

Lara Bensegger

## Die Rückstufung im Ausländer- und Integrationsgesetz

---

Die neu in das Ausländerrecht aufgenommene «Rückstufung» stellt nach wie vor zahlreiche Probleme. Im Folgenden wird geprüft, ob sie zwingend auf einem Widerrufsgrund beruhen muss, in welchem Verhältnis sie zur ausländerrechtlichen Verwarnung steht, wie die einzelnen Integrationskriterien gewichtet werden sollen und ob sie bei altrechtlich erteilten Niederlassungsbewilligungen überhaupt Sinn macht. Fazit: Mit einer Differenzierung von zwei Arten von «Rückstufungen» lassen sich zahlreiche praktische Probleme lösen. Das Zustimmungserfordernis des SEM für die Erteilung der Aufenthaltsbewilligung bei der Rückstufung ist problematisch und erscheint systemwidrig.

---

Beitragsart: Wissenschaftliche Beiträge  
Rechtsgebiete: Ausländer- und Asylrecht

Zitiervorschlag: Lara Bensegger, Die Rückstufung im Ausländer- und Integrationsgesetz, in: Jusletter 2. August 2021

## Inhaltsübersicht

1. Einleitung
2. Die Rückstufung
  - 2.1. Geschichte und Zweck der Rückstufung
  - 2.2. Die Integrationskriterien
    - 2.2.1. Öffentliche Sicherheit und Ordnung
    - 2.2.2. Respektierung der Werte der Bundesverfassung
      - 2.2.2.1. Vorbemerkungen
      - 2.2.2.2. Rechtsstaatliche Prinzipien und freiheitlich-demokratische Grundordnung
      - 2.2.2.3. Grundrechte
      - 2.2.2.4. Grundpflichten
    - 2.2.3. Sprachkompetenzen
    - 2.2.4. Teilnahme am Wirtschaftsleben
  - 2.3. Konsequenz: Zwei Arten der Rückstufung
  - 2.4. Gesamtwürdigung und Zukunftsperspektive
    - 2.4.1. Gesamtwürdigung der Integrationskriterien
    - 2.4.2. Zukunftsgerichtete Gesamtwürdigung?
  - 2.5. Rechtsfolgen der Rückstufung
    - 2.5.1. Integrationsvereinbarungen/-empfehlungen
    - 2.5.2. Bedingungen/Erwartungen
    - 2.5.3. Weitere Rechtsfolgen
  - 2.6. Voraussetzung eines Widerrufsgrundes
    - 2.6.1. Vorbemerkungen
    - 2.6.2. Systemwidrigkeit
      - 2.6.2.1. Grammatikalische Auslegung
      - 2.6.2.2. Historische Auslegung
      - 2.6.2.3. Teleologische Auslegung
      - 2.6.2.4. Systematische Auslegung
      - 2.6.2.5. Zwischenfazit
    - 2.6.3. Umgehung von Art. 63 Abs. 1 AIG?
      - 2.6.3.1. Ausgangslage
      - 2.6.3.2. Rechtsprechung und Lehre
      - 2.6.3.3. Lösungsansatz
    - 2.6.4. Fazit
3. Weitere Rechtsfragen rund um die Rückstufung
  - 3.1. Die Rückstufung als (unzulässige) Rückwirkung?
    - 3.1.1. Das Rückwirkungsverbot
    - 3.1.2. Die Bestimmungen über die Rückstufung als Rückwirkung?
      - 3.1.2.1. Dauersachverhalt / unechte Rückwirkung
      - 3.1.2.2. Wohlerworbenes Recht?
      - 3.1.2.3. Qualifizierter Vertrauensschutz
      - 3.1.2.4. Anspruch auf eine Übergangsregelung
    - 3.1.3. Konsequenz
      - 3.1.3.1. Rückstufung wegen eines Integrationsdefizits
      - 3.1.3.2. Rückstufung inkl. Widerrufsgrund
  - 3.2. Materielles Verhältnis zur Verwarnung
  - 3.3. Die Rückstufung von anspruchsberechtigten Personen
    - 3.3.1. Ansprüche aus Niederlassungsvereinbarungen?
    - 3.3.2. Personen mit Aufenthaltsanspruch
    - 3.3.3. Fazit
  - 3.4. Kollisionsregelung (Landesverweisung)
  - 3.5. Zustimmung SEM
  - 3.6. Wiedererteilung der Niederlassungsbewilligung

4. Zusammenfassung
  - 4.1. Allgemein
  - 4.2. Rückstufung inkl. Widerrufsgrund
  - 4.3. Rückstufung als Reaktion auf ein Integrationsdefizit
5. Fazit

## 1. Einleitung

[1] Mit der Gesetzesnovelle im Ausländerrecht, die am 1. Januar 2019 in Kraft trat, wurde die sogenannte Rückstufung in das Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer und über die Integration (AIG) aufgenommen. Dieses neuartige Rechtsinstrument ermöglicht es den mit dem Vollzug des Gesetzes beauftragten kantonalen Migrationsbehörden, ausländischen Personen die einmal erteilte Niederlassungsbewilligung zu entziehen und ihnen eine Aufenthaltsbewilligung zu erteilen, was mit einer Schwächung der Rechtsstellung einhergeht.

[2] Bisher fehlt es im Bereich der Rückstufung an höchstrichterlicher Rechtsprechung, was zum einen dem Umstand geschuldet ist, dass das Rechtsinstrument noch vergleichsweise neu ist, andererseits ist die bis anhin fehlende bundesgerichtliche Rechtsprechung wohl auch ein Resultat der Tatsache, dass es sich bei der Rückstufung «nur» um eine Verschlechterung des ausländerrechtlichen Status handelt, weshalb bisher wenige ausländische Personen tatsächlich den langen und im schlechtesten Fall kostenintensiven Weg bis hin zum Bundesgericht eingeschlagen haben. Auch die Lehre äusserte sich bisher erstaunlich wenig zur Thematik der Rückstufung, obwohl sich für die Praxis diverse relevante Fragen stellen.<sup>1</sup> Grund dafür ist wohl, dass vielerorts davon ausgegangen wird, dass der Anwendungsbereich der Rückstufung beschränkt ist.<sup>2</sup> Dabei wird der Praxis der kantonalen Migrationsbehörden zu wenig Rechnung getragen. Diese sehen in der Rückstufung ein interessantes, neues Handlungsinstrument im Rahmen ihrer Ermessensausübung, welches zum Teil bereits rege genutzt wird. Hinzu kommt, dass der potentielle Anwendungsbereich der von einer Rückstufung möglicherweise betroffenen Ausländerinnen und Ausländern gross ist, zumal sich viele Personen mit Niederlassungsbewilligung in der Schweiz aufhalten.<sup>3</sup> Eine Rückstufung greift trotz der im Vergleich zur Wegweisung schwächeren Eingriffsintensität in die Rechtsstellung der betroffenen Personen ein und kann für sie sowohl faktische als auch emotionale Auswirkungen haben. Gerade weil der mögliche Anwendungsbereich weit gefasst ist und weil sich die kantonalen Migrationsbehörden zumindest in gewissen Fällen die Erweiterung ihrer Möglichkeiten betreffend Massnahmen gegenüber suboptimal integrierten ausländischen Personen schätzen, ist es von grosser Wichtigkeit, offene Rechtsfragen im Zusammenhang mit der Rückstufung zu klären, was mit dem vorliegenden Aufsatz versucht wird.

---

<sup>1</sup> Vgl. SPESCHA MARC/BOLZLI PETER/DE WECK FANNY/PRIULI VALERIO, Handbuch zum Migrationsrecht, 4. Aufl., Zürich 2020, S. 334 und CARONI MARTINA/SCHNEIDER NICOLE/PREISIG CHRISTA/ZOETEWIJ MARGARITE, Migrationsrecht, Bern 2018, S. 250, die der Rückstufung erstaunlich wenig Aufmerksamkeit schenken und kaum Fragestellungen in diesem Zusammenhang ansprechen.

<sup>2</sup> Vgl. KNEER ANNE/SCHINDLER BENJAMIN, Schutz des Kontinuitätsvertrauens in die Rechtsordnung bei Rückstufung und Widerruf von Niederlassungsbewilligungen, in: Alberto Achermann et al. (Hrsg.), Jahrbuch für Migrationsrecht 2019/2020, Bern 2020, S. 35 ff., S. 48, die aufgrund einer nicht repräsentativen Umfrage davon ausgehen, dass die Kantone die Rückstufung nur zurückhaltend anwenden würden.

<sup>3</sup> Gemäss der Ausländerstatistik des SEM verfügten per Dezember 2020 1'394'398 Personen und damit 64.8% der ständigen ausländischen Bevölkerung der Schweiz über eine Niederlassungsbewilligung. Statistik abrufbar unter <https://www.sem.admin.ch/sem/de/home/publiservice/statistik/auslaenderstatistik/archiv/2020/12.html>, zuletzt besucht am 21. Mai 2021.

## 2. Die Rückstufung

### 2.1. Geschichte und Zweck der Rückstufung

[3] Die Idee der Rückstufung von Niedergelassenen geht zurück auf eine im Jahr 2008 durch den damaligen FDP-Nationalrat Philip Müller eingereichte parlamentarische Initiative mit dem Titel «Rückstufung eines niedergelassenen integrationsunwilligen Ausländers zum Jahresaufenthalter».<sup>4</sup> Aufgrund der anstehenden umfassenden Revision des Ausländergesetzes wurde die Initiative erst in die parlamentarischen Beratungen zu ebendieser Revision in den Jahren 2015 und 2016 aufgenommen. In Kraft getreten ist das revidierte Ausländergesetz, zusammen mit dem neuen Rechtsinstrument der Rückstufung, per 1. Januar 2019. Da die Bestimmungen über die Rückstufung entsprechend jung sind, ergibt sich der Sinn und Zweck der Norm hauptsächlich aus der historischen Auslegung, zumal diesem Auslegungselement bei neueren Texten eine besondere Bedeutung zukommt, weil veränderte Umstände oder ein gewandeltes Rechtsverständnis eine andere Lösung weniger nahelegen.<sup>5</sup> Der Wille des historischen Gesetzgebers darf bei jungen Gesetzen nicht ohne Weiteres übergangen werden.<sup>6</sup> Der genannten parlamentarischen Initiative lag der Gedanke zu Grunde, dass Ausländerinnen und Ausländer unter dem früheren Recht eine Niederlassungsbewilligung erhalten konnten, ohne dass ihre Integration geprüft wurde.<sup>7</sup> Aus dieser Tatsache schloss Nationalrat Müller, dass sich in der Schweiz eine Vielzahl an nicht oder nur mangelhaft integrierten ausländischen Personen mit Niederlassungsbewilligungen aufhalte, denen die kantonalen Migrationsbehörden machtlos gegenüber stehen würden,<sup>8</sup> zumal die Niederlassungsbewilligung unbefristet und bedingungsfeindlich sei. Es sei jedoch notwendig, diese Personen rechtsverbindlich an ihre Integrationsverpflichtung zu erinnern, was nur möglich sei, wenn man sie auf den Status von Jahresaufhaltern zurückstufte, da mit diesen Personen Integrationsvereinbarungen abgeschlossen werden könnten.<sup>9</sup>

[4] Der Bundesrat sprach sich gegen das Rechtsinstrument der Rückstufung aus, weil dieses zum einen dem «Stufenmodell der Integration» und zum anderen der Rechtsnatur der Niederlassungsbewilligung als unbefristetes und bedingungsfeindliches Aufenthaltsrecht widerspreche.<sup>10</sup> Auch die Kantone standen dem neuen Rechtsinstrument kritisch gegenüber, dies vor allem aus Kosten- und Praktikabilitätsgründen.<sup>11</sup> Im Rahmen der parlamentarischen Debatte wurde die

---

<sup>4</sup> Vgl. parlamentarische Initiative 08.406 «Rückstufung eines niedergelassenen integrationsunwilligen Ausländers zum Jahresaufenthalter» vom 19. März 2008.

<sup>5</sup> BGE 138 II 440 E. 13.

<sup>6</sup> HÄFELIN ULRICH/MÜLLER GEORG/UHLMANN FELIX, Allgemeines Verwaltungsrecht, 8. Aufl., Zürich/St. Gallen 2020, S. 43.

<sup>7</sup> Vgl. den altrechtlichen Art. 34 AuG.

<sup>8</sup> Unter dem früheren Recht war mangelhafte Integration sodann gerade kein Grund, die Niederlassungsbewilligung zu widerrufen: So stellte das Bundesgericht fest, dass «keine über die gesetzlichen Gebote bestehende Assimilationspflicht» bestehe und dass allein eine «integrationsunwillige Gesinnung keinen Widerrufsgrund» darstelle, BGE 134 II 1 E. 4.2; vgl. auch WYSS MARTIN PHILLIPP, Ausländische Staatsangehörige und Integration, in: Uebersax Peter/Rudin Beat/Hugi Yar Thomas/Geiser Thomas (Hrsg.), Ausländerrecht: Eine umfassende Darstellung von Ausländerinnen und Ausländern in der Schweiz – von A(syl) bis Z(ivilrecht), 2. Aufl., Basel 2009, S. 1345 ff., N 23.49 ff.

<sup>9</sup> Vgl. parlamentarische Initiative 08.406 «Rückstufung eines niedergelassenen integrationsunwilligen Ausländers zum Jahresaufenthalter» vom 19. März 2008.

<sup>10</sup> Erläuternder Bericht des EJPD; Anpassung der Vorlage zur Änderung des Ausländergesetzes (Integration; 13.030) an Art. 121a BV und an fünf parlamentarische Initiativen vom Februar 2015, S. 13; Zusatzbotschaft zur Änderung des Ausländergesetzes (Integration) vom 4. März 2016, BBl 2016 2834, ff., S. 2834.

<sup>11</sup> Zusatzbotschaft (Fn. 10), S. 2834 f.; Votum Simonetta Sommaruga, AB NR 2016, S. 1302.

Möglichkeit der Rückstufung jedoch wieder diskutiert und fand schliesslich trotz diverser Gegenstimmen eine Mehrheit.<sup>12</sup> Die Befürworter begründeten ihre Ansicht damit, dass die Anforderungen an den Widerruf der Niederlassungsbewilligung sehr streng seien und dass den Migrationsbehörden bei fehlendem Vorliegen eines Widerrufsgrundes aber dennoch bestehendem Integrationsdefizit die Hände gebunden seien. Die Rückstufung sei demnach für Fälle angedacht, die «zwischen Stuhl und Bank fallen»<sup>13</sup>, also für Personen, die sich nicht wunschgemäss verhalten, aber eben gerade (noch) keinen Widerrufsgrund erfüllen. Integrationsunwilligen Personen würde durch die Erteilung der Aufenthaltsbewilligung eine zweite Chance für den Verbleib in der Schweiz erteilt, im Gegenzug könne ihnen jedoch im Falle weiteren Fehlverhaltens auch die Wegweisung angedroht werden, sodass für die Erfüllung der Integrationskriterien auch tatsächlich ein gewisser Druck entstehe.<sup>14</sup> Die Gegner erachteten die Rückstufung nicht nur als systemwidrig, sondern auch als überflüssig, weil die Erteilung der Niederlassungsbewilligung neu ohnehin an die Erfüllung der Integrationskriterien geknüpft sei.<sup>15</sup> Zusätzlich erkannte Bundesrätin Sommaruga die Problematik, dass einer ausländischen Person infolge einer Rückstufung auch bei weiterem Fehlverhalten nicht ohne Weiteres die Bewilligung entzogen werden könne.<sup>16</sup> Eine vertiefte Auseinandersetzung fand in der Folge nicht statt, sodass die durch die Rückstufung zu entstehen drohenden Probleme nicht geklärt werden konnten bzw. diverse Konflikte im Rahmen der Ratsdebatten gar nicht erst erkannt wurden. Immerhin lässt sich aus der Initiative und den Beratungen entnehmen, dass der Zweck der Rückstufung darin bestehen soll, nicht oder nur mangelhaft integrierte Niedergelassene, denen die Niederlassungsbewilligung unter dem alten Recht nicht hätte entzogen werden können, auf den Status eines Jahresaufenthalters zurückzustufen, um diese verbindlich an ihre Integrationsverpflichtung zu erinnern. Die aufgeworfenen Fragen, insbesondere ob eine Rückstufung allenfalls der Systematik des Gesetzes widerspricht oder ob es zu Problemen kommen kann, wenn eine Person infolge einer Rückstufung die Integrationskriterien noch immer nicht erfüllt, wurden in der parlamentarischen Debatte komplett übergangen bzw. hat sich die Mehrheit vielleicht auch bewusst darüber hinweggesetzt, weshalb deren Beantwortung und die Lösung möglicher Konflikte nun Aufgabe der Rechtsprechung und der Lehre ist.

## 2.2. Die Integrationskriterien

[5] Nach dem soeben Gesagten soll der Widerruf der Niederlassungsbewilligung und die ersatzweise Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung möglich sein, wenn eine ausländische Person nicht oder nur mangelhaft integriert ist. An dieser Stelle muss kurz festgestellt werden, dass der Gesetzgeber auf eine Legaldefinition des Begriffs der Integration verzichtet hat, da die gesellschaftlichen Vorstellungen betreffend Integration gemäss Botschaft im Laufe der Zeit einem Wandel

---

<sup>12</sup> Abstimmung Nationalrat: 126 für den Antrag der Kommission, 63 für den Antrag Barrile, AB NR 2016, S. 1306; Abstimmung Ständerat: AB SR 2016, S. 972.

<sup>13</sup> Votum Stefan Engler, AB SR 2016, S. 969.

<sup>14</sup> Vgl. zum Ganzen Votum Stefan Engler, AB SR 2016, S. 969.

<sup>15</sup> Votum Angela Barrile, AB NR 2016, S. 1297; Votum Cesla Amarelle, AB NR 2016, S. 1298, in dem das Instrument der Rückstufung als «non-sens totale» beschrieben wird.

<sup>16</sup> Votum Simonetta Sommaruga, AB SR 2016, S. 969, wonach die Frage aufgeworfen wird, was mit einem zurückgestuften Ausländer passieren soll, der sich noch immer nicht wie gewünscht verhält. Bundesrätin Sommaruga warf gar die Frage auf, ob diese Personen in der Folge zu Sans-Papiers würden.

unterworfen sein könnten.<sup>17</sup> Ganz allgemein sei Integration ein «Eingliederungsprozess einzelner sozialer Gruppen in das gesellschaftliche Ganze im Sinne eines sich Vertrautmachens (...) mit den Verhältnissen der Schweiz»<sup>18</sup>. Durch die Einführung der Integrationskriterien in Art. 58a AIG hat der Gesetzgeber Anhaltspunkte geschaffen, die bei der Frage nach der angestrebten Integration für die in der Schweiz lebenden Ausländerinnen und Ausländer eine Orientierungshilfe darstellen.<sup>19</sup> Die Integrationskriterien nach dem AIG stimmen mit denjenigen von Art. 12 BÜG überein. Eine gelungene Integration im Sinne der hiesigen Gesetzgebung liegt demnach vor, wenn die ausländische Person nicht gegen die öffentliche Sicherheit und Ordnung in der Schweiz verstösst oder diese gefährdet, die Werte der Bundesverfassung respektiert, eine Landessprache beherrscht und wenn sie am Wirtschaftsleben teilnimmt. Der Inhalt dieser unbestimmten Rechtsbegriffe wird in Art. 77a – e VZAE noch weiter aufgeschlüsselt und wird auch im Folgenden noch genauer dargestellt werden. Vorweg sei zu erwähnen, dass der Gesetzgeber im Sinne der Umschreibung des Begriffs der Integration zumindest implizit davon ausgeht, dass die schweizerische Bevölkerung vollumfänglich in der Lage ist, die Integrationskriterien zu erfüllen, zumal mit der Erfüllung der Integrationskriterien eine «Eingliederung» und ein «Vertrautwerden mit den hiesigen Verhältnissen» angestrebt und erreicht werden soll. Dabei ist es notorisch, dass auch Schweizerinnen und Schweizer oftmals nicht in der Lage sind, ihren finanziellen Verpflichtungen vollumfänglich nachzukommen oder ihren Lebensunterhalt selbständig zu bestreiten. Überspitzt könnte gar die Frage aufgeworfen werden, ob eine ausländische Person nicht besser in die schweizerische Gesellschaft eingebunden bzw. an deren Verhältnisse angepasst ist, wenn sie gerade nicht alle Kriterien vollständig erfüllt. Anhand dieser Ausführungen wird auch ersichtlich, weshalb die Integration als ein so wesentliches öffentliches Interesse erachtet wird; es geht bei den statuierten Kriterien weniger um das Zusammenleben zwischen der in- und ausländischen Bevölkerung als um polizeiliche und fiskalische öffentliche Interessen des Gemeinwesens. Der Gesetzgeber misst der sozialen und kulturellen Integration, sowie der Gemeinschaft zwischen Einheimischen und Ausländern, weniger Gewicht bei als dem Erfordernis, dass Ausländerinnen und Ausländer der öffentlichen Hand nicht zur Last fallen oder nicht anderweitig gegen das Gesetz verstossen. Dabei hat bereits HUNZIKER festgestellt, dass der Schluss, dass integriert sei, wer die Rechtsordnung respektiere, wirtschaftlich erfolgreich sei und eine Landessprache beherrsche, nicht der Intention des Gesetzgebers entspreche, da dieses Verhalten auch möglich sei, ohne am sozialen und kulturellen Leben der Gesellschaft teilzunehmen.<sup>20</sup> Schliesslich setzt auch Art. 4 Abs. 4 AIG voraus, dass sich Ausländerinnen und Ausländer mit den gesellschaftlichen Verhältnissen und Lebensbedingungen auseinandersetzen. Der Gesetzgeber misst die Integration jedoch gerade (und fast ausschliesslich) an «harten» Kriterien, also an der wirtschaftlichen Integration und der Beachtung

---

<sup>17</sup> Botschaft des Bundesrats vom 8. März 2002 zum Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer, BBl 2002 3709 ff., S. 3796; vgl. auch CAMPISI LAURA, Die rechtliche Erfassung der Integration im schweizerischen Migrationsrecht, Diss. Zürich/St. Gallen 2014, S. 58; UEBERSAX PETER, Der Begriff der Integration im schweizerischen Migrationsrecht – eine Annäherung, in: Asyl 2006, Heft 4, S. 3 ff., S. 4 f.; UEBERSAX PETER, Einreise und Aufenthalt, in: Uebersax Peter et. al, Ausländerrecht: Eine umfassende Darstellung der Rechtsstellung von Ausländerinnen und Ausländern in der Schweiz – von A(syl) bis Z(ivilrecht), 2. Aufl., Basel 2009, N 7.120: «Der Begriff der Integration ist unscharf».

<sup>18</sup> Botschaft AuG (Fn. 17), S. 3796.

<sup>19</sup> Zur Frage, inwiefern die Messung der Integration anhand von Indikatoren sinnvoller scheint vgl. HAUG WERNER, Integrationsindikatoren, Lässt sich Integration messen?, in: terra cognita 2006, Heft 9, S. 68 ff.

<sup>20</sup> HUNZIKER SILVIA, in: Caroni Martina/Gächter Thomas/Thurnherr Daniela (Hrsg.), Stämpfli Handkommentar zum Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer AuG, Bern 2010 (zit. BEARBEITER/IN, HandKomm), N 11 zu Art. 4 AuG.

der Rechtsordnung, zumal die «weichen» Integrationskriterien, sprich die gesellschaftliche und kulturelle Integration, kaum objektiv messbar sind.<sup>21</sup> Es würde den Rahmen des vorliegenden Aufsatzes sprengen, auf die Frage einzugehen, inwiefern die Integrationskriterien von Art. 58a AIG tatsächlich geeignet sind, die Integration von ausländischen Personen zu beurteilen. Wichtig ist in diesem Zusammenhang nur, dass nach der schweizerischen Rechtsordnung Ausländerinnen und Ausländer, die diese Kriterien nicht erfüllen, als nicht oder nicht genügend integriert gelten, ungeachtet allfälliger anderweitiger sozialer und/oder kultureller Integration. Da die Nichterfüllung ebendieser Kriterien ausländerrechtliche Folgen nach sich ziehen kann, ist es von grosser Bedeutung, deren Umfang und Bedeutung aufzuschlüsseln.

### 2.2.1. Öffentliche Sicherheit und Ordnung

[6] Die «Öffentliche Sicherheit und Ordnung» ist der Oberbegriff aller polizeilichen Schutzgüter.<sup>22</sup> Die öffentliche Ordnung umfasst die Gesamtheit der ungeschriebenen Ordnungsvorstellungen, deren Befolgung nach der herrschenden sozialen und ethischen Anschauung als unerlässliche Voraussetzungen für ein geordnetes menschliches Zusammenleben anzusehen ist.<sup>23</sup> Die öffentliche Sicherheit bedeutet die Unverletzlichkeit der objektiven Rechtsordnung, der Rechtsgüter der Einzelnen, sowie der Einrichtungen des Staates.<sup>24</sup> Der Begriff des Verstosses gegen die öffentliche Sicherheit und Ordnung wird auch in Art. 77a Abs. 1 VZAE näher umschrieben, wobei der Wortlaut («insbesondere») klar zu verstehen gibt, dass diese Aufzählung nicht abschliessend ist.<sup>25</sup> Nach dieser Bestimmung liegt eine Nichtbeachtung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung vor, wenn die betroffene Person gesetzliche Vorschriften und behördliche Anordnungen missachtet (lit. a), öffentlich-rechtliche oder privatrechtliche Verpflichtungen mutwillig nicht erfüllt (lit. b) oder ein Verbrechen gegen den öffentlichen Frieden, Völkermord, ein Verbrechen gegen die Menschlichkeit oder ein Kriegsverbrechen öffentlich billigt oder dafür wirbt (lit. c). Eine Gefährdung liegt gemäss Abs. 2 vor, wenn konkrete Anhaltspunkte dafür bestehen, dass der Aufenthalt der betroffenen Person in der Schweiz mit erheblicher Wahrscheinlichkeit zu einer Nichtbeachtung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung führt.

[7] Die Missachtung gesetzlicher Vorschriften und behördlicher Anordnungen umfasst Verstösse gegen das Haupt- und Nebenstrafrecht sowie die Missachtung anderer gesetzlicher Regelungen und behördlicher Verfügungen. Ein Verstoß gegen die öffentliche Sicherheit und Ordnung liegt demnach nicht nur dann vor, wenn eine strafrechtliche Verurteilung erfolgt ist.<sup>26</sup> Im Falle einer strafrechtlichen Verurteilung ist die Kompetenz der Migrationsbehörden für den Widerruf von Bewilligungen seit der Einführung der strafrechtlichen Landesverweisung gerade eingeschränkt,<sup>27</sup> weshalb die Bestimmung über den Verstoß gegen die öffentliche Sicherheit und

---

<sup>21</sup> vgl. ACHERMANN, HandKomm (Fn. 20), N 12 zu Art. 38 AuG.

<sup>22</sup> HUNZIKER, HandKomm (Fn. 20), N 32 zu Art. 62 AuG.

<sup>23</sup> TSCHANNEN PIERRE/ZIMMERLI ULRICH/MÜLLER MARKUS, Allgemeines Verwaltungsrecht, 4. Aufl., Bern 2014, S. 516.

<sup>24</sup> Botschaft AuG (Fn. 17), S. 3809; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER (Fn. 23), S. 517.

<sup>25</sup> HUNZIKER, HandKomm (Fn. 20), N 35 z Art. 62 AuG; GONIN LUC, in: Nguyen Minh Son/Amarelle Cesla (Hrsg.), Code annoté de droit des migrations, Bern 2014 (zit. Code annoté, BEARBEITER/IN), N 19 zu Art. 62 AuG.

<sup>26</sup> SPESCHA MARC, in: Migrationsrecht Kommentar, 5. Aufl., Zürich 2019 (zit. OFK-BEARBEITER/IN), N 11 zu Art. 62 AIG.

<sup>27</sup> RUCKSTUHL NIKLAUS, Verfahrensfragen bei der strafrechtlichen Landesverweisung und der migrationsrechtlichen Aufenthaltsbeendigung, in: plädoyer 5/2016, S. 112 ff., S. 117.

Ordnung heute oft gerade dann zum Zuge kommt, wenn keine strafrechtlichen Verurteilungen vorliegen. Die Frage, ob mehrere einzelne, weniger gravierende strafrechtliche Verstösse noch zu einem migrationsrechtlichen Widerruf der Bewilligung führen können oder ob auch diese Kompetenz nun ganz den Strafbehörden vorbehalten bleibt, wurde noch nicht abschliessend beantwortet.<sup>28</sup>

[8] Abgesehen von strafrechtlichen Verurteilungen können jedoch Verstösse gegen andere Gesetze und Anordnungen zu einem Widerruf der Aufenthaltsbewilligung führen, sofern diese erheblich oder wiederholt erfolgen. So kann es sich um Verstösse gegen Bestimmungen des AIG selbst handeln, indem ausländische Personen beispielsweise ihren An- und Abmeldepflichten (Art. 12 und 15 AIG) oder ihrer Mitwirkungspflicht (Art. 90 AIG) nicht nachkommen. Auch als Verstoss gegen gesetzliche Vorschriften können z.B. Vorfälle häuslicher Gewalt angesehen werden, bei denen der Sachverhalt klar festgestellt ist, die mangels Anzeige jedoch nicht zu einer Verurteilung geführt haben.<sup>29</sup> Als Missachtung behördlicher Anordnungen kann z.B. die Nichtbefolgung von mittels Verfügung oder Gerichtsentscheid auferlegten Pflichten erachtet werden.

[9] Von wesentlicher Bedeutung ist die Nichterfüllung öffentlich-rechtlicher oder privatrechtlicher Verpflichtungen gem. Art. 77a Abs. 1 lit. b VZAE. Dabei geht es um die eigentliche Schuldenwirtschaft. Es gibt keine fixe betragsmässige Grenze, ab der eine Verschuldung einen erheblichen Verstoss gegen die öffentliche Sicherheit und Ordnung darstellt.<sup>30</sup> Das Bundesgericht geht grundsätzlich von einer erheblichen Schuldenlast aus, wenn sich die Summe der Forderungen gegen den Ausländer auf über CHF 100'000.– beziffern lässt,<sup>31</sup> wobei besondere Fälle vorbehalten bleiben können.<sup>32</sup> Zusätzlich zu einer gewissen Schwere, die allein der Betrag der Verschuldung zu erreichen hat, wird Mutwilligkeit vorausgesetzt. Bei der Mutwilligkeit geht es also nicht um die Höhe der Verschuldung (dies ist eine Frage der Erheblichkeit bzw. der Abgrenzung zwischen erheblich und schwerwiegend im Sinne von Art. 63 Abs. 1 AIG), sondern um die massgeblichen Umstände, die zur Verschuldung geführt haben.<sup>33</sup> Mutwilligkeit setzt nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung eine *«qualifizierte Vorwerfbarkeit in Form eines von Absicht oder Böswilligkeit ge-*

---

<sup>28</sup> Die Botschaft spricht sich dafür aus, dass die Migrationsbehörden «über das entsprechende Delikt hinausreichende Aspekte», die unter anderem rein ausländerrechtliche Gründe betreffen, berücksichtigen darf: Botschaft zur Volksinitiative «für die Ausschaffung krimineller Ausländer (Ausschaffungsinitiative)» und zur Änderung des Bundesgesetzes über die Ausländerinnen und Ausländer vom 24. Juni 2009, BBl 2009 5097 ff., S. 6046; a.M. RUCKSTUHL (Fn. 29), S. 118.

