

Sonderdruck aus:

Handbuch der Grundrechte

in Deutschland und Europa

Herausgegeben von

Detlef Merten und Hans-Jürgen Papier

Band VII/2

Grundrechte in der Schweiz
und in Liechtenstein

In Koordination mit

Jörg Paul Müller und Daniel Thürer

Mit Beiträgen von

Jean-François Aubert · Giovanni Biaggini · Bernhard Ehrenzeller

Astrid Epiney · Thomas Fleiner · Walter Haller · Peter Hänni · Wolfram Höfling

Michel Hottelier · Helen Keller · Regina Kiener · Andreas Kley

Giorgio Malinverni · Georg Müller · Jörg Paul Müller · Anne Peters

Markus Schefer · Rainer J. Schweizer · Daniel Thürer · Pierre Tschannen

Klaus A. Vallender · Bernhard Waldmann · Beatrice Weber-Dürler · Ulrich Zimmerli



C.F. Müller Verlag
Heidelberg



Dike Verlag
Zürich/St. Gallen

Vierzehnter Teil Die Grundrechte in der Schweiz

I. Allgemeiner Teil

1. Geschichtliche Entwicklung und Grundlagen

- § 202 Geschichtliche Grundlagen, Zielsetzung und Funktionen der Grundrechte
(*Jörg Paul Müller*)
- § 203 Verfassungsrechtlicher und völkerrechtlicher Status der Grundrechte (*Daniel Thürer*)

2. Allgemeine Grundrechtslehren

- § 204 Schutzwirkung der Grundrechte (*Georg Müller*)
- § 205 Träger der Grundrechte (*Beatrice Weber-Dürler*)
- § 206 Der Status der Ausländer (*Daniel Thürer*)
- § 207 Grundrechtskonkurrenzen und Grundrechtskollisionen (*Michel Hottelier*)
- § 208 Beeinträchtigung von Grundrechten (*Markus Schefer*)

II. Einzelgrundrechte

1. Freiheit und Gleichheit

- § 209 Menschenwürde, Recht auf Leben und persönliche Freiheit (*Walter Haller*)
- § 210 Gleichheit (*Beatrice Weber-Dürler*)
- § 211 Diskriminierungsverbote (*Anne Peters*)
- § 212 Glauben, Gewissen und Weltanschauung (*Bernhard Ehrenzeller*)
- § 213 Recht auf Ehe und Familie (*Rainer J. Schweizer*)
- § 214 Unverletzlichkeit der Wohnung (*Andreas Kley*)
- § 215 Niederlassungsfreiheit (*Andreas Kley*)

2. Kommunikationsgrundrechte

- § 216 Meinungs-, Medien- und Informationsfreiheit (*Giorgio Malinverni*)
- § 217 Sprachenfreiheit (*Thomas Fleiner*)
- § 218 Wissenschaftsfreiheit und Kunstfreiheit (*Rainer J. Schweizer*)
- § 219 Versammlungsfreiheit (*Ulrich Zimmerli*)

3. Politische Rechte

- § 220 Schutz der politischen Rechte (*Pierre Tschannen*)

4. Wirtschaftliche und soziale Grundrechte

- § 221 Eigentumsgarantie (*Giovanni Biaggini*)
- § 222 Wirtschaftsfreiheit (*Klaus A. Vallender*)
- § 223 Vereinigungsfreiheit und Koalitionsfreiheit (*Giovanni Biaggini*)
- § 224 Soziale Grundrechte und soziale Zielsetzungen (*Astrid Epiney/Bernhard Waldmann*)

5. Garantien prozessualer und materieller Gerechtigkeit

- § 225 Garantien fairer Verfahren und des rechtlichen Gehörs (*Helen Keller*)
- § 226 Grundrechte des Angeschuldigten im Strafprozeß (*Peter Hänni*)
- § 227 Garantie des verfassungsmäßigen Richters (*Regina Kiener*)
- § 228 Willkürverbot und Vertrauensschutz als Grundrechte (*Jean François-Aubert*)

III. Grundrechtsdurchsetzung

- § 229 Durchsetzung des Grundrechtsschutzes (*Rainer J. Schweizer*)

Fünfzehnter Teil Die Grundrechte in Liechtenstein

- § 230 Die Grundrechtsordnung des Fürstentums Liechtenstein (*Wolfram Höfling*)

§ 215 Niederlassungsfreiheit

Andreas Kley

Übersicht

	RN		RN
A. Verankerung	1– 2	E. Allgemeine Voraussetzungen der Einschränkung von Grundrechten	20
B. Entstehungsgeschichte	3– 5	F. Schranken der Niederlassungs- freiheit	21–27
C. Begriff und Schutzbereich	6–14	I. Strafrechtliche Einschrän- kungen	21
I. Begriff der Niederlassung und sachlicher Geltungsbereich der innerstaatlichen Freizügigkeit	6– 8	II. Einschränkungen im Sonder- statusverhältnis	22–24
II. Örtlicher Geltungsbereich der innerstaatlichen Freizügigkeit	9	III. Übrige Einschränkungen	25–26
III. Ausreise- und Auswande- rungsfreiheit sowie Einreise- und Einwanderungsfreiheit	10–11	IV. Kerngehalt	27
IV. Abgrenzung zu anderen Grundrechten	12–14	G. Drittwirkung der Niederlassungs- freiheit?	28
1. Persönliche Freiheit	12–13	H. Bibliographie	
2. Wirtschaftsfreiheit	14		
D. Grundrechtsträger	15–19		
I. Schweizerinnen und Schweizer sowie juristische Personen	15–16		
II. Status von Ausländern	17–19		

A. Verankerung*

1
Rechtsquellen
der Niederlassungs-
freiheit

Die internationalrechtliche Verankerung der Niederlassungsfreiheit findet sich in Artikel 12 des Internationalen Pakts über bürgerliche und politische Rechte (IPbürgR; UNO-Pakt II)¹. Die Wirkungen dieser Paktbestimmung gehen jedoch nicht über die entsprechende Garantie in der Schweizerischen Bundesverfassung (Art. 24 BV) hinaus. Aspekte der Niederlassungsfreiheit werden durch das in Artikel 8 der Europäischen Menschenrechtskonvention² enthaltene Gebot der Achtung der privaten Sphäre garantiert. Die Menschenrechtskonvention als solche garantiert zwar kein Recht auf Einreise in einen oder auf Aufenthalt in einem Staat, dessen Staatsangehörigkeit man nicht besitzt³, doch wird aus Artikel 8 unter bestimmten Voraussetzungen ein menschenrechtlicher Anspruch auf Anwesenheit in der Schweiz abgeleitet⁴. Art. 2 bis 4 des (von der Schweiz nicht ratifizierten) vierten Zusatzprotokolls zur Europäischen Menschenrechtskonvention enthalten ebenfalls Rechte der Freizügigkeit. Multilaterale Wirtschaftsabkommen wie namentlich das EFTA-Übereinkommen oder das WTO-Abkommen⁵/GATS räumen bestimmten Personenkategorien einen Rechtsanspruch auf eine fremdenpolizeiliche Bewilligung ein⁶. Zahlreich abgeschlossene bilaterale Abkommen im Bereich der Niederlassung gewähren Angehörigen der Vertragsstaaten gewisse fremdenpolizeiliche Sonderrechte⁷. Diese Verträge – häufig älteren Datums – werden heute restriktiv interpretiert im Sinne eines Vorbehalts der nationalen Fremdenpolizeigesetzgebung⁸. Im europäischen Kontext von besonderer Bedeutung ist das im Rahmen der bilateralen Abkommen zwischen der Schweiz und der Europäischen Union (EU) abgeschlossene Freizügigkeitsabkommen (FZA)⁹. Die Lehre geht dabei davon aus, daß die Niederlassungsfreiheit des Art. 43 EG sowie die diesbezügliche Rechtsprechung bis zum 21. Juni 1999 (und die seither vorgenommenen Präzisierungen zur diesbezüglichen Praxis)

* Für die Mitarbeit bei der Sammlung des Materials und bei der Überarbeitung des Textes danke ich Herrn lic. iur. *Reto Feller*, Fürsprecher, Bern.

