erfüllt sind und die betreffende Person der Aufforderung zur Regelung ihres Aufenthalts nachgekommen ist).

Daraus ergibt sich, dass Sans-Papiers keinen Anspruch auf Sozialhilfe haben, da sie wegen ihres rechtswidrigen Aufenthalts in der Schweiz keinen Unterstützungswohnsitz geltend machen können. Sie haben jedoch Anspruch auf Nothilfe gemäss Bundesverfassung (Art. 12 BV). Die SKOS hat ihre Empfehlungen an die Kantone aktualisiert. Diese treten am 1. Januar 2021 in Kraft. In diesem Zusammenhang halten die Richtlinien klar fest, dass Personen ohne Recht auf Verbleib in der Schweiz keinen Anspruch auf Sozialhilfe haben. Gelangen sie in der Schweiz in eine Notlage, haben sie Anspruch auf Hilfe in Notlagen in folgendem Umfang:

- a. Wenn eine Rückreise möglich und zumutbar ist, beschränkt sich der Anspruch auf Notfallhilfe, namentlich die Rückreisekosten und Essensgeld.
- b. Solange eine Rückreise nicht möglich oder zumutbar ist, besteht ein Anspruch auf Nahrung, Obdach, Kleidung und medizinische Grundversorgung.¹⁵⁷

Heirat in der Schweiz

Das BGer erinnerte in einem Urteil daran, dass das durch die Europäische Menschenrechtskonvention und die Schweizerische Bundesverfassung garantierte Recht auf Eheschliessung auch von Ausländerinnen und Ausländern mit rechtswidrigem Aufenthalt geltend gemacht werden kann. Dieses Recht steht nämlich grundsätzlich jeder volljährigen Person zu, unabhängig von ihrer Staatsangehörigkeit und Religion. Es handelt sich dabei um ein Menschenrecht und nicht um ein Bürgerrecht.¹⁵⁸

Seit 2011 sieht das ZGB¹⁵⁹ (Art. 98 Abs. 4 ZGB) vor, dass Verlobte, die nicht Schweizerinnen oder Schweizer sind, während des Vorbereitungsverfahrens ihren rechtmässigen Aufenthalt in der Schweiz nachweisen müssen. Andernfalls können sie nicht heiraten. Diese Bestimmung soll Scheinehen verhindern. Stellt das mit der mit einem Gesuch um Durchführung des Vorbereitungsverfahrens befasste Zivilstandsamt fest, dass sich einer der künftigen Ehepartner rechtswidrig in der Schweiz aufhält, wird in der Praxis eine angemessene Frist für die notwendigen Massnahmen zur Regelung des Aufenthalts bei der Migrationsbehörde angesetzt. Die Migrationsbehörde erteilt grundsätzlich eine ausländerrechtliche Bewilligung im Hinblick auf die Eheschliessung, wenn keine Anhaltspunkte dafür bestehen, dass die ausländische Person damit die Bestimmungen über die Zulassung und den Aufenthalt von Ausländerinnen und Ausländern umgehen will und auch klar erkennbar ist, dass nach der Eheschliessung die Zulassungsvoraussetzungen erfüllt werden. Steht aber aufgrund der Umstände und insbesondere aufgrund der persönlichen Situation der betroffenen Person von vornherein fest, dass nach der Eheschliessung keine Aufenthaltsbewilligung erteilt werden kann, sehen die zuständigen Migrationsbehörden auch von der Erteilung einer vorübergehenden ausländerrechtlichen Bewilligung im Hinblick auf die Eheschliessung ab.

Das Zivilstandsamt ist zudem verpflichtet, der zuständigen Migrationsbehörde die Identität der Personen mitzuteilen, die ihren rechtmässigen Aufenthalt in der Schweiz nicht nachweisen konnten (Art. 67 Abs. 5 und Art. 75f Abs. 5 der Zivilstandsverordnung [ZStV]¹⁶⁰). Wird mit der Eheschliessung eine Umgehung der Bestimmungen über die Zulassung von Ausländerinnen und Ausländern

¹⁵⁷ Vgl. SKOS-Richtlinien, Stand 1. Januar 2021, A.5, S. 12, verfügbar unter: www.skos.ch > Publikationen > Merkblätter und Empfehlungen.

¹⁵⁸ Vgl. namentlich BGE 2C_349/2011, E. 3.7.

¹⁵⁹ SR 210

¹⁶⁰ SR 211.112.2

bezweckt, teilt dies die Zivilstandsbeamtin oder der Zivilstandsbeamte ebenfalls der zuständigen Migrationsbehörde mit (Art. 74a Abs. 7 und 75m Abs. 7 ZStV).

Familienergänzende Kinderbetreuung und Finanzhilfen

Die familienergänzende Kinderbetreuung ist in erster Linie Sache der Kantone und Gemeinden. Sie legen die Modalitäten fest für den Zugang zu Betreuungseinrichtungen für Kinder im Vorschulalter und zu Einrichtungen für die schulergänzende Betreuung. Die Kantone und Gemeinden leisten Finanzhilfen an Kindertagesstätten oder an die Eltern selber, um diese bei den Kosten für die externe Kinderbetreuung zu entlasten. Sie bestimmen, unter welchen Voraussetzungen diese Finanzhilfen gewährt werden.

Auf Grundlage des Bundesgesetzes über Finanzhilfen für familienergänzende Kinderbetreuung fördert der Bund mit einem befristeten Impulsprogramm die Vereinbarkeit von Familie und Erwerbstätigkeit. So leistet er seit dem 1. Februar 2003 Finanzhilfen für die Schaffung von Kinderbetreuungsplätzen. Am 1. Juli 2018 hat der Bund neue Finanzhilfen eingeführt zur Unterstützung von Kantonen und Gemeinden, die sich verpflichten, die Kosten der Eltern für die familienergänzende Kinderbetreuung zu senken. Und schliesslich kann sich der Bund an der Finanzierung von Projekten beteiligen, mit denen Betreuungsangebote besser auf die Bedürfnisse berufstätiger Eltern ausgerichtet werden.¹⁶¹

Je nach Art der Finanzhilfe werden diese vom Bund an die Kantone oder an die Betreuungseinrichtungen selber ausgerichtet. Der Bund bezahlt keine Finanzhilfen direkt an die Familien, die ein familienergänzendes Betreuungsangebot in Anspruch nehmen.

Aufgrund der Zuständigkeit der Kantone und Gemeinden in diesem Bereich ist es den Bundesbehörden nicht bekannt, ob und unter welchen Bedingungen Sans-Papiers familienergänzende Kinderbetreuung in Anspruch nehmen können.

Stipendien

Das schweizerische Stipendienwesen ist kantonal geregelt. Jeder Kanton hat eine eigene gesetzliche Grundlage zur Vergabe von Stipendien und Darlehen. Die persönlichen und finanziellen Voraussetzungen, die zu Ausbildungsbeiträgen berechtigen, sind von Kanton zu Kanton sehr unterschiedlich geregelt.

Einige Kantone haben jedoch die Interkantonale Vereinbarung zur Harmonisierung von Ausbildungsbeiträgen (Stipendienkonkordat) unterzeichnet, das am 1. März 2013 in Kraft trat.¹⁶² Das Konkordat bezweckt eine Harmonisierung der kantonalen Stipendiengesetzgebungen. Es umfasst sowohl die Tertiärstufe (Hochschulen und höhere Berufsbildung) als auch die Sekundarstufe II (Allgemeinbildung, Berufsbildung). Die Beitrittskantone übernehmen in ihren kantonalen Stipendiengesetzgebungen die im Stipendienkonkordat festgehaltenen Grundsätze und Mindeststandards. Mit dem Konkordat werden die kantonalen Stipendiengesetze nicht in allen Belangen gleich ausgestaltet, aber in wichtigen Punkten harmonisiert.

Jeder Kanton behält auch mit dem Beitritt die Hoheit über sein Stipendienwesen. Es bleibt genügend Spielraum, um kantonale Gegebenheiten zu berücksichtigen. Ein Kanton kann sich grosszügiger zeigen, wenn er dies wünscht. Artikel 5 des Konkordats verlangt jedoch, dass Ausländerinnen und Ausländer, die keine EU/EFTA-Angehörige sind, über eine Aufenthalts- oder Niederlassungsbewilligung verfügen und seit fünf Jahren aufenthaltsberechtigt sind; andernfalls können sie keine Leistungen beziehen. Ein Grossteil der kantonalen Gesetze übernimmt diesen Grundsatz (vgl. namentlich AI, BE, SH, SO, VD, VS). Im Kanton Zürich sieht jedoch das

¹⁶¹ Vgl. Bundesgesetz vom 4. Oktober 2002 über Finanzhilfen für familienergänzende Kinderbetreuung, SR 861

¹⁶² Bisher haben sich 21 Kantone dem Konkordat angeschlossen. Es sind dies die Kantone AG, AR, BE, BL, BS, FR, GE, GL, GR, JU, LU, NE, OW, SG, SH, TG, TI, UR, VD, ZG und ZH (Stand 29.01.20).

Bildungsgesetz (BiG; AS 410.1) Beiträge für Ausbildungskosten und Lebensunterhalt von Ausländerinnen und Ausländern vor, die seit fünf Jahren ununterbrochen in der Schweiz leben.

Führerausweis, Handlungen des Standesamts und Notariatsdienstleistungen

Eine Prüfung der Identität und des Aufenthaltsrechts ist zum Beispiel bei der Erteilung von Lernfahrausweisen, bei Handlungen des Standesamts oder bei Notariatsdienstleistungen gesetzlich vorgeschrieben.

Weitergehende Dienstleistungen

Im Bereich des Arbeitsrechts sind beispielsweise die Bestimmungen über die Lohnfortzahlungspflicht bei Krankheit und Unfall (Art. 324a des Obligationenrechts [OR]¹⁶³), bezahlte Ferien (Art. 329a OR) sowie die Gesamtarbeitsverträge und die Normalarbeitsverträge (Art. 356 ff. OR) auf Personen anwendbar, die sich rechtswidrig in der Schweiz aufhalten.

Es ist üblich, dass Vermieterinnen und Vermieter eine Aufenthaltsbewilligung sowie Garantien verlangen, da in der Schweiz neue Mietverhältnisse bei den Einwohnerkontrollen gemeldet werden müssen (vgl. z. B. Art. 14 des Gesetzes über die Einwohnerkontrolle des Kantons Waadt [RSV 142.01] oder Art. 20 des Gesetzes über die Einwohnerkontrolle des Kantons Neuenburg [RSN 132.00]). Vermieterinnen und Vermieter können sich strafbar machen, wenn sie ihrer Meldepflicht nicht nachkommen – ein Risiko, das kaum jemand eingehen mag, der unter mehreren Interessenten auswählen kann. Deshalb wohnen zahlreiche Sans-Papiers in Untermiete bei Verwandten oder Bekannten aus ihrem Herkunftsland oder bei Partnerinnen und Partnern, die rechtmässig in der Schweiz leben. Andere teilen sich eine Wohnung oder leben bei ihren Arbeitgebenden, was vor allem für Hausangestellte zutrifft.

Beim Bezug von Dienstleistungen und Gütern wie Fernsehempfang, Elektrizität und Wasser wird das Aufenthaltsrecht nicht überprüft. Grundsätzlich entsteht das Vertragsverhältnis mit der tatsächlichen Nutzung.

In der Regel sind Sans-Papiers aufgrund ihres Status mit zahlreichen Schwierigkeiten im Alltag konfrontiert (Eröffnung eines Bankkontos, Empfang eines eingeschriebenen Briefs, Abschluss eines Telefonabonnements usw.).

10 Datenaustausch zwischen den betroffenen Behörden

Die Bundesverfassung (BV) sieht vor, dass Bund und Kantone einander in der Erfüllung ihrer Aufgaben unterstützen, zusammenarbeiten und einander Amts- und Rechtshilfe leisten (Art. 44 BV). Diese Bestimmung sieht eine allgemeine Pflicht zur gegenseitigen Unterstützung vor, ohne jedoch die Bedingungen und die Form festzulegen. Dazu sind gesetzliche Regelungen erforderlich. Der Datenaustausch überschneidet sich teilweise mit der Amtshilfe. Die Amtshilfe ist nicht auf die Weitergabe von Personendaten beschränkt. Sie kann weitere Auskünfte, die Akteneinsicht oder auch die Übergabe von Unterlagen oder das Mitwirken bei Abklärungen umfassen.

10.1 Zusammenarbeit und Datenbekanntgabe nach dem AIG

Gemäss dem AIG unterstützen sich die für den Vollzug dieses Gesetzes zuständigen Behörden gegenseitig. Sie erteilen die benötigten Auskünfte und gewähren auf Verlangen Einsicht in amtliche Akten (Art. 97 Abs. 1 AIG). Andere Behörden des Bundes, der Kantone und der Gemeinden sind verpflichtet, die für den Vollzug des AIG notwendigen Daten und Informationen auf Verlangen den Behörden, die mit der Umsetzung des AIG betraut sind, bekannt zu geben (Art. 97 Abs. 2 AIG). Der Bundesrat bestimmt in der VZAE, welche Daten den ausländerrechtlichen Vollzugsbehörden zu melden sind (Art. 97 Abs. 3 AIG) bei:

- Eröffnung von Strafuntersuchungen;

- zivil- und strafrechtlichen Urteilen;
- Änderungen im Zusammenhang mit dem Zivilstand sowie Verweigerung der Eheschliessung;
- Bezug von Sozialhilfe;
- Bezug von Arbeitslosenentschädigung;
- Bezug von Ergänzungsleistungen nach dem ELG;
- Disziplinar massnahmen von Schulbehörden;
- Massnahmen von Kindes- und Erwachsenenschutzbehörden;
- anderen Entscheiden, die auf einen besonderen Integrationsbedarf hindeuten.

Nach den Artikeln 82 ff. VZAE betrifft die Datenbekanntgabe folgende Behörden:

- Die Polizei- und Gerichtsbehörden sowie die Strafuntersuchungsbehörden melden der kantonalen Migrationsbehörde unaufgefordert die Anhebung und die Einstellung von Strafuntersuchungen, Verhaftungen und Entlassungen, von denen Ausländerinnen und Ausländer betroffen sind, sowie entsprechende zivil- und strafrechtliche Urteile. Eine Meldung erfolgt zudem, wenn sich eine kontrollierte Person rechtswidrig in der Schweiz aufhält (Art. 82 VZAE).
- Die Zivilstands- und Gerichtsbehörden melden der kantonalen Migrationsbehörde unaufgefordert und in jedem Fall Eheschliessungen, Verweigerungen der Eheschliessung, Ungültigerklärungen sowie Trennungen und Scheidungen von Ausländerinnen und Ausländern. Die beteiligten Behörden geben der kantonalen Migrationsbehörde im Zusammenhang mit einer Meldung nach Absatz 1 Tatsachen bekannt, die auf eine rechtsmissbräuchliche Eheschliessung zur Umgehung der Zulassungsvorschriften nach Artikel 51 AIG hindeuten. Dies gilt auch für die schweizerischen Vertretungen im Ausland (Art. 82a VZAE).
- Die für die Ausrichtung von Sozialhilfeleistungen zuständigen Behörden melden der kantonalen Migrationsbehörde unaufgefordert den Bezug von Sozialhilfe durch Ausländerinnen und Ausländer (Art. 82b VZAE).
- Die Durchführungsorgane der Arbeitslosenversicherung melden der kantonalen Migrationsbehörde unaufgefordert bestimmte Daten von Staatsangehörigen aus Mitgliedstaaten der EU oder der EFTA, die keine Niederlassungsbewilligung besitzen und bestimmte Voraussetzungen erfüllen (Art. 82c VZAE).
- Die für die Festsetzung und die Auszahlung der Ergänzungsleistungen zuständigen Organe melden der kantonalen Migrationsbehörde unaufgefordert den Bezug von Ergänzungsleistungen durch Ausländerinnen und Ausländer (Art. 82d VZAE).
- Die Schulbehörden melden der kantonalen Migrationsbehörde unaufgefordert Entscheide über definitive Schulausschlüsse von ausländischen Schülerinnen und Schülern. Diese Meldepflicht gilt nicht, wenn sich die betroffene Schülerin oder der betroffene Schüler rechtswidrig in der Schweiz aufhält (Art. 82e VZAE).
- Die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörden melden der kantonalen Migrationsbehörde unaufgefordert die in der VZAE bestimmten Kindes- und Erwachsenenschutzmassnahmen, die Ausländerinnen und Ausländer betreffen und die die kantonale Migrationsbehörde für ihre Entscheide benötigt. Die Gerichtsbehörden melden der kantonalen Migrationsbehörde unaufgefordert die in der VZAE bestimmten Kindesschutzmassnahmen, die sie in einem familienrechtlichen Verfahren angeordnet haben (Art. 82f VZAE).

Nach Artikel 104 Absatz 1 AIG kann das SEM zudem auf Gesuch der Grenzkontrollbehörden die Luftverkehrsunternehmen dazu verpflichten, Personendaten der beförderten Personen bestimmter Flüge zu melden, um die Durchführung der Grenzkontrollen zu verbessern und rechtswidrige Einreisen zu bekämpfen.

10.2 Zusammenarbeit und Datenbekanntgabe nach dem Bundesgesetz gegen die Schwarzarbeit (BGSA)

Das Bundesgesetz gegen die Schwarzarbeit (BGSA) trat am 1. Januar 2008 in Kraft und wurde am 1. Januar 2018 teilweise revidiert. Die vorgenommenen Änderungen betreffen namentlich die Verbesserung der Zusammenarbeit zwischen den Vollzugsbehörden. Die Synergien zwischen den für die Arbeitsmarktkontrolle zuständigen Organen wurden optimiert, und das vereinfachte Abrechnungsverfahren bei der AHV-Ausgleichskasse wurde verschärft, um Missbrauch zu verhindern.

Nach dem BGSA wird Schwarzarbeit indirekt durch den gesetzlich bestimmten Kontrollgegenstand eingegrenzt (vgl. Art. 6 BGSA). Das BGSA verpflichtet das kantonale Kontrollorgan, die Einhaltung der Melde- und Bewilligungspflichten gemäss Sozialversicherungs-, Ausländer- und Quellenbesteuerungsrecht zu prüfen. Schwarzarbeit liegt somit vor, wenn die ausländer-, sozialversicherungs- und quellensteuerrechtlichen Melde- und Bewilligungspflichten nicht eingehalten werden.

Als rechtsübergreifendes Rahmengesetz sieht das BGSA vor, dass die Gemeinde-, Kantons- und Bundesbehörden mit den Kontrollorganen zusammenarbeiten, wenn sie Anhaltspunkte für das Vorliegen von Schwarzarbeit feststellen (vgl. Art. 11 BGSA). Die einzelnen Pflichten, die Arbeitgebende und Arbeitnehmende im Sozialversicherungs-, Ausländer- und Quellenbesteuerungsrecht einzuhalten haben, werden also nicht im BGSA, sondern in den entsprechenden Spezialgesetzen (AIG, AHVG, DBG usw.) definiert. Es sind dementsprechend auch die in diesen Bereichen zuständigen Behörden, die im Nachgang an eine Kontrolle der Schwarzarbeitsinspektoren die notwendigen Abklärungen durchführen und bei Verstössen gegen den Kontrollgegenstand nach Artikel 6 BGSA die entsprechenden Sanktionen und administrativen Massnahmen aussprechen.

Das BGSA verpflichtet die Kantone dazu, ein Kontrollorgan zur Bekämpfung der Schwarzarbeit einzurichten. Das kantonale Kontrollorgan kontrolliert, ob Arbeitgebende und Arbeitnehmende die Melde- und Bewilligungspflichten gemäss Sozialversicherungs-, Ausländer- und Quellenbesteuerungsrecht einhalten (Art. 6 BGSA). Die Aufgabe der Kontrollorgane besteht in der Abklärung des Sachverhalts, indem sie namentlich Kontrollen durchführen. Neben der Kontrolltätigkeit übernimmt das Kontrollorgan Koordinationsaufgaben. Stellt das kantonale Kontrollorgan Verdachtsmomente hinsichtlich einer Verletzung namentlich von sozialversicherungs- oder ausländerrechtlichen Pflichten fest, leitet es diese den zuständigen Behörden weiter. Die Spezialbehörden führen soweit erforderlich weitere Abklärungen durch und erlassen bei Bestätigung des Verdachts die in der jeweiligen Gesetzgebung vorgesehenen Verwaltungsmassnahmen und Sanktionen. Die kantonalen Kontrollorgane selbst verfügen über keine Sanktionskompetenzen.

Die im BGSA vorgesehene Pflicht betrifft die zuständigen Behörden der Gemeinden, der Kantone und des Bundes in Sachen Arbeitsinspektion, Arbeitsmarkt und Arbeitslosenversicherung, Beschäftigung, Sozialhilfe, Polizei, Flüchtlingswesen, Ausländerpolizei, Einwohnerkontrolle, Zivilstand und Steuerwesen sowie das Grenzwachtkorps, die mit den kantonalen Kontrollorganen zusammenarbeiten müssen. Diese Pflicht gilt auch für die Behörden der Kantone und des Bundes und die privaten Organisationen, die für den Vollzug der Sozialversicherungsgesetzgebung zuständig sind. Sie informieren das kantonale Kontrollorgan über Feststellungen, die sie im Rahmen ihrer Tätigkeit machen und die auf Schwarzarbeit hinweisen (Art. 11 Abs. 1 und 2 BGSA).

Meldepflichten (vgl. Art. 12 Abs. 2 BGSA) gegenüber den Migrationsbehörden sind nur bei Kontrollen und in folgenden Fällen vorgesehen:

Die für die Arbeitslosenversicherung zuständigen Behörden der Kantone und des Bundes, die für den Vollzug der Sozialversicherungsgesetzgebung zuständigen Behörden der Kantone und des Bundes sowie die in diesen Bereichen zuständigen privaten Organisationen geben die Ergebnisse ihrer Kontrollen den Asyl- und Ausländerbehörden bekannt, wenn:

- die betreffende Person aus unselbstständiger oder selbstständiger Erwerbstätigkeit ein Einkommen erzielt hat, für das die Sozialversicherungsbeiträge an die AHV, IV, EO oder ALV oder die Familienzulagen nicht entrichtet wurden; und
- sich nicht sogleich ergibt, dass der Aufenthalt dieser Person den geltenden Bestimmungen entspricht.

Die anderen in Artikel 11 BGSA genannten Behörden (beispielsweise die für die Einwohnerkontrolle zuständigen Behörden, die Zivilstandsbehörden oder das Grenzwachtkorps) teilen den gegebenenfalls betroffenen Behörden des Kantons oder des Bundes die Ergebnisse der Kontrollen mit, die sie im Rahmen ihrer Aufgaben durchführen, wenn Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass bei der Ausübung einer Erwerbstätigkeit das Sozialversicherungs-, Ausländer- oder Quellenbesteuerungsrecht missachtet worden ist. Als gegebenenfalls betroffene Behörden gelten gemäss BGSA:

- die AHV-Ausgleichskassen und die Familienausgleichskassen;
- die Unfallversicherer;
- die Durchführungsstellen der Arbeitslosenversicherung;
- die Steuerbehörden des Bundes und der Kantone;
- die Asyl- und Ausländerbehörden;
- die zuständige IV-Stelle.

Und schliesslich ist das kantonale Kontrollorgan oder Dritte, an die Kontrolltätigkeiten nach dem BGSA delegiert wurden, verpflichtet, die zuständigen Behörden oder Organe zu informieren, wenn sich im Rahmen der Kontrollen Anhaltspunkte dafür ergeben, dass ein Verstoss namentlich gegen das Entsendegesetz¹⁶⁴ vom 8. Oktober 1999 vorliegt (Art. 12 Abs. 6 BGSA).

10.3 Zusammenarbeit und Datenbekanntgabe nach den Sozialversicherungsgesetzen

Gemäss dem Bundesgesetz über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts (ATSG) haben Personen, die an der Durchführung sowie der Kontrolle oder der Beaufsichtigung der Durchführung der Sozialversicherungsgesetze beteiligt sind, gegenüber Dritten Verschwiegenheit zu bewahren (Art. 33 ATSG). Verschiedene Gesetze (KVG, UVG, AHVG, IVG, ATSG, ELG usw.) sehen jedoch Abweichungen von diesem Grundsatz vor.

Nach dem Krankenversicherungsgesetz

Im Bereich der Krankenversicherung sind die Situationen, in den die mit der Durchführung, der Kontrolle oder der Beaufsichtigung der Durchführung des KVG oder des KVAG¹⁶⁵ betrauten Organe Daten an Dritte übermitteln dürfen, abschliessend in Artikel 84a KVG aufgeführt. Die Versicherer und die Kantone – wenn sie die Versicherungspflicht kontrollieren oder über Gesuche um Prämienverbilligung entscheiden – sind Organe gemäss dieser Bestimmung.

Sie dürfen Personendaten nur dann an die Migrationsbehörde weitergeben, wenn die betreffende Person schriftlich eingewilligt hat oder, wenn das Einholen der Einwilligung nicht möglich ist, diese nach den Umständen als im Interesse des Versicherten vorausgesetzt werden darf (Art. 84a Abs. 5 Bst. b KVG). Diese Voraussetzungen sind in der Praxis bei Sans-Papiers nicht erfüllt.

Zwei Motionen, die einen vereinfachten Datenaustausch zwischen Krankenversicherern und den Kantonen fordern,¹⁶⁶ wurden vom Parlament angenommen.

Nach dem Unfallversicherungsgesetz

¹⁶⁴ SR 823.20

¹⁶⁵ SR 832.12

¹⁶⁶ Vgl. Motion Brand (18.3765) «Zeitgemässer elektronischer Datenaustausch zwischen Gemeinden und Krankenversicherern» und Motion Hess (18.4209) «Wohnsitzfrage, Krankenkassenprämie und stationäre Anteile der Kantone. Weniger Bürokratie, weniger Fehler».

Im Bereich der Unfallversicherung sind die Situationen, in denen die Organe, die mit der Durchführung, der Kontrolle oder der Beaufsichtigung der Durchführung des UVG betraut sind, Daten an Dritte bekannt geben dürfen, abschliessend aufgeführt (Art. 97 UVG). Die Unfallversicherer nach UVG sind Organe im Sinne dieser Bestimmung.

In Abweichung von Artikel 33 ATSG dürfen nicht personenbezogene Daten an Dritte bekannt gegeben werden, wenn dies einem überwiegenden Interesse entspricht. Das Gleiche gilt für personenbezogene Daten, wenn die betreffende Person im Einzelfall schriftlich eingewilligt hat oder, wenn das Einholen der Einwilligung nicht möglich ist, diese nach den Umständen als im Interesse des Versicherten vorausgesetzt werden darf (Art. 97 Abs. 6 UVG). Diese Voraussetzungen sind in der Praxis bei Sans-Papiers nicht erfüllt.

Das UVG bestimmt jedoch, dass die zur Bekämpfung der Schwarzarbeit erforderlichen Daten nach den Artikeln 11 und 12 BGSA übermittelt werden dürfen (vgl. Art. 97 Abs. 1^{bis}), wenn die Behörden bei der Wahrnehmung ihrer Aufgaben Anhaltspunkte für Schwarzarbeit feststellen. Die Behörden der Kantone und des Bundes sowie die privaten Organisationen, die für den Vollzug der Sozialversicherungsgesetzgebung zuständig sind, informieren daher das kantonale Kontrollorgan über Feststellungen, die sie im Rahmen ihrer Tätigkeit machen und die auf Schwarzarbeit hindeuten.

Folglich sind Unfallversicherer in der Regel nicht befugt, Personendaten an die Migrationsbehörden weiterzuleiten. Vorbehalten sind jedoch die nachfolgenden Bestimmungen zur Schwarzarbeit.

Nach dem Bundesgesetz gegen die Schwarzarbeit

Das AHVG, das IVG und das AVIG sehen ebenfalls vor (Art. 50a AHVG, Art. 66a IVG, Art. 97a AVIG), dass die mit der Durchführung dieser Gesetze betrauten Behörden – namentlich die AHV-Ausgleichskassen, die IV-Stellen und Arbeitsämter – Daten bekannt geben dürfen, die für die Bekämpfung der Schwarzarbeit benötigt werden. Diese Datenbekanntgabe stützt sich auf die Artikel 11 und 12 BGSA (Ziff. 10.1) und erfolgt entweder über das Kontrollorgan der Schwarzarbeit (Art. 11 Abs. 2 BGSA), wenn die Behörden im Rahmen ihrer Tätigkeit auf Anhaltspunkte für das Vorliegen von Schwarzarbeit stossen, oder direkt zwischen den betreffenden Behörden (Art. 12 BGSA).

Wie weiter oben erläutert (Ziff. 10.2), müssen die AHV-Ausgleichskassen, die IV-Stellen und die Arbeitsämter unter bestimmten Voraussetzungen den Migrationsbehörden die Ergebnisse ihrer Kontrollen mitteilen, wenn Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass bei der Ausübung einer Erwerbstätigkeit das Sozialversicherungs-, Ausländer- oder Quellenbesteuerungsrecht missachtet worden ist (Art. 12 Abs. 3 und 4 BGSA). Zudem müssen die kantonalen Steuerbehörden den AHV-Ausgleichskassen Meldung erstatten, wenn sie feststellen, dass Einkommen aus unselbstständiger Erwerbstätigkeit überhaupt nicht deklariert wurden (Art. 12 Abs. 1 BGSA).

Sans-Papiers melden sich jedoch in der Regel nicht bei den AHV-Ausgleichskassen oder anderen Behörden an, wodurch in der Praxis so gut wie kein Informationsaustausch besteht.

11 Anwendung der Strafbestimmungen auf Sans-Papiers

11.1 Massgebende Strafbestimmungen

Übersicht

Strafbare Handlungen im Zusammenhang mit dem Aufenthalt und der Beschäftigung von Sans-Papiers fallen hauptsächlich in den Anwendungsbereich der Strafbestimmungen des AIG.

