

•**Neue Literatur zum Recht**»Nouvelle litterature juridique«

Urs Bolz

Rechtsschutz im Ausländer- und Asylrecht

Eine rechtspolitische Untersuchung zum
System des Rechtsschutzes im Bereiche
von Einreise, Aufenthalt und Asyl

Helbing & Lichtenhahn
Basel und Frankfurt am Main 1990

• **Nuova letteratura nel campo del diritto** »Neue Literatur zum Recht

INHALTSÜBERSICHT

1. TEIL: GRUNDLAGEN

- 1. KAPITEL: RECHTSQUELLEN
- 2. KAPITEL: RECHTE
- 3. KAPITEL: RECHTSMITTEL

2. TEIL: DIE DEFIZITÄRE AUSGESTALTUNG DES RECHTSSCHUTZES IM AUSLÄNDER- UND ASYLRECHT

- 4. KAPITEL: RECHTSSCHUTZ IM ALLGEMEINEN
- 5. KAPITEL: DIE UNBEFRIEDIGENDE AUSGESTALTUNG DES RECHTSSCHUTZES IM AUSLÄNDER- UND ASYLRECHT
- 6. KAPITEL: DIE PROBLEMATIK DES AUSSCHLUSSES DER VERWALTUNGSGERICHTSBESCHWERDE IM BESONDEREN

3. TEIL: KORREKTUR: VERBESSERUNG DES RECHTSMITTELSYSTEMS

- 7. KAPITEL: DIE WAHL DER RECHTSMITTELINSTANZ
- 8. KAPITEL: DIE NOTWENDIGKEIT DES AUSBAUS RICHTERLICHER KONTROLLE
- 9. KAPITEL: VARIANTEN DES AUSBAUS DES RECHTSSCHUTZES

4. TEIL: KOMPENSATION

- 10. KAPITEL: KOMPENSATION DURCH OBJEKTIVE RECHTSKONTROLLE
- 11. KAPITEL: KOMPENSATION DURCH VERBESSERTEN ZUGANG ZUM RECHT
- 12. KAPITEL: KOMPENSATION DURCH VERBESSERUNG DES VERFAHRENS
- 13. KAPITEL: KOMPENSATION DURCH VERBESSERUNG DER MATERIELLEN RECHTSGRUNDLAGEN (AUSLÄNDERRECHT)

INHALTSVERZEICHNIS

ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS	XV
LITERATURVERZEICHNIS	XVII
EINLEITUNG	1
<u>1. TEIL: GRUNDLAGEN</u>	3
1. KAPITEL: RECHTSQUELLEN	3
1. Art. 69ter BV und die schweizerische Ausländer- und Asylrechtsgesetzgebung	3
a) Der Weg zum Ausländerrechtsartikel Art. 69ter BV	3
b) Das Ausländergesetz (ANAG) und seine Ausführungserlasse	5
c) Das Asylgesetz und seine Ausführungserlasse	9
2. Das allgemeine Verfassungsrecht	11
3. Das Völkerrecht	12
a) Allgemeines	12
b) Völkerrechtliche Verträge	14
aa) Universelle Verträge	14
bb) Europäische Verträge	15
cc) Bilaterale Verträge	18
c) Weitere Völkerrechtsquellen	19
2. KAPITEL: RECHTE	22
1. Überblick	22
2. Die verfassungsmässigen Rechte	23
a) Rechtsgleichheitsgebot und Diskriminierungsverbot	23
b) Willkürverbot	24
c) Verhältnismässigkeitsprinzip	25
a) Vertrauensgrundsatz	25
e) Verfassungsgrundsatz der Menschenwürde	26
f) Verfahrensrechte	26
3. Rechte der Ausländer im Rahmen der Einreise	28
a) Allgemeines	28
b) Kein allgemeines Recht auf Einreise	29
c) Flüchtlinge	30
aa) Allgemeines	30
bb) Das Non-refoulement Prinzip als Zurückweisungsverbot	31
4. Rechte der Ausländer im Rahmen der Gewährung von Aufenthalt, Niederlassung und Asyl	32
a) Ueberblick über die rechtliche Ordnung	32
b) Kein allgemeines Recht auf eine Bewilligung	34
c) Kein allgemeines Recht auf eine Verlängerung der Aufenthaltsbewilligung	35
d) Recht auf Anwesenheit während des Bewilligungsverfahrens	36
e) Sonderrechte für staatsvertraglich Privilegierte	36
f) Sonderrechte für Familienangehörige	37
aa) Allgemeines	37
bb) Familienangehörige von Schweizern	39
cc) Familienangehörige von Niedergelassenen	40
dd) Familienangehörige von Aufenthaltern	41