<sup>29</sup> Vgl. Botschaft AuG (Fn. 17), S. 3809, wonach ein strafbares Verhalten unabhängig von einer Verurteilung zum Widerruf einer Bewilligung führen kann, sofern es unbestritten ist oder aufgrund der Akten keine Zweifel bestehen, dass es der betroffenen Person zur Last zu legen ist.

<sup>30</sup> HUNZIKER, HandKomm (Fn. 20), N 36 zu Art. 62 AuG.

<sup>31</sup> WEISS MARCO, Widerruf der Aufenthalts- oder Niederlassungsbewilligung aufgrund von Schuldenwirtschaft, in: AJP 3/2020, S. 356 ff., S. 357 f.; vgl. auch die Urteile des Bundesgerichts 2C\_517/2017 vom 4. Juli 2018 E. 4.2 (CHF 127'000.– Verlustscheine); 2C\_93/2018 vom 21. Januar 2019 E. 3.5 (CHF 188'000.– Verlustscheine); 2C\_164/2017 vom 12. September 2017 E. 4.2.1 (CHF 300'000.– Verlustscheine); 2C\_997/2013 vom 21. Juli 2014 E. 2.4.1 (CHF 172'000.– Verlustscheine).

<sup>32</sup> So hat das Bundesgericht auch bereits Schulden im Umfang von CHF 70'000.– als erheblich qualifiziert (Urteil des Bundesgerichts 2A.241/2000 vom 15. November 2000 E. 2a). Auch kantonale Verwaltungsgerichte haben tiefere Beträge als erheblichen Verstoss qualifiziert, so z.B. das Verwaltungsgericht St. Gallen (CHF 30'000.– in VGer SG, B 2011/150 vom 15. Dezember 2011, E. 2.2.3.) oder das Kantonsgericht Basel-Landschaft (CHF 38'000.– in KG BL 810 08 155/179 vom 27. August 2008, E. 6.3), wobei sich alle diese Fälle durch besondere Konstellationen auszeichneten.

<sup>33</sup> OFK-SPESCHA (Fn. 26), N 11 zu Art. 62 AIG.

tragenen Verhaltens»<sup>34</sup> voraus, was nicht leichthin angenommen werden kann.<sup>35</sup> Relevant ist in diesem Zusammenhang beispielsweise, ob bereits eine ausländerrechtliche Verwarnung ausgesprochen wurde, ob die ausländische Person in der Folge trotzdem weitere Schulden angehäuft hat und welche Anstrengungen für eine Schuldensanierung unternommen werden.<sup>36</sup> Auch die gleichzeitige Anhäufung von Schulden mit dem gleichzeitigen Bezug von Sozialhilfe kann zur Annahme von Mutwilligkeit führen, da durch die Sozialhilfeunterstützung die Lebensunterhaltskosten gedeckt werden, und gleichzeitige Schulden darauf hindeuten, dass entweder die Unterstützungsgelder anderweitig verwendet wurden oder dass die betroffene Person über ihren Verhältnissen lebte.

[10] Die soeben ausgeführte Definition für diesen Tatbestand gilt sowohl für die Widerrufe nach Art. 62 Abs. 1 und Art. 63 Abs. 1 AIG, als auch im Rahmen der Rückstufung. Ein Unterschied besteht lediglich bei der vorausgesetzten Schwere des Verstosses. Während Art. 62 Abs. 1 AIG erhebliche oder wiederholte, und Art. 63 Abs. 1 AIG schwerwiegende Verstösse für einen Widerruf voraussetzt, spricht das Integrationskriterium nach Art. 58a Abs. 1 lit. a AIG lediglich von einer Nichtbeachtung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung. Der Wortlaut des Gesetzes stellt hier also eine Art Kaskade auf, die für den Widerruf nach Art. 63 Abs. 1 AIG die strengsten, und für die Rückstufung die mildesten Voraussetzungen statuiert. Die Schwelle für die Nichtbeachtung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung ist demnach tiefer anzusetzen als für den schwerwiegenden Verstoss nach Art. 63 Abs. 1 AIG und auch tiefer als für den erheblichen Verstoss nach Art. 62 Abs. 1 AIG. Grund für diese Abstufung dürfte sein, dass bei der Rückstufung gerade keine Wegweisung im Raum steht. Dennoch kann nicht jede noch so kleine Beeinträchtigung zu einem Widerruf der Niederlassungsbewilligung führen, zumal diese noch immer den besten ausländerrechtlichen Status darstellt.<sup>37</sup> Voraussetzung muss sein, dass die öffentliche Sicherheit und Ordnung mit einer gewissen Erheblichkeit beeinträchtigt wird. Diese kann sich aus der Schwere eines einmaligen Fehlverhaltens oder durch weniger schwere, wiederholte Verstösse, die auf eine Geringschätzung der schweizerischen Rechtsordnung hindeuten, ergeben.<sup>38</sup> Betreffend mutwilliger Nichterfüllung von privatrechtlichen oder öffentlich-rechtlichen Verpflichtungen kann hier wohl bereits bei einem tieferen Schuldenbetrag von einer Nichtbeachtung gesprochen werden. WEISS erachtet die Schuldenwirtschaft als weniger relevanten eigenständigen Widerrufsgrund und geht davon aus, dass dieser hauptsächlich im Kombination mit Sozialhilfebezug auftrete.<sup>39</sup> Nach der hier vertretenen Ansicht können jedoch auch isolierte Schulden durchaus zu einem Integrationsdefizit führen, z.B. gerade dann, wenn auf die Anmeldung bei der Sozialhilfe verzichtet wird und dadurch über Jahre hinweg Schulden angehäuft werden, sodass es sich lediglich um eine Verschiebung der finanziellen Unzulänglichkeiten handelt. Schlussendlich dürfte es sich auch bei der Nichtbeachtung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung, genauso wie beim erheblichen/wiederholten oder beim schwerwiegenden Verstoss gegen ebendiese, um Einzelfallentscheide handeln,<sup>40</sup> wobei davon ausgegangen werden kann, dass, sobald die Schwelle zu ei-

---

<sup>34</sup> Urteil des Bundesgerichts 2C\_789/2017 vom 7. März 2018 E. 3.3.1.

<sup>35</sup> BGE 137 II 297 E. 3.3; Urteil des Bundesgerichts 2C\_93/2018 vom 21. Januar 2019 E. 3.4.

<sup>36</sup> Urteile des Bundesgerichts 2C\_93/2018 vom 21. Januar 2019 E. 3.4; 2C\_164/2017 vom 12. September 2017 E. 3.1.

<sup>37</sup> Vgl. zur Unterscheidung zwischen der Schwere der Verstösse auch Urteil des Verwaltungsgericht Aargau WBE 2020.8 vom 7. Juli 2020, E. 4.1.2.

<sup>38</sup> Urteil des Verwaltungsgericht Aargau WBE 2020.8 vom 7. Juli 2020, E. 4.1.2.

<sup>39</sup> WEISS MARCO, Betrachtung ausgewählter Massnahmen des Ausländerrechts, in: Jusletter 17. Mai 2021, N 17.

<sup>40</sup> Vgl. oben 2.2.1.1 und 2.3.1.

nem Verstoss nach Art. 62 Abs. 1 oder Art. 63 Abs. 1 AIG überschritten wurde, immer auch eine Nichtbeachtung im Sinne von Art. 63 Abs. 2 i.V.m. Art. 58a AIG vorliegt.

[11] Der Frage, ob unter dem Gesichtspunkt der öffentlichen Sicherheit und Ordnung auch strafrechtliche Verurteilungen beigezogen werden dürfen, wird zu einem späteren Zeitpunkt nachgegangen, wenn das Verhältnis der Rückstufung zur strafrechtlichen Landesverweisung untersucht wird.

### **2.2.2. Respektierung der Werte der Bundesverfassung**

[12] Das Kriterium der Respektierung der Werte der Bundesverfassung ist sowohl im Ausländergesetz als auch im Bürgerrechtsgesetz von Bedeutung und wird in Art. 77c VZAE resp. Art. 5 BÜV konkretisiert. Nach diesen Bestimmungen gelten als Werte der Bundesverfassung namentlich die rechtsstaatlichen Prinzipien sowie die freiheitlich-demokratische Grundordnung der Schweiz (lit. a), die Grundrechte wie die Gleichbehandlung von Mann und Frau, das Recht auf Leben und persönliche Freiheit, die Glaubens- und Gewissensfreiheit sowie die Meinungsfreiheit (lit. b) und die Pflicht zum Besuch der obligatorischen Schule (lit. c). Laut Botschaft soll es bei diesem Kriterium insbesondere um politischen und religiösen Extremismus sowie um Bekenntnisse und Verhaltensweisen, die den Grundrechten widersprechen (Zwangsheiraten, Verunglimpfung von Minderheiten) gehen.<sup>41</sup> Auch öffentliche Propagandaaktionen, welche die Interessen der freiheitlichen Demokratie und des Rechtsstaates gefährden, können gegen die Ordnungsvorstellungen verstossen, deren Befolgung nach der herrschenden sozialen und ethischen Anschauung als unerlässliche Voraussetzung eines geordneten menschlichen Zusammenlebens anzusehen ist.<sup>42</sup> Dazu gehören auch Äusserungen in sozialen Medien («social media»). Sie umfassen nebst sozialen Netzwerken auch Blogs, Wikis oder Foren. Zu den bekanntesten Plattformen zählen Facebook, Twitter, Youtube, XING oder LinkedIn.<sup>43</sup> Ein von der Mehrheit abweichendes, aber grundrechtlich geschütztes Handeln darf dabei nicht zu Ungunsten der gesuchstellenden Person ausgelegt werden.<sup>44</sup> Trotz dieser Konkretisierung bleiben bezüglich Inhalt dieser Bestimmung viele Fragen offen, zumal hier unbestimmte Rechtsbegriffe durch weitere unbestimmte Rechtsbegriffe ersetzt werden und weil sowohl der Inhalt ebendieser wie auch der Sinngehalt der «Respektierung» unklar ist. Ausserdem zeigt der Wortlaut der Bestimmung («namentlich»), dass der Katalog nicht abschliessend ist und dass durchaus andere Werte der Bundesverfassung von Bedeutung sein können. In der Folge wird deshalb versucht, der Inhalt des Kriteriums aufzuschlüsseln und mögliche Anwendungsbereiche für die Praxis aufzuzeigen.

#### **2.2.2.1. Vorbemerkungen**

[13] Bevor auf die einzelnen konkret genannten Tatbestandsvarianten nach Art. 77c VZAE eingegangen wird, sind vorab einige allgemeine Bemerkungen zu den Werten der Bundesverfassung zu

---

<sup>41</sup> Botschaft des Bundesrates vom 8. März 2013 zur Änderung des Ausländergesetzes, BBl 2013 2397 ff., S. 2428; Erläuternder Bericht des EJPD, Entwurf zur Verordnung zum Bürgerrechtsgesetz vom April 2016, S. 2833.

<sup>42</sup> Weisungen und Erläuterungen des Staatssekretariats für Migration zum Ausländerbereich vom Oktober 2013 (abrufbar unter: <https://www.sem.admin.ch/sem/de/home/publiservice/weisungen-kreisschreiben/auslaenderbereich.html>), S. 43.

<sup>43</sup> Bericht BÜV (Fn. 41), S. 2833.

<sup>44</sup> Botschaft AIG (Fn. 41), S. 2428.

machen. KLEY erachtet es bereits als problematisch, dass von «Werten» die Rede ist, zumal Werte gerade kein geschriebenes Recht darstellen, nach dem sich ausländische Personen richten können, sodass die massgeblichen Werte und die daraus resultierenden Rechtspflichten beliebig erweitert oder verändert werden können.<sup>45</sup> Die Einhaltung der objektiven Rechtsordnung zeige zur Genüge, dass ausländische Personen den Staat anerkennen und bejahen würden, ein «Mehr» an Zustimmung sei nicht erforderlich.<sup>46</sup> Es ist durchaus kritisch zu betrachten, dass sich die «Werte» der Bundesverfassung keiner Kodifikation entnehmen lassen, zumal die Berufung auf ebendiese variablen Werte kaum den Anforderungen an das Legalitätsprinzip genügen dürfte.

[14] Hinzu kommt die Frage, welchen Verfassungsbestimmungen denn nun ein besonderer «Wert» zukommen soll. In der Verfassung sind diverse Gebiete von unterschiedlicher Wichtigkeit geregelt; von Grundrechten über Bestimmungen zur Staatsorganisation bis hin zum Schutz von Moorlandschaften. Nicht jeder Inhalt der Verfassung verfügt, bloss weil er in der Verfassung aufgeführt ist, auch zwingend über einen besonderen Wert, dessen Respektierung von ausländischen Personen vorausgesetzt wird,<sup>47</sup> zumal nicht einmal die schweizerische Bevölkerung die Bundesverfassung und deren Werte integral kennt.<sup>48</sup> Es ist also festzuhalten, dass im Zusammenhang mit den Integrationskriterien nur diejenigen Werte relevant sein können, die verbreitet bekannt, als gewichtig anerkannt und objektiv bedeutsam sind.<sup>49</sup> Der Gesetzgeber hat in Art. 77c VZAE festgelegt, welche Werte diese Anforderungen sicherlich zu erfüllen vermögen, wobei hier, wie bereits erwähnt, kein Anspruch auf Vollständigkeit besteht und im Einzelfall auch andere Verfassungswerte von Relevanz sein können. Dass eine Hierarchie der Verfassungswerte auf Verordnungsebene aufgestellt wird,<sup>50</sup> ist mindestens genauso bedenklich wie die Tatsache, dass – je nach Interesse der sich auf die Werte der Bundesverfassung berufenden Behörde – weitere Werte als relevant erachtet werden können.<sup>51</sup>

[15] Des Weiteren ist noch ungeklärt, wie der Begriff der «Respektierung» zu verstehen ist. UEBERSAX, KLEY und SPESCHA gehen davon aus, dass es sich bei der Respektierung lediglich um ein Verhalten im Einklang mit der Verfassung handelt und nicht um eine innere Überzeugung bzw. ein inneres Einverständnis mit den verfassungsmässigen Werten.<sup>52</sup> Dem dürfte insofern zuzustimmen sein, als dass eine eigentliche «Sanktionierung der Gesinnung» mit den Grundrechten (insbesondere mit der Meinungs- und Gewissensfreiheit nach Art. 16 BV) nicht zu vereinbaren wäre.<sup>53</sup> Ein Staat, der das Innenleben und das Denken der Menschen bestimmen möchte, ist nach

---

<sup>45</sup> KLEY ANDREAS, Werte der Bundesverfassung: Einfallstor zur Tyrannei?, in: Pahud de Mortanges (Hrsg.), Staat und Religion in der Schweiz des 21. Jahrhunderts, Zürich 2020, S. 676; vgl. auch UEBERSAX PETER, Die Respektierung der Werte der Bundesverfassung, in: Boillet Véronique et al. (Hrsg.) Le droit public en mouvement – Mélanges en l'honneur du Professeur Etienne Poltier, Genf/Zürich 2020, S. 445, der feststellt, dass die Verfassung in erster Linie eine Rechtsordnung sei.

<sup>46</sup> KLEY (Fn. 45), S. 676.

<sup>47</sup> Vgl. UEBERSAX (Fn. 45), S. 446.

<sup>48</sup> AUBERT JEAN-FRANÇOIS, La Constitution, son contenu, son usage, Basel 1991, S. 106.

<sup>49</sup> UEBERSAX (Fn. 45), S. 446.

<sup>50</sup> KLEY (Fn. 45), S. 674.

<sup>51</sup> KLEY ANDREAS, Werte der Bundesverfassung, in: ZBl 2015, S. 565 ff., S. 566.

<sup>52</sup> UEBERSAX (Fn. 45), S. 448; KLEY ANDREAS, Sollen sich Einbürgerungswillige zu den Werten der Bundesverfassung bekennen müssen?, in: plädoyer 4/2018, S. 28; OFK-SPESCHA (Fn. 26), N 5 zu Art. 58a AIG.

<sup>53</sup> UEBERSAX (Fn. 45), S. 448; ACHERMANN ALBERTO/KÜNZLI JÖRG, Welcome to Switzerland, Sprachenrecht im Zuwanderungsstaat, Bern 2011, S. 176.

der Ansicht von KLEY tyrannisch.<sup>54</sup> Die Nichtrespektierung der Werte der Bundesverfassung muss sich demnach explizit in einem entsprechenden Verhalten manifestieren.<sup>55</sup> KLEY erachtet deshalb die Anforderung an die Respektierung der Werte der Bundesverfassung als nutzlos, weil Menschen zwar dazu gezwungen werden könnten, sich nach aussen zu bestimmten Werten zu bekennen, wobei dieses Bekenntnis niemals überprüft werden könne.<sup>56</sup> Die Grenze zwischen der Gesinnung und einer tatsächlichen Manifestation eines fehlenden Respekts gegenüber der Bundesverfassung sind zudem fließend. Schliesslich sei noch gesagt, dass sich die Respektierung der Werte der Bundesverfassung kaum positiv feststellen lässt, sondern dass in der Regel lediglich abweichendes Verhalten auffällt und zu würdigen ist. Sofern also keine Anhaltspunkte bestehen, dass eine ausländische Person die Werte der Bundesverfassung nicht respektiert, ist davon auszugehen, dass sie dieses Integrationskriterium erfüllt, zumal auch gerade kein aktiver Einsatz für die Werte der Bundesverfassung verlangt wird.<sup>57</sup> Nachfolgend wird nun noch auf die drei in Art. 77c VZAE genannten Tatbestandsalternativen eingegangen, um zumindest eine ungefähre Eingrenzung der Werte der Bundesverfassung vornehmen zu können.

#### 2.2.2.2. Rechtsstaatliche Prinzipien und freiheitlich-demokratische Grundordnung

[16] Dem Wortlaut ist zu entnehmen, dass der Gesetzgeber Freiheit, Demokratie und Rechtsstaat als zentrale Werte der Schweiz ansieht.<sup>58</sup> Die demokratische Grundordnung und das rechtsstaatliche Element ergeben sich nicht aus einer einzelnen Verfassungsbestimmung, sondern aus diversen Einzelbestimmungen bzw. aus der Systematik der Verfassung,<sup>59</sup> sodass deren Inhalt für ausländische Personen kaum fassbar ist, was jedoch Voraussetzung dafür wäre, dass sie sich danach richten können. Ferner ergibt sich die freiheitliche Grundordnung gerade aus der Gewährung und Sicherstellung der Grundrechte, wozu u.a. auch die Meinungs- oder Religionsfreiheit gehören. Hier entsteht ein Spannungsverhältnis, wenn eine ausländische Person durch die Wahrnehmung ihrer Freiheitsrechte gegen die freiheitliche Grundordnung der Schweiz verstossen kann,<sup>60</sup> schliesslich ist es doch gerade ein elementarer Bestandteil des Rechtsstaates und der Freiheit, dass sich jede Person frei äussern können soll. Solange also rechtsstaatlich bedenkliche Vorbringen auf «legalem», d.h. auf dem gesetzlich vorgesehenen demokratischen Weg eingeführt werden, stellt das noch keinen mangelnden Respekt gegenüber der Bundesverfassung dar.<sup>61</sup> Auch die rein innere Ablehnung der Demokratie oder des Rechtsstaates kann aus den oben bereits genannten Gründen nicht massgeblich sein. Ein Mindestmass an aktiver Zuwiderhandlung muss vorausgesetzt werden. Hier ist zum Beispiel an gewalttätige Aufstände oder den Aufruf zu Gewalttä-

---

<sup>54</sup> KLEY (Fn. 45), S. 676.

<sup>55</sup> Vgl. auch BGE 134 I 49, wonach allein das Tragen eines Kopftuchs keine Manifestation der Herabsetzung/Unterwerfung der Frau darstellt, sofern keine anderen Gründe vorliegen.

<sup>56</sup> KLEY (Fn. 51), S. 565.

<sup>57</sup> Vgl. zum Ganzen UEBERSAX (Fn. 45), S. 449.

<sup>58</sup> Ebd., S. 452.

<sup>59</sup> HÄFELIN ULRICH/HALLER WALTER/KELLER HELEN/THURNHERR DANIELA, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 10. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2020, N 170 ff.; vgl. auch BRÜHLMEIER DANIEL/VATTER ADRIAN, Demokratiekonzeption der Bundesverfassung, in: Diggelmann Oliver et al. (Hrsg.), Verfassungsrecht der Schweiz I, Zürich/Basel/Genf 2020, N 4 ff.; TSCHANNEN PIERRE, Staatsrecht der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 4. Aufl., Bern 2016, S. 87; GLASER ANDREAS, Grundzüge der schweizerischen Demokratie, in: Biaggini Giovanni/Gächter Thomas/Kiener Regina (Hrsg.), Staatsrecht, 2. Aufl., Zürich/St. Gallen 2015, S. 51.

<sup>60</sup> UEBERSAX (Fn. 45), S. 448.

<sup>61</sup> Ebd., S. 452 f.

tigkeiten gegen die demokratische Rechtsordnung zu denken, um eine totalitäre oder religiös geprägte Rechtsform einzuführen. In Anbetracht der Definition der öffentlichen Sicherheit und Ordnung<sup>62</sup> ist fraglich, inwiefern die Nichtrespektierung der rechtsstaatlichen Prinzipien und der freiheitlich-demokratischen Rechtsordnung, sofern sich diese denn tatsächlich in einer Form materialisiert, eine über den Verstoss gegen die öffentliche Sicherheit und Ordnung hinausgehende Bedeutung haben soll. Gleich verhält es sich mit dem in der Botschaft erwähnten Extremismus, der, solange er lediglich die innere Überzeugung einer Person darstellt, nicht massgeblich sein kann, und der bei einer allfälligen Manifestation in der Regel auch einen Verstoss gegen die öffentliche Sicherheit und Ordnung darstellen dürfte (z.B. Art. 259 StGB).<sup>63</sup> Auch Äusserungen in den sozialen Medien können unter dem Gesichtspunkt von Art. 77a Abs. 1 lit. c VZAE als Verstoss gegen die öffentliche Sicherheit und Ordnungen gelten, weshalb auch hier keine zusätzliche Missachtung der Werte der Bundesverfassung nötig wäre.<sup>64</sup>

### 2.2.2.3. Grundrechte

[17] Gemäss Art. 77d Abs. 1 lit. b AIG gelten als Werte der Bundesverfassung auch die Grundrechte wie die Gleichberechtigung von Mann und Frau, das Recht auf Leben und die persönliche Freiheit, die Glaubens- und Gewissensfreiheit sowie die Meinungsfreiheit. Bekenntnisse oder ein Verhalten von Ausländerinnen und Ausländern, die Grundrechte missachten oder in Frage stellen, wie beispielsweise mangelnde Toleranz gegenüber anderen Gruppierungen oder Religionen oder die Befürwortung von Zwangsheiraten, Beschneidungen oder die Verletzung der persönlichen Freiheit und Integrität, fallen gemäss SEM unter die Nichtrespektierung von Grundrechten. Ferner erwähnen die Weisungen die pauschale öffentliche Verunglimpfung von Minderheiten, Angehörigen einer bestimmten Religion oder Menschen einer bestimmten sexuellen Orientierung sowie die Missachtung der Gleichstellung von Mann und Frau.<sup>65</sup> Hinsichtlich der in der Bundesverfassung verankerten Grundrechte lässt sich zunächst natürlich feststellen, dass sich diese primär an den Staat richten und keine direkte Drittwirkung entfalten.<sup>66</sup> Nach Art. 35 Abs. 3 BV sorgt der Staat lediglich dafür, dass Grundrechte, sofern sie sich dazu eignen, auch zwischen den Privaten Wirksamkeit entfalten. Unmittelbare Drittwirkung haben nur einzelne grundrechtliche Bestimmungen, und zwar nur dann, wie diese ausdrücklich in der Verfassung vorgesehen ist,<sup>67</sup> so zum Beispiel die Lohngleichheit zwischen Mann und Frau gem. Art. 8 Abs. 3 BV.<sup>68</sup> Abgesehen davon ist der Staat lediglich zu einem Tätigwerden im Sinne einer Schutzpflicht verpflichtet, das heisst zum Erlass von Rechtsnormen oder zur Erteilung von Bewilligungen zur Gewährleistung der Grundrechte zwischen Privaten.<sup>69</sup> Grundrechte im Sinne einer Abwehrfunktion können

---

<sup>62</sup> Oben, 2.2.1.

<sup>63</sup> Vgl. UEBERSAX (Fn. 45), S. 458; s. auch AJIL AHMED/LUBISHTANI KASTRIOT, *Le terrorisme devant le Tribunal pénal fédéral*, in: Jusletter 31. Mai 2021, N 102 ff., wonach es kaum terroristische Akte oder Unterstützungsmethoden gebe, die nicht bereits durch das Strafrecht erfasst seien. Die Sanktionierung von Aktivitäten, die bisher nicht durch das Strafrecht abgedeckt seien, würde einem Gesinnungsstrafrecht gefährlich nahe kommen.

<sup>64</sup> Vgl. oben, 2.2.1.

<sup>65</sup> Bericht AIG (Fn. 10), S. 19.

<sup>66</sup> HALLER WALTER/KÖLZ ALFRED/GÄCHTER THOMAS, *Allgemeines Staatsrecht*, 6. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2020, S. 348 f.

<sup>67</sup> Ebd.

<sup>68</sup> RHINOW RENÉ/SCHEFER MARKUS/UEBERSAX PETER, *Schweizerisches Verfassungsrecht*, 3. Aufl., Basel 2016, S. 220.

<sup>69</sup> Ebd., S. 221.

nicht ohne Weiteres in Grundpflichten für Private umgewandelt werden.<sup>70</sup> Hinzu kommt die Problematik einer Grundrechtskollision; auf der einen Seite besteht das öffentliche Interesse an der Durchsetzung gewisser Grundrechte (Diskriminierungsverbot, Achtung der körperlichen Integrität und der persönlichen Freiheit etc.), während auf der anderen Seite sicherlich die innere Überzeugung und bis zu einem gewissen Grad auch die Äusserung und Weiterverbreitung ebendieser unter dem Schutz anderer Grundrechte (Religionsfreiheit, Meinungsfreiheit etc.) stehen.

[18] Die Mehrheit der vom SEM genannten Verhaltensweisen stehen in der Schweiz ohnehin unter Strafe, sodass die Grundrechte durch eine indirekte Drittwirkung geschützt werden.<sup>71</sup> Sie sind damit unter dem Aspekt der Werte der Bundesverfassung insofern überflüssig, als dass deren Nichtbeachtung ohnehin bereits einen Verstoss gegen die öffentliche Sicherheit und Ordnung darstellt. So werden Gewalttätigkeiten gegenüber Frauen, Verunglimpfungen von Minderheiten oder auch öffentliche Aufrufe zu Gewalt durch die Tatbestände des Strafgesetzbuches erfasst. Trotzdem werden in diesem Zusammenhang oft Familienmodelle ausländischer Personen thematisiert, die nicht mit der Gleichstellung von Mann und Frau vereinbar sein sollen. So könnte einer ausländischen Frau, die ihr Gesicht verschleiert, ein fehlender Respekt gegenüber der Bundesverfassung vorgeworfen werden, genauso wie deren Ehemann, der die Verschleierung erzwingt/unterstützt/duldet. Durch die Annahme der eidgenössischen Volksinitiative «Ja zum Verhüllungsverbot»<sup>72</sup> und die damit einhergehende Aufnahme des Verhüllungsverbots in die Verfassung, ist zumindest in Bezug auf die Verschleierung die Frage geklärt, inwiefern damit gegen die Bundesverfassung verstossen werden soll, wobei noch immer fraglich ist, ob es sich beim neuen Art. 10a BV tatsächlich um einen «Wert» der Bundesverfassung handelt. Es dürfte jedoch durch diese Verfassungsänderung zweifellos einfacher sein, ausländischen Personen, die eine Gesichtverschleierung tragen oder eine andere Person zu einer Verschleierung zwingen bzw. eine solche auch nur unterstützen oder dulden, eine Nicht-Respektierung der Werte der Bundesverfassung vorzuhalten. Allein das Tragen eines Kopftuchs wird durch die neue Verfassungsbestimmung jedoch nicht verboten, ist gar selbst durch das Grundrecht der Religionsfreiheit geschützt, und kann deshalb keine Nicht-Respektierung der Verfassungswerte darstellen.<sup>73</sup> Abgesehen von der Gesichtsverhüllung ist in diesem Zusammenhang an andere Formen der Unterdrückung zu denken, zum Beispiel an die durch Religion oder Tradition gerechtfertigte Gewalt gegenüber dem Ehepartner oder der Ehepartnerin, wobei auch hier ohnehin wieder ein Verstoss gegen die öffentliche Sicherheit und Ordnung vorliegt. Allein ein traditionelles oder patriarchalisches Familien- oder Ehemodell, das der Ehefrau oder den weiblichen Nachkommen lediglich einen geringeren Freiraum lässt, als dies nach dem hierzulande vorherrschenden Verständnis als optimal gilt, kann jedoch nicht ausreichen, um einer ausländischen Personen eine Nichtrespektierung der Werte der Bundesverfassung vorzuwerfen, zumal derartige Familienmodelle auch unter Schweizerbürgerinnen- und Bürgern noch lange nicht verschwunden und auch nicht verboten sind.<sup>74</sup> Selbstverständlich ist es wünschenswert, dass sich auch ausländische Frauen in der

---

<sup>70</sup> Vgl. hierzu die Ausführungen zur Drittwirkung von Grundrechten in: Kiener Regina/Kälin Walter/Wyttenbach Judith, Grundrechte, 3. Aufl., Bern 2018, S. 49, wonach die Drittwirkung von Grundrechten in erster Linie darin besteht, dass Private, die Opfer privater Übergriffe wurden, staatlichen Schutz suchen. Es gehe hierbei nicht um die Einräumung direkter Grundrechtsansprüche zwischen Privaten.

<sup>71</sup> Vgl. UEBERSAX (Fn. 45), S. 455.

<sup>72</sup> Volksinitiative «Ja zum Verhüllungsverbot» vom 15. September 2017, Geschäft 19.023.

<sup>73</sup> UEBERSAX (Fn. 45), S. 457.

<sup>74</sup> Ebd., S. 456.

schweizerischen Gesellschaft integrieren, die Sprache lernen und ihnen ermöglicht wird, soziale Kontakte zu pflegen, um dadurch der Entstehung von Parallelgesellschaften entgegenzuwirken. Nach der hier vertretenen Ansicht ist dies jedoch vielmehr eine Aufgabe der positiven Integrationsförderung und weniger des repressiven Ausländerrechts, da derartige Verhaltensweisen kaum durch «Strafe» als vielmehr durch Aufklärung und Information herbeigeführt werden können.

