

**Jahrbuch für**  
**Annuaire du droit**  
**Migrationsrecht**  
**de la migration**

2005/2006

Alberto Achermann  
Martina Caroni  
Astrid Epiney  
Walter Kälin  
Minh Son Nguyen  
(Hrsg./éds.)



Stämpfli Verlag AG Bern  
Stämpfli Editions SA Berne

---

Alberto Achermann  
Martina Caroni  
Astrid Epiney  
Walter Kälin  
Minh Son Nguyen

**Jahrbuch für Migrationsrecht**  
**Annuaire du droit de la migration**

**2005/2006**

S22  
42  
2005/2006  
S2  
S4  
2005/2006

# **Jahrbuch für Migrationsrecht**

## **Annuaire du droit de la migration**

### **2005 / 2006**

Alberto Achermann  
Dr. iur., Fürsprecher, Bern  
Lehrbeauftragter an der Universität Freiburg

Martina Caroni  
Professorin an der Universität Luzern

Astrid Epiney  
Professorin an der Universität Freiburg

Walter Kälin  
Professor an der Universität Bern

Minh Son Nguyen  
Avocat et professeur à l'Université de Lausanne

(Hrsg./éds.)



Stämpfli Verlag AG Bern · 2006  
Stämpfli Editions SA Berne

AK 2006-2521  
HO

Umschlaggestaltung: grafikwerkstatt upart, Bern

Bibliografische Information Der Deutschen Bibliothek  
Die Deutsche Bibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.ddb.de> abrufbar.

Information bibliographique de Die Deutsche Bibliothek  
Die Deutsche Bibliothek a répertorié cette publication dans la Deutsche Nationalbibliografie; les données bibliographiques détaillées peuvent être consultées sur Internet à l'adresse <http://dnb.ddb.de>.

Alle Rechte vorbehalten, insbesondere das Recht der Vervielfältigung, der Verbreitung und der Übersetzung. Das Werk oder Teile davon dürfen ausser in den gesetzlich vorgesehenen Fällen ohne schriftliche Genehmigung des Verlags weder in irgendeiner Form reproduziert (z. B. fotokopiert) noch elektronisch gespeichert, verarbeitet, vervielfältigt oder verbreitet werden.

Tous droits réservés, en particulier le droit de reproduction, de diffusion et de traduction. Sans autorisation écrite de l'éditeur, l'œuvre ou des parties de celle-ci ne peuvent pas être reproduites, sous quelque forme que ce soit (photocopies, par exemple), ni être stockées, transformées, reproduites ou diffusées électroniquement, excepté dans les cas prévus par la loi.

© Stämpfli Verlag AG Bern · 2006

Gesamtherstellung:  
Stämpfli Publikationen AG, Bern

Printed in Switzerland

ISBN 3-7272-2761-3

© Stämpfli Editions SA Berne · 2006

Réalisation intégrale par  
Stämpfli Publications SA, Berne

## Vorwort

Das neue Ausländergesetz, über welches im September 2006 abgestimmt wird, bringt keine wirkliche Neuformulierung der Schweizer Ausländerpolitik. Wesentliche Grundsätze, die bisher in Verordnungen, namentlich in der Begrenzungsverordnung enthalten waren, finden sich nun auf Gesetzesstufe. Das duale System mit der Unterscheidung zwischen Angehörigen der EU und EFTA und den Personen aus dritten Staaten findet ebenfalls eine gesetzliche Grundlage. Einen Akzent setzt das Gesetz immerhin mit den Bestimmungen über die Integration, der ein eigenes Kapitel gewidmet ist, was wiederum zeigt, dass Integration nun tatsächlich als Aufgabe des Staates angesehen wird. Keine Lösung bringt das Gesetz für die offiziell geschätzten 80'000 bis 90'000 Ausländerinnen und Ausländer, die als sogenannte „Sans Papiers“ in der Schweiz leben. Und für Menschen aus Staaten ausserhalb der EU/EFTA bedeutet das Gesetz, dass sie als sehr qualifiziert gelten müssen, um auf den schweizerischen Arbeitsmarkt zugelassen zu werden, oder aber, dass sie versuchen müssen, gestützt auf die Bestimmungen über den Familiennachzug eine Aufenthaltsbewilligung zu erhalten.

Die Regelungen rund um das *Recht auf Familiennachzug* stehen denn auch im Zentrum der Referate der zweiten Schweizerischen Migrationsrechtstage; aufgezeigt wird, welche Auswirkungen das neue Ausländergesetz hier haben wird und wie das *Nachzugsrecht* – auch gegenüber Angehörigen von Drittstaaten – *in der EU* gehandhabt wird. Auch der Begriff des *Rechtsmissbrauchs im Ausländerrecht*, der anhand der Praxis des Bundesgerichts untersucht wird, findet oft in Nachzugsfällen Anwendung. Eine Abhandlung widmet sich schliesslich *Rechtsschutzfragen*, wie sie sich aus dem Zusammenspiel der Ausländerrechtgesetzgebung und der neuen Gerichtsverfassung ergeben. Das Jahrbuch enthält darüber hinaus *Rechtsprechungsberichte* und zeichnet die wesentlichen *Rechtsentwicklungen* in der Schweiz, in der EU und in weiteren internationalen Gremien nach.

An dieser Stelle möchten wir Herrn Tobias Meyer von der Universität Luzern und Frau Carole Wahlen von der Universität Lausanne für die vielfältige Unterstützung bei der Erarbeitung dieses Buches danken.

Bern, im August 2006

Alberto Achermann  
Martina Caroni  
Astrid Epiney

Walter Kälin  
Minh Son Nguyen

---

## Inhaltsverzeichnis

### Teil A Referate

- **Der Rechtsmissbrauch im Ausländerrecht, unter Berücksichtigung der Rechtsprechung des Bundesgerichts** ..... 3  
PETER UEBERSAX
- **Le regroupement familial dans la loi sur les étrangers et dans la loi sur l'asile révisée** ..... 31  
MINH SON NGUYEN
- **Zum Aufenthaltsrecht von Familienangehörigen im europäischen Gemeinschaftsrecht** ..... 49  
ASTRID EPINEY / ANDREA FAEH
- **Rechtsschutz im Ausländerrecht** ..... 91  
REGINA KIENER / MATHIAS KUHN

### Teil B Rechtsprechung

- **Die Rechtsprechung des Bundesgerichts 2005/2006 im Bereich des Ausländer- und Bürgerrechts** ..... 117  
ALBERTO ACHERMANN
- **Die Rechtsprechung der Schweizerischen Asylrekurskommission im Jahr 2005 und im 1. Halbjahr 2006** ..... 161  
KATHRIN BUCHMANN
- **Die Praxis des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte im Bereich des Ausländer- und Asylrechtes** ..... 189  
MARTINA CARONI

## Teil C Rechtsentwicklungen

- **La LEtr soumise au referendum** ..... 213  
MINH SON NGUYEN
- **Die Teilrevision des Asylgesetzes** ..... 221  
JÜRIG SCHERTENLEIB
- **Weitere Rechtsentwicklungen in der Schweiz** ..... 233  
ALBERTO ACHERMANN
- **Internationale Entwicklungen mit Bedeutung für die Schweiz**..... 253  
ALBERTO ACHERMANN

## Teil D Bibliografie

- **Bibliografie des schweizerischen Migrationsrechts 2005/2006**..... 287
- **Abkürzungsverzeichnis**..... 293
- **Verzeichnis der Autorinnen und Autoren**..... 297

renden und der Familienangehörigen, wobei folgende Kriterien maßgeblich sind:

- Wahrnehmung – auf Seiten des Zusammenführenden – der wirtschaftlichen Grundfreiheiten oder (lediglich) des allgemeinen Freizügigkeitsrechts der Unionsbürger;
- Unionsbürgerschaft oder Drittstaatsangehörigkeit des Zusammenführenden;
- Unionsbürgerschaft oder Drittstaatsangehörigkeit des Familienangehörigen, wobei bemerkenswert ist, dass die drittstaatsangehörigen Familienmitglieder eines Unionsbürgers weitgehend den Familienangehörigen mit Unionsbürgerschaft gleichgestellt sind.

Bei allen gemeinschaftlichen Regelungen betreffend die Familienzusammenführung sind aber jedenfalls die gemeinschaftlichen Grundrechte – wobei Art. 8 EMRK eine besondere Bedeutung zukommt – zu beachten. Insofern kann es dann durchaus – trotz der insbesondere in Bezug auf den Nachzug von Familienangehörigen von Drittstaatsangehörigen sehr (zu) weit gehenden Gestaltungsspielräume der Mitgliedstaaten – zu einer gewissen Annäherung der verschiedenen, in den einschlägigen sekundärrechtlichen Regelungen unterschiedlich ausgestalteten Konstellationen und Rechtsregime kommen. Hierbei wird die Rechtsprechung des EuGH wohl eine entscheidende Rolle spielen.

## Rechtsschutz im Ausländerrecht

Regina Kiener / Mathias Kuhn

### Inhaltsübersicht

I.	Einleitung.....	91
II.	Rechtsweggarantie und Erlasse der totalrevidierten Bundesrechtspflege.....	93
	1. Rechtsweggarantie.....	93
	2. Verwaltungsgerichtsgesetz.....	94
	3. Bundesgerichtsgesetz.....	96
III.	Rechtsmittelordnung im Ausländerrecht.....	98
	1. Grundsatz.....	98
	2. Vollzug des Ausländerrechts durch den Bund.....	99
	3. Vollzug durch Kantone.....	102
	4. Das Bundesgericht als oberste Rechtsmittelinstanz.....	104
IV.	Legitimation, Kognition, aufschiebende Wirkung, Fristen.....	108
	1. Beschwerderecht.....	108
	2. Beschwerdegründe und Kognition.....	111
	3. Aufschiebende Wirkung und Beschwerdefristen.....	112
V.	Fazit.....	113

### I. Einleitung

Das Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer<sup>1</sup> widmet dem Rechtsschutz ein eigenes, wenn auch kurzes Kapitel. Die einschlägigen Normen regeln das anwendbare Verfahren und die zuständigen Beschwerdeinstanzen; dazu kommt eine Sonderregelung betreffend Datenschutzbeschwerden<sup>2</sup>. Zudem enthält das Ausländergesetz in seinem materiellen Teil einzelne Verfahrensbestimmungen, welche von den Regeln der allgemeinen Verfahrenserlasse abweichen oder diese für das Ausländerrecht konkretisieren. Noch nicht in Kraft getreten, sind diese Bestimmungen heute schon weitgehend Makulatur. Die Rechtsschutzbestimmungen des Ausländergesetzes verweisen nämlich auf die Erlasse, Behörden und Verfahren der Bundesrechtspflege, die auf den 1. Januar 2007 – dem Inkrafttreten der totalrevidierten Bundesrechtspflege – überholt sein werden. Neu gelten das Bundesgesetz über das Bun-

<sup>1</sup> Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer (Ausländergesetz, AuG), vom 16. Dezember 2005, BBl 2005 S. 7365 ff.

