

Zeitschrift: Zeitschrift für schweizerisches Recht = Revue de droit suisse = Rivista di diritto svizzero = Revista da dretg svizzer : Halbband II. Referate und Mitteilungen des SJV

Herausgeber: Schweizerischer Juristenverein

Band: 86 (1967)

Artikel: Die Rechtsstellung des Ausländers in der Schweiz

Autor: Moser, Hans Peter

DOI: <https://doi.org/10.5169/seals-896015>

Nutzungsbedingungen

Die ETH-Bibliothek ist die Anbieterin der digitalisierten Zeitschriften auf E-Periodica. Sie besitzt keine Urheberrechte an den Zeitschriften und ist nicht verantwortlich für deren Inhalte. Die Rechte liegen in der Regel bei den Herausgebern beziehungsweise den externen Rechteinhabern. Das Veröffentlichen von Bildern in Print- und Online-Publikationen sowie auf Social Media-Kanälen oder Webseiten ist nur mit vorheriger Genehmigung der Rechteinhaber erlaubt. [Mehr erfahren](#)

Conditions d'utilisation

L'ETH Library est le fournisseur des revues numérisées. Elle ne détient aucun droit d'auteur sur les revues et n'est pas responsable de leur contenu. En règle générale, les droits sont détenus par les éditeurs ou les détenteurs de droits externes. La reproduction d'images dans des publications imprimées ou en ligne ainsi que sur des canaux de médias sociaux ou des sites web n'est autorisée qu'avec l'accord préalable des détenteurs des droits. [En savoir plus](#)

Terms of use

The ETH Library is the provider of the digitised journals. It does not own any copyrights to the journals and is not responsible for their content. The rights usually lie with the publishers or the external rights holders. Publishing images in print and online publications, as well as on social media channels or websites, is only permitted with the prior consent of the rights holders. [Find out more](#)

Download PDF: 14.12.2025

ETH-Bibliothek Zürich, E-Periodica, <https://www.e-periodica.ch>

DIE RECHTSSTELLUNG DES AUSLÄNDERS IN DER SCHWEIZ

Referat von
DR. IUR. HANS PETER MOSER
Bundesgerichtsschreiber, Lausanne

INHALTSVERZEICHNIS

Einleitung	327
----------------------	-----

1. Teil:

Grundzüge und Quellen des Fremdenrechts

1. Abschnitt: Das Fremdenrecht	328
§ 1. Begriff und Geltungsbereich des Fremdenrechts . . .	328
2. Abschnitt: Die Rechtsquellen des Fremdenrechts	330
§ 2. Die völkerrechtlichen Voraussetzungen des Fremdenrechts	331
§ 3. Das Staatsvertragsrecht der Schweiz	336
3. Abschnitt: Übersicht über das schweizerische Fremdenrecht	343
§ 4. Verfassungsmäßige Grundlagen.	343
§ 5. Privatrecht, internationales Privatrecht, Zivilprozeß.	346
§ 6. Strafrecht, Strafprozeß, Auslieferung	347
§ 7. Staats- und Verwaltungsrecht	348

2. Teil:

Das Fremdenpolizeirecht

1. Abschnitt: Grundfragen	357
§ 8. Die Vorgeschichte der heutigen Regelung	357
§ 9. Föderalismus und Zentralismus im Fremdenpolizeirecht (verfassungsmäßige Grundlagen der Fremdenpolizei)	362

§ 10. Die materiellen Grundzüge des schweizerischen Fremdenpolizeirechts	367
§ 11. Fremdenpolizeirecht und Konjunkturdämpfung (Zur Frage der Verfassungsmäßigkeit des BRB über die Begrenzung und Herabsetzung des Bestandes an ausländischen Arbeitskräften)	376
§ 12. Eidgenössische und kantonale Ausführungsbestimmungen und Nebenerlasse zum ANAG	381
§ 13. Die Behörden	385
2. Abschnitt: Besondere fremdenpolizeiliche Institute . . .	390
§ 14. Die Einreise (Paß und Visum)	390
§ 15. Fernhaltungsmaßnahmen; Einreisesperre und Einreisebeschränkung	392
§ 16. Die Anmeldung; bewilligungsfreie Anwesenheit . . .	395
§ 17. Die Anwesenheitsbewilligungen (Bewilligungsarten) .	396
§ 18. Arbeitsbewilligungen; Bewilligungen für Arbeitgeber .	404
§ 19. Die Erteilung der Anwesenheitsbewilligungen . . .	409
§ 20. Die Bewilligungsbehörden	417
§ 21. Örtliche Geltung der Anwesenheitsbewilligungen; Kantonswechsel	420
§ 22. Persönliche Geltung der Anwesenheitsbewilligungen; das Anwesenheitsverhältnis der Familienglieder . . .	422
§ 23. Beendigung der Anwesenheitsbewilligungen: Erlöschen und Widerruf	425
§ 24. Entfernungsmassnahmen: Allgemeines, Wegweisung .	430
§ 25. Entfernungsmassnahmen: Ausweisung	433
§ 26. Strafrechtliche Entfernungsmassnahmen	440
§ 27. Der Vollzug der fremdenpolizeilichen Entfernungsmassnahmen: Ausschaffung, Internierung	442
3. Abschnitt: Besondere Gruppen von Ausländern	444
§ 28. Flüchtlinge	444
§ 29. Die Liechtensteiner	459
4. Abschnitt: Der Rechtsschutz im Fremdenpolizeirecht . .	462
§ 30. Verfahrensregeln	462
§ 31. Die kantonalen Rechtsmittel	465
§ 32. Eidgenössische Rechtsmittel gegen kantonale Entscheide	467
§ 33. Rechtsmittel gegen Entscheide von Bundesbehörden	473
§ 34. Der weitere Ausbau des Rechtsschutzes im Fremdenpolizeirecht	475
Literaturverzeichnis	483

EINLEITUNG

Der Ausländer, der sich in unserem Lande aufhält, hat in mannigfacher Weise am Leben der Nation, am wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Geschehen teil. Er wird damit unmittelbar und mittelbar von allen Normen betroffen, die dieses Geschehen regeln: Seine Rechtsstellung wird insofern durch die gesamte Rechtsordnung – das für ihn geschaffene Sonderrecht und die Vorschriften des gemeinen Rechts – bestimmt. Die Fülle dieses Stoffes zwingt die Referenten, die dem Schweizerischen Juristenverein über die Rechtsstellung des Ausländers in der Schweiz Bericht zu erstatten haben, zu einer Auswahl und Arbeitsteilung. Um ihre Berichte innerhalb der gewünschten Grenzen zu halten, beschränken sich die Referenten auf eine Behandlung besonders aktueller Fragen des Fremdenrechts. Eine – allerdings mit Absicht nicht streng gehandhabte – Arbeitsteilung wurde sodann in dem Sinne vereinbart, daß das französische Referat den Schwerpunkt auf die Fragen des internationalen Privatrechts und des Sozialversicherungsrechts legt, während der deutsche Bericht sich vornehmlich den Fragen der Rechtsquellen und des Fremdenpolizeirechts zuwendet. Die Schulung der Ausländerkinder und die politische Betätigung der Ausländer sollen außerhalb dieses Berichts behandelt werden.

1. Teil

GRUNDZÜGE UND QUELLEN DES
FREMDENRECHTS

1. Abschnitt

Das Fremdenrecht

§ 1. *Begriff und Geltungsbereich des Fremdenrechts*¹

1. Die modernen Staaten entfalten ihre Zwangsgewalt als Gebietshoheit in einem bestimmten Territorium, dem Staatsgebiet, und als Personalhoheit über eine bestimmte Gruppe von Menschen, ihre Bürger oder Staatsangehörigen, die sie in wesentlichen Belangen (Staatsangehörigkeitsrecht, Wehrpflicht, Anwendung von Heimatrecht im internationalen Privatrecht u.dgl.) besonderen Regeln unterstellen. Als Folge dieses Dualismus finden die Staaten auf ihrem Territorium Personen vor, über die ihnen keine Personalhoheit zukommt. Diese Personen, die Fremden oder Ausländer², können Angehörige eines andern Staates oder Staatenlose sein.

2. Da das Territorialprinzip heute in den westlichen Staaten gegenüber dem Personalprinzip überwiegt, sind die meisten staatlichen Normen unterschiedslos auf alle Personen anwendbar, die sich auf dem Staatsgebiet aufhalten. Daneben gibt es jedoch auf sozusagen allen Rechtsgebieten Normen, welche an die Nationalität der Rechtssubjekte anknüpfen, sei es, indem sie lediglich auf die eigenen Staatsangehörigen anwendbar sind oder indem sie nur für Ausländer gelten. Das Sonderrecht, dem die Personen unterstellt sind, über die der Staat keine Personalhoheit verfügt, wird als Fremdenrecht bezeichnet.

¹ Vgl. dazu FEHRLIN, Die Rechtsgleichheit der Ausländer in der Schweiz, Diss. Bern 1952, S. 22 ff.; SCHNITZER, Fremdenrecht, in: STRUPP-SCHLOCHAUER, Wörterbuch I S. 566 ff.

² Die beiden Ausdrücke werden hier gleichbedeutend verwendet.

3. Aus dieser Begriffsumschreibung ergeben sich zwei wesentliche Einschränkungen: Das Fremdenrecht gilt einmal nicht für Personen mit mehrfacher Staatsangehörigkeit (Doppelbürger, *sujets mixtes*), die sich in einem ihrer Heimatstaaten aufhalten, da dieser sie als eigene Staatsangehörige ansieht und behandelt³. Das Fremdenrecht gilt ferner nicht, soweit einer bestimmten Person das Privileg der Exterritorialität zukommt; denn insofern als diese ausländische Person nicht der Rechtsordnung des Aufenthaltsstaates untersteht, ist auch dessen Fremdenrecht auf sie nicht anwendbar⁴. Der Kreis der extrritorialen Personen setzt sich, soweit für schweizerische Verhältnisse wesentlich, aus den ausländischen Staatsoberhäuptern und ihrem Gefolge, den diplomatischen Vertretern ausländischer Staaten (einschließlich gewisser Kategorien des Personals der diplomatischen Vertretungen)⁵, den Staatsvertretern bei internationalen Konferenzen und internationalen Organisationen, den internationalen Organisationen selber und ihren höheren Beamten zusammen⁶. Nicht extrritorial sind die

³ VEBB 30 Nr. 1; KANEIN, Ausländergesetz S. 185. Zu den Problemen des Doppelbürgerrechts vgl. allgemein FEER, Die mehrfache Staatsangehörigkeit natürlicher Personen, Diss. Zürich 1955; Hool, Les effets de la double nationalité en droit suisse, Diss. Neuenburg 1949.

⁴ Zur Frage der Exterritorialität vgl. EGGER, Die Vorrechte und Befreiungen zugunsten internationaler Organisationen und ihrer Funktionäre, Diss. Bern 1954; PERRENOUD, Le régime des privilèges et immunités des missions diplomatiques étrangères et des organisations internationales en Suisse, Diss. Lausanne 1949; DERSELBE, Rechtsstellung der ausländischen diplomatischen Vertreter in der Schweiz, SJK 831 b, c; REDARD, Die diplomatischen Vertretungen, unter besonderer Berücksichtigung der schweizerischen Praxis, Diss. Bern 1948, S. 119 ff; VEROSTA, Exterritorialität, in: STRUPP-SCHLOCHAUER, Wörterbuch I S. 499 ff.

⁵ Vgl. Wiener Übereinkommen über diplomatische Beziehungen vom 18. 4. 1961 (AS 1964, 435).

⁶ Die verschiedenen Gruppen extrritorialer Personen sind indessen in unterschiedlichem Ausmaß von der Rechtsordnung des Aufenthaltsstaates ausgenommen (VEROSTA S. 500 ff.).

Konsuln (wohl aber das Konsulatsarchiv, die konsularischen Papiere sowie die Amtshandlungen des Konsuls), doch kommt ihnen fremdenrechtlich eine weitgehende Ausnahmestellung im Sinne der Befreiung von Fremdenpolizeivorschriften zu⁷.

2. Abschnitt

Die Rechtsquellen des Fremdenrechts

Ist der Fremde Angehöriger eines andern Staates, so treten in seiner Person die Personalhoheit des Heimatstaates und die Territorialhoheit des Aufenthaltsstaates einander gegenüber. Die Rechtsstellung des Fremden ist dann ein Problem der Abgrenzung der staatlichen Hoheiten und der zwischenstaatlichen Beziehungen. Handelt es sich um einen Staatenlosen, so stellt sich gleichfalls die Frage, inwieweit der Aufenthaltsstaat seine Hoheit über die Person des Fremden ausüben könne. Die Abgrenzung der staatlichen Hoheiten und die Regelung der zwischenstaatlichen Beziehungen bildet Gegenstand des Völkerrechts, das als Völkergewohnheitsrecht (allgemeines Völkerrecht) und als Völkervertragsrecht in Erscheinung tritt. Das allgemeine Völkerrecht hat eine Reihe von Grundsätzen über die Rechtsstellung des Fremden entwickelt. Diese Rechtssätze setzen den Rahmen, innerhalb dessen die Staaten die Rechtsstellung des Fremden normieren können. Neben dieses Landesrecht treten die staatsvertraglichen Vereinbarungen über die Rechtsstellung des Fremden. Im Folgenden werden zunächst die völkerrechtlichen Voraussetzungen des Fremdenrechts behandelt (§ 2); daran schließt sich ein Überblick über das Staatsvertragsrecht (§ 3) und über das interne Fremdenrecht der Schweiz (3. Abschnitt) an.

⁷ FREUDENBERG, Konsularrecht, in: STRUPP-SCHLOCHAUER, Wörterbuch II S.287 f.; SYZ, Konsularische Privilegien, insbesondere der ausländischen Konsuln in der Schweiz, Diss. Zürich 1947.

§ 2. *Die völkerrechtlichen Voraussetzungen des Fremdenrechts*⁸

1. Das Völkerrecht, das sich auch in dieser Hinsicht als primitive und ergänzungsbedürftige Rechtsordnung⁹ erweist, hat kein geschlossenes System von Regeln ausgebildet, welche die Rechtsstellung des Fremden allseitig umschreiben würden; es hat vielmehr lediglich einzelne Grundsätze zu Fragen herausgestellt, die im Lauf der neueren Geschichte besonders dringlich wurden.

2. Die freiheitlichen Strömungen und der Aufschwung des Verkehrs, der zu einer Ausweitung der Märkte und großen Wanderbewegungen führte, ließen im 19. Jahrhundert auf dem europäischen Kontinent die Auffassung aufkommen, die Staaten hätten dem einwandfreien Ausländer den Zutritt zum Staatsgebiet und den Aufenthalt darin zu gestatten. Diese Regel wurde (vorbehaltlich der Befugnis der Zurückweisung und Ausschaffung staatsgefährlicher Ausländer) auf dem Kontinent als völkerrechtlicher Grundsatz anerkannt, im anglo-amerikanischen Rechtskreis dagegen abgelehnt. Der Erste Weltkrieg verhalf der anglo-amerikanischen Rechtsauffassung auch auf dem Kontinent zum Durchbruch. Nach heutiger allgemeiner Rechtsüberzeugung steht die Gewährung der Niederlassung, aber auch des vorübergehenden Aufenthalts und der Durchreise durch das Staatsgebiet im freien Ermessen der einzelnen Staaten. Dabei kann sich freilich kein Staat der Einsicht verschließen, daß ein allgemeines Einreiseverbot seine Mitgliedschaft in der Staatengemeinschaft und seine für die eigene Entfaltung unentbehrliche Teilnahme am Staatenverkehr in Frage stellen würde. In den Staaten der freien Welt werden deshalb im Sinne einer Übung und ohne Anerkennung einer völkerrechtlichen Pflicht dem einwandfreien Fremden der bloß vorüber-

⁸ Vgl. dazu FEHRLIN, S. 21 ff.; MATHILD HAUSER, Die den Ausländern in der Schweiz garantierten Freiheitsrechte. Diss. Zürich 1961, S. 10 ff. Hinsichtlich aller Einzelfragen sei auf diese Arbeit und das darin angeführte Schriftum verwiesen.

⁹ GUGGENHEIM, Lehrbuch des Völkerrechts, Bd. I S. 3 ff.

gehende Aufenthalt und die Durchreise grundsätzlich gestattet, wobei die Schranken um so stärker abgebaut werden, je lockerer sich die Beziehungen des Einreisenden zum Aufenthaltsstaat gestalten¹⁰.

3. Wie die Zulassung des Fremden, so liegt auch dessen Entfernung aus dem Staatsgebiet (Wegweisung, Ausweisung) im freien Ermessen des Staates, der die Gebietshoheit ausübt. Dabei sind jedoch einzelne völkerrechtliche Grundsätze zu beachten: So darf die Ausweisung nicht willkürlich erfolgen, sondern nur, wenn die Wahrung der (im weitesten Sinne verstandenen) öffentlichen Ordnung es erfordert; da die Ausweisung den Ausländer in der Regel härter trifft als die Zurückweisung bei der Einreise, müssen für jene gewichtigere Gründe vorhanden sein als für diese; beim Vollzug der Ausweisung sind die Gebote der Hygiene und der Menschlichkeit zu wahren. Im übrigen ist es Sache des Landesrechts, die Voraussetzungen der Ausweisung zu umschreiben.

4. Da die Zulassung eines Fremden zum Staatsgebiet im Ermessen des Staates steht, ist der Staat berechtigt, aber nicht verpflichtet, Flüchtenden Asyl zu gewähren¹¹. Aus dem nämlichen Grunde ist der Staat nach allgemeinem Völkerrecht nicht zur Auslieferung eines Ausländers verpflichtet, der in einem andern Staat wegen Verübung von Verbrechen verfolgt wird^{11a}. Die Auslieferung erfolgt viel-

¹⁰ Vgl. die zahlreichen internationalen Abkommen über den Flugverkehr mit ihren Vorschriften über die Behandlung ausländischer Fluggäste und ausländischen Flugpersonals im Flugdurchgangsverkehr.

¹¹ Die allgemeine Erklärung der Menschenrechte der Vereinten Nationen vom 10.12.1948 bestimmt in Art. 14 Abs. 1: «Devant la persécution, toute personne a le droit de chercher asile et de bénéficier de l'asile en d'autres pays.» Nach herrschender Lehre begründet aber die Allgemeine Erklärung als Ganzes und so auch Art. 14 Abs. 1 keine völkerrechtlichen Pflichten der Staaten (SCHORN, Die Europäische Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten, S. 24). Der Europäischen Menschenrechtskonvention ist das Grundrecht auf Gewährung von Asyl unbekannt (SCHORN, S. 162).

^{11a} Vgl. VEBB 17 Nr. 47 Ziff. 2.

mehr nach Landesrecht oder auf Grund besonderer völkerrechtlicher Vereinbarungen (Auslieferungsverträge).

5. Die Grundsätze, welche die Staaten darüber hinaus von Völkerrechts wegen gegenüber den Fremden zu wahren haben, haben in der (immer weitere Anerkennung findenden) Lehre vom internationalen Mindeststandard (minimum standard)¹² ihren Ausdruck gefunden. Danach haben die Staaten den Ausländern ein Mindestmaß von Rechten auf persönlichem, wirtschaftlichem und prozessuellem Gebiet zu gewähren¹³.

a) Im erstgenannten Punkt verhält das Völkerrecht die Staaten, die Rechtspersönlichkeit des Ausländers im Landesrecht anzuerkennen¹⁴, sein Leben und seine körperliche Integrität zu schützen, ihn vor ungesetzlicher, sachlich unbegründeter Haft zu bewahren und eine ordnungsgemäß angeordnete Haft nicht ungebührlich zu verlängern. Dem Ausländer, dem die Anwesenheit bewilligt worden ist, ist zu gestatten, sich frei im Lande zu bewegen (soweit nicht der Zutritt zu bestimmten Örtlichkeiten aus Gründen der Geheimhaltung oder der Aufrechterhaltung der öffentlichen Ordnung versagt werden muß) und das Staatsgebiet nach Belieben zu verlassen, sofern ihn nicht seine familienrechtlichen Pflichten oder ein Strafverfahren im Lande zurückhalten. Zur Übernahme öffentlicher Ämter und zum Militärdienst darf der Ausländer nicht verpflichtet werden, hingegen ist es zulässig, ihn zu Leistungen heranzuziehen, die der Abwendung unmittelbarer öffentlicher Gefahren

¹² ROTH, *The Minimum Standard of International Law Applied to Aliens*, Diss. Genf 1949; VERDROSS, *Les règles internationales concernant le traitement des étrangers*, RC 37 (1931 III) S.327 ff; MARTI, *Die Handels- und Gewerbefreiheit der Ausländer in der Schweiz*, Diss. Bern 1963, S. 97 ff.

¹³ Für alle Einzelheiten vgl. ROTH, ferner MATHILD HAUSER S.22ff.

¹⁴ Für die besonderen Fragen, die sich hinsichtlich der Anerkennung ausländischer juristischer Personen stellen, vgl. BGE 50 II 511, 76 III 62 mit Verweisungen; SCHNITZER, *Internationales Privatrecht*, 4. Aufl., S. 304 ff. und das dort angeführte Schrifttum.

(Feuersbrunst, Naturkatastrophen) dienen. Neben der physischen Freiheit ist dem Fremden auch ein Mindestmaß an geistigen Entfaltungsmöglichkeiten zu gewähren; so ist ihm die Glaubens- und Gewissensfreiheit zumindest in dem Sinne einzuräumen, daß ihm gestattet ist, seinen Glauben frei auszuüben. Die aktive Verbreitung des Glaubens (Mission) wird dagegen vom internationalen Mindeststandard so wenig erfaßt wie die Freiheit der Meinungsäußerung und der Presse sowie die Vereins- und Versammlungsfreiheit.

b) Wesentlich geringer sind die Anforderungen des internationalen Mindeststandards auf wirtschaftlichem Gebiet. Das Völkerrecht verpflichtet die Staaten nicht, dem Ausländer die wirtschaftliche Betätigung zu gestatten; es untersagt lediglich willkürliche Diskriminierungen von Fremden^{14a}. In Staaten, die das Institut des Privateigentums kennen, ist dem Ausländer der Zugang zu diesem zwar grundsätzlich zu gestatten, doch darf der Erwerb von Eigentum an gewissen volkswirtschaftlich wichtigen Gütern (wie Grundstücken, Schiffen, Flugzeugen, Eisenbahnen, Anteilen an der Staatsbank) eingeschränkt werden. In ein einmal¹⁵ begründetes Eigentumsrecht¹⁶ darf der Staat nicht ohne sachlichen Grund, insbesondere nicht in diskriminatorischer Weise, eingreifen. Für Eingriffe mit Enteignungscharakter hat der Staat eine angemessene Entschädigung zu entrichten.

c) Auf prozessualem Gebiet obliegt den Staaten kraft Völkerrechts, dem Fremden in gleicher Weise wie den eigenen Staatsangehörigen den Zutritt zu den Gerichten zu öffnen, ihm im Prozeß die gleichen Parteirechte zu gewähren und ihm in gleicher Weise den Beizug eines Prozeßvertreters oder Verteidigers zu gestatten. Dabei ist es indessen statthaft, vom Ausländer eine besondere Kostenversicherung (*cautio iudicatum solvi*) zu verlangen. Die Staaten haben darüber hinaus dafür zu sorgen, daß dem Ausländer eine

^{14a} Näheres bei MARTI S. 100 ff.

¹⁵ Gemäß dem damals geltenden Landesrecht, das seinerseits mit dem Völkerrecht im Einklang steht.

¹⁶ Sowie in andere wohlerworbene Rechte (*droits acquis*).

unabhängige Rechtsprechung zuteil wird und daß die Behörden sich ihm gegenüber jeder Willkür enthalten.

6. Die dargelegten Grundsätze des Völkerrechts haben zur Hauptsache schon längst ihren Niederschlag im schweizerischen Landesrecht gefunden, ja sie werden vom schweizerischen Juristen als Selbstverständlichkeiten empfunden. Gleichwohl hat es einen Sinn, in einer den Tagesfragen des Fremdenrechts gewidmeten Schrift an diese Regeln zu erinnern. Den sich als «liberal» verstehenden Kritikern, welche den dem Ausländer auferlegten Beschränkungen überhaupt jede Berechtigung absprechen, ist entgegenzuhalten, daß ihre Stellungnahme nicht das geltende Völkerrecht für sich hat. Von dieser Seite her werden allerdings nur vereinzelt Einwendungen erhoben. Viel stärker sind die teils offen zutage tretenden, teils unterschwelligen Kräfte, die auf eine Einengung der rechtlichen Stellung des Ausländers hinarbeiten. Gegenüber diesen Strömungen ist zu betonen, daß die Behandlung des Fremden keine rein landesrechtliche Frage ist, in deren Lösung wir völlig frei wären, sondern daß wir hierbei mit den Schranken zu rechnen haben, die das Völkerrecht zum Schutze des Ausländers aufgestellt hat. Diese Schranken dürfen allerdings nicht als ein der eigenen Rechtsordnung entgegengesetztes, feindliches Element aufgefaßt werden. Es darf nicht übersehen werden, daß die Anerkennung eines internationalen Mindeststandards, die Erklärungen der Menschenrechte, namentlich in der «Declaration of Human Rights» der Vereinten Nationen sowie in der Europäischen Menschenrechtskonvention, und die Gewährleistung der Grundrechte in unserer Verfassung letztlich derselben Wurzel entstammen¹⁷. Die Erkenntnis dieses Zusam-

¹⁷ Vgl. MAX HUBER, Das Völkerrecht und der Mensch, in: Vermischte Schriften, Bd. 5, S. 317 ff.; FISCHLI, Die Menschenrechte in der Schweiz, in: Die Menschenrechte, Entwicklung–Stand–Zukunft, S. 82 ff.; MOUSKHELY, Les fondements philosophiques et sociologiques des droits de l'homme, in: La protection internationale des droits de l'homme dans le cadre européen, Annales de la Faculté de Droit et des Sciences politiques et économiques de Strasbourg, X S. 35 ff.

menhanges trägt wesentlich zu einer Vertiefung des Verständnisses unserer eigenen Rechtsordnung bei und schafft die Grundlage, von der aus die fremdenrechtlichen Probleme in einem wahrhaft schweizerischen Geist gelöst werden können.

§ 3. *Das Staatsvertragsrecht der Schweiz*

1. Gemäß Art. 8 BV ist allein der Bund zum Abschluß von Staatsverträgen zuständig; die Kantone bleiben nach Art. 8 BV lediglich befugt, Verträge über Gegenstände «der Staatswirtschaft, des nachbarlichen Verkehrs und der Polizei» einzugehen. Die Verträge, welche die Kantone in diesem Rahmen geschlossen haben, sind zur Hauptsache rechtsgeschäftlicher Art; sie enthalten nur ausnahmsweise Bestimmungen, welche die Rechtsstellung des Einzelnen und insbesondere des in der Schweiz befindlichen Ausländers betreffen¹⁸. Die Staatsverträge des Bundes enthalten demgegenüber zahlreiche rechtssetzende Bestimmungen fremdenrechtlichen Inhalts¹⁹.

2. Ein Überblick über das den Ausländer in der Schweiz betreffende Staatsvertragsrecht des Bundes hat um ihrer geschichtlichen Bedeutung willen mit den Niederlassungsverträgen zu beginnen²⁰. Neben Bestimmungen

¹⁸ Als solche Ausnahmen sind zu nennen: die Gegenrechtserklärungen auf dem Gebiete des Zivilprozeßrechts (vgl. dazu GULDENER, Das internationale und interkantonale Zivilprozeßrecht der Schweiz, S. 6 Ziff. 3 A. 27) und gewisse Abmachungen über den kleinen Grenzverkehr, die für die Grenzgänger von Bedeutung sein können (vgl. hinten § 18 Ziff. 2 A. 163). Dazu allgemein: SCHWARZENBACH, Staatsverträge der Kantone mit dem Ausland, Diss. Zürich 1926.

¹⁹ Die rechtssetzenden Bestimmungen der Staatsverträge werden nach schweizerischem Recht für die Behörden und den Einzelnen mit dem Austausch der Ratifikationsurkunden verbindlich, sofern ihre Anwendung nicht den Erlaß innerstaatlichen Rechts voraussetzt; es bedarf dazu also nicht der Umsetzung des Staatsvertrages in ein Bundesgesetz (GIACOMETTI, Bundesstaatsrecht, S. 829).

²⁰ Vgl. das Verzeichnis dieser Verträge im Systematischen Register der AS unter B/V/B sowie bei TZAUT, Aufenthalt und Niederlassung der Ausländer, SJK 351 S. 20 ff. Aus dem Schrifttum: FEHRLIN S. 70ff.;

über den Aufenthalt und die Niederlassung enthalten diese Verträge teilweise auch Vorschriften über die Gleichbehandlung der Angehörigen des andern Vertragsstaates mit den Inländern (Gleichbehandlungsklausel) oder mit den meistbegünstigten Angehörigen von Drittstaaten (Meistbegünstigungsklausel), die Zulassung zur Berufsausübung, die Unterstützung und Heimschaffung in Not geratener Angehöriger des andern Staates, das Konsular- und Paßwesen u.dgl. Entsprechend dem Geist der Freizügigkeit, der vor dem ersten Weltkrieg die zwischenstaatlichen Beziehungen, namentlich auf dem europäischen Kontinent, kennzeichnete²¹, räumten die meisten in jenem Zeitraum geschlossenen Verträge den einwandfreien Angehörigen der beiden Vertragsstaaten bedingungslos das Recht ein, sich auf dem Gebiet des andern Staates aufzuhalten und niederzulassen und dort ihren Beruf unter den gleichen Bedingungen wie die Inländer auszuüben. Die Vertragsstaaten behielten sich dabei lediglich die Möglichkeit vor, Ausländern, die als staatsgefährlich erschienen oder der Öffentlichkeit zur Last zu fallen drohten, die Niederlassung zu entziehen und sie nötigenfalls auszuweisen.

Der erste Weltkrieg brachte die Wende, die neben politischen und psychologischen auch wirtschaftliche und soziale Ursachen hatte. Im Kriege zeigte es sich, daß ausländische Mächte über ihre im Lande niedergelassenen Angehörigen Einfluß auf die Politik und Wirtschaft des Gaststaates zu nehmen suchten. Daneben war die Steigerung des Nationalbewußtseins, die die Kriegsjahre mit sich brachten, allgemein mit einer Abwehrhaltung gegen die Fremden verbunden. Der zunehmende Staatsinterventionismus und die Sozialmaßnahmen des Staates waren von einer gewissen Abschließung der Wirtschaft und Gesellschaft begleitet. Aus

GUGGENHEIM, Niederlassungsverträge, SJK 662; MATHILD HAUSER S. 119 ff.; PETITMERMET, Les principes à la base du droit d'établissement des étrangers en Suisse, ZSR NF 42, 1923, S. 107 ff.; TZAUT S. 22; MARTI S. 104 ff.

²¹ Vgl. vorne § 2 Ziff. 2.

allen diesen Gründen empfanden die meisten Staaten das Bedürfnis, den Aufenthalt und die Berufstätigkeit der Ausländer unter ihre Lenkung zu bringen und sie soweit einzuschränken, als das nach der Lage am eigenen Arbeitsmarkt, aber auch aus allgemeinen staatspolitischen Überlegungen zur Abwehr der Überfremdung als notwendig erschien. Die wichtigsten Verträge (mit Frankreich, Italien, Deutschland) wurden gekündigt, dann verlängert. Auf Grund zusätzlicher Abkommen oder in stillschweigendem Einverständnis, das in einer übereinstimmenden neuen Praxis zum Ausdruck kommt, werden die Niederlassungsverträge einschränkend ausgelegt und ihre wesentlichsten Bestimmungen nur noch auf solche Angehörige des andern Vertragsstaates angewandt, die bereits die Niederlassungsbewilligung erlangt haben. Für alle andern Angehörigen der Vertragsstaaten gelten die alten Staatsverträge und insbesondere die darin enthaltenen Gleichbehandlungs- und Meistbegünstigungsklauseln grundsätzlich nur mehr unter dem Vorbehalt entgegenstehenden Landesrechts²². Die nach dem ersten Weltkrieg zwischen der Schweiz und verschiedenen Staaten abgeschlossenen Staatsverträge enthalten denn auch regelmäßig einen ausdrücklichen Vorbehalt der Gesetze und Verordnungen des Aufenthaltsstaates^{23, 24}.

Die Abmachungen, die zur Anpassung der teilweise ein beträchtliches Alter aufweisenden Niederlassungsverträge an die heutigen Gegebenheiten getroffen wurden, sind in den meisten Fällen nicht in die Form eines neuen Staatsvertrages gekleidet worden; die Vertragsstaaten begnügten sich vielmehr mit Vereinbarungen, Notenwechseln, Protokollen u. dgl., die nicht veröffentlicht worden sind. Ein Beispiel hier-

²² VEBB 22 Nr. 2, 3; 26 Nr. 80; 30 Nr. 78; MATHILD HAUSER S. 32, 134f., 139f.; RUTH, Das Fremdenpolizeirecht der Schweiz, S. 12 Ziff. 14; TZAUT S. 22; MARTI S. 7, 87, 105f.

²³ MATHILD HAUSER S. 135 A. 7, 8.

²⁴ Eine Ausnahme bilden die Vereinbarungen vom 6.11.1963 zwischen der Schweiz und dem Fürstentum Liechtenstein (AS 1964, 1); vgl. hinten § 29.

für bietet die «Niederschrift des Ergebnisses der deutsch-schweizerischen Besprechungen über Niederlassungsfragen vom 19.12.1953»²⁵, die u. a. vorsieht, daß deutsche Staatsangehörige «nach einem ununterbrochenen ordnungsgemäßen Aufenthalt von 10 Jahren in der Schweiz Anspruch auf Erteilung der Niederlassungsbewilligung» haben²⁶.

Seit dem zweiten Weltkrieg hatte sich die internationale Regelung des Niederlassungswesens zudem mit neuen Problemen zu befassen: Es galt, die Einwanderung aus einzelnen Ländern, welche als Folge des Aufschwungs der inländischen Wirtschaft zu einer Massenerscheinung geworden war, in geordnete Bahnen zu lenken. Die Niederlassungsverträge, welche für die Angehörigen beider Vertragsstaaten die gleichen Möglichkeiten vorsahen, sich im andern Staate aufzuhalten, wurden durch Einwanderungs- oder Anwerbungsverträge ergänzt, die nur den Zuzug der Angehörigen des einen Vertragsstaates in den andern Staat zum Gegenstand haben. Solche Verträge wurden mit Italien (am 22.6.1948, abgeändert am 10.8.1964)²⁷ und mit Spanien (am 2.3.1961)²⁸ als den Hauptauswanderungsländern abgeschlossen.

²⁵ KANEIN S. 624 ff.

²⁶ Weitere Abmachungen, die den Angehörigen des andern Vertragsstaates nach Ablauf einer bestimmten Mindestdauer Anspruch auf Erteilung der Niederlassungsbewilligung geben, wurden getroffen mit: Belgien (5 Jahre), Dänemark (5 Jahre), Frankreich (5 Jahre), Italien (5 Jahre; für Personen, denen der Aufenthalt nur zu einem bestimmten Zweck und aus besondern Gründen bewilligt worden ist, wie namentlich für Arbeitskräfte, 10 Jahre), Liechtenstein (5 Jahre, vgl. hinten § 29 Ziff. 2 a. E.), Niederlande (5 Jahre), Österreich (10 Jahre, vgl. Abkommen vom 14.9.1950 zwischen dem schweizerischen Bundesrat und der österreichischen Bundesregierung betreffend zusätzliche Vereinbarungen über die Niederlassungsverhältnisse der beiderseitigen Staatsbürger, AS 1951, 641). Dazu Bericht der Studienkommission für das Problem der ausländischen Arbeitskräfte, S. 45.

²⁷ AS 1948, 838; 1965, 399.

²⁸ AS 1961, 982.

3. Neben dem Niederlassungswesen bilden die Strafverfolgung, der Zivilprozeß und das Vollstreckungsrecht seit jeher Gegenstand staatsvertraglicher Regelungen. Auf dem Gebiete der Auslieferung gingen die Staatsverträge sogar dem Landesrecht voraus²⁹. Die vereinzelt staatsvertraglichen Bestimmungen über sonstige strafrechtliche Rechtshilfe sind hauptsächlich organisatorischer Natur und greifen insofern nicht in die Rechtsstellung der Fremden ein. Die Staatsverträge auf dem Gebiete des Zivilprozesses und der Vollstreckung von Zivilurteilen und Schiedssprüchen sind dagegen für den Ausländer in der Schweiz von großer Tragweite, weil sich daraus Regeln über den Gerichtsstand der gegen ihn geführten und von ihm angehobenen Zivilprozesse, über den Zugang zu den Gerichten (namentlich was die Kostenversicherung und das Armenrecht anbelangt) und über die Möglichkeit der Vollstreckung gegen ihn ergangener oder von ihm erstrittener Urteile ergeben können³⁰.

4. Stets größere Bedeutung kommt den Staatsverträgen auf dem Gebiete der Sozialversicherung³¹ zu. Gleiches gilt für die Doppelbesteuerungsabkommen³², wobei zu bedauern ist, daß gewisse Lücken im Netz dieser Abkom-

²⁹ Als das BG vom 22.6.1892 betreffend die Auslieferung gegen über dem Ausland (BS 3, 509) in Kraft trat, bestanden bereits Auslieferungsverträge zwischen der Schweiz und den wichtigsten europäischen und überseeischen Ländern (vgl. SCHULTZ, Das schweizerische Auslieferungsrecht, S. 88 ff.). Vgl. das Verzeichnis der Auslieferungsverträge im Systematischen Register der AS unter B/VII/B.

³⁰ Vgl. den Überblick bei GULDENER, Das internationale und interkantonale Zivilprozeßrecht der Schweiz, S. 5 ff.

³¹ Vgl. das Korreferat von R.-F. VAUCHER.

³² Vgl. das Verzeichnis dieser Verträge im Systematischen Register der AS unter B XII. Aus dem Schrifttum: BOVON, Les conventions suisses de double imposition en matière d'impôts sur les successions, Diss. Lausanne 1960; LENZ, Les conventions suisses de double imposition, Diss. Genf 1951; LOCHER, Das schweizerisch-deutsche Doppelbesteuerungsabkommen; DERSELBE, Handbuch und Praxis der schweizerisch-amerikanischen Doppelbesteuerungsabkommen, Einkommens- und Erbschaftssteuern; RIVIER, L'imposition des entreprises internationales, Diss. Lausanne 1964.

men trotz der dahin gehenden Bemühungen der Schweiz bis heute noch nicht geschlossen werden konnten³³. Wohl knüpfen die Bestimmungen der Doppelbesteuerungsverträge, wie das landesrechtliche internationale Steuerrecht³⁴, nur ausnahmsweise an die Nationalität der Steuerpflichtigen an³⁵, doch werden sie im Durchschnitt der Fälle auf Ausländer häufiger anwendbar sein als auf Inländer.

5. Neben den zweiseitigen Staatsverträgen, die auf den meisten der erwähnten Rechtsgebiete aus technischen und aus politischen Gründen vorherrschen, stehen die mehrseitigen Vereinbarungen (Konventionen, Übereinkünfte). Für die Rechtsstellung des Ausländers im allgemeinen sind namentlich die Haager Abkommen auf dem Gebiete des Privatrechts und des Zivilprozeßrechts wesentlich³⁶. Die Rechtsstellung einer besondern Gruppe von Ausländern wird in umfassender Weise durch das Genfer Abkommen über die Rechtsstellung der Flüchtlinge vom 28.7.1951³⁷ geordnet³⁸.

³³ Vgl. auch die Bemühungen des Steuerausschusses der OECD um den Abschluß und die Vereinheitlichung der Doppelbesteuerungsabkommen, die 1963 zur Aufstellung eines Musterabkommens geführt haben (Projet de convention de double imposition concernant le revenu et la fortune, Rapport du Comité Fiscal de l'O.C.D.E., 1963).

³⁴ Vgl. hinten § 7 Ziff. 6.

³⁵ Sie sind insofern nicht fremdenrechtlicher Natur (vgl. vorne § 1 Ziff. 2).

³⁶ Abkommen vom 12.6.1902 zur Regelung des Geltungsbereichs der Gesetze auf dem Gebiete der Eheschließung (BS 11, 795), Abkommen vom 12.6.1902 zur Regelung der Vormundschaft über Minderjährige (BS 11, 800), Übereinkommen vom 24.10.1956 über das auf Unterhaltsverpflichtungen gegenüber Kindern anzuwendende Recht (AS 1964, 1279), Übereinkommen vom 15.4.1958 über die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen auf dem Gebiete der Unterhaltspflicht gegenüber Kindern (AS 1964, 1283); Internationale Übereinkunft vom 17.7.1905 betreffend Zivilprozeßrecht (BS 12, 277), im Verhältnis zu einem Teil der Signatarstaaten ersetzt durch: Internationale Übereinkunft vom 1.3.1954 betreffend Zivilprozeßrecht (AS 1957, 467).

³⁷ AS 1955, 443.

³⁸ Vgl. hinten § 28.

6. Einen in die Zukunftweisenden Zuwachs verdankt das staatsvertragliche Fremdenrecht schließlich der Tätigkeit der internationalen Organisationen, denen die Schweiz angehört^{38a}. So enthalten gewisse im Rahmen der Internationalen Arbeitsorganisation (früher Internationales Arbeitsamt) geschlossene Abkommen Bestimmungen zum Schutze der ausländischen Arbeitnehmer³⁹. Die Regelung der Beschäftigung von Angehörigen der Mitgliedstaaten ist Gegenstand eines Beschlusses des Rates der Organisation für Europäische Zusammenarbeit (heute Organisation für Wirtschaftliche Zusammenarbeit und Entwicklung, OECD) vom 30.10.1953 / 5.3.1954 / 27.1.1956 / 7.12.1956, dem die Schweiz mit einigen Vorbehalten beigetreten ist⁴⁰.

Die Zugehörigkeit zur EFTA hat sich fremdenrechtlich noch nicht stark ausgewirkt: Art.16 Ziff.1 des Übereinkommens zur Errichtung der Europäischen Freihandelsasso-

^{38a} Vgl. MARTI S.124 ff.

³⁹ Vgl. namentlich Internationales Übereinkommen vom 5.6.1925/26.6.1961 über die Gleichbehandlung einheimischer und ausländischer Arbeitnehmer in der Entschädigung bei Betriebsunfällen (BS 14, 63; AS 1962, 1359); Übereinkommen vom 23.6.1934/26.6.1961 über die Gewährung von Versicherungsleistungen oder von Unterstützungen an unfreiwillig Arbeitslose (BS 14, 99; AS 1962, 1359); Internationale Übereinkunft (Nr.111) vom 25.6.1958 über die Diskriminierung in Beschäftigung und Beruf (AS 1961, 810); dazu Bericht der Studienkommission für das Problem der ausländischen Arbeitskräfte, S.47/48.

⁴⁰ Nach Ziff. 5 des Ratsbeschlusses muß Arbeitnehmern aus den Mitgliedstaaten nach mindestens fünfjährigem ordnungsgemäßigem Aufenthalt die Arbeitserlaubnis für die Fortsetzung ihrer Arbeitnehmertätigkeit erteilt werden, und zwar entweder für den gleichen Beruf oder, soweit darin eine besondere ernsthafte Arbeitslosigkeit herrscht, für einen andern Beruf. Von dieser Verpflichtung kann nur aus zwingenden Gründen des staatlichen Interesses Abstand genommen werden. Die Schweiz hat sich vorbehalten, diese Ausweisklausel unter dem Gesichtspunkte ihrer besonderen demographischen Lage auszulegen und ganz allgemein von Ziff. 5 abzuweichen, wenn die Anwendung der Bestimmung demographische Störungen zur Folge hätte; sie hat diesen Vorbehalt aber bisher nie angerufen

ziation⁴¹ verpflichtet die Mitgliedstaaten, den Staatsangehörigen der andern Mitgliedstaaten die Niederlassung und den Betrieb von wirtschaftlichen Unternehmungen zu gestatten und Vorschriften, welche solchen Staatsangehörigen eine weniger günstige Behandlung zuteil werden lassen als den eigenen, nicht derart anzuwenden, daß die vom Freihandel erhofften Vorteile vereitelt werden⁴².

7. Die Stellung des Ausländers im Gaststaat bildet dergestalt in immer stärkerem Maß den Gegenstand internationaler Abmachungen. Hierbei gewinnen neben den zweiseitigen Staatsverträgen die mehrseitigen Vereinbarungen an Bedeutung, als deren Träger oder Vermittler die Internationalen Organisationen in Erscheinung treten. Diese Entwicklung verschafft dem Ausländer vermehrten rechtlichen, sozialen und wirtschaftlichen Schutz⁴³.

3. Abschnitt

Übersicht über das schweizerische Fremdenrecht⁴⁴

§ 4. *Verfassungsmäßige Grundlagen*

1. Nach dem vorne in § 2 Gesagten lassen das allgemeine Völkerrecht und das Völkervertragsrecht eine unterschiedliche Behandlung der Inländer und Ausländer und damit die

(vgl. Bericht der Studienkommission für das Problem der ausländischen Arbeitskräfte, S. 46; der Ratsbeschluß ist veröffentlicht im [deutschen] Bundesarbeitsblatt, 2. Maiheft 1957). Dazu allgemein: HAHN, Wirtschaftsrecht der OECD, Archiv des Völkerrechts Bd. 13, S. 153 ff., insbes. S. 227 f.

⁴¹ AS 1960, 602.

⁴² Vgl. dazu FRÖHLICH, Niederlassungsrecht und Freizügigkeit in der EWG und EFTA, Diss. Zürich 1964, S. 66 ff.; KOHLI, Die Schweiz und die Internationalen Wirtschaftsorganisationen, ZSR NF 83 II, 1962, S. 409 f.; MARTI S. 126 f.

⁴³ Vgl. auch KLEEMANN, Die internationale Freizügigkeit der Arbeit, wirtschaftliche und gesellschaftliche Aspekte, Diss. St. Gallen 1965; KLAUS HUBER, Die ausländischen Arbeitskräfte in der Schweiz, Diss. Bern 1963.

⁴⁴ Vgl. dazu allgemein AUBERT, Le statut des étrangers en Suisse, ZSR NF 77 I, 1958, S. 215 ff.

Bildung von Fremdenrecht innerhalb bestimmter Schranken zu. Eine andere Frage ist es, inwieweit das eigene Verfassungsrecht hierfür Raum lasse. Nach Art. 4 BV sind alle Schweizer vor dem Gesetze gleich. Daß dieser Verfassungssatz von «Schweizern» spricht, besagt nicht, daß er sich nur auf das Verhältnis der staatlichen Gewalten zu den eigenen Staatsangehörigen beziehe. Die BV verwendet den Ausdruck «Schweizer» je nach dem sachlichen Zusammenhang für Schweizerbürger oder für das Individuum als solches. Daß Art. 4 BV den Ausdruck im zweiten Sinne gebraucht, erhellt schon daraus, daß der Rechtsstaat die Geltung des für ihn grundlegenden Gebots der Rechtsgleichheit⁴⁵ nicht auf einen Teil der Rechtsunterworfenen beschränken kann. Das Bundesgericht hat demgemäß in zwei neuesten Urteilen⁴⁶ in Bestätigung und Weiterentwicklung seiner Rechtsprechung erkannt, daß Art. 4 BV in allgemeiner Weise auch auf (in der Schweiz oder im Ausland wohnende) Ausländer anwendbar ist.

2. Im Regelfalle ist somit der Ausländer gleich wie der Schweizerbürger zu behandeln⁴⁷. Ausnahmen von diesem Grundsatz werden jedoch durch Art. 4 BV nicht ausgeschlossen. Der Gleichheitssatz gebietet, Gleiches nach Maßgabe seiner Gleichheit gleich, Ungleiches aber nach Maßgabe seiner Ungleichheit ungleich zu behandeln. Wo die Verschiedenheit der zu erfassenden Verhältnisse es erfordert, kann darum eine von der allgemeinen Ordnung abweichende Sonderregelung getroffen werden. Solche Unterschiede können, namentlich im Bereich des Niederlassungswesens im

⁴⁵ Vgl. KÄGI, Zur Entwicklung des schweiz. Rechtsstaates seit 1848, ZSR NF 71 I, 1952, S. 175 f.

⁴⁶ BGE 93 I 3; vgl. die französische Übersetzung in JdT 1967 I S. 290 ff.

⁴⁷ Da die Gleichbehandlung die Regel ist, spricht eine Vermutung für dieselbe. Sofern eine Norm nicht ausdrücklich oder dem klaren Sinne nach das Gegenteil anordnet, ist deshalb anzunehmen, sie stelle die Ausländer den Schweizerbürgern gleich. Vgl. dazu auch das vorne in § 1 Ziff. 2 Gesagte.

weiteren Sinne, aber auch auf andern Rechtsgebieten, zwischen Inländern und Ausländern sowie in einzelnen Punkten zudem zwischen Ausländern bestehen, welche aus verschiedenen Ländern stammen⁴⁸ oder verschieden enge Beziehungen zum Gaststaat angeknüpft haben. Die diesen Unterschieden Rechnung tragenden Sonderbestimmungen für Ausländer verstoßen daher nicht gegen Art. 4 BV⁴⁹.

3. Die BV selber sieht eine besondere Behandlung der Ausländer in Art. 69^{ter} und 70 für das Niederlassungswesen und die Ausweisung vor. Sie enthält daneben eine Anzahl Normen, welche nur für Inländer gelten⁵⁰. Im übrigen ist es innerhalb der vom Völkerrecht und der Verfassung gezogenen Schranken Sache der Gesetzgebung, einzelne Vorschriften als nur auf Inländer anwendbar zu erklären oder Sonderbestimmungen für Ausländer zu erlassen, soweit erhebliche Unterschiede vorliegen, die im Lichte der unserer Rechtsordnung zugrunde liegenden Werte eine verschiedene Behandlung als gerechtfertigt erscheinen lassen⁵¹.

4. Da die fremdenrechtlichen Normen des Landesrechts gleich denen des Völkergewohnheitsrechts kein geschlossenes System bilden, sind sie im Folgenden im Zusammenhang mit dem Rechtsgebiet zu betrachten, dem sie der Sache nach zugehören.

⁴⁸ VEBB 31 Nr. 105 II.

⁴⁹ Da der Grundsatz der Rechtsgleichheit sich auch auf die Handhabung derartigen Sonderrechts erstreckt, ist hingegen Art. 4 BV verletzt, wenn die Verwaltung oder der Richter bei der Anwendung der betreffenden Vorschriften auf den gegebenen Fall in Willkür verfällt oder gegenüber andern Fällen Unterscheidungen trifft, die sich nicht mit der Verschiedenheit der tatsächlichen Verhältnisse begründen lassen (BGE 93 I 4).

⁵⁰ Vgl. z.B. Art. 18 betreffend die Wehrpflicht, Art. 43, 44 und 45 betreffend Bürgerrecht, Stimmrecht und Niederlassung, Art. 74 und 75 betreffend Wahl des Nationalrates, Art. 89, 89^{bis} und 121 betreffend Referendum und Initiative, Art. 96 und 108 betreffend Wählbarkeit der Bundesräte und Bundesrichter.

⁵¹ NEF, Rechtsgleichheit, SJK 546 S. 2.

