

Operation Libero
3000 Bern

Herr
Albrecht Dieffenbacher
Staatssekretariat für Migration
Quellenweg 6
3003 Bern Wabern

Bern, 28. Mai 2015

Teilnahme an der Vernehmlassung zur Revision des AuG betreffend die „Steuerung“ der Zuwanderung

Sehr geehrter Herr Dieffenbacher

Wir bedanken uns herzlich für die Möglichkeit, an der Vernehmlassung für die Änderung des Bundesgesetzes über die Ausländerinnen und Ausländer (AuG) betreffend die „Steuerung“ der Zuwanderung teilnehmen zu können. Die Operation Libero ist eine politische Bewegung, die sich für eine liberale Gesellschafts- und Wirtschaftsordnung in der Schweiz einsetzt. Vor dem Hintergrund dieser Zielsetzung ist es uns ein Anliegen, zu dem vorliegenden Vernehmlassungsentwurf hauptsächlich die folgenden **drei Anmerkungen** anzubringen:

1. Der Vernehmlassungsentwurf zeichnet sich dadurch aus, dass er **Anspruchsbewilligungen kontingentiert**. Der Effekt dieser Lösung scheint darin zu bestehen, dass die Kontingentierung lediglich vorgibt, eine Beschränkungs- und Steuerungswirkung zu entfalten. Tatsächlich aber müssen entweder die Kontingente immer angepasst werden, wenn sie ausgeschöpft sind, oder den betroffenen Personen muss eine Übergangslösung angeboten werden, da sie einen Anspruch auf Anwesenheit haben. Der Nutzen dieser Kontingente ist daher unklar, währenddem klar ist, dass sie für die Administration Mehraufwand und für die Betroffenen zusätzliche Planungsunsicherheit und Rechtsungleichheit schaffen. Aus unserer Sicht wäre daher eine klare Kommunikation des Bundesrates, dass Kontingente bei Anspruchsbewilligungen nicht greifen können, der vorgeschlagenen Scheinlösung vorzuziehen. Der Vernehmlassungsentwurf sollte so angepasst werden, dass nur Ermessensbewilligungen den Kontingenten unterstehen.
2. Der Vernehmlassungsentwurf enthält **kaum Normen zur inneren Struktur der Kontingente**. Werden für die einzelnen Gruppen von Personen oder einzelnen Typen von Bewilligungen gesonderte Kontingente ausgewiesen? Können nicht ausgeschöpfte Kontingentsplätze auf andere Gruppen übertragen werden? Wird es privilegierte Kontingente geben? Oder gibt es nur



Die Schweiz verwirklichen.
Réalisons la Suisse.
Realizzamo la Svizzera.
Make Switzerland happen.

Globalkontingente? Die Struktur der Kontingente ist aber zentral: Sowohl für den Grad, bis zu dem der Verfassungsauftrag des Art. 121a BV umgesetzt wird, als auch für das Mass, in dem das AuG weiterhin individuelle Rechte wird garantieren können und auf die Interessen der Gesamtwirtschaft eingehen kann. Es ist aus unserer Sicht daher unerlässlich und ein Gebot des Legalitätsprinzips, jedenfalls die Grundsätze dieser Struktur im Gesetz selber festzulegen.

3. Die Vernehmlassungsvorlage schafft **Anreize**, Personen lediglich für **sehr kurze Zeit in der Schweiz zu beschäftigen**. Die Möglichkeit, Personen für eine Zeit von bis zu vier Monaten in der Schweiz zu beschäftigen ist nämlich, soweit ersichtlich, der einzige Weg, Arbeitskraft in die Schweiz zu importieren, ohne dabei Kontingenten und Höchstzahlen unterworfen zu sein. Dieser Anreiz schafft adverse Effekte und Risiken, denen die Vernehmlassungsvorlage nicht genügend Rechnung trägt. Die gesetzliche Begünstigung von enorm kurzfristiger Migration und damit von niedrigqualifizierter Arbeit verzerrt die Struktur des Arbeitsmarktes zu Ungunsten der Schweizer Gesamtwirtschaft, schafft prekäre Arbeitsverhältnisse und läuft Gefahr, die Fehler, die in der Saisonier-Politik gemacht worden sind, nicht nur zu wiederholen, sondern zu steigern.

