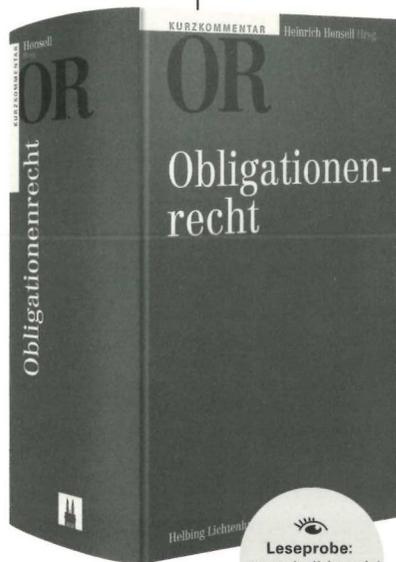


Neu: Das gesamte OR in einem Band.

Ein Kurzkommmentar für
höchste Ansprüche.




Leseprobe:
[www.helbing.ch/
2902](http://www.helbing.ch/2902)

Der neue Kurzkommmentar umfasst erstmals **das gesamte Obligationenrecht** in einem handlichen Format, das in jede Aktentasche passt. Er unterstützt allgemein tätige Praktikerinnen und Praktiker bei der täglichen Falllösung und erlaubt einen schnellen Zugriff auf die Fragen des Obligationenrechts. In knapper und übersichtlicher Darstellung werden die wesentlichen Probleme analysiert und die wichtigsten Argumente und Gegenargumente zu zahlreichen Streitfragen verfügbar gemacht.

Der Schwerpunkt liegt auf einer sorgfältigen Auswahl der Rechtsprechung. Zitiert werden nicht alle Entscheide zu einem Thema, sondern nur die grundlegende und die neuere Judikatur. Der Kommentar bietet den **Stand 1. Januar 2014**, inkl. der „Verordnung gegen übermässige Vergütungen bei börsenkotierten Aktiengesellschaften“ (VegüV).

Herausgeber und Autoren
Herausgegeben von **Heinrich Honsell**, em. Professor der Universität Zürich. Verfasst von 74 namhaften Spezialistinnen und Spezialisten aus Lehre und Praxis.

Helbing
Lichtenhahn
Verlag



2014, ca. 3300 Seiten, gebunden
CHF 328.– | EUR 252.–
ISBN 978-3-7190-2902-9

In Vorbereitung für Juni 2014

Fax-Bestellschein (061 228 91 50). Ja, senden Sie mir bitte gegen Rechnung folgenden Titel

Ex.	Titel	CHF	ISBN
	Honsell (Hrsg.) Kurzkommmentar OR, 2014, ca. 3300 S., geb.	328.–	978-3-7190-2902-9

Name

E-Mail

Strasse/Nr.

Datum

PLZ/Ort

Unterschrift

Portofreie Lieferung

www.helbing.ch

reds
ZSR

Zeitschrift für Schweizerisches Recht
Revue de droit suisse
Rivista di diritto svizzero
Revista da dretg svizzer

Band 133 (2014) I · Heft 2

Herausgeber

Bernard Dutoit
Stephen V. Berti

Peter Isler

Pascal Pichonnaz

Daniel Thürer

Hans Peter Walter

Helbing Lichtenhahn Verlag



Zeitschrift für Schweizerisches Recht
Revue de droit suisse
Rivista di diritto svizzero
Revista da dretg svizzer

Gegründet 1852, Neue Folge seit 1882

Band 133 (2014), ISSN 0254-945X

Band 133 I: 5 Hefte jeweils Mitte der Monate März, Mai, Juli, September und Dezember

Band 133 II: Referate und Mitteilungen des Schweizerischen Juristenvereins (SJV)

Zitiervorschlag: ZSR 2014 I **Proposition de citation:** RDS 2014 I

Herausgeber: Prof. Bernard Dutoit, Prof. Stephen V. Berti, Dr. Peter Isler,
Prof. Pascal Pichonnaz, Prof. Daniel Thürer, Prof. Hans Peter Walter

Verlag: Helbing Lichtenhahn Verlag, Elisabethenstrasse 8, CH-4051 Basel
Telefon 061 228 90 70, Telefax 061 228 90 71, E-Mail: zeitschriften@helbing.ch

Beiträge sind per E-Mail (zeitschriften@helbing.ch) an den Verlag (Lektorat Zeitschriften) einzureichen. Richtlinien zur Textfassung sind beim Verlag anzufordern.

© 2014 by Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel

Alle Rechte vorbehalten. Die Zeitschrift und ihre Teile sind urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung in anderen als den gesetzlich zugelassenen Fällen bedarf deshalb der vorherigen schriftlichen Einwilligung des Verlages.

Vertrieb: Helbing Lichtenhahn Verlag, Abo-Service, Elisabethenstrasse 8, CH-4051 Basel,
Telefon +41 (0)61 228 90 20, Telefax +41 (0)61 228 91 50, E-Mail: zeitschriften@helbing.ch

Abonnementspreise pro Jahr	Schweiz		Europa		Übersee	
	ohne	mit	ohne	mit	ohne	mit
Band 133 I = 5 Hefte						
Band 133 II = SJV-Referate						
Abonnement	248.–	333.–	267.–	352.–	276.–	361.–
Abonnement für Studierende	98.–	183.–	117.–	202.–	126.–	211.–

Alle Abonnementspreise in CHF, inkl. 2.5% MwSt., inkl. Versandkosten.

Einzelheft: CHF 65.–, inkl. 2.5% MwSt., exkl. Versandkosten.

Einbanddecken: CHF 85.–, inkl. 8% MwSt., exkl. Versandkosten.

Preisänderungen vorbehalten

Inserate und Beilagen: bw medien AG, Zürichstrasse 57, 8840 Einsiedeln, Tel. 055 418 82 00,
Fax 055 418 82 84, E-Mail: verlag@bwmedien.ch. Verlangen Sie die Mediadaten.

Beihefte zur ZSR: Vergünstigung für ZSR-Abonnenten: 20% Rabatt auf Verkaufspreis.

SJV: Sämtliche Mitglieder des SJV erhalten die ZSR im Rahmen ihrer Mitgliedschaft.

SSJ: Les membres du SSJ reçoivent la RDS dans le cadre de leur cotisation.

Unterstützt durch die
Schweizerische Akademie
der Geistes- und Sozialwissenschaften
www.sagw.ch



Zeitschrift für Schweizerisches Recht
Revue de droit suisse
Rivista di diritto svizzero
Revista da dretg svizzer

Band 133 (2014) I · Heft 2

Inhaltsverzeichnis

Abhandlungen

- REGINA KIENER/GABRIELA MEDICI, Die Arbeitssituation von
Sans-Papiers in der Schweiz
Grundrechtliche und menschenrechtliche Aspekte 133
- ISAAK MEIER/SARAH SCHEIWILLER, Erfolg des Schlichtungs- und Ur-
teilstvorschlagsverfahrens nach neuer ZPO 155
- THOMAS NOLL, Die innerbehördliche Schweigepflicht von Psychiatern
und Psychologen im Vollzug 197
- NICOLAS F. DIEBOLD, Die öffentliche Ausschreibung als Marktzugangs-
instrument 219

Buchbesprechung

- ALFRED KÖLZ/ISABELLE HÄNER/MARTIN BERTSCHI, Verwaltungsver-
fahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes (Robert Lauko) 253

Herausgeberchronik

1852

Gegründet von:

F. OTT, D. RAHN, J. SCHNELL, F. VON WYSS

1882–1920

A. HEUSLER, E. HUBER, P. SPEISER

1921–1948

E. HIS

1949–1970

M. GUTZWILLER, leitender Hrsg.; M. BATTELLI, G. BROGGINI, P. CAVIN, H. FRITZSCHE,
O.A. GERMANN, A. GRISEL, H. HUBER, W. KÄGI, P. LIVER, K. SPIRO, W. YUNG

1971–1993

A. MEIER-HAYOZ, leitender Hrsg.; B. DUTOIT, P. SALADIN; ab 1992: B. SCHNYDER, D. THÜRER
Besprechungen: Dr. P. ISLER

1994–1997

B. DUTOIT, leitender Hrsg.; P. SALADIN, A.K. SCHNYDER, B. SCHNYDER, D. THÜRER
Besprechungen: Dr. P. ISLER

1998–1999

B. DUTOIT, leitender Hrsg.; A.K. SCHNYDER, B. SCHNYDER, D. THÜRER
Besprechungen: Dr. P. ISLER

2000

B. DUTOIT, leitender Hrsg.; A.K. SCHNYDER, B. SCHNYDER, D. THÜRER, H.P. WALTER
Besprechungen: Dr. P. ISLER

2004

B. DUTOIT, leitender Hrsg.; P. ISLER, A.K. SCHNYDER, B. SCHNYDER, D. THÜRER, H.P. WALTER

2005

B. DUTOIT, leitender Hrsg.; S.V. BERTI, P. ISLER, P. PICHONNAZ, A.K. SCHNYDER, D. THÜRER,
H.P. WALTER

2006

B. DUTOIT, leitender Hrsg.; S.V. BERTI, P. ISLER, P. PICHONNAZ, A.K. SCHNYDER, D. THÜRER,
H.P. WALTER

2007

B. DUTOIT, leitender Hrsg.; S.V. BERTI, P. ISLER, P. PICHONNAZ, D. THÜRER, H.P. WALTER

Die Arbeitssituation von Sans-Papiers in der Schweiz Grundrechtliche und menschenrechtliche Aspekte

REGINA KIENER*/GABRIELA MEDICI**

Schlagwörter: Sans-Papiers, Arbeitssituation, Grundrechtsverwirklichung,
effektiver Rechtsschutz, staatliche Schutzpflichten

Ausgangslage

In der Schweiz halten sich – im Wortsinn – unzählige Menschen auf, welche regelmässig und oftmals über Jahre einer Erwerbstätigkeit nachgehen, ohne im Besitz der erforderlichen ausländerrechtlichen Bewilligung zu sein. Betroffen sind vorab Migrantinnen und Migranten aus Ländern, welche nicht zur EU bzw. zur EFTA zählen (sog. Drittstaatenangehörige) und deshalb nur unter engen Voraussetzungen zum schweizerischen Arbeitsmarkt zugelassen sind.¹ Die genaue Zahl der in der Schweiz lebenden und arbeitenden Sans-Papiers ist nicht bekannt, die Schätzungen variieren zwischen 90 000 und 180 000 Personen.² Sie arbeiten regelmässig unter prekären Arbeitsverhältnissen in Niedriglohnbranchen, namentlich in privaten Haushalten, in der Gastronomie und in der Landwirtschaft, und ihre Arbeit ist oftmals durch Ausbeutung und fehlende soziale Absicherung geprägt.³ Wir untersuchen die Arbeitssituation der Betroffenen unter grundrechtlichen bzw. menschenrechtlichen Gesichtspunkten, gehen aber auch der Frage von entsprechenden Rechten der Arbeitgeber von Sans-Papiers nach. Da die Prekarität der Arbeitsverhältnisse weitgehend auf deren fehlende Regularität zurückzuführen ist, wird als erstes untersucht, ob sich aus

* Prof. Dr. iur., Ordinaria für Staats- und Verwaltungsrecht an der Universität Zürich.

** lic. iur., Assistentin am Lehrstuhl von Prof. Regina Kiener.

1 Vgl. Art. 11 und Art. 18 ff. AuG (SR 142.20).

2 Vgl. «Sans-Papiers in der Schweiz: Arbeitsmarkt, nicht Asylpolitik ist entscheidend», gfs.bern Forschung für Politik, Kommunikation und Gesellschaft, April 2005 Bern; CHRISTIN ACHERMANN/DENISE EFIONAYI-MÄDER, Leben ohne Bewilligung in der Schweiz, Auswirkungen auf den sozialen Schutz, Neuchâtel 2003, S. 13.