<sup>2</sup> Art. 112 bis 114 AuG.

des Verwaltungsgericht<sup>3</sup> und das Bundesgesetz über das Bundesgericht<sup>4</sup>; von weit reichenden Änderungen betroffen ist das Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren<sup>5</sup>. Das Bundesgesetz über die Organisation der Bundesrechtspflege<sup>6</sup> wird auf diesen Zeitpunkt hin aufgehoben<sup>7</sup>.

Die neuen Erlasse finden auch auf die ausländerrechtlichen Verfahren Anwendung. Gesetzgebungstechnisch erfolgt die Anpassung des Ausländergesetzes an die neue Verfahrensordnung durch eine Parlamentsverordnung: Sowohl im Bundesgerichtsgesetz wie auch im Verwaltungsgerichtsgesetz findet sich eine Delegationsnorm, welche die Bundesversammlung ermächtigt, Verfahrensbestimmungen in Bundesgesetzen, die der allgemeinen Ordnung widersprechen, auf dem Verordnungsweg anzupassen<sup>8</sup>. Der Verordnungsgeber ist in seiner Aufgabe durch den Grundsatz der Gewaltenteilung beschränkt<sup>9</sup>. Die Parlamentsverordnung darf die formellgesetzliche Verfahrensordnung nicht derogieren, sondern muss sich darauf beschränken, die Rechtsschutzbestimmungen des Ausländergesetzes in die allgemeine Verfahrensordnung einzupassen. Zur Zeit liegt die entsprechende Verordnung noch nicht vor. Für eine detaillierte Analyse des Rechtsschutzes im Ausländerrecht ist es also zu früh. Die Rechtsschutzbestimmungen des Ausländergesetzes sind noch nicht definitiv und an die neue Rechtsmittelordnung angepasst formuliert. Zum neuen Verfahrensrecht besteht auch keine Gerichtspraxis, welche die Grundlage für eine umfassende Würdigung bilden könnte.

Vor diesem Hintergrund stehen die nachfolgenden Ausführungen. Den Anfang macht ein kurzer Überblick über die zentralen Erlasse der totalrevidierten Bundesrechtspflege (Ziff. II). Es folgt eine Darstellung der Auswirkungen der neuen Rechtsmittelordnung auf den Instanzenzug im Ausländerrecht (Ziff. III). Schliesslich werden – ebenfalls spezifisch mit Blick auf das Ausländerrecht – die Sachurteilsvoraussetzungen angesprochen (Ziff. IV).

<sup>3</sup> Bundesgesetz über das Bundesverwaltungsgericht (Verwaltungsgerichtsgesetz, VGG, vom 17. Juni 2005, BBl 2005 S. 4202 ff.).

<sup>4</sup> Bundesgesetz über das Bundesgericht (Bundesgerichtsgesetz, BGG, vom 17. Juni 2005, BBl 2005 S. 4045 ff.).

<sup>5</sup> Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren vom 20. Dezember 1968 (VwVG, SR 172.021); Änderungen gem. Anhang I der VGG, BBl 2005 S. 4114 ff.

<sup>6</sup> Bundesgesetzes über die Organisation der Bundesrechtspflege vom 16. Dezember 1943 (Bundesrechtspflegegesetz, OG, SR 173.110).

<sup>7</sup> Art. 131 Abs. 1 BGG.

<sup>8</sup> Art. 49 Abs. 2 VGG und Art. 131 Abs. 3 BGG.

<sup>9</sup> Pierre Tschanen, Staatsrecht der Schweizerischen Eidgenossenschaft, Bern 2004, § 27 Rz. 19 ff.

## II. Rechtsweggarantie und Erlasse der totalrevidierten Bundesrechtspflege

Im Rahmen der Totalrevision der Bundesrechtspflege haben Bundesversammlung und Bundesrat zahlreiche Gesetze und Verordnungen erlassen<sup>10</sup>. Für den Rechtsschutz in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten und damit auch für das Ausländerrecht zentral sind das Bundesgerichtsgesetz und das Verwaltungsgerichtsgesetz. Wichtige Neuerungen ergeben sich auch aus revidierten Bestimmungen des Verwaltungsverfahrensgesetzes. Zahlreiche Neuerungen beruhen auf der im Rahmen der Justizreform auf Verfassungsstufe geschaffenen Rechtsweggarantie (Art. 29a BV)<sup>11</sup>. Sie steht am Anfang der Darstellung.

### 1. Rechtsweggarantie

Die in Art. 29a BV formulierte Rechtsweggarantie gewährleistet in allen Rechtsstreitigkeiten Anspruch auf Beurteilung durch eine richterliche Behörde<sup>12</sup>. Das organisationsrechtliche Pendant zur grundrechtlichen Rechtsweggarantie – die Verpflichtung zur Bestellung richterlicher Behörden – findet sich für den Bund in Art 191a BV, für die Kantone in Art. 191b Abs. 1 BV<sup>13</sup>.

Garantiert ist der grundrechtliche Anspruch auf effektiven gerichtlichen Rechtsschutz in grundsätzlich allen Rechtsstreitigkeiten und damit neu auch in Verwaltungssachen. Art. 29a BV gibt aber keinen Anspruch auf ein Rechtsmittel und vermittelt deshalb auch kein generelles Recht auf Zugang zu einem höheren Gericht<sup>14</sup>. Die Rechtsweggarantie verlangt, dass Streitigkeiten mindestens einmal durch eine *richterliche* Instanz mit *voller Sachverhalts- und Rechtskontrolle* überprüfbar sind. Wie zu zeigen sein wird, vermag das

<sup>10</sup> Eine kurze Übersicht über die Gesetzesvielfalt gibt Heinrich Koller, Grundzüge der neuen Bundesrechtspflege und des vereinheitlichten Prozessrechts, ZBl 107/2006 S. 58 ff., S. 67 ff.

<sup>11</sup> Alle nachfolgend zitierten Verfassungsbestimmungen beziehen sich auf die Fassung der Justizreform (Bundesbeschluss über die Reform der Justiz, vom 8. Oktober 1999, BBl 1999 S. 8633), welche auf den 1. Januar 2007 in Kraft gesetzt wird.

<sup>12</sup> Vgl. zur Rechtsweggarantie Yvo Hangartner, Recht auf Rechtsschutz, AJP 2002; S. 131 ff.; Walter Kälin, Die Bedeutung der Rechtsweggarantie für die kantonale Verwaltungsjustiz, ZBl 1999, S. 49 ff.; Andreas Kley, Art. 29a BV, in Ehrenzeller/Mastronardi/Schweizer/Vallender (Hrsg.), Die schweizerische Bundesverfassung, Kommentar, Zürich 2002 (zit. St. Galler Kommentar), Rz. 1 ff.; René Rhinow, Grundzüge des Schweizerischen Verfassungsrechts, Basel 2003, Rz. 2594 ff.

<sup>13</sup> Vgl. Christiana Kiss/Heinrich Koller, St. Galler Kommentar (Anm. 12) zu Art. 191a und 191b BV.

<sup>14</sup> Vgl. Botschaft zur Totalrevision der Bundesrechtspflege vom 28. Februar 2001 (zit. Botschaft Bundesrechtspflege) S. 4249 sowie Esther Tophinke, Bedeutung der Rechtsweggarantie für die Anpassung der kantonalen Gesetzgebung, ZBl 107 (2006) S. 88 ff., S. 91; Kley (Anm. 12), Rz. 6.



Bundesgericht aufgrund seiner beschränkten Kognition diesen Anspruch *nicht* einzulösen<sup>15</sup>.

Die Rechtsweggarantie verpflichtet auch die Kantone. Sie müssen im Bereich des gesamten öffentlichen Rechts und damit auch in Sachbereichen, die bisher keinem ordentlichen Rechtsmittel an das Bundesgericht unterstanden, eine richterliche Überprüfung vorsehen<sup>16</sup>.

Die Rechtsweggarantie gilt nicht absolut. Gemäss Art. 29a Satz 2 BV können Bund und Kantone durch Gesetz die richterliche Beurteilung in Ausnahmefällen ausschliessen. Verfassungskonform ist eine Ausnahme nur, wenn die fragliche Materie im formellen Gesetz ausdrücklich der gerichtlichen Zuständigkeit entzogen ist. Angesprochen sind Hoheitsakte, welche sich aufgrund ihres hohen politischen Wertungsanteils nicht für die gerichtliche Beurteilung eignen. Dies betrifft insbesondere Entscheide mit vorwiegend politischem Charakter, Hoheitsakte von Parlamenten bzw. Regierungen und Hoheitsakte im Bereich der politischen Rechte<sup>17</sup>. Im Anwendungsbereich spezieller Rechtsweggarantien, wie sie sich in der Bundesverfassung, aber auch in den Verträgen des internationalen Menschenrechtsschutzes finden<sup>18</sup>, muss der gerichtliche Rechtsschutz ausnahmslos gewährleistet sein.

## 2. Verwaltungsgerichtsgesetz

Mit der Reform der Justizverfassung wurde in Art. 191a Abs. 2 BV die Grundlage geschaffen, richterliche Behörden zur Beurteilung von öffentlich-rechtlichen Streitigkeiten aus dem Zuständigkeitsbereich der Bundesverwaltung einzurichten. Der Gesetzgeber hat diese Vorgaben im Verwaltungsgerichtsgesetz konkretisiert und das Bundesverwaltungsgericht als neues Gericht des Bundes eingesetzt. Das Gesetz regelt in erster Linie Fragen der Organisation und Zuständigkeit; für das Verfahren wird in Art. 37 VGG auf das Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren verwiesen.

### a. Das Bundesverwaltungsgericht

Das Bundesverwaltungsgericht ersetzt die rund 30 Rekurskommissionen des Bundes, welche als Vorinstanzen des Bundesgerichts eingesetzt waren oder aber – wie etwa die Asylrekurskommission – auch letztinstanzliche Entschei-

<sup>15</sup> Vgl. dazu hinten Ziff. IV.2.a.

<sup>16</sup> Vgl. Christoph Auer, Auswirkungen der Reorganisation der Bundesrechtspflege auf die Kantone, ZBl 107 (2006) S. 121 ff.; Tophinke (Anm. 14), S. 108 ff.

<sup>17</sup> Vgl. Botschaft über eine neue Bundesverfassung vom 20. November 1996, S. 524; Kley (Anm. 12), Rz. 10 ff.; Rhinow (Anm. 12), Rz. 2604 ff.; Tophinke (Anm. 14), S. 96 ff.