#### 2.2.2.4. Grundpflichten

[19] Schliesslich erfasst Art. 77c VZAE auch die Nichteinhaltung von verfassungsmässigen Pflichten wie die Pflicht zum Besuch der obligatorischen Schule (lit. c). In seinem vielbeachteten Entscheid aus dem Jahr 2008 stellte das Bundesgericht fest, dass dem gemeinsam geführten (Schul-) und Sportunterricht in der Schweiz eine wichtige sozialisierende Funktion zukomme,<sup>75</sup> weshalb muslimischen Mädchen die Dispensation vom gemeinsamen Schwimmunterricht verweigert wurde. Es gelte zu vermeiden, dass Kinder zum Beispiel wegen ihres Glaubens bereits auf der Grundschulstufe in eine Aussenseiterrolle gedrängt würden.<sup>76</sup> Das Bundesgericht gewichtete das öffentliche Interesse an der Integration in diesem Fall erstmals höher als das individuelle Interesse, die Glaubensfreiheit auszuüben.<sup>77</sup> Auch der EGMR schützte diesen Entscheid und hat festgehalten, dass bei zugewanderten Kindern die Schule für die soziale Integration von besonderer Bedeutung sei und die Religionsfreiheit insofern eingeschränkt werden dürfe, als dass die öffentlichen Interessen an der Integration die privaten Interessen an der strikten Religionsausübung überwiegen.<sup>78</sup> Auch diese wegweisenden Entscheide bedeuten jedoch nicht, dass das Interesse an der Integration in Zukunft immer die privaten Interessen überwiegen wird – eine umfassende Güterabwägung bleibt notwendig,<sup>79</sup> sodass bei einer Schuld dispensation nicht ohne Weiteres von einem Verstoss gegen verfassungsmässige Pflichten ausgegangen werden kann. Ohnehin kein Beleg für einen fehlenden Respekt gegenüber der Bundesverfassung kann das alleinige Stellen eines Dispensationsgesuchs sein, wenn in der Folge nach einer allfälligen Abweisung des Gesuchs am Unterricht teilgenommen wird, schliesslich handelt es sich bei der Gesuchstellung um ein rechtmässiges Instrument zur Ausübung der eigenen Rechte, das niemals zum Nachteil der betroffenen Person ausgelegt werden darf. Anders verhält es sich, wenn ein Dispensationsgesuch rechtskräftig abgewiesen wurde und sich die betroffenen Personen der Schulpflicht dennoch widersetzen, wobei in diesen Fällen eine behördliche Anordnung missachtet wird und demnach wiederum ein Verstoss gegen die öffentliche Sicherheit und Ordnung vorliegt.

[20] Gemäss den Weisungen des SEM soll unter diese Tatbestandsvariante auch die Ablehnung von anerkannten Respektsbekundungen gegenüber Lehrpersonen oder Mitarbeitern von Behörden fallen.<sup>80</sup> Selbstverständlich ist der respektvolle Umgang mit diesen Personengruppen erwünscht, wie sich dieser jedoch aus der Bundesverfassung ableiten lässt, ist fraglich.<sup>81</sup> Hintergrund der Inkludierung von Respektsbekundungen in die Tatbestandsvariante der Werte der

---

<sup>75</sup> BGE 125 I 79 E. 7.1.

<sup>76</sup> Ebd.

<sup>77</sup> KÜHLER ANNE/HAFNER FELIX, Schuld dispensation zwischen Religionsfreiheit und «bürgerlichen Pflichten», in: AJP 7/2011, S. 913 ff., S. 919.

<sup>78</sup> Urteil EGMR *Osmanoglu und Kocabas* gegen Schweiz (Nr. 29086/12), vom 10. Januar 2017, N 105.

<sup>79</sup> KÜHLER/HAFNER (Fn.77), S. 923.

<sup>80</sup> Weisungen AIG (Fn. 42), S. 44.

<sup>81</sup> Vgl. auch UEBERSAX (Fn. 45), S. 459.

Bundesverfassung dürfte wohl unter anderem der «Fall Therwil» oder die sog. «Handschlagaffäre»<sup>82</sup> sein. In solchen und ähnlichen Konstellationen stellen sich unzählige Fragen, deren Beantwortungsversuch für diesen Aufsatz viel zu weit gehen würde. Es sei an dieser Stelle lediglich darauf hingewiesen, dass es fraglich ist, inwiefern der Handschlag geeignet ist, die Gleichstellung zwischen Mann und Frau zu fördern, inwiefern diese Pflicht sich aus einem Grundrecht, das nur sehr beschränkt Grundpflichten auferlegt, ableiten lässt und schliesslich auch nicht geklärt ist, ob derartige Interessen, sollten sie denn tatsächlich bestehen, geeignet sind, um die Religionsfreiheit einzuschränken.<sup>83</sup> Es dürfte jedoch, vor allem in Anbetracht der Tatsache, dass sich Respektsbekundungen nicht direkt aus der Bundesverfassung ablesen lassen, bedenklich sein, derartige Anforderungen unter die Respektierung der Werte der Bundesverfassung zu fassen und daraus auch noch ausländerrechtliche Konsequenzen abzuleiten.

[21] Abschliessend lässt sich festhalten, dass das Kriterium der Respektierung der Werte der Bundesverfassung in vielerlei Hinsicht als misslungen erachtet werden muss. Es steht im Widerspruch zum Legalitäts- und zum Rechtsstaatllichkeitsprinzip, birgt die Gefahr einer Gesinnungsbestrafung, sofern es denn tatsächlich über den Inhalt der öffentlichen Sicherheit und Ordnung hinausgehen soll und wandelt Grundrechte in Grundpflichten um. Auf eine Rückstufung, die hauptsächlich mit einem mangelnden Respekt gegenüber der Bundesverfassung begründet wird, sollte aus genannten Gründen verzichtet werden. Nach der hier vertretenen Ansicht könnte die Tatbestandsvariante lediglich relevant sein, wenn ein Verstoss gegen die öffentliche Sicherheit und Ordnung zusätzlich den Werten der Bundesverfassung widerspricht und damit bei einer Gesamtbetrachtung zwei Integrationskriterien negativ ins Gewicht fallen. Darunter könnten zum Beispiel Gewaltanwendungen fallen, die auf Diskriminierung oder Unterdrückung basieren und deshalb in besonderem Masse, also nicht nur unter dem Gesichtspunkt des Strafrechts, sondern auch im Sinne der schweizerischen «Werte», verwerflich sind. Als eigenständige Tatbestandsvariante ist die Respektierung der Werte der Bundesverfassung jedoch kaum geeignet.

### 2.2.3. Sprachkompetenzen

[22] Gemäss Art. 77d VZAE gilt der Nachweis über die erforderlichen Sprachkompetenzen in einer Landessprache als erbracht, wenn der Ausländer oder die Ausländerin diese als Muttersprache schreibt und spricht (lit. a), während mindestens drei Jahren die obligatorische Schulde in dieser Landessprache besucht hat (lit. b), eine Ausbildung auf Sekundarstufe II oder Tertiärstufe in dieser Sprache absolviert hat (lit. c), oder über einen Sprachnachweis verfügt, der die entsprechenden Sprachkompetenzen bescheinigt und der sich auf ein Sprachnachweiseverfahren abstützt, das den allgemein anerkannten Qualitätsstandards für Sprachtests entspricht (lit. d). Art. 77d VZAE sagt nichts darüber aus, welches Sprachniveau beherrscht werden muss, da es jedoch um die Beibehaltung der Niederlassungsbewilligung geht, wenn eine Rückstufung im Raum steht, dürften wohl die Voraussetzungen für die Erteilung der Niederlassungsbewilligung nach Art. 60 Abs. 2 VZAE massgeblich sein, zumal Personen, die seit dem Jahr 2019 die Niederlassungsbewilligung erhalten wollen, dieses Sprachniveau beherrschen müssen und ebendieses auch für die Wiedererteilung der Niederlassungsbewilligung nach Rückstufung (Art. 61a Abs. 3

---

<sup>82</sup> Vgl. für die Rekonstruktion der Geschehnisse KÜHLER ANNE, Religionsfreiheit und die Handschlag-Verweigerung, in: Jusletter 26. Februar 2018, N 5 ff.

<sup>83</sup> Vgl. zur ganzen Problematik der Handschlag-Verweigerung: KÜHLER (Fn. 82), N 14 ff.

VZAE) vorausgesetzt wird. Das heisst, dass das Kriterium der Sprachkompetenz von Art. 58a Abs. 1 lit. c AIG erfüllt ist, wenn die ausländische Person mindestens über mündliche Kenntnisse auf dem Referenzniveau A2 und schriftliche Kenntnisse auf dem Referenzniveau A1 verfügt.<sup>84</sup> Keine Bedeutung hat dieses Kriterium für Personen, welche die Niederlassungsbewilligung erst nach dem 1. Januar 2019 erhielten, schliesslich dürfte ein einmal erreichtes Sprachniveau in Zukunft kaum mehr unterschritten werden.<sup>85</sup> Durchaus relevant ist es hingegen für Personen, welche die Niederlassungsbewilligung vor der Gesetzesrevision erhielten und die zum damaligen Zeitpunkt keine Sprachkenntnisse vorzuweisen hatten. Inwiefern sich diese Personen allenfalls auf den Vertrauensschutz berufen können, wird zu einem späteren Zeitpunkt zu sehen sein.

#### 2.2.4. Teilnahme am Wirtschaftsleben

[23] Gemäss Art. 77e VZAE nimmt eine Person am Wirtschaftsleben oder am Erwerb von Bildung teil, wenn sie ihre Lebensunterhaltskosten und Unterhaltungspflichten deckt durch Einkommen, Vermögen oder Leistungen Dritter, auf die ein Anspruch besteht oder wenn sie eine Aus- oder Weiterbildung absolviert. Der Begriff der Teilnahme am Wirtschaftsleben ist demnach weiter gefasst als derjenige des Sozialhilfebezugs nach Art. 62 Abs. 1 lit. e oder Art. 63 Abs. 1 lit. c AIG.<sup>86</sup> Logischerweise dürften auch in dieser Konstellation vor allem Fälle von Sozialhilfebezug relevant sein, zumal bei fehlender Teilnahme am Wirtschaftsleben oftmals eine Sozialhilfeabhängigkeit besteht. Die Erfüllung eines Widerrufsgrundes nach Art. 62 Abs. 1 lit. e oder Art. 63 Abs. 1 lit. c AIG (erheblicher und dauerhafter Bezug von Sozialhilfe) stellt nach dem *argumentum ad maiore ad minus* immer auch eine Nichterfüllung des Integrationskriteriums der Teilnahme am Wirtschaftsleben dar. Darüber hinaus fällt jedoch nach der Praxis der Migrationsbehörden auch der Bezug von Ergänzungsleistungen (EL) unter diesen Tatbestand, und zwar nicht mehr nur, wenn diese lediglich einen vorgängigen Sozialhilfebezug ablösen oder wenn die zugrundeliegende IV-Rente nur eine untergeordnete Rolle spielt, so wie dies früher der Fall war,<sup>87</sup> sondern jeglicher Bezug von Ergänzungsleistungen. Das SEM stellt fest, dass beim Bezug von Ergänzungsleistungen ein besonderer Integrationsbedarf nach Art. 58a AIG bestehen kann,<sup>88</sup> woraus geschlossen werden kann, dass das Integrationskriterium nach Art. 77e VZAE in einer solchen Konstellation als nicht erfüllt gilt. Erhält eine Person beispielsweise eine halbe IV-Rente, könnte also daneben noch zu ca. 50% arbeiten, unterlässt dies jedoch freiwillig bzw. selbstverschuldet und bezieht Ergänzungsleistungen zur IV-Rente, so kann ihr das unter dem Gesichtspunkt der Teilnahme am Wirtschaftsleben vorgeworfen werden. Besonders relevant ist in diesem Zusammenhang, dass die für die Festsetzung und Auszahlung der EL zuständigen Organe gem. Art. 82d VZAE neu dazu verpflichtet sind, den Migrationsbehörden den Bezug von EL durch ausländische Staatsan-

---

<sup>84</sup> Zur Frage, ob die Beurteilung der Sprachkompetenzen anhand von Sprachtests Sinn macht vgl. KRUMM HANS-JÜRGEN, Fünf Thesen zur sprachlichen Integration, in: terra cognita 2007, Heft 10, S. 62 ff., S. 64.

<sup>85</sup> Vgl. ACHERMANN/KÜNZLI (Fn. 53), S. 176.

<sup>86</sup> Vgl. für den Widerrufsgrund des Sozialhilfebezugs gem. Art. 62 Abs. 1 lit. e und Art. 63 Abs. 1 lit. c AIG MEYER KILIAN, Aufenthaltsbewilligung trotz fortgesetztem Sozialhilfebezug, in: dRSK publiziert am 26. März 2020, N 5 ff.; WEISS MARCO, Der Widerruf von Aufenthalts- und Niederlassungsbewilligungen, in: Jusletter 24. August 2020, N 31 ff.

<sup>87</sup> Vgl. für die unter dem bisherigen Recht unter den Begriff der Sozialhilfe fallenden Ergänzungsleistungen Urteil des Bundesgerichts 2C\_83/2018 vom 1. Februar 2019 E. 4.2.4; Urteile des Verwaltungsgericht Zürich VB.2019.00264 vom 4. Dezember 2019, E. 2.3 und VB.2016.00579 vom 21. Dezember 2016, E. 5.5.

<sup>88</sup> Weisungen AIG (Fn. 42), S. 50.

gehörige in der Schweiz zu melden, um deren Aufenthaltsrecht überprüfen zu können.<sup>89</sup> Durch diesen Automatismus findet eine systematische Überprüfung der Integration von Niedergelassenen statt, was bei einer unbefristeten Bewilligung durchaus kritisch betrachtet werden kann.<sup>90</sup>

### 2.3. Konsequenz: Zwei Arten der Rückstufung

[24] Inhalt und Umfang der Integrationskriterien lassen erkennen, dass für einzelne Kriterien die Definitionen mit denjenigen der Widerrufsgünde von Art. 62 Abs. 1 und Art. 63 Abs. 1 AIG übereinstimmen und sich lediglich der entsprechende Massstab unterscheidet. So stellt der Verstoss gegen die öffentliche Sicherheit und Ordnung sowohl einen Widerrufsgrund als auch ein Integrationsdefizit dar, der Unterschied liegt lediglich in der Schwere des Verstosses. Gleich verhält es sich mit dem Bezug von Sozialhilfe; der erhebliche und dauerhafte Sozialhilfebezug von Art. 62 Abs. 1 und Art. 63 Abs. 1 AIG stellt nach dem *argumentum ad maiore ad minus* immer auch gleichzeitig die Nichterfüllung des Integrationskriteriums der Teilnahme am Wirtschaftsleben dar. Diese Übereinstimmung der Integrationskriterien mit den Widerrufsgründen hat zur Konsequenz, dass beim Vorliegen eines Widerrufsgrundes immer auch mindestens ein Integrationskriterium nicht erfüllt ist und somit auch eine Rückstufung angeordnet werden könnte. Diese Konstellation wurde in der parlamentarischen Beratung zur Rückstufung nicht bedacht, zumal dort die Möglichkeit der Rückstufung nur für Fälle, in denen gerade kein Widerrufsgrund vorliegt, angesprochen wurde,<sup>91</sup> sie ist jedoch eine unvermeidbare und logische Konsequenz der Übereinstimmung der Definitionen der Widerrufsgünde mit denjenigen der Integrationskriterien.

[25] SPESCHA geht wohl auch aus den genannten Gründen davon aus, dass anstelle eines Widerrufs samt Wegweisung nach Art. 63 Abs. 1 AIG alternativ eine Rückstufung als mildere Massnahme angeordnet werden könne.<sup>92</sup> Die Rechtsprechung hat mittlerweile – im Einklang mit dem durch die Einführung der Rückstufung beabsichtigten Zweck – jedoch festgelegt, dass für eine Rückstufung kein Raum besteht, wenn sich ein Widerruf mitsamt Wegweisung im Einzelfall als zulässig und verhältnismässig erweist.<sup>93</sup> Die Rückstufung sollte also keine neue, mildere Alternativvariante zur Wegweisung, sondern eine Verschärfung des Gesetzes darstellen, welche den Migrationsbehörden einen grösseren Handlungsspielraum in denjenigen Fällen, in denen die Niederlassungsbewilligung nach den strengen Vorschriften nach Art. 63 Abs. 1 AIG nicht widerrufen werden konnte, zur Verfügung stellt.<sup>94</sup> Nur wenn sich eine Wegweisung als unverhältnismässig erweist, kann eine Rückstufung als eine Art «mildere Variante» angeordnet werden, jedoch nur, weil die Rückstufung in diesem Fall die schärfstmögliche Massnahme darstellt. Die Möglichkeit der Rückstufung bei Unverhältnismässigkeit eines Widerrufs samt Wegweisung stellt demnach

---

<sup>89</sup> Ebd., S. 127.

<sup>90</sup> Vgl. auch KNEER/SCHINDLER (Fn. 2), S: 48: Die systematische Überprüfung der Niederlassungsbewilligung seit kritisch zu betrachten, da diese dadurch ihren Status als unbefristete Bewilligung weitgehend einbüßen dürfte.

<sup>91</sup> Vgl. zum Ganzen oben, Geschichte und Zweck der Rückstufung, 2.1.

<sup>92</sup> OFK-SPESCHA (Fn. 26), N 23 zu Art. 63 AIG.

<sup>93</sup> Urteile des Bundesgerichts 2C\_450/2019 vom 5. September 2019 E. 5.3; 2C\_58/2019 vom 31. Januar 2020 E. 6.2; 2C\_782/2019 vom 10. Februar 2020 E. 3.3.4; 2C\_1040/2019 E. 6.1; vgl. auch Bericht AIG (Fn. 10), S. 13.

<sup>94</sup> Urteile des Verwaltungsgericht Zürich VB.2020.00634 vom 11. November 2020, E. 3.2 und VB.2020.00252 vom 2. Dezember 2020, E. 3.1; VON RÜTTE BARBARA, Rechtsentwicklungen in der Schweiz, in: Achermann Alberto et al. (Hrsg.), Jahrbuch für Migrationsrecht 2016/2017, Bern 2017, S. 475 ff., S. 480.

noch immer eine Verschärfung des Gesetzes dar, zumal unter dem alten Recht in diesen Fällen keine Massnahme angeordnet oder lediglich eine Verwarnung ausgesprochen werden konnte. Entgegen der Ansicht SPESCHAS kann eine Rückstufung jedoch nicht als mildere Massnahme angeordnet werden, wenn eine Wegweisung möglich und verhältnismässig ist.

[26] Abschliessend lässt sich festhalten, dass die Formulierung der Bestimmungen über die Rückstufung die Konsequenz nach sich zieht, dass es zwei Arten der Rückstufung gibt, wobei die eine von der parlamentarischen Initiative nicht primär beabsichtigt war. Zum einen kann eine Rückstufung erfolgen, wenn «nur» die Integrationskriterien nach Art. 58a AIG nicht erfüllt sind, zum anderen kann sie jedoch auch beim Vorliegen eines Widerrufsgrundes angeordnet werden, wenn sich eine Wegweisung als unverhältnismässig erweisen würde. Mangels Kenntnis bzw. Berücksichtigung dieser zwei unterschiedlichen Arten der Rückstufung nahm der Gesetzgeber im Rahmen seiner Ratsdebatten keine Differenzierung vor, obwohl in der Folge zu sehen sein wird, dass ohne diese Unterscheidung viele Fragen offen bleiben.<sup>95</sup> Im weiteren Verlauf des Aufsatzes wird deshalb an vielen Stellen zwischen diesen beiden Arten der Rückstufung unterschieden, wobei zum einen von der «Rückstufung wegen eines Integrationsdefizits» die Rede sein wird, wenn nur die Integrationskriterien nicht erfüllt sind, und zum anderen von der «Rückstufung inkl. Widerrufsgrund», wenn gleichzeitig auch ein Widerrufsgrund gem. Art. 63 Abs. 1 AIG vorliegt, sich eine Wegweisung jedoch als unverhältnismässig erweist.

## 2.4. Gesamtwürdigung und Zukunftsperspektive

### 2.4.1. Gesamtwürdigung der Integrationskriterien

[27] Das Kantonsgericht des Kantons Basel-Landschaft konkretisierte seine Rechtsprechung zur Rückstufung im Jahr 2020 dahingehend, als dass sich die Integration bei einer zukunftsgerichteten Gesamtbetrachtung aller Kriterien nach Art. 58a AIG als nicht erfüllt darstellen muss.<sup>96</sup> Das Kantonsgericht stützte sich in diesen Entscheiden auf die Ansicht SPESCHAS, wonach bereits für den Tatbestand von Art. 63 Abs. 2 AIG eine Gesamtwürdigung aller Umstände im Einzelfall erforderlich sei.<sup>97</sup> Das Kantonsgericht Basel-Landschaft stellte dadurch strengere Anforderungen an die Rückstufung als beispielsweise die Verwaltungsgerichte der Kantone Zürich und Aargau, die die Nichterfüllung eines einzelnen Integrationskriteriums für die Erfüllung des Tatbestands als ausreichend erachten.<sup>98</sup> Nach der Ansicht des Kantonsgerichts Basel-Landschaft reicht es dem-

---

<sup>95</sup> Auch die Verwaltungsgerichte verzichteten bisher auf eine bewusste Unterscheidung zwischen diesen beiden Varianten der Rückstufung. Nur das Verwaltungsgericht Aargau unterscheidet in E. 2.5 seines Entscheids WBE.2020.8 vom 7. Juli 2020 in Bezug auf die Rechtsfolgen bewusst zwischen der Rückstufung wegen eines Integrationsdefizits und der Rückstufung bei gleichzeitigem Vorliegen eines Widerrufsgrundes.

<sup>96</sup> Urteile des Kantonsgerichts Basel-Landschaft vom 10. Juni 2020, 810 19 290, E. 5.1 und vom 10. Juni 2020, 810 19 335, E. 4.1, in beiden Urteilen wies das Kantonsgericht die Sache zur Neubeurteilung an das kantonale Migrationsamt zurück, weil dieses keine Gesamtwürdigung der Integrationskriterien vorgenommen hatte, insbesondere die Sprachkenntnisse nicht abgeklärt hatte, und sich auf einzelne nicht erfüllte Integrationskriterien stützte.

<sup>97</sup> OFK-SPESCHA (Fn. 26), N 1 zu Art. 58 AIG; vgl. auch Urteil des Bundesverwaltungsgericht F-4152/2016 vom 27. Juni 2018 E. 4.5, in dem das Gericht die Integration für die vorzeitige Erteilung der Niederlassungsbewilligung zu beurteilen hatte.

<sup>98</sup> Vgl. Urteile des Verwaltungsgerichts Zürich vom 3. Dezember 2020, VB.2020.00343 E. 3.2 und VB.2020.00341 E. 3.2: in beiden Fällen wurde der Bezug von Sozialhilfe als ausreichender Widerrufsgrund erachtet, ohne dass die anderen Integrationskriterien geprüft wurden, die Rückstufung scheiterte dann jedoch an der Verhältnismässigkeit; Urteile des Verwaltungsgericht Zürich VB.2020.00352 vom 26. November 2020, E. 3.2 und VB.2019.00768 vom 25. Mai 2020, E. 3.2.2 (Widerrufsgrund: Sozialhilfe); Urteil des Verwaltungsgericht Zürich VB.2020.00634

nach, anders als beim Widerruf nach Art. 62 AIG oder Art. 63 Abs. 1 AIG, bei dem das Vorliegen eines einzigen Widerrufsgrundes genügt, nicht, wenn lediglich einzelne Integrationskriterien nicht erfüllt sind. Das Bundesgericht hatte bisher keinen spezifischen Rückstufungsfall zu beurteilen, weshalb es sich zu dieser Frage noch nicht geäussert hat. Da auch die Rechtsprechung der obersten kantonalen Instanzen nicht einheitlich ist, rechtfertigt sich an dieser Stelle eine umfassende Auslegung der einschlägigen Gesetzesbestimmungen.

[28] Gemäss Art. 63 Abs. 2 AIG kann die Niederlassungsbewilligung bekanntlich widerrufen und durch eine Aufenthaltsbewilligung ersetzt werden, wenn die Integrationskriterien nach Art. 58a AIG nicht erfüllt sind. Der Wortlaut der Bestimmung nimmt Bezug auf den Plural und spricht damit die Gesamtheit der Integrationskriterien an. Der Wortlaut bestimmt nicht, dass eine Rückstufung möglich ist, wenn *eines der Integrationskriterien nach Art. 58a AIG* nicht erfüllt ist. Ausserdem fasst Art. 58a AIG sämtliche Integrationskriterien zusammen, indem es für die Beurteilung der Integration auf alle Kriterien verweist, was durch das Bindungswort «und» zwischen den letzten beiden Buchstaben verdeutlicht wird. Der Wortlaut des Gesetzes legt somit eine Gesamtbetrachtung der Integrationskriterien nahe.

[29] Auf eine separate historische Auslegung kann an dieser Stelle verzichtet werden, da sich der Zweck der Bestimmung unter anderem gerade aus der (relativ jungen) Entstehungsgeschichte ergibt. Wie bereits festgestellt, war mit der Einführung der Rückstufung die Absicht verbunden, integrationsunwillige ausländische Personen an ihre Integrationsverpflichtung zu erinnern.<sup>99</sup> Der Grad der Integration lässt sich nicht bloss anhand eines einzigen Kriteriums feststellen, weshalb ja gerade mehrere Integrationskriterien für die Beurteilung der Integration aufgestellt wurden. Bereits unter dem alten Recht, als primär Art. 4 AuG als Leitartikel für die Integration beigezogen wurde, stellte ein Grossteil der Lehre fest, dass die Integrationskriterien lediglich ein Hilfsmittel bei der Beurteilung der Integration darstellten, die immer im Rahmen einer Gesamtwürdigung zu betrachten seien,<sup>100</sup> gerade weil eine Person, die zwar die Rechtsordnung beachtet und wirtschaftlich erfolgreich sei, jedoch nicht am gesellschaftlichen Leben teilnehme, nicht ohne Weiteres als integriert gelten könne.<sup>101</sup> Sind also einzelne Kriterien erfüllt, kann nicht *per se* auf eine erfolgreiche Integration geschlossen werden, genauso wenig wie bei der Nichterfüllung einzelner Kriterien auf eine mangelhafte Integration geschlossen werden kann.<sup>102</sup> Sinn und Zweck der Gesamtwürdigung sei nach der Ansicht des Kantonsgerichts Basel-Landschaft sodann, dass Defizite bei einzelnen Kriterien durch ausgeprägt vorhandene andere Kriterien aufgewogen werden können.<sup>103</sup> Im Umkehrschluss bedeutet das, dass auch das Vorliegen eines einzelnen Integrationsdefizits für die Anordnung einer Rückstufung ausreichen kann, wenn dieses schwer wiegt und die

---

vom 11. November 2020, E. 4.3.1 ff. (Widerrufsgründe: Sozialhilfe und Sprachkenntnisse); VB.2020.00627 vom 2. Dezember 2020, E. 5.5 und VB.2020.00252 vom 2. Dezember 2020, E. 6.2.8, in denen die Gesamtwürdigung zwar angesprochen, jedoch unter dem Gesichtspunkt der Verhältnismässigkeit behandelt wird; vgl. auch Urteil des Verwaltungsgerichts Aargau WBE.2020.8 vom 7. Juli 2020, E. 2.2.

<sup>99</sup> Oben, 2.1.

<sup>100</sup> GATTIKER MARIO, Kann die Integration der Ausländerinnen und Ausländer in der Schweiz erfolgreich sein?, in: Ehrenzeller Bernhard (Hrsg.), *Rechtsentwicklungen im schweizerischen Ausländerrecht*, St. Gallen 2004, S. 106; m.w.H. HUNZIKER, *HandKomm* (Fn. 20), N 11 zu Art. 4 AuG; UEBERSAX (Fn. 17), S. 9 f; SPESCHA/BOLZLI/DE WECK/PRIULI (Fn. 1), S. 354.

<sup>101</sup> HUNZIKER, *HandKomm* (Fn. 20), N 11 zu Art. 4 AuG.

<sup>102</sup> Vgl. ACHERMANN, *HandKomm* (Fn. 20), N 11 zu Art. 4 AuG.

<sup>103</sup> Urteil des Kantonsgerichts Basel-Landschaft 810 19 335 vom 10. Juni 2020, E. 4.1.

anderen Integrationskriterien damit «überwiegt». Aus der teleologischen Auslegung ergibt sich demnach das Erfordernis einer Gesamtbetrachtung aller Integrationskriterien.

[30] Auch die Systematik des Gesetzes lässt diesen Schluss zu; so zählen die Art. 62 und 63 Abs. 1 AIG die Widerrufsgünde in einer alternativen Auflistung auf, wodurch klar wird, dass lediglich ein Widerrufsgrund vorliegen muss. Es wäre durchaus denkbar gewesen, auch Art. 63 Abs. 2 AIG analog der anderen Bestimmungen als alternative Aufzählung zu formulieren: «Die Niederlassungsbewilligung kann widerrufen und durch eine Aufenthaltsbewilligung ersetzt werden, wenn die Ausländerin oder der Ausländer (a) die öffentliche Sicherheit und Ordnung nicht beachtet, (b) die Werte der Bundesverfassung nicht respektiert, (c) nicht über die erforderlichen Sprachkompetenzen verfügt, (d) nicht am Wirtschaftsleben oder am Erwerb von Bildung teilnimmt.» Durch den pauschalen Verweis auf die Integrationskriterien und den Verzicht auf eine Aufzählung analog Art. 62 und Art. 63 AIG deutet jedoch auch die Systematik des Gesetzes darauf hin, dass für die Rückstufung sämtliche Integrationskriterien zu beachten sind. Unterstützt wird diese Argumentation durch den Beizug von Art. 34 AIG i.V.m. Art. 60 Abs. 1 VZAE. Diese Bestimmungen besagen, dass für die Erteilung der Niederlassungsbewilligung vorausgesetzt wird, dass die Integrationskriterien nach Art. 58a AIG erfüllt sind. Es würde wohl niemandem in den Sinn kommen, an dieser Stelle auf eine Gesamtbetrachtung zu verzichten und die Integration bereits bei der Erfüllung eines einzelnen Kriteriums als erfolgreich zu erachten. Soll sich die Integration zu Gunsten der ausländischen Person auswirken, geht es also um eine Besserstellung der ausländischen Person, wird die Integration diskussionslos anhand des strengeren Massstabs beurteilt. Es wäre stossend, bei der Integrationsbeurteilung, die sich allenfalls zu Ungunsten einer ausländischen Person auswirken könnte, also eine Statusverschlechterung nach sich ziehen könnte, auf einen weniger strengen Massstab abzustellen, sodass im Endergebnis der Entzug der Niederlassungsbewilligung sehr viel einfacher ist als deren Erhalt.

[31] Andererseits deutet ein weiteres systematisches Argument darauf hin, dass das Erfordernis einer Gesamtbetrachtung unsinnig sein könnte: Wie oben bereits festgestellt, kann die Rückstufung aufgrund der übereinstimmenden Definitionen einzelner Tatbestände auch als mildere Massnahme im Vergleich zu Art. 63 Abs. 1 AIG angewendet werden, wenn sich die Wegweisung selbst als unverhältnismässig erweist. Der Widerruf nach Art. 63 Abs. 1 AIG setzt jedoch nur das Vorliegen *eines* Widerrufgrundes voraus, sodass es stossend wäre, an die mildere Massnahme (die Rückstufung) strengere Voraussetzungen zu knüpfen, indem für die Rückstufung eine vollständige Auslegung aller Integrationskriterien vorgenommen werden müsste, wobei eine Rückstufung nur dann möglich wäre, wenn bei einer Gesamtbetrachtung die nicht erfüllten Kriterien die erfüllten Kriterien überwiegen, während bei der schärferen Massnahme ein Widerrufsgrund reicht und dieser – zumindest nicht auf der Tatbestandsebene – gegen allfällige positive Integrationskriterien abgewogen werden muss.