3 Eingehend ALEX KNOLL/SARAH SCHILLIGER/BEA SCHWAGER, Wisch und weg! Sans-Papiers-Hausarbeiterinnen zwischen Prekarität und Selbstbestimmung, Zürich 2012; PIERRE-ALAIN NIKLAUS, Nicht gerufen und doch gefragt, Sans-Papiers in Schweizer Haushalten, Basel 2013.

dem übergeordneten Recht ein Anspruch von Sans-Papiers auf Zugang zu einem regulären Erwerbsaufenthalt in der Schweiz ergibt (nachfolgend A.) bzw. ein Anspruch auf Legalisierung des Aufenthalts besteht (B.). Dann prüfen wir, ob die Art und Weise des Vollzugs bestehender Zugangs- und Erwerbsverbote mit den Grund- und Menschenrechten vereinbar ist (C.) und ob dabei der Pflicht zur umfassenden Verwirklichung der involvierten Grund- und Menschenrechte genügend Rechnung getragen wird (D.).

A. Recht auf Zugang zu einem Erwerbsaufenthalt?

Die Freiheit des Zugangs zu einer Erwerbstätigkeit ist durch die Bundesverfassung und durch das Völkerrecht geschützt; im Folgenden wird untersucht, ob sich auch Sans-Papiers auf die entsprechenden Garantien berufen können. Zudem veranlasst die ungleiche Behandlung von Drittstaatenangehörigen im Erwerbszugang auch Fragen nach der Vereinbarkeit mit den einschlägigen Gleichheitsgarantien.

I. Wirtschaftsfreiheit

1. Ausgangslage

Die Wirtschaftsfreiheit (Art. 27 BV) umfasst «insbesondere die freie Wahl des Berufes sowie den freien Zugang zu einer privatwirtschaftlichen Erwerbstätigkeit und deren freie Ausübung» (Art. 27 Abs. 2 BV). Im Völkerrecht finden sich keine entsprechenden Garantien, wohl aber Rechte, die einen Bezug zur Wirtschaftsfreiheit aufweisen. Gemäss Art. 4 EMRK und Art. 8 UNO-Pakt II gilt das Verbot der Sklaverei sowie der Zwangs- und Pflichtarbeit. Gemäss Art. 6 Ziff. 1 UNO-Pakt I anerkennen die Vertragsstaaten das Recht auf Arbeit, während Art. 7 UNO-Pakt I das Recht auf gerechte und günstige Arbeitsbedingungen verankert. Bei der grundrechtlichen Analyse der Arbeitssituation von Sans-Papiers stehen die sich aus Art. 27 BV ergebenden Teilhalte der Vertragsfreiheit und des Schutzes der Erwerbstätigkeit im Vordergrund; geklärt werden muss aber auch die Tragweite der völkerrechtlichen Garantien.

2. Sans-Papiers als Grundrechtsträger?

Die Wirtschaftsfreiheit schützt jede gewerbmässig ausgeübte privatwirtschaftliche Betätigung, die der Erzielung eines Gewinns oder Erwerbs- bzw. Geschäftseinkommens dient.⁴ Unerheblich ist, ob die wirtschaftliche Betätigung selbständig oder unselbständig, haupt- oder nebenberuflich, dauernd oder nur

⁴ Statt anderer BGE 137 I 167 E. 3.1 S. 172.

gelegentlich erfolgt.⁵ Ausländerinnen und Ausländer sind der Rechtsprechung zufolge vom persönlichen Schutzbereich der Wirtschaftsfreiheit allerdings nur erfasst, wenn sie in der Schweiz *fremdenpolizeilich uneingeschränkt auf dem Arbeitsmarkt zugelassen* sind,⁶ d.h. über eine Niederlassungsbewilligung verfügen oder aufgrund der Gesetzgebung zum Ausländerrecht bzw. eines Staatsvertrags Anspruch auf Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung haben.⁷ Sans-Papiers fehlt es definitionsgemäss an gültigen Aufenthaltspapieren; sie sind damit vom Schutzbereich der Wirtschaftsfreiheit ausgenommen.

3. Grundrechtsträgerschaft der Arbeitgeber

Unter dem Aspekt der Vertragsfreiheit schützt Art. 27 BV den Arbeitgeber in der freien Wahl der Mitarbeiter.⁸ Verbote und Sanktionierungen für die Anstellung von Sans-Papiers stellen demnach einen Eingriff in die Wirtschaftsfreiheit dar und müssen folglich den Anforderungen von Art. 36 BV genügen. Ein (Leistungs-)Anspruch des Arbeitgebers auf Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung an einen Arbeitnehmer lässt sich gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung aus der Wirtschaftsfreiheit nicht ableiten; so wenig die ausländische Person aus der Wirtschaftsfreiheit einen Anspruch auf Aufenthalt geltend machen könne, so wenig stehe ein solches Recht dem Arbeitgeber zu.⁹

4. Zulässigkeit von Arbeits- und Beschäftigungsverboten

Würden Sans-Papiers als Träger von Art. 27 BV anerkannt, stellten das geltende Arbeitsverbot bzw. das an die Arbeitgeber gerichtete Beschäftigungsverbot Eingriffe in die Wirtschaftsfreiheit dar. Diese Eingriffe liessen sich grundrechtlich wohl halten: Das Erfordernis der genügenden gesetzlichen Grundlage (Art. 36 Abs. 1 BV) ist mit dem Ausländergesetz (Art. 11 AuG) erfüllt. Das Bundesgericht anerkennt die Durchsetzung einer restriktiven Einwanderungspolitik in ständiger Praxis als zulässiges Eingriffsinteresse (Art. 36 Abs. 2 BV), da diese «im Hinblick auf ein ausgewogenes Verhältnis zwischen schweizerischer und ausländischer Wohnbevölkerung, auf die Schaffung günstiger Rahmenbedingungen für die Eingliederung der in der Schweiz bereits ansässigen Ausländer und die Verbesserung der Arbeitsmarktstruktur sowie auf eine möglichst ausgeglichene Beschäftigung» notwendig und auch im Lichte von Art. 8 Ziff. 2 EMRK zulässig sei.¹⁰ Ohne dies förmlich auszuweisen orientiert sich das Bun-

⁵ BGE 109 Ia 116 E. 4b S. 121 f.

⁶ BGE 125 I 182 E. 5a S. 198.

⁷ BGE 131 I 223 E. 1.1 S. 226.

⁸ Für viele GIOVANNI BIAGGINI, Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, Zürich 2007, Art. 27 Rz. 9; JÖRG PAUL MÜLLER/MARKUS SCHEFER, Grundrechte in der Schweiz, 4. Aufl., Bern 2008, S. 1054.

⁹ BGE 114 Ia 307 E. 3b S. 312; 122 I 44 E. 3b/cc S. 47; 123 I 212 E. 2b S. 215.

¹⁰ BGE 137 I 247 E. 4.1.2 S. 249; vgl. auch BGE 135 I 153 E. 2.2.1 S. 156; 135 I 143 E. 2.2 S. 147.

desgericht hier an den bundesrätlichen Leitlinien für die Zulassungspolitik.¹¹ Auch völkerrechtlich sind Zulassungsbeschränkungen für Personen aus dem Ausland als Souveränitätsrecht jedes Staates anerkannt.¹² Schliesslich dürfte die Verhältnismässigkeit von Arbeits- bzw. Anstellungsverboten grundsätzlich ebenfalls erfüllt sein. Zwar hat das Bundesgericht jüngst darauf aufmerksam gemacht, dass das im Asylrecht verankerte Arbeitsverbot in ausserordentlichen Einzelfällen Art. 8 EMRK verletzen kann; der Entscheid lässt sich jedoch nicht ohne weiteres auf die Situation von Sans-Papiers übertragen. Zwar fehlt auch ihnen die Möglichkeit zur regulären Erwerbstätigkeit; anders als abgewiesene Asylbewerber, die auf den Vollzug der Wegweisung warten, ist ihr Aufenthalt dem Staat aber regelmässig unbekannt und zudem rechtlich auch nicht vorgehen.¹³

II. Gleichheitsgarantien

Aus der grundrechtlichen Optik stellt sich weiter die Frage, ob die Beschränkung der Erwerbsmöglichkeiten von Sans-Papiers vor den Gleichheitsgarantien standhält.¹⁴ Die Rechtsgleichheit (Art. 8 Abs. 1 BV) garantiert die Gleichbehandlung aller Menschen durch sämtliche staatlichen Behörden sowohl in der Rechtsetzung als auch in der Rechtsanwendung;¹⁵ sie wird durch verschiedene Diskriminierungsverbote ergänzt (Art. 8 Abs. 2 und 3 BV), welche den Einzelnen vor der Herabsetzung aufgrund gewisser verpöner (Persönlichkeits-)Merkmale schützen.¹⁶ Das für die Schweiz verbindliche Völkerrecht statuiert ebenfalls zahlreiche Diskriminierungsverbote, namentlich in Art. 14 EMRK, Art. 2 Ziff. 2 UNO-Pakt I und Art. 2 Ziff. 1 UNO-Pakt II. Zum allgemeinen Diskriminierungsverbot und Gleichbehandlungsgebot gemäss Art. 26 UNO-Pakt II hat die Schweiz einen Vorbehalt angebracht; damit wirken alle völkerrechtlichen Diskriminierungsverbote in der Schweiz bloss akzessorisch, schützen den Ein-

zelnen also einzig davor, beim Genuss der materiellen Menschenrechtsgarantien nicht diskriminiert zu werden.¹⁷

Sans-Papiers werden aufgrund ihrer (Dritt-)Staatsangehörigkeit im Zugang zum schweizerischen Arbeitsmarkt anders als Schweizer Staatsangehörige und EU/EFTA-Bürgerinnen und Bürger behandelt. Zumindest die Differenzierungen aufgrund einer *unterschiedlichen ausländischen Staatsangehörigkeit* fallen in den Geltungsbereich von Art. 8 Abs. 2 BV und müssen deshalb durch qualifizierte sachliche Gründe gerechtfertigt werden.¹⁸ Gemäss wohl herrschender Lehre und Rechtsprechung vermögen bevorzugende Zugangsprivilegien zum schweizerischen Arbeitsmarkt für Staatsangehörige von EU/EFTA-Ländern diesen erhöhten Rechtfertigungsanforderungen zu genügen: Durch die Personenfreizügigkeit mit der EU werde mittels Staatsvertrag eine besondere Rechtsgemeinschaft gebildet, welche auf Reziprozität und damit auf qualifizierten sachlichen Gründen beruhe.¹⁹ Die Beschränkung der Erwerbsmöglichkeiten von Sans-Papiers ist Folge einer solchen Zulassungspolitik und deshalb mit dem Anspruch auf rechtsgleiche und diskriminierungsfreie Behandlung vereinbar.

B. Anspruch auf Legalisierung des Aufenthalts?

Wie gezeigt können Sans-Papiers aus dem übergeordneten Recht keinen Anspruch auf Zugang zum schweizerischen Arbeitsmarkt ableiten. Deshalb untersuchen wir, ob ein *de facto* bestehender Erwerbsaufenthalt einen verfassungs- oder völkerrechtlichen Anspruch auf dessen Legalisierung begründet.

I. Gestützt auf das Recht auf Privat- und Familienleben?

Art. 13 Abs. 1 BV und Art. 8 EMRK gewährleisten das Recht auf Privat- und Familienleben. Die Garantie schützt den Einzelnen insbesondere in den wesent-

11 Vgl. insb. Bericht des Bundesrats zur Ausländer- und Flüchtlingspolitik vom 15.05.1991, BBl 1991 III 291 ff.; bekräftigt in der Botschaft zur Volksinitiative «Gegen Masseneinwanderung» vom 07.12.2012, BBl 2013 291; demnach hat sich die Zulassungspolitik bewährt und es soll daran festgehalten werden (S. 316).

12 Für viele MINH SON NGUYEN, *Droit public des étrangers*, Bern 2003, S. 137 f. m.w.H.

13 BGE 138 I 246 E. 3.3 S. 253 ff. Eindeutig weiter geht die Forderung des Menschenrechtskommissars des Europarats, *Criminalisation of Migration in Europe: Human Rights Implications*, CommDH/IssuePaper(2010)1 vom 04.02.2010, S. 41 Ziff. 3.