<sup>18</sup> Insbesondere Art. 31 und 32 BV, Art. 5 Ziff. 4 und Art. 6 Ziff. 1 EMRK, Art. 9 und 14 UNO-Pakt II.

de fällen<sup>19</sup>. Darüber hinaus übernimmt das Gericht Aufgaben der unter der alten Verfahrensordnung regelmässig zuständigen verwaltungsinternen Beschwerdeinstanzen<sup>20</sup>, namentlich der Departemente<sup>21</sup>. Damit trägt das Bundesverwaltungsgericht einen wesentlichen Anteil an der Umsetzung der Rechtsweggarantie<sup>22</sup>. Dieses Konzept hat zur Folge, dass sich die letztinstanzliche Entscheidungskompetenz der Departemente und des Bundesrats auf einige wenige, durch das formelle Gesetz von der Rechtsweggarantie ausgenommene, Streitsachen beschränkt. Die Zuständigkeit des EJPD als Rechtspflegeinstanz im Bereich des Ausländerrechts wird deshalb weitgehend entfallen.

Das Bundesverwaltungsgericht leistet aber auch einen Beitrag zur Entlastung des Bundesgerichts. Wo das Völkerrecht dem Einzelnen einen Anspruch auf richterliche Beurteilung gewährt, wurde dieser Anspruch im Bund in der Regel durch das Bundesgericht erfüllt. Künftig wird in solchen Fällen auch ein Entscheid des Bundesverwaltungsgerichts genügen.

So ist es aus der Optik des internationalen Rechts nicht mehr erforderlich, dass das Bundesgericht (entgegen der in Art. 100 Abs. 1 Bst. b OG vorgesehenen Ausnahmebestimmung) über die Rechtmässigkeit von *Einreisesperren gegen Staatsangehörige eines EU-Staates* entscheidet<sup>23</sup>. Der in Art. 11 Abs. 3 Feizügigkeitsabkommen<sup>24</sup> formulierte Anspruch auf Berufung beim „zuständigen nationalen Gericht“ kann aufgrund der beschränkten Kognition des Bundesgerichts<sup>25</sup> einzig durch das Bundesverwaltungsgericht eingelöst werden.

### b. Zuständigkeit

Das Bundesverwaltungsgericht ist das allgemeine Verwaltungsgericht des Bundes<sup>26</sup>. Es beurteilt Beschwerden gegen Verfügungen nach Art. 5 VwVG<sup>27</sup>, d.h. Verfügungen gestützt auf öffentliches Recht des Bundes.

Hauptaufgabe des Bundesverwaltungsgerichts ist die Beurteilung von öffentlich-rechtlichen Streitigkeiten aus dem *Zuständigkeitsbereich der Bundesver-*

<sup>19</sup> Vgl. Botschaft Bundesrechtspflege S. 4224, 4249 ff. und 4376 ff..

<sup>20</sup> Art. 47 Abs. 1 Bst. c VwVG.

<sup>21</sup> Z.B. des Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartements, welches gemäss Art. 20 des Bundesgesetzes vom 26. März 1931 über Aufenthalt und Niederlassung der Ausländer (ANAG, SR 142.20) in bestimmten Fällen über Verfügungen des Bundesamtes für Migration entscheidet.

<sup>22</sup> Vgl. dazu vorne Ziff. II.1.

<sup>23</sup> Vgl. BGE 131 II 353 E. I S. 353 ff.

<sup>24</sup> Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft einerseits und der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten andererseits über die Freizügigkeit abgeschlossen am 21. Juni 1999 (FZA, SR 0.142.112.681).

<sup>25</sup> Siehe dazu hinten Ziff. IV.2.a.

<sup>26</sup> Art. 1 Abs. 1 VGG.

<sup>27</sup> Art. 32 VGG.

waltung<sup>28</sup>. Die Beschwerde erweist sich in zwei Fällen als unzulässig: Erstens, wenn eine Materie des in Art. 32 Abs. 1 VGG formulierten Ausnahmekatalogs gegeben ist. Zweitens, wenn das Spezialgesetz die Streitigkeit der Einsprache oder der Beschwerde an eine andere Instanz unterstellt<sup>29</sup>.

So werden ausländerrechtliche Verfügungen des Bundesamtes für Migration künftig mit Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht angefochten. Der Ausnahmekatalog führt ausländerrechtliche Streitigkeiten nicht auf, und im Ausländergesetz findet sich keine, die allgemeine Zuständigkeit derogierende spezialgesetzliche Regelung.

Selbst wenn sie sich auf öffentliches Recht des Bundes stützen, unterliegen *Verfügungen kantonaler Instanzen* nur dann der Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht, wenn ein Bundesgesetz dies ausdrücklich vorsieht<sup>30</sup>. Das Ausländergesetz enthält keine einschlägige Bestimmung, und die Anpassungsverordnung der Bundesversammlung bietet aufgrund der Normstufe keine genügende gesetzliche Grundlage für die Einrichtung eines Instanzenzugs vom Kanton an das Bundesverwaltungsgericht.

### c. Verfahren

Gemäss Art. 37 VGG richtet sich das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht nach dem Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, soweit das Verwaltungsgerichtsgesetz selber nichts anderes bestimmt. Damit bleibt es im Grundsatz bei der Regelung, die bis anhin für das Verfahren vor den Rekurskommissionen und den verwaltungsinternen Beschwerdeinstanzen anwendbar war<sup>31</sup>.

## 3. Bundesgerichtsgesetz

Das Bundesgerichtsgesetz tritt an die Stelle des Bundesgesetzes über die Organisation der Bundesrechtspflege. Im Gegensatz zum Verwaltungsgerichtsgesetz liegt das Gewicht der Revision nicht auf der Neuordnung der Rechtsmittelinstanzen, sondern auf der *Rechtsmittelordnung*. Neben der Entlastung des Bundesgerichts war die rasche und wirksame Gewährleistung von gerichtlichem Rechtsschutz ein erklärtes Ziel der Revision. Dies erforderte in erster Priorität eine Vereinfachung der Verfahren und der Rechtswege<sup>32</sup>. Das neue Rechtsmittelsystem umfasst je eine ordentliche Beschwerde gegen Ent-

<sup>28</sup> Art. 191a Abs. 2 BV, Art. 33 VGG; Botschaft Bundesrechtspflege S. 4249 f.

<sup>29</sup> Art. 32 Abs. 2 VGG.

<sup>30</sup> Vgl. Art. 33 Bst. i VGG, dazu Botschaft Bundesrechtspflege S. 4250.

<sup>31</sup> Vgl. Art. 71a i.V.m. Art. 44 VwVG 1968.

<sup>32</sup> Botschaft Bundesrechtspflege S. 4233; vgl. auch *Koller* (Anm. 10), S. 74 ff. sowie *Regina Kiener/Mathias Kuhn*, Das neue Bundesgerichtsgesetz – eine vorläufige Würdigung, ZBl 107 (2006) S. 141 ff., S. 145 ff.

scheide aus dem Gebiet des Zivilrechts, des Strafrechts und des öffentlichen Rechts<sup>33</sup>. Das System der Einheitsbeschwerden wurde in den parlamentarischen Beratungen durch eine subsidiäre Verfassungsbeschwerde ergänzt<sup>34</sup>.

### a. Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten

Die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten ist das *ordentliche Rechtsmittel*, um in *öffentlich-rechtlichen Streitigkeiten* Rechtsschutz vor Bundesgericht zu finden. Das neue Rechtsmittel fasst die Verwaltungsgerichtsbeschwerde gemäss Art. 97 ff. OG und die staatsrechtliche Beschwerde gemäss Art. 84 ff. OG zu einer „Einheits“Beschwerde zusammen. Die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten ist folglich sowohl gegen kantonale Erlasse als auch gegen alle Entscheide gegeben, die in Anwendung von *eidgenössischem oder kantonalem öffentlichem Recht* ergangen sind<sup>35</sup>. Im vorliegenden Zusammenhang steht der Rechtsschutz im bundesrechtlich geregelten Ausländerrecht in Frage. Deshalb ist vorab die Beschwerde gegen Entscheide und damit das Verfahren der Einzelaktkontrolle gemäss Art. 82 Bst. a BGG von Bedeutung. Die prinzipielle Zuständigkeit des Bundesgerichts wird durch einen umfangreichen *Ausnahmekatalog* durchbrochen<sup>36</sup>. Darin – in Art. 83 Bst. c BGG – finden sich auch Ausnahmen, welche das Ausländerrecht ansprechen.

Wirksame Entlastung des Bundesgerichts verspricht sich der Gesetzgeber aus dem Umstand, dass das Gericht auch in öffentlich-rechtlichen Streitigkeiten nicht mehr als erste richterliche Behörde entscheidet. Entsprechend sind als *Vorinstanzen* des Bundesgerichts Gerichte oder richterliche Behörden eingesetzt, darunter prominent das Bundesverwaltungsgericht<sup>37</sup>. Auch die Kantone müssen als unmittelbare Vorinstanzen *obere Gerichte* einsetzen<sup>38</sup>. Dieser Grundsatz wird einzig für Entscheide mit vorwiegend politischem Charakter durchbrochen. Hier darf anstelle eines Gerichts auch eine andere Behörde als unmittelbare Vorinstanz des Bundesgerichts entscheiden<sup>39</sup>.

<sup>33</sup> Art. 72 ff. BGG betr. Beschwerde in Zivilsachen, Art. 78 ff. BGG betr. Beschwerde in Strafsachen, Art. 82 ff. BGG betr. Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten.

<sup>34</sup> Art. 113 ff. BGG. Zum Werdegang dieser Bestimmung vgl. *Kiener/Kuhn* (Anm. 32), S. 143 ff.; *Peter Karlen*, Das neue Bundesgerichtsgesetz, Basel 2006, S. 1 ff.

<sup>35</sup> Art. 82 BGG.

<sup>36</sup> Art. 83 ff. BGG.

<sup>37</sup> Die Beschwerde zulässig gegen Entscheide des Bundesverwaltungsgerichts, des Bundesstrafgerichts, der unabhängigen Beschwerdeinstanz für Radio und Fernsehen sowie gegen Entscheide letzter kantonaler Instanzen, sofern das Bundesrecht nicht eine Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht zulässt (Art. 86 Abs. 1 BGG).

<sup>38</sup> Vgl. *Auer* (Anm. 16), S. 123.

<sup>39</sup> Art. 86 Abs. 3 BGG. Zur Tragweite dieses Grundsatzes *Tophinke* (Anm. 14), S. 98 ff.