g) Sonderrechte für Flüchtlinge	41
aa) Recht auf die Durchführung des Asylverfahrens	41
bb) Recht auf Asyl bei Erfüllung aller gesetzlichen Voraussetzungen	42
cc) Recht auf Anwesenheit während des Asylverfahrens	42
dd) Recht auf eine Aufenthalts- und eine Niederlassungsbewilligung	43
ee) Recht auf Familiennachzug	43
5. Rechte der Ausländer im Rahmen von Entfernungsmassnahmen	43
a) Allgemeines	43
b) Die einzelnen Entfernungsmassnahmen	44
aa) Erlöschen und Widerruf einer Bewilligung	44
bb) Ausweisung	45
cc) Wegweisung	47
dd) Ausschaffung und Heimschaffung	47
c) Allgemeine völkerrechtliche Beschränkungen	48
d) Sonderrechte für Familienangehörige	50
e) Das Non-refoulement Prinzip als Rückschiebungsverbot	51
f) Ausdehnung des Non-refoulement Prinzips durch Art.3 EMRK	52
3. KAPITEL: RECHTSMITTEL	54
1. Das anwendbare Verfahren	54
a) Ausländerrecht	54
b) Asylrecht	54
2. Ordentliche Rechtsmittel	55
a) Allgemeines	55
aa) Grundsätze	55
bb) Zur Verwaltungsbeschwerde	55
cc) Zur Verwaltungsgerichtsbeschwerde	56
dd) Zur staatsrechtlichen Beschwerde	57
b) Rechtsmittel gegen die Verweigerung der Einreise	57
aa) Einreiseperrn und Einreisebeschränkungen	57
bb) Einreiseverweigerungen und Rückweisungsentscheide an der Grenze	57
c) Rechtsmittel gegen die Verweigerung einer Aufenthalts- oder Niederlassungsbewilligung	59
aa) Verfügungen kantonalen Behörden	59
bb) Verfügungen von Bundesbehörden	60
d) Rechtsmittel gegen den Asylentscheid	61
e) Rechtsmittel gegen Entfernungsmassnahmen	61
aa) Widerruf und Erlöschen einer Bewilligung	61
bb) Fremdenpolizeiliche Ausweisungen kantonalen Behörden	61
cc) Ausweisungen durch den Bundesrat	62
dd) Strafrechtliche Landesverweisungen	62
ee) Wegweisungen	62
ff) Vollstreckungsmassnahmen (Ausschaffungen)	63
f) Rechtsmittel gegen die vorläufige Aufnahme und die Internierung	65
3. Ausserordentliche Rechtsmittel	66
4. Rechtsbehelfe	66
a) Wiedererwägung	66
b) Aufsichtsbeschwerde	67
5. EMRK-Beschwerde	69