14 PASCAL MAHON, in: Jean-François Aubert/Pascal Mahon (Hrsg.), *Petit commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999*, Zürich/Basel/Genf 2003, Art. 27 Rz. 6.

15 Für viele MÜLLER/SCHEFER (Fn. 8), S. 653; RAINER J. SCHWEIZER, in: Bernhard Ehrenzeller/Philippe Mastronardi/Rainer J. Schweizer/Klaus A. Vallender (Hrsg.), *Die Schweizerische Bundesverfassung: Kommentar*, 2. Aufl., Zürich/St. Gallen/Basel/Genf 2008 (SG-Komm.), Art. 8 Rz. 34 ff.

16 REGINA KIENER/WALTER KÄLIN, *Grundrechte*, 2. Aufl., Bern 2013, S. 412.

17 SCHWEIZER, SG-Komm. (Fn. 15), Art. 8 Rz. 5 ff.

18 ASTRID EPINEY/TAMARA CIVITELLA, Die rechtliche Stellung von Unionsbürgern und Drittstaatsangehörigen in der Schweiz – ein Vergleich ausgewählter Aspekte, in: Alberto Achermann et. al. (Hrsg.), *Jahrbuch für Migrationsrecht 2007/2008* S. 3 ff., S. 55; SCHWEIZER, SG-Komm. (Fn. 15), Art. 8 Rz. 60; KIENER/KÄLIN (Fn. 16), S. 332; wohl ähnlich MÜLLER/SCHEFER (Fn. 8), S. 714; BIAGGINI, BV Komm. (Fn. 8), Art. 8 Rz. 24.

19 PETER UEBERSAX, *Von Kreisen und Menschen – zum Migrationsrecht*, in: ZBJV 149/2013 S. 557 ff., S. 586 f.; ALBERTO ACHERMANN/MARTINA CARONI, Einfluss der völkerrechtlichen Praxis auf das schweizerische Migrationsrecht, in: Peter Uebersax/Beat Rudin/Thomas Hugi Yar/Thomas Geiser (Hrsg.), *Ausländerrecht*, 2. Aufl., Basel 2009, § 6 N. 6.45; EPINEY/CIVITELLA (Fn. 18), S. 56; BERNHARD WALDMANN, Das Diskriminierungsverbot von Art. 8 Abs. 2 BV als besonderer Gleichheitssatz, Bern 2003, S. 584 und 595 f.; BGE 136 II 120 E. 3.3.3 S. 128 f. Auch der EGMR anerkennt diesen Rechtfertigungsgrund, vgl. CHRISTOPH GRABENWARTER/KATHARINA PABEL, *Europäische Menschenrechtskonvention*, 5. Aufl., München 2012, § 26 Rz. 16 m.w.H.; EGMR, *Moustaquim gegen Belgien*, A/193, Urteil vom 18. Februar 1991, Ziff. 49.

lichen Aspekten seiner Lebensgestaltung,²⁰ wozu unbestritten auch die Erwerbstätigkeit zählt. Gemäss Lehre und Rechtsprechung können Ausländerinnen und Ausländer aus dem Recht auf Privat- und Familienleben unter gewissen restriktiven Voraussetzungen einen Anspruch auf Anwesenheit in der Schweiz ableiten.²¹ Nach der bisherigen Rechtsprechung des Bundesgerichts besteht dieser Anspruch aber in der Regel nur dann, wenn die Ausländerin oder der Ausländer mit einer Person, die in der Schweiz über ein *gefestigtes Anwesenheitsrecht* verfügt, eine intakte, gelebte familiäre Beziehung führt.²² In einem Entscheid aus dem Jahr 2010 hat das Bundesgericht diese Praxis relativiert und – soweit ersichtlich zum ersten Mal – einen Anwesenheitsanspruch *einzig* gestützt auf den Teilgehalt des Rechts auf *Privatleben* anerkannt, d.h. ohne dass eine familiäre Beziehung zu einer Person mit gefestigtem Aufenthaltsrecht bestand.²³

Die Hürde für die Anerkennung eines menschenrechtlichen Legalisierungsanspruchs liegt bereits für Sans-Papiers mit enger familiärer Beziehung zu einer Person mit gefestigtem Aufenthaltsrecht relativ hoch.²⁴ Besteht keine solche Beziehung, scheint eine Legalisierung faktisch beinahe unmöglich. Das Bundesgericht anerkennt einen Regularisierungsanspruch aus dem Recht auf Privatleben nur bei einer überdurchschnittlichen, besonders weit gehenden Integration der Antragstellenden, welche sich namentlich durch ein überdurchschnittliches berufliches und gesellschaftliches Engagement äussert,²⁵ die überdurchschnittliche Integration muss zudem über das – relativ zur Aufenthaltsdauer – übliche Mass hinausgehen.²⁶ An diesen Voraussetzungen dürften die Regularisierungsgesuche von Sans-Papiers regelmässig scheitern: Wohl steht die Tatsache, dass sie sich irregulär in der Schweiz aufhalten, der menschenrechtlichen Anerkennung eines Aufenthaltsanspruchs nicht grundsätzlich entgegen; die Dauer des irregulären

Aufenthalts wird von den rechtsanwendenden Behörden aber jeweils nicht bzw. nur in sehr beschränktem Umfang in die Interessenabwägung mit einbezogen.²⁷ Zudem leben Sans-Papiers aufgrund ihres irregulären Aufenthaltsstatus häufig sehr zurückgezogen, was die Möglichkeiten eines sozialen und gesellschaftlichen Engagements beschränkt. Schliesslich erachtet das Bundesgericht die – unter Sans-Papiers häufige – Arbeitstätigkeit in Privathaushalten als Zeichen einer mangelhaften beruflichen Integration auf dem schweizerischen Arbeitsmarkt, da diese es kaum erlaube, die wirtschaftlichen Bedürfnisse einer Familie nachhaltig zu sichern.²⁸

Auch aus der Rechtsprechung des EGMR lassen sich keine weiteren Regularisierungsansprüche ableiten. Der Gerichtshof stellt bei der Anerkennung eines auf Art. 8 Ziff. 1 EMRK gestützten Aufenthaltsanspruchs im Rahmen der Interessenabwägung unter anderem auch darauf ab, ob eine Wegweisungsmassnahme für die Betroffenen vorhersehbar war oder nicht.²⁹ Ein irregulärer Aufenthaltsstatus kann deshalb nur ausnahmsweise und nur unter aussergewöhnlichen Umständen einen Anspruch auf Legalisierung des Aufenthalts begründen. Solche Umstände können sich namentlich mit Blick auf das Kindeswohl ergeben.³⁰ Sind Kinder mit irregulärem Aufenthaltsstatus in der Schweiz geboren oder seit jungen Jahren in der Schweiz anwesend, kann ihre Verwurzelung so stark sein, dass sich aus Art. 13 Abs. 1 BV und Art. 8 EMRK ein überwiegendes Interesse an ihrem Verbleib in der Schweiz ableiten lässt.³¹ Aus dem Anwesenheitsanspruch eines Kindes kann sich dann wiederum ein Anspruch auf Regularisierung des elterlichen Aufenthalts ergeben.³² Die bundesgerichtliche Rechtsprechung scheint in diesem Bereich allerdings zurückhaltender als jene des EGMR zu sein³³ – soweit ersichtlich wurde bisher keine entsprechende Beschwerde gutgeheissen.³⁴

20 Vgl. etwa KIENER/KÄLIN (Fn. 16), S. 166; MÜLLER/SCHEFER (Fn. 8), S. 139.

21 Ausführlich MARTIN BERTSCHI/THOMAS GÄCHTER, Der Anwesenheitsanspruch aufgrund der Garantie des Privat- und Familienlebens, in: ZBl 104/2003 S. 225 ff.; DANIEL THYM, Menschenrecht auf Legalisierung des Aufenthalts?, in: EuGRZ 2006 S. 541 ff.; FALK FRITZSCH, Die Grenzen des völkerrechtlichen Schutzes sozialer Bindungen von Ausländern nach Art. 8 EMRK, in: Zeitschrift für Ausländerrecht und Ausländerpolitik 2010 S. 14 ff.; ANDREAS ZÜND/THOMAS HUGI YAR, Aufenthaltsbeendende Massnahmen im schweizerischen Ausländerrecht, insbesondere unter dem Aspekt des Privat- und Familienlebens, in: EuGRZ 2013 S. 1 ff.

22 Zuletzt bestätigt in BGE 130 II 281 E. 3.1 und E. 3.2.2 S. 285 f. Ein gefestigtes Anwesenheitsrecht besteht aufgrund des Schweizer Bürgerrechts, einer Niederlassungsbewilligung und eines festen Anspruchs auf Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung. Ausnahmsweise führt auch eine langjährige, immer wieder verlängerte Anwesenheitsberechtigung zu einem schützenswerten «faktischen Dauerstatus»; vgl. auch MÜLLER/SCHEFER (Fn. 8), S. 242 f; BREITENMOSE, SGKomm. (Fn. 15), Art. 13 Rz. 26; KIENER/KÄLIN (Fn. 16), S. 171.

23 BGer, 2C_266/2009, Urteil vom 02.02.2010, E. 5.

24 Ein Anspruch auf Legalisierung des Aufenthalts ergibt sich nicht bereits ab einer bestimmten Aufenthaltsdauer; das Bundesgericht prüft im Rahmen einer umfassenden Interessenabwägung u.a. auch die berufliche und gesellschaftliche Integration, vgl. eingehend ZÜND/HUGI YAR (Fn. 21), S. 10 ff.

25 BGer, 2C_75/2011, Urteil vom 06.04.2011, E. 3.3.

26 BGer, 2C_373/2013, Urteil vom 08.05.2013, E. 5.3.

27 BGE 134 II 10 E. 4.3 S. 24.

28 BGer, 2C_75/2011, Urteil vom 06.04.2011, E. 3.3.

29 Vgl. für viele EGMR, *Darren Omoregie u.a. gegen Norwegen*, Appl. No. 265/07, Urteil vom 31.07.2008, Ziff. 57 ff. m.w.H. Weitere Abwägungskriterien sind: Aufenthaltsdauer, Staatsangehörigkeit der beteiligten Personen, soziale, kulturelle und familiäre Bindungen zum Aufenthalts- und Herkunftsstaat, zu erwartende Hindernisse im Herkunftsland, Natur und Schwere allfälliger begangener Straftaten und Wissen des Partners und Wissen des Partners um diese Rechtsverstöße, Verhalten der ausgewiesenen Person seit Begehung der Straftat und Kindeswohl allfälliger Kinder, vgl. zum Ganzen GRABENWARTER/PABEL (Fn. 19), § 22 Rz. 67; THYM (Fn. 21), S. 545; für eine Rechtsprechungsübersicht des EGMR vgl. ZÜND/HUGI YAR (Fn. 21), S. 6 ff. und S. 8 f.

30 EGMR, *Rodrigues da Silva and Hoogkamer gegen die Niederlande*, Appl. No. 50435/99, Urteil vom 31.01.2006, Ziff. 41 ff.

31 In der Interessenabwägung zu Art. 13 Abs. 1 BV bzw. Art. 8 EMRK sind auch Art. 11 BV sowie Art. 3 Abs. 1, Art. 9 Abs. 3 und Art. 16 Abs. 1 UNO-Kinderrechtskonvention zu berücksichtigen, vgl. BGer, 2A.563/2002, Urteil vom 23.05.2005, E. 2.5.