1 → Bd. VI/2: *Heintschel von Heinegg*, Spezielle Menschenrechtspakte, § 175.

2 EMRK (SR 0.101).

3 So z.B. zuletzt *EGMR*, Urt. v. 16. 6. 2005, *Sisojeva* und andere / *Lettland*, Appl. Nr. 60654/00, § 99; Urt. v. 8. 6. 2006, *Lupsa J. Rumänien*, Appl. Nr. 10337/04, § 25; Urt. v. 12. 10. 2006, *Mubilanzila Mayeka und Kaniki Mitunga J. Belgien*, Appl. Nr. 13178/03, § 81.

4 Vgl. *Bertschi/Gächter*, Der Anwesenheitsanspruch aufgrund der Garantie des Privat- und Familienlebens, ZBI 2003, S. 225 ff.

5 → Bd. VI/2: *Petersmann*, Wirtschaftliche Grundrechte (WTO), § 182.

6 *J.P. Müller*, Grundrechte (LitVerz.), S. 153 f.

7 Z.B. Niederlassungsvertrag vom 13. 11. 1909 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und dem Deutschen Reiche (SR 0.142.111.361); Niederlassungsvertrag vom 23. 2. 1882 zwischen der Schweiz und Frankreich (SR 0.142.113.491).

8 *J.P. Müller*, Grundrechte (LitVerz.), S. 153; *BGer*, Urt. v. 12. 2. 1993, in: *Pra* 1994 Nr. 22 S. 79 f.

9 Abkommen vom 21. 6. 1999 zwischen der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten einerseits und der Schweizerischen Eidgenossenschaft andererseits über die Freizügigkeit (SR 0.142.112.681). S. unten RN 17 ff.

im Falle von natürlichen Personen durch das Abkommen auf die Schweiz erstreckt wird¹⁰.

Innerstaatlich gewährt Art. 24 Abs. 1 BV „Schweizerinnen und Schweizern [...] das Recht, sich an jedem Ort des Landes niederzulassen“. Absatz 2 derselben Bestimmung sieht vor: „Sie haben das Recht, die Schweiz zu verlassen oder in die Schweiz einzureisen.“ Eine explizite Garantie der Niederlassungsfreiheit oder ein Verweis auf Art. 24 BV findet sich überdies durchgängig in den Verfassungen der Gliedstaaten (Kantone)¹¹.

2
Art. 24 BV

B. Entstehungsgeschichte

Die Helvetische Verfassung von 1798 gewährleistete die Niederlassungsfreiheit nicht ausdrücklich. Sie war aber garantiert durch die Kombination der Organisationsform des Einheitsstaates sowie des Schweizerbürgerrechts. Ein Gesetz von 1799 garantierte denn auch das freie Niederlassungsrecht, was allerdings im Zuge der erstarkenden Kantone immer mehr beschnitten wurde.

3
Helvetische
Verfassung von 1798

Die Bundesverfassung der Mediationsakte von 1803 enthielt in Art. 4 das freie Niederlassungsrecht der Schweizerbürger¹². Mit dem Untergang der Mediationsverfassung 1813 verlor sich die Niederlassungsfreiheit zunächst. Allerdings schlossen ursprünglich zwölf Kantone das Konkordat vom 10. Juli 1819 betreffend das Niederlassungsverhältnis unter den Eidgenossen¹³. Das Abkommen gestattete den Bürgern der Mitgliedskantone unter bestimmten polizeilichen und formellen Bedingungen das Niederlassungsrecht, welches auch die wirtschaftliche Betätigung, nicht dagegen die politischen Rechte mit einschloß. Die Niederlassungsfreiheit gelangte in der Regeneration ab 1830 in fast alle

4
Fortentwicklung im
19. Jahrhundert

10 *Michael Lang*, Jüngste Tendenzen in der Rechtsprechung des EuGH zur Bedeutung der Grundfreiheiten für die direkten Steuern, in: *zsis* 2006; *ders.*, Steueranrechnung und Betriebsstätten, in: *ST* 2006, S. 70; *Astrid Epiney*, Zur Bedeutung der Rechtsprechung des EuGH für die Anwendung und Auslegung des Personenfreizügigkeitsabkommens, *ZBJV* 1/2005, S. 3 und 31; *Kurt Pärli*, Bedeutung der EuGH-Rechtsprechung für die arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsansprüche nach dem Personenfreizügigkeitsabkommen, in: *Jusletter*, 14. August 2006, Rz 14; a.M. *BGer*, Urt. v. 28. 11. 2005, 2A.239/2005 (E. 3.5.2.).

11 Art. 14 KV Zürich; Art. 16 KV Bern; § 21 Abs. 2 KV Luzern; Art. 12 lit. h KV Uri; § 14 Abs. 1 KV Schwyz; Art. 13 lit. e KV Obwalden; Art. 1 Abs. 2 Ziff. 4 KV Nidwalden; Art. 13 KV Glarus; § 22 KV Zug; Art. 11 KV Freiburg; Art. 15 KV Solothurn; § 10 KV Basel-Stadt verweist auf die Bundesverfassung; § 6 Abs. 2 lit. i KV Basel-Land; Art. 12 Abs. 1 lit. i KV Schaffhausen; Art. 11 KV Appenzell-Ausserrhoden; Art. 14 KV Appenzell-Innerrhoden verweist auf die Bestimmungen des Bundesrechts; Art. 2 lit. r KV St. Gallen; § 16 KV Aargau; Art. 7 KV Graubünden verweist auf Art. 24 BV; § 6 Ziff. 8 KV Thurgau; Art. 8 Abs. 2 lit. g KV Tessin; Art. 24 KV Waadt; Art. 10 KV Wallis; Art. 15 KV Neuenburg; Art. 9 Abs. 1 KV Genf; Art. 8 lit. i KV Jura.

12 Vgl. *Alfred Kölz*, Neuere Schweizerische Verfassungsgeschichte. Ihre Grundlinien vom Ende der Alten Eidgenossenschaft bis 1848, 1992, S. 132, 148.

13 Offizielle Sammlung der das Schweizerische Staatsrecht betreffenden Aktenstücke, der in Kraft bestehenden Eidgenössischen Beschlüsse, Verordnungen und Concordate und der zwischen der Eidgenossenschaft und den benachbarten Staaten abgeschlossenen besonderen Verträge, Bd. 1: 1815-1820, Zürich 1820, S. 289 ff. Im Jahre 1823 trat auch der Kanton Schaffhausen bei.

erneuerten Verfassungen¹⁴. Sie galt teilweise nur kantonsintern und unter Vorbehalt des Gegenrechts auch für Auswärtige, weshalb das erwähnte Konkordat weiterhin bedeutsam blieb. In diesem Sinne war es nur folgerichtig, daß die Niederlassungsfreiheit auch im Entwurf der „Bundesurkunde der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 15. Dezember 1832“ in Art. 36 enthalten war¹⁵. Mit der Schaffung der Schweizerischen Bundesverfassung von 1848 erhielten Schweizer christlicher Konfession im interkantonalen Verhältnis „das Recht der freien Niederlassung im ganzen Umfange der Eidgenossenschaft“ (Art. 41 BV 1848)¹⁶. Eine Teilrevision der Bundesverfassung, die aufgrund eines Niederlassungsvertrages mit Frankreich nötig wurde, beseitigte diese konfessionelle Diskriminierung, und ab 1866 wurde das Recht der freien Niederlassung auch Nichtchristen gewährt. Die Möglichkeit freier Niederlassung verbunden mit der Garantie der „Handels- und Gewerbefreiheit“ (Art. 31 BV 1874) war maßgeblicher Baustein bundesstaatlicher Integration und erleichterte die Bildung eines einheitlichen schweizerischen Wirtschaftsraums¹⁷. Heute besteht der Hauptzweck der Niederlassungsfreiheit neben dieser weitestgehend verwirklichten Integrationsfunktion in der Garantie eines Abwehrrechts gegen staatliche Eingriffe. Positive staatliche Leistungspflichten wie etwa die finanzielle Unterstützung studentischer Mobilität oder von Wohnbauprojekten können aus der Niederlassungsfreiheit grundsätzlich nicht abgeleitet werden.