### b. Subsidiäre Verfassungsbeschwerde

Die Rechtsmittelordnung der ordentlichen Einheitsbeschwerden wird durch die subsidiäre Verfassungsbeschwerde ergänzt<sup>40</sup>. Im Verhältnis zur Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten aktualisiert sich die Verfassungsbeschwerde, wenn die ordentliche Beschwerde funktional ausgeschlossen bleibt, sei es, weil eine im Ausnahmekatalog genannte Ausnahme greift, sei es, weil eine Streitwertgrenze nicht erreicht wird bzw. keine Streitigkeit von grundsätzlicher Bedeutung vorliegt<sup>41</sup>. Die subsidiäre Verfassungsbeschwerde ist nicht mit der staatsrechtlichen Beschwerde gemäss Art. 84 ff. OG identisch. Anfechtungsobjekt sind gemäss Art. 113 BGG einzig *Entscheide letzter kantonaler Instanzen*. Die Verfügungsgrundlage spielt dabei keine Rolle, der angefochtene Entscheid kann sich auf kantonales Recht oder auch auf Bundesrecht stützen. Damit ist gleichzeitig gesagt, dass Entscheide von Bundesbehörden nicht mit subsidiärer Verfassungsbeschwerde anfechtbar sind. Wird eine Streitigkeit von der ordentlichen Beschwerde an das Bundesgericht ausgenommen, ist der Entscheid (in der Regel: des Bundesverwaltungsgerichts) endgültig.

Das Verfahren der subsidiären Verfassungsbeschwerde wird in Art. 114 ff. BGG geregelt. Für die kantonalen Vorinstanzen gelten die gleichen Anforderungen wie bei der ordentlichen Beschwerde (Art. 114 BGG)<sup>42</sup>.

## III. Rechtsmittelordnung im Ausländerrecht

### 1. Grundsatz

Unbesehen der mit der Totalrevision angestrebten Vereinfachung des Rechtsmittelsystems bleibt es beim Grundsatz des mehrstufigen Instanzenzugs. Dieser führt im Regelfall direkt vor ein Gericht, mit der Möglichkeit der Überprüfung durch eine zweite Gerichtsinstanz.

Für die Rechtsmittelwahl in ausländerrechtlichen Streitigkeiten sind zunächst die *spezialgesetzlichen* Rechtsschutzbestimmungen des Ausländergesetzes zu beachten<sup>43</sup>. Bieten sie keinen Aufschluss über das zulässige Rechtsmittel und

die zuständige Beschwerdeinstanz, richtet sich der Instanzenzug nach den allgemeinen Bestimmungen der eidgenössischen bzw. kantonalen Verfahrenserlasse.

Zwei Konstellationen gilt es zu unterscheiden:

- Liegt der Vollzug des Ausländerrechts bei einer Behörde des *Bundes*, sind deren Verfügungen in Anwendung von Art. 31 ff. VGG grundsätzlich mit *Beschwerde ans Bundesverwaltungsgericht* anfechtbar (nachfolgend Ziff. 2).
- Liegt der Vollzug bei den *Kantonen*, sind zunächst die Rechtsmittel des kantonalen Rechts zu ergreifen (Ziff. 3).

In beiden Konstellationen bleibt anschliessend die öffentlich-rechtliche *Beschwerde ans Bundesgericht* zu prüfen. Dieses Rechtsmittel ist im Grundsatz sowohl gegen Entscheide des Bundesverwaltungsgerichts als auch gegen Entscheide der letzten kantonalen Instanzen gegeben (Ziff. 4)<sup>44</sup>.

## 2. Vollzug des Ausländerrechts durch den Bund

### a. Grundsatz: Zulässigkeit der Beschwerde ans Bundesverwaltungsgericht

Ausländerrechtliche Verfügungen von Bundesbehörden unterstehen der Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht. Der Ausnahmekatalog des Verwaltungsgerichtsgesetzes (Art. 32 Abs. 1 VGG) enthält *keine Ausnahmebestimmung* für das Ausländerrecht. Auch sehen die Rechtsschutzbestimmungen des Ausländergesetzes keine besondere Einsprache- oder Beschwerdemöglichkeit an eine andere Instanz vor, welche eine Ausnahme im Sinne von Art. 32 Abs. 2 VGG zu begründen vermöchte. Die – in der Regel vom Bundesamt für Migration erlassenen – Verfügungen werden also in erster Instanz beim Bundesverwaltungsgericht angefochten.

Eine genauere Analyse der Ausnahmebestimmungen zeigt nun, dass dieser Grundsatz mit Art. 32 Abs. 1 Bst. a VGG punktuell durchbrochen wird. Verfügungen auf dem Gebiet der *inneren und äusseren Sicherheit des Landes*, des diplomatischen Schutzes oder andere auswärtige Angelegenheiten sind von der Beschwerde ans Bundesverwaltungsgericht ausgenommen. Diese Regelung findet im Sinn einer *Gegenausnahme* keine Anwendung, wenn das *Völkerrecht* einen *Anspruch auf gerichtliche Beurteilung* einräumt<sup>45</sup>. Soweit also eine ausländerrechtliche Verfügung die Wahrung der inneren oder äusseren Sicherheit der Schweiz bezweckt und keine völkerrechtliche Bestim-

<sup>40</sup> Art. 113 ff. BGG.

<sup>41</sup> Vgl. *Koller* (Anm. 10), 57 ff. und S. 79.

<sup>42</sup> Für die weiteren Sachurteilsvoraussetzungen vgl. hinten Ziff. III.4.c und IV.

<sup>43</sup> Gemäss der ursprünglichen Regelung von Art. 113 AuG kann gegen Verfügungen des Bundesamtes für Migration beim Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartement Beschwerde erhoben werden, sofern nicht die Schweizerische Asylrekurskommission zuständig ist (Abs. 1). Beschwerdeentscheide letzter kantonaler Instanzen und eidgenössischer Departemete sind endgültig, sofern dagegen nicht die Verwaltungsgerichtsbeschwerde ans Bundesgericht zulässig ist (Abs. 2).

<sup>44</sup> Art. 82 ff. BGG.

<sup>45</sup> Art. 32 Abs. 1 Bst. a letzter Satzteil VGG; vgl. auch Botschaft Bundesrechtspflege S. 4387 f. (der Bundesrat geht davon aus, dass diese Gegenausnahme selten zutreffen dürfte).

mung einen Anspruch auf richterliche Überprüfung gewährt, bleibt die Beschwerde ans Bundesverwaltungsgericht ausgeschlossen. Aus der Optik der Rechtsweggarantie handelt es sich um Anordnungen mit *überwiegend politischem Charakter*, die sich für eine richterliche Überprüfung nicht eignen. Eine Ausnahme von der Rechtsweggarantie und damit dem Anspruch auf gerichtliche Beurteilung ist hier gerechtfertigt und verfassungsrechtlich zulässig<sup>46</sup>.

Der Einschätzung des Bundesrates zufolge zeigt sich die innere oder äussere Sicherheit bedroht, wenn der Vorrang der staatlichen Gewalt im militärischen und politischen Bereich gefährdet ist. Entsprechende Bedrohungen ergeben sich insbesondere durch Terrorismus, gewalttätigen Extremismus, illegalen Nachrichtendienst, organisierte Kriminalität sowie aus Handlungen und Bestrebungen, welche die gegenwärtigen Beziehungen der Schweiz zu anderen Staaten ernsthaft gefährden oder auf eine gewaltsame Änderung der staatlichen Ordnung abzielen<sup>47</sup>.

Ist die Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht ausgeschlossen, führt der Rechtsmittelweg mit einer Verwaltungsbeschwerde an die *Aufsichtsbehörde*, ausser das Bundesrecht würde ausdrücklich eine andere Instanz bezeichnen<sup>48</sup>. Letztinstanzlich ist bei Streitigkeiten auf dem Gebiet der inneren und äusseren Sicherheit des Landes die Verwaltungsbeschwerde an den Bundesrat gegeben<sup>49</sup>.

#### b. Zur Illustration: Zwei Beispiele

Gestützt auf Art. 67 Abs. 1 AuG kann das Bundesamt für Migration gegenüber Ausländerinnen und Ausländern *Einreiseverbote* verfügen. Diese Massnahme steht beispielsweise gegenüber Personen offen, welche gegen die öffentliche Sicherheit und Ordnung in der Schweiz oder im Ausland verstossen haben oder diese gefährden. Betroffen sind auch Personen, welche Sozialhilfekosten verursacht haben, ausgeschafft worden sind oder in Vorbereitungs-, Ausschaffungs- bzw. Durchsetzungshaft genommen wurden. Diese *polizeilich* oder *administrativ motivierten Einreiseperrren* sind ausländerrechtliche Massnahmen, die der Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht unterstehen.

Ausländerinnen und Ausländer können jedoch auch zur *Wahrung der inneren oder der äusseren Sicherheit* von der Schweiz *ferngelassen* werden. Diesfalls

wird das Einreiseverbot in Anwendung von Art. 67 Abs. 2 AuG durch das Bundesamt für Polizei verfügt. Zur Wahrung der Sicherheit des Landes kann diese Behörde unliebsame Ausländerinnen und Ausländer auch *ausweisen*<sup>50</sup>. In beiden Fällen scheidet die Beschwerde ans Bundesverwaltungsgericht an der Ausnahmeklausel in Art. 32 Abs. 1 Bst. a VGG, welche Angelegenheiten der inneren und äusseren Sicherheit von der verwaltungsgerichtlichen Überprüfung ausnimmt. Die vom Bundesamt für Polizei verfügten Einreiseverbote oder *Ausweisungen* werden in erster Instanz beim *Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartement*<sup>51</sup> und letztinstanzlich beim *Bundesrat* angefochten<sup>52</sup>. Mit Rücksicht auf die grundlegende Bedeutung der verfassungsrechtlich garantierten Rechtsweggarantie sind Ausweisungen oder Einreiseverbote nur mit Zurückhaltung als Massnahmen zur Wahrung der inneren oder äusseren Sicherheit zu qualifizieren. Und selbst wenn triftige Gründe für eine Gefährdung der Sicherheit des Landes sprechen, bleibt gemäss Art. 32 Abs. 1 Bst. a VGG zu prüfen, ob nicht ein völkerrechtlicher Anspruch auf gerichtliche Beurteilung besteht. Für Staatsangehörige der Mitgliedstaaten der Europäischen Gemeinschaft kann sich ein solcher Anspruch beispielsweise aus dem Freizügigkeitsabkommen ergeben<sup>53</sup>. Diesfalls führt der Rechtsmittelweg an das Bundesverwaltungsgericht<sup>54</sup>.

#### c. Sonderfall: Kantonswechsel vorläufig Aufgenommener

Fragwürdig ist die spezialgesetzliche Regelung des Instanzenzugs bezüglich des Kantonswechsels von vorläufig aufgenommenen Ausländerinnen und Ausländern. Die Verfügungskompetenz liegt beim Bundesamt für Migration, welches im Prinzip *endgültig* über den Kantonswechsel entscheidet. Die Verfügung kann einzig dann angefochten werden, wenn gerügt wird, sie verletze den Grundsatz der Einheit der Familie<sup>55</sup>.