Im Zusammenhang mit dieser Vernehmlassungsvorlage steht das verabschiedete Verhandlungsmandat mit der EU. In diesem Kontext ist der Operation Libero auch die **Kommunikation der Bundesbehörden** ein Anliegen. Wir beobachten mit Sorge die Tendenz der Bundesverwaltung, den Eindruck zu vermitteln, es stünden mit der EU Verhandlungen über die Personenfreizügigkeit an. Dies, obgleich die EU diese klar abgelehnt hat und nebst der EU auch sämtliche Mitgliedstaaten solchen Verhandlungen zustimmen müssten. Sowohl das Anschreiben zu dieser Vernehmlassungsvorlage, als auch die Rede von den anstehenden „Konsultationen“ mit der EU implizieren eine Verhandlungslösung, die realistischere Weise nicht zu Stande kommen wird. Die Sinnhaftigkeit von Vorlagen wie der vorliegenden hängen aber stark von der Möglichkeit ab, die Zuwanderung auch aus den EU/EFTA Staaten beschränken zu können. Es wäre daher wichtig, klar zu kommunizieren, wie unwahrscheinlich es ist, dass dies rechtlich und faktisch möglich sein wird.

Im Übrigen schafft die Vernehmlassungsvorlage eine **rechtssetzungstechnische Seltsamkeit**, die unserer Ansicht nach nicht in die Referendumsvorlage übernommen werden sollte. Sie enthält mit dem Art. 2 Abs. 2 einen Artikel, der bereits so im bestehenden Recht enthalten ist (einzig die veraltete Bezeichnung „Europäische Gemeinschaft“ wird angepasst). Laut Bericht handelt es sich dabei nur um eine terminologische Anpassung. Diese scheint aber nicht dringend zu sein und dadurch, dass diese Anpassung im Kontext der Umsetzung des Art. 121a vorgenommen wird, entsteht ein beträchtliches Risiko im Falle eines Referendums. Für das Publikum entsteht nicht nur der problematische Eindruck, die Privilegierung von EU-Bürgerinnen und Bürgern und deren Familienangehörigen stelle eine Neuerung dieser Vorlage dar. Schwerwiegender noch ist, dass unklar ist, was mit dieser grundlegendsten aller Regeln der Vernehmlassungsvorlage geschehen würde, wenn sie in einem Referendum verworfen würde. Würde sich am bestehenden Art. 2 AuG damit nichts ändern, weil nur die Revision des AuG verworfen worden ist, nicht das bestehende AuG, so wären alle Stimmbürgerinnen und Stimmbürger in die Irre



Die Schweiz verwirklichen.
Réalisons la Suisse.
Realizzamo la Svizzera.
Make Switzerland happen.

geführt, die durch ein Referendum die Privilegierung der Personenfreizügigkeitsberechtigten aufheben wollten. Würde der bestehende Art. 2 Abs. 2 AuG durch ein erfolgreiches Referendum aus dem bestehenden Gesetz gestrichen, so würde dadurch erstens die Natur des Referendums geändert, das sich bisher nur auf Revisionsvorlagen nicht auch auf in Kraft stehendes Recht beziehen konnte. Zweitens würde dadurch lediglich die landesrechtliche Umsetzung einer völkerrechtlich weiterbestehenden Verpflichtung wegfallen. Die Schweiz müsste Personenfreizügigkeitsberechtigte weiterhin privilegieren, auch wenn sie gegenüber den eigenen Bürgerinnen und Bürgern den Eindruck vermittelt hat, sie könnten diese Privilegierung durch Nichtannahme der Revisionsvorlage beheben. Ein solches Spiel mit der Demokratie kann zu nichts Gutem führen.

Die nachfolgenden Ausführungen sollen unsere drei hauptsächlichen Anmerkungen noch etwas vertiefen.

