Inländerdiskriminierung

Von PD Dr. MATTHIAS OESCH, Rechtsanwalt, LL.M., Bern*

I. Einleitung

II. Beispiele

III. Zulässigkeit

A. Lehre und Praxis
B. Art. 14 EMRK
C. Art. 8 BV

IV. Beispiele

V. Fazit

I. Einleitung

Staatliche Regelungen, welche eigene Staatsangehörige *de iure* oder *de facto* schlechter behandeln als ausländische Staatsangehörige, sind merkwürdige und paradoxe Erscheinungen. Ein Nationalstaat verstösst geradezu gegen seine *raison d'être*, wenn er ausländische Personen im Vergleich zu einheimischen privilegiert behandelt. Gleichwohl sind auch in der Schweiz solche Regelungen an der Tagesordnung. Durch alle Rechtsgebiete hindurch lassen sich entsprechende Bestimmungen finden. Dies gilt ebenso für Regelungen, welche für eine privilegierte Behandlung nicht an die Staatsangehörigkeit anknüpfen, sondern an den Wohnsitz und in der Folge Personen mit Wohnsitz in der Schweiz schlechter behandeln als Personen mit Wohnsitz im Ausland. Schliesslich erfahren zeitweise auch Produkte ausländischer Herkunft im Vergleich zu schweizerischen Produkten eine privilegierte Behandlung. Für alle diese Konstellationen, in denen ein innerstaatlicher Sachverhalt weniger grosszügigen Regeln zugeführt wird, als sie für einen vergleichbaren Sachverhalt mit Aus-

* Assistenzprofessor für Europa- und Wirtschaftsvölkerrecht an der Universität Bern. Der vorliegende Beitrag beruht auf dem Habilitationsvortrag des Verfassers vom 23. Oktober 2008 an der Universität Bern.

landsbezug gelten, hat sich der prägnante Oberbegriff der «Inländerdiskriminierung» eingebürgert.[1]

In der Schweiz hat bis heute keine vertiefte Auseinandersetzung mit der Problematik von Inländerdiskriminierungen stattgefunden.[2] In der juristischen Literatur sucht man vergeblich nach erhellenden Ausführungen.[3] Ebenso wenig hilft ein Blick auf die Praxis. Verwaltungsbehörden und Gerichte werden kaum je mit der Frage konfrontiert, ob eine umstrittene Inländerdiskriminierung zulässig ist oder nicht. Der vorliegende Artikel versucht, diese Lücke zu schliessen. Unter II. illustrieren praktische Beispiele die Problematik von Inländerdiskriminierungen. Unter III. steht die Frage im Zentrum, unter welchen Voraussetzungen Inländerdiskriminierungen rechtlich zulässig sind. Inländerdiskriminierende Bestimmungen verstossen *prima vista* gegen die Rechtsgleichheit. Folglich werden die Vorgaben an die Gewährleistung der Rechtsgleichheit im Völkerrecht (vor allem Art. 14 EMRK) und im schweizerischen Verfassungsrecht (Art. 8 BV) untersucht. Dabei zeigt sich, dass das traditionelle Prüfschema des Bundesgerichts bei der Überprüfung einer umstrittenen Gleich- oder Ungleichbehandlung für die Beurteilung von Inländerdiskriminierungen nur wenig taugt. An seiner Statt wird ein alternatives Prüfschema vorgeschlagen, welches die Prüfung der Vereinbarkeit einer Inländerdiskriminierung mit dem allgemeinen Gleichheitssatz besser strukturiert und transparent gestaltet. Die eingangs unter II. dargestellten Beispiele werden sodann im Licht des alternativen Prüfschemas auf ihre rechtliche Zulässigkeit überprüft (IV.). Ein zusammenfassendes Fazit rundet die Ausführungen ab (V.).

1 Vereinzelt wird – synonym verstanden – auch der Begriff der «umgekehrten Diskriminierung» («discrimination à rebours») verwendet, siehe EPINEY, 20 f.

2 Die stiefmütterliche Behandlung im schweizerischen Recht steht in augenfälligem Kontrast zum EG-Recht. Dabei entstehen Inländerdiskriminierungen, wenn Gemeinschaftsrecht für grenzüberschreitende Sachverhalte eine einheitliche oder zumindest harmonisierende Regelung vorschreibt, während ein Mitgliedstaat vergleichbare Sachverhalte ohne Auslandbezug weiterhin anders – eben schlechter – behandelt, vgl. etwa EuGH Rs. 223/86, *Pesca Valentia,* Slg. 1988, 83; EuGH Rs. 180/83, *Moser,* Slg. 1984, 2539; zum Ganzen ausführlich EPINEY, 77 ff.; HAMMERL, 138 ff.; SCHILLING, 9; ferner etwa BIEBER/EPINEY/HAAG, 321; HOLOUBEK, Rz. 33 ff.; STREINZ, Rz. 810 ff.

3 Siehe – als Ausnahme, welche die Regel bestätigt – den Aufsatz von HOTTELIER/MOCK, 1291 ff.

II. Beispiele

Das schweizerische Recht kennt eine Vielzahl von Konstellationen, in denen inländische Personen oder Produkte schlechter behandelt werden als ausländische, obwohl sie sich in einer durchaus vergleichbaren Situation befinden. Bereits im 19. Jahrhundert wurde der damals noch junge Bundesstaat mit Inländerdiskriminierungen konfrontiert. Dies zeigt ein Blick auf die folgenden – vorderhand rein deskriptiv dargestellten – Beispiele:

a) ***Niederlassungsfreiheit für französische Jüdinnen und Juden:*** Gestützt auf den Niederlassungsvertrag vom 30. Juni 1864 zwischen der Schweiz und Frankreich war es französischen Staatsangehörigen «ohne Unterschied der Religion» gestattet, sich in der Schweiz frei niederzulassen. Gleichzeitig gewährleistete Art. 41 der Bundesverfassung (BV) von 1848 die Niederlassungsfreiheit nur für Schweizer Bürgerinnen und Bürger christlicher Konfession. Schweizerischen Staatsangehörigen anderen Glaubens war es verwehrt, sich auf die Niederlassungsfreiheit zu berufen. Dies ging insbesondere auf Kosten der schweizerischen Jüdinnen und Juden. Damit wurden schweizerische Staatsangehörige jüdischer Konfession in der Schweiz schlechter behandelt als französische Staatsangehörige jüdischer Konfession, welche sich in der Schweiz niederlassen wollten.[4] Dieser Zustand wurde allgemein als untragbar empfunden und im Rahmen der Teilrevision der BV von 1866 mit der Gewährleistung der interkantonalen Niederlassungsfreiheit für Schweizerinnen und Schweizer unabhängig ihrer Konfessionszugehörigkeit beseitigt.

b) ***Familiennachzug von EU-/EFTA-Staatsangehörigen:*** Das Inkrafttreten des Freizügigkeitsabkommens (FZA) zwischen der EG und der Schweiz vom 21. Juni 1999 führte zu einer problematischen Inländerdiskriminierung im Bereich des Familiennachzugs.[5] Gemäss Art. 3 Abs. 1 Anhang I FZA haben Familienangehörige einer Person, welche Staatsangehörige einer Vertragspartei ist und ein Aufenthaltsrecht hat, das Recht, bei ihr Wohnung zu nehmen. Als Familienangehörige gelten unter anderem der Ehegatte und die Verwandten in abstei-

4 Siehe zu dieser Inländerdiskriminierung SCHINDLER, 48; SCHOLLENBERGER, 35 ff.; ULLMER, 559 Nr. 614.

5 Abkommen zwischen der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten einerseits und der Schweizerischen Eidgenossenschaft andererseits über die Freizügigkeit vom 21. Juni 1999 (SR 0.142.112.681).

gender Linie, welche noch nicht 21 Jahre alt sind oder denen Unterhalt gewährt wird. Das schweizerische Recht sah demgegenüber eine restriktivere Regelung vor. Gemäss Art. 17 Abs. 2 ANAG hatten ledige Kinder unter 18 Jahren nur dann Anspruch auf Einbezug in die Niederlassungsbewilligung ihrer Eltern, wenn sie mit diesen zusammen wohnten.[6] Diese Regelung galt auch für ausländische Kinder eines schweizerischen Staatsangehörigen, enthielt – im Gegensatz zu Art. 3 Anhang I FZA – aber keinen bedingungslosen Anspruch auf Nachzug der Kinder. Ein Nachzugsrecht gestützt auf Art. 17 ANAG setzte vielmehr voraus, dass das Kind zu dem in der Schweiz lebenden Elternteil die vorrangige familiäre Beziehung unterhielt.[7] Damit war die Nachzugsregelung des FZA «deutlich grosszügiger ausgestaltet, was sich namentlich mit Blick auf den Kreis der nachzugsberechtigten Familienangehörigen oder die (grundsätzliche) Altersgrenze von 21 Jahren beim Kindernachzug zeigt»[8]. Da das FZA jedoch nur bei grenzüberschreitenden Sachverhalten Anwendung findet, konnten sich aus Drittstaaten stammende Familienangehörige von schweizerischen Staatsangehörigen nicht auf das FZA berufen; diesfalls lag ein allein dem nationalen Ausländerrecht unterstellter inlandbezogener Sachverhalt vor.[9] Erst mit der Inkraftsetzung des Bundesgesetzes über die Ausländerinnen und Ausländer (AuG) Anfang 2008 wurden die Rechtsansprüche im Bereich des Familiennachzugs im schweizerischen Recht an diejenigen des FZA angeglichen und die Inländerdiskriminierung beseitigt.[10] Damit wurden

6 Bundesgesetz über Aufenthalt und Niederlassung der Ausländer vom 26. März 1931 (ANAG), am 1. Januar 2008 durch das AuG (siehe Fn. 10) ersetzt; dazu BGE 129 II 249, 252 E. 1.2; BGE 118 Ib 153, 155 f. E. 1b.

7 BGE 129 II 249, 252 E. 2.1.

8 Ibid., E. 5.2; siehe zur dieser Inländerdiskriminierung auch Hänni, 352; Uebersax, Rz. 7.144.

9 Ibid., E. 4.3; dazu etwa Kälin, 34; zum notwendigen Auslandbezug (im EG-Recht) auch Dietrich, 240 ff.

10 Art. 42 Abs. 2 des Bundesgesetzes über die Ausländerinnen und Ausländer vom 16. Dezember 2005 (AuG, SR 142.20); siehe dazu Spescha, vgl. Anm. 12 Art. 42 Rz. 1 ff. – Zuvor hatte das Bundesgericht eine Angleichung der Rechtsansprüche von schweizerischen Staatsangehörigen an diejenigen des FZA ausdrücklich abgelehnt, vgl. BGE 129 II 249, bestätigt in BGE 130 II 137. Es wies darauf hin, dass eine Angleichung des schweizerischen Rechts im Rahmen einer Revision des ANAG hätte erfolgen müssen. Der Gesetzgeber habe eine solche Angleichung damals bewusst nicht vorgenommen, sondern bis zur Totalrevision der Ausländergesetzgebung zuwarten wollen; kritisch dazu Hottelier/Mock, 1291 ff.

schweizerische Staatsangehörige im Bereich des Familiennachzugs während mehr als fünfeinhalb Jahren schlechter behandelt als EU-/ EFTA-Staatsangehörige.

c) ***Hormonbehandeltes Fleisch und Eier aus verbotener Käfighaltung:*** Eine typische Inländerdiskriminierung, welche auf die Herkunft eines Produktes abstellt, betrifft die Verwendung von (Wachstums-)Hormonen in der Fleischproduktion und die Herstellung von Eiern aus verbotener Käfighaltung. Während die schweizerische Landwirtschafts- und Tierschutzgesetzgebung die Produktion von Fleisch unter Verwendung von Hormonen und die Herstellung von Eiern aus verbotener Käfighaltung in der Schweiz untersagt, ist es ausdrücklich zulässig, hormonbehandeltes Fleisch sowie Eier aus verbotener Käfighaltung aus dem Ausland zu importieren und in der Schweiz rechtmässig zu verkaufen (Art. 18 und 160 Abs. 8 LwG, Art. 13 LDV, Art. 10 und Anhang I TSchV).[11] Solche ausländischen Produkte unterliegen einzig einer Deklarationspflicht.

d) ***Pauschalbesteuerung:*** Ein weiteres Beispiel einer Inländerdiskriminierung, welche an die Staatsangehörigkeit von Personen anknüpft, stellt die Pauschalbesteuerung (Aufwandbesteuerung) dar. Ausländische Staatsangehörige, welche ihren steuerrechtlichen Wohnsitz in die Schweiz verlegen, hier aber keine Erwerbstätigkeit ausüben, können gemäss Art. 14 DBG und Art. 6 StHG nach dem Lebensaufwand besteuert werden.[12] Diverse Kantone haben von dieser bundesrechtlichen Ermächtigung zur Einführung der Pauschalbesteuerung Gebrauch gemacht. Im Jahr 2008 wurden schweizweit 5003 Ausländerinnen und Ausländer pauschal nach dem Aufwand besteuert.[13] Die Option, die Pauschalbesteuerung zeitlich unbeschränkt

11 Bundesgesetz über die Landwirtschaft vom 29. April 1998 (LwG, SR 910.1); Verordnung über die Deklaration für landwirtschaftliche Erzeugnisse aus in der Schweiz verbotener Produktion vom 26. November 2003 (Landwirtschaftliche Deklarationsverordnung, LDV, SR 916.51); Tierschutzverordnung vom 23. April 2008 (TSchV, SR 455.1).