5
Schränkenlose Niederlassungsfreiheit ab 1975

Mit Inkrafttreten der totalrevidierten Bundesverfassung von 1874 erhielt der Bund auch die Kompetenz zur Regelung der innerkantonalen Niederlassungsfreiheit. Eine Beschränkung der Niederlassungsfreiheit galt weiterhin für jene Personen, die dauernd der öffentlichen Wohltätigkeit zur Last fielen und deren Heimatgemeinde beziehungsweise -kanton eine angemessene Unterstützung nicht gewährte (Art. 45 Abs. 3 BV 1874). Erst nach einer Verfassungsrevision im Jahr 1975 wurde die Niederlassungsfreiheit ohne Einschränkungen allen Schweizern gewährt. Seither gilt im Fürsorgewesen das Prinzip der wohnörtlichen Unterstützung, demzufolge den Kantonen untersagt ist, einem Bedürftigen die Niederlassungsfreiheit zu entziehen¹⁸. In der nachgeführten und auf den 1. Januar 2000 in Kraft getretenen Bundesverfassung vom 18. April 1999¹⁹ ist in systematisch korrekter Stellung die Niederlassungsfreiheit im Grundrechtsteil verankert (Art. 24 BV).

14 Vgl. z. B. Art. 8 der Verfassung des Kantons Zürich vom 10. 3. 1831, in: Hans Nabholz/Paul Kläui (Hg.), Quellenbuch zur Verfassungsgeschichte der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Kantone von den Anfängen bis zur Gegenwart, 1947, S. 243 (245).

15 Vgl. *Kölz* (FN 12), S. 380.

16 Vgl. auch *Kölz* (FN 12), S. 584 ff.

17 *J.P. Müller*, Grundrechte (LitVerz.), S. 151.

18 Vgl. Art. 115 BV und das hierauf gestützt erlassene Bundesgesetz vom 24. 6. 1977 über die Zuständigkeit für die Unterstützung Bedürftiger (ZUG [SR 851.1]). Vgl. auch die Botschaft des Bundesrates über eine neue Bundesverfassung vom 20. 11. 1996, S. 169, Separatdruck oder BBl 1997, S. 1 ff. (zit.: Botschaft).

19 → Oben *J.P. Müller*, § 202: Geschichtliche Grundlagen, Zielsetzung und Funktionen der Grundrechte.

C. Begriff und Schutzbereich

I. Begriff der Niederlassung und sachlicher Geltungsbereich der innerstaatlichen Freizügigkeit

Der Begriff der Niederlassung ist weit zu verstehen: Nicht nur die eigentliche Wohnsitznahme mit der Absicht dauernden Verweilens, sondern auch der bloße Aufenthalt, mithin das persönliche Verweilen an einem Ort für kürzere Dauer werden erfaßt²⁰. Eine absolute Gleichbehandlung zwischen Niedergelassenen und bloß zwecks Aufenthalts Anwesender darf aber hieraus nicht abgeleitet werden. Ebenso folgt aus der Niederlassungsfreiheit kein Anspruch auf direkte staatliche (Geld)leistungen²¹.

6
Weites Begriffsverständnis

Die Niederlassungsfreiheit gewährt die Möglichkeit persönlichen Verweilens an jedem beliebigen Ort der Schweiz; sie gebietet den Kantonen und Gemeinden, jedem Schweizerbürger die Niederlassung auf ihrem Gebiet zu erlauben, und verbietet ihnen gleichzeitig, die Verlegung des einmal gewählten Wohnsitzes zu verhindern oder zu erschweren²². Die nachgeführte Bundesverfassung enthält keine dem Art. 62 BV 1874 (Verbot so genannter Abzugsrechte) entsprechende Bestimmung mehr, weil die Niederlassungsfreiheit dessen Regelungsgehalt abdeckt²³. Die Wiedereinführung von Abgaben auf Vermögen, das aus dem Kanton wegzieht, bleibt damit ausgeschlossen. Dasselbe gilt für „Zugrechte“, welche analog den gesetzlichen Vorkaufsrechten Verwandten und Gemeindegossen zugestanden, an Fremde veräußerte oder vererbte Grundstücke entgeltlich an sich zu ziehen²⁴.

7
Verbot von Abzugsrechten und Zugrechten

Zur Veranschaulichung der Grenzziehung des sachlichen Geltungsbereichs mag der Hinweis auf Art. 1 Abs. 2 der Verordnung über den Heimatschein²⁵ dienen. Gemäß dieser Norm konnten Bürger verpflichtet werden, ihren Heimatschein bei der Niederlassung zu hinterlegen. Diese Anordnung berührt ebensowenig den Schutzbereich der Niederlassungsfreiheit wie die im kantonalen Recht vorgesehene Pflicht von zuziehenden Bürgern, sich (persönlich) bei der kommunalen Einwohnerkontrolle anzumelden²⁶. Auch eine Ordnung, welche die Eigentümer von Ferienhäusern (und deren Gäste) nicht gleich den

8
Abgrenzung

20 *Häfelin/Haller*, Bundesstaatsrecht (LitVerz.), RN 576; *Aubert/Mahon*, Petit commentaire (LitVerz.), Art. 24 RN 6; *Zufferey*, La liberté d'établissement, in: Thürrer/Aubert/Müller, Verfassungsrecht (LitVerz.), § 47 RN 5; *Dicke*, in: Aubert u. a., Bundesverfassung 1874 (LitVerz.), Art. 45 RN 7. Vgl. zur Abgrenzung zur persönlichen Freiheit sub CIV 1, RN 12 f.

21 *EGMR*, Urte. v. 1. 6. 2006, *Kutsenko / J. Russland*, Appl. Nr. 12049/02, § 62.

22 *BGE* 128 I 280 (282 Erw. 4.1.1); *108 Ia* 248 (249 Erw. 1); *PVG* 2005 Nr. 4, S. 28; erwähnt sei an dieser Stelle auch die diesbezügliche Rechtsprechung des EGMR zu Art. 2 des vierten Zusatzprotokolls zur EMRK, so z. B. *EGMR*, Urte. v. 23. 5. 2006, *Riener / J. Bulgarien*, Appl. Nr. 46343/99, § 128.

23 Botschaft (FN 18), S. 108, 170; *Dicke* (FN 20), Art. 62 BV 1874 RN 5.

24 Vgl. zum Ganzen *Dicke* aaO., Art. 62 BV 1874 RN 1–10, und *Cavelti*, in: Ehrenzeller u. a., St. Galler Kommentar (LitVerz.), Art. 24 RN 7.

25 Vom 22. 12. 1980 (SR 143.12); inzwischen aufgehoben durch Art. 99 Abs. 1 Ziff. 1 der Zivilstandsverordnung vom 28. 4. 2004 (SR 211.112.2).

26 *Aubert/Mahon*, Petit commentaire (LitVerz.), Art. 24 RN 7.

am Orte Niedergelassenen von der Kurtaxe befreit²⁷, stellt keinen Verstoß gegen die Niederlassungsfreiheit dar.

