

KURZGUTACHTEN

zuhanden

**KONFERENZ DER KANTONALEN
SOZIALDIREKTORINNEN UND SOZIALDIREKTOREN
(SODK)**

betreffend

**KOMPETENZEN VON BUND UND KANTONEN IM BEREICH
DER SOZIALHILFE FÜR AUSLÄNDERINNEN UND AUSLÄNDER
(ANPASSUNGEN BEI DER SOZIALHILFE FÜR PERSONEN AUS
DRITTSTAATEN)**

erstellt von

**PROF. DR. FELIX UHLMANN, LL.M., ADVOKAT
PROFESSOR AN DER UNIVERSITÄT ZÜRICH
KONSULENT IM ADVOKATURBÜRO WENGER PLATTNER**

und

**MARTIN WILHELM, MLAW
ASSISTENT AN DER UNIVERSITÄT ZÜRICH**

15. Oktober 2020

INHALTSVERZEICHNIS

I.	AUSGANGSLAGE UND GUTACHTENSAUFTRAG.....	3
II.	KOMPETENZAUFTEILUNG ZWISCHEN BUND UND KANTONEN IM BEREICH DER SOZIALHILFE FÜR AUSLÄNDERINNEN UND AUSLÄNDER.....	5
1.	Einschätzung des Bundes.....	5
2.	Stellungnahme zur verfassungsrechtlichen Einschätzung des Bundes	7
III.	BEURTEILUNG DER EINZELNEN MASSNAHMEN	12
1.	Präzisierung der Integrationsvoraussetzungen für die Erteilung von Aufenthaltsbewilligungen an vorläufig Aufgenommene in Härtefällen.....	12
2.	Erleichterter Widerruf der Niederlassungsbewilligung bei Sozialhilfebezug	12
3.	Einschränkung der Sozialhilfe für Personen mit einer Aufenthaltsbewilligung in den ersten drei Jahren ihres Aufenthalts in der Schweiz.....	13
IV.	FAZIT.....	16

I. AUSGANGSLAGE UND GUTACHTENSAUFTRAG

1 Gemäss einer Medienmitteilung vom 15. Januar 2020 hat der Bundesrat das Eidgenössische Justiz- und Polizeidepartement (EJPD) beauftragt, in den folgenden drei Bereichen bis Ende Februar 2021 eine Vernehmlassungsvorlage auszuarbeiten:

- Präzisierung der Integrationsvoraussetzungen für die Erteilung von Aufenthaltsbewilligungen an vorläufig Aufgenommene in Härtefällen,
- erleichterter Widerruf der Niederlassungsbewilligung bei Sozialhilfebezug,
- Einschränkung der Sozialhilfe für Personen mit einer Aufenthaltsbewilligung in den ersten drei Jahren ihres Aufenthalts in der Schweiz.

Diese Vorlagen gehen zurück auf ein Postulat der Staatspolitischen Kommission des Ständerates vom 8. Juni 2017 betreffend Kompetenzen des Bundes im Bereich der Sozialhilfe für Ausländerinnen und Ausländer aus Drittstaaten (Postulat 17.3260). Zur Beantwortung dieses Postulats hat der Bundesrat am 7. Juni 2019 einen Bericht (vgl. unten Ziff. 5) verabschiedet. Der Bundesrat hat darin das EJPD beauftragt, die Handlungsoptionen zusammen mit einer Expertengruppe näher zu untersuchen.

In der Sitzung vom 15. Januar 2020 hat der Bundesrat von den Einschätzungen des EJPD und der Expertengruppe Kenntnis genommen und in den drei obgenannten Bereichen eine Vernehmlassungsvorlage in Auftrag gegeben (alle Angaben gemäss Medienmitteilung des Bundesrates vom 15. Januar 2020, abrufbar unter www.admin.ch/gov/de/start/dokumentation/medienmitteilungen.msg-id-77775.html, zuletzt besucht am 14. September 2020).

2 Der Vorstand der Konferenz der Kantonalen Sozialdirektorinnen und Sozialdirektoren (SODK) bezweifelt, dass die drei vorgeschlagenen Massnahmen im Kompetenzbereich des Bundes liegen. Aus diesem Grund beauftragt er die Unterzeichnenden, die Kompetenzabgrenzung zwischen Bund und Kantonen näher zu abzuklären. Dabei soll insbesondere auch auf frühere Aussagen des Bundes zur Kompetenzverteilung zwischen Bund und Kantonen eingegangen werden.

3 Die SODK hat den Unterzeichnenden den entsprechenden Auftrag Mitte Mai 2020 erteilt. Die Unterzeichnenden haben der SODK mit E-Mail vom 31. Juli 2020 einen Entwurf zugestellt. Nach einer Vorstellung im Vorstand der SODK am 4. September 2020 wurde das Gutachten finalisiert und in die vorliegende Form gebracht.