Das BGSA betrifft mehrere Rechtsgebiete. Es sieht in erster Linie eine Zusammenarbeit der verschiedenen Behörden der Kantone und des Bundes (Behörden der Arbeitsinspektion und der Arbeitslosenversicherung, Arbeitsmarktbehörden, Polizeibehörden usw.) mit dem kantonalen Kontrollorgan vor. Die Bekämpfung der Schwarzarbeit besteht neben der eigentlichen Kontrolltätigkeit zu einem erheblichen Teil aus Koordinationsaufgaben. Stellt das kantonale Kontrollorgan

Verdachtsmomente fest, informiert es die für das entsprechende Rechtsgebiet zuständigen Behörden (namentlich den kantonalen Migrationsbehörden oder den Ausgleichskassen; Ziff. 10.2). Eine allfällige strafrechtliche Verfolgung erfolgt gestützt auf die entsprechenden Spezialgesetze.

Gestützt auf das BGSA können jedoch Arbeitgebende, die wegen schwerwiegender oder wiederholter Missachtung ihrer sozialversicherungs- und ausländerrechtlichen Melde- und Bewilligungspflichten rechtskräftig verurteilt worden sind, für bis zu fünf Jahre vom öffentlichen Beschaffungswesen ausgeschlossen werden. Zudem können Finanzhilfen für ebenfalls längstens fünf Jahre gekürzt werden. Im BGSA wird darüber hinaus die vorsätzliche Erschwerung oder Vereitelung einer Schwarzarbeitskontrolle sowie die vorsätzliche Verletzung der Mitwirkungspflicht der kontrollierten Personen und Betriebe unter Strafe gestellt.

Ausländerrechtliche Sanktionen

Das Strafbestimmungen des AIG betreffen insbesondere die rechtswidrige Ein- oder Ausreise, den rechtswidrigen Aufenthalt und die Erwerbstätigkeit ohne Bewilligung (Art. 115 AIG), die Förderung der rechtswidrigen Ein- und Ausreise sowie des rechtswidrigen Aufenthalts (Art. 116 AIG), die Beschäftigung von Ausländerinnen und Ausländern ohne Bewilligung (Art. 117 AIG), die Täuschung der Behörden (Art. 118 AIG) sowie weitere Widerhandlungen wie die Verletzung der An- und Abmeldepflichten (vgl. Art. 120 AIG und insbesondere Art. 120 Abs. 1 Bst. a AIG).

Die rechtswidrige Ein- oder Ausreise, der rechtswidrige Aufenthalt und die Erwerbstätigkeit ohne Bewilligung (Art. 115 AIG) werden mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder Geldstrafe bestraft. Bei fahrlässig begangener Tat wird eine Busse verhängt (Art. 115 Abs. 1 und 2 AIG). Die Förderung der rechtswidrigen Ein- und Ausreise sowie des rechtswidrigen Aufenthalts wird mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder Geldstrafe bestraft (Art. 116 Abs. 1 AIG). In leichten Fällen kann auch nur eine Busse verhängt werden (Art. 116 Abs. 2 AIG). Wenn die Täterin oder der Täter entweder mit der Absicht handelt, sich oder einen andern unrechtmässig zu bereichern, oder für eine Vereinigung oder Gruppe handelt, die sich zur fortgesetzten Begehung dieser Tat zusammengefunden hat, ist die Strafe Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder Geldstrafe, und mit der Freiheitsstrafe ist eine Geldstrafe zu verbinden (Art. 116 Abs. 3 AIG).

Die Beschäftigung von Ausländerinnen und Ausländern ohne Bewilligung wird mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder Geldstrafe geahndet (Art. 117 Abs. 1 AIG). Im Wiederholungsfall innert fünf Jahren wird eine Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe oder nur eine Geldstrafe verhängt (Art. 117 Abs. 2 AIG). Wird die Tat fahrlässig begangen, beträgt die Strafe Busse bis zu 20 000 Franken (Art. 117 Abs. 3 AIG).

Zur Strafbarkeit der rechtswidrigen Ein- oder Ausreise, des rechtswidrigen Aufenthalts und die Erwerbstätigkeit ohne Bewilligung (Art. 115 AIG) besteht eine umfangreiche Rechtsprechung. Sie legt Grundsätze in Bezug auf die Strafbarkeit des rechtswidrigen Aufenthalts fest (BGE 143 IV 249). Demnach ist der rechtswidrige Aufenthalt strafbar, wenn sich die ausländische Person unrechtmässig in der Schweiz aufhält und es für sie nicht objektiv unmöglich ist, das Land zu verlassen und in ihr Herkunftsland zurückzukehren.

Gemäss der Rechtsprechung muss die Dauer des rechtswidrigen Aufenthalts bei der Prüfung eines Gesuchs von Sans-Papiers für die Erteilung einer Härtefallbewilligung nicht berücksichtigt werden (vgl. Urteil des BGer 2A.166/2001, 2b/bb, mit Verweis auf BGE 130 II 39 E. 3).

11.2 Vollzug der Strafbestimmungen

Für die Verfolgung und Beurteilung von Straftaten sind die Kantone zuständig.

Verstösse gegen das AIG werden von den vom Kanton bezeichneten Behörden von Amtes wegen verfolgt (Staatsanwaltschaft oder kantonale Arbeitsmarktaufsichtsbehörde).

Jede Person ist berechtigt, Straftaten bei einer Strafverfolgungsbehörde schriftlich oder mündlich anzuzeigen (Art. 301 StPO). Die StPO verpflichtet die Strafbehörden jedoch, alle Straftaten, die sie

bei ihrer amtlichen Tätigkeit festgestellt haben oder die ihnen gemeldet worden sind, der zuständigen Behörde anzuzeigen, soweit sie für die Verfolgung nicht selber zuständig sind (Art. 302 Abs. 1 StPO). Die Anzeigepflicht der Mitglieder anderer Behörden wird in Spezialgesetzen des Bundes oder im kantonalen Recht geregelt (Art. 302 Abs. 2 StPO).

Die Strafverfolgungsbehörden sind verpflichtet, die Migrationsbehörden über laufende Strafuntersuchungen zu informieren (vgl. Ziff. 10 und 11 und Art. 97 AIG). Ausserdem sehen einige kantonale Durchführungsgesetze zum AIG vor, dass die Mitglieder von Behörden, die nicht im Strafbereich tätig sind, Verstösse gegen das AIG anzeigen müssen (vgl. auch Ziff. 10 und 11). So verpflichtet der Kanton Waadt die Gemeindepräsidenten und die Angestellten der Einwohnerkontrollen, der Waadtländer Staatsanwaltschaft jeden Verstoss gegen das AIG zu melden, von dem sie Kenntnis erlangen (Art. 41 des Einführungsgesetzes zum Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer). Wenn die Migrationsbehörde einen rechtswidrigen Aufenthalt feststellt oder davon Kenntnis erlangt, prüft sie die Wegweisung aus der Schweiz (Art. 64 AIG¹⁶⁷).

Die Anwendung der ausländerrechtlichen Strafbestimmungen stützt sich grösstenteils auf die Mitteilung von Kontrollergebnissen der kantonalen Kontrollorgane zur Bekämpfung der Schwarzarbeit und der Behörden und Organisationen nach 12 BGSA (vgl. Ziffer 10.2), sowie die Anzeigen der Polizeibehörden oder von anzeigepflichtigen Dritten.

In den letzten Jahren wurden verschiedene Fälle der Förderung und Erleichterung des rechtswidrigen Aufenthalts von Ausländerinnen und Ausländern, die oft auch als «Delikte der Solidarität» bezeichnet werden, durch die Medien bekannt. Das BGer hat in seinen Entscheiden festgehalten, dass der einfache Kontakt mit einer ausländischen Person, die den Aufenthalt in der Schweiz angenehmer macht, nicht strafbar ist. Ein solches Verhalten stellt keine Erleichterung des rechtswidrigen Aufenthalts dar. Dies gilt jedoch nicht, wenn das Verhalten den Erlass oder Vollzug einer Verfügung gegen die rechtswidrig anwesende Person erschwert oder die Möglichkeiten der Behörden einschränkt, diese Person anzuhalten. Das BGer ist generell der Auffassung, dass die Beherbergung einer rechtswidrig anwesenden Person eine Erleichterung des rechtswidrigen Aufenthalts darstellt (Art. 116 AIG) und somit strafbar ist (vgl. BGE 130 IV 77). In der Praxis werden die betreffenden Personen in der Regel zu Geldstrafen verurteilt.

Das Bundesgesetz über Aufenthalt und Niederlassung der Ausländer (ANAG), das mit Inkrafttreten des AIG am 1. Januar 2008 aufgehoben wurde, enthielt eine Bestimmung, wonach die Hilfeleistung in bestimmten Situationen nicht strafbar ist, wenn dies aus achtenswerten Gründen erfolgte (Art. 23 Abs. 3 ANAG).

11.3 Statistik

Anwendung des Bundesgesetzes gegen die Schwarzarbeit (BGSA)

Das Staatssekretariat für Wirtschaft (SECO) erstellt jährlich einen Bericht, der Aufschluss gibt über den Vollzug des BGSA – namentlich über die Kontrolltätigkeit und seit 2017 auch über die Koordinationstätigkeit der kantonalen Kontrollorgane zur Bekämpfung der Schwarzarbeit.

Im Berichtsjahr 2019 haben die kantonalen Kontrollorgane 12 554 Verdachtsmomente weitergeleitet. Ein Verdachtsmoment liegt vor, wenn das Kontrollorgan nach seinen Abklärungen den Verdacht hat, dass ein Betrieb oder eine Person gegen den Kontrollgegenstand verstossen hat und den Fall zur weiteren Untersuchung an die zuständigen Behörden und Organisationen weiterleitet. Dies entspricht einer Abnahme von 20 Prozent gegenüber dem Vorjahr (2018: 15 740 Verdachtsmomente). Die stärkste Abnahme im Vergleich zu 2018 ist im Bereich Ausländerrecht zu verzeichnen (2018: 5513 Verdachtsmomente; 2019: 3452 Verdachtsmomente; –37 %). Besonders ausgeprägt war der Rückgang in den Kantonen Genf (–1932) und Wallis (–253), die diese Entwicklung massgeblich

¹⁶⁷ Siehe auch Ziff. 8.6 Weisungen Ausländerbereich des SEM, verfügbar unter: www.sem.admin.ch > Publikationen & Services > Weisungen & Kreisschreiben > Weisungen Ausländerbereich.

beeinflusst haben. Im Jahr 2019 wurden im Bereich Sozialversicherungsrecht 5717 Verdachtsmomente weitergeleitet (–10 %), im Quellenbesteuerungsrecht waren es 3385 (–12 %). Die Abnahme an Verdachtsfällen lässt nicht generell auf einen Rückgang von Schwarzarbeit im Jahr 2019 schliessen. Die Veränderung der erfassten Verdachtsfälle liegt im üblichen Rahmen der jährlichen Schwankungen.

Im Nachgang an diese Übermittlungen sind von den Spezialbehörden 3356 Rückmeldungen eingegangen (–19 % gegenüber dem Vorjahr; 2018: 4134 Rückmeldungen). Die Zahl der Rückmeldungen gibt Aufschluss über die Anzahl Fälle, in denen sich der Verdacht bestätigte und Massnahmen ergriffen wurden. Aufgeschlüsselt nach Rechtsgebieten sehen die Zahlen für 2019 wie folgt aus: Sozialversicherungsrecht 736 Rückmeldungen (–20 %), Ausländerrecht 2012 Rückmeldungen (–18 %), Quellenbesteuerungsrecht 608 Rückmeldungen (–22 %). Diese Zahlen erlauben jedoch keine Aussagen über die Entwicklung des tatsächlichen Ausmasses von Verstössen und unterliegen den üblichen Schwankungen.

Neben der Durchführung von Betriebs- und Personenkontrollen erfüllen die kantonalen Kontrollorgane auch Koordinationsaufgaben. Unter dem Begriff «Koordinationstätigkeit» wird die Entgegennahme eines Verdachts auf Schwarzarbeit und dessen direkte Weiterleitung an die zuständige Spezialbehörde ohne vorgängige Durchführung von weiteren Sachverhaltsabklärungen durch das kantonale Kontrollorgan verstanden. Im Berichtsjahr 2019 wurden gesamtschweizerisch 6062 Hinweise auf Schwarzarbeit ohne vorgängige eigene Kontrollen den zuständigen Behörden weitergeleitet. Dies entspricht im Vergleich zum Vorjahr einer Zunahme von 13 Prozent (2018: 5344 Hinweise).

Im Nachgang an diese direkten Übermittlungen meldeten die Spezialbehörden den kantonalen Kontrollorganen im Rahmen derer Koordinationstätigkeit im Jahr 2019 gesamtschweizerisch 1488 Sanktionen.¹⁶⁸

Anhand dieser Zahlen lässt sich jedoch nicht ermitteln, wie hoch der Anteil der Sans-Papiers an den angezeigten und bestraften Arbeitgebenden und Selbstständigen ist.

Verstösse gegen das AIG gemäss der polizeilichen Kriminalstatistik

Das Bundesamt für Statistik (BFS) veröffentlicht jährlich jeweils im März die «Polizeiliche Kriminalstatistik».¹⁶⁹ Sie stützt sich auf die Daten der Kantonspolizeien und bezieht sich auf die Verstösse gegen das Strafgesetz, das Betäubungsmittelgesetz und das AIG, die ihnen angezeigt wurden. Im Jahr 2019 wurden insgesamt 37 024 Straftaten gegen das AIG erfasst. Aus dem statistischen Bericht für das Jahr 2019 geht hervor, dass ein Grossteil der Widerhandlungen die rechtswidrige Einreise oder den rechtswidrigen Aufenthalt in der Schweiz betraf (25 076 Straftaten, 67,7 %). 4902 Verstösse wurden wegen Erwerbstätigkeit oder Stellenwechsel ohne Bewilligung registriert. Im Vergleich zu 2018 sind die Zahlen stabil.¹⁷⁰

Im Jahr 2019 wurden insgesamt 21 575 ausländischen Personen Verstösse gegen das AIG vorgeworfen. Davon fielen 17 773 Personen in die Kategorie «übrige Ausländer»; diese werden im Bericht namentlich definiert als Inhaberinnen und Inhaber einer Kurzaufenthaltsbewilligung oder einer Grenzgängerbewilligung, legal oder illegal anwesende Touristinnen und Touristen, Asylsuchende mit Nichteintretensentscheid oder abgewiesene Asylsuchende, Personen mit rechtswidrigem Aufenthalt nach Ablauf ihrer Aufenthaltsbewilligung oder mit unbekanntem Aufenthaltsstatus.¹⁷¹ 2702 Personen gehörten der ständigen ausländischen Wohnbevölkerung an; im Rahmen dieser Statistik sind dies

¹⁶⁸ Vgl. Bericht des Staatssekretariats für Wirtschaft, Bericht BGSA 2019, a. a. O., S. 6.

¹⁶⁹ Vgl. Jahresbericht 2019 «Polizeiliche Kriminalstatistik», verfügbar unter: www.bfs.admin.ch > Statistiken finden > Kriminalität und Strafrecht > Polizeiliche Kriminalstatistik 2019.

¹⁷⁰ Vgl. Jahresbericht 2019 «Polizeiliche Kriminalstatistik», a. a. O., Ziff. 3.9.2, S. 61.

¹⁷¹ Vgl. Jahresbericht 2019 «Polizeiliche Kriminalstatistik», a. a. O., Ziff. 2.4.4.3, S. 32 und die Definitionen in Ziff. 2.4.3, S. 28.

Inhaberinnen und Inhaber einer Aufenthaltsbewilligung (Ausweis B), einer Niederlassungsbewilligung (Ausweis C) oder einer Aufenthaltsbewilligung mit Erwerbstätigkeit (diplomatisches Personal, internationale Funktionäre, Ausweis Ci). 3163 Personen aus dem Asylbereich – gemäss dieser Statistik sind dies vorläufig Aufgenommene (Ausweis F), Asylsuchende (Ausweis N) und Schutzbedürftige (Ausweis S) – wurden im Jahr 2019 des Verstosses gegen das AIG beschuldigt.

Verstösse gegen das AIG gemäss der Strafurteilsstatistik

Neben der oben genannten Statistik veröffentlicht das BFS jährlich eine Statistik über die strafrechtlichen Verurteilungen. Die Strafurteilsstatistik erfasst die Gesamtheit der ins Strafregister eingetragenen Verurteilungen von Erwachsenen und Jugendlichen aufgrund von Widerhandlungen gegen das Strafgesetzbuch, das Strassenverkehrsgesetz, das Betäubungsmittelgesetz und das AIG.¹⁷² Sie stützt sich auf die Daten des schweizerischen Strafregisters (VOSTRA).

Bei Verstössen gegen das AIG werden die strafrechtlichen Verurteilungen nach Jahr, Art der Straftat (Art. 115–119 AIG), Alter und Staatsangehörigkeit der verurteilten Person aufgeführt. Ausländische Staatsangehörige sind in drei Kategorien unterteilt: Ausländer mit B-, C- oder Ci-Ausweis, «andere Ausländer», worunter Asylsuchende, Grenzgänger/innen und Kurzaufenthalter/innen (Ausweis L) fallen, und «Ausländer mit unbekanntem Aufenthaltsstatus», das heisst Personen, bei denen das Gericht den ausländerrechtlichen Status nicht feststellen konnte. Aus den Statistiken ist jedoch nicht ersichtlich, ob ein Strafurteil Sans-Papiers betrifft. Davon ausgegangen werden kann bei der Kategorie «Ausländer mit unbekanntem Aufenthaltsstatus» (siehe weiter unten).

Im Detail sehen die strafrechtlichen Verurteilungen für Verstösse gegen die Artikel 115–119 AIG wie folgt aus:

- 2019: 13 909 Ausländerinnen und Ausländer
- 2018: 15 226 Ausländerinnen und Ausländer
- 2017: 14 390 Ausländerinnen und Ausländer
- 2016: 15 102 Ausländerinnen und Ausländer
- 2015: 15 258 Ausländerinnen und Ausländer
- 2014: 14 498 Ausländerinnen und Ausländer
- 2013: 15 218 Ausländerinnen und Ausländer

Beim rechtswidrigen Aufenthalt nach Artikel 115 Absatz 1 Buchstabe b AIG sind die Zahlen 2019 leicht rückläufig (8550 verurteilte Personen) im Vergleich zu 2018 (9472 verurteilte Personen). Für die Ausübung einer nicht bewilligten Erwerbstätigkeit nach Artikel 115 Absatz 1 Buchstabe c AIG wurden Jahr 2716 ausländische Personen im Jahr 2019 strafrechtlich verurteilt, gegenüber 3010 im Jahr 2018.

Die Ausländerinnen und Ausländer mit «unbekanntem Status» (das Gericht konnte den ausländerrechtlichen Status der verurteilten Person nicht bestimmen), die in den letzten fünf Jahren wegen rechtswidrigen Aufenthalts (Art. 115 Abs. 1 Bst. b AIG), Ausübung einer nicht bewilligten Erwerbstätigkeit (Art. 115 Abs. 1 Bst. c AIG) oder Erleichterung des rechtswidrigen Aufenthalts (Art. 116 Abs. 1 Bst. a AIG) verurteilt wurden, sind wie folgt aufgeschlüsselt:

Jahr	Rechtswidriger Aufenthalt (Art. 115 Abs. 1 Bst. b AIG)	Ausübung einer nicht bewilligten Erwerbstätigkeit	Erleichterung der rechtswidrigen Ein- und Ausreise sowie des

¹⁷² Vgl. statistische Tabellen 2013–2019 zu den strafrechtlichen Verurteilungen «Erwachsene: Verurteilungen und verurteilte Personen für eine Straftat nach Artikeln des Ausländer- und Integrationsgesetzes (AIG)», verfügbar unter: www.bfs.admin.ch > Statistiken finden > Kriminalität und Strafrecht > Strafjustiz > Verurteilte Personen.

		(Art. 115 Abs. 1 Bst. c AIG)	rechtswidrigen Aufenthalts (Art. 116 Abs. 1 Bst. a AIG)
2019	137	89	18
2018	187	95	34
2017	185	99	17
2016	205	98	25
2015	232	108	16
2014	253	123	19
2013	263	109	20

In der Kategorie «Ausländer mit unbekanntem Aufenthaltsstatus» und bei den oben genannten Verstössen können sich auch Sans-Papiers befinden. Die Erhebungen des BFS machen hier keine Unterscheidung. Um zu bestimmen, ob ein Sans-Papiers strafrechtlich verurteilt worden ist, müssten die Strafjustizbehörden aufgefordert werden, alle ergangenen Strafurteile zu konsultieren und den Status der verurteilten Person zu prüfen. Die statistischen Erhebungen der Kantone zu den strafrechtlichen Verurteilungen erlauben es ebenfalls nicht, Sans-Papiers von anderen verurteilten Ausländerinnen und Ausländern zu unterscheiden. Die kantonalen Erhebungen unterscheiden die Art der begangenen Verstösse gegen das AIG, ohne die Staatsangehörigkeit der verurteilten Person und ihren ausländerrechtlichen Status zu nennen. Eine Rücksprache bei kantonalen Migrationsbehörden hat keine weiteren Erkenntnisse gebracht.

Aus den Antworten zum Fragenkatalog des SEM ist ersichtlich, dass die kantonalen Behörden diesbezüglich über keine genaueren Statistiken verfügen. Es besteht keine Statistik, die es ermöglicht, bei Verstössen gegen das AIG zwischen Sans-Papiers und anderen ausländischen Personen zu unterscheiden. In den Kantonen werden festgestellte Verstösse gegen das AIG durch die kantonalen Strafverfolgungsbehörden geahndet. Lediglich eine kantonale Migrationsbehörde äusserte sich kritisch gegenüber der Praxis der Strafjustiz. Sie wird insbesondere in Bezug auf die Rechtsprechung der Strafgerichte bei ausländerrechtlichen Verstössen als zu grosszügig erachtet.

12 Die Situation von Sans-Papiers in ausgewählten europäischen Staaten

Der nachfolgende Überblick basiert auf einer Umfrage des SEM zur Situation von Sans-Papiers in Belgien, Dänemark, Deutschland, Estland, Finnland, Irland, Lettland, Litauen, Luxemburg, den Niederlanden, Norwegen, Österreich, Polen, Rumänien, Schweden, Slowenien, Tschechien und der Türkei (vgl. Anhang 2). Bezüglich der besonderen Massnahmen zur Regelung des Aufenthalts in Italien und Portugal während der Gesundheitskrise im Zusammenhang mit dem Coronavirus wird auf Ziffer 3.6 verwiesen.

12.1 Schätzungen zur Anzahl der Sans-Papiers

Naturgemäss kann die Anzahl der in einem Land lebenden Sans-Papiers nur geschätzt werden. Für folgende Staaten wurden Schätzungen mitgeteilt:

<i>Finnland</i>	Mehrere Tausend, maximal rund 5000
<i>Irland</i>	Rund 26 000
<i>Niederlande</i>	Einige Zehntausend

<i>Tschechien</i>	Mindestens 1000
-------------------	-----------------

12.2 Legalisierung des Aufenthalts von Sans-Papiers

Eine kollektive Regelung oder Teilregelung des Aufenthalts von Sans-Papiers (Ziff. 13.2.1; 13.2.2) erfolgte in den letzten Jahren in Belgien, Irland, Luxemburg, den Niederlanden, Polen und Schweden.

<i>Belgien</i>	Zwischen 2009 und 2011 wurden nach Protestaktionen und Hungerstreiks verschiedene Regularisierungen durchgeführt für Personen, die bestimmte Voraussetzungen erfüllten, namentlich in Bezug auf die Integration.
<i>Irland</i>	In der Vergangenheit wurde der Aufenthalt geregelt von Eltern oder Elternteilen, deren Kinder in Irland geboren wurden, von Personen, die ursprünglich im Besitz einer Arbeitsbewilligung waren und danach unverschuldet ihre Aufenthaltsberechtigung verloren haben sowie von Studierenden, die die maximale Aufenthaltsdauer für ein Studium überschritten haben oder die aufgrund neuer Anforderungen unverschuldet die Bedingungen zum Studienaufenthalt nicht mehr erfüllen konnten.
<i>Luxemburg</i>	Im Jahr 2013 wurde erwerbstätigen Sans-Papiers aus Drittstaaten eine Aufenthaltsbewilligung erteilt.
<i>Niederlande</i>	Der Aufenthalt von Personen mit sehr langen Asylverfahren wurde einmalig geregelt. Voraussetzung dafür war ein ununterbrochener Aufenthalt von einer bestimmten Dauer sowie der Rückzug des Asylgesuchs. Darüber hinaus wurde zweimal der Aufenthalt von Asylsuchenden mit Kindern geregelt.
<i>Polen</i>	In den Jahren 2003 bis 2012 wurden drei Regularisierungen durchgeführt. Die letzte Regularisierung setzte einen ununterbrochenen Aufenthalt von rund vier Jahren voraus. Für abgewiesene Asylsuchende wurde ein kürzerer Aufenthalt von zwei Jahren vorausgesetzt, wenn das Asylgesuch bereits vor dem 1. Januar 2010 abgewiesen worden war.
<i>Schweden</i>	Es wurden drei Teilregelungen durchgeführt.

12.3 Möglichkeiten zur Regelung des Aufenthalts von Sans-Papiers

In der Mehrheit der Staaten besteht eine rechtliche Grundlage, die die Erteilung von Aufenthaltsbewilligungen an Sans-Papiers nach Prüfung des Einzelfalls oder zumindest eine Duldung ermöglicht (siehe Tabelle unten).

Die massgeblichen Kriterien sind teilweise unterschiedlich, in allen Staaten stehen jedoch humanitäre Aspekte im Vordergrund. Dazu gehören die Gesundheit, die familiären Beziehungen, die Bindungen an den Gaststaat und die Dauer des Aufenthalts sowie der Stand der Integration. Für Familien mit Kindern, unbegleitete Minderjährige sowie junge Erwachsene gelten regelmässig weniger strenge Voraussetzungen.

<i>Belgien</i>	Es kann eine Aufenthaltsbewilligung erteilt werden, wenn die betroffenen Personen ihre Identität offenlegen und besondere Umstände vorliegen. In der Praxis erhalten vor allem junge Erwachsene und Familien mit minderjährigen Kindern eine Aufenthaltsbewilligung aus humanitären Gründen.
<i>Deutschland</i>	Es kann eine Aufenthaltserlaubnis aus humanitären Gründen erteilt werden. Personen, die lediglich über eine «Duldung» verfügen und die gewisse Integrationskriterien erfüllen, haben ebenfalls die Möglichkeit, eine Aufenthaltserlaubnis zu erhalten.

<i>Finnland</i>	Es kann eine Aufenthaltsbewilligung aus humanitären Gründen erteilt werden. Als humanitäre Gründe gelten beispielsweise medizinische Gründe, das Vorliegen einer persönlichen Notlage oder enge Bindungen zu Finnland.
<i>Irland</i>	Gestützt auf die Prüfung des Einzelfalls können aus humanitären oder wirtschaftlichen Gründen Aufenthaltsbewilligungen erteilt werden.
<i>Luxemburg</i>	Die Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung in Härtefällen setzt voraus, dass die betroffenen Personen keine falschen Angaben gemacht haben, keine Gefahr für die öffentliche Sicherheit und Ordnung darstellen, sich seit mindestens vier Jahren im Land aufhalten und allfällige Massnahmen zum Vollzug der Wegweisung nicht vereitelt haben.
<i>Niederlande</i>	Personen, die sich um eine selbstständige Ausreise bemühen, aber unverschuldet keine Identitäts- und Reisedokumente von ihren heimatlichen Behörden erhalten, können eine Aufenthaltsbewilligung aus humanitären Gründen erhalten.
<i>Österreich</i>	Es kann eine Aufenthaltsberechtigung aus familiären Gründen oder aufgrund von ausserordentlichen Umständen erteilt werden. Massgebend sind insbesondere die Aufenthaltsdauer, die familiären oder privaten Beziehungen, der Integrationsgrad und das persönliche Verhalten. Ausserdem können Personen, die seit mindestens einem Jahr über eine «Duldung» verfügen, eine Aufenthaltsberechtigung erhalten.
<i>Polen</i>	Personen, die als Minderjährige eingereist sind und innerhalb eines Jahres nach Erreichen der Volljährigkeit ein Härtefallgesuch stellen, können eine Aufenthaltsbewilligung erhalten. Im Weiteren können Aufenthaltsbewilligungen aus familiären Gründen oder zum Schutz des Kindeswohls erteilt werden.

12.4 Rechtliche Stellung der Sans-Papiers

12.4.1 Zugang zur medizinischen Versorgung

Die Mehrheit der Staaten gewährt Sans-Papiers zumindest den Zugang zu einer medizinischen Notfallversorgung.

Für Deutschland bestehen nur Angaben zu Personen, die im Rahmen des Asylverfahrens weggewiesen wurden und ausreisepflichtig sind. Sie haben Zugang zur medizinischen Grundversorgung.

In Luxemburg wird der Zugang zur medizinischen Versorgung an die Bedingung geknüpft, dass die betroffenen Personen sozialversichert sind.

In Belgien, Dänemark, Finnland, Lettland, Norwegen, Schweden und Slowenien bestehen grosszügigere Regelungen für Minderjährige und vulnerable Personen. Sie haben teilweise den gleichen Zugang zur medizinischen Versorgung wie rechtmässig anwesende Ausländerinnen und Ausländer oder die eigenen Staatsangehörigen.

Demgegenüber haben Sans-Papiers in Estland grundsätzlich keinen Zugang zur medizinischen Versorgung.