1.) Kontingentierung von Anspruchsbewilligungen:

Die hervorstechendste Eigenschaft des Vernehmlassungsentwurfes ist, dass er Bewilligungen für Personen kontingentiert, die einen rechtlich geschützten Anspruch auf Anwesenheit im Land haben. Das gilt jedenfalls für die folgenden drei Gruppen: anerkannte Flüchtlinge, Angehörige der Kernfamilie von Personen mit einem gefestigten Aufenthaltsrecht in der Schweiz und gewisse Personen im Kadertransfer. Für diese ergibt sich ein Anspruch auf Aufenthalt aus völkerrechtlichen Verträgen der Schweiz: Für Flüchtlinge in erster Linie aus der Genfer Flüchtlingskonvention (Art. 32 GFK), für Familienangehörige aus Art. 8 EMRK und für Kaderstransfers aus den entsprechenden Staaten aus einer Reihe jüngerer Freihandelsabkommen der Schweiz. Selbst wenn die einschlägigen Artikel in der Vernehmlassungsvorlage (Art. 42 Abs. 2^{bis}, Art. 43 Abs. 2^{bis}, Art. 83 Abs. 1 E-AuG; Art. 60 Abs. 1 E-AsylG) also die zusätzliche Bedingung aufstellen, dass noch Kontingentsplätze vorhanden sind, so ändert sich nichts an dem Anspruch dieser Personen auf einen Aufenthalt in der Schweiz. Dieser ergibt sich aus dem Völkerrecht. Es bestehen daher zwei Möglichkeiten, wie mit diesen Personen umgegangen werden kann, wenn die Kontingente ausgeschöpft sind: Entweder der Bundesrat erhöht die Kontingente, wozu er sich im Vernehmlassungsentwurf die Möglichkeit ausbedungen hat (Art. 17a Abs. 1 E-AuG), oder den betroffenen Personen wird eine Art vorübergehender Aufenthaltsstatus angeboten, bis im kommenden oder in den darauffolgenden Jahren wieder Kontingentsplätze frei sind. Die erste Möglichkeit nimmt den Kontingenten ihre Begrenzungs- und Steuerungsfunktion und macht sie dadurch wirkungslos. Die zweite führt ebenfalls zur Wirkungslosigkeit der Kontingente und wirft ausserdem grundrechtliche Fragen auf wegen der Prekarität, die durch die Übergangs- oder Wartelösung bei den Betroffenen entsteht. Insbesondere die Rechtsgleichheit wird herausgefordert. Welchen Personen werden die letzten verbleibenden Kontingentsplätze zugewiesen, welche werden auf eine Übergangslösung verwiesen? Nach welchen Kriterien wird die Reihenfolge festgelegt, nach der Personen in einer Übergangslösung eine kontingentierte Bewilligung erteilt erhalten, wenn diese wieder zur Verfügung stehen?

Es scheint klar, dass Kontingente zur Steuerung und zur Begrenzung der Zuwanderung – wenn überhaupt – so nur dort eine Wirkung haben können, wo die Behördentatsächlich ein Ermessen haben über die



Die Schweiz verwirklichen.
Réalisons la Suisse.
Realizzamo la Svizzera.
Make Switzerland happen.

Zuweisung von Kontingentsplätzen. Ist dies nicht der Fall, sind Kontingente ein problematischer, Versuch, den Schein zu wahren, die Migrationsbehörden übten noch eine Steuerungsfunktion aus, wo sie das in Wirklichkeit nicht mehr tun. Der Vernehmlassungsentwurf sollte daher so angepasst werden, dass nur Ermessensbewilligungen den Kontingenten unterstehen.

Dadurch mag der Verfassungsauftrag weniger buchstabengetreu umgesetzt werden. Da aber die Kontingentierung von ausländerrechtlichen Bewilligungen, die in der Verfassung vorgeschrieben wird, eine Begrenzungs- und Steuerungsfunktion entfalten sollte und dies im Falle der Kontingentierung von Anspruchsbewilligungen gerade nicht der Fall ist, tut es dem Verfassungsauftrag im Ergebnis keinen Abbruch, wenn auf eine offensichtlich zwecklose und problematische Massnahme zu seiner Umsetzung verzichtet wird.