Die Genese dieser Bestimmung lässt sich nicht nachvollziehen<sup>56</sup>. Der Gesetzgeber hat seine Hausaufgaben jedenfalls insofern gemacht, als Entscheide über den Kantonswechsel das in Art. 8 EMRK garantierte Recht auf Achtung des Familienlebens zu verletzen geeignet sind und Art. 13 EMRK jeder Person, die in konventionsrechtlich anerkannten Rechten oder Freiheiten verletzt worden ist, ein *Recht auf eine wirksame Beschwerde* gewährleistet.

<sup>46</sup> Vgl. Botschaft Bundesrechtspflege S. 4387; *Tophinke* (Anm. 14), S. 98 ff.

<sup>47</sup> Vgl. Botschaft zum Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer vom 8. März 2002 (Botschaft AuG), S. 3814; vgl. zum Begriff der Inneren und Äusseren Sicherheit auch *Urs Saver*, St.Galler Kommentar (Anm. 12) zu Art. 173 Abs. 1 Bst. b, Rz. 35 und Art. 185 BV, Rz. 27; *Alexander Ruch*, Äussere und Innere Sicherheit, in: *Thürer/Aubert/Müller* (Hrsg.), Verfassungsrecht der Schweiz, § 57.

<sup>48</sup> Art. 47 Abs. 1 i.V.m. Art. 73 VwVG.

<sup>49</sup> Art. 72 Bst. a VwVG.

<sup>50</sup> Art. 68 AuG.

<sup>51</sup> Art. 47 Abs. 1 i.V.m. Art. 73 VwVG.

<sup>52</sup> Art. 72 Bst. a VwVG.

<sup>53</sup> Vgl. Art. 11 Abs. 3 FZA; BGE 131 II 353 E. 1 S. 353 ff.

<sup>54</sup> Art. 31 Abs. 1 Bst. a VGG.

<sup>55</sup> Art. 85 Abs. 3 und 4 AuG.

<sup>56</sup> Die Botschaft AuG nimmt zu den verfahrensrechtlichen Fragen keine Stellung (vgl. BBl 2002 S. 3709 ff., S. 3818 f. zu Art. 80 E-AuG); in den parlamentarischen Beratungen wurde dieser Bestimmung diskussionslos zugestimmt.

Die Beschränkung des Rechtsschutzes auf die zwingenden Anforderungen des Völkerrechts greift indessen zu kurz. Rechtsschutz wird auch durch die Bundesverfassung garantiert: Die Rechtsweggarantie gewährleistet bei allen Rechtsstreitigkeiten einen verfassungsrechtlichen Anspruch auf Beurteilung durch eine richterliche Behörde, der nur in Ausnahmefällen durchbrochen werden darf<sup>57</sup>. Wird die Regelung in Art. 85 Abs. 3 und 4 AuG an diesen Forderungen gemessen, wird der *Widerspruch zur verfassungsrechtlich garantierten Rechtsweggarantie* offenkundig. Der Entscheid über den Kantonswechsel von vorläufig aufgenommenen Personen gehört materiell nicht zum Kreis jener Fälle, welche eine Ausnahme von der gerichtlichen Beurteilung im Sinne von Art. 29a Satz 2 BV rechtfertigen. Dass der Entscheid einer gerichtlichen Überprüfung zugänglich ist, zeigt sich eindrücklich durch die vom Gesetzgeber anerkannte Anfechtungsmöglichkeit mit der Rüge der Verletzung von Art. 8 EMRK. Im Ergebnis erweist sich Art. 85 Abs. 3 AuG als *verfassungswidrig*. Eine verfassungskonforme Auslegung ist aufgrund des klaren Wortlauts kaum möglich, eine Aufhebung der Norm im gerichtlichen Verfahren scheitert am verfassungsrechtlich vorgeschriebenen Gebot der Anwendung auch verfassungswidriger Bundesgesetze (Art. 191 BV). Den verfassungskonformen Zustand kann einzig der Gesetzgeber herstellen.

Mit einer Streichung von Art. 85 Abs. 3 und 4 AuG würde die allgemeine Verfahrensordnung nach Massgabe des Verwaltungsgerichtsgesetzes und des Bundesgerichtsgesetzes aufleben. Die Verfügung des Bundesamtes für Migration würde der Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht unterstehen (Art. 31 ff. VGG). Die Anfechtung des Beschwerdeentscheides beim Bundesgericht wäre aufgrund der Ausnahmeregelung in Art. 83 Bst. c Ziff. 2 BGG nur insoweit möglich, als das Völkerrecht einen entsprechenden Anspruch formuliert. Dies ist einzig im Fall des Familiennachzugs (Art. 8 EMRK) zu bejahen.

### 3. Vollzug durch Kantone

#### a. Auswirkungen der Rechtsweggarantie und des Bundesgerichtsgesetzes auf den Instanzenzug

Nach dem geltenden Bundesrecht sind die Kantone nicht verpflichtet, gegen jede ausländerrechtliche Verfügung den Rechtsweg an eine richterliche Behörde zu öffnen.

Gemäss Art. 98a OG müssen die Kantone als letzte kantonale Instanzen richterliche Behörden vorsehen, wenn gegen deren Entscheide unmittelbar die Verwaltungsgerichtsbeschwerde an das Bundesgericht zulässig ist. Dieses Rechtsmittel wird durch Art. 100 Abs. 1 Bst. b Ziff. 3 OG auf dem hier interessierenden Gebiet der Fremdenpolizei ausgeschlossen, wenn auf die Erteilung von Bewilligungen *kein Rechtsanspruch* besteht. Ent-

<sup>57</sup> Vgl. dazu vorne Ziff. II.1.

sprechend sehen zahlreiche Kantone gegen Verfügungen und Entscheide betreffend der Erteilung ausländerrechtlicher Bewilligungen nur dann eine gerichtliche Beschwerdemöglichkeit vor, wenn deren Erteilung auf *einem Rechtsanspruch beruht*<sup>58</sup>. Haben die Betroffenen keinen Anspruch auf Erteilung einer Bewilligung, steht ihnen im Kanton in der Regel einzig der *verwaltunginterne Rechtsweg* offen.

Neu müssen die Kantone den Rechtsweg an eine richterliche Instanz ermöglichen, selbst wenn kein Anspruch auf Erteilung einer ausländerrechtlichen Bewilligung besteht. Der Zugang zu einem Gericht ist Folge der verfassungsrechtlichen Rechtsweggarantie und besteht deshalb unbeschrieben des Umstandes, ob die ordentliche Beschwerde ans Bundesgericht gesetzlich ausgeschlossen ist oder nicht. Dass das Bundesgerichtsgesetz in Art. 83 Bst. c Ziff. 2 BGG das Ausländerrecht zu weiten Teilen von der Beschwerde an das Bundesgericht ausnimmt, entbindet die Kantone nicht von der Pflicht, *gegen sämtliche, von kantonalen Behörden getroffenen ausländerrechtlichen Verfügungen* eine Beschwerdemöglichkeit an eine richterliche Instanz vorzusehen. Nun erlaubt die Bundesverfassung (Art. 29a BV) Bund und Kantonen, in Ausnahmefällen die richterliche Beurteilung gesetzlich auszuschliessen<sup>59</sup>. Die Regelungskompetenz liegt dabei nicht etwa beim Gesetzgeber des anwendbaren Verfahrenserlasses. Vielmehr muss sich die Ausnahme aus jenem Gesetz ergeben, welches die materiell-rechtliche Grundlage für die umstrittene Verfügung bildet. Da die Bundesverfassung die Gesetzgebung über die Ein- und Ausreise, den Aufenthalt und die Niederlassung von Ausländerinnen und Ausländern sowie über die Gewährung von Asyl dem Bund zuweist<sup>60</sup> und der Bundesgesetzgeber den Kantonen auch nicht zugesteht, im Bereich des Vollzugs des Ausländerrechts von der Rechtsweggarantie abzuweichen, sind den Kantonen Modifikationen der Rechtsweggarantie verboten.

Steht der Rechtsmittelweg vom Kanton an das Bundesgericht offen, sind die Kantone verpflichtet, als letzte Instanzen *obere Gerichte* einzusetzen, soweit nicht nach einem anderen Bundesgesetz Entscheide anderer richterlicher Behörden der Beschwerde an das Bundesgericht unterliegen<sup>61</sup>. Das Ausländergesetz sieht hier mit Recht keine Ausnahme von der gerichtlichen Zuständigkeit vor. Vor diesem Hintergrund ist davon auszugehen, dass die Kantone die Zuständigkeit ihrer Verwaltungsgerichte entsprechend ausdehnen werden, so dass künftig alle ausländerrechtlichen Streitigkeiten beim kantonalen Verwaltungsgericht anfechtbar sind.

<sup>58</sup> Vgl. z.B. Art. 77 Abs. 1 Bst. g des Gesetzes über die Verwaltungsrechtspflege des Kantons Bern vom 23. Mai 1989.

<sup>59</sup> Vgl. dazu vorne Ziff. II.1.

<sup>60</sup> Art. 121 Abs. 1 BV.

<sup>61</sup> Art. 86 Abs. 2 BGG. Vgl. hierzu *Auer* (Anm. 16), S. 123 ff.

### b. Spezialfall: Ausländerrechtliche Zwangsmassnahmen

Die gesetzliche Regelung der Zwangsmassnahmen<sup>62</sup> ist komplex, ihre materielle Verfassungskonformität umstritten<sup>63</sup>. Für die prozessuale Anfechtung entsprechender Anordnungen sind zunächst die Mindestgarantien der Bundesverfassung zu beachten. Art. 31 Abs. 4 BV gewährleistet der von einer Freiheitsentziehung betroffenen Person das Recht, jederzeit an ein Gericht zu gelangen<sup>64</sup>. In Konkretisierung dieses Grundsatzes sieht das Ausländergesetz für Streitigkeiten im Zusammenhang mit Zwangsmassnahmen verfahrensrechtliche Regeln vor. Gemäss Art. 78 Abs. 4 und Art. 80 Abs. 5 AuG muss die – in der Regel durch kantonale Instanzen angeordnete – Vorbereitungs-, Ausschaffungs- oder Durchsetzungshaft nach spätestens 96 Stunden durch eine richterliche Behörde überprüft werden. Für die Verlängerung der Durchsetzungshaft und für Haftentlassungsgesuche liegt die Frist bei acht Arbeitstagen<sup>65</sup>. Auch gegen die Anordnung einer kantonalen Behörde, ein bestimmtes Gebiet nicht zu verlassen oder nicht zu betreten, muss der Beschwerdeweg an eine richterliche Instanz offen stehen<sup>66</sup>. Die Kantone haben ihre Verfahren so auszugestalten, dass die entsprechenden Anforderungen des übergeordneten Rechts erfüllt werden können.