12 Bundesgesetz über die direkte Bundessteuer vom 14. Dezember 1990 (DBG, SR 642.11); Bundesgesetz über die Harmonisierung der direkten Steuern der Kantone und Gemeinden vom 14. Dezember 1990 (StHG, SR 642.14); siehe dazu etwa ARTER, 156 ff.; BEUSCH, 1 ff.; BLUMENSTEIN/LOCHER, 293; LOCHER, Art. 14 Rz. 1 ff.; RICHNER/FREI/KAUFMANN, Art. 14 Rz. 1 ff.

13 Neue Zürcher Zeitung (NZZ) vom 30./31. Mai 2009, 14.

zu wählen, besteht aber ausdrücklich nur für ausländische Staatsangehörige. Schweizerische Staatsangehörige, welche aus dem Ausland in die Schweiz ziehen, können nur bis zum Ende der laufenden Steuerperiode pauschal besteuert werden. Danach steht ihnen diese Möglichkeit nicht mehr zu.

e) ***«Swiss Pass» der SBB:*** Die Preisgestaltung der Schweizerischen Bundesbahnen (SBB), welche im Kleid einer spezialgesetzlichen Aktiengesellschaft staatliche Aufgaben wahrnimmt und damit gemäss Art. 35 Abs. 2 BV an die Grundrechte gebunden ist, offenbart eine typische Konstellation einer Inländerdiskriminierung, welche auf den Wohnort der Begünstigten abstellt.[14] Für Personen, deren Wohnsitz nicht in der Schweiz oder in Liechtenstein liegt, besteht die Möglichkeit, einen «Swiss Pass» zu erwerben.[15] Dieser Pass berechtigt je nach gewählter Variante während 4, 8, 15 oder 22 Tagen zur freien Bahn-, Bus- und Schifffahrt in der Schweiz. Zusätzlich gewährt der Pass freien Eintritt in gewissen Museen und Ermässigungen in Hotels. Personen, welche in der Schweiz oder in Liechtenstein wohnen, können demgegenüber nicht vom «Swiss Pass» profitieren.

Diese Beispiele sind keineswegs abschliessend. In praktisch jedem Rechtsgebiet lassen sich Konstellationen finden, in denen aufgrund der Staatsangehörigkeit oder des Wohnsitzes einer Person oder der Herkunft eines Produktes differenziert wird – *zuungunsten* von schweizerischen Staatsangehörigen, Personen mit Wohnsitz in der Schweiz oder Produkten schweizerischer Herkunft. Eine Schlechterstellung einheimischer Personen oder Produkte wird diesfalls – bewusst oder unbewusst – als praktisch sinnvoll und politisch vertretbar erachtet. Reflexartig stellt sich die Frage nach der rechtlichen Zulässigkeit. Darum geht es im Folgenden.

14 Siehe zur Organisationsform der SBB Bundesgesetz über die Schweizerischen Bundesbahnen vom 20. März 1998 (SBBG, SR 742.31); TSCHANNEN/ZIMMERLI, § 10 Rz. 8; zur Grundrechtsbindung der SBB etwa HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 1530c.

15 Siehe SBB-Broschüre «Swiss Travel System: Die Schweiz per Bahn, Bus und Schiff», Ausgabe 2009. Zusätzlich zu den oben dargestellten Varianten wird eine Vielzahl von weiteren Pässen angeboten, welche nur für Personen ohne Wohnsitz in der Schweiz und Liechtenstein erhältlich sind.

III. Zulässigkeit

Inländerdiskriminierungen sind grundsätzlich ein Problem der rechtsgleichen Behandlung von Personen oder Produkten, welche sich in einer vergleichbaren Situation befinden. Folglich stehen die Garantien der Rechtsgleichheit im Völkerrecht und im schweizerischen Verfassungsrecht im Vordergrund. Die einschlägigen Bestimmungen, vor allem Art. 14 EMRK und Art. 8 BV, werden im Folgenden – nach einem kurzen Blick auf die Lehre und Praxis – dargestellt und auf ihre Durchschlagskraft bei der Beurteilung von problematischen Inländerdiskriminierungen untersucht.[16]

A. Lehre und Praxis

Ein Blick auf die Lehre und Praxis zeigt ein wenig überraschendes Bild. In der juristischen Öffentlichkeit wurde bis anhin kaum über die rechtliche Zulässigkeit von Inländerdiskriminierungen debattiert. *Bundesrätliche Botschaften* zu Gesetzesentwürfen, welche inländerdiskriminierende Bestimmungen vorsehen, enthalten soweit ersichtlich keine Ausführungen zu ihrer Zulässigkeit im Licht übergeordneten Rechts; erwarten würde man entsprechende Erwägungen eigentlich unter den Standardkapiteln der «Verfassungsmässigkeit» eines geplanten Erlasses bzw. seiner «Auswirkungen auf die Grundrechte».[17] Auch die bundes-

16 Zeitweise werden Inländerdiskriminierungen kraft spezialgesetzlicher Regelung *bereichsspezifisch* ausdrücklich ausgeschlossen, vgl. etwa Art. 4 Abs. 3bis und Art. 6 Abs. 1 des Bundesgesetzes über den Binnenmarkt vom 6. Oktober 1995 (BGBM, SR 943.02); dazu etwa ZWALD, Rz. 136. UEBERSAX, Rz. 7.144, schlägt vor, auch im Ausländerrecht eine «abstrakte Rechtsgleichheitsklausel» zur Vermeidung von Inländerdiskriminierungen aufzunehmen. Im Oktober 2008 hat NR Andy Tschümperlin zudem eine parlamentarische Initiative zur «Beseitigung und Verhinderung von Inländerdiskriminierung» (08.494) eingereicht; darin fordert er – unter anderem – die Aufnahme einer neuen Bestimmung im AuG, wonach Schweizerinnen und Schweizer (vor allem mit Blick auf die dynamische Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs) auch inskünftig nicht schlechter behandelt werden dürfen als EU-/EFTA-Staatsangehörige.

17 Vgl. Art. 141 Abs. 2 lit. a des Bundesgesetzes über die Bundesversammlung vom 13. Dezember 2002 (Parlamentsgesetz, ParlG, SR 171.10); Bundesamt für Justiz, Gesetzgebungsleitfaden: Leitfaden für die Ausarbeitung von Erlassen des Bundes, 3. Aufl. 2007, Rz. 459.

rätlichen Erläuterungen zu den gesetzlichen Bestimmungen, welche die Inländerdiskriminierungen in den eingangs dargestellten Beispielen begründen, äussern sich nicht zu ihrer inländerdiskriminierenden Wirkung – geschweige denn zu ihrer rechtlichen Zulässigkeit.[18] Auch die *Lehre* hat sich in der Schweiz bis anhin kaum mit Inländerdiskriminierungen auseinandergesetzt. In der Regel begnügen sich Erwägungen zu inländerdiskriminierenden Regelungen mit dem Hinweis, solche seien im Licht der Rechtsgleichheit problematisch. Dies trifft insbesondere auf die von jeher umstrittene Pauschalbesteuerung von ausländischen Personen in der Schweiz zu.[19] Auch zur kontrovers diskutierten Schlechterstellung von Schweizerinnen und Schweizern im Vergleich zu EU-/EFTA-Staatsangehörigen in Bezug auf den Familiennachzug finden sich entsprechende Aussagen.[20] Soweit ersichtlich existieren in der schweizerischen Literatur aber keine Abhandlungen, welche die Kriterien für die völker- und verfassungsrechtliche Zulässigkeit von Inländerdiskriminierungen umfassend herausgearbeitet haben und eine Anleitung für eine methodisch angeleitete Prüfung bieten. Schliesslich existiert in der Schweiz keine ergiebige *gerichtliche Praxis* zur Zulässigkeit von Inländerdiskriminierungen. Dafür scheinen vorwiegend zwei Gründe verantwortlich:

- Zum einen ist die Absenz richterlicher Erwägungen auf die fehlende Verfassungsgerichtsbarkeit in der Schweiz zurückzuführen. Dem Bundesgericht ist es gemäss Art. 190 BV grundsätzlich verwehrt, verfassungswidrigen Bundesgesetzen die Anwendung zu versagen.[21] Da Inländerdiskriminierungen typischerweise

18 Botschaft zu Bundesgesetzen über die Harmonisierung der direkten Steuern der Kantone und Gemeinden sowie über die direkte Bundessteuer vom 25. Mai 1983, BBl 1983 III 1, 51, 88 f.; Botschaft zur Genehmigung der sektoriellen Abkommen zwischen der Schweiz und der EG vom 23. Juni 1999, BBl 1999 6128, 6357 f.

19 Siehe etwa ARTER, 158, wonach den rechtlichen Bedenken «eine gewisse Berechtigung nicht abgesprochen werden» kann; BEUSCH, 3.3, wonach die Pauschalbesteuerung den Grundsatz der Besteuerung nach der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit zumindest «ritzt»; RICHNER/FREI/KAUFMANN, Art. 14 Rz. 15, wonach die Differenzierung zwischen Ausländern und Schweizern «Bedenken hinsichtlich der Rechtsgleichheit» weckt.