[32] Dieser Konflikt lässt sich lösen, indem beim gleichzeitigen Vorliegen eines Widerrufgrundes die Vermutung aufgestellt wird, dass die Nichterfüllung des entsprechenden Integrationskriteriums, weil sie derart schwer ist, dass auch ein Widerrufsgrund erfüllt ist, bei einer Gesamtbetrachtung die anderen, allenfalls erfüllten Integrationskriterien stets überwiegt. Dieser Lösungsansatz erscheint nicht nur logisch, weil damit das Problem des Verhältnisses zwischen Widerruf samt Wegweisung und der Rückstufung inkl. Widerrufsgrund gelöst wird, sondern auch, weil es tatsächlich so sein dürfte, dass ein derart schweres Integrationsdefizit bei einer Gesamtbetrachtung

die Integration in ihrer Gesamtheit als ungenügend erscheinen lässt, zumal es in diesen Fällen auch genügend schwer wäre, um einen Widerruf samt Wegweisung zu rechtfertigen.<sup>104</sup>

[33] Abschliessend kommt die Auslegung der Gesetzesbestimmung betreffend Gesamtbetrachtung zum Schluss, dass sich eine Gesamtwürdigung als erforderlich erweist, dass dieser Grundsatz jedoch für den Fall einer Rückstufung inkl. Widerrufsgrund dahingehend relativiert wird, als dass beim Vorliegen eines Widerrufsgrundes immer davon ausgegangen werden kann, dass die Gesamtbetrachtung zu Ungunsten der ausländischen Person ausfällt. Diese Vermutung bedeutet jedoch nicht, dass nicht aufgrund der Verhältnismässigkeitsprüfung dennoch auf eine Rückstufung verzichtet werden kann. Die Vermutung betrifft lediglich das Integrationsdefizit im Rahmen der Gesamtwürdigung auf der Tatbestandsebene.

#### **2.4.2. Zukunftsgerichtete Gesamtwürdigung?**

[34] Die Gesamtbetrachtung muss nach der Rechtsprechung des Kantonsgerichts Basel-Landschaft zudem zukunftsgerichtet sein,<sup>105</sup> wodurch wohl dem Aspekt der Prävention eine grössere Gewichtung zuteilwerden soll, da sich die Rückstufung bei einer positiven Zukunftsprognose hinsichtlich der Erfüllung der Integrationskriterien im Sinne der Prävention als nicht erforderlich erweist. Diese Ausführung macht bereits deutlich, dass das Kantonsgericht mit diesem Erfordernis einen Teil der Verhältnismässigkeitsprüfung auf die Tatbestandsebene vorverlagert, was zum einen unnötig ist und zum anderen der Logik des Ausländergesetzes zuwiderläuft. Die Erforderlichkeit ist ein zwingend zu prüfendes Merkmal im Rahmen der Verhältnismässigkeitsprüfung, d.h., dass allfällige positive Entwicklungen, die eine Rückstufung als unzweckmässig erscheinen liessen, dort ohnehin berücksichtigt werden. Hat sich die Situation einer ausländischen Person bereits derart stabilisiert, dass kein öffentliches Interesse an einer Massnahme mehr besteht und sich eine solche deshalb als nicht (mehr) erforderlich erweist, wird ohnehin aufgrund der Verhältnismässigkeit auf die Massnahme verzichtet.

[35] Hinzu kommt, dass im Rahmen der Verhältnismässigkeit immer nur geprüft wird, ob trotz Vorliegens eines Widerrufsgrundes allenfalls dennoch keine Massnahme erforderlich ist, weil sich die Situation bereits derart verbessert hat. Das Vorliegen eines Widerrufsgrundes stellt demnach die Vermutung einer schlechten Zukunftsprognose auf, welche im Rahmen der Verhältnismässigkeitsprüfung widerlegt werden kann. Es würde deshalb der gesamten bisherigen Logik des Ausländerrechts widersprechen, wenn nun für die Rückstufung die positive Begründung einer schlechten Zukunftsprognose vorausgesetzt würde. Beim Vorliegen eines Integrationsdefizits nach einer Gesamtbeurteilung kann ohne Weiteres, wie beim Vorliegen eines einzelnen Widerrufsgrundes nach Art. 62 Abs. 1 oder Art. 63 Abs. 1 AIG, die Vermutung einer schlechten Zukunftsprognose aufgestellt werden, welche im Rahmen der Verhältnismässigkeit widerlegt werden kann. Es liegen keine Gründe vor, weshalb für die Rückstufung vom allgemeinen Grundsatz des Ausländerrechts abgewichen werden müsste. Eine zukunftsgerichtete Gesamtwürdigung ist

---

<sup>104</sup> Implizit wurde dieser Lösungsansatz auch durch die Verwaltungsgerichte Zürich und Aargau übernommen, indem in den behandelten Fällen immer ohnehin ein Widerrufsgrund nach Art. 63 Abs. 1 AIG vorlag, sodass die Gerichte davon ausgingen, dass durch die Erfüllung des Widerrufsgrundes auch die Nichterfüllung des Integrationskriteriums gegeben ist. Die Frage nach der Gesamtwürdigung beim Vorliegen eines Integrationsdefizits ohne gleichzeitige Erfüllung eines Widerrufsgrundes stellte sich den Gerichten bisher nicht.

<sup>105</sup> Urteil des Kantonsgericht Basel-Landschaft 810 19 335 vom 10. Juni 2020, E. 2.3.

nach der hier vertretenen Ansicht nicht nötig bzw. auf dem «ordentlichen Weg» im Rahmen der Verhältnismässigkeit vorzunehmen.

## 2.5. Rechtsfolgen der Rückstufung

### 2.5.1. Integrationsvereinbarungen/-empfehlungen

[36] Die wichtigste Rechtsfolge, die auch von Beginn an das vorrangige Ziel der Einführung der Rückstufung war, ist wohl die Tatsache, dass die Aufenthaltsbewilligung im Gegensatz zur Niederlassungsbewilligung mit Bedingungen verknüpft werden kann, welche die ausländischen Personen rechtsverbindlich dazu verpflichten, ihre Integration im Sinne der Integrationskriterien zu verbessern, ansonsten sie ausländerrechtliche Massnahmen zu befürchten haben.<sup>106</sup>

[37] Gemäss Art. 62a VZAE kann die Verfügung über den Widerruf der Niederlassungsbewilligung und deren Ersetzung durch eine Aufenthaltsbewilligung mit einer Integrationsvereinbarung oder Integrationsempfehlung nach Art. 58b AIG verbunden werden. Integrationsvereinbarungen halten gemäss Art. 58b AIG die Ziele, Massnahmen und Fristen einer individuell vereinbarten Integrationsförderung fest. Daraus soll für die ausländische Person klar werden, welche Beiträge von ihr im Hinblick auf die Integration erwartet werden.<sup>107</sup> Zielsetzungen einer solchen Integrationsvereinbarung oder -empfehlung können der Erwerb von Sprachkenntnissen, die schulische, berufliche oder wirtschaftliche Integration oder der Erwerb von Kenntnissen über die Lebensbedingungen und die Rechtsordnung in der Schweiz sein (Art. 58b Abs. 2 AIG). Die Vereinbarung muss der ausländischen Person klar machen, welche Beiträge von ihr in Bezug auf die Integration verlangt werden.<sup>108</sup> Zu Beginn unklar war, ob es sich bei der Integrationsvereinbarung um einen verwaltungsrechtlichen Vertrag oder um eine Verfügung handelt, wobei die Lehre schliesslich mehrheitlich zum Schluss kam, dass es sich aufgrund der hoheitlichen Anordnung durch die Behörde und der fehlenden Mitbestimmungsmöglichkeit der Ausländerinnen und Ausländer um eine Verfügung resp. um ein verfügungsähnliches Konstrukt handelt.<sup>109</sup> Die Nichteinhaltung einer Integrationsvereinbarung ohne entschuldbaren Grund gilt sodann als Widerrufsgrund nach Art. 62 Abs. 1 lit. g AIG, womit der Verpflichtung zur Integration der nötige Nachdruck verliehen werden soll. In Art. 77g Abs. 5 VZAE wird konkretisiert, dass bei unentschuldigter Nichteinhaltung der Integrationsvereinbarung für die Verlängerung oder den Widerruf einer Bewilligung trotzdem das öffentliche Interesse sowie die persönlichen Verhältnisse abzuwägen sind, was keine über den Verhältnismässigkeitsgrundsatz hinausgehende Bedeutung hat, aber dennoch durch die explizite gesetzliche Normierung darauf hindeutet, dass in Fällen der Nichteinhaltung einer Vereinbarung ein besonderes Augenmerk auf die Verhältnismässigkeit gelegt werden soll.<sup>110</sup>

---

<sup>106</sup> HUNZIKER, HandKomm (Fn. 20), N 44 zu Art. 62 AuG.

<sup>107</sup> Botschaft AIG (Fn. 41), S. 2430.

<sup>108</sup> Ebd.

<sup>109</sup> Vgl. ACHERMANN ALBERTO, Integrationsverpflichtungen, in: Achermann Alberto et al. (Hrsg.), Jahrbuch für Migrationsrecht 2006/2007, Bern 2007, S. 122 ff.; CAMPISI (Fn. 17), S. 141 ff.

<sup>110</sup> Vgl. OFK-SPESCHA (Fn. 6), N 13 und N 17 zu Art. 62 AIG, wonach die Nichterfüllung einer Bedingung oder Integrationsvereinbarung ohne Vorliegen weiterer Widerrufsgründe in Anbetracht der geringen öffentlichen Interessen und der Tragweite einer Wegweisung nur in seltenen Fällen tatsächlich zu einem Widerruf der Bewilligung führen dürfte, zumal sich der Widerruf immer als verhältnismässig erweisen muss.

[38] Für Angehörige der EU-/EFTA-Staaten sowie für Ehegatten von Schweizerinnen und Schweizern ist lediglich eine Integrationsempfehlung möglich (Art. 58b Abs. 4 AIG), die nicht verpflichtend ist und deren Nichteinhaltung nicht zu einem Widerruf der Bewilligung führen kann.<sup>111</sup> Gleiches gilt für Flüchtlinge, die einen rechtlichen Anspruch auf Verbleib in der Schweiz haben (Art. 60 AsylG).<sup>112</sup>

### 2.5.2. Bedingungen/Erwartungen

[39] Wird die Rückstufung nicht mit einer Integrationsvereinbarung verbunden, so muss die Verfügung mindestens folgende Elemente enthalten: Die Integrationskriterien, die die Ausländerin oder der Ausländer nicht erfüllt hat (lit. a), die Gültigkeitsdauer der Aufenthaltsbewilligung (lit. b), die Bedingungen, an die der weitere Verbleib in der Schweiz geknüpft wird (lit. c) und die Folgen für den Aufenthalt in der Schweiz, wenn die Bedingungen nach Buchstabe c nicht eingehalten werden (lit. d). Wird keine Integrationsvereinbarung abgeschlossen, so wird die Rückstufung also auf jeden Fall mit Bedingungen im Sinne von Art. 33 Abs. 2 AIG verknüpft. Auch die Nichterfüllung von Bedingungen kann nach Art. 62 Abs. 1 lit. d AIG zum Widerruf der Aufenthaltsbewilligung führen, weshalb es bezüglich Rechtsfolgen praktisch keinen Unterschied zwischen einer Integrationsvereinbarung und dem Auferlegen von Bedingungen gibt. In der Praxis dürften öfter Bedingungen verfügt werden, da deren Anordnung weniger administrativen Aufwand mit sich bringt.

[40] Fraglich ist, ob und inwiefern im Bereich der Integrationskriterien sinnvolle Bedingungen auferlegt werden können. Während es für die Fälle der Schuldenwirtschaft oder der ungenügenden wirtschaftlichen Integration noch logisch anmutet, von den betroffenen Personen die Aufnahme einer existenzsichernden Erwerbstätigkeit zu verlangen, bereitet die Formulierung von Bedingungen für das Erreichen einer Respektierung der Werte der Bundesverfassung schon grössere Schwierigkeiten. Abgesehen von der Schwierigkeit, in diesem Bereich Bedingungen zu formulieren und diese zu überprüfen, ist es kaum vorstellbar, wie derartige Bedingungen ausgestaltet werden sollen, ohne in das «Denken und Fühlen» der ausländischen Personen einzugreifen. Besteht der Vorwurf betreffend Nichtrespektierung der Werte der Bundesverfassung beispielsweise darin, dass aufgrund einer religiösen Überzeugung Frauen nicht die Hand gegeben wird, gilt die Bedingung dann als erfüllt, wenn der betroffene Ausländer in der Folge den weiblichen Mitmenschen den Handschlag nicht mehr verweigert, obwohl klar sein dürfte, dass sich dadurch seine innere Einstellung nicht geändert hat? Wenn ja, stellt sich die Frage, was die Erfüllung dieser Bedingung für einen Mehrwert bringen soll, und wenn nein, ist fraglich, inwiefern vom Betroffenen eine über die Verhaltensweise hinausgehende Gesinnungswandlung verlangt werden darf und wie eine solche überprüft werden soll. Die Auferlegung von Bedingungen in diesem Rahmen muss durchaus kritisch betrachtet werden und sollte nur sehr restriktive Anwendung finden.

---

<sup>111</sup> Für EU/EFTA-Bürger ergibt sich die Unzulässigkeit von Integrationsverpflichtungen aus dem Diskriminierungsverbot (Art. 9 und 15 Anh. I FZA), wonach die Schaffung von Integrationsverpflichtungen nur möglich wäre, wenn diese auch für Schweizerinnen und Schweizer gelten würden; vgl. auch CAMPISI (Fn. 17), S. 151.

<sup>112</sup> Empfehlungen des Bundesamts für Migration BFM (heute: SEM) zur Anwendung von Integrationsvereinbarungen vom Dezember 2007, S.2 (abrufbar unter <https://www.sem.admin.ch/sem/de/home/aktuell/news/2008/2008-01-22.html>); Weisungen AIG (Fn. 42), S. 52.

[41] Die Aufenthaltsbewilligung EU/EFTA kann hingegen nicht an Bedingungen geknüpft werden,<sup>113</sup> weshalb hier lediglich von «Erwartungen» die Rede ist. Aufgrund der völkerrechtlichen Ansprüche der Familienangehörigen von Schweizerinnen und Schweizern sowie von Flüchtlingen<sup>114</sup> können auch die Aufenthaltsbewilligungen dieser Personengruppen nicht mit rechtsverbindlichen Bedingungen verknüpft werden; auch von ihnen wird ein entsprechendes Verhalten lediglich «erwartet», was zur Folge hat, dass diese Bewilligungen auch nicht infolge Nichteinhaltung einer Bedingung widerrufen werden können.<sup>115</sup>

### 2.5.3. Weitere Rechtsfolgen

[42] Abgesehen von der vorgeschriebenen Anknüpfung der ersatzweise erteilten Aufenthaltsbewilligung an Integrationsvereinbarungen/Bedingungen führt die Rückstufung zu einer substantiellen Verschlechterung der Rechtsposition für ausländische Personen.<sup>116</sup> Die Nichterfüllung der auferlegten Bedingungen/Integrationsvereinbarungen kann u.U. zu einem Widerruf der Bewilligung und zu einer Wegweisung aus der Schweiz führen (Art. 62 Abs. 1 lit. d und g AIG). Unter welchen Umständen ein solcher Widerruf tatsächlich als gerechtfertigt erscheint, wird zu einem späteren Zeitpunkt zu sehen sein, wichtig ist lediglich, dass die Voraussetzungen für eine aufenthaltsbeendende Massnahme bei Vorliegen einer Aufenthaltsbewilligung weniger streng sind als bei einer Niederlassungsbewilligung, sodass die Sicherheit der Anwesenheitsberechtigung massgeblich reduziert wird.<sup>117</sup> Hinzu kommt, dass für Jahresaufenthalter kein Anspruch auf Familiennachzug besteht,<sup>118</sup> die Anforderungen für einen Kantonswechsel höher sind<sup>119</sup> und dass eine Aufrechterhaltung der Bewilligung, die bei der Niederlassungsbewilligung gewährt werden kann (Art. 61 Abs. 2 AIG),<sup>120</sup> nicht mehr möglich ist.<sup>121</sup> Ganz allgemein geht also die Rückstufung, trotz geringerer Eingriffsintensität im Vergleich zur Wegweisung, mit einer «empfindlichen Statusverschlechterung» für die betroffenen Personen einher.<sup>122</sup> Bei der Prüfung der Verhältnismässigkeit einer Rückstufung kann demnach nicht pauschal darauf verwiesen werden, dass die privaten Interessen an der Beibehaltung der Niederlassungsbewilligung gering seien, weil keine Aufenthaltsbeendigung im Raum stehe,<sup>123</sup> weil der Aufenthalt zumindest mittelbar betroffen

---

<sup>113</sup> Vgl. Art. 58b AIG; Weisungen AIG (Fn. 42), S. 52 und 190; Botschaft AIG (Fn. 41), S. 2430.

<sup>114</sup> Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens gem. Art. 8 EMRK und Non-Refoulement-Gebot gem. Art. 3 EMRK und Art. 33 FK.

<sup>115</sup> Weisungen AIG (Fn. 42), S. 52 und 190; Botschaft AIG (Fn. 41), S. 2430.

<sup>116</sup> Urteil des Verwaltungsgerichts Aargau, WBE.2020.8 vom 7. Juli 2020, E. 5.3.2.2.

<sup>117</sup> Ebd.

<sup>118</sup> Bei Art. 44 AIG handelt es sich um einen Ermessensentscheid. Auch aus Art. 8 EMRK lässt sich in der Regel kein Anspruch auf Familiennachzug ableiten, da kein gefestigtes Aufenthaltsrecht vorliegt: vgl. CARONI/SCHNEIDER/PREISIG/ZOETEWIJ (Fn. 1), S. 228; SPESCHA/BOLZLI/DE WECK/PRIULI (Fn. 1), S. 291. Vgl. für mögliche Ansprüche nach EMRK: Code annoté, BESSON/KLEBER (Fn. 25), N 22 f. zu Art. 8 EMRK; OFK-SPESCHA (Fn. 26), N 4 zu Art. 44 AIG.

<sup>119</sup> Gem. Art. 37 Abs. 2 AIG ist ein Kantonswechsel nur möglich, wenn keine Widerrufsründe gem. Art. 62 AIG vorliegen und die betroffene Person nicht arbeitslos ist.

<sup>120</sup> Vgl. zur Aufrechterhaltung der Niederlassungsbewilligung: OFK-SPESCHA (Fn. 26), N 8 zu Art. 61 AIG.

<sup>121</sup> Urteil des Verwaltungsgerichts Aargau, WBE.2020.8 vom 7. Juli 2020, E. 5.3.2.2.

<sup>122</sup> Urteil des Verwaltungsgerichts Zürich, VB.2020.539 vom 16. Dezember 2020, E. 4.2.6.

<sup>123</sup> Das Verwaltungsgericht Solothurn erachtete eine Wegweisung einer ausländischen Person als unverhältnismässig und stellte daraufhin ohne eingehende Verhältnismässigkeitsprüfung fest, dass sich eine Rückstufung als «mildere Massnahme» ohne Weiteres als verhältnismässig erweise, weil hier keine Aufenthaltsbeendigung im Raum stand, Urteil VWBES.2019.448 vom 17. Juli 2020, E. 9. Auch das Verwaltungsgericht Zürich beschränkte sich in einzelnen

sein kann (schwächerer Schutz vor Wegweisung für Jahresaufenthalter) und auch die anderweitigen Schwächungen der Rechtsstellung zu berücksichtigen sind.<sup>124</sup> Nicht zu vernachlässigen sind zudem allfällige emotionale Folgen einer Rückstufung, da sich vor allem in der Schweiz geborene Ausländerinnen und Ausländer oftmals als «Schweizer» fühlen, weshalb der Widerruf der Niederlassungsbewilligung für sie eine besondere Härte mit sich bringen kann.

## 2.6. Voraussetzung eines Widerrufsgrundes

### 2.6.1. Vorbemerkungen

[43] Bisher wurde lediglich festgestellt, dass für die Anordnung der Rückstufung eine Nichterfüllung der Integrationskriterien vorausgesetzt wird. Teile der Lehre, insbesondere SPESCHA, sprechen sich jedoch dafür aus, dass eine Rückstufung nur dann zulässig sein soll, wenn neben dem Vorliegen eines Integrationsdefizits nach Art. 58a AIG zusätzlich ein Widerrufsgrund nach Art. 63 Abs. 1 AIG verwirklicht wurde.<sup>125</sup> Begründet wird dieses Vorbringen damit, dass die Anknüpfung der Niederlassungsbewilligung an die Erfüllung der Integrationskriterien systemwidrig sei, weil die Niederlassungsbewilligung bedingungsfeindlich erteilt werde und sie nur unter den strengen Voraussetzungen von Art. 63 Abs 1 AIG widerrufen werden könne. Sowohl das Kantonsgericht Basel-Landschaft als auch das Verwaltungsgericht des Kanton Solothurn haben die Ansicht SPESCHAS übernommen.<sup>126</sup> Auch der Bundesrat bezeichnete das neue Rechtsinstrument bei dessen Einführung in seiner Stellungnahme aufgrund der Bedingungsfeindlichkeit der Niederlassungsbewilligung als systemwidrig.<sup>127</sup> Hinzu kommt das bereits durch Bundesrätin Sommaruga im Rahmen der Ratsdebatten vorgebrachte, jedoch weitgehend ignorierte Argument, dass mittels Rückstufung und einem anschliessenden Widerruf der Aufenthaltsbewilligung die Voraussetzungen nach Art. 63 Abs. 1 AIG umgangen werden könnten,<sup>128</sup> weshalb von Vornherein auch für die Rückstufung ein Widerrufsgrund nach Art. 63 Abs. 1 AIG vorausgesetzt werden sollte. In der Folge wird zunächst das Argument der Systemwidrigkeit beleuchtet, um danach auf die Frage einzugehen, ob allenfalls die Voraussetzung eines Widerrufsgrundes für die Rückstufung statuiert werden muss, damit durch die Rückstufungsbestimmungen kein Umgehungstatbestand für den Widerruf der Niederlassungsbewilligung geschaffen wird.

### 2.6.2. Systemwidrigkeit

[44] Angesichts der bisher fehlenden höchstrichterlichen Rechtsprechung und der erst marginalen Lehre zu der soeben beschriebenen Fragestellung erweist sich eine ausführliche Auslegung

---

Entscheiden auf sehr pauschale Ausführungen zur Verhältnismässigkeit der Rückstufung: Urteil VB.2020.00634 vom 11. November 2020, E. 4.3.4. Nach der hier vertretenen Ansicht wäre auch für die Anordnung der Rückstufung eine eigene Verhältnismässigkeitsprüfung angezeigt gewesen.

<sup>124</sup> So berücksichtige das Verwaltungsgericht Zürich im Rahmen der Verhältnismässigkeitsprüfung auch die Tatsache, dass für die zurückgestuften Personen kein Familiennachzug anstehe, der ein gewichtiges privates Interesse hätte darstellen können, vgl. Urteil VB.2020.00539 vom 16. Dezember 2020, E. 4.2.6.

<sup>125</sup> OFK-SPESCHA (Fn. 26), N 23 zu Art. 63 AIG.

<sup>126</sup> Urteile des Kantonsgerichts Basel-Landschaft vom 10. Juni 2020, 810 19 290, E. 5.1 und vom 10. Juni 2020, 810 19 335, E. 4.1; Urteil des Verwaltungsgerichts Solothurn vom 17. Juli 2020, VWBES.2019.448, E. 5.2.

<sup>127</sup> Bericht AIG (Fn. 10), S. 13; Zusatzbotschaft (Fn. 10), S. 2834.

<sup>128</sup> Votum Simonetta Sommaruga, AB SR 2016, S. 969.

der Bestimmung von Art. 63 Abs. 2 AIG als angebracht. Für die Auslegung werden die grammatikalische, die historische, die zeitgemässe, die systematische und die teleologische Methode beigezogen.<sup>129</sup> Bei der Auslegung einer Norm verfolgt das Bundesgericht einen pragmatischen Methodenpluralismus, der keiner Methode einen grundsätzlichen Vorrang gibt.<sup>130</sup> Trotzdem ist der Wortlaut einer Bestimmung der Ausgangspunkt der Auslegung, von ihm soll grundsätzlich nur abgewichen werden, wenn triftige Gründe für die Annahme vorliegen, dass der scheinbar klare Wortlaut nicht dem wahren Sinn der Bestimmung entspricht.<sup>131</sup>

### 2.6.2.1. Grammatikalische Auslegung

[45] Art. 63 Abs. 2 AIG lautet: «Die Niederlassungsbewilligung kann widerrufen und durch eine Aufenthaltsbewilligung ersetzt werden, wenn die Integrationskriterien nach Art. 58a AIG nicht erfüllt sind». Der Wortlaut ist in dieser Hinsicht klar: Ein Widerruf der Niederlassungsbewilligung soll möglich sein, wenn die Integrationskriterien nicht erfüllt sind. In diesem Fall soll der Widerruf sodann keine Wegweisung aus der Schweiz zur Folge haben, sondern die Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung. Dieser Wortlaut lässt sich ohne Weiteres mit der gängigen Praxis zum verwaltungsrechtlichen Widerruf vereinbaren. Der Widerruf einer Bewilligung ist grundsätzlich dann möglich, wenn er spezialgesetzlich vorgesehen ist oder wenn das Interesse an der richtigen Rechtsanwendung das private Interesse am Vertrauensschutz überwiegt.<sup>132</sup> Art. 63 Abs. 2 AIG stellt in diesem Zusammenhang eine gesetzliche Grundlage für den Widerruf einer Bewilligung dar und knüpft diese klar an das Erfüllen der Integrationskriterien und an keine weiteren Voraussetzungen an.<sup>133</sup> Es stellt sich nun die Frage, ob es triftige Gründe gibt, von diesem Wortlaut abzuweichen.

### 2.6.2.2. Historische Auslegung

[46] Der Werdegang der Rückstufung wurde oben bereits ausgeführt. Ziel der Initiative war es, ein weiteres, vom Widerruf der Niederlassungsbewilligung nach Art. 63 Abs. 1 AIG unabhängiges, Rechtsinstrument zu schaffen, welches dann zur Anwendung kommt, wenn sich ausländische Personen gerade nicht derart schwerwiegend fehlverhalten, als dass ein Widerruf samt Wegweisung möglich ist, sondern wenn lediglich ein Integrationsdefizit besteht, welches dennoch im Sinne eines oder mehrerer öffentlicher Interessen zu beheben ist. Die Rückstufung sollte demnach vor allem präventiven Charakter haben.<sup>134</sup> Im Rahmen des Gesetzgebungsprozesses wurde die Möglichkeit, dass eine Rückstufung auch dann möglich sein würde, wenn ein Widerrufsgrund gemäss Art. 63 Abs. 1 AIG erfüllt ist, sich dieser Widerruf jedoch als unverhältnismässig erweist, gar nicht bedacht. Allein aus dieser Feststellung lässt sich *e contrario* die logische Konsequenz ab-

---

<sup>129</sup> Für eine ausführliche Darstellung der einzelnen Methoden vgl. RHINOW/SCHEFER/UEBERSAX (Fn. 68), S. 100 ff.

<sup>130</sup> BGE 141 V 642 E. 4.2; BGE 140 V 538 E. 4.3; BGE 142 V 299; E. 5.1; vgl. auch HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (Fn. 6), S. 41.

<sup>131</sup> BGE 140 II 289 E. 3.2; BGE 140 II 129 E. 3.2; BGE 141 II 262 E. 4.2.

<sup>132</sup> TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER (Fn. 23), S. 311.

<sup>133</sup> Zum gleichen grammatikalischen Auslegungsergebnis kommen sowohl das Bundesgericht in den Urteilen 2C\_782/2019 vom 10. Februar 2020, E. 3.3.4; 2C\_450/2019 vom 5. September 2019, E. 5.3 und 2C\_945/2019 vom 14. Januar 2020, E. 3.3.3 sowie das Verwaltungsgericht des Kantons Zürich in VB.2020.00252, E. 3.1.

<sup>134</sup> Vgl. für die geschichtliche Entwicklung der Rückstufung oben, V.1; vgl. auch Weisungen AIG (Fn. 42), S. 190.

leiten, dass es aus historischer Sicht nicht möglich ist, dass das Vorliegen eines Widerrufsgrundes für die Anordnung einer Rückstufung vorausgesetzt wird, zumal die Möglichkeit einer Rückstufung beim Vorliegen eines Widerrufsgrundes gerade nicht bedacht wurde.

[47] Hinzu kommt die Tatsache, dass sich das Parlament über die Voten des Bundesrates und einzelner Parlamentarier, welche die Rückstufung als systemwidrig erachteten, explizit hinwegsetzte, was wiederum nur den Schluss zulässt, dass der Gesetzgeber die Rückstufung bewusst nur vom Vorliegen eines Integrationsdefizits abhängig machen wollte, wobei übersehen wurde, dass in gewissen Fällen ohnehin bereits ein Widerrufsgrund vorliegt. Der Gesetzgeber wollte durch den Erlass der Rückstufungsbestimmungen bewusst die Sicherheit betreffend Aufenthaltsstatus reduzieren, und damit dem Argument, dass die Niederlassungsbewilligung für «Einheimische ohne Schweizer Pass» erteilt werde, weniger Gewicht zukommen lassen. Dass Rechtsvorstellungen und Wertungen nicht in Stein gemeisselt sind und sich im Laufe der Zeit verändern, ist durchaus möglich, weshalb nicht unter Berufung auf frühere Vorstellungen argumentiert werden kann, dass die neuen Ansichten systemwidrig seien, wenn bewusst eine neue Wertung vorgenommen wurde.

#### **2.6.2.3. Teleologische Auslegung**

[48] Auch über Sinn und Zweck der Rückstufung wurde bereits berichtet.<sup>135</sup> Zweck der Rückstufung soll sein, die Integration von Personen zu fördern, bei denen davon ausgegangen wird, dass sie sich weiterhin für lange Zeit in der Schweiz aufhalten werden und die öffentlichen Interessen deshalb dauerhaft in Gefahr sind und geschützt werden sollen. Diese Zweckbestimmung macht eine Anbindung der Rückstufung an einen Widerrufsgrund nicht erforderlich, da gerade keine Wegweisung im Vordergrund stand, weshalb auch aus teleologischer Sicht das Vorliegen eines Widerrufsgrundes nicht als Notwendigkeit erachtet werden sollte.

#### **2.6.2.4. Systematische Auslegung**

[49] Bei diesem Auslegungselement geht es darum, eine Bestimmung in eine Beziehung zu anderen Bestimmungen des gleichen Gesetzes oder anderer Erlasse zu setzen.<sup>136</sup> Hierzu gehört auch die Auslegung im Sinne von höherrangigem Recht, also die verfassungs- und/oder völkerrechtskonforme Auslegung.<sup>137</sup> Die Bestimmung über die Rückstufung ist eingebettet in die Norm zum Widerruf der Niederlassungsbewilligung. Während der Widerruf der Niederlassungsbewilligung nach Abs. 1 in der Regel auch die Wegweisung der ausländischen Person zum Ziel hat bzw. als unausweichliche Folge nach sich zieht, sagt Abs. 2 hingegen deutlich, dass in jedem Fall eine Aufenthaltsbewilligung zu erteilen ist. Ferner werden in Abs. 1 und 2 ganz andere Voraussetzungen für den jeweiligen Widerruf statuiert, gerade weil diese auch jeweils andere Folgen mit sich bringen. Die Systematik dieses Artikels deutet darauf hin, dass es sich um zwei völlig unterschiedliche und voneinander unabhängige Rechtsinstrumente handeln soll.<sup>138</sup> Durch die Trennung dieser beiden

---

<sup>135</sup> S. oben, 2.1.