4 Aufgrund der zeitlichen Dringlichkeit und den weiteren Vorgaben der SODK beschränkt sich das vorliegende Gutachten auf die wichtigsten Stellungnahmen und Aussagen. Literatur, Rechtsprechung und Behördenangaben wurden nicht vollumfänglich einge-

arbeitet. Das Gutachten äussert sich allein aus dem Blickwinkel der Kompetenzabgrenzung zwischen Bund und Kantonen. Weitere rechtliche Fragen (z.B. Rechtsgleichheit, Grundrechtsverträglichkeit etc.) wurden nicht geprüft. Das Gutachten enthält keine politischen oder soziologischen Aussagen.

II. KOMPETENZAUFTEILUNG ZWISCHEN BUND UND KANTONEN IM BEREICH DER SOZIALHILFE FÜR AUSLÄNDERINNEN UND AUSLÄNDER

1. Einschätzung des Bundes

- 5 Der Bund hat sich in verschiedenen Unterlagen zur Kompetenzverteilung zwischen Bund und Kantonen im Bereich der Sozialhilfe für Ausländerinnen und Ausländer geäußert. Am umfassendsten geschieht dies im Bericht des Bundesrates in Erfüllung des Postulates 17.3260 der Staatspolitischen Kommission des Ständerates vom 30. März 2017, Kompetenzen des Bundes im Bereich der Sozialhilfe für Ausländerinnen und Ausländer aus Drittstaaten, Juni 2019 (abrufbar unter www.parlament.ch/centers/eparl/curia/2017/20173260/Bericht%20BR%20D.pdf, zuletzt besucht am 14. September 2020; im Folgenden: «Bericht des Bundesrates»). Nachfolgend wird auf diesen Bericht eingegangen (unten Ziff. 6 ff.) und die abstrakten Voraussetzungen kritisch beleuchtet (unten Ziff. 11 ff.). Anschliessend werden die gefundenen Ergebnisse auf die konkreten Fragestellungen übertragen (unten Ziff. 23 ff.).
- 6 Der Bundesrat geht davon aus, dass im Bereich der Sozialhilfe grundsätzlich die *Kantone* zuständig sind. Gemäss Art. 115 Satz 1 BV werden Bedürftige von ihrem Wohnsitzkanton unterstützt. Der Bund regelt gemäss Art. 115 Satz 2 BV die Ausnahmen und Zuständigkeiten, was als bloss koordinationsrechtliche Kompetenz des Bundes verstanden wird (Bericht des Bundesrates, S. 8). Weitergehende Kompetenzen besitzt der Bundesrat im Bereich der Sozialhilfe für Auslandschweizer sowie betreffend Sozialhilfe für Arbeitslose (Bericht des Bundesrates, S. 9).
- 7 Kompetenzen des Bundes ergeben sich nicht nur direkt aus Bestimmungen betreffend die Sozialhilfe, sondern auch über seine *Kompetenzen im Asyl- und Ausländerbereich*. Gemäss Art. 121 Abs. 1 BV ist die «Gesetzgebung über die Einreise und Ausreise, den Aufenthalt und die Niederlassung von Ausländerinnen und Ausländern sowie über die Gewährung von Asyl [...] Sache des Bundes». Der Bundesrat interpretiert Art. 121 Abs. 1 BV in der Weise, dass trotz einzelner genannter Bestimmungen im Ausländerbereich die Gesetzgebungskompetenz des Bundes grundsätzlich umfassend ist; die Kompetenzen des Bundes im Asylbereich gehen aber aufgrund der entsprechenden Formulierung (Asylbereich insgesamt, nicht Einzelkompetenzen) etwas weiter (vgl. Bericht des Bundesrates, S. 9 ff.). Keinen Einfluss auf die Kompetenzordnung hat Art. 121a BV, der in Abs. 2 die Möglichkeit der Einschränkung des Anspruchs auf Sozialleistungen zwecks Steuerung der Einwanderung vorsieht (vgl. Bericht des Bundesrates, S. 13). Die Bestimmung richtet sich an den jeweils zuständigen Gesetzgeber und schafft keine neuen Kompetenzen des Bundes.

