



Erläuternder Bericht

Anpassung der Verordnung über Zulassung, Aufenthalt und Erwerbstätigkeit (VZAE) aufgrund der Umsetzung der Motion Barthassat (08.3616) „Jugendlichen ohne gesetzlichen Status eine Berufslehre ermöglichen“

Februar 2012

1. Ausgangslage

Die von Nationalrat Luc Barthassat (GE/CVP) am 2. November 2008 eingereichte Motion „Jugendlichen ohne gesetzlichen Status eine Berufslehre ermöglichen“ (08.3616) wurde von den eidgenössischen Räten angenommen¹. Sie beauftragt den Bundesrat, ausländischen Jugendlichen ohne rechtmässigen Aufenthalt, die ihre Schulbildung in der Schweiz absolviert haben, den Zugang zu einer Berufslehre zu ermöglichen. Mit dem vorgeschlagenen neuen Artikel 30a in der Verordnung vom 24. September 2007 über Zulassung, Aufenthalt und Erwerbstätigkeit (VZAE; SR 142.201) soll diese Motion umgesetzt werden.

Die Motion wird damit begründet, dass Jugendliche ohne gesetzlichen Status, auch wenn sie den grössten Teil oder die ganze obligatorische Schulzeit in der Schweiz absolviert haben, wegen nicht geregelten Aufenthaltsbedingungen nicht zu Berufslehren zugelassen werden, weil es dafür einen Arbeitsvertrag braucht. Hingegen können jugendliche Sans-Papiers praktisch ohne Hindernisse ein Studium absolvieren (siehe Ziffer 4.1). Beim Zugang zu den Ausbildungen liegt offensichtlich eine Ungleichbehandlung vor. Diese Praxis wirkt sich nach Meinung des Motionärs aus mehreren Gründen nachteilig aus (eine integrierte Personengruppe wird benachteiligt, der Schweizer Wirtschaft gehen potentielle(s) Know-how und Kompetenzen verloren, in die obligatorische Schulbildung investierte öffentliche Gelder sind verschwendet usw.).

In seiner Antwort vom 5. Dezember 2008 beantragte der Bundesrat die Ablehnung der Motion. Das geltende Recht biete bei Härtefällen genügend Spielraum, um im Einzelfall humanitären Überlegungen Rechnung zu tragen. Ausserdem habe es im Parlament anlässlich der Totalrevision des Ausländergesetzes (AuG) eine breite Debatte über eine Amnestie oder eine neue Bestimmung zugunsten von Jugendlichen mit rechtswidrigem Aufenthalt gegeben und es wurde entschieden, dass keine neue Bestimmung aufgenommen wird.

¹ http://www.parlament.ch/d/suche/seiten/geschaefte.aspx?gesch_id=20083616

Der Nationalrat stimmte der Motion am 3. März 2010 mit 93 zu 85 Stimmen bei 8 Enthaltungen zu. In ihrer Sitzung vom 20. April 2010 beantragte die Staatspolitische Kommission des Ständerats (SPK-S) mit 5 gegen 5 Stimmen und Stichentscheid des Präsidenten Annahme der Motion. Die Kommission hat grundsätzlich anerkannt, dass Sans-Papiers beim Bildungszugang nicht gleich behandelt werden und einer teilweisen Ungerechtigkeit ein Ende bereitet werden sollte. Diese Jugendlichen dürfen nicht für ihre Situation verantwortlich gemacht und benachteiligt werden. Am 14. Juni 2010 hat ein Ständerat einen Ordnungsantrag eingereicht. Er wurde angenommen. Der Ständerat hat deshalb die Motion zur erneuten Prüfung an seine Kommission zurückgeschickt (AB 2010 S 628). Die SPK-S ist am 30. August 2010 auf ihre ursprüngliche Stellungnahme zurückgekommen und hat die Motion mit 6 zu 5 Stimmen abgelehnt. Die Kommissionsmehrheit ist der Auffassung, dass in begründeten Härtefällen im Rahmen der geltenden Gesetzesbestimmungen eine Lösung gefunden werden kann². Der Ständerat hat die Motion am 14. September 2010 mit 23 zu 20 Stimmen angenommen (AB 2010 S 793).

2. Sans-Papiers in der Schweiz

2.1 Definition des Begriffs „Sans-Papiers“

Mit den Begriffen „Sans-Papiers“ oder „Personen ohne gesetzlichen Status“ werden Ausländerinnen und Ausländer bezeichnet, die sich ohne eine entsprechende Aufenthaltsbewilligung in der Schweiz aufhalten. Sie gehen oft einer Erwerbstätigkeit nach. Es handelt sich dabei um Personen, die entweder unkontrolliert oder mit falschen Papieren eingereist sind und nie ein Aufenthaltsrecht besessen haben, oder die nach einem ursprünglich rechtmässigen Aufenthalt rechtswidrig in der Schweiz verblieben sind (beispielsweise nach Ablauf des Visums, einer Nichtverlängerung der Aufenthaltsbewilligung oder einem rechtskräftig abgewiesenen Asylgesuch).

