
Schutz des Kontinuitätsvertrauens in die Rechtsordnung bei Rückstufung und Widerruf von Niederlassungsbewilligungen

Anne Kneer und Benjamin Schindler

Inhaltsübersicht

I.	Einleitung und Fragestellung.....	35
II.	Niederlassungsbewilligung als stabilster Aufenthaltstitel für ausländische Personen.....	36
	1. Charakteristika der Niederlassungsbewilligung.....	36
	2. Ausweisverlängerung und Bewilligungswiderruf.....	39
III.	Neue Widerrufs- und Rückstufungsmöglichkeiten.....	40
	1. Gesetzliche Bestimmungen.....	40
	2. Idee und Entstehungsgeschichte.....	42
IV.	Auswirkungen der Rückstufung.....	43
	1. Langjährig anwesende Ausländerinnen und Ausländer.....	43
	2. Fokus auf Sozialhilfebezug, Schulden und «querulatorisches» Verhalten.....	43
	3. Grosser betroffener Personenkreis.....	47
V.	Kantonale Rückstufungspraxis.....	47
VI.	Beständigkeit der Niederlassung unter verfassungsrechtlichen Gesichtspunkten.....	49
	1. Recht im Spannungsfeld zwischen Beständigkeit und Wandel.....	49
	2. Verfassungsrechtliches Rückwirkungsverbot.....	49
	3. Geltungs- und Kontinuitätsvertrauen trotz neuem Recht.....	50
	4. Verfassungskonforme Umsetzung von neuem Recht.....	52
VII.	Fazit.....	54

I. Einleitung und Fragestellung

Mit der Niederlassungsbewilligung wird Ausländerinnen und Ausländern das unbefristete und bedingungslose Recht erteilt, sich in der Schweiz aufzuhalten (Art. 34 Abs. 1 AIG¹). Es handelt sich hierbei um den stabilsten Aufenthaltstitel, den Personen ohne Schweizer Bürgerrecht erlangen können. Der Widerruf

¹ Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer und über die Integration vom 16.12.2005 (Ausländer- und Integrationsgesetz, AIG), SR 142.20.

einer Niederlassungsbewilligung ist nur bei Vorliegen bestimmter Gründe zulässig (Art. 63 AIG). Einen besonderen Status genossen bis Ende 2018 diejenigen niedergelassenen Personen, die sich seit mehr als 15 Jahren ununterbrochen und ordnungsgemäss in der Schweiz aufgehalten hatten. In solchen Fällen durfte die Niederlassung nur bei Verurteilung zu einer längeren Freiheitsstrafe oder bei Gefährdung der inneren oder äusseren Sicherheit widerrufen werden (Art. 63 Abs. 2 AIG in der Fassung bis 31. Dezember 2018). Am 1. Januar 2019 wurde diese Bestimmung dahingehend geändert, dass eine Niederlassungsbewilligung in eine Aufenthaltsbewilligung rückgestuft werden kann, wenn die Person die gesetzlich definierten Integrationskriterien nicht (mehr) erfüllt. Gleichzeitig geniessen Niedergelassene, welche sich länger als 15 Jahre ordentlich in der Schweiz aufhalten, neu auch im Falle von erheblichem und dauerhaftem Sozialhilfebezug keinen gesetzlichen Schutz vor Widerruf ihrer Bewilligung mehr. Es stellt sich die Frage, ob eine solche Regelung mit den Grundsätzen des intertemporalen Verwaltungsrechts – insbesondere dem Rückwirkungsverbot und dem Vertrauensschutz – vereinbar ist. Können etwa kantonale Migrationsbehörden aufgrund der neuen Regelung systematisch und wiederholt alle niedergelassenen Personen auf ihre Sozialhilfeabhängigkeit, Sprachkompetenzen oder Schulden (abermals) überprüfen, unabhängig davon, wie lange sie sich bereits in der Schweiz aufhalten? Dieser Aufsatz soll aus der Perspektive des Verfassungsrechts und des Allgemeinen Verwaltungsrechts einen Beitrag zum Verständnis der Problematik von Rechtsänderungen im migrationsrechtlichen Kontext und insbesondere im Hinblick auf diese aktuelle Problematik der neuen Rückstufungs- und Widerrufsmöglichkeiten bieten. So soll insbesondere den kantonalen Behörden ausgehend von den allgemeinen Regelungen aufgezeigt werden, in welchem Rahmen und unter welchen Voraussetzungen sie eine Rückstufung der Niederlassungsbewilligung prüfen können.

II. Niederlassungsbewilligung als stabilster Aufenthaltstitel für ausländische Personen

1. Charakteristika der Niederlassungsbewilligung

Die Niederlassungsbewilligung ist eine auf Dauer ausgerichtete Aufenthaltserlaubnis. Personen mit einer Niederlassungsbewilligung erhalten damit eine Rechtsstellung, welche – mit Ausnahme der politischen Rechte und der Aufenthaltssicherheit – mit Schweizer Staatsangehörigen nahezu vergleichbar ist.²

² Marc Spescha, in: Spescha et al. (Hrsg.), Migrationsrecht Kommentar, 5. Aufl., Zürich 2019, N 1 zu Art. 34 AIG.

Der Begriff der «Niederlassung» wird seit 1848 im schweizerischen Verfassungsrecht verwendet (Art. 41 BV³ 1848, Art. 45 BV 1874, Art. 24 BV 1999) und bezeichnet das Recht von Schweizerinnen und Schweizern, überall in der Schweiz dauerhaft Wohnsitz zu nehmen. Zwar können sich Ausländerinnen und Ausländer nicht auf diese Verfassungsnorm berufen, doch unterstreicht die Verwendung desselben Wortes, dass die Niederlassung zu einer dauerhaften Wohnsitznahme berechtigt. Die Niederlassungsbewilligung gilt daher grundsätzlich unbefristet und ist bedingungsfeindlich (Art. 34 Abs. 1 AIG). Das bedeutet, dass eine Gewährung der Niederlassungsbewilligung nicht zweckgebunden und somit insbesondere nicht an eine Integrationsvereinbarung nach Art. 58b AIG, an den Zweck eines Familiennachzugs,⁴ eine Arbeitstätigkeit oder an andere Bedingungen geknüpft werden kann.⁵ Für die Erteilung einer Niederlassungsbewilligung wurde mit der Revision des AIG ausdrücklich festgelegt, dass zu prüfen ist, ob die Person integriert ist. Seit Inkrafttreten von Art. 58a AIG am 1. Januar 2019 sind die Integrationskriterien auf Gesetzesstufe definiert. Zuvor wurde auf Verordnungsstufe in aArt. 60 VZAE⁶ bestimmt, dass das bisherige Verhalten der Gesuchstellerin respektive des Gesuchstellers sowie der Grad der Integration zu prüfen sei. aArt. 62 VZAE definierte sodann einige (nicht abschliessende) Integrationskriterien. Und auch zuvor, in Zeiten des ANAG⁷ respektive der ANAV⁸ wurde gemäss Art. 11 Abs. 1 «vor Erteilung der Niederlassungsbewilligung (...) das bisherige Verhalten des Ausländers nochmals eingehend [geprüft].» Auch ohne explizite Auflistung der Integrationskriterien im Bundesgesetz ist somit davon auszugehen, dass die Kantone die Integration der Gesuchstellenden grundsätzlich in Ausübung ihres Ermessens überprüft haben.⁹ Einen unbedingten Anspruch auf Erteilung einer Niederlassungsbewilligung haben heute lediglich Kinder unter zwölf Jahren, die von

³ Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18.4.1999 (BV), SR. 101.

⁴ *Silvia Hunziker/Beat König*, in: Caroni/Gächter/Thurnherr (Hrsg.), Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer (AuG), Stämpfli Handkommentar, Bern 2010, N 7 zu Art. 34; *Nadezhda Nesterenko*, Die ausländer- und flüchtlingsrechtliche Stellung von in der Schweiz geborenen ausländischen Kindern, in: Jahrbuch für Migrationsrecht 2016/2017, S. 160.

⁵ Anders als bei Aufenthaltsbewilligungen, bei welchen eine Integrationsvereinbarung Bestandteil der Bewilligung sein kann (Art. 33 Abs. 2 AIG). Eingehend zum Aufenthaltszweck: *Rahel Martin-Küttel*, Zweckbindung der Aufenthaltsbewilligung erwerbstätiger Drittstaatsangehöriger, Diss. Zürich, 2006, S. 57 ff.

⁶ Verordnung über Zulassung, Aufenthalt und Erwerbstätigkeit vom 24.10.2007 (VZAE), SR 142.201 (in der Fassung bis 31.12.2018).