II. Örtlicher Geltungsbereich der innerstaatlichen Freizügigkeit

9 Inter- und innerkantonale Geltung Die Niederlassungsfreiheit gilt inter- und innerkantonale²⁸ und schließt die in Art. 24 Abs. 2 BV explizit aufgeführte Aus- und Einwanderungsfreiheit in die Schweiz mit ein. Die innerkantonale Geltung wird betont durch Aufnahme der Niederlassungsfreiheit in sämtliche Kantonsverfassungen.

III. Ausreise- und Auswanderungsfreiheit sowie Einreise- und Einwanderungsfreiheit

10 Regelungsinhalte und Mitwirkungspflichten Die Ausreise- und Auswanderungsfreiheit kann als negativer Gebrauch²⁹ der Niederlassungsfreiheit angesprochen werden. Aus ihr fließt eine Mitwirkungspflicht der Kantone und Gemeinden, namentlich bei der Herausgabe des Heimatscheins³⁰ und beim Ausstellen der nötigen Ausweisschriften und Reisedokumente. Die Einreise- und Einwanderungsfreiheit beinhaltet sowohl das Recht des im Ausland geborenen Schweizer, erstmalig in die Schweiz einzureisen als auch das Recht des Ausgereisten, in die Schweiz zurückzukehren.

11 Schutz vor Ausweisung, Auslieferung und Ausschaffung In engem Zusammenhang mit dem Staatsangehörigkeitsrecht und der Niederlassungsfreiheit steht der Schutz vor Ausweisung, Auslieferung und Ausschaffung für Schweizer Bürger (Art. 25 BV)³¹. Die Ausweisung (zwangsweise durchgeführt als „Ausschaffung“ bezeichnet) beinhaltet ein Rückkehrverbot und steht damit im Widerspruch zur Garantie jederzeitiger Einreise (Art. 24 Abs. 2 BV). Das Ausweisungsverbot gilt absolut und kann auch nicht durch den vorgängigen Entzug des Schweizerbürgerrechts umgangen werden³². So darf etwa die in Art. 55 des Schweizerischen Strafgesetzbuches³³ vorgesehene Nebenstrafe der Landesverweisung nur gegenüber Ausländern ausgesprochen werden. Die Auslieferung erfolgt auf Ersuchen einer ausländischen Behörde im Rahmen von Strafverfolgung und Strafvollzug. Art. 7 Abs. 1 des Bundesgesetzes über internationale Rechtshilfe in Strafsachen³⁴ macht die Auslieferung von der Zustimmung des betroffenen Schweizer Bürgers abhängig. Gegenstück dieses Verbots, Schweizer gegen ihren Willen auszuliefern, ist das in Art. 6 StGB enthaltene Prinzip der stellvertretenden Strafrechtspflege. Diesem Grundsatz von *aut dedere aut iudicare* folgend, hat sich die Schweiz

27 BGE 93 I 17 (22 ff. Erw. 4).

28 BGE 68 I 129 (132 Erw. 1).

29 → Bd. II: Merten, Negative Grundrechte, § 42 RN 57, 161 ff.

30 Vgl. BGE 110 Ia 67 (69 Erw. 3 a).

31 Botschaft (FN 18), S. 171.

32 Das Schweizerbürgerrecht kann keinem Bürger gegen dessen Willen durch behördlichen Beschluß entzogen werden. Im Zweiten Weltkrieg wurden dennoch schweizerischen Doppelbürgern im Ausland aufgrund der Notrechtsgesetzgebung das schweizerische Bürgerrecht entzogen, vgl. dazu Andreas Kley, Grundpflichten Privater im schweizerischen Verfassungsrecht (Diss. St. Gallen), 1989, S. 312 f. m.w.H.

33 Vom 21. 12. 1937 – StGB (SR 311.0).

34 Vom 20. 3. 1981 – IRSG (SR 351.1).

unter einschränkenden Voraussetzungen verpflichtet, schweizerische Straftäter in der Schweiz für eine im Ausland begangene Tat zu verfolgen und zu bestrafen³⁵. Diese Haltung hat die Schweiz mit entsprechenden Vorbehalten zum Europäischen Auslieferungsübereinkommen³⁶ und zum Europäischen Übereinkommen zur Bekämpfung des Terrorismus³⁷ deklariert. Zu unterscheiden ist die Auslieferung zudem von der Überstellung an ein internationales Gericht. Dies ist möglich auch gegen den Willen des betroffenen Schweizer Staatsangehörigen³⁸.

IV. Abgrenzung zu anderen Grundrechten

1. Persönliche Freiheit

Als Aspekt der persönlichen Freiheit garantiert Art. 10 Abs. 2 BV jedem Menschen Bewegungsfreiheit in einem umfassenden Sinne³⁹. Demgegenüber schützt die Niederlassungsfreiheit mit der Garantie der freien Wahl von Wohn- und Arbeitsort eine spezifischere Form freier Bewegung. Mehrere Bestimmungen des Strafgesetzbuches ermöglichen dem Richter im Straf- und Maßnahmenvollzug, Anweisungen über den Aufenthalt zu erteilen. Mit dem Strafvollzug vergleichbar, handelt es sich dabei um Bestimmungen, welche die Ausübung der Niederlassungsfreiheit für eine bestimmte Zeit gänzlich verunmöglichen. Die augenblickliche Präsenz an einem Ort wird aber vom Schutzbereich der Bewegungsfreiheit nach Art. 10 Abs. 2 BV erfaßt⁴⁰. Wäre dies anders, könnten sich von solchen Maßnahmen Betroffene nur auf Art. 24 BV berufen, wenn sie Schweizer Bürger sind⁴¹. Dies würde Lehre und Rechtsprechung zu freiheitsentziehenden Maßnahmen zuwiderlaufen; es ist anerkannt, daß sich in diesem Zusammenhang auch Ausländer auf die Bewegungsfreiheit berufen können⁴².

Das Bundesgesetz über Aufenthalt und Niederlassung der Ausländer (ANAG)⁴³ statuiert in Artikel 13e Absatz 1 ein so genanntes Rayonverbot, welches der zuständigen Behörde erlaubt, einem Ausländer ohne Aufenthalts- oder Niederlassungsbewilligung die Auflage zu machen, ein ihm zugewiesenes

35 Breitenmoser, in: Ehrenzeller u.a., St. Galler Kommentar (LitVerz.), Art. 25 RN 10; Günter Stratenwerth, Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. I: Die Straftat, 21996, § 5 RN 10–14.

36 Vom 13. 12. 1957 (SR 0.353.1).

37 Vom 27. 1. 1977 (SR 0.353.3).

38 So für den Internationalen Strafgerichtshof (vgl. das diesbezügliche Römer Statut unter SR 0.312.1) und den entsprechenden Bundesbeschluß vom 21. 12. 1995, SR 351.20.

39 → Oben Haller, § 209: Menschenwürde, Recht auf Leben und persönliche Freiheit; zur Abgrenzung von Freizügigkeit und Bewegungsfreiheit in Deutschland → Bd. IV: Merten, § 93: Freizügigkeit; ders., § 94: Bewegungsfreiheit; in Österreich → Bd. VII/1: A. Hauer, § 191: Freiheit der Person und Freizügigkeit.

40 So auch Detlef Merten, Der Inhalt des Freizügigkeitsrechts (Art. 11 des Grundgesetzes) (Diss. iur. Berlin 1969), 1970, S. 51, 59, für vergleichbare Bestimmungen im deutschen Strafrecht.

41 Vgl. unten, RN 15 ff.

42 Dicke (FN 20), Art. 54 BV 1874 RN 20; Haller, Artikel persönliche Freiheit, in: Aubert u.a., Bundesverfassung 1874 (LitVerz.), RN 16 ff. Vgl. auch J.P. Müller, Grundrechte (LitVerz.), S. 156 und 162, sowie Cavelti (FN 24), Art. 24 RN 14.