## 4. Das Bundesgericht als oberste Rechtsmittelinstanz

Unbesehen des Umstandes, ob das Ausländerrecht von Bundesbehörden oder von den Kantonen vollzogen wird, steht letztinstanzlich die Beschwerde ans Bundesgericht offen. Dieser Grundsatz wird in verschiedener Hinsicht durchbrochen.

### a. Grundsatz

Das Gesetz gewährleistet den Zugang zum Bundesgericht. So verlangt es Art. 191 Abs. 1 der Bundesverfassung. Ausnahmen sind vorgesehen für Streitigkeiten, welche keine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung betreffen (hier kann das Gesetz eine Streitwertgrenze vorsehen<sup>67</sup>): Für bestimmte Sachgebiete kann das Gesetz den Zugang zum Bundesgericht generell ausschliessen<sup>68</sup>.

<sup>62</sup> Art. 73 ff. AuG.

<sup>63</sup> Vgl. die Beiträge von *Minh Son Nguyen* und *Jürg Schertenleib*, Rechtsentwicklungen in den Bereichen Asylrecht und Ausländergesetz, in diesem Band.

<sup>64</sup> Vgl. BGE 126 I 172 E. 3 S. 174 ff. Weiterführend *Hans Vest*, St. Galler Kommentar (Anm. 12) zu Art. 31, Rz. 29 ff.

<sup>65</sup> Art. 78 Abs. 4 AuG.

<sup>66</sup> Art. 74 Abs. 3 AuG.

<sup>67</sup> Art. 191 Abs. 2 BV.

<sup>68</sup> Art. 191 Abs. 3 BV.

Diesen Grundsätzen entsprechend richtet das Bundesgerichtsgesetz für Entscheide aus allen Rechtsgebieten eine Beschwerde ans Bundesgericht ein. Unter anderem beurteilt das Bundesgericht Beschwerden gegen Entscheide in *Angelegenheiten des öffentlichen Rechts*<sup>69</sup> und damit auch des Ausländerrechts. Der Beschwerde unterliegen sowohl Entscheide des Bundesverwaltungsgerichts als auch Entscheide letzter kantonalen Instanzen<sup>70</sup>.

### b. Ausnahmen im Bereich des Ausländerrechts

In Übereinstimmung mit Art. 191 Abs. 3 BV sieht das Bundesgerichtsgesetz in Art. 83 Ausnahmen von der Beschwerde an das Bundesgericht vor. Die Ausnahmen finden auf alle Entscheide im entsprechenden Sachgebiet Anwendung, unbesehen der vorgebrachten Rügegründe. Keine Rolle spielt auch, ob es sich beim angefochtenen Entscheid um einen Zwischen-, End- oder Vollzugsentscheid handelt<sup>71</sup>.

Ausnahmen von der Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten finden sich für das Ausländerrecht in Art. 83 Bst. c BGG<sup>72</sup>. Die inhaltliche Anlehnung der Bestimmung an die Ausnahmeregelung in Art. 100 Abs. 1 Bst. b OG ist unverkennbar. Im einzelnen nimmt das Gesetz fünf Bereiche von der Beschwerde aus (Art. 83 Bst. c Ziff. 1 bis 5 BGG):

- *Einreise* (Art. 83 Bst. c Ziff. 1 BGG): Nicht anfechtbar sind Entscheide über die Verweigerung eines Visums oder der Einreise gemäss Art. 6 bzw. Art. 8 AuG, ebenso wenig Entscheide betreffend Einreiseverbote gemäss Art. 67 Abs. 1 AuG<sup>73</sup>. Die entsprechenden Beschwerdeentscheide des Bundesverwaltungsgerichts sind folglich **endgültig**<sup>74</sup>.
- *Bewilligungen*, auf deren Erteilung *kein Rechtsanspruch* besteht (Art. 83 Bst. c Ziff. 2 BGG): Nicht anfechtbar sind Entscheide betreffend Bewilligungen, deren Erteilung im Ermessen der Behörden liegt. Besteht jedoch ein gesetzlicher, verfassungsrechtlicher oder staatsvertraglicher Anspruch auf Erteilung einer Bewilligung, können sowohl Entscheide des Bundes-

<sup>69</sup> Art. 82 Bst. a BGG.

<sup>70</sup> Art. 86 Abs. 1 Bst. a und d BGG.

<sup>71</sup> Botschaft Bundesrechtspflege S. 4321.

<sup>72</sup> Für das Asylrecht Art. 83 Bst. d BGG.

<sup>73</sup> Das AuG sieht in den Schlussbestimmungen (Art. 120 Abs. 2 Ziff. 3 AuG) eine **Änderung von Art. 100 Abs. 1 Bst. b Ziff. 1 OG vor. Demnach ist die Beschwerde gegen die Einreiseverweigerung und das Einreiseverbot unzulässig. Es ist fraglich, ob diese Änderung auch zu einer Präzisierung von Art. 89 Bst. c Ziff. 1 BGG mittels Parlamentsverordnung führen wird.**

<sup>74</sup> Stützt sich die Einreisesperre auf Art. 67 Abs. 2 AuG, d.h. dient sie der Wahrung der inneren Sicherheit, führt der Rechtsmittelweg zuerst an das EJPD und letztinstanzlich an den Bundesrat, vgl. vorne Ziff. III.2.b.

verwaltungsgerichts als auch Entscheide der letzten kantonalen Instanzen angefochten werden<sup>75</sup>.

- Die *vorläufige Aufnahme* (Art. 83 Bst. c Ziff. 3 BGG): Diese Ausnahme schliesst alle Entscheide im Zusammenhang mit einer vorläufigen Aufnahme von der öffentlich-rechtlichen Beschwerde aus: Nicht nur Entscheide betreffend die Anordnung oder Beendigung der vorläufigen Aufnahme gemäss Art. 83 f. AuG sind angesprochen, sondern auch Urteile betreffend die Zuweisung oder den Kantonswechsel vorläufig Aufgenommener gemäss Art. 85 AuG<sup>76</sup>.
- Die *Ausweisung* gestützt auf Art. 121 Abs. 2 BV und die *Wegweisung* (Art. 83 Bst. c Ziff. 4 BGG): Gemäss Art. 121 Abs. 2 BV können Ausländer und Ausländerinnen aus der Schweiz ausgewiesen werden, wenn sie die *Sicherheit des Landes* gefährden. Diese Bestimmung wird durch Art. 68 AuG umgesetzt, wo das Bundesamt für Polizei ermächtigt wird, Ausländerinnen und Ausländer zur Wahrung der inneren oder der äusseren Sicherheit auszuweisen<sup>77</sup>. Auf den ersten Blick unklar ist das Verhältnis von Art. 83 Bst. c Ziff. 4 BGG zu Art. 83 Bst. a BGG. Demnach ist die Anfechtung von Entscheiden auf dem Gebiet der inneren oder äusseren Sicherheit des Landes ausgeschlossen; im Gegensatz zu Art. 83 Bst. c Ziff. 4 BGG wird jedoch eine (Gegen)Ausnahme zugelassen und der Beschwerdeweg an das Bundesgericht geöffnet, wenn das *Völkerrecht einen Anspruch* auf gerichtliche Beurteilung einräumt. Über das Verhältnis der beiden Bestimmungen wird sich das Bundesgericht auszusprechen haben.

Der Bund ist zur Beachtung des Völkerrechts gemäss Art. 5 Ziff. 4 BV auch verfassungsrechtlich verpflichtet<sup>78</sup>. Der völkerrechtlich begründete Anspruch auf gerichtliche Überprüfung einer im Interesse der inneren oder äusseren Sicherheit begründeten Massnahme muss indessen nicht zwingend durch das Bundesgericht erfolgen, sondern kann auch durch das Bundesverwaltungsgericht eingelöst werden. Weil *Ausweisungen* in die Kompetenz des Bundes fallen, mithin die Verfügung einer Bundesbehörde angefochten wird (Art. 68 AuG), steht die Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht offen (Art. 31 Abs. 1 Bst. a i.V.m. Art. 33 Bst. d VGG). Das Gleiche gilt für *Wegweisungen*, die gemäss Art. 65 Abs. 2 AuG von einer Bundesbehörde verfügt werden. Den Anforderungen des Völkerrechts an gerichtlichen Rechtsschutz ist damit Genüge getan. Vor diesem Hintergrund darf für die Ausweisung gemäss Art. 121 Abs. 2 BV eine Ausnahme von der bundesgerichtlichen Zuständigkeit formuliert werden, ohne dass dabei Garantien des Völkerrechts oder aber die Rechtsweggarantie

(Art. 29a BV) verletzt werden. Erfolgt eine *Wegweisung durch eine kantonale Behörde*, ergeben sich von Beginn weg keine Differenzen zwischen Art. 83 Bst. a und Bst. c Ziff. 4 BGG, können doch Wegweisungen im Sinn von Art. 64 Abs. 1 AuG einzig aus polizeilichen Gründen und damit eben gerade nicht zur Wahrung der inneren oder äusseren Sicherheit erfolgen.

- *Ausnahmen von den Höchstzahlen* (Art. 83 Bst. c Ziff. 5): Stellt ein Kanton gestützt auf Art. 20 Abs. 2 AuG ein Gesuch um Erteilung einer Kurzaufenthalts- oder Aufenthaltsbewilligung im Rahmen der Höchstzahlen des Bundes, erlässt das Bundesamt für Migration gestützt auf Art. 40 Abs. 3 AuG einen arbeitsmarktlichen Vorentscheid, welcher der Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht unterliegt.

Im Anhang zum Ausländergesetz finden sich *verschiedene* Gesetzesänderungen. Unter anderem wird auch der Ausnahmekatalog des Bundesrechtspflegegesetzes revidiert<sup>79</sup>. Demnach ist die Verwaltungsgerichtsbeschwerde an das Bundesgericht unzulässig gegen Entscheide betreffend die Verlängerung der Grenzgämbewilligung, die Verlegung des Wohnsitzes in einen anderen Kanton, den Stellenwechsel von Personen mit einer Grenzgämbewilligung sowie die Erteilung von Reisepapieren an schriftenlose Ausländerinnen und Ausländer. Die Regelung ist obsolet: Das OG wird mit Inkrafttreten des BGG auf den 1. Januar 2007 aufgehoben<sup>80</sup>. Deshalb kann die im Anhang zum AuG vorgesehene Änderung nicht geltendes Recht werden. Will das Parlament die genannten Sachmaterien von der Zuständigkeit des Bundesgerichts ausnehmen, ist dazu eine Änderung im ordentlichen Gesetzgebungsverfahren erforderlich. Der Weg über die Änderungsverordnung (Art. 131 Abs. 3 BGG bzw. Art. 49 Abs. 2 VGG) darf nicht beschritten werden, da diese dem klaren Wortlaut zufolge nur dann eine Rechtsetzungskompetenz auf dem Verordnungsweg begründet, wenn es um die *Anpassung* von spezialgesetzlichen Bestimmungen geht, die dem Bundesgerichtsgesetz (bzw. dem Verwaltungsgerichtsgesetz) *widersprechen*. Ein solcher Widerspruch existiert hier nicht.