20 Vor allem HOTTELIER/MOCK, 1298 f.; ferner etwa COTTIER/DZAMKO/EVTIMOV, 379; SPESCHA (Lückenfüllung), 1424.

21 Siehe zur Massgeblichkeit von Bundesgesetzen BGE 129 II 249, 263 E. 5.4 («Anwendungsgebot, kein Prüfungsverbot»); TSCHANNEN, § 11 Rz. 1 ff.

auf Gesetzesstufe verankert sind, verzichtet das Bundesgericht bei entsprechenden Beschwerden in aller Regel darauf, umstrittene Schlechterbehandlungen von einheimischen Personen oder Produkten umfassend auf ihre Verfassungsmässigkeit zu überprüfen. Symptomatisch führte das Bundesgericht zur eingangs dargestellten Inländerdiskriminierung im Bereich des Familiennachzugs aus:

«Das Bundesgericht bleibt jedoch nach dem Gesagten trotz der möglichen Ungleichbehandlung gemäss Art. 191 BV [neu Art. 190 BV] an die für den Nachzug von aus nicht EG- oder EFTA-Mitgliedstaaten stammenden Familienangehörigen von Schweizern geltenden Vorschriften (Art. 7 und 17 Abs. 2 ANAG sowie Art. 3 Abs. 1bis BVO) gebunden.»[22]

– Zum anderen scheint der Wille des Bundesgerichts ohnehin gering, sich ausführlich mit den Kriterien für die Zulässigkeit von Inländerdiskriminierungen zu befassen. So erklärte es eine Schlechterbehandlung von schweizerischen Medizinalpersonen im Vergleich zu ausländischen in Bezug auf die Zulassung zum schweizerischen Markt ohne weitere Erwägungen wie folgt als zulässig:

«Wenn [das FZA] in gewissen Bereichen dazu führt, dass Personen im Ausland besser gestellt sind als solche im Inland, liegt hierin (...) für sich allein noch keine verfassungswidrige Ungleichbehandlung.»[23]

Ähnlich apodiktisch verneinte das Bundesgericht eine Verletzung von Art. 14 EMRK durch die eingangs dargestellte Inländerdiskriminierung im Bereich des Familiennachzugs gestützt auf das damals geltende ANAG. Dabei erwähnte das Bundesgericht die Kriterien, welche gemäss ständiger Praxis des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR) zu Art. 14 EMRK für eine Ungleichbehandlung von Personen unterschiedlicher Nationalität erfüllt sein müssen, mit keinem Wort.[24] Stattdessen verwies es auf den Willen des Gesetzgebers, den es – ungeachtet des damit verbundenen Grundrechtseingriffs – zu respektieren gelte:

22 BGE 129 II 249, 267 E. 5.5; kritisch dazu HOTTELIER/MOCK, 1294 f.

23 BGE 130 I 26, 55 E. 6.3.3.4.

24 Siehe zu Art. 14 EMRK sogleich unten III. B.

«Eine allfällige (vorübergehende) Ungleichheit in dieser Frage beruht auf zu respektierenden gesetzgebungspolitischen Gründen, zumal es nicht um einschneidende Eingriffe, sondern bloss um eine allfällige Ausweitung des Umfangs der bisher zulässigen – und an sich als ausreichend betrachteten – Familiennachzugsmöglichkeiten geht, welche der nationale Gesetzgeber im gebotenen demokratischen Verfahren noch zu prüfen haben wird. Die auf BGE 129 II 249 zurückgehende bundesgerichtliche Rechtsprechung hält somit vor Art. 14 EMRK stand.»[25]

Mit Blick auf diese Ausführungen liegt der Schluss eigentlich nahe, dass die Zulässigkeit einer Inländerdiskriminierung eine vorwiegend *politische Frage* darstellt. Das ist offenkundig nicht der Fall. Wie nachfolgend zu zeigen ist, setzen Art. 14 EMRK und Art. 8 BV relevante Leitplanken.

B. Art. 14 EMRK

Das Völkerrecht garantiert die Rechtsgleichheit nicht umfassend, sondern beschränkt sich punktuell auf besondere Gleichheitssätze (Diskriminierungsverbote). Dazu gehört vor allem Art. 14 EMRK, welcher wie folgt lautet:[26]

«Der Genuss der in der vorliegenden Konvention festgelegten Rechte und Freiheiten muss ohne Unterschied des Geschlechts, der Rasse, Hautfarbe, Sprache, Religion, politischen oder sonstigen Anschauungen, nationaler oder sozialer Herkunft, Zugehörigkeit zu einer nationalen Minderheit, des Vermögens, der Geburt oder des sonstigen Status gewährleistet werden.»

Diese Bestimmung stipuliert ein *akzessorisches Diskriminierungsverbot*. Sie ist einschlägig, wenn der betroffene Sachverhalt im Anwendungsbereich einer anderen Konventionsgarantie liegt (die aber nicht notwendigerweise verletzt sein muss).[27] Dies gilt auch für umstrittene

25 BGE 130 II 137, 147 E. 4.2; kritisch dazu HOTTELIER/MOCK, 1299 ff.

26 Europäische Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten vom 4. November 1950 (EMRK, SR 0.101). Des Weiteren ist die Schweiz auch an Art. 2 Ziff. 2 UNO-Pakt I und Art. 2 Ziff. 1 UNO-Pakt II (akzessorische Diskriminierungsverbote) gebunden. Demgegenüber hat sie das 12. ZP zur EMRK (Art. 1 als allg. Diskriminierungsverbot) nicht ratifiziert und zu Art. 26 UNO-Pakt II (allg. Diskriminierungsverbot) einen Vorbehalt angebracht; siehe zu diesen Garantien ausführlich KÄLIN/KÜNZLI, 389 ff.

27 Siehe zum Anwendungsbereich von Art. 14 EMRK etwa MEYER-LADEWIG, Art. 14 Rz. 5 ff.

Inländerdiskriminierungen, sofern sie im Anwendungsbereich einer Konventionsgarantie erfolgen. Art. 14 EMRK verbietet ausdrücklich Ungleichbehandlungen, welche an die nationale Herkunft anknüpfen. Zwar wird eine differenzierende Behandlung von Personen gestützt auf ihre Nationalität nicht absolut untersagt, doch sind Ungleichbehandlungen qualifiziert rechtfertigungsbedürftig.[28] Gemäss ständiger Praxis des EGMR zu Art. 14 EMRK ist eine Ungleichbehandlung bezüglich der in der Konvention garantierten Rechte nur dann zulässig, wenn sie objektiv und vernünftig gerechtfertigt werden kann, d.h., wenn sie ein legitimes Ziel (öffentliches Interesse) verfolgt und verhältnismässig ist.[29]

Der EGMR wurde soweit ersichtlich noch nie aufgerufen, die Vereinbarkeit einer Inländerdiskriminierung mit Art. 14 EMRK zu beurteilen. Demgegenüber lassen sich dazu Urteile nationaler Gerichte finden. Während das Bundesgericht wie oben erwähnt darauf verzichtete, die umstrittene Inländerdiskriminierung im Bereich des Familiennachzugs eingehend auf ihre Zulässigkeit im Licht von Art. 14 EMRK zu überprüfen, und stattdessen apodiktisch auf die «zu respektierenden gesetzgebungspolitischen Gründe»[30] verwies, wählte etwa der österreichische Verfassungsgerichtshof in einem vergleichbaren Fall einen anderen Weg. Das höchste Gericht Österreichs betrachtete – gestützt auf die Rechtslage noch vor dem EU-Beitritt Österreichs im Jahr 1995 – eine Schlechterstellung von österreichischen Staatsbürgerinnen und -bürgern im Vergleich zu Staatsangehörigen aus anderen EWR-Mitgliedstaaten im Bereich des Familiennachzugs (Aufenthaltsbewilligung für Ehegatten) als offenkundige Verletzung sowohl des österreichischen Verfassungsrechts als auch von Art. 14 EMRK. Zur Begründung führte es wie folgt aus:

> «Für eine solche Schlechterstellung österreichischer Staatsbürger gegenüber ausländischen Staatsangehörigen lässt sich im konkreten Zusammenhang aber keinerlei sachliche Rechtfertigung finden (...). Vor allem wäre eine derart unterschiedliche Behandlung diskriminatorisch im Sinne des Art. 14 i.V.m. Art. 8 EMRK, da eine ‹objektive und vernünftige Rechtfertigung› dafür nicht ersichtlich ist, weil sie offenkundig kein legitimes Ziel verfolgt (...).»[31]

28 So etwa HOTTELIER/MOCK, 1301; MARTENET, Rz. 851; MEYER-LADEWIG, Art. 14 Rz. 18.

29 Siehe für entsprechende Verweise SCHWEIZER, Art. 8 Rz. 5.

30 Siehe oben III. A.

31 Verfassungsgerichtshof (VfGH), Erkenntnis vom 17. Juni 1997 – B 592/96, abgedruckt in: EuGRZ 1997, 362.

Mit diesem Urteil bestätigte der österreichische Verfassungsgerichtshof, dass Art. 14 EMRK (zumindest im Anwendungsbereich der Konventionsgarantien) eine zentrale Funktion bei der Überprüfung einer umstrittenen Inländerdiskriminierung übernimmt. Diese zentrale Rolle kommt Art. 14 EMRK auch im schweizerischen Recht zu – unabhängig davon, dass Art. 14 EMRK in seiner Tragweite grundsätzlich nicht über den durch Art. 8 BV gewährleisteten Schutz hinausgeht. Die Anrufung von Art. 14 EMRK stellt in der Schweiz *praktisch* häufig die einzige Möglichkeit dar, eine problematische Inländerdiskriminierung auf Gesetzesstufe zu ahnden, da es dem Bundesgericht gemäss Art. 190 BV wie bereits gesehen verwehrt ist, verfassungswidrigen Bundesgesetzen die Anwendung zu versagen.[32] Das Anwendungsgebot von Bundesgesetzen gilt im Verhältnis zu kollidierendem Völkerrecht gerade nicht. Diesfalls beansprucht das Völkerrecht Vorrang, und ein widersprechendes Bundesgesetz darf nicht angewendet werden. Da dieser Vorrang selbst dann gilt, wenn das Völkerrecht einen grundrechtlichen Anspruch einräumt, welcher in gleicher Weise durch die BV gewährleistet wird, werden Bundesgesetze in dieser Konstellation faktisch – eben auf dem Umweg über völkerrechtliche Grundrechtsgarantien – der Verfassungsgerichtsbarkeit zugeführt.[33] Damit eröffnet sich dem Bundesgericht die Möglichkeit, umstrittene Inländerdiskriminierungen, welche im Geltungsbereich einer Konventionsgarantie wirken, sorgfältig und eingehend anhand der Vorgaben von Art. 14 EMRK zu überprüfen und ihnen allenfalls die Anwendung zu versagen.

C. Art. 8 BV

Im schweizerischen Recht ist die Rechtsgleichheit grundlegend in Art. 8 BV verfasst, der prägnant lautet: «Alle Menschen sind vor dem Gesetz gleich.» Damit ist der allgemeine Gleichheitssatz angesprochen, welcher auch im Rahmen von umstrittenen Inländerdiskriminierungen einschlägig ist – und nicht etwa, wie die Terminologie vermuten lassen könnte, das Diskriminierungsverbot gemäss Art. 8

32 Siehe oben III. A.

33 TSCHANNEN, § 9 Rz. 32, mit Verweis auf BGE 111 Ib 68, 71 E. 3; ebenso HANGARTNER, Art. 190 Rz. 32.

Abs. 2 BV. Das Diskriminierungsverbot verbietet zwar ausdrücklich Differenzierungen gestützt auf die Herkunft, doch betrachtet es nur solche Menschengruppen als qualifiziert schützenswert, die historisch und in der gegenwärtigen sozialen Wirklichkeit tendenziell ausgegrenzt oder sonst als minderwertig behandelt werden.[34] Dazu gehören schweizerische Staatsangehörige nicht. Sie bedürfen als Gruppe von «Inländern» grundsätzlich keines besonderen Schutzes vor der eigenen Staatsmacht. Inländerdiskriminierende Regelungen zielen nicht auf die Herabsetzung einer besonders verfolgten Gruppe und tangieren die Menschenwürde der betroffenen schweizerischen Staatsangehörigen oder Personen mit Wohnsitz in der Schweiz nicht.

1. Traditionelle Prüfung: sachlicher Grund

Gemäss herrschender Lehre und Praxis zeichnet sich der allgemeine Gleichheitssatz durch ein spezielles Gepräge aus. Traditionell wird vorgebracht, die Unterteilung in einen sachlichen Schutzbereich und (zulässige oder unzulässige) Einschränkungen sei nicht möglich; vor allem sei Art. 36 BV auf umstrittene Gleichheitskonstellationen nicht anwendbar.[35] Vielmehr befürwortet die herrschende Lehre und Praxis ein besonderes Vorgehen bei der Überprüfung einer umstrittenen Gleichheitskonstellation. GEORG MÜLLER fasst die klassische Prüfmethode wie folgt zusammen: «In einem ersten Schritt muss durch entsprechende Vergleiche abgeklärt werden, welche Unterschiede in den tatsächlichen Verhältnissen vorliegen, in einem zweiten Schritt, ob die Gleich- oder Ungleichbehandlung im Hinblick auf diese Unterschiede sachlich begründet ist.»[36] Diese beiden Schritte werden oft nicht separat untersucht, sondern durch die Frage ersetzt, ob die tatsächlichen Verschiedenheiten in den zu regelnden Verhältnissen derart wesentlich sind, dass eine unterschiedliche Behandlung zulässig ist.[37] Das Bundesgericht hat diese Prüfmethode übernommen. Inhaltlich steht auch im bundesgerichtlichen Vorgehen der Rekurs auf einen sachlichen Grund und damit – zumindest indirekt – auf elementare Gerechtigkeits-

34 Vgl. zum Diskriminierungsverbot und zum verpönten Anknüpfungskriterium der Herkunft etwa KIENER/KÄLIN, 357 ff.; MÜLLER/SCHEFER, 712 ff.

