

JAAC 60.136

Direktion für Völkerrecht, 11. November 1995;
traduction française dans la Revue suisse de droit
international et de droit européen 5/1996, Pratique
suisse 1995, N° 4.3

***Statut d'Albanais en Suisse. Aucune obligation de la Suisse d'accorder
une autorisation de séjour à un ressortissant albanais.***

***Rechtsstellung von Albanern in der Schweiz. Keine Verpflichtung der
Schweiz, einem Albaner eine Aufenthaltsbewilligung zu erteilen.***

***Statuto di Albanesi in Svizzera. Nessun obbligo per la Svizzera di
rilasciare un permesso di dimora a un cittadino albanese.***

Der Direktion für Völkerrecht wurde die Frage gestellt, ob eine
völkerrechtliche Verpflichtung der Schweiz bestehe, dem albanischen Direktor
der schweizerischen Niederlassung einer albanischen Reiseagentur die
Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung zu gewähren. Die Frage beantwortete
diese Direktion im folgenden Gutachten.

Einleitende Bemerkung

Die Rechtsstellung der Ausländer in der Schweiz wird sowohl vom Landes-
wie auch vom Völkerrecht geregelt. Von besonderem Interesse sind in
diesem Zusammenhang aus unserer Sicht die Fragen betreffend Zulassung,

Aufenthalt und Niederlassung der Ausländer in der Schweiz, insbesondere das Verhältnis zwischen den beiden Rechtsordnungen auf diesem Gebiet, anders gesagt zwischen dem BG vom 26. März 1931 über Aufenthalt und Niederlassung der Ausländer (ANAG, SR 142.20) und dem Verordnungsrecht einerseits und den bestehenden Niederlassungsverträgen oder anderen völkerrechtlichen Verpflichtungen auf der anderen Seite. Im vorliegenden Fall sind das Niederlassungs- und Handelsabkommen zwischen der Schweiz und Albanien vom 10. Juni 1929 (SR 0.142.111.231)^[33] und das Abkommen zwischen dem Schweizerischen Bundesrat und der Regierung der Republik Albanien über die Förderung und den gegenseitigen Schutz von Investitionen vom 22. September 1992 (nicht publiziert) von Bedeutung.

1. Das Niederlassungs- und Handelsabkommen vom 10. Juni 1929

Die Niederlassungsverträge basieren im Prinzip auf dem Grundsatz der Inländergleichbehandlung. Damit sichern sie nicht eine definierte Rechtsstellung, sondern verweisen auf eine andere, bereits bestehende Rechtsstellung und machen diese auf die im Vertrag bezeichneten Fälle anwendbar. Nach der heute vorherrschenden Auffassung geht älteres Staatsvertragsrecht grundsätzlich auch dem jüngeren Bundesgesetzrecht vor (gemäss dem Grundsatz «Völkerrecht bricht Landesrecht»). Das bedeutet unter anderem, dass ein Land seine völkerrechtlichen Verpflichtungen nicht einfach durch den späteren Erlass von landesrechtlichen Bestimmungen umgehen kann. Diesem Prinzip folgend, würde eine textuelle Auslegung der Niederlassungsverträge, die keinen ausdrücklichen Vorbehalt zugunsten des internen Rechts der Vertragsstaaten vorsehen, ein Recht auf Niederlassung begründen. In Wirklichkeit «führten die Vertragsparteien nach dem ersten Weltkrieg (in konstanter Praxis und allseits gebilligter Abweichung vom Vertragstext, *consuetudo derogatoria*) fremdenpolizeiliche Beschränkungen der Niederlassung ein und gestehen seither eine Berufung auf die Niederlassungsverträge einzig noch den schon Niedergelassenen zu. Nur diese können sich auf die Bestimmungen der Niederlassungsverträge, die freie Niederlassung, die rechtsgleiche Behandlung mit Schweizern sowie (teilweise) die Handels- und Gewerbefreiheit berufen.»^[34]

Davon zu unterscheiden ist die Frage, ob eine Ungleichbehandlung zwischen Ausländern vor dem Völkerrecht standhält. Einige Niederlassungsverträge^[35] Da aber die Gleichbehandlungsklauseln in bezug auf Zulassung und wirtschaftliche Betätigung der Ausländer ihre Bedeutung verloren haben, entfalten auch die Meistbegünstigungsklauseln auf diesem Gebiet keine über

das Landesrecht hinausgehende Wirkung. *Die konstante Praxis hat auch dem grundsätzlich anwendbaren Prinzip der Meistbegünstigung zugunsten landesrechtlicher Bestimmungen derogiert.*