8 Im Ausländerbereich kommen dem Bundesrat insbesondere Rechtsetzungskompetenzen betreffend die *Integration von Ausländerinnen und Ausländern* zu. Er hat aber auf die kantonalen Zuständigkeiten Rücksicht zu nehmen (Bericht des Bundesrates, S. 10). Der Bundesrat hat bei der Beantwortung von parlamentarischen Vorstössen darauf hingewiesen, dass es im Ausländerbereich grundsätzlich den Kantonen obliege, eine Einschränkung des Anspruchs auf Sozialhilfeleistungen vorzusehen (Bericht des Bundesrates, S. 10 f. mit Verweis auf die Stellungnahme des Bundesrates vom 20. August 2014 zum Postulat 14.3463, Einwanderung aus Drittstaaten geschickt steuern, sowie vom 21. Juni 2013 zur Interpellation 13.3297, Stellensuche und Sozialtourismus). Einen generellen Ausschluss der Sozialhilfe erachtet der Bundesrat aufgrund seiner beschränkten Kompetenzen als unzulässig (Bericht des Bundesrates, S. 11 f., mit Verweis auf die Antwort des Bundesrates auf die Motion 14.3691 vom 10. September 2014). Er hält fest:

«Aus diesen Stellungnahmen lässt sich folgern, dass der Bund jedenfalls für weitreichende sozialhilferechtliche Regelungen aus Art. 121 Abs. 1 BV keine Regelungskompetenz ableiten kann. Umgekehrt ginge aber die Folgerung zu weit, dem Bund stünden überhaupt keine Regelungskompetenzen zu.»

9 Da die bisherigen Umschreibungen eher pauschaler Natur gewesen sind, kommt der Bundesrat in seinem Bericht zum Schluss, dass weitere Differenzierungen notwendig sind (Bericht des Bundesrates, S. 11). Der Bundesrat nimmt die Differenzierung anhand von *Leitsätzen* vor (vgl. dazu und nachfolgend Bericht des Bundesrates, S. 11 f). Er fordert erstens, dass sozialhilferechtliche Bestimmungen im Ausländerrecht «unter gebührender Rücksichtnahme auf die Sozialhilfekompetenz der Kantone» erlassen werden müssen. Zweitens ist nach Meinung des Bundesrates der Regelungsspielraum des Bundes im Ausländerbereich geringer als im Asylbereich, was sich einerseits aus der Formulierung von Art. 121 Abs. 1 BV ergibt (Asylbereich insgesamt, gegenüber Einzelkompetenzen im Ausländerbereich), andererseits durch die Übernahme der Sozialhilfekosten für Asylbewerberinnen und Asylbewerber gerechtfertigt erscheint. Drittens sind Eingriffe des Bundes im Sozialhilfebereich daran zu messen, «ob ein solcher Schritt zur Durchsetzung ausländischer politischer Ziele und Grundsätze und damit zur Durchsetzung von Bundesinteressen notwendig ist». Eine Bundesregelung lasse sich eher rechtfertigen, «wenn das angestrebte ausländerpolitische Ziel besonders gewichtig ist und breite Unterstützung genießt». Viertens habe der Bund besondere Zurückhaltung zu üben, wenn eine Regelung des Bundes einerseits das ausländerpolitische Ziel zwar stärkt, etwa durch die Senkung der Attraktivität der Schweiz als Zuwanderungsland, aber gleichzeitig ein anderes ausländerpolitisches Ziel schwächt, etwa die

Integrationsförderung. Fünftens soll die Zulässigkeit sozialhilferechtlicher Bestimmungen an der inhaltlichen und zeitlichen Wirkung der Massnahmen gemessen werden. Je bedeutender sich die Massnahme in zeitlicher, tatsächlicher und finanzieller Hinsicht auf die Person auswirkt, desto eher habe sich der Bund zurückzuhalten. Schliesslich sollte sechstens ein Vorstoss in die Kernbereiche der kantonalen Sozialhilfekompetenz, also etwa die Organisation und Zuständigkeiten, die Bemessung der wirtschaftlichen Hilfe, die Festsetzung der Beiträge etc. unterbleiben.

Diese Leitsätze bringt der Bundesrat mit folgender Kurzformel auf den Punkt (Bericht des Bundesrates, S. 12):

«Die Bundeskompetenz könnte dann bejaht werden, wenn die betreffende Massnahme zu Durchsetzung eines wichtigen ausländerpolitischen Zieles notwendig erscheint, nicht im Konflikt steht mit anderen ausländerpolitischen Zielen, in ihrer inhaltlichen und zeitlichen Wirkung begrenzt ist und den ‹Kernbereich› der kantonalen Sozialhilfekompetenz unberührt lässt.»

- 10 Diese Überlegungen führen den Bundesrat zum Zwischenfazit, «dass für einen generellen Sozialhilfeausschluss von Personen aus Drittstaaten während mehrerer Jahre durch eine Bestimmung des Bundesrechts [...] die verfassungsrechtliche Grundlage fehlt» (Bericht des Bundesrates, S. 13). Diese Aussage bezieht sich auf die Motion Nr. 14.3691 der FDP-Liberale Fraktion vom 10. September 2014, keine Einwanderung in unser Sozialsystem. Gemäss dieser Motion würden Einwandererinnen und Einwanderer aus Drittstaaten für eine Karenzfrist von drei bis fünf Jahren von der Sozialhilfe ausgeschlossen werden (vgl. dazu auch Bericht des Bundesrates, S. 6).