32 EGMR, *Nunez gegen Norwegen*, Appl. No. 55597/09, Urteil vom 28.06.2011, Ziff. 79 ff.

33 Vgl. BGer, 2C_75/2011, Urteil vom 06.04.2011, E. 3.4.

34 Vgl. aber VerwG ZH, VB.2009.00167, Urteil vom 08.07.2009: Aus Art. 8 EMRK ergab sich für die in der Schweiz aufgewachsenen jugendlichen Zwillinge ein Anspruch auf Bewilligung,

II. Gestützt auf Art. 12 Abs. 4 UNO-Pakt II?

Ein Anspruch auf Legalisierung des (Erwerbs-)Aufenthalts könnte sich allenfalls aus Art. 12 Abs. 4 UNO-Pakt II ergeben. Die Bestimmung gewährleistet das Recht, in das eigene Land einzureisen und umfasst auch das Verbot der Ausweisung. Anders als bei der als Bürgerrecht ausgestalteten Niederlassungsfreiheit (Art. 24 Abs. 2 BV) ist der persönliche Schutzbereich von Art. 12 Abs. 4 UNO-Pakt II bereits durch eine gelebte und tatsächliche Verbundenheit zu (irgend) einem Staat eröffnet.³⁵ Der UN-Menschenrechtsausschuss verlangt für einen aus Art. 12 Abs. 4 UNO-Pakt II abgeleiteten Aufenthaltsanspruch eine lange Anwesenheit und enge persönliche oder familiäre Beziehungen im Gastland, sowie das Fehlen entsprechender Beziehungen zum Heimatstaat.³⁶ Soweit ersichtlich haben bislang weder der Ausschuss noch die Lehre Art. 12 Abs. 4 UNO-Pakt II zur Beurteilung der Rechtsstellung irregulärer Migranten beigezogen; Grundlage aller bisherigen Entscheidungen bildete ein langjähriges und gefestigtes Aufenthaltsrecht. Sans-Papiers dürfte aus dieser Bestimmung deshalb kein Aufenthaltsanspruch erwachsen, auch wenn sie über viele Jahre in der Schweiz leben und arbeiten, und dies um so weniger, als das Bundesgericht davon auszugehen scheint, dass die im Rahmen von Art. 13 Abs. 1 BV vorgenommene Interessenabwägung den Anforderungen an Art. 12 Abs. 4 UNO-Pakt II gerecht wird.³⁷

III. Gestützt auf das Willkürverbot und den Vertrauensschutz?

Jede Person hat Anspruch darauf, von den staatlichen Organen ohne Willkür behandelt zu werden (Art. 9 BV). Es stellt sich die Frage, ob sich die Behörden nicht widersprüchlich und willkürlich verhalten, wenn sie die langjährige Anwesenheit von Sans-Papiers und deren wirtschaftliche Tätigkeiten faktisch dulden, ihnen aber keine Möglichkeiten zur Regularisierung ihres Aufenthalts bieten.

Da Sans-Papiers keinen gesetzlichen Anspruch auf Zulassung zur Erwerbstätigkeit in der Schweiz haben, steht ihnen gegen Wegweisungsentscheide letztinstanzlich nur die Verfassungsbeschwerde offen (Art. 83 Bst. c und Art. 113 ff. BGG). Gemäss Rechtsprechung setzt die Legitimation zur Willkürklage bei diesem Rechtsmittel aber voraus, dass sich die beschwerdeführende Person auf

woraus auch für ihre Mutter ein Anspruch auf Regularisierung des Aufenthalts folgte. Vgl. die Besprechung durch MARC SPESCHA, in: FamPra.ch 2009 S. 991 ff., insb. S. 1001 f.

35 MRA, General Comment No. 27 (1999), Ziff. 20; BABAK FARGAHI, Aufenthaltsbeendende Massnahmen gegenüber dauerhaft anwesenden Ausländern im Lichte des Rechts auf Einreise in das eigene Land gemäss Art. 12 Abs. 4 UNO-Pakt II, in: Asyl 2/12 S. 34 ff., S. 35.

36 Vgl. für die jüngste Rechtsprechung des MRA, *Nystrom gegen Australien* vom 18.08.2011 (C/102/D1557/2007) und *Wasame gegen Kanada* vom 21.07.2011 (C/102/D/1959/2010).

37 BGer, 2C_1026/2011, Urteil vom 23.07.2012, E. 4.5.; ähnlich bereits BGE 122 II 433 E. 3c S. 443 f.

eine durch ein Gesetz oder ein weiteres Grundrecht geschützte Rechtsstellung berufen kann.³⁸ Das Bundesgericht hat sich unlängst für eine erweiterte Legitimation zur Willkürklage in Einbürgerungsfragen ausgesprochen³⁹ und in der Lehre wird eine Ausweitung dieser Rechtsprechung auf weitere Verfahren gefordert.⁴⁰ Soweit ersichtlich hat das Bundesgericht die selbständige Legitimation zur Willkürklage in ausländerrechtlichen Bewilligungsverfahren bisher aber nicht anerkannt. Da dies eine beträchtliche Ausweitung der gerichtlichen Zuständigkeit zur Folge hätte,⁴¹ ist eine Praxisänderung aber kaum denkbar. Das Willkürverbot dürfte Sans-Papiers in materieller Hinsicht ohnehin nur in Ausnahmefällen schützen. So ist nicht willkürlich, einem ausländischen Vater vor dem definitiven Entscheid über den Umfang des Besuchsrechts zweimal die Aufenthaltsbewilligung zu verlängern, und ihm anschliessend den weiteren regulären Aufenthalt in der Schweiz zu verweigern, mit der Begründung, das 14-tägige Besuchsrecht ermögliche keine im Rahmen von Art. 8 EMRK zu berücksichtigende, besonders intensive Beziehung zur Tochter.⁴²

Neben dem Willkürverbot verankert Art. 9 BV auch einen Anspruch darauf, vom Staat nach Treu und Glauben behandelt zu werden. Grundrechtlich geschützt ist das berechtigte Vertrauen des Einzelnen in das erwartungsbegründende Verhalten der staatlichen Organe.⁴³ Das Bundesgericht anerkennt, dass daraus unter gewissen Voraussetzungen auch ein Anspruch auf Erteilung bzw. Verlängerung einer Aufenthaltsbewilligung abgeleitet werden kann.⁴⁴ Man kann sich daher fragen, ob Sans-Papiers, deren langjährige Anwesenheit und Arbeitsleistung von den staatlichen Behörden faktisch geduldet wird, nach einer gewissen Aufenthaltsdauer nicht darauf vertrauen dürfen, ihr Leben in einem legalisierten Status fortzuführen. Indessen setzt der Vertrauensschutz ein individualisiertes Verhalten der Behörden und die Schaffung einer eigentlichen Vertrauensgrundlage voraus.⁴⁵ Sans-Papiers halten sich üblicherweise ohne Kenntnis der Behörden in der Schweiz auf, womit den Behörden eine entsprechende Vertrauensgrundlage eben gerade nicht entgegengehalten werden kann.⁴⁶ Zu differenzieren ist diese Aussage zumindest insoweit, als Sans-Papiers bei den So-

38 BGE 133 I 185 E. 6 S. 197 ff.; 137 II 305 E. 2 S. 308; 128 II 145 E. 3.5 S. 155; 126 II 377 E. 4 S. 388.

39 BGE 138 I 305 E. 1.4.6 S. 313.

40 NICOLE SCHEIBER/RAMONA PEDRETTI, Willkürklage vor Bundesgericht: nur in Einbürgerungsangelegenheiten?, in: Jusletter 4. Februar 2013, Rz. 22 ff.

41 UEBERSAX (Fn. 19), S. 599.

42 BGer 2C_996/2011, Urteil vom 28.06.2012, E. 4.1 f.

43 MÜLLER/SCHERER (Fn. 8), S. 25; ROHNER, SG-Komm. (Fn. 15), Art. 9 Rz. 43 ff.; KIENER/KÄLIN (Fn. 16), S. 404 f.; BGE 117 Ia 285 E. 2b S. 287; 118 Ia 245 E. 4b S. 254.

44 BGE 126 II 377 E. 3a S. 387 m.w.H.

45 THOMAS GÄCHTER, Rechtsmissbrauch im öffentlichen Recht, Zürich 2005, S. 184 und 442; ROHNER, SG-Komm. (Fn. 15), Art. 9 Rz. 44; BGE 126 II 377 E. 3a S. 387.

46 WINFRIED KLUTH, Anwesenheit und Zugehörigkeit, Zur grundrechtsdogmatischen Verortung von Verwurzelung als neuem Topos des Aufenthaltsrechts, in: Zeitschrift für Ausländerrecht und Ausländerpolitik 2009 S. 381 ff., S. 385.

zialversicherungen angemeldet sind; irregulär Erwerbstätigen dürften aufgrund ihrer Eingliederung in das Sozialversicherungssystem zwar sozialversicherungsrechtliche Leistungsansprüche,⁴⁷ in der Regel aber keine Aufenthaltsansprüche erwachsen.

C. Fragen des Vollzugs

Im Rahmen des Gesetzesvollzugs sind die staatlichen Behörden dafür verantwortlich, die bestehenden Zulassungsbeschränkungen zum schweizerischen Arbeitsmarkt umzusetzen. In der Folge wechseln wir die Perspektive und prüfen, inwiefern die Grundrechte die Art und Weise des Vollzugs von Zugangs- und Erwerbsverboten für Sans-Papiers anleiten.

I. Staatliche Schutzpflichten gegenüber Arbeitnehmenden

Zahlreiche Sans-Papiers gehen unbesehen entsprechender Verbote einer Erwerbstätigkeit nach. Welche Rolle kommt dem Staat zu, wenn private Arbeitgeber die (Arbeits-)Rechte von Sans-Papiers missachten? Die Antwort ergibt sich aus den grundrechtlichen und menschenrechtlichen Schutzpflichten, welche es dem Staat anerkanntermassen zur Aufgabe machen, die ungleichen Machtverhältnisse zwischen Arbeitgebern und Arbeitnehmern auszugleichen.⁴⁸ Diese Schutzpflichten bestehen grundsätzlich unabhängig vom ausländerrechtlichen Aufenthaltsstatus eines Arbeitnehmers. Gleich wie andere Arbeitnehmer sind die minimalen arbeitsrechtlichen Ansprüche auch irregulär anwesender Erwerbstätiger auf angemessenen Lohn und gerechte und günstige Arbeitsbedingungen, auf Zugang zu Systemen sozialer Sicherheit und auf Zugang zur Justiz sowie die gewerkschaftlichen Freiheiten zu schützen.⁴⁹ Die Schutzpflichten erschöpfen sich nicht im Erlass gesetzlicher Arbeitsschutzregelungen, vielmehr muss auch deren Einhaltung von *staatlichen Arbeitsaufsichtsbehörden* überprüft

47 Vgl. *mutatis mutandis* EGMR, *Muñoz Díaz gegen Spanien*, Appl. No. 49151/07, Urteil vom 08.12.2009.

48 Vgl. dazu auch RENÉ RHINOW/MARKUS SCHEFER, Schweizerisches Verfassungsrecht, 2. Aufl., Basel 2009, § 34 Rz. 3313 ff.; GEORG MÜLLER, Allgemeine Grundrechtslehren, in: Detlef Merten/Hans-Jürgen Papier (Hrsg.), Handbuch der Grundrechte, Bd. VII/2, Heidelberg/Zürich/St. Gallen 2007 (HdG), § 204 Rz. 5; ANDREAS AUER, Freiheitsrechte im Dreiecksverhältnis zwischen Staat, Gesellschaft und Individuum, in: ZBl 1993 S. 2 ff., S. 11; JÖRG PAUL MÜLLER, Elemente einer schweizerischen Grundrechtstheorie, Bern 1982, S. 85; BERNHARD PULVER, Die Verbindlichkeit staatlicher Schutzpflichten – am Beispiel des Arbeitsrechts, in: AJP 2005 S. 413 ff., S. 418.