Gemäss einer vom Forschungsinstitut „gfs.bern“ im Auftrag des Bundesamtes für Migration (BFM) erstellten Studie lebten im Jahr 2005 rund 90 000 Personen ohne Aufenthaltsbewilligung in der Schweiz. Ausserdem ergab die Studie, dass sich Sans-Papiers überall in der Schweiz aufhalten und überwiegend in oft prekären Arbeitsverhältnissen in Niedriglohnbranchen tätig sind. Es werden nur vergleichsweise wenige Sans-Papiers kriminell, und die bisherige Asylpolitik hat kaum Auswirkungen auf ihre Zahl.³

2.2 Situation der jugendlichen Sans-Papiers

Gemäss eines Berichts der Städteinitiative *„lebten 2004 etwa 10 000 Jugendliche ohne gültige Aufenthaltsbewilligung in der Schweiz. Pro Jahr dürften zwischen 300 und 500 Jugendliche ohne geregelten Aufenthalt die obligatorische Schule abschliessen und damit theoretisch in der Lage sein, eine Lehrstelle anzutreten. Gestützt auf die schweizerische Bildungsstatistik kann davon ausgegangen werden, dass etwa drei Viertel dieser Jugendlichen eine Berufslehre antreten möchten. Dies würde bedeuten, dass pro Jahr schätzungsweise zwischen 200 und 400 Lehrverhältnisse mit Papierlosen abgeschlossen werden könnten (etwa 0,25-0,5% der 80 000 pro Jahr abgeschlossenen Lehrverhältnisse insgesamt)“*.⁴

Kinder und Jugendliche haben ihren rechtswidrigen Aufenthalt in der Schweiz in aller Regel nicht selbst verschuldet. Die Gründe für ihren rechtswidrigen Aufenthalt können sehr vielfältig sein: Zum Zeitpunkt ihrer Geburt befanden sich ihre Eltern bereits ohne Aufenthaltsrecht in

² <http://www.parlament.ch/d/mm/2010/Seiten/mm-spk-s-2010-08-31.aspx>

³ Sans-Papiers in der Schweiz: Arbeitsmarkt, nicht Asylpolitik ist entscheidend. gfs.bern forschung für Politik, Kommunikation und Gesellschaft, April 2005 Bern.

⁴ Bericht der Städteinitiative Sozialpolitik im Auftrag des Schweizerischen Städteverbandes, Juli 2010, der sich auf eine Studie des Forschungsinstituts gfs.bern stützt: http://staedteverband.ch/cmsfiles/bericht_sans_papiers_ssv_deutsch_final.pdf

der Schweiz, sie wurden durch einen unbewilligten Familiennachzug in die Schweiz geholt, sie sind mit ihren Eltern nach Ablauf der Aufenthaltsberechtigung hier geblieben, oder sie wurden von ihren Eltern illegal in die Schweiz geschickt.

In der Frage der Einschulung dieser Kinder sind die Empfehlungen der Schweizerischen Konferenz der kantonalen Erziehungsdirektoren (EDK) aus dem Jahre 1991 massgebend. Darin bekräftigt die EDK den Grundsatz, wonach alle in der Schweiz lebenden ausländischen Kinder in die öffentlichen Schulen zu integrieren und jegliche Diskriminierungen zu vermeiden sind. In der Praxis scheint der Zugang zum obligatorischen Grundschulunterricht gewährleistet zu sein. Dieser wird auch durch Art. 19 der Bundesverfassung für alle in der Schweiz lebenden Kinder garantiert.

Nach Abschluss der obligatorischen Schulzeit besteht für jugendliche Sans-Papiers jedoch kein Anspruch auf eine weiterführende Bildung. Einige Kantone beziehen sich allerdings auch hier auf das Rundschreiben der EDK von 1991 und machen keinen Unterschied zwischen obligatorischer und nachobligatorischer Schulbildung. Aus diesem Grund ist der Zugang zum Gymnasium in einigen Kantonen möglich. Dies gilt auch für die Aufnahme eines Studiums an einer Universität oder Fachhochschule.

Eine andere Möglichkeit der postobligatorischen Schulung ist die berufliche Grundbildung. Sans-Papiers sind von dieser Möglichkeit jedoch bislang grundsätzlich ausgeschlossen, da diese Ausbildung mit einer Erwerbstätigkeit im Sinne des Ausländerrechts einhergeht und dafür eine Aufenthalts- und Arbeitsbewilligung benötigt wird. Dies betrifft insbesondere die dualen Lehrgänge, welche über 80% der beruflichen Grundbildung in der Schweiz ausmachen. Die Ausbildungsbetriebe machen sich wegen der Beschäftigung von Ausländerinnen und Ausländern ohne Bewilligung strafbar (Art. 117 AuG; siehe auch Ziffer 4.1).

