

BGE 151 I 382

Bundesgericht (BGE), 2025-03-19, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bge_151 I 382](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bge_151_I_382)

FR: ATF 151 I 382

IT: DTF 151 I 382

Regeste

Regeste Art. 2 UNO-Pakt II; Art. 6 und 13 EMRK; Art. 29, 30, 190 und 191c BV; Art. 99 AIG; Prüfung der Kompetenz des Staatssekretariats für Migration (SEM), kantonalen Gerichtsurteilen die Zustimmung zu verweigern, auf ihre Verfassungs- und Völkerrechtskonformität hin. Streitgegenstand und anwendbares Recht (E. 3). Inhalt der Rechtsschutzgarantie gemäss Art. 13 EMRK und Verhältnis zu Art. 6 Ziff. 1 EMRK (E. 4.4.2, 4.4.3 und 4.5). Das in Art. 99 AIG vorgesehene Zustimmungsverfahren ist mit den aus Art. 13 EMRK fliessenden Vorgaben zur Struktur eines wirksamen Rechtsschutzsystems sowie mit den Konventionsgarantien der Waffengleichheit, der angemessenen Verfahrensdauer und der Rechtssicherheit vereinbar (E. 4.4.5, 4.5 und 4.6). Art. 99 AIG verstösst nicht gegen Art. 2 Abs. 3 UNO-Pakt II (E. 4.7). Die Befugnis des SEM, rechtskräftige Entscheide kantonalen Gerichtsinstanzen zu übersteuern, verletzt das Gewaltenteilungsprinzip und den Anspruch auf richterliche Unabhängigkeit (E. 4.9). Appell an den Gesetzgeber (E. 4.1 und 4.10).

Erwägungen

E. 3

Streitgegenstand der vorliegenden Beschwerde ist die seitens der Vorinstanz geschützte Verweigerung der Zustimmung zur Verlängerung der Aufenthaltsbewilligung des Beschwerdeführers und dessen damit einhergehende Wegweisung aus der Schweiz durch das SEM. BGE 151 I 382 S. 385

E. 3.1

Das Verfahren betreffend die Verlängerung der Aufenthaltsbewilligung des Beschwerdeführers wurde vor dem 18. Juli 2018 eingeleitet. In sinngemässer Anwendung von Art. 126 Abs. 1 AIG (SR 142.20) gilt materiell das AuG (seit dem 1. Januar 2019: AIG) in derjenigen Fassung, die bei Einleitung des Verfahrens in Kraft stand (vgl. Urteile 2C_396/2023 vom 24. Mai 2024 E. 6.1; 2C_746/2020 vom 4. März 2021 E. 4.2; 2C_167/2018 vom 9. August 2018 E. 2 mit Hinweisen). Bei Verfahren, die ohne Gesuch der betroffenen Person eingeleitet wurden, ist in der Regel auf den Zeitpunkt der erstmaligen Gewährung des rechtlichen Gehörs abzustellen (Urteil 2C_222/2021 vom 12. April 2022 E. 2.2.2 und 2.2.5). Damit ist für das materielle Recht das AuG in der bis Ende 2018 geltenden Fassung massgebend. In den hier umstrittenen materiell-rechtlichen Punkten bestehen zwischen der heutigen und der auf den vorliegenden Fall anwendbaren Gesetzesfassung freilich keine relevanten Unterschiede. Seit der Rechtshängigkeit des Verfahrens in Kraft getretenes neues Verfahrensrecht ist demgegenüber grundsätzlich ab seinem Inkrafttreten sofort anwendbar (vgl. BGE 144 II 273 E. 2.2.4).