43 Vom 26. 3. 1931 (SR 142.20).

12

Spezifischer Schutz der Bewegungsfreiheit

13

Rayonverbot

Gebiet nicht zu verlassen oder ein bestimmtes Gebiet nicht zu betreten. Voraussetzung ist eine Störung oder Gefährdung der öffentlichen Ordnung oder Sicherheit. Anvisiert wird insbesondere der Betäubungsmittelhandel. Dauer und örtliche Ausdehnung des Rayonverbots sind an den Anforderungen von Art. 10 Abs. 2 BV zu messen. Ebenfalls dem Schutzbereich der Bewegungsfreiheit zuzuordnen ist der Freiheitsentzug aus fürsorglichen Gründen (FFE) gemäß Art. 397a ff. des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (ZGB)⁴⁴ und die „Absonderung“ zwecks Verhütung der Weiterverbreitung übertragbarer Krankheiten gestützt auf Art. 16 des Epidemiengesetzes⁴⁵.

2. Wirtschaftsfreiheit

14
Wirtschaftsfreiheit
als funktionelle
Ergänzung

Funktionell ergänzen sich Niederlassungs- und Wirtschaftsfreiheit (Art. 27 BV)⁴⁶ gegenseitig. Die beiden eng verflochtenen Grundrechte sind elementare Bestandteile für die Verwirklichung des in Art. 95 Abs. 2 Satz 1 BV angestrebten einheitlichen schweizerischen Wirtschaftsraums. Satz 2 von Art. 95 Abs. 2 BV verpflichtet den Bund, die Freizügigkeit der Berufstätigen zu gewährleisten. Das Bundesgesetz über den Binnenmarkt (BGBM)⁴⁷ bezweckt die Umsetzung dieses verfassungsrechtlich vorgegebenen Binnenmarktpinzips und soll unter anderem die berufliche Mobilität innerhalb der Schweiz erleichtern (Art. 1 Abs. 2 lit. a BGBM). Der Bundesgesetzgeber hat in Art. 2 Abs. 1 BGBM das im EU-Recht geltende Cassis-de-Dijon-Prinzip verankert. Ein Produkt, welches den in einem Kanton oder einer Gemeinde geltenden Anforderungen entspricht, darf grundsätzlich auf dem gesamten Gebiet der Schweiz vertrieben werden. Das Prinzip gilt indes nur für Waren und Dienstleistungen, nicht hingegen für die Niederlassung. Wer sich in einem Kanton zu Geschäftszwecken niederlassen will, hat sich nach dem dort geltenden Recht zu richten. Die Niederlassungsfreiheit gewährt zwar dem Kantonsfremden den Anspruch, dies unter gleichen Voraussetzungen tun zu dürfen wie Kantonsangehörige. Er kann sich hingegen nicht darauf berufen, im anderen (Herkunfts-)Kanton würden für eine entsprechende Niederlassung andere (für den Gewerbetreibenden allenfalls weniger strenge) Vorschriften gelten⁴⁸.

D. Grundrechtsträger

I. Schweizerinnen und Schweizer sowie juristische Personen

15

Träger der Niederlassungsfreiheit sind natürliche Personen mit schweizerischem Bürgerrecht. Auch Minderjährige können sich vollumfänglich auf die Niederlassungsfreiheit berufen. Allerdings ist der Wohnsitz von Personen

⁴⁴ Vom 10. 12. 1907 (SR 210).

⁴⁵ Vom 18. 12. 1970 (SR 818.101).

⁴⁶ → Unten Vallender, § 222: Wirtschaftsfreiheit.

⁴⁷ Vom 6. 10. 1995 (SR 943.02).

⁴⁸ BGE 125 I 322 (324f. Erw. 2 b).

unter achtzehn Jahren ein abgeleiteter. Art. 25 ZGB bestimmt als Wohnsitz des Kindes unter elterlicher Sorge denjenigen der Eltern. Ähnliches gilt für Ehegatten, die gemeinsam die eheliche Wohnung bestimmen (Art. 162 ZGB), wobei die Begründung separater Wohnsitze möglich bleibt⁴⁹. Bevormundete Personen genießen ebenfalls den Schutz der Niederlassungsfreiheit; als Wohnsitz gilt gemäß Art. 25 ZGB der Sitz der Vormundschaftsbehörde⁵⁰.

Die freie Wahl des Geschäftssitzes juristischer Personen ist durch die Wirtschaftsfreiheit (Art. 27 BV) garantiert⁵¹. Die im Zivilrecht statuierten Anknüpfungspunkte zur Sitzbestimmung bleiben aber zu beachten. Die Grundsatznorm von Art. 56 ZGB sieht etwa vor, daß sich der Sitz einer juristischen Person ohne abweichende Statutenbestimmung an dem Ort befindet, wo ihre Verwaltung geführt wird. Bei Vereinen steht die Erfüllung eines nicht wirtschaftlichen Zwecks im Vordergrund. Ihre Freiheit, den Sitz zu bestimmen, garantiert die in Art. 23 BV verbriefte Vereinigungsfreiheit.

II. Status von Ausländern

Ausländer⁵² können sich nicht auf die Niederlassungsfreiheit berufen, selbst wenn sie Inhaber einer unbefristeten Niederlassungsbewilligung sind. Wenn kantonale Verfassungen wie diejenige des Kantons Bern in Art. 16 Ausländern die Berufung auf die Niederlassungsfreiheit zugestehen, so steht der Durchsetzbarkeit dieses Individualrechts der Grundsatz der derogatorischen Kraft des Bundesrechts (Art. 49 Abs. 1 BV) entgegen: Einschränkungen, die sich aus dem Ausländerrecht des Bundes ergeben, gehen der kantonalen Verfassungsgarantie vor⁵³.

Ausnahmsweise vermitteln internationalrechtliche Garantien einen Anspruch auf Anwesenheit in der Schweiz: Flüchtlingen steht die Berufung auf den Grundsatz des non-refoulement⁵⁴ offen. Nach diesem Prinzip ist es unzulässig, den Flüchtling in ein Land zurückzuschicken, in dem Leben oder seine Freiheit wegen seiner Rasse, Religion, Staatszugehörigkeit, der politischen Anschauung oder seiner sozialen Gruppenzugehörigkeit gefährdet ist. Für alle Ausländer gilt zudem das Verbot der Ausschaffung in einen Staat, in dem der betreffenden Person Folter oder eine andere Art grausamer und unmenschlicher Behandlung oder Bestrafung droht (Art. 25 Abs. 3 BV). Ausländer mit einer starken familiären Bindung in der Schweiz besitzen nach Art. 8 EMRK einen menschenrechtlichen Anwesenheitsanspruch. Stimmen in der Lehre fordern einen grundrechtlichen Schutz vor einer Ausweisung oder

⁴⁹ Vgl. zu dieser sog. Drittwirkung der Niederlassungsfreiheit unten, RN 28.

⁵⁰ BGE 131 I 266 (269 Erw. 3), ZBJV 6/2006, S. 532, sowie in: FamPra.ch 4/2005, S. 994 sowie ZVW 2005, S. 283.

⁵¹ → Unten Vallender, § 222: Wirtschaftsfreiheit.

⁵² → Oben Thüver, § 206: Der Status der Ausländer.

⁵³ J.P. Müller, Grundrechte (LitVerz.), S. 157 mit FN 35.

⁵⁴ Mehrfach garantiert, vgl. Art. 25 Abs. 2 BV, Art. 3 EMRK, Art. 33 des Abkommens vom 28. 7. 1951 über die Rechtsstellung der Flüchtlinge – UNO-Flüchtlingskonvention (SR 0.142.30) und schließlich auf bundesgesetzlicher Ebene in Art. 5 des Asylgesetzes vom 26. 6. 1998 – AsylG (SR 142.31).