§ 5. *Privatrecht, internationales Privatrecht, Zivilprozeß*

1. Entsprechend den humanitären Ideen⁵² und dem Gleichheitsgedanken, der in Art. 11 ZGB seinen Ausdruck gefunden hat und dem gesamten Zivilrecht innewohnt, kennt das materielle Privatrecht nur wenige Vorschriften, die den Ausländer anders behandeln als den Schweizer⁵³. Dagegen wird dem Ausländer der Zugang zu einzelnen privaten Rechten durch verwaltungsrechtliche Vorschriften erschwert oder versagt: So erklärt der BB vom 23.3.1961/30.9.1965⁵⁴ den Erwerb von Grundstücken durch Personen im Ausland als bewilligungspflichtig⁵⁵. Das Nationalbankgesetz vom 23.12.1953⁵⁶ läßt in Art. 7 nur Schweizerbürger und juristische Personen schweizerischen Charakters zur

⁵² EGGER, Über die Rechtsethik des ZGB; LIVER, Berner Kommentar, Einleitungsband, Einleitung, N. 99 ff.

⁵³ Art. 711, 764, 813 und 895 OR bezüglich der Verwaltung der AG sowie der Kommandit-AG, der Geschäftsführung der GmbH und der Verwaltung der Genossenschaft; Art. 14 SchlT OR betreffend Verlegung des Sitzes einer AG in die Schweiz (vgl. OFTINGER, La situation des étrangers dans le nouveau droit commercial suisse, Revue pratique de droit international 1937).

⁵⁴ BB über die Bewilligungspflicht für den Erwerb von Grundstücken durch Personen im Ausland (AS 1961, 203; 1965, 1239).

⁵⁵ Die Bewilligungspflicht galt zunächst für alle Personen mit Wohnsitz im Ausland, die nicht in der Schweiz geboren waren und nicht während wenigstens 15 Jahren hier gewohnt hatten, also auch für Schweizerbürger. Bei der Revision vom 30.9.1965 wurde die persönliche Geltung des Erlasses (zum Schutze der Auslandsschweizer) neu umschrieben und auf jene Personen mit Wohnsitz im Ausland eingeschränkt, die nicht das Recht haben, sich in der Schweiz niederzulassen. Die Bewilligungspflicht gilt somit nur noch für (im Ausland wohnhafte) Ausländer (vgl. hinten § 17 Ziff. 2A. 139). Aus dem Schrifttum zum BB: BERNHARD, ZBl 1963 S. 137 ff.; HUBER, ZBGR 42 (1961) S. 124 ff.; DERS., SJZ 60 S. 133 ff., 153 ff.; JUNOD, L'acquisition d'immeubles en Suisse par des personnes domiciliées à l'étranger, in: Mémoires publiés par la Faculté de Droit de Genève, Nr. 16 S. 109 ff.; DERS., Revue de droit administratif et de droit fiscal, 21 S. 161 ff., 221 ff.; MUFF, ZBGR 44 (1963) S. 1 ff.; SCHWEIZER, ZBl 1962 S. 33 ff.; VONTOBEL, ZBGR 44 (1963) S. 193 ff.; WIPFLI, Die Genehmigungspflicht beim Grundstückerwerb, Diss. Zürich 1966.

⁵⁶ AS 1954, 599.

Eintragung in das Aktienbuch und zur Zeichnung neuer Aktien zu. – Sedes materiae des privatrechtlichen Fremdenrechts ist im übrigen das internationale Privatrecht⁵⁷.

2. Im Zivilprozeßrecht beschränken sich die fremdenrechtlichen Normen zur Hauptsache auf Bestimmungen über die besondere Kostenversicherung (*cautio iudicatum solvi*) des Ausländers, über die Gewährung der unentgeltlichen Rechtsverfolgung (Armenrecht) an Ausländer sowie über die Zulassung ausländischer Rechtsanwälte⁵⁸.

§ 6. *Strafrecht, Strafprozeß, Auslieferung*

1. Das materielle Strafrecht kennt in der Landesverweisung (Art. 42 Ziff. 1, 55, 104 Abs. 2, 199 Abs. 3, 202 Ziff. 4 StGB; Art. 40 MStG) und im gerichtlichen Aufenthaltsverbot (Art. 16 StGB) eine Nebenstrafe bzw. Maßnahme, die nur auf Ausländer anwendbar ist⁵⁹. Andere Bestimmungen, die an die Nationalität des Täters⁶⁰ anknüpfen, sind im Strafrecht, das in eben dem Maß wie das Privatrecht vom Gleichheitsgedanken beherrscht wird⁶¹, selten⁶². Aus dem Nebenstrafrecht ist Art. 23 ANAG zu nennen, der die Verletzung fremdenpolizeilicher Vorschriften unter Strafe stellt und einzelne Tatbestände (z.B. Abs. 3) umfaßt, die nur durch einen Ausländer begangen werden können⁶³.

⁵⁷ Vgl. das Korreferat von R.-F. VAUCHER.

⁵⁸ GULDENER, Das internationale und interkantonale Zivilprozeßrecht der Schweiz, S. 11 ff. und die dort angeführten Gesetzesbestimmungen und Staatsverträge.

⁵⁹ Vgl. hinten § 26 Ziff. 2 und 3.

⁶⁰ Auf die Nationalität des Opfers kommt es im Strafrecht nicht an. Vgl. immerhin die Anregungen von SCHULTZ (SJZ 60 S. 82).

⁶¹ GERMANN, Kommentar zum StGB, N. 24 der allgemeinen Vorbemerkungen.

⁶² Sie wirken sich zudem in der Regel zugunsten des Ausländers aus: So wird nur der Schweizer wegen Waffenhilfe gegen die Eidgenossenschaft (Art. 90 MStG) und fremden Militärdienstes (Art. 94 MStG) bestraft.

⁶³ RUTH S. 123 ff.

2. Im Strafprozeßrecht treffen lediglich die Vorschriften über die Zulassung ausländischer Verteidiger (Art.35 Abs.4 BStP)⁶⁴ nur den Ausländer. Die Bestimmungen über die Verhaftung von Personen, die im Lande keinen festen Wohnsitz haben (Art.44 Ziff.1 BStP), die Fluchtkaution (Art.53 ff.BStP), das freie Geleit (Art.61 BStP) u.dgl. gelten dagegen auch für Schweizer⁶⁵.

3. Von größter praktischer Bedeutung sind auf diesem Gebiete die Bestimmungen über die Auslieferung, die, da nur Ausländer ausgeliefert werden dürfen, fremdenrechtlicher Natur sind⁶⁶.

§ 7. Staats- und Verwaltungsrecht

1. Die meisten fremdenrechtlichen Normen kennt dem Wesen der Sache nach das Staats- und Verwaltungsrecht. Hinsichtlich der Frage, inwieweit der Ausländer in den Genuß der Freiheitsrechte gelangt, sei auf die mehrfach erwähnte Untersuchung von MATHILD HAUSER verwiesen, die den Gegenstand umfassend behandelt. Zusammenfassend ist festzustellen, daß der Ausländer aller Freiheitsrechte teilhaftig wird, die dem Einzelnen als Menschen zustehen (allgemeine Menschenrechte), nicht aber jener, die an seine Staatsangehörigkeit anknüpfen. Zur ersten Gruppe ge-

⁶⁴ Die meisten kantonalen Rechte kennen entsprechende Vorschriften. Der Kürze halber wird im Folgenden jedoch bloß auf die Bestimmungen der BStP verwiesen.

⁶⁵ Sie werden allerdings Ausländern gegenüber häufiger angewandt. So lassen die Lebensverhältnisse des Fremden vielfach die Annahme einer Fluchtgefahr zu. Dieser Schluß ist indessen in jedem einzelnen Falle anhand der gegebenen Umstände zu begründen; eine allgemeine Vermutung, der Ausländer sei «fluchtgefährlich», wäre unzulässig.

⁶⁶ BG betreffend die Auslieferung gegenüber dem Ausland vom 22.1.1892 (BS 3, 509); SCHULTZ, Das schweizerische Auslieferungsrecht; DERSELBE, Neue Probleme des internationalen Strafrechts und des Auslieferungsrechtes, SJZ 60 S.81 ff.; vgl. hinten § 26 Ziff.4.

hören die Rechtsgleichheit⁶⁷, die persönliche Freiheit und das Hausrecht, die Religionsfreiheit (Glaubens-, Gewissens- und Kultusfreiheit), die Freiheit der Wissenschaft und des Unterrichts, die Petitionsfreiheit und die Eigentumsfreiheit⁶⁸. Die Meinungsäußerungs-, Presse- und Versammlungsfreiheit kommen dem Ausländer in unpolitischen Belangen gleich wie dem Inländer zu; im politischen Bereich stehen diese Freiheiten hingegen für den Ausländer unter verstärkten polizeilichen Vorbehalten⁶⁹.

Die verfassungsmäßige Garantie der Handels- und Gewerbefreiheit (Art. 31 BV) hat für den Ausländer keine Geltung; diese Freiheit wird ihm nach der Rechtsprechung und der herrschenden Lehre⁷⁰ nur im Rahmen der mit seinem Heimatstaat abgeschlossenen Vereinbarungen zuteil. Entsprechendes gilt für die Niederlassungsfreiheit (Art. 45 BV), die dem Ausländer gleichfalls nicht verfassungsmäßig gewährleistet ist, sondern bloß nach Maßgabe des Staatsvertragsrechts und der Gesetzgebung zukommt. Die Regelung der Anwesenheit des Ausländers im Gaststaat bildet Gegenstand des Fremdenpolizeirechts, das seit je den Kern der fremdenrechtlichen Normen darstellt⁷¹.

⁶⁷ BGE 93 I 3.

⁶⁸ MEIER-HAYOZ, Das Eigentum, Systematischer Teil, N. 214b und 253; vgl. immerhin die Einschränkungen, die sich aus dem BB vom 23. 3. 1961/30. 9. 1965 über die Bewilligungspflicht für den Erwerb von Grundstücken durch Personen im Ausland (AS 1961, 203; 1965, 1239) ergeben.

⁶⁹ Vgl. Art. 21 Abs. 3 ANAV; BRB vom 24. 2. 1948 betreffend politische Reden von Ausländern (AS 1948, 119). Für die Vereinsfreiheit: HANS HUBER, Die Vereinsfreiheit der Ausländer, in: Festschrift für Hermann Jahrreiß.

⁷⁰ Vgl. die von MARTI (S. 23 ff.) angeführte Doktrin und Praxis. MARTI selber vertritt dagegen eine differenziertere Betrachtungsweise.

⁷¹ In vielfacher Beziehung dazu stehen die Sondervorschriften über die Ausübung einer Tätigkeit, namentlich eines Berufes oder Gewerbes, durch den Ausländer.

2. Die politischen Rechte wurden in der Schweiz stets als unmittelbarer Ausfluß der Staatsangehörigkeit betrachtet. Die Ausländer sind demgemäß von der Bildung des Staatswillens im Bund (Art. 74, 89, 89^{bis}, 121 BV), in den Kantonen und grundsätzlich auch in den Gemeinden ausgeschlossen. Die Ausnahmen von dieser Regel sind selten und betreffen lediglich politisch weniger wichtige Materien wie Gemeindesachen und kirchliche Angelegenheiten⁷².

So besitzen im Kanton Neuenburg die Ausländer das Stimmrecht (nicht aber das passive Wahlrecht) in Gemeindesachen nach fünfjährigem Wohnsitz im Kanton und einjährigem Wohnsitz in der Gemeinde (Art. 3 de la loi de 1916 sur l'exercice des droits politiques).

Im Kanton Thurgau besitzen die niedergelassenen Ausländer, die einer Korporation angehören, das Stimmrecht in den Angelegenheiten dieser Korporation (§ 7 Abs. 2 KV, § 1 Abs. 2 des Gesetzes betreffend Stimmberechtigung usw.; Rechtsbuch Nr. 23).

Im Kanton Freiburg kann ein in der Gemeinde steuerpflichtiger und im Kanton wohnhafter Ausländer sich durch einen Schweizerbürger in der Versammlung der Steuerpflichtigen (*assemblée des contribuables*), welche über die Steuererhebung und bedeutende Gemeindeausgaben zu beschließen hat, vertreten lassen (Art. 8 und 9 des Gesetzes vom 19.5.1894 über die Gemeinden und Pfarreien).

Der Grundsatz der Universalität der Kirche, zu dem sich alle drei Konfessionen bekennen, läßt eine Unterscheidung zwischen ausländischen und inländischen Kirchgenossen nicht zu. Hinsichtlich des Stimmrechts hat indessen nur ein Teil der Landeskirchen die sich daraus ergebenden Folgerungen gezogen. In kirchlichen Angelegenheiten sind die Ausländer wie folgt stimmberechtigt⁷³:

Basel-Stadt: alle Konfessionen (Karenzfrist 1 Jahr).

Basel-Landschaft: alle Konfessionen (mit verschiedenen langen Karenzfristen).

Schaffhausen: evangelisch-reformierte Landeskirche.

Appenzell-A. Rh.: evangelisch-reformierte Landeskirche.

Graubünden: evangelisch-reformierte Landeskirche⁷⁴.

⁷² Vgl. GIACOMETTI, Staatsrecht der Kantone, S. 186/87.

⁷³ Vgl. YOLANDE GAMMENTHALER, Das Gemeindeprinzip der reformierten Landeskirche, Diss. Zürich 1956, S. 70 ff.

⁷⁴ YOLANDE GAMMENTHALER (S. 72) betrachtet auf Grund von Art. 7 der Kirchlichen Verfassung des evangelischen Teils alle Aus-

Thurgau: In der evangelisch-reformierten Landeskirche ist die Einführung des Ausländerstimmrechts den Gemeinden überlassen. Es soll aber noch keine Gemeinde davon Gebrauch gemacht haben.

Waadt: evangelisch-reformierte Landeskirche.

Wallis: katholische und evangelisch-reformierte Kirche (Ausländer mit Wohnsitz).

Neuenburg: evangelisch-reformierte Kirche.

Genf: evangelisch-reformierte und katholische Kirche (Karenzfrist: 2 Jahre).

3. Die Teilnahme an Wahlen und Abstimmungen im Heimatstaat steht dem Ausländer nach Maßgabe des Rechts dieses Staates zu. Da Wahlen und Abstimmungen staatliche Hoheitsakte sind, hat die Schweiz sich bisher stets allen Versuchen widersetzt, dem Ausländer die Stimmabgabe vom Gaststaate aus (sei es auf dem Korrespondenzweg oder durch Vorsprache beim zuständigen Konsulat) zu ermöglichen⁷⁵.

4. Wie die Ausübung der politischen Rechte, so setzt die Wählbarkeit in Behörden und Beamtungen grundsätzlich den Besitz des Schweizerbürgerrechts voraus, doch kennt auch diese Regel Ausnahmen. Nach Art. 2 des BG vom 30.6.1927 über das Dienstverhältnis der Bundesbeamten⁷⁶ ist als Beamter jeder Schweizerbürger wählbar (Abs. 1 Satz 1); mit Zustimmung des Bundesrates kann die Wahlbehörde indessen ausnahmsweise auf das Erfordernis des Schweizerbürgerrechts verzichten (Abs. 2). Entsprechende Vorschriften sind in den Beamtengesetzen und -ordnungen der meisten Kantone und Gemeinden enthalten. Als wohl einziger Kanton erlaubt Basel-Stadt sogar die Wahl von Ausländern in Gerichte: Die ordentlichen und außerordentlichen Pro-

länder als stimmberechtigt. Nach Auskunft des Dekanats ist die Einführung des Ausländerstimmrechts in der Praxis aber den Gemeinden überlassen.

⁷⁵ WIEDERKEHR, Der Staat und seine Bürger im Ausland, Diss. Zürich 1963 S. 86; vgl. auch Botschaft des Bundesrates über die Ergänzung der BV durch einen Art. 45^{bis} betreffend die Schweizer im Ausland (BBl 1965 II 440).

⁷⁶ BS 1, 490; vgl. MARTI S. 169.

fessoren der juristischen Fakultät der dortigen Universität können zu Statthaltern, Richtern und Ersatzrichtern des Zivil- und Strafgerichts gewählt werden, auch wenn sie nicht Schweizerbürger sind⁷⁷. – Nicht als Beamtung in diesem Sinne ist das Amt des Vormundes zu verstehen: Der Ausländer kann zum Vormund (Beistand, Beirat) ernannt werden und er kann beim Vorliegen der in Art. 382–384 ZGB umschriebenen Voraussetzungen zur Übernahme dieses Amtes verpflichtet werden⁷⁸.

5. Bei der Erfüllung der öffentlichen Pflichten kommt dem Ausländer vorweg insofern eine Sonderstellung zu, als er von der Erbringung der Leistungen, die ein besonderes Treueverhältnis zum Staat voraussetzen, befreit ist: Der Ausländer ist nicht militärdienstpflichtig (Art. 1 MO)⁷⁹, auch nicht im Hilfsdienst⁸⁰. Er hat keinen Militärpflichtersatz zu leisten⁸¹. Dagegen kann der Ausländer im Zivilschutz in den Betriebsschutz und in die Hauswehr eingeteilt werden, in der Regel allerdings nicht als Vorgesetzter⁸². Der Ausländer kann ebenfalls in die zivile Feuerwehr und ähnliche zivile Organisationen zur Gefahrenabwehr auf örtlicher Grundlage einberufen werden^{83, 84}.

6. Das schweizerische Steuerrecht kannte bis vor kurzem nur wenige abweichende Vorschriften für die Besteue-

⁷⁷ Gesetz betreffend Wahl und Organisation der Gerichte und richterlichen Beamtungen vom 27. 6. 1895, § 5 Ziff. 4 (BS 1 S. 162).

⁷⁸ KAUFMANN, N. 7 zu Art. 382 ZGB.

⁷⁹ AS 1961, 231; vgl. PROBST, Zwischenstaatliche Abgrenzung der Wehrpflicht, Diss. Bern 1955, S. 76 ff.

⁸⁰ BRB vom 1. 6. 1951 über den Hilfsdienst, Art. 1 (AS 1951, 513).

⁸¹ BG vom 12. 6. 1959 über den Militärpflichtersatz, Art. 1 (AS 1959, 2035); vgl. dazu die Botschaft des Bundesrates (BB1 1958 II 346).

⁸² BG vom 23. 3. 1962 über den Zivilschutz, Art. 41 Abs. 3 (AS 1962, 1098); in Zeiten des aktiven Dienstes kann der Bundesrat die Zivilschutzdienstpflicht der Ausländer ausdehnen (Art. 44 leg. cit.).

⁸³ STREKEISEN, Die öffentlich-rechtliche Stellung der Ausländer in der Schweiz, Diss. Zürich 1912, S. 106; PROBST S. 83.

⁸⁴ Diese Regeln stehen im Einklang mit den vorne in § 2 Ziff. 5 a angeführten völkerrechtlichen Grundsätzen.

rung von Ausländern. Die Schwierigkeiten der steuerlichen Erfassung der in großer Zahl zugeströmten Arbeitskräfte, die sich teilweise bloß vorübergehend im Lande aufhalten, haben seit Mitte der Fünfzigerjahre in immer mehr Kantonen zur Erhebung einer besonderen Quellensteuer auf dem Erwerbseinkommen kontrollpflichtiger Ausländer geführt, wie sie auch die Nachbarstaaten kennen⁸⁵. Der Arbeitgeber ist hierbei verpflichtet, bei jeder Lohnauszahlung an die der Steuer unterworfenen Arbeitnehmer einen Steuerbetrag abzuziehen und periodisch der Steuerverwaltung abzuliefern. Mit dem Steuerbetrag werden die direkten Steuern des Kantons und der Gemeinde sowie teilweise auch die Wehrsteuer abgegolten. Die Höhe des Abzugs richtet sich nach besonderen Ansätzen, die auf das mutmaßliche Jahreseinkommen abstellen, nach der Höhe des Einkommens abgestuft sind und den Familienlasten sowie weiteren Sozialaufwendungen Rechnung tragen. Bei der Aufstellung dieser Ansätze wird an Stelle der unterschiedlichen Gemeindesteueransätze ein Mittelwert gewählt. Die Steuerbelastung des der Quellensteuer unterworfenen Ausländers kann aus diesem wie aus andern Gründen von jener der übrigen Steuerpflichtigen abweichen. Die Unterschiede (die sich zulasten oder zugunsten des Ausländers auswirken können) sind in der Regel unbedeutend und können vom Standpunkt der Steuergerechtigkeit wie auch der Rechtsgleichheit aus in Kauf genommen werden⁸⁶. Weitaus größere Bedenken erheben sich unter dem Gesichtswinkel der rechtsgleichen Behandlung jedenfalls gegen die Steuerprivilegien, die verschiedene Kantone und Gemeinden finanzkräftigen Ausländern und ausländischen juristischen Personen einräumen.

⁸⁵ Vgl. die umfassende Darstellung von REIMANN, Die Quellensteuer für erwerbstätige Ausländer, ZBl 1966 S.89 ff. und das auf S.103 angeführte Schrifttum; Bericht der Studienkommission für das Problem der ausländischen Arbeitskräfte, S.59 ff.; ferner die Entscheide BGE 88 I 33, 91 I 85, ZBl 1966 S.175.

⁸⁶ BGE 91 I 89 Erw. 4.

Nicht fremdenrechtlicher Natur ist im allgemeinen das internationale Doppelbesteuerungsrecht; es ist zwar für den Ausländer von größter praktischer Bedeutung, stellt jedoch in der Regel für ihn keine Sondernormen auf, da es vorwiegend an den Wohnsitz bzw. den Ort der gelegenen Sache oder die Betriebsstelle und nicht an die Nationalität des Steuerpflichtigen anknüpft.

Aus dem übrigen Abgaberecht fällt in Betracht, daß der Ausländer für die Benutzung von Anstalten in vielen Fällen höhere Gebühren zu entrichten hat als der Schweizerbürger⁸⁷.

7. Eine unterschiedliche Behandlung wird dem Ausländer vielfach auch mit Bezug auf die öffentlichen Leistungen zuteil. So kann ihm die Benutzung einer öffentlichen Anstalt, wie namentlich einer höheren Schule, untersagt oder erschwert werden, um genügend Plätze für Inländer bereitzuhalten⁸⁸. Andere Benutzungsbeschränkungen haben zum Ziel, den schweizerischen Charakter der Anstalt zu wahren⁸⁹. Gewisse Monopol- und Aufsichtskonzessionen, so im Bereich des Eisenbahn-⁹⁰, des Luftverkehrs-⁹¹ und des Rohrleitungswesens⁹² können Ausländern und ausländischen Un-

⁸⁷ Vgl. VEBB 12 Nr. 1.

⁸⁸ BURCKHARDT, Bundesrecht I Nr. 110 III; FEHRLIN S. 100; Bericht LABHARDT über Fragen der Hochschulförderung, S. 105.

⁸⁹ Vgl. Seeschiffahrtsgesetz vom 23. 9. 1953/14. 12. 1965, Art. 20 ff. (AS 1956, 1310; 1966, 1453), wonach die Eintragung im Register der schweizerischen Seeschiffe davon abhängig ist, daß das Schiff im Eigentum von Schweizerbürgern bzw. eines Unternehmens ist, das von Schweizerbürgern beherrscht wird.

⁹⁰ Nach dem Eisenbahngesetz vom 20. 12. 1957, Art. 13 (AS 1958, 338) muß die Mehrheit der Mitglieder der Verwaltung eines konzessionierten Eisenbahnunternehmens aus Schweizerbürgern bestehen.

⁹¹ Gemäß dem Luftfahrtgesetz vom 21. 12. 1948, Art. 34 (AS 1950, 477) bleibt die gewerbsmäßige Beförderung von Personen und Gütern im Luftverkehr zwischen zwei in der Schweiz gelegenen Orten grundsätzlich schweizerischen Unternehmen vorbehalten.

⁹² Nach dem Rohrleitungsgesetz vom 4. 10. 1963, Art. 4 (AS 1964, 100) kann eine Konzession für den Bau und Betrieb einer Rohrlei-

ternehmen nicht verliehen werden⁹³. Entsprechende Einschränkungen gelten für einzelne Sondernutzungskonzessionen, so auf dem Gebiete der Wasserkraftnutzung⁹⁴ und des Bergbaus⁹⁵. Der Sache, wenn auch nicht der Rechtsnatur nach, sind damit die Einschränkungen verwandt, die mit gewissen Polizeierlaubnissen verknüpft sind⁹⁶.

8. Vorbehalte zugunsten der Schweizerbürger oder schweizerischer Unternehmen kennt ferner das Subventionswesen⁹⁷.

9. Je mehr sich im Bunde und in den Kantonen sozialstaatliche Züge ausprägen, desto größere Bedeutung kommt den Vorschriften über den Anteil der Ausländer an der staat-

tungsanlage, welche die Landesgrenze kreuzt, nur an Schweizerbürger mit Wohnsitz in der Schweiz und schweizerische juristische Personen erteilt werden.

⁹³ Bezüglich der Beschränkungen, die einzelne Kantone für die Abgabe von Jagdpatenten und die Vergebung von Jagdpachten an Ausländer vorsehen, vgl. BURCKHARDT, Bundesrecht Nr.1092, 1097 I; betreffend Jagdgebühren daselbst Nr.1895, 1896.

⁹⁴ Laut Art.40 Abs.2 und 3 WRG (BS 4, 739) dürfen Wasserrechte (vorbehaltlich solcher an Grenzgewässern) nur an Schweizerbürger bzw. juristische Personen in der Schweiz verliehen werden, deren Verwaltung zu mindestens zwei Dritteln aus Schweizerbürgern besteht.

⁹⁵ Nach dem Konkordat der nordostschweizerischen Kantone vom 29.9.1955 betreffend die Schürfung und Ausbeutung von Erdöl, Art.3 Abs.2, müssen sich drei Viertel des Aktienkapitals der Ausbeutungsgesellschaft dauernd in schweizerischem Eigentum befinden. Betreffend die Einschränkungen, die verschiedene kantonale Rechte für den Erwerb von Bergwerkskonzessionen vorsehen vgl. BURCKHARDT, Bundesrecht, Nr.106.

⁹⁶ Gemäß dem BG vom 23.12.1959 über die friedliche Verwendung der Atomenergie und den Strahlenschutz, Art.5 Abs.3 (AS 1960, 542) kann der Bundesrat die Bewilligung zur Erstellung oder zum Betrieb einer Atomanlage davon abhängig machen, daß der Gesuchsteller Schweizerbürger ist und in der Schweiz wohnt.

⁹⁷ Z.B. Vollziehungsverordnung I vom 28.12.1962 zum BG über das Filmwesen, Art.5 lit.b (AS 1962, 1716); BG vom 19.3.1965 über die Gewährung von Beiträgen an die Aufwendungen der Kantone für Stipendien, Art.5 Abs.1 (AS 1965, 478).

lichen Daseinsvorsorge zu. Die Vorschriften über die Betreuung (und Heimschaffung) in Not geratener Ausländer treten dabei gegenüber den Bestimmungen über ihre Rechtsstellung im Sozialversicherungsrecht⁹⁸ immer mehr in den Hintergrund.

10. Dem Fremdenrecht ist schließlich in einem gewissen Sinne auch die Einbürgerung zuzurechnen, die das Ende des Status als Ausländer herbeiführt⁹⁹.

⁹⁸ Vgl. Art. 90 KUVG, Art. 18, 40 AHVG und das Staatsvertragsrecht. Es wird hierfür in allgemeiner Weise auf das Korreferat von R.-F. VAUCHER verwiesen.

⁹⁹ BG vom 29. 9. 1952 über Erwerb und Verlust des Schweizerbürgerrechts (AS 1952, 1087) und die kantonalen Bürgerrechtsgesetze (vgl. GIACOMETTI, Staatsrecht der Kantone, S. 105 ff.).

2. Teil

DAS FREMDENPOLIZEIRECHT

1. Abschnitt:

Grundfragen

§ 8. *Die Vorgeschichte der heutigen Regelung*

1. Bei der Gründung des Bundesstaates verblieb die Gesetzgebungs- und Verwaltungshoheit im Bereiche der Fremdenpolizei, d.h. der Regelung der Anwesenheit des Ausländers im Gaststaat¹ den Kantonen, die grundsätzlich frei darüber entscheiden konnten, ob sie einen Ausländer in ihr Gebiet einlassen, darauf dulden oder daraus wegweisen wollten. In der Betätigung dieser Zuständigkeit wurden die Kantone allerdings durch das Staatsvertragsrecht des Bundes eingengt: Da die vor dem ersten Weltkrieg abgeschlossenen Niederlassungsverträge den Angehörigen des andern Vertragsstaates freie Bewegung und Niederlassung einräumten² und da über 95% der in der Schweiz lebenden Ausländer Vertragsstaaten angehörten, waren die Kantone nicht in der Lage, auf das Fremdenpolizeiwesen maßgebenden Einfluß zu nehmen³. Eine weitere Einschränkung erfuhren die Befugnisse der Kantone durch das dem Bund in Art. 70 BV vorbehaltene Recht, Fremde, welche die innere oder äußere Sicherheit der Eidgenossenschaft gefährden, aus dem schweizerischen Gebiet wegzuweisen⁴. Der Bund leitete aus

¹ RUTH S. 2 Ziff. 1; MARTI S. 131.

² MATHILD HAUSER S. 134; vgl. vorne § 5 Ziff. 2.

³ RUTH S. 4 Ziff. 4; Botschaft des Bundesrates vom 2. 6. 1924 über die bundesrechtliche Regelung von Aufenthalt und Niederlassung der Ausländer (BBl 1924 II 511); Sten Bull 1948 NatR 229 f.

⁴ Vgl. dazu WALTER SCHINDLER, Die Fremdenausweisung aus politischen Gründen nach schweizerischem Bundesstaatsrecht, Diss. Zürich 1930.

dieser Bestimmung auch die Zuständigkeit zum Entscheid über die Asylgewährung, die Internierung und Betreuung von Flüchtlingen ab^{5,6}. Die Kantone konnten bei dieser Sachlage ihre fremdenpolizeilichen Befugnisse praktisch nur auf dem Gebiete des Kontrollwesens und der Abschiebung nicht einwandfreier Ausländer frei ausüben.

2. Im ersten Weltkrieg wurde es notwendig, die Ein- und Ausreise sowie den Aufenthalt der Ausländer scharf und in einheitlicher Weise zu überwachen. Der Bundesrat griff in dieser Richtung kraft seiner außerordentlichen Vollmachten ein. Er erließ die Verordnung vom 21.11.1917 über die Grenzpolizei und die Kontrolle der Ausländer, die er am 17.11.1919 durch die Verordnung über die Kontrolle der Ausländer ersetzte, an deren Stelle am 29.11.1921 eine neue Verordnung gleichen Namens trat. Zweck dieser Erlasse war der Schutz der Schweiz vor unerwünschten Elementen, die Verhütung größerer Arbeitslosigkeit und die Abwehr der allgemeinen Überfremdung⁷.

3. Nach dem ersten Weltkrieg zeigte es sich, daß auf eine eidgenössische Ordnung des Fremdenpolizeirechts nicht verzichtet werden konnte. Im Zeichen der Überführung des Vollmachtenrechts in die ordentliche Gesetzgebung mußte dieser die verfassungsmäßige Grundlage geschaffen werden⁸.

⁵ BURCKHARDT, Komm. S. 634; vgl. ferner LANGHARD, Die politische Polizei der Schweizerischen Eidgenossenschaft.

⁶ Diese Zuständigkeit wird dem Bund nunmehr in Art. 69^{ter} Abs. 2 lit. d BV ausdrücklich zuerkannt.

⁷ Vgl. die Darstellung des Fremdenpolizeiwesens während und nach dem ersten Weltkrieg bei RUTH (S. 5 ff.) sowie die Übersicht über die vom Bundesrat erlassenen fremdenpolizeilichen Notverordnungen bei SAND (Das Verfahren der administrativen Ausweisung der Ausländer aus der Schweiz, Diss. Bern 1928).

⁸ Der Schweizerische Juristenverein leistete seinen Beitrag an die Neugestaltung des Fremdenpolizeirechts, indem er die «Grundsätze des Niederlassungsrechtes der Fremden in der Schweiz» zum 1. Thema seiner Jahresversammlung 1923 in Frauenfeld wählte (vgl. hierüber FRITZSCHE, Der Schweizerische Juristenverein 1861–1960, S. 210 ff.). Referenten waren der spätere Berner Professor von

Der Bundesrat beantragte in der Botschaft vom 2.6.1924 über die bundesrechtliche Regelung von Aufenthalt und Niederlassung der Ausländer⁹ die Aufnahme eines Art. 47^{bis} BV, der bereits die Grundgedanken des heutigen Art. 69^{ter} BV enthält. Der Ständerat versetzte die Bestimmung nach Art. 69 BV^{9a} und arbeitete in seiner Fassung klarer heraus, «daß insoweit dem Bunde das endgültige Entscheidungsrecht nicht ausdrücklich vorbehalten sei, (dieses) den Kantonen zusteht»¹⁰. Der Nationalrat stimmte zu¹¹. Der Artikel wurde in der Volksabstimmung vom 25.10.1925 angenommen¹².

4. Gestützt auf die neue Verfassungsbestimmung wurde am 26.3.1931 das BG über Aufenthalt und Niederlassung der Ausländer (ANAG) erlassen¹³. Dieses übernahm im wesentlichen die geltende vollmachtenrechtliche Ordnung, baute jedoch gewisse kriegsbedingte Einschränkungen ab und bemühte sich im übrigen um eine bessere methodische Erfassung des Stoffes¹⁴. Das ANAG trat am 1.1.1934 in Kraft, nachdem der Bundesrat am 5.5.1933 eine Vollzie-

WALDKIRCH (Die Grundsätze des Niederlassungsrechtes der Fremden in der Schweiz, ZSR NF 42, 1923, S. 56 a ff.) und der spätere Bundesrichter PETITMERMET (Les principes à la base du droit d'établissement des étrangers en Suisse, ZSR 42 S. 97 a ff.).

⁹ BBl 1924 II 493.

^{9a} Diese Versetzung war mehr als eine bloß redaktionelle Änderung: Während der Bundesrat das Fremdenpolizeirecht noch im Zusammenhang mit dem Niederlassungswesen im allgemeinen (Art. 43–48 BV) sah und es in die Nähe der Niederlassungsfreiheit der Schweizer (Art. 45 BV) rückte, stellte der Ständerat die Beziehung zu Art. 70 BV her, der die Fremdenfrage unter dem Gesichtswinkel der innern und äußern Sicherheit des Landes behandelt.

¹⁰ StenBull 1924 StR 284, 1925 StR 240, 293.

¹¹ Mit einer kleinen Änderung (StenBull 1925 NatR 401, 550).

¹² Vgl. BURCKHARDT, Komm. S. 622.

¹³ BS 1, 121.

¹⁴ Botschaft des Bundesrates vom 17.6.1929 zu einem Gesetzesentwurf über Aufenthalt und Niederlassung der Ausländer (BBl 1929 I 14; StenBull 1930 NatR 581, 693, 758, StR 335; RUTH S. 16).

hungsverordnung¹⁵ erlassen hatte. Die Verordnung trug bereits den durch die Wirtschaftskrise ausgelösten Schwierigkeiten auf dem Arbeitsmarkt Rechnung¹⁶. In der Folge trat die Flüchtlingsfrage in den Vordergrund^{17,18}. Die Wahrung der innern und äußern Sicherheit der Schweiz in der Zeit des zweiten Weltkrieges stellte weitere gewichtige fremdenpolizeiliche Probleme.

5. Die Erfahrungen, die unter den schwierigen Bedingungen der Krisen- und Kriegsjahre gesammelt worden waren, der Zwang zum Abbau des Notrechts und die Aussicht, einer neuen Zuwanderungswelle begegnen zu müssen, gaben Anlaß zu einer Revision des ANAG, die rund zwei Drittel seiner Artikel¹⁹ erfaßte. Hauptanliegen der Revision waren die Besserstellung der schriftenlosen Ausländer sowie die schärfere Fassung der Vorschriften über die Beendigung des Aufenthaltsverhältnisses und der Ausweisung. Auf Grund einer Botschaft des Bundesrates vom 8.3.1948²⁰ wurde, ohne daß die Vorlage in den Räten wesentliche Änderungen erfuhr²¹, das BG vom 8.10.1948 über Abänderung und Ergänzung des ANAG²² erlassen, das am 21.3.1949 – gleichzeitig mit der neuen Vollziehungsverordnung vom 1.3.1949 (ANAV)²³ – in Kraft trat.

6. Der Grundstock der heutigen Ordnung wird dergestalt durch die Kodifikation von Notrecht gebildet. Die Ergänzungen, welche diese Grundlage erfahren hat, sind gleichfalls

¹⁵ AS 49, 289; RUTH S. 138.

¹⁶ Vgl. namentlich Art. 7 Abs. 3 und 4 der Vollziehungsverordnung.

¹⁷ BRB vom 7.4.1933 über die Behandlung der politischen Flüchtlinge (AS 49, 207).

¹⁸ Vgl. dazu C. LUDWIG, Die Flüchtlingspolitik der Schweiz seit 1933 bis zur Gegenwart (1957), S. 54 ff.

¹⁹ Teilweise allerdings nur in Nebenpunkten.

²⁰ Botschaft zu einem BG über Abänderung und Ergänzung des ANAG (BBl 1948 I 1293).

²¹ Vgl. StenBull 1948 NatR 229, 525, 531; StR 303, 396.

²² AS 1949 I 221.

²³ AS 1949 I 228.

aus der Praxis heraus gewachsen. Seiner Entstehung gemäß ist das ANAG auf die Bedürfnisse der Verwaltung zugeschnitten, denen ein gewisser Vorrang vor dem Rechtsschutz des Ausländerseingeräumt wird. Der pragmatische Charakter des Gesetzes geht teilweise auch zulasten einer einheitlichen Methodik und Systematik. Das zeigt sich u.a. darin, daß einzelne Institute sich überschneiden²⁴ und daß völlig durchnormierte Teile bloßen Rahmenbestimmungen oder Ermächtigungsklauseln gegenüberstehen, ohne daß dies einer innern Notwendigkeit entspreche²⁵. Das hat auch dazu geführt, daß der Rechtsstoff in völlig uneinheitlicher Weise auf das Gesetz (ANAG) und die Vollziehungsverordnung (ANAV) aufgeteilt ist^{25a}.

Diese Mängel dürfen zwar nicht dramatisiert, andererseits aber auch nicht unterschätzt werden. Um ihnen von Grunde auf beizukommen, müßten das ANAG und in der Folge die ANAV einer Gesamtrevision unterzogen werden²⁶. Der jetzige Zeitpunkt erscheint allerdings an sich als hierfür wenig geeignet. Die Gesetzgebung auf dem Gebiete der Fremdenpolizei hat einen Ausgleich zwischen dem Rechtsschutzbedürfnis des Ausländers und den Interessen des Gaststaates zu finden, die auf die Aufrechterhaltung der öffentlichen Ordnung, die innere und äußere Sicherheit des Landes, die Abwehr der Überfremdung und den Schutz des einheimischen Arbeitsmarktes gerichtet sind. Für weite Kreise steht das Problem der Eindämmung der Überfremdung²⁷ heute derart im Vordergrund, daß die Arbeit des Gesetz-

²⁴ Vgl. z.B. hinten § 24.

²⁵ Vgl. z.B. hinten § 28 Ziff. 4.

^{25a} Vgl. MARTI S. 154 ff.

²⁶ Das belegt auch die Entstehungsgeschichte des deutschen Ausländergesetzes vom 28.4.1965.

²⁷ Dessen Tragweite hier in keiner Weise in Frage gestellt werden soll; vgl. die Ausführungen des 3. Teiles des Berichts der Studienkommission für das Problem der ausländischen Arbeitskräfte (herausgegeben vom Bundesamt für Industrie, Gewerbe und Arbeit 1964, S. 127 ff.), ferner HAGMANN, *Les travailleurs étrangers, chance et tourment de la Suisse*, Diss. Lausanne 1966.

gebers Gefahr liefe, völlig in den Bann dieser Frage zu geraten. Den Bedenken, die sich deswegen gegen die Inangriffnahme einer Gesamtrevision erheben, steht die Feststellung gegenüber, daß heute erneut das außerordentliche Recht – diesmal hauptsächlich in Form der bundesrätlichen Maßnahmen zur Begrenzung und Herabsetzung des Bestandes an ausländischen Arbeitskräften – dem ordentlichen Recht den Rang abzulaufen droht, so daß sich wie nach den beiden Weltkriegen dem Rechtsstaat die Aufgabe stellt, den Vorrang des Gesetzes wiederherzustellen^{27a}. Darüber hinaus fragt es sich, ob die Schweiz es nicht sich selber und ihrer internationalen Stellung schuldig sei, eine Regelung zu überarbeiten, die (wie sich im Folgenden ergeben wird) in manchen Punkten den Grundsätzen, die sonst die schweizerische Rechtsordnung prägen, nicht gerecht wird.

§ 9. *Föderalismus und Zentralismus im Fremdenpolizeirecht (verfassungsmäßige Grundlagen der Fremdenpolizei)*

1. Die Befugnisse des Bundes und der Kantone auf dem Gebiet der Fremdenpolizei werden in den Art. 69^{ter} und 70 BV ausgeschieden. Grundgedanke der Kompetenzausscheidung ist, daß dem Bund die Gesetzgebung (Art. 69^{ter} Abs. 1 BV), den Kantonen dagegen die Vollziehung (Art. 69^{ter} Abs. 2 Satz 1 BV) zusteht, wobei dem Bund allerdings gewisse Vollziehungsfragen von besonderer Tragweite ganz (Art. 70 BV) oder doch im Sinne des Rechts der «endgültigen Entscheidung» (Art. 69^{ter} Abs. 2 Satz 2 lit. a–d BV) vorbehalten sind. Abgesehen von diesen Sonderfällen sind die Kantone grundsätzlich frei, einen Ausländer, der die bundesrechtlichen Zulassungsbedingungen erfüllt, in ihr Gebiet aufzunehmen oder nicht.

2. Wie die Entstehungsgeschichte²⁸ zeigt, zählt Art. 69^{ter} Abs. 2 Satz 2 in lit a–d die Ausnahmen, in denen dem Bund die «endgültige Entscheidung» zusteht, abschließend auf.

^{27a} Vgl. MARTI S. 159.

²⁸ StenBull 1924 StR 284; vgl. vorne § 8 Ziff. 3 A. 10.

Für jede dieser Ausnahmen treten besondere Gründe ein, welche die Abweichung von der Regel der kantonalen Vollziehungshoheit rechtfertigen. Es handelt sich um folgende Fälle:

(lit. a) «kantonale Bewilligungen für länger dauernden Aufenthalt (und) für Niederlassung»: Das Recht der «endgültigen Entscheidung» liegt beim Bunde, weil die lange Anwesenheit des Ausländers einen nachhaltigen Einfluß auf die Überfremdung des Landes ausübt, im Falle der Niederlassung zudem, weil die in einem Kanton erteilte Niederlassungsbewilligung (vorbehaltlich einzelner Ausnahmen) Anspruch auf Verlegung der Niederlassung in die andern Kantone gibt (Art. 14 Abs. 4 ANAV), so daß die Niederlassungsbewilligung in ihren Wirkungen mittelbar über das Gebiet des bewilligenden Kantons hinausgreift; –

(lit. a, Fortsetzung) «Toleranzbewilligungen»: Diese Bewilligung wurde nach dem Vollmachtenrecht des ersten Weltkrieges²⁹ und nach der ersten Fassung des ANAG dem schriftenlosen Ausländer zuteil. In dieser Gruppe aber fanden sich zu allen Zeiten einzelne Elemente, deren Überwachung vom Standpunkt der Wahrung der innern und äußern Sicherheit der Eidgenossenschaft (Art. 70 BV) aus als geboten erscheint. Der Bund konnte dieses Gebiet aus diesem Grunde, jedoch auch wegen der Verknüpfung mit dem ihm vorbehaltenen Asylwesen, nicht völlig den Kantonen überlassen; –

(lit. b) «Verletzung von Niederlassungsverträgen»: Diese Kompetenz steht dem Bunde schon auf Grund von Art. 113 Abs. 1 Ziff. 3 BV zu, soweit es sich darum handelt, einem Ausländer auf Beschwerde hin Rechtsschutz zu gewähren; sie soll dem Bund darüber hinaus ermöglichen, über die Einhaltung der von ihm eingegangenen internationalen Verpflichtungen zu wachen; –

(lit. c) «kantonale Ausweisungen aus dem Gebiete der Eidgenossenschaft»: Da eine derartige Ausweisung über das Kantonsgebiet hinausreicht und in die Hoheit anderer Kantone eingreift, mußte dem Bund die «endgültige Entscheidung» vorbehalten bleiben; –

(lit. d) «Verweigerung des Asyls»: Hierunter fallen³⁰ alle Fragen der Aufnahme, der Duldung und der Unterstützung der Flüchtlinge. Infolge der engen Verflechtung dieses Gebietes mit den auswärtigen Beziehungen und den staatsvertraglichen Verpflichtungen der Eidgenossenschaft einerseits und der innern und äußern Sicher-

²⁹ Das dem Verfassungsgesetzgeber als Modell diente (BURCKHARDT, Komm. S. 624).

³⁰ Entgegen dem zu engen Wortlaut.

heit des Landes (Art. 70 BV) andererseits konnte das Asylwesen nicht ganz den Kantonen überlassen werden.

3. Während der Bund sich in den in Art. 69^{ter} Abs. 2 Satz 2 lit. a–d BV genannten Bereichen mit den Kantonen in die Verwaltungshoheit teilt, indem er sich lediglich die «endgültige Entscheidung» vorbehält, räumt Art. 70 BV ihm auf einem Teilgebiet die volle Verwaltungshoheit ein: Der Bund ist nach dieser Verfassungsbestimmung befugt, «Fremde, welche die innere oder äußere Sicherheit der Eidgenossenschaft gefährden, aus dem schweizerischen Gebiete wegzuweisen». Diese Zuständigkeit ist ein notwendiges Mittel zur Wahrung der allgemeinen Bundeszwecke der «Behauptung der Unabhängigkeit gegen außen» und der «Handhabung von Ruhe und Ordnung im Innern» (Art. 2 BV); ihre Verankerung in Art. 70 BV bedarf deshalb keiner weiteren Erklärung.

4. Die Art. 69^{ter} und 70 BV haben im Kommentar BURCKHARDT³¹ eine Erläuterung gefunden, auf die auch heute noch verwiesen werden kann. Im Folgenden seien ergänzend einige Fragen herausgegriffen, deren Bedeutung erst in neuerer Zeit hervorgetreten ist:

a) Art. 69^{ter} Abs. 1 BV räumt dem Bund die Befugnis zur «Gesetzgebung» im Bereiche des Fremdenpolizeirechts ein, was als Gegensatz zur «Anwendung» zu verstehen ist. Das führt BURCKHARDT zur Feststellung: «Der Bund soll die Grundsätze aufstellen und die Kantone sollen sie anwenden»³². Wenn BURCKHARDT «Grundsatz» und «Gesetz» als Synonyma gebraucht, so kommt das nicht von ungefähr: Der Begriff der «Gesetzgebung», den die Verfassung verwendet, hat mit dem des «Grundsatzes» einen wesentlichen Zug gemein: den der Allgemeinheit (Generalität) in personeller örtlicher, zeitlicher oder sachlicher Hinsicht³³. «Maßnahmengesetze», d.h. in Gesetzesform gekleidete Erlasse, die auf einen ganz bestimmten Sachverhalt ausgerichtet sind

³¹ S. 622 ff.

³² Komm. S. 624.

³³ Vgl. KOPP, Inhalt und Form der Gesetze, Diss. Zürich 1958, S. 384 ff.

und damit die Vollziehung schon weitgehend vorausnehmen, lagen außerhalb des Gesichtskreises des Verfassungsgesetzgebers von 1924/25. Während das ANAG, die ANAV und eine Reihe weiterer Ausführungsbestimmungen noch durchaus «Gesetzgebung» in dem von der Verfassung gemeinten «klassischen» Sinne sind, entfernt sich der BRB vom 26.2.1965/1.3.1966/10.2.1967 über die Begrenzung und Herabsetzung des Bestandes an ausländischen Arbeitskräften³⁴ von diesem Typus und weist einzelne Züge des «Maßnahmengesetzes» auf. Diese Entwicklung führt zu einer erheblichen Verlagerung der Gewichte von den Kantonen auf den Bund: Während die «Grundsätze» der «klassischen» Gesetzgebung dem Ermessen der Kantone einen gewissen Spielraum lassen, haben deren Behörden im Bereich der «Maßnahmengesetze» ins einzelne gehende Anweisungen auszuführen; sie werden zu bloßen Befehlsempfängern. Das läuft den Anschauungen des Verfassungsgesetzgebers zuwider.

b) Die Verfassungsgefährdung nimmt aber noch greifbarere Formen an. Wie in § 11 näher auszuführen sein wird, legt der Plafonierungs-BRB die Zahl der in den einzelnen Betrieben beschäftigten ausländischen Arbeitskräfte («Ausländerplafond») und den Gesamtpersonalbestand von Betrieben, die Ausländer in ihrem Dienste haben («Gesamtplafond») unter Anknüpfung an den «status quo» fest; Ausnahmen können nur in einzelnen einschränkend umschriebenen Fällen und bloß in engen zahlenmäßigen Grenzen gestattet werden. Für die Erteilung der Ausnahmewilligungen ist das Bundesamt für Industrie, Gewerbe und Arbeit zuständig, das unter Vorbehalt der Weiterziehung an das Eidg. Volkswirtschaftsdepartement und an den Bundesrat³⁵ entscheidet. Die Befugnisse, die dergestalt den genannten Bundesbehörden eingeräumt werden, gehören keinem der Gebiete an, auf denen dem Bund nach der abschließenden³⁶

³⁴ Im Folgenden nach seinem Hauptinhalt kurz «Plafonierungs-BRB» genannt (AS 1965, 119; 1966, 479, 495; 1967, 235).

³⁵ Plafonierungs-BRB, Art. 14, 15, 18 ff., 23.

³⁶ Vgl. vorne Ziff. 2 A. 28.

Aufzählung des Art. 69^{ter} Abs. 2 Satz 2 BV das Recht der «endgültigen Entscheidung» zusteht. Da diese Kompetenz sich auch nicht auf eine andere Verfassungsbestimmung abstützen läßt³⁷, hängt die Übertragung der betreffenden Zuständigkeiten an den Bund verfassungsrechtlich in der Luft.

c) Angesichts der Bestrebungen zur Erweiterung der Verwaltungsgerichtsbarkeit fragt es sich, inwieweit Art. 69^{ter} BV es zulasse, gegen die fremdenpolizeilichen Verfügungen der Kantone die Verwaltungsgerichtsbeschwerde an das Bundesgericht vorzusehen. Wenn Art. 69^{ter} Abs. 2 Satz 2 BV die Fälle einzeln aufzählt, in denen dem Bund das «endgültige Entscheidungsrecht» zusteht, so könnte daraus durch Umkehrschluß gefolgert werden, in den andern Fällen sei dem Bund überhaupt jede Überprüfung versagt; Art. 69^{ter} BV bilde demnach eine Ausnahmebestimmung gegenüber Art. 114^{bis} Abs. 1 BV, der es dem Bundesgesetzgeber überläßt, dem «eidgenössischen Verwaltungsgericht» Administrativstreitigkeiten des Bundesrechts zuzuweisen. Das ist indessen nicht der Sinn der Verfassung. Bei Erlaß des Art. 69^{ter} BV waren die Grundlagen der «eidgenössischen Verwaltungsgerichtsbarkeit» noch nicht geschaffen; der Verfassungsgesetzgeber sah sich daher nicht vor die Frage gestellt, ob er die Verwaltungsgerichtsbeschwerde in fremdenpolizeilichen Angelegenheiten zulassen wolle oder nicht. Die historische Verfassungsauslegung führt daher in diesem Punkt nicht weiter. In systematischer Sicht fällt in Betracht, daß sich der Bund das «endgültige Entscheidungsrecht» in den in Art. 69^{ter} Abs. 2 Satz 2 BV genannten Fällen nicht³⁸ vorbehält, um dem betroffenen Ausländer Rechtsschutz zuteil werden zu lassen³⁹, sondern um seine eigenen Interessen

³⁷ Vgl. hinten § 11 Ziff. 3.