49 Europarat, Res. 1509 (2006), Ziff. 13.3 und 13.5; ebenso RDÜ-Ausschuss, General Comment No. 30 (2004), Ziff. 35; vgl. auch Wanderarbeiter-Ausschuss, General Comment No. 2 (2013), Ziff. 62 ff.

werden.⁵⁰ Schliesslich hat der Staat dafür zu sorgen, dass Erwerbstätige vor *Ausbeutung* durch ihre Arbeitgeber geschützt werden; Arbeitgeber, welche die grundlegenden Arbeitsrechte von Sans-Papiers verletzen, müssen vom Staat verfolgt werden – unter Umständen auch strafrechtlich.⁵¹

II. Arbeitsrechtlicher Schutz

Auf den ersten Blick scheinen die arbeitsbezogenen Menschenrechte von Sans-Papiers in der Schweiz geschützt und die staatlichen Schutzpflichten damit eingelöst zu sein: Lehre und Rechtsprechung anerkennen, dass Arbeitsverträge auch ohne ausländerrechtliche Aufenthaltsbewilligung gültig sind und daraus entstehende Ansprüche gerichtlich eingefordert werden können; die strafrechtliche Einziehung von Lohn aus ausländerrechtlicher Schwarzarbeit ist unzulässig.⁵² Das schweizerische Arbeitsrecht schützt auch Ansprüche aus sog. faktischen Arbeitsverhältnissen, bei denen eine erbrachte Arbeitsleistung nach den Umständen nur gegen Lohn zu erwarten ist (Art. 320 Abs. 2 OR⁵³); die Höhe des einforderbaren Lohns hat sich dabei an den orts-, berufs- und branchenüblichen Lohnansätzen zu orientieren.⁵⁴ Auch der Zugang zum System sozialer Sicherheit ist gemäss geltender Gesetzgebung grundsätzlich unabhängig vom Aufenthaltsstatus einer Person gewährleistet.⁵⁵

Weniger klar ist unseres Erachtens hingegen, ob die Schweiz ihre Aufsichtspflicht erfüllt. So erfolgt die staatliche Arbeitsinspektion in der Schweiz insbesondere beim Vollzug des Arbeitsgesetzes; sie liegt primär in der Kompetenz der Kantone (Art. 41 ArG⁵⁶ i.V.m. Art. 79 Abs. 1 lit. a ArGV⁵⁷). Privathaushalte sind vom betrieblichen Geltungsbereich des Gesetzes ausgenommen (Art. 2 Abs. 1 lit. g ArG), weshalb die gesetzlichen Schutzbestimmungen hier nicht zur Anwendung kommen und auch die Einhaltung der privatrechtlichen Arbeitnehmerschutzbestimmungen von den Behörden nicht kontrolliert wird.

50 Vgl. MARTIN OCHS, Indikatoren und Benchmarks in UN-Menschenrechtsverfahren – eine rechtliche Analyse, Stuttgart 2011, S. 143 f. und S. 158 f. m.w.H.

51 Statt vieler EGMR, *Rantsev gegen Zypern und Russland*, Appl. No. 25965/04, Urteil vom 07.01.2010 betr. sexueller Ausbeutung; EGMR, *Siliadin gegen Frankreich*, Appl. No. 73316/01, Urteil vom 26.07.2005 betr. Ausbeutung der Arbeitskraft; weiterführend WALTER KÄLIN/JÖRG KÜNZLI, Universeller Menschenrechtsschutz, 3. Aufl., Basel 2013, N 1244 ff.; Europarat, Res. 1509 (2006), Ziff. 13.3 und 13.5; vgl. ebenso RDÜ-Ausschuss, General Comment No. 30 (2004), Ziff. 35.

52 BGE 114 II 279 E. 2d S. 283 f.; 137 IV 305 E. 3.3 ff. S. 308 ff.

53 SR 220.

54 Art. 342 Abs. 2 OR i.V.m. Art. 22 AuG, vgl. BGE 122 III 110 E. 4e S. 115 ff.

55 Vgl. für eine Übersicht zur sozialversicherungsrechtlichen Situation von Sans-Papiers in der Schweiz PETER NIDERÖST, Sans-Papiers in der Schweiz, in: Ausländerrecht (Fn. 19), § 9 N. 9.75 ff.

56 SR 822.11.

57 SR 822.111. Gewisse Aspekte der Arbeitsinspektion beruhen auf dem Unfallversicherungsgesetz (SR 832.20).

Die staatliche Kontrolle der Arbeitsbedingungen von Sans-Papiers, welche in Privathaushalten arbeiten, kann deshalb grundsätzlich nur auf dem Schwarzarbeitsgesetz oder auf Art. 360b OR beruhen.⁵⁸ So dürfen gemäss Art. 7 Abs. 1 lit. a BGSA die mit der Schwarzarbeitskontrolle betrauten Organe *Betriebe oder Arbeitsplätze* während der Arbeitszeit betreten. Die kontrollierten Personen und Betriebe sind verpflichtet, ihnen freien Zutritt zu gewähren und auf Verlangen alle für den Kontrollauftrag erforderlichen Unterlagen herauszugeben und Auskünfte zu erteilen (Art. 8 BGSA). Es ist indessen unklar, ob private Haushalte als Betrieb oder Arbeitsplatz im Sinne des BGSA gelten. Die Frage wird in den Materialien nicht angesprochen.⁵⁹ In einer 2012 durchgeführten Gesetzesevaluation haben verschiedene kantonale Kontrollorgane die fehlende Kompetenz zum Betreten von Privathaushalten bemängelt.⁶⁰ Kompensatorisch werden in einzelnen Kantonen zumindest schriftliche Kontrollen durchgeführt.⁶¹ Klar ist jedenfalls, dass die kantonalen Kontrollorgane über keine polizeilichen Kompetenzen verfügen.⁶² Sofern bei Kontrollen des BGSA eigentliche Zwangsmittel wie Personenkontrollen, Festnahmen und Hausdurchsuchungen angewendet werden, muss deshalb die Polizei beigezogen werden (Art. 7 Abs. 2 BGSA), welche nur im Rahmen der einschlägigen polizeirechtlichen bzw. strafprozessualen Bestimmungen tätig werden darf.⁶³ Gestützt auf das BGSA kann aber immer nur die Einhaltung der ausländer- und sozialversicherungsrechtlichen Pflichten überprüft werden.⁶⁴ Die Arbeitsbedingungen der in Privathaushalten tätigen Sans-Papiers werden von staatlicher Seite – zumindest im Rahmen des BGSA – nicht überwacht.

Weiter gehen die inhaltlichen Kontrollbefugnisse der im Rahmen der flankierenden Massnahmen zur Personenfreizügigkeit mit der EU eingeführten *tri-*

58 Vgl. ausserdem die Normalarbeitsverträge der Kantone Genf und Tessin für Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer im Hausdienst, welche Arbeitsmarktinspektionen in Privathaushalten vorsehen.

59 Vgl. Botschaft zum Bundesgesetz über Massnahmen zur Bekämpfung der Schwarzarbeit vom 16.01.2002, BBl 2002 3605 ff., S. 3654; Amtl. Bull. 2004 SR S.927; Amtl. Bull. 2005 NR S.215.

60 CHRISTIAN BOLLIGER/MARIUS FÉRAUD, Evaluation des Bundesgesetzes über Massnahmen zur Bekämpfung der Schwarzarbeit (BGSA) Schlussbericht, Bern 14.05.2012, S.72. Der Bundesrat lässt derzeit verschiedene Möglichkeiten zur Revision des BGSA prüfen, u.a. auch erweiterte Kompetenzen der Kontrollorgane, vgl. Medienmitteilung des Bundesrats vom 19.12.2012, einsehbar unter <<http://www.seco.admin.ch/aktuell/00277/01164/01980/index.html?lang=de&msg-id=47275>> (zuletzt besucht am 12.09.2013).

61 BOLLIGER/FÉRAUD (Fn.60), S.9 und S.69 ff.; vgl. auch Botschaft zum Übereinkommen (Nr.189) der Internationalen Arbeitsorganisation über menschenwürdige Arbeit für Hausangestellte (2011) vom 28.08.2013, BBl 2013 6927 ff., S.6956.

62 Botschaft zum Bundesgesetz über Massnahmen zur Bekämpfung der Schwarzarbeit vom 16. Januar 2002, BBl 2002 3605 ff., S.3654.

63 So bereits ALWIN HÖSLI, Schwarzarbeit, Ursachen, Formen, Zusammenhänge und Wirkungen illegaler Beschäftigung sowie Vorschläge zu deren substantieller Bekämpfung, Bern 2002, S.123 f.

64 Art.6 BGSA.

partiten Kommissionen des Bundes und der Kantone im Sinne von Art.360b OR: Diese haben den schweizerischen Arbeitsmarkt zu beobachten und im Fall von wiederholten missbräuchlichen Lohnunterbietungen den Erlass zwingender Mindestlöhne vorzubereiten.⁶⁵ Zudem müssen die Kommissionen die Einhaltung der erlassenen Mindestlöhne kontrollieren und können dabei auch fehlbare Arbeitgeber sanktionieren (Art.7 Abs.1 lit.b EntsG).⁶⁶ Zu diesem Zweck geniessen die von den Kantonen eingestellten Arbeitsmarktinspektoren gegenüber den *Betrieben* ein Zutritts-, Auskunfts- und Einsichtsrecht.⁶⁷ Ob die Inspektoren auch die Kompetenz haben, in Privathaushalten Kontrollen durchzuführen, ist unklar; auch hier sind die Materialien unergiebig. Die tripartite Kommission des Bundes hat bei der Kontrolle der Lohnbedingungen in Privathaushalten auf Inspektionen vor Ort verzichtet,⁶⁸ während verschiedene kantonale tripartite Kommissionen Kontrollen in Privathaushalten durchzuführen scheinen.⁶⁹ Durch staatliche Inspektionen i.S.v. Art.360b OR könnten demnach allenfalls die Lohnansprüche auch von Sans-Papiers überprüft und geschützt werden, nicht hingegen ihre übrigen Arbeitsbedingungen. Faktisch stellen die Inspektionen für irregulär anwesende Erwerbstätige allerdings primär eine Gefahr dar, da die Kontrollorgane der Kantone meist gleichzeitig auch die Einhaltung der Aufenthaltsbewilligungen im Sinne des BGSA kontrollieren.⁷⁰

III. Strafrechtlicher Schutz

Einen expliziten strafrechtlichen Schutz vor Arbeitsausbeutung kennt die Schweiz bisher nicht. Die in Art.115 ff. AuG gegen die Arbeitgeber von Sans-Papiers gerichtete Sanktionsmöglichkeit dient einzig dem Vollzug der ausländerrechtlichen Bewilligungspflichten. Die Ausbeutung von Arbeitskraft kann unter Umständen unter den Straftatbestand des Wuchers (Art.157 StGB) fallen. Das Bundesgericht sah den Tatbestand im Fall einer unerfahrenen, relativ jungen irregulär anwesenden Hausangestellten als erfüllt an, die für ihren wöchent-

65 Vgl. ausführlich JÜRGEN TIEFENTHAL, Flankierende Massnahmen zum Schutz des schweizerischen Arbeitsmarktes, Zürich/Basel/Genf 2008, S.114 f.

66 SR 823.20; vgl. BBl 2012 3424 ff.

67 Art.360b Abs.5 OR i.V.m. Art.7 ff. EntsG i.V.m. Art.16c EntsV (SR 823.201); BBl 2004 6574 ff.; BBl 2012 3424 f.

68 Erläuternder Bericht zum Entwurf für einen Normalarbeitsvertrag (NAV) mit zwingenden Mindestlöhnen für Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer in der Hauswirtschaft, Bern 08.10.2010, S.4.

69 Vgl. dazu die jährlichen Berichte des Seco über den Vollzug der flankierenden Massnahmen, welche auf solche Kontrollen in den Kantonen hinweisen; zu finden unter <<http://www.seco.admin.ch/dokumentation/publikation/00008/00022/04563/index.html?lang=de>> (zuletzt besucht am 28.10.2013).

70 Die gleichzeitige Ausführung der Kontrollaufgaben im Rahmen des BGSA und der flankierenden Massnahmen durch ein einziges Kontrollorgan wurde gemäss Botschaft von vielen Kantonen explizit angestrebt, die konkrete Ausgestaltung liegt letztlich aber im Ermessen der Kantone, vgl. BBl 2004 6576 f.

lichen Arbeitseinsatz von 50 Stunden eine Entschädigung von 300 Franken pro Monat sowie Kost und Logis erhielt.⁷¹ Ob die Schweiz mit diesen punktuellen Strafnormen den vom EGMR aus Art. 4 EMRK abgeleiteten legislativen Schutzpflichten gerecht wird, muss offen bleiben.