12.4.2 Zugang zu Leistungen der Sozialversicherungen

Der Zugang zu Leistungen der Sozialversicherungen wird restriktiv gehandhabt. Lediglich in Irland, Luxemburg und Slowenien können Sans-Papiers unter bestimmten Voraussetzungen Sozialversicherungsleistungen in Anspruch nehmen.

In Irland und Luxemburg besteht der Zugang zu Leistungen der Sozialversicherungen nur dann, wenn die entsprechenden Beitragszahlungen geleistet wurden. In Slowenien sind die Zugangsvoraussetzungen gesetzlich näher geregelt.

Versicherte Sans-Papiers in Luxemburg und Slowenien erhalten die gleichen Leistungen wie Ausländerinnen und Ausländer mit einem Aufenthaltsrecht.

Demgegenüber haben Sans-Papiers in Belgien, Estland, Lettland, den Niederlanden, Norwegen, Österreich, Polen, Schweden und Tschechien keinen Zugang zu Leistungen der Sozialversicherungen.

12.4.3 Zugang zur Schulbildung

Eine überwiegende Mehrheit der Staaten gewährt schulpflichtigen Sans-Papiers den Zugang zur obligatorischen Schulbildung. In Litauen ist nur der Zugang von unbegleiteten minderjährigen Sans-Papiers zur obligatorischen Schulbildung und zu Programmen für die berufliche Bildung gewährleistet. Wurde eine Wegweisung angeordnet, besteht der Zugang zur obligatorischen Schulbildung in Lettland nur bis zum Ablauf der Ausreisefrist oder während der Dauer der Sistierung des Wegweisungsvollzugs.

In Irland und Luxemburg besteht auch ein Zugang zu weiterführenden Ausbildungen. In Dänemark haben Sans-Papiers Zugang zu Berufsausbildungseinrichtungen, wenn sie bei den Behörden registriert sind.

Nur in Estland haben Sans-Papiers generell keinen Zugang zu den obligatorischen oder postobligatorischen Bildungsangeboten.

12.4.4 Staatliche Unterstützung zur Deckung des Grundbedarfs

Dänemark, Deutschland, Finnland, Schweden, Slowenien und Tschechien gewähren Sans-Papiers unter gewissen Bedingungen staatliche finanzielle Unterstützung zur Deckung der wichtigsten Bedürfnisse.

In Belgien haben begleitete und unbegleitete minderjährige Sans-Papiers, die sich in einem Empfangszentrum aufhalten, Anrecht auf Sachleistungen und ein Taschengeld. Befinden sie sich an einem anderen Ort, wird die Sozialhilfe in Form von Sach- oder Geldleistungen ausgerichtet. Sie erhalten die gleichen Sozialhilfeleistungen wie rechtmässig anwesende Ausländerinnen und Ausländer sowie belgische Staatsangehörige.

In Dänemark steht der Zugang zu finanzieller staatlicher Unterstützung nur Sans-Papiers offen, die bei den Behörden registriert sind.

In Bezug auf Deutschland liegen nur Angaben vor zu Personen, die im Rahmen des Asylverfahrens weggewiesen wurden und die ausreisepflichtig sind. Sie erhalten im Rahmen einer Nothilfe Sachleistungen, die Unterbringung und Betreuung erfolgt in einem Empfangszentrum oder in einer Kollektivunterkunft. Halten sie sich nicht in staatlichen Asylstrukturen auf, erfolgt die Hilfe in Form von Geldleistungen.

Estland, Lettland, Luxemburg und die Niederlande gewähren Sans-Papiers keine staatliche Unterstützung zur Deckung des Grundbedarfs. In Belgien besteht kein Zugang zu staatlicher Unterstützung für volljährige Sans-Papiers.

12.4.5 Zugang zum Rechtssystem

In Irland, Lettland, Luxemburg, Norwegen, Polen und Tschechien haben Sans-Papiers Zugang zum Rechtssystem, ohne dass sie ihre Identität oder ihren Aufenthaltsstatus offenlegen müssen.

In Slowenien ist der entsprechende Zugang im Rahmen von Verwaltungsverfahren gewährleistet.

In Belgien ist für Anträge an die Gerichte die Angabe einer Registernummer erforderlich, über die Sans-Papiers nicht verfügen. Wird die Registernummer nicht angegeben, kann dies dazu führen, dass der rechtswidrige Aufenthalt den Behörden bekannt wird.

Auch in Estland setzt der Zugang zum Rechtssystem voraus, dass die Identität offengelegt wird.

13 Mögliche Lösungen für Sans-Papiers

Die im Postulat erörterten Themen betreffen nicht nur den Migrationsbereich im engeren Sinn, sondern auch die Bereiche Sozialversicherung, Schulbildung und Datenaustausch sowie die Praxis der Kantone und Städte im Umgang mit Sans-Papiers. Zahlreiche Bereiche fallen ausschliesslich in kantonale Zuständigkeit, und auch Gewerkschaften und Hilfswerke befassen sich mit der Thematik. In diesem Zusammenhang hat das SEM im Auftrag des EJPD eine Begleitgruppe ins Leben gerufen, der Vertreterinnen und Vertreter der Kantone, Städte und Gemeinden sowie nationaler und interkantonalen Konferenzen und verschiedener Bundesämter angehörten. Die Begleitgruppe war beauftragt, die im Postulat aufgeworfenen Fragen zu diskutieren und sich zu den vom SEM erarbeiteten Lösungen zu äussern (Ziff. 2). Ihre Stellungnahmen werden bei jedem Lösungsansatz aufgeführt. Ausserdem organisierte das SEM einen «Runden Tisch», der eine weitergehende Diskussion zur Thematik ermöglichte. Dabei wurden auch die Positionen der Gewerkschaften und Hilfswerke aufgenommen. Die entsprechenden Stellungnahmen werden ebenfalls bei den Lösungsansätzen aufgeführt (Ziff. 2).

Die Eidgenössische Migrationskommission (EKM) war am «Runden Tisch» vom 7. November 2019 nicht anwesend, da am gleichen Datum ihre Jahrestagung stattfand. Sie hat jedoch schriftlich Stellung genommen (Anhang 3). Eine schriftliche Stellungnahme liegt auch von der nationalen Plattform zu den Sans-Papiers vor, die am Runden Tisch teilgenommen hat (Anhang 4). Ihre Positionen werden unter der Stellungnahme der Mitglieder des Runden Tisches zu den einzelnen Lösungsansätzen wiedergegeben, soweit sie diese ergänzen.

13.1 Im Bereich der Sozialversicherungen

13.1.1 Ausschluss von der Krankenversicherungspflicht

Argumente für diese Lösung:

- Kohärentes Verhalten der Behörden gegenüber Sans-Papiers und kohärente Anwendung der schweizerischen Rechtsvorschriften. Somit lässt sich kein direkter oder indirekter Vorteil aus einem rechtswidrigen Aufenthalt in der Schweiz erzielen.

Argumente gegen diese Lösung:

- Für die Sans-Papiers selber: Ohne Krankenversicherung würde das Gefühl der Unsicherheit noch grösser. Das Risiko, dass ein notwendiger Arztbesuch hinausgeschoben oder darauf verzichtet wird, würde zunehmen.
- Für die allgemeine Bevölkerung: Schieben Sans-Papiers notwendige Arztbesuche hinaus, stellt dies ein Risiko in Bezug auf die Übertragung bestimmter Krankheiten auf die übrige Bevölkerung dar.
- Für die Kantone und Gemeinden: Wenn Sans-Papiers sich nicht mehr einer Krankenversicherung anschliessen können, müssten die Kantone und Gemeinden für die Kosten der medizinischen Leistungen aufkommen.
- Die Schweiz würde ihre internationalen Verpflichtungen namentlich aus dem UNO-Pakt I und der KRK in erheblichem Masse verletzen.
- Ein Ausschluss vom Versicherungsobligatorium erscheint mit Blick auf die Artikel 3, 8 und 14 EMRK sehr problematisch. Ob die Aberkennung solcher Ansprüche zulässig ist, ist im Einzelfall gestützt auf die konkreten Umstände zu beurteilen.
- Der vollständige Ausschluss der Sans-Papiers von sämtlichen Sozialversicherungen würde dem Sozialziel nach Artikel 41 Absatz 2 BV widersprechen.
- Der Ausschluss von der Versicherungspflicht wäre im Hinblick auf bestimmte verfassungsrechtliche Grundsätze problematisch (Ziff. 8.2).

Haltung des Bundesrats (Ablehnung)

Diese Lösung ist aus den oben erwähnten Gründen abzulehnen. Wie der Bundesrat im Fazit seines Berichts «Krankenversicherung und Zugang zur Gesundheitsversorgung von Sans-Papiers»¹⁷³ hervorgehoben hat, besteht die beste Lösung darin, die Versicherungspflicht der Sans-Papiers beizubehalten. Der Bundesrat hat in diesem Bericht auch festgehalten, dass der Grad der Versicherungsdeckung von Sans-Papiers erhöht werden soll und dass Sans-Papiers und andere Versicherte gleichbehandelt werden sollen. Ihr Beitritt zur obligatorischen Krankenpflegeversicherung ist zu erleichtern. Gemäss der Weisung des BSV aus dem Jahr 2002, die nach wie vor in Kraft ist, sind die Versicherer zur Aufnahme aller Personen verpflichtet, welche die rechtlichen Voraussetzungen dafür erfüllen. Diese Verpflichtung besteht unabhängig vom Aufenthaltsstatus.

Haltung der Begleitgruppe (Ablehnung)

Die Mitglieder der Begleitgruppe haben unterstrichen, dass es wichtig ist, alle Personen beim Zugang zur Gesundheitsversorgung unabhängig von ihrem Aufenthaltsstatus gleich zu behandeln. Sie haben auch festgehalten, dass die Verweigerung des Beitritts von Sans-Papiers zur Krankenversicherung nicht zu unterschätzende negative Folgen für die öffentliche Gesundheit hätte.

Haltung der Teilnehmenden des Runden Tisches (Ablehnung)

Die Teilnehmenden des Runden Tisches haben sich einstimmig für die Beibehaltung der Versicherungspflicht von Sans-Papiers ausgesprochen. Sie haben die Schwierigkeiten hervorgehoben, mit denen die Sans-Papiers konfrontiert sind und die sie von einem Versicherungsbeitrag abhalten (finanzielle Probleme oder die Befürchtung, dass sie bei den Migrationsbehörden gemeldet werden). Zudem haben sie die kantonalen Unterschiede bei der Prämienverbilligung angesprochen.

Die EKM hält in ihrer schriftlichen Stellungnahme fest: «Das Recht auf medizinische Grundversorgung ist in der Bundesverfassung verankert. Dieses Grundrecht gilt für alle Menschen, die sich in der Schweiz aufhalten. Staatlich finanzierte Anlaufstellen ausserhalb der Regelstrukturen braucht es nicht. Vielmehr muss dafür gesorgt werden, dass der Zugang zu den Regelstrukturen gewährleistet ist.»

13.1.2 Eingeschränkter Leistungskatalog der Krankenversicherung für Sans-Papiers

Sans-Papiers können sich einer Krankenversicherung anschliessen, sie haben aber nur Anspruch auf einen eingeschränkten Leistungskatalog.

Argumente für diese Lösung:

- Da Sans-Papiers nur beschränkte Leistungen in Anspruch nehmen könnten, wäre die obligatorische Krankenversicherung von der Übernahme von Leistungen, auf die kein Anspruch besteht, «entlastet». Dieser Vorteil ist zu relativieren, da Sans-Papiers wahrscheinlich eine tiefere Prämie bezahlen würden als Versicherte, die den ganzen Leistungskatalog beanspruchen können. Die reduzierten Leistungen hätten hauptsächlich zur Folge, dass die rückläufigen Prämieinnahmen kompensiert werden.

Argumente gegen diese Lösung:

- Sans-Papiers, die einer Krankenversicherung angehören, bezahlen ihre Prämien (vorbehaltlich der Prämienverbilligung) und ihre Kostenbeteiligungen selber. Daher belasten sie die Krankenversicherung nicht mehr als Versicherte mit geregelter Aufenthalt. Ein beschränkter

¹⁷³ Vgl. Bericht des Bundesrats in Erfüllung des Postulats Heim (09.3484) «Sans-Papiers. Krankenversicherung und Zugang zur Gesundheitsversorgung», verfügbar unter: www.bag.admin.ch > Strategie & Politik > Nationale Gesundheitsstrategien und Programme > Gesundheitliche Chancengleichheit > Chancengleichheit in der Gesundheitsversorgung > Gesundheitsversorgung der Sans-Papiers.

Leistungskatalog lässt sich also nicht damit rechtfertigen, dass Sans-Papiers die Krankenversicherung mehr als andere Versicherte belasten würden.

- Diese Lösung stellt eine Ungleichbehandlung aufgrund des Aufenthaltsstatus der versicherten Person dar.
- Diese Lösung könnte im Hinblick auf die internationalen Verpflichtungen der Schweiz problematisch sein (Ziff. 8.1).
- Die Leistungen des KVG-Katalogs entsprechen den Kriterien der Wirksamkeit, der Zweckmässigkeit und der Wirtschaftlichkeit. Diese Kriterien werden regelmässig überprüft. Alle KVG-Leistungen entsprechen somit einem Bedürfnis. Wenn kranken Sans-Papiers bestimmte Leistungen vorenthalten werden, besteht das Risiko, dass sie nicht mehr genesen. Sie würden so eine Gefahr für die öffentliche Gesundheit und damit auch für die Wirtschaft darstellen.

Haltung des Bundesrats (Ablehnung)

Der Bundesrat hat sich in seinen Antworten zu mehreren parlamentarischen Vorstössen gegen einen beschränkten Leistungskatalog für Sans-Papiers ausgesprochen.¹⁷⁴ Dabei hat er namentlich den Grundsatz der Gleichbehandlung bekräftigt (Art. 5 Bst. f KVAG), der jeder in der Schweiz versicherten Person, unabhängig von ihrem Aufenthaltsstatus, den gleichen Anspruch auf Übernahme der Leistungen gemäss KVG gewährleistet. Zudem würde die Umsetzung dieser Lösung auch den Schlussfolgerungen des Bundesrats in seinem Bericht «Krankenversicherung und Zugang zur Gesundheitsversorgung von Sans-Papiers»¹⁷⁵ widersprechen.

Haltung der Begleitgruppe (Ablehnung)

Die Mitglieder der Begleitgruppe haben unterstrichen, dass die Leistungen des KVG-Katalogs den Kriterien der Wirksamkeit, Zweckmässigkeit und Wirtschaftlichkeit entsprechen. Sie sind daher nicht überflüssig, und es kann nicht darauf verzichtet werden. Eine Einteilung der Leistungen in zwei Kategorien (erforderliche Leistungen, nicht erforderliche Leistungen) wäre daher sehr schwierig. Ausserdem würde ein beschränkter Leistungskatalog wahrscheinlich eine tiefere Prämie bedeuten. Die Prämienberechnung für den beschränkten Leistungskatalog wäre jedoch äusserst kompliziert.

Haltung der Teilnehmenden des Runden Tisches (Ablehnung)

Die Teilnehmenden des Runden Tisches haben sich einstimmig für die Beibehaltung des ganzen Leistungskatalogs für Sans-Papiers ausgesprochen.

13.1.3 Ausschluss von der Unfallversicherungspflicht und Leistungen der Unfallversicherung

Argument für diese Lösung:

- Kohärente Anwendung der schweizerischen Gesetzgebung und kohärentes Verhalten der Behörden gegenüber Sans-Papiers. Aus einem rechtswidrigen Aufenthalt in der Schweiz lässt sich kein direkter oder indirekter Vorteil erzielen.

Argumente gegen diese Lösung:

- Die Gesetzgebung im Bereich der Unfallversicherung hat nie unterschieden zwischen Arbeitnehmenden mit regulärem Aufenthaltsstatus und Sans-Papiers; das Gleiche gilt im

¹⁷⁴ Vgl. Motion Groupe UDC (12.3820) «Nothilfebezüger nicht mehr bei einer Krankenkasse versichern», abgelehnt; Motion Flückiger-Bäni (17.3535) «Eine «Krankenversicherung light» für Personen mit ungeklärtem Aufenthaltsrecht», abgeschrieben; Motion Herzog (19.3035) «Eine «Krankenversicherung light» für Personen mit ungeklärtem Aufenthaltsrecht», noch nicht behandelt.

¹⁷⁵ Vgl. Bericht des Bundesrats in Erfüllung des Postulats Heim (09.3484) «Sans-Papiers. Krankenversicherung und Zugang zur Gesundheitsversorgung», verfügbar unter: www.bag.admin.ch > Strategie & Politik > Nationale Gesundheitsstrategien und Programme > Gesundheitliche Chancengleichheit > Chancengleichheit in der Gesundheitsversorgung > Gesundheitsversorgung der Sans-Papiers.

Übrigen für die Rechtsprechung. Eine Aufhebung der Ansprüche von Personen ohne Aufenthaltsstatus würde dem eigentlichen Prinzip der Unfallversicherung widersprechen. Deren Aufgabe besteht darin, die in der Schweiz beschäftigten Arbeitnehmenden vor den gesundheitlichen und wirtschaftlichen Folgen von Berufs- und Nichtberufsunfällen oder Berufskrankheiten zu schützen.

- Die Unfallversicherung versteht sich als Weiterführung der zivilrechtlichen Haftung des Arbeitgebers. Wenn Personen ohne ausländerrechtliche Bewilligung vom Kreis der Versicherten ausgeschlossen werden, obwohl sie den gleichen Risiken ausgesetzt sind wie Arbeitnehmende mit einem geregelten Aufenthalt, würde dies eine Ungleichbehandlung bedeuten.
- Arbeitnehmende ohne ausländerrechtliche Bewilligung, die nicht gegen Unfall versichert sind, würden ihre Leistungen für Arbeitgebende erbringen, die für sie keine Versicherungsprämien bezahlen müssten.
- Zudem würden unfallbedingte Kosten über die Sozialhilfe auf die Gemeinden überwältigt. Die Problematik wäre also keineswegs gelöst.
- Die Schweiz würde ihre internationalen Verpflichtungen namentlich aus dem UNO-Pakt I und der KRK in erheblichem Mass verletzen.
- Ein Ausschluss vom Versicherungsobligatorium erscheint mit Blick auf die Artikel 3, 8 und 14 EMRK sehr problematisch. Ob die Aberkennung solcher Ansprüche zulässig ist, ist im Einzelfall gestützt auf die konkreten Umstände zu beurteilen.
- Der gänzliche Ausschluss der Sans-Papiers von sämtlichen Sozialversicherungen würde dem Sozialziel nach Artikel 41 Absatz 2 BV widersprechen.
- Der Ausschluss von der Versicherungspflicht wäre im Hinblick auf gewisse verfassungsrechtliche Grundsätze problematisch (Ziff. 8.2).

Haltung des Bundesrats (Ablehnung)

Diese Lösung ist aus den oben genannten Gründen abzulehnen. Der Bundesrat befürwortet den Status quo.

Haltung der Begleitgruppe (Ablehnung)

Die Mitglieder der Begleitgruppe haben betont, dass es wichtig ist, in diesem Bereich alle Personen unabhängig von ihrem Aufenthaltsstatus gleich zu behandeln. Eine Unterscheidung zwischen rechtmässig beschäftigten Arbeitnehmenden und Arbeitnehmenden ohne ausländerrechtliche Bewilligung in Bezug auf die Kranken- und Unfallversicherungspflicht sei schwer nachvollziehbar, da sie im Alltag den gleichen Risiken ausgesetzt sind.

Haltung der Teilnehmenden des Runden Tisches (Ablehnung)

Die Teilnehmenden des Runden Tisches haben sich ebenfalls für die Beibehaltung der UVG-Deckung für Sans-Papiers ausgesprochen. Sie bestehen auf einer Gleichbehandlung aller Arbeitnehmenden unabhängig davon, ob sie eine ausländerrechtliche Bewilligung besitzen oder nicht. Sie haben zudem festgehalten, dass eine Aufhebung dieser Versicherungsdeckung kein Problem löst und die Situation von Sans-Papiers noch weiter verschlechtern würde.

Die EKM hält in ihrer schriftlichen Stellungnahme fest: «Ein Ausschluss von Sans-Papiers macht keinen Sinn. Wenn Sans-Papiers, die nicht kranken- und unfallversichert sind, Leistungen beziehen, werden die anfallenden Kosten auf die Allgemeinheit abgewälzt. Statt Sans-Papiers auszuschliessen, sollte sichergestellt werden, dass sie bei bescheidenem Einkommen in den Genuss von Prämienreduktionen kommen und sie in der Lage sind, die stetig steigenden Prämien regelmässig zu bezahlen.»

13.1.4 Ausschluss vom Versicherungsobligatorium bei AHV/IV/EO/Familienzulagen

Das Versicherungsobligatorium nach dem AHVG gilt für die AHV, die IV, die EO sowie die Familienzulagen und erfasst unabhängig vom ausländerrechtlichen Status alle Personen mit Wohnsitz oder Erwerbstätigkeit in der Schweiz, einschliesslich der Sans-Papiers (Art. 112 Abs. 2 Bst. a BV und Art. 1a Abs. 1 Bst. a und b AHVG). Mit einem generellen Ausschluss vom Versicherungsobligatorium AHV/IV/EO/Familienzulagen würden Sans-Papiers von der Pflicht befreit, AHV/IV/EO-Beiträge bezahlen zu müssen.

Argumente für diese Lösung:

- Sans-Papiers sind heute unter Umständen zum Bezug von Leistungen dieser Versicherungen oder allenfalls zur Rückerstattung der einbezahlten AHV-Beiträge berechtigt, wenn sie die Schweiz verlassen müssen. Die Rückerstattung der Beiträge ist teilweise mit einem grossen administrativen Aufwand verbunden. Bei einem generellen Versicherungsausschluss würde dieser Aufwand wegfallen.
- Ein Sozialversicherungsausschluss von Sans-Papiers würde nicht gegen das Gleichbehandlungsgebot oder den Grundsatz der Gleichbehandlung von Konkurrenten verstossen, solange die Beschäftigung von Sans-Papiers strafbar ist (Art. 117 AIG) und die Strafe in allen Fällen, von denen die Behörden Kenntnis erhalten, systematisch ausgesprochen wird.

Argumente gegen diese Lösung:

- Die Schweiz würde ihre internationalen Verpflichtungen namentlich aus dem UNO-Pakt I und der KRK in erheblichem Masse verletzen.
- Ein Ausschluss vom Versicherungsobligatorium erscheint mit Blick auf die Artikel 3, 8 und 14 EMRK sehr problematisch. Ob die Aberkennung solcher Ansprüche zulässig ist, ist im Einzelfall gestützt auf die konkreten Umstände zu beurteilen. Insbesondere die Aberkennung solcher Ansprüche gegenüber Personen, die Beiträge in Sozialversicherungen eingezahlt haben, ist äusserst problematisch.¹⁷⁶ Die Aberkennung der Rechtsansprüche muss in jedem Fall auf objektiven und vernünftigen Gründen beruhen. Sie muss einen legitimen Zweck verfolgen und verhältnismässig sein. Zudem darf sie nicht zu einer existenzbedrohenden Situation führen. Eine allgemeine Aberkennung für alle Personen ohne regulären Status würde diese Voraussetzungen kaum erfüllen.
- Der gänzliche Ausschluss der Sans-Papiers würde den Ermessensspielraum nach Artikel 112 BV überschreiten.
- Der gänzliche Ausschluss der Sans-Papiers von sämtlichen Sozialversicherungen würde dem Sozialziel nach Artikel 41 Absatz 2 BV widersprechen.
- Für zuvor versicherte Personen könnte der Ausschluss Grundrechte verletzen, die auch für Sans-Papiers gelten (z. B. Gleichbehandlung, Willkürverbot, Eigentumsgarantie). Die Verfassungsmässigkeit einer Ausschlussmassnahme müsste daher vertieft geprüft werden gemäss den Modalitäten der betreffenden Sozialversicherungen.
- Der Ausschluss von der Versicherungspflicht wäre im Hinblick auf gewisse verfassungsrechtliche Grundsätze problematisch (siehe Ziff. 8.2).
- Sans-Papiers könnten keine Leistungsansprüche der AHV/IV/Familienzulagen mehr erwerben.
- Bei späterer Regulierung des Aufenthaltsstatus würden Beitragslücken aus früheren Jahren auftreten, in denen die Person dem Versicherungsobligatorium nicht unterstellt gewesen wäre und somit gar keine Möglichkeit gehabt hätte, Beiträge zu leisten. Beitragslücken wirken sich negativ auf die Höhe der AHV- oder IV-Leistung aus.

¹⁷⁶ Die Leistung von Beiträgen ist insbesondere bei der Rechtfertigung einer ungleichen Behandlung von Bedeutung. Siehe EGMR, Belli und Arquier-Martinez gegen die Schweiz, Fn. 72, § 103.

- Ein Ausschluss vom Versicherungsobligatorium würde die Attraktivität von rechtswidriger Beschäftigung steigern, da die Arbeitgebenden keine Sozialversicherungsbeiträge mehr für diese Personengruppe entrichten müssten und damit bei einer Kontrolle auch keine rückwirkende Erhebung (zuzüglich Verzugszinsen und Strafzuschläge) zu befürchten hätten.
- Das Gemeinwesen (Bund, Kantone und Gemeinden) müsste allenfalls nichtversicherte Kosten tragen (Nothilfe).

Haltung des Bundesrats (Ablehnung)

Der Bundesrat ist der Ansicht, dass die aufgeführten Argumente gegen eine solche Lösung überwiegen. Ein allgemeiner Sozialversicherungsausschluss von Sans-Papiers würde zu einer ungerechtfertigten Ungleichbehandlung führen.

Haltung der Begleitgruppe (Ablehnung)

In Anbetracht der Gründe, die gegen eine solche Lösung sprechen, ist die Begleitgruppe ebenfalls der Ansicht, dass am Versicherungsobligatorium und an der Beitragspflicht der Sans-Papiers festgehalten werden muss.

Haltung der Teilnehmenden des Runden Tisches (Ablehnung)

Die Teilnehmenden des Runden Tisches sprechen sich einstimmig gegen einen Ausschluss der Sans-Papiers vom Versicherungsobligatorium aus, denn ein solcher Ausschluss könnte je nach Umständen zusätzliche Kosten für die Kantone und Gemeinden nach sich ziehen. Die Teilnehmenden unterstreichen, dass das heutige System auf jeden Fall beizubehalten ist.

Die nationale Plattform zu den Sans-Papiers hält in ihrer schriftlichen Stellungnahme fest, dass ein Ausschluss von den Sozialversicherungen die Situation der Sans-Papiers weiter verschlechtern und Schwarzarbeit fördern würde. Zudem würde ein Ausschluss von Sans-Papiers, die im Hauswirtschaftsbereich arbeiten, den Grundsätzen des Übereinkommens Nr. 189 über menschenwürdige Arbeit für Hausangestellte der Internationalen Arbeitsorganisation (IAO) widersprechen. Dieses Übereinkommen hat die Schweiz im Jahr 2014 ratifiziert (SR 0.822.728.9); es ist 2015 in Kraft getreten. Es verlangt namentlich, dass alle in dieser Branche Beschäftigten gleich behandelt werden.

Die EKM hält in ihrer schriftlichen Stellungnahme fest: «Eine Ausnahme vom Versicherungsobligatorium würde die Attraktivität von Schwarzarbeit erhöhen: Arbeitgeber müssten keine Sozialversicherungsbeiträge entrichten und hätten bei einer Kontrolle keine rückwirkende Erhebung von Beiträgen zu befürchten. Statt dass das Gemeinwesen in den Genuss der geleisteten Sozialversicherungsbeiträge käme, müsste es die nicht versicherten Kosten tragen.»

13.1.5 Verzicht auf Einreichung von Dokumenten für den Leistungsbezug von AHV/IV/EO/Familienzulagen

Der Aufenthaltsstatus spielt für den Leistungsbezug in der AHV und IV zwar keine Rolle. Für die Anmeldung der Leistungen müssen Sans-Papiers aber Dokumente zur Prüfung der Anspruchsvoraussetzungen vorlegen. Ebenfalls erforderlich sind Dokumente, die zur Berechnung der Höhe der Leistung notwendig sind (Angaben über Aufenthaltsdauer, Erwerbstätigkeit, Zivilstand, Kinder usw.). Die betroffenen Personen verfügen teilweise nicht die erforderlichen Dokumente oder sie wollen sie nicht vorlegen. Aus diesen Gründen vermeiden sie den Kontakt zu den Behörden und melden sich nicht für Leistungen an, auch wenn sie früher – allenfalls auch mit einem geregelten Aufenthalt – Beiträge bezahlt haben.

Argumente für diese Lösung:

- Sans-Papiers wären weiterhin zum Leistungsbezug oder, sofern sie die Schweiz definitiv verlassen, zur Rückerstattung der einbezahlten AHV-Beiträge berechtigt.

- Sie würden sich allenfalls vermehrt für einen Leistungsbezug anmelden, auf den sie Anspruch haben, wenn sie keine Dokumente mit näheren Auskünften zu ihrer Person vorlegen müssten.

Argumente gegen diese Lösung:

- Die entsprechenden Dokumente werden für die Prüfung benötigt, ob die betreffende Person tatsächlich Anspruch auf die Leistung hat, und um die Höhe der allfälligen Leistung zu berechnen.
- Im Hinblick auf eine Gleichbehandlung müssen alle Antragsteller die benötigten Dokumente vorlegen. Eine Ausnahme ist nicht gerechtfertigt.

Haltung des Bundesrats (Ablehnung)

Der Bundesrat ist der Ansicht, dass die Argumente gegen eine solche Lösung überwiegen. Für die Sicherstellung einer korrekten Bearbeitung der Gesuche ist es wichtig, dass die zuständigen Stellen einen Zugang zu allen benötigten Dokumenten haben.

Haltung der Begleitgruppe (Ablehnung)

Die Begleitgruppe ist angesichts der Argumente gegen eine solche Lösung der Auffassung, dass sie die Problematik des rechtswidrigen Aufenthalts in diesem Bereich nicht zu lösen vermag.