³⁸ Oder zumindest nicht in erster Linie.

³⁹ Auch im Falle der lit. b (Verletzung von Niederlassungsverträgen) geht es ja nach dem Gesagten (vgl. vorne Ziff. 2) vor allem darum, daß der Bund die Einhaltung der von ihm eingegangenen internationalen Verpflichtungen überwachen kann.

und diejenigen der am Entscheid mittelbar beteiligten Drittkantone wahrzunehmen. Um diese Interessen wirksam zu sichern, räumt Art. 69^{ter} Abs. 2 Satz 2 BV dem Bund mit der Übertragung des «endgültigen Entscheidungsrechts» neben der Rechtskontrolle auch die Ermessenskontrolle ein. Die Ermessenskontrolle aber bedeutet eine Aufhebung der Autonomie der Kantone im betreffenden Bereich⁴⁰. Die Verfassung mußte ihr deshalb in Art. 69^{ter} BV in abschließender Weise bestimmte enge Grenzen setzen. Die Rechtskontrolle läßt hingegen die Autonomie der Kantone bestehen. Es lag deshalb kein Anlaß vor, hierfür in der Verfassung Schranken vorzusehen, die Art. 114^{bis} Abs. 1 BV vorgehen und den Bundesgesetzgeber hindern würden, gestützt auf die letztgenannte Bestimmung die in Anwendung von Bundesrecht ergangenen fremdenpolizeilichen Verfügungen der Kantone der Verwaltungsgerichtsbeschwerde an das Bundesgericht zu unterstellen, vorausgesetzt allerdings, daß diese nicht zu einer Ermessenskontrolle führt. – Eine in Betracht fallende Gewichtsverlagerung zulasten der Kantone wäre damit nicht verbunden. Ihre Freiheit wird nicht dadurch eingeengt, daß der Bund über die richtige Einhaltung des Bundesrechts wacht, sondern dadurch, daß dieses Bundesrecht immer weitere Bezirke erfaßt und der Bund neue Verwaltungsbefugnisse für sich in Anspruch nimmt; nicht von der vom Bunde ausgeübten Gerichtsbarkeit, sondern von seiner Gesetzgebung und Verwaltung her droht ihrer Autonomie Gefahr.

§ 10. *Die materiellen Grundzüge des schweizerischen Fremdenpolizeirechts*

1. Das schweizerische Fremdenpolizeirecht baut auf dem Grundsatz auf, daß der Ausländer, von vereinzelten Ausnahmen abgesehen, keinen Anspruch auf Anwesenheit in der

⁴⁰ Vgl. GIACOMETTI, Staatsrecht der Kantone, S. 74 ff., hinsichtlich der entsprechenden Verhältnisse zwischen dem Kanton und den Gemeinden.

Schweiz hat⁴¹. Das Landesrecht hat jedoch aus diesem Grundsatz nicht die Folgerung gezogen, daß der Ausländer in allen Fällen einer Bewilligung bedürfe, um das schweizerische Gebiet zu betreten und darin zu verweilen. Mit Rücksicht auf die für die eigene Entfaltung unentbehrliche Teilnahme am internationalen Verkehr und namentlich auf die Bedürfnisse des Tourismus hat die Schweiz den Reiseverkehr weitgehend liberalisiert. In diesem Sinne macht sie die Einreise zu vorübergehendem Aufenthalt ohne Erwerbszwecke für die Angehörigen einer großen Zahl von Staaten nicht vom Besitz einer Einreisebewilligung (Visum, Sichtvermerk) abhängig⁴²; die rechtmäßig eingereisten Ausländer dürfen sich sodann während einer bestimmten Frist⁴³, die für nicht erwerbstätige Personen bis zu 3 Monaten betragen kann, ohne Bewilligung im Lande aufhalten (bewilligungsfreie Anwesenheit). Der Ausländer ist in diesem Falle nicht einfach in der Schweiz geduldet; er hat vielmehr innerhalb der angegebenen zeitlichen und sachlichen Grenzen ein Recht auf Anwesenheit im Lande, was das ANAG in Art. 1 dadurch zum Ausdruck bringt, daß es den Ausländer, der «nach diesem Gesetz (keiner Bewilligung) bedarf», als zur Anwesenheit auf Schweizer Boden «berechtigt» erklärt. Dieses Recht ist allerdings ein prekäres, kann der betreffende Ausländer

⁴¹ Wie in § 2 Ziff. 2 dargelegt, stellt das Völkergewohnheitsrecht die Gewährung der Niederlassung, aber auch des vorübergehenden Aufenthalts und der Durchreise, in das freie Ermessen der einzelnen Staaten. Das Staatsvertragsrecht räumt unter gewissen Vorbehalten, die vor allem die Verlängerung eines Anwesenheitsverhältnisses von mehrjähriger Dauer betreffen, dem Ausländer im allgemeinen gleichfalls keinen Anspruch auf Anwesenheit im Gaststaate ein (vgl. vorne § 3 Ziff. 2). Landesrechtlich fällt in Betracht, daß Art. 45 nur den Schweizern, nicht aber den Ausländern, die Niederlassungsfreiheit gewährleistet (vgl. vorne § 7 Ziff. 1); dazu MARTI S. 86 f.

⁴² Vgl. hinten § 14.

⁴³ Der Anmeldefrist und darüber hinaus der Zeit zwischen der richtig erfolgten Anmeldung und dem Entscheid über das einzureichende Gesuch um Bewilligung von Aufenthalt, Niederlassung oder Toleranz (Art. 1 Abs. 1 Satz 1 ANAV).

doch «abweichenden Verfügungen der zuständigen Behörde» unterstellt (Art.1 Abs.1 Satz 2 ANAV) und «jederzeit und ohne besonderes Verfahren zur Ausreise aus der Schweiz verhalten» werden (Art.12 Abs.1 ANAG, Art.17 Abs.1 Satz 1 ANAV)⁴⁴.

In der Mehrzahl der Fälle bedarf der Ausländer jedoch für die Anwesenheit in der Schweiz einer fremdenpolizeilichen Bewilligung, der Anwesenheitsbewilligung⁴⁵. Diese bestimmt auch, ob der Ausländer in der Schweiz eine Erwerbstätigkeit ausüben darf; sie enthält damit bejahendenfalls zugleich die Arbeitsbewilligung⁴⁶.

2. Da der Ausländer grundsätzlich keinen Anspruch auf Anwesenheit in der Schweiz hat, hat er, wiederum unter dem Vorbehalt gewisser Ausnahmen, auch kein Recht auf Erteilung einer Anwesenheitsbewilligung; der Entscheid hierüber ist vielmehr beim Vorliegen der gesetzlichen Voraussetzungen in das «freie Ermessen» der Behörde gestellt (Art.4 ANAG). Ihrer rechtlichen Natur nach ist die Anwesenheitsbewilligung – im Sinne von GIACOMETTI⁴⁷ – eine konstitutive Verfügung und keine bloße Polizeierlaubnis, da sie nicht lediglich eine dem Einzelnen bereits kraft Gesetzes zustehende Rechtslage aktualisiert, sondern eine solche gesetzlich zugelassene Rechtslage erst schafft. Gleiches gilt für die Arbeitsbewilligung und das Visum für die Einreise zu Erwerbszwecken und zu dauerndem Aufenthalt. Das Visum für die Einreise zu bloß vorübergehendem Aufenthalt ohne Erwerbszwecke (Touristenvisum, Transitvisum usw.) ist dagegen als Polizeierlaubnis anzusprechen, weil der rechtmäßig eingereiste Ausländer nach dem Gesetz (Art.1

⁴⁴ Vgl. hinten § 24 Ziff. 2.

⁴⁵ Vgl. hinten § 17.

⁴⁶ Vgl. hinten Ziff. 3, ferner § 17 Ziff. 2. Unter Umständen kann die Arbeitsbewilligung auch selbständigen Charakter aufweisen: So bedürfen die Grenzgänger zwar nicht einer Anwesenheits-, wohl aber einer Arbeitsbewilligung.

⁴⁷ Allgemeine Lehren des rechtsstaatlichen Verwaltungsrechts, S. 352; vgl. auch MARTI S. 136.

ANAG) grundsätzlich zu einem solchen Aufenthalt «berechtigt» ist und weil sich die Bedeutung des Visums diesfalls in der Feststellung erschöpft, daß der Einreise keine gesetzlichen Hindernisse⁴⁸ entgegenstehen.

3. Die Abgrenzung der bewilligungsbedürftigen Tatbestände und die Umschreibung der Gesichtspunkte, nach denen die Bewilligungen zu erteilen sind, folgen bestimmten, in ihrem Kern schon in der Verfassung enthaltenen Grundsätzen. Nach der Botschaft des Bundesrates vom 2.6.1924 über die bundesrechtliche Regelung von Aufenthalt und Niederlassung der Ausländer⁴⁹ steht das Fremdenpolizeirecht des Bundes «im Dienste der Überfremdungsabwehr». Die Botschaft des Bundesrates vom 8.3.1948 zu einem BG über Abänderung und Ergänzung des ANAG⁵⁰ hält fest, daß dieses Gesetz «vor allem der Abwehr der Überfremdung unseres Landes und damit dem Schutze der schweizerischen Arbeitskräfte vor übermäßiger Konkurrenz durch Ausländer» dient. Die Abwehr der Überfremdung wird demnach unter einem demographischen und einem wirtschaftlich-sozialen Aspekt gesehen: es geht darum, den Anteil der Ausländer an der Gesamtbevölkerung in gewissen Grenzen zu halten, aber auch darum, den Schweizern ihren Arbeitsplatz zu bewahren. Die Bedeutung dieser Gesichtspunkte ändert mit den wirtschaftlichen Verhältnissen: in Krisenzeiten tritt der zweite, in Zeiten guter Konjunktur der erste in den Vordergrund⁵¹.

⁴⁸ Also auch keine Umstände, welche den Erlaß einer Einreisesperre oder einer Einreisebeschränkung im Sinne von Art. 13 ANAG rechtfertigen würden.

⁴⁹ BBl 1924 II 493.

⁵⁰ BBl 1948 I 1293.

⁵¹ Näheres zur Frage der Überfremdung in: Das Problem der ausländischen Arbeitskräfte, Bericht der Studienkommission für die Probleme der ausländischen Arbeitskräfte, S.129 ff.; vgl. ferner HAGMANN und das dort angeführte Schrifttum sowie WEHRLI, Wirtschaftliche Überfremdung, in: Handbuch der schweiz. Volkswirtschaft, Bd. 2, S.452 ff.

Daß dem Fremdenpolizeirecht auch aufgegeben ist, dem Inländer seinen Arbeitsplatz vor der ausländischen Konkurrenz zu sichern, hat zur Verbindung von Anwesenheitsbewilligung und Arbeitsbewilligung geführt, die ein Hauptmerkmal des schweizerischen Systems bildet, das sich in diesem Punkte von den meisten ausländischen Regelungen unterscheidet⁵².

4. Die Aufgabe der Fremdenpolizei erschöpft sich jedoch nicht in der Abwehr der Überfremdung nach den beiden genannten Richtungen hin; sie umfaßt vielmehr außerdem den Schutz des Gaststaates und der darin geltenden Ordnung⁵³. Die in Art. 70 BV vorgesehene Wegweisung von Fremden, welche «die innere oder äußere Sicherheit der Eidgenossenschaft gefährden», dient ausschließlich diesem Zweck; im Bereich der im ANAG geregelten allgemeinen Fremdenpolizei sind u. a. die Bestimmungen über den Entzug (Art. 8 Abs. 2) und den Widerruf der Bewilligungen (Art. 9 Abs. 2 lit. a und b, Abs. 3 lit. a, Abs. 5), die Ausweisung (Art. 10), die Einreisesperre und Einreisebeschränkung (Art. 13), die Ausschaffung und die Internierung (Art. 14) auf dieses Ziel ausgerichtet. Es läßt sich sagen, daß die Fremdenpolizei insofern die Sicherheitspolizei in der Erfüllung ihrer Aufgaben unterstützt. Das ANAG zieht indessen den Kreis der geschützten Rechtsgüter weiter als das allgemeine Polizeirecht. Die im Gaststaat geltende Ordnung, deren Wahrung der Fremdenpolizei mit obliegt⁵⁴, umfaßt neben dem Recht auch die diesem zugrunde liegenden sittlichen Werte und gesellschaftlichen Strukturen⁵⁵. Der Schutz der Fremdenpolizei wird dergestalt auch Rechtsgütern zuteil, die trotz des öffentlichen Interesses, das an ihnen besteht, gemeinhin der gesellschaftlichen oder privaten Sphäre zugerechnet werden und deren Wahrung die Sicherheitspolizei daher den

⁵² Vgl. RUTH S. 24 Nr. 28.

⁵³ BGE 93 I 7.

⁵⁴ Vgl. Art. 10 Abs. 1 lit. b ANAG.

⁵⁵ Vgl. Art. 16 Abs. 2 ANAV.

Privaten und der Zivilgerichtsbarkeit überläßt. Die Fremdenpolizei darf dabei allerdings nie so weit gehen, sich reiner Privatinteressen anzunehmen und sich zur Durchsetzung privater Forderungen zur Verfügung zu stellen; sie hat in allen Angelegenheiten, die auch die Privatsphäre berühren, ausschließlich das öffentliche Interesse wahrzunehmen^{55a}.

5. Die Sicherheit des Gaststaates und der darin geltenden Ordnung stellen klarerweise polizeiliche Rechtsgüter dar. Bei der Abwehr der demographischen Überfremdung geht es darum, einer Entwicklung vorzubeugen, welche letztlich die Unabhängigkeit und Sicherheit des Landes gefährden könnte; es handelt sich insofern gleichfalls noch – wenn auch in einem weiteren Sinne – um eine polizeiliche Zielsetzung. Schwieriger ist es dagegen, die Aufgabe des Schutzes des einheimischen Arbeitsmarktes rechtlich einzuordnen. Bildet dieser Bereich einen Bestandteil der «öffentlichen Sicherheit und Ordnung», welche die Polizei vor Gefahren zu bewahren hat? Die öffentliche Sicherheit steht auf diesem Gebiet wohl kaum in Frage, die öffentliche Ordnung aber nur, wenn diesem Begriff eine dem modernen rechtsstaatlichen Polizeirecht fremde Erweiterung zuteil wird⁵⁶. Es geht dabei vielmehr, von der Zielsetzung her gesehen, um ein Stück Wohlfahrtspflege, also um eine außerpolizeiliche Verwaltungstätigkeit⁵⁷. Gleichwohl besteht jedoch eine gewisse Beziehung zum Polizeirecht, und zwar mit Bezug auf die eingesetzten Mittel: Während die Wohlfahrtspflege im allgemeinen als «positive» Tätigkeit der Verwaltung in Erscheinung tritt⁵⁸, beschränkt sich der fremdenpolizeiliche Schutz des einheimischen Arbeitsmarktes auf die «negative»

^{55a} BGE 93 I 8.

⁵⁶ Zum Begriff der öffentlichen Ordnung im Polizeirecht vgl. DREWS-WACKE, Allgemeines Polizeirecht, 7. Aufl., S. 73 ff.; VOIGT, Der liberale Polizeibegriff und seine Schranken in der bundesgerichtlichen Judikatur, S. 61 ff.; IMBODEN, Schw. Verwaltungsrechtsprechung, 2. Aufl., Nr. 24 Bemerkung II.

⁵⁷ DREWS-WACKE S. 26.

⁵⁸ Und deshalb als «Leistungsverwaltung» bezeichnet wird.

Tätigkeit der Gefahrenabwehr, die für das Polizeirecht kennzeichnend ist⁵⁹. Es läßt sich daher sagen, die Fremdenpolizei strebe beim Schutz des einheimischen Arbeitsmarktes ein außerpolizeiliches Ziel mit polizeilichen Mitteln an.

6. Die in VEBB 25 Nr. 99 (S. 97) aufgestellte Behauptung, das ANAG habe «rein polizeilichen Charakter», geht mithin zu weit. Richtig ist immerhin, daß das Gesetz zur Hauptsache dem Polizeirecht angehört; es greift indessen hinsichtlich der Frage der Zulassung des arbeitsuchenden Ausländers in das Gebiet der Wohlfahrtspflege, und zwar in die Wirtschaftspolitik, über. Das heißt allerdings nicht – und hierin ist VEBB 25 Nr. 99 zuzustimmen –, daß das ANAG es erlauben würde, allgemeine wirtschaftspolitische Ziele zu verfolgen; es bietet vielmehr allein eine Handhabe zur Durchsetzung des besondern wirtschaftspolitischen Zieles des «Schutzes der schweizerischen Arbeitskräfte vor übermäßiger Konkurrenz durch Ausländer»⁶⁰.

7. Ungeachtet dessen, daß die Regelung in einzelnen Punkten nicht rein polizeilichen Charakter trägt, wird der gesamte Rechtsstoff, den die Art. 69^{ter} und 70 BV, das ANAG und die sich im Rahmen desselben haltenden Ausführungsbestimmungen enthalten, in diesem Bericht weiterhin im herkömmlichen (formellen) Sinne als Fremdenpolizeirecht bezeichnet. Das Fremdenpolizeirecht steht wie das gesamte Verwaltungsrecht unter dem Gebote der Verfassungsmäßigkeit. Das heißt einerseits, daß das ANAG und seine Ausführungserlasse verfassungskonform auszulegen sind⁶¹, und andererseits, daß in die Lücken, welche die

⁵⁹ DREWS-WACKE S. 51 ff.; VOIGT S. 27 ff.

⁶⁰ Diese Feststellung ist insbesondere für die Beurteilung der Gesetzes- und Verfassungsmäßigkeit des BRB vom 26.2.1965/1.3.1966/10.2.1967 über die Begrenzung und Herabsetzung des Bestandes an ausländischen Arbeitskräften bedeutungsvoll; vgl. hinten § 11.

⁶¹ Zur Frage der verfassungskonformen Auslegung vgl. BGE 91 I 85, 92 I 433, ZBl 1963 S. 52 und ASA 32 S. 387; ferner SPANNER, Die verfassungskonforme Auslegung in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, Archiv des öffentlichen Rechts 91 S. 503 ff.

Gesetzgebung offen läßt, unmittelbar die Verfassung eintritt (Grundsatz der unmittelbaren Verfassungsmäßigkeit der Verwaltung)⁶².

Zu den verfassungsmäßigen Grundsätzen, die dergestalt das Verwaltungshandeln der Fremdenpolizei⁶³ bestimmen, gehören namentlich der Gleichheitssatz des Art.4 BV⁶⁴ und die Prinzipien, welche die Rechtsprechung⁶⁵ aus dieser Verfassungsbestimmung ableitet: das rechtliche Gehör⁶⁶, das Verbot der Willkür und das Gebot der Ausrichtung nach dem Gerechtigkeitsgedanken⁶⁷, der Grundsatz der Erforderlichkeit und Verhältnismäßigkeit⁶⁸, das Gebot, daß die Polizei sich an den Störer zu halten hat, der Grundsatz von Treu und Glauben, die Regeln über den Widerruf und die Rechtskraft von Verwaltungsakten⁶⁹. Das Fremdenpolizei-

⁶² GIACOMETTI, Allgemeine Lehren des rechtsstaatlichen Verwaltungsrechts, S.283 ff.

⁶³ Auch im Bereich der Ermessensentscheidungen (BGE 93 I 10).

⁶⁴ Vgl. BGE 93 I 3, 11.

⁶⁵ Im positivistischen Bestreben, gewisse der Verfassung als Ganzem innewohnende Werte (die deutsche Lehre spricht von «hintergründigen Konstitutionsprinzipien des Verfassungsrechts») in einem Artikel der geschriebenen Verfassung zu verankern (vgl. HANS HUBER, Probleme des ungeschriebenen Verfassungsrechts, ZBJV 91^{bis} S.103 f.).

⁶⁶ Vgl. Urteil vom 3.2.1967 i.S.X.

⁶⁷ Zum Begriff des Gerechtigkeitsgedankens als Grundsatz des Verfassungsrechts vgl. BVerfGE Bd.3 S.135; BGE 90 I 139 Erw.2.

⁶⁸ Art.11 Abs. 2 ANAG und Art.16 Abs.3 ANAV wenden diesen Grundsatz auf die Ausweisung an; er hat aber als allgemeines Rechtsprinzip für das gesamte Fremdenpolizeirecht Geltung (VEBB 25 Nr.99 S.198; BGE 93 I 10).

⁶⁹ Vgl. VEBB 25 Nr.100, wonach die Entlassung aus der eidgenössischen Kontrolle nicht materiell rechtskräftig wird; anders BGE 93 I 5 bezüglich der Erteilung von Bewilligungen, die nur beim Vorliegen eines gesetzlichen Widerrufsgrundes zurückgenommen werden können; vgl. ferner allgemein BGE 91 I 494 mit Verweisungen; PANCHAUD, *Légalité et révocabilité de la décision administrative*, JdT 1963 S.66 ff.

recht ist ferner derart auf das Grundrecht der persönlichen Freiheit⁷⁰ abzustimmen, daß der Ausländer in seiner Menschenwürde⁷¹ und in den höchstpersönlichen Gütern der eigenen Überzeugung und des Empfindungslebens⁷² nicht verletzt wird. Die an zweiter Stelle genannten Rechtsgüter finden ihren vornehmsten Ausdruck im Anspruch auf freie Entfaltung der Persönlichkeit in der Ehe und der Familie, welcher Anspruch auch durch das verfassungsmäßige Recht auf die Ehe (Art. 54 BV) umhegt wird. Mit Fug hat KAUFMANN⁷³ von diesem Standpunkt aus Kritik an der Beschränkung des Familiennachzuges für die ungelernten ausländischen Arbeitskräfte geübt und dargetan, daß diese Einschränkung mit dem Sinn und Geist der Verfassung unvereinbar ist⁷⁴. Nur wenn diese verfassungsmäßigen Grundsätze

⁷⁰ In dem in BGE 90 I 35 umschriebenen, weiteren Sinne (vgl. dazu FAVRE, *Droit constitutionnel Suisse*, S. 258).

⁷¹ Vgl. NEF, *Demokratie und Richtigkeit des Rechts*, ZBl 1947 S. 385; NIPPERDEY, *Die Würde des Menschen*, in: *Die Grundrechte*, Bd. 2 S. 1 ff.

⁷² EGGER, N. 30 und 31 zu Art. 27 ZGB.

⁷³ Frauen, Italiener, Jesuiten, Juden und Anstaltsversorgte, in: *St. Galler Festgabe zum Schw. Juristentag 1965*, S. 255 ff.

⁷⁴ Das ANAG regelt den Nachzug der Familienangehörigen kontrollpflichtiger Ausländer nicht. Nach den Weisungen des Eidg. Justiz- und Polizeidepartements wird der Familiennachzug erst dann bewilligt, wenn der Aufenthalt und das Arbeitsverhältnis des Ausländers «eine genügende Stabilität» erreicht haben. Das Departement erachtet diese Voraussetzung in der Regel nach 3 Jahren als erfüllt, wobei diese Frist für die Familienangehörigen «qualifizierter» Arbeitskräfte verkürzt werden kann und die Familienangehörigen von «Spezialisten» sofort oder nach einer kurzen Probefrist, die in der Regel 6 Monate nicht übersteigt, zugelassen werden (BB1 1964 II 1009). In Art. 13 des Abkommens vom 10.8.1964 zwischen der Schweiz und Italien über die Auswanderung italienischer Arbeitskräfte nach der Schweiz (AS 1965, 404) hat die Schweiz sich verpflichtet, der Ehefrau und den minderjährigen Kindern eines italienischen Arbeitnehmers den Nachzug zu gestatten, sobald der Aufenthalt und das Anstellungsverhältnis des Arbeitnehmers als «ausreichend gefestigt und dauerhaft» betrachtet werden können (Ziff. 1);

beachtet werden, kann die Schweiz sich dem Vorwurf entziehen, sie behandle die fremdenpolizeilichen Probleme unter dem Gesichtswinkel der «Bewirtschaftung der Ware Arbeitskraft»⁷⁵ und degradiere damit den Menschen zum Instrument.

§ 11. *Fremdenpolizeirecht und Konjunkturdämpfung (Zur Frage der Verfassungsmäßigkeit des BRB über die Begrenzung und Herabsetzung des Bestandes an ausländischen Arbeitskräften)*

1. In § 9 wurde dargetan, daß der BRB vom 26.2.1965/1.3.1966/10.2.1967 über die Begrenzung und Herabsetzung des Bestandes an ausländischen Arbeitskräften (Plafonierungs-BRB)⁷⁷ den eidgenössischen Amtsstellen Entscheidungsbefugnisse einräumt, die ihnen nach der verfassungsmäßigen Ausscheidung der Zuständigkeiten zwischen dem Bund und den Kantonen nicht zukommen. Neben die Bedenken, die deswegen vom föderativen Standpunkt aus gegen die organisatorischen Bestimmungen des BRB angemeldet werden müssen, treten Vorbehalte gegen die materiellen Vorschriften des Erlasses.

Voraussetzung ist außerdem, daß dem Arbeitnehmer für seine Familie eine «angemessene Wohnung» zur Verfügung steht (Ziff. 2). Gemäß Ziff. II der «Gemeinsamen Erklärungen», die bei der Unterzeichnung des Abkommens abgegeben wurden (BB1 1964 II 1038), weisen die Bundesbehörden die Kantone an, die Bedingungen von Art. 13 Ziff. 1 des Abkommens nach 18 Monaten als erfüllt zu betrachten; die italienische Delegation gab demgegenüber dem Wunsche Ausdruck, daß keine Fristen für den Zusammenschluß der Familien festgesetzt werden sollten. Die Herabsetzung der Frist für den Familiennachzug auf 18 Monate wurde in der Öffentlichkeit und in den Räten – in Verkennung der oben dargelegten verfassungsmäßigen Grundsätze – kritisiert.

⁷⁵ Vgl. die Kritik von SCHIEFER, *Europäischer Arbeitsmarkt*, S. 266.

⁷⁷ AS 1965, 119; 1966, 479, 495; 1967, 235.

2. Wie sich in § 10 ergeben hat, ermächtigen die Art. 69^{ter} und 70 BV den Bundesgesetzgeber zur Aufstellung von Bestimmungen, die der Abwehr der Überfremdung, dem Schutze des einheimischen Arbeitsmarktes und der Wahrung der Sicherheit des Gaststaates sowie der darin geltenden Ordnung dienen, nicht dagegen zum Erlaß von Vorschriften, die allgemeine wirtschaftspolitische Zwecke verfolgen. Die Ausführungsvorschriften, zu deren Erlaß der Bundesrat nach Art. 25 ANAG zuständig ist, müssen sich im nämlichen Rahmen halten; denn der Gesetzgeber kann der verordnenden Behörde keine weiteren Befugnisse abtreten, als ihm selber zukommen. Soweit die vom Bundesrat aufgestellten Vorschriften über diesen Rahmen hinausgehen, entbehren sie der gesetzlichen und gleichzeitig der verfassungsmäßigen Grundlage⁷⁸.

3. Der Plafonierungs-BRB hat⁷⁹ zwei Ziele: die Herabsetzung der Zahl der ausländischen Arbeitskräfte einerseits und die Konjunkturdämpfung andererseits⁸⁰. Während die erste Aufgabe klarerweise fremdenpolizeilicher Natur ist, liegt die zweite außerhalb dieses Kreises; sie wird nach dem Gesagten nicht durch das ANAG gedeckt, kann sich aber auch nicht auf eine andere Gesetzes- oder Verfassungsbe-

⁷⁸ Vgl. hinten A. 81.

⁷⁹ Wie die ihm vorausgegangenen BRB vom 1. 3. 1963 (AS 1963, 190) und vom 21. 2. 1964 (AS 1964, 132) über die Beschränkung der Zulassung ausländischer Arbeitskräfte.

⁸⁰ Vgl. die Botschaft des Bundesrates vom 24. 1. 1964 über Maßnahmen auf dem Gebiete des Geld- und Kapitalmarktes und des Kreditwesens sowie über konjunkturpolitische Maßnahmen auf dem Gebiete der Bauwirtschaft, welche die Begrenzung der Fremdarbeiterzahl zu den Vorkehrungen «zur Dämpfung der Konjunkturüberhitzung» zählt (BBl 1964 I 181, insbesondere 204 ff.) und den Bericht des Bundesrates vom 9. 2. 1965 über die Begrenzung und Herabsetzung des Bestandes an ausländischen Arbeitskräften, der darauf hinweist, daß die Verminderung der Fremdarbeiterzahl «in engstem Zusammenhang mit den Maßnahmen zur Konjunkturdämpfung» stehe (BBl 1965 I 354).

stimmung stützen⁸¹. Das Nebeneinanderbestehen einer verfassungsmäßigen und einer extrakonstitutionellen Zielsetzung rückt auch den Erlaß als solchen in ein Zwielicht: Die darin getroffene Ordnung steht nur insofern auf dem Boden des ANAG und damit der Verfassung, als sie geeignet ist, der Verwirklichung des fremdenpolizeilichen Zieles der Abwehr der Überfremdung zu dienen⁸².

4. Der Plafonierungs-BRB regelt in Art. 2–4 die sogenannte «Ausländerplafonierung». Danach haben die Arbeitgeber den Ausländerbestand ihrer Betriebe um einen bestimmten Prozentsatz unter den am Stichtag⁸³ vorhandenen Ausgangsbestand herabzusetzen. Ausnahmen sind nur in den in Art. 6, 7, 9 und 10 umschriebenen, sachlich und zahlenmäßig eng umgrenzten Fällen zulässig. Die Zwecksetzung dieses Abbaus ist fremdenpolizeilicher Natur. Eine andere Frage ist es, ob auch bei der Wahl der hierzu eingesetzten Mittel fremdenpolizeiliche Überlegungen im Vordergrund gestanden haben und ob dabei die das Fremdenpolizeirecht beherrschenden allgemeinen Verfassungsgrundsätze⁸⁴ beachtet worden seien. Unter dem Gesichtswinkel der Abwehr der Überfremdung erscheint die rein lineare Durchführung des Abbaus als anfechtbar, weil sie dem Umstand

⁸¹ Das hat der Bundesrat in der erwähnten Botschaft vom 24.1.1964 mit Bezug auf die andern Konjunkturdämpfungsmaßnahmen anerkannt; die Bundesbeschlüsse vom 13.3.1964 über die Bekämpfung der Teuerung durch Maßnahmen auf dem Gebiete des Geld- und Kapitalmarktes und des Kreditwesens (AS 1964, 213) und über die Bekämpfung der Teuerung durch Maßnahmen auf dem Gebiete der Bauwirtschaft (AS 1964, 218) sind mangels verfassungsmäßiger Grundlage in dem in Art. 89^{bis} BV vorgesehenen Verfahren ergangen (BBl 1964 I 221).

⁸² Das heißt allerdings nicht, daß bei der Auswahl der fremdenpolizeilichen Mittel zur Erreichung dieses Zieles nicht auch konjunkturpolitische Überlegungen mitberücksichtigt werden durften, doch durfte das nur insoweit geschehen, als der fremdenpolizeiliche Charakter der Regelung dadurch nicht in Frage gestellt wurde.

⁸³ Nach Art. 4 Abs. 3 des BRB in der Fassung vom 1.3.1966 ist Stichtag der 1.3.1965 (AS 1966, 478).

⁸⁴ Vgl. vorne § 10 Ziff. 7.

zu wenig Rechnung trägt, daß die verschiedenen Kategorien ausländischer Arbeitskräfte (Saisonarbeiter, Daueraufenthalter) nicht in gleichem Maße zur Überfremdung beitragen⁸⁵. Vom Standpunkt der Rechtsgleichheit aus und nach dem Gerechtigkeitsgedanken⁸⁶ erheben sich Bedenken gegen die mit der Anknüpfung an den «status quo» verbundene Privilegierung der Betriebe mit großem Fremdarbeiterbestand, im wesentlichen also der alten Unternehmen, gegenüber den neuen und im Aufbau begriffenen Betrieben⁸⁷. Diese Bevorzugung wirkt sich auch regional aus, indem die Industriekantone, die zahlreiche Unternehmen mit großem Fremdarbeiterbestand aufweisen, sich gegenüber den «Entwicklungskantonen» begünstigt sehen, was dem verfassungsmäßigen Grundsatz der Gleichbehandlung der Kantone^{87a} zuwiderläuft und zugleich die Bestrebungen des Bundes auf Schaffung der Voraussetzungen für eine wirtschaftliche Angleichung der verschiedenen Landesteile durchkreuzt. Angesichts des Gewichts dieser Einwendungen hält es schwer, die Verfassungsmäßigkeit der «Ausländerplafonierung» zu bejahen. Es ist jedoch zu berücksichtigen, daß die verschiedenen bei der Ordnung dieses Gebietes zu beachtenden verfassungsrechtlichen Gesichtspunkte teilweise zueinander in einem Spannungsverhältnis stehen und kaum zu einer vollen Synthese gebracht werden können. Es ist der verordnenden Behörde zuzugestehen, daß sie in einer aus einer Notlage heraus konzipierten, kurzfristigen⁸⁸ Übergangsregelung nicht gleich auf Anhieb zu einer verfassungsmäßig optimalen Lösung gelangt. Die Novellen vom 1.3.1966 und

⁸⁵ Vgl. Bericht des Bundesrates vom 9.2.1965 (BB1 1965 I 352).

⁸⁶ Vgl. vorne § 10 Ziff. 5A. 67.

⁸⁷ An diesem Punkt setzt auch die wirtschaftliche Kritik an der «Ausländerplafonierung» an, auf die hier nicht näher eingetreten werden kann. Vgl. zu dieser Seite des Problems HAGMANN S. 127 ff. und das dort angeführte Schrifttum.

^{87a} DIETRICH SCHINDLER sen., Die Gleichheit der Kantone, in: Recht, Staat, Gemeinschaft, S. 147 ff.

⁸⁸ Vgl. unten Ziff. 6 A. 93.

10.2.1967 haben denn auch vom verfassungsrechtlichen Standpunkt aus bereits gewisse Verbesserungen gebracht.

5. Der Plafonierungs-BRB ergänzt die «Ausländerplafonierung» in Art.5 durch die Begrenzung des Gesamtpersonalbestandes, die sogenannte «Gesamtplafonierung». Beide Beschränkungen zusammen bilden das System der «Doppelplafonierung». Laut Art.5 Abs.1 werden Aufenthaltsbewilligungen für ausländische Arbeitskräfte (einschließlich der Bewilligungen zum Stellenwechsel) und Arbeitsbewilligungen für Grenzgänger nur erteilt oder erneuert, wenn dadurch der Gesamtpersonalbestand des Betriebes an Schweizern und Ausländern das nach Art.5 Abs.3 und 4 berechnete Maß nicht überschreitet. Ausnahmen können nur in den in Art.8 vorgesehenen Fällen und bloß innerhalb der engen Grenzen des Art.10 gestattet werden. Soweit die «Gesamtplafonierung» dazu führt, daß einzelnen ausländischen Arbeitskräften die Aufenthaltsbewilligung verweigert oder nicht erneuert wird, hat sie eine Herabsetzung der Ausländerzahl zur Folge. Ihre Zwecksetzung hält sich jedoch nicht in diesem fremdenpolizeilichen Rahmen; eigentliche Aufgabe der «Gesamtplafonierung» ist es vielmehr, «die Nachfrage nach Arbeitskräften zu dämpfen und einer hektischen Entwicklung auf dem Lohnsektor vorzubeugen»⁸⁹. Die «Gesamtplafonierung» verfolgt insoweit kein fremdenpolizeiliches Ziel; sie läßt sich deshalb nicht auf das ANAG und die diesem zugrunde liegenden Verfassungssätze stützen. Nach dem in Ziff.3 Gesagten⁹⁰ kann diese Maßnahme aber auch nicht auf andere Gesetzes- oder Verfassungsbestimmungen gegründet werden. Es handelt sich um extrakonstitutionelles Recht, das nur in dem in Art.89^{bis} BV vorgesehenen Verfahren hätte eingeführt werden können. Es ist vom verfassungsrechtlichen Standpunkt aus zu begrüßen, daß Art.27^{bis} der Novelle vom 10.2.1967

⁸⁹ Bericht des Bundesrates vom 9.2.1965 (BB1 1965 I 342).

⁹⁰ Vgl. vorne A. 81.

zum Plafonierungs-BRB⁹¹ die «Gesamtplafonierung» auf den 31.12.1967 aufhebt.

6. Der Bundesrat hat in der Botschaft vom 24.1.1964⁹² und im Bericht vom 9.2.1965⁹³ betont, daß das «System der Doppelplafonierung» zu einer derartigen «Erstarrung der Wirtschaft» führe, «daß sie nur als vorübergehende Maßnahme tragbar» sei; in Zukunft sei die Verteilung der Arbeitskräfte auf die Wirtschaftszweige und Betriebe «wieder vermehrt den Marktkräften» zu überlassen. Wie die künftige Regelung aussehen wird, ist heute noch eine offene Frage. Aufgabe dieses Referates konnte es lediglich sein, im Rahmen der Auseinandersetzung mit dem geltenden Recht auf die verfassungsmäßigen Grundsätze und Schranken hinzuweisen, mit denen auch beim Erlaß der neuen Ordnung zu rechnen sein wird.

§ 12. *Eidgenössische und kantonale Ausführungsbestimmungen und Nebenerlasse zum ANAG.*

1. Das ANAG ermächtigt in Art. 21 Abs. 1 den Bundesrat, die zur Durchführung des Gesetzes erforderlichen Vorschriften aufzustellen. Das ist in erster Linie in der ANAV geschehen. Von den weiteren heute noch gültigen Ausführungserlassen des Bundes sind zu nennen:

BRB vom 10.4.1946 über Einreise und Anmeldung der Ausländer (BS 1, 139);

BRB vom 17.5.1949 über den Widerruf von Aufenthaltsbewilligungen von ausländischen Arbeitskräften (AS 1949, 455);

BB vom 26.4.1951 über Beiträge des Bundes an die Unterstützung von Flüchtlingen (nicht veröffentlicht),

Änderung: BB vom 11.3.1960 (nicht veröffentlicht);

BRB vom 30.12.1955 über die Gebührenordnung zum ANAG (AS 1955, 1190),

Änderung: BRB vom 15.11.1966 (AS 1966, 1446);

⁹¹ AS 1967, 237.

⁹² BBl 1964 I 205.

⁹³ BBl 1965 I 342, 353.

BRB vom 13.3.1964 über die Zuständigkeit der Fremdenpolizeibehörden (AS 1964, 370);

BRB vom 19.1.1965 über die Zusicherung der Aufenthaltbewilligung zum Stellenantritt (AS 1965, 58);

BRB vom 26.2.1965 über die Begrenzung und Herabsetzung des Bestandes an ausländischen Arbeitskräften («Plafonierungs-BRB») (AS 1965, 119),

Änderungen: BRB vom 1.3.1966 (AS 1966, 479, 495),

BRB vom 10.2.1967 (AS 1967, 235);

Verfügung des Eidg. Volkswirtschaftsdepartements betreffend den Vollzug des BRB über die Begrenzung und Herabsetzung des Bestandes an ausländischen Arbeitskräften vom 4.3.1965 (AS 1965, 151),

Änderungen: Verfügung vom 1.3.1966 (AS 1966, 480, 495), Verfügung vom 14.2.1967 (AS 1967, 238).

Zu den veröffentlichten Erlassen tritt der Rechtsstoff, der in nicht veröffentlichten Beschlüssen, departementalen Verfügungen, Weisungen, Kreisschreiben u.dgl. enthalten ist und dem im Bereiche des Fremdenpolizeirechts eine große Bedeutung zukommt⁹⁴.

2. Da die Gesetzgebungshoheit laut Art.69^{ter} Abs.1 BV dem Bunde zusteht, bleibt für Gesetze der Kantone nur soweit Raum, als der Bundesgesetzgeber sie hierzu ermächtigt. In diesem Sinne verhält Art.25 Abs.3 Satz 1 ANAG die Kantone, die zur Durchführung des Gesetzes auf ihrem Gebiet erforderlichen Vorschriften zu erlassen, wobei sie namentlich die zuständigen Behörden zu bezeichnen und deren Befugnisse und Obliegenheiten zu umschreiben haben. Die kantonalen Vorschriften bedürfen der Genehmigung des Bundesrates (Art.25 Abs.3 Satz 2 ANAG). Die Kantone haben in diesem Rahmen folgende, der Anwendung des ANAG dienende Bestimmungen erlassen:

Zürich:

Gesetz (vom 6.6.1926) über das Gemeindewesen, §§ 37–39 (ZG 1, 479). (Es handelt sich um Bestimmungen, die im wesentlichen lediglich die Kontrolle der Ausländer durch den Gemeinderat regeln. Ein Einführungsgesetz zum ANAG fehlt im Kanton Zürich.)

⁹⁴ Vgl. hinten § 34 Ziff. 3.

Bern:

Verordnung des Regierungsrates (vom 12.5.1959) über den Aufenthalt und die Niederlassung der Ausländer (Amtliche Sammlung 1959, 39).

Luzern:

Vollziehungsverordnung des Regierungsrates (vom 29.3.1965/5.12.1966) zum ANAG.

Uri:

Vollziehungs-Verordnung des Regierungsrates (vom 13.11.1937) zum ANAG,

Gebührenordnung (vom 27.11.1959) für Aufenthalt und Niederlassung der Ausländer.

Schwyz:

Kantonale Vollzugsverordnung (vom 29.12.1966) zum ANAG (Amtsblatt 1967, 414).

Obwalden:

Verordnung (vom 2.2.1943) über Einwohnerkontrolle, Niederlassung und Aufenthalt (Landbuch VII, 440).

Nidwalden:

Ausführungsbestimmungen des Landrates (vom 27.9.1952) zum ANAG (Ergänzung zum Gesetzbuch Nr.305),

Gebührentarif des Regierungsrates (vom 20.4.1959).

Glarus:

Verordnung (vom 10.3.1927) über die Fremdenpolizei (Landbuch S.189) (enthält nur Vorschriften über das Meldewesen),

ergänzend gelangen einzelne Bestimmungen des Gesetzes (vom 6.5.1888) über Niederlassung und Aufenthalt (Landbuch S.58) zur Anwendung.

Zug:

Kantonale Vollziehungsverordnung (des Regierungsrates) über die Fremdenpolizei (vom 21.10.1949) (Gesetzessammlung Bd. XVI, 329).

Freiburg:

Ausführungsgesetz (vom 17.11.1933) zum ANAG (Gesetzessammlung Bd.1933/102, 85).

Solothurn:

Dieser Kanton besitzt keine Einführungsbestimmungen zum ANAG.

Basel-Stadt:

Gesetz über das Aufenthaltswesen vom 22.10.1936 (Gesamtausgabe Bd.2, 1574),

Verordnung (vom 16.4.1935) über die Ausübung einer Erwerbstätigkeit durch Ausländer im kleinen Grenzverkehr (Gesamtausgabe Bd.2, 1582),

Gebührenverordnung (vom 21.2.1956) zum ANAG (Gesamtausgabe Bd.2, 1583).

Basel-Landschaft:

Kantonale Vollziehungsverordnung (vom 8.10.1934) zum ANAG usw. (Bereinigte Sammlung Bd.5 Nr.843).

Schaffhausen:

Kantonale Fremdenpolizeiverordnung (vom 22.3.1956) (Rechtsbuch Bd. IV Nr. 308).

Appenzell A.Rh.:

Vollziehungsverordnung (vom 4.7.1935) zum ANAG,
Regierungsratsbeschluß (vom 9.4.1956) betreffend Gebührenordnung zum ANAG,
Ausführungsreglement dazu vom 12.12.1966.

Appenzell I.Rh.:

Polizei-Verordnung (vom 29.5.1946), Art.17. (Diese Bestimmung befaßt sich nur mit der Anmeldung.)

St. Gallen:

Vollzugsverordnung (vom 7.3.1952) zum ANAG (Bereinigte Sammlung Bd.2 S.394).

Graubünden:

Ausführungsbestimmungen des Großen Rates (vom 27.5.1947/23.5.1949) zum ANAG,
Gebührentarif des Kleinen Rates (vom 12.12.1966) zum ANAG.

Aargau:

Vollziehungsverordnung des Regierungsrates (vom 29.12.1966) zum ANAG.

Thurgau:

Fremdenpolizei-Verordnung (vom 25.3.1935) (Rechtsbuch Nr. 410).

Tessin:

Decreto ejecutivo concernente le tasse cantonali di polizia degli stranieri (del 23 marzo 1956). (Raccolta delle Leggi Vol.1, No.9.)

Waadt:

Loi (du 29 août 1934) d'application dans le canton de Vaud de la loi fédérale sur le séjour et l'établissement des étrangers (RO 1934,

105) avec modifications du 8 septembre 1954 (RO 1954, 201) et du 28 novembre 1955 (RO 1955, 305).

Wallis :

Beschluß (vom 14.9.1934) betreffend die Anwendung der Bundesvorschriften bezüglich der Gebührenerhebung für Aufenthalt der Ausländer (Gesetzessammlung Bd. 34, 93).

Neuenburg :

Loi (du 17 mai 1933) sur la police des habitants, art. 2 (RO tome 5, 449).

Tarif des émoluments et taxes en matière d'établissement et de séjour des étrangers (du 9 décembre 1966).

Genf :

Loi (du 21 février 1934) d'application dans le canton de Genève de la loi fédérale sur le séjour et l'établissement des étrangers (RO vol. 5 F/2/2),

Règlement (du 27 octobre 1950) d'application des dispositions légales sur le séjour et l'établissement des étrangers (RO vol. 5 F/2/3).

Daß eine Reihe von Kantonen (Zürich, Glarus, Solothurn, Appenzell I. Rh., Tessin, Wallis) keine Einführungsbestimmungen zum ANAG erlassen oder bloße Rahmenvorschriften oder Gebührentarife aufgestellt haben, verstößt nicht nur gegen Art. 25 Abs. 3 Satz 1 ANAG, sondern auch gegen die Grundsätze der rechtsstaatlichen Verwaltung.

§ 13. *Die Behörden*

1. Die Aufteilung der fremdenpolizeilichen Zuständigkeiten zwischen der Eidgenossenschaft und den Ständen rief dem Aufbau besonderer Behörden im Bund und in den Kantonen. Die kantonale Behördenorganisation wird in ihren Grundzügen durch das Bundesrecht (Art. 15 Abs. 1 und 2, 19 Abs. 1 ANAG) festgelegt⁹⁵, das zudem einige elementare Verfahrensgrundsätze (Art. 3 Abs. 2, 16 Abs. 2, 18 Abs. 6, 19 Abs. 2 ANAG; Art. 20 Abs. 1, 22 ANAV) aufstellt⁹⁶; im übrigen richtet sich die Zuständigkeit der kan-

⁹⁵ Vgl. hinten Ziff. 2.

⁹⁶ Vgl. hinten § 30.

tonalen Behörden und das Verfahren vor diesen nach dem kantonalen Recht⁹⁷.

Die kantonalen Behörden sind den eidgenössischen nicht hierarchisch untergeordnet. Zwar steht dem Bundesrat gemäß Art. 25 Abs. 1 Satz 1 ANAG die «Oberaufsicht über die Handhabung der fremdenpolizeilichen Vorschriften des Bundes» zu, welche Befugnis er in Art. 23 Abs. 1 ANAV dem Eidg. Justiz- und Polizeidepartement delegiert hat, das gestützt darauf die «erforderlichen Weisungen» und Kreisschreiben erläßt; auch bedürfen bestimmte, von den Kantonen erteilte Bewilligungen laut Art. 18 Abs. 3 ANAG der Zustimmung der eidg. Fremdenpolizei; kraft Art. 21 Abs. 4 ANAV kann die Bundesanwaltschaft für die ihrer Kontrolle unterstellten Flüchtlinge «Vorbehalte» anbringen, die für die Fremdenpolizeibehörden (des Bundes und der Kantone) verbindlich sind; nach Art. 20 Abs. 1 ANAG unterliegen schließlich gewisse kantonale Verfügungen dem Rekurs an das Eidg. Justiz- und Polizeidepartement. Ungeachtet dieser Zuständigkeiten verfügen die eidgenössischen Behörden jedoch gegenüber den kantonalen Amtsstellen über kein Leitungs-, Dienstaufsichts- oder gar Disziplinarrecht; die Behörden der Kantone stehen zu denen des Bundes in keinem beamtenrechtlichen oder sonstigen dienstlichen Abhängigkeitsverhältnis⁹⁸.

2. Kantonale Behörden. Gemäß Art. 15 Abs. 1 Satz 1 ANAG bezeichnet jeder Kanton eine kantonale Fremdenpolizeibehörde (kantonale Fremdenpolizei, police cantonale des étrangers). Sie ist für alle fremdenpolizeilichen Obliegenheiten zuständig, welche nicht einer andern kantonalen Behörde oder einer Bundesbehörde zukommen (Art. 15

⁹⁷ Wobei die kantonalen Durchführungsvorschriften allerdings nach Art. 25 Abs. 3 ANAG der Genehmigung durch den Bundesrat bedürfen. Vgl. auch Art. 15 Abs. 2 Satz 2 ANAG, wonach bestimmte Befugnisse nur mit Zustimmung des Bundesrates an untere bzw. mehrere nebengeordnete Behörden übertragen werden dürfen.

⁹⁸ Vgl. zu diesen Begriffen FORSTHOFF, Verwaltungsrecht, 9. Aufl., Bd. 1 S. 445.

Abs. 1 Satz 2 ANAG); insbesondere hat sie über die Ausweisung eines Ausländers sowie über die Erteilung und den Fortbestand fremdenpolizeilicher Bewilligungen zu entscheiden (Art. 15 Abs. 2 Satz 1 ANAG). Das kantonale Recht kann hiervon in drei Richtungen abweichen:

es kann den Entscheid über die Ausweisung sowie über die Erteilung und den Fortbestand der Bewilligung einer der Fremdenpolizei übergeordneten Behörde (Departementsvorsteher, Regierungsrat) übertragen (Art. 15 Abs. 2 Satz 1 ANAG);

es kann den Entscheid über die Erteilung der Bewilligung umgekehrt auch einer untern Behörde (Bezirks- oder Gemeindebehörde) und den Entscheid über die Ausweisung «mehreren einander nebengeordneten Behörden» zuweisen.

Die beiden letztgenannten Abweichungen dürfen aber nur «ausnahmsweise» und bloß mit Zustimmung des Bundesrates angeordnet werden (Art. 15 Abs. 2 Satz 2 ANAG).

Sofern die Kantone die fremdenpolizeilichen Entscheidungen nicht kraft Art. 15 Abs. 2 Satz 1 ANAG dem Departementsvorsteher oder dem Regierungsrat übertragen haben, sind sie von Bundesrechts (Art. 19 Abs. 1 ANAG) wegen verpflichtet, eine Rekursinstanz zu bezeichnen.