IV. Schutz der gerichtlichen und administrativen Durchsetzung

Nicht zuletzt aufgrund ihrer klandestinen Stellung sind Sans-Papiers nicht nur besonders anfällig für Verletzungen ihrer (Arbeits-)Rechte – es ist ihnen faktisch auch verunmöglicht, ihre Rechte gerichtlich durchzusetzen.⁷² Es stellt sich die Frage, ob diese Situation mit dem grundrechtlichen Anspruch auf *effektiven Rechtsschutz* zu vereinbaren ist.⁷³ Das Recht auf rechtsgleichen und effektiven Zugang zur Justiz ist grundrechtlich breit abgestützt. Ausdrücklich garantiert ist neben dem allgemeinen Anspruch auf Gleichheit vor dem Gesetz und auf gleichen Schutz durch das Gesetz⁷⁴ namentlich das verfahrensspezifische Recht auf effektiven Rechtsschutz,⁷⁵ auf gleiche und gerechte Behandlung vor gerichtlichen Behörden⁷⁶ und schliesslich das Recht auf (unentgeltlichen) Rechtsbeistand.⁷⁷ Darüber hinaus ist anerkannt, dass sich auch aus dem materiellen Gehalt von Grundrechten (etwa aus dem Recht auf Privatleben) ein verfahrensrechtlicher Anspruch auf deren Durchsetzung ergeben kann.⁷⁸ Das Recht auf effektiven Zugang zur Justiz ist folglich nicht nur ein eigenständiges, verfassungs- und völkerrechtlich anerkanntes Recht, sondern es bildet ebenso die Voraussetzung zum Schutz und zur Verwirklichung aller anderen Individualrechte.⁷⁹ Die Verfahrensgarantien sind als Menschenrechte ausgestaltet und stehen deshalb *jedem Menschen* unbeschaffen seiner Nationalität oder seines Aufenthaltsstatus zu.⁸⁰

Sans-Papiers haben folglich einen grundrechtlichen Anspruch darauf, Verletzungen ihrer Rechte mittels einer wirksamen Beschwerde bei einer Justizbe-

hörde zu rügen.⁸¹ Dem stehen aber *faktisch* zahlreiche Hindernisse entgegen, zuvorderst die Angst davor, neben der Identität auch den Aufenthaltsstatus offenlegen zu müssen und in der Folge ausgewiesen zu werden.⁸² Diese Situation hat zur Folge, dass die Betroffenen auch in zentralsten Menschenrechten wie etwa dem Schutz vor sexuellem Missbrauch oder vor Ausbeutung ihrer Arbeitsleistung letztlich ohne rechtlichen Schutz bleiben. Den Betroffenen bleibt der Zugang zur Justiz faktisch verwehrt, weshalb auch die *allgemeine* Tragweite der Rechte von Sans-Papiers – namentlich ihrer wirtschaftlichen und sozialen Rechte – nicht geklärt werden kann.⁸³ Diese Situation steht in einem Spannungsverhältnis zur staatlichen Verpflichtung, für die *umfassende Verwirklichung* der Grundrechte zu sorgen.

D. Pflicht zur umfassenden Verwirklichung der Grundrechte

Art. 35 BV verankert die Grundrechte als Fundament des schweizerischen Rechtssystems.⁸⁴ Die Bestimmung verlangt von sämtlichen staatlichen Instanzen, im Rahmen ihrer funktionalen und föderalistischen Zuständigkeit für die *effektive und tatsächliche Gewährleistung* der Grundrechte in allen Rechtsbeziehungen zu sorgen.⁸⁵ Im Folgenden wird der Frage nachgegangen, was dies für die erwerbsspezifischen Grundrechte von Sans-Papiers bedeutet und ob die staatlichen Organe ihre entsprechenden Pflichten hinreichend erfüllen.

I. Anerkennung der Grundrechtsträgerschaft

Aufgrund der restriktiven Rechtsprechung des Bundesgerichts sind Sans-Papiers von vornherein vom persönlichen Schutzbereich der *Wirtschaftsfreiheit*

71 BGE 130 IV 106 E. 7 S. 108 ff.

72 Die nachfolgenden Ausführungen beruhen auf REGINA KIENER, Gleicher Zugang zum Recht für alle, ZBl 11/2013 S. 581 f.

73 So ausdrücklich auch die UN-Sonderberichterstatterin zu Menschenrechten und extremer Armut, Jahresbericht 2012 vom 09.08.2012, A/67/278, Ziff. 21 und durchgängig.

74 Art. 8 Abs. 1 BV; vgl. Art. 7 AEMR; Art. 26 UNO-Pakt II.

75 Art. 29a BV vermittelt bezüglich aller Rechtsstreitigkeiten einen Anspruch auf effektiven Rechtsschutz durch ein Gericht, vgl. KIENER/KÄLIN (Fn. 16), S. 490 und 515 ff.; vgl. auch Art. 8 AEMR; konkretisiert durch Art. 2 Ziff. 3 sowie Art. 14 Ziff. 1 UNO-Pakt II; Art. 6 Ziff. 1 sowie Art. 13 EMRK.

76 Art. 30 Abs. 1 BV; vgl. Art. 10 AEMR; konkretisiert durch Art. 14 Ziff. 1 UNO-Pakt II; Art. 6 Ziff. 1 EMRK.

77 Ein genereller Anspruch ergibt sich aus Art. 29 Abs. 1 und 3 BV; für Strafverfahren aus Art. 32 BV; vgl. auch Art. 11 Ziff. 1 AEMR, konkretisiert durch Art. 14 Ziff. 3 Bst. b und d UNO-Pakt II; Art. 6 Ziff. 3 Bst. c EMRK.

78 KIENER/KÄLIN (Fn. 16), S. 139 f.; KÄLIN/KÜNZLI (Fn. 51), N 547 ff.

79 UN-Sonderberichterstatterin zu Menschenrechten und extremer Armut (Fn. 73), Ziff. 91.

80 Vgl. KIENER/KÄLIN (Fn. 16), S. 481.

81 Für einen Anwendungsfall vgl. BGE 137 I 128: Das Fehlen eines Rechtsmittels gegen kantonale Entscheide, die ein Aufenthaltsbewilligungsverfahren nach Art. 14 Abs. 4 AsylG verweigern, verletzt die Rechtsweggarantie (Art. 29a BV).

82 Vgl. KNOLL/SCHILLIGER/SCHWAGER (Fn. 3), S. 98 ff.; NIKLAUS (Fn. 3), S. 118 ff.; vgl. auch UN-Sonderberichterstatterin zu Menschenrechten und extremer Armut (Fn. 73), Ziff. 21.

83 Zum Problem der fehlenden Konkretisierung der wirtschaftlichen und sozialen Rechte von marginalisierten Personengruppen auch UN-Sonderberichterstatterin zu Menschenrechten und extremer Armut (Fn. 73), Rz. 31 f.; ausdrücklich auch WSK-Ausschuss, General Comment No. 3 (1990), Ziff. 5 und General Comment No. 9 (1998), Ziff. 3 und 9.

84 Botschaft des Bundesrats über eine neue Bundesverfassung vom 20. 11. 1996, BB1 1997 S. 1 ff., S. 192.

85 KIENER/KÄLIN (Fn. 16), S. 42 ff.; RHINOW/SCHEFER (Fn. 48), § 12 Rz. 1126; BIAGGINI, BV Komm. (Fn. 8), Art. 35 Rz. 5; BERNHARD WALDMANN, Wirkung und Verwirklichung der Grundrechte, Inhalt und Tragweite von Art. 35 BV, in: ius.full 1/2008 S. 20 ff., S. 23; WOLF S. SEIDEL/BERNHARD WALDMANN, Sakralbauten im Lichte der Grundrechtsbindung und Grundrechtsverwirklichung, in: René Pahud de Mortanges/Jean-Baptiste Zufferey (Hrsg.), Bau und Umwandlung religiöser Gebäude, Le patrimoine religieux face à l'immobilier et la construction, Freiburger Veröffentlichungen zum Religionsrecht, Band 18, Zürich/Basel/Genf 2007, S. 71 ff., S. 85.

ausgenommen. Dafür ist keine verfassungsrechtlich tragbare Begründung ersichtlich.⁸⁶ Die vom Bundesgericht vorgenommene Einschränkung ist im Wortlaut von Art. 27 BV nicht angelegt und wird in der Lehre mit Blick auf den menschenrechtlichen Gehalt der Wirtschaftsfreiheit denn auch *kritisiert*.⁸⁷ Die Gerichtspraxis widerspiegelt zwar die schweizerische Einwanderungs- und Arbeitsmarktpolitik,⁸⁸ nimmt aber die Grundrechtskonformität der auf Art. 121 Abs. 1 BV beruhenden Ausländergesetzgebung in allgemeiner und abstrakter Weise vorweg, ohne dem Einzelfall Rechnung zu tragen.⁸⁹ Dies widerspricht der verfassungsrechtlichen Vorgabe zur umfassenden Verwirklichung der Grundrechte, die sich auch auf das Bundesgericht erstreckt. Das Bundesgericht kommt damit seinem Beitrag zur Grundrechtsverwirklichung nicht im verfassungsrechtlich geforderten Mass nach und relativiert letztlich auch das der Verfassung zugrunde liegende Verständnis der Grundrechte als grundlegendste normative Prinzipien, welche sich an der Menschenwürde, an Gleichheit und Fairness ausrichten und damit zu den Essentialien eines demokratischen Rechtsstaats zählen.⁹⁰ Es ist deshalb verfassungsrechtlich angezeigt, den Schutzbereich von Art. 27 BV auf sämtliche in der Schweiz erwerbstätige Personen auszuweiten und allfällige – insbesondere ausländerrechtlich motivierte – Beschränkungen der Erwerbstätigkeit von Sans-Papiers an den Schrankenvoraussetzungen (Art. 36 BV, Art. 94 BV) zu messen, denen Eingriffe in die Wirtschaftsfreiheit generell unterliegen.⁹¹

86 Eine ausdrückliche verfassungsrechtliche Beschränkung des Grundrechtsschutzes auf Staatsangehörige gilt insb. für die Niederlassungsfreiheit (Art. 25 Abs. 1 BV) und für die Garantie der politischen Rechte (Art. 34 i. V. m. Art. 136 BV).

87 VALLENDER, Wirtschaftsfreiheit, in: HdG (Fn. 48), § 222 Rz. 40; DERS. in: SG-Komm. (Fn. 15), Art. 27 Rz. 39; ANDREAS AUER/GIORGIO MALINVERNI/MICHEL HOTTETIER, *Droit constitutionnel suisse*, vol. II, les droits fondamentaux, 3. Aufl., Bern 2013, Rz. 939; MÜLLER/SCHEFER (Fn. 8), S. 1065; KLAUS A. VALLENDER/PETER HETTLICH/JENS LEHNE, *Wirtschaftsfreiheit und begrenzte Staatsverantwortung*, 4. Aufl., Bern 2006, § 5 Rz. 15; bereits unter der Geltung der BV 1874 war diese Begrenzung des Schutzbereichs kritisiert worden, vgl. RENÉ RHINOW, in: Jean-François Aubert u.a. (Hrsg.), *Kommentar zur Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 29. Mai 1874*, Loseblattsammlung, Zürich/Basel/Bern 1987 ff., Art. 31 (1988) Rz. 94; PETER SALADIN, *Grundrechte im Wandel*, 3. Aufl., Bern 1982, S. 277.

88 GIOVANNI BIAGGINI, *Wirtschaftsfreiheit*, in: Daniel Thürer/Jean-François Aubert/Jörg Paul Müller (Hrsg.), *Verfassungsrecht der Schweiz*, Zürich 2001 (VdCH), § 49 Rz. 10.