### c. Subsidiäre Verfassungsbeschwerde

Fällt eine Streitigkeit unter den Ausnahmekatalog, ist die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten wegen fehlender funktionaler Zuständigkeit des Bundesgerichts ausgeschlossen.

Geht es um einen Entscheid des *Bundesverwaltungsgerichts*, bedeutet ein Ausschluss von der öffentlich-rechtlichen Beschwerde an das Bundesgericht zugleich das Ende des Rechtsmittelwegs. Im Bund steht kein alternatives Rechtsmittel zur Verfügung mit der Konsequenz, dass es beim Entscheid des Bundesverwaltungsgerichts bleibt. Dies gilt nicht nur, wenn das Bundesverwaltungsgericht die angefochtene Verfügung schützt, sondern auch dann,

<sup>79</sup> Ziff. II/3 des Anhangs zum AuG.

<sup>80</sup> Art. 131 Ziff. 1 BGG.

<sup>75</sup> Ein derartiger Anspruch besteht beispielsweise im Zusammenhang mit dem Familiennachzug gem. Art. 42 ff. AuG.

<sup>76</sup> Vgl. Botschaft Bundesrechtspflege S. 4321.

<sup>77</sup> Vgl. dazu auch vorne Ziff. III.2.b.

<sup>78</sup> Weiterführend *Yvo Hangartner*, St. Galler Kommentar (Anm. 12) zu Art. 5 BV, Rz. 40 ff.

wenn das Gericht seinen Entscheid in Verletzung grundlegender Verfahrensvorschriften getroffen hat.

Anders *Urteile letzter kantonaler Instanzen*, welche materiell eine Streitigkeit beschlagen, die durch den Ausnahmekatalog erfasst wird: Sie bilden das Anfechtungsobjekt für die subsidiäre Verfassungsbeschwerde gemäss Art. 113 ff. BGG. Dieses Rechtsmittel war im bundesrätlichen Entwurf zur Totalrevision der Bundesrechtspflege nicht vorgesehen und wurde zur Kompensation von Rechtsschutzdefiziten erst im Verlauf der parlamentarischen Beratungen eingeführt<sup>81</sup>. Gemäss Art. 113 BGG mit subsidiärer Verfassungsbeschwerde anfechtbar sind „Entscheide letzter kantonaler Instanzen“. Damit drängt sich die Prüfung der subsidiären Verfassungsbeschwerde auf, wenn es sich beim Anfechtungsobjekt um einen letztinstanzlichen *Entscheid einer kantonalen Behörde* handelt. Unerheblich ist die materielle Entscheidungsgrundlage: Ob sich der Entscheid auf öffentliches Recht des Bundes oder des Kantons stützt oder auf einer gemischten Entscheidungsgrundlage beruht, ist unerheblich. In der ausländerrechtlichen Praxis wird die subsidiäre Verfassungsbeschwerde namentlich dann aktuell, wenn die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten ausgeschlossen ist, weil die nachgesuchte (und von der letzten kantonalen Instanz abgelehnte) Bewilligung nicht auf einem Rechtsanspruch beruht<sup>82</sup>.

#### IV. Legitimation, Kognition, aufschiebende Wirkung, Fristen

Die Totalrevision der Bundesrechtspflege bringt im Bereich der Sachurteilsvoraussetzungen nichts grundlegend Neues, gewisse Neuerungen sind aber zu vermelden<sup>83</sup>. Im Ausländergesetz finden sich zumindest punktuell Sonderregeln zu den vorsorglichen Massnahmen und zu den Beschwerdefristen.

##### 1. Beschwerderecht

Das Ausländergesetz enthält keine spezialgesetzliche Regelung des Beschwerderechts. Damit greifen die Legitimationsbestimmungen des Verwaltungsgerichtsgesetzes (Art. 37 VGG i.V.m. Art. 48 VwVG) und des Bundesgerichtsgesetzes (Art. 89 BGG). Sie bewegen sich in bekannten Bahnen.

###### a. Individualbeschwerde

Im Bereich der Betroffenenbeschwerde verlangen Art. 48 Abs. 1 VwVG in der revidierten Fassung für die *Verwaltungsgerichtsbeschwerde* wie auch

Art. 89 Abs. 1 BGG für die *Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten* neben der Teilnahme am vorinstanzlichen Verfahren ein „besonderes“ Berührtsein. Der Bundesrat brachte diese Änderung ein, weil das Bundesgericht das Beschwerderecht Dritter in der Vergangenheit oft zu grosszügig interpretiert habe<sup>84</sup>. Dass mit der geänderten Formulierung tatsächlich eine Verschärfung des Beschwerderechts einhergehen wird, ist allerdings nicht anzunehmen<sup>85</sup>, fordert das Bundesgericht doch schon heute, dass der Beschwerdeführer „stärker als jedermann betroffen“ ist und in einer „besonderen, beachtenswerten, nahen Beziehung zur Streitsache steht“<sup>86</sup>.

Im Bereich des Ausländerrechts dürfte die Modifikation kaum Auswirkungen zeitigen. Bisher sind „ausser dem Ausländer auch die zuständige kantonale Behörde und andere Mitbeteiligte“ zur Beschwerde gegen Verfügungen des Bundesamtes für Migration legitimiert<sup>87</sup>. Es sind keine Gründe ersichtlich, weshalb diese Regelung materiell nicht weitergeführt werden sollte. Die Legitimationsbestimmungen der Verfahrenserlasse stehen dem jedenfalls nicht entgegen, so dass neben dem Verfügungsadressaten weiterhin auch mitbetroffene Angehörige oder in gewissen Konstellationen auch der Arbeitgeber zur Beschwerde ans Bundesverwaltungsgericht bzw. Bundesgericht berechtigt sein dürfte.

Zur Erhebung der *subsidiären Verfassungsbeschwerde* ist gemäss Art. 115 BGG nur legitimiert, wer neben der formellen Beschwerde auch ein *rechtlich geschütztes Interesse* an der Aufhebung oder Änderung des angefochtenen Entscheids geltend machen kann.

Die Tragweite der Legitimationsbestimmung bleibt zu klären. Insbesondere lässt sich nicht abschätzen, ob das Bundesgericht die im Rahmen der staatsrechtlichen Beschwerde gebildete und zunehmend umstrittene Praxis zur Willkürprüfung und zur Gleichheitsprüfung beibehalten wird<sup>88</sup>. Die Materialien zu dieser Frage beschränken sich auf den Bericht der Arbeitsgruppe Bundesgerichtsgesetz vom 16. März 2004. Demnach sollen für die Legitimation „die gleichen Voraussetzungen gelten wie bisher bei der staatsrechtlichen Beschwerde (Erfordernis des rechtlich geschützten Interesses)“<sup>89</sup>.

<sup>84</sup> Vgl. Botschaft Bundesrechtspflege S. 4329.

<sup>85</sup> In diese Richtung auch *Ulrich Häfelin/Walter Haller/Helen Keller*, Bundesgericht und Verfassungsgerichtsbarkeit nach der Justizreform, Zürich 2006, Rz. 1999; *Kiener/Kuhn* (Anm. 32), S. 153 f.; *Tomas Gächter/Daniela Turnherr*, plädoyer, 2/06, S. 40 und wohl auch *Auer* (Anm. 16), S. 131.

<sup>86</sup> Vgl. zu dieser Legitimationspraxis z.B. BGE 131 II 587 E. 2.1 S. 589 (mit weiteren Hinweisen).

<sup>87</sup> Art. 20 Abs. 2 ANAG, vgl. dazu weiterführend etwa *Marc Spescha/Peter Sträuli*, Ausländerrecht, Zürich 2001, S. 92 f., *Peter Uebersax*, Einreise und Anwesenheit, in: *Uebersax/Münch/Geiser/Arnold* (Hrsg.), Ausländerrecht, Basel 2002, Rz. 5.195 f.

<sup>88</sup> Vgl. etwa BGE 126 I 81 ff. und die Hinweise auf die Kritik bei *Regina Kiener*, Die staatsrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts in den Jahren 2000 und 2001, in: ZBJV 138 (2002), S. 699 ff.

<sup>89</sup> Bericht zu den Normvorschlägen der Arbeitsgruppe Bundesgerichtsgesetz vom 16. März 2004, S. 2; vgl. auch *Karlen* (Anm. 34), S. 57 f.

<sup>81</sup> Vgl. zur Genese *Kiener/Kuhn* (Anm. 32), S. 148 f.

<sup>82</sup> Art. 83 Bst. c Ziff. 2 BGG.

<sup>83</sup> Vgl. *Kiener/Kuhn* (Anm. 32), S. 151 ff.; *Karlen* (Anm. 34), S. 48 ff. und 56 ff.



Im Ausländerrecht wird die Problematik insbesondere dort aktuell, wo mangels Anspruch auf Bewilligungserteilung Entscheide letzter kantonaler Instanzen nicht mit Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten angefochten werden können. Das für die Legitimation zur subsidiären Verfassungsbeschwerde erforderliche rechtlich geschützte Interesse kann sich hier nur aus dem als verletzt angerufenen verfassungsmässigen Recht ergeben<sup>90</sup>. In Frage kommt in erster Linie die Rüge der rechtsungleichen bzw. willkürlichen Rechtsanwendung. Hält das Bundesgericht an seiner im Rahmen der staatsrechtlichen Beschwerde gebildeten (und in der Lehre durchwegs kritisierten) Legitimationspraxis zur Willkür- und Gleichheitsrüge fest, wird es mangels Rechtsanspruch der Betroffenen in der Sache auch weiterhin nicht auf Beschwerden eintreten, mit denen einzig eine Verletzung dieser Grundrechte geltend gemacht wird<sup>91</sup>.

#### b. Behördenbeschwerde

Für die ordentlichen Rechtsmittel weiterhin eingerichtet ist die Behördenbeschwerde<sup>92</sup>. Die subsidiäre Verfassungsbeschwerde kennt diesen Legitimationstypus nicht. Für die *Verwaltungsgerichtsbeschwerde* bedarf es dazu einer spezialgesetzlichen Ermächtigung<sup>93</sup>, welche dem Ausländergesetz nicht zu entnehmen ist.