3. Bundesbehörden. Die fremdenpolizeilichen Befugnisse des Bundes werden (vorbehaltlich einzelner Ausnahmen) durch den Bundesrat, das Eidg. Justiz- und Polizeidepartement und die diesem untergeordneten Amtsstellen, die eidg. Fremdenpolizei, die Polizeiabteilung, die Bundesanwaltschaft und den Beschwerdedienst ausgeübt.

Die Zuständigkeit der eidg. Fremdenpolizei (police fédérale des étrangers) wird (wie die der kantonalen Fremdenpolizei) in einer Generalklausel umschrieben: Ihr stehen alle Obliegenheiten des Bundes zu, welche keiner andern eidgenössischen Stelle zugewiesen sind (Art. 15 Abs. 3 ANAG). Dazu gehören insbesondere die Zustimmung zu den von den Kantonen erteilten fremdenpolizeilichen Bewilligungen (Art. 18 Abs. 3 ANAG), die Festsetzung des Zeitpunkts der Entlassung aus der Kontrollpflicht (Art. 17 Abs. 1 ANAG, Art. 19 Abs. 3 ANAG), die Verhängung der Einreisesperre und der Einreisebeschränkung aus nicht politischen Gründen (Art. 13

ANAG), der Entscheid über die Ausdehnung einer kantonalen Wegweisungsverfügung auf die ganze Schweiz (Art. 17 Abs. 2 ANAV), die Vorbereitung von Gesetzen und Verordnungen sowie von zwischenstaatlichen Verträgen und Vereinbarungen auf fremdenpolizeilichem Gebiet, die Aufsicht über die Anwendung dieser Verträge und Vereinbarungen sowie die Instruktion von Beschwerden wegen Verletzung derselben⁹⁹.

Die Polizeiabteilung (*division de la police*) entscheidet über die Internierung und Ausschaffung von Ausländern (Art. 15 Abs. 4 ANAG), die Aufnahme und Betreuung der Flüchtlinge sowie die Ausstellung von Ausweisschriften für Schriften- und Staatenlose¹⁰⁰.

Die Bundesanwaltschaft (*ministère public de la Confédération*) handhabt die politische Fremdenpolizei; sie übt die Kontrolle über die Flüchtlinge aus, soweit das zum Schutze der innern oder äußern Sicherheit des Landes notwendig erscheint (Art. 21 Abs. 4 ANAV); sie verhängt die Einreisesperre und Einreisebeschränkung über politisch unerwünschte Ausländer (Art. 13 ANAG); sie stellt dem Bundesrat Antrag über die im Sinne von Art. 70 BV anzuordnenden Ausweisungen¹⁰¹.

Der Beschwerdedienst (*service des recours*) instruiert die Beschwerden, die in die Zuständigkeit des Departements fallen¹⁰².

Das Eidg. Justiz- und Polizeidepartement entscheidet letztinstanzlich über Beschwerden gegen kantonale Ausweisungsverfügungen aus der Schweiz, gegen die Internierungsverfügungen der Polizeiabteilung sowie gegen alle Verfügungen der eidg. Fremdenpolizei (Art. 20 Abs. 1 ANAG); es übt die Aufsicht über den Vollzug des Gesetzes und der Ausführungsbestimmungen aus und erläßt

⁹⁹ BG vom 26.3.1914 über die Organisation der Bundesverwaltung, Art. 31 Ziff. IV in der Fassung gemäß Art. 3 des BG vom 17.12.1958 über Änderungen der Organisation des Eidg. Justiz- und Polizeidepartements (AS 1959, 300).

¹⁰⁰ BG vom 26.3.1914 über die Organisation der Bundesverwaltung, Art. 31 Ziff. III in der Fassung gemäß Art. 3 des BG vom 17.12.1958 über Änderungen der Organisation des Eidg. Justiz- und Polizeidepartements (AS 1959, 300).

¹⁰¹ BG vom 26.3.1914 über die Organisation der Bundesverwaltung, Art. 31 Ziff. V (BS 1, 274; AS 1959, 301).

¹⁰² BG vom 26.3.1914 über die Organisation der Bundesverwaltung, Art. 31 Ziff. VIII in der Fassung gemäß Art. 3 des BG vom 17.12.1958 über Änderungen der Organisation des Eidg. Justiz- und Polizeidepartements (AS 1959, 301).

die erforderlichen Weisungen, Richtlinien und Kreisschreiben (Art. 8 Abs. 3, 21 Abs. 1, 23 Abs. 1 ANAV)¹⁰³.

Die schweizerischen Botschaften und Konsulate erteilen nach den Weisungen des Eidg. Justiz- und Polizeidepartements die Visa¹⁰⁴. Die Konsulate wirken überdies als Auskunftsstelle für die Fremdenpolizeibehörden, wenn es gilt, am bisherigen Wohnort des Ausländers Erkundigungen über ihn einzuziehen¹⁰⁵.

Der Bundesrat verfügt gestützt auf Art. 70 BV die Ausweisung von Ausländern, welche die innere oder äußere Sicherheit der Eidgenossenschaft gefährden; er beurteilt Beschwerden wegen Verletzung von Staatsverträgen mit dem Ausland, welche sich auf «Freizügigkeit und Niederlassung» beziehen (Art. 125 Abs. 1 lit. c OG), «Asylbeschwerden» (Art. 21 ANAG), Beschwerden gegen Entscheide des Eidg. Justiz- und Polizeidepartements, soweit diese nicht nach Art. 20 Abs. 1 ANAG endgültig sind, sowie Beschwerden gegen Entscheide des Eidg. Volkswirtschaftsdepartements und der Arbeitsmarktbehörden der Kantone, die in Anwendung des BRB vom 26. 2. 1965/1. 3. 1966/10. 2. 1967 über die Begrenzung und Herabsetzung des Bestandes an ausländischen Arbeitskräften¹⁰⁶ ergangen sind; er erläßt die zur Durchführung des Gesetzes erforderlichen Vorschriften, wobei er namentlich befugt ist, die in Art. 25 Abs. 1 lit. a–h ANAG genannten Gegenstände zu regeln, und er genehmigt die Ausführungsbestimmungen der Kantone (Art. 25 Abs. 3 Satz 2 ANAG; vgl. auch Art. 15 Abs. 2 Satz 2 ANAG).

4. Arbeitsmarktbehörden (*autorités dont relève le marché de l'emploi*). Der Umstand, daß der Fremdenpolizei auch der Schutz der schweizerischen Arbeitskräfte vor übermäßiger Konkurrenz durch Ausländer obliegt¹⁰⁷, erfordert eine Zusammenarbeit zwischen den Fremdenpolizeibehörden und den Arbeitsmarktbehörden. So hat die Fremdenpolizeibehörde nach Art. 16 Abs. 2 ANAG vor Erteilung der Bewilligung an einen Ausländer, der eine Stelle antreten

¹⁰³ Vgl. auch Art. 26 und 27 des BRB vom 26. 2. 1965/1. 3. 1966/10. 2. 1967 über die Begrenzung und Herabsetzung des Bestandes an ausländischen Arbeitskräften (AS 1965, 125/26).

¹⁰⁴ BRB vom 10. 4. 1946 über Einreise und Anmeldung der Ausländer, Art. 3 (BS 1, 139).

¹⁰⁵ RUTH S. 53 Nr. 69.

¹⁰⁶ AS 1965, 119; 1966, 479, 495; 1967, 235.

¹⁰⁷ Vgl. vorne § 10 Ziff. 3.

will «in der Regel die Begutachtung des zuständigen Arbeitsnachweises einzuholen». Einen weiteren Ausbau hat diese Zusammenarbeit im vorgenannten BRB über die Begrenzung und Herabsetzung des Bestandes an ausländischen Arbeitskräften erfahren¹⁰⁸. Arbeitsmarktbehörden sind die Arbeitsämter (offices du travail) der Kantone, das Bundesamt für Industrie, Gewerbe und Arbeit (office fédéral de l'industrie, des arts et métiers et du travail) und das Eidg. Volkswirtschaftsdepartement.

2. Abschnitt

Besondere fremdenpolizeiliche Institute

Im Rahmen der vorliegenden Arbeit können nur die wichtigsten Institute des Fremdenpolizeirechts behandelt werden. Für alle andern Fragen, namentlich die der Gebührenerhebung, der Straffolgen der Verletzung fremdenpolizeilicher Bestimmungen und Verfügungen sowie der Ausweispapiere, sei auf die Zusammenstellung von TZAUT¹⁰⁹ verwiesen. Mit Bezug auf die Strafbestimmungen kann ferner immer noch RUTH¹¹⁰ zu Rate gezogen werden.

§ 14. Die Einreise (*Paß und Visum*)

1. Die Einreise in die Schweiz wird durch den BRB vom 10.4.1946 über Einreise und Anmeldung der Ausländer¹¹¹ geregelt, der gestützt auf Art.2 Abs.3, Art.3 und Art.25 Abs.1 ANAG ergangen ist. Nach Art.1 und 2 dieses Erlasses bedarf der Ausländer zur Einreise eines gültigen heimatlichen Passes und eines (von einer schweizerischen Gesandtschaft

¹⁰⁸ Vgl. Art.14, 15, 18 ff. dieses BRB (AS 1965, 123).

¹⁰⁹ SJK Nr.351.

¹¹⁰ S.123 ff. Nr.132–135; vgl. ferner den Entscheid SJZ 63 S.174 Nr.80.

¹¹¹ BS 1, 139; dazu HOFMANN, Das schweizerische Fremdenpolizeirecht, in: Der Polizeibeamte, 35. Jahrg., S.129 f.

oder einem schweizerischen Konsulat ausgestellten) Visums¹¹², soweit nicht das Eidg. Justiz- und Polizeidepartement (auf Grund staatsvertraglicher Vereinbarungen oder durch einseitige Verfügung) Ausnahmen von dieser Regel zugelassen hat. Diese Ordnung ist für die ausländischen Touristen in einem liberalen, für die fremden Arbeitskräfte dagegen in einem einschränkenden Sinn ausgestaltet und weiterentwickelt worden.

2. Im Zeichen der Liberalisierung des Reiseverkehrs ist die Paßpflicht für die als Touristen einreisenden Angehörigen der meisten westeuropäischen Staaten aufgehoben und durch die Möglichkeit der Vorlegung einer Identitätskarte (oder Kollektivliste) ersetzt worden. Noch stärker ist für die Touristen die Visumspflicht abgebaut worden: Sie besteht in vollem Umfange nur noch für die Angehörigen der Oststaaten und einer Reihe überseeischer Länder¹¹³.

3. Anderes gilt für die ausländischen Arbeitskräfte. Für sie wurde die Visumspflicht gegenüber einer weit geringeren Zahl von Staaten abgebaut als für die Touristen¹¹⁴. Um die Maßnahmen zur Begrenzung und Herabsetzung des Bestandes an ausländischen Arbeitskräften geregelt durchzuführen, Umgehungsversuche zu verhindern und die Härte einer nachträglichen Zurückweisung zu vermeiden¹¹⁵, erwies es sich zudem als notwendig, auch für die von der Visumspflicht befreiten ausländischen Arbeitskräfte Einschränkungen einzuführen. Nach dem BRB vom 19.1.1965 über die Zusicherung der Aufenthaltsbewilligung zum Stellenantritt¹¹⁶ dürfen solche ausländische Arbeitskräfte nur dann

¹¹² Über dessen Rechtsnatur vgl. vorne § 10 Ziff. 2.

¹¹³ Näheres bei TZAUT S.2 f.; die darin enthaltene Zusammenstellung beruht auf dem Stand vom 1.6.1964 und bedarf einiger Ergänzungen.

¹¹⁴ TZAUT, S.2.

¹¹⁵ Vgl. Bericht des Bundesrates vom 9.2.1965 über die Begrenzung und Herabsetzung des Bestandes an ausländischen Arbeitskräften (BBl 1965 I 340).

¹¹⁶ AS 1965, 58.

zum Stellenantritt in die Schweiz einreisen, wenn sie eine Zusicherung der Aufenthaltsbewilligung besitzen. Reisen sie ohne Zusicherung ein, so darf ihnen keine Aufenthaltsbewilligung zum Stellenantritt erteilt werden¹¹⁷. Was den sich um eine Stelle bewerbenden ausländischen Arbeitskräften dergestalt zur Pflicht gemacht worden ist, steht den übrigen Ausländern als bloße Möglichkeit offen: auch sie können vom Ausland aus ein Gesuch um Zusicherung der Bewilligung einreichen (Art. 6 Abs. 2 ANAV)¹¹⁸.

4. Die Durchführung der Kontrolle der einreisenden Ausländer obliegt dem eidgenössischen Grenzwachtkorps unter Mithilfe der kantonalen Polizeibehörden¹¹⁹. Stellen die Grenzkontrollorgane fest, daß die Voraussetzungen für eine rechtmäßige Einreise nicht erfüllt sind, weil die Vorschriften über den Besitz von Ausweisschriften, das Visum, die Grenzkontrolle usw. nicht beobachtet worden sind oder der Einreise ein persönliches Verbot, wie Ausweisung, Einreisesperre, Einreisebeschränkung entgegensteht (Art. 1 Abs. 2 ANAV), dann verweigern sie dem Ausländer den Zutritt zum schweizerischen Gebiet oder weisen eine bereits darauf befindliche Person daraus fort (Fortweisung)¹²⁰.

§ 15. *Fernhaltungsmaßnahmen; Einreisesperre und Einreisebeschränkung*

1. Die Paß- und Visumspflicht allein sichern den Staat nur ungenügend vor dem Zuzug unerwünschter Ausländer. Ergänzend treten die in Art. 13 ANAG geordneten fremdenpolizeilichen Maßnahmen der Einreisesperre und der Einreisebeschränkung in die Lücke.

¹¹⁷ Art. 1 des genannten BRB.

¹¹⁸ Vgl. RUTH S. 51 Nr. 66.

¹¹⁹ Zollgesetz Art. 59 (BS 6, 486); Grenzwachtrecht Art. 51; FOURNIER, A la frontière sud: le garde-frontière face à une nouvelle tâche, Zoll-Rundschau 1965 S. 88.

¹²⁰ KAMMERMANN, Die fremdenpolizeiliche Ausweisung von Ausländern aus der Schweiz, Diss. Bern 1948, S. 85.

2. Die Einreisesperre (*interdiction d'entrée*) verbietet dem Ausländer jede Einreise ohne ausdrückliche vorherige Ermächtigung der verfügenden Behörde. Sie kann für längstens 3 Jahre über Ausländer verhängt werden, «die sich grobe oder mehrfache Zuwiderhandlungen gegen fremdenpolizeiliche oder andere gesetzliche Bestimmungen und gestützt darauf erlassene behördliche Verfügungen haben zuschulden kommen lassen» (Art. 13 Abs. 1 Satz 2 ANAG). Die Einreisesperre kann ferner – und zwar ohne zeitliche Begrenzung – über «unerwünschte» Ausländer verhängt werden (Art. 13 Abs. 1 Satz 1 ANAG). Als «unerwünscht» gilt nach der Praxis, wer «eine Gesinnung bekundet, die nicht jenes loyale Verhalten erwarten läßt, welches Voraussetzung des Gastrechts ist» oder wer, namentlich in seinem Vorleben, gezeigt hat, daß er nicht gewillt oder nicht fähig ist, «sich in die im Gaststaat geltende Ordnung einzufügen»¹²¹. Diese Voraussetzung erachtet die Praxis namentlich im Falle politisch tätiger Extremisten jeder Richtung als gegeben, deren Anwesenheit die innere oder äußere Sicherheit der Eidgenossenschaft gefährden könnte¹²². Die Einreisesperre kann auch verfügt werden, wenn der Ausländer noch in der Schweiz ist; sie hebt in diesem Falle – im Gegensatz zur Ausweisung¹²³ – die dem Ausländer zustehende Anwesenheitsbewilligung nicht auf¹²⁴. Die Einreisesperre kommt im übrigen in ihren Wirkungen der Ausweisung nahe, die gleichfalls mit dem Verbot verbunden ist, während deren Dauer das Gebiet der Schweiz zu betreten (Art. 11 Abs. 4 ANAG).

3. Die Einreisebeschränkung (*restriction d'entrée*) untersagt dem Ausländer für längstens 2 Jahre, ohne vorherige ausdrückliche Ermächtigung der anordnenden Behörde zu den in der Verfügung aufgeführten Zwecken¹²⁵ in

¹²¹ TZAUT S. 10/11.

¹²² Vgl. hinten § 25 Ziff. 3.

¹²³ Vgl. hinten § 25 Ziff. 1.

¹²⁴ RUTH S. 115 Nr. 124.

¹²⁵ Z.B. Aufnahme einer Erwerbstätigkeit, Teilnahme an einer politischen Versammlung.

die Schweiz einzureisen oder wiedereinzureisen¹²⁶. Voraussetzung für die Anordnung dieser Maßnahme ist lediglich, daß die Einreise zu den betreffenden Zwecken «unerwünscht» ist. Wird die Einreisebeschränkung über einen Ausländer verhängt, der noch im Lande ist oder sich darin aufgehalten hat, so soll damit in der Regel einer Bedingung Nachachtung verschafft werden, die er bei seinem früheren Aufenthalt in der Schweiz nicht eingehalten hat. Gegenüber Neueinreisenden können dieser Maßnahme die gleichen Aufgaben zugedacht sein, wie sie die Einreisesperre zu erfüllen hat¹²⁷.

4. Zur Verhängung der Einreisesperre und der Einreisebeschränkung ist die eidg. Fremdenpolizei zuständig (Art. 15 Abs. 3 in Verbindung mit Art. 13 ANAG), es sei denn, diese Maßnahme werde gegenüber politisch unerwünschten Ausländern angeordnet, in welchem Falle die Bundesanwaltschaft die Verfügung trifft¹²⁸.

5. Neben die Einreisesperre und die Einreisebeschränkung, die als förmliche Verfügungen ergehen, treten die formlose Fortweisung und Rückweisung (*refoulement*), die in die Zuständigkeit der kantonalen Polizeibehörden und Grenzkontrollorgane fallen. Es ist Aufgabe dieser Behörden, den Ausländern, welche die in Art. 1 Abs. 2 ANAV umschriebenen Voraussetzungen für die rechtmäßige Einreise nicht erfüllen, den Zutritt zum schweizerischen Gebiet zu verweigern (Fortweisung)¹²⁹ und Ausländer, «die aus persönlichen Gründen offensichtlich keine Aussicht haben, eine Bewilligung zu erhalten oder als Flüchtlinge Aufnahme zu

¹²⁶ Der Ausländer ist hingegen unter Vorbehalt der allgemeinen Einreisevorschriften frei, zu ändern als den in der Verfügung genannten Zwecken einzureisen (TZAUT S. 10).

¹²⁷ Z.B. Schutz der innern oder äußern Sicherheit des Landes durch Verbot der Teilnahme an einer Tagung politischer Extremisten.

¹²⁸ BG vom 26. 3. 1914 über die Organisation der Bundesverwaltung, Art. 31 Ziff. III/3 (BS 1, 274).

¹²⁹ Vgl. vorne § 14 Ziff. 4.

finden, wenn immer möglich schon an der Grenze» zurückzuweisen (Rückweisung; Art. 17 Abs. 1 Satz 2 ANAV)¹³⁰.

§ 16. *Die Anmeldung; bewilligungsfreie Anwesenheit*

1. Die Anmeldung (*déclaration d'arrivée*) wird in den Art. 2 Abs. 1, Art. 3 und Art. 8 Abs. 3 ANAG, Art. 2 Abs. 1–11 ANAV sowie Art. 9 und 10 des BRB vom 10. 4. 1946 über Einreise und Anmeldung der Ausländer¹³¹ geregelt¹³². Der Ausländer hat sich nach der Einreise innert einer Frist, deren Dauer von den ihm zur Verfügung stehenden Ausweispapieren und vom Aufenthaltswort abhängt, zur Regelung der Bedingungen seiner Anwesenheit anzumelden. Die Anmeldefrist beträgt für Ausländer, die zum Zwecke der Wohnsitznahme oder zur Ausübung einer Erwerbstätigkeit eingereist sind oder die über keine anerkannten und gültigen heimatlichen Ausweispapiere verfügen, 8 Tage. Für die übrigen Ausländer, hauptsächlich also für Ferien- und Kurgäste sowie für Besucher eingereister Ausländer¹³³ beträgt die Anmeldefrist 3 Monate.

2. Die Anmeldefrist ist rechtlich namentlich darum bedeutungsvoll, weil der rechtmäßig¹³⁴ eingereiste Ausländer laut Art. 1 ANAG und Art. 1 Abs. 1 Satz 1 ANAV «berechtigt» ist, während ihrer Dauer und anschließend nach richtig erfolgter Anmeldung bis zum Entscheid über das mit dieser

¹³⁰ Es handelt sich dabei um eine Unterart der formlosen Wegweisung (vgl. dazu hinten § 24 Ziff. 2).

¹³¹ BS 1, 140.

¹³² Näheres bei TZAUT S. 3 und – unter Berücksichtigung der inzwischen eingetretenen Gesetzesänderungen – bei RUTH S. 42 ff. Nr. 55–57 sowie bei Hofmann S. 130.

¹³³ Aber auch für Journalisten, die vorübergehend als Korrespondenten in der Schweiz tätig sind, und für Großhandelsreisende ausländischer Firmen.

¹³⁴ Rechtmäßig ist die Einreise, wenn die Vorschriften über den Besitz von Ausweisschriften, das Visum, die Grenzkontrolle usw. beobachtet worden sind und der Einreise nicht ein persönliches Verbot, wie Ausweisung, Einreisesperre, Einreisebeschränkung entgegenstand (Art. 1 Abs. 2 ANAV).

einzureichende Gesuch um Bewilligung von Aufenthalt, Niederlassung oder Toleranz ohne Bewilligung in der Schweiz zu verweilen¹³⁵. Man spricht insofern von bewilligungsfreier Anwesenheit¹³⁶.

3. Von der Anmeldepflicht des Ausländers ist die Meldepflicht seines Gastgebers zu unterscheiden, für die andere Fristen gelten (Art. 2 Abs. 2 ANAG, Art. 2 Abs. 1 ANAV)¹³⁷.

§ 17. *Die Anwesenheitsbewilligungen (Bewilligungsarten)*

1. Laut Art. 1 ANAG ist der Ausländer zur Anwesenheit in der Schweiz berechtigt, wenn er eine Aufenthalts-, Niederlassungs- oder Toleranzbewilligung besitzt oder nach dem Gesetz keiner solchen bedarf¹³⁸. Jede dieser Bewilligungsarten hat ihre Vorstufe: Art. 18 Abs. 5 ANAG sieht die Möglichkeit der Erteilung einer provisorischen Aufenthalts- oder Toleranzbewilligung vor; gemäß Art. 17 Abs. 1 ANAG kann der Erteilung der Niederlassungsbewilligung die Ansetzung einer Probezeit vorausgehen. Im Folgenden sollen die drei – nach Voraussetzungen, Inhalt, Dauer und örtlichem Geltungsbereich verschiedenen – Bewilligungsarten kurz umrissen werden.

2. Die Aufenthaltsbewilligung (*autorisation de séjour*) ist die ordentliche (allgemeine) Bewilligungsart. Sie ist

¹³⁵ Wobei Art. 1 Abs. 1 Satz 2 ANAV «im Einzelfall getroffene abweichende Verfügungen der zuständigen Behörden» vorbehält. Hierunter fällt z.B. die Ansetzung einer kürzeren Anwesenheitsfrist in einem Transitvisum (RUTH S. 41).

¹³⁶ KAMMERMAN S. 44; vgl. vorne § 10 Ziff. 1.

¹³⁷ Näheres bei RUTH S. 45 Nr. 58. Im Gegensatz zum Gastgeber (Beherberger) ist der Arbeitgeber nach den genannten Bestimmungen nicht meldepflichtig (BIM 1967 S. 78 ff.).

¹³⁸ Was für den rechtmäßig eingereisten Ausländer während der für ihn geltenden Anmeldefrist sowie der Zeit zwischen der richtig erfolgten Anmeldung und dem Entscheid über das von ihm einzureichende Gesuch um Bewilligung von Aufenthalt, Niederlassung oder Toleranz zutrifft (Art. 1 ANAV; vgl. vorne § 10 Ziff. 1 und § 16 Ziff. 1).

befristet¹³⁹ und für die Ausländer bestimmt, die nur vorübergehend im Lande sein wollen oder sein sollen, also mit der Pflicht zur Wiederausreise belastet bleiben, wie auch für solche, die zwar dauernd hier verbleiben wollen (und voraussichtlich auch verbleiben dürfen), aber die Voraussetzungen für die unbefristete Festsetzung noch nicht erfüllen^{140,141}.

¹³⁹ Der Umstand, daß die Aufenthaltsbewilligung befristet ist, schließt nicht aus, daß deren Inhaber je nach der Lage der Verhältnisse in der Schweiz im zivilrechtlichen Sinne Wohnsitz haben kann. Nach Lehre und Rechtsprechung ist das Vorliegen einer Polizeibewilligung nicht Voraussetzung für die Begründung eines zivilrechtlichen Wohnsitzes. Die Polizeibewilligung ist vielmehr lediglich ein – mehr oder weniger gewichtiges – Indiz für die Absicht dauernden Verweilens, die das subjektive Merkmal des Wohnsitzbegriffes ist und die sich objektiv in einer qualifizierten, Mittelpunkt der Lebensbeziehungen schaffenden Anwesenheit verwirklichen muß (Vgl. ZBGR 45 S. 112 ff.). Das ist auch für die Anwendung des Bundesbeschlusses vom 23.3.1961 über die Bewilligungspflicht für den Erwerb von Grundstücken durch Personen im Ausland (AS 1961, 203) von Bedeutung, da dieser Erlaß Personen mit Wohnsitz in der Schweiz von der Bewilligungspflicht ausnimmt, wobei grundsätzlich auf den zivilrechtlichen Wohnsitz abgestellt wird. Art. 4 Abs. 2 des Bundesbeschlusses verdeutlicht in der Neufassung vom 30.9.1965 (AS 1965, 1240): «Nicht als Wohnsitz in der Schweiz gilt ein vorübergehender Aufenthalt, bei Ausländern ein Aufenthalt ohne Aufenthaltsbewilligung oder mit einer Bewilligung, die nicht zur Verlegung des Mittelpunktes der Lebensverhältnisse in die Schweiz berechtigt». Als Bewilligung im letztgenannten Sinne sind Aufenthaltsbewilligungen für Saisonarbeiter und -angestellte, auf Widerruf erteilte Aufenthaltsbewilligungen und Aufenthaltsbewilligungen zu Kur- und Studienzwecken u. dgl. (vgl. ZBGR 44 S. 232; 46 S. 230) zu verstehen; die Inhaber anderer Aufenthaltsbewilligungen können dagegen möglicherweise im Sinne des Bundesbeschlusses vom 23.3.1961/30.9.1965 in der Schweiz Wohnsitz haben.

¹⁴⁰ RUTH S. 99 Nr. 108.

¹⁴¹ Besondere Regeln gelten nach der Vereinbarung vom 6.11.1963 zwischen der Schweiz und dem Fürstentum Liechtenstein über die fremdenpolizeiliche Rechtsstellung der beiderseitigen Staatsangehörigen im andern Vertragsstaat (AS 1964, 1) für die Aufenthaltsbewilligung der Liechtensteiner, die in ihren Wirkungen bereits der Niederlassungsbewilligung nahekommt (vgl. hinten § 29 Ziff. 2).

Die Rechte, die dem Ausländer durch die Aufenthaltsbewilligung verliehen werden, werden durch die ihm darin auferlegten Bedingungen¹⁴² näher umschrieben. Die Bedingungen können Verbote und Gebote enthalten. Die Bewilligungsbehörde ist in der Festlegung derselben frei, hat sich aber im Rahmen von Gesetz und Verfassung zu halten, was namentlich bedeutet, daß die Bedingungen eine fremdenpolizeiliche Zielsetzung¹⁴³ verfolgen und die das Fremdenpolizeirecht beherrschenden allgemeinen verfassungsmäßigen Grundsätze¹⁴⁴ wahren müssen. Die Bedingungen werden in der Regel für die ganze Dauer der Bewilligung festgelegt. Die Bewilligungsbehörde kann nachträglich auf eine gestellte Bedingung verzichten oder diese mildern; falls ein gesetzlicher Widerrufsgrund (Art. 9 Abs. 2 ANAG) vorliegt, kann sie ausnahmsweise auch neue Bedingungen aufstellen¹⁴⁵. Wird eine Bedingung nicht erfüllt, so kann die Aufenthaltsbewilligung deswegen widerrufen werden (Art. 9 Abs. 2 lit. b ANAG).

Eine Bedingung besonderer Art ist die Erlaubnis zur Aus-

¹⁴² Als «Bedingungen» (richtig: Auflagen; vgl. MARTI S. 141) gelten auch die vom Ausländer im Bewilligungsverfahren übernommenen Verpflichtungen und abgegebenen Erklärungen (Art. 10 Abs. 3 ANAV; vgl. dazu RUTH S. 94 Nr. 104; MARTI S. 141 ff.). Solche Verpflichtungen und Erklärungen sind allerdings nur insoweit bindend, als sie zum Inhalt einer Bedingung gemacht werden könnten. Zum Problem der Auflagen vgl. allgemein HANS RUDOLF HUBER, Verwaltungsrechtliche Auflagen und Bedingungen, Diss. Zürich 1955.

¹⁴³ Abwehr der Überfremdung, Schutz des einheimischen Arbeitsmarktes, Schutz des Gaststaates und der darin geltenden Ordnung (vgl. vorne § 10 Ziff. 3 und 4).

¹⁴⁴ Insbesondere das Verbot der Willkür, den Grundsatz der Erforderlichkeit und Verhältnismäßigkeit, das Gebot der Achtung der Menschenwürde, der Überzeugung und des Empfindungslebens des Einzelnen (vgl. vorne § 10 Ziff. 7). Dazu MARTI S. 142, 151 ff.

¹⁴⁵ Das setzt das Bundesgericht im Urteil vom 3. 2. 1967 i. S. X. voraus. Die gegenteilige Meinung von RUTH (S. 95) überzeugt nicht, da in der Befugnis, die Aufenthaltsbewilligung zu widerrufen, auch die weniger weitgehende Befugnis zur Auferlegung neuer Bedingungen enthalten ist (vgl. GIACOMETTI, Allgemeine Lehren des rechtsstaatlichen Verwaltungsrechts, S. 402).

übung einer Erwerbstätigkeit. Da das schweizerische Recht die Arbeitsbewilligung mit der Anwesenheitsbewilligung vereinigt¹⁴⁶, hat die Aufenthaltsbewilligung sich auch über die Erwerbstätigkeit des Inhabers auszusprechen. Hierbei gilt der Grundsatz, daß jede Erwerbstätigkeit verboten ist, die dem Ausländer nicht ausdrücklich erlaubt wurde¹⁴⁷. Als Erwerbstätigkeit ist nach Art. 3 Abs. 1 ANAV der Stellenantritt und jede andere ihrer Art nach normalerweise auf Erwerb gerichtete Tätigkeit zu verstehen¹⁴⁸. Will der Ausländer eine andere als die ihm bewilligte Tätigkeit ausüben, sich selbständig machen oder mit einer gewissen Regelmäßigkeit eine Nebenbeschäftigung anderer Art aufnehmen, so bedarf er hierzu laut Art. 3 Abs. 6 ANAV einer «neuen Bewilligung»¹⁴⁹. Der Stellenwechsel innerhalb des gleichen Berufes (und Kantons), der nach Art. 3 Abs. 5 ANAV grundsätzlich frei war, ist inzwischen auf Grund des in dieser Bestimmung angebrachten Vorbehaltes in Art. 12 des Plafozierungs-BRB¹⁵⁰ ebenfalls von einer Bewilligung, der «Bewilligung zum Stellenwechsel» (*autorisation de changer de place*)¹⁵¹ abhängig gemacht und zugleich stark eingeschränkt worden.

Die Aufenthaltsbewilligung ist, wie erwähnt, stets befristet, jedoch verlängerbar¹⁵². Die erstmalige Frist soll in

¹⁴⁶ Vgl. vorne § 10 Ziff. 1 und 3.

¹⁴⁷ RUTH S. 96 Nr. 106.

¹⁴⁸ Zur Kasuistik vgl. VEBB 24 Nr. 101, 28 Nr. 70; ferner TZAUT S. 6 f.; HOFMANN, Die Erwerbstätigkeit im Sinne des schweizerischen Fremdenpolizeirechts, SJZ 51 S. 233 ff.

¹⁴⁹ Das ist nicht dahin zu verstehen, daß ihm eine neue Aufenthaltsbewilligung erteilt werden müßte; der bestehenden Bewilligung ist vielmehr eine neue Auflage («Betätigungserlaubnis») beizufügen (RUTH S. 97).

¹⁵⁰ AS 1965, 122.

¹⁵¹ Es handelt sich dabei gleichfalls um die Änderung einer Auflage in dem in A. 149 umschriebenen Sinne.

¹⁵² Die Verlängerung der Aufenthaltsbewilligung erfolgt in der Form der Erteilung einer neuen Bewilligung. Die Tatsache, daß der Gesuchsteller bereits im Besitze einer Bewilligung ist bzw. war, kann hierbei je nach den Umständen dazu führen, daß die neue Be-

der Regel nicht mehr als ein Jahr betragen (Art. 5 Abs. 1 Satz 1 ANAG). Ihre Dauer ist im übrigen nach dem Zweck des Aufenthalts, bei Erwerbstätigen zudem nach der Lage auf dem Arbeitsmarkt zu bemessen; im Falle der Verlängerung ist ferner das bisherige Verhalten des Ausländers in Betracht zu ziehen (Art. 10 Abs. 2 ANAV). Die Aufenthaltsbewilligung wird im allgemeinen für die ganze Dauer der festgesetzten Frist erteilt. Gemäß Art. 25 Abs. 1 lit. e ANAG kann der Bundesrat jedoch die Fremdenpolizeibehörden ermächtigen oder anweisen, die Aufenthaltsbewilligung an Saisonarbeiter und -angestellte sowie ausnahmsweise auch an andere Arbeitskräfte nur auf Widerruf zu erteilen¹⁵³.

3. Die Niederlassungsbewilligung (*autorisation d'établissement*) ist das günstigste fremdenpolizeiliche Rechtsverhältnis, das ein Ausländer erlangen kann. Sie verschafft ihm eine weitgehende Sicherung seines Anwesenheits-

willigung für eine kürzere oder längere Dauer erteilt wird (Art. 5 Abs. 1 Satz 1 ANAG, Art. 10 Abs. 2 ANAV; vgl. RUTH S. 93 Nr. 103). Ein Anspruch auf Verlängerung der Aufenthaltsbewilligung besteht grundsätzlich nicht. Anderes gilt z. B. nach Art. 11 und 12 des Abkommens vom 10. 8. 1964 zwischen der Schweiz und Italien (AS 1965, 403) für italienische Arbeitskräfte, die sich 5 Jahre ordnungsgemäß und ununterbrochen in der Schweiz aufgehalten haben, und mit gewissen Einschränkungen nach Ziff. 5 des Beschlusses des Rates der Organisation für Europäische Zusammenarbeit (vgl. vorne § 3 Ziff. 6 A. 40).

¹⁵³ Was die Saisonarbeiter und -angestellten anbelangt, hat der Bundesrat diese Befugnis in Art. 8 Abs. 3 ANAV dem Eidg. Justiz- und Polizeidepartement delegiert. Mit Bezug auf die übrigen Arbeitskräfte hat er von seiner Zuständigkeit selber Gebrauch gemacht und die Kantone allgemein ermächtigt, diesen Ausländern die Aufenthaltsbewilligung auf Widerruf zu erteilen, soweit die Lage des Arbeitsmarktes es erfordert. Nach dem BRB vom 17. 5. 1949 über den Widerruf der Aufenthaltsbewilligung an ausländische Arbeitskräfte (AS 1949 I 455) darf die erste nach der Einreise erteilte Aufenthaltsbewilligung frühestens auf Ende des sechsten Monats, eine weitere Aufenthaltsbewilligung frühestens auf Ende des dritten Monats widerrufen werden, wobei der Widerruf dem Ausländer wenigstens 2 Wochen zum voraus eröffnet werden muß.

verhältnisses und stellt ihn auf wichtigen Rechtsgebieten dem Schweizer gleich. Sie wird deshalb nur dem Ausländer zuteil, dessen Beziehungen zum Gastland sich schon weitgehend gefestigt haben: In der Regel setzt die Erteilung der Niederlassungsbewilligung einen ununterbrochenen und ordnungsgemäßen Aufenthalt von 10 Jahren voraus. Ausnahmen sind vorgesehen in:

Art. 17 Abs. 2 ANAG für die Ehefrau und die unter 18 Jahre alten Kinder eines Niedergelassenen, die mit diesem in gemeinsamem Haushalt leben; sie können auch dann in die ihm erteilte Bewilligung einbezogen werden, wenn sie weniger als 10 Jahre in der Schweiz verbracht haben;

Art. 10 Abs. 2 Satz 2 ANAV für Ausländer, welche die Niederlassung früher schon mehrere Jahre besessen haben und trotz Abwesenheit mit der Schweiz eng verbunden geblieben sind;

Art. 10 Abs. 2 Satz 3 ANAV für die «ehemalige Schweizerin», die nach der Heirat mit einem Ausländer in der Schweiz bleibt und die ohne Rücksicht auf dessen Anwesenheitsverhältnis die Niederlassungsbewilligung erhält. (Diese Bestimmung ist weitgehend obsolet geworden, seit die Schweizerbürgerin die Möglichkeit besitzt, ihr Bürgerrecht trotz der Heirat mit einem Ausländer beizubehalten. Als Schweizerbürgerin bedarf sie diesfalls keiner fremdenpolizeilichen Bewilligung.)

Die Frist von 10 Jahren für die Erteilung der Niederlassungsbewilligung ist ferner für gewisse Kategorien von Ausländern durch zwischenstaatliche Vereinbarungen oder auf Grund interner Weisungen herabgesetzt worden (vgl. die Zusammenstellung vorne in § 3 Ziff. 2 A. 26).

Da die Niederlassungsbewilligung vorbehaltlich der erwähnten Ausnahmen erst nach vorausgegangener längerer Anwesenheit in der Schweiz erteilt wird, wird auch dem Ausländer, der voraussichtlich dauernd im Lande bleiben wird, im Regelfall zunächst nur der Aufenthalt bewilligt (Art. 17 Abs. 1 Satz 1 ANAG, Art. 10 Abs. 1 Satz 1 ANAV). Wenn die eidg. Fremdenpolizei mit dem dauernden Bleiben des Ausländers einverstanden ist, so kann sie (in der Zustimmungsverfügung zu der dem Ausländer erteilten Aufenthaltsbewilligung) zum voraus den Tag festsetzen, von dem an frühestens die Niederlassung bewilligt werden darf (Art.

17 Abs.1 Satz 2 ANAG; Art.11 Abs.2 und Art.19 Abs.3 ANAV). Der Ausländer hat nach Ablauf dieser Frist grundsätzlich keinen Anspruch auf Erteilung der Niederlassungsbewilligung (Art.11 Abs.2 ANAV); sein bisheriges Verhalten ist vielmehr in diesem Zeitpunkt «nochmals eingehend zu prüfen» (Art.11 Abs.1 ANAV), was die Bezeichnung der Frist als «Probefrist» rechtfertigt. Liegen wichtige, bei deren Ansetzung noch nicht bekannte Gründe vor, so kann die eidg. Fremdenpolizei die Probefrist verlängern (Art.19 Abs.4 ANAV). Nach Ablauf der Probefrist können die kantonalen Behörden dem Ausländer alle weiteren Bewilligungen, auch die Niederlassung, erteilen, ohne erneut die Zustimmung der eidg. Fremdenpolizei einholen zu müssen (Entlassung aus der eidg. Kontrolle; Art.19 Abs.3 ANAV)¹⁵⁴. Die Probefrist stellt dergestalt eine Vorstufe der Niederlassung dar, die dem Ausländer zwar noch keine volle Sicherheit, aber doch begründete Aussichten auf die endgültige Festigung seines Anwesenheitsverhältnisses verleiht und während derer er bereits gewisse Vergünstigungen genießt¹⁵⁵.

Die Festigkeit der Niederlassungsbewilligung kommt darin zum Ausdruck, daß sie unbefristet ist¹⁵⁶ und daß sie nur unter eng umgrenzten Voraussetzungen widerruflich ist

¹⁵⁴ Vgl. VEBB 25 Nr.100 betreffend den Widerruf einer solchen Verfügung. Dieser Entscheid schenkt allerdings der Frage zu wenig Beachtung, ob nicht Art.19 Abs.4 ANAV, der die Möglichkeit einer Verlängerung der Probezeit vorsieht, damit abschließend habe umschreiben wollen, in welchem Sinne die Behörde auf die Ansetzung der Probefrist zurückkommen könne.

¹⁵⁵ Vgl. Art.17 Abs.2 ANAG betreffend die Ausdehnung der Bewilligung auf die Familienangehörigen.

¹⁵⁶ Der Ausweis über die Niederlassung (Ausländerausweis) wird der Kontrolle halber befristet; er muß aber stets verlängert werden, sofern nicht ein Beendigungsgrund eintritt (Art.11 Abs.3 ANAV). Mit der Notwendigkeit einer Erneuerung der Bewilligung entfällt auch die Verpflichtung der kantonalen Behörden, hierzu die Zustimmung der Eidg. Fremdenpolizei einzuholen; der Niedergelassene ist demzufolge «aus der eidg. Kontrollpflicht entlassen»; er ist im Gegensatz zum Aufenthaltler und Tolerierten ein «nicht kontrollpflichtiger Ausländer».

(Art. 9 Abs. 4 ANAG). Die Niederlassungsbewilligung darf nicht mit Bedingungen verknüpft werden (Art. 6 Abs. 1 ANAG). Der Niedergelassene ist demgemäß auch in seiner Erwerbstätigkeit keinen fremdenpolizeilichen Beschränkungen unterworfen: Er kann jede selbständige oder unselbständige Erwerbstätigkeit ausüben, sofern es sich nicht um einen den Schweizerbürgern vorbehaltenen Beruf¹⁵⁷ handelt, wobei er frei ist, die Stelle oder den Beruf zu wechseln.

4. Die Toleranzbewilligung (*tolérance*) stellt eine subsidiäre Bewilligungsart dar. Sie begründet nur ein prekäres fremdenpolizeiliches Rechtsverhältnis. Sie wird erteilt, wenn nach dem bisherigen Verhalten des Ausländers oder aus andern in seiner Person liegenden Gründen die Verleihung einer andern Bewilligung nicht als angemessen erscheint (Art. 7 Abs. 2 ANAG), die Ausreise aber nicht möglich oder nicht zumutbar ist (Art. 12 Abs. 1 ANAV). Nach der ursprünglichen Fassung des Gesetzes konnte der staaten- oder schriftlosen Ausländer nur die Toleranzbewilligung erhalten. Eines der Hauptanliegen der Revision des Jahres 1948 war es, diesen Ausländern den Zugang zur Aufenthalts- und Niederlassungsbewilligung zu eröffnen¹⁵⁸. Auch heute noch wird die Toleranzbewilligung jedoch namentlich Ausländern ausgestellt, die kein Ausweispapier besitzen, welches ihnen die Einreise in einen andern Staat ermöglicht¹⁵⁹. Die Toleranzbewilligung, die stets befristet ist und mit Bedingungen verbunden werden kann (Art. 7 Abs. 1 ANAG), unterscheidet sich praktisch nur dadurch von der Aufenthaltsbewilligung, daß sie jederzeit widerruflich ist (Art. 7 Abs. 1 ANAG)¹⁶⁰ und daß die Kantone den tolerierten Aus-

¹⁵⁷ Wie ein öffentliches Amt, die Rechtsanwaltschaft, das Notariat u. dgl.

¹⁵⁸ BBl 1948 I S. 1294.

¹⁵⁹ TZAUT S. 5.

¹⁶⁰ Durch die Drohung, die in der jederzeitigen Widerruflichkeit liegt, will sich der Gaststaat des Wohlverhaltens des Ausländers versichern (MÄDER, Die Rechtsstellung des Ausländers in der Schweiz, in: Jahrbuch der Neuen Helvetischen Gesellschaft 1959, S. 195).

länder zur Leistung einer Sicherheit für alle öffentlich-rechtlichen Ansprüche und für die Erfüllung der ihm auferlegten Bedingungen verhalten können (Art. 7 Abs. 3 ANAG, Art. 12 Abs. 2 ANAV). Angesichts dieser geringen Unterschiede erscheint die Toleranzbewilligung als eine Unterart der Aufenthaltsbewilligung. Das ANAG und die ANAV wären übersichtlicher und lesbarer geworden, wenn sie die Dreiheit Aufenthalt-Niederlassung-Toleranz durch die Zweiheit Aufenthalt-Niederlassung ersetzt und in die Bestimmungen über den Aufenthalt einzelne Sondervorschriften für die Gruppe von Ausländern aufgenommen hätte, der heute die Toleranzbewilligung zuteil wird¹⁶¹.

§ 18. *Arbeitsbewilligungen; Bewilligungen für Arbeitgeber*

1. Während das ANAG und die ANAV neben der Einreisebewilligung (Visum) nur die Anwesenheitsbewilligung (sowie die Änderung der damit verbundenen Bedingungen) ordnen, haben spätere Bundesratsbeschlüsse und das Staatsvertragsrecht weitere Bewilligungskategorien geschaffen, die sich von den Anwesenheitsbewilligungen grundlegend unterscheiden, mit ihnen aber in mannigfachen Wechselbeziehungen stehen.

2. Der Grenzgänger (Grenzarbeitnehmer)¹⁶², der in der Schweiz erwerbstätig ist, seinen Wohnort jedoch in einem Nachbarstaat hat und in der Regel jeden Tag dorthin zurückkehrt, knüpft keine so engen Beziehungen zum

¹⁶¹ Das deutsche Ausländergesetz begnügt sich mit der Zweiheit Aufenthaltserlaubnis (entsprechend unserer Aufenthaltsbewilligung) und Aufenthaltsberechtigung (entsprechend der Niederlassungsbewilligung).

¹⁶² Vgl. die Definition des Grenzarbeitnehmers in Art. 3 Ziff. 1 Abs. 2 der Verordnung Nr. 38/64 des EWG-Rates vom 25.3.1964 über die Freizügigkeit der Arbeitnehmer innerhalb der Gemeinschaft (KANEIN S. 483), die sich weitgehend mit der schweizerischen Begriffsumschreibung deckt.

schweizerischen Territorium an, daß er hier einer Anwesenheitsbewilligung bedürfte. Er benötigt lediglich die Arbeitsbewilligung für Grenzgänger (*autorisation de travail pour frontaliers*). Diese Bewilligungsart beruht wohl auf gesetzlicher Grundlage, hat ihre Ausgestaltung indessen erst im Staatsvertragsrecht und in der Praxis gefunden¹⁶³. Die Arbeitsbewilligung wird von der nach dem kantonalen Recht hierfür zuständigen Stelle¹⁶⁴ erteilt. Für den Entscheid sind die gleichen Gesichtspunkte maßgebend, welche das kantonale Arbeitsamt bei der ihm nach Art. 16 Abs. 2 ANAG und Art. 7 ANAV obliegenden Begutachtung leiten; so ist namentlich zu prüfen, ob die staatsvertraglichen und

¹⁶³ Nach Art. 25 Abs. 1 lit. a ANAG kann der Bundesrat die Ein- und Ausreise der Ausländer, die Grenzkontrolle und den kleinen Grenzverkehr regeln. Gestützt hierauf hat der Bundesrat das Eidg. Justiz- und Polizeidepartement in Art. 8 des BRB vom 10. 4. 1946 über Einreise und Anmeldung der Ausländer (BS 1, 140) ermächtigt, «im Einvernehmen mit den beteiligten kantonalen Behörden Bestimmungen über den kleinen Grenzverkehr zu erlassen». Solche Bestimmungen sind bisher nicht aufgestellt worden. Es sind hingegen über diesen Gegenstand Vereinbarungen mit den Nachbarstaaten geschlossen worden, und zwar von der Eidgenossenschaft mit Frankreich am 1. 8. 1946, 24. 10. 1947 und 15. 4. 1958, mit der Bundesrepublik Deutschland am 25. 1. 1952 (in Revision begriffen) und mit Österreich am 30. 5. 1950; mit Italien haben die Grenzkantone Tessin, Graubünden und Wallis im Einverständnis mit den Bundesbehörden 1948 eine entsprechende Abmachung getroffen, welche an die Stelle der schweizerisch-italienischen Vereinbarung vom 21. 10. 1928 getreten sein dürfte. Die betreffenden Übereinkünfte sind nicht veröffentlicht; ihr Inhalt ist den interessierten Amtsstellen in Kreisschreiben des Eidg. Justiz- und Polizeidepartements bekanntgegeben worden. Der BRB vom 26. 2. 1965/1. 3. 1966 über die Begrenzung und Herabsetzung des Bestandes an ausländischen Arbeitskräften (AS 1965, 119; 1966, 477) setzt das Bestehen einer Arbeitsbewilligung für Grenzgänger voraus, ohne sie zu regeln.

¹⁶⁴ Als solche amtet teilweise die kantonale Polizeidirektion, teilweise das Bezirksamt oder das kantonale Arbeitsamt; falls eine der beiden erstgenannten Behörden zum Entscheid zuständig ist, hat sie in sinngemäßer Anwendung des Art. 16 Abs. 2 ANAG das Gutachten des kantonalen Arbeitsamtes einzuholen.

landesrechtlichen Vorschriften¹⁶⁵ über das Arbeitsverhältnis und die Entlohnung eingehalten sind. Die Einschränkungen des Plafonierungs-BRB gelten für die Grenzgänger nur noch, soweit der «Gesamtplafond» in Frage steht¹⁶⁶.

3. Die bisher behandelten Bewilligungen werden zugunsten des Ausländers ausgestellt, dem sie die Einreise, die Anwesenheit oder die Arbeitsaufnahme in der Schweiz gestatten. Dieser Sachverhalt wird hinsichtlich der Aufenthaltsbewilligungen zum Stellenantritt, der Bewilligung zum Stellenwechsel und der Arbeitsbewilligung für Grenzgänger dadurch verdunkelt, daß in der Regel (gestützt auf Art. 6 Abs. 2 Satz 2 ANAV) der inländische Arbeitgeber und nicht der Ausländer selber das Bewilligungsgesuch einreicht¹⁶⁷, daß die Bewilligung den Arbeitgeber bezeichnet, bei dem der Ausländer eine Stelle bekleiden darf¹⁶⁸, und daß der Arbeitgeber als «Mitbeteiligter» befugt ist, die den Ausländer betreffenden Verfügungen der eidg. Fremdenpolizei mit Rekurs anzufechten (Art. 20 Abs. 1 Satz 2 ANAG)¹⁶⁹. Dessen ungeachtet ist der Ausländer als Adressat der Bewilligung und Träger der darin verliehenen Rechte zu betrachten, was schon darin zum Ausdruck kommt, daß die

¹⁶⁵ Einschließlich der gesamtarbeitsvertraglichen Abmachungen.

¹⁶⁶ Vgl. Art. 2, 4 und 8 des BRB in der Fassung vom 1.3.1966 (AS 1966, 477).