E. 3.2

Entsprechend der am 1. Juni 2019 in Kraft getretenen Neufassung von Art. 99 AIG (vgl. AS 2019 1413) kann das SEM "die Zustimmung zum Entscheid einer kantonalen Verwaltungsbehörde oder einer kantonalen Beschwerdeinstanz verweigern oder diesen Entscheid befristen oder an Bedingungen knüpfen" (Abs. 2). Gemäss der bundesrätlichen Botschaft zu dieser Gesetzesänderung soll damit dem SEM ermöglicht werden, auch dann noch über die Zustimmung zu einer Aufenthaltsbewilligung zu befinden, nachdem ein kantonales Verwaltungsgericht (oder eine andere kantonale Rechtsmittelbehörde) bereits auf Beschwerde hin eine Aufenthaltsbewilligung erteilt hat und dagegen die Behördenbeschwerde ans Bundesgericht (Art. 89 Abs. 2 lit. a BGG) offenstand. Das SEM soll auch in solchen Fällen die Wahl haben, ob es die Behördenbeschwerde gegen den kantonalen Rechtsmittelentscheid ergreift oder im Zustimmungsverfahren die Zustimmung zur Aufenthaltsbewilligung prüft und allenfalls verweigert (Botschaft vom 2. März 2018 zur Revision des Ausländergesetzes [AUG] [Verfahrensnormen und Informationssysteme], BBl 2018 1685 ff., 1702 ff.; vgl. Urteil 2C_41/2023 vom 1. März 2024 E. 4.2; kritisch MARC SPESCHA, in: Migrationsrecht, 5. Aufl. 2019, N. 4 zu Art. 99 AIG mit Hinweis auf PETER UEBERSAX, Zur Revision des Ausländergesetzes gemäss der BGE 151 I 382 S. 386 Botschaft des Bundesrates vom März 2018, Jusletter 9. Juli 2018 Rz. 10 f.).

E. 3.3

Gemäss der Praxis des Bundesgerichts ist Art. 99 Abs. 2 AIG seit dem 1. Juni 2019 auch auf laufende Verfahren anwendbar (vgl. Urteil 2C_41/2023 vom 1. März 2024 E. 4.3; vgl. auch E. 3.1 hiervor). Das Gesuch des Beschwerdeführers um Verlängerung seiner Aufenthaltsbewilligung befand sich am 1. Juni 2019 noch im kantonalen Rechtsmittelverfahren. Das Urteil des kantonalen Verwaltungsgerichts, welches sich für die Verlängerung der Aufenthaltsbewilligung aussprach, erging am 9. Januar 2020 und damit gut sieben Monate nach Inkrafttreten der aktuellen Fassung von Art. 99 AIG . Das Zustimmungsverfahren wurde ebenfalls erst nach deren Inkrafttreten eingeleitet. Demnach war das SEM trotz des (positiven) Urteils des kantonalen Verwaltungsgerichts intertemporalrechtlich dazu befugt, das auf Ersuchen des Migrationsamts eingeleitete Zustimmungsverfahren durchzuführen (vgl. bezüglich einer sehr ähnlichen Ausgangssituation Urteil 2C_41/2023 vom 1. März 2024 E. 4.4).

E. 4

Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung erscheint es als problematisch, dass das SEM als Verwaltungsbehörde nach der Bejahung eines Aufenthaltsrechts durch ein kantonales Gericht die Zustimmung zu einer Aufenthaltsbewilligung verweigern kann (vgl. Urteil 2C_41/2023 vom 1. März 2024 E. 4.4 mit Hinweisen). Abschliessend zu dieser Frage geäussert hat sich das Bundesgericht bislang nicht. Mit Urteil F-2182/2021 vom 6. Juni 2024 entschied das Bundesverwaltungsgericht, dass es gegen den Grundsatz der Gewaltenteilung und mehrere verfassungsrechtlich und staatsvertraglich verbürgte Verfahrensgarantien verstosse, wenn das SEM in Bezug auf Aufenthaltsbewilligungen, auf die ein Rechtsanspruch besteht und deren Erteilung durch ein kantonales Gericht angeordnet wurde, ein Zustimmungsverfahren einleitet. In solchen Fällen stehe dem SEM als Aufsichtsinstrument einzig die Behördenbeschwerde ans Bundesgericht offen. Der Beschwerdeführer beruft sich auf dieses Urteil, weshalb vorliegend die Verfassungs- und Völkerrechtskonformität von Art. 99 Abs. 2 AIG zu prüfen ist.