2. Stellungnahme zur verfassungsrechtlichen Einschätzung des Bundes

- 11 Aus unserer Sicht werden die Kompetenzen von Bund und Kantonen im Bericht des Bundesrates grundsätzlich zutreffend dargestellt. Wir teilen die Auffassung, dass entgegen dem etwas beschränkten Wortlaut von Art. 121 Abs. 1 BV die Gesetzgebungskompetenz des Bundes im Ausländerbereich als umfassend anzusehen ist (dies entspricht der Rechtsprechung und der herrschenden Lehre, vgl. BGE 129 I 393, 399 f.; GIOVANNI BIAGGINI, BV Kommentar, Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 2. Aufl., Zürich 2017, Art. 121 N 5, 9; ALBERTO ACHERMANN, Art. 121, in: Bernhard Waldmann/Eva Maria Belser/Astrid Epiney (Hrsg.), Basler Kommentar Bundesverfassung, Basel 2015, S. 1931 ff., N 7, 14). Wie weit der Sachbereich des Ausländerrechts reicht, ist allerdings durch Auslegung zu ermitteln (ACHERMANN, a.a.O., N 14).
- 12 Zutreffend ist aus unserer Sicht auch, dass der hinsichtlich Ausländer- und Asylbereich unterschiedliche Wortlaut insofern eine Rolle spielt, als dass die Kompetenzen des

Bundes im Ausländerbereich weniger weit gehen als im Asylbereich (so zweiter Leitsatz). Weitgehend anerkannt ist mittlerweile, dass der Bund zur *Regelung verpflichtender Integrationsmassnahmen* kompetent ist. Darin enthalten ist aber keine Kompetenz zur Regelung aller möglichen Lebensbereiche der betroffenen Personen (ACHERMANN, a.a.O., N 18 f.). Ebenso wenig kommt dem Bund aufgrund von Art. 121 Abs. 1 BV eine umfassende Kompetenz zur Regelung aller Aspekte der Rechtsstellung von Ausländerinnen und Ausländern in der Schweiz zu (ACHERMANN, a.a.O., N 20). Bundesrechtliche Einschränkungen der Gewährung von Sozialhilfe an Ausländerinnen und Ausländer (namentlich für Ausländerinnen und Ausländer, die sich nur zur Stellensuche in der Schweiz aufhalten, vgl. Art. 29a Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer und über die Integration; Ausländer- und Integrationsgesetz; AIG; SR 142.20) sind bislang selten und werden in der Lehre zumindest teilweise kritisch beurteilt (ACHERMANN, a.a.O., N 22). Auf eine gefestigte diesbezügliche Verfassungspraxis kann deshalb nicht geschlossen werden – auch wenn die Ausführungen des Bundesrates bisweilen einen anderen Eindruck vermitteln (BBI 2016, 3007 ff., 3071). Wenn der Bundesrat ausführt, «die Folgerung [ginge] zu weit, [dass] dem Bund [...] überhaupt keine Regelungskompetenzen zu[stünden]» (Bericht des Bundesrates, S. 11), zeigt dies, wie schmal die Verfassungsgrundlage des Bundes in diesem Bereich eigentlich ist.

- 13 Damit präsentiert sich die verfassungsrechtliche Ausgangslage im Ausländerbereich deutlich anders als im Asylbereich. Für Letzteren besteht ein Konsens zwischen dem Bundesrat (vgl. Bericht des Bundesrates, S. 10; Botschaft über eine neue Bundesverfassung vom 20. November 1996, BBI 1997 I 1 ff., 335) und den Verfassungskommentatorinnen und -kommentatoren (BIAGGINI, a.a.O., Art. 121 N 12; DANIELA THURNHERR, Art. 121, in: Bernhard Ehrenzeller/Benjamin Schindler/Rainer J. Schweizer/Klaus A. Vallender (Hrsg.), Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, 3. Aufl., Zürich 2014, S. 2155 ff., N 32), wonach der Bund allgemein die *Rechtsstellung* von Personen, die um Asyl ersuchen bzw. dieses erhalten, regeln darf. Bei der Einfügung der Bestimmungen zur Sozialhilfe im Asylgesetz (Art. 80 ff. Asylgesetz vom 26. Juni 1998, AsylG; SR 142.31) thematisierte der Bundesrat das Bestehen einer entsprechenden Kompetenz nicht weiter und stellte nur generell die Verfassungsmässigkeit der geplanten Änderungen fest (vgl. Botschaft zur Änderung des Asylgesetzes, zur Änderung des Bundesgesetzes über die Krankenversicherung sowie zur Änderung des Bundesgesetzes über die Alters- und Hinterlassenenversicherung vom 4. September 2002, BBI 2002 6845 ff., 6931; Botschaft zur Änderung des Asylgesetzes vom 26. Mai 2010, BBI 2010 4455 ff., 4524; Zusatzbotschaft zur Änderung des Asylgesetzes vom 23. September 2011, BBI 2011 7325 ff., 7348). Während die Kompetenz des Bundes zur Regelung im Bereich des materiellen Sozialhilferechts im Asylbereich zwar auch