Ohnehin nicht durch den Verfassungsauftrag gedeckt ist sodann das Vorhaben, auch die Erteilung der Vorläufigen Aufnahme Höchstzahlen zu unterstellen (Art. 83 Abs. 1 E-AuG). Die vorläufige Aufnahme ist keine ausländerrechtliche Bewilligung, sondern eine Ersatzmassnahme für eine nicht vollziehbare Wegweisung. In Anbetracht der fehlenden Verfassungsgrundlage und der zahlreichen Probleme, die diese Kontingentierung verursachen würde, sollten vorläufige Aufnahmen daher nicht kontingentiert werden. Dies wäre insbesondere problematisch bei Personen, die keinen völkerrechtlichen Anspruch auf non-refoulement haben. Was mit diesen Personen geschehen würde ist unklar, wenn die Kontingente ausgeschöpft sind, die Rückschiebung unzumutbar, sie aber keinen Anspruch auf einen Verbleib im Lande haben. Auch der erläuternde Bericht bleibt hierzu unklar. Dies stellt einen weiteren Grund dar, sie von der Kontingentierung auszunehmen.

2.) Fehlende Klärung der Struktur von Kontingenten

Die einzigen Hinweise, die der Vernehmlassungsentwurf zur Struktur von Kontingenten enthält, finden sich in Art. 17a Abs. 5 und 6 E-AuG. Aus diesen geht hervor, dass der Bundesrat die Kontingente auf bestimmte Aufenthaltszwecke und auf die einzelnen Kantone aufteilen kann und dass er für EU/EFTA-Angehörige besondere Kontingente vorsehen kann.

Damit bleiben einige der zentralsten Aspekte der Umsetzung dieser Vorlage unabsehbar und der Macht des Bundesrates überlassen. Die Vorlage weist darum angesichts der Schwere der Eingriffe in die Rechtsposition des Einzelnen, die aus ihr entstehen können, nicht die nötige Regulierungsdichte auf (vgl. Art. 164 Abs. 1 Bst. c BV). Wenigstens die Grundsätze der Struktur der Kontingente müssten daher in einer allfälligen Abstimmungsvorlage ausdrücklich geregelt werden. Dazu gehören aus unserer Sicht wenigstens zwei Fragen: Erstens, ob die Aufteilung der Kontingente auf verschiedene Aufenthaltszwecke die Regel oder die Ausnahme darstellt: Soll es künftig die Regel sein, dass jeder anerkannte Flüchtling und jedes nachgezogene Familienmitglied dazu führt, dass potentielle Arbeitnehmer aus dem Gesamtkontingent gedrängt werden? Oder soll es umgekehrt die Regel sein, dass die Bundesverwaltung Anfang Jahr eine Schätzung darüber aufstellen muss, wie viele anerkannte Flüchtlinge, Familienzusammenführungen,



Die Schweiz verwirklichen.
Réalisons la Suisse.
Realizzamo la Svizzera.
Make Switzerland happen.

Einreisen zu Erwerbszwecken, zum Studium usf. im kommenden Jahr zu erwarten sind? Die Strukturierung ist von zentraler Bedeutung, insbesondere weil sie die Interessen der Gesamtwirtschaft betrifft, was auch Gegenstand von Art. 121a BV ist. Die Strukturierung gibt ausserdem Aufschluss über die Frage, wie die individuellen Rechte von Personen, die einen Anspruch auf Aufenthalt in der Schweiz haben, geschützt werden können, wenn die Kontingente stark beansprucht sind.

Die zweite Frage betrifft die Art, wie sich die verschiedenen Kontingente zu einander verhalten. Ob es also möglich sein wird, freie Plätze aus dem einen Kontingent in ein anderes zu übertragen, wenn jenes frühzeitig ausgeschöpft ist. Diese Frage stellt sich sowohl für Kontingente, die nach Kantonen, als auch solche, die nach Aufenthaltswort strukturiert sind. Die enorme Fehleranfälligkeit von Prognosen über die Nachfrage von Kontingentsplätzen könnte durch diese Flexibilität etwas gemindert werden. Auch diese Frage ist daher für das Gesamtinteresse der Wirtschaft entscheidend.

Auch wenn selbstverständlich ist, dass die Ausgestaltung von Kontingenten mit enormen Schwierigkeiten verbunden ist und der Bundesrat daher eine grosse Flexibilität bei deren Umsetzung haben muss, so scheint es unerlässlich, wenigstens diese beiden Grundsatzfragen im Gesetz selber zu beantworten.