<sup>136</sup> RHINOW/SCHEFER/UEBERSAX (Fn. 68), S. 103.

<sup>137</sup> HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (Fn. 6), S. 46 f.

<sup>138</sup> Weisungen AIG (FN. 42), S. 190; vgl. auch Urteil des Verwaltungsgerichts Aargau WBE.2020.8 vom 7. Juli 2020, E. 2.4.2

Absätze und die klare Formulierung *anderer*, und eben gerade nicht *zusätzlicher* Widerrufsgründe, wird deutlich, dass die Rückstufung nicht vom Vorliegen eines Widerrufsgrundes abhängig ist.

[50] Anders verhält es sich bei einer ganzheitlichen Betrachtung des Ausländer- und Integrationsgesetzes. Gemäss Art. 34 Abs. 1 AIG wird die Niederlassungsbewilligung unbefristet und ohne Bedingungen erteilt. Für das erste Merkmal stellt die Möglichkeit der Rückstufung keine neue Problematik dar; die Niederlassungsbewilligung wird noch immer unbefristet erteilt.<sup>139</sup> Die Anknüpfung der Beibehaltung der Niederlassungsbewilligung an die Integrationskriterien könnte jedoch der Rechtsnatur der Niederlassungsbewilligung als bedingungsfeindliche Bewilligung widersprechen, wie dies von SPESCHA<sup>140</sup> und vom Bundesrat<sup>141</sup> postuliert wird.

[51] Eine Bedingung im verwaltungsrechtlichen Sinne liegt vor, wenn die Rechtswirkung einer Verfügung von einem künftigen, ungewissen Ereignis abhängig gemacht wird.<sup>142</sup> Bei der sog. Resolutivbedingung endet die Rechtswirksamkeit einer Verfügung mit Eintritt der Bedingung.<sup>143</sup> Bei der vorliegenden Problematik wird nun also bei der Erteilung der Niederlassungsbewilligung deren Beibehaltung davon abhängig gemacht, ob die ausländische Person *in Zukunft* nicht gegen die öffentliche Sicherheit und Ordnung verstösst, am Wirtschaftsleben teilnimmt, über die notwendigen Sprachkompetenzen verfügt und die Werte der Bundesverfassung respektiert. Bei diesen Kriterien handelt es sich (ausser bei den Sprachkompetenzen, deren Verlust im Laufe der Zeit eher unwahrscheinlich ist) um Kriterien, die sich mit zunehmenden Zeitablauf – sowohl negativ wie auch positiv – verändern können und deren zukünftige Erfüllung im Zeitpunkt der Erteilung der Niederlassungsbewilligung deshalb ungewiss ist. Auf den ersten Blick erscheint es also tatsächlich so, als ob mit der Anknüpfung der Niederlassungsbewilligung an die Integrationskriterien eine Bedingung auferlegt würde, was mit der Rechtsnatur der Niederlassungsbewilligung in Konflikt stehen würde.

[52] Dabei wird jedoch ausser Acht gelassen, dass es sich bei der Erfüllung der Integrationskriterien rein dogmatisch nicht um eine Bedingung im verwaltungsrechtlichen Sinne handelt. Bei einer Bedingung wird die *Rechtswirksamkeit* einer Verfügung von einem ungewissen, zukünftigen Ereignis abhängig gemacht. Die Rechtswirksamkeit der Bewilligung wird jedoch durch die Nichterfüllung der Integrationskriterien nicht tangiert. Die Bewilligung behält ihre Gültigkeit ohnehin zumindest bis zum Zeitpunkt des Widerrufs durch die Migrationsbehörde, wobei es sich um einen Ermessensentscheid der Behörde handelt, der zudem verhältnismässig sein muss; das heisst, dass die Niederlassungsbewilligung die Rechtswirksamkeit nicht automatisch verliert, sobald die Integrationskriterien nicht erfüllt sind.<sup>144</sup> Es steht den Behörden frei, die Niederlassungsbewilligung trotz Nichterfüllung der Kriterien zu belassen, weshalb es sich nicht um eine eigentliche «Bedingung im verwaltungsrechtlichen Sinne» handelt und sich die Rückstufung so-

---

<sup>139</sup> Beachte hierbei jedoch die Problematik, dass eine systematische Kontrolle im Endeffekt einer Befristung gleichkommen kann, s. oben, 3.2.4.

<sup>140</sup> OFK-SPESCHA (Fn. 26), N 23 zu Art. 63 AIG.

<sup>141</sup> Zusatzbotschaft AIG (Fn. 10), S. 2835.

<sup>142</sup> HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (Fn. 6), S. 206.

<sup>143</sup> Ebd.

<sup>144</sup> Vgl. auch Code annoté, GONIN (Fn. 25), N 5 zu Art. 62 AuG, wonach die Aufenthaltsbewilligung bei Vorliegen eines Widerrufsgrundes nicht *ipso iure* widerrufen wird, sondern die zuständige Behörde lediglich die entsprechende Möglichkeit eines Widerrufs hat.

mit rein dogmatisch nicht im Widerspruch zu Art. 34 Abs. 1 AIG befindet.<sup>145</sup> Gleich verhält es sich nämlich auch mit den Widerrufsgründen nach Art. 63 Abs. 1 AIG. Auch wenn die Niederlassungsbewilligung bedingungsfeindlich ausgestaltet ist, so stand sie doch schon immer unter der «Bedingung», dass die ausländische Person nicht erheblich oder wiederholt gegen die öffentliche Sicherheit und Ordnung verstösst oder nicht in erheblichem Mass auf Sozialhilfe angewiesen ist. Auch hier handelt es sich um ungewisse, in der Zukunft liegende Ereignisse, die zu einem Verlust der Bewilligung führen *können*. Die Rückstufung unterscheidet sich zwar in den Voraussetzungen (und dafür auch in den Folgen) von einem Widerruf nach Abs. 1, jedoch nicht in der Tatsache, dass es sich um einen spezialgesetzlich vorgesehenen Widerruf handelt, wie dies bereits unter dem alten Recht unter anderen Voraussetzungen vorgesehen war, wobei sich die Frage bezüglich Vereinbarkeit mit der Rechtsnatur der Niederlassungsbewilligung nicht stellte. Dem Gesagten nach ist die Rückstufung als Bestandteil des AIG nicht als systemwidrig zu erachten.

[53] Die Rückstufung tangiert sodann keine verfassungs- oder völkerrechtlichen Aufenthalts- oder Verbleiberechte, da sich die betroffenen Personen weiterhin in der Schweiz aufhalten können. Zu einem späteren Zeitpunkt noch zu klären sein wird die Frage, ob in gewissen Fällen ein Anspruch auf Erteilung der Niederlassungsbewilligung besteht, der durch eine Rückstufung allenfalls beschnitten werden könnte.

#### **2.6.2.5. Zwischenfazit**

[54] Mit der Anknüpfung der Niederlassungsbewilligung an die Erfüllung der Integrationskriterien wurden keine Bedingungen, sondern lediglich neue, weniger strenge Widerrufsgründe geschaffen. Diese Widerrufsgründe sind mit den allgemeinen verwaltungsrechtlichen Voraussetzungen für den Widerruf einer Bewilligung zu vereinbaren, zumal sie gesetzlich vorgesehen sind. Die geringere Schwere der Widerrufsgründe ist zudem dadurch gerechtfertigt, dass auch die Rechtsfolgen weniger invasiv sind und gerade keine Wegweisung im Raum steht. Eine umfassende Auslegung der Bestimmung von Art. 63 Abs. 2 AIG kann deshalb zu keinem anderen Schluss kommen, als dass das Vorliegen eines Widerrufsgrundes aus gesetzessystematischer Sicht keine Voraussetzung für die Rückstufung ist.

### **2.6.3. Umgehung von Art. 63 Abs. 1 AIG?**

#### **2.6.3.1. Ausgangslage**

[55] Die Anknüpfung der Niederlassungsbewilligung an die Erfüllung der Integrationskriterien stellt also keine Bedingung im verwaltungsrechtlichen Sinne dar und steht deshalb nicht im Widerspruch zur Rechtsnatur der Niederlassungsbewilligung, weshalb zumindest aus diesem Grund das Vorliegen eines Widerrufsgrundes nach Art. 63 Abs. 1 AIG keine Voraussetzung

---

<sup>145</sup> Gl.M. MARTIN-KÜTTEL RAHEL, Zweckbindung der Aufenthaltsbewilligung erwerbstätiger Drittstaatsangehöriger, Diss. Zürich 2006, S. 59f, wo bereits die Bezeichnung als «Bedingung» i.S.v. Art. 33 AIG als untechnisch erachtet wird, weil die Bewilligung nicht bereits bei der Nichterfüllung der Bedingung aufgehoben wird, sondern erst mit einer allfälligen Verfügung, die im Ermessen der Behörden steht, weshalb anstelle von Bedingungen vielmehr von Auflagen die Rede sein soll, sofern die Erfüllung der Auflage im Einflussbereich der betroffenen Person steht; vgl. auch PFANNER TONI, Die Jahresaufenthaltsbewilligung des erwerbstätigen Ausländers: Voraussetzungen, Inhalt, Beendigung und Rechtsschutz, Diss. St. Gallen 1984, S. 143 f. und 193 f.

für die Rückstufung sein kann. Noch nicht geklärt ist dadurch jedoch, ob es allenfalls andere Argumente gibt, die für das Erfordernis des Widerrufsgrundes sprechen.

[56] Wie bereits festgestellt, muss die ersatzweise erteilte Aufenthaltsbewilligung entweder mit einer Integrationsvereinbarung oder mit Bedingungen verbunden werden, an die der weitere Aufenthalt in der Schweiz geknüpft wird (Art. 62a Abs. 1 und Abs. 2 lit. c VZAE). Aufenthaltsbewilligungen können zudem bekanntermassen widerrufen werden, wenn Bedingungen oder Integrationsvereinbarungen nicht eingehalten werden (Art. 62 Abs. 1 lit. g AIG). Durch die Formulierung in Art. 62 Abs. 2 lit. c VZAE («Bedingungen, an die der weitere Aufenthalt in der Schweiz geknüpft wird») und den Verweis auf Art. 33 Abs. 2 AIG impliziert das Gesetz sodann zugleich, dass der Verbleib in der Schweiz bei Nichteinhaltung der Bedingungen tatsächlich nicht mehr gewährleistet sein soll.

[57] Das Gesetz sieht also vor, dass eine Niederlassungsbewilligung allein wegen eines Integrationsdefizits im Sinne von Art. 58a AIG widerrufen und durch eine Aufenthaltsbewilligung ersetzt werden kann, und diese Aufenthaltsbewilligung im Anschluss gestützt auf die Tatbestandsvariante der nichterfüllten Bedingung oder Integrationsvereinbarung wiederum widerrufen werden kann.<sup>146</sup> Auf diese Weise könnten Niedergelassene aus der Schweiz weggewiesen werden, ohne dass sie jemals einen Widerrufsgrund gemäss Art. 63 Abs. 1 AIG gesetzt haben. Dadurch würde eine heikle Umgehung des ordentlichen Widerrufs nach Art. 63 Abs. 1 AIG geschaffen, die zur Folge hätte, dass die Wegweisung einer niedergelassenen Person gar einfacher ist, wenn diese «nur» ein Integrationsdefizit aufweist, als wenn sie einen Widerrufsgrund nach Art. 63 Abs. 1 AIG erfüllt. Diese Umgehungsmöglichkeit wurde zudem von der ursprünglichen Zielsetzung der Rückstufung nicht erfasst, zumal bei den Überlegungen zur Einführung der Rückstufung in erster Linie eine Statusverschlechterung, und nicht eine Statusaufhebung beabsichtigt war. Innerhalb der Ratsdebatte zur Einführung der Rückstufung wurde zwar erwähnt, dass mit der ersatzweise erteilten Aufenthaltsbewilligung Bedingungen verbunden werden können, deren Nichteinhaltung zum Widerruf der Bewilligung führen kann, was den Druck auf integrationsunwillige Personen erhöhen soll.<sup>147</sup> Die Frage, wie mit Personen umgegangen werden soll, deren Bewilligung tatsächlich aufgrund der Nichterfüllung von auferlegten Bedingungen widerrufen werden könnte, wurde lediglich durch Bundesrätin Sommaruga kritisch aufgeworfen,<sup>148</sup> blieb in der Folge jedoch unbeantwortet. Nach der hier vertretenen Ansicht wäre der Beantwortung dieser Frage eine zentrale Bedeutung zugekommen, die bei einer vertieften Auseinandersetzung hätte dazu führen können, dass auf die Einführung der Rückstufung verzichtet, oder diese zumindest noch einmal angepasst worden wäre. Da der Fokus jedoch vor allem auf die «Prävention» und damit lediglich die Statusverschlechterung als Reaktion auf ein Fehlverhalten gelegt wurde, und weniger auf die drohenden Konsequenzen bei der Nichterfüllung auferlegter Bedingungen/abgeschlossener Integrationsvereinbarungen, ignorierte der Gesetzgeber die drohenden Unzulänglichkeiten der Gesetzesbestimmung, weshalb Lehre und Rechtsprechung nun versuchen müssen, diese Konflikte zu lösen.

---

<sup>146</sup> Vgl. hierzu auch GONSETH NOÉMIE/CHATTON GREGOR T., La notion dans la jurisprudence du Tribunal fédéral et du Tribunal administratif fédéral, in: Achermann Alberto et al. (Hrsg.), Jahrbuch für Migrationsrecht 2018/2019, Bern 2019, S. 83 ff., S. 139 f.

<sup>147</sup> Votum Stefan Engler, AB SR 2016 S, 969.

<sup>148</sup> Votum Simonetta Sommaruga, AB SR 2016, S. 969.

### 2.6.3.2. Rechtsprechung und Lehre

[58] Die bisherige Rechtsprechung geht in pauschalisierter Weise davon aus, dass für die Anordnung der Rückstufung kein Widerrufsgrund vorausgesetzt wird, und stützt sich dabei auf eine Auslegung, die zum gleichen Ergebnis kommt wie der vorliegende Aufsatz: Die Systematik des Gesetzes sieht keinen Grund für die Voraussetzung eines Widerrufsgrundes vor.<sup>149</sup> Die bisherige Rechtsprechung aller Gerichte schweigt sich jedoch zur Tatsache aus, dass die ersatzweise erteilte Aufenthaltsbewilligung in der Folge wegen der Nichteinhaltung einer Bedingung/Integrationsvereinbarung entzogen werden kann. Der damit geschaffenen Umgehung von Art. 63 Abs. 1 AIG wird durch die Verwaltungsgerichte nur ungenügend Rechnung getragen. Hinzu kommt, dass sich der pauschale Verzicht auf das Vorliegen eines Widerrufsgrundes in der Praxis insofern auswirken könnte, als dass die kantonalen Migrationsbehörden in Zukunft Wegweisungen ausschliesslich mittels Rückstufung vornehmen, da das Vorgehen weitaus einfacher ist. So muss für die direkte Wegweisung einer der strengen Widerrufsgründe von Art. 63 Abs. 1 AIG vorliegen, während eine Rückstufung zum Beispiel auch «nur» beim Bezug von Ergänzungsleistungen oder einem sprachlichen Defizit möglich ist. Aufgrund der Tatsache, dass die in Folge der Rückstufung erteilten Aufenthaltsbewilligungen in der Regel für ein Jahr erteilt werden, bei der nächsten Verlängerung die Einhaltung der Bedingung überprüft wird, und in den wenigsten Fällen innerhalb eines Jahres tatsächlich alle Bedingungen ausnahmslos erfüllt sein dürften, zumal die betroffenen Personen zuvor teils während Jahren nicht auf eine Integrationsverpflichtung aufmerksam gemacht wurden, könnte eine Wegweisung wegen Nichterfüllung der Bedingungen in der Theorie oftmals möglich sein. Die Anordnung einer Wegweisung gestaltet sich sehr viel einfacher, wenn lediglich eine mangelhafte wirtschaftliche Integration begründet werden muss, und im Anschluss die auferlegte Bedingung (Finden einer Arbeitsstelle innerhalb des ersten Jahres nach Erteilung der Aufenthaltsbewilligung) durch die ausländische Person nicht erfüllt werden konnte, als wenn der strenge Widerrufsgrund des dauerhaften und erheblichen Bezugs von Sozialhilfe belegt werden muss. Es ist logisch, welcher Weg sich mit zunehmendem Zeitablauf als der von den Migrationsbehörden präferierte herausstellen wird.

[59] Diese unerwünschte Umgehungsmöglichkeit könnte entschärft werden, indem für die Anordnung der Rückstufung generell von Beginn weg das Vorliegen eines Widerrufsgrundes nach Art. 63 Abs. 1 AIG als Voraussetzung statuiert würde, so wie dies von SPESCHA postuliert wird.<sup>150</sup> Durch diese Pauschalisierung wird der Eigenheit und der eigentlichen Zielsetzung der Rückstufung jedoch nicht genügend Rechnung getragen. Das Ergebnis der obigen Auslegung der Gesetzesbestimmung<sup>151</sup> fordert zweifellos die Möglichkeit der Rückstufung allein gestützt auf ein Integrationsdefizit, zumal mit der Rückstufung ein Instrument geschaffen werden sollte, mit dem gerade nicht erst beim Vorliegen eines Widerrufsgrundes auf das Fehlverhalten einer ausländischen Person reagiert werden kann.

---

<sup>149</sup> Das Bundesgericht anerkennt, dass für die Rückstufung nach dem «klaren Gesetzeswortlaut» gerade nicht die Widerrufsgründe, sondern die Integrationskriterien massgeblich sein sollen (Urteile 2C\_782/2019 vom 10. Februar 2020 E. 3.3.4; 2C\_450/2019 vom 5. September 2019 E. 5.3; 2C\_58/2019 vom 31. Januar 2020 E. 6.2; 2C\_1040/2019 vom 9. März 2020, E. 6.1. Das Verwaltungsgericht Zürich kommt nach einer vollständigen grammatikalischen, systematischen, historischen und teleologischen Auslegung der Bestimmung zum gleichen Ergebnis, Urteil VB.2020.00305 vom 3. Dezember 2020, E. 3.2.2 ff.

<sup>150</sup> OFK-SPESCHA (Fn. 26), N 23 zu Art. 63 AIG.

<sup>151</sup> Oben, 2.1 ff.

[60] Sowohl der pauschale Verzicht auf einen Widerrufsgrund, als auch die strikte Voraussetzung des Widerrufsgrundes als Voraussetzung für die Rückstufung vermögen als Lösung nicht zu befriedigen, weshalb in der Folge ein anderer, differenzierterer Ansatz vorgeschlagen wird.

### 2.6.3.3. Lösungsansatz

[61] Das soeben beschriebene Spannungsverhältnis kann durch folgende Vorgehensweise aufgelöst werden: Es soll zwischen den zwei bereits bekannten Arten der Rückstufung unterschieden und an die beiden Varianten jeweils andere Rechtsfolgen geknüpft werden.

[62] Bei der Rückstufung inkl. Widerrufsgrund besteht die soeben beschriebene Problematik gar nicht erst, da in diesen Konstellationen ohnehin bereits ein Widerrufsgrund vorliegt. Wird die Niederlassungsbewilligung widerrufen und durch eine Aufenthaltsbewilligung mitsamt Bedingungen ersetzt, und wird diese Aufenthaltsbewilligung in der Folge wegen Nichteinhaltung der Bedingungen widerrufen, so liegt keine unzulässige Umgehung von Art. 63 Abs. 1 AIG vor, da ein entsprechender Widerruf ohnehin bereits möglich gewesen wäre und der betroffenen Person mittels Rückstufung lediglich eine letzte Chance für den weiteren Verbleib in der Schweiz gewährt wurde. Nutzt sie diese Chance nicht, so kann die Bewilligung ohne Weiteres widerrufen werden. Die Nichteinhaltung der mit der Rückstufung verbundenen Bedingungen verschiebt lediglich die Verhältnismässigkeit zu Ungunsten der betroffenen Person, indem sie ihre letzte Chance nicht zu nutzen wusste. Im Endergebnis ist dadurch die Verhältnismässigkeit der Wegweisung, die zu einem früheren Zeitpunkt noch nicht vorlag, nun gegeben. Die von SPESCHA postulierte Voraussetzung des Widerrufsgrundes wäre in diesem Fall also ohnehin erfüllt.

[63] Problematisch ist hingegen die Rückstufung als Reaktion auf ein Integrationsdefizit, da diese nach dem Willen des Gesetzgebers in erster Linie darauf abzielte, integrationsunwillige Personen dazu zu motivieren, ihren Verpflichtungen nachzukommen. In diesen Fällen sollte die Rückstufung also vor allem präventiven Charakter haben.<sup>152</sup> Die Initiative und die Befürworter der Rückstufung im Rahmen der Ratsdebatten gingen davon aus, dass die Statusverschlechterung als Sanktion und die verfügbaren Bedingungen dazu führen, dass sich ausländische Personen nach einer Rückstufung sofort um die Einhaltung der Integrationsvereinbarung/der Bedingungen kümmern und dies auch ohne Weiteres erreichen würden. Primär stand demnach die Absicht im Vordergrund, dass sich die betroffenen wieder im Sinne des Gesetzes wohl verhalten, weil sie dadurch die Niederlassungsbewilligung wiedererlangen können.<sup>153</sup> Die ernsthafte Möglichkeit, dass Aufenthaltsbewilligungen wegen der Nichteinhaltung von Bedingungen/Integrationsvereinbarungen widerrufen werden könnten, wurde nicht behandelt, obwohl das Gesetz diese ganz klar vorsieht. In diesen Fällen liegt das Problem also nicht darin, dass ohne Vorliegen eines Widerrufsgrundes eine andere Bewilligung erteilt wird (die Zulässigkeit dieses Vorgehens wurde bereits bestätigt)<sup>154</sup>, sondern in der sehr einfachen Möglichkeit, die ersatzweise Aufenthaltsbewilligung im Anschluss an die Rückstufung zu entziehen, ohne dass jemals ein Widerrufsgrund für eine Wegweisung vorlag.

---

<sup>152</sup> Vgl. auch Weisungen AIG (Fn. 42), S. 190.

<sup>153</sup> So bezeichnete auch das Verwaltungsgericht Zürich die Rückstufung als neuartige Massnahme, die nicht allein auf Drohungen, sondern auch auf positive Anreize setze, indem der durch die Rückstufung eingebüsste Status bei entsprechender Integrationsleistung wiedererlangt werden könne, VB.2020.00539, vom 16. Dezember 2020, E. 4.2.5 und 4.3.1.

<sup>154</sup> Oben, 2.6.2.5.

[64] Die naheliegendste Lösung wäre es, bereits auf der Tatbestandsebene auf die Möglichkeit des Widerrufs der ersatzweise erteilten Aufenthaltsbewilligung wegen Nichteinhaltung der Bedingungen zu verzichten und so eine Umgehung von Art. 63 Abs. 1 AIG von Beginn an zu verhindern. Damit wird aus dogmatischer Sicht jedoch dem Gesetzeswortlaut insofern widersprochen, als dass dieser davon ausgeht, dass die Aufenthaltsbewilligung wegen Nichterfüllung von Bedingungen widerrufen werden kann und dass die Anordnung der Rückstufung diejenigen Bedingungen enthalten muss, «an die der weitere Verbleib in der Schweiz geknüpft wird», was impliziert, dass der Verbleib bei deren Nichteinhaltung gerade nicht mehr gewährleistet sein soll. Eine derart krasse Abweichung vom Gesetzeswortlauf aus rein teleologischen Gründen ist zumindest fragwürdig.

[65] Deshalb wird hier vorgeschlagen, dass bei der Prüfung des Widerrufs der ersatzweise erteilten Aufenthaltsbewilligung dem Umstand, dass die betroffene Person bis vor Kurzem noch über eine Niederlassungsbewilligung verfügt hatte und der Tatsache, dass die Gefahr einer Umgehung von Art. 63 Abs. 1 AIG besteht, im Rahmen der Verhältnismässigkeit gebührend Rechnung getragen wird. Bei der Interessenabwägung sind die privaten Interessen der betroffenen Person demnach so zu behandeln, als würde sie noch immer über eine Niederlassungsbewilligung verfügen. Unter diesen Umständen wäre ein Widerruf der Aufenthaltsbewilligung alleine wegen der Nichteinhaltung der Bedingungen (zumindest gleich im Anschluss an die Neuerteilung der Aufenthaltsbewilligung), wohl kaum möglich.<sup>155</sup> Hinzu kommt, dass dieser Vorschlag nicht nur den Widerruf wegen Nichteinhaltung von Bedingungen betrifft, sondern demnach auch bei den anderen Tatbestandsvarianten der Tatsache genügend Rechnung getragen muss, dass die Person bis vor Kurzem noch über die beste ausländerrechtliche Bewilligung verfügte. So wäre auch ein Widerruf der Aufenthaltsbewilligung wegen eines erheblichen Verstosses (im Vergleich zum schwerwiegenden Verstoss nach Art. 63 Abs. 1 AIG) nicht ohne Weiteres resp. nur unter besonderen Umständen möglich, da die privaten Interessen bei der Interessenabwägung als gewichtig erachtet werden müssen. Eine ähnliche Überlegung dürfte dem Votum von Bundesrätin SOMMARUGA im Rahmen der Ratsdebatten zugrunde liegen. Sie fragte sich, ob zurückgestufte Niedergelassene bei der Nichterfüllung der Bedingungen zu Sans-Papiers würden, weil ihnen zwar einerseits die Aufenthaltsbewilligung entzogen werden könnte/müsste, sie andererseits jedoch, unter anderem wegen des Rechts auf Achtung des Privatlebens als Teilgehalt von Art. 8 EMRK,<sup>156</sup> oftmals einen Anspruch auf Verbleib in der Schweiz haben dürften. Es würde wohl keine Migrationsbehörde auf die Idee kommen, diese Theorie in die Praxis umzusetzen, trotzdem zeigt es genau die beschriebene Problematik auf und unterstützt die hier vorgeschlagene Vorgehensweise, die ersatzweise erteilte Aufenthaltsbewilligung aufgrund von Verhältnismässigkeitsüberlegungen nicht umgehend zu widerrufen, wenn die Bedingungen nicht erfüllt sind.

[66] Ebenfalls vorteilhaft gegenüber dem vollständigen Verzicht auf den Widerruf nach Art. 62 Abs. 1 lit. g AIG ist diese Vorgehensweise, weil sich die Gewichtung im Rahmen der Verhältnismässigkeit mit zunehmendem Zeitablauf zu Ungunsten der ausländischen Person verschieben

---

<sup>155</sup> So wird bereits bei der ordentlichen (nicht ersatzweise erteilten) Aufenthaltsbewilligung die Möglichkeit kritisiert, diese allein gestützt auf eine nichteingehaltene Integrationsvereinbarung oder Bedingung zu widerrufen, CAMPISI (Fn. 17), S. 132; SPESCHA/BOLZLI/DE WECK/PRIULI (Fn. 1), S. 328.

<sup>156</sup> CARONI/SCHIEBER/PREISIG/ZOETEWIJ (Fn. 1), S. 42; VILLIGER MARK E., Handbuch der Europäischen Menschenrechtskonvention, Zürich/Basel/Genf 2020, S. 356 ff.; vgl. für das Recht auf Privatleben BGE 144 I 266 E. 3.9, wonach das Bundesgericht in der Regel nach einem Aufenthalt von zehn Jahren von einem gefestigten Aufenthaltsrecht ausgeht.

kann. So nimmt das private Interesse am bisherigen Besitz der Niederlassungsbewilligung im Vergleich zum zunehmenden öffentlichen Interesse an der Erfüllung der Bedingungen mit der Zeit ab, vor allem, wenn die Bedingungen über einen längeren Zeitraum zu keiner Verbesserung des Verhaltens führen, sodass die Verhältnismässigkeit irgendwann zu Gunsten der öffentlichen Interessen kippt und eine Wegweisung wegen der Nichteinhaltung der Bedingungen möglich wird. Dies beugt auch der Problematik vor, dass bei einem vollständigen Verzicht auf die Widerrufsmöglichkeit nach Abs. 1 lit. g AIG die auferlegten Bedingungen zu keinem Zeitpunkt mehr rechtlich durchsetzbar wären bzw. deren Nichteinhaltung zu keinen Konsequenzen führen würde, was wiederum die allgemeine Erforderlichkeit des Rechtsinstruments der Rückstufung in Frage stellen würde. Verweigert eine ausländische Person jedoch konsequent eine Verhaltensänderung im Sinne der auferlegten Bedingungen, kann zunächst eine Verwarnung und Androhung der Wegweisung erfolgen, und infolge des dadurch zunehmenden öffentlichen Interesses kann sich zu einem späteren Zeitpunkt auch eine Wegweisung als verhältnismässig erweisen. Der durch die Rückstufung beabsichtigte Druck auf die ausländische Person kann demnach seine Wirkung entfalten, ohne dass eine Umgehung von Art. 63 Abs. 1 AIG vorliegt.

#### **2.6.4. Fazit**

[67] Abschliessend kann festgehalten werden, dass weder die zwingende Voraussetzung eines Widerrufsgrundes noch der absolute Verzicht auf den Widerrufsgrund eine befriedigende Lösung darstellen. Aus diesem Grund wird hier vorgeschlagen, dass bei der Rückstufung als Reaktion auf ein Integrationsdefizit, bei der nicht von Beginn an ohnehin ein Widerrufsgrund vorliegt, das Fehlen ebendieses im Rahmen der Verhältnismässigkeit insofern berücksichtigt wird, als dass nicht gleich im Anschluss an die Rückstufung eine Wegweisung aufgrund der Nichterfüllten Bedingungen erfolgen darf. Trotzdem sollte nicht vollständig auf die Möglichkeit des Widerrufs wegen Nichteinhaltung der Bedingungen/Integrationsvereinbarung verzichtet werden, zumal irgendwann die öffentlichen Interessen die privaten Interessen überwiegen und vor allem weil sonst die beabsichtigte Wirkung der Rückstufung, nämlich der Druck auf die ausländische Person zur Verhaltensveränderung, wiederum nicht erfüllt werden kann. Diese Vorgehensweise hätte zur Konsequenz, dass mit der Rückstufung wegen eines Integrationsdefizits nicht auch gleichzeitig eine Wegweisung angedroht werden dürfte. Zwar müssen gemäss Art. 62a Abs. 2 lit. d AIG die Folgen der Nichteinhaltung der Bedingung angedroht werden, wobei sogar auf Art. 62 Abs. 1 lit. b AIG verwiesen wird, dieses konkrete Vorgehen eignet sich jedoch nur für die Rückstufung inkl. Widerrufsgrund. Bei der Rückstufung wegen eines Integrationsdefizits kann gleichzeitig mit der Rückstufung keine Wegweisung angedroht werden, jedoch können, um Art. 62a VZAE zumindest in seinen wesentlichen Bestandteilen gerecht zu werden, allgemein «weitere ausländerrechtliche Massnahmen» resp. die «Prüfung der Wegweisung» angedroht werden. Die spezifische Androhung der Wegweisung kann jedoch nur beim Vorliegen eines Widerrufsgrundes vorgenommen werden, schliesslich kann auch eine Wegweisungsverwarnung nur dann ausgesprochen werden, wenn ein Widerrufsgrund vorliegt.