¹⁶⁷ Das galt in der Praxis wegen der Schwierigkeiten sprachlicher und rechtlicher Art schon vor dem Inkrafttreten der Maßnahmen zur Begrenzung und Herabsetzung des Bestandes an ausländischen Arbeitskräften; zu denken ist insbesondere an den Fall, da der im Ausland lebende Ausländer gemäß Art. 1 des BRB vom 19.1.1965 (AS 1965, 58) vor der Einreise um die Zusicherung der Aufenthaltsbewilligung einkommen muß.

¹⁶⁸ Die er, soweit Art. 12 des Plafonierungs-BRB (AS 1965, 122) anwendbar ist, nur mit besonderer Erlaubnis (der Bewilligung zum Stellenwechsel) wechseln darf.

¹⁶⁹ Die meisten kantonalen Rechte räumen dem Arbeitgeber gleichfalls die Befugnis ein, gewisse seine ausländischen Arbeitskräfte betreffende Verfügungen der unteren kantonalen Instanz weiterzuziehen.

einem bestimmten Ausländer erteilte Bewilligung nicht auf einen andern Ausländer übertragen werden darf¹⁷⁰.

An dieser Rechtslage hat der Plafonierungs-BRB grundsätzlich nichts geändert. In Bestätigung einer faktisch bereits bisher zumeist so gehandhabten Ordnung geht er davon aus, daß der Arbeitgeber und nicht der Ausländer selber das Gesuch um Erteilung der Aufenthaltsbewilligung, der Bewilligung zum Stellenwechsel und der Arbeitsbewilligung für Grenzgänger einreicht¹⁷¹; die auf Grund des Gesuches erteilte Bewilligung hat aber nach wie vor den Ausländer zum Adressaten. Das trifft auch auf die «Wiedereinreisezusicherung» (*assurance d'autorisation de séjour pour la saison suivante*) zu, die gemäß Art. 14 des Plafonierungs-BRB am Saisonende für Arbeitskräfte des Baugewerbes erteilt werden kann¹⁷².

4. Daneben besteht freilich auch schon auf Grund des ordentlichen Rechts die Möglichkeit, daß ein Arbeitgeber¹⁷³ sich die Zusicherung der Bewilligung zum Stellenantritt für einen noch nicht bestimmten Ausländer erteilen läßt («Blankozusicherung», Art. 6 Abs. 3 ANAV). Die Zusicherung wird unter der Voraussetzung erteilt, daß es sich bei dem Ausländer, der von ihr Gebrauch macht, um eine berufstüchtige, gut beleumdete Person mit gültigen und

¹⁷⁰ Besonderes gilt für die «Blankozusicherung» nach Art. 6 Abs. 3 ANAV und die «Ersatzzusicherung» nach Art. 14 des Plafonierungs-BRB (vgl. hinten Ziff. 4).

¹⁷¹ Vgl. Art. 18 der Vollziehungsverfügung des Eidg. Volkswirtschaftsdepartements vom 4. 3. 1965/1. 3. 1966/14. 2. 1967 (AS 1965, 155).

¹⁷² Das zeigt besonders der französische Text der Bestimmung, der von Zusicherungen spricht, «qui peuvent être délivrées à des travailleurs de la construction». Die «Wiedereinreisezusicherung» stellt denn auch der Sache nach eine besondere Art der «Zusicherung der Aufenthaltsbewilligung» im Sinne von Art. 6 Abs. 2 Satz 1 ANAV bzw. des BRB vom 19. 1. 1965 (AS 1965, 58) dar.

¹⁷³ Nicht dagegen eine andere Person wie z.B. ein Stellenvermittler.

anerkannten heimatlichen Ausweispapieren handle¹⁷⁴. Ob diese Bedingung erfüllt sei, wird bei der Anmeldung ermittelt, der sich die Person, die gestützt auf eine Blankozusicherung eingereist ist, gleich wie jeder andere Ausländer zu unterziehen hat. Der «Blankozusicherung» steht die «Ersatzzusicherung» für nicht ausgenützte «Wiedereinreisezusicherungen» nahe¹⁷⁵.

5. Der Plafonierungs-BRB hat daneben eine neue Bewilligungskategorie geschaffen, die nicht zugunsten des Ausländers, sondern des inländischen Arbeitgebers lautet. Um zu vermeiden, daß das System der «Doppelplafonierung» zu einer Erstarrung der Wirtschaft führt¹⁷⁶, mußten von vornherein Ausnahmen von den Plafonierungsvorschriften vorgesehen werden. Um in den Genuß einer solchen Ausnahme zu gelangen, bedarf der Arbeitgeber einer Ausnahmebewilligung (*autorisation d'exception*), die ihn innerhalb zahlenmäßig genau festgelegter Grenzen von der Einhaltung des «Ausländerplafonds» oder des «Gesamtplafonds» dispensiert¹⁷⁷. Das Ausnahmegesuch ist beim zuständigen kantonalen Arbeitsamt einzureichen, das es mit seinem Antrag an das Bundesamt für Industrie, Gewerbe und Arbeit (BIGA) weiterleitet¹⁷⁸. Der Entscheid, den dieses über das Ausnahmegesuch fällt, kann an das Eidg. Volkswirtschaftsdepartement und sodann an den Bundesrat weitergezogen werden¹⁷⁹.

¹⁷⁴ RUTH S. 61.

¹⁷⁵ Vgl. Art. 14 des Plafonierungs-BRB (AS 1965, 123) und Art. 15 der Vollziehungsverfügung des Eidg. Volkswirtschaftsdepartements vom 4.3.1965/1.3.1966/14.2.1967 (AS 1965, 154; 1966, 482).

¹⁷⁶ Vgl. vorne § 11 Ziff. 6.

¹⁷⁷ Plafonierungs-BRB, Art. 6–11 (AS 1965, 121; 1966, 478); Vollziehungsverfügung des Eidg. Volkswirtschaftsdepartements vom 4.3.1965/1.3.1966/14.2.1967, Art. 18 (AS 1965, 155).

¹⁷⁸ Vollziehungsverfügung des Eidg. Volkswirtschaftsdepartements vom 4.3.1965/1.3.1966/14.2.1967, Art. 20 (AS 1965, 155).

¹⁷⁹ Plafonierungs-BRB, Art. 22 und 23 (AS 1965, 124); vgl. hinten § 33 Ziff. 3.

§ 19. Die Erteilung der Anwesenheitsbewilligungen¹⁸⁰

1. Laut Art. 4 ANAG entscheidet die Behörde «im Rahmen der gesetzlichen Vorschriften und der Verträge mit dem Ausland nach freiem Ermessen» über die Bewilligung von Aufenthalt, Niederlassung und Toleranz. Die Fremdenpolizei als Bewilligungsbehörde sieht sich dergestalt vor Rechtsfragen einerseits und vor Ermessensfragen andererseits gestellt.

2. Nach dem vorne in § 10 Ziff. 1 Gesagten hat der Ausländer grundsätzlich keinen Anspruch auf Erteilung der Anwesenheitsbewilligung. Die «gesetzlichen Vorschriften» und die «Verträge mit dem Ausland», auf die der Art. 4 ANAG verweist, sehen indessen Ausnahmen von dieser Regel vor:

Das Landesrecht begründet einen Anspruch auf die Bewilligung zugunsten der Ehefrau und der unter 18 Jahre alten Kinder eines Ausländers, der aus der eidgenössischen Kontrolle entlassen ist bzw. die Niederlassungsbewilligung besitzt (Art. 17 Abs. 2 ANAG), sowie zugunsten der ehemaligen Schweizerin, die nach der Heirat mit einem Ausländer in der Schweiz bleibt (Art. 10 Abs. 1 Satz 3 ANAV), und zugunsten des ausländischen Kindes einer Schweizerin (vgl. hinten § 22 Ziff. 1a, A. 207).

Das Staatsvertragsrecht kennt Ansprüche auf:

- a) die Erteilung der Aufenthaltsbewilligung ohne vorausgegangene Karenzfrist (so für Liechtensteiner¹⁸¹);
- b) die Verlängerung der Aufenthaltsbewilligung nach einer bestimmten Mindestdauer (so für Arbeitskräfte aus Italien^{181a} und –

¹⁸⁰ Vgl. dazu RUTH S. 72 ff. Nr. 78–88; TZAUT S. 4; MARTI S. 145 ff.; Bericht der Studienkommission für das Problem der ausländischen Arbeitskräfte S. 71 ff.

¹⁸¹ Vereinbarung vom 6.11.1963 zwischen der Schweiz und dem Fürstentum Liechtenstein über die fremdenpolizeiliche Rechtsstellung der beiderseitigen Staatsangehörigen im andern Vertragsstaat, Art. 3 Abs. 3 (AS 1964, 3); dazu hinten § 29 Ziff. 2.

^{181a} Abkommen vom 10.8.1964 zwischen der Schweiz und Italien über die Auswanderung italienischer Arbeitskräfte nach der Schweiz, Art. 11 und 12 (AS 1965, 403).

unter gewissen Vorbehalten – für Arbeitskräfte aus den übrigen OECD-Staaten^{181b});

c) die Erteilung der Niederlassungsbewilligung nach einer ordnungsgemäßen Anwesenheit von 5 Jahren (so für Belgier, Dänen, Franzosen, Liechtensteiner, Niederländer und unter bestimmten Voraussetzungen auch für Italiener), bzw. 10 Jahren (so für Deutsche, Österreicher und für italienische Arbeitskräfte)^{181c}.

d) den Familiennachzug (vgl. hinten § 22 Ziff. 1 b).

Während der Art. 10 Abs. 1 Satz 3 ANAV der ehemaligen Schweizerin ein unbedingtes Recht auf Erteilung der Bewilligung gibt, räumen die andern landesrechtlichen und staatsvertraglichen Bestimmungen nur dem einwandfreien Ausländer einen solchen Anspruch ein^{181d}.

3. Besteht kein Anspruch auf Erteilung der Bewilligung, so hat die Behörde zunächst über das Vorliegen von Gründen zu entscheiden, die von Gesetzes wegen der Anwesenheit des Gesuchstellers im Lande entgegenstehen. Als solche Gründe fallen in erster Linie bestehende fremdenpolizeiliche und gerichtliche Entfernung- und Fernhaltungsmaßnahmen (Einreisesperre, Einreisebeschränkung, Ausweisung, Landesverweisung, gerichtliches Aufenthaltsverbot) in Betracht. Die Behörde hat im weiteren zu prüfen, ob keine Umstände vorliegen, die den Erlaß einer Einreisesperre oder einer Ausweisung rechtfertigen würden; denn wer, einmal im Lande, aus diesem entfernt werden müßte, dem kann noch viel weniger der Zuzug in das Staatsgebiet gestattet werden. Die Behörde hat in diesem Zusammenhang insbesondere zu befinden, ob der Gesuchsteller nicht wegen eines Verbrechens oder Vergehens gerichtlich bestraft ist (Art. 10 Abs. 1 lit. a ANAG), ob nach seinem Verhalten und seinen Handlungen angenommen werden kann, daß er gewillt und fähig

^{181b} Vgl. Bericht der Studienkommission für das Problem der ausländischen Arbeitskräfte S. 45f.; hinsichtlich der Vorbehalte vgl. vorne § 3 Ziff. 6 A. 40.

^{181c} Vgl. vorne § 3 Ziff. 2 A. 26.

^{181d} Ob diese persönliche Voraussetzung erfüllt sei, hat die Bewilligungsbehörde unter den nachfolgend in Ziff. 3 umschriebenen Gesichtspunkten zu prüfen.

ist, sich in die in der Schweiz geltende Ordnung einzufügen (Art. 10 Abs. 1 lit. b ANAG), die allgemeinen Gebote der Sittlichkeit zu halten und seine öffentlich-rechtlichen und privatrechtlichen Verpflichtungen zu erfüllen (Art. 16 Abs. 2 ANAV), ob er nicht liederlich oder arbeitsscheu ist (Art. 16 Abs. 2 ANAV), ob er nicht als Geisteskranker die öffentliche Ordnung gefährdet (Art. 10 Abs. 1 lit. c ANAG) und ob Gewähr dafür besteht, daß er nicht der öffentlichen Wohltätigkeit zur Last falle (Art. 10 Abs. 1 lit. d ANAG). Schon bei der Beantwortung dieser Vorfragen spielt das Ermessen der Behörde eine Rolle, so namentlich, wenn es gilt, aus dem Vorleben und der Einstellung des Gesuchstellers Schlüsse auf sein künftiges Verhalten im Gaststaat zu ziehen.

4. Gelangt die Behörde zum Ergebnis, es liege kein gesetzlicher Hinderungsgrund vor, so entscheidet sie laut Art. 4 ANAG «nach freiem Ermessen» über die Erteilung der Bewilligung. Diese Anleitung ist im Lichte der Ziele zu verstehen, welche die Art. 69^{ter} und 70 BV dem Fremdenpolizeirecht des Bundes setzen: der Wahrung der innern und äußern Sicherheit des Landes, der Abwehr der Überfremdung im Sinne der geistigen, demographischen und wirtschaftlichen Selbstbehauptung sowie des «Schutzes der schweizerischen Arbeitskräfte vor übermäßiger Konkurrenz durch Ausländer»¹⁸². Andere als diese verfassungsmäßigen Zwecke darf die Bewilligungspraxis nicht verfolgen: Die Bewilligungsbehörden dürfen namentlich nur insofern Wirtschaftspolitik betreiben, als es um die Ordnung des zahlenmäßigen Verhältnisses zwischen inländischen und ausländischen Arbeitskräften geht. Für andere wirtschaftspolitische Maßnahmen, wie z.B. die Regelung der Wettbewerbsbedingungen unter den Unternehmen eines Wirtschaftszweiges, bieten die Verfassung und das Gesetz keine Grundlage^{182a}.

Der Rückgriff auf die Verfassung vermittelt allerdings mehr negative als positive Aufschlüsse: Während die Ent-

¹⁸² Vgl. vorne § 10 Ziff. 3.

^{182a} Vgl. die Kritik, die MARTI (S. 149 A. 19) von diesem Standpunkt aus an BGE 87 I 249 übt.

stehungsgeschichte und der Wortlaut des Art. 69^{ter} BV hinlängliche Anhaltspunkte dafür bieten, welchen Zwecken die Bewilligungspraxis nicht dienstbar gemacht werden darf, lassen sich daraus keine bestimmten Richtlinien für die Behandlung der Bewilligungsgesuche gewinnen. Die Verfassung und auch das Gesetz beschränken sich darauf, die Ziele der Zulassungspolitik in allgemeiner Weise festzulegen; sie belassen die Wahl des Weges zur Erreichung dieser Ziele den Bewilligungsbehörden, denen insofern echtes Ermessen zusteht^{182b}. Zur Sicherung dieser Entscheidungsfreiheit ordnet Art. 8 Abs. 2 ANAV an, daß «das freie Ermessen der Behörden . . . durch Vorkehren wie Heirat, Liegenschaftserwerb, Wohnungsmiete, Abschluß eines Dienstvertrages, Geschäftsgründung oder -beteiligung usw.» nicht beeinträchtigt werden darf.

Mit der Einräumung dieser Ermessensfreiheit wollte der Gesetzgeber die Voraussetzungen dafür schaffen, daß die Fremdenpolizei das öffentliche Interesse an der Abwehr der Überfremdung bestens wahrnehmen und die Zulassungspolitik jederzeit an veränderte politische und wirtschaftliche Verhältnisse anpassen könne^{182c}. Das Fehlen konkreter gesetzlicher Anweisungen hat sich jedoch in dieser Hinsicht nicht nur als Vorteil, sondern auch als Hindernis erwiesen, weil sich eine öffentliche Aufgabe von derartiger Tragweite nur lösen läßt, wenn unter allen beteiligten Behörden ein gewisses Einverständnis über die zu ergreifenden Maßnahmen herrscht, was bei Belassung voller Entscheidungsfreiheit nicht gewährleistet ist, und weil die einzelnen Bewilligungsbehörden, auf sich selber gestellt, dem Drucke interessierter Kreise stärker ausgesetzt sind, als wenn sie die Autorität des Gesetzes für sich haben. Das Eidg. Justiz- und Polizeidepartement, dem der Bundesrat die Aufsicht über den Vollzug des ANAG und der sich darauf stützenden Erlasse übertragen hat (Art. 23 ANAV), hat sich daher ver-

^{182b} MARTI S. 146.

^{182c} PETITMERMET ZSR NF 42, 1923, S. 153 a, 184 a; MARTI S. 145.

anlaßt gesehen, in Verfügungen, Weisungen und Kreisschreiben Richtlinien für die Beurteilung von Bewilligungsgesuchen aufzustellen oder durch die eidg. Fremdenpolizei aufstellen zu lassen.

5. Die Zulassung der zahlenmäßig stärksten Gruppe von Ausländern, der fremden Arbeitskräfte, bildet zudem Gegenstand eingehender Sondervorschriften des Bundesrates, so des BRB vom 19.1.1965 über die Zusicherung der Aufenthaltsbewilligung zum Stellenantritt¹⁸³ und des Plafonierungs-BRB^{183a}. Anlaß zur besonderen Erfassung dieser Ausländer gab der Umstand, daß sie zu den schweizerischen Arbeitskräften in Konkurrenz treten und daß sie am meisten zur Überfremdung beitragen: in demographischer Hinsicht infolge ihrer großen Zahl und in wirtschaftlicher Beziehung durch die Schaffung einer gewissen Abhängigkeit bestimmter Wirtschaftszweige vom Ausland^{183b}. Der Gesetzgeber selber befaßte sich unter den ganz andern Verhältnissen der Zwischenkriegsjahre und der zweiten Nachkriegszeit nur mit der ersten dieser Fragen: der Pflege des einheimischen Arbeitsmarktes. Im Hinblick darauf schreibt Art. 16 Abs. 2 ANAG vor, daß vor Erteilung der Bewilligung an einen Ausländer, der eine Stelle antreten will, «in der Regel die Begutachtung des zuständigen Arbeitsnachweises einzuholen» ist. Die Fremdenpolizei hat sich an das Gutachten des Arbeitsamtes zu halten, soweit nicht andere als wirtschaftliche Erwägungen einen davon abweichenden Entscheid nahelegen (Art. 7 Abs. 4 Satz 1 ANAV). Der Plafonierungs-BRB hat die Zusammenarbeit zwischen den beiden Behörden, die in Art. 7 ANAV geregelt wird, weiter ausgebaut^{183c}. Die Arbeitsämter haben sich in ihrem Gutachten darüber auszusprechen, ob ein Bedarf an Arbeitskräften der betreffenden Art besteht, der sich auf dem einheimischen Arbeits-

¹⁸³ AS 1965, 58.

^{183a} AS 1965, 119; 1966, 479, 495; 1967, 235.

^{183b} Bericht der Studienkommission für das Problem der ausländischen Arbeitskräfte S. 130 Ziff. 2.

^{183c} Vgl. Art. 14, 15 und 18 ff. dieses BRB (AS 1965, 123).

markt nicht decken läßt; sie dürfen dabei örtliche Besonderheiten berücksichtigen, müssen aber stets auch die Verhältnisse der gesamtschweizerischen Wirtschaft in Betracht ziehen. Das Gutachten hat ferner darüber Auskunft zu geben, ob die orts- und berufsüblichen Arbeitsbedingungen, wie namentlich die Bestimmungen der Gesamt- und Normalarbeitsverträge, eingehalten sind, ob der Ausländer sich für die vorgesehene Tätigkeit eignet und ob ihm eine angemessene Unterkunft zur Verfügung steht. Bei der Beantwortung dieser Fragen und der Beschaffung seiner Unterlagen hat sich das Arbeitsamt an die Weisungen des Bundesamtes für Industrie, Gewerbe und Arbeit zu halten (Art. 7 Abs. 6 ANAV)^{183d}. Diese schreiben den Arbeitsämtern insbesondere die Anhörung der Berufsverbände der Arbeitnehmer und Arbeitgeber vor, die auf diesem Wege Einfluß auf die Bewilligungspolitik nehmen können.

6. Während sich aus dem Plafonierungssystem feste zahlenmäßige Schranken für die Zulassung der Ausländer ergeben, setzten die Richtlinien der Obergerichtsbehörden und die Gutachten der Arbeitsämter dem Ermessen der fremdenpolizeilichen Bewilligungsbehörden zwar gewisse Grenzen, belassen ihm indessen im Einzelfall immer noch einen weiten Spielraum. Die Bewilligungsbehörde hat von diesem Ermessen pflichtgemäßen Gebrauch zu machen: Das heißt nicht nur, daß sie in der Zulassungspraxis keine andern als die verfassungsmäßigen Ziele der Wahrung der innern und äußern Sicherheit des Landes, der Abwehr der Überfremdung und der Pflege des einheimischen Arbeitsmarktes anstreben darf, sondern auch, daß sie sich in der Verfolgung dieser Ziele an die Grundsätze des rechtsstaatlichen Polizeirechts¹⁸⁴ zu halten hat. Besondere Bedeutung kommt dabei

^{183d} Vgl. die «Allgemeinen Weisungen für die Begutachtung von Aufenthaltsangelegenheiten erwerbstätiger Ausländer durch die für den Arbeitsmarkt zuständigen Behörden» vom 23.5.1960 (nicht veröffentlicht); dazu Bericht der Studienkommission für das Problem der ausländischen Arbeitskräfte S. 79.

¹⁸⁴ Vgl. vorne § 10 Ziff. 7.

dem Prinzip der Verhältnismäßigkeit zu, das die Bewilligungsbehörde zu einer Abwägung der auf dem Spiele stehenden Interessen verpflichtet^{184a}.

Dem ANAG liegt die Auffassung zugrunde, daß die Zuwanderung von Ausländern zur Abwehr der Überfremdung und zum Schutze der inländischen Arbeitskräfte vor übermäßiger Konkurrenz durch Ausländer in engen Schranken zu halten ist. Jeder längerdauernde Aufenthalt eines Fremden erscheint unter diesem Gesichtswinkel wenn auch nicht als Störung im polizeilichen Sinne, so doch als primär unerwünscht^{184b} und der Rechtfertigung bedürftig. Die Gründe zur Rechtfertigung der Anwesenheit eines Ausländers können objektiver oder subjektiver Art sein, d.h. auf die Bedürfnisse des Gastlandes oder die Person des Gesuchstellers Bezug haben. Wenn das Gesetz von den geistigen und wirtschaftlichen Interessen des Landes spricht, die von den Bewilligungsbehörden zu berücksichtigen sind, so will es nicht nur auf die Gefährdung dieser Interessen durch die Zulassung von Ausländern hinweisen, sondern auch darauf, daß die Schweiz im Einzelfall durchaus an der Anwesenheit eines Ausländers interessiert sein kann. Am offensichtlichsten ist das im Bereiche der Volkswirtschaft: Die Infrastruktur, beispielsweise des Verkehrswesens, könnte ohne ausländische Arbeitskräfte nicht im erforderlichen Maße ausgebaut werden; manche wichtige Wirtschaftszweige vermögen nur dank dem Zuzug fremder Arbeiter und Spezialisten ihre Bedeutung zu erhalten^{184c}. Anderer Art, aber nicht weniger wichtig, sind die Interessen von Kultur und Wissenschaft: Die Anwesenheit ausländischer Wissenschaftler, Schriftsteller und Künstler hat sich immer wieder befruchtend auf unser Geistesleben ausgewirkt; die Forschung, das Verlagswesen und andere Einrichtungen des kulturellen Lebens sind auf

^{184a} Dazu allgemein PETER SCHNEIDER, Güterabwägung im freiheitlichen Rechtsstaat, in: «Integritas», S. 355 ff.

^{184b} MARTI S. 148.

^{184c} Dazu Bericht der Studienkommission für das Problem der ausländischen Arbeitskräfte S. 89 ff.

ausländische Hilfskräfte angewiesen; die Eindrücke, die ausländische Intellektuelle, insbesondere Studenten, in der Schweiz empfangen, tragen viel zur geistigen Ausstrahlung des Landes bei. Die Interessen der Allgemeinheit, die im Einzelfall für die Zulassung eines Ausländers eintreten, können schließlich auch humanitärer Art sein¹⁸⁵; denn ohne die Bereitschaft, eine gewisse Anzahl ausländischer Hilfsbedürftiger, vor allem aus dem Kreise der Flüchtlinge, aufzunehmen, wird die Schweiz ihrer Maxime der internationalen Solidarität untreu. Dieser Gesichtspunkt leitet über zur Berücksichtigung der persönlichen Interessen des Ausländers. Über die Rechte, die unsere Rechtsordnung dem Menschen um seiner Persönlichkeit willen einräumt, darf die Bewilligungsbehörde nie hinwegsehen. Das ist namentlich bei der Behandlung der Frage des Familiennachzuges ausländischer Arbeitskräfte¹⁸⁶, aber auch bei der Zulassung von Flüchtlingen von Belang.

Die Gründe, die im einzelnen Fall für und gegen die Anwesenheit eines Ausländers sprechen, hat die Bewilligungsbehörde sorgfältig gegeneinander abzuwägen. Sie hat dabei die konkrete Interessenlage nach sachlichen Gesichtspunkten zu prüfen, alle erheblichen Umstände zu würdigen und die den besondern Verhältnissen objektiv am besten angepaßte Lösung zu finden^{186a}. Die Behörde, die diese Entscheidung zu treffen hat, muß nicht nur über sichere Kenntnisse des Rechts sowie der politischen, geistigen und wirtschaftlichen Zusammenhänge verfügen; sie muß sich auch von allen Vorurteilen mit Bezug auf die Nationalität, die Religion, die Rasse und die soziale Herkunft des Gesuchstellers lösen. Ob die schweizerischen Fremdenpolizeibehörden dieser Aufgabe gewachsen seien, läßt sich nicht in allgemeiner Weise beantworten. Von Außenstehenden wird die Bewilligungspraxis bald kritisch, bald anerkennend ge-

¹⁸⁵ KANEIN S.63.

¹⁸⁶ Vgl. vorne § 10 Ziff. 7 a.E.

^{186a} MEIER-HAYOZ, Berner Kommentar, Einleitungsband, N.10 zu Art.4 ZGB.

würdigt. Statt vieler Meinungen sei hier nur eine Stimme zu Gehör gebracht: MAX FRISCH bescheinigt der Fremdenpolizei, «daß in Ermessensfragen vielleicht nicht auf Anhieb, dann aber doch Großzügigkeit sich manifestiert, eine sorgfältige Großzügigkeit»¹⁸⁷.

§ 20. *Die Bewilligungsbehörden*¹⁸⁸

1. Über die Erteilung der Anwesenheitsbewilligung hat stets die Fremdenpolizei zu entscheiden; die Arbeitsämter haben in diesem Zusammenhang lediglich als Gutachter zu wirken. Die Zuständigkeiten der Fremdenpolizeibehörden des Bundes und der Kantone sind in allgemeiner Weise schon in Art. 69^{ter} Abs. 2 BV ausgeschieden, der in Satz 1 den Kantonen die Vollziehung beläßt, in Satz 2 lit. a und b dagegen dem Bund die «endgültige Entscheidung» über «kantonale Bewilligungen für länger dauernden Aufenthalt, für Niederlassung und gegenüber Toleranzbewilligungen» vorbehält. Diese Ordnung ist in Art. 18 ANAG, in Art. 18 ANAV, im BRB vom 13.3.1964 über die Zuständigkeit der Fremdenpolizeibehörden^{188a} und in dem darauf fußenden Kreisschreiben des Eidg. Justiz- und Polizeidepartements vom 16.3.1964 näher ausgestaltet worden. Die ausführenden Bestimmungen haben sich an die verfassungsmäßige Konzeption gehalten, wonach das Schwergewicht der Entscheidung bei den Kantonen liegt, die grundsätzlich darüber zu befinden haben, welche Ausländer sich in ihrem Gebiet aufhalten dürfen. Die Entscheidungen des Bundes sind daneben bloß akzessorischer Art: Die eidg. Fremdenpolizei kann, soweit ihre Mitwirkung überhaupt nötig ist, zwar einer kantonalen Bewilligung zustimmen, die Zustimmung verweigern, den kantonalen Entscheid einschränken oder

¹⁸⁷ Überfremdung 2, in: Öffentlichkeit als Partner, S. 133.

¹⁸⁸ Vgl. dazu RUTH S. 78 ff. Nr. 89–101; TZAUT S. 18 f.; Bericht der Studienkommission für das Problem der ausländischen Arbeitskräfte S. 43 f.

^{188a} AS 1964, 370.

den Kanton zur Erteilung einer andern oder weitergehenden Bewilligung ermächtigen; sie kann aber nicht einen Kanton dazu verpflichten, entgegen seinem Willen eine Bewilligung zu erteilen^{188b}. Anderes gilt lediglich für die Asylgewährung an Flüchtlinge, zu der der Bundesrat (und nicht die eidg. Fremdenpolizei) einen Kanton verhalten kann (Art. 21 ANAG)^{188c}.

Bei der Ausscheidung der Fälle, in denen der Bund sich die Befugnis der «endgültigen Entscheidung» vorbehält, waren drei Gesichtspunkte maßgebend: Die Zustimmung der eidg. Fremdenpolizei ist erforderlich, (1) wenn die innere oder äußere Sicherheit der Schweiz auf dem Spiele steht, (2) wenn eine einheitliche Handhabung der Maßnahmen zur Abwehr der Überfremdung als angezeigt erscheint, wie das namentlich zutrifft, wenn ein Ausländer durch seine lange Anwesenheit oder seine Betätigung an wichtiger Stelle nachhaltig zur Überfremdung des Landes beiträgt, und (3) wenn die in einem Kanton erteilte Bewilligung in ihren Wirkungen auf das Gebiet der andern Kantone übergreift^{188d}. Die Kompetenzabgrenzung, zu der das ANAG und die Ausführungserlasse nach diesen Kriterien gelangt sind, sei im Folgenden kurz beschrieben, wobei hinsichtlich aller Einzelheiten auf die eingangs erwähnten Bestimmungen verwiesen sei.

2. Die Kantone können Aufenthaltsbewilligungen von sich aus erteilen an:

a) nicht erwerbstätige Ausländer bis auf 3 Jahre (sofern nach den Umständen und den Absichten des Ausländers feststeht, daß er innerhalb dieser Frist das Land verlassen wird), Schüler für die Dauer des Schulbesuchs, Studenten bis zum Studienabschluß, Kranke in Heilanstalten bis zum Austritt aus der Anstalt;

b) Saisonarbeiter und -angestellte für eine Saison und unter Berücksichtigung der vom Bundesamt für Industrie, Gewerbe und Arbeit für bestimmte Berufe festgesetzten Höchstzahlen;

^{188b} Zur Rechtsnatur des Zustimmungsentscheids vgl. RUTH S. 87 ff. Nr. 98–100.

^{188c} Vgl. hinten § 28 Ziff. 6 lit. d.

^{188d} Vgl. vorne § 9 Ziff. 2.

c) ausländische Arbeitskräfte, einschließlich Hausangestellte und Angestellte der Landwirtschaft, bis zum Ende des 4. Aufenthaltsjahres;

in allen drei Fällen aber nur, soweit nicht die nachfolgend unter lit. e–h genannten Voraussetzungen erfüllt sind.

Der Zustimmung der eidg. Fremdenpolizei bedürfen:

d) die Aufenthaltsbewilligungen für die unter c aufgeführten Arbeitskräfte nach einem ununterbrochenen Aufenthalt von 4 Jahren;

e) die erstmalige Erteilung und die Verlängerung einer Aufenthaltsbewilligung zur Ausübung einer selbständigen Erwerbstätigkeit in Handel, Industrie oder Gewerbe, zur Bekleidung gehobener oder leitender Stellen in einem Handels-, Industrie- oder Gewerbeunternehmen, zur Ausübung wissenschaftlicher und freier Berufe, zur Mitarbeit im Verlags-, Zeitschriften- und Zeitungsgewerbe sowie zur Betätigung als Journalist für in- und ausländische Presseerzeugnisse;

f) die Aufenthaltssicherungen, Saisonbewilligungen, erstmaligen Aufenthaltsbewilligungen und Verlängerungen für sämtliche erwerbstätige Angehörige entfernter Länder (als solche gelten namentlich Griechenland, Malta, Portugal, Türkei, Zypern sowie alle afrikanischen und asiatischen Staaten);

g) Aufenthaltsbewilligungen für Angehörige der Oststaaten;

h) Aufenthaltsbewilligungen an Ausländer ohne anerkannte und gültige heimatliche Ausweispapiere, es sei denn, der Aufenthalt des Ausländers übersteige nicht 3 Monate.

Den kantonalen Behörden steht es außerdem frei, jedes Gesuch, dessen Behandlung in ihre Zuständigkeit fällt, vor Ablauf der vorgesehenen Fristen der eidg. Fremdenpolizei zu unterbreiten, wenn das ihnen aus besonderen Gründen als erwünscht oder notwendig erscheint.

3. Entlassung aus der eidgenössischen Kontrolle und Niederlassung. Wenn die eidg. Fremdenpolizei mit dem dauernden Verbleiben eines Ausländer einverstanden ist, setzt sie in ihrer Zustimmungsverfügung den Tag fest, bis zu dem die Kantone nur befristete Bewilligungen erteilen dürfen (Probefrist), und von dem an weitere Bewilligungen, auch die Niederlassung, ohne erneute Einholung ihrer Zustimmung erteilt werden dürfen. Auf diesen

Zeitpunkt hin gilt der Ausländer als aus der eidgenössischen Kontrolle entlassen¹⁸⁹. Die Erteilung der Niederlassungsbewilligung steht dem Kanton zu, der vor seinem Entscheid das Verhalten des Ausländers nochmals überprüft.

4. Toleranzbewilligungen bedürfen der Zustimmung der eidg. Fremdenpolizei, es sei denn, der betreffende Ausländer habe zuvor die Niederlassungsbewilligung besessen oder sei aus der eidgenössischen Kontrolle entlassen worden.

5. Der Entscheid der kantonalen Fremdenpolizei unterliegt nach Art. 19 Abs. 1 ANAG dem Rekurs an eine obere kantonale Behörde^{189a}. Der Entscheid der eidg. Fremdenpolizei kann gemäß Art. 20 Abs. 1 Satz 2 ANAG an das Eidg. Justiz- und Polizeidepartement weitergezogen werden^{189b}.

§ 21. *Örtliche Geltung der Anwesenheitsbewilligungen; Kantonswechsel*¹⁹⁰

1. Der Ausländer kann gleichzeitig nur in einem Kanton die Aufenthalts-, Niederlassungs- oder Toleranzbewilligung besitzen (Art. 14 Abs. 1 ANAV). Die Bewilligung gilt nur für das Gebiet des Kantons, der sie ausgestellt hat (Art. 8 Abs. 1 ANAG). Sie gilt aber grundsätzlich für das ganze Gebiet dieses Kantons, soweit nicht im Einzelfall anders verfügt worden ist. Solche die Anwesenheit innerhalb des Kantons beschränkende Einzelverfügungen¹⁹¹ können mit der Aufenthaltsbewilligung «nur ausnahmsweise»¹⁹² und mit der

¹⁸⁹ Vgl. vorne § 17 Ziff. 3; vgl. ferner VEBB 25 Nr. 100 betreffend den Widerruf der Entlassung aus der eidgenössischen Kontrolle.

^{189a} Vgl. hinten § 31.

^{189b} Vgl. hinten § 33.

¹⁹⁰ Vgl. dazu RUTH S. 97 Nr. 107; TZAUT S. 6; HOFMANN, Fremdenpolizeirecht, S. 166.

¹⁹¹ Es handelt sich hierbei um Bedingungen im Sinne von Art. 5 Abs. 1 Satz 2 und Art. 7 Abs. 1 Satz 2 ANAV.

¹⁹² Vgl. Urteil des Bundesgerichts vom 3. 2. 1967 i. S. X., wo sich die Frage stellte, ob einem Aufenthalter nachträglich eine derartige Bedingung aufzuerlegen sei.

Niederlassungsbewilligung¹⁹³ überhaupt nicht verbunden werden (Art. 14 Abs. 2 Satz 2 ANAV)¹⁹⁴. Das Eidg. Justiz- und Polizeidepartement kann beim Vorliegen besonderer Verhältnisse die Kantone ermächtigen, die Geltung der Aufenthalts- und Toleranzbewilligung allgemein oder für bestimmte Berufe innerkantonale einzuschränken (Art. 14 Abs. 2 Satz 3 ANAV).

2. Der Ausländer, der im Besitze der Bewilligung eines Kantons (Bewilligungskanton) ist, ist berechtigt, sich vorübergehend in einem andern Kanton aufzuhalten und dort seine Erwerbstätigkeit auszuüben, sofern das nicht mit einer Verlegung des Schwerpunktes der Tätigkeit verbunden ist (Art. 8 Abs. 2 Satz 1 ANAG). Will ein Ausländer mit Aufenthalts- oder Toleranzbewilligung¹⁹⁵, ohne den Wohnsitz zu wechseln, in einem andern Kanton länger als 8 Tage arbeiten oder mehr als 3 Monate ohne Erwerbstätigkeit verweilen¹⁹⁶, so muß er dazu das Einverständnis (assentiment) des betreffenden Kantons einholen (Art. 8 Abs. 2 Satz 2, ANAG, Art. 14 Abs. 5 ANAV). Dieses Einverständnis ist keine neue Aufenthalts- oder Toleranzbewilligung, sondern eine zusätzliche Erlaubnis¹⁹⁷; die im ersten Kanton erteilte Bewilligung bleibt demnach in Kraft¹⁹⁸. Will der Ausländer den Mittelpunkt seiner Lebensverhältnisse in einen andern Kanton verlegen oder dort zum Zwecke der Schulung, des

¹⁹³ Entsprechend ihrer Bedingungsfeindlichkeit (Art. 6 Abs. 1 Satz 2 ANAG).

¹⁹⁴ Diese Bestimmung spricht sich nicht darüber aus, wie es mit der Toleranzbewilligung zu halten sei. Aus Art. 14 Abs. 2 Satz 3 ANAV ist jedoch zu entnehmen, daß die Toleranzbewilligung gleich der Aufenthaltsbewilligung «nur ausnahmsweise» innerkantonale eingeschränkt werden soll.

¹⁹⁵ Und wohl auch ein niedergelassener «Nicht-Vertragsausländer».

¹⁹⁶ Insbesondere z.B. als Patient in einem Krankenhaus oder Sanatorium (Art. 14 Abs. 7 ANAV).

¹⁹⁷ TZAUT S. 6.

¹⁹⁸ Vgl. Art. 14 Abs. 6 Satz 2 ANAV, wonach das Einverständnis mit dem Erlöschen der Bewilligung im «Wohnkanton» dahinfällt.

Studiums, der Berufslehre u. dgl. länger Aufenthalt nehmen, so bedarf er dazu einer neuen Bewilligung (Art. 14 Abs. 3 ANAV), mit deren Erteilung die Bewilligung des ersten Kantons erlischt (Art. 9 Abs. 1 lit. b, Abs. 3 lit. a, Abs. 5 ANAG).

Dem niedergelassenen Ausländer, der heimatliche Ausweispapiere eines Staates besitzt, mit dem ein Niederlassungsvertrag besteht («Vertragsausländer»), ist die Bewilligung stets zu erteilen, es sei denn, die Niederlassungsbewilligung sei erloschen oder es liege ein Widerrufsgrund vor (Art. 14 Abs. 4 ANAV). Im übrigen sind die Behörden des andern Kantons, besondere staatsvertragliche Bestimmungen vorbehalten¹⁹⁹, in der Erteilung der neuen Bewilligung oder des Einverständnisses frei; sie haben darüber nach den gleichen Gesichtspunkten zu entscheiden, die für die Erteilung der Bewilligung maßgebend sind, die der Ausländer im andern Kanton besitzt. Wenn dem andern Kanton die Anwesenheit des Ausländers auf seinem Gebiet als «unerwünscht» erscheint, so kann er der eidg. Fremdenpolizei den Entzug (retrait) der Aufenthalts- oder Toleranzbewilligung beantragen. Der Kanton, der diese ausgestellt hat, ist vor dem Entscheid anzuhören (Art. 8 Abs. 2 Satz 3 und 4 ANAG).

§ 22. *Persönliche Geltung der Anwesenheitsbewilligungen; das Anwesenheitsverhältnis der Familienglieder*²⁰⁰.

1. Die Aufenthalts-, Niederlassungs- und Toleranzbewilligung gilt nur für die Person, für die sie ausgestellt ist²⁰¹. Besitzt ein Ausländer eine Bewilligung, so können seine Familienangehörigen daraus lediglich in einzelnen landes-

¹⁹⁹ Vgl. z.B. Vereinbarung vom 6.11.1963 zwischen der Schweiz und dem Fürstentum Liechtenstein über die fremdenpolizeiliche Rechtsstellung der beiderseitigen Staatsangehörigen im andern Vertragsstaat, Art. 3 (AS 1964, 3); Abkommen vom 10.8.1964 zwischen der Schweiz und Italien über die Auswanderung italienischer Arbeitskräfte nach der Schweiz, Art. 11 Ziff. 1 lit. b (AS 1965, 403).

²⁰⁰ RUTH S. 102 Nr. 111; TZAUT S. 7/8.

²⁰¹ Vgl. vorne § 18 Ziff. 3.

rechtlich oder staatsvertraglich vorgesehenen Ausnahmefällen einen Anspruch darauf ableiten, daß ihnen ebenfalls eine entsprechende Bewilligung erteilt werde.

a) Nach Landesrecht haben die Ehefrau und die weniger als 18 Jahre alten Kinder eines niedergelassenen Ausländers²⁰², die mit ihm in gemeinsamem Haushalt leben, einen Anspruch darauf, in dessen Bewilligung «einbezogen» zu werden (*d'être compris dans l'autorisation*; Art.17 Abs.2 ANAG), falls der Ausländer nicht im Bewilligungsverfahren das Vorhandensein des Familiengliedes verschwiegen hat (Art.8 Abs. 4 Satz 3 ANAV) und falls das Familienglied nicht selber von der Ausweisung oder einer Einreisesperre betroffen ist oder diese Maßnahmen gegen es angeordnet werden könnten (Art.8 Abs.4 Satz 4 ANAV). Es ist auch im Falle der «Einbeziehung» ein Bewilligungsverfahren durchzuführen (Art.8 Abs.4 Satz 1, Art.18 Abs.8 ANAV), das allerdings nur die Feststellung des Fehlens von Hinderungsgründen zum Gegenstand hat (vgl. Art.8 Abs.4 Satz 2 ANAV). Die Bewilligung, die einem Familienglied kraft Art.17 Abs.2 ANAG zuerkannt worden ist, teilt im allgemeinen das Schicksal der Bewilligung des Familienhauptes. So haben die Kinder im Falle der Ausweisung der Eltern oder eines Elternteils die Schweiz zwar nicht in jedem Fall zu verlassen (Art.16 Abs.6 ANAV); sie verlieren aber ihre bisherige fremdenpolizeiliche Bewilligung (Art.11 Abs.2 Satz 2 ANAG) und bedürfen einer neuen²⁰³. Die Auflösung des familienrechtlichen Verhältnisses, das die Grundlage für die «Einbeziehung» der Familienglieder bildete, läßt dagegen deren Bewilligung nicht dahinfallen: so bleiben das Kind auch nach dem Tode des Vaters oder nach Erreichung der

²⁰² Oder eines Ausländers, für den die Behörde auf Grund von Art.17 Abs.1 Satz 2 ANAG bereits den Zeitpunkt festgesetzt hat, von dem an ihm die Niederlassungsbewilligung erteilt werden kann (vgl. vorne § 17 Ziff.3).

²⁰³ Entsprechendes dürfte für die Ehefrau gelten, falls der Ehemann allein ausgewiesen worden ist (vgl. Art.11 Abs.2 Satz 1 ANAG).

Mündigkeit und die Ehefrau nach der Scheidung oder Verwitwung im Besitze der durch die «Einbeziehung» erlangten Bewilligung, sofern nicht in ihrer Person ein Beendigungsgrund eingetreten ist²⁰⁴. – Die Familienglieder eines Aufenthalts, dem noch keine «Probefrist» im Sinne von Art. 17 Abs. 1 Satz 2 ANAG angesetzt worden ist, haben keinen Anspruch auf Einbeziehung in die Bewilligung des Familienhauptes. Einen gewissen Ersatz bietet Art. 9 Abs. 3 ANAV, wonach das Kind eines Ehepaares, das die Familienbewilligung²⁰⁵ besitzt, mit der Geburt ohne weiteres in diese aufgenommen wird, sofern die Voraussetzungen hierfür erfüllt sind. Besitzen die Eltern keine Familienbewilligung, so erhält das Kind mit der Geburt die gleiche Bewilligung wie die Mutter (Art. 9 Abs. 4 ANAV)²⁰⁶. Ist die Mutter Schweizerin, das Kind aber Ausländer, so erhält es mit der Geburt die Niederlassungsbewilligung²⁰⁷.

b) Nach Staatsvertragsrecht haben auf Grund von Art. 13 des Abkommens vom 10. 8. 1964 zwischen der Schweiz und Italien über die Auswanderung italienischer Arbeitskräfte nach der Schweiz²⁰⁸ die Ehefrau und die minderjährigen Kinder eines italienischen Arbeitnehmers einen Anspruch darauf, daß ihnen der gemeinsame Wohnsitz in der Schweiz gestattet wird, «sobald der Aufenthalt und das Anstellungsverhältnis des Arbeitnehmers als ausreichend gefestigt und dauerhaft betrachtet werden können»²⁰⁹ und

²⁰⁴ Vgl. RUTH S. 102 Nr. 111.

²⁰⁵ Vgl. hinten Ziff. 2.

²⁰⁶ Vgl. dazu auch Art. 16 Abs. 6 Satz 3 ANAV, wonach die Kinder im Falle der Ausweisung des Vaters «in der Regel» zur Mutter gehören.

²⁰⁷ Und zwar auch wenn der Vater keine solche besitzt (TZAUT S. 8).

²⁰⁸ AS 1965, 404.

²⁰⁹ In den beim Abschluß des Abkommens unterzeichneten «Gemeinsamen Erklärungen» (BB1 1964 II 1038) wird festgehalten, daß die Bundesbehörden diese Bedingung als erfüllt erachten, wenn der Aufenthalt des italienischen Arbeitnehmers ordnungsgemäß und ohne Unterbruch 18 Monate gedauert und zu keinen Klagen Anlaß gegeben hat; die Familien von Spezialisten sind innert 6 Monaten zuzulassen (vgl. vorne § 10 Ziff. 7).

dem Arbeitnehmer für seine Familie eine «angemessene Wohnung» zur Verfügung steht. Sind diese Voraussetzungen erfüllt, so haben die Familienglieder einen Anspruch darauf, daß ihnen die gleiche Bewilligung erteilt wird wie dem Familienhaupt.

2. Die Bewilligungen für die in Hausgemeinschaft lebenden Glieder einer engeren Familie (Eheleute und Kinder, Mutter und außereheliches Kind) können in einer auf das Familienhaupt (Ehemann, Mutter) ausgestellten Familienbewilligung (autorisation familiale) zusammengefaßt werden, sofern alle Glieder die nämliche Staatsangehörigkeit besitzen oder gemeinsam schriftenlos sind und alle die selbe Bewilligungsart (Aufenthalt, Niederlassung oder Toleranz) erhalten haben oder erhalten (Art. 9 Abs. 1 ANAV). Es handelt sich dabei lediglich um die formelle Zusammenfassung mehrerer Einzelbewilligungen in eine einheitliche Bewilligung. Materielle Folgen ergeben sich daraus lediglich für das nach Ausstellung einer Familienbewilligung geborene Kind (Art. 9 Abs. 3 ANAV).

§ 23. *Beendigung der Anwesenheitsbewilligungen: Erlöschen und Widerruf*²¹⁰

1. Als konstitutive Verfügungen²¹¹ verleihen die Anwesenheitsbewilligungen dem Ausländer eine bestimmte fremdenpolizeiliche Rechtsstellung. Der Ausländer hat Anspruch auf Wahrung dieser Rechte²¹² und zwar für so lange, als die Verfügung in Kraft steht. Die zeitliche Geltung der Anwesenheitsbewilligungen ist im Gesetz umfassend geregelt; es zählt die Beendigungsgründe erschöpfend auf. Ohne das Vorliegen eines gesetzlichen Beendigungsgrundes darf eine Anwesenheitsbewilligung nicht entzogen oder als nicht be-

²¹⁰ RUTH S. 103 ff. Nr. 113–116; TZAUT S. 8 f.

²¹¹ Vgl. vorne § 10 Ziff. 2.

²¹² BGE 93 I 5.

stehend behandelt werden^{213, 214}. Das ANAG unterscheidet hierbei zwischen dem Erlöschen und dem Widerruf einer Anwesenheitsbewilligung. Im Falle des Erlöschens fällt die Bewilligung von Gesetzes wegen und ohne Zutun der Behörde dahin²¹⁵; es bedarf dazu keiner neuen Verfügung. Spricht die Behörde sich über die Frage des Erlöschens aus, so fällt sie damit lediglich einen Feststellungsentscheid zur Klärung einer bereits bestehenden Rechtslage. Der Widerruf stellt dagegen eine neue hoheitliche Willenserklärung dar, wodurch die einmal erteilte Bewilligung mit Wirkung ex nunc aufgehoben wird. Das Vorliegen eines gesetzlichen Widerrufsgrundes führt jedoch nicht zwangsläufig zum Widerruf der Bewilligung; es liegt vielmehr im Ermessen der Behörde, ob an den gesetzlichen Tatbestand diese Rechtsfolge zu knüpfen sei oder nicht²¹⁶.

2. Erlöschen der Bewilligung (*fin de l'autorisation*). Eine Anwesenheitsbewilligung besteht nur fort, wenn von dem darin erteilten Recht auch wirklich Gebrauch gemacht wird. So erlöschen alle Anwesenheitsbewilligungen mit der Abmeldung²¹⁷; die Aufenthalts- und Toleranzbewilligungen erlöschen außerdem, «wenn der Aufenthalt tatsächlich aufgegeben ist» (Art. 9 Abs. 1 lit. c und Abs. 5 ANAG); die Niederlassungsbewilligung erlischt, wenn der Ausländer sich während 6 Monaten «tatsächlich im Ausland aufhält»; stellt

²¹³ RUTH S. 103 Nr. 113.

²¹⁴ Die erschöpfende Aufzählung der Beendigungsgründe und insbesondere der Widerrufsgrund der Erschleichung der Bewilligung im Sinne von Art. 9 Abs. 2 lit. a und Abs. 4 lit. a ANAG lassen u. E. keinen Raum für eine Wiedererwägung (Revision) der Erteilung der Bewilligung außerhalb des in den genannten Bestimmungen umschriebenen Rahmens. Die Erwägungen, die in VEBB 25 Nr. 100 hinsichtlich der Entlassung aus der eidgenössischen Kontrolle angestellt worden sind, lassen sich deshalb nicht auf die Erteilung einer Anwesenheitsbewilligung übertragen.

²¹⁵ GIACOMETTI, Allgemeine Lehren des rechtsstaatlichen Verwaltungsrechts, S. 399.

²¹⁶ BGE 93 I 10.