⁷ Bundesgesetz vom 26.3.1931 über Aufenthalt und Niederlassung der Ausländer (ANAG, AS 49 279).

⁸ Vollziehungsverordnung vom 1.3.1949 zum Bundesgesetz über Aufenthalt und Niederlassung der Ausländer (ANAV, AS 1949 228).

⁹ *Benjamin Schindler*, in: Martina Caroni/Thomas Gächter/Daniela Thurnherr (Hrsg.), Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer (AuG), Bern 2010, zu Art. 96 AIG.

einem/einer Schweizer Staatsangehörigen oder einer Person mit Niederlassungsbewilligung im Rahmen des Familiennachzugs nachgezogen oder in der Schweiz geboren werden (Art. 42 Abs. 4 und Art. 43 Abs. 6 AIG). Sowohl Ehegatten als auch Kinder, welche im Zeitpunkt des Gesuchs älter als zwölf Jahre alt sind, müssen je nach Sachverhaltskonstellation weitere Anforderungen (z.B. Integrationskriterien nach Art. 58a AIG) erfüllen. Zudem wird bei ordentlichen und ausserordentlichen Professoren, die an einer Schweizer Hochschule tätig sind, das Erfüllen der Integrationskriterien nach Art. 58a AIG grundsätzlich vermutet. Auch sie und ihre Familien (Partnerin oder Partner und nachgezogene Kinder) erhalten ohne zeitliche Wartefrist sofort eine Niederlassungsbewilligung.¹⁰ Ein Anspruch auf Erteilung einer Niederlassungsbewilligung besteht bei diesen Personengruppen allerdings nicht.¹¹ Das Freizügigkeitsabkommen und seine Anhänge enthalten keine Bestimmungen über die Erteilung der Niederlassungsbewilligung. Indessen bestehen mit verschiedenen Ländern sog. *Niederlassungsvereinbarungen*.¹² Halten sich Staatsangehörige dieser Länder ununterbrochen und ordnungsgemäss in der Schweiz auf, wird ihnen die Erteilung einer Niederlassungsbewilligung nur verweigert, wenn sich ein Widerruf der Niederlassungsbewilligung rechtfertigen würde. Ungenügende Sprachkompetenzen rechtfertigen eine Bewilligungsverweigerung nicht.¹³ Je nach Formulierung eines Niederlassungsvertrags kann argumentiert werden, dass auch der Entzug einer Niederlassungsbewilligung nicht von zusätzlichen, im jeweiligen Vertrag nicht vorgesehenen, Voraussetzungen abhängig gemacht werden darf.¹⁴

Die Verfügung betreffend Erteilung der Niederlassungsbewilligung ist eine sog. «Dauerverfügung», die einen Sachverhalt für eine längere Zeitspanne regelt. Die Verfügung entfaltet damit nicht bloss Wirkung für ein einmaliges und zeitlich abgeschlossenes Ereignis, sondern entfaltet auch Rechtsfolgen für die

¹⁰ *Spescha*, (Anm. 2), N 3, 6 zu Art. 34 AIG.

¹¹ *Tamara Nüssle*, Niederlassung: Verschärfte Anforderungen an Integration unnötig, in: *Plädoyer* 2/2016, S. 46.

¹² Die Schweiz hat mit folgenden Ländern eine Niederlassungsvereinbarung abgeschlossen: Fürstentum Liechtenstein, Belgien, Deutschland, Dänemark, Frankreich, Griechenland, Italien, Niederlande, Österreich, Portugal und Spanien. *SEM*, Weisungen und Erläuterungen I. Ausländerbereich (Weisungen AIG), Stand 1.11.2019, <https://www.sem.admin.ch/content/dam/data/sem/rechtsgrundlagen/weisungen/auslaender/weisungen-aug-d.pdf> (zuletzt besucht am 7.8.2020), Ziff. 0.2.1.3.2.

¹³ Ausführlich zur Problematik bezüglich Rückstufung und Niederlassungsvereinbarungen: *Alberto Achermann/Jörg Künzli*, *Welcome to Switzerland, Sprachenrecht im Zuwanderungsstaat*, 2011, S. 177; welche die Möglichkeiten der Schweiz sehr restriktiv definieren und ein Entzug einer Niederlassung bei Bestehen einer Niederlassungsvereinbarung im Wesentlichen nur aufgrund eines «schwerwiegenden» Verstosses gegen die öffentliche Sicherheit und Ordnung als möglich erachten.

¹⁴ S. auch *SEM*, Weisungen AIG, (Anm. 12), Ziff. 0.2.1.3.2.

Zukunft.¹⁵ Diese Qualifikation ist insbesondere bei Änderungen der gesetzlichen Rahmenbedingungen – wie die vorliegend untersuchte Rückstufung – entscheidend, da sich die Regelungen des Status im Laufe seiner Gültigkeit ändern können.

2. Ausweisverlängerung und Bewilligungswiderruf

Trotz der unbefristeten Gültigkeit der Niederlassungsbewilligung wird der Niederlassungsausweis für nur fünf Jahre ausgestellt (Art. 41 Abs. 3 AIG). Nach Ablauf dieser fünf Jahre wird ein neuer Niederlassungsausweis ausgestellt, wobei in erster Linie kontrolliert wird, ob sich die Person nach wie von in der Schweiz aufhält.¹⁶ Da die Niederlassungsbewilligung unbefristet ist, besteht grundsätzlich Anspruch auf Erneuerung des Niederlassungsausweises. Ein Widerruf der Niederlassungsbewilligung ist nur möglich, wenn die Voraussetzungen nach Art. 63 Abs. 1 AIG erfüllt sind.¹⁷ Dies ist namentlich der Fall, wenn im Bewilligungsverfahren falsche Angaben gemacht oder wesentliche Tatsachen verschwiegen wurden, die Person zu einer «längerfristigen»¹⁸ Freiheitsstrafe verurteilt oder gegen sie eine strafrechtliche Massnahme im Sinne der Artikel 59–61 oder 64 StGB angeordnet wurde oder sie in schwerwiegender Weise gegen die öffentliche Sicherheit und Ordnung in der Schweiz oder im Ausland verstossen hat oder diese gefährdet oder die innere oder die äussere Sicherheit gefährdet. Ferner kann die Niederlassungsbewilligung auch widerrufen werden, wenn die Person dauerhaft und in erheblichem Mass auf Sozialhilfe angewiesen ist, die Ausländerin oder der Ausländer in rechtsmissbräuchlicher Weise versucht hat, das Schweizer Bürgerrecht zu erlangen, oder ihr oder ihm das Schweizer Bürgerrecht im Rahmen einer Nichtigerklärung entzogen worden ist. Je länger eine Person in der Schweiz ist, desto höhere Anforderungen sind an einen Widerruf der Niederlassungsbewilligung zu stellen. Der Widerruf muss dem Verhältnismässigkeitsgrundsatz genügen.¹⁹ Auch ein langer

¹⁵ Pierre Tschannen/Ulrich Zimmerli/Markus Müller, Allgemeines Verwaltungsrecht, 4. Aufl., Bern 2014, § 28 Rz. 78; so auch Urteil des Verwaltungsgerichts Aargau, WBE.2020.8 vom 7.7.2020 E. 4.1.4 (Anmerkung: Das Urteil ist nach Abgabefrist des Beitrags ergangen, weshalb hier keine ausführliche Auseinandersetzung erfolgt).

¹⁶ Minh Son Nguyen, in: Son Nguyen/Amarelle, Code annoté de droit des migrations – Volume II, Loi sur les étrangers (LEtr), Berne 2017, N 7 zu Art. 34.

¹⁷ Nüssle (Anm. 11), S. 46.

¹⁸ Der Begriff wird auch im Strafrecht nicht näher definiert, das zudem nur die Dauer einer Strafe festlegt. Der Begriff der Frist bezeichnet im Strafrecht und im Verfahrensrecht eine Zeitdauer, innert der eine Handlung vorgenommen werden muss (Antragsfrist, Verjährungsfrist, Rechtsmittelfrist). Gemäss ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichts ist ab einer (bedingten oder unbedingten) Freiheitsstrafe von mehr als einem Jahr von einer «längerfristigen Freiheitsstrafe» auszugehen, BGE 135 II 377 E. 4.2.

¹⁹ Mit einer Darstellung der Rechtsprechung: Spescha (Anm. 2) N 7, 24 zu Art. 63.