### 3. Weitere Rechtsfragen rund um die Rückstufung

#### 3.1. Die Rückstufung als (unzulässige) Rückwirkung?

[68] Wie bereits mehrfach festgestellt, wurde die Möglichkeit der Rückstufung mit der Gesetzesnovelle am 1. Januar 2019 eingeführt. Zu diesem Zeitpunkt gab es logischerweise viele Ausländerinnen und Ausländer, die bereits über eine Niederlassungsbewilligung verfügten, die sie, ohne die Integrationskriterien erfüllen zu müssen, erhalten haben. Diese Personen konnten sich ausserdem unter dem alten Recht – unter Vorbehalt eines Widerrufs samt Wegweisung nach Art. 63 Abs. 1 AIG – relativ sicher sein, dass sie ihre Niederlassungsbewilligung nicht mehr verlieren würden, zumal der altrechtliche Art. 63 Abs. 2 AuG gar vorsah, dass die Niederlassungsbewilligung allein wegen Sozialhilfebezugs nach 15-jährigem Aufenthalt in der Schweiz nicht widerrufen werden konnte. Der Gesetzgeber gewichtete demnach früher das private Interesse an einem Verbleib in der Schweiz nach einer langen Aufenthaltsdauer pauschal als gewichtiger als das öffentliche Interesse an der Vermeidung der Belastung der öffentlichen Hand. Nicht nur fiel mit der Einführung der Rückstufung dieser Schutz betreffend Sozialhilfe dahin, es wurden zusätzlich andere Gründe eingeführt, weshalb es zu einem Verlust der Niederlassungsbewilligung kommen kann. Während früher bei einem schwerwiegenden Verstoß gegen die öffentliche Sicherheit und Ordnung mit einer Wegweisung gerechnet werden musste, kann heute bereits bei einer Nichtbeachtung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung der Verlust der Niederlassungsbewilligung (mit gleichzeitiger Erteilung der Aufenthaltsbewilligung) drohen. Ebenfalls neu ist der drohende Verlust wegen Ergänzungsleistungen, ungenügender Sprachkenntnisse sowie wegen fehlendem Respekt gegenüber der Bundesverfassung. Mit der Einführung der Rückstufung entstand somit eine ganz neue Unsicherheit für die betroffenen Personen. Es stellt sich die Frage, ob und inwiefern es sich deshalb bei den Bestimmungen zur Rückstufung um eine Rückwirkung handelt, und unter welchen Voraussetzungen eine solche überhaupt zulässig ist.

##### 3.1.1. Das Rückwirkungsverbot

[69] Ausgangspunkt ist die Grundregel, dass «Rechtssätze (...) für die zur Zeit ihrer Geltung sich ereignenden Sachverhalte»<sup>157</sup> gelten. *E contrario* ergibt sich daraus, dass das Recht weder voraus (es ist also unbedeutend, bevor er in Kraft tritt) noch zurück (es erfasst keine Sachverhalte, die sich abschliessend vor dessen Inkrafttreten ereignet haben) wirkt.<sup>158</sup> Eine eigentliche Rückwirkung ist demnach grundsätzlich unzulässig.<sup>159</sup> Dieses Rückwirkungsverbot hat in der Schweiz Verfassungsrang.<sup>160</sup> Anders verhält es sich bei zeitlich offenen Dauersachverhalten, die beim Erlass des neuen Rechts bereits bestanden und auch darüber hinaus fortgesetzt werden. In der Lehre werden diese Konstellationen «unechte Rückwirkung» genannt,<sup>161</sup> und auch das Bun-

---

<sup>157</sup> KÖLZ ALFRED, Intertemporales Verwaltungsrecht. In: ZSR 1983/II, S. 105 ff., S. 160.

<sup>158</sup> Ebd.; vgl. auch KRADOLFER MATTHIAS, Intertemporales öffentliches Recht, Zürich/St. Gallen 2020, S. 428 und PIREK MILENA, L'application du droit public dans le temps: la question du changement de loi, Diss. Fribourg/Genf/Zürich/Basel 2018, N 471.

<sup>159</sup> HÄFELIN/MÜLLER/UHLMAN (Fn. 6), S. 63.

<sup>160</sup> KRADOLFER (Fn. 158), S. 285, der feststellt, dass sich das Rückwirkungsverbot aus dem Grundsatz von Treu und Glauben, der Rechtssicherheit und dem Legalitätsprinzip ergibt; vgl. auch EPINEY ASTRID, in: Waldmann Bernhard/Belser Eva Maria/Epiney Astrid, Basler Kommentar zur Bundesverfassung, Basel 2015, N 30 zu Art. 5 BV.

<sup>161</sup> HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (Fn. 6), S. 65.

desgericht hat diese Terminologie übernommen.<sup>162</sup> TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER erachten der Begriff der unechten Rückwirkung als entbehrlich, weil es sich dabei ihrer Ansicht nach immer um die Anpassung von Dauerverfügungen an neues Recht handle, wofür die allgemeinen Regeln für die Änderung von Verfügungen gelten würden.<sup>163</sup> Für die vorliegende Konstellation ist es nicht relevant, welchem Ansatz gefolgt wird, zumal im Falle der Mehrheitsmeinung die «unechte Rückwirkung» grundsätzlich zulässig ist, sofern keine wohlerworbenen Rechte entgegenstehen und sie nicht mit dem Vertrauensschutz kollidieren,<sup>164</sup> während auch nach der Mindermeinung der Widerruf einer Dauerverfügung aufgrund einer sich verändernden Rechtslage zulässig ist, wenn das Interesse an der richtigen Rechtsanwendung das private Interesse am Vertrauensschutz überwiegt.<sup>165</sup> In der Folge wird die Terminologie der Mehrheitsmeinung verwendet und somit von der unechten Rückwirkung gesprochen. Die unechte Rückwirkung wird also, wie bereits festgestellt, grundsätzlich als zulässig erachtet, sofern ihr keine wohlerworbenen Rechte oder wesentlichen Interessen im Sinne des Vertrauensschutzes entgegen stehen.

### **3.1.2. Die Bestimmungen über die Rückstufung als Rückwirkung?**

#### **3.1.2.1. Dauersachverhalt / unechte Rückwirkung**

[70] Die am 1. Januar 2019 in Kraft getretene Gesetzesnovelle, welche das Instrument der Rückstufung beinhaltet, stellt zweifellos neues Recht dar, welches Einfluss hat auf bereits zuvor erteilte und weiterhin gültige Niederlassungsbewilligungen, sodass eine allgemeine Rückwirkung vorliegt. Die Integration von ausländischen Personen kann sich im Laufe der Zeit positiv entwickeln, genauso wie sich eine Person mit zunehmendem Zeitablauf wieder desintegrieren kann. Sehr anschaulich wird das, wenn die Integrationskriterien nach Art. 58a AIG beigezogen werden; so kann eine ausländische Person, die zu Beginn ihres Aufenthalts eine Ausbildung absolvierte oder einer Erwerbstätigkeit nachging und keine Schulden hatte, einige Jahre später arbeitslos und auf die Unterstützung durch die Sozialhilfe angewiesen sein und zudem Schulden angehäuft haben, womit die Integrationskriterien nicht mehr erfüllt sind. Deshalb ist davon auszugehen, dass die Integration, zumindest wenn sie, wie vom Gesetzgeber vorgesehen, anhand der Integrationskriterien gemessen wird, einen Dauersachverhalt darstellt, der seinen Anfang bereits vor Inkrafttreten der Bestimmungen über die Rückstufung fand und darüber hinaus fortgesetzt wird.<sup>166</sup> Es war sodann auch gerade die Absicht des Vorstosses, der die Einführung der Rückstufung zum Ziel hatte, diejenigen Ausländerinnen und Ausländer an ihre Integrationsverpflichtung zu erinnern, die bereits über eine Niederlassungsbewilligung verfügen und deren Integration bei der Erteilung der Bewilligung gerade nicht überprüft wurde.<sup>167</sup> Es ist also nicht Sinn und Zweck der Rückstufung, dass diese nur bei plötzlich auftretenden Integrationsdefiziten möglich sein soll, sondern gerade und vor allem bei Personen, die bereits ein Integrationsdefizit aufweisen, woge-

---

<sup>162</sup> BGE 133 II 97 E. 3.3.

<sup>163</sup> TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER (Fn. 23), S. 205.

<sup>164</sup> BGE 133 II 1 E. 4.3; BGE 126 V 134 E. 4a; BGE 122 II 113 E. 3b; BGE 119 Ia 254 E. 3b; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (Fn. 6), S. 66.

<sup>165</sup> TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER (Fn. 23), S. 311.

<sup>166</sup> Urteil des Verwaltungsgerichts Aargau WBE 2020.8 vom 7. Juli 2020, E. 4.1.4; Urteil des Verwaltungsgerichts Zürich VB.2020.00305 vom 3. Dezember 2020, E. 2.3; KNEER/SCHINDLER (Fn. 2), S. 50.

<sup>167</sup> Vgl. parlamentarische Initiative 08.406 «Rückstufung eines niedergelassenen integrationsunwilligen Ausländers zum Jahresaufenthalter» vom 19. März 2008.

gen unter dem alten Recht jedoch nicht vorgegangen werden konnte.<sup>168</sup> In der entsprechenden Ratsdebatte wurde die Möglichkeit zwar angesprochen, dass auch Personen, die unter dem neuen Recht die Niederlassungsbewilligung erhalten und deshalb die Integrationskriterien bereits erfüllen müssen, zu einem späteren Zeitpunkt dennoch ein Defizit aufweisen können,<sup>169</sup> jedoch nicht als einzige mögliche und auch nicht als primär betroffene Personengruppe. Der Gesetzgeber erachtet die Integration demnach als einen Dauersachverhalt, womit die Voraussetzungen für eine unechte Rückwirkung vorliegen. Eine solche ist in der Regel zulässig, wenn nicht wohl-erworbene Rechte oder ein qualifizierter Vertrauensschutz entgegenstehen.<sup>170</sup>

### 3.1.2.2. Wohlerworbenes Recht?

[71] Es kann zunächst die Frage gestellt werden, ob es sich bei der Niederlassungsbewilligung vielleicht um ein wohlerworbenes Recht handelt, zumal diese seit jeher als stabilstes Aufenthaltsrecht gilt. Als wohlerworbene Rechte gelten vermögenswerte Ansprüche Privater gegenüber dem Staat, die sich durch ihre Rechtsbeständigkeit auszeichnen und unter dem Schutz der Eigentums-garantie stehen.<sup>171</sup> Diese Rechte stehen unter einem besonderen Schutz, weil sie in gegenseitigem Vertrauen darauf, dass die Rechtsbeziehung für eine bestimmte Dauer unverändert bleibt, zwi-schen Staat und Privaten begründet wurden.<sup>172</sup> Der Kreis der wohlerworbenen Rechte ist sehr eng gefasst und es handelt sich hauptsächlich um vertragsähnliche Konstellationen, die meist zusätzlich einen Vermögenswert beinhalten (wie dies z.B. bei der Verleihung von Konzessionen der Fall ist).<sup>173</sup> Verfügungen vermögen aufgrund ihrer beschränkten Rechtsbeständigkeit keine wohlerworbenen Positionen zu verschaffen.<sup>174</sup> Bei der Niederlassungsbewilligung handelt es sich jedoch gerade um einen einseitigen, vom Staat verliehenen Status, der durch Gesetz abgeändert werden kann, und deshalb nicht um ein wohlerworbenes Recht, das den betroffenen Personen einen verfassungsmässigen Anspruch auf Beibehaltung einräumen würde.<sup>175</sup>

### 3.1.2.3. Qualifizierter Vertrauensschutz

[72] Der Vertrauensschutz ist dann als qualifiziert zu erachten, wenn betroffene Personen im Ver-trauen auf den Bestand eines Rechts Dispositionen getroffen haben, die nicht oder nur schwer wieder rückgängig zu machen sind.<sup>176</sup> Die Niederlassungsbewilligung wurde vor der Gesetzes-änderung im Vertrauen darauf erworben, dass sie – ausser unter den strengen Voraussetzungen nach Art. 63 Abs. 1 AIG – nicht wieder entzogen wird. Es ist jedoch in der Regel nicht so, dass Nie-dergelassene aufgrund des Erhalts der «besseren» Bewilligung besondere Dispositionen tätigten,

---

<sup>168</sup> a.M. und damit entgegen dem Sinn und Zweck der Rückstufung: OFK-SPESCHA (Fn. 2 6), N 23 zu Art. 63 AIG.

<sup>169</sup> Votum Engler Stefan, AB SR 2016, S. 969.

<sup>170</sup> S. oben, 3.1.1.

<sup>171</sup> HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (Fn. 6), S. 274.

<sup>172</sup> Ebd., vgl. auch BGE 145 II 140 E. 4.3.

<sup>173</sup> KNEER/SCHINDLER (Fn. 2), S. 51; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (Fn. 6), S. 274 ff.; WEBER-DÜRLER BEATRICE, Vertrau-ensschutz im öffentlichen Recht, Habil. Zürich/Basel 1983, S. 63 f.

<sup>174</sup> SCHWANDER IVO, Grundsätze des intertemporalen Rechts und ihre Anwendung auf neuere Gesetzesrevisionen, in: AJP 12/2016, S. 1575 ff., S. 1582.

<sup>175</sup> KNEER/SCHINDLER (Fn. 2), S. 51.

<sup>176</sup> HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (Fn. 6), S. 66.

die sie im Falle der Rückstufung rückgängig machen müssten. Mit Erhalt der Niederlassungsbewilligung ändert sich für die betroffenen Personen im Alltag nämlich grundsätzlich wenig. Ausländische Personen können sich mit beiden Arten der Bewilligung in der Schweiz aufhalten, mit allfälligen Familienmitgliedern zusammenwohnen, einer Erwerbstätigkeit nachgehen und sich frei innerhalb der Schweiz bewegen, sodass sich daran nach Erhalt der Niederlassungsbewilligung nichts ändert. Ausländische Personen erhalten ihre Niederlassungsbewilligung also nicht im Vertrauen darauf, dass sie von nun an «tun und lassen» können, was sie wollen, ohne aus der Schweiz weggewiesen zu werden und sie beginnen deshalb nicht nach Erhalt der C-Bewilligung, im Wissen um ihr gefestigteres Anwesenheitsrecht, Delikte zu begehen oder Schulden anzuhäufen. Der Vertrauensschutz betreffend Niederlassungsbewilligung ist demnach zwar bedeutend, zumal sich die betroffenen Personen unter dem früheren Recht zumindest darauf verlassen durften, dass ihr ausländerrechtlicher Status nicht geschwächt wird, aber dennoch nicht derart qualifiziert, als dass sich eine unechte Rückwirkung aus einem der genannten Gründe als generell unzulässig herausstellen würde.<sup>177</sup>

#### 3.1.2.4. Anspruch auf eine Übergangsregelung

[73] Das Bundesgericht sieht bei der unechten Rückwirkung jedoch nicht bloss vor, dass eine Rückwirkung aufgrund des Vertrauensschutzes unzulässig sein kann, sondern auch, dass aus diesem Grundsatz ein Anspruch auf eine angemessene Übergangsregelung entstehen kann.<sup>178</sup> Durch eine derartige Übergangsregelung kann ein Zeitraum geschaffen werden, in dem sich die betroffenen Personen an die neue Gesetzeslage gewöhnen bzw. sich und ihr Verhalten daran adaptieren können.<sup>179</sup> Der Anspruch auf eine Übergangslösung ist zwar in der Lehre und Rechtsprechung grundsätzlich anerkannt,<sup>180</sup> trotzdem nimmt das Bundesgericht das Fehlen einer angemessenen Übergangsregelung nur sehr zurückhaltend an.<sup>181</sup> Selbst wenn mit Blick auf Art. 63 Abs. 2 AIG der Anspruch auf eine angemessene Übergangsregelung bejaht würde, ist fraglich, inwiefern ein solcher aufgrund des Massgeblichkeitsgebots nach Art. 190 BV gerichtlich durchsetzbar wäre.<sup>182</sup>

[74] Für die Rückstufung wurde sodann keine derartige Übergangsregelung vorgesehen.<sup>183</sup> Grundsätzliche Übergangsbestimmungen für das AIG sind in Art. 126 des Gesetzes genannt, wonach für Gesuche, die vor Inkrafttreten des neuen Rechts eingereicht wurden, das bisherige Recht anwendbar bleibt. Im Falle der Rückstufung handelt es sich zwar nicht um Gesuche, sondern um durch die kantonalen Behörden eröffnete Verfahren, die jedoch ebenfalls unter den Anwendungsbereich von Art. 126 AIG fallen.<sup>184</sup> Auf Verfahren betreffend Rückstufung, die erst nach Inkrafttreten der neuen Bestimmung am 1. Januar 2019 eröffnet wurden (wobei in aller Re-

---

<sup>177</sup> Gl.M. KNEER/SCHINDLER (Fn. 2), S. 51; OFK-SPESCHA (Fn. 26), N 24 zu Art. 63 AIG.

<sup>178</sup> BGE 145 II 140 E. 4; BGE 134 I 23 E. 7.6.1; KÖLZ (Fn. 157), S. 139; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (Fn. 6), S. 66.

<sup>179</sup> So ist auch gem. KRADOLFER zu vermeiden, dass eine Person völlig unerwartet vor vollendete Tatsachen gestellt wird und ihre keine Zeit bleibt, ihre Dispositionen an die veränderte Rechtslage anzupassen, m.w.H. KRADOLFER (Fn. 158), S. 257.

<sup>180</sup> BGE 134 I 23 E. 7.6 S. 40; BGE 130 I 26 E. 8.1 S. 60; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (Fn. 6), S. 66.

<sup>181</sup> KNEER/SCHINDLER (Fn. 2), S. 52.

<sup>182</sup> KRADOLFER (Fn. 158), S. 482.

<sup>183</sup> KNEER/SCHINDLER (Fn. 2), S. 52.

<sup>184</sup> OFK-SPESCHA (Fn. 26), N 1 zu Art. 126 AIG; Urteil des Bundesgerichts 2C\_745/2008 vom 24. Februar 2009 E. 1.2.3; a.M. KNEER/SCHINDLER (Fn. 2), welche die Anwendbarkeit von Art. 126 AIG für die Rückstufung vollständig ausschliessen.

gel auszugehen ist), findet demnach das neue Recht Anwendung. Art. 126 AIG steht sodann auch der Bezugnahme auf einen bereits vor Erlass der neuen Bestimmung begonnen und fortdauernden Sachverhalt, also einer unechten Rückwirkung, nicht entgegen.<sup>185</sup>

[75] Nach der hier vertretenen Ansicht wäre eine Übergangsregelung aufgrund des Vertrauensschutzes und zur Schaffung von Klarheit wünschenswert gewesen, gerade weil für ausländische Personen vor der Gesetzesnovelle keine Integrationsverpflichtung im heutigen Masse vorlag. Das Fehlen einer solchen bedeutet jedoch nicht, dass die rechtsanwendenden Behörden nicht auch im Rahmen ihres Ermessens auf das Kontinuitätsvertrauen Rücksicht nehmen können bzw. müssen, wie in der Folge noch zu sehen sein wird.

### **3.1.3. Konsequenz**

[76] Ausländerinnen und Ausländer, die bereits vor der Einführung der Rückstufungsbestimmungen über eine Niederlassungsbewilligung verfügten, geniessen nach dem oben Gesagten einen gewissen Vertrauensschutz in den Bestand ihrer Niederlassungsbewilligung. Mangels Übergangsbestimmung ist in der Folge zu prüfen, inwiefern die kantonalen Migrationsbehörden diesem Kontinuitätsvertrauen im Rahmen ihrer Ermessensausübung Rechnung tragen können bzw. müssen. Primär geht es um die Möglichkeit einer vorgängigen Verwarnung, welche die Problematik des Vertrauensschutzes entschärfen kann, indem nicht direkt eine Massnahme angeordnet wird, sondern diese zunächst nur angedroht wird. Auch an dieser Stelle soll wieder zwischen den beiden Arten der Rückstufung unterschieden werden, da das Vertrauensverhältnis je nach Vorliegen eines Widerrufsgrundes mehr oder weniger ausgeprägt ist.

#### **3.1.3.1. Rückstufung wegen eines Integrationsdefizits**

[77] Vorab muss festgehalten werden, dass es gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung durchaus sein kann, dass eine Bewilligung widerrufen wird, ohne dass die betroffene Person zuvor verwarnt wird, insbesondere dann, wenn sich eine Verwarnung als nicht zweckmässig für das Erreichen des öffentlichen Interesses erweisen würde und sich der Widerruf auch ohne Verwarnung als verhältnismässig erweist.<sup>186</sup> Nach diesem Grundsatz könnte demnach bei erheblichen Integrationsdefiziten, die ein grosses öffentliches Interesse beeinträchtigen, auch eine Rückstufung verfügt werden, ohne dass die Rückstufung der ausländischen Person zuvor angedroht werden muss. Dieser Grundsatz wird jedoch durch die Überlegung durchbrochen, dass es sich bei der Rückstufung um ein neues Rechtsinstrument handelt, welches in den meisten Fällen einen Sachverhalt betrifft, der sich zumindest zum Teil vor Erlass der neuen Bestimmungen zugetragen hat, als die Möglichkeit der Rückstufung noch nicht bestand und Niedergelassene – ausser unter den strengen Voraussetzungen von Art. 63 Abs. 1 AIG – nicht zu befürchten hatten, ihre Bewilligung zu verlieren. Diese Personen wurden unter Umständen durch die Gesetzesnovelle im Jahr 2019 erstmalig überhaupt auf eine Integrationsverpflichtung aufmerksam gemacht, die zuvor für sie nicht bestanden hatte bzw. zumindest nicht durchsetzbar war. Dieses oben bereits umschriebene Kontinuitätsvertrauen<sup>187</sup> rechtfertigt – auch in Anbetracht einer fehlenden Übergangsregelung –

---

<sup>185</sup> KRADOLFER, HandKomm (Fn. 20), N 4 zu Art. 126 AuG.

<sup>186</sup> Urteil des Bundesgerichts 2C\_787/2018 vom 11. März 2019 E. 3.4.1; vgl. auch Weisungen AIG (Fn. 42), S. 179.

<sup>187</sup> S. oben, 3.1.

in diesem besonderen Fall das Erfordernis einer zumindest einmaligen vorgängigen Verwarnung oder zumindest Ermahnung, um den ausländischen Personen die Chance zu geben, überhaupt von ihren Verpflichtungen Kenntnis zu erhalten und sich an diese veränderten Umstände anzupassen. Es ist mit dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit nicht vereinbar, die Bewilligung einer ausländischen Person, die sich unter Umständen seit Jahrzehnten in der Schweiz aufhielt und seit ebenso langer Zeit keine Aufforderungen seitens der Migrationsbehörden zur Integration erhielt, ja ohnehin mangels Erfordernis gar nie mit einer Migrationsbehörde in Kontakt stand, nun von einem Tag auf den nächsten zu widerrufen, ohne ihr zumindest die Gelegenheit zu geben, ihr Verhalten an die neue Rechtsordnung anzupassen.<sup>188</sup> So war es für Niedergelassene unter dem bisherigen Recht nicht ersichtlich, dass sie bestimmte sprachliche Anforderungen zu erreichen haben oder dass der Bezug von Ergänzungsleistungen, den sie bisher ohne Weiteres als unproblematisch erachten durften, zu einem Entzug der Niederlassungsbewilligung führen könnte. Für Personen, die bereits vor dem 1. Januar 2019 über die Niederlassungsbewilligung verfügten und nicht verwarnt wurden, erweist sich die Androhung der Rückstufung im Sinne einer Verwarnung/Ermahnung nach der hier vertretenen Ansicht als zwingend erforderlich.<sup>189</sup> Bleibt eine entsprechende Verwarnung erfolglos, kann die Niederlassungsbewilligung in der Folge noch immer widerrufen und durch eine Aufenthaltsbewilligung ersetzt werden.

### 3.1.3.2. Rückstufung inkl. Widerrufsgrund

[78] Nicht ganz vergleichbar ist die Situation bei der Rückstufung inkl. Widerrufsgrund. Da in diesen Fällen bereits ein Widerrufsgrund verwirklicht wurde, der auch bereits unter dem alten Recht zu einem Widerruf der Bewilligung hätte führen können, wovon die Niedergelassenen Kenntnis hatten oder zumindest haben konnten, ist ihr Vertrauen in das Weiterbestehen der Niederlassungsbewilligung weitaus weniger stark schützenswert als in der zuvor beschriebenen Konstellation. Teils wurden die Personen gar bereits wegen ihres Verhaltens auf eine Wegweisung verwarnt. Hat eine Person also beispielsweise bereits in der Vergangenheit erhebliche Schulden angehäuft, sodass der Widerrufsgrund des Verstosses gegen die öffentliche Sicherheit und Ordnung erfüllt war, und wurde ihr deshalb bereits mittels Verwarnung die Wegweisung angedroht, ist es im Sinne des Grundsatzes *ad maiore ad minus* nicht notwendig, der betroffenen Person nun auch noch die Rückstufung separat anzudrohen. Wurde also bereits vor dem 1. Januar 2019 auf eine Wegweisung verwarnt, kann eine Rückstufung ohne weitere Verwarnung vorgenommen werden.

[79] Wurde zuvor noch nicht verwarnt, muss noch einmal zwischen zwei Konstellationen unterschieden werden; handelt es sich bei dem verwirklichten Widerrufsgrund um einen neuen oder um einen bereits zuvor bekannten Widerrufsgrund? Geht es also zum Beispiel um die öffentliche Sicherheit und Ordnung, die bereits unter dem alten Recht einen bekannten Widerrufsgrund statuierte, sollte eine Rückstufung konsequenterweise analog der bundesgerichtlichen Rechtspre-

---

<sup>188</sup> Vgl. auch KRADOLFER (Fn. 158) m.w.H., S. 359, der feststellt, dass Personen nicht durch das neue Recht überrascht werden dürfen und sie die Möglichkeit haben müssen, sich an die neue Rechtslagen anzupassen.

<sup>189</sup> So stellte auch das Verwaltungsgericht Zürich fest, dass der Anordnung einer Rückstufung in der Regel eine Verwarnung oder zumindest eine Ermahnung voranzugehen habe. Diese gelte im besonderen Masse für Personen, welche sich bei Inkrafttreten des Art. 63 Abs. 2 AIG bereits weit über 15 Jahre in der Schweiz aufgehalten hatten, konnte diesen doch die Niederlassungsbewilligung bisher wegen Sozialhilfebezugs gerade nicht widerrufen werden; Entscheid VB.2020.00341 vom 3. Dezember 2020, E. 3.3.

chung zur Notwendigkeit einer vorangehenden Verwarnung bei einer in Frage stehenden Wegweisung<sup>190</sup> auch ohne Verwarnung möglich sein. Im Gegenzug müsste, um der hier beschriebenen Ansicht konsequent zu folgen, beim Vorliegen des Widerrufsgrundes des Sozialhilfebezugs zunächst zumindest eine Verwarnung erfolgen, und zwar ungeachtet dessen, ob nun eine Rückstufung oder eine Wegweisung im Raum steht, sofern sich die betroffene Person seit mehr als 15 Jahren in der Schweiz aufhält, da der Sozialhilfebezug bei Niedergelassenen nach so langer Aufenthaltsdauer bis zur Gesetzesnovelle keinen Widerrufsgrund darstellte, ja das Gesetz sogar ausdrücklich festlegte, dass die Bewilligung nach 15 Jahren nicht mehr wegen Sozialhilfe widerrufen werden kann. Es wäre stossend, ausländische Personen jahrelang im Vertrauen auf den Bestand ihrer Bewilligung keine Konsequenzen ihres Sozialhilfebezugs anzudrohen, nur um dann nach Einführung der neuen Bestimmungen sogleich alle wegzuweisen bzw. zurückzustufen, ohne sie überhaupt nur einmal auf ihr Fehlverhalten hinzuweisen. Sind die betroffenen Personen nach einer Verwarnung dennoch nicht in der Lage, ihr Verhalten zu verbessern, kann noch immer ein oder zwei Jahre später eine Rückstufung oder eine Wegweisung (je nach Verhältnismässigkeit) angeordnet werden, um dem öffentlichen Interesse gerecht zu werden. Handelt es sich demnach um einen Widerrufsgrund, den das alte Gesetz nicht kannte, muss auch bei der Rückstufung inkl. Widerrufsgrund zunächst eine Verwarnung erfolgen.

[80] Würde auf die Unterteilung verzichtet, müsste entweder immer auf die vorgängige Verwarnung verzichtet werden, was bei der Rückstufung bei Vorliegen eines Integrationsdefizits nicht mit dem Vertrauensschutz zu vereinbaren wäre, oder es müsste in allen Fällen eine vorgängige Verwarnung ausgesprochen werden, was sich wiederum bei der Rückstufung inkl. Widerrufsgrund als sinnlos herausstellen würde, weil dann die Voraussetzungen an die mildere Massnahme (Rückstufung) strenger wären als diejenigen für die schärfere Massnahme (Wegweisung), zumal für die Wegweisung gerade nicht zwingend eine Verwarnung ausgesprochen werden muss. Die Unterscheidung zwischen den beiden Arten der Rückstufung ist deshalb sowohl für die betroffenen Personen insofern gerecht, als dass ihrem Vertrauensinteresse dort Rechnung getragen wird, wo es tatsächlich vorliegt, und stellt auch eine Erleichterung für die Migrationsbehörden dar, indem klargestellt wird, dass bei der Rückstufung bei gleichzeitigem Vorliegen eines Widerrufsgrundes – ausser bei Sozialhilfebezug in Kombination mit einer mehr als 15-jährigen Aufenthaltsdauer – keine Verwarnung auszusprechen ist. Die Frage nach dem Erfordernis einer vorgängigen Verwarnung dürfte schliesslich in einigen Jahren an Brisanz einbüßen, weil bis dahin bei allen ausländischen Personen eine Verlängerung der Kontrollfrist im Raum stand und bei allfälligen Integrationsdefiziten eine Verwarnung ausgesprochen werden konnte, sodass in der Folge zumindest aus Vertrauensschutzgründen keine Verwarnungen mehr zwingend erforderlich sind.

### **3.2. Materielles Verhältnis zur Verwarnung**

[81] Im letzten Kapitel wurde das temporale Verhältnis zwischen Verwarnung und Rückstufung behandelt, welches sich aus Vertrauensschutz- und Verhältnismässigkeitsüberlegungen ergibt. Bisher noch unbeantwortet ist das materielle Verhältnis der Rückstufung zur ausländerrechtlichen Wegweisungsverwarnung.

---

<sup>190</sup> Eine vorangehende Verwarnung ist gerade nicht zwingend: Urteil des Bundesgerichts 2C\_787/2018 vom 11. März 2019 E. 3.4.1; vgl. auch Weisungen AIG (Fn. 42), S. 179.