²¹⁷ Vgl. dazu VEBB 25 Nr. 97.

er vor deren Ablauf das Begehren, so kann diese Frist bis auf 2 Jahre verlängert werden (Art. 9 Abs. 3 lit. c ANAG). Daß die Anwesenheitsbewilligungen bei dauerndem Nichtgebrauch dahinfallen, hat auch zur Folge, daß jede Ausweisung die Bewilligung erlöschen läßt, könnte doch der Ausgewiesene, dem das Verweilen im Lande untersagt ist, von der Bewilligung keinen Gebrauch mehr machen. Das gilt unabhängig davon, ob die Ausweisung durch den Strafrichter, den Bundesrat (Art. 70 BV) oder die kantonale Behörde (Art. 10 ANAG) angeordnet und ob sie für bestimmte oder für unbestimmte Zeit ausgesprochen worden ist. Gleiches gilt für die Heimschaffung, d.h. die Überführung des fürsorgebedürftigen Ausländers in den Heimatstaat (Art. 9 Abs. 1 lit. d, Abs. 3 lit. b und Abs. 5 ANAG).

Da der Ausländer gleichzeitig nur die Bewilligung eines Kantons besitzen kann (Art. 14 Abs. 1 ANAV), erlischt jede Anwesenheitsbewilligung mit der Erteilung der Bewilligung²¹⁸ in einem andern Kanton (Art. 9 Abs. 1 lit. b, Abs. 3 lit. a, Abs. 5 ANAG). Als befristete Bewilligungen erlöschen die Aufenthalts- und die Toleranzbewilligung außerdem mit Ablauf der Frist, für die sie ausgestellt sind, «sofern diese nicht verlängert worden ist»²¹⁹ (Art. 9 Abs. 1 lit. a, Abs. 5 ANAG). – Einen besondern Erlöschensgrund stellt Art. 9 Abs. 3 lit. d ANAG für die Niederlassungsbewilligung auf, die dem Ausländer auf Grund eines anerkannten und gültigen heimatlichen Ausweispapiers erteilt worden ist: besitzt er kein solches mehr²²⁰, so fällt die Bewilligung dahin; es kann ihm jedoch eine neue Niederlassungsbewilligung erteilt werden, wobei er in Anwendung von Art. 6 Abs. 1 ANAG zur Leistung einer Sicherheit verhalten werden kann.

²¹⁸ Nicht dagegen des bloßen Einverständnisses im Sinne von Art. 8 Abs. 2 Satz 2 ANAG.

²¹⁹ richtiger: sofern keine neue Bewilligung ausgestellt worden ist; vgl. vorne § 17 Ziff. 2. Der Vorbehalt hätte sich daher erübrigt.

²²⁰ Insbesondere wegen Ausbürgerung oder sonstigen Verlusts der Staatsangehörigkeit.

3. Widerruf der Bewilligung (*révocation de l'autorisation*). Während die Toleranzbewilligung jederzeit widerrufen werden kann²²¹, sind die Niederlassungsbewilligung und grundsätzlich auch die Aufenthaltswilligung nur beim Vorliegen der gesetzlich umschriebenen Voraussetzungen widerruflich. Ausnahmsweise kann zwar auch die Aufenthaltswilligung auf Widerruf erteilt werden; es sind dabei jedoch bestimmte Fristen zu wahren²²².

Die Aufenthalts- und die Niederlassungsbewilligung können in erster Linie widerrufen werden, wenn der Ausländer die Bewilligung «durch falsche Angaben oder wissentliches Verschweigen wesentlicher Tatsachen erschlichen hat» (Art. 9 Abs. 2 lit. a, Abs. 4 lit. a ANAG)²²³. Im übrigen sind die Widerrufsgründe für die Aufenthaltswilligung anders umschrieben als für die Niederlassungsbewilligung, wobei der Widerruf im ersten Falle als erleichtert erscheint. Das ist Ausdruck und Folge des Umstandes, daß die Aufenthaltswilligung das Anwesenheitsverhältnis weniger sichert als die Niederlassungsbewilligung und daß der Aufenthaltler zu meist seit kürzerer Zeit im Lande weilt, weshalb die Pflicht zum Verlassen der Schweiz ihn in der Regel weniger hart trifft als den Niedergelassenen. Die Aufenthaltswilligung kann nach Art. 9 Abs. 2 lit. b ANAG widerrufen werden, «wenn eine mit ihr verbundene Bedingung nicht erfüllt wird oder wenn das Verhalten des Ausländers Anlaß zu schweren Klagen gibt»²²⁴. Da die Niederlassungsbewilligung bedingungsfeindlich ist (Art. 6 Abs. 1 Satz 2 ANAG), entfällt

²²¹ Vgl. immerhin hinten nach A. 227.

²²² Vgl. vorne § 17 Ziff. 2.

²²³ Wird eine Bewilligung auf Grund dieser Bestimmung widerrufen, so handelt es sich dabei nicht notwendigerweise um eine Revision, deren Ziel die Behebung eines Mangels ist, welcher der widerrufenen Verfügung von Anfang an anhaftete; denn der Widerruf kann auch ausgesprochen werden, wenn dem Ausländer bei richtiger Auskunftserteilung die Bewilligung erteilt worden wäre. Widerrufsgrund ist diesfalls die Täuschung des behördlichen Vertrauens.

²²⁴ Zum Begriff der «schweren Klagen» vgl. BGE 93 I 6 Erw. 2.

der Widerrufsgrund der Nichterfüllung von Bedingungen; an seine Stelle tritt gemäß Art.9 Abs.4 lit.b ANAG die Möglichkeit, die Bewilligung zu widerrufen, wenn ein Ausländer ohne anerkannte und gültige Ausweispapiere die kraft Art.6 Abs.2 ANAG verlangte Sicherheit für öffentlich-rechtliche Ansprüche nicht leistet. Wegen eines Verhaltens, das «Anlaß zu schweren Klagen gibt», kann die Niederlassungsbewilligung nicht widerrufen werden; der Niedergelassene wird vielmehr nur dann von fremdenpolizeilichen Maßnahmen betroffen, wenn sein «klagbares» Verhalten zugleich einen Ausweisungsgrund im Sinne von Art.10 Abs.1 lit.a oder b ANAG erfüllt ²²⁵.

Gemäß Art.9 Abs.2 und Abs.4 ANAG «kann» die Aufenthalts- und Niederlassungsbewilligung widerrufen werden, wenn die in diesen Bestimmungen umschriebenen Voraussetzungen erfüllt sind. Die Anordnung des Widerrufs liegt damit beim Vorliegen eines Widerrufsgrundes im Ermessen der Behörde. Bei der Handhabung ihres Ermessens hat die Behörde sich an die das Polizeirecht beherrschenden allgemeinen verfassungsmäßigen Rechtsgrundsätze zu halten: Sie hat in materieller Hinsicht namentlich den Gleichheitssatz, den Grundsatz der Erforderlichkeit und Verhältnismäßigkeit ²²⁶ sowie das Gebot, daß die Polizei sich gegen den Störer zu richten hat, zu berücksichtigen ²²⁷. Das gilt auch im Falle des Widerrufs einer Toleranzbewilligung.

4. Der Widerruf der Anwesenheitsbewilligungen wird von der Fremdenpolizei jenes Kantons ausgesprochen, der die Bewilligung erteilt hat ²²⁸. Abweichendes gilt für den in Art.8 Abs.2 ANAG vorgesehenen Entzug (retrait) der Aufenthalts- oder Toleranzbewilligung: Der Kanton, der die vor-

²²⁵ Vgl. BGE 93 I 12.

²²⁶ BGE 93 I 10 Erw. 4.

²²⁷ Vgl. vorne § 10 Ziff. 7.

²²⁸ betreffend die Weiterziehung der Widerrufsverfügung an die obere kantonale Instanz vgl. hinten § 31; der Entscheid der letzten kantonalen Instanz unterliegt der staatsrechtlichen Beschwerde wegen Verletzung des Art.4 BV (BGE 93 I 5).

übergehende Anwesenheit eines Ausländers, der die Aufenthalts- oder Toleranzbewilligung eines andern Kantons besitzt, als «unerwünscht» betrachtet, kann der eidg. Fremdenpolizei den Entzug der Bewilligung beantragen (Satz 3). Der Kanton, der diese ausgestellt hat, ist vor dem Entscheid anzuhören (Satz 4). In materieller Beziehung handelt es sich hierbei um einen Widerruf, wobei der Entzugsgrund der «Unerwünschtheit» sich weitgehend mit dem Widerrufsgrund des klagbaren Verhaltens im Sinne von Art. 9 Abs. 2 lit. b ANAG deckt. Die Besonderheit des Entzuges liegt vornehmlich auf formellem Gebiete und besteht darin, daß er von einer eidgenössischen und nicht von einer kantonalen Behörde ausgesprochen wird ²³⁰.

Soweit über das Erlöschen einer Bewilligung ein Feststellungsentscheid zu treffen ist ²³¹, fällt dies in die Zuständigkeit der kantonalen Fremdenpolizei, welche die Bewilligung erteilt hat.

§ 24. *Entfernungsmaßnahmen: Allgemeines, Wegweisung*

1. Während der Schweizerbürger laut Art. 44 Abs. 1 BV aus der Schweiz nicht ausgewiesen werden darf, ist die Anwesenheit des Ausländers auf dem Gebiet des Gaststaates stets an Vorbehalte geknüpft und demgemäß nie restlos gesichert. Das Ausmaß dieser Vorbehalte und damit auch die Festigkeit des Anwesenheitsverhältnisses hängen vom Vorliegen und von der Art der fremdenpolizeilichen Anwesenheitsbewilligung ab, die dem Ausländer zuteil geworden ist: Die Niederlassungsbewilligung gewährt dem Ausländer größere Sicherheit als die Aufenthaltsbewilligung, diese ihrerseits mehr als die Toleranzbewilligung; der Inhaber einer solchen hat gewisse Vorteile vor dem Ausländer, der

²³⁰ Betreffend die Weiterziehung des Entscheids der eidg. Fremdenpolizei an das Eidg. Justiz- und Polizeidepartement vgl. hinten § 33.

²³¹ Vgl. vorne Ziff. 1.

wegen der Kürze des Verweilens keiner fremdenpolizeilichen Bewilligung bedarf; am prekärsten ist das Anwesenheitsverhältnis des Ausländers, der einer Bewilligung bedürfte, sie aber nicht oder nicht mehr hat. Diese Unterschiede wirken sich auch aus, wenn es einen Ausländer aus dem Lande zu entfernen gilt. Die Entfernung eines Ausländers, der keine Bewilligung besitzt, weil er keine solche benötigt, keine Bewilligung erhalten hat oder weil diese beendet ist, wird regelmäßig mittels Wegweisung angeordnet. Soll ein Ausländer das Land verlassen, der eine Bewilligung besitzt, so muß diese ordentlicherweise zunächst außer Kraft gesetzt werden, indem sie zurückgenommen (widerrufen, entzogen) oder ihr Erlöschen abgewartet wird; der Ausländer, der keine Bewilligung mehr hat, kann hierauf weggewiesen werden. Beim Vorliegen besonders schwerwiegender Gründe kann diese Zwischenstufe²³² indessen übersprungen werden: Das Gesetz gibt den Behörden mit der Ausweisung und der Landesverweisung ein Mittel in die Hand, um ungeachtet des Bestehens einer Bewilligung die Entfernung des Ausländers zu verfügen mit der Wirkung, daß eine allfällige Bewilligung gleichzeitig dahinfällt. Da das ANAG sich nicht durch scharfe Begrifflichkeit auszeichnet, sind diese Unterscheidungen jedoch nicht streng durchgeführt. Es hält deshalb schwer, die verschiedenen Entfernungsmaßnahmen im einzelnen voneinander und von den Fernhaltungsmaßnahmen der Einreisesperre und der Einreisebeschränkung abzugrenzen.

2. Die formlose Wegweisung (*ordre de quitter la Suisse*). Der Ausländer, der keine Bewilligung besitzt, kann – auch wenn er nach Art.1 ANAG und Art.1 Abs.1 Satz 1 ANAV keiner solchen bedarf – «jederzeit und ohne besonderes Verfahren zur Ausreise aus der Schweiz verhalten und nötigenfalls ausgeschafft werden» (Art.12 Abs.1 ANAG,

²³² Die allerdings nur formeller und nicht notwendigerweise auch zeitlicher Art ist; denn der Widerruf bzw. Entzug der Bewilligung kann mit der Wegweisung verbunden werden.

Art. 17 Abs. 1 Satz 1 ANAV). Die Polizeibehörden und Grenzkontrollorgane sollen dabei Ausländer, «die aus persönlichen Gründen offensichtlich keine Aussicht haben, eine Bewilligung zu erhalten oder als Flüchtlinge Aufnahme zu finden, wenn immer möglich schon an der Grenze zurückweisen» (Rückweisung, *refoulement*; Art. 17 Abs. 1 Satz 2 ANAV). Die Ausdehnung der Möglichkeit einer jederzeitigen formlosen Wegweisung auf Ausländer, die nach dem Gesetz keiner Bewilligung bedürfen, erweckt vom rechtsstaatlichen Standpunkt aus Bedenken: Art. 1 ANAG erklärt sie als «berechtigt», sich auf Schweizer Boden aufzuhalten, und sie sollten sich auf diese gesetzliche Zusage verlassen können. Die Wegweisung sollte dieser Gruppe von Ausländern gegenüber daher nur angeordnet werden dürfen, wenn bestimmte, gesetzlich umschriebene Voraussetzungen vorliegen.

3. Die Wegweisungsverfügung (*renvoi*)²³³. Der Ausländer, der sich auf Grund einer Bewilligung in der Schweiz aufgehalten hat, ist zur Ausreise verpflichtet, wenn seine Bewilligung widerrufen oder erloschen ist, desgleichen der Ausländer, der ein Bewilligungsgesuch eingereicht hat, das aber abgewiesen worden ist (Art. 12 Abs. 2 und 3 ANAG). Die Behörde trifft eine förmliche Verfügung über die Wegweisung, indem sie dem Ausländer eine Ausreisefrist ansetzt. Diese Verfügung kann schon in der Bewilligung enthalten sein, indem dem Ausländer darin aufgegeben wird, nach deren Ablauf auszureisen; die Wegweisung und die Abweisung eines Bewilligungsgesuches sind regelmäßig mit der Ansetzung einer Ausreisefrist verbunden. Hat die kantonale Fremdenpolizei oder die ihr vorgesetzte kantonale Behörde die Wegweisungsverfügung erlassen, so kann diese nur auf Ausreise aus dem Kanton lauten (Art. 12 Abs. 2 ANAG). In bestimmten, in Art. 17 Abs. 2 ANAV umschriebenen Fällen müssen oder können die kantonalen Behörden ihre Wegweisungsverfügung der eidg. Fremdenpolizei unterbreiten. Diese dehnt in der Regel die Wegweisung auf die ganze Schweiz

²³³ KAMMERMAN S. 83; SAND S. 58; TZAUT S. 10.

aus, wenn nicht aus besonderen Gründen dem Ausländer Gelegenheit geboten werden soll, in einem andern Kanton um eine Bewilligung einzukommen (Art. 12 Abs. 3 ANAG, Art. 17 Abs. 2 ANAV). Die eidg. Fremdenpolizei hat in diesem Bereich aber auch originäre Befugnisse: So verfügt sie die Wegweisung und setzt dem Ausländer eine Ausreisefrist an, wenn eine kantonale Aufenthalts- oder Toleranzbewilligung ihrer Zustimmung bedarf (Art. 18 Abs. 3 ANAG) und sie diese verweigert; ferner kann sie der kantonalen Bewilligung zustimmen und gleichzeitig verfügen, daß der Ausländer bei deren Ablauf auszureisen hat (Zustimmungsverfügung mit Frist zur Ausreise aus der Schweiz).

§ 25. *Entfernungsmaßnahmen: Ausweisung*

1. Die Ausweisung (expulsion) gemäß Art. 10 ANAG kann gegenüber jedem Ausländer ausgesprochen werden, ungeachtet dessen, ob er eine Bewilligung besitze oder nicht und welches diese Bewilligung sei. Sie besteht aus einem Gebietsverbot²³⁴, nämlich aus dem Gebot, das Gebiet der Schweiz zu verlassen, und dem Verbot, während der Dauer der Maßnahme das Staatsgebiet zu betreten oder wieder zu betreten. Mit dem Gebietsverbot endigt auch die Anwesenheitsbewilligung, die dem Ausländer allenfalls bis dahin zustand (Art. 9 Abs. 1 lit. d, Abs. 3 lit. b und Abs. 5 ANAG), da die Bewilligung mit dem dauernden Nichtgebrauch dahinfällt²³⁵ und die Anwesenheit im Lande dem Ausländer nicht zugleich auf Grund der Bewilligung erlaubt und kraft der Ausweisung untersagt sein kann. Hierin liegt denn auch der wichtigste Unterschied zwischen der Ausweisung und der Wegweisung: Während die Ausweisung eine be-

²³⁴ Ob dieses «allein begriffsnotwendig» sei, wie RUTH (S. 107 Nr. 117) meint, von anderer Seite (TRAUTVETTER, Die Ausweisung von Ausländern durch den Richter im schweizerischen Recht, Diss. Zürich 1957, S. 17) aber bestritten wird, ist eine rein theoretische Frage, die hier offen bleiben kann.

²³⁵ Vgl. vorne § 23 Ziff. 2.

stehende Bewilligung erlöschen läßt und insofern unmittelbar in den fremdenpolizeilichen Status des Ausländers eingreift, ist die Wegweisung lediglich die Folge des Fehlens oder Dahinfallens einer Bewilligung; sie läßt demnach den fremdenpolizeilichen Status des Ausländers unverändert ²³⁶.

Außer in dieser grundlegenden Beziehung unterscheidet sich die Ausweisung jedoch auch hinsichtlich ihrer persönlichen, örtlichen und zeitlichen Geltung, ihrer Voraussetzungen und des Verfahrens von der Wegweisung. Im Gegensatz zu dieser trifft die Ausweisung nicht nur den Ausländer, in dessen Person die Voraussetzungen der Maßnahme erfüllt sind; in die Ausweisung ist vielmehr «in der Regel» auch der Ehegatte des Ausländers einzubeziehen; eine Ausnahme kann dabei insbesondere gemacht werden, wenn die Ehefrau «von Abstammung Schweizerbürgerin war» (Art. 11 Abs. 2 Satz 1 ANAG). Kinder unter 18 Jahren verlieren mit der Ausweisung der Eltern die bisherige fremdenpolizeiliche Bewilligung; sie können verhalten werden, die Schweiz ebenfalls zu verlassen (Art. 11 Abs. 2 Satz 2 ANAG). Beim Entscheid hierüber ist dem Wohl der Kinder «so weit als möglich Rechnung zu tragen»; verbleibt die Mutter in der Schweiz, so sollen auch die Kinder hier bleiben dürfen (Art. 16 Abs. 6 Satz 2 und 3 ANAV) ²³⁷. Das in der Ausweisung enthaltene Gebietsverbot erstreckt sich grundsätzlich auf das ganze Land; es soll bloß ausnahmsweise auf das Gebiet des verfügenden Kantons beschränkt werden (Art. 10 Abs. 3 ANAG) und nur, wenn ein anderer Kanton bestätigt, daß er in Kenntnis des Ausweisungstatbestandes dem Ausländer die Bewilligung belassen oder erteilen werde (Art. 16 Abs. 5

²³⁶ Diese Unterscheidung wird allerdings durch die Möglichkeit relativiert, den Widerruf einer Bewilligung mit der Wegweisung zu verbinden: damit wird in zwei ihrer rechtlichen Natur nach verschiedenen, nach außen hin jedoch regelmäßig als Einheit in Erscheinung tretenden Verfügungen die Statusänderung mit dem Ausreisegebot gekoppelt (vgl. vorne § 24 Ziff. 1 A. 232).

²³⁷ Vgl. vorne § 22 Ziff. 1 a; Näheres bei KAMMERMANN S. 109 ff.

ANAV). Die Ausweisung kann für eine bestimmte Dauer, die aber wenigstens 2 Jahre betragen muß, oder unbefristet ausgesprochen werden (Art. 11 Abs. 1 ANAG). Während dieser Zeit ist dem Ausgewiesenen jedes Betreten der Schweiz untersagt (Art. 11 Abs. 4 Satz 1 ANAG). In Ausnahmefällen kann die Ausweisung indessen vorübergehend eingestellt oder ganz aufgehoben werden; hierdurch wird jedoch die durch die Ausweisung aufgehobene Bewilligung nicht wiederhergestellt (Art. 11 Abs. 4 Satz 2 ANAG)²³⁸.

Daß die persönliche, örtliche und zeitliche Geltung der Ausweisung derart weit gespannt ist, kennzeichnet sie als schwerste fremdenpolizeiliche Maßnahme. Ihre Anordnung ist dementsprechend an das Vorliegen besonderer Ausweisungsgründe²³⁹ geknüpft, die das Gesetz abschließend²⁴⁰ aufführt. Bei der Umschreibung dieser Gründe war der Gedanke maßgebend, daß dem Ausländer die Anwesenheit stets unter der stillschweigenden, weil selbstverständlichen Voraussetzung erlaubt wird, daß er sich loyal in die im Gaststaate geltende Ordnung einfüge und nicht der Öffentlichkeit zur Last falle²⁴¹. Die Ausweisung kann demgemäß laut Art. 10 Abs. 1 ANAG verfügt werden:

a) wenn der Ausländer wegen eines Verbrechens oder Vergehens gerichtlich bestraft wurde²⁴²;

b) wenn sein Verhalten im allgemeinen und seine Handlungen darauf schließen lassen, daß er nicht gewillt oder nicht fähig ist, sich in die im Gaststaat geltende Ordnung einzufügen. Dieser Ausweisungsgrund wird in Art. 16 Abs. 2 ANAV anhand von Beispielen näher umschrieben²⁴³;

²³⁸ Näheres bei KAMMERMAN S. 205 ff.

²³⁹ hierüber KAMMERMAN S. 148 ff., SAND S. 61 ff.

²⁴⁰ RUTH S. 110.

²⁴¹ KAMMERMAN S. 149; RUTH S. 108 Ziff. 118.

²⁴² Näheres bei KAMMERMAN S. 154 ff.; vgl. ferner GRAVEN, Le problème des travailleurs étrangers délinquants en Suisse, *Revue internationale de criminologie et de police technique*, 1965 S. 265 ff., insb. S. 274.

²⁴³ Vgl. dazu KAMMERMAN S. 161 ff.

c) wenn er infolge Geisteskrankheit die öffentliche Ordnung gefährdet²⁴⁴;

d) wenn er oder eine Person, für die er zu sorgen hat, der öffentlichen²⁴⁵ Wohltätigkeit fortgesetzt und in erheblichem Maße zur Last fällt²⁴⁶.

Die Ausweisung ist dabei selbst im Falle des Art. 10 Abs. 1 lit. a ANAG keine Strafe, sondern eine polizeiliche Maßnahme, die der Aufrechterhaltung der öffentlichen Ordnung und Sicherheit dient²⁴⁷. Sie kann daher auch angeordnet werden, wenn den Ausgewiesenen kein Verschulden trifft²⁴⁸. Daß die Ausweisung dem Schutze der Öffentlichkeit dient, heißt aber auch, daß diese Maßnahme nicht zur Wahrung privater Interessen oder zur Durchsetzung privater Ansprüche angeordnet werden darf, wie so viele Informanten der Fremdenpolizei meinen²⁴⁹.

Das Vorliegen eines Ausweisungsgrundes führt nicht zwangsläufig zur Ausweisung²⁵⁰; es liegt vielmehr im Ermessen der Behörde, ob an den Tatbestand diese Rechtsfolge zu knüpfen sei oder nicht. Hierbei hat sie dem Interesse der Öffentlichkeit, das für die Entfernung des Ausländers

²⁴⁴ Näheres bei KAMMERMAN S.180 f.

²⁴⁵ Bei der Revision des ANAG im Jahre 1948 wurde die Inanspruchnahme privater Hilfe als Ausweisungsgrund fallen gelassen (BBl 1948 I 1297).

²⁴⁶ Näheres bei KAMMERMAN S.181 ff.

²⁴⁷ RUTH S.109; SAND S.46; VEBB 17 Nr.8.

²⁴⁸ RUTH S.109.

²⁴⁹ Vgl. BGE 93 I 8 hinsichtlich des Widerrufs. Wegen der «Nichterfüllung privatrechtlicher Verpflichtungen» kann ein Ausländer nach Art.16 Abs.2 ANAV nur ausgewiesen werden, wenn er «fortgesetzt böswillig oder liederlich» handelt; Ausweisungsgrund ist somit auch in diesem Fall nicht die Verletzung privater Interessen, sondern die durch die Böswilligkeit oder Liederlichkeit bekundete Mißachtung des Gebotes von Treu und Glauben im Geschäftsverkehr, welcher Grundsatz ein Bestandteil der «im Gaststaat geltenden Ordnung» ist.

²⁵⁰ Vgl. dazu das für den Widerruf Gesagte (vorne §23 Ziff. 1 und 3).

spricht, im Sinne des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit polizeilicher Maßnahmen²⁵¹ das Interesse des Auszuweisen- den am Verbleiben im Lande gegenüberzustellen²⁵². Art. 11 Abs. 3 ANAG bestimmt in dieser Hinsicht, daß die Ausweisung nur verfügt werden soll, «wenn sie nach den gesamten Umständen angemessen erscheint», wobei «unnötige Härten vermieden werden» sollen. Art. 16 Abs. 3 ANAV verdeutlicht dieses Gebot dahin, daß bei der Beurteilung der Angemessenheit namentlich «die Schwere des Verschuldens des Ausländers; die Dauer seiner Anwesenheit in der Schweiz; die ihm und seiner Familie drohenden Nachteile» in Rechnung zu stellen sind. Dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit entspricht es auch, daß die Ausweisung wegen Geisteskrankheit oder Mittellosigkeit (Art. 10 Abs. 1 lit. c und d ANAG) nur verfügt werden darf, wenn dem Ausgewiesenen die Heimkehr in seinen Heimatstaat möglich und zumutbar ist (Art. 10 Abs. 2 ANAG) und daß im Falle der Mittellosigkeit auch die bloße Heimschaffung²⁵³ angeordnet werden kann. Im Sinne der Verhältnismäßigkeit liegt es ferner, daß die Behörde es zunächst bei der Ausweisungsandrohung (*menace d'expulsion*) bewenden lassen kann, wenn die Ausweisung «zwar als nach Art. 10 Abs. 1 lit. a oder b ANAG rechtlich begründet, aber nach den Umständen nicht angemessen» erscheint.

Die Befugnis zum Entscheid über die Ausweisung eines Ausländers nach Art. 10 ANAG steht gemäß Art. 15 Abs. 2 Satz 1 ANAG der kantonalen Fremdenpolizei oder einer ihr übergeordneten Behörde zu. Örtlich zuständig ist neben dem Bewilligungskanton auch der Kanton, auf dessen Gebiet sich ein Ausweisungsgrund verwirklicht hat (Art. 16 Abs. 1 Satz 1 ANAV). Dabei dauert die durch die Aufnahme des Ausweisungsverfahrens begründete Zuständigkeit bis zu

²⁵¹ VEBB 25 Nr. 99 S. 198; DREWS-WACKE S. 159 ff., 168 ff.

²⁵² KAMMERMANN S. 186 ff.

²⁵³ Vgl. hinten Ziff. 2.

dessen Abschluß fort (Art. 16 Abs. 1 Satz 2 ANAV)²⁵⁴. Gegen die von der letzten kantonalen Instanz verfügte Ausweisung aus der Schweiz im Sinne von Art. 10 Abs. 1 ANAG kann der Ausländer an das Eidg. Justiz- und Polizeidepartement rekurrieren, das endgültig entscheidet (Art. 20 Abs. 1 Satz 1 ANAG). Letztinstanzliche kantonale Entscheide über die Ausweisung aus dem Kanton im Sinne von Art. 10 Abs. 3 ANAG unterliegen der staatsrechtlichen Beschwerde wegen Verletzung des Art. 4 BV an das Bundesgericht. Hält der Ausländer dafür, der Entscheid über die Ausweisung aus der Schweiz oder aus dem Kanton verstoße gegen staatsvertragliche Bestimmungen über Freizügigkeit und Niederlassung, so steht ihm die Beschwerde an den Bundesrat gemäß Art. 125 Abs. 1 lit. c OG offen²⁵⁵.

2. Der Ausweisung gemäß Art. 10 ANAG steht die Heim-schaffung (*rapatriement*) nahe. Es handelt sich um die Überführung eines Fürsorgebedürftigen aus der Fürsorge des Gaststaates in jene des Heimatstaates. Von der Ausweisung unterscheidet sie sich hauptsächlich dadurch, daß sie nicht ein einseitiger Staatsakt ist, sondern die Einwilligung des Heimatstaates voraussetzt²⁵⁶. Sie läßt zwar wie die Ausweisung eine bestehende Bewilligung erlöschen (Art. 9 Abs. 1 lit. d, Abs. 3 lit. b und Abs. 5 ANAG), ist aber nicht von Gesetzes wegen mit einem Wiedereinreiseverbot verbunden. Erscheint ein solches als erforderlich, so ist vielmehr eine Einreisesperre oder Einreisebeschränkung im Sinne des Art. 13 ANAG anzuordnen.

3. Die Ausweisung durch den Bundesrat. Laut Art. 70 BV ist der Bund befugt, Fremde, welche die innere oder

²⁵⁴ Entgegen der Ansicht von KAMMERMAN (S. 96) hat diese Vorschrift nur dann einen Sinn, wenn die Zuständigkeit des zuerst mit der Sache befaßten Kantons eine ausschließliche ist; es soll nicht gleichzeitig in mehreren Kantonen zu Ausweisungsverfahren gegen ein und denselben Ausländer kommen.

²⁵⁵ Vgl. dazu hinten § 32.

²⁵⁶ KAMMERMAN S. 86; SAND S. 60; SCHULTZ S. 28.

äußere Sicherheit der Eidgenossenschaft gefährden, aus dem schweizerischen Gebiet «wegzuweisen»²⁵⁷. Die Ausübung dieser Befugnis steht, wie Art. 31 Ziff. V/3 des BG vom 26.3.1914 über die Organisation der Bundesverwaltung²⁵⁸ in Bestätigung der Praxis zum Ausdruck bringt, dem Bundesrat zu, der auf Antrag der Bundesanwaltschaft entscheidet.

Schutzobjekt ist die politische und militärische Sicherheit des Staates als Ganzem oder wesentlicher Teile desselben. Die äußere Sicherheit ist namentlich dann gefährdet, wenn die Schweiz in ihren militärischen Verteidigungsmitteln geschwächt oder in der Erfüllung ihrer völkerrechtlichen Pflichten (insbesondere der Neutralität) behindert wird, oder wenn ihre guten Beziehungen zu einem andern Staat getrübt werden. Die innere Sicherheit wird gefährdet durch Handlungen, welche sich gegen die Staatsautorität und gegen die freiheitliche demokratische Grundordnung als solche richten oder den innern Frieden bedrohen, indem sie die verschiedenen Kreise der Bevölkerung (Konfessions- und Sprachgruppen, Klassen, Rassen) gegeneinander aufhetzen²⁵⁹.

²⁵⁷ Es handelt sich dabei nach dem Sprachgebrauch des ANAG und der ANAV nicht um eine Wegweisung, sondern um eine Ausweisung, was in Art. 10 Abs. 4 ANAG festgehalten ist (WALTER SCHINDLER S. 72 ff.; anderer Meinung KAMMERMAN S. 82). Falls der Ausländer, der die innere oder äußere Sicherheit der Eidgenossenschaft gefährdet, sich nicht (oder nicht mehr) im Lande befindet, kann der Bund über ihn kraft Art. 70 BV auch die Einreisesperre und die Einreisebeschränkung im Sinne von Art. 13 ANAG verhängen (vgl. BURCKHARDT Komm. S. 633).

²⁵⁸ BS 1, 274; AS 1959, 301.

²⁵⁹ BURCKHARDT Komm. S. 630 f.; KAMMERMAN S. 80 ff.; KAPPELER, Der Begriff der Staatsgefährlichkeit, Diss. Zürich 1952, S. 73 ff.; MATTER, Die Richtlinien des Bundes bei der Anwendung des Art. 70 BV, Diss. Basel 1935; WALTER SCHINDLER S. 54 ff. Zum Begriff der Gefährdung vgl. KANEIN S. 120; KAPPELER S. 24 ff.; WALTER SCHINDLER S. 52; vgl. ferner VEBB 17 Nr. 8 und 47 S. 114 sowie KNECHT, Der Begriff der äußeren Sicherheit und der Unabhängigkeit nach der Schweizerischen Bundesverfassung, Diss. Zürich 1959, S. 47.

§ 26. *Strafrechtliche Entfernungsmassnahmen*

1. Neben die fremdenpolizeilichen Entfernungsmassnahmen treten jene des Strafrechts: die gerichtliche Landesverweisung, das Aufenthaltsverbot und die Auslieferung.

2. Gerichtliche Landesverweisung (*expulsion judiciaire*)²⁶⁰. Gemäß Art. 55 StGB und Art. 40 MStG kann der Richter über einen Ausländer, der zu Zuchthaus oder Gefängnis verurteilt wird, die Nebenstrafe der Landesverweisung verhängen; wird der Ausländer wegen gewerbsmäßiger Kuppelei (Art. 199 Abs. 3 StGB) oder Frauen- und Kinderhandel (Art. 202 Ziff. 4 StGB) verurteilt, so muß diese Nebenstrafe mit der Freiheitsstrafe verbunden werden. Aus Art. 335 in Verbindung mit Art. 104 Abs. 2 StGB ergibt sich die Befugnis der Kantone, im Bereich des ihnen verbleibenden Übertretungsstrafrechts die Landesverweisung vorzusehen: Die Übertretungstatbestände, derentwegen diese Nebenstrafe ausgefällt werden kann, müssen indessen im Gesetz ausdrücklich bezeichnet werden. Einige Kantone haben von dieser Ermächtigung Gebrauch gemacht²⁶¹.

3. Das Strafrecht kennt das Gebietsverbot für Ausländer aber nicht nur als Nebenstrafe, sondern auch als sichernde Maßnahme. Nach Art. 16 StGB, der unter dem Randtitel «Aufenthaltsverbot» (*interdiction de séjour*) steht, kann der Richter einem gemeingefährlichen Ausländer den Auf-

²⁶⁰ Aus dem Schrifttum: FOEX, A propos de l'expulsion des étrangers, ZStR 1958 S. 131; GRAVEN, Le problème des travailleurs étrangers délinquants en Suisse, Revue internationale de criminologie et de police technique, 1965 S. 265 ff.; HOFMANN, Über das Verhältnis der gerichtlichen Landesverweisung als Nebenstrafe zur administrativen Ausweisung, SJZ 53 S. 313 ff., 54 S. 15 ff.; PFENNINGER, Strafrechtliche Landesverweisung und administrative Ausweisung, SJZ 53 S. 316 ff.; TRAUTVETTER, Die Ausweisung von Ausländern durch den Richter im schweizerischen Recht, Diss. Zürich 1957 (vgl. dazu die Besprechung durch PFENNINGER in SJZ 54 S. 14); GILLIOZ, La criminalité des étrangers en Suisse, ZStR 83 S. 178 ff.

²⁶¹ Vgl. die Zusammenstellung bei TRAUTVETTER (S. 86 f.).

enthalt in der Schweiz verbieten, «wenn dieser wegen Unzurechnungsfähigkeit freigesprochen, oder wenn das Verfahren gegen ihn aus diesem Grunde eingestellt, oder wenn er wegen verminderter Zurechnungsfähigkeit milder bestraft worden ist». Laut Art. 42 Ziff. 1 StGB kann der Richter zudem, wenn der Verurteilte Ausländer ist, an Stelle der Verwahrung auf Landesverweisung erkennen, die nach Verbüßung der Freiheitsstrafe zu vollziehen ist.

4. Die Fremdenpolizei ist an den Entscheid des Strafrichters nicht gebunden: Sie kann einen verurteilten Ausländer auch dann ausweisen, ihm die Aufenthalts- oder Toleranzbewilligung widerrufen und ihn wegweisen oder über ihn die Einreisesperre verhängen, wenn der Richter von der Anordnung der Landesverweisung oder des Aufenthaltsverbotes abgesehen hat ^{262, 263}.

5. Durch die Auslieferung (extradition) wird eine Person von den Behörden des Staates, auf dessen Gebiet sie sich befindet, den Behörden eines andern Staates zur Durchführung einer Strafverfolgung übergeben ²⁶⁴. Die Auslieferung geht als Akt der völkerrechtlichen Rechtshilfe dem Fremdenpolizeirecht vor: Die in den Auslieferungsverträgen und im Auslieferungsgesetz begründete Auslieferungspflicht steht unter Umständen einer Ausweisung oder Wegweisung entgegen ²⁶⁵; das dem Ausländer gewährte Asyl schließt die Auslieferung grundsätzlich nicht aus. Umgekehrt darf eine Ausweisung oder Wegweisung aber auch nicht darauf hinauslaufen, daß landesrechtliche oder staatsvertragliche Schranken der Auslieferung umgangen werden ²⁶⁶.

²⁶² VEBB 26 Nr. 84.

²⁶³ Vgl. die Kritik, die PFENNIGER (SJZ 53 S. 316) und TRAUTVETTER (S. 102) je von entgegengesetzten rechtspolitischen Standpunkten aus an diesem Dualismus üben.

²⁶⁴ SCHULTZ, Das schweizerische Auslieferungsrecht, S. 12. Zur neuesten Entwicklung des Auslieferungsrechts vgl. MARKEES, Die Schweiz und das Europäische Auslieferungsübereinkommen vom 13.12.1957, ZStR 83 S. 113 ff.

²⁶⁵ SCHULTZ S. 26 ff.

²⁶⁶ VEBB 17 Nr. 47 S. 114 f.

§ 27. *Der Vollzug der fremdenpolizeilichen Entfernungsmaßnahmen: Ausschaffung, Internierung*

1. Ausschaffung (refoulement)²⁶⁷. Mit der durch die Fremdenpolizei oder den Bundesrat verfügten Ausweisung und mit der Wegweisung wird dem Ausländer regelmäßig eine Frist zur Ausreise angesetzt. Kommt er dieser Pflicht nicht fristgerecht nach, so kann er ausgeschafft (Art. 14 Abs. 1 ANAG), d.h. durch die kantonalen Polizeiorgane (Art. 16 Abs. 7 ANAV) an die Grenze geführt und zum Verlassen des Landes gezwungen werden²⁶⁸. Bei der Durchführung der Ausschaffung sind schon von Völkerrechts wegen²⁶⁹ die Gebote der Menschlichkeit und der Hygiene einzuhalten. Es ist auch darauf zu achten, daß die Ausschaffung weder das Verbot einer Auslieferung noch die Beschränkung einer Strafverfolgung illusorisch macht. Ein strafrechtlich Verfolgter, der nach dem anwendbaren Auslieferungsvertrag oder dem Auslieferungsgesetz nicht ausgeliefert werden darf, ist deshalb im Falle der Ausschaffung an die Grenze eines andern als des verfolgenden Staates zu stellen²⁷⁰.

2. Internierung (internement)²⁷¹. Die Ausschaffung kann sich aus technischen, völkerrechtlichen oder humanitären Gründen als undurchführbar erweisen, so namentlich gegenüber

staaten- und schriftenlosen Ausländern, die von keinem andern Land aufgenommen werden;

Ausländern, denen aus politischen, rassischen oder andern Gründen beider Rückkehr in den Heimatstaat erhebliche Nachteile erwachsen würden und die in keinem Drittland Aufnahme finden; Refraktären und Deserteuren.

²⁶⁷ RUTH S. 112 Nr. 120, S. 115 Nr. 124.

²⁶⁸ Die formlose Wegweisung (vgl. vorne § 24 Ziff. 2) kann unmittelbar, d.h. ohne vorgängige Ansetzung einer Ausreisefrist, mit der Ausschaffung verbunden werden.

²⁶⁹ VERDROSS, Völkerrecht, S. 295; GUGGENHEIM S. 322.

²⁷⁰ SCHULTZ S. 27/28; VEBB 17 Nr. 47 S. 114.

²⁷¹ HESS, Die Internierung im schweizerischen Fremdenpolizeirecht, Diss. Bern 1942; KAMMERMAN S. 196 ff.; TZAUT S. 13 f.

An Stelle der Ausschaffung kann in diesen Fällen die Internierung treten. Über die Anordnung und den Vollzug der Internierung entscheidet die Polizeiabteilung des Eidg. Justiz- und Polizeidepartements (Art. 15 Abs. 4 ANAG)²⁷², die den Sachverhalt und die Lösungsmöglichkeiten in Verbindung mit dem Anwesenheitskanton abklärt.

Die Internierung kann vollzogen werden durch die Unterbringung des Ausländers in einem Heim oder einer Anstalt²⁷³ oder bei Privaten. Der Internierung kommt im letztgenannten Falle eine mehr formelle Bedeutung zu im Sinne der Zuweisung eines Zwangsaufenthalts unter einschränkenden Bedingungen; sie hat «nur den Sinn und Zweck . . ., das Anwesenheitsverhältnis eines Ausländers, der keine ordentliche kantonale Bewilligung erhalten, aber auch nicht ausgeschafft werden kann, gesetzesmäßig zu regeln» (Art. 27 ANAG)²⁷⁴. Die Kosten der Internierung trägt der Bund (Art. 14 Abs. 3 ANAG). Die Polizeiabteilung kann indessen einem bemittelten Internierten die Kosten dieser Maßnahme überbinden und ihn zur Leistung einer Sicherheit für die Kosten verhalten (Art. 14 Abs. 3 ANAG, Art. 17 Abs. 5 ANAV).

Die Internierung darf nicht länger als 2 Jahre dauern (Art. 14 Abs. 2 Satz 1 ANAG). Eine Ausnahme ist nur möglich, wenn die Internierung lediglich zu dem in Art. 27 ANAG umschriebenen formellen Zweck angeordnet worden ist. Ist die Höchstdauer der Internierung abgelaufen oder erscheint sie nicht oder nicht länger als angebracht²⁷⁵, so kann das Eidg. Justiz- und Polizeidepartement (Art. 15 Abs. 4 ANAG)

²⁷² Vorbehaltlich des Rekurses an das Departement gemäß Art. 20 Abs. 1 Satz 2 ANAG.

²⁷³ Während des zweiten Weltkrieges traten daneben die vom Bunde eingerichteten Internierungslager (Bericht LUDWIG S. 177 ff., 199 ff., 275 ff.).

²⁷⁴ Vgl. Botschaft des Bundesrates vom 15.12.1950 zum Beschlussesentwurf über Beiträge des Bundes an die Unterstützung von Flüchtlingen (BBl 1950 III 716); TZAUT S. 14.

²⁷⁵ Was u. a. zutrifft, wenn die Voraussetzungen für eine vormundschaftliche oder strafrechtliche Versorgung oder Verwahrung gegeben sind (TZAUT S. 13).

den letzten Kanton, der die Anwesenheit des Ausländers während längerer Zeit geduldet hat, verpflichten, ihn zurückzunehmen und weiter zu dulden (Art. 14 Abs. 2 Satz 2 ANAG).

3. Abschnitt

Besondere Gruppen von Ausländern

§ 28. *Flüchtlinge*²⁷⁶

1. Die Geschichte des Flüchtlingswesens in der Schweiz bis nach dem zweiten Weltkrieg ist im Bericht LUDWIG²⁷⁷ umfassend dargestellt und gerecht gewürdigt worden. Die Aufnahme der Ende 1956 aus ihrer Heimat geflüchteten Ungarn²⁷⁸ zeigt, daß die Einstellung der Behörden und der Bevölkerung gegenüber dem wegen seiner politischen oder religiösen Anschauung, seiner Rasse oder Klassenzugehörigkeit Verfolgten sich gewandelt hat. Das berechtigt zu der Hoffnung, daß die im Bericht LUDWIG aufgezeigten Mißstände sich nicht wiederholen werden²⁷⁹. Dazu trägt auch die neueste Entwicklung des Völkerrechts maßgebend bei: In

²⁷⁶ In der deutschen Lehre wird zwischen «politisch Verfolgten» und «Flüchtlingen» unterschieden (vgl. GRUETZNER, Auslieferungsverbot und Asylrecht, in: Die Grundrechte, Bd. II, S. 601). Die vorliegende Arbeit verwendet diese Ausdrücke gleichbedeutend. – Das schweizerische Recht der Dreißigerjahre und des zweiten Weltkriegs unterschied zwischen «Emigranten» und «Flüchtlingen» (KAMMERMANN S. 55 ff.). Diese Unterscheidung wird nicht mehr getroffen.

²⁷⁷ Die Flüchtlingspolitik der Schweiz seit 1933 bis zur Gegenwart (1957). Eine Ergänzung dazu bildet: HAESLER, «Das Boot ist voll», welches Werk neben den behördlichen Maßnahmen auch die Haltung der Bevölkerung schildert. Vgl. ferner ROLF WILFRIED MÜLLER, Geschichte und rechtliche Grundlagen des Asylrechts, Diss. Basel 1948.

²⁷⁸ Vgl. ROSEMARIE BERTSCHINGER, Die Eingliederung der ungarischen Flüchtlinge in der Schweiz, Neue Zürcher Zeitung 1966 Nr. 4727, 4755, 4767.

²⁷⁹ Vgl. den Bericht des Eidg. Justiz- und Polizeidepartements über die schweizerische Asylpraxis in neuester Zeit (Anhang zum Bericht LUDWIG S. 410 ff.).

internationalen Abkommen wie namentlich der Genfer Konvention vom 28.7.1951 über die Rechtsstellung der Flüchtlinge²⁸⁰ und durch die Schaffung von Institutionen wie der Internationalen Flüchtlingsorganisation²⁸¹ und dem Hochkommissariat der Vereinten Nationen für Flüchtlinge ist nicht nur die Stellung des einzelnen Flüchtlings gehoben²⁸², sondern auch eine wirksame Zusammenarbeit zwischen den Staaten zur Lösung der Flüchtlingsfragen in die Wege geleitet worden²⁸³.

2. Auf die besondern völker- und landesrechtlichen Regeln, die für die Militärflüchtlinge (übergetretene Truppenteile und Truppenangehörige, entwichene Kriegsgefangene, Deserteure und Refraktäre) gelten, kann hier nicht eingetreten werden²⁸⁴. Unter den Zivilflüchtlingen ist zwischen den Personen zu unterscheiden, auf die das Genfer Abkommen vom 28.7.1951 anwendbar ist (Konventionsflüchtlinge), und jenen, die ihm nicht unterstehen. Diese Unterscheidung fällt jedoch innerstaatlich nicht allzu stark ins Gewicht, da den Flüchtlingen schon vor der Unterzeichnung des Abkommens nach der schweizerischen Rechtsordnung die meisten der Rechte zukamen, die ihnen nach

²⁸⁰ Wortlaut: AS 1955, 443 ff.; Genehmigung durch die Schweiz: BB vom 14.12.1954 (AS 1955, 441); vgl. auch AS 1963, 39 und 818 betreffend den Rückzug eines Vorbehalts.

²⁸¹ Wortlaut der Verfassung vom 15.12.1946: AS 1950, 1355; Beitritt durch die Schweiz: BB vom 24.3.1949 (AS 1950, 1353).

²⁸² Vgl. MÜLLER, Grundzüge der Stellung des Flüchtlings im geltenden Völkerrecht, Diss. Fribourg 1952; SCHNYDER, Les aspects juridiques actuels du problème des réfugiés, RC 1965 I S. 339 ff. und das auf S. 447 f. angeführte Schrifttum.

²⁸³ Der Bericht LUDWIG weist verschiedentlich auf die Schwierigkeiten hin, die sich für die Schweiz aus der fehlenden internationalen Unterstützung ergaben.

²⁸⁴ Vgl. dazu BURCKHARDT Komm. S. 635; DÖHRING, Deserteure, in: STRUPP-SCHLOCHAUER, Wörterbuch I, S. 348; KAMMERMAN S. 52 f., 58 ff.; Bericht LUDWIG S. 27 f.; PICTET, Les conventions de Genève du 12 août 1949; La Convention de Genève relative au traitement des prisonniers de guerre; Wyss, Die Rechtsstellung des entwichenen Kriegsgefangenen im neutralen Staat, Diss. Bern 1945.

dem Abkommen einzuräumen sind²⁸⁵, und da in der Gesetzgebung sich die Tendenz abzeichnet, die beiden Gruppen einander landesrechtlich nach Möglichkeit gleichzustellen²⁸⁶. Der Unterscheidung kommt indessen noch wesentliche Bedeutung zu, wenn der Flüchtling sich in andere Signatarstaaten begeben will, in welchem Falle der Konventionsflüchtling erhebliche Erleichterungen genießt²⁸⁷.

3. Als Flüchtling (*réfugié*) im Sinne des Genfer Abkommens gilt laut Art. 1 lit. A jede Person, die nach früheren Vereinbarungen (vom 12. 4. 1926, 30. 6. 1928, 28. 10. 1933, 10. 2. 1938, 14. 9. 1939) oder nach der Verfassung der Internationalen Flüchtlingsorganisation als Flüchtling anerkannt wurde (Ziff. 1) oder die sich

«aus begründeter Furcht vor Verfolgung wegen ihrer Rasse, Religion, Staatszugehörigkeit, Zugehörigkeit zu einer bestimmten sozialen Gruppe oder wegen ihrer politischen Überzeugung außerhalb ihres Heimatlandes befindet und dessen Schutz nicht beanspruchen kann oder wegen dieser Befürchtungen nicht beanspruchen will; oder die sich als Staatenlose infolge solcher Ereignisse außerhalb ihres Wohnsitzstaates befindet und dorthin nicht zurückkehren kann oder wegen der erwähnten Befürchtungen nicht zurückkehren will» (Ziff. 2),

sofern nicht die in Art. 1 lit. C, D, E und F genannten Verwirkungs- und Ausschlußgründe gegeben sind²⁸⁸. Diese Begriffsumschreibung deckt sich im wesentlichen mit der in der landesrechtlichen Praxis entwickelten Abgrenzung, die in Art. 21 Abs. 1 Satz 2 ANAV eingegangen ist²⁸⁹. Im Gegen-

²⁸⁵ Botschaft des Bundesrates vom 9. 7. 1954 zum Beschlussesentwurf über die Genehmigung des Genfer Abkommens (BB1 1954 II 73).

²⁸⁶ Vgl. die Botschaft des Bundesrates von 19. 1. 1962 zum Entwurf eines BB über die Rechtsstellung der Flüchtlinge in der AHV (BB1 1962 I 238/39).

²⁸⁷ Europäisches Übereinkommen vom 20. 4. 1959 über die Aufhebung des Visumszwangs für Flüchtlinge (AS 1967, 851).

²⁸⁸ Vgl. die Erläuterungen bei KANEIN S. 250 ff. mit reicher Kasuistik, ferner SCHNYDER S. 362 ff.

²⁸⁹ Botschaft des Bundesrates vom 9. 7. 1954 (BB1 1954 II 73).

satz zum Landesrecht schränkt Art. 1 lit. A Ziff. 2 des Genfer Abkommens den Begriff in zeitlicher Hinsicht ein: Konventionsflüchtling ist nur, wer

«auf Grund von Ereignissen, die vor dem 1.1.1951 eingetreten sind»,

hat fliehen müssen²⁹⁰. Von dieser Einschränkung werden jene Personen nicht betroffen, die zwar erst heute in einem Vertragsstaat Zuflucht suchen, aber als Folge politischer Ereignisse geflohen sind, die sich vor dem 1.1.1951 abgespielt haben²⁹¹. Die geflüchteten Ungarn konnten demzufolge als Konventionsflüchtlinge anerkannt werden, da der Grund ihrer Flucht in der Auseinandersetzung des ungarischen Volkes mit dem politischen Regime lag, das sich 1948 – also vor dem Stichtag – in Ungarn etabliert hatte²⁹². Nicht Konventionsflüchtlinge sind dagegen wegen dieser zeitlichen Schranke beispielsweise die geflüchteten Tibetaner²⁹³.