35 Siehe dazu umfassend OESCH, 21 ff.

36 GEORG MÜLLER (Gleichheitssatz), 40 (diese Methode geht grundlegend auf GERHARD LEIBHOLZ zurück); ähnlich etwa KIENER/KÄLIN, 349.

37 Vgl. etwa HAEFLIGER, 63 f.

vorstellungen im Zentrum. Das Bundesgericht umschreibt den Gehalt von Art. 8 Abs. 1 BV regelmässig wie folgt:

> «Ein Erlass verletzt den Grundsatz der Rechtsgleichheit (...), wenn er rechtliche Unterscheidungen trifft, für die ein vernünftiger Grund in den zu regelnden Verhältnissen nicht ersichtlich ist, oder Unterscheidungen unterlässt, die sich aufgrund der Verhältnisse aufdrängen. Die Rechtsgleichheit ist verletzt, wenn Gleiches nicht nach Massgabe seiner Gleichheit gleich oder Ungleiches nicht nach Massgabe seiner Ungleichheit ungleich behandelt wird. Vorausgesetzt ist, dass sich der unbegründete Unterschied oder die unbegründete Gleichstellung auf eine wesentliche Tatsache bezieht.»[38]

Diese Standardformel gilt ganz allgemein für die Beurteilung von umstrittenen Gleichheitskonstellationen im Licht von Art. 8 Abs. 1 BV – und damit auch für die Überprüfung von umstrittenen Inländerdiskriminierungen. Eine privilegierte Behandlung von ausländischen Staatsangehörigen oder Produkten im Vergleich zu inländischen Staatsangehörigen oder Produkten, die sich in einer vergleichbaren Situation befinden, muss *sachlich* begründet werden. Soweit ersichtlich hat das Bundesgericht noch nie eine inländerdiskriminierende Regelung umfassend auf ihre Vereinbarkeit mit dem allgemeinen Gleichheitssatz überprüft. Immerhin darf vermutet werden, dass das Bundesgericht bei der bereits erwähnten Feststellung, wonach eine gewisse Inländerdiskriminierung in Bezug auf die Zulassung von Medizinalpersonen zum schweizerischen Markt «für sich allein noch keine verfassungswidrige Ungleichbehandlung»[39] darstellte, das Vorhandensein eines sachlichen Grundes implizierte.

Es scheint fraglich, ob die zentrale Voraussetzung eines sachlichen Grundes in der Tat eine sorgfältige Prüfung einer umstrittenen Inländerdiskriminierung ermöglicht. Der blosse Rekurs auf eine sachliche Begründung für eine Schlechterstellung von einheimischen Staatsangehörigen oder Produkten im Vergleich zu ausländischen vermag der Gleichheitsprüfung keine feste Struktur zu verleihen und sie nicht zu rationalisieren.[40] Der Gewährleistungsinhalt des allge-

38 BGE 125 I 173, 178 E. 6b; für eine typische französische Formel etwa BGE 133 I 249, 254 f. E. 3.3.

39 BGE 130 I 26, 55 E. 6.3.3.4.; dazu oben III. A.

40 Vgl. zur fehlenden Durchschlagskraft der Rechtsgleichheit im Allg. etwa Kloepfer, 56, der von einem «undurchsichtigen Subsumtionsbrei» spricht; Georg Müller (Art. 4), Rz. 32a; Schefer (Kerngehalte), 477.

meinen Gleichheitssatzes geht auch heute noch häufig im Willkürverbot (Art. 9 BV) auf.[41] Dies ist rechtsstaatlich unbefriedigend und betont den grundrechtlichen Gehalt von Art. 8 Abs. 1 BV nicht angemessen. Mit Blick auf die eingangs erwähnten Beispiele ist wohl bei jedem ein sachlicher Grund für die Inländerdiskriminierung zu finden, und die Regelung wird leichthin als verfassungsrechtlich akzeptabel qualifiziert. Aus diesem Grund wird im Folgenden ein alternatives Vorgehen vorgeschlagen, mit dem die Prüfung der Vereinbarkeit einer Inländerdiskriminierung mit Art. 8 Abs. 1 BV besser strukturiert und einer verfassungsnäheren Beurteilung zugeführt wird.

2. Methodisch angeleitete Prüfung: Art. 36 BV

Ein alternatives Prüfschema zur Beurteilung von Inländerdiskriminierungen beruht auf dem Vorschlag, die klassischen Voraussetzungen für die Einschränkung von Grundrechten gemäss Art. 36 BV – gesetzliche Grundlage, öffentliches Interesse, Verhältnismässigkeit und Unantastbarkeit des Kerngehaltes – für gewisse Gleichheitskonstellationen fruchtbar zu machen.[42] Art. 36 BV ist gemäss traditioneller Lehre und Praxis grundsätzlich zwar nur auf Freiheitsrechte anwendbar.[43] Diese Ansicht wird in der jüngeren Lehre und Praxis allerdings zunehmend infrage gestellt.[44] Grundlegend für die Fruchtbarmachung von Art. 36 BV auch für umstrittene Gleich- oder Ungleichbehandlungen ist die Erkenntnis, dass die Gleichheitsprüfung je nach Regelungszweck eines Erlasses unterschiedliche Wertungsfragen berührt und sich das methodische Vorgehen folglich

41 Ebenso etwa HAEFLIGER, 61 f.; RIEDER, 29 f.; UHLMANN, Rz. 110 ff.; siehe zur Abgrenzung der Rechtsgleichheit vom Willkürverbot etwa BGE 129 I 346, 357 f. E. 6; MARTENET, Rz. 578 ff.

42 Siehe zu Entwicklung, Gehalt und Funktion der Schrankendogmatik grundlegend JÖRG PAUL MÜLLER (Elemente), 103 ff.; ferner auch BOLZ, 13 ff.; OESCH, 315 ff.; zum heutigen Art. 36 BV etwa BIAGGINI, Art. 36 Rz. 9 ff.; HÄFELIN/HALLER/KELLER, Rz. 307 ff.; KIENER/KÄLIN, 85 ff.; JÖRG PAUL MÜLLER (Allgemeine Bemerkungen), Rz. 53 ff.; SCHEFER (Beeinträchtigung), 53 ff.; SCHWEIZER, Art. 36 Rz. 10 ff.

43 So etwa Botschaft des Bundesrates vom 20. November 1996 über eine Bundesverfassung, BBl 1997 I 1, 194; HÄFELIN/HALLER/KELLER, Rz. 302 f.; SCHWEIZER, Art. 36 Rz. 7.

44 So etwa BIAGGINI, Art. 36 Rz. 4; SCHEFER (Beeinträchtigung), 9 ff.; siehe für weitere Verweise auf Lehre und Praxis OESCH, 310 ff.

unterschiedlich gestaltet. Im Zentrum steht die Unterscheidung zwischen Konstellationen, in denen *intern* die Gerechtigkeit verwirklicht wird (*gerechte* Gleich- oder Ungleichbehandlungen), und solchen, in denen *extern* weitere politische Zwecke verfolgt werden (*nützliche* oder *zweckmässige* Gleich- oder Ungleichbehandlungen):[45]

- Im Rahmen der *internen Gerechtigkeitsverwirklichung* dienen als einzige Kriterien für eine Gleich- oder Ungleichbehandlung zwischen Vergleichspersonen ihre jeweils tatsächlichen Gemeinsamkeiten und Unterschiede. Die rechtserhebliche Gleich- oder Verschiedenheit einer Person im Vergleich zu einer anderen Person bestimmt sich allein aufgrund von Eigenschaften, die mit ihnen untrennbar und charakteristisch verbunden sind. Andere – eben externe – Zwecke, die zwar durchaus legitim und für die Beurteilung einer angemessenen Gleich- oder Ungleichbehandlung ebenfalls relevant sein mögen, mit den Eigenschaften der Vergleichspersonen aber nichts zu tun haben, bleiben unberücksichtigt. Eine Gleich- oder Ungleichbehandlung findet ihre Begründung diesfalls allein im normativen Gehalt von Art. 8 Abs. 1 BV. In dieser Konstellation ist logisch nicht denkbar, dass Rechtsgüter kollidieren. Die Begründung für eine normative Gleich- oder Ungleichbehandlung beruht nicht auf einer Zweck-Mittel-Relation, sondern orientiert sich allein an einem übergeordneten Gerechtigkeitsmassstab. Weitere, die Ausgestaltung des Differenzierungsschemas zusätzlich beeinflussende Faktoren oder Motive spielen keine Rolle. Beim Vergleich zweier Personen oder Sachverhalte hinsichtlich ihrer Gemeinsamkeiten und Unterschiede stehen folglich auch keine kollidierenden privaten und öffentlichen Interessen zur Abwägung. Der allgemeine Gleichheitssatz wird in dieser Konstellation nicht (zulässigerweise oder unzulässigerweise) eingeschränkt, sondern nur verwirklicht oder verletzt; *tertium non datur*. Die Teilgehalte von Art. 36 BV sind nicht anwendbar.[46]

45 Grundlegend HUSTER, 165 ff.; für Beispiele zu diesen beiden Konstellationen OESCH, 214 ff.

46 Ebenso MARTENET, Rz. 43; SCHEFER (Kerngehalte), 66 ff.; WIEDERKEHR (Rechtsgleichheit), 397 ff.

– Im Rahmen der *externen Zweckverfolgung* wählt ein Erlass ein sachliches Differenzierungsschema, das mit den Eigenschaften der Vergleichspersonen oder -sachverhalte auf den ersten Blick nichts zu tun hat. Die Motive, die eine Ungleichbehandlung vor Art. 8 Abs. 1 BV rechtfertigen, sind anderswo zu suchen; sie werden gleichsam von aussen an den allgemeinen Gleichheitssatz herangetragen. Es handelt sich dabei um politische Gestaltungs- oder Lenkungsziele, die der Nützlichkeit oder Zweckmässigkeit im weiteren Sinne dienen. Solche externen Ziele werden gemeinhin als öffentliche Interessen bezeichnet, weil sie gesamtgesellschaftlichen Anliegen entspringen, die allgemein als schutzwürdig anerkannt werden und darauf abzielen, das kollektive Wohl zu fördern.[47] Typischerweise können Gleich- oder Ungleichbehandlungen gestützt auf externe Regelungszwecke aus individualrechtlicher Perspektive nicht geboten sein, sondern nur erlaubt. Es besteht kein grundrechtlicher Anspruch gestützt auf Art. 8 Abs. 1 BV, dass ein gewisses externes Ziel tatsächlich verfolgt wird, sondern nur darauf, nach dem für den zu ordnenden Sachbereich anerkannten Gerechtigkeitsmassstab sachlich gleich oder ungleich behandelt zu werden.[48] Eine rechtliche Gleich- oder Ungleichbehandlung, die aus der Verfolgung eines externen Regelungszwecks resultiert, steht zum grundrechtlichen Anspruch, der aus Art. 8 Abs. 1 BV fliesst, in einem *Spannungsverhältnis*. Der Gesetzgeber weicht bewusst von einem herrschenden Gerechtigkeitsmassstab zugunsten bzw. zulasten Einzelner ab. Differenzierungen, die auf externen Folgeerwägungen beruhen, beeinträchtigen das individuelle Recht, gestützt auf die Gemeinsamkeiten und Unterschiede zu den Vergleichspersonen gerecht behandelt zu werden. Dogmatisch besteht in dieser Konstellation ein Rechtsgüterkonflikt, der in einer Zweck-Mittel-Relation resultiert: Die Gleich- oder Ungleichbehandlung stellt das Mittel dar, um ein externes, vom normativen Gehalt der Rechtsgleichheit unabhängiges Gestaltungsziel zu verfolgen. Diese Konstellation gleicht einem «Eingriff in das Gleichheitsgrundrecht»[49] bzw.