Aufenthalt verunmöglicht den Widerruf nicht; so ist es grundsätzlich möglich, eine in der Schweiz geborene und aufgewachsene Person aus der Schweiz wegzuweisen.²⁰ Ist ein Widerruf der Niederlassungsbewilligung respektive der Wegweisung aus der Schweiz nicht angezeigt, kam bis zur Einführung der Rückstufung nach Art. 63 Abs. 2 AIG nur eine Verwarnung im Sinne von Art. 96 Abs. 2 AIG in Betracht. Gegen einen Widerruf stehen die jeweiligen kantonalen Rechtsmittelverfahren sowie eine Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten ans Bundesgericht offen.

III. Neue Widerrufs- und Rückstufungsmöglichkeiten

1. Gesetzliche Bestimmungen

Niederlassungsbewilligungen können nach dem neuen (seit 1. Januar 2019 geltenden) Art. 63 Abs. 2 AIG widerrufen und durch eine Aufenthaltsbewilligung ersetzt werden, wenn die Person die Integrationskriterien nach Art. 58a AIG nicht (mehr) erfüllt. Nach Art. 58a Abs. 1 AIG sind als Integrationskriterien die Beachtung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung, die Respektierung der Werte der Bundesverfassung, die Sprachkompetenzen und die Teilnahme am Wirtschaftsleben oder am Erwerb von Bildung vorgesehen. Können diese Kriterien aufgrund einer Behinderung, Krankheit oder aus anderen gewichtigen persönlichen Umständen nicht oder kaum erfüllt werden, ist dem Rechnung zu tragen (Abs. 2). Die Rückstufung kann mit einer Integrationsvereinbarung oder einer Integrationsempfehlung nach Artikel 58b AIG verbunden werden (Art. 62a Abs. 1 VZAE). In diesem Fall muss in der Rückstufungsverfügung dargelegt werden, welche Integrationskriterien nach Art. 58a Abs. 1 AIG nicht erfüllt wurden, welche Gültigkeitsdauer die neu verfügte Aufenthaltsbewilligung aufweist, welche Bedingungen an den weiteren Verbleib in der Schweiz geknüpft sind (Art. 33 Abs. 2 AIG) und die Folgen für den Aufenthalt in der Schweiz, falls diese Bedingungen nicht erfüllt werden (Art. 62a Abs. 2 VZAE). Wird eine Rückstufung verfügt, kann eine erneute Erteilung einer Niederlassungsbewilligung frühestens – nach erfolgreicher (Wieder-)Integration im Sinne der Kriterien nach Art. 58a AIG – fünf Jahre nach der rechtskräftigen Rückstufungsverfügung erfolgen (Art. 34 Abs. 6 AIG i.V.m. Art. 61a VZAE). Gegenüber dem bisherigen Recht führt Art. 63 Abs. 2 in zwei Bereichen zu wesentlichen Änderungen: Zum einen kann eine Niederlassungsbewilligung einer Person, welche *länger als 15 Jahre in der Schweiz* ist, nun «einfacher», d.h. aufgrund aller in Art. 63 Abs. 1 AIG genannten Widerrufsgründe, widerrufen und die *Wegweisung aus der Schweiz* angeordnet werden. Bis zur Änderung dieses Absatzes war ein Widerruf nur bei längerfristigen Freiheitsstrafen

²⁰ Ausführlich und mit Hinweisen auf die Rechtsprechung: *Spescha* (Anm. 2) N 1 ff. zu Art. 63; sowie *Nüssle* (Anm. 11), S. 48 f.

oder bei einer Gefährdung oder einem Verstoss gegen die öffentliche Sicherheit und Ordnung möglich, sofern sich der Widerruf als verhältnismässig erwies. Das Verhältnismässigkeitsprinzip ist indessen nach wie vor auch nach der neuen Bestimmung zu wahren; je länger sich eine Person rechtmässig in der Schweiz aufhält, desto gewichtiger müssen die Gründe für einen Widerruf und eine damit verbundene Wegweisung sein.²¹ Die bisher vom Gesetzgeber vordefinierte Marke von 15 Jahren entfällt aber und damit auch der Umstand, dass seit mehr als 15 Jahren ordnungsgemäss anwesende Personen einen besonders stabilen Aufenthaltstitel genossen. Zum anderen wurde mit der in Art. 63 Abs. 2 AIG neu möglichen *Rückstufung* von einer C- zu einer B-Bewilligung ein neues, ausländerrechtliches Instrument in Bezug auf Niederlassungsbewilligungen eingeführt. Bis zu diesem Zeitpunkt konnten die kantonalen Migrationsämter Niedergelassenen gegenüber entweder eine Verwarnung im Sinne von Art. 96 Abs. 2 AIG aussprechen oder die Niederlassungsbewilligung unter den Voraussetzungen von Art. 63 Abs. 1 AIG widerrufen. Mit dem Widerruf wurde die Wegweisung aus der Schweiz verfügt. Die Rückstufung bietet den kantonalen Migrationsbehörden somit eine zusätzliche Möglichkeit, Personen, welche die Voraussetzungen nach Art. 34 AIG nicht (mehr) erfüllen, anzugehen.²² Bei einer Rückstufung ist die Rechtsfolge nicht die Wegweisung aus der Schweiz, sondern «lediglich» der *weniger stabile Aufenthaltstitel*, welcher mit einer Integrationsvereinbarung respektive Integrationsempfehlung verknüpft werden kann. In der Praxis müssen sich die vom Kanton angeordneten Integrationsvereinbarungen in dem Sinne als zweckmässig erweisen, als sie eine Verbesserung der Situation erwarten lassen.²³ Der Gesetzgeber hat für die Änderung von Art. 63 Abs. 2 AIG keine Übergangsbestimmung erlassen, weshalb die Möglichkeit der Rückstufung grundsätzlich für alle Niederlassungsbewilligungen ohne Differenzierung der bisherigen Aufenthaltsdauer ab dem 1. Januar 2019 gilt. So wird aus den Ratsdebatten deutlich, dass die Gesetzesänderung gerade auch derzeitige Inhaberinnen und Inhaber einer Niederlassungsbewilligung erfassen sollte.²⁴

²¹ *Spescha* (Anm. 2), N 2 zu Vorbem. Art. 61–63.

²² Das Verwaltungsgericht Aargau geht unter Verweis auf Urteile des BGer betreffend Widerruf der Niederlassungsbewilligung davon aus, dass eine Rückstufung ausgeschlossen ist, wenn ein Widerruf einer Niederlassungsbewilligung mit Wegweisung zulässig ist, vgl. Urteil des Verwaltungsgerichts Aargau, WBE.2020.8 vom 7.7.2020 E. 2.4.2.

²³ Ist beispielsweise eine Eingliederung in den ersten Arbeitsmarkt bei einer andauernden Sozialhilfeabhängigkeit aufgrund der im Einzelfall vorliegenden Umstände nicht zu erwarten, erweist sich eine Rückstufung mit den damit verbundenen Aufwendungen des Kantons meist kaum als sinnvoll.

²⁴ Geschäft 13.030, Votum SR Engeler, AB 2016 S 969 «Es gibt aber auch Fälle, in denen bereits eine Niederlassungsbewilligung erteilt worden ist und jemand die Integration später boykottiert, ohne dass er gerade kriminell wird.»

2. Idee und Entstehungsgeschichte

Die Möglichkeit der Rückstufung findet ihren Ursprung in einer parlamentarischen Initiative mit dem Titel «Rückstufung eines niedergelassenen integrationsunwilligen Ausländers zum Jahresaufenthalter» vom 19. März 2008 des damaligen FDP-Nationalrats Philipp Müller.²⁵ Dieser begründete sein Anliegen damit, dass bis am 31. Dezember 2007 Ausländerinnen und Ausländer eine Niederlassungsbewilligung erhalten konnten, ohne dass ihre Integration näher geprüft worden sei. Es gebe Ausländerinnen und Ausländer, welche «nicht gravierend straffällig sind und sich partout in der Schweiz nicht integrieren wollen.»²⁶ Die kantonalen Behörden würden solchen Personen machtlos gegenüberstehen, da die Niederlassungsbewilligung nur widerrufen werden könne, wenn die Person in schwerwiegender Weise gegen die öffentliche Sicherheit und Ordnung verstossen habe oder diese gefährde. Durch die Rückstufung solle den Migrationsbehörden die Möglichkeit gegeben werden, solche Ausländerinnen und Ausländer an ihre Integrationsverpflichtung erinnern zu können, indem sie mit ihnen Integrationsvereinbarungen abschliesse. Nach einer Rückstufung sei eine erneute Erteilung einer Niederlassungsbewilligung erst nach drei Jahren möglich. Der Bundesrat sprach sich im Februar 2015 explizit gegen eine «Niederlassungsbewilligung auf Probe» aus, da aufgrund anderer Anpassungen des Ausländerrechts auch bei der Erteilung einer Niederlassungsbewilligung der Fokus bereits stärker auf die Integration gerichtet worden sei und mit der Aufnahme der Integration als explizites Kriterium für die Erteilung einer Niederlassungsbewilligung (Art. 34 Abs. 2 Bst. c AIG) dem Bedürfnis der Initiative in genügender Weise Rechnung getragen worden sei. Die Rückstufung stehe zum einen im Widerspruch zum Stufenmodell der Integration sowie zum anderen zum Wesen der Niederlassungsbewilligung als unbefristetes und bedingungsloses Aufenthaltsrecht.²⁷ Auch die Kantone sprachen sich in der Vernehmlassung aufgrund von Kosten- und Praktikabilitätsgründen gegen eine Überprüfung der Niederlassungsbewilligung aus.²⁸ Erst im Verlaufe der Ratsdebatten im Parlament wurde die Änderung von Art. 63 Abs. 2 AIG im heute geltenden Wortlaut und somit sowohl die Aufhebung des besonderen Schutzes

²⁵ Vgl. Parlamentarische Initiative 08.406 «Rückstufung eines niedergelassenen integrationsunwilligen Ausländers zum Jahresaufenthalter» vom 19.3.2008.