schon in Frage gestellt wurde (GUIDO WIZENT, Das Recht auf Asylsozialhilfe: Ein kritischer Blick auf ein Sonderrecht, Asyl 1/2016 3 ff., 8; PETER UEBERSAX, Nothilfe: Gesetze auf Verfassungsmässigkeit prüfen, Plädoyer 2/2006, 44 ff., 48), so ist angesichts der inzwischen umfangreichen Regelungen im Asylgesetz zur Sozialhilfe eine gewisse diesbezügliche Verfassungspraxis nicht von der Hand zu weisen.

- 14 Auch hinsichtlich der sachlichen Gründe für eine Bundeskompetenz in Bezug auf die Regelung von Fragen der Sozialhilfe finden sich Unterschiede zwischen dem Ausländer- und dem Asylbereich. So wird in beiden Bereichen zwar die Durchsetzung der Ziele der Ausländer- bzw. der Asylpolitik des Bundes angeführt (vgl. Bericht des Bundesrates, S. 10, 12). Für den Asylbereich wird weiter aber auch angeführt, dass der Bund für die Asylentscheide (Art. 6a Abs. 1 AsylG) zuständig ist (vgl. Bericht des Bundesrates, S. 10). Im Ausländerbereich sind für die Erteilung ausländerrechtlicher Bewilligungen nach Art. 32 ff. und 37 ff. AIG jedoch die Kantone zuständig (Art. 40 AIG Abs. 1). Im Übrigen tragen im Ausländerbereich anders als im Asylbereich (Art. 88 Abs. 2 AsylG) die Kantone die Sozialhilfekosten selber.
- 15 Zutreffend dargelegt hat der Bundesrat, dass Art. 121a Abs. 2 BV *keine Kompetenzgrundlage* für eine Einschränkung der Sozialhilfe an Ausländerinnen und Ausländer durch den Bund darstellt; die entsprechende Bestimmung ist nicht kompetenzbegründend (vgl. BIAGGINI, a.a.O., Art. 121a N 6).
- 16 Der Bund hält fest, dass er seine Kompetenz im Bereich der Sozialhilfe für Ausländerinnen und Ausländer mit Rücksicht auf die Befugnis der Kantone zurückhaltend wahrnehmen muss. Dies ergibt sich bereits aus der verfassungsrechtlichen Grundanordnung und bei jeder Kompetenzausübung des Bundes zu beachten (Art. 44 Abs. 2 BV, vgl. BERNHARD WALDMANN/RAPHAEL KRAEMER, Art. 44 BV, in: Basler Kommentar Bundesverfassung, a.a.O., S. 855 f., N 19). Dem ersten Leitsatz des Bundes kann damit zugestimmt werden – unter Ergänzung, dass die Kompetenz des Bundes ohnehin als schmal anzusehen ist, soweit es darum geht, beliebige Lebensbereiche von Ausländerinnen und Ausländern zu regeln.
- 17 Zutreffend erscheint auch, dass die Bundeskompetenz umso eher zu bejahen ist, desto höher das ausländerpolitische Ziel des Bundes zu gewichten ist. Dies entspricht dem dritten Leitsatz des Bundes. Unzutreffend scheint uns hingegen in diesem Zusammenhang die Frage der Akzeptanz: Die Unterstützung für eine Massnahme des Bundes, wie es der Bundesrat formuliert, kann aus unserer Sicht nicht kompetenzbegründend wirken. Vielmehr spricht eine breite Unterstützung dafür, dass der Bundesrat bei Bedarf die Verfassung anpassen sollte und angesichts der politischen Mehrheitsverhältnisse auch anpassen kann.