47 Siehe zum Begriff des öffentlichen Interesses (als Motiv für Grundrechtseingriffe) grundlegend Wyss, 197 ff.

48 Ebenso Huster, 271.

49 Sachs, 129.

einer «Einschränkung des Art. 8 Abs. 1 BV»[50]. Trotzdem ist Art. 8 Abs. 1 BV nicht *per se* verletzt. Der allgemeine Gleichheitssatz stellt in dieser Konstellation ein individuelles *Prima-facie*-Recht dar, das seinem Prinzipiencharakter entsprechend zwar nach Optimierung drängt, kollidierenden Rechtsgütern unter Umständen aber gleichwohl Platz machen muss und folglich zulässigerweise eingeschränkt werden kann.[51] Diesfalls unterscheidet sich der grundrechtliche Gehalt von Art. 8 Abs. 1 BV strukturell nicht von Freiheitsrechten. Art. 36 BV ist in dieser Konstellation auch im Bereich der Rechtsgleichheit einschlägig.[52]

Inländerdiskriminierungen gehören typischerweise zur zweiten Kategorie. Sie bewirken Ungleichbehandlungen, welche mit den tatsächlichen Gemeinsamkeiten und Unterschieden zwischen den Vergleichspersonen oder -produkten – mit Ausnahme eben der Staatsangehörigkeit bzw. der Herkunft – nichts zu tun haben. Sie verzichten aus Gründen, welche der politischen Zweckmässigkeit dienen, mit gängigen Gerechtigkeitsvorstellungen aber im Widerspruch stehen, bewusst auf die sachlich angezeigte Gleichbehandlung. Inländerdiskriminierungen richten sich nicht nach dem materiellen Inhalt des allgemeinen Gleichheitssatzes, sondern weichen davon ab und behandeln Gleiches ungleich. Damit besteht zwischen dem individuellen Anspruch auf Gleichbehandlung und dem öffentlichen Interesse an der inländerdiskriminierenden Regelung ein Rechtsgüterkonflikt. In dieser Konstellation ist Art. 36 BV einschlägig. Folglich sieht das Prüfschema für die Beurteilung einer umstrittenen Inländerdiskriminierung wie folgt aus:

---

50 Wiederkehr (Fairness), 122.

51 Siehe grundlegend zu *Prima-facie*-Rechten und zur dogmatischen Herleitung vor allem des Verhältnismässigkeitsprinzips aus Grundrechten mit Prinzipiencharakter Alexy, 90 ff.

52 Ebenso Martenet, Rz. 402 ff.; Schefer (Kerngehalte), 66 ff.; Wiederkehr (Rechtsgleichheit), 399 ff.; siehe für weitere Verweise Oesch, 221 ff., 308 ff. – Auch das Bundesgericht nimmt bei gewissen Gleichheitsprüfungen ausdrücklich Rekurs auf Art. 36 BV bzw. einzelne Teilgehalte davon, siehe etwa BGE 131 II 361; BGE 125 I 21 (Diskriminierungsverbot gemäss Art. 8 Abs. 2 und 3 BV); BGE 130 I 26; BGE 125 I 431 (Gleichbehandlung der Konkurrenten gemäss Art. 27 BV); siehe für weitere Beispiele Oesch, 228 ff., 322 ff., 334 ff., 368 ff.

- Die Entscheidung, ausländische Staatsangehörige oder Produkte im Vergleich zu einheimischen privilegiert zu behandeln, ist eine politische und gestaltende. Sie obliegt dem demokratisch legitimierten Gesetzgeber und bedarf einer gesetzlichen Grundlage nach Art. 36 Abs. 1 BV. Während Inländerdiskriminierungen, welche die Rechtsstellung der Betroffenen schwerwiegend einschränken, «im Gesetz selbst» vorgesehen sein müssen, genügt für leichte Eingriffe ein Erlass auf Verordnungsstufe.
- Die Gründe, welche zu einer Inländerdiskriminierung führen, müssen einem anerkannten Anliegen der Allgemeinheit entsprechen und rechtlich ausgewiesen sein. Damit ist das *öffentliche Interesse* gemäss Art. 36 Abs. 2 BV angesprochen. Dieser Teilgehalt der Schrankenregelung ermöglicht, die grundrechtsverkürzenden Motive offenzulegen und einer methodisch angeleiteten Beurteilung zugänglich zu machen. Dabei beruhen Inländerdiskriminierungen bei sorgfältiger Betrachtung nicht nur auf einem, sondern auf einem doppelten Regelungszweck: Zum einen geht es um das Motiv, weshalb ein ausländischer Staatsangehöriger eine gewisse – letztlich eben privilegierte – Behandlung erfährt; zum anderen darum, weshalb diese Behandlung den eigenen Staatsangehörigen nicht gleichermassen gewährt wird, d.h., weshalb das schweizerische Recht für einheimische Personen oder Produkte bewusst eine schlechtere Regelung vorsieht.
- Der Grundsatz, wonach individuelle Rechte Vorrang vor kollektiven Zielen beanspruchen, gebietet, den Anspruch auf Gleichbehandlung im Vergleich zum öffentlichen Interesse mit einem gewissen Schwellengewicht auszustatten. Diese Funktion übernimmt das *Verhältnismässigkeitsprinzip,* das seine Fundierung grundrechtsbezogen in Art. 36 Abs. 3 BV findet.[53] Das gewählte Differenzierungsschema, also die Unterscheidung «Inlän-

53 Gemäss EPINEY, 449 ff., steht das Verhältnismässigkeitsprinzip auch im deutschen Recht im Zentrum der Prüfung einer Inländerdiskriminierung; vgl. auch ISENSEE, RZ. 127, der eine «Schutzpflicht» postuliert, der deutsche Gesetzgeber müsse dafür besorgt sein, dass die verschiedenen Rechtsordnungen harmonisiert und die durch die Inländerdiskriminierung entstehenden Wettbewerbsnachteile nicht zu gross würden.

der – Ausländer», muss *geeignet* und *erforderlich* sein, um die beiden externen Regelungszwecke zu erreichen. Des Weiteren muss es für den von der Inländerdiskriminierung Betroffenen *zumutbar* sein. Das Verhältnismässigkeitsprinzip stärkt mit seiner inhärent individualisierenden und subjektbezogenen Betrachtungsweise den grundrechtlichen Gehalt des allgemeinen Gleichheitssatzes und trägt zur adäquaten Verwirklichung der Individualgerechtigkeit bei.[54]

- Schliesslich liegt auf der Hand, für Inländerdiskriminierungen auch die *Unantastbarkeit des Kerngehalts* gemäss Art. 36 Abs. 4 BV zu fordern. Im praktischen Rechtsalltag wird die Figur des Kerngehalts in dieser Konstellation allerdings kaum relevant sein.

Die Fruchtbarmachung der einzelnen Teilgehalte von Art. 36 BV für die Überprüfung von Inländerdiskriminierungen ermöglicht, auf bewährte Elemente der Grundrechtsprüfung abzustellen und methodisch angeleitet vorzugehen. Zwar ist auch im Rahmen der Schrankendogmatik von Art. 36 BV primär der demokratisch legitimierte Gesetzgeber angesprochen, um in einem Gesetzgebungsprozess die öffentlichen Interessen zu bestimmen und zu gewichten, über ihre prioritäre Förderung zu entscheiden und sodann mit allenfalls kollidierenden individuellen Rechten auszutarieren. Die Teilgehalte von Art. 36 BV dienen ihm dabei aber als verbindlicher Massstab, an dem er sich orientieren muss, wenn die Beeinträchtigung des Anspruchs auf Gleichbehandlung gemäss Art. 8 Abs. 1 BV droht. Der Gleichheitsprüfung wird damit – zumindest für gewisse Konstellationen – eine feste Struktur verliehen. Das Erfordernis eines sachlichen Grundes, das in der herkömmlichen Dogmatik und in der bundesgerichtlichen Praxis im Zentrum der Gleichheitsprüfung steht und nach traditioneller Lesart wohl auch für die Beurteilung von Inländerdiskriminierungen Anwendung finden soll, vermag eine solche Rationalisierung und verfassungsnahe Beurteilung nicht zu leisten.

54 Siehe zur Funktion und Struktur des Verhältnismässigkeitsprinzips OESCH, 199 ff.

IV. Beispiele

Die Fruchtbarmachung von Art. 36 BV für die Beurteilung von umstrittenen Inländerdiskriminierungen hat erhebliche *praktische* Konsequenzen. Der Gesetzgeber kann sich nicht mehr hinter dem Verweis auf einen sachlichen Grund verstecken, sondern wird auf eine spezielle Rechtfertigungsebene verwiesen. Dieser Rationalitätsgewinn lässt sich mit Blick auf die unter II. dargestellten Beispiele von Inländerdiskriminierungen darstellen. Diese Beispiele werden im Folgenden im Licht der Teilgehalte von Art. 36 BV (mit Ausnahme der Unantastbarkeit des Kerngehalts) gewürdigt:

a) ***Niederlassungsfreiheit für französische Jüdinnen und Juden:*** Diese Inländerdiskriminierung ist nur mit Blick auf den damals herrschenden Zeitgeist zu verstehen. Gleichwohl wäre ihre Zulässigkeit (wäre sie nicht verfassungsrechtlich fundiert gewesen) wohl bereits im vorletzten Jahrhundert umstritten gewesen, wenn man sie an den – allerdings erst später entwickelten – Eingriffsvoraussetzungen gemäss Art. 36 BV gemessen hätte:

- Die privilegierende Behandlung der französischen Jüdinnen und Juden beruhte auf einer staatsvertraglichen Abmachung, zu deren Abschluss Frankreich die Schweiz wiederholt gedrängt hatte. Die inländerdiskriminierende Regelung war in der Verfassung (Art. 41 BV 1848) fundiert. Damit war das Erfordernis der *gesetzlichen Grundlage* offenkundig erfüllt.
- Die Verweigerung der interkantonalen Niederlassungsfreiheit für Jüdinnen und Juden entsprach – damals – wohl einem *öffentlichen Interesse*.[55] Art. 44 Abs. 1 BV 1848 gewährleistete die Kultusfreiheit lediglich den christlichen Konfessionen.[56] Des Weiteren verbot Art. 4 Satz 2 BV 1848 nur Untertanenverhältnisse und punktuell Vorrechte des Orts, der Geburt, der Familien oder Personen; die damalige Gleichheitskonzeption

55 Siehe zur historischen Entwicklung der Niederlassungsfreiheit etwa CAVELTI, Art. 24 Rz. 1; KLEY, Rz. 4.

56 Siehe zur historischen Entwicklung der Religionsfreiheit etwa CAVELTI/KLEY, Art. 15 Rz. 1 f.

beinhaltete kein Diskriminierungsverbot gestützt auf die religiöse Überzeugung, wie sie mittlerweile in Art. 8 Abs. 2 BV verankert ist.[57]

- Dessen ungeachtet war es aber wohl zweifelhaft, ob die Inländerdiskriminierung für die schweizerischen Jüdinnen und Juden weiterhin *zumutbar* war, nachdem die – ihnen nach wie vor verweigerte – interkantonale Niederlassungsfreiheit französischen Staatsangehörigen jüdischen Glaubens gewährt wurde. Die Schlechterbehandlung schweizerischer Jüdinnen und Juden erfüllte die Voraussetzungen der *Verhältnismässigkeit* wohl nicht und wäre auch nach damaligem Rechtsverständnis als unzulässig zu qualifizieren gewesen – zumindest dann, wenn sie nicht ausdrücklich auf Verfassungsstufe verankert gewesen wäre. Diese Konklusion wird mit Blick auf die Reaktion der Bundesversammlung im Zeitpunkt der Ratifikation des Staatsvertrags mit Frankreich bestätigt. Noch am gleichen Tag forderte diese mit einem «Bundesbeschluss aus Veranlassung der zwischen der Schweiz und Frankreich unterm 30. VI. 1864 abgeschlossenen Verträge» den Bundesrat auf, die Beseitigung dieser Inländerdiskriminierung an die Hand zu nehmen.[58] Nachdem es diverse Kantone in der Folge ablehnten, auf die Schlechterbehandlung von jüdischen Schweizerinnen und Schweizern quasi freiwillig zu verzichten, wurde die interkantonale Niederlassungsfreiheit für alle Schweizerinnen und Schweizer unabhängig ihrer Konfessionszugehörigkeit im Rahmen der Teilrevision von 1866 in die Bundesverfassung aufgenommen.

b) ***Familiennachzug von EU-/EFTA-Staatsangehörigen:*** Auch die Inländerdiskriminierung im Bereich des Familiennachzugs scheint im Licht einer methodisch angeleiteten Beurteilung gestützt auf Art. 36 BV problematisch:[59]

57 Siehe zur historischen Entwicklung der Rechtsgleichheit etwa HAEFLIGER, 13 ff.; OESCH, 12 ff.; WEBER-DÜRLER, RZ. 1 ff.