89 Ähnlich VALLENDER/HETTLICH/LEHNE (Fn. 87), § 5 Rz. 14; die Autoren gehen davon aus, dass sich die Ziele der Ausländergesetzgebung bereits aus Art. 121 Abs. 1 BV ergeben und deshalb praktische Konkordanz zwischen Art. 27 und Art. 121 Abs. 1 BV herzustellen ist. Art. 121 BV nennt allerdings gemäss h.L. keine Zielvorgaben, sondern begründet einzig eine Gesetzgebungskompetenz des Bundes im Ausländerwesen, vgl. BIAGGINI, BV Komm. (Fn. 8), Art. 121 Rz. 7; MAHON, in: *Petit commentaire* (Fn. 14), Art. 121 Rz. 12.

90 Vgl. JÖRG PAUL MÜLLER, *Allgemeine Bemerkungen zu den Grundrechten*, in: VdCH (Fn. 88), § 39 Rz. 6 f.; DERS., *Die Verfassungsgerichtsbarkeit im Gefüge der Staatsfunktion*, in: *Vereiningung deutscher Staatsrechtslehrer* 39 (1981), S. 70 f.

91 So bereits RHINOW (Fn. 87), Rz. 94.

II. Tatsächlicher Schutz in Arbeitsverhältnissen

Auch eine Ausdehnung des persönlichen Schutzbereichs ändert nichts am Umstand, dass Art. 27 BV keine justiziablen Ansprüche auf Zugang zum schweizerischen Arbeitsmarkt begründet. Indessen ist der Wirtschaftsfreiheit auch ein objektivrechtlicher Teilgehalt eigen, welcher zudem in Art. 7–9 UNO-Pakt I und Art. 41 Abs. 1 lit. a und lit. d BV aufscheint und auf den tatsächlichen Schutz gerechter und günstiger Arbeitsbedingungen gerichtet ist. Die entsprechenden Regulierungspflichten des Staates sind – wie gesehen – zwar mehrheitlich erfüllt. Die faktische Durchsetzung der entsprechenden zivilrechtlichen Ansprüche ist aber davon abhängig, dass die betroffenen Sans-Papiers ihre Anonymität aufgeben.⁹² Sie ist damit – wenn überhaupt – letztlich erst im Wegweisungsvollzug möglich (vgl. dazu sogleich Ziff. III.). Mit Blick auf die vorliegende Fragestellung stellt sich ausserdem die Frage, ob die Schweiz ihren Aufsichts- und Bestrafungspflichten genügend nachkommt.

Der Ausschluss der Privathaushalte von der öffentlich-rechtlichen Arbeitsinspektion wird insbesondere mit dem Schutz der Privatsphäre begründet.⁹³ In der Tat fragt es sich, inwiefern der Zugang zu Privathaushalten zum Vollzug arbeitsrechtlicher Schutzbestimmungen grundrechtskonform ist, nachdem die Unverletzlichkeit der Privatwohnung durch Art. 13 Abs. 1 BV und die in diesem Aspekt weitgehend deckungsgleiche Garantie in Art. 8 Abs. 1 EMRK gewährleistet ist.⁹⁴ Der Zutritt zum Zweck behördlicher Kontrollen stellt einen Eingriff in die entsprechenden Schutzgehalte dar und muss den Voraussetzungen von Art. 36 BV bzw. Art. 8 Ziff. 2 EMRK genügen.⁹⁵ Eine staatliche Kontrolle der Arbeitsbedingungen in Privathaushalten bedarf deshalb einer klaren gesetzlichen Grundlage. Durch den generellen Ausschluss der staatlichen Aufsicht wird die erforderliche Interessensabwägung in allgemeiner und abstrakter Weise zugunsten der Privatsphäre der Arbeitgeber vorgenommen. Jedenfalls bei Hinweisen auf ausbeuterische Arbeitsverhältnisse in Privathaushalten müssten zum Schutz der Rechte der Arbeitnehmenden aber entsprechende *Inspektionen* möglich sein.⁹⁶ Damit die staatliche Arbeitsinspektion sich nicht nur für private Arbeitgeber, sondern auch für die Arbeitnehmer schützend auswirkt, darf sie aber nicht mit dem ausländerrechtlichen Vollzug verknüpft werden. Schliesslich stellt sich die Frage nach einer ausdrücklichen strafrechtlichen Sanktionierung der Arbeitsausbeutung.

92 Vgl. dazu auch Curia vista, 01.5195 – Fragestunde. Frage von Nationalrat Jean-Claude Renwald, Bericht über Schwarzarbeit und die «sans-papiers».

93 THOMAS GEISER, in: Thomas Geiser/Adrian von Kaenel/Rémy Wyler (Hrsg.), *Handkommentar Arbeitsgesetz*, Bern 2005, Art. 2 Rz. 9; ROLAND A. MÜLLER, *ArG Kommentar, Arbeitsgesetz*, 7. Aufl., Zürich 2009, S. 30.

94 Botschaft neue Bundesverfassung (Fn. 84), S. 152.

95 MÜLLER/SCHEFER (Fn. 8), S. 196 f.; BREITENMOSER, SG-Komm. (Fn. 15), Art. 13 Rz. 32.

96 Vgl. Art. 17 Übereinkommen Nr. 189 der Internationalen Arbeitsorganisation über menschenwürdige Arbeit für Hausangestellte und Ziff. 24 der entsprechenden Empfehlung Nr. 201 betreffend menschenwürdige Arbeit für Hausangestellte (2011); vgl. zum Folgenden auch Wanderarbeiter-Ausschuss, *General Comment No. 2* (2013), Ziff. 60 und 63 ff.

III. Verwirklichung des Rechts auf Rechtsschutz

Die Schweiz ist verfassungsrechtlich und völkerrechtlich verpflichtet dafür zu sorgen, dass alle auf ihrem Hoheitsgebiet lebenden Menschen Zugang zur Justiz haben.⁹⁷ Dass die Schweiz über ein formell inklusives und faires Justizsystem verfügt, ist unbestritten. Gleichwohl sind zu der im Sinn von Art. 35 BV *umfassenden* Verwirklichung der Verfahrensrechte von Sans-Papiers verschiedene Massnahmen erforderlich, die je unterschiedliche Aufgabenträger ansprechen. Leitlinie ist der Grundsatz, wonach die Behörden den Zugang zum Rechtsschutz nicht in unzumutbarer Weise erschweren dürfen.⁹⁸ Die wichtigste Massnahme zur umfassenden Sicherstellung der Verfahrensrechte ist im vorliegenden Kontext die Regel, dass die im Bereich der Strafverfolgung und der Justiz tätigen Behörden den Aufenthaltsstatus der Strafantragsteller bzw. der Verfahrensparteien nicht erfragen und – weitaus wichtiger noch – im Fall der Kenntnis den *Datenschutz* wahren und die entsprechenden Daten nicht an die Ausländerbehörden weitergeben. Die gesetzlich verankerten Pflichten zum Informationsaustausch bewirken zumindest indirekt und mittelbar eine Verkürzung der Verfahrensrechte von Sans-Papiers und sollten deshalb aufgehoben werden.⁹⁹ Der Bundesrat hat sich zuletzt Anfang 2013 für die Beibehaltung der geltenden rechtlichen Stellung von Sans-Papiers ausgesprochen und dabei festgehalten, dass die gegenwärtigen gesetzlichen Grundlagen trotz Informationsaustausch genügend Schutz bieten und ein «kohärentes Verwaltungshandeln ermöglichen».¹⁰⁰ Zwar anerkennt er die Grundrechtsträgerschaft von Sans-Papiers dabei explizit an, scheidet aber die Tragweite der grundrechtlichen Schutz- und Gewährleistungspflichten zu verkennen, spricht er doch von blossen «Zielkonflikten zwischen den einzelnen Gesetzen».

Ebenfalls geprüft werden sollte die Einführung einer selbständigen Beschwerdemöglichkeit von *Organisationen*, die sich der Beratung und Unterstützung von Sans-Papiers widmen;¹⁰¹ entsprechende Beschwerdemöglichkeiten

97 UN-Sonderberichterstatterin zu Menschenrechten und extremer Armut (Fn. 73), Rz. 91 ff.

98 So zur Rechtsweggarantie gem. Art. 29a BV KLEY, in: SG-Komm. (Fn. 15), Art. 29a Rz. 9.

99 Pflichten zum Informationsaustausch zwischen den Behörden sind namentlich in Art. 97 AuG, insb. Abs. 2 und 3, Art. 9 Abs. 3 lit. a, Art. 11 und 12 BGSA verankert; in diesem Sinne auch Europarat, Res. 1509 (2006), Ziff. 16.4. Für eine Übersicht über ausländerrechtliche Meldepflichten und ihre Konformität mit dem Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung (Art. 13 BV); vgl. SUZANNE DAVET, Informations- und Schweigepflichten von Behörden und Organisationen, die öffentliche Aufgaben wahrnehmen, bei illegalem Aufenthalt, Masterarbeit Universität Basel, Dezember 2008; auch in der arbeitsrechtlichen Doktrin wird die fehlende Grundrechtskonformität des Informationsaustauschs gem. BGSA bemängelt, vgl. ESTELLE CHANSON, *Compatibilité des dispositions de la LTN avec la LPD*, in: Rémy Wyler (Hrsg.), *Panorama II en droit du travail*, Bern 2012, S. 311 ff.

100 Medienmitteilung des Bundesrats vom 13.02.2013, einsehbar unter <http://www.bfm.admin.ch/bfm/de/home/dokumentation/medienmitteilungen/2013/ref_2013-02-131.html> (zuletzt besucht am 04.09.2013).

101 Empfehlung gemäss UN-Sonderberichterstatterin zu Menschenrechten und extremer Armut (Fn. 73), Rz. 96; gemäss Europarat soll ausserdem über die Etablierung eines nichtgerichtlichen

sind in der Schweizer Rechtsordnung jedenfalls für verschiedene öffentlich-rechtliche Verfahren etabliert.¹⁰² Art. 15 BGSA sieht bereits heute eine entsprechende Klageberechtigung der Arbeitnehmerverbände vor. Gemäss Art. 14 BGSA müssen Sans-Papiers im Rahmen eines Ausweisungsverfahrens ausserdem darauf aufmerksam gemacht werden, dass sie arbeitsrechtliche Ansprüche geltend machen und zu deren gerichtlicher Durchsetzung einen Vertreter bezeichnen können. Diese Schutzbestimmungen sind Teil einer umfassenden Verwirklichung des Rechts auf Rechtsschutz, greifen aber erst, wenn bereits ein Ausweisungsverfahren im Gange ist. Die Geltendmachung von Rechtsansprüchen aus einem Arbeitsvertrag setzt deshalb weiterhin voraus, dass Sans-Papiers ihre Anonymität aufgeben. Zudem scheint fraglich, inwiefern die für den Vollzug der Wegweisungen zuständigen (Polizei-)Behörden dieser Verpflichtung tatsächlich Folge leisten.¹⁰³ Aufgrund der geltenden Bestimmungen ist ein effektiver Zugang zur Justiz nicht sichergestellt. Ein Ausbau der *Prozesskostenhilfe* scheint demgegenüber – und anders als in anderen Industriestaaten¹⁰⁴ – in der Schweiz nicht erforderlich zu sein.¹⁰⁵ Mit Art. 29 Abs. 3 BV besteht eine solide verfassungsrechtliche Grundlage für die Unterstützung nicht aussichtsloser Begehren in sämtlichen Streitigkeiten, die durch die einschlägigen Verfahrenserlasse weiter konkretisiert wird.¹⁰⁶ Das Gleiche gilt für die Möglichkeit, sich durch einen Anwalt, ein Mitglied einer Hilfsorganisation oder private Dritte vertreten oder verbeistanden zu lassen.¹⁰⁷

(Menschen-)Rechtsschutzes durch Ombudspersonen oder vergleichbare Stellen nachgedacht werden, vgl. Europarat, Res. 1509 (2006), Ziff. 16.7 vgl. auch Menschenrechtskommissar des Europarats, *The Human Rights of Irregular Migrants in Europe*, CommDH/IssuePaper (2007)1 vom 17.12.2007, S. 20 Ziff. 9.