- 18 Der vierte Leitsatz des Bundesrates erscheint im Wesentlichen als Differenzierung des Dritten. Wenn eine Massnahme des Bundes Vor- und Nachteile hat, wird damit das Interesse an der Massnahme insgesamt reduziert und damit die Rechtfertigung für den Eingriff des Bundes geschwächt. In diesem Sinne trifft es unseres Erachtens zu, dass bei einem Zielkonflikt eine besondere Zurückhaltung des Bundes angezeigt ist.
- 19 Der Bundesrat differenziert auch nach inhaltlicher und zeitlicher Wirkung einer Massnahme des Bundes (fünfter Leitsatz). Auch dieser Gesichtspunkt entspricht letztlich dem allgemeinen Postulat der Zurückhaltung und der Verhältnismässigkeit der Ausübung der Bundeskompetenz. Lässt sich eine ausländerrechtliche Zielsetzung mit weniger weitgehenden Eingriffen in die Kompetenzen der Kantone verwirklichen, so ist diese im Lichte der Erforderlichkeit als Teilgrundsatz der Verhältnismässigkeit vorzuziehen.
- 20 Richtig erscheint schliesslich, dass die Kernbereiche der kantonalen Sozialhilfekompetenz wenn immer möglich ausgespart bleiben sollten (sechster Leitsatz).
- 21 Aus unserer Sicht fehlen in den Leitsätzen zwei Gesichtspunkte. Einerseits ist zu berücksichtigen, wie Bund und Kantone ihre Kompetenzen in der Vergangenheit ausgeübt haben (*Verfassungspraxis*, vgl. zur Auslegung von Kompetenznormen allgemein GIOVANNI BIAGGINI, Art. 3, in: Basler Kommentar Bundesverfassung, a.a.O., S. 59 ff., N 16). Beansprucht der Bund etwa im Ausländerbereich bereits eine vergleichbare Kompetenz und wird diese einfach auf weitere Bereiche ausgedehnt, so erscheint die Massnahme eher zulässig, als wenn der Bund in Bereiche vorstösst, die vormalig allein den Kantonen zugestanden haben.
- 22 Ebenso sollte das *Gesamtbild* der Kompetenzausübung berücksichtigt werden. Gerade bei sich überschneidenden Kompetenzen unter unterschiedlichen Regelungsgesichtspunkten (vgl. dazu FELIX UHLMANN, Rechtsetzung im Schweizer Mehrebenensystem, in: Felix Uhlmann/Stefan Höfler (Hrsg.), Rechtsetzung im Mehrebenensystem: Gemeinden, Kantone, Bund, EU, 18. Jahrestagung des Zentrums für Rechtsetzungslehre, Zürich/St. Gallen 2020, S. 121 ff., 124 f.) besteht die Gefahr, dass die Kompetenzen der Kantone durch *eine schleichende Entwicklung ausgehöhlt* werden (vgl. auch ASTRID EPINEY/MARKUS KERN, Regelung der Nebenbeschäftigungen von Professorinnen und Professoren auf Bundesebene, Zur Reichweite der Kompetenzen des Bundes *de lege lata* und *de lege ferenda*, Freiburg 2016, S. 47; zur Problematik kantonalen «Restkompetenzen» auch YVO HANGARTNER, Die Kompetenzverteilung zwischen Bund und Kantonen, Habil. St. Gallen 1972, Bern 1974, S. 178 f.). Es bedarf mit anderen Worten einer Gesamtsicht, ob die Kompetenzausübung des Bundes im Lichte aller in Anspruch

genommen Kompetenzen noch als mit der Verfassung kompatibel erscheinen und die kantonalen Kompetenzen hinreichend gewahrt werden.

III. BEURTEILUNG DER EINZELNEN MASSNAHMEN

1. Präzisierung der Integrationsvoraussetzungen für die Erteilung von Aufenthaltsbewilligungen an vorläufig Aufgenommene in Härtefällen

23 Eine Expertengruppe des Bundesrates hat die Auswirkungen und Praktikabilität der Handlungsoptionen aus dem Bericht des Bundesrates vom 7. Juni 2019 diskutiert und gegenüber dem Bundesrat entsprechende Empfehlungen abgegeben. Der Erstunterzeichnende hat mit den Vertretern der Kantone und Gemeinden in dieser Expertengruppe Gespräche geführt, um ein Gesamtbild zu erhalten. Da diese Informationen sowie auch das Ergebnisprotokoll der Expertengruppe vertraulich sind, wird in den weiteren Ausführungen nur darauf referenziert, soweit die Informationen in der Medienmitteilung des Bundesrats vom 15. Januar 2020 (vgl. oben Ziff. 1) enthalten sind.

24 Die Expertengruppe hat sich im Auftrag des Bundesrats mit der Präzisierung der Integrationsvoraussetzungen für die Erteilung von Aufenthaltsbewilligungen an vorläufig Aufgenommene in Härtefällen befasst. Der Bundesrat geht davon aus, dass eine verbindlichere Formulierung den Integrationskriterien ein stärkeres Gewicht geben (vgl. dazu und nachfolgend Bericht des Bundesrates, S. 41). Er nimmt hingegen an, dass sich die Rechtslage nicht ändern würde und dass das Risiko eines späteren Sozialhilfebezugs besteht.