Die Flüchtlingseigenschaft ist weder nach dem Genfer Abkommen noch nach Landesrecht unverlierbar. Sie entfällt vielmehr, wenn der Flüchtling sich freiwillig erneut dem Schutz des Heimatstaates unterstellt oder aus freien Stücken dahin zurückkehrt²⁹⁴. Ist ein Ausländer nicht mehr Flüchtling, so bedeutet das lediglich, daß er nicht mehr den Rechtsstatus eines solchen genießt, sondern als gewöhnlicher Ausländer zu betrachten ist. Eine Beendigung seines Anwesen-

²⁹⁰ Die Aufnahme dieser Schranke trug dem Willen der Signatarstaaten Rechnung, keine Verpflichtungen einzugehen, deren Umfang nicht abzusehen war (KANEIN S. 255).

²⁹¹ Botschaft des Bundesrates vom 9.7.1954 (BB1 1954 II 73); KANEIN S. 255.

²⁹² Bericht des Eidg. Justiz- und Polizeidepartements (Anhang zum Bericht LUDWIG S. 415); vgl. ferner die Entscheidungen SJZ 61 S. 379 Nr. 188; ZR 64 Nr. 132. Eine zwiespältige Haltung nimmt in dieser Frage BGE 88 II 330 ein.

²⁹³ Vgl. Botschaft des Bundesrates vom 19.1.1962 (BB1 1962 I 238).

²⁹⁴ So für das Landesrecht: VEBB 22 Nr. 69; das Genfer Abkommen enthält in Art. 1 lit. C eine entsprechende Verwirkungsklausel (vgl. dazu KANEIN S. 264 ff.).

heitsverhältnisses ist damit, wenigstens im Regelfalle, nicht verbunden, da dieses sich nach der ihm erteilten fremdenpolizeilichen Bewilligung (Aufenthalt, Niederlassung oder Toleranz) und nicht nach seinem Sonderstatus als Flüchtling richtet.

4. Weder das allgemeine Völkerrecht²⁹⁵ noch das Genfer Abkommen²⁹⁶ gewähren dem Flüchtling einen Rechtsanspruch auf Aufnahme im Zufluchtsstaat^{296a}. Es hängt vielmehr von der Rechtsordnung dieses Staates ab, ob dem Flüchtling ein solcher Anspruch zustehe oder nicht. Im Gegensatz zum deutschen Grundgesetz (Art. 16 Abs. 2 Satz 2)²⁹⁷ gewährt das schweizerische Recht dem Flüchtling keinen Anspruch auf Asylgewährung²⁹⁸. Dessen ungeachtet wird der Asylgewährung als «Ausdruck der schweizerischen Auffassung von Freiheit und Unabhängigkeit» der Rang einer «staatspolitischen Maxime» zuerkannt²⁹⁹. Für den Flüchtling

²⁹⁵ Vgl. vorne § 2 Ziff. 1 c, ferner DOEHRING, Asylrecht und Staatsschutz, ZaöRV Bd. 26 S. 34.

²⁹⁶ Das allgemein den davon betroffenen Individuen keine subjektiven Rechte gegen die Signatarstaaten einräumt (KANEIN S. 269).

^{296a} SCHNYDER S. 379 ff.

²⁹⁷ VON MANGOLDT-KLEIN, Das Bonner Grundgesetz, 2. Aufl., S. 503; GRÜTZNER S. 583 ff.; DOEHRING S. 36 ff.

²⁹⁸ BURCKHARDT Komm. S. 633; HÄFLIGER, Das Asylrecht nach Völkerrecht und nach dem schweizerischen öffentlichen Recht, Diss. Zürich 1943, S. 44 f.; RUTH S. 122.

²⁹⁹ Wie der Bundesrat im Bericht vom 1. 2. 1957 über die Grundsätze für die Handhabung des Asylrechts in Zeiten erhöhter internationaler Spannungen und eines Krieges (Anhang zum Bericht LUDWIG, S. 404) in Anlehnung an BURCKHARDT (Komm. S. 633 mit Verweisungen) feststellt. Unbefriedigend ist, daß diese «Staatsmaxime» in der Gesetzgebung keinen ihrer Bedeutung angemessenen Ausdruck gefunden hat: Die BV spricht sich in Art. 69^{ter} Abs. 2 lit. d lediglich über die Zuständigkeit des Bundes auf dem Gebiet des Asylwesens aus; das ANAG befaßt sich in Art. 21 mit Kompetenz- und Verfahrensfragen und begnügt sich im übrigen mit einer ganz allgemein gehaltenen Umschreibung des Tatbestandes; die ANAV enthält in Art. 21 weitere Kompetenz- und Delegationsbestimmung-

entspringt daraus zwar, wie erwähnt, kein Rechtsanspruch, aber doch eine gewisse «Erwartung», daß ihm das Asyl gewährt werde, wenn er bestimmte, von der Gesetzgebung und Praxis aufgestellte Voraussetzungen erfüllt^{299a}.

5. Die Asylgewährung ist nicht ein Akt der ideologischen Solidarität, sondern der Humanität³⁰⁰: Das Asyl kann demnach nicht nur dem Flüchtling zuteil werden, der sich zu den Anschauungen bekennt, die dem schweizerischen Staatswesen zugrunde liegen, sondern grundsätzlich jedem, der, welches auch immer sein politischer oder weltanschaulicher Standort sei, aus rein menschlichen Gründen unser Mitgefühl verdient^{300a}. Diese Voraussetzung entfällt, wenn der Flüchtling, wie Art. 21 Abs. 1 Satz 3 ANAV besagt, «wegen verwerflicher Handlungen des Asyls unwürdig erscheint», was nach der Praxis namentlich zutrifft, wenn der Ausländer vor seiner Flucht in den Aufnahmestaat ein schweres gemeinsames Verbrechen oder ein «Verbrechen gegen den Frieden, ein Kriegsverbrechen oder ein Verbrechen gegen die Menschlichkeit» begangen hat, also im wesentlichen in den gleichen Fällen, in denen er nach Art. 1 lit. F des Genfer Abkommens nicht als Konventionsflüchtling anerkannt werden kann³⁰¹. Neben die Schranken, die der Asylgewährung dergestalt aus

gen, jedoch nur vereinzelte materielle Vorschriften. Vgl. damit die eingehende Regelung, die das Asylrecht in Art. 28–46 des deutschen Ausländergesetzes gefunden hat (KANEIN S. 185 ff.).

^{299a} HAEFLIGER S. 45.

³⁰⁰ Es sei an die Worte des ersten Bundespräsidenten JONAS FURRER erinnert: «Die Regeln der Humanität machen es dem freiheitlichen Staat zur Pflicht, den politischen Flüchtlingen gegenüber, die die Gesetze des Landes halten, möglichst weitherzig zu sein.» (Zitiert nach StenBull 1948 NatR 237/38.)

^{300a} Vgl. VEBB 17 Nr. 47 S. 119.

³⁰¹ In diesem Sinne wurden 1945 Angehörige der SA und der SS, Funktionäre totalitärer Parteien, Darnand-Milizen, Kollaborationisten usw. zurückgewiesen; eine Ausnahme wurde nur gemacht, wenn im Einzelfall festgestellt werden konnte, daß die dem Flüchtenden drohenden Maßnahmen, gemessen an seinem Verschulden, nach schweizerischer Auffassung allzu hart ausgefallen wären (Bericht LUDWIG S. 324).

dem Gedanken der Selbsterhaltung der Humanität erwachsen, treten jene, welche die Wahrung der nationalen Belange zum Ziele haben: Nach Art. 21 Abs. 1 ANAV sind Flüchtlinge aufzunehmen, «soweit nicht zwingende öffentliche Interessen entgegenstehen» (Satz 2) und soweit sie nicht «durch ihre bisherige Tätigkeit oder ihre Haltung die schweizerischen Interessen verletzt haben oder gefährden» (Satz 3). Die erste dieser Einschränkungen ist objektiver, die zweite subjektiver Natur: Im ersten Falle stehen die Verhältnisse des Gastlandes der Aufnahme entgegen³⁰², im zweiten wird dem Flüchtling aus in seiner Person liegenden Gründen das Asyl versagt³⁰³.

6. In verfahrensrechtlicher Hinsicht ist zwischen der Aufnahme eines Flüchtlings, der Anerkennung seiner Flüchtlingseigenschaft und der Regelung seines Anwesenheitsverhältnisses zu unterscheiden.

a) Gemäß Art. 21 ANAG kann der Bundesrat einem Ausländer, der glaubhaft macht, er suche Zuflucht vor politischer Verfolgung, und dem «eine Bewilligung verweigert wurde», Asyl gewähren, indem er einen Kanton verpflichtet, ihn aufzunehmen. Das Gesetz geht damit von der Vorstellung aus, der Flüchtling reise ordnungsgemäß ein und stelle zunächst auf dem ordentlichen Wege ein Gesuch um Erteilung einer fremdenpolizeilichen Anwesenheitsbewilligung (Aufenthalt, Toleranz); werde dieses abgewiesen, so könne er sich unter Berufung auf seine Flüchtlingseigenschaft mit der «Asylbeschwerde»³⁰⁴ an den Bundesrat wen-

³⁰² Dieser Verweigerungsgrund ist in den vom Bundesrat im Bericht vom 1.2.1957 aufgestellten «Grundsätzen für die Handhabung des Asylrechts in Zeiten erhöhter internationaler Spannungen und eines Krieges» (Anhang zum Bericht LUDWIG S. 404) in maßvoller Weise umschrieben worden.

³⁰³ Unter den «schweizerischen Interessen», die der Flüchtling nach Art. 21 Abs. 1 Satz 3 ANAV nicht verletzt haben oder gefährden darf, ist die «innere oder äußere Sicherheit der Eidgenossenschaft» zu verstehen, deren Schutz der Gegenstand des Art. 70 BV bildet (vgl. vorne § 25 Ziff. 3). Anwendungsfall: VEBB 17 Nr. 47.

³⁰⁴ RUTH S. 121.

den, um von ihm das Asyl zu erlangen. Diese Vorstellung wird der Wirklichkeit in den meisten Fällen nicht mehr gerecht. Zumal in Zeiten erhöhter internationaler Spannungen und des Krieges verfügen viele Flüchtlinge nicht einmal über die für die Einreise erforderlichen Ausweise, geschweige denn, daß sie die Voraussetzungen erfüllen würden, die ordentlicherweise bei der Erteilung einer fremdenpolizeilichen Bewilligung gegeben sein müssen. Schon aus diesem Grunde, aber auch der Sicherheit des Landes wegen, ist es notwendig, daß die Bundesbehörde sich nicht erst nachträglich, sondern von Anfang an mit dem Flüchtling befasse. Art. 21 ANAV trägt dem Rechnung, indem er sich in Abs. 1 zunächst mit der Aufnahme des Flüchtlings befaßt, hierauf in Abs. 2 die Regelung des Anwesenheitsverhältnisses vorbehält und anschließend in Abs. 3 und 4 die Stellung des Flüchtlings nach der Aufnahme regelt.

b) Nach Art. 21 Abs. 1 Satz 1 ANAV kann das Eidg. Justiz- und Polizeidepartement Richtlinien über die Aufnahme oder Rückweisung von Flüchtlingen erlassen. Die Aufnahme und Betreuung der Flüchtlinge fällt im übrigen in den Geschäftskreis der Polizeiabteilung³⁰⁵. Der Entscheid über die Aufnahme eines Flüchtlings ergeht nach Art. 21 Abs. 1 Satz 2 und 3 ANAV und den dazu erlassenen Richtlinien des Departements. Soweit nicht die Verweigerungsgründe der persönlichen Unwürdigkeit oder der Verletzung oder Gefährdung schweizerischer Interessen gegeben sind³⁰⁶, sind danach Ausländer, die aus politischen oder andern Gründen an Leib und Leben gefährdet sind und die «keinen andern Ausweg als die Flucht nach der Schweiz haben», um sich dieser Gefahr zu entziehen, «auf jeden Fall» als Flüchtlinge aufzunehmen. Die Polizeiabteilung hat dar-

³⁰⁵ BG vom 26. 3. 1914 über die Organisation der Bundesverwaltung, Art. 31 Ziff. III/5 in der Fassung gemäß dem BG vom 17. 12. 1958 über Änderungen der Organisation des Eidg. Justiz- und Polizeidepartements, Art. 3 (AS 1959, 300).

³⁰⁶ Vgl. vorne Ziff. 5.

aus gefolgert, daß zwischen der Gefährdung von Leib und Leben des Ausländers, seiner Flucht und dem Asylgesuch ein zeitlicher Zusammenhang bestehen müsse³⁰⁷. Nach Art. 21 Abs. 1 Satz 2 ANAV fällt daneben auch der örtliche Zusammenhang in Betracht, setzt diese Vorschrift doch ihrem Wortlaute nach voraus, daß dem Ausländer einzig der Weg in die Schweiz offen stand, um sich der Gefahr zu entziehen. Dieser zeitliche und örtliche Zusammenhang ist jedoch kein unabdingbares Erfordernis für die Aufnahme als Flüchtling. Art. 21 Abs. 1 Satz 2 ANAV trifft keine abschließende Regelung: Neben dem darin genannten Tatbestand, bei dessen Vorliegen die Ausländer «auf jeden Fall» aufzunehmen sind, gibt es Umstände, worunter sie von Fall zu Fall aufgenommen werden können. Das trifft zu, wenn der Flüchtling sich zwar auch einem andern Land hätte zuwenden können oder er bereits eine Zeit lang dort verweilte, seine Aufnahme aber dennoch einem Gebot der Humanität oder der internationalen Zusammenarbeit auf dem Gebiet des Flüchtlingswesens entspricht³⁰⁸.

c) Nach dem deutschen Ausländergesetz hat sich der Flüchtling einem Anerkennungsverfahren zu unterziehen, worin das Bundesamt für die Anerkennung ausländischer Flüchtlinge über seine Asylberechtigung befindet (§ 29). Die Anerkennung bindet die Behörden; sie kann nur vom Bundesamt selber unter bestimmten Voraussetzungen widerrufen werden (§ 37); außerdem kann das Bundesverfassungs-

³⁰⁷ VEBB 28 Nr. 68.

³⁰⁸ Als Beispiel seien die ungarischen Flüchtlinge erwähnt. Einmal in Österreich, waren sie in Sicherheit; die Einreise in die Schweiz war für sie somit nicht der einzige «Ausweg . . . , um sich der Gefahr zu entziehen», ganz abgesehen davon, daß sie auch in andere Länder hätten weiterreisen können. Wäre die Schweiz nicht gleichwohl eingesprungen und hätten nicht andere Drittländer ein Gleiches getan, so wäre Österreich nicht in der Lage gewesen, seine Aufgabe als erstes Aufnahmeland zu erfüllen und Tausenden einen Ausweg aus unmittelbarer Gefahr zu bieten. – Der Gedanke der internationalen Solidarität spielt auch bei der Aufnahme der tibetanischen Flüchtlinge eine Rolle.

gericht das Asylrecht als verwirkt erklären³⁰⁹. Das schweizerische Recht kennt im Gegensatz dazu keine allgemeine Pflicht des Flüchtlings, sich auf ein besonderes Anerkennungsverfahren einzulassen; wird er als Flüchtling anerkannt, so kommt diesem Entscheid zudem nur eine beschränkte Bedeutung zu. Verfügt die Polizeiabteilung auf Grund von Art. 21 Abs. 1 ANAV die Aufnahme des Flüchtlings, sichert sie einen Beitrag des Bundes an die Unterstützung des Flüchtlings gemäß BB vom 26.4.1951/11.3.1960³¹⁰ zu oder stellt sie³¹¹ ihm im Sinne von Art. 27 und 28 des Genfer Abkommens³¹² einen Identitäts- oder Reiseausweis aus, so schließt das die Anerkennung seiner Flüchtlingseigenschaft in sich. Der Entscheid der Polizeiabteilung bindet jedoch die andern Behörden nicht; diese können vielmehr die Flüchtlingseigenschaft des Ausländers erneut in Frage stellen und überprüfen³¹³. Für den Flüchtling ergibt sich daraus eine Rechtsunsicherheit, die jedoch durch ein gut ausgebautes Rechtsmittelsystem gemildert wird: Die Verweigerung einer fremdenpolizeilichen Bewilligung kann der Flüchtling gestützt auf Art. 21 ANAG bis an den Bundesrat

³⁰⁹ KANEIN S. 193, 270.

³¹⁰ Vgl. hinten Ziff. 7 c.

³¹¹ Gestützt auf Art. 31 Ziff. III/11 des BG vom 26.3.1914 über die Organisation der Bundesverwaltung in der Fassung gemäß Art. 3 des BG vom 17.12.1958 über Änderungen der Organisation des Eidg. Justiz- und Polizeidepartements (AS 1959, 300).

³¹² AS 1955, 454.

³¹³ So kann die eidg. Fremdenpolizei die Zustimmung zur Erteilung der Aufenthaltsbewilligung verweigern, obschon die Polizeiabteilung für den betreffenden Ausländer einen Bundesbeitrag im Sinne des BB vom 26.4.1951/11.3.1960 über die Unterstützung der Flüchtlinge zugesichert hat (VEBB 28 Nr. 69); ebenso können die Zivilgerichte, denen ein Antrag auf Befreiung von der Kostensicherungspflicht gemäß Art. 16 des Genfer Abkommens unterbreitet wurde oder die sich im Lichte von Art. 12 des Abkommens über das anwendbare Recht auszusprechen haben, die Flüchtlingseigenschaft eines Ausländers, der von der Polizeiabteilung als Flüchtling aufgenommen wurde, überprüfen.

weiterziehen; wegen behaupteter Verletzung des Genfer Abkommens kann er gemäß Art. 124 und Art. 125 Abs. 1 lit. c OG Beschwerde an diese Instanz führen³¹⁴.

d) Hat der Flüchtling im Lande Aufnahme gefunden, so muß sein Anwesenheitsverhältnis geregelt werden. Art. 21 Abs. 2 ANAV verweist hierfür auf die «Bestimmungen des Gesetzes», d.h. auf die ordentlichen fremdenpolizeilichen Vorschriften. Der Flüchtling hat demgemäß wie jeder andere Ausländer zunächst um eine Aufenthalts- oder Toleranzbewilligung nachzusuchen; nach entsprechend langer Anwesenheit und bei Erfüllung der weiteren gesetzlichen Voraussetzungen kann ihm auch die Niederlassungsbewilligung zuteil werden³¹⁵.

So wenig der Flüchtling, möge er dem Genfer Abkommen unterstellt sein oder nicht, ein subjektives Recht auf Aufnahme in die Schweiz hat³¹⁶, so wenig hat er einen Anspruch auf Erteilung einer fremdenpolizeilichen Bewilligung³¹⁷. Die Bedingungen für die Erteilung einer solchen sind für den Ausländer, der von der Polizeiabteilung als Flüchtling anerkannt worden ist, die gleichen wie für alle andern Ausländer. Erfüllt er die gesetzlichen Voraussetzungen, so zieht das nicht eo ipso die Verleihung der Bewilligung nach sich; es steht vielmehr in diesem wie in allen andern Fällen im «freien Ermessen» (Art. 4 ANAG) der Behörde, ob sie die Bewilligung erteilen will oder nicht. Das schließt die Möglichkeit in sich, daß die kantonalen Fremdenpolizeibehörden zu einem andern Ergebnis gelangen als die Polizeiabtei-

³¹⁴ VEBB 26 Nr. 81; BGE 91 I 48/49.

³¹⁵ Um das zu ermöglichen, sieht Art. 6 Abs. 2 ANAG in der Fassung von 1948 vor, daß die Niederlassung auch einem Ausländer ohne anerkanntes und gültiges Ausweispapier bewilligt werden kann. Vgl. dazu die Übergangsbestimmung von Art. 24 Abs. 2 ANAV, die auf Flüchtlinge zugeschnitten ist (Botschaft des Bundesrates vom 8.3.1948 über die Abänderung und Ergänzung des ANAG, BBl 1948 I 1296).

³¹⁶ Vgl. vorne Ziff. 4.

³¹⁷ Vgl. VEBB 26 Nr. 81, welchem Entscheid trotz fragwürdiger Begründung im Ergebnis zuzustimmen ist.

lung³¹⁸. Die von der Bundesbehörde ausgesprochene Aufnahme des Flüchtlings darf durch diese Ordnung nicht illusorisch werden. Art. 21 ANAG behält daher dem Bundesrat die Befugnis vor, (auf Beschwerde des Flüchtlings oder auf Antrag des Eidg. Justiz- und Polizeidepartements) den Kanton zur Erteilung einer Bewilligung zu verhalten³¹⁹. In der Praxis können diese Schwierigkeiten aber in der Regel vermieden werden, indem die Polizeiabteilung die von ihr aufgenommenen Flüchtlinge nach Rücksprache mit den Kantonen auf diese verteilt.

7. Die Rechtsstellung des Flüchtlings ist grundsätzlich die gleiche wie die der andern Ausländer, die über die selbe fremdenpolizeiliche Anwesenheitsbewilligung (Aufenthalt, Niederlassung, Toleranz) verfügen. Diese Regel wird jedoch durch einige Ausnahmen durchbrochen, die sich teils zugunsten, teils zulasten des Flüchtlings auswirken.

a) Art. 21 Abs. 3 ANAV untersagt den Flüchtlingen – nicht dagegen den andern Ausländern – «grundsätzlich jede politische Tätigkeit in der Schweiz»³²⁰. Diesem Verbot wird dadurch Nachdruck verliehen, daß Art. 21 Abs. 4 ANAV die Flüchtlinge, soweit das zum Schutze der innern oder äußern Sicherheit des Landes als notwendig erscheint, der Überwachung durch die Bundesanwaltschaft unterstellt. Diese Behörde kann Anordnungen über den Aufenthaltsort, die Unterkunft und die Tätigkeit des Flüchtlings treffen, welche auch die Fremdenpolizei binden.

³¹⁸ So beriefen sich die Kantone im zweiten Weltkrieg gegenüber den Bundesbehörden immer wieder auf ihre beschränkten Aufnahmemöglichkeiten (vgl. Bericht LUDWIG S. 211).

³¹⁹ Näheres bei RUTH S. 122.

³²⁰ Daß die Bestimmung den Flüchtlingen nicht schlechthin «jede politische Tätigkeit», sondern nur «grundsätzlich» jede solche Aktivität verbietet, läßt die Möglichkeit von Ausnahmen offen. Ein Verbot jeglicher politischer Tätigkeit wäre in dieser Allgemeinheit in der Tat mit dem verfassungsmäßigen Grundsatz der Verhältnismäßigkeit unvereinbar (vgl. OVG Münster, Beschluß vom 27. 7. 1965, Deutsches Verwaltungsblatt 81 S. 118).

b) Dieser Einschränkung stehen, insbesondere für den Konventionsflüchtling, zahlreiche Vergünstigungen gegenüber. Das Genfer Abkommen³²¹ unterwirft in Art.12 den «statut personnel»³²² jedes Konventionsflüchtlings, gleichgültig ob er staatenlos sei oder nicht, dem Recht des Wohnsitzstaates, oder, wenn er keinen Wohnsitz hat, dem Recht des Aufenthaltsstaates; es weicht damit für Konventionsflüchtlinge, die eine Staatsangehörigkeit besitzen, von den Regeln des schweizerischen internationalen Privatrechts ab, soweit diese das heimatliche Recht des Ausländers als anwendbar erklären. Das erleichtert es dem Flüchtling, gewisse Rechtshandlungen vorzunehmen und seine Rechte zu verfolgen³²³. Dem letztgenannten Zweck dient auch Art.16 des Abkommens, der in Ziff.2 dem im Lande lebenden Flüchtling gleichen Zutritt zu den Gerichten (einschließlich des Armenrechts und der Befreiung von der Kostenversicherung) gewährt wie den eigenen Staatsangehörigen und der in Ziff.3 den in einem andern Vertragsstaat wohnenden Flüchtling den Angehörigen jenes Staates gleichstellt³²⁴. Art.32 des Abkommens schützt den Konventionsflüchtling vor der Ausweisung, es sei denn, diese sei aus Gründen der Staatssicherheit oder der öffentlichen Ordnung angeordnet worden³²⁵. Diese Bestimmung steht einer strafrechtlichen

³²¹ Vgl. die eingehenden Erläuterungen bei KANEIN (S.251 ff.); ferner SCHNYDER S.382 ff.

³²² Die schweizerische Übersetzung spricht in mißverständlicher Weise von der «personenrechtlichen Stellung», die bundesdeutsche richtiger vom «Personalstatut»; denn der «statut personnel» ist nicht nur im Personenrecht, sondern namentlich auch im Familienrecht (Eheschließung, Scheidung, Ehelichkeit, Kindesannahme usw.) von Bedeutung (Botschaft des Bundesrates vom 9.7.1954 zum Beschlussesentwurf über die Genehmigung des Genfer Abkommens, BBl 1954 II 75/76; vgl. auch BGE 88 II 329, 92 I 385; SJZ 58 S.11 Nr.15; ZR 64 Nr.132).

³²³ BBl 1954 II 71.

³²⁴ Anwendungsfall: BGE 83 I 22 Erw.4.

³²⁵ Art.32 des Abkommens hindert einen Kanton dagegen nicht, dem Flüchtling im Falle der Verweigerung einer Anwesenheits-

Auslieferung nicht entgegen³²⁶, doch ist dabei das in Art. 33 enthaltene Verbot der Ausweisung und Zurückweisung in den Verfolgungsstaat zu beachten³²⁷. Nach Art. 27 und 28 des Abkommens sind den Flüchtlingen Identitäts- und Reiseausweise auszustellen. Diese gewähren dem Inhaber aber keinen Anspruch auf diplomatischen oder konsularischen Schutz durch den Ausstellerstaat³²⁸. Auf Grund von Art. 35 des Abkommens hat jedoch der Hochkommissar der Vereinten Nationen für die Flüchtlinge die Möglichkeit, sich für einen Flüchtling einzusetzen³²⁹. Abgesehen von einigen praktisch weniger ins Gewicht fallenden Bestimmungen³³⁰ erschöpft sich das Abkommen im übrigen in der Aufzählung von Rechten, die dem Flüchtling in der Schweiz ohnehin schon landesrechtlich gewährleistet sind.

c) Das landesrechtliche Flüchtlingsrecht, das für die Konventionsflüchtlinge wie für die übrigen Flüchtlinge gilt, räumt ihnen namentlich auf dem Gebiete der Fürsorge und der Sozialversicherung eine Ausnahmestellung gegenüber den andern Ausländern ein. Nach dem BB vom 26.4.1951/11.3.1960 über Beiträge des Bundes an die Unterstützung von Flüchtlingen³³¹ beteiligt sich der Bund an der Unterstützung mittelloser Flüchtlinge, indem er privaten Flüchtlingshilfeorganisationen sowie Kantonen und Gemeinden

bewilligung eine Frist zum Verlassen des Kantonsgebiets anzusetzen (VEBB 26 Nr. 81).

³²⁶ Vgl. BGE 92 I 384 Erw. 1; eine Auslieferung des Flüchtlings ist auch nach Landesrecht zulässig (SCHULTZ S. 26 ff.).

³²⁷ Dieses Verbot gilt in der Schweiz schon kraft Landesrechts (vgl. Art. 10 Abs. 2 ANAG hinsichtlich der Ausweisung).

³²⁸ § 16 des Anhanges I zum Genfer Abkommen (AS 1955, 462); vgl. BGE 92 I 385/86.

³²⁹ BBl 1954 II 72; ferner SCHNYDER S. 406 ff.

³³⁰ So Art. 29, wonach von den Flüchtlingen keine andern und höhern Steuern, Gebühren und Abgaben erhoben werden dürfen als von den eigenen Staatsangehörigen.

³³¹ Nicht veröffentlicht; die Botschaften des Bundesrates vom 15.12.1950 bzw. 29.12.1959 sind in BBl 1950 III 712 und 1960 I 1 erschienen.

Beiträge ausrichtet, die in erster Linie zur Deckung der Unterhaltskosten, sodann zur Förderung der Wiederausreise und der beruflichen Bildung der Flüchtlinge dienen; die Kosten der Unterkunft und Verpflegung neu eingereister Flüchtlinge, über deren Aufnahme noch nicht entschieden ist, trägt der Bund. In diesem Zusammenhang sind ferner die verschiedenen Aktionen für «hard core»-Flüchtlinge zu erwähnen, die der Bundesrat im Einvernehmen mit dem Hochkommissar der Vereinten Nationen für die Flüchtlinge organisiert hat. Neben die Hilfsmaßnahmen des Bundes treten jene der Kantone³³². Auf dem Gebiete der Sozialversicherung stellt der im Hinblick auf Art. 24 des Genfer Abkommens gefaßte, aber auf alle Flüchtlinge anwendbare BB vom 4.10.1962 über die Rechtsstellung der Flüchtlinge in der Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenversicherung³³³ die Flüchtlinge in diesen Versicherungszweigen den Schweizerbürgern gleich. Daneben streben verschiedene Erlasse eine Erleichterung der Berufsausübung und der wirtschaftlichen Existenz des Flüchtlings an³³⁴.

³³² Vgl. z.B. für Zürich: Gesetz vom 19.12.1948 über die Unterstützung von Ausländern mit Dauerasyl (ZG 3, 764); Kantonsratsbeschluß vom 17.11.1958 über die Gewährung von Ausbildungsunterstützungen an ungarische Flüchtlinge (ZG 4, 379).

³³³ AS 1963, 37.

³³⁴ So werden die von der Polizeiabteilung anerkannten Flüchtlinge bei der Berechnung des Ausländerbestandes eines Unternehmens gemäß BRB vom 26.2.1965/1.3.1966/10.2.1967 nicht mitgezählt (Vollziehungsverfügung des Eidg. Volkswirtschaftsdepartements vom 4.3.1965, Art. 2; AS 1965, 151). Auch steht den Flüchtlingen der Zugang zu gewissen Prüfungen offen, die sonst den Schweizerbürgern vorbehalten sind: vgl. u.a. BRB vom 24.6.1960 über die Zulassung ungarischer Flüchtlinge zu den eidg. Medizinalprüfungen, BRB vom 26.5.1961 über die Zulassung anerkannter Flüchtlinge zu den eidg. Medizinalprüfungen, Verfügung des Eidg. Departements des Innern vom 2.10.1961 über die Durchführung von abgekürzten Fachprüfungen für Medizinalpersonen (die genannten Erlasse sind nicht veröffentlicht).

§ 29. Die *Liechtensteiner*³³⁵

1. Die engen Beziehungen, die der Zollanschlußvertrag vom 29.3.1923 zwischen der Schweiz und dem Fürstentum Liechtenstein³³⁶ geschaffen hat und die zu einer umfassenden Zusammenarbeit auf dem Gebiete der Wirtschaft, der Daseinsvorsorge und der Polizei geführt haben, haben auch im Bereich der Fremdenpolizei ihren Niederschlag gefunden. Ausdruck davon sind die Vereinbarungen vom 6.11.1963 über die fremdenpolizeiliche Rechtsstellung der beiderseitigen Staatsangehörigen im andern Vertragsstaat³³⁷ sowie über die Handhabung der Fremdenpolizei für Drittausländer im Fürstentum Liechtenstein und über fremdenpolizeiliche Zusammenarbeit³³⁸, wonach das schweizerische Fremdenpolizeirecht, vorbehaltlich gewisser Ausnahmen, im Fürstentum Liechtenstein anwendbar ist³³⁹.

2. Die erstgenannte Vereinbarung räumt den beiderseitigen Staatsangehörigen nach verschiedenen Richtungen hin eine bessere Stellung ein, als sie den übrigen Ausländern zukommt. Wesentlich ist dabei vor allem, daß der Liechtensteiner in der Schweiz (und der Schweizer in Liechtenstein) bei Vorliegen der entsprechenden Voraussetzungen einen «Anspruch» auf Erteilung der fremdenpolizeilichen Be-

³³⁵ Vgl. THEVENAZ, Liechtenstein, Abkommen mit der Schweiz, SJK 731, und das dort angeführte Schrifttum.

³³⁶ BS 11, 160.

³³⁷ AS 1964, 1.

³³⁸ AS 1964, 5.

³³⁹ Eine Sonderregelung zugunsten der im Zollanschlußgebiet wohnenden Angehörigen des Vertragsstaates sehen auch die Art. 16–23 des (noch nicht in Kraft stehenden) Vertrages vom 23.11.1964 zwischen der Schweiz und der Bundesrepublik Deutschland über die Einbeziehung der Gemeinde Büsingen in das schweizerische Zollgebiet (BBl 1965 II 1183) vor; vgl. dazu BRINTZINGER, Untersuchungen über die rechtliche Stellung der Enklave Büsingen, Diss. Basel 1957.

willigung hat³⁴⁰. Auf Gesuch hin erhalten «unbescholtene» Liechtensteiner und Schweizer im andern Land ohne weiteres eine Aufenthaltsbewilligung, auch zur Ausübung einer Erwerbstätigkeit (Art. 3 Abs. 1 der Vereinbarung). Sie sind von der Pflicht zur vorgängigen Einholung der Zusicherung der Aufenthaltsbewilligung zum Stellenantritt gemäß BRB vom 19.1.1965³⁴¹ befreit³⁴². Die Aufenthaltsbewilligung kann einzig dann verweigert werden, wenn der Gesuchsteller «bescholten» ist, was namentlich zutrifft, wenn er schlecht beleumdet oder vorbestraft ist oder er «grob oder wiederholt gegen fremdenpolizeiliche oder andere gesetzliche Vorschriften oder behördliche Verfügungen verstoßen» hat; wegen Überfremdung oder der Lage auf dem Arbeitsmarkt darf die Aufenthaltsbewilligung dagegen nicht versagt werden (Art. 3 Abs. 3 der Vereinbarung)³⁴³. In folgerichtiger Weise fallen die Liechtensteiner bei der Berechnung des Ausländerbestandes eines Unternehmens gemäß BRB vom 26.2.1965/1.3.1966/10.2.1967³⁴⁴ außer Betracht. Der Inhaber einer Aufenthaltsbewilligung darf gleich den eigenen Staatsangehörigen die öffentliche Arbeitsvermittlung in Anspruch nehmen; er darf jedoch eine Stelle nur mit Bewilligung der zuständigen Behörde antreten oder wechseln (Art. 5 der Vereinbarung)³⁴⁵. Die Niederlassungsbewilligung

³⁴⁰ Was Art. 3 Abs. 3 der Vereinbarung ausdrücklich festhält. Die Erteilung der Bewilligung ist also nicht wie sonst ins «freie Ermessen» (Art. 4 ANAG) der Behörde gestellt.

³⁴¹ AS 1965, 58.

³⁴² BBl 1965 I 341.

³⁴³ Um zu verhindern, daß Drittausländer die schweizerischen fremdenpolizeilichen Vorschriften durch den Erwerb der liechtensteinischen Staatsangehörigkeit umgehen können, macht Art. 3 Abs. 2 die erleichterte Erteilung der Aufenthaltsbewilligung an eingebürgerte Liechtensteiner vom Ablauf gewisser Karenzfristen abhängig.

³⁴⁴ Vollziehungsverfügung des Eidg. Volkswirtschaftsdepartements vom 4.3.1965, Art. 2 (AS 1965, 151).

³⁴⁵ Im Lichte von Art. 3 Abs. 3 der Vereinbarung erschöpft sich die Kontrolle, welche die Behörde bei der Erteilung einer solchen

wird den beiderseitigen Staatsangehörigen schon nach 5 Jahren zuteil (Art. 6 der Vereinbarung)³⁴⁶.

3. Entsprechend den engen Beziehungen zwischen den beiden Ländern kommt dem Liechtensteiner auch im übrigen Fremdenrecht manche Erleichterung zu. So ist er in der Sozialversicherung³⁴⁷ und im beruflichen Bildungswesen³⁴⁸, soweit diese Gebiet eidgenössisch geregelt sind, aber auch in verschiedener anderer Hinsicht³⁴⁹ dem Schweizerbürger gleichgestellt. Es handelt sich dabei zur Hauptsache um Bereiche, die nur den natürlichen Personen offen stehen. Einer Gleichstellung auf den Gebieten, worauf sich auch juristische Personen betätigen können, steht vielfach die begründete Furcht vor Umgehungsgeschäften entgegen, da das liechtensteinische Recht es Drittausländern leicht macht, ihre Interessen in liechtensteinische juristische Personen einzubringen, ohne daß das nach außen hin in Erscheinung tritt.

Bewilligung auszuüben hat, in der Feststellung, daß der Angehörige des andern Staates über eine gültige, auch für die Ausübung der Erwerbstätigkeit ausgestellte Aufenthaltsbewilligung verfügt.

³⁴⁶ Es ist anzunehmen, daß die in Art. 3 Abs. 2 der Vereinbarung umschriebenen Vorbehalte auch in diesem Punkte gelten.

³⁴⁷ Abkommen vom 31.12.1932 über die Gleichbehandlung in der sozialen Unfallversicherung (BS 11, 184); Abkommen vom 3.9.1965 über die Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenversicherung (AS 1966, 1227).

³⁴⁸ BRB vom 28.1.1944 über die Zulassung liechtensteinischer Bürger zu den eidg. Medizinalprüfungen (BS 4, 342; vgl. dazu VEBB 17 Nr. 61); BRB vom 17.9.1954 über die Teilnahme an den höheren Fachprüfungen gemäß dem BG über die berufliche Ausbildung (AS 1954, 993); beide Examen werden im Fürstentum Liechtenstein anerkannt (Landes-Gesetzesblatt 1944 Nr. 2 bzw. 1954 Nr. 13). Das Diplom, das der liechtensteinische Kandidat nach der Prüfung erhält, ist indessen ein liechtensteinisches Diplom. Es berechtigt den Inhaber nur zur Berufsausübung im Fürstentum Liechtenstein (BRB vom 28.1.1944, Art. 5; VEBB 17 Nr. 61).

³⁴⁹ Vgl. z.B. Art. 26 des Zollanschlußvertrages (BS 11, 166) betreffend die Anstellung im Zolldienst; Art. 2 Abs. 3 des BRB vom 21.12.1965 über die Anlage ausländischer Gelder (AS 1966, 1).

4. Abschnitt:

Der Rechtsschutz im Fremdenpolizeirecht

§ 30. *Verfahrensregeln*

1. Die Rechtsordnung schützt den Einzelnen in verschiedener Weise vor fehlerhaften Verwaltungsakten: präventiv durch die Aufstellung von Organisations- und Verfahrensregeln, aus der Überlegung heraus, daß die Beurteilung durch die zuständige Behörde und die Einhaltung bestimmter Formen, die unmittelbar oder mittelbar dem Grundsatz des rechtlichen Gehörs entspringen, schon an und für sich eine gewisse Gewähr für die inhaltliche Richtigkeit der zu treffenden Verfügung schafft³⁵⁰, repressiv durch die Verwaltungsrechtspflege, die der Behebung unterlaufener Fehler dient, ferner präventiv und teilweise auch repressiv durch die Aufsicht von seiten oberer Verwaltungsbehörden. Innerhalb dieses Systems kommt den Verfahrensregeln eine Bedeutung zu, die nicht unterschätzt werden darf. Da Vorbeugen auch auf diesem Gebiete besser ist als Heilen, ist der Schutz, der dem Einzelnen durch die rechtsstaatliche Ausgestaltung des Verfahrens zuteil wird, oft praktisch wirksamer als die nachträgliche verwaltungsgerichtliche Kontrolle³⁵¹.

2. Das ANAG gebietet in Art. 18 Abs. 6, daß Gesuche (um Bewilligung) von den Behörden des Bundes und der Kantone «mit Beförderung» zu erledigen sind. Es schreibt in Art. 19 Abs. 2 Satz 1 vor, daß die ablehnenden Entscheide über Aufenthalt, Niederlassung und Toleranz sowie Ausweisungs-, Entzugs- und Widerrufsverfügungen schriftlich zu begründen sind; wo ein Rekurs offen steht, ist im Entscheid auf die Rekursfrist und die Rekursbehörde hinzuweisen. Diese Bestimmung gilt nicht nur für die kantonalen, sondern auch für die eidgenössischen Behörden (Art. 20

³⁵⁰ Vgl. ZBl 1964, 216 Erw. 3 a.

³⁵¹ Vgl. EHMKE, «Ermessen» und «unbestimmter Rechtsbegriff» im Verwaltungsrecht, S. 50.

Abs. 3 ANAG)³⁵². Die ANAV fügt in Art. 20 Abs. 1 bei, daß Ausweisungs-, Entzugs- und Widerrufsverfügungen «einläßlich» zu begründen sind³⁵³.

3. Abgesehen von vereinzelt, für den Rechtsschutz des Ausländers zumeist nicht wesentlichen Ausnahmen³⁵⁴ beziehen sich die weiteren Verfahrensvorschriften des ANAG und der ANAV nur auf das Rekursverfahren³⁵⁵. Im übrigen richtet sich das erstinstanzliche Verfahren vor den kantonalen Behörden nach dem kantonalen Verfahrensrecht, während die eidgenössischen Behörden sich an die (einstweilen zur Hauptsache noch ungeschriebenen) Regeln des Bundesverwaltungsrechts zu halten haben. In die verbleibenden Lücken treten die von der Rechtsprechung unmittelbar aus Art. 4 BV abgeleiteten Grundsätze des rechtlichen Gehörs³⁵⁶, die der Partei auch in einem Verwaltungsverfahren der vorliegenden Art gewisse Rechte, wie namentlich das der Akten-

³⁵² Für letztere namentlich auch soweit sie sich über die Zustimmung zu einer Bewilligung (Art. 18 Abs. 3 ANAG) und über die Ausdehnung einer Wegweisung (Art. 12 Abs. 3 Satz 4 ANAG) auszusprechen haben.

³⁵³ Das bedeutet, daß die Erwägungen solcher Verfügungen die für die Entscheidung wesentlichen tatsächlichen Feststellungen enthalten und die angewendeten Gesetzesbestimmungen nennen müssen. Wie sich durch Umkehrschluß aus Art. 20 Abs. 1 ANAV und Art. 19 Abs. 2 Satz 1 ANAG ergibt, kann es dagegen bei der Verweigerung einer Aufenthalts-, Niederlassungs- oder Toleranzbewilligung bei einer summarischen Begründung sein Bewenden haben. Um dem Erfordernis, daß auch diese Entscheide schriftlich «begründet» sein müssen, zu genügen, müssen die Motive indessen doch den Verweigerungsgrund kurz umschreiben, so daß der Gestuchsteller ersieht, weshalb ihm die Bewilligung versagt worden ist.

³⁵⁴ So Art. 3 Abs. 2 ANAG bezüglich der Auskunftspflicht des Ausländers und des Arbeitgebers, Art. 16 Abs. 2 ANAG betreffend die Einholung der Begutachtung des zuständigen Arbeitsnachweises, Art. 22 ANAV betreffend Fristen.

³⁵⁵ Vgl. hinten § 32 Ziff. 2.

³⁵⁶ Vgl. DARBELLAY, Le droit d'être entendu, ZSR 83 II 1964, S. 419; TINNER, Das rechtliche Gehör, ZSR 83 II 1964, S. 305; IMBODEN, Schweiz. Verwaltungsrechtsprechung, 2. Aufl., Nr. 88–104.

einsicht³⁵⁷ einräumen. Das Akteneinsichtsrecht, das Art. 19 Abs. 2 Satz 2 ANAG für das Rekursverfahren gewährleistet, besteht demnach kraft Art. 4 BV³⁵⁸ auch im erstinstanzlichen Verfahren. Die Beweislastverteilung richtet sich nach den allgemeinen, auch in Art. 8 ZGB zum Ausdruck kommenden Rechtsgrundsätzen des Bundesrechts³⁵⁹.

4. Zu einer wesentlichen Klärung der Rechte, die der Ausländer im erstinstanzlichen Verfahren genießt, wird das BG über das Verwaltungsverfahren³⁶⁰ führen. Wohl ist vorgesehen, daß die Vorschriften dieses Gesetzes, vorbehaltlich bestimmter Ausnahmen, nur für die Bundesbehörden gelten sollen³⁶², doch ist anzunehmen, daß die kantonale Praxis sich weitgehend diesen Regeln³⁶³ anschließen wird.

³⁵⁷ Vgl. BGE 92 I 263 mit Verweisungen; vorbehalten bleibt, daß ein besonderes Geheimhaltungsinteresse des Staates oder eines Dritten ausnahmsweise der Akteneinsicht entgegensteht.

³⁵⁸ Vor den kantonalen Behörden zudem teilweise kraft kantonalen Rechts; vgl. z.B. §§ 8 und 9 des Zürcher Verwaltungsrechtspflegegesetzes.

³⁵⁹ Vgl. dazu BGE 92 I 255. Danach schlägt die Beweislosigkeit einer Tatsache zuungunsten dessen aus, der aus deren Vorhandensein ein Recht ableitet (KUMMER, N. 34 zu Art. 8 ZGB). Der Ausländer trägt demnach die Beweislast für die Tatsachen, worauf er sein Bewilligungsgesuch stützt. Bei Stellung eines Asylgesuches hat der Flüchtling nachzuweisen, daß er im Herkunftsland verfolgt wird oder bei einer Rückkehr Verfolgungen zu befürchten hat, doch dürfen an diesen Beweis dem Wesen der Sache nach keine zu strengen Anforderungen gestellt werden (KANEIN S. 190). Das Vorliegen von Verwirkungs- oder Ausschlußgründen im Sinne von Art. 1 lit. C–F des Genfer Abkommens über die Rechtsstellung der Flüchtlinge ist demgegenüber von der Verwaltung nachzuweisen. Diese trägt auch die Beweislast für das Bestehen von Widerrufs- (Art. 9 Abs. 2, Abs. 4 und 5 ANAG) und Ausweisungsgründen (Art. 10 Abs. 1 ANAG). Vgl. dazu immerhin den Vorbehalt in VEBB 17 Nr. 8 S. 26.

³⁶⁰ Botschaft des Bundesrates vom 24. 9. 1965 (BBl 1965 II 1348).

³⁶² Art. 1 Abs. 3 des Entwurfes.

³⁶³ Die teilweise schon heute als Ausfluß von Art. 4 BV für sie verbindlich sind.

§ 31. *Die kantonalen Rechtsmittel*

1. Nach Art. 15 Abs. 2 ANAG steht der Entscheid über die Ausweisung eines Ausländers sowie über die Erteilung und den Fortbestand einer Aufenthalts-, Niederlassungs- oder Toleranzbewilligung der kantonalen Fremdenpolizei (oder einer unteren kantonalen Behörde) zu; die Kantone können den Entscheid aber auch einer der Fremdenpolizei übergeordneten Behörde, insbesondere dem Departementsvorsteher oder dem Regierungsrat, übertragen³⁶⁴. Soweit der Entscheid nicht den genannten Oberbehörden obliegt und nicht «ein Rekurs an die eidgenössische Behörde offen steht»³⁶⁵, «muß» der Kanton laut Art. 19 Abs. 1 ANAG, also von Bundesrechts wegen, für den «Ablehnungsfall»³⁶⁶ den Rekurs an eine obere kantonale Behörde vorsehen. Es handelt sich dabei um eine Mindestanforderung; die Kantone sind daher nach Bundesrecht frei, den Rekurs in einem weiteren Umfang zuzulassen. So können sie namentlich auch einen Rekurs gegen den Entscheid eines Departementsvorstehers und gegen den Entscheid der Rekursbehörde selber vorsehen; auch können sie in Ausweisungssachen, in denen der Rekurs an das Eidg. Justiz- und Polizeidepartement gegeben ist, diesem eidgenössischen Rechtsmittel einen kantonalen Rekurs vorschalten. Die Kantone haben von dieser Freiheit Gebrauch gemacht und den kantonalen Instanzenzug sehr unterschiedlich ausgebildet: Während dem Ausländer in einzelnen Kantonen in bestimmten Sachen überhaupt kein

³⁶⁴ Vgl. vorne § 13 Ziff. 2.

³⁶⁵ Gemeint sind der Rekurs an das Eidg. Justiz- und Polizeidepartement gegen letztinstanzliche kantonale Ausweisungen aus der Schweiz gemäß Art. 20 Abs. 1 Satz 1 ANAG und die «Asylbeschwerde» gemäß Art. 21 ANAG.

³⁶⁶ Verweigerung oder Widerruf einer Bewilligung, Feststellung des Erlöschens einer Bewilligung, Verweigerung des Einverständnisses zur Verlegung des Schwerpunktes der Erwerbstätigkeit in einen andern Kanton gemäß Art. 8 Abs. 2 Satz 2 ANAG, Ausweisung aus dem Kanton gemäß Art. 10 Abs. 3 ANAG (vgl. RUTH S. 116 Nr. 125).

Rekurs offen steht (weil der Regierungsrat oder ein Departement erst- und letztinstanzlich entscheidet), kann er in andern Kantonen sogar zwei Rekurse ergreifen³⁶⁷. Leidet im ersten Fall das Rechtsschutzbedürfnis des Ausländers, so wird im zweiten das Gebot einer raschen Durchsetzung des materiellen Rechts mißachtet. Dem Gesetzgeber können diese Folgen nicht entgangen sein. Er nahm sie in Kauf, da beim Erlaß des ANAG der Gedanke vorherrschte, möglichst wenig in die kantonale Behördenorganisation einzugreifen. Von heute aus gesehen lassen sich die bestehenden Unterschiede im kantonalen Instanzenzug allerdings nicht mehr rechtfertigen.

2. Als Rekursbehörden haben die Kantone, einzelne Ausnahmen vorbehalten³⁶⁸, Verwaltungsinstanzen³⁶⁹ eingesetzt; der Verwaltungsgerichtsbarkeit ist dieses Gebiet bisher meistens verschlossen geblieben. In der Ausgestaltung des Rekursverfahrens sind die Kantone nur so weit gebunden, als das Bundesrecht unter dem «Rekurs», den vorzusehen es ihnen vorschreibt, ein devolutives Rechtsmittel versteht, das zu einer freien Überprüfung der Rechts- und Tatfragen führt³⁷⁰. Im übrigen sind die Kantone in der Ordnung des Verfahrens frei³⁷¹: So ist es namentlich ihre Sache, die Rekursfrist³⁷², die Beschwerdelegitimation³⁷³, die Ge-

³⁶⁷ KAMMERMAN S. 129.

³⁶⁸ In Basel-Stadt ist gegen den Widerruf einer Aufenthalts- oder Niederlassungsbewilligung, nicht aber gegen die Verweigerung einer solchen Bewilligung, der Rekurs an das Verwaltungsgericht zulässig (ZBI 1963 S. 571).

³⁶⁹ Regierungsrat, als untere Rekursbehörde zuweilen ein Departement, als obere vereinzelt den Großen Rat.

³⁷⁰ Vgl. hinten § 32 Ziff. 2.

³⁷¹ Wobei ihre Bestimmungen immerhin der Genehmigung durch den Bundesrat bedürfen (Art. 25 Abs. 3 ANAG).

³⁷² Diese ist in den meisten Kantonen kürzer als die 30tägige Rekursfrist des Art. 20 Abs. 2 ANAG.