Haltung der Teilnehmenden des Runden Tisches (Ablehnung)

Die Teilnehmenden des Runden Tisches sind der Ansicht, dass der Zugang zu den Sozialversicherungen nicht geändert werden sollte. Nach ihrer Meinung ist es zudem nicht Aufgabe der Sozialversicherungen, sich mit dem Aufenthaltsstatus der versicherten Person zu befassen.

13.2 Im Bereich der Aufenthaltsregelung

13.2.1 Einleitung

Die geprüften Lösungen in diesem Bereich widerspiegeln namentlich die parlamentarischen Vorstösse der letzten Jahre und die aktuellen Diskussionen. Die schriftlichen Stellungnahmen der EKM und der nationalen Plattform zu den Sans-Papiers (Anhänge 3 und 4) werden jeweils am Schluss der Stellungnahme der Teilnehmenden des Runden Tisches aufgeführt, wenn sie diese Stellungnahme ergänzen.

Weitere Themen im Zusammenhang mit den Sans-Papiers

City-Card

Die Thematik der City-Card wird in Ziffer 6.3 erörtert. Solche Ausweise stellen keine Lösung für die Aufenthaltsregelung von Personen dar, die sich rechtswidrig in der Schweiz aufhalten. Gemäss der Bundesverfassung (Art. 121 BV) ist die Gesetzgebung über die Ein- und Ausreise, den Aufenthalt und die Niederlassung von Ausländerinnen und Ausländern sowie die Gewährung von Asyl Sache des Bundes. Die Zulassungsvoraussetzungen und der Aufenthalt werden durch das Bundesrecht geregelt. Der Bund sorgt für eine einheitliche Anwendung des Bundesrechts, und die Kantone sind für den Vollzug in ihrem Bereich zuständig. Das AIG sieht vor, dass Ausländerinnen und Ausländer mit der ausländerrechtlichen Bewilligung in der Regel auch einen entsprechenden Ausweis erhalten (Art. 41 AIG). Die Gemeinden und Kantone sind daher nicht berechtigt, den Aufenthalt der Sans-Papiers mit einem eigenen Ausweis zu regeln. Sie wären rechtlich nicht verbindlich und würden den Aufenthalt der betreffenden Personen somit nicht legalisieren.

Diese Thematik wurde in der Begleitgruppe und mit den Teilnehmenden des Runden Tisches ebenfalls erörtert. Dabei haben sie von den Absichten des Zürcher Projekts (Züri City Card) Kenntnis genommen. Die Teilnehmenden des Runden Tisches sprechen sich mehrheitlich für das Prinzip einer City-Card oder einer «Urban Citizenship» aus, die auch Sans-Papiers offenstehen würde. Sie halten diese Frage für prüfenswert.

Die EKM erachtet in ihrer schriftlichen Stellungnahme eine City-Card, wie sie in Zürich und Bern diskutiert werden, als ungenügend. Diese beiden Städte möchten allen Einwohnerinnen und Einwohnern unabhängig vom Aufenthaltsstatus einen Ausweis ausstellen und ihnen so die Teilhabe am gesellschaftlichen Leben und den Zugang zu grundlegenden Dienstleistungen in der Stadt ermöglichen. Deren Gültigkeit würde sich nämlich auf das Gebiet der Stadt beschränken und hätte keine Wirkung auf kantonaler und gesamtschweizerischer Ebene. Die EKM erwähnt auch das Beispiel des Kantons Waadt, der nothilfebeziehenden Personen eine Bescheinigung ausstellt, die von der Polizei akzeptiert wird und die die Betroffenen vor einer (wiederholten) Anzeige wegen rechtswidrigen Aufenthalts schützt. Die EKM empfiehlt in ihrem Bericht zu ausländischen Personen, die aus dem Asylsystem ausscheiden (Ziff. 3), die Ausstellung einer solchen Karte für alle Personen mit einem Bezug von Nothilfe.

Schaffung eines Kontingents für die Zulassung von beruflich nicht oder nur gering qualifizierten Arbeitnehmenden aus Drittstaaten

Das heutige Zulassungssystem sieht nur die Zulassung von beruflich qualifizierten Arbeitskräften aus Drittstaaten vor. Sie unterstehen zudem jährlichen Höchstzahlen (Kontingenten), die durch den Bundesrat festgelegt werden. Sans-Papiers sind in der Regel in Branchen tätig, in denen Arbeitskräfte ohne oder nur mit einer geringen beruflichen Qualifikation benötigt werden (Bau, Hauswirtschaft, Hotellerie, Ziff. 3.2). Die Möglichkeit einer Schaffung eines Kontingents für die Zulassung auch von beruflich nicht oder nur gering qualifizierten Drittstaatsangehörigen wurde vor allem am «Runden Tisch» erörtert.

Die Begleitgruppe steht dieser Lösung skeptisch gegenüber. Ein Mitglied der Begleitgruppe hat betont, dass ein solches Kontingent zu einem Pull-Effekt führen könnte und wohl politisch umstritten wäre. Es sei auch schwer vorstellbar, dass rechtswidrig in der Schweiz anwesende Drittstaatsangehörige nachträglich eine Aufenthaltsbewilligung erhalten könnten, die ihnen eine rechtmässige Erwerbstätigkeit ermöglicht.

Für die Teilnehmenden des Runden Tisches ist dies hingegen ein interessanter und prüfenswerter Lösungsansatz. Die Mehrheit ist sich hier einig, dass die bereits in der Schweiz lebenden Sans-Papiers Vorrang haben müssten. Allfällige Kontingente sollten zunächst für diese Personen verwendet werden.

Die EKM hält in ihrer schriftlichen Stellungnahme fest, dass regularisierte Sans-Papiers den kantonalen Kontingenten nicht angerechnet werden sollen. In Bezug auf die Regularisierung sollten sie wie andere Ausländerinnen und Ausländer behandelt werden, die mit einer Aufenthaltsbewilligung in der Schweiz leben. Die nationale Plattform zu den Sans-Papiers erachtet in ihrer schriftlichen Stellungnahme hingegen Kontingente als eine pragmatische Lösung. Eine derartige Massnahme komme aber nur in Frage, wenn bei der Implementierung eines Sonderkontingents die Regularisierung der bereits in der Schweiz wohnhaften Sans-Papiers priorisiert würde oder diese Bevölkerungsgruppe zuvor mit einem spezifischen Regularisierungsprogramm eingegliedert werden könnte. Nach der Auffassung der Plattform könnte der Bundesrat die bestehende Zulassungsregelung für Personen aus Drittstaaten auch so ändern, dass der Bedarf an Arbeitskräften im Haushalt, im Baugewerbe, in der Gastronomie oder der Landwirtschaft gedeckt werden kann.

Empfehlungen der EKM für ausländische Personen, die aus dem Asylsystem ausscheiden

Im Dezember 2019 hat die EKM sieben Empfehlungen veröffentlicht¹⁷⁷ zur Verbesserung der Praxis der Kantone bei abgewiesenen Asylsuchenden, die einen rechtskräftigen Wegweisungsentscheid erhalten haben und sich rechtswidrig in der Schweiz aufhalten (Ziff. 3.2.1). Die Empfehlungen sollen zudem die Unsicherheit eines nicht geregelten Aufenthalts verringern, namentlich durch eine flexiblere Prüfung einer vorläufigen Aufnahme oder der Voraussetzungen für die Erteilung einer

¹⁷⁷ Vgl. Bericht und Empfehlungen der Eidgenössischen Migrationskommission «Personen, die aus dem Asylsystem ausscheiden: Profile, (Aus-)Wege, Perspektiven», Dezember 2019, verfügbar unter: www.ekm.admin.ch > Publikationen > Studien > Personen, die aus dem Asylsystem ausscheiden.

Härtefallbewilligung (Art. 14 Abs. 2 AsylG). Zudem kann der Abschluss einer beruflichen Ausbildung oder der Zugang zu einer kurzfristigen Erwerbstätigkeit ermöglicht werden. Eine Empfehlung bezieht sich auf die Ausstellung eines besonderen Ausweises, wie dies im Kanton Waadt vorgesehen ist. Damit werden Personen, die Nothilfe beziehen, als «registriert» ausgewiesen und sie werden bei einer Personenkontrolle nicht wegen des rechtswidrigen Aufenthalts gebüsst.

Der Bundesrat hat in seiner Antwort auf die Interpellation Quadri (19.4545) « Missachtung des Gesetzes und des Volkswillens. Die Eidgenössische Migrationskommission will den illegalen Aufenthalt von abgewiesenen Asylsuchenden legalisieren » (erledigt am 19. Juni 2020) zur Ausstellung eines solchen Ausweises Stellung genommen. Eine glaubwürdige und konsequente Asylpolitik voraus, dass rechtskräftig abgewiesene Asylsuchende die Schweiz auch tatsächlich verlassen. Die Empfehlung der EKM widerspricht diesem Grundsatz. Gemäss dieser Empfehlung soll für Personen mit Nothilfe ein Ausweis ausgestellt werden, der sie als «registriert» ausweist. Bei einer Personenkontrolle sollen sie damit nicht wegen des rechtswidrigen Aufenthalts gebüsst werden. Zudem legt Artikel 41 Absatz 1 des AIG fest, dass Ausländerinnen und Ausländer mit der ausländerrechtlichen Bewilligung in der Regel auch einen Ausweis erhalten, in dem die Bewilligungsart aufgeführt wird. Asylsuchende einen Ausweis N und sie können sich bis zum Abschluss des Verfahrens in der Schweiz aufhalten. Nach einem rechtskräftigen negativen Asylentscheid wird ihnen dieser Ausweis entzogen und sie müssen die Schweiz verlassen. Die Ausstellung einer Bestätigung gemäss der Empfehlung der EKM kommt einer generellen Regelung des Aufenthalts für alle rechtskräftig abgewiesenen Asylsuchenden gleich. Eine solche Lösung würde zu einer Zunahme von unbegründeten Asylgesuchen in der Schweiz führen und die Bereitschaft abgewiesener Asylsuchender zur freiwilligen Ausreise erheblich schmälern. Zudem würde dies zu einer ungerechtfertigten Besserstellung von abgewiesenen Asylsuchenden gegenüber anderen ausländischen Personen mit einer Wegweisung führen. Der Bundesrat lehnt diesen Vorschlag daher ab.

Ein Teil der weiteren Empfehlungen der EKM überschneidet sich mit den Lösungen, die nachfolgend erläutert werden. Die Meinungen dazu werden dort ebenfalls aufgeführt.

13.2.2 Kollektive Regularisierung

Mit der kollektiven Regularisierung soll der Aufenthalt aller Sans-Papiers geregelt werden, die zu einem bestimmten Zeitpunkt in der Schweiz leben. Voraussetzung dafür ist die Einhaltung bestimmter Bedingungen wie die Dauer der Anwesenheit in der Schweiz, keine Vorstrafen (mit Ausnahme des rechtswidrigen Aufenthalts und der Erwerbstätigkeit ohne Bewilligung), eine gute Integration, keine Schulden sowie eine bezahlte und stabile Beschäftigung (Schwarzarbeit). Diese Lösung umfasst keinen Entscheid über eine strafrechtliche Amnestie, bei der den betroffenen Personen der bisherige rechtswidrige Aufenthalt und die rechtswidrige Erwerbstätigkeit nicht zur Last gelegt wird. Sie beinhaltet auch keine Amnestie bezüglich der Bezahlung von Sozialversicherungsbeiträgen, die entsprechenden Pflichten würden weiterhin bestehen und ihre Nichteinhaltung bestraft.

Argumente für diese Lösung:

- Sie ermöglicht es, zu einem bestimmten Zeitpunkt und für einen bestimmten Zeitraum die Anzahl ausländischer Personen mit rechtswidrigem Aufenthalt in der Schweiz zu verringern.
- Eine solche Massnahme ist nur gerechtfertigt, wenn sie mit einer Änderung der Migrationspolitik im Sinne einer verschärften Praxis gegenüber rechtswidrig anwesenden ausländischen Personen einhergeht.

Argumente gegen diese Lösung:

- Die Massnahme vermag das Problem des rechtswidrigen Aufenthalts nur teilweise und nicht endgültig zu regeln.
- Neue Sans-Papiers werden die Personen mit einem geregelten Aufenthalt ersetzen, die eine Stelle mit besseren Arbeitsbedingungen suchen (Pull-Effekt).

- Eine kollektive Regularisierung würde einer kohärenten Migrationspolitik widersprechen. Sie würde daher Ausländerinnen und Ausländer dazu veranlassen, die geltenden rechtlichen Bestimmungen zu umgehen, um später bei einer allenfalls möglichen erneuten kollektiven Regularisierung eine Aufenthaltsbewilligung zu erwirken.
- Eine solche Massnahme würde sich nicht auf den Anschluss an die Sozialversicherungen und die Ausrichtung entsprechender Leistungen auswirken, denn die entsprechenden Pflichten würden bestehen bleiben und ihre Nichteinhaltung würde weiterhin bestraft. Auch die rechtswidrige Erwerbstätigkeit und der rechtswidrige Aufenthalt wären weiterhin strafbar.

Haltung des Bundesrats (Ablehnung)

Nach Ansicht des Bundesrats überwiegen die Argumente gegen eine solche Lösung.

Die schweizerische Asylpolitik und die gesetzlichen Bestimmungen über die Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung bei schwerwiegenden persönlichen Härtefällen tragen den humanitären Aspekten bereits Rechnung. Eine kollektive Regularisierung hätte zur Folge, dass die Missachtung der ausländerrechtlichen Vorschriften belohnt würde. Damit würde eine Erwartungshaltung erzeugt, die zu weiteren kollektiven Regularisierungen führen dürfte. Ein solches Vorgehen würde zudem im Widerspruch zum Konzept des heutigen dualen Zulassungssystems stehen. Bisher haben sich sowohl das Parlament als auch der Bundesrat gegen ein solches Vorgehen ausgesprochen (siehe Ziff. 3.5 zu den abgelehnten parlamentarischen Vorstössen).

Haltung der Begleitgruppe (Ablehnung)

Angesichts der Argumente gegen ein solches Vorgehen teilt die Begleitgruppe die Auffassung des Bundesrats. Eine solche Massnahme würde nicht zur Lösung des Problems der rechtswidrigen Aufenthalte beitragen. Die Mitglieder der Begleitgruppe haben keine über diese allgemeine Würdigung hinausgehende Anmerkungen vorgebracht.

Haltung der Teilnehmenden des Runden Tisches (Ablehnung)

Eine kollektive und weitgehend bedingungslose Regularisierung wird von der Mehrheit der Teilnehmenden des Runden Tisches nicht als realistische und politisch tragbare Lösung erachtet. Sie würde zudem Gesetzesänderungen bedingen. Diese Ansicht teilt auch die EKM in ihrer schriftlichen Stellungnahme. Die nationale Plattform zu den Sans-Papiers hat sich demgegenüber in ihrer schriftlichen Stellungnahme für Regularisierungsprogramme ausgesprochen.

13.2.3 Teilregularisierung

Die kollektive Regularisierung umfasst alle Gruppen von Sans-Papiers, die sich zu einem bestimmten Zeitpunkt rechtswidrig in der Schweiz aufhalten. Im Gegensatz dazu beschränkt sich die Teilregularisierung auf eine bestimmte Gruppe, die unter gewissen Bedingungen ausländerrechtlich geregelt werden kann. Sie könnte sich beispielsweise auf Familien mit Kindern beschränken. Zudem müssten die unter Ziffer 13.2.2 genannten allgemeinen Voraussetzungen (gute Integration, keine Schulden usw.) ebenfalls erfüllt sein. Für alleinstehende Sans-Papiers, Konkubinatspartner oder Ehepaare ohne Kinder würden bei der Erteilung einer Härtefallbewilligung weiterhin die allgemeinen ausländerrechtlichen Regelungen zur Anwendung kommen. Auch diese Lösung wäre nicht mit einer strafrechtlichen Amnestie oder einer Amnestie bezüglich der Nichtbezahlung von Sozialversicherungsbeiträgen verbunden. Der rechtswidrige Aufenthalt und die Erwerbstätigkeit ohne Bewilligung würden weiterhin bestraft.

Argumente für diese Lösung:

- Die in Ziffer 13.2.1 enthaltenen Argumente für eine kollektive Regularisierung gelten auch hier. Mit einer Teilregularisierung könnte zudem gezielt gegen die prekären Verhältnisse in bestimmten Bereichen (Arbeit, Wohnung usw.) von besonders betroffenen Sans-Papiers vorgegangen werden.

Argumente gegen diese Lösung:

- Die in Ziffer 13.2.1 genannten Argumente gegen eine kollektive Regularisierung können hier übernommen werden. Eine Teilregularisierung beispielsweise von Familien mit Kindern könnte dazu führen, dass die Sans-Papiers den Nachzug ihrer Familienangehörigen dazu nutzen, bessere Bedingungen für eine Aufenthaltsregelung zu schaffen.

Haltung des Bundesrats (Ablehnung)

Der Bundesrat ist der Ansicht, dass das geltende Recht bereits den notwendigen Handlungsspielraum enthält, um bei der Prüfung der Gesuche den humanitären Anliegen zum Beispiel bezüglich der besonderen Situation von Familien Rechnung tragen zu können. Er hat im Rahmen verschiedener parlamentarischer Vorstösse zu diesem Thema (Ziff. 3.5) wiederholt dargelegt, dass eine individuelle Prüfung der Gesuche wegen ihrer Einzelfallgerechtigkeit vorzuziehen sei.

Bei der Ausarbeitung und der Beratung des AIG sind der Bundesrat, die Kantone und eine grosse Mehrheit des Parlaments zum Ergebnis gelangt, dass eine kollektive Regularisierung oder eine Teilregularisierung für Personen ohne Aufenthaltsbewilligung nicht zielführend ist. So hat der Ständerat zum Beispiel eine Regelung im AIG abgelehnt, die eine generelle Regularisierung des Aufenthalts von Sans-Papiers nach einem Aufenthalt in der Schweiz von mehr als vier Jahren vorsah. Das AIG wurde vom Volk in der Abstimmung vom 24. September 2006 von einer grossen Mehrheit der Stimmbevölkerung angenommen. Es trat am 1. Januar 2008 in Kraft.

Bei den Beratungen zum Bundesgesetz über Massnahmen zur Bekämpfung der Schwarzarbeit (BGSA; AB 2004 N 1203) lehnte der Nationalrat eine generelle Regularisierung der rechtswidrig anwesenden Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer nach einem Aufenthalt von einem Jahr ab. Es wurde darauf hingewiesen, dass eine solche Regelung die rechtswidrige Einwanderung fördern und eine Belohnung des rechtswidrigen Aufenthalts darstellen würde.

Der Bundesrat ist darüber hinaus der Ansicht, dass auch eine solche Teilregularisierung das Problem der Sans-Papiers nicht langfristig zu lösen vermag.

Haltung der Begleitgruppe (teilweise Ablehnung)

Aus dem Protokoll der letzten Sitzung der Begleitgruppe geht hervor, dass eine Teilregularisierung nach Ansicht der Mitglieder keine angemessene Antwort auf die Herausforderungen im Zusammenhang mit den Sans-Papiers darstellt.

Die SKOS und die SODK haben in ihren schriftlichen Stellungnahmen (Ziff. 2) die Ansicht geäussert, dass im Hinblick auf die Erfahrungen mit der Operation Papyrus in Genf die Möglichkeiten einer Teilregularisierung geprüft werden sollten. Die SODK sieht diese Einschätzung durch die neuen Erfahrungen mit der Gesundheitskrise im Zusammenhang mit dem Coronavirus bestätigt. Der SSV hält in seiner schriftlichen Stellungnahme fest, dass die Ablehnung dieser Lösung durch die Begleitgruppe nicht in der notwendigen Ausführlichkeit diskutiert wurde. Er möchte diesen Vorschlag deshalb nicht undifferenziert ablehnen.

Haltung der Teilnehmenden des Runden Tisches (zu prüfende Massnahme)

Im Gegensatz zur kollektiven Regularisierung erachten die Teilnehmenden eine Teilregularisierung bestimmter Gruppen von Sans-Papiers als prüfenswert, sofern die entsprechenden Kriterien von Anfang an klar bestimmt sind. Dabei haben sich die Teilnehmenden auf die Erfahrungen in Genf bezogen (Operation Papyrus, Ziff. 5). Bei diesem Projekt zeigten die Genfer Politikerinnen und Politiker sowie die kantonalen Behörden eine gewisse Bereitschaft, unterschiedliche Modelle für eine Regularisierung zu entwickeln.

Die EKM unterstreicht in ihrer schriftlichen Stellungnahme, dass eine (Teil-)Amnestie eine mögliche Lösung sein könne. Es seien jedoch formelle Kriterien zu definieren, die erfüllt sein müssten, um ein Gesuch um Regularisierung stellen zu können. Zudem müssten materielle Kriterien für die Prüfung von Einzelfällen festgelegt werden. Die EKM verweist ebenfalls auf die Erfahrungen in Genf und

hält fest, dass das Migrationsamt des Kantons Zürich ein Pilotprojekt «Systematische Überprüfung von Langzeitbeziehenden der Nothilfe» entwickelt habe, das eine Regularisierung dieser Personengruppe aus dem Asylbereich anvisiere. Dieses Pilotprojekt begann Mitte 2017 und wurde 2018 abgeschlossen. Personen, welche die formalen Kriterien für ein Härtefallgesuch erfüllten, wurden von den Behörden angeschrieben. Sie wurden darauf hingewiesen, dass sie die Einreichung eines Härtefallgesuchs in Betracht ziehen können. Viele Angeschriebene nahmen in der Folge Kontakt mit Beratungsstellen auf und reichten entsprechende Gesuche ein. Dieser Impuls bewirkte beispielweise, dass sich Bezüger von Nothilfe aktiv um eine bessere sprachliche Integration bemühten, wenn die erforderlichen sprachlichen Kompetenzen fehlten. Sie konnten so nach und nach die für ein Gesuch erforderlichen Dokumente einreichen. Rund 100 Personen erhielten eine gesetzlich vorgesehene Härtefallbewilligung, die die Möglichkeit einer Erwerbstätigkeit eröffnete.

In ihrer schriftlichen Stellungnahme hat sich die nationale Plattform zu den Sans-Papiers für pragmatische Regularisierungsprogramme ausgesprochen. Die Erfahrungen in anderen Ländern würden zeigen, dass eine Regularisierung die Situation eher normalisiere als verschlechtere. Sie erweise sich auch als ein bedeutendes Instrument zur Bekämpfung der Schwarzarbeit.

13.2.4 Präzisierung der Verordnung (Art. 31 VZAE) oder der Weisungen des SEM

In Artikel 31 VZAE sind die Kriterien aufgeführt, die bei der Prüfung eines Härtefallgesuchs zu berücksichtigen sind. Diese Kriterien beruhen auf der Rechtsprechung gestützt auf das frühere Bundesgesetz über Aufenthalt und Niederlassung der Ausländer (ANAG), das am 1. Januar 2008 durch das AIG ersetzt wurde. Die VZAE trat ebenfalls zu diesem Zeitpunkt in Kraft. Massgebend sind namentlich die Dauer der Anwesenheit, die familiäre Situation, die Dauer eines allfälligen Schulbesuchs, der Wille zur Teilhabe am Wirtschaftsleben (Verweis auf Art. 58a AIG) oder die Möglichkeiten für eine Wiedereingliederung im Herkunftsland. Es handelt sich um allgemeine Kriterien, die den kantonalen Behörden und dem SEM einen Ermessensspielraum bei der Beurteilung von Härtefallgesuchen geben (Ziff. 4). Die Weisungen des SEM¹⁷⁸ präzisieren diese Kriterien, ohne jedoch durch eine zu starke Detailregelung den gesetzlichen Handlungsspielraum einzuschränken. So wird beispielsweise keine Mindestaufenthaltsdauer für die Erteilung von Aufenthaltsbewilligungen bei schwerwiegenden persönlichen Härtefällen festgelegt. Es wird lediglich ein Richtwert von fünf Jahren beim Aufenthalt von Familien mit Kindern aufgeführt.

Im Rahmen der in den Jahren 2017 und 2018 in Genf durchgeführten Operation Papyrus wurden die gemäss der VZAE und den Weisungen des SEM massgebenden Kriterien präzisiert (Ziff. 5.2). So wurde insbesondere ein Richtwert für den erforderlichen Voraufenthalt von Familien festgelegt. Zudem wurde festgehalten, dass die Einschulung von Kindern bei der Prüfung der Gesuche zu berücksichtigen ist. Einige Kantone (BE, BS, VD) haben ebenfalls Richtlinien zur Präzisierung der Kriterien nach der VZAE erlassen (Ziff. 4.4). Sie haben dabei als Richtwert eine Aufenthaltsdauer von mindestens zehn Jahren bei Einzelpersonen sowie von fünf Jahren bei Familien festgelegt, damit dem SEM ein Gesuch um Zustimmung zu einer Härtefallbewilligung unterbreitet wird. Dabei handelt es sich um Richtwerte und die übrigen Kriterien müssen ebenfalls erfüllt sein. Ausserdem schreiben einige Kantone als Richtwert Sprachkenntnisse gemäss dem Niveau A1 des Gemeinsamen Europäischen Referenzrahmens für Sprachen vor, währenddem die VZAE hier keine Vorgaben macht (Ziff. 4.4).

Es stellt sich die Frage, ob die in Artikel 31 VZAE genannten Kriterien zu präzisieren sind, um den Handlungsspielraum der kantonalen Behörden und des SEM bei der Prüfung von Härtefällen einzuschränken. Eine solche Präzisierung könnte auf zwei Arten erfolgen: Durch eine Änderung von Artikel 31 VZAE oder der Weisungen des SEM.

Eine mögliche Änderung der Voraussetzungen für die Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung an Sans-Papiers im Hinblick auf eine berufliche Grundbildung (Art. 30a VZAE) wird in Ziffer 13.2.5 erörtert.

¹⁷⁸ Vgl. Weisungen I. Ausländerbereich, Ziff. 5.6, verfügbar unter: www.sem.admin.ch > Publikationen & Service > Weisungen und Kreisschreiben.

Änderung von Artikel 31 VZAE oder der Weisungen des SEM

Argumente für diese Lösung:

- Dies könnte zu einer einheitlicheren Praxis der kantonalen Behörden bei der Übermittlung der Gesuche an das SEM für die Zustimmung zu einer Härtefallbewilligung führen.
- Eine Präzisierung der Kriterien ermöglicht es, die Bedingungen für eine Regelung des Aufenthalts klarer zu regeln. Die betroffenen Personen können so die Chancen eines Gesuchs besser abschätzen.

Argumente gegen diese Lösung:

- Eine weitergehende Präzisierung der Kriterien würde zu einem geringeren Handlungsspielraum der kantonalen Behörden und des SEM bei der Beurteilung von Härtefallgesuchen führen.
- Eine solche Präzisierung könnte zu einer übermässigen «Schematisierung» der Prüfung von schwerwiegenden persönlichen Härtefällen führen. Dies würde der heutigen Praxis und den rechtlichen Grundlagen widersprechen, die für die Beurteilung von schwerwiegenden persönlichen Härtefällen eine Einzelfallprüfung vorsehen (Art. 30 Abs. 1 Bst. b AIG). Zudem könnte eine solche Lösung auch zur Folge haben, dass nach einer bestimmten Dauer des rechtswidrigen Aufenthalts in der Schweiz «automatisch» und ohne weitere Prüfung des Einzelfalls eine Aufenthaltsbewilligung erteilt wird. Dies würde die Umgehung des Ausländerrechts erleichtern.
- Die bisherige Regelung hat sich bewährt und sie ermöglicht eine gewisse Flexibilität. Die bestehenden Weisungen des SEM enthalten bereits die für die Behandlung von Härtefällen grundsätzlich notwendigen Präzisierungen.
- Die Mehrheit der kantonalen Behörden, die zum Fragenkatalog des SEM Stellung genommen haben (vgl. Ziff. 2), erachten zudem die bestehende Regelung als angemessen. Einige davon haben ausdrücklich festgehalten, dass eine zu enge Formulierung in *der VZAE* oder in den *Weisungen des SEM* nicht angemessen sei. Die zuständige Behörde der Stadt Bern ist demgegenüber der Auffassung, dass eine Anpassung erwogen werden kann, um dem Potenzial der Sans-Papiers Rechnung zu tragen. Nur sehr wenige Kantone erachten die heutige Regelung als zu grosszügig.

Haltung des Bundesrats (Änderung von Art. 31 VZAE: Ablehnung; Änderung der Weisungen des SEM: regelmässige Überprüfung der Weisungen)

Änderung der VZAE

In den letzten Jahren hat der Bundesrat im Rahmen verschiedener parlamentarischer Vorstösse zu einer Änderung der Kriterien in der VZAE Stellung genommen (Ziff. 3.5). Im Jahr 2014 verabschiedete er in Erfüllung einer Motion eine neue Bestimmung in der VZAE. Sie enthält die Kriterien für die Erteilung einer Härtefallbewilligung an jugendliche Sans-Papiers, die eine berufliche Grundausbildung absolvieren möchten (Art. 30a VZAE; Umsetzung der Motion Barthassat 08.3616 «Jugendlichen ohne gesetzlichen Status eine Berufslehre ermöglichen»; Ziff. 5.1 und 13.2.5).

Der Bundesrat erachtet eine erneute Änderung der Härtefallregelung und insbesondere der Kriterien nach Artikel 31 VZAE nicht als erforderlich. Die geltenden Bestimmungen haben sich bewährt und sie gewähren den kantonalen Behörden sowie dem SEM den notwendigen Handlungsspielraum für die Regelung von Härtefällen.