58 SCHOLLENBERGER, 36.

59 Ähnlich kritisch HOTTELIER/MOCK, 1291 ff.; SPESCHA (Lückenfüllung), 1424 (allerdings unter Verweis auf das Diskriminierungsverbot und nicht den allgemeinen Gleichheitssatz); UEBERSAX, RZ. 7.144.

- Das Erfordernis der *gesetzlichen Grundlage* war erfüllt. Während die privilegierende Behandlung der ausländischen Personen auf Art. 3 Abs. 1 Anhang I FZA beruht, war die inländerdiskriminierende Regelung in Art. 17 Abs. 2 ANAG verankert.
- Der – vorläufige – Verzicht des Gesetzgebers, mit der Inkraftsetzung des FZA auch die Rechtsansprüche von Familienangehörigen einer Schweizerin oder eines Schweizers gestützt auf das ANAG anzupassen, stützte sich auf das *öffentliche Interesse,* die Familiennachzugsregelung nicht allzu grosszügig zu gestalten. Das gesamtgesellschaftliche Anliegen einer angemessenen Zuwanderungspolitik im Allgemeinen, und damit auch einer angemessenen Familiennachzugsregelung im Speziellen, stützt sich auf Art. 121 BV.[60]
- Gleichwohl erfüllte die inländerdiskriminierende Regelung die Voraussetzungen der *Verhältnismässigkeit* wohl nicht. Die bewusst gewählte Schlechterstellung von schweizerischen Staatsangehörigen war zwar grundsätzlich *geeignet,* eine angemessene Familiennachzugspolitik durchzusetzen. Sie war aber wohl kaum *notwendig* und *zumutbar.* Der angestrebte «Vorteil» der inländerdiskriminierenden Regelung (restriktive Nachzugspolitik) wog den «Nachteil», den die betroffenen Personen dadurch erlitten (Ungleichbehandlung im Vergleich zu EU-/EFTA-Staatsangehörigen), kaum adäquat auf. Es bestand ein Missverhältnis zwischen dem öffentlichen Interesse an der Aufrechterhaltung der Inländerdiskriminierung und dem grundrechtlichen Anspruch auf Gleichbehandlung gemäss Art. 8 Abs. 1 BV. Schliesslich wirkte die Inländerdiskriminierung in einem sensiblen und persönlichkeitsnahen Bereich. Entsprechend qualifiziert hätte die Schlechterstellung der eigenen Staatsangehörigen gerechtfertigt werden müssen. Eine solche Rechtfertigung war soweit ersichtlich nicht vorhanden.

60 Siehe zu den Grundsätzen der schweizerischen Migrationspolitik Botschaft zum Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer vom 8. März 2002, BBl 2002 3709, 3721 ff.; zur umfassenden Gesetzgebungskompetenz des Bundes gestützt auf Art. 121 BV etwa BGE 129 I 392, 399 E. 3.3; Biaggini, Art. 121 Rz. 6 ff.

c) ***Hormonbehandeltes Fleisch und Eier aus verbotener Käfighaltung:*** Günstiger fällt die Beurteilung der Inländerdiskriminierung bezüglich des Inverkehrbringens von hormonbehandeltem Fleisch und Eiern aus verbotener Käfighaltung aus. Die Schlechterbehandlung von einheimischen Produkten ist einer breiteren Öffentlichkeit wenig bekannt und scheint kaum umstritten:

- Sowohl die privilegierende Behandlung der ausländischen Produkte als auch die bewusste Schlechterstellung der inländischen Produkte finden ihre rechtliche Fundierung in der Landwirtschafts- und Tierschutzgesetzgebung. Art. 18 und 160 Abs. 8 LwG, Art. 13 LDV sowie Art. 10 und Anhang I TSchV stellen die *gesetzlichen Grundlagen* dar.[61]
- Das *öffentliche Interesse,* den Import der fraglichen Produkte zu erlauben, liegt im legitimen Bestreben, die Vereinbarkeit des schweizerischen Aussenwirtschaftsrechts mit dem WTO-Recht sicherzustellen. Dies gilt zweifelsohne für die Zulassung von hormonbehandeltem Fleisch. Die Streitbeilegungsorgane der WTO haben diverse Male bestätigt, dass ein Importverbot von hormonbehandeltem Fleisch durch die Europäische Gemeinschaft gegen das WTO-Übereinkommen über die Anwendung gesundheitspolizeilicher und pflanzenschutzrechtlicher Massnahmen (SPS-Übereinkommen) verstösst.[62] Auch die Schweiz würde mit einem Importverbot von hormonbehandeltem Fleisch gegen WTO-Recht verstossen. Weniger eindeutig präsentiert sich die allfällige Unvereinbarkeit eines Importverbots von Eiern aus verbotener Käfighaltung. Auch wenn einschlägige Entscheide der WTO-Streitbeilegungsorgane dazu fehlen, muss wohl davon ausgegangen werden, dass ein solches Importverbot

61 Des Weiteren könnte argumentiert werden, dass die privilegierende Behandlung der ausländischen Produkte direkt durch das WTO-Recht vorgegeben wird. Eine direkte Berufung auf die einschlägigen WTO-Übereinkommen scheitert *praktisch* jedoch an der fehlenden unmittelbaren Anwendbarkeit von WTO-Recht; siehe dazu etwa COTTIER/OESCH, 223 ff.

62 Übereinkommen über die Anwendung gesundheitspolizeilicher und pflanzenschutzrechtlicher Massnahmen vom 15. April 1994 (SPS-Übereinkommen, SR 0.632.20, Anhang 1A.4); grundlegend *European Communities – Measures Concerning Meat and Meat Products (Hormones),* Report of the Appellate Body, 16 January 1998 (WT/DS48/AB/R); siehe zur Rechtmässigkeit von Massnahmen unter dem SPS-Übereinkommen etwa COTTIER/OESCH, 779 ff.; KAMANN, Rz. 66 ff.

mit dem WTO-Recht nicht vereinbar wäre.[63] Demgegenüber besteht das *öffentliche Interesse* am Verbot der Herstellung solcher Produkte in der Schweiz im legitimen Anliegen des Tierschutzes. Art. 80 lit. a BV verpflichtet den Bund, Tiere vor ungerechtfertigten Leiden, Schäden, Schmerzen und Angst zu schützen und dabei die Würde der Kreatur angemessen zu beachten.[64] Dem Gesetzgeber ist es im Rahmen seines legislativen Gestaltungsspielraums dabei unbenommen, die Verwendung von (Wachstums-)Hormonen in der Fleischproduktion und die Herstellung von Eiern aus verbotener Käfighaltung zu untersagen.

- Die Schlechterbehandlung von Produkten aus einheimischer Produktion erfüllt wohl auch die Voraussetzungen des *Verhältnismässigkeitsprinzips*. Sie ist *geeignet* und *erforderlich*, um die beiden Regelungszwecke (Vereinbarkeit mit WTO-Recht, Tierschutz) zu erreichen. Ebenso ist die Schlechterbehandlung *zumutbar*. Die Rechtsstellung der Betroffenen wird nur geringfügig beeinträchtigt. Diese Beeinträchtigung steht in einem vernünftigen Verhältnis zum öffentlichen Interesse an der Inländerdiskriminierung.

d) ***Pauschalbesteuerung:*** Die Pauschalbesteuerung von ausländischen Personen ist politisch umstritten. Ebenso problematisch präsentiert sich ihre verfassungsrechtliche Zulässigkeit:

- Sowohl die privilegierende Behandlung ausländischer Staatsangehöriger, welche ihren steuerlichen Wohnsitz in die Schweiz verlegen, hier aber keine Erwerbstätigkeit ausüben, als auch die bewusste Schlechterstellung schweizerischer Steuerpflichtiger finden ihre ausdrückliche *gesetzliche Grundlage* in Art. 14 DBG und Art. 6 StHG.
- Im Gegensatz zu den bisher diskutierten Beispielen stellt diese Inländerdiskriminierung eine autonome Massnahme des schweizerischen Gesetzgebers dar. Das Staatsvertragsrecht setzt keine Leitplanken und fungiert nicht als «Steigbügelhalter» für die inländerdiskriminierende Regelung. Die Schlechterbehandlung schweizerischer Staatsangehöriger beruht auf

63 Siehe zur umstrittenen Diskussion, ob ein Importverbot eines Produktes einzig aufgrund der Verfahrens- und Produktionsmethoden (*process and production methods*, PPMs) gegen WTO-Recht verstösst, etwa COTTIER/OESCH, 412 ff., 762.

64 Siehe dazu etwa STEIGER/SCHWEIZER, Art. 80 Rz. 6 ff.

Zweckmässigkeitsüberlegungen, welche ihre Begründung allein im schweizerischen Recht finden. Zwei Erwägungen stehen im Vordergrund: Erstens wird auf *Praktikabilitätsüberlegungen* verwiesen, wonach es bei komplizierten Verhältnissen mit Auslandbezug für die hiesigen Steuerbehörden häufig nicht möglich sei, das Einkommen richtig und vollständig zu ermitteln.[65] Diese Begründung wackelt allerdings – zumindest teilweise: Es ist nicht einzusehen, weshalb die Schwierigkeiten bei der Sachverhaltsermittlung bei ausländischen Steuerpflichtigen unbeschränkt fortbestehen sollen, während sie bei schweizerischen Steuerpflichtigen mit ebenso komplizierten Einkommensverhältnissen bereits nach kurzer Zeit wegfallen.[66] Vielmehr liegt das öffentliche Interesse an der Privilegierung ausländischer Staatsangehöriger – zweitens – im volkswirtschaftlichen Interesse des Gemeinwesens, «gut betuchte Kosmopoliten» in die Schweiz zu locken.[67] Auch damit wird ein legitimes Anliegen der Gesellschaft verfolgt; fiskalische Interessen stellen durchaus *öffentliche Interessen* dar und können unter gewissen Voraussetzungen eine Grundrechtsbeschränkung rechtfertigen.[68] Die Begründung, weshalb die Option Pauschalbesteuerung für schweizerische Staatsangehörige nur bis zum Ende der laufenden Steuerperiode wählbar ist, liegt demgegenüber in grundsätzlichen Gerechtigkeitsüberlegungen. Jede steuerpflichtige Person soll gemäss Art. 127 Abs. 2 BV aufgrund ihrer wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit besteuert

65 Vgl. zu diesem Argument etwa Botschaft zu Bundesgesetzen über die Harmonisierung der direkten Steuern der Kantone und Gemeinden sowie über die direkte Bundessteuer vom 25. Mai 1983, BBl 1983 III 1, 51, 88; ARTER, 158; BEUSCH, 3.2; LOCHER, Art. 14 Rz. 2; OESCH, 136; RICHNER/FREI/KAUFMANN, Art. 14 Rz. 1; zum Topos der Praktikabilität (Vollzugstauglichkeit und Verwaltungsökonomie) als Begründung für eine typisierende Regelung OESCH, 106 ff.