<u>2. TEIL: DIE DEFIZITÄRE AUSGESTALTUNG DES RECHTSSCHUTZES IM AUSLÄNDER- UND ASYLRECHT</u>	71
4. KAPITEL: RECHTSSCHUTZ IM ALLGEMEINEN	71
1. Begriff des Rechtsschutzes	71
2. Rechtsschutz als Optimierungsproblem	73
a) Das Spannungsfeld	73
b) Die Teilziele des Rechtsschutzes	73
aa) Verwirklichung materiellen Rechts	73
bb) Effizienz	74
cc) Verfahrensgerechtigkeit und Fairness	75
5. KAPITEL: DIE UNBEFRIEDIGENDE AUSGESTALTUNG DES RECHTSSCHUTZES IM AUSLÄNDER- UND ASYLRECHT	77
1. Überblick	77
2. Allgemeine Charakterisierung des Rechtsschutzes im Ausländer- und Asylrecht	78
a) Ausländerrecht	78
b) Asylrecht	79
3. Verkürzungen des Rechtsschutzes	79
a) Allgemeines	79
b) Verkürzungen im Bereich der Verwaltungsgerichtsbeschwerde an das Bundesgericht	80
c) Verkürzungen im Bereich des bundesrechtlichen Verwaltungsbeschwerdeverfahrens	81
aa) Ausländerrecht	81
bb) Asylrecht	82
d) Verkürzungen im Bereich der kantonalen Verfahren	82
e) Auswirkungen allgemeiner Rechtsschutzverkürzungen auf das Ausländer- und Asylrecht	82
aa) Verkürzungen als Folge von Art. 113 Abs.3 BV	82
bb) Verkürzungen im Bereich der Verwaltungsgerichtsbeschwerde	84
cc) Verkürzungen im Bereich der staatsrechtlichen Beschwerde	85
dd) Verkürzungen im Bereich des unmittelbaren Verwaltungshandelns	86
ee) Verkürzungen im Bereich des Vollstreckungsrechts	87
4. Problematische systematische Aspekte	88
Zulassung - Entfernung	
Privilegierung von Rechtsansprüchen	
Familienrechtliche Ansprüche	
Rechtsansprüche aus bilateralen völkerrechtlichen Verträgen	89
Auslieferungsverfahren - Asylverfahren	90
Fragliche Verfassungs- und Völkerrechtskonformität	90
a) Verletzung von Art.103BV?	90
b) Verletzungen von Art.13 und Art.6 EMRK?	91
aa) Art.13 EMRK: Grundsätze	91
bb) Fragliche Effektivität des asylrechtlichen Rechtsmittelschutzes	92
cc) Kantonale Wegweisungen und Art.3 EMRK	93
6. Würdigung des Rechtsschutzes im Ausländer- und Asylrecht	94
a) Ungenügen des Rechtsschutzes	94
b) Notwendigkeit des Rechtsschutzes	95
aa) Rechtsstaatliche Notwendigkeit	95
bb) Verfassungsrechtliche Notwendigkeit	96
cc) Völkerrechtliche Notwendigkeit	96
dd) Moralische Notwendigkeit	96
c) Wieviel Rechtsschutz?	97
d) Korrektur und Kompensation	99

6. KAPITEL: DIE PROBLEMATIK DES AUSSCHLUSSES DER VERWALTUNGSGERICHTSBESCHWERDE IM BESONDEREN	103
1. Überblick	103
2. Die Grundordnung von Art.97 -101 OG	104
a) Die gesetzlichen Bestimmungen	104
b) Zur Auslegung der Ausnahmebestimmungen	106
c) Die Motive des Gesetzgebers	106
3. Die Problematik der gesetzgeberischen Motive	109
a) Das Ermessensargument	109
aa) Ausgangslage	109
bb) Ermessen als anerkanntes Kriterium für die Zuweisung von Zuständigkeiten	109
cc) Die rechtliche Gebundenheit der Ermessensausübung	109
dd) Würdigung	110
b) Das Argument der politischen Frage	112
aa) Ausgangslage	112
bb) Kein Gegensatz zwischen Recht und Politik	113
cc) Rechtsfragen politischer Natur	114
dd) Sicherung vor richterlichen Uebergriffen	114
ee) Würdigung	116
c) Andere Argumente?	118
4. Die Problematik der technischen Ausgestaltung des Ausnahmekataloges	118
a) Allgemeine Kritik am Ausnahmekatalog	118
b) Der Ausschluss eines Sachgebietes	120
aa) Problemstellung	120
bb) Die bundesgerichtliche Praxis zu Rechtsfragen im ausgeschlossenen Sachgebiet	121
cc) Würdigung	124
c) Die Privilegierung von Rechtsansprüchen	125
aa) Ausgangslage	125
bb) Problematik der Konzeption des Rechtsanspruches	127
cc) Würdigung	130
5. Der Ausschluss der Normenkontrolle über Verordnungen als unerwünschter Nebeneffekt	131
a) Ausgangslage	131
b) Verordnungsbestimmungen mit fraglicher Gesetzes- oder Verfassungskonformität	132
c) Würdigung	133