2.3 Parlamentarische Vorstösse

Die eidgenössischen Räte setzen sich seit vielen Jahren mit dem Thema Sans-Papiers auseinander. Es wurden dazu auch diverse Vorstösse eingereicht, z.B.: Anfrage Schenker vom 9. März 2009, „Sans-Papiers. Vereinheitlichung der Härtefallregelung“ (09.5035); Interpellation Heim vom 9. Dezember 2009, „Menschenwürde für Papierlose“ (09.4122); Interpellation Menétrey-Savary vom 23. März 2007, „Sans-Papiers. Stecken wir in der Sackgasse?“ (07.3207).

Mit der Situation von Kindern und Jugendlichen ohne Rechtsstatus befassten sich insbesondere folgende Vorstösse: Motion Perrinjaquet vom 3. Juni 2010, „Jugendliche Sans-Papiers. Berufsbildung ja, aber keine Umgehung des Rechts“ (10.3375), Motion Hodgers vom 11. Dezember 2009, „Einhaltung der Kinderrechtskonvention bei Kindern ohne Rechtsstatus“ (08.3616), Motion van Singer vom 16. Dezember 2008, „Legalisierung der Situation von jugendlichen Sans-Papiers mit Schulausbildung in der Schweiz“ (08.3835).

Am 26. Mai 2012 beantragte der Bundesrat in seiner Antwort die Ablehnung der Motion Barthassat vom 19. März 2010, „Praktika für Papierlose“ (10.3329), die den Zugang von jugendlichen Papierlosen zu Praktika forderte. Der Nationalrat hat die Motion am 29. September 2011 ebenfalls abgelehnt.

Ausser der Motion Barthassat (08.3616), die von den beiden Räten unterstützt und an den Bundesrat überwiesen wurde, gab es noch vier weitere Vorstösse zum gleichen Thema. Drei davon sind noch nicht im Plenum⁵ behandelt, jedoch bereits von der SPK-N abgelehnt worden. Dies geschah insbesondere deshalb, weil der Bundesrat nach der Annahme der Motion

⁵ Parlamentarische Initiative Perrinjaquet 10.446; kantonale Initiative Jura 10.330; kantonale Initiative Basel-Stadt 10.325

Barthassat durch die Räte Vorschläge vorzulegen hatte.⁶ Am 14. September 2009 hat der Ständerat in Anlehnung an die Anträge der Kommissionen zudem beschlossen, der Standesinitiative des Kantons Neuenburg (10.318) nicht Folge zu leisten. Die Ablehnung dieser Vorstösse hilft, Doppelspurigkeiten zu vermeiden.

2.4 Heutige Rechtslage der jugendlichen Sans-Papiers in der Schweiz

Grundsätzlich müssen alle Personen, die sich rechtswidrig in der Schweiz aufhalten, ausgewiesen werden. Bei minderjährigen Sans-Papiers ist jedoch das in der Kinderrechtskonvention wie auch im UNO Pakt I enthaltene Recht auf Bildung zu beachten. Art. 19 BV gewährt zudem einen justiziablen Anspruch auf ausreichenden und unentgeltlichen Grundschulunterricht. Nach der vorherrschenden Meinung besteht jedoch für jugendliche Sans-Papiers nach der obligatorischen Schulzeit kein Rechtsanspruch auf eine weiterführende Ausbildung. Teilweise wird aber auch die Meinung vertreten, dass sich aus der Kinderrechtskonvention eine völkerrechtliche Verpflichtung der Schweiz ableiten lässt, jugendlichen Sans-Papiers den Zugang zu weiterführenden Ausbildungsmöglichkeiten nach Abschluss der Grundschule gleich wie anderen Jugendlichen zu ermöglichen.⁷

Bereits heute besteht in der Schweiz die Möglichkeit für Sans-Papiers, ein Gesuch um Erteilung einer Härtefallbewilligung bei den kantonalen Migrationsämtern einzureichen. Ist die kantonale Behörde bereit, ausländischen Personen wegen eines schwerwiegenden persönlichen Härtefalls eine Aufenthaltsbewilligung zu erteilen, muss sie dem BFM zur Zustimmung unterbreitet werden (vgl. Art. 30 Abs. 1 Bst. b und Art. 99 des Bundesgesetzes über Ausländerinnen und Ausländer; AuG sowie Art. 85 VZAE und BFM-Weisungen⁸). Es besteht jedoch kein Anspruch auf eine Aufenthaltsbewilligung.