66 Ebenso RICHNER/FREI/KAUFMANN, Art. 14 Rz. 15.

67 Gemäss LOCHER, Art. 14 Rz. 2, handelt es sich bei der Pauschalsteuer um «einen Zuzugsanreiz für gut betuchte Kosmopoliten, welche die hiesige Infrastruktur nicht stark belasten und hier ihre im Ausland verdienten Devisen ausgeben»; ähnlich ARTER, 158, wonach «der Aspekt der Wirtschaftsförderung» zentral sei.

68 Siehe dazu OESCH, 376 ff.; WYSS, 358 ff. Vor allem die ältere Lehre hat es demgegenüber lange Zeit abgelehnt, fiskalische Motive als eingriffslegitimierende Interessen im Sinn von Art. 36 Abs. 2 BV zu qualifizieren.

werden.[69] Eine zeitlich unbeschränkte Pauschalbesteuerung auch für schweizerische Staatsangehörige würde dieses Prinzip letztlich *ad absurdum* führen. Damit beruht die Inländerdiskriminierung grundsätzlich auf zwei legitimen Regelungszielen (Praktikabilität/fiskalische Interessen und Besteuerung nach der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit).

- Gleichwohl besteht die inländerdiskriminierende Ausgestaltung der Pauschalbesteuerung den *Verhältnismässigkeitstest* wohl nicht.[70] Sie scheitert vor allem am Teilgehalt der *Zumutbarkeit*. Gemäss Bundesgericht vermögen ausserfiskalische Zielsetzungen eine Abweichung vom Grundsatz der Besteuerung nach der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit nur «aus besonderen sachlichen Gründen» zu rechtfertigen.[71] Eine solche qualifizierte Rechtfertigung ist im Bereich der Pauschalbesteuerung nicht ersichtlich; «bloss» volkswirtschaftliche Interessen allgemeiner Natur genügen dafür wohl nicht. Entsprechend fällt die Interessenabwägung zuungunsten der Inländerdiskriminierung aus: Auf der einen Seite besitzt das primäre Motiv für die Privilegierung ausländischer Steuerpflichtiger – fiskalische Interessen – im Bereich der Beeinträchtigung von Grundrechten kein grosses Gewicht. Auf der anderen Seite ist der Nachteil für schweizerische Steuerpflichtige, welche im Vergleich zu pauschalbesteuerten Ausländerinnen und Ausländern mit gleichem Einkommen unter Umständen deutlich höhere Steuerbeträge zu entrichten haben, erheblich. Mit anderen Wor-

69 Siehe dazu etwa BGE 133 I 206, 217 ff. E. 7; BIAGGINI, Art. 127 Rz. 12 f.; MATTEOTTI, 24 ff.; VALLENDER/WIEDERKEHR, Art. 127 Rz. 17 ff.

70 Bez. Unzulässigkeit gleicher Meinung wie hier etwa LOCHER, Art. 14 Rz. 2; RICHNER/FREI/KAUFMANN, Art. 14 Rz. 15; anderer Meinung etwa Botschaft zu Bundesgesetzen über die Harmonisierung der direkten Steuern der Kantone und Gemeinden sowie über die direkte Bundessteuer vom 25. Mai 1983, BBl 1983 III 1, 51: «Die vorgeschlagene Regelung hält u.E. die Besteuerung nach dem Aufwand in sachlich vertretbaren Grenzen.»

71 BGE 133 I 206, 231 E. 11.3, bez. der Unzulässigkeit degressiver Einkommens- und Vermögenssteuern; ebenso hat das Bundesgericht ausgeführt: «Je mehr das Leistungsfähigkeitsprinzip durch steuerliche Förderungsmassnahmen beeinträchtigt wird, desto höhere Anforderungen stellt das Bundesgericht an das öffentliche Interesse.» (E. 11.2). Vgl. zur Interessenabwägung in Bezug auf die Pauschalsteuer auch ARTER, 158 («steuerpolitische Güterabwägung»).

ten: Der volkswirtschaftliche Vorteil, welcher mit der Pauschalbesteuerung verfolgt wird, steht in keinem angemessenen Verhältnis zum Nachteil, den schweizerische Steuerpflichtige im Vergleich zu ausländischen Steuerpflichtigen mit ähnlichen Einkommensverhältnissen in Kauf nehmen müssen.

e) ***«Swiss Pass» der SBB:*** Die verfassungsrechtliche Beurteilung der inländerdiskriminierenden Preisgestaltung der SBB, wonach nur Personen ohne Wohnsitz in der Schweiz oder Liechtenstein zum Kauf eines «Swiss Pass» berechtigt sind, ergibt schliesslich folgendes Bild:

- Unternehmen wie die SBB, welche unter das Transportgesetz fallen, stellen gemäss Art. 9 TG für ihre Leistungen Tarife auf.[72] Die Tarife müssen gemäss Art. 10 Abs. 1 TG gegenüber jedermann gleich angewendet werden. Art. 10 Abs. 2 TG erlaubt, mit Sonderabmachungen die Preise zu ermässigen oder andere Vergünstigungen zu gewähren. Dabei sind Kunden in vergleichbarer Lage vergleichbare Bedingungen zu gewähren. Die Festsetzung der Preise für den «Swiss Pass» und der Bezugsvoraussetzungen beruht damit grundsätzlich auf einer *gesetzlichen Grundlage.* Fraglich bleibt vorderhand einzig, ob der «Swiss Pass» auch im Einklang mit Art. 10 Abs. 2 TG steht, welcher die Anforderungen des allgemeinen Gleichheitssatzes auf Gesetzesstufe (vergleichbare Bedingungen für Kunden in vergleichbarer Lage) wiederholt.
- Das *öffentliche Interesse* an der inländerdiskriminierenden Unterscheidung zwischen Personen mit und ohne Wohnsitz in der Schweiz oder Liechtenstein ist nicht ohne Weiteres klar. Der «Swiss Pass» bezweckt, möglichst vielen ausländischen Touristen eine mehrtägige (Bahn-)Reise durch die Schweiz schmackhaft zu machen.[73] Damit beruhen die attraktiven Bedingungen des «Swiss Pass» auf allgemeinen volkswirtschaftlichen Interessen im Bereich des Tourismus. Weshalb das Angebot des «Swiss Pass» ausdrücklich auf Personen ohne Wohnsitz in der Schweiz

72 Bundesgesetz über den Transport im öffentlichen Verkehr vom 4. Oktober 1985 (Transportgesetz, TG, SR 742.40).

73 Vgl. Roland Binz, Mediensprecher der SBB, in: Saldo 11/2009, 39: «Der Swiss Pass wurde geschaffen, um Touristen aus dem Ausland einen einfachen Zugang zum öffentlichen Verkehr in der Schweiz zu ermöglichen.»

oder Liechtenstein beschränkt bleibt, ist schwieriger zu eruieren. Schliesslich ist die schweizerische Tourismusbranche nicht nur daran interessiert, dass möglichst viele Ausländerinnen und Ausländer in und durch die Schweiz reisen, sondern auch daran, dass einheimische Personen ihre Sommerferien etwa im Engadin statt in der Toskana verbringen. Es ist zu vermuten, dass die SBB mit dieser inländerdiskriminierenden Preisgestaltung bezwecken, Personen mit Wohnsitz in der Schweiz oder Liechtenstein zum Kauf eines Halbtax-Abos oder eines Generalabonnements (GA) zu animieren. Diese Strategie würde mit der Ausdehnung der Option «Swiss Pass» auch für Personen mit Wohnsitz in der Schweiz oder Liechtenstein zumindest bis zu einem gewissen Grad untergraben. Diese Erwägungen lassen wohl darauf schliessen, dass die Schlechterstellung von Personen mit Wohnsitz in der Schweiz oder Liechtenstein ebenfalls auf fiskalische Interessen zurückzuführen ist. Damit beruht die inländerdiskriminierende Preisgestaltung der SBB in Bezug auf den «Swiss Pass» auf einem eingriffslegitimierenden *öffentlichen Interesse.*

- Die inländerdiskriminierende Ausgestaltung des «Swiss Pass» erfüllt wohl auch die Voraussetzung der *Verhältnismässigkeit.* Der Nachteil, der für Personen mit Wohnsitz in der Schweiz oder Liechtenstein dadurch entsteht, dass sich das Angebot des «Swiss Pass» nur an Personen aus dem Ausland richtet, ist gering. Personen, welche über ein Halbtax-Abo oder ein GA verfügen, profitieren in jedem Fall von besseren Preisbedingungen als Personen mit einem «Swiss Pass». In den anderen Fällen ist die Preisdifferenz in aller Regel klein. Es sind nur wenige Konstellationen denkbar, in denen eine Person ohne Halbtax-Abo oder GA im Vergleich zu einem «Swiss Pass»-Inhaber einen deutlich höheren Preis für eine Leistung der SBB oder allfällig weitere Angebote (Museen, Hotels) bezahlt.[74] Die unterschiedliche Preisgestaltung ist nicht nur *geeignet* und *notwendig,* um die erwähnten fiskalischen Interessen zu verfolgen, sondern für die betroffenen einheimischen Personen wohl auch *zumutbar.*

74 Siehe für die Preisgestaltung in Kombination mit dem Halbtax-Abo SBB-Broschüre «Die ganze Schweiz zum halben Preis», gültig ab 9. Dezember 2007.

V. Fazit

In einer breiten – auch juristischen – Öffentlichkeit scheint das Verständnis vorherrschend, dass es sich bei umstrittenen Inländerdiskriminierungen vorwiegend um eine politische Frage handelt. In der Lehre und Praxis fehlt eine sorgfältige Auseinandersetzung mit den verfassungsrechtlichen Vorgaben und Leitplanken. Ins Licht fällt vor allem die *fehlende Grundrechtssensibilität*. Der spezifisch grundrechtliche Gehalt der Rechtsgleichheit ist wenig entwickelt. Dieser Befund gilt ganz allgemein in Bezug auf den Anspruch auf Gleich- bzw. Ungleichbehandlung gemäss Art. 8 Abs. 1 BV. Ebenso zeigt sich dies im Umgang mit Inländerdiskriminierungen. Das traditionelle Prüfschema bei der Überprüfung einer umstrittenen Gleich- oder Ungleichbehandlung – bei welchem das Erfordernis des *sachlichen Grundes* im Zentrum steht – taugt kaum für eine strukturierte und transparente Beurteilung von Inländerdiskriminierungen und führt zu rechtsstaatlich unbefriedigenden Resultaten.

Der vorliegende Artikel hat versucht, Abhilfe zu schaffen. Eine methodisch angeleitete und verfassungsnahe Beurteilung der Zulässigkeit von Inländerdiskriminierungen beruht auf der Erkenntnis, dass inländerdiskriminierende Bestimmungen *prima vista* gegen den allgemeinen Gleichheitssatz verstossen. Es wird vorgeschlagen, für eine strukturierte und transparente Prüfung Art. 36 BV fruchtbar zu machen. Entgegen der traditionellen Lehre und Praxis ist Art. 36 BV nicht auf Grundrechtsbeschränkungen im Bereich der Freiheitsrechte beschränkt, sondern findet auch auf Gleichheitsfälle mit externer Zweckverfolgung Anwendung. Dazu gehören Inländerdiskriminierungen. Demnach gilt für die Überprüfung von umstrittenen Inländerdiskriminierungen das folgende Prüfschema: Eine inländerdiskriminierende Regelung muss i) auf einer *gesetzlichen Grundlage* beruhen, ii) im *öffentlichen Interesse* liegen und iii) *verhältnismässig* sein; schliesslich muss sie iv) den *Kerngehalt* wahren. Wie die Beurteilung der dargestellten Beispiele von Inländerdiskriminierungen im Licht der Teilgehalte von Art. 36 BV zeigt, hat die Fruchtbarmachung der traditionellen Schrankendogmatik für die Überprüfung von Inländerdiskriminierungen erhebliche praktische Konsequenzen. Eine Mehrheit der Beispiele erweist sich bei sorgfältiger Prüfung als verfassungsrechtlich problematisch. Es bleibt zu vermuten, dass die Würdigung weiterer Inländerdiskriminierungen, welche in diesem

Artikel nicht angesprochen werden, nicht wesentlich andere Resultate zeitigt.