25 Die Voraussetzungen der Erteilung von Aufenthaltsbewilligung fallen unter die Kompetenz des Bundes. Dass er diese an Integrationsvoraussetzungen knüpft und dass die Sozialhilfe Teil dieser Voraussetzungen ist, ist verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden. Es finden sich soweit ersichtlich auch keine Äusserungen in Lehre und Praxis, wonach die bestehende Regelung, die nach Meinung des Bundesrates kaum ändert, verfassungsrechtlich problematisch wäre. Aus diesem Grund ist die vorgeschlagene Änderung verfassungsrechtlich zulässig.

2. Erleichterter Widerruf der Niederlassungsbewilligung bei Sozialhilfebezug

26 Die Expertengruppe des Bundesrates hat sich weiter mit dem erleichterten Widerruf der Niederlassungsbewilligung bei Sozialhilfebezügern auseinandergesetzt. Dabei ging es auch um die Frage, ob Änderungen betreffend Rückstufung einer Niederlassungs- in eine Aufenthaltsbewilligung angezeigt sind. Die entsprechende Bestimmung ist seit dem 1. Januar 2019 in Kraft.

27 Unter verfassungsrechtlichen Gesichtspunkten ist festzuhalten, dass Regelungen des Bundes betreffend erleichtertem Widerruf der Niederlassungsbewilligung bei Sozialhilfebezug nicht direkt in die Kompetenzen der Kantone im Bereich der Sozialhilfe ein-

greifen. Der Bund regelt die Voraussetzungen der Niederlassung, was eine ausländerrechtliche Frage betrifft. Er nimmt als Bezugspunkt die Ausrichtung von Sozialhilfe nach kantonalem und kommunalem Recht. Dieser Bezug und die damit zusammenhängenden Rechtsbeziehungen stellen eine Art «Vorfrage» (vgl. zum Begriff ULRICH HÄFELIN/GEORG MÜLLER/FELIX UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 8. Aufl., Zürich/St. Gallen 2020, Rz. 1744) für einen ausländerrechtlichen Entscheid dar, was kompetenzrechtlich nicht zu beanstanden ist. Formal besteht somit kein Konflikt zwischen Bundesregelung und kantonalen Kompetenzen.

28 Ein Eingriff in die kantonalen Kompetenzen müsste dann bejaht werden, wenn anzunehmen wäre, dass die Regelung des Bundes die Ausrichtung kantonaler Sozialhilfe an Ausländerinnen und Ausländer wohl nicht *de iure*, aber *de facto* verhindert. Sollte der drohende Widerruf der Niederlassungsbewilligung derart wirkungsvoll sein, dass es Berechtigte schlicht nicht mehr wagen, Sozialhilfe zu beziehen, obwohl ihnen ein solcher Anspruch zusteht, wäre ein Kernbereich der kantonalen Kompetenzen betroffen. Ob mit einem solchen Effekt ernsthaft zu rechnen ist, kann im Rahmen des Kurzgutachtens nicht abschliessend beurteilt werden und benötigte weitere, auch nicht-juristische Abklärungen.

3. Einschränkung der Sozialhilfe für Personen mit einer Aufenthaltsbewilligung in den ersten drei Jahren ihres Aufenthalts in der Schweiz

29 Die Expertengruppe hatte schliesslich die Frage zu erörtern, ob eine Einschränkung der Sozialhilfe für Personen mit einer Aufenthaltsbewilligung in den ersten drei Jahren ihres Aufenthalts in der Schweiz zielführend sei. Der Bundesrat erachtet diese Massnahme als verfassungskonform (vgl. dazu und nachfolgend Bericht des Bundesrates, S. 39). Es bestehe in Art. 121 Abs. 1 BV «eine hinreichende Verfassungsgrundlage, weil [die Massnahme] für die Durchsetzung wichtiger ausländerpolitischer Ziele erforderlich ist (z.B. Anreize zur Arbeitsintegration, Senkung der Attraktivität der Schweiz als Zuwanderungsgrund), nicht im Konflikt steht mit anderen ausländerpolitischen Zielen, in ihrer inhaltlichen und zeitlichen Wirkung begrenzt ist und den 'Kernbereich' der kantonalen Sozialhilfekompetenz, namentlich die Befugnis zur Festsetzung der Beiträge, unberührt lässt [...]». Gegen die Massnahme spricht aus Sicht des Bundesrates, dass besonderen Situationen nicht Rechnung getragen werden kann und die Gefahr besteht, dass die Problematik lediglich verschoben wird.

30 Im Gegensatz zu den ersten beiden Massnahmen geht es bei der Einschränkung der Sozialhilfe für Personen mit einer Aufenthaltsbewilligung in den ersten drei Jahren ihres Aufenthalts in der Schweiz nicht um eine Regelung, die unmittelbar eine ausländerrechtliche Fragestellung betrifft (Erteilung von Aufenthaltsbewilligungen, Widerruf der

Niederlassungsbewilligung) und dabei den Sozialhilfebezug im Kanton als Bezugspunkt nimmt, sondern um eine Regelung, *welche direkt den Sozialhilfebezug zum Gegenstand bundesrechtlicher Bestimmungen* macht. Damit erreicht diese Massnahme hinsichtlich des Eingriffs in kantonale Kompetenzen eine andere, schwerere Qualität.