In Art. 31 Abs.1 VZAE sind die Kriterien aufgeführt, die bei der Beurteilung derartiger Gesuche zu berücksichtigen sind. Ausschlaggebend sind insbesondere die Integration der Gesuchstellerin oder des Gesuchstellers, die Respektierung der schweizerischen Rechtsordnung, die familiären und finanziellen Verhältnisse, der Wille zur Teilhabe am Wirtschaftsleben und zum Erwerb von Bildung, die Dauer der Anwesenheit in der Schweiz, der Gesundheitszustand und die Möglichkeiten für eine Wiedereingliederung im Herkunftsstaat.

Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts und des Bundesgerichts muss sich die Gesuchstellerin oder der Gesuchsteller zudem in einer persönlichen Notlage befinden, und die Lebens- und Daseinsbedingungen müssen gemessen am durchschnittlichen Schicksal von anderen ausländischen Personen in gesteigertem Mass infrage gestellt sein (statt vieler: BVGer C-2740/2009 vom 25. Januar 2010). Es ist der Situation der gesamten Familie Rechnung zu tragen. Die Berücksichtigung der bisherigen Anwesenheitsdauer muss im Hinblick auf den Einzelfall erfolgen. Weder das Gesetz noch die Praxis der Gerichte sehen eine bestimmte Anwesenheitsdauer für Härtefälle vor.

Im Jahr 2011 verzeichnete das BFM 192 Gesuchseingänge im Zustimmungsverfahren für eine Härtefallregelung nach Art. 30 Abs. 1 Bst. b AuG. 163 Gesuche wurden gutgeheissen und 25 abgewiesen.

⁶ Die parlamentarische Initiative Perrinjaquet fordert die Ergänzung von Art. 30 Absatz 1 AuG durch einen weiteren Buchstaben m, welcher Personen ohne gesetzlichen Aufenthaltsstatus, die ihre Schulbildung in der Schweiz absolviert haben, den Zugang zur beruflichen Grundbildung ermöglichen soll. In die gleiche Richtung zielen die Standesinitiativen der Kantone Basel, Neuenburg und Jura: sie fordern eine einheitliche Regelung, welche Jugendlichen und jungen Erwachsenen ohne geregelten Aufenthaltsstatus eine Berufslehre ermöglicht.

⁷ Peter Uebersax et al. (Hg.) Ausländerrecht - Eine umfassende Darstellung der Rechtsstellung von Ausländerinnen und Ausländern in der Schweiz, 2. Auflage, Basel 2009, S. 410 / N 9.112 ff.

⁸http://www.bfm.admin.ch/content/dam/data/migration/rechtsgrundlagen/weisungen_und_kreisschreiben/weisungen_auslaenderbereich/verfahren_und_zustaendigkeiten/1-verfahren-zustaendigkeiten-d.pdf

3. Rechtslage in der Europäischen Union

Eine spezifische Regelung für illegal aufhältige Drittstaatsangehörige mit dem Wunsch, im EU-Raum zu arbeiten, besteht derzeit im Unionsrecht nicht. Im Zusammenhang mit den Sans-Papiers ist jedoch die Richtlinie 2009/52/EG⁹ zu erwähnen: Diese verpflichtet die EU-Mitgliedstaaten, Anstellungen von illegal aufhältigen Drittstaatsangehörigen generell zu verbieten. Die Mitgliedstaaten sind gemäss Art. 3 Abs. 3 der Richtlinie aber frei, in ihrer nationalen Gesetzgebung Ausnahmen vorzusehen für illegal aufhältige Drittstaatsangehörige, deren Rückführung aufgeschoben wurde und denen nach innerstaatlichem Recht die Ausübung einer Beschäftigung gestattet ist.

Was den Zugang zur beruflichen Ausbildung und Weiterbildung betrifft, verbietet Art. 3 Abs. 1 lit. b der Antidiskriminierungsrichtlinie¹⁰ jede Diskriminierung aufgrund der Religion, der Weltanschauung, der Behinderung, des Alters oder der sexuellen Ausrichtung. Obwohl dieses Diskriminierungsverbot auch für Drittstaatsangehörige gilt, betrifft es nicht die Ungleichbehandlung aus Gründen der Staatsangehörigkeit und lässt die Vorschriften über die Einreise und den Aufenthalt von Drittstaatsangehörigen und ihren Zugang zu Beschäftigung und Beruf unberührt (E. 12). Immerhin legt Art. 14 Abs. 1 der EU-Charta der Grundrechte¹¹ fest, dass jede Person ein Recht auf Zugang zur beruflichen Ausbildung und Weiterbildung hat.