Niederlassungs-
freiheit für Kinder,
Ehepaare und
Bevormundete

16

Freie Wahl des
Geschäftssitzes

17

Kein Schutz aus
Bundesrecht

18

Schutz von
Flüchtlingen

einem Einreiseverbot bei Ausländern mit einer intensiven und langjährigen faktischen Bindung an die Schweiz⁵⁵. Die Praxis hat einen derartig begründeten Anwesenheitsanspruch theoretisch anerkannt, aber noch nie gewährt⁵⁶.

Das Aufenthaltsrecht von Ausländern in der Schweiz wird im Wesentlichen auf Gesetzesstufe geregelt⁵⁷. Der Aufenthalt bedarf einer Bewilligung, über deren Erteilung gemäß Art. 4 ANAG die zuständige Behörde im Rahmen der gesetzlichen Vorschriften nach „freiem Ermessen“ befindet. Auch nach Erhalt einer Aufenthalts- oder Niederlassungsbewilligung gilt für den betroffenen Ausländer keine interkantonale Niederlassungsfreiheit. Art. 8 Abs. 1 ANAG hält fest, daß die Bewilligung grundsätzlich nur für den Kanton gilt, der sie ausgestellt hat. Diese restriktive Grundsatzregelung wird teilweise durchbrochen im Falle widersprechender staatsvertraglicher Bestimmungen⁵⁸. Das zwischen der Schweiz und der Europäischen Union geltende Freizügigkeitsabkommen bezweckt eine schrittweise Einführung der Freizügigkeit für Erwerbstätige und Nichterwerbstätige. Vorgesehen ist eine Übergangsfrist von zwölf Jahren bis zur vollständigen Verwirklichung des freien Personenverkehrs. Inhaltlich gewährt der freie Personenverkehr das Recht, in die Schweiz oder einen Mitgliedstaat der Europäischen Union einzureisen, sich dort aufzuhalten, Zugang zu einer Beschäftigung zu suchen, sich als Selbständigerwerbender niederzulassen und gegebenenfalls nach der Ausübung einer Erwerbstätigkeit dort zu verbleiben⁵⁹.

E. Allgemeine Voraussetzungen der Einschränkung von Grundrechten

Die nachgeführte Bundesverfassung enthält mit Art. 36 eine Norm, welche die Voraussetzungen für die Einschränkung klassischer Freiheitsrechte allgemein benennt⁶⁰. Greift der Staat mit einem normativen Akt oder durch faktisches Handeln in einen grundrechtlich geschützten Bereich ein, muß sein Handeln in einer *gesetzlichen Grundlage* vorgezeichnet sein. Schwerwiegende Einschränkungen bedürfen einer Grundlage in einem Erlaß mit ausreichender demokratischer Legitimation; auf Bundesebene steht dafür das Bundesgesetz zur Verfügung. Parallel zur Zunahme der Eingriffsintensität steigen die

55 J.P. Müller, Grundrechte (LitVerz.), S. 159.

56 Vgl. die Hinweise bei Bertschi/Gächter (FN 4), S. 232f.

57 Dieser Rechtsbereich ist gekennzeichnet durch außerordentliche Dynamik und Rücksichtnahme auf das aktuelle ausländerpolitische Umfeld. Eine größere Revision im Ausländerrecht ist derzeit im Gang, vgl. die Botschaft des Bundesrates zum Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer vom 8. 3. 2002 (BB1 2002 S. 3709).

58 Vgl. RN 1ff.

59 Vgl. auch Aubert/Mahon, Constitution (LitVerz.), Art. 24 RN 14.

60 → Oben Schefer, § 208: Beeinträchtigung von Grundrechten.

Anforderungen an die Bestimmtheit der Norm⁶¹. Jede Einschränkung von Grundrechten bedarf überdies eines hinreichenden *öffentlichen Interesses*. Darunter fallen insbesondere polizeiliche Interessen (Schutz der öffentlichen Ordnung, Sicherheit, Gesundheit und Sittlichkeit sowie von Treu und Glauben im Geschäftsverkehr). Eingriffe in die Freiheitsrechte halten nur dann vor der Verfassung stand, wenn sie *verhältnismäßig* sind. Unter diesen Begriff fallen drei Prüfpunkte: Eine behördliche Anordnung muß geeignet sein, das angestrebte – und im öffentlichen Interesse liegende – Ziel überhaupt zu erreichen. Ferner muß die Anordnung unterbleiben, wenn eine ebenso geeignete, aber mildere Maßnahme das anvisierte Ziel genauso erreicht. Schließlich bleibt unter dem Titel „Zumutbarkeit“ zu prüfen, ob nicht die mit dem Eingriff verbundenen Konsequenzen für den Einzelnen nach einer wertenden Gegenüberstellung der mit dieser Intervention verfolgten öffentlichen Interessen unangemessen schwer wiegen⁶².

F. Schranken der Niederlassungsfreiheit

I. Strafrechtliche Einschränkungen

Das urteilende Gericht kann gestützt auf das Strafgesetzbuch einem Verurteilten verbindliche Anweisungen über seinen Aufenthaltsort erteilen. Wie oben⁶³ ausgeführt, sind derartige Maßnahmen dem Schutzbereich der persönlichen Freiheit zuzuordnen. Sie werden an dieser Stelle wegen der engen Bezüge zur Niederlassungsfreiheit trotzdem kurz aufgeführt. Diese Anordnungen treffen den bedingt aus dem Straf- oder Maßnahmenvollzug Entlassenen (Art. 38 Ziff. 3 und Art. 45 Ziff. 2 StGB), den Verurteilten, dessen Freiheitsstrafe bedingt vollzogen wird (Art. 41 Ziff. 2 Abs. 1 StGB) und im Falle ambulanter Behandlung geistig Abnorme beziehungsweise Trunk- und Rauschgiftsüchtige (Art. 43 Ziff. 2 Abs. 2 und Art. 44 Ziff. 1 Abs. 1 StGB). Den Betroffenen kann vorgeschrieben werden, sich in einer bestimmten Gemeinde niederzulassen oder umgekehrt, sich von einem bestimmten Ort fernzuhalten. Zweckmäßig im Sinne der Suchtprävention kann die Auflage sein, sich in ein Heim einzugliedern oder die Arbeit an einer bestimmten Arbeitsstelle zu verrichten⁶⁴. Einschränkungen der freien Wahl des Aufenthaltsortes im Strafvollzug müssen verhältnismäßig sein. Es gilt sicherzustellen, daß die Weisung überhaupt befolgt werden kann und der Gefahr neuer Verfehlungen vorbeugt. Unzulässig wäre eine Anweisung, die vorwiegend oder aus-

61 Zur Haltung des EGMR vgl. z.B. zuletzt EGMR, Urte. v. 6. 6. 2006, Lupsa / Rumänien, Appl. Nr. 10337/04, § 32.

62 Vgl. zur Darstellung der Schrankenregelung z.B. Rhinow, Grundzüge (LitVerz.), S. 199.

63 Sub C IV 1, RN 12f.

64 Baechtold, in: Marcel Alexander Niggli/Hans Wiprächtiger (Hg.), Basler Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. I, Art. 1–110 StGB, 2003, Art. 38 StGB RN 33.

19
Verwirklichung
freien Personen-
verkehrs

20
Art. 36 BV

21
Präventive Funktion

schließlich darauf abzielt, dem Verurteilten Nachteile zuzufügen⁶⁵. Die zeitliche und örtliche Dimension der Maßnahme ist so auszugestalten, daß die damit verbundene Einschränkung der Bewegungsfreiheit für den Einzelnen im Sinne von Art. 36 Abs. 3 BV zumutbar ist.