Eine Lockerung der Kriterien für die Erteilung von Härtefallbewilligungen würde höchstwahrscheinlich zu einem Pull-Effekt führen. Sie würde auch zu einer ungerechtfertigten Besserstellung gegenüber anderen Ausländerinnen und Ausländern führen, die sich an die gesetzlichen Regelungen halten. Dies gilt namentlich für Arbeitnehmende oder Studierende, für die strengere Zulassungskriterien gelten. Ein solches System würde zudem die Missachtung der gesetzlichen Regelungen belohnen. Umgekehrt

würde eine Verschärfung oder eine weitgehende Präzisierung der Kriterien nach Artikel 31 VZAE den Handlungsspielraum zu stark einschränken, den die geltenden Regelungen ermöglichen. In diesem Fall hätte die Operation Papyrus in Genf, welche im Rahmen der bestehenden Kriterien der VZAE durchgeführt werden konnte und die mit Massnahmen zur Bereinigung des Arbeitsmarkts verbunden wurde, wahrscheinlich nicht ohne Verordnungsänderungen durchgeführt werden können.

Bisher hat das Parlament die Auffassung vertreten, dass sich die geltende Gesetzgebung bewährt hat und Bund und Kantone den notwendigen Handlungsspielraum belassen hat. Es hat namentlich im Rahmen der Prüfung der parlamentarischen Initiative (17.414) «Die Illegalität ist kein Härtefall» die Bedeutung der in der VZAE festgelegten Kriterien diskutiert. Diese parlamentarische Initiative wollte im Härtefallkriterien der VZAE im AIG verankern und eine Kontingentierung der Härtefallbewilligungen einführen. Die Staatspolitische Kommission des Nationalrates (SPK-N) hat ihr keine Folge geleistet. Das Parlament war der Ansicht, dass diese Vorschläge das Problem der Sans-Papiers nicht zu lösen vermögen.

Die Mehrheit der kantonalen Behörden, die den Fragekatalog des SEM (Ziff. 2) beantwortet haben, erachten zudem eine Änderung der VZAE nicht als notwendig.

Änderung der Weisungen des SEM

In den Weisungen des SEM werden die in der VZAE enthaltenen Kriterien bereits konkretisiert. Sie stellen ein wichtiges Instrument zur Vereinheitlichung der kantonalen Praxis dar. Der Bundesrat ist daher der Ansicht, dass regelmässige Überprüfung dieser Weisungen einer Änderung der VZAE vorzuziehen ist.

Gemäss dem Bericht der Genfer Behörden über die Ergebnisse der Operation Papyrus konnte die Situation im Hauswirtschaftssektor bereinigt werden, ohne dass dabei ein wesentlicher Pull-Effekt beobachtet wurde (Ziff. 5.5). Dies bedeutet jedoch nicht, dass die Weisungen des SEM gemäss den für die Operation Papyrus festgelegten Kriterien geändert werden müssen.

Der Kanton Genf hat hier den Handlungsspielraum genutzt, der sich aus dem AIG, der VZAE und den Weisungen des SEM ergibt, um die Kriterien für die Behandlung von Härtefällen zu konkretisieren (Ziff. 4.4 und 5.2). Das bedeutet jedoch nicht, dass nur diese Genfer Lösung rechtlich möglich ist und dass sie in die Weisungen des SEM für alle Kantone aufgenommen werden muss.

Die Weisungen des SEM sollen im Gegenteil den Kantonen den Handlungsspielraum bewahren, den der Gesetzgeber im Rahmen des AIG, des AsylG und der VZAE für sie vorgesehen hat. Dies haben auch die Mitglieder der Begleitgruppe, einige Teilnehmende des Runden Tisches sowie die kantonalen Behörden, die den Fragenkatalog des SEM beantwortet haben (Ziff. 2 und 4), ausdrücklich betont.

Das SEM muss regelmässig überprüfen, ob die Weisungen noch mit der aktuellen Praxis und der Rechtsprechung übereinstimmen. Dabei ist darauf zu achten, dass ein Automatismus bei der Erteilung von Härtefallbewilligungen vermieden werden muss. Dies gilt namentlich in Bezug auf das Kriterium der Aufenthaltsdauer in der Schweiz. Die Weisungen dürfen nicht den Eindruck erwecken, dass Sans-Papiers nach einer bestimmten Dauer des rechtswidrigen Aufenthalts praktisch automatisch eine Aufenthaltsbewilligung erhalten. Allfällige Änderungen dürfen auch nicht zu einer Lockerung der heutigen Praxis des SEM führen. Nach der Auffassung des Bundesrats sollen Gesuche für eine Regelung des Aufenthalts von Sans-Papiers weiterhin einzelfallweise geprüft werden. Die kantonalen Behörden des SEM sollen auch künftig über einen gewissen Handlungsspielraum für die Beurteilung von Härtefällen verfügen.

Das Parlament hat die Motion Barthassat (10.3762) «Legalisierung des Aufenthalts der Sans-Papiers. Einführung der Verjährung im Ausländergesetz» abgelehnt. Damit teilte es die Auffassung des Bundesrats, wonach der Handlungsspielraum des geltenden Rechts der Festlegung von bestimmten Fristen für eine Aufenthaltsregelung im AIG vorzuziehen ist. Dies geht auch aus den Beratungen im Nationalrat zum Bundesgesetz über Massnahmen zur Bekämpfung der Schwarzarbeit hervor (AB 2004 N 1203). Dabei wurde eine generelle Regelung des Aufenthalts von rechtswidrig anwesenden

Arbeitnehmenden nach einem Jahr ebenfalls abgelehnt, da eine solche Lösung die illegale Migration fördern und den rechtswidrigen Aufenthalt belohnen würde.

Haltung der Begleitgruppe (Änderung von Art. 31 VZAE: Ablehnung; Änderung der Weisungen des SEM: Punktuelle Anpassungen bei Bedarf):

Änderung von Artikel 31 VZAE

Die Mitglieder der Begleitgruppe sind allgemein der Auffassung, dass eine Änderung von Artikel 31 VZAE und insbesondere eine weitere Präzisierung der Kriterien nicht nötig sind. Der Handlungsspielraum im Rahmen der geltenden Bestimmungen ist beizubehalten. Die VKM unterstreicht, dass dies insbesondere im Hinblick auf die unterschiedliche Situation in den einzelnen Kantonen von grosser Bedeutung ist.

Der SSV hält fest, dass eine Präzisierung im Sinne einer Lockerung der Kriterien von Artikel 31 VZAE die Erarbeitung von Pilotprojekten wie im Kanton Genf erleichtern dürfte. VSAA und VDK sind der Ansicht, dass eine Neuregelung der Voraussetzungen für Bewilligungserteilung in Härtefällen allein gestützt auf die Bedürfnisse und Feststellungen im Kanton Genf nicht zielführend wäre. Dem Föderalismus müsse Rechnung getragen werden und eine zu starke Orientierung an den Bedürfnissen eines einzelnen Kantons sei zu vermeiden.

In Bezug auf die Haltung der Begleitgruppe zur Notwendigkeit einer Änderung der Voraussetzungen für die Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung an Sans-Papiers im Hinblick auf eine berufliche Grundausbildung (Art. 30a VZAE) wird auf Ziffer 13.2.5 verwiesen.

Änderung der Weisungen des SEM (punktuelle Anpassungen bei Bedarf)

VKM, VSAA, VDK und SODK erachten die aktuellen Weisungen des SEM als genügend klar. Sie lehnen jedoch punktuelle Anpassungen nicht ab. Sie halten aber fest, dass dies nicht zu einer übermässigen Schematisierung bei der Behandlung von Härtefallgesuchen führen dürfe.

Haltung der Teilnehmenden des Runden Tisches (Änderung der VZAE: Ablehnung; Änderung der Weisungen des SEM: Annahme, eine Gewichtung und eine Präzisierung der Kriterien ist wünschenswert)

Änderung von Artikel 31 VZAE (Ablehnung)

Die Mehrheit der Teilnehmenden hält eine Änderung von Artikel 31 VZAE für unnötig, der den Behörden der Kantone und des Bundes eine Regelung des Aufenthalts von Sans-Papiers erlaubt.

Die EKM hält demgegenüber in ihrer schriftlichen Stellungnahme fest, dass mittel- und langfristig die Voraussetzungen für die Regelung des Aufenthalts in den entsprechenden Rechtsgrundlagen angepasst werden könnten. Dies auf der Basis der Erfahrungen, die sich aus der Praxis der Kantone entwickeln. Die EKM unterstreicht, dass auch eine «bessere Umschreibung der Voraussetzungen» die notwendigen Ermessensspielräume offenlassen soll. Sie müssen es erlauben, der gelebten Realität von Sans-Papiers Rechnung zu tragen, die oft prekär und immer vielfältig ist. Sie betont zudem, dass sich die Operation Papyrus in Genf und die systematische Überprüfung der Situation von Langzeitbeziehenden in der Nothilfe (siehe oben) im Kanton Zürich auf geltendes Recht stützen und die darin enthaltenen Handlungsspielräume ausloten. Die beiden Pilotprojekte würden aufzeigen, dass eine Teilamnestie erreicht werden könne, ohne dass die formellen und materiellen Kriterien im geltenden Recht angepasst (respektive besser umschrieben) werden müssten.

Die nationale Plattform zu den Sans-Papiers spricht sich in ihrer schriftlichen Stellungnahme demgegenüber für eine Änderung der Kriterien in der VZAE aus, damit das SEM einer grösseren Anzahl Gesuche zustimmen könne. Sie fordert insbesondere, dass in der VZAE nicht mehr der Begriff «schwerwiegender» Härtefall verwendet wird. Ein «persönlicher» Härtefall soll ausreichend sein für die Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung. Zudem soll dem öffentlichen Interesse an der Regularisierung einer rechtswidrig anwesenden Person vermehrt Rechnung getragen werden, damit nicht nur das persönliche Interesse der betroffenen Person im Vordergrund steht.

In Bezug auf die Haltung des runden Tisches zur Notwendigkeit einer Änderung der Voraussetzungen für die Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung an Sans-Papiers im Hinblick auf eine berufliche Grundausbildung (Art. 30a VZAE) wird auf Ziffer 13.2.5 verwiesen.

Änderung der Weisungen des SEM (Annahme)

Nach Ansicht der meisten Teilnehmenden des runden Tisches sollen die rechtlichen Kriterien der VZAE in den Weisungen des SEM präzisiert werden. Die Diskussionen hätten gezeigt, dass es wünschenswert sei, einige abstrakte Begriffe (z. B. «fortgeschrittene Integration») zu präzisieren und die Weisungen mit konkreten Beispielen zu ergänzen. Diese Präzisierungen hätten den Vorteil, dass sie mehr Klarheit und Transparenz bezüglich der Praxis des SEM bringen würden. Auch die Sans-Papiers selber würden so mit Sicherheit wissen, ob sie die Kriterien für die Erteilung einer Härtefallbewilligung erfüllen. Als Beispiel werden die Migrationsbehörden der Kantone Basel und Genf genannt. Sie haben auf ihrer Website Dokumente veröffentlicht, die die rechtlichen Kriterien für eine Regularisierung aufzeigen und das Vorgehen erläutern.

Zudem wird eine Gewichtung der Kriterien gewünscht. So darf die finanzielle Situation der Sans-Papiers kein massgebliches Kriterium sein, weil es sich hier um eine Bevölkerungsgruppe handelt, die in schwierigen Verhältnissen lebt. Die Möglichkeit einer Wiedereingliederung im Herkunftsland soll ebenfalls kein vorrangiges Kriterium bei der Prüfung der Situation eines Sans-Papiers sein, der seit Jahren in der Schweiz lebt. Die nationale Plattform zu den Sans-Papiers teilt diese Ansicht in ihrer schriftlichen Stellungnahme.

Aus Sicht der EKM wäre es kurzfristig zielführender, wenn das SEM Massnahmen in die Wege leiten würde, die auf den Erfahrungen des Genfer- oder des Zürcher Modells aufbauen. Das SEM soll zudem die Kantone ermutigen, auf der Basis bestehender Erfahrungen eigene Modelle zur Regularisierung von Sans-Papiers zu entwickeln.

Vor diesem Hintergrund hat die Mehrheit der Teilnehmenden des runden Tisches festgehalten, dass eine Präzisierung der Kriterien zwar die Möglichkeit einer Ungleichbehandlung oder einer unterschiedlichen Auslegung verringern kann und damit die Rechtssicherheit erhöht. Andererseits könnte dadurch der Handlungsspielraum der Behörden auch kleiner werden.

13.2.5 Änderung der Voraussetzungen für die Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung im Hinblick auf eine berufliche Grundausbildung (Art. 30a VZAE)

Die Bundesverfassung sieht unabhängig vom Aufenthaltsstatus einen Anspruch auf ausreichenden Grundschulunterricht vor (Art. 19 und Art. 62 Abs. 2 BV, obligatorischer Grundschulunterricht). Für Sans-Papiers kann sich jedoch eine nachobligatorische Ausbildung als schwierig erweisen. Im Jahr 2014 wurde die VZAE mit einer neuen Bestimmung ergänzt (Art. 30a VZAE). Sie legt die besonderen Voraussetzungen für die Erteilung einer Härtefallbewilligung an jugendliche Sans-Papiers fest, die eine berufliche Grundausbildung absolvieren möchten. Damit wurde die durch das Parlament angenommene Motion Barthassat (08.3616) «Jugendlichen ohne gesetzlichen Status eine Berufslehre ermöglichen» umgesetzt. Diese Bestimmung wird insbesondere deshalb kritisiert, weil das SEM nur vergleichsweise wenige Zustimmungen zu Aufenthaltsbewilligungen im Hinblick auf eine Berufsausbildung verfügt hat (Ziff. 4.2). Es stellt sich die Frage, ob in diesen Fällen die Voraussetzungen für die Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung gelockert werden sollen.

Argument für diese Lösung:

- Mit einer Lockerung (z. B. durch eine kürzere Mindestdauer des obligatorischen Schulbesuchs in der Schweiz) würden mehr Sans-Papiers die Voraussetzungen für eine Bewilligungserteilung erfüllen.

Argumente gegen diese Lösung:

- Die Anzahl Fälle ist beschränkt. Der Aufenthalt von Jugendlichen, die eine Berufslehre absolvieren wollen, wird oft bereits im Rahmen der Härtefallbewilligung ihrer Eltern geregelt (Art. 30 Abs. 1 Bst. b AIG und Art. 31 VZAE).
- Eine Lockerung der Kriterien würde eine Ungleichbehandlung namentlich gegenüber anderen Sans-Papiers und ausländischen Personen schaffen, die eine Aufenthaltsbewilligung für eine Aus- oder Weiterbildung im Rahmen der ordentlichen Zulassungsbestimmungen beantragen.

Haltung des Bundesrats (Ablehnung)

Eine Aufhebung von Artikel 30a VZAE ist nicht gerechtfertigt. Er ergänzt die allgemeine Bestimmung für die Erteilung einer Härtefallbewilligung (Art. 31 VZAE). Es werden genaue Kriterien für die Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung an Personen festgelegt, die eine mit einer Erwerbstätigkeit verbundene Ausbildung absolvieren möchten. Zudem entspricht diese spezifische Regelung einem Wunsch des Parlaments.

Eine Lockerung der in Artikel 30a VZAE festgelegten Kriterien (z. B. kürzere Dauer des vorgeschriebenen obligatorischen Schulbesuchs, anonymisierte Gesuche, längere Frist für die Gesuchseinreichung) würde eine Ungleichbehandlung schaffen zwischen jugendlichen Sans-Papiers, die eine Berufslehre absolvieren, und jenen, die eine Aufenthaltsbewilligung für einen anderen Zweck (z. B. für Studium) beantragen und für die strengere Kriterien gelten. Eine weitere Ungleichbehandlung würde sich gegenüber Sans-Papiers ergeben, die eine Härtefallbewilligung gestützt auf Artikel 31 VZAE beantragen. Die Voraussetzungen für die Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung im Hinblick auf eine berufliche Grundausbildung wären nämlich weniger streng als für die Erteilung einer Härtefallbewilligung nach Artikel 31 VZAE – obwohl es sich in beiden Fällen um Personen mit rechtswidrigem Aufenthalt in der Schweiz handelt.

Der Bundesrat lehnt deshalb eine Aufhebung oder Lockerung von Artikel 30a VZAE ab. Mit diesem Artikel kann jugendlichen Sans-Papiers angemessen Rechnung getragen werden, die eine berufliche Grundausbildung absolvieren wollen.

Haltung der Begleitgruppe (Annahme)

Aus den schriftlichen Stellungnahmen der Mitglieder der Begleitgruppe geht hervor, dass SSV, SGV, SODK, VSAA, VDK und SKOS einer Lockerung bestimmter Bestimmungen in Artikel 30a VZAE generell positiv gegenüberstehen.

An den Sitzungen der Begleitgruppe hat der SSV die Ansicht nicht geteilt, dass sich diese Regelung bewährt hat. Die Möglichkeit einer Lockerung der Bewilligungsvoraussetzungen sei näher zu prüfen. In der schriftlichen Stellungnahme fordert der SSV, dass bei Einreichung eines Härtefallgesuchs auf einen Identitätsnachweis der gesuchstellenden Person zu verzichten sei. SKOS, VDK und VSAA teilen diese Ansicht und halten fest, dass so auch die Familie der gesuchstellenden Person anonym bleiben kann. Die Illegalität könne damit dank der relativ gut integrierten Jugendlichen zahlenmässig begrenzt werden. Sie sind vermutlich auch fähig, eine berufliche Ausbildung zu absolvieren.

Die SODK spricht sich in ihrer schriftlichen Stellungnahme auch für eine Lockerung der Kriterien von Artikel 30a VZAE aus, insbesondere in Bezug auf die Dauer des Schulbesuchs und die Frist für die Einreichung des Gesuchs um Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung.

Der SGV spricht sich ebenfalls dafür aus, eine Lockerung der Voraussetzungen zu prüfen, ohne jedoch die erforderlichen Änderungen näher zu präzisieren.

An den Sitzungen der Begleitgruppe hat die VKM festgehalten, dass in den meisten Fällen die Voraussetzungen für die Erteilung einer Härtefallbewilligung nach den allgemeinen Bestimmungen für die ganze Familie erfüllt seien und dass es sich hier um ein geringfügiges Problem handelt. Der Vertreter des Kantons Genf führte aus, dass ihm kein Fall aus der Praxis bekannt sei, in dem ein jugendlicher Sans-Papiers eine Lehrstelle nicht angetreten habe, um seine Familie vor einer Wegweisung zu schützen. Dennoch bestehe hier ein Risiko.

Haltung der Teilnehmenden des Runden Tisches (Annahme)

Die Mehrheit der Teilnehmenden des runden Tisches erachten die rechtlichen Kriterien für jugendliche Sans-Papiers, die eine berufliche Grundausbildung absolvieren möchten, als zu streng. Die erforderliche Dauer des Schulbesuchs in der Schweiz vor dem Zeitpunkt der Einreichung des Gesuchs soll weniger als fünf Jahre betragen. Zudem sollen nahe Familienangehörige, die mit den jugendlichen Sans-Papiers in der Schweiz leben und die selber die Kriterien für eine Regelung des Aufenthalts nicht erfüllen, keine negativen Folgen durch die Behörden zu gewärtigen haben. Die Möglichkeit einer anonymen Behandlung des Gesuchs sei zu prüfen.

Diese Ansicht teilt auch die EKM, die in ihrer schriftlichen Stellungnahme festhält: «Auch im Bereich der beruflichen Grundausbildung nutzen die Kantone vorhandene Spielräume. Im Kanton Basel-Stadt werden jugendliche Sans-Papiers aus dem Asylbereich, die Nothilfe beziehen, bezüglich der Teilnahme an einer beruflichen Grundausbildung gleich behandelt wie jugendliche Sans-Papiers aus dem Ausländerbereich. Der Besuch von Lehr- oder Ausbildungsgängen wird bei einem Negativentscheid im Asylverfahren nicht gestoppt. Der Kanton setzt einen Schwerpunkt bei der Ermöglichung einer selbstständigen Zukunft für Jugendliche und junge Erwachsene. Der Vollzug der Wegweisung hat jedoch immer Vorrang (siehe hierzu: Personen, die aus dem Asylsystem ausscheiden: Profile, (Aus)Wege, Perspektiven. Empfehlungen der EKM. Dezember 2019). Die Erfahrungen aus den Kantonen Genf und Zürich zeigen, dass es in der Gruppe der Sans-Papiers einen beträchtlichen Anteil von Kindern und Jugendlichen gibt. Aus der Sicht der EKM ist es stossend, wenn diese die negativen Folgen der Aufenthaltssituation ihrer Eltern tragen müssen. Aus ihrer Sicht ist sicherzustellen, dass die Nachkommen von Sans-Papiers in einem kindergerechten Umfeld aufwachsen, die öffentliche Schule besuchen und eine Ausbildung – Berufslehre oder eine andere Ausbildung auf Sekundarstufe II – machen können. Eine Berufslehre ist bei Kindern und Jugendlichen auch bei einer allfälligen späteren Rückkehr ins Herkunftsland eine gute Investition. Die geringe Zahl von Sans-Papiers, die zwischen 2013 und 2019 eine Lehrstelle antreten konnten, zeigt, dass Artikel 30a VZAE Schwachstellen aufweist. In diesem Bereich müsste geltendes Recht dringend angepasst werden. In ihren diesbezüglichen Stellungnahmen schlägt die EKM unter anderem vor, dass jugendlichen Sans-Papiers nach Abschluss der Grundausbildung die Aufenthaltsbewilligung verlängert werden soll, ohne dass sie dafür ein Härtefallgesuch stellen müssen. In der Schweiz herrscht ein Mangel an Fachkräften, und das Land hat ein Interesse daran, jungen Berufsleuten eine Perspektive zu geben.»

Die nationale Plattform zu den Sans-Papiers hält in ihrer schriftlichen Stellungnahme fest, dass in Artikel 30a VZAE entweder ein Anspruch auf Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung für die Dauer der Berufsausbildung geschaffen werden soll oder dass die Definition der Erwerbstätigkeit so geändert werden soll, dass die berufliche Grundausbildung nicht mit einer Arbeitsbewilligung verknüpft ist. Sie wünscht auch einen geringeren Handlungsspielraum der Kantone in diesem Bereich. Zudem sollten die Verfahren zur Bearbeitung der Gesuche beschleunigt werden. Die Plattform ist auch der Ansicht, dass Bund und Kantone Sensibilisierungsarbeit leisten müssen, damit Sans-Papiers weniger Angst davor haben, ein Härtefallgesuch einzureichen.

13.3 Datenaustausch

13.3.1 Änderung der Rechtsvorschriften zum Datenaustausch im AIG, im BGSA und in den Sozialversicherungsgesetzen

Die geltenden rechtlichen Bestimmungen erlauben keinen automatischen und erweiterten Datenaustausch zwischen den Migrationsbehörden und den Vollzugsorganen im Bereich der Sozialversicherungen (Ziff. 10). Bei Kontrollen erfolgt jedoch unter bestimmten Voraussetzungen eine Meldung im Rahmen des BGSA (Ziff. 10.2). Es stellt sich die Frage, ob die bestehende Regelung beim Datenaustausch geändert werden soll.

Argumente für diese Lösung:

- Bessere Informationen für die Migrationsbehörden über Personen mit rechtswidrigem Aufenthalt.
- Kein widersprüchliches Verhalten der verschiedenen Behörden.

Argumente gegen diese Lösung:

- Das revidierte BGSA, das seit dem 1. Januar 2018 in Kraft ist, hat die rechtlichen Möglichkeiten für den Informationsaustausch zwischen den Behörden bereits erweitert. Bei den Beratungen zum BGSA wollte das Parlament den Datenaustausch nicht noch zusätzlich erweitern.
- Trotz der Zielkonflikte zwischen dem Sozialversicherungs- und dem Ausländerrecht oder dem BGSA ist der bestehende Datenaustausch ausreichend, da er den Sans-Papiers die notwendige soziale Absicherung erlaubt.
- In der Praxis wäre eine verstärkter Datenaustausch kaum wirkungsvoll, da sich Sans-Papiers bereits heute nicht oder nur selten bei den Sozialversicherungen anmelden.

Haltung des Bundesrats (Ablehnung)

Der Bundesrat erachtet einen automatischen oder erweiterten Datenaustausch zwischen den mit dem Vollzug der Sozialversicherungsgesetze, des BGSA oder des AIG betrauten Organen in der Praxis als wenig wirkungsvoll, da Sans-Papiers sich aus Angst vor einer Entdeckung in der Regel nicht bei den Behörden anmelden.

Die bestehende Regelung ist insgesamt kohärent, auch wenn Interessens- und Zielkonflikte bestehen zwischen den verschiedenen Behörden, die im Kontakt mit Sans-Papiers stehen oder Entscheide fällen, die sie betreffen. Sie ermöglicht den beteiligten Behörden, ihre eigenen Aufgaben zu erfüllen. Zudem wurde kürzlich bei den parlamentarischen Beratungen zur Änderung des BGSA ein erweiterter Datenaustausch geprüft. Das SECO veröffentlicht jährlich einen Bericht über die Umsetzung des BGSA. Sollten hier Mängel festgestellt werden, könnten weitere konkrete Massnahmen ergriffen werden.

Zwei Motionen,¹⁷⁹ die einen erleichterten Datenaustausch zwischen den Krankenversicherern und den Kantonen fordern, wurden vom Parlament angenommen und sind umzusetzen. Der vereinfachte Datenaustausch soll die Kontrolle der Versicherungspflicht nach dem KVG verbessern.

Haltung der Begleitgruppe (Ablehnung)

Die Begleitgruppe ist der Ansicht, dass ein erweiterter Datenaustausch in der Praxis kaum Wirkung zeigen würde.

VSAA und VDK halten fest, dass die letzte Revision des BGSA den Informationsaustausch bereits verbessert hat. In Bezug auf die Operation Papyrus unterstreicht der Vertreter des Kantons Genf, dass die enge Zusammenarbeit zwischen dem kantonalen Amt für Bevölkerung und Migration (OCPM) und dem kantonalen Arbeitsinspektorat (OCIRT), das für die Bekämpfung der Schwarzarbeit zuständig ist, unter strikter Einhaltung der geltenden Bestimmungen zum Datenschutz und zum Informationsaustausch erfolgte.

Der SSV hält in seiner schriftlichen Stellungnahme fest, dass er wie die Begleitgruppe eine Verschärfung beim Informationsaustausch ablehnt. Er erachtet die aktuelle Regelung aber insbesondere in Bezug auf den Zugang zur Justiz als nicht angemessen. Zudem sei zu prüfen, ob sich mit weniger strengen Meldepflichten Verbesserungen erzielen lassen.

Haltung der Teilnehmenden des Runden Tisches (Ablehnung)

¹⁷⁹ Vgl. Motion Brand (18.3765) «Zeitgemässer elektronischer Datenaustausch zwischen Gemeinden und Krankenversicherern» und Motion Hess (18.4209) «Wohnsitzfrage, Krankenkassenprämie und stationäre Anteile der Kantone. Weniger Bürokratie, weniger Fehler».

Die Teilnehmenden sprechen sich generell gegen einen systematischen Datenaustausch zwischen den verschiedenen Behörden aus, die mit Sans-Papiers in Kontakt stehen (Schulen, Sozialversicherungen, Migrationsbehörden usw.). Eine solche Massnahme würde die Situation der Sans-Papiers weiter verschlechtern und den Arbeitgebenden mehr Macht verleihen. Zudem würde der Zugang zur Justiz noch zusätzlich erschwert.

Die nationale Plattform zu den Sans-Papiers hält in ihrer schriftlichen Stellungnahme fest, dass bei einem Konflikt zwischen dem Interesse an einem Datenaustausch und der Umsetzung der Grundrechte von Sans-Papiers die Grundrechte Vorrang haben.

13.3.2 Datenaustausch zwischen Schulbehörden und Migrationsbehörden

Kinder von Sans-Papiers-Kinder haben Zugang zur obligatorischen Schulbildung (Ziff. 9). In der Praxis besteht trotz des rechtswidrigen Aufenthalts auch ein Zugang zur nachobligatorischen akademischen Ausbildung. Die Schulbehörden sind gemäss den Bestimmungen des AIG nicht verpflichtet, von sich aus rechtswidrige Sachverhalte den Migrationsbehörden zu melden. Seit dem 1. Januar 2019 sind sie jedoch verpflichtet, den kantonalen Migrationsbehörden unaufgefordert Entscheide über definitive Schulausschlüsse zu melden (Art. 97 Abs. 3 Bst. ^{d^{quater}} AIG). Ausgenommen sind allerdings Schülerinnen und Schüler, die sich nicht rechtmässig in der Schweiz aufhalten (Art. 82e Abs. 2 VZAE).

Eine Verpflichtung zur Information der Migrationsbehörden besteht insbesondere bei der Eröffnung von Strafuntersuchungen, bei zivil- und strafrechtlichen Urteilen, bei Zivilstandsänderungen, bei einer Verweigerung der Eheschliessung sowie beim Bezug von Sozialhilfe (Art. 97 Abs. 3 Bst. a–d AIG).

Eine Auskunftspflicht besteht zudem auf Anfrage im Einzelfall. Die Behörden des Bundes, der Kantone und der Gemeinden müssen den Migrationsbehörden auf Verlangen im Einzelfall die für den Vollzug des Ausländergesetzes notwendigen Daten und Informationen bekannt geben (Art. 97 Abs. 2 AIG). Besteht im Interesse des Kindeswohls ein Handlungsbedarf der Behörden, erfolgt heute eine Meldung des Falles an die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörden.

Es stellt sich die Frage, ob die Einführung einer systematischen Meldepflicht zwischen den Schulbehörden und den Migrationsbehörden erforderlich ist, damit die Migrationsbehörden Kenntnis von der Einschulung des Kindes eines Sans-Papiers erhalten. Der Datenaustausch könnte auf zwei Arten erfolgen:

Lösung 1: Generelle Meldepflicht

Die Schulbehörden kontrollieren bei der Anmeldung von ausländischen Kindern den Aufenthaltsstatus. Sie informieren die Migrationsbehörden automatisch, wenn Hinweise für einen rechtswidrigen Aufenthalt bestehen.