²⁶ Ibid.

²⁷ EJPD, Erläuternder Bericht, Anpassung der Vorlage zur Änderung des Ausländergesetzes (Integration; 13.030) an Art. 121a BV und an fünf parlamentarische Initiativen, Februar 2015, S. 13; Zusatzbotschaft zur Änderung des Ausländergesetzes (Integration) BBl 2016 2834 f.

²⁸ Zusatzbotschaft zur Änderung des Ausländergesetzes (Integration) BBl 2016 2821, 2834 f.; Geschäft 13.030, Votum BR Sommaruga, AB 2016 N 1302.

für über 15 Jahre niedergelassene Personen als auch die neue Rückstufungsmöglichkeit wieder in die Gesetzesrevision aufgenommen.²⁹ Der diesbezügliche Streichungsantrag von Angelo Barrile (SP), wonach die Bestimmung nicht notwendig respektive sogar systemfremd sei,³⁰ fand in der Kommission des Nationalrates³¹ sowie in der Debatte, trotz verschiedener klarer Gegenstimmen,³² keine Mehrheit.³³

IV. Auswirkungen der Rückstufung

1. Langjährig anwesende Ausländerinnen und Ausländer

Wie bereits dargelegt, führt diese Gesetzesänderung im Wesentlichen zu *zwei gewichtigen Änderungen* für niedergelassene Personen: Zum einen geniessen niedergelassene Personen, welche sich mehr als 15 Jahre ununterbrochen und ordnungsgemäss in der Schweiz aufhalten, neu keinen besonderen Schutz bezüglich des Widerrufs ihrer Niederlassung mehr. Dies kann insbesondere Personen, welche seit Geburt über eine Niederlassungsbewilligung verfügen und noch nie bezüglich der Überprüfung der Bewilligung in Kontakt mit einem Migrationsamt standen, verunsichern. Insbesondere in Kombination mit der neuen Möglichkeit der Rückstufung auf eine Aufenthaltsbewilligung ist ihr Verbleib in der Schweiz in erheblichem Mass unsicherer geworden.

2. Fokus auf Sozialhilfebezug, Schulden und «querulatorisches» Verhalten

Mit der Möglichkeit der Rückstufung rücken Lebensumstände der Ausländerinnen und Ausländern in den Fokus, welche zwar klar keine Widerrufsgründe einer

²⁹ Geschäft 13.030s, Fahne Herbstsession 2016, Beschluss Nationalrat, 2016 III N, N44 D, S. 23.

³⁰ Geschäft 13.030, Votum NR Barrile, AB 2016 N 1297.

³¹ Geschäft 13.030, Fahne Herbstsession 2016, Beschluss Nationalrat, 2016 III N, N4 D, Ausgang Abstimmung 16 zu 7 für die Änderung von Art. 63 Abs. 2 AIG; Geschäft 13.030, Votum NR Romano, AB 2016 N 1303.

³² Voten zum Geschäft 13.030, NR Barrile, AB 2016 N 1296; NR Amarelle, AB 2016 N 1298, welche bezüglich des eingeführten Art. 63 Abs. 2 AIG von einem «non-sens total» spricht; NR Moser, AB 2016 N 1300: «Aber irgendwann ist der Punkt der Integration erreicht.»; BR Sommaruga, AB 2016 N 1302: «Die zusätzliche Möglichkeit der Rückstufung bringt eigentlich nichts ausser viel Bürokratie, viel Aufwand und wenig Resultate.»

³³ Abstimmung Nationalrat, 13.030/13826 126 für den Antrag der Kommission, 63 für den Antrag Barrile, AB 2016 N 1306; Abstimmung Ständerat zu Art. 63, AB 2016 S 972.

Niederlassungsbewilligung darstellen, jedoch vom Gesetzgeber als unerwünschtes Verhalten qualifiziert wurden respektive die Person als nicht integriert gelten lassen. Den Kantonen kommt in der Beurteilung dieser neu wesentlich stärker gewichteten Integrationsfaktoren auch nach Einführung von Art. 58a AIG ein grosses Ermessen zu. Die Kann-Formulierung von Art. 63 Abs. 2 AIG bringt sodann zum Ausdruck, dass die Migrationsbehörden nicht verpflichtet sind, eine Rückstufung anzuordnen. Dass die Behörden über einen erheblichen Entscheidungsspielraum verfügen, wird auch bei einer Betrachtung der einzelnen Integrationskriterien deutlich.

a) *Sozialhilfebezug*

Mit der Möglichkeit der Rückstufung bei allen niedergelassenen Personen – unabhängig der Dauer ihrer Anwesenheit in der Schweiz – rückt der Bezug von Sozialhilfe als Integrations- und somit auch Rückstufungskriterium weiter in den Fokus.³⁴ Es stellt sich die Frage, ob neu auch ein temporärer und nicht erheblicher Sozialhilfebezug (in Abgrenzung zu Art. 63 Abs. 1 Bst. c AIG) in Einzelfällen Grund für eine Rückstufung sein kann.³⁵ Art. 63 Abs. 2 AIG verweist diesbezüglich integral auf die Integrationskriterien von Art. 58a AIG. Ein Verschulden bezüglich der neuen Sozialhilfeabhängigkeit seit Erhalt der Niederlassungsbewilligung wird gemäss Wortlaut im Gesetz zwar nicht explizit vorausgesetzt, wird jedoch analog zur Praxis von Art. 62 Abs. 1 lit. e AIG wohl ebenfalls gefordert.³⁶ Art. 58a Abs. 1 Bst. c AIG sieht vor, dass die Teilnahme

³⁴ Geschäft 13.030, Votum NR Nantermod AB 2016 N 1304 : « C'est notamment le cas des personnes qui sont durablement dépendantes de l'aide sociale. Les cantons ne peuvent plus révoquer le permis C d'une personne qui est durablement à l'aide sociale. Or cela serait dans certains cas extrêmement utile parce que, je le répète, si l'on veut favoriser l'intégration, il est parfois nécessaire aussi de constater qu'il y a des gens qui, s'ils ont été intégrés à une époque, ne le sont plus et ne doivent plus bénéficier d'une autorisation d'établissement en Suisse.»

³⁵ Der Kanton Luzern prüft z.B. ab einem Wert des Sozialhilfebezugs von 50'000 CHF für Einzelpersonen und 70'000 CHF für Familien eine Rückstufung in vertiefter Weise. Die Praxisharmonisierung der VOF (Vereinigung der Migrationsämter Ostschweiz und Fürstentum Liechtenstein) geht unter Hinweis auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung (Urteil des BGE vom 9.4.2009 2C_672/2008, E. 3.3) ab einem Betrag von 80'000 CHF während zwei Jahren von einer dauerhaften und erheblichen Sozialhilfeabhängigkeit aus, wobei künftige Entwicklungen mittels einer Zukunftsprognose zu berücksichtigen sind, VOF, Praxisharmonisierung, 29.09.2017, Ziff. 6.4.3.