Inländerdiskriminierungen sind so alt wie Nationalstaaten selber. Dies gilt auch für das schweizerische Recht. Mit Blick auf die fortlaufend stärkere internationale Verflechtung und Einbettung der Schweiz in den internationalen Kontext – sei es durch *de facto* Annäherungen ohne rechtlich verbindliche Vorgaben, sei es durch staatsvertraglich bindende Abmachungen – ist wohl davon auszugehen, dass inländerdiskriminierende Regelungen weiter zunehmen. Umso wichtiger ist, ihre Verfassungsmässigkeit sorgfältig und eingehend zu überprüfen. Diese Aufgabe obliegt allen staatlichen Behörden, welche sich von der verwaltungsinternen Präventiv- bis zur gerichtlichen Nachkontrolle mit der Verfassungsmässigkeit von potenziell inländerdiskriminierenden Regelungen beschäftigen. Art. 8 Abs. 1 BV und Art. 14 EMRK (zumindest in Bezug auf diejenigen Inländerdiskriminierungen, welche im Geltungsbereich einer Konventionsgarantie wirken) liefern dafür griffige Vorgaben und Leitplanken.

Literaturverzeichnis

ALEXY ROBERT, Theorie der Grundrechte, Frankfurt 1986

ARTER OLIVER, Die Pauschalbesteuerung, in: AJP 2007, 156

BEUSCH MICHAEL, Aufwandbesteuerung – Privileg für reiche Ausländer oder aus praktischen Gründen gebotene Art der Ermessensveranlagung?, in: zsis 2005, Monatsflash N. 10

BIAGGINI GIOVANNI, Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft: Kommentar, Zürich 2007

BIEBER ROLAND/EPINEY ASTRID/HAAG MARCEL, Die Europäische Union: Europarecht und Politik, Baden-Baden 7. Aufl. 2006

BLUMENSTEIN ERNST/LOCHER PETER, System des schweizerischen Steuerrechts, Zürich 6. Aufl. 2002

BOLZ MARCEL, Das Verhältnis von Schutzobjekt und Schranken der Grundrechte, Zürich 1991

CAVELTI ULRICH, in: Bernhard Ehrenzeller et al. (Hrsg.), Die schweizerische Bundesverfassung: Kommentar, Zürich/St. Gallen, 2. Aufl. 2008

CAVELTI URS JOSEF/KLEY ANDREAS, in: Bernhard Ehrenzeller et al. (Hrsg.), Die schweizerische Bundesverfassung: Kommentar, Zürich/St. Gallen, 2. Aufl. 2008

COTTIER THOMAS/DZAMKO DANIEL/EVTIMOV ERIK, Die europakompatible Auslegung des schweizerischen Rechts, in: Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht 2003, Bern 2004, 357

COTTIER THOMAS/OESCH MATTHIAS, International Trade Regulation: Law and Policy in the WTO, the European Union and Switzerland. Cases, Materials and Comments, London/Berne 2005

DIETRICH MARCEL, Die Freizügigkeit der Arbeitnehmer in der Europäischen Union: unter Berücksichtigung des schweizerischen Ausländerrechts, Zürich 1995

EPINEY ASTRID, Umgekehrte Diskriminierungen, Köln/Berlin/Bonn/München 1995

HAEFLIGER ARTHUR, Alle Schweizer sind vor dem Gesetze gleich: Zur Tragweite des Artikels 4 der Bundesverfassung, Bern 1985

HÄFELIN ULRICH/HALLER WALTER/KELLER HELEN, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, Zürich 7. Aufl. 2008

HÄFELIN ULRICH/MÜLLER GEORG/UHLMANN FELIX, Allgemeines Verwaltungsrecht, Zürich 5. Aufl. 2006

HAMMERL CHRISTOPH, Inländerdiskriminierung, Berlin 1997

HANGARTNER YVO, in: Bernhard Ehrenzeller et al. (Hrsg.), Die schweizerische Bundesverfassung: Kommentar, Zürich/St. Gallen, 2. Aufl. 2008

HÄNNI PETER, Schweizerisches Europarecht: Kompendium, Zürich 2007

HOLOUBEK MICHAEL, Art. 12, in: Jürgen Schwarze (Hrsg.), EU-Kommentar, Baden-Baden 2. Aufl. 2009

HOTTELIER MICHEL/MOCK HANSPETER, Le tribunal fédéral suisse et la «discrimination à rebours» en matière de regroupement familial, in: Revue trimestrielle des droits de l'homme 2003, 1275

HUSTER STEFAN, Rechte und Ziele: Zur Dogmatik des allgemeinen Gleichheitssatzes, Berlin 1993

ISENSEE JOSEF, § 111 Das Grundrecht als Abwehrrecht und als staatliche Schutzpflicht, in: Josef Isensee/Paul Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Band V: Allgemeine Grundrechtslehren, Heidelberg 1992

KÄLIN WALTER, Die Bedeutung des Freizügigkeitsabkommens für das Ausländerrecht, in: Thomas Cottier/Matthias Oesch (Hrsg.), Die sektoriellen Abkommen Schweiz-EG, Bern 2002, 11

KÄLIN WALTER/KÜNZLI JÖRG, Universeller Menschenrechtsschutz, Basel 2. Aufl. 2008

KAMANN HANS-GEORG, Das Übereinkommen über die Anwendung gesundheitspolizeilicher und pflanzenschutzrechtlicher Massnahmen, in: Hans-Joachim Priess/Georg M. Berrisch (Hrsg.), WTO-Handbuch, München 2003

KIENER REGINA/KÄLIN WALTER, Grundrechte, Bern 2007

KLEY ANDREAS, § 215 Niederlassungsfreiheit, in: Detlef Merten/Hans-Jürgen Papier (Hrsg.), Handbuch der Grundrechte: Grundrechte in der Schweiz und in Liechtenstein, Heidelberg/Zürich/St. Gallen 2007

KLOEPFER MICHAEL, Gleichheit als Verfassungsfrage, Berlin 1980

LOCHER PETER, Kommentar zum DBG, Therwil/Basel 2001

MARTENET VINCENT, Géométrie de l'égalité, Zürich 2003

MATTEOTTI RENÉ, Steuergerechtigkeit und Rechtsfortbildung: Ein Rechtsvergleich zwischen der Schweiz und den Vereinigten Staaten von Amerika unter besonderer Berücksichtigung der wirtschaftlichen Betrachtungsweise, Bern 2007

MEYER-LADEWIG JENS, Europäische Menschenrechtskonvention: Handkommentar, Baden-Baden 2. Aufl. 2006

MÜLLER GEORG, Der *Gleichheitssatz*, in: Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer 1989, 37

– *Art. 4*, in: Jean-François Aubert et al. (Hrsg.), Kommentar zur Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 29. Mai 1874, Basel/Zürich/Bern 1995

MÜLLER JÖRG PAUL, *Elemente* einer schweizerischen Grundrechtstheorie, Bern 1982

– § 39 *Allgemeine Bemerkungen* zu den Grundrechten, in: Daniel Thürer et. al. (Hrsg.), Verfassungsrecht der Schweiz, Zürich 2001

MÜLLER JÖRG PAUL/SCHEFER MARKUS, Grundrechte in der Schweiz, Bern 2008

OESCH MATTHIAS, Differenzierung und Typisierung: Zur Dogmatik der Rechtsgleichheit in der Rechtsetzung, Bern 2008

RICHNER FELIX/FREI WALTER/KAUFMANN STEFAN, Handkommentar zum DBG, Zürich 2003

RIEDER ANDREAS, Form oder Effekt? Art. 8 Abs. 2 BV und die ungleichen Auswirkungen staatlichen Handelns, Bern 2003

SACHS MICHAEL, Die Massstäbe des allgemeinen Gleichheitssatzes – Willkürverbot und sogenannte neue Formel, in: Juristische Schulung 1997, 124

SCHEFER MARKUS, Die *Kerngehalte* von Grundrechten: Geltung, Dogmatik, inhaltliche Ausgestaltung, Bern 2001

– Die *Beeinträchtigung* von Grundrechten: Zur Dogmatik von Art. 36 BV, Bern 2006

SCHILLING THEODOR, Gleichheitssatz und Inländerdiskriminierung, in: Juristen-Zeitung 1994, 8

SCHINDLER DIETRICH, Gleichberechtigung von Individuen als Problem des Völkerrechts, Winterthur 1957

SCHOLLENBERGER J., Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft: Kommentar mit Einleitung, Berlin 1905

SCHWEIZER RAINER J., in: Bernhard Ehrenzeller et al. (Hrsg.), Die schweizerische Bundesverfassung: Kommentar, Zürich/St. Gallen, 2. Aufl. 2008

SPESCHA MARC, *Art. 42*, in: *Marc Spescha* et al. (Hrsg.), Kommentar Migrationsrecht, Zürich 2008

– *Lückenfüllung* und Rechtsmissbrauch im Ausländerrecht, in: AJP 2002, 1419

STEIGER ANDREAS/SCHWEIZER RAINER J., in: Bernhard Ehrenzeller et al. (Hrsg.), Die schweizerische Bundesverfassung: Kommentar, Zürich/St. Gallen 2. Aufl. 2008

STREINZ RUDOLF, Europarecht, Heidelberg 7. Aufl. 2005

TSCHANNEN PIERRE, Staatsrecht der Schweizerischen Eidgenossenschaft, Bern 2. Aufl. 2007

TSCHANNEN PIERRE/ZIMMERLI ULRICH, Allgemeines Verwaltungsrecht, Bern 2. Aufl. 2005

UEBERSAX PETER, § 7 Einreise und Anwesenheit, in: Peter Uebersax et al. (Hrsg.), Ausländerrecht, Basel 2. Aufl. 2009

UHLMANN FELIX, Das Willkürverbot (Art. 9 BV), Bern 2005

ULLMER RUDOLF EDUARD, Die Staatsrechtliche Praxis der Schweizerischen Bundesbehörden aus den Jahren 1848–1860, Zürich 1862

VALLENDER KLAUS A./WIEDERKEHR RENÉ, in: Bernhard Ehrenzeller et al. (Hrsg.), Die schweizerische Bundesverfassung: Kommentar, Zürich/St. Gallen 2. Aufl. 2008

WEBER-DÜRLER BEATRICE, § 41 Rechtsgleichheit, in: Daniel Thürer et. al. (Hrsg.), Verfassungsrecht der Schweiz, Zürich 2001

WIEDERKEHR RENÉ, *Fairness* als Verfassungsgrundsatz, Bern 2006

– Rechtfertigung von Ungleichbehandlungen: Gilt Art. 36 BV auch bei der Einschränkung der *Rechtsgleichheit*?, in: AJP 2008, 394

WYSS MARTIN PHILIPP, Öffentliche Interessen – Interessen der Öffentlichkeit? Das öffentliche Interesse im schweizerischen Staats- und Verwaltungsrecht, Bern 2001

ZWALD THOMAS, Das Bundesgesetz über den Binnenmarkt, in: Thomas Cottier/Matthias Oesch (Hrsg.), Allgemeines Aussenwirtschafts- und Binnenmarktrecht, Basel 2007