Argumente für diese Lösung:

- Die Einführung einer Meldepflicht führt zu einem kohärenteren Verhalten der verschiedenen Behörden. Es besteht keine «Grauzone» bezüglich des Aufenthaltsrechts in der Schweiz (Tolerierung dieser Kinder durch die Schulbehörden, Wegweisung durch die Migrationsbehörden bei Kenntnis der Situation).
- Klare Verhältnisse für die betroffenen Personen, insbesondere wenn die Meldepflicht mit einer ausländerrechtlichen Härtefallregelung verbunden wird.
- Die Umsetzung bedeutet kaum Mehraufwand für die Schulen.

Argumente gegen diese Lösung:

- Sachfremde Aufgabe der Schulbehörden im Migrationsbereich.
- Ohne Regularisierung des Aufenthaltsrechts erfolgt keine Einschulung der Sans-Papiers-Kinder aus Angst vor einer Wegweisung.
- Es besteht ein verfassungsmässiger Anspruch auf den Zugang zur obligatorischen Schulbildung. Damit ist auch eine Schulpflicht aller Kinder verbunden.

- Die Schweizerische Konferenz der kantonalen Erziehungsdirektoren (EDK) und der Bundesrat haben sich wiederholt gegen einen Datenaustausch in diesem Bereich ausgesprochen.

Lösung 2: Eingeschränkte Meldepflicht (bei Gefährdung des Kindeswohls)

Die Schulbehörden erstatten den Migrationsbehörden nur Meldung über Kinder von Sans-Papiers, wenn Hinweise für einen rechtswidrigen Aufenthalt bestehen und das Wohl des Kindes gefährdet ist (z. B. bei Hinweisen auf gesundheitliche oder familiäre Probleme).

Argument für diese Lösung:

- Meldung beschränkt auf Problemfälle, bei denen im Interesse des Kindeswohls ein Handlungsbedarf der Behörden besteht.

Argumente gegen diese Lösung:

- Eine Meldepflicht für Schulbehörden hätte eine Ausweitung ihrer Aufgaben zur Folge, die dem Anspruch auf die obligatorische Schulbildung (BV) entgegensteht.
- Zuständig für das Kindeswohl ist primär die KESB und nicht die Migrationsbehörde. Die KESB informiert nur in bestimmten Fällen die Migrationsbehörde.

Haltung des Bundesrats (Ablehnung)

Gesetzesänderungen in diesem Bereich sind abzulehnen, auch wenn die Einführung solcher Meldepflichten rechtlich möglich wäre.

Der Bundesrat erachtet solche Massnahmen im Hinblick auf die Integrations- und Bildungsinteressen der Kinder als nicht angebracht, obwohl auch hier ein Interessenkonflikt besteht zwischen den notwendigen Massnahmen zur Durchsetzung des Ausländerrechts und dem Recht aller Kinder auf den obligatorischen Schulunterricht. Sowohl eine generelle als auch eine beschränkte Meldepflicht (Lösungen 1 und 2) hätten neben den erwähnten Nachteilen wohl in erster Linie zur Folge, dass die Kinder von Sans-Papiers die Schule nicht mehr besuchen würden. Der UNO-Pakt I und die KRK gewährleisten jedoch ein Recht aller Personen auf Bildung. Bereits heute bestehen beschränkte Meldemöglichkeiten, namentlich wenn das Wohl des Kindes gefährdet ist. Es besteht somit keine Notwendigkeit, diese Möglichkeiten auszuweiten. Auch bei der Ausarbeitung und der Beratung des Ausländergesetzes vom 16. Dezember 2005 (AuG) wurde aus diesem Grund auf die Einführung einer Meldepflicht für Schulbehörden verzichtet. Die VZAE schliesst ebenfalls ausdrücklich aus, dass die Schulbehörden die kantonalen Migrationsbehörden über den definitiven Schulausschluss von ausländischen Schülerinnen und Schülern informieren, die sich rechtswidrig in der Schweiz aufhalten (Art. 82e Abs. 2 VZAE).

Haltung der Begleitgruppe (Ablehnung)

Die Begleitgruppe teilt die Haltung des Bundesrats. Sie ist der Ansicht, dass eine solche Meldepflicht das Problem des rechtswidrigen Aufenthalts nicht zu lösen vermag. Die Mitglieder haben keine weiteren Anmerkungen dazu gemacht.

Haltung der Teilnehmenden des Runden Tisches (Ablehnung)

Die Teilnehmenden des runden Tisches unterstreichen, dass der Zugang zur Schulbildung gewährleistet sein muss und dass für die Schulen der Aufenthaltsstatus der Schülerinnen und Schüler unerheblich ist. Sie bestätigen, dass in der Praxis kein Datenaustausch zwischen Schul- und Migrationsbehörden stattfindet. Nach Ansicht der Teilnehmenden soll dies auch so bleiben. Andernfalls bestehe die Gefahr, dass Sans-Papiers-Kinder nicht mehr zur Schule gingen, was unweigerlich zu Integrationsschwierigkeiten führe.

13.4 Verschärfung der strafrechtlichen Sanktionen des AIG

Für eine Verschärfung der strafrechtlichen Sanktionen vor allem bei einem rechtswidrigen Aufenthalt, der Förderung des rechtswidrigen Aufenthalts sowie der Beschäftigung von Ausländerinnen und Ausländern ohne Bewilligung (Art. 115–117 AIG) spricht folgendes Argument:

- Dies kann ein starkes Signal für ausländische Personen und Arbeitgebende sein, das sie davon abhält, gegen die Aufenthaltsbestimmungen und das Verbot von Schwarzarbeit zu verstossen.

Argumente gegen diese Lösung:

- Das bestehende System ist verhältnismässig und hat sich bewährt.
- Eine Verschärfung könnte dazu führen, dass die ausländerrechtlichen Sanktionen unverhältnismässig wären im Vergleich zu den Sanktionen bei anderen Straftatbeständen, die namentlich im Schweizerischen Strafgesetzbuch geregelt sind.
- Sollten Änderungen in diesem Bereich vorgesehen werden, können sie im Rahmen von hängigen Vorlagen diskutiert werden (siehe unten).

Haltung des Bundesrats (Ablehnung)

Der Bundesrat hat sich in der Antwort auf die Interpellation Feri (16.3807) «Kommerzielle Schlepper und Menschenhändler. Strafmass» zur Verschärfung der Sanktionen bei der Bekämpfung von Menschenschmuggel geäussert. Diese Interpellation verlangt, dass das Strafmass für Menschenschmuggel sowohl beim Grundtatbestand als auch beim qualifizierten Straftatbestand angepasst wird (Art. 116 Abs. 1 und 3 AIG). Der Bundesrat hielt fest, dass eine Änderung von Artikel 116 AIG in Prüfung sei. Er gab in der Zwischenzeit einen Entwurf zur Änderung der Überschrift von Artikel 116 AIG im Rahmen der Umsetzung des Aktionsplans Integrierte Grenzverwaltung und der finanziellen Unterstützung von Kantonen mit Aufnahmezentren an der Grenze in die Vernehmlassung. Dabei soll der geläufige Begriff «Menschenschmuggel» in das AIG aufgenommen werden. Der Bundesrat hat in seinem erläuternden Bericht festgehalten, dass eine Erhöhung des Strafmasses in Artikel 116 AIG nicht wünschenswert sei, weil insbesondere der geltende Strafrahmen ausreichend ist und in der Praxis auch nicht ausgeschöpft wird. Einige Vernehmlassungsteilnehmer wünschten dennoch schärfere Sanktionen beim Tatbestand des Menschenschmuggels. Die Botschaft des Bundesrats zu dieser Vorlage wird derzeit ausgearbeitet.

Zudem hat der Bundesrat in seiner Botschaft zur Harmonisierung der Strafrahmen und zur Anpassung des Nebenstrafrechts an das geänderte Sanktionenrecht¹⁸⁰ die Aufhebung der Bestimmung bezüglich der leichten Fälle (Art. 116 Abs. 2 AIG) vorgeschlagen. Diesen Fällen kann mit den Bestimmungen des Schweizerischen Strafgesetzbuchs bereits Rechnung getragen werden. Darüber hinaus erachtet der Bundesrat weitere Änderungen von Artikel 116 AIG nicht als erforderlich.

In der Wintersession 2019 lehnte die Staatspolitische Kommission des Nationalrates (SPK-N) die parlamentarische Initiative (18.461) «Artikel 116 AuG. Solidarität nicht mehr kriminalisieren» ab (mit 15 gegen 8 Stimmen). Sie wollte die Förderung der rechtswidrigen Ein- oder Ausreise oder des rechtswidrigen Aufenthalts sowie die Beschäftigung von Ausländerinnen und Ausländern, die nicht über die erforderliche Bewilligung verfügen, nicht mehr unter Strafe stellen, sofern diese Hilfe aus achtenswerten Beweggründen geleistet wird. Der Nationalrat gab dieser parlamentarischen Initiative in der Frühlingssession ebenfalls keine Folge (mit 102 gegen 89 Stimmen).

Die übrigen ausländerrechtlichen Sanktionen bei rechtswidriger Ein- oder Ausreise, rechtswidrigem Aufenthalt, Erwerbstätigkeit ohne Bewilligung (Art. 115 AIG) oder bei einer Beschäftigung von Ausländerinnen und Ausländern ohne Bewilligung (Art. 117 AIG) erachtet der Bundesrat ebenfalls als angemessen. Ein höheres Strafmass wäre unverhältnismässig. Das Verhältnismässigkeitsprinzip gebietet, dass die Strafdrohungen dem Unwert der Tat angemessen sein müssen. Die Strafdrohungen

¹⁸⁰ BBl 2018 2827

sind nach der Schwere der Rechtsgutverletzungen abzustufen und in Einklang mit den bestehenden Straftatbeständen des Strafrechts zu bringen. Zudem wurde das seit 2008 geltende AIG an internationale Standards angeglichen und es sieht im Vergleich zum früheren Recht bereits deutlich strengere Strafbestimmungen vor. Dies gilt insbesondere für die gewinnorientierte und organisierte Form der Tatbegehung.

Dies entspricht auch der Haltung der kantonalen Behörden in den Antworten zum Fragenkatalog des SEM (vgl. Ziff. 2). Auch aus ihrer Sicht sind die bestehenden Sanktionen angemessen und sie werden auch angewendet. In Kombination mit den im BGSA vorgesehenen Sanktionen enthält die geltende Regelung ausreichende Instrumente zur Bekämpfung der Schwarzarbeit und des rechtswidrigen Aufenthalts.

Der Bundesrat ist daher der Ansicht, dass neben den bisherigen Vorschlägen keine weiteren Massnahmen erforderlich sind.

Haltung der Begleitgruppe (Ablehnung)

Die Begleitgruppe wünscht keine Verschärfung der bestehenden Sanktionen und bringt keine weiteren Bemerkungen an.

Haltung der Teilnehmenden des Runden Tisches (Ablehnung)

Die Teilnehmenden des runden Tisches erachten eine Verschärfung der ausländerrechtlichen Sanktionen in Bezug auf den Aufenthalt und die Erwerbstätigkeit ohne Bewilligung generell nicht als erforderlich.

Sie sprechen sich demgegenüber für eine strafrechtliche Amnestie sowohl für Sans-Papiers als auch für ihre Arbeitgebenden aus. Ausgenommen sind Fälle, bei denen eine Ausbeutung vorliegt. Die Aussicht auf Bestrafung veranlasse Sans-Papiers dazu, untergetaucht zu bleiben. Arbeitgebende würden zudem die Sans-Papiers eher entlassen, als sie allenfalls bei einem Verfahren zur Regelung des Aufenthalts zu unterstützen. Gemäss den Erfahrungen mit der Operation Papyrus sei es ein gangbarer Weg, dass Arbeitgebende straffrei bleiben, wenn sie sich bereit erklären, innerhalb einer bestimmten Frist ihren gesetzlichen Verpflichtungen (Bezahlung der Sozialversicherungsbeiträge, Einhaltung des Mindestlohns) nachzukommen und die Sozialabgaben rückwirkend zu leisten.

Mehrere Teilnehmende geben an, dass Arbeitgebende im Hauswirtschaftsbereich die Vorschriften oft nicht kennen und auch nicht wüssten, wie sie zur Erfüllung ihrer Pflichten vorgehen müssen. Sie sollten daher nicht ohne weiteres bestraft werden. Dies gelte jedoch nicht bei missbräuchlichem Verhalten der Arbeitgebenden (Ausbeutung).

Die am Runden Tisch teilnehmenden Gewerkschaften sind ebenfalls der Ansicht, dass zwischen den verschiedenen Kategorien von Arbeitgebenden zu unterscheiden sei. Gegen Arbeitgebende im Hauswirtschaftsbereich, welche die Vorschriften oder die entsprechenden Verfahren teilweise nicht kennen, sei weniger streng vorzugehen als gegen Arbeitgebende in der Bau- oder Gastronomiebranche, welche die Rechtsvorschriften genau kennen, aber aus finanziellen Gründen nicht einhalten. Diese Arbeitgebenden seien zu bestrafen.

Aus Solidarität begangene Delikte sollten ebenfalls nicht bestraft werden. Personen, die beispielsweise Sans-Papiers aus achtenswerten Gründen eine Unterkunft bereitstellen, sollten nicht sanktioniert werden. Die Teilnehmenden unterstützen das Ziel der parlamentarischen Initiative Mazzone (18.461) «Artikel 116 AuG. Solidarität nicht mehr kriminalisieren», der der Nationalrat am 4. März 2020 keine Folge gegeben hat.

Die EKM äusserst sich in ihrer schriftlichen Stellungnahme wie folgt: «In der Vergangenheit wurden die strafrechtlichen Sanktionen gegenüber Personen ohne aufenthaltsrechtlichen Status schrittweise erweitert. So wurden letztes Jahr die Reisemöglichkeiten von vorläufig aufgenommenen Personen restriktiver geregelt. Vorläufig aufgenommenen Personen und Asylsuchenden soll es künftig grundsätzlich verboten sein, ins Ausland zu reisen. Bei unbewilligten Reisen in den Heimat- oder

Herkunftsstaat soll die ‹vorläufige Aufnahme› erlöschen. Personen, die gegen diese neue Regelung verstossen, werden sanktioniert und zu Sans-Papiers gemacht. Aus der Sicht der EKM verstösst die behördliche Schaffung von neuen Sans-Papiers nicht nur gegen die verfassungs- und völkerrechtlich verankerte Menschenwürde, sondern sie schadet auch der Schweiz.»

Gemäss der schriftlichen Stellungnahme der nationalen Plattform zu den Sans-Papiers ist Artikel 115 Absatz 4 AIG dahingehend zu präzisieren, dass bei einem hängigen Gesuch um Aufenthaltsbewilligung ein allfälliges Strafverfahren ausgesetzt wird. Die Artikel 116 Absatz 1 Buchstabe b und 117 Absatz 1 AIG seien so zu ändern, dass bei der Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung die Arbeitnehmenden und die Arbeitgebenden nicht strafbar sind, solange die Lohnbedingungen eingehalten werden. Die Plattform unterstützt ebenfalls das Ziel der erwähnten parlamentarischen Initiative (18.461) «Artikel 116 AuG. Solidarität nicht mehr kriminalisieren».

14 Fazit

Der Bericht zeigt auf, dass die Problematik der Sans-Papiers mit verschiedenen Zielkonflikten verbunden ist.

Sozialversicherungen und Ausländerrecht

Ein Konflikt besteht zwischen dem Zugang zu den Sozialversicherungen und dem Ausländerrecht. Es gilt der Grundsatz, dass die Unterstellung unter die meisten Sozialversicherungen nicht von der ausländerrechtlichen Regelung der betreffenden Person abhängig ist. Massgebend ist der Wohnsitz in der Schweiz. Gleichzeitig wird der rechtswidrige Aufenthalt von ausländischen Personen durch Kontrollmassnahmen insbesondere gestützt auf das Bundesgesetz gegen die Schwarzarbeit (BGSA) und die Strafbestimmungen des AIG bekämpft.

Die im Bericht erwähnten Vor- und Nachteile der möglichen Lösungsansätze zeigen, dass das aktuelle System zwar nicht perfekt ist, sich aber bewährt hat und die zwischen den Sozialversicherungsgesetzen und dem Ausländerrecht bestehenden Zielkonflikte zu verringern vermag (Ziff. 13). Ein genereller Ausschluss der Sans-Papiers von der Sozialversicherungspflicht würde gegen gewisse völkerrechtliche Verpflichtungen der Schweiz verstossen (namentlich den UNO-Pakt I und die Kinderrechtskonvention) und er wäre auch im Hinblick auf die EMRK und die Bundesverfassung problematisch. Eine solche Lösung würde zudem die Beschäftigung von Sans-Papiers für Arbeitgebende noch attraktiver machen, da sie im Gegensatz zu den übrigen Arbeitnehmenden von den Sozialabgaben befreit wären (Ziff. 8.1, 8.2 und 13.1). Sie hätte auch zusätzliche Aufwendungen für die Kantone und Gemeinden zur Folge, die namentlich die Kosten im Bereich der Gesundheitsversorgung im Rahmen der Nothilfe übernehmen müssten.

Der Bundesrat hält an seiner Absicht fest, die Sozialversicherungspflicht grundsätzlich für alle in der Schweiz lebenden Personen beizubehalten. Ein Ausschluss der Sans-Papiers wäre nicht angemessen und widersprüchlich.

Andere Varianten wie der Zugang zu einem beschränkten Leistungskatalog der Krankenversicherung (vgl. Ziff. 13.1.3) oder der Verzicht der Versicherer, bestimmte Dokumente einzufordern im Hinblick auf einen Anschluss an die AHV/IV/EO (vgl. Ziff. 13.1.5) würden ebenfalls nicht zu einer befriedigenden Lösung führen. Sie widersprechen der Politik des Bundesrats, die auf dem sozialen Schutz aller Arbeitnehmenden beruht. Zudem würden sie zu einer nicht gerechtfertigten Ungleichbehandlung führen.

Die Begleitgruppe und die Teilnehmenden des «Runden Tisches» sprechen sich ebenfalls für eine Sozialversicherungspflicht aller in der Schweiz lebenden Personen unabhängig von ihrem Aufenthaltsstatus aus.

Bekämpfung von Schwarzarbeit

Mit dem BGSA wurde eine Regelung zur Bekämpfung von Schwarzarbeit eingeführt, die Sans-Papiers nicht von den Sozialversicherungen und deren Leistungen ausschliesst, wobei in der Praxis nur wenige erwerbstätige Sans-Papiers bei einer Ausgleichskasse angemeldet sind (Ziff. 10.3).

Es ist festzuhalten, dass sich die Gründe für rechtswidrige Arbeitsverhältnisse nicht auf individuelles Fehlverhalten von Arbeitnehmenden oder Arbeitgebenden reduzieren lassen. Sie müssen auch vor dem Hintergrund gesamtgesellschaftlicher Entwicklungszusammenhänge verstanden werden. Die soziodemografischen Entwicklungen, die Höhe der Steuern und Sozialversicherungsbeiträge, die Qualität staatlicher Institutionen, die Höhe der Sanktionen und die Wahrscheinlichkeit, kontrolliert zu werden, beeinflussen die Schwarzarbeit ebenfalls (Ziff. 3.3). Schwarzarbeit ist kein neues Phänomen in der Schweiz, und es nicht möglich, alle Arbeitsbeziehungen umfassend zu kontrollieren.

Nach Ansicht des Bundesrats enthalten die gesetzlichen Bestimmungen zur Bekämpfung der Schwarzarbeit geeignete Instrumente, um gegen eine rechtswidrige Erwerbstätigkeit oder die Beschäftigung von ausländischen Personen ohne ausländerrechtliche Bewilligung vorzugehen. Die ausländerrechtlichen Sanktionen wurden mit dem Inkrafttreten des AuG (heute AIG) am 1. Januar 2008 erheblich verschärft. Die Einhaltung der ausländerrechtlichen Melde- und Bewilligungspflichten wird von den kantonalen Migrationsbehörden und – gestützt auf das BGSA – von den kantonalen Kontrollorganen überwacht. Mit der Teilrevision des BGSA am 1. Januar 2018 haben die zuständigen kantonalen Kontrollorgane wirksamere Instrumente zur Bekämpfung der Schwarzarbeit und zur Missbrauchsbekämpfung beim vereinfachten Abrechnungsverfahren erhalten. Die Teilrevision des BGSA ermöglicht auch einen intensiveren Datenaustausch zwischen den für die Arbeitsmarktkontrolle zuständigen Stellen, den Migrationsbehörden und den Ausgleichskassen. Dies gilt für den Fall, dass bestimmte Behörden oder Organe bei der Erfüllung ihrer Aufgaben Anhaltspunkte für Schwarzarbeit feststellen (Ziff. 10.1).

Da sich Sans-Papiers in der Regel nicht bei den Behörden anmelden, wenn sie eine Entdeckung befürchten müssen, erachtet der Bundesrat einen automatischen Datenaustausch zwischen den mit dem Vollzug der Sozialversicherungsgesetze und den mit dem Vollzug des AIG betrauten Organen in der Praxis als wenig wirkungsvoll. Bei den parlamentarischen Arbeiten zur Teilrevision des BGSA im Jahr 2018 wollte das Parlament nicht über den zurzeit im BGSA vorgesehenen Datenaustausch hinausgehen.

Die Begleitgruppe, die befragten kantonalen Migrationsbehörden und die Teilnehmenden des Runden Tisches haben festgehalten, dass die geltenden Bestimmungen des BGSA aus ihrer Sicht ausreichend sind.

Aufenthaltsregelung in Härtefällen

In Bezug auf eine Aufenthaltsregelung für Sans-Papiers lehnt der Bundesrat eine einmalige kollektive Regularisierung oder Teilregularisierung grundsätzlich ab. Die bestehenden Rechtsgrundlagen im AIG und in der VZAE gewähren den Kantonen und dem SEM den nötigen Handlungsspielraum, um im Einzelfall eine Aufenthaltsbewilligung zu erteilen, wenn ein schwerwiegender persönlicher Härtefall vorliegt. Der Bundesrat erachtet eine Anpassung der massgebenden rechtlichen Bestimmungen nicht als erforderlich.

Die Begleitgruppe und die Teilnehmenden des Runden Tisches lehnen eine einmalige kollektive Regularisierung ebenfalls ab. Einige Mitglieder der Begleitgruppe und eine Mehrheit der Teilnehmenden des Runden Tisches äussern sich jedoch differenzierter in Bezug auf die Möglichkeit einer einmaligen Teilregularisierung beschränkt auf bestimmte Personenkategorien. Sie sind der Ansicht, dass solche Lösungen gestützt auf die Erfahrungen mit der Operation Papyrus im Kanton Genf geprüft und allenfalls umgesetzt werden sollten. Die Mitglieder der Begleitgruppe und eine Mehrheit der Teilnehmenden des Runden Tisches sind dennoch der Ansicht, dass die bestehenden Voraussetzungen für die Erteilung einer Härtefallbewilligung nicht geändert werden sollen (Art. 31

VZAE). Sie sprechen sich auch für eine individuelle Prüfung der Bewilligungsgesuche in Härtefällen aus. Es wird befürchtet, dass eine Änderung der rechtlichen Grundlagen den für die Behandlung von Härtefällen benötigten Handlungsspielraum verringern würde. Diese Ansicht teilen auch die kantonalen Migrationsbehörden, die den Fragebogen des SEM ausgefüllt haben (vgl. Ziff. 2).

Nach Ansicht des Bundesrats besteht auch kein Handlungsbedarf bei der Regelung der Voraussetzungen für die Erteilung einer Härtefallbewilligung im Hinblick auf eine Berufsausbildung von Sans-Papiers (Art. 30a VZAE). Er erachtet die bestehenden Kriterien als angemessen. Die von einigen Mitgliedern der Begleitgruppe und einigen Teilnehmenden des Runden Tisches in diesem Bereich gewünschten Lockerungen (v. a. kürzere Mindestdauer des geforderten Schulbesuchs in der Schweiz) eine nicht gerechtfertigte Besserstellung gegenüber anderen ausländischen Personen zur Folge hätte. Dies gilt namentlich gegenüber ausländischen Personen, die eine ordentliche Aufenthaltsbewilligung für eine Berufsausbildung in der Schweiz beantragen und dabei strengere Voraussetzungen erfüllen müssten.

Das SEM muss jedoch regelmässig überprüfen, ob seine Weisungen zum Ausländerrecht dem aktuellen Stand der Bestimmungen im Gesetz und in den Verordnungen, der Rechtsprechung und der Praxis entsprechen. Allfällige Änderungen der Weisungen sollen jedoch den Handlungsspielraum der zuständigen Behörden im Rahmen des geltenden Rechts nicht einschränken oder zu einer Lockerung der Praxis des SEM führen (Ziff. 13.2.4). Die Weisungen des SEM zur Prüfung von Härtefallgesuchen müssen dem Willen entsprechen, der den massgebenden Rechtsvorschriften zugrunde liegt. Der Bundesrat ist der Ansicht, dass die Festlegung von detaillierten und abschliessenden Bewilligungsvoraussetzungen diesem Grundsatz widersprechen würden. Dies gilt beispielsweise bezüglich der zeitlichen Voraussetzungen für die Prüfung von Härtefällen. Dadurch würde der vom Gesetzgeber festgelegte Handlungsspielraum zu stark eingeschränkt.

Die Begleitgruppe spricht sich ebenfalls für punktuelle Anpassungen der Weisungen des SEM aus, wenn dafür ein Bedarf besteht. Die Teilnehmenden des Runden Tisches erachten demgegenüber eine Präzisierung und eine Gewichtung der Kriterien der VZAE in den Weisungen des SEM als wünschenswert.

Der Bundesrat ist der Ansicht, dass sich das geltende Recht auch in Bezug auf abgewiesene Asylsuchende bewährt hat, die sich rechtswidrig in der Schweiz aufhalten. Es lässt in schwerwiegenden Härtefällen Ausnahmen vom Grundsatz der Ausschliesslichkeit des Asylverfahrens zu. Voraussetzung dafür ist, da sich die betroffene Person seit mindestens fünf Jahren in der Schweiz aufhält. Ein Pull-Effekt wird vermieden Art. (14 Abs. 2 AsylG). Das Parlament hat der im Jahr 2019 in Kraft getretenen Neustrukturierung des Asylbereichs zugestimmt, ohne hier eine Änderung vorzunehmen.

Strafrechtliche Sanktionen

Der Bundesrat ist der Ansicht, dass neben der bereits vorgeschlagenen Änderung von Artikel 116 AIG (Ziff. 13.4) keine weiteren Anpassungen bei den Strafbestimmungen des AIG erforderlich sind. Eine Verschärfung der Strafen wäre nicht verhältnismässig. Das Parlament hat sich zudem gegen eine Entkriminalisierung der aus Solidarität geleisteten Hilfe für rechtswidrig anwesende Migrantinnen und Migranten in der Schweiz ausgesprochen. Der Nationalrat hat der parlamentarischen Initiative (18.461) «Artikel 116 AuG. Solidarität nicht mehr kriminalisieren» am 4. März 2020 keine Folge gegeben.

Die Begleitgruppe erachtet die bestehenden strafrechtlichen Bestimmungen ebenfalls als angemessen. In diesem Sinn haben sich auch die befragten kantonalen Behörden in den Antworten zum Fragenkatalog des SEM geäussert (Ziff. 2 und Anhang 1). Die Teilnehmenden des Runden Tisches sind der Ansicht, dass die strafrechtlichen Sanktionen auf keinen Fall verschärft werden dürfen. Sie sprechen sich teilweise für eine Entkriminalisierung gemäss der oben erwähnten parlamentarischen Initiative aus.

Zugang zum obligatorischen Schulunterricht der Kinder von Sans-Papiers

Auch im Schulbereich besteht ein Interessenkonflikt zwischen den notwendigen Massnahmen zur Verhinderung von Widerhandlungen gegen die ausländerrechtlichen Bestimmungen und dem verfassungsmässigen Recht aller Kinder auf den obligatorischen Schulunterricht. Der Bundesrat ist weiterhin der Auffassung, dass ein systematischer Datenaustausch zwischen den Schulen und Migrationsbehörden nicht angemessen ist und das Problem des rechtswidrigen Aufenthalts nicht lösen würde. Bei einem systematischen Datenaustausch besteht nämlich die Gefahr, dass die Kinder von Sans-Papiers-Kinder nicht mehr zur Schule gehen und sich ihre Situation dadurch noch verschlechtert. Dies entspricht auch der Haltung der Begleitgruppe und des Runden Tisches.

Die Zielkonflikte zwischen den von der Thematik der Sans-Papiers betroffenen Bereichen und Vollzugsbehörden lassen sich nicht vollständig auflösen. Dennoch erachtet der Bundesrat das bestehende System in Bezug auf die Aufenthaltsregelung, die Sozialversicherungspflicht, die Bekämpfung von Schwarzarbeit, den Datenaustausch und die strafrechtlichen Sanktionen als kohärent. Es ermöglicht den Behörden, ihre unterschiedlichen gesetzlichen Aufgaben zu erfüllen und gleichzeitig der besonderen Situation von Sans-Papiers Rechnung zu tragen. Mit einer konsequenten Anwendung der ausländerrechtlichen Bestimmungen durch die zuständigen Migrationsbehörden insbesondere auch beim Wegweisungsvollzug lässt sich die Zahl der rechtswidrig anwesenden Personen in der Schweiz verringern.