³⁶ Ergänzungsleistungen, Prämienverbilligungen sowie weitere Leistungen, auf deren Ausrichtung ein gesetzlicher Anspruch besteht (z.B. Alimentenbevorschussung oder IV-Rente und ALV-Leistungen) stellen gemäss Praxis des Bundesgerichts keine Sozialhilfe dar, VOF, Praxisharmonisierung, 29.9.2017, <https://vkm-asm.ch/uploads/274/cotent/687a3a176e8a839c1f971016aa2520465838b78974c89e23a501163b0779a4e4.pdf> (zuletzt besucht am 7.8.2020), Ziff. 6.3.5.

am Wirtschaftsleben oder am Erwerb von Bildung ein Kriterium der Integration darstellt. Dabei wird nicht lediglich der blosse Wille gefordert, sondern die tatsächliche Teilnahme respektive der Erwerb.³⁷ Gemäss Wortlaut von Art. 63 Abs. 2 AIG könnte somit der erstmalige Verlust einer Arbeitsstelle (z.B. aufgrund der wirtschaftlichen Konsequenzen einer Pandemie) gleichwohl zum Verlust der Niederlassungsbewilligung führen. Indessen ist anzumerken, dass auch eine Rückstufung dem Verhältnismässigkeitsprinzip nach Art. 5 Abs. 2 BV genügen muss.

b) *Schulden*

Weiter kann auch das Bestehen von Schulden ein Kriterium für eine Rückstufung sein. Im Gegensatz zum Widerruf der Niederlassungsbewilligung, welche erst bei grossen Beträgen von Betreibungen und Verlustscheinen allenfalls möglich wird,³⁸ könnte eine Rückstufung grundsätzlich bereits bei kleineren *Schuldbeträgen* oder bei längerfristigem Bestehen von Schulden, ohne dass der Schuldbetrag zwar anwächst, aber auch keine Anstrengungen zur Schuldensanierung unternommen werden,³⁹ möglich sein. Der Abbau der Schulden oder auch eine Schuldenberatung können denn auch im Einzelfall Gegenstand einer sinnvollen Integrationsvereinbarung im Sinne von Art. 58b AIG bilden, wobei die unterschiedlichen Ressourcen der Kantone in der Ausgestaltung der Rückstufung zumindest diesbezüglich verschiedene Vorgehensweisen erwarten lassen.

c) *Nicht gravierende Straffälligkeit oder «querulatorisches» respektive unkooperatives Verhalten*

Art. 58a Abs. 1 Bst. a AIG i.V.m. Art. 77a VZAE bestimmt, dass eine Person als integriert gilt, wenn sie die öffentliche Sicherheit und Ordnung beachtet. Die öffentliche Ordnung umfasst dabei zwei Elemente: Die objektive Rechtsordnung und die Ordnungsvorstellungen. Kriterium für das erste Element sind allfällige Einträge im Strafregister, die gegen eine gelungene Integration im Sinne von Art. 58a AIG sprechen können.⁴⁰ Die Ordnungsvorstellungen sind demgegenüber weiter zu verstehen. Darunter fällt auch die Beachtung behördlicher Verfügungen, die Einhaltung öffentlich-rechtlicher oder privater Verpflichtungen sowie die Kooperation mit den Behörden. Als Beispiele können

³⁷ *Spescha* (Anm. 2), N 7 zu Art. 58a AIG.

³⁸ *Kanton Zürich*, Sicherheitsdirektion, Weisung Rückstufung, 14.12.2018, S. 6 m.H.a. Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich, VB.2014.00531 vom 12.11.2014, welches einen Betrag von 80'000 CHF für Betreibungen und Verlustscheine nennt.

³⁹ *SEM*, Weisungen AIG, (Anm. 12), Ziff. 8.3.2.3.

⁴⁰ *SEM*, Weisungen AIG, (Anm. 12), Ziff. 3.3.1.1.

notorische «Abfallsünder» oder die Weigerung einer ordnungsgemässen Anmeldung am Wohnort genannt werden.⁴¹ Auch eine dauerhafte Verweigerung der Mitwirkungspflicht gegenüber den Migrationsbehörden kann darunterfallen. Zu beachten ist indessen, dass in Bezug auf das erste Element der objektiven Rechtsordnung die Kompetenzen der kantonalen Migrationsbehörden seit Einführung der strafrechtlichen Landesverweisung beschränkt sind.⁴² Um zu vermeiden, dass die Migrationsbehörden und die Strafbehörden einen gleichen Sachverhalt jeweils unterschiedlich beurteilen und somit ein Widerspruch entsteht, ist ein Widerruf einer Niederlassungsbewilligung nur aufgrund eines Delikts, für welches ein Strafgericht von einer Landesverweisung (implizit oder explizit) abgesehen hat, unzulässig (Art. 63 Abs. 2 AIG).⁴³ Da aber eine Rückstufung keine Wegweisung zur Folge hat und aufgrund fehlender Integration erfolgt, würde kein Widerspruch entstehen. Eine Rückstufung könnte somit in Einzelfällen auch bei Verzicht eines Strafgerichts auf eine Landesverweisung möglich sein. Das Verhältnis zwischen strafrechtlicher Landesverweisung und Rückstufung wird sich zukünftig in der Praxis zeigen müssen.

d) *Weniger im Fokus: Sprachkompetenzen*

Da die Rückstufung in der Zukunft wohl im Wesentlichen bei (drastischen) Sachverhaltsänderungen Anwendung finden dürfte, erscheinen die Sprachkompetenzen hier weniger im Fokus zu stehen, da diese bereits bei Erteilung der Niederlassungsbewilligung geprüft und nachgewiesen worden sein dürften. Ein plötzlicher und unerklärlicher Verlust der Sprachkompetenz erscheint grundsätzlich wenig wahrscheinlich. Denkbar wäre, dass jemand durch den Wohnortswchsel in eine andere Sprachregion nicht mehr die Sprache seiner Umgebung spricht und so weniger gut integriert ist. Diese Fälle dürften indessen bei niedergelassenen Personen die Ausnahme bleiben.⁴⁴

⁴¹ Kanton Zürich, Sicherheitsdirektion, Weisung Rückstufung, 14.12.2018, zu finden auf der Webseite des Migrationsamtes des Kantons Zürich, <https://ma.zh.ch/internet/sicherheitsdirektion/migrationsamt> (zuletzt besucht am 7.8.2020), S. 6.

⁴² Eingehend zur Landesverweisung: *Fanny de Weck*, in: Spescha et al. (Anm. 2), Nr. 1 ff. zu Art. 66a StGB.

⁴³ SEM, Weisungen AIG, (Anm. 12), Ziff. 8.4.2.1.

⁴⁴ Dies zumal die Mindestsprachkompetenzen mit einem mündlich A2 und einem schriftlich A1 des Gemeinsamen Europäischen Referenzrahmens GER nicht sonderlich hoch erscheinen. Vgl. SEM, Weisungen AIG, (Anm. 12), Ziff. 3.3.1.3.

3. Grosser betroffener Personenkreis

Der Personenkreis, welcher von der Änderung von Art. 63 Abs. 2 AIG betroffen ist, ist sehr gross. Gemäss der Ausländerstatistik 2019 des SEM verfügten am 31. Dezember 2019 1'376'575 Personen und somit 65,2% der ständigen ausländischen Wohnbevölkerung in der Schweiz über eine Niederlassungsbewilligung.⁴⁵ Von der ständigen ausländischen Wohnbevölkerung (unabhängig des Status) befinden sich 35% aller Personen seit mehr als 15 Jahren in der Schweiz.⁴⁶ Über 70'000 Personen mit Niederlassungsbewilligung bezogen im Jahr 2018 Sozialhilfe.⁴⁷ Dazu kommt, dass gemäss Bundesamt für Statistik im Jahr 2017 mehr als 40% der Bevölkerung (ausländische und inländische Staatsangehörige) in einem Haushalt wohnte mit mindestens einer Art von Schulden, wobei knapp 20% aller Haushalte mindestens einen Zahlungsrückstand aufwiesen.⁴⁸ Bereits aus diesen groben Zahlen wird eindrücklich ersichtlich, wie viele Personen von dieser neuen Möglichkeit der Rückstufung sowie den auf den ersten Blick tiefen Anforderungen potenziell betroffen sein könnten. Es versteht sich von selbst, dass einem Grossteil dieses Personenkreises kein Aufenthaltsverlust drohen wird, da sie ihren Anspruch auf Aufenthalt beispielsweise aus dem FZA ableiten können oder ihr Sozialhilfebezug schlicht nicht erheblich ist.⁴⁹

V. Kantonale Rückstufungspraxis

Aus einer nicht repräsentativen Umfrage bei ausgewählten Kantonen⁵⁰ wird ersichtlich, dass die Möglichkeit der Rückstufung nicht überall gleich und teil-

⁴⁵ SEM, Statistik Zuwanderung Ausländerinnen und Ausländer in der Schweiz, Dezember 2019/Jahr 2019, S. 3.