³⁷³ Die meisten Kantone halten sich in diesem Punkt an die Grundsätze, die für den Rekurs an das Eidg. Justiz- und Polizeidepartement gelten (KAMMERMAN S. 130 oben).

währung der aufschiebenden Wirkung, die Vertretung im Verfahren³⁷⁴, die Kostenversicherung und die Gebührenansätze festzulegen.

§ 32. *Eidgenössische Rechtsmittel gegen kantonale Entscheide*

1. Die Sorge des historischen Gesetzgebers, den Kantonen ungeachtet der Vereinheitlichung des materiellen Rechtes einen möglichst großen Entscheidungsspielraum zu belassen³⁷⁵, zeigt sich auch darin, daß das ANAG die Weiterziehung kantonaler Entscheide an eidgenössische Behörden nur in engen Grenzen vorsieht³⁷⁶.

2. Der Rekurs an das Eidg. Justiz- und Polizeidepartement ist laut Art. 20 Abs. 1 Satz 1 ANAG gegen letztinstanzliche kantonale Ausweisungsverfügungen aus der Schweiz gemäß Art. 10 Abs. 1 ANAG zulässig. Er steht nur dem Ausländer selber offen. Die Rekursfrist beträgt 30 Tage und wird nach Art. 32 OG³⁷⁷ berechnet (Art. 20 Abs. 2 ANAG). Der Rekurs³⁷⁸ kann wegen Verletzung von Bundesrecht, Unangemessenheit und unrichtiger oder unvollständiger tatsächlicher Feststellungen erhoben werden. Er hat Devolutiveffekt: Das Departement überprüft auf den Rekurs hin nicht nur den Vorentscheid, sondern es trifft einen neuen Entscheid auf Grund der Sachlage, wie sie sich zur Zeit seiner Entscheidung (ex nunc) darbietet. Es kann zu diesem Behufe ergänzende Erhebungen anordnen (Art. 20 Abs. 4 ANAG). Abweichend von der sonst für devolutive

³⁷⁴ Vgl. BGE 92 I 15.

³⁷⁵ Vgl. vorne § 9.

³⁷⁶ Vgl. VEBB 27 Nr. 24 S. 93.

³⁷⁷ Aber ohne Berücksichtigung der Art. 33–35 OG (VEBB 23 Nr. 21, 24 Nr. 30; vgl. ferner VEBB 22 Nr. 16).

³⁷⁸ Der schriftlich zu begründen ist (VEBB 25 Nr. 40, 28 Nr. 26).

³⁷⁹ Der Entwurf zu einem BG über das Verwaltungsverfahren nimmt in den Vorschriften über das Beschwerdeverfahren (Art. 40 ff.; BBl 1965 II 1385) im wesentlichen die heute geltenden Regeln auf, schafft aber für den Rechtssuchenden eine erwünschte Klärung.

Rechtsmittel geltenden Regel kommt dem Rekurs keine aufschiebende Wirkung zu; das Departement kann ihm diese jedoch auf Gesuch hin zuerkennen (Art. 20 Abs. 4 ANAG)³⁷⁹. Das Departement entscheidet über den Rekurs als «letzte Instanz» (Art. 20 Abs. 1 ANAG), also unter Ausschluß der Weiterziehung an den Bundesrat³⁸⁰.

3. Die «Asylbeschwerde» im Sinne von Art. 21 ANAG steht dem Flüchtling offen, dem ein Kanton eine Aufenthalts- oder Toleranzbewilligung verweigert oder nur unter einschränkenden Bedingungen erteilt hat³⁸¹. Findet das Eidg. Justiz- und Polizeidepartement die Beschwerde unbegründet, so kann es sie von sich aus abweisen. Gegen diesen Entscheid steht dem Ausländer die Beschwerde an den Bundesrat offen (Art. 124 OG). Gelangt das Departement dagegen zum Schluß, daß die Beschwerde begründet sei, dann kann es nicht selber den Kanton zur Erteilung der Bewilligung verhalten; es muß vielmehr den Fall dem Bundesrat zum Entscheid vorlegen³⁸². Die Beschwerde hat keine aufschiebende Wirkung, doch kann diese ihr verliehen werden. Sie hat im übrigen Devolutiveffekt.

4. Die Beschwerde an den Bundesrat wegen Verletzung staatsvertraglicher Bestimmungen über Freizügigkeit und Niederlassung gemäß Art. 125 Abs. 1 lit. c OG richtet sich nach den Bestimmungen dieses Gesetzes³⁸³. Sie ist erst gegen letztinstanzliche kantonale Entscheide zulässig (Art. 125 Abs. 1 OG). Die Instruktion der Beschwerde obliegt der eidg. Fremdenpolizei³⁸⁴. Neben

³⁸⁰ Vgl. im übrigen die Darstellung des Rekurses bei KAMMERMANN S. 130 ff.; RUTH S. 117 ff.; TZAUT S. 14 ff.

³⁸¹ Vgl. vorne § 28 Ziff. 6/d.

³⁸² RUTH S. 122.

³⁸³ BIRCHMEIER, Handbuch des Bundesgesetzes über die Organisation der Bundesrechtspflege, S. 487; vgl. auch ZUMSTEIN, Die staatsrechtliche Beschwerde wegen Verletzung von Staatsverträgen, Diss. Bern 1951, S. 75 ff.

³⁸⁴ BRB vom 26. 3. 1957 über die der eidg. Fremdenpolizei zur selbständigen Erledigung übertragenen Geschäfte, Art. 1 Ziff. 5 (AS 1957, 231).

der Verletzung der Niederlassungsverträge kann mit diesem Rechtsmittel auch eine Mißachtung anderer staatsvertraglicher Vereinbarungen gerügt werden, welche sich auf die Niederlassung im weiteren Sinne beziehen. So steht die Beschwerde beispielsweise zur Geltendmachung einer Verletzung des Genfer Abkommens über die Rechtsstellung der Flüchtlinge offen³⁸⁵.

5. Die Beschwerde an den Bundesrat wegen Verletzung anderer als privatrechtlicher oder strafrechtlicher Bundesgesetze gemäß Art.125 Abs.1 lit.b OG ist in fremdenpolizeilichen Angelegenheiten nur ausnahmsweise gegeben. Zwar ist das ANAG als verwaltungsrechtlicher Erlaß ein «anderes als privatrechtliches oder strafrechtliches Bundesgesetz», dessen Verletzung an und für sich mit diesem Rechtsmittel beanstandet werden kann. Art.126 lit.b OG erklärt jedoch die Beschwerde an den Bundesrat als unzulässig, sofern die Weiterziehung des angefochtenen Entscheids «an eine Bundesbehörde bundesrechtlich ausgeschlossen» ist. Das ist im ANAG teils ausdrücklich (Art.18 Abs.1 hinsichtlich des eine Bewilligung verweigernden kantonalen Entscheids), teils sinngemäß geschehen: Aus dem Umstand, daß Art.20 Abs.1, Art.21 und Art.22 ANAG gegen gewisse Entscheide und wegen bestimmter Mängel einen Rekurs an eine Bundesbehörde vorsehen, folgt nach dem System des Gesetzes und der verfassungsmäßigen Verteilung der Zuständigkeiten zwischen dem Bund und den Kantonen, daß in den erwähnten Vorschriften nicht genannten Fällen die Beschwerde an den Bundesrat ausgeschlossen sein soll³⁸⁶. Für die Beschwerde nach Art.125 Abs.1 lit.b OG bleibt somit nur in Randgebieten des Fremdenpolizeiwesens Raum, so z.B. zur Anfechtung

³⁸⁵ BGE 91 I 48 a.

³⁸⁶ Das findet auch in Art.19 Abs.1 ANAG seinen Ausdruck, geht diese Bestimmung doch davon aus, daß es kantonale Entscheide gibt, gegen die «nicht ein Rekurs an die eidgenössische Behörde offen steht».

gewisser letztinstanzlicher Verfügungen der kantonalen Arbeitsmarktbehörden, die nicht den Ausländer, sondern den inländischen Arbeitgeber zum Adressaten haben³⁸⁷.

6. Die staatsrechtliche Beschwerde an das Bundesgericht wegen Verletzung verfassungsmäßiger Rechte der Bürger (Art. 84 Abs. 1 lit. a OG) ist ein subsidiärer Rechtsbehelf gegen kantonale Entscheide, die nicht mit einem andern Rechtsmittel an eine Bundesbehörde weitergezogen werden können (Art. 84 Abs. 2 OG). Diese Beschwerde hatte bis vor kurzem im Fremdenpolizeiwesen geringe Bedeutung, weil das Bundesgericht nur den Inländer als legitimiert erachtete, Verfügungen auf diesem Gebiet wegen Verletzung des Art. 4 BV anzufechten. Dieses Rechtsmittel konnte sich demnach lediglich gegen die Verweigerung, den Entzug oder die Einschränkung einer Bewilligung für den inländischen Arbeitgeber richten^{387a}. Nach der neuesten Rechtsprechung³⁸⁸ kann aber auch der Ausländer diese Beschwerde erheben und sich damit gegen die Schmälerung oder den Entzug der Rechtsstellung zur Wehr setzen, die ihm auf Grund einer fremdenpolizeilichen Bewilligung zukommt. Anfechtungsobjekt sind demzufolge insbesondere der Widerruf einer Aufenthalts-, Niederlassungs- oder Toleranzbewilligung (Art. 9 Abs. 2, 4 und 5 ANAG), die Feststellung des Erlöschens einer solchen Bewilligung (Art. 9 Abs. 1, 3 und 5 ANAG), die Ausweisung aus dem Kanton (Art. 10 Abs. 3 ANAG)³⁸⁹ und die Auferlegung neuer Bedingungen³⁹⁰. Im Falle der Verweigerung einer Bewilligung steht

³⁸⁷ Vgl. Meinungsaustausch zwischen dem Bundesgericht und dem Bundesrat vom 18.5./16.7.1965 i.S. «Salon Broadway» und Morisset, vom 27.9./26.10.1965 i.S. Vallejo und Ramirez, vom 28.12.1966/7.4.1967 i.S. La Nouveauté S.A.

^{387a} Anwendungsfall: BGE 87 I 242.

³⁸⁸ BGE 93 I 3 Erw. 1.

³⁸⁹ Die Ausweisung aus der Schweiz kann gemäß Art. 20 Abs. 1 ANAG mit dem Rekurs an das Eidg. Justiz- und Polizeidepartement weitergezogen werden, weshalb die staatsrechtliche Beschwerde infolge ihrer Subsidiarität entfällt.

³⁹⁰ Vgl. vorne § 17 Ziff. 2.

dem Ausländer die staatsrechtliche Beschwerde wegen Verletzung des Art. 4 BV zur Geltendmachung von Verfahrensmängeln (Verweigerung des rechtlichen Gehörs) zur Verfügung.

Das Bundesgericht hat bisher offen gelassen, ob der Ausländer die Verweigerung einer fremdenpolizeilichen Bewilligung auch wegen materieller Mängel mit diesem Rechtsmittel anfechten könne. Wie seinen Erwägungen zu entnehmen ist, hat es Bedenken, ob der Ausländer in einem derartigen Fall eine «Rechtsverletzung» im Sinne des Art. 88 OG, d.h. eine Schmälerung seiner rechtlich erheblichen Interessen erleide, was die Voraussetzung für die Erhebung der staatsrechtlichen Beschwerde bildet. Diese Bedenken treffen von vornherein in den Fällen nicht zu, in denen das Gesetz dem Ausländer ein Recht auf Erteilung der Bewilligung verleiht (Art. 17 Abs. 2 ANAG, Art. 10 Abs. 1 Satz 3 ANAV)³⁹¹. Die Verweigerung der Bewilligung hat aber auch dann eine Beschwerung des Ausländers im Sinne des Art. 88 OG zur Folge, wenn er keinen Anspruch auf Erteilung derselben hat. Wohl kann ein Recht, das er nicht besitzt, an und für sich auch nicht verkürzt werden; wird die Bewilligung ihm verweigert, so ist er daher von diesem Standpunkt aus nicht schlechter gestellt als vor dem Entscheid der Behörde. Diese rein materielle Betrachtungsweise wird indessen der Sachlage nicht vollständig gerecht: Zu berücksichtigen ist, daß der Ausländer doch jedenfalls einen Anspruch darauf hat, daß die zuständige Behörde über sein Gesuch nach dem Gesetz und in pflichtgemäßer Handhabung des ihr eingeräumten Ermessens entscheide. Hält die Behörde sich nicht daran, so wird der Ausländer dadurch in seinem Anspruch auf gesetzmäßige und ermessensfehlerfreie Entscheidung ver-

³⁹¹ Ergibt sich dieser Anspruch aus einem Staatsvertrag, so kann der Ausländer dessen Verletzung mit der Beschwerde gemäß Art. 125 Abs. 1 lit. c OG beim Bundesrat geltend machen; die staatsrechtliche Beschwerde als das subsidiäre Rechtsmittel (Art. 84 Abs. 2 OG) entfällt deshalb.

letzt³⁹². Hierin liegt eine Beeinträchtigung rechtlich erheblicher Interessen, gegen die der Einzelne sich mit der staatsrechtlichen Beschwerde zur Wehr setzen kann. Dieses Rechtsmittel scheitert auch nicht an Art. 18 Abs. 1 ANAG, welcher den eine Bewilligung verweigernden kantonalen Entscheid (vorbehaltlich des Art. 125 Abs. 1 lit. c OG) als «endgültig» erklärt, weil damit nur die Beschwerde an den Bundesrat gemäß Art. 125 Abs. 1 lit. b OG³⁹³ ausgeschlossen wird, nicht dagegen die staatsrechtliche Beschwerde an das Bundesgericht³⁹⁴.

Die staatsrechtliche Beschwerde wegen Verletzung des Art. 45 BV (Niederlassungsfreiheit) steht dem Ausländer in allen diesen Fragen von vornherein nicht offen, da dieser Verfassungssatz nur auf Schweizerbürger anwendbar ist³⁹⁵. Auf Beschwerde wegen Verletzung des Art. 4 BV hin kann das Bundesgericht aber den angefochtenen Entscheid nur unter dem beschränkten Gesichtswinkel der Willkür, der rechtswidrigen Behandlung und der Verweigerung des rechtlichen Gehörs überprüfen. Das setzt die Bedeutung dieses Rechtsmittels herab. Die Fremdenpolizeigesetzgebung verwendet (insbesondere was die Zulassung des Ausländers betrifft) viele unbestimmte Rechtsbegriffe, die den zum Sachentscheid berufenen Behörden einen weiten Beurteilungsspielraum lassen; sie stellt die Beantwortung wichtiger Fragen zudem in das freie Ermessen der Behörde. Von Willkür kann nur dann die Rede sein, wenn die Behörde ihren Beurteilungs- oder Ermessensspielraum offensichtlich überschreitet oder wenn sie von ihren Befugnissen in kraß sachwidriger Weise Gebrauch macht. Das Bundesgericht wird deshalb nur sehr selten in die Lage kommen, eine kantonale Verfügung wegen materieller Fehler aufzuheben; eher noch wird es sich veranlaßt sehen, gegen Verfahrens-

³⁹² BACHOF, Die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts, Deutsche Juristenzeitung 1966 S. 438 Nr. 257.

³⁹³ VEBB 27 Nr. 24.

³⁹⁴ BGE 93 I 5.

³⁹⁵ Vgl. vorne § 7 Ziff. 1.

mängel einzuschreiten³⁹⁶. Es kann die Rechte des Ausländers demnach im einzelnen Fall nur in beschränktem Maße schützen. Dennoch dürfen die allgemeinen Auswirkungen der neuesten Rechtsprechung, die dem Ausländer in gewissen fremdenpolizeilichen Angelegenheiten den Weg der staatsrechtlichen Beschwerde öffnet, nicht unterschätzt werden; denn allein schon die Tatsache, daß die Behörde mit einer Kontrolle durch das Bundesgericht rechnen muß, wird sie zu einer strengeren Einhaltung der rechtsstaatlichen Grundsätze veranlassen³⁹⁷.

§ 33. *Rechtsmittel gegen Entscheide von Bundesbehörden*

1. Die Verfügungen, die nicht das Eidg. Justiz- und Polizeidepartement selber, sondern eine ihm untergeordnete Amtsstelle trifft, sind an das Departement weiterziehbar. Das folgt einmal aus Art. 20 Abs. 1 Satz 2 ANAG, wonach «alle Verfügungen³⁹⁸ der eidg. Fremdenpolizei» sowie die Internierungsverfügungen der Polizeiabteilung dem Rekurs an das Departement unterliegen; für die übrigen durch untere Behörden erledigten Angelegenheiten, so für die Verfügungen der Polizeiabteilung auf dem Gebiete des Flüchtlingswesens, ergibt sich das aus Art. 23 des BG vom 26.3.1914 über die Organisation der Bundesverwaltung³⁹⁹.

Der Rekurs gegen die Verfügungen der eidg. Fremdenpolizei steht neben dem Ausländer auch dem Kanton und den «Mitbeteiligten» (*autres intéressés*)⁴⁰⁰ zu, der Rekurs gegen die Polizeiabteilung nur dem Ausländer selber (Art. 20 Abs. 1 Satz 2 ANAG). Die Rekursfrist beträgt 30 Tage (Art.

³⁹⁶ Beispiel: Urteil des Bundesgerichts vom 3.2.1967 i.S. X.

³⁹⁷ Vgl. BURCKHARDT, Komm. S. 34; DIETRICH SCHINDLER sen., SJZ 22 S. 212.

³⁹⁸ Darunter fallen auch Wiedererwägungsentscheide (VEBB 26 Nr. 35).

³⁹⁹ BS 1, 265.

⁴⁰⁰ Arbeitgeber, nahe Verwandte, Braut bzw. Bräutigam, nicht aber Arbeitgeber- oder Arbeitnehmerverband (RUTH S. 118 Ziff. 128; TZAUT S. 15).

20 Abs.2 ANAG). Für das Rekursverfahren⁴⁰¹ sei auf das vorne unter § 32 Ziff.2 Gesagte verwiesen. Die Instruktion des Rekurses besorgt der Beschwerdedienst des Eidg. Justiz- und Polizeidepartements⁴⁰², welche Amtsstelle gegenüber der eidg. Fremdenpolizei und der Polizeiabteilung personell und organisatorisch vollständig unabhängig ist.

2. Die Rekurse gegen die Verfügungen der eidg. Fremdenpolizei und gegen Internierungsverfügungen der Polizeiabteilung beurteilt das Departement als «letzte Instanz» (Art.20 Abs.1 ANAG). Diese Einschränkung bezieht sich nur auf die genannten Entscheide; sie wird zudem durch die folgenden Ausnahmen durchbrochen:

Weist das Departement den Rekurs eines Flüchtlings gegen die Verweigerung oder Einschränkung einer Aufenthalts- oder Toleranzbewilligung ab, so steht dem Flüchtling die Beschwerde an den Bundesrat offen (Art.21 ANAG in Verbindung mit Art.124 OG)⁴⁰³.

Gegen alle Entscheide des Departements ist sodann die Beschwerde an den Bundesrat zulässig, soweit eine «Verletzung der Bestimmungen von Staatsverträgen über Niederlassung»⁴⁰⁴ geltend gemacht wird (Art.22 ANAG in Verbindung mit Art.124 OG).

In beiden Fällen richtet sich die Beschwerde nach den Bestimmungen des OG⁴⁰⁵.

⁴⁰¹ Das sich nach Art.19 Abs.2, Art.20 Abs.2 und 3 ANAG, Art.20 Abs.2 und 3 ANAV sowie Art.23^{bis} des BG vom 26.3.1914 über die Organisation der Bundesverwaltung (BS 1, 266) richtet.

⁴⁰² BG vom 26.3.1914 über die Organisation der Bundesverwaltung, Art.31 Ziff.VIII in der Fassung gemäß Art.3 des BG vom 17.12.1958 über Änderungen der Organisation des Eidg. Justiz- und Polizeidepartements (AS 1959, 301).

⁴⁰³ Vgl. RUTH S.122.

⁴⁰⁴ Hierunter fallen neben den Niederlassungsverträgen alle Vereinbarungen, die sich auf die Niederlassung im weiteren Sinne beziehen, so beispielsweise auch das Genfer Abkommen über die Rechtsstellung der Flüchtlinge; vgl. dazu ZUMSTEIN S.78 ff.

⁴⁰⁵ Vgl. WEBER, Die Verwaltungsrechtspflege des Bundesrates, Diss. Bern 1951, S.77 ff.

3. Die Entscheide, die das Bundesamt für Industrie, Gewerbe und Arbeit (BIGA) in Anwendung des Plafonierungs-BRB trifft, können mit Beschwerde an das Eidg. Volkswirtschaftsdepartement und sodann an den Bundesrat weitergezogen werden⁴⁰⁶. Auch die Behandlung dieser Beschwerde richtet sich nach den Bestimmungen des OG.

§ 34. *Der weitere Ausbau des Rechtsschutzes im Fremdenpolizeirecht*

1. Aus den vorstehenden Ausführungen (§ 31–33) ergibt sich, daß dem Ausländer in fremdenpolizeilichen Angelegenheiten nur verwaltungsinterne Rechtsmittel zur Verfügung stehen; eine Ausnahme⁴⁰⁷ bildet die staatsrechtliche Beschwerde wegen Verletzung des Art. 4 BV, der bestimmte kantonale Verfügungen unterliegen, die aber lediglich zu einer beschränkten gerichtlichen Überprüfung führt. Dem verwaltungsinternen Beschwerdeverfahren haften im Bereiche des Fremdenpolizeirechts die gleichen Unzukömmlichkeiten an, die auf den andern Gebieten mit diesem Rechtszug verbunden sind. Der Bundesrat hat in seiner Botschaft über den Ausbau der Verwaltungsgerichtsbarkeit im Bunde⁴⁰⁸ zwei dieser Mängel besonders hervorgehoben: Das Fehlen einer Garantie für eine wirksame Rechtskontrolle seitens der Behörde, die gleichsam «in eigener Sache» zu urteilen hat, und die Zeitnot der letztinstanzlich entscheidenden Behörden, deren Hauptaufgabe auf andern Gebieten als der Rechtsprechung liegt und die für den einzelnen Beschwerdefall nicht so viel Zeit aufwenden können, wie die Sache es verlangen würde. Um das Fehlen einer wirksamen Rechtskontrolle zu verdeutlichen, sei hier nur auf ein Pro-

⁴⁰⁶ Plafonierungs-BRB, Art. 22 und 23 (AS 1965, 124); vgl. vorne § 18 Ziff. 5.

⁴⁰⁷ Neben dem Rekurs an das baselstädtische Verwaltungsgericht (vgl. vorne § 31 Ziff. 2 A. 368).

⁴⁰⁸ BBl 1965 II 1280/81.

blem hingewiesen: die Prüfung der Frage der Verfassungs- und Gesetzmäßigkeit der BRB, departementalen «Verfügungen», Weisungen, Richtlinien und Kreisschreiben, die im Fremdenpolizeirecht eine so große Rolle spielen⁴⁰⁹. Das Eidg. Justiz- und Polizeidepartement, das in den meisten durch die Bundesbehörden zu behandelnden Sachen endgültig entscheidet, ist an die bundesrätlichen Verordnungen und departementalen «Verfügungen» gebunden⁴¹⁰; es kann die Verfassungs-, Gesetz- und Verordnungsmäßigkeit der eigenen Weisungen, Richtlinien und Kreisschreiben zwar überprüfen, wird in dieser Frage auf Beschwerde hin jedoch kaum je zu einem andern Ergebnis gelangen als beim Erlaß der betreffenden Anordnung.

2. Um diesen Mängeln in den wesentlichsten Punkten abzuhelpfen, sah der Entwurf des Bundesrates zu einem BG über die Änderung des OG⁴¹¹ eine Ausdehnung der Verwaltungsgerichtsbarkeit auch im Bereich des Fremdenpolizeirechts vor. Nach dem in § 9 Ziff. 4c Gesagten steht Art. 69^{ter} BV einer solchen Ausdehnung nicht entgegen, sofern die Verwaltungsgerichtsbarkeit sich (was nach der Vorlage der Fall ist) auf eine Rechtskontrolle beschränkt. Gemäß Art. 98 lit. a und f in Verbindung mit Art. 99 lit. b des Entwurfs sollte die Verwaltungsgerichtsbeschwerde gegen folgende Akte des Eidg. Justiz- und Polizeidepartements sowie der letzten kantonalen Instanz offen stehen:

⁴⁰⁹ Zur Prüfung der Verfassungsmäßigkeit eidgenössischer Verordnungen vgl. BRUNNER, Die Überprüfung der Rechtsverordnungen des Bundes auf ihre Verfassungs- und Gesetzmäßigkeit, Diss. Bern 1953; GRISEL, Le contrôle des ordonnances fédérales en Suisse, in: Conseil d'Etat, Etudes et documents, 1962 S. 187 ff.; IMBODEN, Schweiz. Verwaltungsrechtsprechung, 2. Aufl., Nr. 94; KAUFMANN, Verfassung, Gesetz und Verordnung im schweizerischen Rechtsstaat, ZBl 1949 S. 18.

⁴¹⁰ VEBB 30 Nr. 28 und 124; vgl. auch BGE 74 I 17, 76 IV 52, 87 I 258, 92 I 432 Erw. 4.

⁴¹¹ BBl 1965 II 1333.

«Feststellungsverfügungen, Verweigerung oder Erteilung von Niederlassungsbewilligungen, auf die das Bundesrecht einen Anspruch einräumt, (den) Widerruf von Bewilligungen und die Ausweisung, die sich nicht auf Art. 70 BV stützt»,

nicht aber gegen sonstige Verfügungen auf Grund von Bestimmungen über «das Asylrecht, die Internierung und die übrige Fremdenpolizei». In der Botschaft⁴¹² wird dazu ausgeführt, wenn die Behörde feststelle, daß eine Aufenthalts-, Niederlassungs- oder Toleranzbewilligung nach Art. 9 Abs. 1, 3 oder 5 ANAG erloschen sei («Feststellungsverfügung»), wenn sie eine Aufenthalts- oder Niederlassungsbewilligung nach Art. 9 Abs. 2 oder 4 ANAG widerrufe und wenn sie einen Ausländer nach Art. 10 ANAG ausweise, so stehe ihr «nur ein eingeschränktes Ermessen» zu, weshalb es sich nicht rechtfertige, derartige Verfügungen von der Verwaltungsgerichtsbarkeit auszunehmen. Gleiches gelte für die Verweigerung und die Erteilung der Niederlassungsbewilligung, soweit darauf nach einem Niederlassungsvertrag oder einer sonstigen Vereinbarung ein Anspruch bestehe. Die Verfügungen über die Asylgewährung und die Internierung seien dagegen «politischer Natur» und deshalb von der Verwaltungsgerichtsbarkeit auszunehmen. Die weiteren, oben nicht genannten Verfügungen im Bereich der Fremdenpolizei hätten «oft ebenfalls politischen Charakter» und seien «jedenfalls regelmäßig ins Ermessen der Behörde gestellt», weshalb sie gleichfalls nicht der Verwaltungsgerichtsbeschwerde zu unterwerfen seien. Diese Überlegungen rufen verschiedenen Einwendungen⁴¹³; im Ganzen genommen und

⁴¹² BBl 1965 II 1306/7.

⁴¹³ Die Internierung nach Art. 14 Abs. 2 ANAG ist keine politische, sondern eine Vollzugsmaßnahme; die Behauptung, auch die weiteren Verfügungen der Fremdenpolizei trügen «oft ebenfalls politischen Charakter», ist in dieser Allgemeinheit unrichtig; sie wäre einzugrenzen auf einzelne Maßnahmen wie z.B. die Einreisesperre gegen (aus politischen Gründen) unerwünschte Ausländer; die Prämisse, Ermessensentscheide seien nicht der verwaltungsgerichtlichen Überprüfung zu unterstellen, ist zu eng; sie ist denn

unter Vorbehalt der unter Ziff. 3 anzubringenden Bemerkungen stellt der bundesrätliche Entwurf jedoch einen haltbaren Kompromiß zwischen dem Rechtsschutzbedürfnis des Ausländers einerseits und dem Interesse der Verwaltung an der raschen Klärung der Rechtslage andererseits dar.

Ansichts des Bestrebens der nationalrätlichen Kommission, die Stellung des Einzelnen gegenüber der Verwaltung zu stärken, wäre zu erwarten gewesen, daß sie die im bundesrätlichen Entwurf vorgesehenen Grenzen der verwaltungsgerichtlichen Überprüfung fremdenpolizeilicher Verfügungen zugunsten des Ausländers verrücken würde⁴¹⁴. Das Gegenteil traf ein. Die vom Nationalrat genehmigte Kommissionsvorlage schließt in Art. 99 lit. b OG die Verwaltungsgerichtsbeschwerde «gegen Verfügungen auf dem Gebiete des Asylrechts, der Internierung und des übrigen Fremdenpolizeirechts» schlechthin aus. Die Kommission ließ sich dabei von der Erwägung leiten, daß die Unterscheidung zwischen «politischen und nicht politischen Ausweisungen» oft schwierig sei, daß das Fremdenpolizeirecht weitgehend «nicht justiziable» Begriffe verwende, und daß es ganz allgemein wünschenswert sei, daß die Verwaltung in fremdenpolizeilichen Angelegenheiten «freie Hand» habe⁴¹⁵. Diese Erwägungen halten einer Überprüfung nicht stand: Die «politische», d.h. auf Grund von Art. 70 BV angeordnete Ausweisung hebt sich schon dadurch von der nach Art. 10 ANAG verfügten, grundsätzlich «nicht politischen» Ausweisung ab, daß die erstere vom Bundesrat, die letztere aber von einer kantonalen Instanz ausgeht, was ein klares Unterscheidungsmerkmal schafft. Wohl verwendet das Fremden-

auch im nationalrätlichen Entwurf aufgegeben worden, wobei allerdings für das Gebiet der Fremdenpolizei nicht die Folgerungen gezogen wurden, die sich in Anbetracht dieser Änderung aufgedrängt hätten.

⁴¹⁴ Wie es schon die bundesrätliche Expertenkommission angeregt hatte (BBl 1965 II 1307).

⁴¹⁵ Protokoll der 2. Sitzung der nationalrätlichen Kommission, S. 32 ff.

polizeirecht einzelne Begriffe, die wie die der «geistigen und wirtschaftlichen Interessen» und der «Überfremdung» (Art. 16 Abs. 1 ANAG) kaum «justiziabel» sein dürften; diese Begriffe gehören jedoch Rechtsgebieten an, die nach dem bundesrätlichen Entwurf ohnehin der verwaltungsgerichtlichen Kontrolle entzogen wären. Im übrigen sind die Vorschriften des Fremdenpolizeirechts, auch soweit sie unbestimmte Rechtsbegriffe verwenden, durchaus der Auslegung durch den Richter zugänglich⁴¹⁶. Von einer «freien Hand» der Verwaltung kann schließlich nur da die Rede sein, wo das Gesetz eine Entscheidung in das Ermessen der Behörde stellt. Da das Bundesgericht sich nach Art. 103 lit. a des Entwurfes auf eine Rechtskontrolle zu beschränken hätte, könnte es auf verwaltungsgerichtliche Beschwerde hin ohnedies nur prüfen, ob die Verwaltung ihr Ermessen nicht überschritten oder mißbraucht habe; es beließe ihr somit grundsätzlich ihren Ermessensspielraum und damit auch, um beim gewählten Bild zu bleiben, die «freie Hand».

3. Blicke es trotz der Unzulänglichkeit der Motive, welche die nationalrätliche Kommission leiteten, bei der vom Nationalrat angenommenen Fassung des Art. 99 lit. b OG, so würde damit die Idee der Verwaltungsgerichtsbarkeit in einem wesentlichen Punkte preisgegeben. Daß dem Ausländer auf dem für ihn wichtigsten verwaltungsrechtlichen Gebiet nicht der Rechtsschutz zuteil würde, den die Rechtsgenossen sonst im Bundesverwaltungsrecht genießen werden, liefe zudem auf eine Diskriminierung des Ausländers hinaus, die sich im Zeitalter des europäischen Menschenrechtsschutzes nicht verantworten läßt⁴¹⁷. Es ist zu hoffen, daß der Ständerat die Gedanken wieder aufnehme, die in der bundesrätlichen Fassung des Art. 99 lit. b OG ihren Ausdruck gefunden haben, und daß er in Weiterentwicklung dieser Grundlage zu einer Regelung gelange, die dem Ausländer

⁴¹⁶ Ein Beispiel dafür bildet die Positivierung des Begriffs der «schweren Klagen» (Art. 9 Abs. 2 lit. b ANAG) in BGE 93 I 6 Erw. 3.

⁴¹⁷ Vgl. HANS HUBER, ZBJV 102 S. 416.

den Rechtsschutz gewährt, auf den er wie jeder andere Rechtsgenosse Anspruch erheben darf. Im Hinblick darauf sollten namentlich drei Punkte näher in Erwägung gezogen werden:

Einmal ist zu prüfen, ob nicht gegen den Entscheid über die Leistung oder Rückerstattung von Kosten und Sicherheiten (Art. 6 Abs. 2, Art. 7 Abs. 3, Art. 14 Abs. 3 ANAG; Art. 7 Abs. 3 ANAV) die Verwaltungsgerichtsbeschwerde zu öffnen sei, gleich wie das heute schon mit Bezug auf die übrigen Kosten und Kautionen zutrifft (Art. 98 OG);

sodann ist zu untersuchen, ob nicht die Verfügung über die Internierung (Art. 14 Abs. 2 ANAG; Art. 17 ANAV) der Verwaltungsgerichtsbeschwerde zu unterstellen sei, um auf diesem Teilgebiet den Anforderungen von Art. 5 Abs. 4 der Europäischen Menschenrechtskonvention Genüge zu tun;

ferner ist zu prüfen, ob nicht die Verletzung «derjenigen Bestimmungen der Staatsverträge mit dem Ausland, welche sich auf . . . Freizügigkeit und Niederlassung beziehen», allgemein mit der Verwaltungsgerichtsbeschwerde statt mit der Beschwerde an den Bundesrat (Art. 125 Abs. 1 lit. c OG) sollte geltend gemacht werden können.

4. In diesem Zusammenhang muß zudem auf weitere Behelfe hingewiesen werden, mit denen ohne großen Aufwand die Rechtswahrung des Ausländers verbessert werden könnte: eine vermehrte Publizität seitens der Behörden einerseits und die wissenschaftliche Bearbeitung des Fremdenpolizeirechts andererseits.

Die im Abstand von 1–2 Jahren erscheinenden Hefte der VEBB veröffentlichen in der Rubrik «Fremdenpolizei» durchschnittlich nicht mehr als 2–3 Entscheide; einzelne Entscheide, welche fremdenpolizeiliche Fragen berühren, finden sich außerdem gelegentlich in der Rubrik «Beziehungen zum Ausland». Die Entscheide der kantonalen Behörden werden, von seltenen Ausnahmen abgesehen, überhaupt nicht veröffentlicht. Diese Zurückhaltung wird durch keine höheren Interessen gerechtfertigt: Gründe der öffentlichen Ordnung und Sicherheit stehen einer Veröffentlichung nur ausnahmsweise entgegen; die Befürchtung aber, mit der Pu-

blikation ihrer Entscheide lege die Verwaltung sich auf die darin geäußerten Meinungen fest, darf im Rechtsstaat keine Rolle spielen, da die Behörden nach dem Gleichheitssatz ohnehin jeden Fall im Lichte ihrer gesamten Praxis zu beurteilen haben. Noch schwerer wiegt der Umstand, daß wichtige Erlasse und behördliche Anweisungen auf dem Gebiete der Fremdenpolizei, wie namentlich die Kreisschreiben der Departemente, Richtlinien, Weisungen und Verfügungen weder in der AS noch im BBl veröffentlicht werden. Dem Anwalt wird dadurch die Wahrung der Interessen eines ausländischen Auftraggebers in fremdenpolizeilichen Belangen ungebührlich erschwert.

Um Abhilfe zu schaffen, sollten die wichtigsten Kreisschreiben, Richtlinien, Weisungen und Verfügungen, die nicht in die AS aufgenommen werden können⁴¹⁸ im BBl veröffentlicht werden⁴¹⁹; auch sollten in den VEBB mehr fremdenpolizeiliche Entscheidungen erscheinen. Sollten Platzgründe dem entgegenstehen, so wäre zu erwägen, ob nicht das Eidg. Justiz- und Polizeidepartement in Zusammenarbeit mit dem Eidg. Volkswirtschaftsdepartement und den kantonalen Fremdenpolizeistellen nach dem Muster der vom Bundesamt für Sozialversicherung betreuten «ZAK» (Zeitschrift für Ausgleichskassen) ein Mitteilungsblatt herausgeben könnte, das zugleich auch der Orientierung der Behörden und der Bevölkerung über fremdenpolitische Fragen dienen könnte. Als Behelfslösung wäre auch die Veröffentlichung wesentlicher fremdenpolizeilicher Entscheide in einer der bestehenden Fachzeitschriften, wie namentlich dem ZBl, in Betracht zu ziehen.

⁴¹⁸ BG vom 12.3.1948 über die Rechtskraft der bereinigten Sammlung der Bundesgesetze und Verordnungen für die Jahre 1848–1947 und über die neue Reihe der Sammlung, Art. 4 (AS 1949, 1524).

⁴¹⁹ Was nach der Verordnung vom 8.11.1949 über die Veröffentlichung der Gesetze und andern Erlasse des Bundes (AS 1949, 1527) möglich ist und auch in einzelnen Fällen geschieht (vgl. z. B. BBl 1965, 651).

Die vermehrte Publizität würde auch die Grundlage für eine umfassende wissenschaftliche Darstellung des Fremdenpolizeirechts schaffen, die heute fehlt. Das ältere Schrifttum über diese Frage⁴²⁰ ist weitgehend überholt; neueren Datums sind lediglich die Beiträge von TZAUT in der SJK und von HOFMANN, die einen wertvollen Überblick geben, notwendigerweise aber summarisch gehalten sind. Die Arbeit, die in KAMEINS Kommentar zum deutschen Ausländergesetz ihr Vorbild fände und gleich diesem Werk berufen wäre, der Wissenschaft und der Praxis hervorragende Dienste zu leisten, steht noch aus.

⁴²⁰ So die auf die Bedürfnisse der Praxis zugeschnittene Arbeit von RUTH.

LITERATURVERZEICHNIS

Siehe auch die Literaturangaben in den Anmerkungen 32, 40, 52, 55, 61, 78 und 88 des 1. Teils, 61, 65, 75, 98, 119, 186 a, 187, 259, 260, 264, 278, 284, 297, 356, 383, 392, 397 und 409 des 2. Teils.

AUBERT JEAN-FRANÇOIS. Le statut des étrangers en Suisse, ZSR NF 77 I, 1958, S. 215 ff.

BRINTZINGER OTTOBERT. Untersuchungen über die rechtliche Stellung der deutschen Enklave Büsingen, Diss. Basel 1967.

BUNDESAMT FÜR INDUSTRIE, GEWERBE UND ARBEIT (Herausgeber). Das Problem der ausländischen Arbeitskräfte, Bericht der Studienkommission für das Problem der ausländischen Arbeitskräfte, Bern 1964.

BURCKHARDT WALTHER, Kommentar der schweizerischen Bundesverfassung, 3. Aufl., Bern 1931.

– Schweizerisches Bundesrecht, Frauenfeld 1930 ff.

DREWS-WACKE. Allgemeines Polizeirecht, 7. Aufl., Berlin/Köln/München/Bonn 1961.

EGGER MAX. Die Vorrechte und Befreiungen zugunsten internationaler Organisationen und ihrer Funktionäre, Diss. Bern 1954.

EHMKE HORST. «Ermessen» und «unbestimmter Rechtsbegriff» im Verwaltungsrecht, in Recht und Staat, Heft 230/31, Tübingen 1960.

FAVRE ANTOINE. Droit constitutionnel suisse, Freiburg 1966.

FEER ROBERT ERNEST. Die mehrfache Staatsangehörigkeit natürlicher Personen, Diss. Zürich 1955.

FEHRLIN WOLFRAM. Die Rechtsgleichheit der Ausländer in der Schweiz, Diss. Bern 1952.

FISCHLI ERNST. Die Menschenrechte in der Schweiz, in: Die Menschenrechte, Entwicklung–Stand–Zukunft, Wien/Stuttgart 1966, S. 82 ff.

FREUDENBERG REINHART. Konsularrecht, in: Strupp/Schlochauer, Wörterbuch des Völkerrechts, Zweiter Band, Berlin 1961, S. 287 f.

FRITZSCHE HANS. Der Schweizerische Juristenverein 1861–1960, Basel 1961.

- FRÖHLICH STEPHAN. Niederlassungsrecht und Freizügigkeit in der EWG und EFTA, Diss. Zürich 1964.
- GAMMENTHALER YOLANDE. Das Gemeindeprinzip der Reformierten Landeskirche, Diss. Zürich 1956.
- GIACOMETTI Z. Das Staatsrecht der schweizerischen Kantone, Zürich 1941.
- Schweizerisches Bundesstaatsrecht, Zürich 1949.
 - Allgemeine Lehren des rechtsstaatlichen Verwaltungsrechts, Erster Band, Zürich 1960.
- GRISEL ANDRÉ. Le contrôle des ordonnances fédérales en Suisse, in: Conseil d'Etat, Etudes et documents, Paris 1962, S. 187 ff.
- GRÜTZNER HEINRICH. Auslieferungsverbot und Asylrecht, in: Die Grundrechte, Band II, Berlin 1954.
- GUGGENHEIM PAUL. Niederlassungsverträge, SJK 662.
- Lehrbuch des Völkerrechts, Basel, Band I 1948, Band II 1951.
- GULDENER MAX. Das internationale und interkantonale Zivilprozeßrecht der Schweiz, Zürich 1951.
- HÄFLIGER HANS. Das Asylrecht nach Völkerrecht und nach dem schweizerischen öffentlichen Recht, Diss. Zürich 1943.
- HAGMANN HERMANN-MICHEL. Les travailleurs étrangers, chance et tourment de la Suisse, Diss. Lausanne 1966.
- HÄSLER ALFRED A. Das Boot ist voll, Zürich 1967.
- HAUSER MATHILD. Die den Ausländern in der Schweiz garantierten Freiheitsrechte, Diss. Zürich 1961.
- HESS PAUL-ALFRED. Die Internierung nach schweizerischem Fremdenpolizeirecht, Diss. Bern 1942.
- HOFMANN EMIL. Das schweizerische Fremdenpolizeirecht, in: Der Polizeibeamte 35. Jahrgang (1954) S. 129 ff.
- Die Erwerbstätigkeit im Sinne des schweizerischen Fremdenpolizeirechts, SJZ 51 S. 233 ff.
 - Über das Verhältnis der gerichtlichen Landesverweisung als Nebenstrafe zur administrativen Ausweisung, SJZ 53 S. 313 ff., 54 S. 15 ff.
- HOOL FRÉDÉRIC-HENRI. Les effets de la double nationalité en droit suisse, Diss. Neuenburg 1949.
- HUBER HANS. Die Vereinsfreiheit der Ausländer, in: Festschrift für Hermann Jahrreiß, Köln 1964.
- Die staats- und verwaltungsrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahre 1965, ZBJV 102 S. 415 ff.
- HUBER HANS RUDOLF. Verwaltungsrechtliche Auflagen und Bedingungen und ihr Zusammenhang mit dem Hauptinhalt von günstigen Verwaltungsakten, Diss. Zürich 1955.

- HUBER KLAUS. Die ausländischen Arbeitskräfte in der Schweiz, Diss. Bern 1963.
- HUBER MAX. Das Völkerrecht und der Mensch, in: Vermischte Schriften, Bd. 5, Zürich 1957, S. 317 ff.
- IMBODEN MAX. Schweizerische Verwaltungsrechtsprechung, 2. Aufl., Basel und Stuttgart 1964.
- KÄGI WERNER. Zur Entwicklung des schweizerischen Rechtsstaates seit 1848, ZSR NF 71 I, 1952, S. 175 f.
- KAMMERMANN IWAN WALTER. Die fremdenpolizeiliche Ausweisung von Ausländern aus der Schweiz, Diss. Bern 1948.
- KANEIN WERNER. Das Ausländergesetz, München und Berlin 1966; Ergänzungsband 1967.
- KAPPELER RUDOLF. Der Begriff der Staatsgefährlichkeit, Diss. Zürich 1952.
- KAUFMANN OTTO K. Verfassung, Gesetz und Verordnung im schweizerischen Rechtsstaat, ZBl 1949 S. 6 ff.
- Frauen, Italiener, Jesuiten, Juden und Anstaltsversorgte, in: Stillstand und Fortentwicklung im schweizerischen Recht, Bern 1965.
- KLEEMANN JOSEF. Die internationale Freizügigkeit der Arbeit, Diss. St. Gallen 1965.
- KOHLI ROBERT. Die Schweiz und die Internationalen Wirtschaftsorganisationen, ZSR NF 83 II, 1964, S. 345 ff.
- KOPP HANS W. Inhalt und Form der Gesetze, Diss. Zürich 1958.
- LANGHARD J. Das Recht der politischen Fremdenausweisung, Leipzig 1891.
- Das Niederlassungsrecht der Ausländer in der Schweiz, Zürich 1913.
 - Die politische Polizei der Schweizerischen Eidgenossenschaft, Bern 1909.
- LUDWIG CARL. Die Flüchtlingspolitik der Schweiz seit 1933 bis zur Gegenwart, Bern 1957.
- MAEDER ELMAR. Die Rechtsstellung des Ausländers in der Schweiz, in: Jahrbuch der Neuen Helvetischen Gesellschaft 1959, S. 191 ff.
- MARTI MAX BERNHARD. Die Handels- und Gewerbefreiheit der Ausländer in der Schweiz, Diss. Bern 1963.
- MATTER FRITZ. Die Richtlinien des Bundes bei der Anwendung des Art. 70 BV, Diss. Basel 1935.

- MEIER-HAYOZ ARTHUR, Berner Kommentar, Sachenrecht, Das Eigentum, Systematischer Teil und Allgemeine Bestimmungen, 4. Aufl., Bern 1966.
- MOUSKHELY, M. Les fondements philosophiques et sociologiques des droits de l'homme, in: La protection internationale des droits de l'homme dans le cadre européen, Annales de la Faculté de Droit et des Sciences politiques et économiques de Strasbourg, X, Paris 1961, S. 35 ff.
- MÜLLER ALBERT. Das Niederlassungsrecht der Ausländer in der Schweiz, Diss. Zürich 1925.
- MÜLLER EDWARD J. Grundzüge der Stellung des Flüchtlings im geltenden Völkerrecht, Diss. Freiburg 1952.
- MÜLLER ROLF WILFRIED. Geschichte und rechtliche Grundlagen des Asylrechts, Diss. Basel 1948.
- NEF HANS, Rechtsgleichheit, SJK 546.
- OFTINGER KARL. La situation des étrangers dans le nouveau droit commercial suisse, in: Revue pratique de droit international, 1937.
- PANCHAUD ANDRÉ. Légalité et révocabilité de la décision administrative, JdT 1963 S. 66 ff.
- PERRENOUD GEORGES. Régime des Privilèges et Immunités des Missions diplomatiques étrangères et des Organisations internationales en Suisse, Diss. Lausanne 1949.
- Rechtsstellung der ausländischen diplomatischen Vertreter in der Schweiz, SJK 831 b, c.
- PETITMERMET ROBERT. Les principes à la base du droit d'établissement des étrangers en Suisse, ZSR NF 42, 1923, S. 107 a ff.
- PFENNINGER HANS FELIX, Strafrechtliche Landesverweisung und administrative Ausweisung, SJZ 53 S. 316 ff.
- PROBST RAYMOND, Zwischenstaatliche Abgrenzung der Wehrpflicht, Diss. Bern 1955.
- REDARD ALBERT. Die diplomatischen Vertretungen, Diss. Bern 1948.
- REIMANN AUGUST. Die Quellensteuer für erwerbstätige Ausländer, ZBl 1966 S. 89 ff.
- ROTH ANDREAS HANS. The Minimum Standard of International Law applied to Aliens, Diss. Genf 1949.
- RUTH M. Das Fremdenpolizeirecht der Schweiz, Zürich 1934.
- SAND PAUL. Das Verfahren der administrativen Ausweisung der Ausländer aus der Schweiz, Diss. Bern 1928.

- SCHINDLER DIETRICH (sen.). Die Gleichheit der Kantone, in: Recht, Staat und Gemeinschaft, Zürich 1948, S. 147 ff.
- SCHINDLER WALTER. Die Fremdenausweisung aus politischen Gründen nach schweizerischem Bundesstaatsrecht, Diss. Zürich 1930.
- SCHNEIDER PETER. Das Recht auf die Heimat, München 1965.
- Güterabwägung im freiheitlichen Rechtsstaat, in: Integritas, Tübingen 1966, S. 355 ff.
- SCHNITZER ADOLF F. Handbuch des internationalen Privatrechts, 4. Aufl., Basel 1957/58.
- Fremdenrecht, in: Strupp/Schlochauer, Wörterbuch des Völkerrechts, Erster Band, Berlin 1960, S. 566 ff.
- SCHNYDER FELIX. Les aspects juridiques actuels du problème des réfugiés, RC 1965 I 339 ff.
- SCHORN HUBERT. Die Europäische Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten, Frankfurt am Main 1965.
- SCHULTZ HANS. Das schweizerische Auslieferungsrecht, Basel 1953.
- Neue Probleme des internationalen Strafrechts und des Auslieferungsrechtes, SJZ 60 S. 82 ff.
- SCHWARZENBACH WALTER. Staatsverträge der Kantone mit dem Ausland, Diss. Zürich 1926.
- SYZ RAYMOND. Konsularische Privilegien, Diss. Zürich 1947.
- STREKEISEN HANS. Die öffentlich-rechtliche Stellung der Ausländer in der Schweiz, Diss. Zürich 1912.
- THÉVENAZ HENRI, Liechtenstein, SJK 731.
- TRAUTVETTER PETER MARTIN. Die Ausweisung von Ausländern durch den Richter im schweizerischen Recht, Diss. Zürich 1957.
- TZAUT HENRI. Aufenthalt und Niederlassung der Ausländer, SJK 351.
- VERDROSS ALFRED. Les règles internationales concernant le traitement des étrangers, RC 37 (1931 III) S. 327 ff.
- Völkerrecht, 5. Aufl., Wien 1964.
- VEROSTA STEPHAN. Exterritorialität, in: Strupp/Schlochauer, Wörterbuch des Völkerrechts, Erster Band, Berlin 1960, S. 499 ff.
- VOIGT HEINZ ALEX. Der liberale Polizeibegriff und seine Schranken in der bundesgerichtlichen Judikatur, Diss. Zürich 1945.
- VON WALDKIRCH EDUARD. Die Grundsätze des Niederlassungsrechtes der Fremden in der Schweiz, ZSR NF 42, 1923, S. 56 a ff.
- WEBER ROLF. Die Verwaltungsrechtspflege des Bundesrates, Diss. Bern 1951.

WEHRLI BERNHARD. Wirtschaftliche Überfremdung, in: Handbuch der Schweizerischen Volkswirtschaft, Band II, Bern 1955.

WIEDERKEHR ALEX. Der Staat und seine Bürger im Ausland, Diss. Zürich 1963.

WIPFLI PETER. Die Genehmigungspflicht beim Grundstückerwerb, Diss. Zürich 1966.

ZUMSTEIN HANS. Die staatsrechtliche Beschwerde wegen Verletzung von Staatsverträgen, Diss. Bern 1951.