15 Anhänge

- Anhang 1:** Fragebogen, der den kantonalen Migrationsbehörden über die VKM zugestellt wurde
- Anhang 2:** Fragebogen, der verschiedenen europäischen Staaten zugestellt wurde
- Anhang 3:** Schriftliche Stellungnahme der Eidgenössischen Migrationskommission (EKM)
- Anhang 4:** Schriftliche Stellungnahme der nationalen Plattform zu den Sans-Papiers

Anhang 1: Fragenkatalog, der den Kantonen über die VKM zugestellt wurde (vgl. Ziff. 1)

Anhang



Schweizerische Eidgenossenschaft
Confédération suisse
Confederazione Svizzera
Confederaziun svizra

Eidgenössisches Justiz- und Polizeidepartement EJPD

Staatssekretariat für Migration SEM

Direktion
Stabsbereich Recht

Referenz/Aktenzeichen: COO.2180.101.7.850822 / 333/2019/00014 Unser Zeichen:

3003 Bern-Wabern, den 27. April 2019

Anlass: Umsetzung des Postulats SPK-NR (18.3381) «Gesamthafte Prüfung der Problematik der Sans-Papiers»

Fragenkatalog zuhanden der Kantone

1. Wortlaut des Postulats

Der Bundesrat wird beauftragt, unter Berücksichtigung der bisher gemachten Erkenntnisse aus der Genfer Operation Papyrus, folgende Punkte zu prüfen und in einem Bericht vorzulegen:

1. *Auflistung aller Rechtsansprüche auf und aus Sozialversicherungen, die auch Personen ohne regulären Aufenthaltsstatus (Sans-Papiers) gewährt werden;*
2. *Folgen einer möglichen Aberkennung der gewährten Rechtsansprüche sowohl für Bund, Kantone und Gemeinden als auch für die betroffenen Sans-Papiers;*
3. *Zugang zu Schulen und anderen öffentlichen Dienstleistungen für Sans-Papiers;*
4. *heutige Praxis beim Datenaustausch zwischen verschiedenen Behörden, die mit Sans-Papiers in Kontakt stehen;*
5. *Vollzug der einschlägigen Strafbestimmungen und Rechtspraxis bei Verstössen im Zusammenhang mit Sans-Papiers (Beschäftigung, Arbeitsvermittlung, Wohnungsvermietung);*
6. *Anzahl jährliche Rechtsfälle im Zeitraum der letzten fünf Jahre, aufgeschlüsselt nach Art des Verstosses;*
7. *gängige Praxis der Regularisierung des Aufenthalts von Sans-Papiers sowie der Bewilligung der Erwerbstätigkeit gemäss Härtefallkriterien (Art. 31 VZAE);*
8. *Anzahl jährliche Regularisierungen über den Zeitraum der letzten fünf Jahre;*
9. *mögliche Lösungsansätze für Menschen ohne geregelten Aufenthalt.*

2. Vorabinformationen:

Bei der Ausarbeitung des Bundesratsberichts haben wir den Begriff «Sans-Papiers» definiert als Personen mit rechtswidrigem Aufenthalt in der Schweiz, die in der Regel keine Staatsangehörigen eines EU/EFTA-Mitgliedstaates sind.

Zu dieser Kategorie gehören namentlich:

- ausländische Personen, die nie eine Aufenthaltsbewilligung besessen haben und die erwerbstätig oder nicht erwerbstätig sind;
- ausländische Personen, die keine für die Schweiz gültige Aufenthaltsbewilligung mehr besitzen.

Dabei kann es sich insbesondere um ausländische Personen handeln, die nach Ablauf der Gültigkeitsdauer ihres Visums nicht aus der Schweiz ausgereist sind oder deren Aufenthaltsbewilligung abgelaufen und nicht verlängert worden ist und die dennoch in der Schweiz geblieben sind. Asylsuchende, deren Asylgesuch abgelehnt wurde und die nicht freiwillig in ihr Heimat- oder Herkunftsland zurückgekehrt sind oder die nicht dorthin weggewiesen werden können, gehören ebenfalls zu dieser Personengruppe, da ihr Aufenthalt als rechtswidrig zu betrachten ist. Letztere beziehen in der Regel Nothilfe und sind den Behörden somit bekannt.

Für die Ziffern 1 und 2 des Postulats (bezüglich Sozialversicherungen) ist das Eidgenössische Departement des Innern zuständig, weshalb das vorliegende Dokument keine spezifischen Fragen zu diesem Thema enthält. Falls Sie jedoch Anmerkungen oder Informationen insbesondere im Zusammenhang mit dem diesbezüglichen Austausch unter den Kantonen haben, können Sie uns diese gerne unter dem Punkt «Verschiedenes» mitteilen.

3. Fragen des SEM an die Kantone

Wir danken Ihnen im Voraus für Ihre Unterstützung. Ihre Antworten werden bei der Ausarbeitung des Berichts des Bundesrates in Erfüllung des oben genannten Postulats sehr hilfreich sein.

Zu Ziffer 3 des Postulats (Schulen und öffentliche Dienstleistungen)

1. *Wie sieht Ihre Praxis in Bezug auf den Zugang von Sans-Papiers zu obligatorischen und nachobligatorischen Schulen (Universität, Hochschule und Lehre) aus?*
2. *Erhalten Sans-Papiers gemäss Ihrer Erfahrung und in der Praxis die gleichen öffentlichen Leistungen wie Personen mit rechtmässigem Aufenthalt?*

Zu Ziffer 4 des Postulats (Datenaustausch)

3. *Wie sieht Ihre Praxis in Bezug auf den Datenaustausch zwischen den verschiedenen kantonalen Stellen (Schulen, Strafverfolgungsbehörden, kantonale Ausgleichskasse, Sozialdienste, Arbeitsvermittlungsstellen, Spitäler usw.) und den Migrationsbehörden im Zusammenhang mit Sans-Papiers aus? Werden Sans-Papiers von diesen Stellen systematisch der kantonalen Migrationsbehörde gemeldet?*
4. *Denken Sie, dass die geltenden Pflichten in Bezug auf den Datenaustausch gemäss dem Ausländergesetz (namentlich Art. 97 AIG und Art. 82 ff. VZAE), dem Bundesgesetz über die Alters- und Hinterlassenenversicherung (namentlich Art. 50a AHVG) und weiteren Gesetzen (namentlich dem Bundesgesetz gegen die Schwarzarbeit) ausreichen?*

Zu Ziffer 5 und 6 des Postulats (Vollzug der Strafbestimmungen, Statistiken und kantonale Praxis)

5. *Wie sehen Ihre Erfahrungen in Bezug auf Verstösse (illegaler Aufenthalt, Beschäftigung ohne Bewilligung, Arbeitsvermittlung ohne Bewilligung, Unterbringung) im Zusammenhang mit Sans-Papiers aus? Verfügen Sie über entsprechende Statistiken? Welches sind die straf- und ausländerrechtlichen Folgen bei Verstössen?*

Wie sehen Ihre Erfahrungen in Bezug auf Verstösse (illegaler Aufenthalt, Beschäftigung ohne Bewilligung, Arbeitsvermittlung ohne Bewilligung, Unterbringung) im Zusammenhang mit Sans-Papiers aus? Verfügen Sie über entsprechende Statistiken? Welches sind die straf- und ausländerrechtlichen Folgen bei Verstössen?

6. *Gibt es Fälle, in denen auf eine Strafverfolgung verzichtet wird? Wenn ja, aus welchen Gründen?*

Zu Ziffer 7 des Postulats

7. *Wie sieht die Praxis in Ihrem Kanton in Bezug auf die Prüfung und Bearbeitung der von Sans-Papiers eingereichten Gesuche um eine Aufenthaltsbewilligung aus (Art. 30 Abs. 1 Bst. b AIG und Art. 14 Abs. 2 AsylG)?*

Zu Ziffer 8 des Postulats

8. *Wie hoch ist die jährliche Anzahl negativer Entscheide betreffend Sans-Papiers gestützt auf Artikel 31 VZAE über den Zeitraum der letzten fünf Jahre?*

9. *Wie sieht die Praxis der kantonalen Beschwerdeinstanzen in Ihrem Kanton aus?*

Zu Ziffer 9 des Postulats

10. *Sollte die geltende Regelung von Härtefällen nach Artikel 30 Absatz 1 Buchstabe b AIG, Artikel 14 Absatz 2 AsylG und Artikel 31 VZAE geändert werden?*

Verschiedenes

11. *Haben Sie zusätzliche Anmerkungen in Bezug auf die Umsetzung des Postulats?*

**Anhang 2: Fragebogen, der den verschiedenen europäischen Staaten zugestellt wurde
(vgl. Ziff. 12)**



Vienna, 09th October 2019

GDISC NCP Request from Switzerland

“Undocumented migrants – How does the respective legislation and practice look like within other European countries?”

Deadline: 28.10.2019

Background information

Switzerland is currently putting together a situation report on the legislation and practice for undocumented migrants. In this regard Switzerland would be interested to learn about how the legislation and practice for undocumented migrants looks like in other European countries.

Questions

- 1) Is irregular migration and especially the regularization of persons without a right to stay a current topic in your country? What are the current political discussions on this topic? Have you in the past carried out a collective regularization, given amnesty or partial amnesty (e.g. for families with children)? If yes, how many persons received a permit to stay through such a procedure?
- 2) Does your legal framework provide the possibility of regularizing undocumented persons (single persons or persons with children [as opposed to a collective regularization above])? If so, what legal conditions need to be fulfilled for such a regularization? If yes, how many persons received a permit to stay through such a procedure?
- 3) Do you have any number or an estimate on the number of undocumented persons residing in your country?
- 4) Which rights and duties apply to persons without a right to stay residing in your country? Do they have access to:
 - Medical care?
 - Social insurance benefits? (eg. insurance regarding sickness, accident, or retirement etc.)
 - Compulsory education (school) or post-secondary education?
 - Financial state assistance covering basic needs?
 - Justice (courts) without having to disclose their irregular stay?
 - Regarding social insurances, are persons without a right to stay covered in the same way as foreign nationals with a legal stay or as local citizens?
- 5) Regarding social insurances, are persons without a right to stay covered in the same way as foreign nationals with a legal stay or as local citizens?

Anhang 3: Schriftliche Stellungnahme der Eidgenössischen Migrationskommission (Ziff. 13)



Schweizerische Eidgenossenschaft
Confédération suisse
Confederazione Svizzera
Confederaziun svizra

Eidgenössisches Justiz- und Polizeidepartement EJPD
Eidgenössische Migrationskommission EKM

EKM, 17. Januar 2020

Zur Problematik der Sans-Papiers

Stellungnahme der EKM

Sehr geehrte Frau Galli

Wir danken Ihnen für die Möglichkeit, zur Problematik der Sans-Papiers Stellung nehmen zu können. Um Lösungen für Problematik zu finden, müssen aus Sicht der EKM auf drei Ebenen Instrumente entwickelt und umgesetzt werden:

1. *Der Bund und die Kantone müssen Formen der Zusammenarbeit entwickeln, welche die Spielräume, die gemäss geltendem Bundesrecht bestehen, zugunsten der Sans-Papiers (Regularisierung) und ggf. zur Sanierung des Arbeitsmarkts (Durchsetzung der Gesetzgebung gegen die Schwarzarbeit und Sanierung stark betroffener Branchen) kreativ zu nutzen (siehe bspw. das Modell «Opération Papyrus» im Kanton Genf oder das Modell «Aktive Prüfung der Regularisierung von Sans-Papiers» im Kanton Zürich).*
2. *Geltendes Recht muss punktuell angepasst werden (z.B. Art. 30 VZAE zur beruflichen Grundbildung).*
3. *Die Schaffung neuer Sans-Papiers durch die Politik muss vermieden werden.*

In der Folge finden Sie die Anregungen der EKM zur Aufenthaltsregelung und zu den staatlichen Leistungen. Diese verweisen grob auf zwei Gruppen von Sans-Papiers, auf solche aus dem Ausländer- und solche aus dem Asylbereich.

Sans-Papiers aus dem Ausländerbereich

Bei dieser Gruppe handelt es sich um Personen aus sogenannten Drittstaaten, die nie ein Visum oder eine Aufenthaltsbewilligung in der Schweiz besessen haben oder Personen, die einmal im Besitz eines Visums oder einer Aufenthaltsbewilligung waren, die Aufenthaltsberechtigung jedoch abgelaufen ist, ohne dass sie die Schweiz verlassen haben. Sie bestreiten ihren Lebensunterhalt zumeist durch Arbeit in Niedriglohnbereichen.

Sans-Papiers aus dem Asylbereich

Bei dieser Gruppe handelt es sich um Personen, die aus dem Asylprozess ausscheiden, die jedoch in der Schweiz bleiben. Entweder können sie objektiv nicht in ihr Heimatland zurückkehren oder sie fürchten sich vor einer Rückkehr so sehr, dass sie ein Leben am Rand der Schweizer Gesellschaft vorziehen.

Ein Teil dieser Sans-Papier taucht unter und versucht sich mit Gelegenheitsarbeiten über Wasser zu halten. Bei einem weiteren Teil handelt es sich um Personen, welche den Behörden bekannt sind, die sozusagen in der «regulären Illegalität» leben. Sie leben von der Nothilfe, denn es ist ihnen untersagt zu arbeiten und ihren Lebensunterhalt selber zu bestreiten. Die Zahl der Personen, die über länger als ein Jahr Nothilfe beziehen, ist steigend.

Fokus 1: Aufenthaltsregelung

Aufenthaltsregelung und mögliche Lösungsansätze (Voll-/Teilamnestie, Präzisierung der VZAE oder der Weisungen des SEM, Aufenthaltsregelung im Hinblick auf eine berufliche Ausbildung, Sonderkontingente, City Card)

- *Kann eine Amnestie (mit Bedingungen und mit welchen?) oder nur eine Teilamnestie (für bestimmte Gruppen von Sans-Papiers) eine mögliche Lösung sein?*

Die EKM stellt sich auf den Standpunkt, dass eine (Teil-)Amnestie eine mögliche Lösung sein kann. Aus ihrer Sicht müssen jedoch formelle Kriterien definiert werden, die erfüllt sein müssen, um ein Gesuch um Regularisierung zu stellen und es müssen materielle Kriterien festgelegt werden, die herangezogen werden, um Einzelfälle zu prüfen.

Verschiedene Kantone haben in den vergangenen Jahren entsprechende Erfahrungen gesammelt. Zwei Beispiele:

Die «Opération Papyrus» wurde vom Kanton Genf entwickelt. Dieses Pilotprojekt zielte auf die Regularisierung von Sans-Papiers aus dem Ausländerbereich, die in den Arbeitsmarkt integriert waren und den Lebensunterhalt selbstständig bestritten. Im Rahmen des Projekts konnten jene Sans-Papiers ein Gesuch stellen, die arbeiteten und finanziell unabhängig waren und die in der Schweiz nicht straffällig geworden waren. Familien mit schulpflichtigen Kindern mussten mindestens fünf Jahre ununterbrochen in Genf gelebt haben, Einzelpersonen, kinderlose Paare oder Paare mit Kindern, die noch nicht schulpflichtig sind, zehn Jahre. Ausserdem mussten sie ihre Französischkenntnisse in einem Test unter Beweis stellen. Bei einem Drittel der Personen, die im Rahmen dieses Pilotprojekts reguliert wurden, handelte es sich um Kinder und Jugendliche. In enger Zusammenarbeit mit dem Staatssekretariat für Migration SEM definierte der Kanton Genf klare materielle Kriterien für die Erteilung einer Härtefallbewilligung. Das SEM bot Hand, den Anträgen, welche die Kriterien erfüllten, zuzustimmen.

Zivilgesellschaftliche Organisationen halfen den Sans-Papiers, die Chancen und Risiken eines Härtefallgesuchs abzuwägen. Nach der Einreichung unterzogen die Genfer Behörden jeden Einzelfall einer Prüfung, wobei die Sans-Papiers darauf vertrauen konnten, dass die Behörden die Härtefallgesuche nicht nach freiem Ermessen, sondern nach klaren und einheitlichen Kriterien beurteilten. Parallel dazu ergriffen die Genfer Behörden flankierende Massnahmen, um die Situation auf dem Arbeitsmarkt – insbesondere im Bereich der Hauswirtschaft – zu sanieren. Gesuche konnten zwischen Februar 2017 und Dezember 2018 eingereicht werden. Bis Ende Oktober 2019 waren in Genf 1323 Personen reguliert worden.

Mit der «Systematischen Überprüfung von Langzeitbeziehenden der Nothilfe» hat das Migrationsamt des Kantons Zürich ab 2017 ein Pilotprojekt entwickelt, das die Regularisierung von Langzeitbeziehenden von Nothilfe aus dem Asylbereich anvisiert. Personen, welche die formalen Kriterien für ein Härtefallgesuch erfüllten, wurden von den Behörden angeschrieben. Sie wurden darauf hingewiesen, dass sie die Einreichung eines Härtefallgesuchs in Betracht ziehen können. Viele Angeschriebene nahmen daraufhin mit Beratungsstellen Kontakt auf und stellten entsprechende Gesuche. Fehlten beispielsweise die sprachlichen Kompetenzen, bewirkte dieser Impuls, dass sich Nothilfebezüger aktiv um eine bessere sprachliche Integration bemühten und nach und nach die erforderlichen Dokumente einreichen konnten. Dieses Pilotprojekt startete Mitte 2017 und wurde 2018 abgeschlossen. Rund 100 Personen erhielten die vom Gesetz vorgesehene Härtefallbewilligung, welche den Betroffenen die Möglichkeit eröffnete, einer Erwerbstätigkeit nachzugehen.

Der Wille der Politik und der beteiligten Behörden war sowohl im Kanton Genf wie auch im Kanton Zürich die Voraussetzung für die Entwicklung der Regularisierungsmodelle.

- *Könnten die Voraussetzungen für die Aufenthaltsregelung in die Verordnung über Zulassung, Aufenthalt und Erwerbstätigkeit (VZAE) besser umschrieben werden?*

Die «Opération Papyrus» und die «Systematische Überprüfung von Langzeitbeziehenden in der Nothilfe» stützen sich auf geltendes Recht und loten die darin enthaltenen Spielräume aus. Die beiden Pilotprojekte zeigen auf, dass eine Teilamnestie erreicht werden kann, ohne dass die formellen und materiellen Kriterien im geltenden Recht angepasst (sprich besser umschrieben) werden müssen.

Kurzfristig kann die «bessere Umschreibung» der Voraussetzungen Risiken bergen: enger gefasste Kriterien können Kantonen, in denen ein politischer Wille besteht und die gewillt sind, die prekäre Situation von Sans-Papiers zu verbessern, die dafür notwendigen Spielräume entziehen. Es wird ihnen verunmöglicht, neue Wege zu beschreiten und innovative Modelle zu entwickeln. Aus der Sicht der EKM wäre es deshalb kurzfristig zielführender, wenn das SEM Massnahmen in die Wege leiten könnte, welche auf den Erfahrungen des Genfer oder des Zürcher Modells aufbauen und die Kantone ermutigen könnte, auf der Basis bestehender Erfahrungen eigene Modelle zur Regularisierung von Sans-Papiers zu entwickeln.

Mittel- und langfristig könnten die Voraussetzungen für die Aufenthaltsregelung in den einschlägigen rechtlichen Grundlagen angepasst werden. Dies auf der Basis der gewonnenen Erfahrungen, welche sich aus der Praxis der Kantone zu entwickeln beginnen. Aber auch eine «bessere Umschreibung der Voraussetzungen» muss Ermessensspielräume offen lassen, die es erlauben, der gelebten Realität von Sans-Papiers – die oft prekär und immer vielfältig ist – Rechnung zu tragen.

Könnten die Voraussetzungen für eine Aufenthaltsregelung in die Weisungen Ausländer I Ziffer 5 des SEM präzisiert werden?

Siehe oben.

- *Könnte eine (Teil)Lösung mit einer Änderung von Art. 30a VZAE (Berufliche Grundbildung) erreicht werden?*

Auch im Bereich der beruflichen Grundbildung nutzen die Kantone vorhandene Spielräume. Im Kanton Basel-Stadt werden jugendliche Sans-Papiers, die Nothilfe beziehen, bezüglich der Teilnahme an einer beruflichen Grundbildung gleichbehandelt wie jugendliche Sans-Papiers aus dem Ausländerbereich. Der Besuch von Lehr- oder Ausbildungsgängen wird bei einem Negativentscheid im Asylverfahren nicht gestoppt. Der Kanton setzt einen Schwerpunkt bei der Ermöglichung einer selbstständigen Zukunft für Jugendliche und junge Erwachsene. Der Vollzug der Wegweisung hat jedoch immer Vorrang (siehe hierzu: Personen, die aus dem Asylsystem ausscheiden: Profile, (Aus)Wege, Perspektiven. Empfehlungen der EKM. Dezember 2019, www.ekm.admin.ch/content/dam/data/ekm/dokumentation/empfehlungen/empf_ausscheiden_asylsystem.pdf).

Die Erfahrungen aus den Kantonen Genf und Zürich zeigen, dass es in der Gruppe der Sans-Papiers einen beträchtlichen Anteil von Kindern und Jugendlichen gibt. Aus der Sicht der EKM ist es stossend, wenn diese die negativen Folgen der Aufenthaltssituation ihrer Eltern tragen müssen. Aus ihrer Sicht ist sicherzustellen, dass die Nachkommen von Sans-Papiers in einem kindergerechten Umfeld aufwachsen, die öffentliche Schule besuchen und eine Ausbildung – Berufslehre oder eine andere Ausbildung auf Sekundarstufe II – machen können. Eine Berufslehre ist bei Kindern und Jugendlichen auch bei einer allfälligen späteren Rückkehr ins Herkunftsland eine gute Investition.

Die geringe Zahl von 48 Sans-Papiers, die zwischen 2013 und 2019 eine Lehrstelle antreten konnten zeigt, dass Art. 30a VZAE Schwachstellen aufweist. In diesem Bereich müsste geltendes Recht dringend angepasst werden. Die EKM hat sich bereits mehrmals und ausführlich – beispielsweise in der Vorkonsultation des SEM zu einer möglichen Anpassung der Bestimmung über die berufliche Grundausbildung von Sans-Papiers vom 26. Januar 2018 – geäussert, in welche Richtung eine entsprechende Änderung gehen müsste (siehe Anhang).

In ihren diesbezüglichen Stellungnahmen schlägt die EKM u.a. vor, dass jugendlichen Sans-Papiers nach Abschluss der Grundbildung die Aufenthaltsbewilligung verlängert werden soll, ohne dass sie dafür ein Härtefallgesuch stellen müssen. In der Schweiz herrscht ein Mangel an Fachkräften, und das Land hat ein Interesse daran, jungen Berufsleuten eine Perspektive zu geben.

- *Führt die Schaffung von zusätzlichen Sonderkontingenten für die Kantone zu einer Lösung?*

Die Schaffung von zusätzlichen Sonderkontingenten für Sans-Papiers, die durch die Kantone reguliert wurden, schiessen aus der Sicht der EKM am Ziel vorbei. Regulisierte Sans-Papiers sollten nicht an die kantonalen Kontingente für die Zuwanderung von Arbeitskräften aus Drittstaaten angerechnet werden. Bei der Regularisierung sollten sie gleichbehandelt werden wie Personen, die mit einer Aufenthaltsbewilligung in der Schweiz leben.

- *Kann die Einführung von sogenannten City Cards eine Lösung bringen?*
- *Aus der Sicht der EKM ist es stossend, wenn Nothilfebeziehende, die von Ordnungskräften kontrolliert werden, aufgrund ihres nicht bewilligten Aufenthalts gebüsst und aufgrund mehrmaliger Bussen verurteilt und eingesperrt werden können.*

Eine City Card, wie sie in Zürich und Bern geprüft wird, sieht vor, allen Bewohnerinnen und Bewohnern der Stadt, unabhängig vom Aufenthaltsstatus einen Ausweis auszustellen und ihnen so die Teilhabe am Leben und den Zugang zu grundlegenden Dienstleistungen in der Stadt zu ermöglichen. Da sich die Gültigkeit auf das Gebiet der Stadt beschränkt, ist die City Card für sich genommen jedoch ungenügend. Sie ersetzt nicht die Entwicklung von Instrumenten durch die Kantone und den Bund.

Ein anderes Modell hat der Kanton Waadt entwickelt: Er stellt nothilfebeziehenden Sans-Papiers eine Bescheinigung aus, die im Regelfall von der Polizei akzeptiert wird und die Betroffene davor schützt, für den illegalen Aufenthalt bestraft zu werden. Grundsätzlich begrüsst die EKM auch diese Möglichkeit.

- *Stellt die Verschärfung der strafrechtlichen Sanktionen im AIG eine Lösungsmöglichkeit dar?*

In der Vergangenheit wurden die strafrechtlichen Sanktionen gegenüber Personen ohne aufenthaltsrechtlichen Status schrittweise erweitert. So wurden letztes Jahr die Reisemöglichkeiten von vorläufig aufgenommenen Personen restriktiver geregelt. Vorläufig aufgenommenen Personen und Asylsuchenden soll es künftig grundsätzlich verboten sein, ins Ausland zu reisen. Bei unbewilligten Reisen in den Heimat- oder Herkunftsstaat soll die «Vorläufige Aufnahme» erlöschen. Personen, die gegen diese neue Regelung verstossen, werden sanktioniert und zu Sans-Papiers gemacht.

Aus der Sicht der EKM verstösst die behördliche Schaffung von neuen Sans-Papiers nicht nur gegen die verfassungs- und völkerrechtlich verankerte Menschenwürde, sondern sie schadet auch der Schweiz (siehe hierzu Stellungnahme der EKM und Anhang zu den Änderungen des Bundesgesetzes über die Ausländerinnen und Ausländer und über die Integration (AIG) zur Motion «Keine Reisen ins Heimatland für vorläufig Aufgenommene» vom Dezember 2019, <https://www.ekm.admin.ch/ekm/de/home/aktuell/stellungnahmen/2019/2019-12-03.html>).

- *Kann ein konsequenter Vollzug der Wegweisung aller Personen ohne Aufenthaltsregelung eine Lösung darstellen?*

Die Wegweisung wird – dort wo sie möglich ist – bereits heute konsequent vollzogen. Der Bund unterstützt die Kantone bei dieser Aufgabe: beispielsweise mit der regelmässigen Überprüfung der Situation in den Herkunfts- oder Heimatstaaten und mit Rückkehrprogrammen zur Förderung der freiwilligen Rückkehr. Die Erweiterung und flexiblere Gestaltung der Rückkehrhilfe sind aus der Sicht der EKM geeignet, um den Vollzug zu unterstützen (siehe hierzu auch: Personen, die aus dem Asylsystem ausscheiden: Profile, (Aus)Wege, Perspektiven. Empfehlungen der EKM. Dezember 2019,

www.ekm.admin.ch/content/dam/data/ekm/dokumentation/empfehlungen/empfehlungen_ausscheiden_asylsystem.pdf).

Fokus 2: staatliche Leistungen

Staatliche Leistungen und mögliche Lösungsansätze (Zugang zu Sozialversicherungen, Ausschluss, Reduktion, Anonymisierung, Datenaustausch, Bekämpfung der Schwarzarbeit, Verschärfung der Strafbestimmungen)

1. Im Bereich der Sozialversicherungen:

- *Macht ein Ausschluss von den Kranken- und Unfallversicherungsleistungen bei Sans-Papiers Sinn?*

Ein Ausschluss von Sans-Papiers macht aus Sicht der EKM keinen Sinn. Wenn Sans-Papiers, die nicht kranken- und unfallversichert sind, Leistungen beziehen, werden die anfallenden Kosten auf die Allgemeinheit abwälzt. Statt Sans-Papiers auszuschliessen sollte sichergestellt werden, dass sie bei bescheidenem Einkommen in den Genuss von Prämienreduktionen kommen und sie in der Lage sind, die stetig steigenden Prämien regelmässig zu bezahlen.

- *Sind Leistungsbeschränkungen bei der Krankenversicherung zielführend?*

Das Recht auf medizinische Grundversorgung ist in der Bundesverfassung verankert. Dieses Grundrecht gilt für alle Menschen, die sich in der Schweiz aufhalten. Staatlich finanzierte Anlaufstellen ausserhalb der Regelstrukturen braucht es nicht. Vielmehr muss dafür gesorgt werden, dass der Zugang zu den Regelstrukturen gewährleistet ist.

- *Sollen Sans-Papiers von der Versicherungspflicht bei der AHV/IV/EO befreit werden und die Rechtsansprüche dieser Versicherung auf Personen mit geregelter Aufenthalt beschränkt werden?*

Das Bundesgesetz über die Alters- und Hinterbliebenenversicherung enthält ein Versicherungsobligatorium. Dieses gilt für alle Personen mit Wohnsitz oder Erwerbstätigkeit in der Schweiz. Eine Ausnahme vom Versicherungsobligatorium würde die Attraktivität von Schwarzarbeit erhöhen: Arbeitgeber müssten keine Sozialversicherungsbeiträge entrichten und hätten bei einer Kontrolle keine rückwirkende Erhebung von Beiträgen zu befürchten. Statt dass das Gemeinwesen in den Genuss der geleisteten Sozialversicherungsbeiträge käme, müsste es die nicht versicherten Kosten tragen.

2. Im Bereich des Datenaustausches:

- *Soll auf den Nachweis bei der Identität mit bestimmten Dokumenten für den Leistungsbezug verzichtet werden?*

Ein Verzicht auf den Nachweis der Identität sollte aus der Sicht der EKM dringend geprüft werden. Dort wo der Nachweis die Prekarität von Sans-Papier verschärft und die Grundrechte einschränkt, muss darauf verzichtet werden.

Anhang 4: Schriftliche Stellungnahme der nationalen Plattform zu den Sans-Papiers (Ziff. 13)

Arbeitspapier der nationalen Plattform zu den Sans-Papiers zum Postulat 18.3381: Gesamthafte Prüfung der Problematik der Sans- Papiers

Bern, Februar 2020

Allgemeines

Die Plattform zu den Sans-Papiers ist ein Zusammenschluss von Anlaufstellen aus verschiedenen Kantonen, lokalen und nationalen NGOs, Vereinen, Kirchen, Hilfswerken, Gewerkschaften, Parteien und Parlamentarier*innen sowie Einzelpersonen, die die Ziele der Plattform unterstützen.