Die Schweiz ist an die erwähnten Rechtsakte der EU nicht gebunden. Aufgrund ihrer Assoziation an Schengen/Dublin ist sie nur verpflichtet, Weiterentwicklungen in diesen Bereichen zu übernehmen. Die Schengen-Zusammenarbeit erfasst jedoch lediglich Bestimmungen zur Einreise und zum kurzfristigen Aufenthalt (bis 90 Tage) und regelt nicht die Voraussetzungen für die Arbeitsaufnahme von illegal aufhältigen Drittstaatsangehörigen in der Schweiz. Genannte Personen kommen auch nicht in den Genuss der Garantien aus dem Freizügigkeitsabkommen, da dieses nur auf EU-Bürger und andere freizügigkeitsberechtigte Personen anwendbar ist.

4. Kommentar neuer Art. 30a E-VZAE:

4.1 Allgemeines

Infolge der Annahme der Motion Barthassat (08.3616) durch die eidgenössischen Räte schlägt der Bundesrat eine Änderung der Verordnung über Zulassung, Aufenthalt und Erwerbstätigkeit (VZAE) vor. Die Motion fordert den Bundesrat auf, für Jugendliche ohne gesetzlichen Status, die ihre obligatorische Schulzeit in der Schweiz absolviert haben, eine Zulassung zur beruflichen Grundbildung zu schaffen (siehe Ziffer 1).

Entscheiden sich junge Sans-Papiers nach der obligatorischen Schulzeit für eine Berufslehre, stellt das Fehlen einer Aufenthalts- oder Arbeitsbewilligung im Hinblick auf den Abschluss eines Arbeitsvertrags einen Mangel dar. Eine berufliche Grundausbildung bleibt ihnen somit verwehrt. Gemäss Ausländergesetz benötigen Ausländerinnen und Ausländer, die in der Schweiz eine Erwerbstätigkeit ausüben wollen, eine Aufenthaltsbewilligung (Art. 11 Abs. 1 AuG). Art. 11 Abs. 2 AuG definiert die Erwerbstätigkeit als jede üblicherweise gegen Entgelt ausgeübte unselbständige oder selbständige Erwerbstätigkeit, selbst wenn sie unentgeltlich erfolgt. Weil die Lehre als Erwerbstätigkeit gilt (Art. 1a Abs. 2 VZAE), haben die jungen Sans-Papiers infolge nicht geregelter Aufenthaltsbedingungen keinen Zugang zu dieser

⁹ Richtlinie 2009/52/EG des europäischen Parlaments und des Rates vom 18. Juni 2009 über Mindeststandards für Sanktionen und Massnahmen gegen Arbeitgeber, die Drittstaatsangehörige ohne rechtmässigen Aufenthalt beschäftigen, ABl. Nr. L 168, S. 24.

¹⁰ Richtlinie 2000/78/EG des Rates vom 27. November 2000 zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf, ABl. Nr. L 303, S. 16.

¹¹ Charta der Grundrechte der Europäischen Union vom 12. Dezember 2007, ABl. Nr. C 303, S. 1.

Ausbildung. Der Arbeitgeber macht sich in diesen Fällen wegen der Beschäftigung von Ausländerinnen und Ausländern ohne Bewilligung strafbar (Art. 117 AuG).

Entscheiden sie sich hingegen für eine höhere Ausbildung, stellt die fehlende Aufenthalts- oder Arbeitsbewilligung bei der Zulassung grundsätzlich kein Problem dar, weil es sich dabei nicht um eine Erwerbstätigkeit handelt (siehe dazu auch Ziffer 2.2).

Bereits heute besteht die Möglichkeit, eine Aufenthaltsbewilligung für Härtefälle auszustellen. Dies gilt auch für Sans-Papiers. Personen mit einer Aufenthaltsbewilligung für Härtefälle kann bewilligt werden, eine selbständige oder unselbständige Erwerbstätigkeit auszuüben, wenn die Bedingungen von Art. 31 Abs. 3 und 4 VZAE erfüllt sind. Art. 31 VZAE bezieht sich sowohl auf Härtefälle aus dem Ausländerbereich (Art. 30 Abs. 1 lit. b, 50 Abs. 1 lit. b, 84 Abs. 5 AuG) wie auch aus dem Asylbereich (Art. 14 Abs. 2 AsylG).

Bei der Umsetzung der Motion Barthassat erschien es sinnvoll, die Kriterien für eine Aufenthalts- und Arbeitsbewilligung für jugendliche Personen ohne gesetzlichen Status im Detail zu regeln, damit es für sie möglich wird, eine Berufslehre zu absolvieren (Art. 30a VZAE)¹². Die Betroffenen können so die Erfolgchance ihres Gesuches um eine Aufenthaltsbewilligung für Härtefälle besser einschätzen.