II. Einschränkungen im Sonderstatusverhältnis

22
Hinnahme von
Einschränkungen

Fragen der Residenzpflicht von Beamten beziehungsweise öffentlich-rechtlich Angestellten beanspruchen in der Rechtsprechung zur Niederlassungsfreiheit einen bedeutenden Platz. Beamte stehen in einem Sonderstatusverhältnis; ihre Rechtsbeziehung zum Staat ist enger als diejenige der übrigen Menschen⁶⁶. Dennoch sind sie auch bei der Wahrnehmung ihrer Beamtenfunktion Grundrechtsträger. Sie müssen aber bei der Ausübung ihrer Freiheitsrechte Einschränkungen hinnehmen, die sich aus ihrer Treue- oder Dienstpflicht ergeben⁶⁷.

23
Begründung einer
Residenzpflicht

Für die Rechtfertigung einer gesetzlich vorgesehenen Pflicht, an einem bestimmten Ort seinen Wohnsitz zu begründen, bedarf es eines hinreichenden öffentlichen Interesses. Nach Kritik an seiner früheren Rechtsprechung faßt das Bundesgericht in seiner neueren Praxis dieses Interesse relativ eng. Es sieht eine Einschränkung der Niederlassungsfreiheit nur mehr dann als zulässig, „wo zwingende Gründe des Dienstes oder das Erfordernis besonderer Beziehung zur Bevölkerung dies gebieten; bloss fiskalische Gründe reichen nicht aus“⁶⁸. In diesem Sinne kann ein zwingender Grund vorliegen, wenn die Art des Dienstes erhöhte Bereitschaft und rasche Verfügbarkeit am Einsatzort bedingt. Dies gilt namentlich für Angehörige des Polizei- oder Feuerwehrcorps⁶⁹. Zur Sicherstellung der sachgerechten Erfüllung ihrer Aufgaben kann ein öffentliches Interesse bestehen, wenn Lehrkräften⁷⁰, dem Aufseher einer Strafanstalt⁷¹, dem Chef einer kommunalen Einwohnerkontrolle⁷², Gerichts- oder Urkundspersonen⁷³ oder vom Volk gewählten Magistratspersonen⁷⁴ zwecks Pflege der Verbundenheit mit der Bevölkerung eine Wohnsitzpflicht auferlegt wird⁷⁵. Allgemein formuliert erblickt das Bundesgericht ein öffentliches Interesse an einer Residenzpflicht, wenn hoheitliche Tätigkeiten durch die Beamten in großer Selbständigkeit ausgeführt werden⁷⁶.

65 R.M. Schneider, in: Niggli/Wiprächtiger (FN 64), Art. 41 StGB RN 171.

66 Vgl. für Deutschland → Bd. III: Peine, Grundrechtsbeschränkungen in Sonderstatusverhältnissen, § 65; → Bd. V: Merten, Der Beruf des Beamten und das Berufsbeamtentum, § 114.

67 Ulrich Häfelin/Georg Müller/Felix Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 2006, RN 478 f. und 1579.

68 BGE 120 Ia 203 (205 Erw. 3 a); 118 Ia 410 (414 Erw. 4 a).

69 BGE 103 Ia 455 (457 Erw. 4 a).

70 BGE 115 Ia 207.

71 BGE 116 Ia 382.

72 Urt. v. 3. 4. 1992 (2 P.134/1991), auf welches in BGE 118 Ia 410 (412 Erw. 2) verwiesen wird.

73 BGE 128 1280.

74 BGE 128 134.

75 Mit weiteren Beispielen und einer Rechtsprechungsübersicht: Aubert/Mahon, Constitution (LitVerz.), Art. 24 RN 10 mit FN 35. Vgl. auch Zufferey (FN 20), § 47 RN 30; J.P. Müller, Grundrechte (LitVerz.), S. 163.

76 BGE 128 1280 (285 Erw. 4.3).

Die Wohnsitzpflicht muß gemäß Art. 36 Abs. 1 BV im (formellen) Gesetz selbst enthalten sein. Die weniger strenge Haltung des Bundesgerichts, wonach als genügend erachtet wird, wenn die Residenzpflicht im Gesetz nicht ausgeschlossen ist und stattdessen ihre Grundlage in einer (von der Regierung) erlassenen Verordnung findet, wird in der Lehre stark kritisiert⁷⁷. Im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung sind die im Einzelfall maßgebenden Interessen des Gemeinwesens mit denjenigen des betroffenen Beamten abzuwägen. Die familiäre Situation oder das Angebot auf dem Immobilienmarkt können gewichtige Interessen sein, die es mitzuberücksichtigen gilt⁷⁸. Angesichts der fortschreitenden Mobilität der Arbeitnehmer und des verbreiteten Einsatzes der elektronischen Datenverarbeitung, insbesondere des Internets, dürfte die Bedeutung der Residenzpflicht weiter abnehmen. Das ist eine Entwicklung, die aus grundrechtlicher Sicht zu begrüßen ist.

III. Übrige Einschränkungen

Eine unzulässige Einschränkung der Niederlassungsfreiheit stellt es dar, wenn die Gemeindebehörde einem Bürger, der sich zum Wegzug entschieden hat, die Herausgabe von Ausweisschriften und Reisedokumenten mit der Begründung ausstehender Steuerschulden oder Bußen verweigert⁷⁹. Die Ausstellung solcher Dokumente darf nur verweigert werden, wenn dem Wegzug des Betroffenen besondere öffentlich-rechtliche Pflichten entgegenstehen (so z. B. eine Paßsperre im Rahmen einer hängigen Strafuntersuchung)⁸⁰.

Der nach Ablauf der Befristung ersatzlos ausgelaufene „Bundesbeschluss über eine Sperrfrist für die Veräusserung nichtlandwirtschaftlicher Grundstücke und die Veröffentlichung von Eigentumsübertragungen von Grundstücken“⁸¹ untersagte die Veräußerung landwirtschaftlicher Grundstücke während fünf Jahren nach ihrem Erwerb. Eine Ausnahme war in Artikel 4 Absatz 1 lit. b vorgesehen für Veräußerer, denen das Grundstück während mindestens zwei Jahren als (Familien-)Wohnung diente. Damit wurde dem Umzug eines Erwerbstätigen aus beruflichen Gründen und dem damit notwendig werdenden Verkauf des Eigenheims Rechnung getragen. Das zur Rechtfertigung des Grundrechtseingriffs angerufene öffentliche Interesse an der Eindämmung der Bodenspekulation weckt verfassungsrechtliche Bedenken. Für Berufstätige mit häufigen Wechseln des Arbeitsortes stellte je nach

77 Zufferey (FN 20), § 47 RN 31; J.P. Müller, Grundrechte (LitVerz.), S. 162 f.

78 BGE 116 Ia 382 ff. zur Wohnsitzpflicht eines Gefängniswärters.

79 Fritz Fleiner/Zaccaria Giacometti, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 1949, S. 255 f.; Häfelin/Haller, Bundesstaatsrecht (LitVerz.), RN 580; Aubert/Mahon, Constitution (LitVerz.), Art. 24 RN 7. Ob direkt gestützt auf Art. 24 Abs. 2 BV ein Anspruch auf Ausstellung einer bloßen Abmeldebestätigung (Reisedokument im weiteren Sinne; vgl. auch oben, RN 10) durch die Einwohnerkontrolle besteht, hat das Bundesgericht in BGE 127 I 97 (101 f. Erw. 4) offen gelassen, weil im konkreten Fall die Weigerung der Herausgabe bereits wegen Verstoßes gegen das Willkürverbot (Art. 9 BV) als verfassungswidrig taxiert wurde.