⁴⁶ SEM, Ausländerstatistik März 2020, Bestand ständige ausländische Wohnbevölkerung nach Nationalität und Aufenthaltsdauer am 29.2.2020, 2-23, wonach von insgesamt 2'122'916 Ausländerinnen und Ausländern 752'755 eine Aufenthaltsdauer von mehr als 15 Jahren aufweisen.

⁴⁷ BFS, BFS Aktuell, Sozialhilfebeziehende in der Schweiz 2018, Sozialhilfequote beträgt neu 3,2%, Neuchâtel, Dezember 2019, S. 4.

⁴⁸ BFS, Verschuldung, Hauptergebnisse FÜR 2017, <https://www.bfs.admin.ch/bfs/de/home/statistiken/wirtschaftliche-soziale-situation-bevoelkerung/einkommen-verbrauch-vermoegen/verschuldung.html> (zuletzt besucht am 22.4.2020).

⁴⁹ Dazu: *Spescha* (Anm. 2), N 14 zu Art. 62 AIG.

⁵⁰ Angefragt wurden am 20.4.2020 14 Kantone, welche nach ihrer Praxis zu Art. 63 Abs. 2 AIG befragt wurden. Insbesondere lag der Fokus auf dem Vorhandensein einer systematischen oder einzelfallbasierten Überprüfung. Von 13 Kantonen ist eine Antwort eingegangen. Auf eine namentliche Nennung der Kantone wird nachfolgend verzichtet, zumal die Nachfrage nicht repräsentativ ist und lediglich einen ersten Eindruck der sich in Entwicklung begriffenen Praxis vermitteln soll.

weise nur mit grosser Zurückhaltung angewendet wird. Mehrere Kantone machen deutlich, dass Gerichtsurteile zur Klärung der Voraussetzungen erwartet werden.⁵¹ Die Praxis der Kantone kann in drei Typen untergliedert werden, wobei es sich um eine Schematisierung handelt, welche in der Praxis kaum derart strikt vorkommen dürfte:

- Einige Kantone scheinen die Meldungen der verschiedenen Akteure (Strafbehörden, Sozialämter usw.) seit Einführung der Rückstufungsmöglichkeit systematisch zu sammeln und dann den jeweiligen Einzelfall bei der Ausweisverlängerung eingehend zu überprüfen, wobei die erforderlichen Massnahmen ergriffen werden. Diese Praxis ist aus Sicht der Praktikabilität natürlich gut nachvollziehbar, da die Ausweiserneuerung einen Zeitpunkt darstellt, bei welchem ein Dossier überhaupt bewusst konsultiert wird. Indessen riskiert die blosser Ausweiserneuerung durch diese Praxis zum veritablen Überprüfungszeitpunkt zu werden, womit die Niederlassungsbewilligung ihren Charakter als unbefristeten Aufenthaltsstatus weitgehend einbüßen würde.
- Eine andere Vorgehensweise besteht darin, die einzelfallspezifischen Meldungen der verschiedenen Akteure zu einer Person zu sammeln und wenn eine gewisse Schwelle überschritten zu sein scheint, Massnahmen (Widerruf, Rückstufung, Verwarnung) je nach «Schwere» der Integrationsdefizite einzuleiten.
- Insbesondere bei Kantonen mit einem höheren Ausländeranteil kann ferner ausgemacht werden, dass nach der Einführung der Rückstufungsmöglichkeit eine proaktive Überprüfung der Ausländerinnen und Ausländer stattgefunden hat, welche die Voraussetzungen für eine Rückstufung möglicherweise erfüllen. Gestützt auf diese Erkenntnisse wurde dann die Möglichkeit der Rückstufung in Betracht gezogen.

Aus den Antworten der Kantone wird jedoch insgesamt ersichtlich, dass die Kantone – richtigerweise – nur mit grosser Vorsicht und bei klaren Hinweisen einen Widerruf respektive eine Rückstufung einer Niederlassungsbewilligung erwägen und sich bewusst sind, dass ihr Vorgehen einer Verhältnismässigkeitsprüfung standhalten muss.⁵² Diese Verpflichtung zur vorsichtigen Umsetzung von Art. 63 Abs. 2 AIG besteht indes nicht nur mit Blick auf das Verhältnismässigkeitsprinzip, sondern auch mit Blick auf die Wahrung des Kontinuitätsvertrauens niedergelassener Personen in die Rechtsordnung.

⁵¹ Soweit ersichtlich sind vor dem Bundesgericht noch keine Urteile zur Rückstufung ergangen. **In allgemeiner Weise** hat sich bereits das Verwaltungsgericht Aargau mit der Rückstufung auseinandergesetzt, wobei auch ein Prüfungsschema dargelegt wurde (Urteil WBE.2020.8 vom 7.7.2020 insb. E. 2.5).

⁵² In diesem Sinne auch: Geschäft 13.030, Votum SR Engeler, AB 2016 S 969.

VI. Beständigkeit der Niederlassung unter verfassungsrechtlichen Gesichtspunkten

1. Recht im Spannungsfeld zwischen Beständigkeit und Wandel

Recht steht unweigerlich im Spannungsfeld zwischen Beständigkeit und Wandel.⁵³ Recht soll Sicherheit vermitteln, indem sich die dem Recht unterworfenen Akteure – der Staat ebenso wie die Privaten – nach ihm zu verhalten haben. Es definiert quasi die «Spielregeln» unseres Alltagslebens und diese müssen vorab allen Teilnehmerinnen und Teilnehmern bekannt sein. Das Recht wird so zum Garanten von Beständigkeit – es erzeugt Rechtssicherheit. Gleichzeitig ist das Recht aber auch das zentrale Steuerungsmittel der Politik. Der demokratisch legitimierte Wille staatlicher Entscheidungsorgane artikuliert sich in erster Linie in Form neuer oder geänderter Rechtsnormen. Hierin liegt der Unterschied zwischen demokratisch gesetztem Recht und tradierten Spielregeln. Während die Regeln klassischer Brettspiele wie Schach, Dame oder Backgammon seit Generationen praktisch unverändert überliefert werden, muss der demokratisch legitimierte Gesetzgeber auf die sich ändernden Herausforderungen in Gesellschaft, Wirtschaft und Umwelt immer wieder neu antworten können. Sogar die Verfassung(en) ist bzw. sind daher jederzeit revidierbar (Art. 51 Abs. 1 und Art. 192 Abs. 1 BV) und das neuere Recht verdrängt das ältere (*lex posterior*-Regel).⁵⁴

2. Verfassungsrechtliches Rückwirkungsverbot

Es ist in erster Linie Aufgabe des intertemporalen Rechts, das Spannungsverhältnis zwischen der stabilisierenden und der dynamisierenden Funktion des Rechts aufzulösen. Zentraler Ausgangspunkt ist dabei die Grundregel, wonach «Rechtssätze [...] für die zur Zeit ihrer Geltung sich ereignenden Sachverhalte»⁵⁵ gelten. Recht soll erst nach Durchlaufen eines geregelten Verfahrens und nach der amtlichen Publikation Wirkung entfalten. Hieraus ergibt sich das

⁵³ Benjamin Schindler, Kontinuität und Wandel im Verwaltungsrecht: Miscelle zum Energierecht der Barockzeit, in: Hottelier/Hertig Randall/Flückiger (Hrsg.), *Études en l'honneur du Professeur Thierry Tanquerel*, Genève/Zürich/Bâle 2019, S. 363 ff.

⁵⁴ Vgl. BGE 130 I 26 E. 8.1: «Der entsprechende Schutz [von Treu und Glauben] entfällt in der Regel bei Änderungen von Erlassen, da gemäss dem demokratischen Prinzip die Rechtsordnung grundsätzlich jederzeit geändert werden kann».

⁵⁵ Alfred Kölz, *Intertemporales Verwaltungsrecht*, ZSR II/1983, S. 105 ff., 160. Vgl. Matthias Kradoffer, *Intertemporales öffentliches Recht*, Habil., Zürich 2020, Rz. 850 ff.; Milena Pirek, *L'application du droit public dans le temps : la question du changement de loi*, thèse Fribourg, Genève/Zürich/Bâle 2018, para. 471 ; Thierry Tanquerel, *Manuel de droit administratif*, 2^e éd., Zürich 2018, para. 403.