2. Das Investitionsförderungs- und -schutzabkommen vom 22. September 1992

Das Investitionsförderungs- und -schutzabkommen (ISA, nicht publiziert) verpflichtet die Vertragsparteien nicht, Investitionen von Investoren der anderen Vertragspartei ohne weiteres zuzulassen (Art. 3 Abs. 1). Investitionen werden von den Vertragsparteien «soweit wie möglich» gefördert und «in Übereinstimmung mit ihren Gesetzen und übrigen Rechtsvorschriften» zugelassen. Diese Bestimmung ist in allen Investitionsabkommen zu finden, welche die Schweiz in den letzten Jahren abgeschlossen hat. Sie will klarmachen, dass in bezug auf die Zulassung von Investitionen den Vertragsparteien nur eine «best endeavour»-Verpflichtung obliegt. Im übrigen wird in Art. 2 ISA der Anwendungsbereich des Abkommens definiert: das Abkommen ist auf Investitionen anwendbar, die schon «getätigt wurden». Mit anderen Worten: nur wenn eine Vertragspartei eine Investition eines Investors der anderen Vertragspartei zugelassen hat, ist sie verpflichtet, diese zu schützen, beziehungsweise sie nicht durch ungerechtfertigte oder diskriminierende Massnahmen zu behindern, und ihre gerechte und billige Behandlung sicherzustellen (Art. 4 und 5). Darunter ist auch ein Verbot widersprüchlicher Handlungen der Behörden zu verstehen, insbesondere wenn die getätigten Investitionen einen bedeutenden finanziellen Aufwand mit sich bringen.

In bezug auf die Zulassung enthält Abs. 2 von Art. 3 zwei Präzisierungen: auf der einen Seite verpflichten sich die Vertragsparteien «technische», das heisst nicht den Personenverkehr betreffende Bewilligungen zu erteilen (zum Beispiel für die Durchführung von Lizenzverträgen); auf der anderen Seite erklären die Vertragsparteien ihren Willen, Bewilligungen hinsichtlich der Beschäftigung von Beratern und anderen qualifizierten Personen nach Möglichkeit zu erteilen. Diese zwei Präzisierungen haben eindeutig nicht dieselbe Tragweite: im ersten Fall handelt sich um eine Verpflichtung, nach Zulassung einer Investition «technische Bewilligungen» zu erteilen, was auch als eine Konkretisierung des Grundsatzes der billigen und gerechten Behandlung betrachtet werden könnte; im zweiten Fall geht es hingegen um eine sogenannte «best endeavour»-Klausel, welcher keine strikt verpflichtende Bindung zukommt. *Diese Bestimmung kann deswegen ein Recht auf Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung nicht begründen, folglich über die innerstaatliche Ausländerregelung keinen Vorrang haben.*

3. Andere völkerrechtliche Instrumente

Zu prüfen ist, ob eine Ungleichbehandlung unter Ausländern vor dem Internationalen Übereinkommen vom 29. Dezember 1994 zur Beseitigung jeder Form von Rassendiskriminierung (AS 1995 1164) standhält. In der Botschaft über den Beitritt der Schweiz zum Übereinkommen und über

die entsprechende Strafrechtsrevision vom 2. März 1992^[37] Obwohl das schweizerische Zulassungskriterium der Integrationsfähigkeit keine rassendiskriminierenden Ziele verfolgt, wurde der Beitritt zum Übereinkommen unter dem Vorbehalt der schweizerischen Zulassungspolitik zum Arbeitsmarkt vorgenommen. Der Bundesrat will mit diesem Vorbehalt vermeiden, dass sich gewisse Auswirkungen unserer Zulassungspolitik dem Vorwurf der Unvereinbarkeit mit dem Übereinkommen aussetzen könnten.

4. Völkergewohnheitsrecht

Schliesslich stellt sich die Frage, ob die Ungleichbehandlung unter Ausländern gegen Normen des Gewohnheitsrechtes verstösst. Diese Frage ist zu verneinen: in der Praxis und Doktrin wird anerkannt, dass die Staaten, auch wenn sie in der Behandlung von Ausländern nicht völlig frei sind^[39]

Zusammenfassung

Weder das Niederlassungsabkommen von 1929, noch das ISA von 1992 begründen ein Recht auf Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung. Dieser Schluss ergibt sich für das Niederlassungsabkommen aus einer gefestigten und allgemein anerkannten Praxis in Abweichung vom Vertragstext, für das ISA aus einer grammatikalischen, systematischen und teleologischen Auslegung seiner Bestimmungen.