E. 4.1

Gemäss Art. 190 BV sind Bundesgesetze und Völkerrecht für das Bundesgericht und die anderen rechtsanwendenden Behörden massgebend. Diese Verfassungsbestimmung verbietet es dem Bundesgericht nicht, Bundesgesetze auf ihre Übereinstimmung mit der Bundesverfassung und dem Völkerrecht hin zu überprüfen (vgl. BGE 151 I 382 S. 387 BGE 148 II 392 E. 4.2.1; BGE 144 I 126 E. 3; BGE 141 II 338 E. 3.1). Stellt das Bundesgericht eine Verfassungswidrigkeit fest, muss das Gesetz indes trotzdem angewendet werden; das Bundesgericht kann diesfalls bloss mittels "Appellentscheid" den Gesetzgeber dazu einladen, die fragliche Bestimmung zu ändern (BGE 150 III 34 E. 3.7.1; BGE 148 II 392 E. 4.2.1; BGE 144 I 126 E. 3 mit Hinweisen). Anderes gilt für Abkommen, die Menschenrechte zum Gegenstand haben. Sie gehen nach der sog. "PKK"-Praxis dem Bundesgesetz vor, und zwar auch dann, wenn der Gesetzgeber einen Konflikt mit dem Völkerrecht bewusst in Kauf genommen hat (BGE 142 II 35 E. 3.2; BGE 139 I 16 E. 5.1; BGE 125 II 417 E. 4d).

E. 4.2

Das Zustimmungsverfahren gemäss Art. 99 AIG ist ein Instrument der Bundesaufsicht (vgl. BBl 2018 1703 f., 1739, sowie die Motion 24.4114 "Aufsichtsfunktion des Staatssekretariats für Migration gewährleisten" vom 26. September 2024). Es ermöglicht dem SEM, ein rechtskräftiges kantonales Gerichtsurteil zu umgehen, indem es die Zustimmung - trotz des Urteils in der Sache - nicht erteilt. Die betroffene ausländische Person hat zwar das Recht, gegen diese Verweigerung (wiederum) gerichtlich vorzugehen. Für sie führt Art. 99 Abs. 2 AIG jedoch zu einer Verlängerung und Verkomplizierung des Verfahrens: Obschon sie bereits ein für sie günstiges Gerichtsurteil erwirkt hat, muss sie abermals gerichtlich gegen die Verwaltung vorgehen, um einen Aufenthaltstitel zu erlangen. Demnach wirft der Mechanismus von Art. 99 Abs. 2 AIG im Kern zwei Grundprobleme auf: Das SEM kann auf der einen Seite ein gerichtliches Urteil übersteuern; auf der anderen Seite wird der Rechtsweg für die betroffene Person verlängert. Darüber hinaus kann es aufgrund von Art. 99 Abs. 2 AIG zu sich widersprechenden Urteilen zweier oberer Gerichte (der letzten kantonalen Gerichtsstanz und des Bundesverwaltungsgerichts) kommen.

E. 4.3

Das Bundesverwaltungsgericht erwog im Urteil F-2182/2021 vom 6. Juni 2024, Art. 99 Abs. 2 AIG stehe mit dem in Art. 13 EMRK, Art. 2 Abs. 3 UNO-Pakt II (SR 0.103.2) und Art. 11 FZA (SR 0.142.112.681) verankerten Anspruch auf wirksamen Rechtsschutz sowie mit dem Waffengleichheitsgebot, dem Verbot der Rechtsverzögerung und dem Gewaltenteilungsprinzip in Konflikt, soweit das Zustimmungsverfahren im Nachgang zu einem kantonal letztinstanzlichen Gerichtsurteil angestrengt wird (vgl. E. 9-11). Gehe es um eine Ermessensbewilligung, sei das öffentliche Interesse BGE 151 I 382 S. 388 daran, dass das SEM über die einheitliche Anwendung des (Bundes-)Ausländerrechts durch die Kantone wache, als überwiegend zu betrachten und der in Art. 99 Abs. 2 AIG zum Ausdruck gebrachte Wille des Bundesgesetzgebers zu respektieren (vgl. E. 12.3.1). Bestehe demgegenüber ein (potentieller) Anspruch auf die strittige Bewilligung und habe eine Justizbehörde innerkantonal letztinstanzlich entschieden, dass diese zu erteilen sei, werde das in Art. 99 Abs. 2 AIG vorgesehene Zustimmungsverfahren durch die Möglichkeit des SEM, Behördenbeschwerde ans Bundesgericht zu führen, verdrängt (vgl. E. 12.3.2.2).