Rückwirkungsverbot. Das Recht darf keine Wirkungen für Sachverhalte vorsehen, die sich abschliessend unter altem Recht verwirklicht haben. Dieses Rückwirkungsverbot geniesst in der Schweiz Verfassungsrang und die Rückwirkung ist nur unter sehr eng umschriebenen Voraussetzungen zulässig.⁵⁶ Ein absolutes Rückwirkungsverbot kennt sodann das Strafrecht (Art. 7 EMRK, Art. 2 Abs. 1 StGB) und auch die Kantone können die im kantonalen Verfassungsrecht verankerten Rückwirkungsverbote strenger handhaben.⁵⁷

3. Geltungs- und Kontinuitätsvertrauen trotz neuem Recht

Nicht als Rückwirkung gelten demgegenüber Situationen, in denen ein neuer Erlass auf einen zeitlich offenen Dauersachverhalt angewendet wird. Dies ist grundsätzlich zulässig und entspricht dem Steuerungswillen des Rechts, auch einen bereits bestehenden Sachverhalt für die Zukunft neu und anders regeln zu können. Während Spielregeln bekanntlich nicht mitten im Spiel geändert werden dürfen, ist dies also beim staatlichen Recht möglich und sogar üblich. Es gilt der Grundsatz «*Nul n'a droit au maintien d'une loi*»⁵⁸. So soll eine Stärkung des Mieterinnen- oder Arbeitnehmerschutzes durch den Gesetzgeber nicht nur für neu begründete Vertragsverhältnisse Wirkung entfalten, sondern gerade auch für bestehende Rechtsverhältnisse. Und eine Neuordnung der Besteuerung soll sich künftig auch auf bereits bestehende Einkommens- und Vermögensverhältnisse auswirken können. Diese Sachverhaltskonstellationen werden in der Lehre teilweise als Fälle «*unechter Rückwirkung*» beschrieben.⁵⁹ Diese Bezeichnung kann insofern Verwirrung stiften, als solche Rechtsnormen in die Zukunft wirken und eben gerade nicht rückwirkend sind.⁶⁰ Die Bezeichnung bringt allerdings zum Ausdruck, dass die Erwartungshaltung in die Beständigkeit des Rechts grösser ist, wenn das neue Recht einen Dauersachverhalt oder ein bestehendes Rechtsverhältnis betrifft und kein in sich geschlossenes

⁵⁶ BGE 138 I 189 E. 3.4. Es ist davon auszugehen, dass das Rückwirkungsverbot aus dem Gesetzmässigkeitsprinzip fliesst, auch wenn Art. 5 Abs. 1 BV im Unterschied zu verschiedenen Kantonsverfassungen das Rückwirkungsverbot nicht explizit nennt. Vgl. *Astrid Epiney*, in: Waldmann/Belser/Epiney (Hrsg.), *Basler Kommentar zur Bundesverfassung*, Basel 2015, N 30 zu Art. 5 BV; *Benjamin Schindler*, in: Ehrenzeller et al. (Hrsg.), *St. Galler Kommentar zur Bundesverfassung*, 3. Aufl., Zürich/St. Gallen 2014, N 8, 26 zu Art. 5 BV.

⁵⁷ BGE 101 Ia 82 E. 1.

⁵⁸ *Pierre Moor/Alexandre Flückiger/Vincent Martenet*, *Droit administratif*, Volume I: *Les fondements*, 3^e éd., Berne 2012, S. 192.

⁵⁹ *Ulrich Häfelin/Georg Müller/Felix Uhlmann*, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 7. Aufl. 2016, Rz. 283.

⁶⁰ *Kradolfer* (Anm. 55), Rz. 551; *Pirek* (Anm. 55), para. 496; *Tschannen/Zimmerli/Müller*, (Anm. 15), § 24 Rz. 28; *Tanquerel* (Anm. 55), para. 419.

zeitliches Ereignis. Das Gerechtigkeitsempfinden der Betroffenen wird in solchen Situationen von einer Rechtsänderung stärker berührt – durchaus ähnlich der Fairnesserwartung der Spielteilnehmenden, dass die Regeln eben nicht mitten im Spiel geändert werden.

Ausnahmsweise kann daher auch in solchen Situationen ein *Geltungsvertrauen* in den Fortbestand älteren Rechts bestehen. Und zwar dann, wenn durch die Änderung besonders geschützte Rechtspositionen wie wohlerworbene Rechte oder Eigentumsrechte tangiert werden.⁶¹ In der vorliegenden Konstellation stellt sich die Frage, ob unter altem Recht niedergelassene Personen ein solches Geltungsvertrauen in den unveränderten Bestand ihrer Niederlassungsbewilligung reklamieren können. Dies wäre dann der Fall, wenn die Niederlassung als wohlerworbenes Recht qualifiziert werden könnte. Der Kreis der wohlerworbenen Rechte ist indes heute dogmatisch «versteint» und diese Rechte kennzeichnen sich dadurch, dass sie sich auf eine vertragsähnliche Konstellation zurückführen lassen (insb. bei Einräumung einer Konzession) und sie meist einen messbaren Vermögenswert aufweisen.⁶² Auch wenn die Niederlassung der stabilste Aufenthaltstitel ist, den das Schweizer Recht Ausländerinnen und Ausländern bietet, so sind diese Charakteristika hier nicht erfüllt. Zwar hat der Bundesrat bereits in der Botschaft zum ersten Ausländergesetz (von 1931) darauf hingewiesen, dass die Niederlassungsbewilligung weder befristet ist noch mit Bedingungen verknüpft werden kann und gegen den Entzug besser gesichert ist als die übrigen Aufenthaltstitel.⁶³ Dies ändert aber nichts am Umstand, dass die Niederlassungsbewilligung ein einseitig vom Staat verliehener und durch Gesetz geschaffener Status ist, der durch Gesetz auch wieder geändert werden kann. Ein durchsetzbarer Anspruch auf unveränderte Weitergeltung einer einmal erteilten Niederlassungsbewilligung dürfte sich somit kaum verfassungsrechtlich begründen lassen.⁶⁴

Das *Kontinuitätsvertrauen* verlangt zudem, dass neues Recht nicht abrupt eingeführt wird, sondern Übergangsbestimmungen die Einführung belastender Vorschriften abfedern.⁶⁵ Dieses Kontinuitätsvertrauen wird aus dem Vertrauensschutz (Art. 9 BV) und dem Verhältnismässigkeitsprinzip (Art. 5 Abs. 2

⁶¹ Explizit verankert ist diese Besitzstandsgarantie in Art. 24c des Bundesgesetzes über die Raumplanung vom 22.6.1979 (Raumplanungsgesetz, RPG), SR. 700. Ansonsten lässt sich ein Geltungsvertrauen aus dem Vertrauensschutz (Art. 9 BV) bzw. der Eigentumsgarantie (Art. 26) ableiten. Zum Geltungsvertrauen *Kölz* (Anm. 55), S. 139; *Kradolfer* (Anm. 55), Rz. 712.

⁶² *Beatrice Weber-Dürler*, Vertrauensschutz im öffentlichen Recht, Habil. Zürich, Basel 1983, S. 63 f. Vgl. auch die Aufarbeitung der älteren Praxis bei *Kathrin Klett*, Verfassungsrechtlicher Schutz «wohlerworbener Rechte» bei Rechtsänderungen anhand der bundesgerichtlichen Rechtsprechung, Diss. Bern 1984, S. 91 ff.

⁶³ Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung zu einem Gesetzesentwurf über Aufenthalt und Niederlassung der Ausländer vom 17.6.1929, BBl 1929 I 914, 917.

⁶⁴ Im Ergebnis gleich *Spescha*, (Anm. 2) Nr. 24 zu Art. 63.

⁶⁵ Vgl. *Kölz* (Anm. 55), S. 139 ff.; *Kradolfer* (Anm. 55), Rz. 713.

BV) abgeleitet. Der Anspruch auf eine angemessene Übergangsregelung dürfte heute in der herrschenden Lehre und Rechtsprechung dem Grundsatz nach anerkannt sein.⁶⁶ Dennoch sind seine justiziablen Konturen unscharf, da das Bundesgericht das Fehlen angemessener Übergangsbestimmungen nur mit grosser Zurückhaltung annimmt. Die Abwägung zwischen dem Kontinuitätsvertrauen und dem öffentlichen Interesse an der raschen Umsetzung des neuen Rechts betrachtet das Bundesgericht vielmehr als primäre Aufgabe des Gesetzgebers.⁶⁷ Bei der Änderung von Art. 63 Abs. 2 AIG wurde keine spezifische Übergangsregelung erlassen.⁶⁸ Vielmehr gilt die allgemeine Übergangsbestimmung von Art. 126 AIG, die im vorliegenden Kontext aber nicht zielführend ist. Selbst wenn man mit Blick auf Art. 63 Abs. 2 AIG verfassungsrechtlich geltend machen könnte, dass ein Anspruch auf eine angemessene Übergangsregelung besteht, wäre ein solcher aufgrund des Massgeblichkeitsgebots von Art. 190 BV wohl kaum gerichtlich durchsetzbar.⁶⁹ Wie die nachfolgenden Ausführungen zeigen, hat der Gesetzgeber den rechtsanwendenden Behörden indes genügend Spielraum belassen, dass diese auch ohne ausdrückliche Übergangsregelung dem Kontinuitätsvertrauen niedergelassener Ausländerinnen und Ausländer im Einzelfall ausreichend Rechnung tragen können.