Im übrigen hat die Schweiz keine Verpflichtung, aufgrund anderer völkerrechtlicher Verträge oder des Gewohnheitsrechts, Ausländer in ihr Territorium zuzulassen. Jeder Staat hat grundsätzlich das Recht, über Einreise in sein und Aufenthalt auf seinem Territorium zu entscheiden.

^[33] Die Analyse dieses Aspektes stützt sich auf die hiernach zitierten Publikationen: *Hans Huber*, Die Grundrechte der Ausländer in der Schweiz und ihre Rechtsquellen, Mélanges Henri Zwahlen, Lausanne 1977; *Walter A. Stoffel*, Die völkervertraglichen Gleichbehandlungsverpflichtungen der Schweiz gegenüber den Ausländern, Diss. Freiburg, Zürich, 1979; Gutachten der Direktion für Völkerrecht (DV) vom 24. März 1993, Freizügigkeit im Personenverkehr: Integrationspolitisches Potential der bestehenden Niederlassungsverträge. Die bundesgerichtliche Praxis ist zusammengefasst in einem Entscheid des Kassationshofes vom 12. Januar 1993 (M. gegen Staatsanwaltschaft des Kantons Zürich), veröffentlicht in: Aktuelle Juristische Praxis (AJP) 7/93, S. 857 f.

^[34]^[17] *In bezug auf den Zutritt zum Staatsgebiet und auf die wirtschaftliche Betätigung haben somit landesrechtliche Regelungen Vorrang vor bilateralen Staatsvertragsverpflichtungen.*

^[35]^[18] garantieren gleichzeitig Inländerbehandlung und Meistbegünstigung (oder nur Meistbegünstigung, wie im vorliegenden Falle). Das bedeutet, dass die Vertragspartner sich auf den jeweils günstigeren Standard berufen können. Das gilt ausserdem auch für die Zusatzabkommen, welche die Schweiz mit einigen europäischen Ländern zum grossen Teil kurz nach dem Erlass der definitiven Fremdenpolizeigesetzgebung (ANAG) abgeschlossen hat.^[19] Zusatzabkommen dieser Art hat die Schweiz mit Belgien (1935), der BRD

(1953), Dänemark (1962), Frankreich (1946), Italien (1934), den Niederlanden (1935), Österreich (1950) und Spanien (Protokoll der Gemischten Kommission) abgeschlossen.

[37]^[20] hat der Bundesrat zu dieser Problematik Stellung genommen. Er ist zum Schluss gekommen, dass Art. 2 Abs. 2 des Übereinkommens, der die Vertragsstaaten verpflichtet, «mit allen geeigneten Mitteln unverzüglich eine Politik der Beseitigung der Rassendiskriminierung in jeder Form zu verfolgen» und «Handlungen oder Praktiken der Rassendiskriminierung gegenüber Personen, Personengruppen oder Einrichtungen zu unterlassen», diskriminierende Einwanderungsgesetze als mit dem Übereinkommen unvereinbar erklärt.^[21] BBl 1992 III 296.

[39]^[22], *grundsätzlich das souveräne Recht haben, über Einreise in ihr und Aufenthalt auf ihrem Territorium zu entscheiden.*^[23] «Il n'existe aucune norme de droit international imposant aux Etats l'octroi à un ressortissant étranger du droit d'entrer, de séjourner ou de s'établir sur leur territoire. Il s'agit au contraire d'un pouvoir souverain impliquant la liberté de réglementer les conditions d'entrée sur le territoire national, la durée du séjour et ses modalités»; Peter Mock, Mesures de police des étrangers et respect de la vie privée et familiale, Zeitschrift für Schweizerisches Recht, Neue Folge, Bd. 112, 1993, S. 95.

**JAAC 60.136 - Direktion für Völkerrecht, 11. November 1995; traduction française dans la
Revue suisse de droit international et de droit européen 5/1996, Pratique suisse 1995, N° 4.3**

| | |
|---------|---|
| In | Verwaltungspraxis der Bundesbehörden |
| Dans | Jurisprudence des autorités administratives de la Confédération |
| In | Giurisprudenza delle autorità amministrative della Confederazione |
| Jahr | 1996 |
| Année | |
| Anno | |
| Band | 60 |
| Volume | |
| Volume | |
| Seite | --- |
| Page | |
| Pagina | |
| Ref. No | 150 002 969 |

Das Dokument wurde durch das Schweizerische Bundesarchiv und die Bundeskanzlei konvertiert.
Le document a été digitalisé par les Archives Fédérales Suisses et la Chancellerie fédérale.
Il documento è stato convertito dall'Archivio federale svizzero e della Cancelleria federale.