Diese Variante erhielt den Vorrang gegenüber den anderen Lösungsvarianten, nämlich der Einführung eines Sonderfalls in Abweichung von den Zulassungskriterien des Ausländergesetzes und der Änderung der Artikel 1a VZAE und 11 Abs. 2 AuG, womit die Lehre nicht mehr als Erwerbstätigkeit gegolten hätte.

Für eine Regelung auf Verordnungsstufe spricht die bereits heute bestehende generelle Zulassungsmöglichkeit, schwerwiegenden persönlichen Härtefällen oder wichtigen öffentlichen Interessen Rechnung zu tragen (Art. 30 Abs. 1 Bst. b AuG). Der Bundesrat legt die Rahmenbedingungen fest und regelt das Verfahren (Art. 30 Abs. 2 AuG). Mit dem vorgeschlagenen Art. 30a VZAE macht er von dieser Kompetenz Gebrauch.

Gestützt auf Art. 30 Abs. 1 Bst. b AuG hat der Bundesrat bereits spezifische Tatbestände der Härtefallbewilligung geschaffen. Zum einen für ausländische Kinder von Schweizerinnen und Schweizern (Art. 29 VZAE) und zum anderen für ehemalige Schweizerinnen und Schweizer (Art. 30 VZAE). Mit der Härtefallregelung zur Ermöglichung einer beruflichen Grundbildung schafft der Bundesrat einen weiteren spezifischen Tatbestand. Er trägt dabei wesentlich auch den wichtigen öffentlichen Interessen Rechnung, also dem zweiten in Art. 30 Abs. 1 Bst. b AuG genannten Kriterium. Das öffentliche Interesse besteht unter anderem in erhöhten Chancen für eine Eingliederung im Heimatstaat und damit für eine Ausreise aus der Schweiz nach Abschluss der beruflichen Grundbildung.

Zudem ist zu erwähnen, dass es sich hier um eine ursprüngliche Vorlage des Bundesrats handelt. Die Initiative für die Rechtsänderung durch Beratung und Überweisung der Motion Barthassat (08.3616; Jugendlichen ohne gesetzlichen Status eine Berufslehre ermöglichen) ist indes von der Bundesversammlung ausgegangen.

Von der Variante, bei der die Lehre nicht mehr als Erwerbstätigkeit gegolten hätte, wurde auch abgesehen wegen der praktischen und rechtlichen Schwierigkeiten, die sie mit sich gebracht hätte. Als Erwerbstätige bedürfen die Lernenden einer Arbeitsbewilligung, die an eine gültige Aufenthaltsbewilligung geknüpft ist. Wenn die berufliche Grundbildung ausländerrechtlich nicht mehr als Erwerbstätigkeit gilt, würde dafür die Voraussetzung einer arbeitsmarktlichen Bewilligung entfallen. Für den Aufenthalt in der Schweiz (auch ohne Er-

¹² Der Artikel 30a VZAE regelt den Zugang zur beruflichen Grundbildung für Jugendliche ohne Aufenthaltsbewilligung. Praktika und andere Formen der Erwerbstätigkeit sind von dieser Bestimmung nicht betroffen, in diesen Fällen kann ein persönliches Härtefallgesuch eingereicht werden, dafür gelten die Voraussetzungen der Artikel 30 Abs. 1 lit. b AuG und 31 VZAE.

werbstätigkeit) wäre jedoch weiterhin eine Aufenthaltsbewilligung erforderlich; damit würde der Aufenthalt für Lernende weiterhin illegal bleiben. Auch die bestehenden arbeitsmarktlischen Schutzmechanismen im Ausländerrecht würden bei der beruflichen Grundbildung generell ausser Kraft gesetzt (Kontingente, Vorrang der Inländer/EU/EFTA-Bürger, Kontrolle der Lohn- und Arbeitsbedingungen). Ausserdem wäre eine solche Regelung nicht kohärent mit den übrigen Rechtsgebieten, welche die berufliche Grundbildung weiterhin als Erwerbstätigkeit behandeln würden (z.B. Arbeitslosenversicherung, Sozialversicherungen im Allgemeinen).

Die Schaffung eines Rechtsanspruchs auf eine Bewilligungserteilung im AuG in diesen Fällen würde zu einer ungerechtfertigten Ungleichbehandlung gegenüber den übrigen schwerwiegenden persönlichen Härtefällen führen, die sich in vergleichbaren Situationen befinden und auch kein Aufenthaltsrecht geltend machen können.