80 Fleiner/Giacometti (FN 79), S. 255 f.

81 Vom 6. 10. 1989 (AS 1989 1974 und 1992 643).

den persönlichen Umständen auch die „Erleichterung“ im Ausnahmekatalog eine hohe Hürde dar. Obwohl der erwähnte Bundesbeschluß nicht mehr angewendet wird, bleibt die Thematik bedeutsam, weil auch künftig nicht auszuschließen ist, daß seitens des Staates Interventionen zur Steuerung des Bodenmarktes erfolgen⁸².

IV. Kerngehalt

27
Niederlassungsfreiheit als Grundrecht ohne Kerngehalt?

Der Kerngehalt eines Grundrechts ist unantastbar (Art. 36 Abs. 4 BV)⁸³. Dieser Begriff spricht denjenigen Aspekt eines Grundrechts an, der absoluten Schutz vor Eingriffen vermittelt und auch in Notstandszeiten nicht eingeschränkt werden darf. Den Kerngehalt zu ermitteln fällt am einfachsten, wenn er im Verfassungstext umschrieben ist⁸⁴. Für die Niederlassungsfreiheit (Art. 24 BV) trifft dies nicht zu. In verschiedenen Menschenrechtsverträgen werden bestimmte (Teil-)Gehalte von Grundrechten als notstandsfest bezeichnet⁸⁵. Absolut geschützte Elemente der Niederlassungsfreiheit sucht man jedoch in internationalen Abkommen ebenso vergeblich wie in der Rechtsprechung des Bundesgerichts zur Niederlassungsfreiheit⁸⁶. Damit bestehen zahlreiche Indizien, die den Schluß nahe legen, Art. 24 BV enthalte keine Kerngehaltsgarantie. Anderes gilt für das mit der Niederlassungsfreiheit zusammenhängende und in Art. 25 Abs. 1 BV enthaltene Ausweisungsverbot (unter Zustimmungsvorbehalt des Betroffenen). Die Kerngehaltsgarantie ist hier bereits durch den Verfassungstext angesprochen.

G. Drittwirkung der Niederlassungsfreiheit?

28
Fälle indirekter Drittwirkung

Die Drittwirkungseignung von Grundrechten wird durch Art. 35 Abs. 3 BV ausgedrückt⁸⁷. Diese Verfassungsbestimmung beläßt Gesetzgebung und Rechtsanwendung einen weiten Spielraum bei der Festlegung, ob Grundrechte auch Rechtsbeziehungen zwischen Privaten erfassen. Während die These der direkten Drittwirkung von Grundrechten (unmittelbare Bindung im Privatrechtsverkehr) in der Schweiz kaum vertreten wird, ist für jedes Grundrecht genauer zu untersuchen, ob es eine indirekte Drittwirkung ent-

82 Vgl. *Ernst Heinrich Egli*, Die Beschränkung der Freizügigkeit durch den Bundesratsbeschluss vom 15. November 1941 betreffend Massnahmen gegen die Wohnungsnot (Diss. iur. Bern 1946), 1948.

83 Eingehend *Markus Schefer*, Die Kerngehalte von Grundrechten, 2001.

84 Beispielhaft die Kantonsverfassung Bern, die bei einzelnen Grundrechten die Kerngehaltsbindung anzeigt, vgl. Art. 10 Abs. 1, 12 Abs. 2, 14 Abs. 2, 17 Abs. 2, 20 Abs. 2, 25 und 26 KV BE. Keine Umschreibung des Kerngehalts findet sich bei Art. 16 KV BE (Niederlassungsfreiheit).

85 Z.B. Art. 15 Abs. 2 EMRK.

86 Eine erste zaghafte Annäherung ist in *BGE 128 I 280* (283 Erw. 4.1.2) ausgedrückt: „[...] die Niederlassungsfreiheit des Beschwerdeführers unter den gegebenen Umständen nur am Rande, keinesfalls in ihrem Kerngehalt betroffen sein kann“.

87 → Oben *Georg Müller*, Schutzwirkung der Grundrechte, § 204.

hält. Wird dies bejaht, sind offene Normen des Privat- und Strafrechts im Lichte des betroffenen Grundrechts (verfassungskonform) auszulegen⁸⁸. Eine Drittwirkung der Niederlassungsfreiheit im erläuterten Sinne könnte Bedeutung erlangen im Arbeitsvertragsrecht. Art. 336 Abs. 1 lit. b des Obligationenrechts (OR)⁸⁹ bezeichnet die Kündigung eines Arbeitsverhältnisses unter anderem dann als mißbräuchlich, wenn sie ausgesprochen wird, weil eine Vertragspartei ein verfassungsmäßiges Recht ausübt. Ferner zeigt sich eine Drittwirkung im Eherecht. Art. 162 und Art. 23 ff. ZGB sind unter Berücksichtigung der Drittwirkung der Niederlassungsfreiheit so auszulegen, daß eine separate Wohnsitznahme der Ehegatten zulässig bleibt⁹⁰.

88 *Häfelin/Haller*, Bundesstaatsrecht (LitVerz.), RN 281 f. und 287.

89 Vom 30. 3. 1911 (SR 220).

90 Vgl. auch oben RN 15. *BGE 115 II 120* (121 Erw. 4 a).

H. Bibliographie

- Aubert, Charles*, La liberté d'établissement des Confédérés (Thèse Univ. de Genève 1939), 1939.
- Bertschi, Martin/Gächter, Thomas*, Der Anwesenheitsanspruch aufgrund der Garantie des Privat- und Familienlebens, ZBl 2003, S. 225 ff.
- von Beust, Hans*, Das Verhältnis des Konkordats über wohnörtliche Unterstützung vom 16. Juni 1937 zur Niederlassungsfreiheit (Diss. iur. Bern 1951), 1951.
- Boesch, Walter*, Die Kantons- und Stadtverweisungen von Schweizerbürgern, ZBl 1941, S. 49 ff.
- Egli, Ernst Heinrich*, Die Beschränkung der Freizügigkeit durch den Bundesratsbeschluss vom 15. November 1941 betreffend Massnahmen gegen die Wohnungsnot (Diss. iur. Bern 1946), 1948.
- Epiney Astrid*, Zur Bedeutung der Rechtsprechung des EuGH für die Anwendung und Auslegung des Personenfreizügigkeitsabkommen, ZBJV 1/2005, S. 3 und 31.
- Gabus, Pierre*, La liberté d'établissement face à l'obligation de résidence des fonctionnaires: étude de la jurisprudence récente du Tribunal fédéral, RDAF 1986, S. 125 ff.
- Kälin, Walter*, Das Prinzip des non-refoulement (Diss. iur. Bern 1982), 1982.
- Lang, Michael*, Jüngste Tendenzen in der Rechtsprechung des EuGH zur Bedeutung der Grundfreiheiten für die direkten Steuern, in: zsis 2006.
- ders.*, Steueranrechnung und Betriebsstätten, ST 2006, S. 70.
- Nussberger, Erhard*, Die Beschränkung der Freizügigkeit als Massnahme gegen die Wohnungsnot (Diss. iur. Zürich 1944), 1945.
- Pärli, Kurt*, Bedeutung der EuGH-Rechtsprechung für die arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsansprüche nach dem Personenfreizügigkeitsabkommen, in: Jusletter 14. August 2006, Rz 14.
- Rüegg, Ernst*, Die Beschränkung der Freizügigkeit, ZBl. 1942, S. 337 ff.
- ders.*, Niederlassungsfreiheit, 1958.
- Spühler, Karl*, Die Rechtsprechung zur polizeilichen Meldepflicht bei Niederlassung und Aufenthalt, ZBl 1992, S. 337 ff.
- Weber, Konrad*, Niederlassungsfreiheit, Heimatschein, Bürgerrecht, 1979.