[82] Gemäss Art. 96 Abs. 2 AIG kann eine ausländische Person unter Androhung einer Massnahme verwarnet werden, sofern sich eine Massnahme als begründet, jedoch als unangemessen erweist. Eine Verwarnung ergeht nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung im Sinne einer «letzten Chance», wenn ein Widerrufsgrund zwar erfüllt ist, die Interessenabwägung eine Wegweisung aber als unverhältnismässig erscheinen lässt.<sup>191</sup> Durch die Verwarnung kann sich die Verhältnismässigkeitsprüfung in der Folge zu Ungunsten der betroffenen Person verändern, sofern keine Verhaltensänderung eintritt, sodass sich eine Wegweisung zu einem späteren Zeitpunkt als verhältnismässig erweist, weil bereits eine Verwarnung ohne Wirkung blieb.<sup>192</sup>

[83] Beim Vorliegen eines Widerrufsgrundes nach Art. 63 Abs. 1 AIG kann eine ausländische Person demnach verwarnet und die Wegweisung kann angedroht werden, wenn sich die Wegweisung selbst (noch) als unverhältnismässig erweist. Gleichermassen könnte eine Ausländerin oder ein Ausländer bei Nichterfüllung von Integrationskriterien verwarnet und es könnte eine Rückstufung angedroht werden, wenn sich die Rückstufung selbst (noch) als unverhältnismässig erweist.<sup>193</sup> Auch die Verwarnung selbst muss jedoch stets verhältnismässig sein, so ist sie nur angemessen, wenn die Anordnung der späteren absehbar Massnahmen erscheint, falls eine Person das Verhalten nicht wie gefordert ändert.<sup>194</sup> Nicht Zweckmässig ist eine Verwarnung deshalb insbesondere dann, wenn eine Person von vornherein gar keine Verbesserungsmöglichkeit hinsichtlich des Verhaltens hat.<sup>195</sup>

[84] Liegt ein Widerrufsgrund vor und erweist sich ein Widerruf samt Wegweisung als verhältnismässig, ist auch eine Wegweisung zu verfügen. Es bleibt dann weder Raum für eine Verwarnung noch für eine Rückstufung.<sup>196</sup> Erweist sich eine Wegweisung als unverhältnismässig, können sowohl die Rückstufung als auch die Verwarnung als milderes Mittel im Vergleich zur Wegweisung angeordnet werden, wobei die Rückstufung dann angewendet werden soll, wenn eine Verwarnung nicht ausreicht, also ein schärferes Mittel als die Verwarnung darstellt. Die Verwarnung setzt jedoch einen Widerrufsgrund voraus, während die Rückstufung auch bereits beim Vorliegen eines Integrationsdefizits angeordnet werden kann. Die Anforderungen an das mildere Mittel wären demnach strenger als die Anforderungen an das schärfere Mittel. Aus diesem Grund stellte das Verwaltungsgericht Zürich bereits fest, dass eine Rückstufung nicht einfach eine alternative Form der Verwarnung darstelle<sup>197</sup> und dass sich Wegweisungsverwarnung und Rückstufung nicht ohne Weiteres in eine Stufenfolge bringen liessen.<sup>198</sup> Dieser Konflikt kann wiederum nur durch die Unterscheidung in zweierlei Arten der Rückstufung gelöst werden.

[85] Liegt ein Widerrufsgrund vor, kann gemäss Bundesgericht eine Verwarnung ausgesprochen oder neu die Rückstufung angeordnet werden, sofern sich diese als wirksamer als eine Verwar-

---

<sup>191</sup> Urteil BGer 2C\_94/2016 vom 2. November 2016 E. 3.4.

<sup>192</sup> Vgl. auch SCHINDLER, HandKomm (Fn. 20), N 19 zu Art. 96 AuG; OFK-SPESCHA (Fn. 26), N 9 zu Art. 96 AIG.

<sup>193</sup> Die Rückstufung stellt nach allgemeiner Auffassung ein eigenständiges Rechtsinstrument dar, welches selbst mit Verwarnung angedroht werden kann bzw. zur Wahrung der Verhältnismässigkeit angedroht werden muss: Urteil des Verwaltungsgericht Zürich VB.2020.00326 vom 21. Oktober 2020, E. 5.1; Urteil des Verwaltungsgerichts Aargau WBE.2020.8 vom 7. Juli 2020, E. 2.5 3b); vgl. auch Weisungen AIG (Fn. 42), S. 190.

<sup>194</sup> SCHINDLER, HandKomm (Fn. 20), N 19 zu Art. 96 AuG.

<sup>195</sup> OFK-SPESCHA (Fn. 26), N 9 zu Art. 96 AIG; SCHINDLER, HandKomm (Fn. 20), N 19 zu Art. 96 AuG.

<sup>196</sup> Urteil des Bundesgerichts 2C\_782/2019 vom 10. Februar 2020 E. 3.3.4; Weisungen AIG (Fn. 42), S. 190.

<sup>197</sup> Urteil des Verwaltungsgerichts Zürich VB.2020.00341 vom 3. Dezember 2020, E. 2.2.

<sup>198</sup> Urteil des Verwaltungsgerichts Zürich VB.2020.00627 vom 2. Dezember 2020, E. 5.2.2.

nung herausstellen sollte.<sup>199</sup> In beiden Fällen wird zudem die Wegweisung angedroht, sollte sich das Verhalten der angesprochenen Person nicht zum Positiven wenden.<sup>200</sup> Es entsteht in diesen Fällen demnach eine Art Massnahmen-Kaskade; als mildeste Massnahme wird eine Person verwarnet und die Wegweisung wird angedroht. Reicht eine Verwarnung aus Sicht der Migrationsbehörde nicht aus, um eine Verhaltensänderung herbeizuführen, oder soll der Druck auf die betroffene Person erhöht werden, wird eine Rückstufung auf die Aufenthaltsbewilligung verfügt, wobei zusätzlich auch die Wegweisung angedroht werden kann.<sup>201</sup> Erweist sich eine Wegweisung von Beginn weg als verhältnismässig oder verbessert sich das kritisierte Verhalten durch die Verwarnung oder die Rückstufung nicht, und verschiebt sich deshalb die Verhältnismässigkeitsprüfung zu Ungunsten der ausländischen Person, wird als schärfste Massnahme die Bewilligung widerrufen und eine Wegweisung angeordnet.

[86] Diese Kaskade erscheint so weit einleuchtend und logisch, solange die Rückstufung beim Vorliegen eines Widerrufsgrundes als mildere Massnahme im Vergleich zur Wegweisung angewendet wird. Daneben besteht noch immer die Möglichkeit, dass eine Rückstufung auch dann angeordnet wird, wenn «nur» ein Integrationsdefizit nach Art. 58a AIG vorliegt, und gerade kein Widerrufsgrund gesetzt wurde, weshalb die Rückstufung gerade keine Androhung der Wegweisung beinhalten kann.<sup>202</sup> Liegt lediglich ein Integrationsdefizit vor, besteht also keine Konkurrenz zwischen der Wegweisungsverwarnung und der Rückstufung, da für eine Wegweisungsverwarnung ein Widerrufsgrund vorliegen müsste. Bei der Nichterfüllung der Integrationskriterien kann nur eine Rückstufung angeordnet werden oder, falls sich eine solche als unverhältnismässig erweist, die Rückstufung mittels Verwarnung angedroht werden. Der Erlass einer Wegweisungsverwarnung ist nicht möglich.

[87] Abschliessend lässt sich feststellen, dass beim Vorliegen eines Widerrufsgrundes eine Massnahmen-Kaskade entsteht, mit der Verwarnung als mildeste, der Rückstufung als schärfere, und der Wegweisung als schärfste Massnahme. Beim Vorliegen eines Integrationsdefizits kann hingegen nur eine Rückstufung ohne Androhung der Wegweisung angeordnet, oder eine Rückstufung angedroht werden. Diese Unterscheidung ermöglicht es wiederum, eine differenzierte Lösung für das Verhältnis zwischen der Wegweisungsverwarnung und der Rückstufung zu finden, welches bei einer universellen Betrachtung der Rückstufung kaum lösbare Konflikte mit sich bringt.

### **3.3. Die Rückstufung von anspruchsberechtigten Personen**

#### **3.3.1. Ansprüche aus Niederlassungsvereinbarungen?**

[88] Zunächst stellt sich die Frage, ob und in welchem Umfang für gewisse Personengruppen ein Anspruch auf Erteilung der Niederlassungsbewilligung besteht. Das FZA sieht keinen Status vor, der der Niederlassungsbewilligung gleichkommt, weshalb sich aus dem FZA kein entsprechen-

---

<sup>199</sup> Urteil des Bundesgerichts 2C\_450/2019 vom 5. September 2019 E. 5.3; Urteil des Verwaltungsgerichts Zürich VB.2020.00352 vom 26. November 2020 E. 2.2 und 3.

<sup>200</sup> Vgl. oben, 2.6.4, wonach beim Vorliegen eines Widerrufsgrundes nach Art. 63 Abs. 1 AIG auch mit der Anordnung der Rückstufung ohne Probleme eine Wegweisung angedroht werden kann.

<sup>201</sup> Gl.M. Verwaltungsgericht Aargau im Entscheid WBE.2020.8 vom 7. Juli 2020 E. 2.4.3.

<sup>202</sup> Vgl. oben, 2.6.4, wonach durch die Androhung der Wegweisung infolge einer Rückstufung als Reaktion auf ein Integrationsdefizit eine Umgehung von Art.63 Abs. 1 AIG geschaffen würde.

der Anspruch ableiten lässt.<sup>203</sup> Allfällige Ansprüche ergeben sich aus den sog. Niederlassungsvereinbarungen mit einzelnen Staaten, die teils bereits sehr alt sind.<sup>204</sup> Bereits KOTTUSCH stellte zwar die Geltung dieser Vereinbarungen und der daraus resultierenden Rechte und Pflichten in Frage,<sup>205</sup> und auch das Bundesgericht stellt in diversen Entscheiden die beschränkte Geltung dieser Vereinbarungen fest,<sup>206</sup> der Bundesrat bestätigte dennoch, dass für die Erteilung der Niederlassungsbewilligung in Fällen anspruchseinräumender Niederlassungsvereinbarungen keine zusätzlichen Kriterien (z.B. Sprachkenntnisse) eingeführt werden dürften,<sup>207</sup> weshalb auch heute noch gilt, dass Staatsangehörige, die sich auf eine anspruchsbegründende Niederlassungsvereinbarung berufen können, keine Sprachkompetenzen nachweisen müssen.<sup>208</sup> Das SEM hat deshalb auch eine Liste derjenigen Staaten zusammengestellt, für deren Staatsangehörige nach dem Wortlaut ein «Anspruch auf Erteilung der Niederlassungsbewilligung» besteht.<sup>209</sup> Das SEM geht jedoch ohne weitergehende Begründung davon aus, dass eine Rückstufung wegen sprachlichen Defiziten auch für Personen, die sich auf eine Niederlassungsvereinbarung berufen können, möglich sein soll, selbst wenn die Sprachkenntnisse für die Erteilung der Niederlassungsbewilligung nicht vorausgesetzt sind.<sup>210</sup> Inwiefern diese Ausführung Sinn machen soll, ist nicht klar, zumal diese Vorgehensweise zur Folge hätte, dass eine Niederlassungsbewilligung aufgrund einer Vereinbarung erteilt werden muss, diese aber gleich im Anschluss wegen fehlender Sprachkenntnisse wieder entzogen werden könnte. So stellen auch ACHERMANN/KÜNZLI fest, dass der Entzug einer Bewilligung umso weniger gerechtfertigt sei, wenn bereits die Erteilung der entsprechenden Bewilligung nicht von zusätzlichen, in den Verträgen nicht vorgesehenen Voraussetzungen abhängig gemacht werden darf.<sup>211</sup> Dieselben Autoren kommen zum Schluss, dass aufgrund dieser bilateralen Vereinbarungen in Bezug auf die Rückstufung der Niederlassungsbewilligung eine extrem komplexe Rechtslage entstehen würde, die eine Differenzierung der Ausländerinnen und Ausländer in drei Kategorien erforderlich machen würde: (1) Angehörige von Staaten, mit denen eine Niederlassungsvereinbarung getroffen wurde, (2) EU-Bürger ohne derartige Vereinbarung, aber mit erweiterten Verbleiberechten nach FZA und (3) alle übrigen Ausländer, wobei für die erste Kategorie nicht klar ist, inwiefern deren aus den Vereinbarungen fliessenden Rechte durch eine Rückstufung eingeschränkt werden dürfen.<sup>212</sup> Weshalb weder der Bundesrat, noch das Parlament bei der Anpassung des Art. 34 AIG, der neuerdings die Erfüllung der Integrationskriterien als Voraussetzung für die Erteilung der Niederlassungsbewilligung statuiert, und bei der

---

<sup>203</sup> SPESCHA/BOLZLI/DE WECK/PRIULI (Fn. 1), S. 168.

<sup>204</sup> KOTTUSCH PETER, Die Niederlassungsbewilligung gemäss Art. 6 ANAG, in: ZBl 1986, S. 513 ff., S. 521; SPESCHA/BOLZLI/DE WECK/PRIULI (Fn. 1), S. 168; ACHERMANN/KÜNZLI (Fn. 53), S. 159 f.: Derartige Niederlassungsvereinbarungen bestehen mit Belgien, Dänemark, Deutschland, Frankreich, Liechtenstein, Griechenland, Italien, Niederlande, Österreich, Portugal und Spanien. Hinzu kommen Gegenrechtsgewährungen mit Finnland, Grossbritannien, Irland, Island, Luxemburg, Norwegen, Schweden, USA, Kanada, wobei hier nicht klar ist, inwiefern diese ein Recht auf die Niederlassungsbewilligung statuieren.

<sup>205</sup> KOTTUSCH (Fn. 204), S. 522 ff.

<sup>206</sup> BGE 106 Ib 125 E. 2b; BGE 110 Ib 63 E. 2a; BGE 120 Ib 360 E. 2b.

<sup>207</sup> Botschaft Ausschaffung (Fn. 28), S. 5114; ACHERMANN/KÜNZLI (Fn. 53), S. 176.

<sup>208</sup> OFK-BOLZLI (Fn. 26), N 5 zu Art. 34 AIG; Weisungen AIG (Fn. 42), S. 62.

<sup>209</sup> Liste der Niederlassungsvereinbarungen, die einen Anspruch auf Erteilung der Niederlassungsbewilligung einräumen, abrufbar unter <https://www.sem.admin.ch/sem/de/home/publiservice/weisungen-kreisschreiben/auslaenderbereich/aufenthaltsregelung.html> (zuletzt besucht am 29. Mai 2021).

<sup>210</sup> Weisungen AIG (Fn. 42), S. 192.

<sup>211</sup> ACHERMANN/KÜNZLI (Fn. 53), S. 177.

<sup>212</sup> Ebd.

Einführung der Rückstufungsbestimmungen von Art. 63 Abs. 2 AIG, nicht darauf eingehen, inwiefern die Anknüpfung an die Integrationskriterien für diese Personengruppen rechtmässig ist, muss kritisch betrachtet werden. Wahrscheinlich weiss zum heutigen Tag niemand mehr so genau, welchen Inhalt diese Niederlassungsvereinbarungen aufweisen und ob diesen tatsächlich der Vorrang vor dem Bundesrecht zukommt, weshalb diese Problematik totgeschwiegen wurde, wohl in der Hoffnung, dass sich die Frage nie stellen würde.

### 3.3.2. Personen mit Aufenthaltsanspruch

[89] Die Problematik betreffend die aus Niederlassungsvereinbarungen fliessenden Ansprüche auf die Niederlassungsbewilligung kann zumindest teilweise entschärft werden, wie in der Folge zu sehen sein wird: Bürgerinnen und Bürgern der EU-EFTA-Staaten, Flüchtlinge sowie Familienangehörige von Schweizerinnen und Schweizern, haben einen Anspruch auf Aufenthalt in der Schweiz.<sup>213</sup> Diejenigen Personen, die allenfalls als Ausfluss einer Niederlassungsvereinbarung einen Anspruch auf Erteilung der Niederlassungsbewilligung haben, sind in der Regel EU-/EFTA-Bürger, weshalb sie ebenfalls hierunter zu fassen sind. Die Bewilligungen von Angehörigen der genannten Personengruppen können nicht mit Bedingungen oder Integrationsvereinbarungen, sondern lediglich mit Erwartungen oder Integrationsempfehlungen verknüpft werden, die nicht rechtlich durchsetzbar sind und deren Nichteinhaltung nicht zum Widerruf der Bewilligung führen kann.<sup>214</sup> Es hat demnach keinerlei Rechtsfolgen, wenn die betroffenen Personen nichts unternehmen, um ihr Verhalten im Sinne der Erwartungen zu verbessern. Selbstverständlich können bestimmte Verhaltensweisen unter strengen Voraussetzungen trotzdem zum Widerruf von Bewilligungen führen, nicht jedoch die Nichteinhaltung einer Bedingung resp. in diesem Fall einer Erwartung für sich alleine. Aufgrund des Gesagten stellt sich die Frage, ob sich eine Rückstufung ebendieser Personengruppen überhaupt jemals als erforderlich und damit als rechtmässig erweist.

[90] Zunächst ist auf diejenigen Argumente einzugehen, die gegen die Anwendungsmöglichkeit der Rückstufung bei anspruchsberechtigten Personen anzuführen sind. Ziel des Gesetzgebers war es, ausländische Personen an ihre Integrationsverpflichtung zu erinnern, indem ihnen mittels Aufenthaltsbewilligung Verpflichtungen auferlegt werden können, was bei der Niederlassungsbewilligung nicht möglich ist. Es zeigt sich nun jedoch, dass anspruchsberechtigten Personen mit Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung gerade keine Verpflichtungen auferlegt werden können. Erwartungen können auch formlos oder mittels Verwarnung mitgeteilt werden, sodass das Ziel der Rückstufung nicht in der beabsichtigten Form erreicht werden kann.<sup>215</sup> Trotzdem geht mit der Rückstufung natürlich eine Statusverschlechterung einher. Wenn nun durch eine Rückstufung der angestrebte Zweck gar nicht erreicht werden kann resp. dieser auch mittels milderer

---

<sup>213</sup> Vgl. für EU-Bürger/innen: SPESCHA/BOLZLI/DE WECK/PRIULI (Fn. 1), S. 104; für Flüchtlinge Art. 33 FK, Art. 3 EMRK und Art. 60 AsylG und für Familienangehörige von Schweizerinnen und Schweizern Art. 42 AIG und Art. 8 EMRK.

<sup>214</sup> Vgl. oben, 2.5.1.

<sup>215</sup> So stellte auch das Verwaltungsgericht Zürich bei der Rückstufung einer ausländischen Beschwerdeführerin, die mit einem Schweizer verheiratet war und deshalb lediglich von einer Integrationsempfehlung betroffen sein konnte, fest, dass eine Rückstufung ihren Zweck nicht erfüllen könnte, weil eine solche lediglich zur Folge hätte, dass die Beschwerdeführerin in Zukunft schlechter gestellt wäre, eine stärkere Mahnwirkung als eine Verwarnung in Hinblick auf die Vornahme der Integrationsbemühungen vermöge eine Rückstufung jedoch nicht zu entfalten, Urteil VB.2020.00352 vom 26. November 2020, E. 3.3.

Massnahmen erreicht werden könnte, handelt es sich bei der Rückstufung einzig und allein um eine Bestrafung, die keinem öffentlichen Interesse dient. Gerade weil ausländische Personen infolge einer Rückstufung, die sie als «grundlos» empfinden, wohl nicht dazu motiviert werden dürften, ihr Verhalten positiv zu verändern, könnte die Rückstufung ins Leere laufen. Die Rückstufung erwiese sich demnach als nicht geeignet, um den angestrebten Zweck zu erreichen, als nicht erforderlich, weil ein milderer Mittel (Verwarnung oder Ermahnung) die gleiche Wirkung erzielen könnte, und damit schliesslich allgemein als nicht verhältnismässig.

[91] Für die Rückstufung von anspruchsberechtigten Personen spricht jedoch zum einen, dass die Rückstufung auch in ihrer Bestrafungsfunktion im Sinne einer Abschreckung einen Einfluss auf das Verhalten der Betroffenen haben kann, vor allem jedoch weil die Rückstufung gerade nicht nur mit negativen Konsequenzen drohen, sondern auch positive Anreize setzen möchte.<sup>216</sup> Für zurückgestufte Personen besteht demnach bei Wohlverhalten die Möglichkeit, die Niederlassungsbewilligung und damit den besseren ausländerrechtlichen Status wieder zu erhalten. Unter diesen Voraussetzungen könnte demnach die Rückstufung ihren Zweck erfüllen, auch wenn der Verlust der Aufenthaltsbewilligung mangels Durchsetzbarkeit der «Erwartungen» nicht droht. Des Weiteren könnte zwar eine Verwarnung als milderer Mittel die gleiche Wirkung haben wie eine Rückstufung, die nicht mit Verpflichtungen verbunden werden kann, das Problem ist jedoch, dass eine Wegweisungsverwarnung nur beim Vorliegen eines Widerrufsgrundes, und gerade nicht beim Vorliegen eines Integrationsdefizits, möglich ist, und dass eine Rückstufungsverwarnung nur ausgesprochen werden kann, wenn auch die Rückstufung als Massnahme angeordnet werden kann. Der Verweis auf eine mögliche Rückstufungsverwarnung vermag demnach die Erforderlichkeit der Rückstufung als Massnahme nicht auszuschliessen. Eine Wegweisungsverwarnung als mildere Massnahme im Vergleich zur Rückstufung ist nur bei einer in Frage stehenden Rückstufung inkl. Widerrufsgrund möglich. Für die Rückstufung wegen eines Integrationsdefizits bliebe demnach nur die formlose Ermahnung als mildere Massnahme übrig, die allenfalls weniger wirksam sein kann als die Vornahme einer Rückstufung.

[92] Ebenfalls als notwendig kann die Rückstufung anspruchsberechtigter Personen deshalb erachtet werden, weil sie infolge der völkerrechtlichen Unzulässigkeit der Wegweisung die schärfstmögliche Massnahme darstellt, um gegen Fehlverhalten ausländischer Personen vorzugehen.<sup>217</sup> Für dieses Argument spricht zudem die Tatsache, dass auf diese Weise bereits unter dem alten Recht «Rückstufungen» vorgenommen wurden, indem Personen die Niederlassungsbewilligung nach AIG widerrufen wurde, ihnen danach jedoch aufgrund völkerrechtlicher Verpflichtungen eine Aufenthaltsbewilligung zugesprochen wurde. Diese Konstellation liegt dem Urteil 2C\_534/2019 des Bundesgerichts zugrunde: Die Niederlassungsbewilligung eines deutschen Staatsangehörigen wurde wegen Verurteilungen nach Art. 63 Abs. 1 AIG widerrufen, es lag jedoch keine hinreichend schwere und gegenwärtige Gefahr gemäss Art. 5 Anh. I FZA vor, sodass die Voraussetzungen für eine Wegweisung nach dem Freizügigkeitsabkommen nicht gegeben waren, weshalb dem Betroffenen eine Aufenthaltsbewilligung erteilt wurde. Streitgegenstand war dann vor Bundesgericht zwar nicht der Widerruf der Niederlassungsbewilligung, sondern die Frage, ob dem Betroffenen überhaupt nach FZA eine Aufenthaltsbewilligung zu erteilen sei. Trotzdem zeigt das Urteil, dass die oberen kantonalen Instanzen, das SEM, welches in diesem Fall als Beschwer-

---

<sup>216</sup> Urteil des Verwaltungsgerichts Zürich VB.2020.00539 vom 16. Dezember 2020, E. 4.3.1.

<sup>217</sup> Vgl. Urteil des Verwaltungsgericht Aargau WBE 2020.8 vom 7. Juli 2020, E. 2.4.2.

deführer auftrat, und das Bundesgericht die Zulässigkeit dieses Vorgehens anerkannten.<sup>218</sup> Für anspruchsberechtigte Personen bestand demnach bereits früher das Bedürfnis, beim Vorliegen eines Widerrufsgrundes nach Art. 63 Abs. 1 AIG eine Rückstufung anzuordnen, wenn eine Wegweisung nicht verhältnismässig resp. aus völkerrechtlichen Gründen nicht zulässig war.

### 3.3.3. Fazit

[93] Aus der Tatsache, dass bereits unter dem bisherigen Recht eine Art. «Rückstufung» möglich war, sofern ein Widerrufsgrund nach Art. 63 Abs. 1 AIG vorlag, ergibt sich die Notwendigkeit, dass auch heute zumindest die eine Art der Rückstufung, nämlich die Rückstufung inkl. Widerrufsgrund, möglich sein muss, gerade weil bei einem Verzicht auf die Rückstufung nach Art. 63 Abs. 2 AIG in diesen Fällen ansonsten einfach nach Art. 63 Abs. 1 AIG vorgegangen werden könnte. Dieses Vorgehen erscheint auch deshalb sinnvoll und notwendig, weil aufgrund von völkerrechtlichen Ansprüchen keine schärfere Massnahme angeordnet werden kann. Sie lässt sich zudem mit allfälligen Ansprüchen aus Niederlassungsvereinbarungen in Einklang bringen, zumal hier ohnehin ein Widerrufsgrund vorliegt, der bereits unter dem alten Recht zu einer Einschränkung des Anspruchs führen konnte und keine neuen Probleme aufwirft.

[94] Geht es jedoch um die Erfüllung der Integrationskriterien, ist es zumindest fraglich, inwiefern sich eine Rückstufung als notwendig erweist, zumal nicht klar ist, ob eine Rückstufung tatsächlich mittels Abschreckung oder Anreizen dazu in der Lage ist, bessere Effekte betreffend Integrationsförderung zu erzielen, als eine formlose Ermahnung oder Aufforderung zu Verhaltensverbesserung. Kann die Rückstufung nämlich keinen Effekt erzielen oder ist sie gar kontraproduktiv, stellt sie lediglich eine Bestrafung dar, die keinem öffentlichen Interesse dient und damit den Grundsätzen des Verwaltungsrechts widerspricht. Bei fehlendem Widerrufsgrund ist das öffentliche Interesse an einer Verhaltensänderung zudem meist nur gering, zumal dann z.B. mangelhafte Sprachkenntnisse oder Schulden im Vordergrund stehen. Nach der hier vertretenen Ansicht soll die Rückstufung alleine wegen eines Integrationsdefizits deshalb bei anspruchsberechtigten Personen, also bei Ehegatten von Schweizerinnen und Schweizern, bei Flüchtlingen sowie bei EU/EFTA-Bürgern, nur sehr zurückhaltend angewendet werden. Die Migrationsbehörden sollten eine Rückstufung nur als *ultima ratio* anordnen, wenn alle anderen Möglichkeiten ausgeschöpft wurden und wenn das öffentliche Interesse in Einzelfällen besonders gewichtig ist. Als Beispiel wäre hier eine ausländische Person zu nennen, die horrenden Beträge an Schulden anhäuft und keinerlei Willen zur wirtschaftlichen Integration zeigt, und die mittels Ermahnungen und Verwarnungen nicht zu einer Verhaltensänderung motiviert werden kann. In einem solchen Fall könnte sich die Rückstufung als einzig mögliche Massnahme als erforderlich und aufgrund des grossen öffentlichen Interesses als verhältnismässig im engeren Sinne erweisen. Wird auf die Rückstufung anspruchsberechtigter Personen wegen eines reinen Integrationsdefizits möglichst verzichtet, stellen sich auch die komplexen Fragen in Bezug auf die anspruchseinräumenden Nie-

---

<sup>218</sup> Urteil des Bundesgerichts 2C\_534/2019 vom 4. Februar 2020 E. 2: Das Bundesgericht bezeichnet die Vorgehensweise der oberen kantonalen Instanz als «Rückstufung», was impliziert, dass es diese als Rechtsinstrument in einer solchen Konstellation anerkennt.

derlassungsvereinbarungen nicht, die wohl ohnehin auch das Ergebnis nahelegen würden, dass die Rückstufung ebendieser Personengruppen nicht zulässig ist.<sup>219</sup>

### 3.4. Kollisionsregelung (Landesverweisung)

[95] Die Bestimmungen über die strafrechtliche Landesverweisung wurden infolge der «Ausschaffungsinitiative»<sup>220</sup> in die Verfassung aufgenommen und anschliessend in Art. 66a ff. StGB konkretisiert.<sup>221</sup> Mit der Einführung der strafrechtlichen Landesverweisung stellten sich diverse kollisionsrechtliche Fragen in Bezug auf den ausländerrechtlichen Widerruf von Bewilligungen. Klar und gesetzlich geregelt ist lediglich, dass eine Bewilligung nicht allein wegen eines Delikts widerrufen werden kann, für das ein Strafgericht bereits von einer Landesverweisung abgesehen hat (Art. 62 Abs. 2 und Art. 63 Abs. 3 AIG). Trotzdem stellt sich in diesem Zusammenhang insbesondere die Frage, inwieweit der ausländerrechtliche Widerruf einer Bewilligung wegen anderer Gründe noch zulässig ist, wenn die Strafbehörde von diesen Gründen bereits Kenntnis hatte oder inwiefern die Kollisionsregelung Anwendung findet, wenn lediglich ein Strafbefehl ergangen ist und damit auf die Prüfung einer Landesverweisung verzichtet wurde.<sup>222</sup> Die Beantwortung dieser Fragen würde den Rahmen dieses Aufsatzes jedoch bei weitem sprengen, weshalb an dieser Stelle nur kurz darauf eingegangen werden soll, wie nach der hier vertretenen Ansicht das Verhältnis der Landesverweisung zur Rückstufung betrachtet werden sollte.

[96] Wie bereits festgestellt, darf gemäss Art. 63 Abs. 3 AIG eine Bewilligung nicht nur aufgrund eines Delikts widerrufen werden, für das ein Strafgericht bereits von einer Landesverweisung abgesehen hat. Der Wortlaut und die Systematik des Gesetzes würden sich dafür aussprechen, dass auch die Kompetenz zur Anordnung einer Rückstufung dahinfällt, wenn das Strafgericht von einer Landesverweisung abgesehen hat, zumal in Art. 63 Abs. 3 AIG ganz allgemein von «Widerruf einer Bewilligung» die Rede ist und weil sich Abs. 3 auch systematisch auf beide der vorangehenden Absätze beziehen könnte. Zum Zeitpunkt der Einführung der Kollisionsregelung ins Gesetz (1. Oktober 2016) kannte das Gesetz die Rückstufung jedoch noch gar nicht, weshalb keine Gründe bestehen, die Kollisionsregelung auch auf die Rückstufung anzuwenden. Eine teleologische Auslegung kommt ebenfalls zum klaren Ergebnis, dass der Zweck der Landesverweisung und derjenige der Rückstufung sehr weit auseinanderliegen und auch die Rechtsfolgen kaum etwas miteinander zu tun haben. So ist das Ziel der Landesverweisung einzig und allein die eigentliche «Ausschaffung» einer Person, die ein bestimmtes Delikt begangen hat. Bei der Rückstufung ist es hingegen gerade der Sinn, dass die betroffene Person weiterhin ein Aufenthaltsrecht in der Schweiz hat, dieses aus präventiven Gründen jedoch mit Bedingungen verbunden werden kann. Die Gefahr einer Doppelspurigkeit, die durch die Kollisionsregelung von Art. 63 Abs. 3 AIG verhindert werden soll, besteht demnach ohnehin nicht. Viel eher würde der Handlungsspielraum der Migrationsbehörden ohne koordinationsrechtliche Notwendigkeit beschnitten, was sich vor

---

<sup>219</sup> Vgl. ACHERMANN/KÜNZLI (Fn. 53), S. 180, die sich vor dem Erlass der Bestimmungen über die Rückstufung gegen ebendiese aussprachen, mit der Begründung, dass die Rückstufung im Konflikt mit Niederlassungsvereinbarungen stehen und zu komplexen Rechtsfragen führen würde.