Es stellt sich auch die Frage, ob rechtswidrig anwesende Jugendliche, die ein Gymnasium, eine Universität oder eine andere theoretische Weiterbildung besuchen, ebenfalls eine besondere Härtefallbewilligung erhalten sollten. In der Praxis können heute solche Weiterbildungen ohne ausländerrechtliche Regelung besucht werden; zudem können diese Jugendlichen ein Gesuch gestützt auf die Bestimmungen über die allgemeine Härtefallbewilligung beantragen (Art. 31 VZAE). Nach abgeschlossenem Universitätsabschluss besteht ebenfalls die Möglichkeit, einen erleichterten Zugang zum Schweizer Arbeitsmarkt zu erhalten. Die Erwerbstätigkeit kann ohne Prüfung des Vorrangs bewilligt werden, wenn die auszuübende Tätigkeit aus hohem wissenschaftlichem oder wirtschaftlichem Interesse ist (Art. 21 Abs. 3 AuG).

Dieser Gesetzesentwurf führt somit nicht zu einem Anspruch auf eine Bewilligungserteilung. Bei einem ablehnenden Entscheid betreffend der Bewilligungserteilung der zuständigen Behörde besteht ein Wegweisungsrisiko für die gesuchstellende Person und ihre Familie, weil es sich bei ihnen vorwiegend um Personen handelt, die sich illegal in der Schweiz aufhalten.

Die neue Bestimmung enthält zudem weitere zwei Absätze. Der zweite Absatz regelt die Verlängerung der Aufenthaltsbewilligung nach Abschluss der Ausbildung. Der dritte Absatz regelt die Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung an Familienangehörige (Eltern, Geschwister) der betroffenen Person.

4.2. Kommentar der einzelnen Bestimmungen

Absatz 1

Eine Aufenthaltsbewilligung im Härtefall (Art. 30 Abs. 1 lit. b AuG) kann Personen ohne gesetzlichen Status für die Dauer der beruflichen Grundbildung ausgestellt werden; vorbehalten bleiben die kumulativen Voraussetzungen gemäss Buchstaben a-e. Es besteht allerdings kein Anspruch auf die Ausstellung einer solchen Bewilligung.

Die Bewilligung wird für die vorgesehene Ausbildung erteilt und verlängert. Bei vorzeitiger Beendigung der Ausbildung ist eine neue Bewilligung erforderlich (Art. 54 VZAE).

Diese neue Bestimmung regelt somit den Zugang zur beruflichen Grundbildung für Jugendliche ohne Aufenthaltsbewilligung. Praktika und andere Arten von Erwerbstätigkeit fallen nicht unter diese Bestimmung (siehe dazu auch Ziffer 2.3 und Fussnote Nr. 12 (Ziffer 4.1)). Hier kann ein persönliches Härtefallgesuch gemäss den Voraussetzungen von Artikel 30 Abs. 1 lit. b AuG und 31 VZAE eingereicht werden.

Buchstabe a

In den fünf Jahren vor der Einreichung des Gesuchs muss die betroffene Person die obligatorische Schule ununterbrochen in der Schweiz besucht haben. Der Gesuchsteller hat den Nachweis für die in der Schweiz absolvierten Schuljahre zu erbringen.

Die Interkantonale Vereinbarung über die Harmonisierung der obligatorischen Schule (HarmoS-Konkordat) ist am 1. Januar 2009 in Kraft getreten. Das Konkordat harmonisiert die Strukturen und Ziele der obligatorischen Schule. Sie legt die Dauer der obligatorischen Schule auf 11 Jahre fest (zwei Jahre Kindergarten, sechs Jahre Primarschule und drei Jahre Sekundarschule). Für die Kantone, die das HarmoS-Konkordat unterzeichnet haben, sind die Kindergartenjahre in die Schulzeit integriert und werden damit obligatorisch. Die Kantone, die dem Konkordat beigetreten sind, haben sechs Jahre, also bis zum Schuljahr 2015/2016, Zeit, um die Ziele des Konkordats zu erfüllen. Die Vereinbarung gilt für alle Kantone, die sie ratifiziert haben. Bei den übrigen Kantonen regelt das kantonale Recht den Besuch des Kindergartens. Bisher sind fünfzehn Kantone dem Konkordat beigetreten (SH, GL, VD, JU, NE, VS, SG, ZH, GE, TI, BE, FR, BS, SO, BL), sieben haben es abgelehnt (LU, GR, TG, NW, UR, ZG, AR).¹³

Weil diese Regelung nicht auf alle Kantone anwendbar ist und um den kantonalen Unterschieden Rechnung zu tragen, wurden unter Abzug der obligatorischen Kindergartenjahre, die von Kanton zu Kanton variieren, neun Jahre obligatorische Schulbildung festgelegt. Die Mindestdauer des unter Buchstabe a festgelegten obligatorischen Schulbesuchs entspricht mehr als der Hälfte der obligatorischen Schulzeit.