4. Verfassungskonforme Umsetzung von neuem Recht

Ein zentraler Gedanke des intertemporalen Rechts – der im Rückwirkungsverbot wie im Anspruch auf angemessenes Übergangsrecht exemplarisch zum Ausdruck kommt – ist, dass neues Recht nicht an Tatbestandselemente anknüpft, die von den betroffenen Personen nicht mehr beeinflusst werden können. Private sollen die Möglichkeit erhalten, sich auf Rechtsänderungen einzustellen und ihr Verhalten entsprechend anzupassen.⁷⁰ Hieraus lässt sich für die verfassungskonforme Auslegung neuen Rechts eine sogenannte *Vertrauensanknüpfung* ableiten.⁷¹ Bei einem mehrgliedrigen Dauersachverhalt, der unter anderem

⁶⁶ BGE 134 I 23 E. 7.6 S. 40; BGE 130 I 26 E. 8.1 S. 60; Häfelin/Müller/Uhlmann (Anm. 59), Rz. 284; Moor/Flückiger/Martenet (Anm. 58), S. 195 ff.; Tschannen/Zimmerli/Müller, (Anm. 15), § 24 Rz. 17.

⁶⁷ BGE 134 I 23 E. 7.6.1 («Die Rechtsprechung hat allerdings das Fehlen einer Übergangsregelung nur zurückhaltend als verfassungswidrig beurteilt.»). Vgl. Moor/Flückiger/Martenet (Anm. 58), S. 197; Pirek (Anm. 55), para. 847.

⁶⁸ Vgl. oben bei Anm. 24.

⁶⁹ Inwiefern das Massgeblichkeitsgebot von Art. 190 BV auch dann gilt, wenn sich der Bundesgesetzgeber über den Vertrauensschutz hinwegsetzt, ist indes in Lehre und Rechtsprechung nicht abschliessend geklärt. Vgl. eingehend zur Diskussion Kradolfer (Anm. 55), Rz. 482 ff.

⁷⁰ Kölz (Anm. 55), S. 205; Kradolfer (Anm. 55), Rz. 714.

⁷¹ Kölz (Anm. 55), S. 205, der diesen Begriff von Fritz Ossenbühl, Vertrauensschutz im sozialen Rechtsstaat, DöV 1972, S. 25 ff., 30, übernommen hat; Kradolfer (Anm. 55), Rz. 710 ff.

Recht beginnt und ins neue Recht hineindauert, darf nur an Sachverhaltselemente angeknüpft werden, die der Betroffene mit Blick auf das neue Recht noch beeinflussen konnte. Es wäre demnach unzulässig, eine Niederlassungsbewilligung allein aufgrund von Tatsachen zurückzustufen, die sich vor dem 1. Januar 2019 ereignet haben. Gleichzeitig dürfte es zulässig sein, solche Umstände mit zu berücksichtigen, wenn es darum geht, neueres Verhalten im Lichte der Vergangenheit zu würdigen.⁷² Wenn etwa die Chancen beurteilt werden müssen, ob eine Person, die nach dem 1. Januar 2019 Sozialhilfe empfängt, künftig finanziell auf eigenen Beinen stehen kann, dann sollte es möglich sein, ihr Verhalten vor dem 1. Januar 2019 im Rahmen einer Prognose mit zu gewichten. Ältere Sachverhaltselemente sollten aber nur im konkreten Einzelfall und mit grosser Zurückhaltung berücksichtigt werden. Die ausschlaggebenden Sachverhaltselemente müssen sich sodann nach dem 1. Januar 2019 verwirklicht haben. Unproblematisch erscheint die Rückanknüpfung lediglich dort, wo sie zu Gunsten der Betroffenen ausfällt. So etwa, wenn der Person eine gute Prognose gestellt werden kann, weil sich aus den Akten ergibt, dass sich die Person tatsächlich um Arbeit bemüht. Das systematische und flächendeckende Aufarbeiten von belastendem Verhalten, das vor dem 1. Januar 2019 liegt, wäre mit dem Vertrauensgrundsatz hingegen nicht zu vereinbaren. Berücksichtigt werden muss sodann, dass die Niederlassung seit ihrer bundesrechtlichen Einführung (1931) grundsätzlich als stabiler, unbefristeter und nicht an Bedingungen geknüpfter Aufenthaltstitel verstanden wurde. Das bis Ende 2018 geltende Recht sicherte darüber hinaus Personen besonders ab, die sich bereits seit mehr als 15 Jahren ordnungsgemäss in der Schweiz aufgehalten hatten. Auch wenn diese Bestimmung nun aufgehoben wurde, bringt sie den Grundgedanken zum Ausdruck, dass das Kontinuitätsvertrauen bei lang anwesenden Niedergelassenen besonders hoch zu gewichten ist.⁷³ An dieser Gewichtung hat sich aus verfassungsrechtlicher Sicht nichts Grundsätzliches geändert. Da es der Gesetzgeber unterlassen hat, für die Umsetzung von Art. 63 Abs. 2 AIG eine Übergangsbestimmung zu schaffen, ist es Aufgabe der rechtsanwendenden Behörden, eine möglichst schonende Rechtsänderung herbeizuführen. Raum hierfür bietet die Kann-Formulierung der neuen Bestimmung. Das den Migrationsbehörden eingeräumte Ermessen haben diese mit Blick auf den konkreten Einzelfall auszuüben und dabei in erster Linie das Verhalten nach dem 1. Januar 2019 zu berücksichtigen. Zu gewichten ist sodann das Kontinuitätsvertrauen, welches umso grösser ist, je länger sich die Person ordnungsgemäss in der Schweiz aufhält.

⁷² Vgl. BGE 133 II 97, wonach haftbegründende Tatsachen, die nach dem Inkrafttreten der Neuregelung der Zwangsmassnahmen im Ausländerrecht eingetreten sind, im Lichte des früheren Verhaltens des Betroffenen gewürdigt werden können.

⁷³ Vgl. *Spescha*, (Anm. 2) N 24 zu Art. 63.

VII. Fazit

Langjährig niedergelassene Personen durften bislang weitgehend darauf vertrauen, dass sie in der Schweiz bleiben können. Dies selbst dann, wenn sich ihre ökonomische Situation drastisch und dauerhaft verschlechtert. Mit dem auf den 1. Januar 2019 in Kraft getretenen Art. 63 Abs. 2 AIG ist dies nicht mehr der Fall. Personen, welche die Integrationskriterien nicht mehr erfüllen, indem sie z.B. Sozialhilfe beziehen oder Schulden anhäufen, riskieren eine Rückstufung ihres Aufenthaltsstatus oder trotz der über 15-jährigen Anwesenheit gar den Widerruf der Niederlassungsbewilligung. Es versteht sich von selbst, dass andere anwesenheitsbegründende Ansprüche, etwa aus dem FZA (z.B. Arbeitnehmereigenschaft, Familiennachzug) oder auch aus Art. 50 AIG, im weiteren Prüfungsverlauf gesondert und mit Bedacht zu prüfen sind. Sodann sind bestehende Niederlassungsvereinbarungen bei einer beabsichtigten Rückstufung zu konsultieren und zu prüfen, ob diese eine Rückstufung überhaupt zulassen.⁷⁴ Mit Blick auf das Kontinuitätsvertrauen der Rechtsunterworfenen ist es bedauerlich, dass der Gesetzgeber für diese Fälle keine Übergangsregelung vorgesehen hat. Die rechtsanwendenden Behörden sind daher verpflichtet, die neue Bestimmung verfassungskonform umzusetzen und für eine schonende Rechtsänderung zu sorgen. Diese schliesst nicht aus, dass auch langjährig niedergelassene zurückgestuft werden oder ihre Bewilligung gegebenenfalls widerrufen wird, denn dies entsprach auch dem Willen des Gesetzgebers. Eine solche Rückstufung sollte aber im Wesentlichen aufgrund von Ereignissen erfolgen, die sich nach dem 1. Januar 2019 ereignet haben. Sodann ist die bisherige Aufenthaltsdauer im Rahmen einer umfassenden Interessenabwägung besonders zu berücksichtigen.

⁷⁴ *Achermann/Künzli* (Anm. 13), S. 177.