<u>3. TEIL: KORREKTUR: VERBESSERUNG DES RECHTSMITTELSYSTEMS</u>	135
7. KAPITEL: DIE WAHL DER RECHTSMITTELINSTANZ	136
1. Grundsätzliches zur Wahl einer Rechtsmittelinstanz	136
a) Allgemeines	136
b) Die Rechtsmittelinstanzen	136
c) Die zu beurteilenden Streitfälle	138
2. Das Bundesgericht als ordentliche Verwaltungsrechtspflegeinstanz	139
3. Eine unabhängige Rekursinstanz (Rekurskommission) als Variante	141
a) Rekurskommissionen in der Schweiz	141
b) Vorteile und Nachteile von Rekurskommissionen	143
aa) Allgemeines	143
bb) Vorteile	143
cc) Nachteile	144
c) Würdigung	146
4. Varianten?	147
a) Ausbau der Beschwerde an den Bundesrat?	147
b) Ausbau des gerichtlichen Rechtsschutzes in den Kantonen?	148
c) Ausbau internationaler Rechtsmittel?	149
8. KAPITEL: DIE NOTWENDIGKEIT DES AUSBAUS RICHTERLICHER KONTROLLE	150
A. GRUNDSÄTZLICHES	150
1. Überblick	150
2. Hauptargumente gegen eine Verstärkung der Verwaltungsjustiz	150
a) Misstrauen gegenüber einem ausgeprägten Justizstaat	150
b) Eingriff in den Zuständigkeitsbereich der Exekutive	151
c) Kosten- und Effizienzargumente	152
3. Argumente für die grundsätzliche Erweiterung richterlicher Zuständigkeit	152
a) Der alte Ruf nach Verwaltungskontrolle durch unabhängige Gerichte	152
b) Gewaltenteilung	154
c) Verbesserung der Qualität der Rechtsprechung	155
d) Legitimität und Akzeptanz	157
4. Folgerung	160
B. DIE NOTWENDIGKEIT DES AUSBAUS RICHTERLICHER ZUSTÄNDIGKEIT IN AUSGEWÄHLTEN TEILBEREICHEN	162
1. Verfassungsmässige Rechte	162
2. Asyl	163
a) Der Asylentscheid	163
b) Der asylrechtliche Wegweisungsentscheid	166
3. Ausländerrecht	169
a) Allgemeines	169
b) NichtVerlängerung von Aufenthaltsbewilligungen	169
aa) Ausgangslage	169
bb) Problematik	170
cc) Lösungswege	172
c) Nichterteilen der Niederlassungsbewilligung	173
aa) Ausgangslage	173
bb) Problematik	173
cc) Lösungswege	174