Im Übrigen wird auch bei der Erteilung von Härtefallbewilligungen im Asylbereich (Art. 14 Abs. 2 AsylG) und im Bereich der vorläufigen Aufnahme (Art. 84 Abs. 5 AuG) ein Aufenthalt von fünf Jahren vorausgesetzt.

Das Härtefallgesuch muss unmittelbar nach Abschluss der obligatorischen Schule eingereicht werden. Mit der Voraussetzung der Unmittelbarkeit für die Einreichung des Gesuchs gemäss Artikel 30a E-VZAE soll vermieden werden, dass die Jugendlichen zu lange mit der Lehrstellensuche zuwarten. Für Schweizer Staatsangehörige gleich wie für Ausländer beginnt die Lehrstellensuche in der Regel mindestens ein Jahr, je nach Beruf sogar zwei Jahre vor Abschluss der obligatorischen Schule. So ist gewährleistet, dass die Lehrstelle sofort nach der Schule angetreten werden kann. Da erwiesen ist, dass ausländische Personen meist mehr Schwierigkeiten als Schweizer haben, einen Lehrstellenplatz zu finden, dürfte eine möglichst frühe Bemühung um einen Lehrstellenplatz in der Eigenverantwortung der ausländischen Jugendlichen liegen.

Weil in einigen Fällen keine Lehrstelle gefunden wird, können die zuständigen Behörden ein Härtefallgesuch ausnahmsweise bis spätestens 12 Monate nach Abschluss der obligatorischen Schule noch entgegennehmen. Folglich kann im Ausnahmefall aufgrund spezieller und nicht in der Verantwortung des Gesuchstellers liegenden Gründe von der unmittelbaren Einreichung eines Gesuches abgesehen werden.

Buchstaben b, c, d und e

Es muss geprüft werden, ob der Arbeitgeber ein Gesuch eingereicht hat (Art. 18 lit. b AuG) und die Lohn- und Arbeitsbedingungen (Art. 22 AuG) in Analogie zu Art. 31 VZAE eingehalten sind.

¹³ Quelle: Website der Schweizerischen Konferenz der kantonalen Erziehungsdirektoren (EDK) www.edk.ch / Arbeiten / HarmoS / Beitrittsverfahren und Inkrafttreten. Aufruf der Website am 30. November 2011

Wie im Rahmen von Art. 31 VZAE muss die Integration der gesuchstellenden Person berücksichtigt werden. Von einer guten Intergration kann ausgegangen werden, wenn die öffentliche Sicherheit und Ordnung beachtet und die grundlegenden Prinzipien der Bundesverfassung respektiert werden, die Person sich in einer Landessprache verständigen kann und den Willen an der Teilnahme am Wirtschaftsleben oder Erwerb von Bildung zeigt; die letzten Punkte können jedoch in der Regel im Hinblick auf den verlangten fünfjährigen Schulbesuch als erfüllt betrachtet werden. Die Integration der gesuchstellenden Person muss insbesondere mit Blick auf die Kriterien von Art. 4 der Verordnung vom 24. Oktober 2007 über die Integration von Ausländerinnen und Ausländern (VIntA; SR 142.205) und *de lege feranda* Art. 58 des Vorentwurfs vom 23. Dezember 2011 betreffend die Revision der Bundesgesetzgebung über die Ausländerinnen und Ausländer geprüft werden.¹⁴ Die integrative Wirkung der Schule ist dabei gebührend zu berücksichtigen.

Das Verhalten der ausländischen Person seit ihrer Ankunft in der Schweiz ist ausschlaggebend. Der bisherige rechtswidrige Aufenthalt in der Schweiz kann diesen Jugendlichen jedoch nicht vorgehalten werden, da ihre Einreise in die Schweiz in der Regel zusammen mit ihren Eltern erfolgt ist.

Absatz 2

Nach Abschluss der Ausbildung kann die Aufenthaltsbewilligung verlängert werden. Es besteht indes kein Anspruch auf Verlängerung. Die Verlängerung muss nach den Kriterien von Art. 31 VZAE geprüft werden. Dabei ist insbesondere der Stand der Integration zu prüfen.

Absatz 3

Die Aufenthaltsbedingungen der Eltern und Geschwister der betroffenen Person werden nach Artikel 31 VZAE geprüft. Die Gesuche von Gesuchstellern, die eine Berufsbildung absolvieren möchten, werden in den „üblichen“ Härtefällen anders als bisher nach Art. 30a VZAE geprüft, die Gesuche ihrer Eltern und Geschwister hingegen nach Art. 31 VZAE. Bei der Prüfung der Gesuche muss jedoch der Situation der Gesamtfamilie Rechnung getragen werden.

¹⁴http://www.bfm.admin.ch/content/bfm/de/home/dokumentation/rechtsgrundlagen/laufende_gesetzgebungsprojekte/teilrev_aug.html