Die Plattform setzt sich schweizweit für die Rechte und Anliegen von Sans-Papiers ein. Sie hat zum Ziel, den Zugang zu einem stabilen legalen Status für Sans-Papiers zu erleichtern, und strebt ihre Regularisierung an. Sie unterstützt und fördert politische Bestrebungen zur Verbesserung der rechtlichen, gesellschaftlichen und ökonomischen Situation der Sans-Papiers.

Sans-Papiers sind in der Schweiz eine Realität und entgegen eines häufigen Missverständnisses besitzen die meisten von ihnen Ausweispapiere. Da sie versteckt leben müssen, gibt es über ihre Anzahl keine genauen Angaben. Sicherlich kann aber schweizweit von mindestens 100'000 Personen ausgegangen werden. Mit Inkrafttreten des Freizügigkeitsabkommens und der daraus folgenden Gesetzesänderungen von 2002 wurde die Situation der Personen aus Drittstaaten und damit auch der Sans-Papiers erneut weiter erschwert. Anders als Staatsangehörige eines EU- oder EFTA-Mitgliedstaates können Sans-Papiers in der Regel keine Arbeits- und Aufenthaltsbewilligung in der Schweiz beantragen. Dies obwohl die meisten von ihnen in Privathaushalten arbeiten. Sie putzen, hüten Kinder und kümmern sich um betagte Menschen. Andere arbeiten auf dem Bau, im Gastgewerbe oder in der Landwirtschaft. Alle leisten einen wichtigen Beitrag für unsere Gesellschaft. Trotzdem ist ihr Leben von Angst und Unsicherheit geprägt, da sie ihren Arbeitgeber*innen fast rechtlos ausgeliefert sind und jederzeit von der Polizei kontrolliert und in gewissen Situationen sogar aus der Schweiz ausgeschafft werden könnten.

Die abgewiesenen Asylsuchenden gehören erst seit den Gesetzesrevisionen von 2004 und 2008 zur Bevölkerungsgruppe der Sans-Papiers. Ihr Verbleib in der Schweiz wurde illegalisiert und sie wurden mehrheitlich zu «Nothilfeempfänger*innen» gemacht, die unter einem Arbeitsverbot stehen und unter äusserst prekären und repressiven Lebensbedingungen leben müssen, viele von ihnen jahrzehntelang und ohne Perspektive auf eine Regularisierung. Es handelt sich um eine reguläre Illegalität, welche für die betroffenen Personen eine äusserst belastende Lebenssituation bedeutet. Das Risiko einer physischen oder psychischen Erkrankung sowie ein Abdriften in die Straffälligkeit ist unter diesen Umständen gross.

Das Leben im Verborgenen zieht viele Probleme mit sich, die uns alle betreffen. Die Sans-Papiers vermeiden den Kontakt mit den Behörden auch dort, wo sie unbesehen ihres fehlenden Aufenthaltsstatus, Anspruch auf staatliche Dienstleistungen hätten. So fehlen den Sans-Papiers aufgrund der nicht bezahlten Sozialabgaben der soziale Schutz, und gleichzeitig fehlen den Sozialwerken bedeutende Einnahmen. Sie verzichten auf den Zugang zu Recht und Justiz, weil ihnen die Verletzung ihrer Rechte und ihrer Integrität im Vergleich zur Wegweisung als geringeres Übel erscheint. Diese Situation hat zur Folge, dass die Betroffenen auch bei Verletzung von elementarsten Menschenrechten ohne rechtlichen Schutz bleiben, so etwa bei Diskriminierung, bei sexuellem Missbrauch oder bei der Ausbeutung ihrer Arbeitskraft. Der Verzicht auf den Zugang zur Justiz hat auch Folgen für den Rechtsstaat. Werden selbst schwere (Grund-) Rechtsverletzungen nicht geahndet und die Täter*innen nicht in Verantwortung gezogen, unterbleibt die Durchsetzung des Rechts und es entstehen rechtsfreie Räume. Hinzu kommt, dass die Menschen, die es in ihrem Umfeld gut meinen, kriminalisiert werden: unterstützende Freund*innen, Vermieter*innen aber auch Arbeitgebende, die das Arbeitsverhältnis regularisieren möchten. Viele Sans-Papiers leiden an gesundheitlichen

Problemen (Depressionen aufgrund von sozialer Isolation und Perspektivlosigkeit). Auch Jugendliche Sans-Papiers trifft es schwer, da sie nur sehr beschränkte Möglichkeiten haben, den Einstieg ins Berufsleben zu meistern. Diese Verhältnisse müssen geändert werden.

Die geforderte gesamthafte Prüfung der Problematik der Sans-Papiers muss darin bestehen, Sans-Papiers als Teil der Schweizer Gesellschaft und als Arbeitnehmer*innen anzuerkennen. Diese Anerkennung müsste über eine kollektive Regularisierung oder zumindest ein pragmatisches Regularisierungsprogramm in allen Kantonen geschehen.

Bis es soweit ist, ist ein klares Bekenntnis zu den Grundrechten für alle in der Schweiz lebenden Menschen notwendig. Das Recht auf soziale Sicherheit, auf Bildung und das Recht auf Gesundheitsversorgung sind elementare Grundrechte, die in der Schweizer Bundesverfassung verankert sind. Die universelle Gültigkeit dieser Grundrechte darf nicht in Frage gestellt werden. Das heisst, die Wahrung dieser Rechte muss immer höher gewichtet werden als ein allfälliger Verstoss gegen das Ausländergesetz. In der Verantwortung stehen dabei insbesondere der Bund, die Kantone und alle Institutionen, die im Zusammenhang mit diesen Grundrechten öffentliche Aufgaben erfüllen. Im Rahmen ihrer Möglichkeiten müssen sie Verbesserungsmöglichkeiten prüfen und allenfalls zusätzlich positive Massnahmen umsetzen, damit die Grund- und Menschenrechte entsprechend Art. 35 Abs. 2 BV effektiv und tatsächlich unabhängig vom Aufenthaltsstatus gewährleistet sind.

Aktuell ist die Lebenssituation der Sans-Papiers je nach Kanton sehr unterschiedlich. So werden ihr Zugang zu staatlichen Leistungen, die Wahrung ihrer Grund- und Menschenrechte und ihre Chance auf eine Regularisierung je nach Sensibilität und politischem Wille der involvierten Akteur*innen unterschiedlich gehandhabt. Dieser Zustand grenzt in der Praxis oftmals an behördliche Willkür. In diesem Sinne begrüsst die Plattform das Postulat 18.3381 der staatspolitischen Kommission des Nationalrates, welches eine gesamthafte und schweizweite Prüfung der Problematik der Sans-Papiers vom Bundesrat verlangt, in der unter Berücksichtigung der bisher gemachten Erkenntnisse aus der Genfer Operation Papyrus folgende Punkte zu beurteilen und in einem Bericht vorzulegen sind:

- *Auflistung aller Rechtsansprüche auf und aus den Sozialversicherungen, die auch Personen ohne regulären Aufenthaltsstatus (Sans-Papiers) gewährt werden;*
- *Folgen einer möglichen Aberkennung der gewährten Rechtsansprüche sowohl für Bund, Kantone und Gemeinden als auch für die betroffenen Sans-Papiers;*
- *Zugang zu Schulen und anderen öffentlichen Dienstleistungen für Sans-Papiers;*
- *heutige Praxis beim Datenaustausch zwischen verschiedenen Behörden, die mit Sans-Papiers in Kontakt stehen;*
- *Vollzug der einschlägigen Strafbestimmungen und Rechtspraxis bei Verstössen im Zusammenhang mit Sans-Papiers (Beschäftigung, Arbeitsvermittlung, Wohnungsvermietung);*
- *Anzahl jährlicher Rechtsfälle im Zeitraum der letzten fünf Jahre, aufgeschlüsselt nach Art des Verstosses;*
- *gängige Praxis der Regularisierung des Aufenthalts von Sans-Papiers sowie der Bewilligung der Erwerbstätigkeit gemäss Härtefallkriterien (Art. 31 VZAE);*
- *Anzahl jährlicher Regularisierungen über den Zeitraum der letzten fünf Jahre;*
- *mögliche Lösungsansätze für Menschen ohne geregelten Aufenthalt.*

Im folgenden Dokument werden sowohl die Grundlagen aufgelistet, die für die Beantwortung des Postulats zu berücksichtigen sind, als auch die wichtigsten Schlüsse der Plattform zusammengefasst.

Grundlagen

Auflistung der Grundlagen und Berichte, die für die Beantwortung des Postulates von Interesse sind:

- *Schutz des Privatlebens: Art. 13 und 14 BV, Art. 8 EMRK*
- *Recht auf Datenschutz: Art. 13 Abs. 2 BV, Art. 139 Abs. 1 StPO, Art. 97 Abs. 3 AIG i.V.m. Art. 82 VZAE*
- *Recht auf Zugang zur Justiz: Art. 29 Abs. 1 und 3 sowie Art. 29a und Art. 30 BV, Art. 2 Ziff. 3 und Art. 14 Ziff. 1 und 2 UNO-Pakt II, Art. 6 Ziff. 1 und Art. 13 EMRK, Art. 6 Abs. 1 StPO, Art. 301 Abs. 1 StPO*
- *Arbeitsrechte: Art. 8, 27, und 41 BV, Art. 23 AEM, Art. 7 UNO-Pakt I*
- *Recht auf medizinische Grundversorgung / Recht auf Hilfe in Notlagen: Art. 12 und 41 Abs. 1 lit. b BV, Art. 25 AEM, Art. 12 UNO-Pakt I*
- *Recht auf Bildung: Art. 19 BV, Art. 26 EMRK, Art. 26 AEM, Art. 13 und 14 UNO-Pakt I*
- *Soziale Rechte / Sozial- und Krankenversicherungspflicht: Art. 41 Abs. 2 BV, Art. 23 und 24 AEM, Art. 9 UNO-Pakt I*
- *die aktuelle ausländerrechtliche Regelung mit den dazugehörigen Weisungen des SEM: Art. 30 AIG, Art. 31 VZAE, Art. 14 Abs. 2 AsylG, Art. 30a VZAE, Ziffer 5.6 Weisungen AIG*
- *Weisung des Bundesamtes für Sozialversicherung zur Versicherungspflicht der Sans-Papiers vom 19.12. 2002*
- *Kreisschreiben über die Schweigepflicht und die Datenbekanntgabe in der AHV/IVEO/EL/FamZLw/FamZ, vom 1.1.2014*
- *Das Übereinkommen 189 „Menschenwürdige Arbeit für Hausangestellte“ der Internationalen Arbeiterorganisation (IAO):*
https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---normes/documents/normativeinstrument/wcms_c189_de.pdf
- *Übereinkommen des Europarats zur Verhütung und Bekämpfung von Gewalt gegen Frauen und häuslicher Gewalt (Istanbul Konvention):*
<https://www.admin.ch/opc/de/classified-compilation/20162518/index.html>
- *Rechtsgutachten des Lehrstuhls für öffentliches Recht der Universität Zürich vom 25. Januar 2018:*
<https://www.stadt-zuerich.ch/prd/de/index/stadtentwicklung/integrationsfoerderung/integrationsthemen/sans-papiers.html>
- *Positionspapier des Stadtrates von Zürich zum Thema Sans-Papiers vom 5. September 2018:*
<https://www.stadt-zuerich.ch/prd/de/index/stadtentwicklung/integrationsfoerderung/integrationsthemen/sans-papiers.html>
- *Bericht im Auftrag des SEM zur Situation der Sans-Papiers in der Schweiz, 2015:*
https://www.sem.admin.ch/dam/sem/de/data/internationales/illegale-migration/sans_papiers/ber-sanspapiers-2015-d.pdf.download.pdf/ber-sanspapiers-2015-d.pdf
- *Berichte der EKM zur Situation der Sans-Papiers:*
<https://www.ekm.admin.ch/ekm/de/home/zuwanderung---aufenthalt/sanspapiers.html>

Atelier I: Aufenthaltsregelung und mögliche Lösungsansätze

Die Plattform spricht sich für eine Kombination von unterschiedlichen Massnahmen aus:

Voll- bzw. Teilregularisierung und Präzisierung der VZAE oder der Weisungen des SEM

Die Plattform spricht sich klar für griffige Regularisierungsprogramme aus. Bei der Mehrheit der Regularisierungen, die in den letzten Jahren in Europa durchgeführt wurden, kam es danach zu keiner signifikanten Zunahme von Sans-Papiers in den einzelnen Mitgliedsstaaten. Vielmehr führt die Regularisierung zu einer Normalisierung auf mehreren Ebenen: Für die Betroffenen bedeutet sie Schutz vor Ausbeutung und Wahrung ihrer Grund- und Menschenrechte; für die Gesamtbevölkerung bringt sie soziale Sicherheit, mindert Kosten in Form von Nothilfe und generiert Steuern. Schliesslich ist die Regularisierung eine wichtige Massnahme gegen die Schwarzarbeit und unterstützt die willigen Arbeitgeber*innen bei der Normalisierung der Arbeitsverhältnisse.

Das Gesetz, konkret Art. 30 AIG und Art. 14 Abs. 2 AsylG, gewährt den betroffenen Instanzen einen gewissen Spielraum bei der Regularisierung der Sans-Papiers, weshalb auf dieser Grundlage grundsätzlich auch ohne Gesetzesänderung Regularisierungsprogramme in der Schweiz umgesetzt werden können. Es braucht dafür aber einen hohen politischen Willen der Kantone und des SEM, weil die Auslegung des Gesetzes bis anhin sehr restriktiv gehandhabt wurde.

Damit die Anzahl Härtefallgesuche, die von den Kantonen zur Zustimmung ans SEM weitergeleitet werden, erhöht werden kann, müssen Anpassungen in der Verordnung (Art. 31 VZAE) und in den Weisungen des AIG (Ziffer 5.6) vorgenommen werden:

- *Es sollte nicht mehr von einem „schwerwiegenden“ sondern einzig von einem „persönlichen Härtefall“ gesprochen werden;*
- *die Integrationsfähigkeit muss an objektiv messbaren Grössen gebunden sein;*
- *bei der Abwägung sollten nicht nur die persönlichen Umstände der Gesuchsteller*in, sondern auch das öffentliche und gesamtgesellschaftliche Interesse einer Regularisierung und der von der Gesuchsteller*in geleistete Beitrag für die Gesellschaft berücksichtigt werden;*
- *der Gesundheitszustand und das Alter sollten in jedem Fall berücksichtigt werden (Art. 31 Abs. 1 lit. f VZAE, Weisung AIG Ziffer 5.6.10.5);*
- *die Möglichkeit einer Wiedereingliederung im Herkunftsstaat sollte nicht mehr als höher gewichtet bzw. als massgebend für die Gesamtprüfung bezeichnet werden (Weisung AIG Ziffer 5.6.10.6).*

Die Plattform schlägt zudem vor, dass aufgrund der gesammelten Erfahrungen aus der Genfer Operation Papyrus die Weisungen der AIG dementsprechend präzisiert werden, dass ein vereinfachtes Härtefallverfahren mit einer zuvor festgelegten Abwägung der Kriterien in Absprache mit den kantonalen Behörden und dem SEM eingeführt werden, damit die Regularisierung einer bestimmten Zielgruppe beschleunigt werden kann. Das angepasste Verfahren, die objektiven Kriterien und die dazugehörigen Belege können auf kantonaler Ebene schriftlich festgelegt werden, beispielsweise in Form eines Merkblattes (Weisung AIG Ziffer 5.6 und 5.6.10). Mit der Standardisierung und der damit gewonnenen Rechtssicherheit werden die versteckt lebenden Sans-Papiers dazu angeregt, sich bei den Behörden zu melden, an den gesellschaftlichen Pflichten teil zu nehmen und mit einer Bewilligung auch ihre Arbeitsverhältnisse zu regularisieren.

Natürlich können auch bei einer solchen Anpassung der Weisung des AIG weiterhin Härtefallgesuche ausserhalb des vereinfachten Verfahrens gutheissen werden. Das heisst, es können auch Personen ein Härtefallgesuch stellen, welche die für die Zielgruppe festgelegte Abwägung der Kriterien nicht gänzlich erfüllen.

Schliesslich darf ein Härtefallverfahren sowohl für die Gesuchstellenden als auch für das Umfeld keine strafrechtlichen Konsequenzen mit sich ziehen. In diesem Zusammenhang schlägt die Plattform vor, dass mit einer parlamentarischen Initiative Art. 115 Abs. 4 AIG dahingehend präzisiert wird, dass wenn der Aufenthalt aufgrund eines Bewilligungsverfahrens geregelt wird, ein allfälliges Strafverfahren sistiert werden kann. Im gleichen Sinne sollte auch Art. 116 Abs. 1 lit. b und Art. 117 Abs. 1 AIG dahingehend angepasst werden, dass wer Ausländerinnen oder Ausländer, die in einem Bewilligungsverfahren die erforderliche Arbeitsbewilligung erlangen, eine Erwerbstätigkeit verschafft, nicht bestraft wird, wenn die arbeitsrechtlichen Mindestvorschriften gemäss Art. 22 AIG eingehalten werden. In diesem Zusammenhang ist auf die von Nationalrätin Lisa Mazzone (G, GE) eingereichte parlamentarische Initiative (18.461n Pa.IV. Mazzone. Artikel 116 AuG. Solidarität nicht mehr kriminalisieren) und die darauf zurückzuführende Petition „Solidarität ist kein Verbrechen!“ zu verweisen, die verlangt, dass Personen, die Hilfe leisten, sich nicht strafbar machen, wenn sie dies aus achtenswerten Gründen tun.

Aufenthaltsregelung im Hinblick auf eine berufliche Ausbildung

Die Bundesverfassung und völkerrechtliche Normen verpflichten die Schweiz, Kinder und Jugendliche zu schützen und deren Entwicklung zu fördern, ungeachtet von deren ausländerrechtlichem Status. Deshalb hat der Bundesrat 2012 beschlossen, dass im Sinne einer rechtsgleichen Behandlung Sans-Papiers-Jugendlichen nicht nur der Zugang zur obligatorischen und nachobligatorischen Schule gewährleistet wird, sondern ihnen auch eine berufliche Grundausbildung ermöglicht werden soll.

Zur Umsetzung der überwiesenen Motion 08.3616 schlug der Bundesrat damals vor, Artikel 30a der Verordnung anzupassen, um jungen Sans-Papiers ihr Recht auf eine berufliche Grundbildung (nachobligatorische Schulbildung) in der Schweiz garantieren zu können. Bereits bei der Einführung der vorliegenden Bestimmungen bemängelte die Plattform zu den Sans-Papiers die Tatsache, dass die Möglichkeit, eine berufliche Grundausbildung zu absolvieren, an die geltende Regelung für Härtefallbewilligungen angeknüpft werden sollte. Um jungen Menschen ohne geregelten Aufenthalt den Zugang zur beruflichen Grundbildung zu garantieren, wie es die Motion Barthassat forderte, braucht es eine bedingungslose und verbindliche Lösung. Das heisst, entweder eine Regelung innerhalb des Ausländergesetzes, die einen Anspruch auf Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung für die Zeit der beruflichen Grundbildung vorsieht oder eine Ausnahmeregelung, welche die berufliche Grundbildung nicht an eine Arbeitsbewilligung bindet.

Solange Art. 30a VZAE bestehen bleibt, sind wir der Meinung, dass der Bund den kantonalen Behörden verbindliche Weisungen bezüglich der Handhabung, der Auslegung und des Verfahrensprozesses vorlegen muss. Vor allem müssen die zu erfüllenden Kriterien objektiv nachvollziehbar sein und der Verfahrensprozess beschleunigt werden. Der Ermessensspielraum der kantonalen Behörden ist zu gross und die Gesuchsbearbeitungen dauern zu lange, was für viele junge Sans-Papiers und potentielle Berufsbildner*innen abschreckend wirkt oder dazu führt, dass die Jugendlichen ihre in Aussicht gestellte Lehrstelle verlieren. Auch wäre eine Öffentlichkeits- und Sensibilisierungsarbeit durch den Bund und die Kantone über die Möglichkeit und den Wunsch, dass junge Sans-Papiers eine berufliche Grundausbildung abschliessen, dringend notwendig. So könnte die Angst bei allen Betroffenen (Sans-Papiers und Lehrbetrieben) verkleinert werden, ein Gesuch einzureichen. Das Härtefallgesuch für Jugendliche Sans-Papiers sollte ferner unabhängig von der familiären Situation der betroffenen Person überprüft werden, damit diesen jungen Menschen Chancengleichheit zukommt und sie Zugang zur Arbeitswelt erlangen, um ein würdevolles und unabhängiges Leben führen zu können.

Sonderkontingente

Nach der neuesten Studie des Staatssekretariats für Migration leben in der Schweiz um die 76'000 Sans-Papiers und rund die Hälfte davon arbeitet in Privathaushalten. Die Nachfrage nach Arbeitnehmenden im Bereich der Hausarbeit, die traditionellerweise von Frauen und unbezahlt geleistet wurde und wird, steigt zunehmend. Entgegen den Einschätzungen, dass diese Nachfrage

von Arbeitskräften aus dem EU/EFTA-Raum bedient werden kann, zeigt sich auch Jahre nach der Öffnung durch die Personenfreizügigkeit, dass nach wie vor ein grosser Teil der bezahlten Hausarbeit unangemeldet und von Arbeiterinnen ohne Aufenthaltsbewilligung verrichtet wird.

Die Sans-Papiers, die diese Arbeit verrichten, leisten viel, sowohl betreffend ihres Aufwandes als auch hinsichtlich des gesellschaftlichen Nutzens. Nur leisten sie dies im Verborgenen. Es ist ein Spiegelbild dafür, dass die traditionell von Frauen verrichtete, gesellschaftlich unabdingbare Haus- und Care-Arbeit weiterhin verkannt bleibt.

Ein Sonderkontingent wäre eine pragmatische Lösung, um diesen Arbeitssektor endlich zu normalisieren. Die Plattform spricht sich aber nur für eine derartige Massnahme aus, wenn innerhalb der Implementierung eines Sonderkontingentes die Regularisierung der in der Schweiz bereits wohnhaften Sans-Papiers priorisiert wird oder diese Bevölkerungsgruppe zuvor mit einem spezifischen Regularisierungsprogramm eingegliedert werden kann.

Der Bundesrat könnte beispielsweise auf Verordnungsebene den Art. 23 Abs. 3 AIG dahingehend erweitern, dass in Abweichung von den Absätzen 1 und 2 Personen zugelassen werden, um den Bedarf an Arbeitskräften im Haushalt, im Baugewerbe, in der Gastronomie oder der Landwirtschaft abzudecken.

Stadtausweise (City Cards)

Die prekäre Lebenssituation der Sans-Papiers ist in den einzelnen Kantonen seit Jahren ein Thema. Aus diesem Grund entschlossen sich Städte wie Zürich und Bern auf lokaler Ebene progressive Lösungsansätze zu suchen. Mit einem städtischen Ausweis planen sie die Lebenssituation von Menschen ohne Aufenthaltsrecht auf lokaler/ städtischer Ebene zu verbessern und zu erleichtern. Diese Ausweise sind keine Lösung um den Aufenthalt der Sans-Papiers zu regularisieren. Sie bezwecken vielmehr, allen Stadtbewohner*innen den Zugang zu städtischen und privaten Dienstleistungen zu gewähren – unabhängig von ihrem Aufenthaltsstatus. Somit sollen diese Stadtausweise eine Normalisierung des Alltagslebens und eine Verbesserung der Lebenssituation von Sans-Papiers ermöglichen und zu einer Vereinfachung von Abläufen beim Zugang zu städtischen und privaten Dienstleistungen beitragen.

Atelier II: Staatliche Leistungen und mögliche Lösungsansätze

Zugang zu oder Ausschluss aus den Sozialversicherungen – unterschiedliche Szenarien

Laut der letzten Studie des SEM leben bis zur Hälfte der Sans-Papiers über fünf Jahre in der Schweiz, 85% sind erwerbstätig. Somit sind - abzüglich der Minderjährigen - fast alle erwerbstätig. Viele arbeiten in Privathaushalten. Jedoch bezahlen lediglich bei einem Siebtel der Sans-Papiers die Arbeitgeber*innen in die Sozialversicherungen ein. So sind die Sans-Papiers in der Regel weder kranken-, alters- noch arbeitslosenversichert und erhalten keine bezahlten Ferien. Besonders stossend ist der Umstand, dass unterdessen viele in das Alter des Ruhestands getreten sind, ohne dass je Beiträge an die Altersversicherung bezahlt worden sind.

Der Ausschluss aus den Sozialversicherungen würde diese Situation nur noch verschlimmern und dem öffentlichen Interesse am Arbeitnehmer*innenschutz grundsätzlich widersprechen, indem der Ausschluss die Sans-Papiers weiter in die Irregularität drängt und die Schwarzarbeit fördert. Auch würde diese Exklusion den fundamentalen Pfeiler der Sozialversicherungen - dass alle Arbeitnehmer*innen in der Schweiz die Pflicht haben, deren Funktionsfähigkeit durch ihre Sozialbeiträge zu gewährleisten - in Frage stellen. Schliesslich würde eine solche Massnahme auch die Arbeitgeber*innen treffen, die gewillt sind, Sozialversicherungsbeiträge zu bezahlen und Lohndumping zu vermeiden.

Hinzu kommt, dass ein solcher Ausschluss auch dem im Herbst 2014 ratifizierten Übereinkommen 189 der Internationalen Arbeitsorganisation (ILO) widersprechen würde. Dieses Übereinkommen für

„Menschenwürdige Arbeit für Hausangestellte“ gilt nach Artikel 2, Punkt 1, unmissverständlich „für alle Hausangestellten“. Es verlangt, dass diese arbeitsrechtlich mit allen anderen Angestellten gleichgestellt werden und ihre Lage punkto Entlohnung, Arbeitszeit, soziale Sicherheit und gesunde Arbeitsbedingungen verbessert und die Angestellten vor Missbrauch, Belästigung und Gewalt geschützt werden.

Datenaustausch

Die Förderung des Datenaustausches führt nicht zu einer kohärenten Gesetzgebung, sondern drängt die Sans-Papiers weiter in die Irregularität. Damit wird nicht die Zahl der Sans-Papiers kleiner, sondern die Zahl der Personen grösser, die keinen Zugang zu in der Verfassung verankerten Grundrechten haben. Ihre Lebenssituation wird noch prekärer. Zudem wird somit vielen Formen der Begleitkriminalität (Menschenhandel, Schwarzarbeit, Ausbeutung, Erpressung) Vorschub geleistet. Der Zugang zur Justiz muss gesichert werden, indem die Polizei, die Strafverfolgungsbehörden und die Gerichte den Schutz vor Straftaten auch bei Sans-Papiers höher gewichten als allfällige Verstöße gegen das Ausländergesetz.

Auch im Schulwesen hätte eine Meldepflicht gravierende Folgen. Das Kindeswohl beinhaltet sowohl das Recht auf Bildung für alle Kinder in der Schweiz – unabhängig von ihrer Nationalität oder ihrem Aufenthaltsstatus – als auch den Vorrang des Kindeswohls bei allen Entscheidungen, die das Kind betreffen. Mit einer Meldepflicht der Schulen würde die Schweiz die Menschenrechte gravierend verletzen und hinnehmen, dass es wieder Kinder in der Schweiz gibt, die nicht eingeschult werden und somit keinen Zugang zu Bildung haben. Aufgrund der Digitalisierung findet der automatische Datenaustausch immer häufiger statt, was dazu führt, dass das Recht auf Bildung der Sans-Papiers-Kinder in Gefahr gerät. Aus diesem Grund müssten ausführende Behörden dahingehend sensibilisiert, geschult und sich der Risiken bewusst sein, wenn sie die Einführung eines Datenaustauschs zwischen den Dienststellen vorschlagen.

Die Plattform möchte in diesem Zusammenhang auf die allgemeinen Grundsätze verweisen. Bei einem Konflikt zwischen Datenaustausch und der Ausübung von Grundrechten, ist klar dem Zugang zu den Grundrechten Vorrang zu gewähren.

Medizinische Grundversorgung und Krankenkassenobligatorium

Der Vorschlag, eine staatliche Parallelmedizin für Sans-Papiers aufzubauen, ist praktisch nicht umsetzbar, da sich Sans-Papiers nicht bei einer staatlichen Gesundheitsstelle melden werden, die mit den Migrationsbehörden in Kontakt steht. Eine Erpressung im Sinne von "Gesundheitsversorgung mit Meldung an die Behörden oder gar keine" steht dem Ziel, die Gesundheitsversorgung allen hier lebendenden Menschen zugänglich zu machen, direkt entgegen. Zudem würden schliesslich die Kantone hohe Kosten für die medizinische Grundversorgung tragen müssen, wenn Sans-Papiers keine Möglichkeit mehr hätten, eine Krankenkasse abzuschliessen und sich – aufgrund der Gefahr des Datenaustausches – erst bei schweren Komplikationen behandeln lassen würden. Hinzu kommt, dass solche Fälle sowohl für die betroffenen Sans-Papiers-Personen, als auch die öffentliche Gesundheit nicht zumutbare Risiken wären.

Für mehr Informationen

Ada Marra (Co-Präsidentin der Plattform, Nationalrätin SP VD) - 076 383 20 69

Mattea Meyer (Co-Präsidentin der Plattform, Nationalrätin SP ZH) - 079 101 68 90

Bea Schwager (SPAZ Zürich) – 079 543 45 33

Marianne Halle (CCSI Genève) – 079 272 92 59

Olivia Jost (ALS Basel) – 077 414 11 01