Zur *Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten* legitimiert sind unter anderem die Departemente des Bundes oder, soweit das Bundesrecht es vorsieht, die ihnen unterstellten Dienststellen, wenn der angefochtene Akt die Bundesgesetzgebung in ihrem Aufgabenbereich berührt<sup>94</sup>. Die Bestimmung dient der Sicherstellung des richtigen und einheitlichen Vollzugs des Bundesverwaltungsrechts durch die Kantone<sup>95</sup>. Mit Art. 14 Abs. 2 der Organisationsverordnung des Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartements wird das *Bundesamt für Migration* im Bereich des Ausländerrechts ermächtigt, Beschwerde gegen letztinstanzliche kantonale Entscheide zu führen.

Bundesbehörden, die zur Beschwerde an das Bundesgericht berechtigt sind, können auch die Rechtsmittel des kantonalen Rechts ergreifen und sich auf Antrag hin vor jeder kantonalen Instanz am Verfahren beteiligen. Der Bundesrat bestimmt, welche Entscheide die kantonalen Behörden den Bundesbehörden zu eröffnen haben<sup>96</sup>.

<sup>90</sup> Zu den Rügegründen Art. 116 BGG sowie hinten Ziff. IV.2.

<sup>91</sup> Vgl. *Kiener/Kuhn* (Anm. 32), S. 154.

<sup>92</sup> Für die Verwaltungsgerichtsbeschwerde Art. 37 i.V.m. Art. 48 Abs. 2 VwVG, für die öffentlich-rechtliche Beschwerde Art. 89 Abs. 2 BGG.

<sup>93</sup> Art. 37 VGG i.V.m. Art. 48 Abs. 2 VwVG.

<sup>94</sup> Art. 89 Abs. 2 Bst. a BGG.

<sup>95</sup> Botschaft Bundesrechtspflege S. 4330.

<sup>96</sup> Art. 111 Abs. 2 und Art. 112 Abs. 4 BGG.

Die *Legitimation kantonaler Behörden* setzt eine Ermächtigung im Spezialgesetz voraus<sup>97</sup>. Das Ausländergesetz begründet keine derartige Befugnis. Zwar legt Art. 40 AuG fest, dass das Bundesamt über das Gesuch eines Kantons um Erteilung einer Kurzaufenthalts- oder Aufenthaltsbewilligung im Rahmen der Höchstzahlen des Bundes entscheidet; das Gesetz sieht aber nicht vor, dass ein negativer Entscheid vom Kanton angefochten werden kann.

## 2. Beschwerdegründe und Kognition

Gewisse Neuerungen bringt die Totalrevision der Bundesrechtspflege im Bereich der Beschwerdegründe und damit – spiegelbildlich – der Kognition.

### a. Behörden des Bundes

Das *Verwaltungsgerichtsgesetz* verweist auch für die Beschwerdegründe auf die Regeln des Verwaltungsverfahrensgesetzes. Gegen die ausländerrechtliche Verfügung einer Bundesbehörde kann folglich die Verletzung von Bundesrecht (einschliesslich Überschreitung oder Missbrauch des Ermessens), die unrichtige oder unvollständige Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts und auch die Unangemessenheit gerügt werden<sup>98</sup>. Es gelten damit die gleichen Kognitionsregeln wie früher für die Eidgenössischen Rekurskommissionen. Eine spezialgesetzliche, kaum plausibel begründbare Ausnahme von der umfassenden Kognition besteht für den Kantonswechsel vorläufig aufgenommener Personen. Nach dem Willen des Gesetzgebers ist gegen entsprechende Verfügungen des Bundesamts für Migration einzig die Rüge zulässig, die Massnahme verletze den Grundsatz der Einheit der Familie<sup>99</sup>.

Mit *Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten* können grundsätzlich nur noch Rechtsfehler beanstandet werden<sup>100</sup>. Die Feststellung des Sachverhalts darf nur unter restriktiven Voraussetzungen gerügt werden; eine vollständige Sachverhaltsüberprüfung ist einzig für gewisse sozialversicherungsrechtliche Streitigkeiten möglich<sup>101</sup>. Die Unangemessenheit des angefochtenen Hoheitsaktes wird in keinem Fall mehr überprüft.

Die *subsidiäre Verfassungsbeschwerde* steht – wie es bereits der Name des Rechtsmittels begrifflich ausdrückt – nur für Verfassungsrügen offen<sup>102</sup>. Liegt der Vollzug des Ausländerrechts bei den Kantonen und ist die ordentliche Beschwerde ans Bundesgericht aufgrund des Ausnahmekatalogs ausgeschlos-

<sup>97</sup> Art. 89 Abs. 32 Bst. d BGG.

<sup>98</sup> Art. 37 VGG i.V.m. Art. 49 VwVG.

<sup>99</sup> Art. 85 Abs. 4 AuG.

<sup>100</sup> Art. 95 BGG.

<sup>101</sup> Art. 97 BGG.

<sup>102</sup> Art. 116 BGG.

sen, darf das Bundesgericht auf Beschwerde hin zwar prüfen, ob der kantonale Entscheid verfassungsmässige Rechte der Beschwerdeführer verletzt, nicht jedoch seine Übereinstimmung mit dem einfachen Bundesrecht kontrollieren.

Besteht kein Anspruch auf eine ausländerrechtliche Bewilligung, wird das Bundesgericht voraussichtlich nur unter restriktiven Legitimationsbedingungen auf die Beschwerde eintreten<sup>103</sup>. Diesfalls ist die *einheitliche Anwendung des Ausländerrechts* durch die Kantone im Bereich der Bewilligungserteilung nicht gewährleistet; der Bund würde auf ein wichtiges Kontrollinstrument gegenüber den Kantonen im Bereich des delegierten Vollzugs verzichten<sup>104</sup>.

#### b. Kantonale Behörden

Im kantonalen Beschwerdeverfahren werden die zulässigen Rügegründe durch die Rechtspflegeerlasse der Kantone festgelegt. Bei der Ausgestaltung seiner Verfahrensordnung hat der kantonale Gesetzgeber die Vorgaben der Rechtsweggarantie und der revidierten Bundesrechtspflege zu berücksichtigen. Die Rechtsweggarantie verlangt, dass alle Rechtsstreitigkeiten sowohl bezüglich Rechts- als auch betreffend Sachverhaltsfragen mindestens einmal durch eine richterliche Behörde beurteilt werden, die Gerichte also eine Sachverhalts- und Rechtskontrolle vornehmen können<sup>105</sup>. Entsprechend schreibt der Bund für das kantonale Verfahren vor, dass die letzte kantonale Instanz oder eine vorgängig zuständige andere richterliche Behörde den Sachverhalt frei prüft und das massgebende Recht von Amtes wegen anwendet<sup>106</sup>.

### 3. Aufschiebende Wirkung und Beschwerdefristen

Das Ausländergesetz enthält einzelne Verfahrensbestimmungen, welche von den Verfahrensregeln der allgemeinen Verfahrenserlasse abweichen. Erwähnenswert sind insbesondere die verkürzten Beschwerdefristen und die Regelung der aufschiebenden Wirkung bei Entfernung- und Fernhaltungsmassnahmen sowie bei den Zwangsmassnahmen.

Werden Ausländerinnen oder Ausländer formlos weggewiesen, können sie eine Verfügung erwirken, welche innerhalb von drei Tagen anzufechten ist. Obwohl die Beschwerdeinstanz innerhalb von zehn Tagen entscheiden muss, kommt der Beschwerde keine aufschiebende Wirkung zu<sup>107</sup>. Ebenfalls keine aufschiebende Wirkung haben Beschwerden gegen Anordnungen über Ein- oder Ausgrenzungsmassnahmen gestützt auf Art. 74 AuG. Ordentliche Wegweisungen gemäss Art. 66 AuG und Ausweisungen zur Wahrung der inneren

<sup>103</sup> Vgl. dazu vorne Ziff. IV.1.a.

<sup>104</sup> Vgl. *Kiener/Kuhn* (Anm. 32), S. 154.

<sup>105</sup> Vgl. dazu vorne Ziff. II.1.

<sup>106</sup> Art. 110 BGG vgl. dazu *Auer* (Anm. 16), S. 129 ff.

<sup>107</sup> Art. 64 AuG.

oder der äusseren Sicherheit der Schweiz gemäss Art. 68 AuG sind *sofort vollstreckbar*, wenn die betroffene Person erheblich oder wiederholt gegen die öffentliche Sicherheit und Ordnung verstossen hat oder diese gefährdet<sup>108</sup>.

### V. Fazit

Nach Inkrafttreten der Rechtsweggarantie wird sich der Rechtsschutz im Ausländerrecht *verbessern*. Liegt der Vollzug des Gesetzes bei einer Behörde des Bundes, ist in der Regel die Beschwerde ans Bundesverwaltungsgericht gegeben. Sind die Kantone mit dem Vollzug des Ausländerrechts betraut, steht gegen fremdenpolizeiliche Anordnungen der Weg an ein kantonales Gericht offen. Damit zeigt sich das Erfordernis des Zugangs zu einem Gericht in aller Regel als erfüllt. Vor diesem Hintergrund fällt der aufgrund des Ausnahmekatalogs eingeschränkte Zugang zum Bundesgericht nicht besonders schwer ins Gewicht – es sei denn, man vertrete die Ansicht, wirksamer Rechtsschutz sei allein durch das Bundesgericht möglich.

Die unter verfahrensrechtlichen Aspekten grundsätzlich positive Bilanz wird allerdings getrübt. Dies liegt wesentlich daran, dass der Gesetzgeber beim Bundesgerichtsgesetz die Leitplanken bei der Legitimation zur subsidiären Verfassungsbeschwerde zu wenig klar gesetzt hat. Es ist nicht ausgeschlossen (sondern im Gegenteil zu erwarten), dass das Bundesgericht gerade im ausländerrechtlich relevanten Bereich der Bewilligungen ohne Rechtsanspruch eine restriktive Legitimationspraxis begründen wird<sup>109</sup>. Bedenken wecken auch Bestimmungen des Ausländergesetzes, die von den allgemeinen Rechtsschutzbestimmungen der Bundesrechtspflege abweichen. Während sich Sonderregeln insbesondere im Bereiche der Zwangsmassnahmen rechtfertigen und zu Recht eine rasche richterliche Überprüfung der administrativ angeordneten Haft vorgesehen wird<sup>110</sup>, vermögen andere Abweichungen kaum zu überzeugen. Nicht nachvollziehbar ist insbesondere die weitgehend fehlende Beschwerdemöglichkeit gegen Verfügungen über den Kantonswechsel vorläufig Aufgenommener<sup>111</sup>. Die einschlägige Norm ist verfassungswidrig, wird damit doch eine nicht zu rechtfertigende Ausnahme von der Rechtsweggarantie begründet.

<sup>108</sup> Art. 68 Abs. 4 AuG.

<sup>109</sup> Vgl. dazu vorne Ziff. IV.1.a.

<sup>110</sup> Vgl. dazu vorne Ziff. III.2.b.

<sup>111</sup> Vgl. dazu vorne Ziff. III.1.c.