9. KAPITEL: VARIANTEN DES AUSBAUS DES RECHTSSCHUTZES	175
A. WANN SOLL DER RICHTER DIE VERWALTUNG KONTROLLIEREN?	175
1. Problemstellung	175
2. Problematik eines Verzichts auf die Verwaltungsbeschwerde	176
3. Problematik von zusätzlichen Rechtsmittelinstanzen	178
a) Das allgemeine Effizienzproblem	178
b) Verlängerung des Rechtsweges als Chance für die Effizienz!	179
c) Die Notwendigkeit des Verhinderns missbräuchlicher Prozessverzögerung	180
aa) Entzug der aufschiebenden Wirkung	181
bb) Wegfall der Beschwerdemöglichkeit bei offensichtlich unbegründeten Beschwerden	182
cc) Annahmeverfahren (Zulassungsverfahren)	182
dd) Vorprüfungsverfahren	183
B. MODELLE	184
1. Allgemeines	184
2. Asyl	185
a) Übersicht	185
b) Zu den einzelnen Modellen	185
aa) Modell 1: Ist-Zustand	185
bb) Modell 2: Ausbau der Verwaltungsgerichtsbeschwerde	186
cc) Modell 3: Unabhängige Rekursinstanz anstelle des EJPD	186
dd) Modell 4: Modell 3 plus Beschwerde ans Bundesgericht	188
ee) Modell 5: EJPD plus unabhängige Rekursinstanz	188
ff) Modell 6: EJPD - unabhängige Rekursinstanz - Bundesgericht	189
3. Ausländerrecht	189
a) Übersicht	189
b) Zu den einzelnen Modellen	190
aa) Modell 1: Ist-Zustand	190
bb) Modell 2: Ausbau der Verwaltungsgerichtsbeschwerde in den Kantonen	190
cc) Modell 3: Ausbau der Verwaltungsgerichtsbeschwerde an das Bundesgericht	191
dd) Modell 4: Einführen einer neuen eidg. Rekursinstanz	192
ee) Modell 5: Umfassende Zuständigkeit einer neuen eidg. Rekursinstanz	192
4. Kombinierte Lösung für das Ausländer- und Asylrecht?	192

<u>4. TEIL: KOMPENSATION</u>	195
10. KAPITEL: KOMPENSATION DURCH OBJEKTIVE RECHTSKONTROLLE	196
1. Allgemeines	196
2. Das Parlament	197
a) Allgemeines	197
b) Das Parlament als Aufsichtsinstanz	197
c) Das Parlament als Genehmigungsinstanz	199
d) Das Parlament als "Hüterin" über die Verfassungs- und Völkerrechtskonformität von Erlassen	199
e) Berichterstattungspflicht bei bundesrätlichen (Notstands-)Massnahmen im Bereiche des Asylrechts	200
3. Besondere Beschwerderechte	201
a) Allgemeines	201
b) Behördenbeschwerde?	202
c) Besondere Beschwerderechte (Verfahrensrechte) von Organisationen?	203
4. Prozessbeobachtung	204
11. KAPITEL: KOMPENSATION DURCH VERBESSERTEN ZUGANG ZUM RECHT	206
1. Allgemeines	206
2. Die Forderung nach erhöhter Transparenz im Ausländer- und Asylrecht	208
a) Problem und Kritik	208
b) Veröffentlichungspflicht von Rechtssätzen	209
c) Differenzierte Veröffentlichungspflicht von Verwaltungsverordnungen	210
d) Veröffentlichung von Entscheidungen	211
3. Sprach- und Kulturbarrieren	212
12. KAPITEL: KOMPENSATION DURCH VERBESSERUNG DES VERFAHRENS	215
1. Allgemeines	215
2. Die Gewährleistung des rechtlichen Gehörs	216
a) Grundlagen	216
b) Fallbeispiele und Problemfälle	217
aa) Aktenentscheide im Asylyerfahren	217
bb) Anhörungsrechte und Widersprüche	218
cc) Anhörungsrechte und Ausschaffungen von abgewiesenen Asylbewerbern	218
dd) Frager und Befragte im Asylverfahren	219
ee) Akteneinsicht in geheime Dokumente	219
ff) Anhörungsrechte an der Grenze	221
3. Die Begründung der Entscheide	221
a) Grundsätze	221
b) Problembereiche	223
13. KAPITEL: KOMPENSATION DURCH VERBESSERUNG DER MATERIELLEN RECHTSGRUNDLAGEN (AUSLÄNDERRECHT)	225
1. Allgemeines	225
2. Die Notwendigkeit der Verbesserung der Normierungshöhe	226
a) Grundlagen	226
b; Würdigung	227
3. Die Notwendigkeit der verstärkten Norm- und Regelbildung	228
a) Grundlagen	228
b) Würdigung	230