<sup>220</sup> Volksinitiative «Für die Ausschaffung krimineller Ausländer (Ausschaffungsinitiative)» vom 15. Februar 2008, Geschäft 09.060.

<sup>221</sup> Vgl. zur strafrechtlichen Landesverweisung im Allgemeinen FOLKA GERHARD/VETTERLI LUZIA, Die Landesverweisung nach Art. 66a StGB als strafrechtliche Sanktion, in: plädoyer 5/2016, S. 82 ff.

<sup>222</sup> Ebd.

allem auch darin zeigt, dass die Strafbehörden gar keine Rückstufung aussprechen dürfen.<sup>223</sup> Delinquierende Ausländer würden insofern bessergestellt als andere mangelhaft integrierte Ausländer, indem erstere weder durch die Strafbehörde (mangels Kompetenz) noch durch die Migrationsbehörden (aufgrund der Kollisionsregelung) zurückgestuft werden könnten.<sup>224</sup> Folglich sollte im Rahmen der Rückstufung das Integrationskriterium der öffentlichen Sicherheit und Ordnung auch bei strafrechtlichen Verurteilungen als nicht erfüllt gelten können.<sup>225</sup>

### 3.5. Zustimmung SEM

[97] Gemäss Art. 99 AIG kann vorgesehen werden, dass gewisse Bewilligungsentscheide kantonaler Migrationsbehörden dem SEM zur Zustimmung zu unterbreiten sind. Nach Absatz 2 kann das SEM die Zustimmung gänzlich verweigern, befristen oder an Bedingungen und Auflagen knüpfen. Der Bundesrat hat mit der Verordnung des EJPD über das ausländerrechtliche Zustimmungsverfahren (ZV-EJPD) die entsprechenden Fälle aufgelistet. Hintergrund dieser Bestimmung ist die Aufsichtsfunktion des SEM, die dafür sorgen soll, dass die Anwendung des Bundesrechts im Bereich des Ausländergesetzes in den Kantonen koordiniert wird.<sup>226</sup> Gemäss Art. 3 lit. g der genannten Verordnung ist dem SEM auch die Erteilung der Aufenthaltsbewilligung zur Ersetzung einer widerrufenen Niederlassungsbewilligung zu unterbreiten.

[98] Breits der Wortlaut dieser Bestimmung macht deutlich, dass lediglich die dem Entzug der Niederlassungsbewilligung folgende Erteilung der Aufenthaltsbewilligung unter dem Zustimmungsvorbehalt des SEM steht, und nicht der Entzug der Niederlassungsbewilligung an sich. Letzteres wäre sodann auch nicht zulässig, zumal Bewilligungswiderrufe gerade nicht unter dem Zustimmungsvorbehalt des SEM stehen, weshalb die Stellungnahme des SEM zum Entzug der Niederlassungsbewilligung mangels ausreichender Delegationsnorm gesetzeswidrig wäre und auch der Logik widersprechen würde, indem Widerruf samt Wegweisung in der alleinigen kantonalen Kompetenz liegen, während für die «mildere Massnahme» ein Vetorecht des SEM bestehen würde. Auch der Zustimmungsvorbehalt für die ersatzweise zu erteilende Aufenthaltsbewilligung ist jedoch aus systematischer und teleologischer Sicht widersinnig, wie in der Folge zu sehen sein wird.

[99] Es wurde bereits festgestellt, dass es sich bei der Rückstufung um den Entzug der Niederlassungsbewilligung mit gleichzeitiger Erteilung der Aufenthaltsbewilligung, also um eine Statusverschlechterung *uno actu* handelt, die gerade wegen der Gefahr der Umgehung von Art. 63 Abs. 1 AIG nicht in zwei separate Akte aufgeteilt werden darf. Wird die Niederlassungsbewilligung im Rahmen eines Rückstufungsentscheids entzogen, ist nach dem Gesetzeswortlaut zwingend eine Aufenthaltsbewilligung zu erteilen. Es handelt sich bei der Rückstufung nicht um eine unabhängige Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung, sondern um eine Schwächung der Rechtsstellung in Bezug auf eine Bewilligung, die bereits besteht und für die unter Umständen bereits zu einem früheren Zeitpunkt eine Zustimmung durch das SEM erteilt wurde. Dass das SEM aufgrund des Zustimmungsvorbehalts am Entzug der Niederlassungsbewilligung nichts ändern

---

<sup>223</sup> Gl.M. auch Verwaltungsgericht Aargau WBE.2020.8 vom 7. Juli 2020, E. 4.1.3.

<sup>224</sup> Ebd.

<sup>225</sup> Vgl. hierzu die bisher unbeantwortete Frage oben, unter 2.2.1.

<sup>226</sup> DIETHELM RAHEL, Das Bundesgericht ändert seine Rechtsprechung zur Zulässigkeit des Zustimmungsverfahrens im Ausländerrecht, in: dRSK, publiziert am 19. Juni 2015, N 19.

kann, dann jedoch die Erteilung der Aufenthaltsbewilligung verhindern können soll, hätte zur Folge, dass das SEM demnach einen kantonalen Entscheid durch eine strengere Massnahme ersetzen könnte.<sup>227</sup> Dadurch findet zum einen eine Kompetenzverschiebung von den kantonalen Migrations- oder Rechtsmittelinstanzen hin zum SEM statt, was zwar durch Art. 99 AIG vorgesehen ist, in der Lehre jedoch bereits auf Kritik gestossen ist,<sup>228</sup> zum anderen verunmöglicht diese Vorgehensweise eine korrekte Interessenabwägung im Rahmen der kantonalen Entscheide, zumal zu diesem Zeitpunkt aufgrund des Zustimmungsvorbehalts noch nicht klar ist, ob der Entscheid für die ausländische Person tatsächlich «nur» eine Statusänderung mit sich bringt, oder ob sie gar mit einer Wegweisung zu rechnen hat. Diese Unterscheidung ist für eine korrekte Gewichtung im Rahmen der Verhältnismässigkeitsprüfung von grosser Relevanz, zumal eine Wegweisung sehr viel einschneidendere Wirkungen hat als eine Rückstufung.<sup>229</sup> Wird also im kantonalen Entscheid eine Rückstufung als verhältnismässig erachtet, bedeutet das noch lange nicht, dass sich auch eine Wegweisung als verhältnismässig erweisen würde. Verweigert in der Folge jedoch das SEM die Zustimmung zur Erteilung der Aufenthaltsbewilligung, handelt es sich um eine durch die kantonale Behörde nicht beabsichtigte und deshalb auch nicht geprüfte Wegweisung, die im Ergebnis demnach unrechtmässig sein kann bzw. in der Regel unter dem Gesichtspunkt der Verhältnismässigkeit unrechtmässig sein dürfte.

[100] Es lässt sich feststellen, dass der Zustimmungsvorbehalt aus teleologischen und systematischen Gründen nur sinnvoll erscheinen würde, wenn die gesamte Rückstufung als ein einziger Akt unter dem Vetorecht des SEM stehen würde, schliesslich könnte das SEM auch nur dadurch seine durch den Vorbehalt beabsichtigte Aufgabe – die einheitliche Anwendung der Rückstufung – wahrnehmen. Allein durch die Beurteilung der Erteilung der Aufenthaltsbewilligung können die Rückstufungskriterien durch das SEM nicht kontrolliert werden und der Zweck der Zustimmungserfordernisses entfällt. Für die Unterstellung der gesamten Rückstufung als ein zusammengehörender Akt fehlt es jedoch an einer gesetzlichen Grundlage, weil Bewilligungswiderrufe nicht durch die Delegationsnormen von Art. 99 AIG und Art. 85 VZAE gedeckt sind. Abschliessend ist festzustellen, dass der Zustimmungsvorbehalt unter diesen Voraussetzungen als sinnwidrig, und infolge der unzulässigen Unterteilung der Rückstufung in zwei separate Akte, auch als gesetzeswidrig erscheint.

[101] Schliesslich stellen sich betreffend Zustimmungserfordernis auch noch verfahrensrechtliche Fragen. Ein nachträgliches Zustimmungsverfahren durch das SEM und die damit einhergehende Gefahr einer Verweigerung der Aufenthaltsbewilligung könnte sich auch hinsichtlich des Instanzenzugs negativ auswirken. So steht gegen die Zustimmungsverweigerung des SEM die Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht offen, dieser Entscheid kann dann jedoch wiederum gemäss Art. 83 lit. c Ziff. 2 BGG nur dann ans Bundesgericht weitergezogen werden, wenn auf die in Frage stehende Bewilligung ein Anspruch besteht. Da die Niederlassungsbewilligung bereits widerrufen wurde, stünde hier die Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung im Raum, wofür – unter Vorbehalt einzelner Konstellationen – in der Regel kein Rechtsanspruch geltend gemacht wer-

---

<sup>227</sup> RUDIN LISA, Zustimmungsverfahren bei Rückstufung gemäss Ausländer- und Integrationsgesetz, in: Jusletter 29. März 2021, N 6.

<sup>228</sup> OFK-SPESCHA (Fn. 26), N 4 zu Art. 99 AIG; UEBERSAX PETER, Zur Revision des Ausländergesetzes gemäss der Botschaft des Bundesrates vom März 2018, in: Jusletter 9. Juli 2018, N 10 f.

<sup>229</sup> Vgl. RUDIN (Fn. 227), N 6.

den kann.<sup>230</sup> Die Beschwerde ans Bundesgericht bliebe den von der Zustimmungsverweigerung betroffenen Personen verwehrt. Über eine Wegweisung würde in diesen Fällen also lediglich ein kantonaler Entscheid, der die Wegweisung weder beabsichtigte noch deren Verhältnismässigkeit überprüfte, sowie das Urteil des Bundesverwaltungsgericht entscheiden. Zu vermeiden wären die unzureichende gerichtliche Beurteilung und die Wegweisung lediglich dadurch, dass bereits der kantonale Entscheid über die Rückstufung bis ans Bundesgericht weitergezogen würden. Für die kantonalen Rechtsmittelinstanzen sowie für das Bundesgericht gilt das Verbot der *reformatio in peius*, sodass in diesem Verfahren keine Wegweisung anstelle der Rückstufung angeordnet werden kann. Entscheidet das Bundesgericht schliesslich über die Rückstufung und erachtet es eine solche als korrekt, so kann auch das SEM seine Zustimmung nicht mehr verweigern und keine Wegweisung anordnen. Das hätte jedoch zur Folge, dass jegliche kantonalen Entscheide über die Rückstufung den Instanzenzug bis hin zum Bundesgericht vollständig ausschöpfen müssten, um einer allfälligen Verweigerung der Zustimmung durch das SEM vorzugreifen und diese mit Sicherheit ausschliessen zu können. So müssten auch Fälle, in denen eine Abwendung der Rückstufung kaum Chancen hat, bis ans Bundesgericht weitergezogen werden, um eine Wegweisung infolge verweigerter Zustimmung abzuwenden, gerade weil die Gefahr einer Zustimmungsverweigerung umso grösser ist, je schwerer die Integrationsdefizite sind und je eher auch das Bundesgericht eine Rückstufung bestätigen würde.<sup>231</sup>

[102] Die nachträgliche Einholung der Zustimmung des SEM durch die kantonalen Migrationsbehörden birgt nicht nur die Gefahr der gesetzeswidrigen Anwendung von Art. 63 Abs. 2 AIG, indem aus einer Statusänderung plötzlich eine (zweckwidrige) Wegweisung entstehen würde, sie würde auch eine unnötige Beschwerdeflut ans Bundesgericht mit sich bringen, weil den Betroffenen keine andere Wahl bleibt, als den Rückstufungsentscheid bis ans Bundesgericht weiterzuziehen, wenn sie eine Wegweisung mit Sicherheit verhindern wollen. RUDIN schlägt deshalb als Lösungsansatz vor, dass die Zustimmung des SEM bei der Rückstufung – analog der Praxis bei anderen zustimmungsbedürftigen Entscheiden – vorgängig, also vor Entscheid über die Rückstufung einzuholen sei.<sup>232</sup> Dieses Vorgehen hätte den Vorteil, dass die kantonalen Migrationsbehörden bereits vor ihrem Entscheid in Erfahrungen bringen würde, wenn das SEM die Zustimmung zu verweigern gedenkt und es sich plötzlich nicht mehr um eine Rückstufung, sondern um eine Wegweisung handeln würde. In diesen Fällen könnte die kantonale Behörde entweder gänzlich auf die Rückstufung verzichten oder aber eine vollständige Prüfung (inkl. Verhältnismässigkeit) einer Wegweisung in die Wege leiten, die dann wiederum auch in den Genuss des ordentlichen Instanzenzuges käme.

[103] Auch gegen eine vorgezogene Einholung der Zustimmung seitens des SEM lassen sich jedoch verfahrensrechtliche Argumente anbringen. Lehnt das SEM auf Nachfrage des kantonalen Migrationsamt vorgängig die Erteilung der Aufenthaltsbewilligung ab, entscheidet schliesslich die kantonale Behörde über das weitere Vorgehen, also darüber, ob keine Massnahme ergriffen wird, oder ob eine Wegweisung angestrebt wird. Stimmt das SEM der beabsichtigten Rückstufung zu, muss die kantonale Behörde die Rückstufung in der Folge noch verfügen. In beiden Fällen ist die ausländische Person demnach erst durch den Entscheid der kantonalen Behörde tatsächlich in ihrer Rechtsstellung betroffen, weshalb der vorgängige Entscheid des SEM mangels Rechts-

---

<sup>230</sup> Für mögliche Ansprüche s. oben. 2.5.3 und die zugehörige Fn. 118.

<sup>231</sup> Vgl. zum Ganzen RUDIN (Fn. 227), N 7 ff.

<sup>232</sup> RUDIN (Fn. 227), N 11 ff.

schutzinteresse nicht angefochten werden kann. Zwar kann der kantonale Entscheid in der Folge angefochten werden, unter Umständen besteht jedoch auch ein Interesse, den Entscheid des SEM anzufechten, schliesslich kann davon ausgegangen werden, dass sich die kantonale Migrationsbehörde nach erfolgter Zustimmung durch das SEM auf dessen Entscheid und Begründung stützt und davon nicht mehr abweicht. Im Vergleich zur nachträglichen Zustimmungseinholung hätte dieses Vorgehen den Nachteil, dass nur der kantonale Entscheid angefochten werden kann, wobei hier immerhin der gesamte Instanzenzug ausgeschöpft werden kann.

[104] Es zeigt sich, dass weder die nachträgliche noch die vorsorgliche Einholung der Zustimmung ein vollständig befriedigendes Ergebnis liefern. Nach der hier vertretenen Ansicht dürfte aus all den genannten Gründen die Rückstufung bzw. die ersatzweise Erteilung der Aufenthaltsbewilligung nicht unter dem Zustimmungsvorbehalt des SEM stehen. Dieser ist mit der gesetzlichen Systematik und Kompetenzordnung nicht vereinbar. Wird davon ausgegangen, dass der Zustimmungsvorbehalt rechtmässig und sinnvoll ist, sollte nach der hier vertretenen Ansicht der vorsorglichen Zustimmungseinholung als Lösungsansatz der Vorzug gegeben werden. Die Gefahr einer Zustimmungsverweigerung durch das SEM bei der nachträglichen Einholung der Zustimmung ist zwar nicht als besonders gross einzuschätzen, zumal das SEM zum einen kantonale Anträge nur mit Zurückhaltung verweigert und ihm zum anderen bekannt ist, dass die Verweigerung der Bewilligungserteilung im Falle einer Rückstufung zu einer zweckwidrigen Wegweisung führen würde, was der Kernaufgabe des SEM, also der kohärenten Anwendung des Ausländer- und Integrationsgesetzes, zuwiderlaufen würde, was zweifellos nicht die Absicht des SEM sein dürfte. Eine Verweigerung der Aufenthaltsbewilligung infolge einer Rückstufung dürfte also wohl wirklich nur im Ausnahmefall erfolgen. Trotzdem besteht die Gefahr in der Theorie und könnte zu gravierenden Rechtsunsicherheiten bzw. gar Unrechtmässigkeiten führen. Die vorgängige Einholung der Zustimmung entspricht ohnehin auch der Praxis in anderen zustimmungsbedürftigen Fällen (so beispielsweise bei der Zustimmung zur vorzeitigen Erteilung der Niederlassungsbewilligung) und es bringt für die kantonalen Behörden weder einen erheblichen Mehraufwand noch eine grosse Änderung des Alltagsgeschäfts mit sich, im Gegenzug kann durch diese kleine verfahrenstechnische Anpassung ein grosses Stück Rechtssicherheit geschaffen werden. Einige Kantone scheinen sodann bereits dem soeben beschriebenen Vorgehen der vorgängigen Zustimmung durch das SEM zu folgen; so kommentierte der Präsident des Verwaltungsgerichts Aargau den Beitrag RUDINS dahingehend, dass im Kanton Aargau die vorgängige Zustimmungseinholung eingeführt sei, dass das SEM jeweils sehr rasch entscheide, sich ein vorsorglicher Weiterzug des Rückstufungsentscheids dadurch erübrige und sich das Vorgehen deshalb im Kanton Aargau bereits etabliert habe.<sup>233</sup> Wird also – entgegen der hier vertretenen Ansicht – davon ausgegangen, dass der Zustimmungsvorbehalt im Bereich der Rückstufung gesetzesmässig und damit anwendbar ist, ist im Fazit der Ansicht RUDINS zuzustimmen: Die Zustimmung sollte vorgängig eingeholt werden. Bestenfalls entfällt für die Rückstufung jedoch aus den oben genannten Gründen das Zustimmungserfordernis gänzlich, sodass sich auch die verfahrensrechtlichen Fragen erübrigen und die kantonalen Behörden ihre Verantwortung betreffend die Anordnung von Rückstufungen selbständig und pflichtgemäss wahrnehmen.

---

<sup>233</sup> Kommentar vom 29. März 2021 von MARC BUSSLINGER, Präsident des Verwaltungsgerichts Aargau, zum Beitrag RUDIN, Zustimmungsverfahren bei Rückstufung gemäss Ausländer- und Integrationsgesetz.

### 3.6. Wiedererteilung der Niederlassungsbewilligung

[105] Gemäss Art. 34 Abs. 6 AIG i.V.m. Art. 61a VZAE kann die Niederlassungsbewilligung nach einer Rückstufung fünf Jahre nach dem rechtskräftigen Widerruf der Niederlassungsbewilligung wieder erteilt werden, wenn keine Widerrufsgründe nach Art. 62 oder 63 Abs. 2 AIG vorliegen, die Integrationskriterien nach Art. 58a AIG erfüllt sind und die am Wohnort gesprochene Landessprache auf dem Referenzniveau A2 (mündlich) und A1 (schriftlich) beherrscht wird. Die Kriterien sind grundsätzlich schlüssig, sind es doch dieselben Kriterien, die auch für die «ordentliche» Erteilung der Niederlassungsbewilligung nach Art. 34 Abs. 1 AIG vorausgesetzt werden. Einer Klärung bedarf lediglich die Fünfjahresfrist, die nach der Ansicht einiger Autoren vollkommen dahinfallen sollte.<sup>234</sup> Tatsächlich mutet die Fünfjahresfrist in Anbetracht der Zweckbestimmung der Rückstufung seltsam an, zumal die Rückstufung allem voran das Ziel verfolgen soll, die Integration der Ausländerin oder des Ausländers zu fördern. Es könnte deshalb auch festgelegt werden, dass die Person die Niederlassungsbewilligung sogleich wieder beantragen können soll, sobald sie die Integrationskriterien nach Art. 58a AIG (wieder) erfüllt, ansonsten die Fünfjahresfrist wie eine «Mindeststrafe» für die frühere Nichterfüllung der Integrationskriterien wirkt. Grund für die Einführung der Fünfjahresfrist dürfte es wohl jedoch gewesen sein, an die Erfüllung der Integrationskriterien auch eine gewisse Nachhaltigkeit zu knüpfen, sonst könnte eine ausländische Person bei der ersten Verlängerung ein Jahr nach erfolgter Rückstufung wegen hauptsächlich misslungener wirtschaftlicher Integration beispielsweise kurzzeitig einer Erwerbstätigkeit nachgehen und sich von der Sozialhilfeunterstützung ablösen, nur um gleich nach Erhalt der Niederlassungsbewilligung die Arbeitsstelle wieder aufzugeben. Durch die fünfjährige Frist erhoffte sich der Gesetzgeber, die ausländischen Personen zumindest für eine gewisse Dauer verpflichten zu können, damit sich die Situation bis zur Erteilung der Niederlassungsbewilligung dauerhaft stabilisiert hat. Mit diesem Argument lässt sich die Frist auch mit dem Zweck der Rückstufung in Einklang bringen, zumal dadurch die Prävention nachhaltiger sein dürfte, als wenn lediglich aus prozesstaktischen Gründen kurzfristig eine Verbesserung der Situation herbeigeführt wird, ohne die tatsächliche Absicht zu haben, sich im Sinne der Kriterien nach Art. 58a AIG erfolgreich zu integrieren.

## 4. Zusammenfassung

### 4.1. Allgemein

[106] Auf den letzten Seiten wurde die Thematik der Rückstufung vor allem dogmatisch und theoretisch behandelt, sodass die Bedeutung ebendieser Feststellungen für die Praxis etwas zu kurz gekommen sein könnte. Aus diesem Grund wird in diesem letzten Kapitel noch einmal versucht, die gewonnenen Erkenntnisse in einem praktischen Leitfaden zusammenzufassen, damit diese auch tatsächlich angewendet werden können.

[107] Zuallererst ist immer festzustellen, ob die potentiell von der Rückstufung betroffene Person einen Anspruch auf Verbleib in der Schweiz hat. Ist dies der Fall, sollte eine Rückstufung wegen eines Integrationsdefizits nur sehr restriktiv angeordnet werden, während für die Rückstufung

---

<sup>234</sup> Vgl. OFK-SPESCHA (Fn. 62), N 24 zu Art. 34 AIG, der postuliert, dass eine zurückgestufte ausländische Person sofort nach der Behebung des Defizits wieder das «Upgrade» auf die Niederlassungsbewilligung erhalten sollte.

inkl. Widerrufsgrund nach dem nachfolgenden Schema vorgegangen werden kann. Besteht kein entsprechender Anspruch, ist von Beginn an diesem Ablauf zu folgen.

#### **4.2. Rückstufung inkl. Widerrufsgrund**

[108] Liegt zusätzlich zum Integrationsdefizit i.S.v. Art. 58a AIG ein Widerrufsgrund nach Art. 63 Abs. 2 AIG vor, so wird bei vorhandener Verhältnismässigkeit eine Wegweisung verfügt, und bei fehlender Verhältnismässigkeit ist entweder eine Wegweisungsverwarnung oder eine Rückstufung anzuordnen. Eine vorgängige Verwarnung zur Rückstufung aus Argumenten des Vertrauensschutzes ist ausser beim Bezug von Sozialhilfe nach über fünfzehnjährigem Aufenthalt nicht zwingend notwendig. Die kantonale Behörde hat bei der Wahl zwischen einer Verwarnung und einer Rückstufung einen Ermessensspielraum; erachtet sie eine reine Verwarnung als nicht ausreichend, zum Beispiel weil die öffentlichen Interessen besonders gewichtig sind, ordnet sie eine Rückstufung an. Wichtig ist hierbei, dass sie keine Gesamtwürdigung der Integrationskriterien vorzunehmen hat, da das Vorliegen eines Widerrufsgrundes das Vorliegen eines gesamthaften Integrationsdefizits impliziert. Mit der Rückstufung ist zudem für den Fall der Nichteinhaltung der Bedingungen die Wegweisung anzudrohen. Erweist sich eine Rückstufung als unverhältnismässig, wird die betroffene Person sowohl auf die Rückstufung als auch auf die Wegweisung verwarnet. Werden die Bedingungen infolge der Rückstufung nicht erfüllt, kann sich eine Wegweisung auch bereits nach kurzer Zeit als verhältnismässig erweisen.

#### **4.3. Rückstufung als Reaktion auf ein Integrationsdefizit**

[109] Liegt kein Widerrufsgrund, sondern lediglich ein Integrationsdefizit vor, prüft die Migrationsbehörde eine Rückstufung. Weder die Prüfung einer Wegweisung noch eine Wegweisungsverwarnung sind in diesem Fall zulässig. Für die Rückstufung muss sich die Integration bei einer Gesamtbetrachtung der Umstände als ungenügend erweisen. Liegt bei einer Gesamtbetrachtung kein Integrationsdefizit vor, ist keine Massnahme zu ergreifen. Liegt ein Integrationsdefizit vor, stellt sich die Frage nach der Verhältnismässigkeit, welche sich vor allem anhand des Vertrauensschutzes beurteilt. Ist bis zu diesem Zeitpunkt noch keine Verwarnung erfolgt, erwiese sich eine direkte Rückstufung im Lichte des Kontinuitätsvertrauens als unverhältnismässig, weshalb zunächst eine Verwarnung auszusprechen ist. Erst, nachdem auch eine entsprechende Verwarnung wirkungslos blieb, ist eine Rückstufung anzuordnen. Mit dieser Rückstufungsverfügung ist sodann keine Wegweisung anzudrohen. Werden die mit der Bewilligung zwingend verknüpften Bedingungen nicht eingehalten, rechtfertigt die Nichterfüllung der Bedingungen für sich alleine keinen Widerruf samt Wegweisung. Anstelle einer Wegweisung ist zunächst noch einmal eine Ermahnung oder eine Wegweisungsverwarnung auszusprechen, wobei eine tatsächliche Wegweisung zu einem späteren Zeitpunkt nur möglich sein soll, wenn sie sich aufgrund einer sich veränderten Interessenabwägung als verhältnismässig erweist.<sup>235</sup>

---

<sup>235</sup> Vgl. für ein ähnliches Prüfprogramm das Urteil des Verwaltungsgerichts Aargau WBE.2020.8 vom 7. Juli 2020, E. 2.5, welches grundsätzlich zum gleichen Ergebnis kommt wie der vorliegende Aufsatz, jedoch die Vertrauensschutzinteressen ausser Acht lässt und sich nicht dazu äussert, ob und in welchen Fällen mit einer Rückstufung auch eine Wegweisung angedroht werden darf. Das Gericht berücksichtigt demnach die Gefahr der Umgehung von Art. 63 Abs. 1 AIG nicht.

## 5. Fazit

[110] Als abschliessendes Fazit kann festgestellt werden, dass die Möglichkeit der Rückstufung bisher mehr Fragen aufwarf, als dass sie Lösungen zu präsentieren vermochte. Allein die Tatsache, dass aus der Gesetzessystematik unvermeidlich zwei Arten der Rückstufung entstanden, wobei eine davon nicht beabsichtigt war, mittlerweile jedoch durchaus erwünscht ist, verkompliziert die Anwendung der Rückstufungsbestimmungen, da den beiden Arten aus systematischen und teleologischen Gründen andere Voraussetzungen zugrunde liegen und sie andere Rechtsfolgen nach sich ziehen. Einheitliche Anwendungskriterien für «die eine Rückstufung» kann es nicht geben. Würde auf die Unterscheidung zwischen der Rückstufung inkl. Widerrufgrund und der Rückstufung bei einem Integrationsdefizit verzichtet, käme es in diversen Bereich zu kaum lösbaren Konflikten bzw. zu unlogischen Pauschalisierungen.

[111] Die in diesem Aufsatz postulierte Unterscheidung zwischen den beiden Arten der Rückstufung bietet jedoch bei Weitem keine Antwort auf alle Fragen, die sich im Zusammenhang mit der Rückstufung stellen. Als besonders problematisch ist nach der hier vertretenen Ansicht das Integrationskriterium der Respektierung der Werte der Bundesverfassung, da dessen Inhalt kaum greifbar ist und die grosse Gefahr besteht, dass es im Rahmen dieses Kriteriums zu einer Gesinnungsbestrafung oder zumindest zu prekären Eingriffen in Grundrechte der betroffenen Personen kommt. Die Auferlegung von Bedingungen in diesem Bereich erscheint zudem als kaum praktikabel. Des Weiteren fand auch dieser Aufsatz keine abschliessende Antwort auf die Frage, ob eine Rückstufung von EU-/EFTA-Bürgern bzw. anderen anspruchsberechtigten Person erforderlich und damit allgemein zulässig sein soll. Die Anordnung der Rückstufung ohne Vorliegen eines Widerrufsgrundes sollte in diesen Fällen zumindest nur sehr zurückhaltend erfolgen. Systemwidrig und zu hinterfragen ist sodann das Zustimmungserfordernis für die Erteilung der mit der Rückstufung verbundenen Aufenthaltsbewilligung.

[112] Abschliessend lässt sich feststellen, dass die Einführung der Rückstufung ein gut gemeintes Instrument zur Integrationsförderung darstellte, welches jedoch kaum durchdacht war und deshalb diverse Probleme nach sich zog. Lehre und Rechtsprechung konnten mittlerweile einige Fragen beantworten, wobei dies bisher nur in pauschaler Form und ohne tatsächliche Auseinandersetzung mit den Problemen, welche die jeweilige Ansicht mit sich zieht, geschah. Der vorliegende Aufsatz widmete sich deshalb der Aufgabe, die bisher noch ungeklärten Problemstellungen aufzuschlüsseln und einen möglichst praktikablen Anwendungsleitfaden zu erstellen.

[113] Es wird sich zeigen, ob die Rückstufung geeignet ist, ausländische Personen dazu zu motivieren, ihren Integrationsverpflichtungen nachzukommen, oder ob die Migrationsbehörden in Zukunft mit einer Vielzahl zurückgestufter Personen konfrontiert werden, deren Integration sich nach der Rückstufung nicht verbessert hat, die mangels Verhältnismässigkeit jedoch in der Regel auch nicht weggewiesen werden können, sodass sich anstelle von mangelhaft integrierten Niedergelassenen nun mangelhaft integrierte Jahresaufenthalter in der Schweiz aufhalten, denen die Migrationsbehörden fast genauso «machtlos» gegenüber stehen wie zuvor den Niedergelassenen. Je nach Entwicklung sollte schliesslich darüber nachgedacht werden, ob es in Zukunft weiterhin sinnvoll erscheint, die Integration mittels repressiver ausländerrechtlicher Massnahmen zu erzwingen, oder ob es vielleicht andere, wirkungsvollere Mechanismen gäbe, ausländische Personen proaktiv in die schweizerische Gesellschaft zu integrieren.

---

BLaw LARA BENSEGGER ist Masterstudentin der Rechtswissenschaften an der Universität Basel und arbeitete während des Studiums mehrere Jahre beim Amt für Migration und Bürgerrecht des Kantons Basel-Landschaft. Der Aufsatz basiert auf der von ihr verfassten Masterarbeit im Rahmen des Masterstudiums an der Juristischen Fakultät der Universität Basel, unter der Betreuung von Prof. Dr. iur. Peter Uebersax. Die Masterarbeit wurde bei Editions Weblaw in der Reihe «Magister» publiziert: LARA BENSEGGER, Die Rückstufung im Ausländer- und Integrationsgesetz, in: Magister, Editions Weblaw, Bern 2021.