31 Bezugspunkt der bundesrechtlichen Anknüpfung ist nach Angaben der Behörden die Verhinderung falscher «Anreize» in den Kantonen, welche die Politik des Bundes im Ausländerbereich zu beeinflussen vermögen. Aus unserer Sicht ist sehr fraglich, dass dies eine tragfähige Begründung für den Eingriff des Bundes in die kantonalen Kompetenzen bildet, und zwar aus folgenden Gründen:

- Der Eingriff des Bundes *wiegt schwer*. Den Kantonen wird für ein wichtiges Segment von Sozialhilfebezügern die Kompetenz zur Ausrichtung von Sozialhilfe vollständig entzogen, zwar nicht zeitlich unbegrenzt, aber doch in den (wichtigen) ersten drei Jahren. Es lässt sich durchaus vertreten, dass damit der Bund in einen *Kernbereich der kantonalen Kompetenzen* eingedrungen ist, was er selbst als unzulässig erachtet.
- Fraglich ist auch, ob für diesen jedenfalls schweren Eingriff die vom Bund selbst geforderten Anforderungen an die *Verhältnismässigkeit* erfüllt sind. Der Eingriff hat wie dargelegt eine andere Qualität als die beiden ersten Massnahmen. Dass diese und die erst unlängst erlassenen Verschärfungen nicht ausreichen, um die Ziele des Bundes zu erreichen, ist nicht eine rein juristische Frage, wurde aber vom Bund aber mindestens nicht dargetan. Auch aus diesem Grund bestehen erhebliche Zweifel an der Verfassungsmässigkeit.
- Der Bund bringt vor, es bestehe kein Zielkonflikt. Der Ausschluss von der Sozialhilfe kann aber die Integration erschweren, so dass ein Zielkonflikt vorliegt.
- Der Bund argumentiert mit falschen Anreizen, was insofern problematisch erscheint, als dass mit diesem Argument jeder Lebensbereich einer Ausländerin oder eines Ausländers im Kanton betroffen sein könnte. Theoretisch denkbar wären mit diesem Ansatz Eingriffe ins kantonale Steuerrecht, ins kantonale Gesundheitsrecht, ins kantonale Schulrecht etc. Damit wäre die «schmale» Verfassungsgrundlage, die dem Bund in diesem Bereich zukommt (vgl. oben Ziff. 12), definitiv verlassen.
- Der Bund selbst hat früher den Ausschluss der Sozialhilfe für mehrere Jahre als verfassungswidrig zurückgewiesen (vgl. dazu und nachfolgend oben Ziff. 10). Der entsprechende Vorstoss schlug drei bis fünf Jahre vor. Bereits die Mindestdauer gemäss Vorstoss hat also der Bundesrat als verfassungswidrig angesehen. Nun

schlägt er aber genau diese Karenzfrist vor und beurteilt sie ohne weitergehende Erklärung als zulässig.

- 32 Auch gesamthaft erscheint mit dem Vorschlag des Bundes ein Mass erreicht, das einem wesentlichen Transfer von Sozialhilfekompetenzen von den Kantonen zum Bund bedeuten würde. Aus diesem Grund ist für die vorgeschlagene Änderung der Weg einer Verfassungsänderung zu gehen. Die Akzeptanz des Vorschlages des Bundesrates spricht wie dargelegt nicht für die Überbeanspruchung einer Verfassungskompetenz des Bundes, sondern für eine Verfassungsrevision (vgl. oben Ziff. 17).

IV. FAZIT

- 33 Von den Vorschlägen des Bundesrates erscheinen die ersten beiden (Präzisierung der Integrationsvoraussetzungen für die Erteilung von Aufenthaltsbewilligungen an vorläufig Aufgenommene in Härtefällen, erleichterter Widerruf der Niederlassungsbewilligung bei Sozialhilfebezug) grundsätzlich als verfassungskonform, dies mindestens bei der Annahme, dass der erleichterte Widerruf der Niederlassungsbewilligung bei Sozialhilfebezug nicht zu einem faktischen Ausschluss der Sozialhilfe führt.
- 34 Dagegen überschreitet der Bund seine verfassungsmässigen Kompetenzen bei seinem dritten Vorschlag, wenn er die Sozialhilfe für Personen mit einer Aufenthaltsbewilligung in den ersten drei Jahren ihres Aufenthalts in der Schweiz unterbindet.

* * *

Prof. Dr. Felix Uhlmann

Martin Wilhelm, MLaw