102 Vgl. etwa Art. 9 BehiG betr. Behindertenorganisationen, Art. 7 GIG betr. Organisationen, die nach ihren Statuten die Gleichstellung von Frau und Mann fördern oder die Interessen der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer wahren; zum Ganzen statt anderer ALFRED KÖLZ/ISABELLE HÄNER/MARTIN BERTSCHI, *Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes*, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2013, S. 351 ff.

103 Skeptisch NIDERÖST, *Sans-Papiers in der Schweiz*, in: *Ausländerrecht* (Fn. 19), § 9 N. 9.64.

104 Vgl. insb. zur Situation in den USA Deborah L. Rhode, *Access to Justice: An Agenda for Legal Education and Research*, in: *Journal of Legal Education* vol. 62 (2013), S. 531 ff.; HELEN HERSHKOFF, *Transforming Legal Theory in the Light of Practice: The Judicial Application of Social and Economic Rights to Private Orderings*, in: Varun Gauri/Daniel M. Brinks (Hrsg.), *Courting Social Justice: Judicial Enforcement of Social and Economic Rights in the Developing World*, Cambridge University Press 2008, S. 268 ff.

105 Vgl. die Empfehlung der UN-Sonderberichterstatterin zu Menschenrechten und extremer Armut (Fn. 73), Ziff. 96. Die Schweiz gibt im Vergleich zu anderen Europaratstaaten einen hohen Anteil am BIP für Prozesskostenhilfe aus, vgl. CEPEJ report evaluating European judicial systems – 2012 edition, Studie No. 18, S. 50 ff.

106 Statt vieler STEINMANN, in: SG-Komm. (Fn. 15), Art. 29 Rz. 7 und 37 ff.

107 Gewisse Beschränkungen bestehen einzig im Verfahren vor Bundesgericht, soweit Verfahren der Zivil- und der Strafrechtspflege betroffen sind, vgl. Art. 40 Abs. 1 BGG.

E. Fazit und Ausblick

In einem demokratischen Rechtsstaat wie der Schweiz gibt es keine grundrechtsfreien Räume.¹⁰⁸ Dass bestimmte Menschen – unbesehen des Umstands, dass sie sich bewusst ohne die erforderlichen Aufenthaltsbewilligungen in der Schweiz aufhalten – rechtlich und faktisch von gewissen grundlegenden Rechten ausgeschlossen sind, steht dazu in einem spannungsreichen Gegensatz. Erwerbstätige Sans-Papiers zeigen trotz häufig prekärer Verhältnisse ein hohes Mass an persönlicher Verantwortung und privater Initiative und leisten damit im Sinne von Art. 6 und Art. 41 BV einen nicht zu unterschätzenden Beitrag zur Bewältigung der Aufgaben in Staat und Gesellschaft. Zudem gilt es zu bedenken, dass die Verfassung «die Wirtschaftsfreiheit nicht im Sinne eines wirtschaftspolitischen Dogmas, sondern im Sinn eines möglichst schonenden Einsatzes von Zwangsordnungen und -massnahmen garantiert. Der Bereich des Wirtschaftens soll demnach möglichst beweglich, lernfähig, an den Bedürfnissen konkreter Menschen orientiert und vor erstarrenden Strukturen geschützt werden».¹⁰⁹ Nichts anderes kann sich auch aus den zwar nicht direkt einklagbaren, für den Gesetzgeber objektiv-rechtlich aber nicht minder verbindlichen Garantien gemäss Art. 7–9 UNO-Pakt I und aus Art. 41 Abs. 1 lit. a und lit. d BV ergeben.¹¹⁰

In einem gewissen Kontrast dazu steht die Realität, welche sich durch eine Diskrepanz zwischen den (faktischen) Bedürfnissen des Arbeitsmarkts und der (rechtlichen) Regelung der Zuwanderungspolitik auszeichnet. Sowohl der Europarat als auch der UN-Sonderbotschafter für die Menschenrechte von Migranten regen in diesem Zusammenhang an, dass Staaten ermitteln, wie weit ihre Nachfrage nach (ausländischen) Arbeitskräften von irregulären Migranten befriedigt wird; ausserdem ermutigen sie zur Durchführung kollektiver Regularisierungsprogramme.¹¹¹ Zudem sollen die rechtsanwendenden Behörden die Öffentlichkeit für die prekäre Lebenssituation von Sans-Papiers und für deren Rechte sensibilisieren¹¹² und Massnahmen ergreifen, um irreguläre Erwerbstätige über ihre Rechte aufzuklären.¹¹³ Vor diesem Hintergrund erscheint es unerlässlich, dass sowohl die gesetzgebenden als auch die rechtsanwendenden

108 GEORG MÜLLER, *Reservate staatlicher Willkür – Grauzonen zwischen Rechtsfreiheit, Rechtsbindung und Rechtskontrolle*, in: Festschrift für Hans Huber zum 80. Geburtstag, Bern 1981, S. 109 ff.; KIENER/KÄLIN (Fn. 16), S. 507; Botschaft neue Bundesverfassung (Fn. 84), S. 193.

109 MÜLLER, *Allgemeine Bemerkungen zu den Grundrechten*, in: VdCH (Fn. 88), § 39 Rz. 18.

110 Vgl. BGE 131 V 9 E. 3.5.1.2 S. 17.

111 Europarat, Res. 1568 (2007), insb. Ziff. 15, vgl. auch WSK-Ausschuss, General Comment No. 18 (2006), Ziff. 10; vgl. die Jahresberichte des UN-Sonderberichterstatters für die Menschenrechte von Migranten, insbesondere Jahresbericht 2008 vom 25.02.2008, A/HRC/7/12, Ziff. 24 und durchgängig.

112 Europarat, Res. 1509 (2006), Ziff. 16.1 und 16.2.

113 Menschenrechtskommissar des Europarats, *The Human Rights of Irregular Migrants in Europe*, CommDH/IssuePaper (2007)1 vom 17.12.2007, S. 20 Ziff. 5.

Behörden die Menschenwürde der Sans-Papiers als Kern der elementar liberal verstandenen Freiheitsrechte anerkennen und respektieren¹¹⁴ und sich für eine tatsächliche Verbesserung ihrer Lebensbedingungen einsetzen.

Zusammenfassung

Unzählige Menschen gehen in der Schweiz – oftmals über Jahre – einer Erwerbstätigkeit nach, ohne im Besitz der erforderlichen ausländerrechtlichen Bewilligung zu sein. Sie arbeiten regelmässig unter prekären Arbeitsverhältnissen in Niedriglohnbranchen, ihre Arbeit ist oftmals durch Ausbeutung und fehlende soziale Absicherung geprägt. Der Beitrag untersucht die Arbeitssituation der Betroffenen unter grundrechtlichen bzw. menschenrechtlichen Gesichtspunkten. Dabei zeigt sich, dass Sans-Papiers aus dem übergeordneten Recht zwar keinen Anspruch Zugang zu einem regulären Erwerbsaufenthalt in der Schweiz ableiten können und auch bei einem de facto bestehenden Aufenthalt nur ausnahmsweise und unter aussergewöhnlichen Umständen ein Regularisierungsanspruch besteht. Hingegen leiten die Grund- und Menschenrechte die Art und Weise des Vollzugs bestehender Zugangs- und Erwerbsverbote an. Sie verpflichten den Staat, auch Sans-Papiers in ihren grundlegenden Arbeitsrechten in rechtlich wirksamer Weise zu schützen. Dazu gehört die Pflicht zum Erlass privatrechtlicher und strafrechtlicher Schutzmassnahmen. Diese sind aber nur effektiv, wenn sie durch die Betroffenen gerichtlich durchgesetzt werden können und der Staat seine Aufsichtsfunktionen wahrnimmt. Sowohl der Gesetzgeber als auch die rechtsanwendenden Behörden kommen ihrer in Art. 35 BV verankerten Pflicht zur umfassenden Verwirklichung der involvierten Grund- und Menschenrechte derzeit nur ungenügend nach.

Résumé

En Suisse, de nombreuses personnes exercent une activité professionnelle lucrative, souvent même pendant plusieurs années, sans posséder l'autorisation nécessaire à l'exercice de la profession, autorisation qui relève du droit des étrangers. Ces personnes travaillent fréquemment dans des secteurs à bas salaire, dans des conditions de travail précaires qui confinent à l'exploitation et sont quasiment dépourvues de protection sociale. Cet article examine la situation

114 JÖRG PAUL MÜLLER, *Menschenwürde und Grundrechte für alle*, in: Département Migration des SRK (Hrsg.), *Sans-Papiers in der Schweiz, unsichtbar-unverzichtbar*, Zürich 2006, S. 57 ff., S. 62 f.

professionnelle des sans-papiers à l'aune des droits de l'homme. Il démontre que les sans-papiers ne peuvent déduire de ces droits de rang supérieur un accès au marché du travail suisse. De même, ils ne peuvent prétendre à une régularisation de séjour en s'appuyant sur ces droits que de manière exceptionnelle et dans des circonstances extraordinaires. Par contre, les droits fondamentaux régissent la mise en œuvre des mesures d'interdiction à l'accès au marché du travail suisse. Ils obligent l'Etat à assurer une protection juridique efficace des droits de travail fondamentaux des sans-papiers. Cela implique, entre autre, que l'Etat adopte une législation civile et pénale protectrice. Toutefois, de telles normes ne sont efficaces que si elles peuvent être invoquées par les personnes concernées et si l'Etat remplit ses fonctions de surveillance. Actuellement, aussi bien le législateur que les autorités chargées d'appliquer le droit respectent de manière insuffisante leur obligation de réaliser ces droits fondamentaux, telle qu'elle est ancrée dans l'art. 35 Cst. féd.

Erfolg des Schlichtungs- und Urteilsvorschlagsverfahrens nach neuer ZPO

ISAAK MEIER*/SARAH SCHEIWILLER**

Schlagwörter: Schlichtungsbehörde, Friedensrichter, Urteilsvorschlag, Entscheid der Schlichtungsbehörde, Einverständliche Streitbeilegung, Laienrichter, Gerichtsinterne Schlichtung, Schlichtungsamts-Modell, Friedensrichter-Modell, Statistik

A. Einleitung

I. Thema

Die vereinheitlichte ZPO ist nun seit drei Jahren in Kraft, und für eine wichtige Institution des neuen Rechts, dem Schlichtungsverfahren, ist die Zeit reif, eine erste Bilanz zu ziehen. Gegenstand der vorliegenden Untersuchung wird dabei das allgemeine Schlichtungsverfahren sein. Die besonderen paritätischen Schlichtungsstellen für Miet- und Pachtrecht sowie für Streitigkeiten nach dem Gleichstellungsgesetz werden nicht einbezogen.

Die Untersuchung erfolgt gestützt auf statistische Daten aller Kantone für die Jahre 2011 und 2012. Die Autoren möchten erstmals verlässliche Zahlen für den Erfolg des Schlichtungsverfahrens für die ganze Schweiz liefern. Neben dem Einbezug der statistischen Daten aus Jahresberichten und internen Auskünften der einzelnen Kantone haben die Autoren die Schlichtungsstellen des Kantons ZH mit einem Fragebogen zu den ersten Erfahrungen mit dem neuen Recht befragt.

Die Umfrage enthält Fragen zur Ausbildung, zu den Rechtsbeiständen, zum Vergleich, zum Urteilsvorschlag, zum Entscheid (Art. 212 ZPO), zur Mediation, zu den arbeitsrechtlichen Streitigkeiten sowie zu den Änderungen seit Einführung der schweizerischen ZPO. Aus Überlegungen der Effizienz sind die meisten Fragen so ausgestaltet, dass sie eine Auswahl an Antworten anbieten,

* Dr. iur., ordentlicher Professor an der Universität Zürich.

** MLaw, wissenschaftliche Assistentin an der Universität Zürich.