3.) Gefahr der Verlagerung auf extrem kurzfristige Arbeitseinsätze

Soweit ersichtlich, wäre mit der Umsetzung der vorliegenden Vernehmlassungsvorlage die einzige Möglichkeit einer nicht-kontingentierte Zulassung zur Erwerbstätigkeit eine Kurzaufenthalts- oder eine Grenzgängerbewilligung von bis zu vier Monaten, (Art. 17a Abs. 2 lit. a E-AuG und Art. 19 Abs. 4 Ziff. 1 VZAE bzw. Art. 17a Abs. 2 lit. d. E-AuG). Sollte der Fall eintreten, dass die Vorlage tatsächlich eine Begrenzungs- und Steuerungswirkung entfaltet (was uns wenig wahrscheinlich erscheint, aber dennoch der Zweck der Vorlage bildet), und es damit schwierig wird, für ausländische Arbeitskräfte einen Kontingentsplatz zu erhalten, entsteht ein Druck, auf extrem kurzfristige Arbeitseinsätze auszuweichen. Das gilt insbesondere für Arbeitgeber, die nach relativ niedrig qualifizierten Arbeitskräften suchen und für Branchen mit einem stark schwankenden, saisonal abhängigen Personalbedarf wie die Landwirtschaft, der Tourismus und das Bau- und Baunebengewerbe. Da es sich bei diesen um politisch sehr gut organisierte Branchen handelt, ist auch die Wahrscheinlichkeit gross, dass sie die Ausländerbehörden davon überzeugen können, für solche Bewilligungen läge ein gesamtwirtschaftliche Interesse (Art. 18 lit. a AuG) vor. Tatsächlich ist die Wahrscheinlichkeit aber gross, dass solche prekäre Arbeitsverhältnisse ohne Verfestigungsperspektive für die Arbeitnehmer der Struktur des Arbeitsmarktes schaden würden und die Löhne und die Arbeitsbedingungen in diesen Branchen stärker unter Druck setzen würden als langfristige Arbeitsverhältnisse, die mit einer besseren Verhandlungsposition der Arbeitnehmer verbunden sind. Für Arbeitseinsätze zwischen vier Monaten und einem Jahr anerkennt der erläuternde Bericht diese Umgehungsgefahr klar an. Es ist nicht ersichtlich, warum sie für sehr kurze Einsätze kleiner sein sollte, im Gegenteil. Die Schweiz hat keine guten Erfahrungen gemacht mit Arbeitskräften, deren Status bewusst prekär gehalten worden ist und denen keine Aussicht auf eine Verbesserung ihres Status geboten worden ist. Hier nun wird das Risiko geschaffen, diesen Fehler in gesteigerter Form zu wiederholen. Die



Die Schweiz verwirklichen.
Réalisons la Suisse.
Realizzamo la Svizzera.
Make Switzerland happen.

Vernehmlassungsvorlage versäumt es, dagegen wirksame Vorkehren zu treffen.

Nach dem Gesagten ist klar, dass die Operation Libero die Vorlage insgesamt ablehnt und sich für eine grundsätzlich neue Vorlage ausspricht, die auf den Anschein verzichtet, Anspruchsbewilligungen könnten mit Kontingenten sinnvoll gesteuert werden, die jedenfalls in den Grundsätzen die Struktur der Kontingente vorgibt und die wirksame Vorkehren dagegen trifft, dass mit sehr kurzen Arbeitseinsätzen die Kontingente umgangen werden, was zu einer Prekarisierung ausländischer Arbeitskräfte und einer Verzerrung des Schweizer Arbeitsmarktes führt. Auch ist eine Klärung nötig, ob ein allfälliges Referendum über die AuG-Revision den Vorbehalt zugunsten des Freizügigkeitsabkommens aufheben kann.

Mit bestem Dank für Kenntnisnahme und freundlichen Grüßen

Dominik Elser
Co-Präsident



Die Schweiz verwirklichen.
Réalisons la Suisse.
Realizzamo la Svizzera.
Make Switzerland happen.