E. 4.4

Zu prüfen ist in einem ersten Schritt, ob die durch Art. 99 Abs. 2 AIG bewirkte Modifikation des Instanzenzugs gegen Art. 13 EMRK verstösst.

E. 4.4.1

Vorab ist klarzustellen, dass die Verweigerung oder Nichtverlängerung einer ausländerrechtlichen Bewilligung nicht in den sachlichen Anwendungsbereich von Art. 6 Ziff. 1 EMRK fällt (vgl. BGE 150 I 174 E. 4.3; Urteile 2C_169/2024 vom 4. Juni 2024 E. 4.4; 2C_653/2021 vom 4. Februar 2022 E. 7.2.2). Daher lassen sich die Anforderungen an den gerichtlichen Rechtsschutz, die sich aus Art. 6 Ziff. 1 EMRK ergeben, grundsätzlich nicht auf das Verfahren nach Art. 99 AIG übertragen (vgl. aber auch E. 4.5 hiernach).

E. 4.4.2

Nach Art. 13 EMRK hat jede Person, die in den in der Konvention anerkannten Rechten oder Freiheiten verletzt worden ist, das Recht, bei einer innerstaatlichen Instanz eine wirksame Beschwerde zu erheben. Diese Rechtsschutzgarantie ist akzessorischer Natur. Das bedeutet, dass eine Verletzung von Art. 13 EMRK nur in Verbindung mit einer vertretbar behaupteten (vgl. dazu DENISE RENGER, in: EMRK, 5. Aufl. 2023, N. 6 ff. zu Art. 13 EMRK) Verletzung einer materiellen Garantie der EMRK vorgebracht und geprüft werden kann (vgl. BGE 149 II 302 E. 7.1; BGE 144 I 340 E. 3.4.2 mit Hinweisen; Urteil des EGMR Zavoloka gegen Lettland vom 7. Juli 2009 [Nr. 58447/00] § 35a; MARTEN BREUER, in: Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten, 3. Aufl. 2022, N. 2 zu Art. 13 EMRK ; FROWEIN/PEUKERT, Europäische Menschenrechtskonvention, 3. Aufl. 2009, N. 1 zu Art. 13 EMRK). Im Verhältnis zu Art. 6 Ziff. 1 EMRK wird Art. 13 EMRK durch die weitergehenden Anforderungen des konventionsrechtlichen Anspruchs auf gerichtlichen Rechtsschutz absorbiert (vgl. BGE 144 I 340 E. 3.4.2; Urteil des EGMR Ullens de Schooten und Rezabek gegen Belgien BGE 151 I 382 S. 389 vom 20. September 2011 [Nr. 3989/07, 38353/07] § 52; MARK E. VILLIGER, Handbuch der Europäischen Menschenrechtskonvention [EMRK], 3. Aufl. 2020, Rz. 858 mit Hinweisen). Eine Ausnahme gilt namentlich in Bezug auf das in Art. 6 Ziff. 1 EMRK verankerte Recht auf eine (Gerichts-)Entscheidung innert angemessener Frist; unter dem Aspekt von Art. 13 EMRK prüft der EGMR, ob gegen eine überlange Verfahrensdauer bei einer innerstaatlichen Instanz wirksam Beschwerde geführt werden kann, und zwar auch dann, wenn er bereits eine Verletzung von Art. 6 Ziff. 1 EMRK wegen überlanger Verfahrensdauer festgestellt hat (vgl. GRABENWARTER/PABEL, Europäische Menschenrechtskonvention, 7. Aufl. 2021, § 24 Rz. 190; grundlegend Urteil des EGMR Kudla gegen Polen vom 26. Oktober 2000 [Nr. 30210/96] § 146 ff.).

E. 4.4.3

Die in Art. 13 EMRK verlangte Beschwerde muss nicht zwangsläufig ein Rechtsmittel an ein Gericht sein; grundsätzlich genügt eine Möglichkeit zur Anfechtung bei einer hinreichend unabhängigen Verwaltungsbehörde (vgl. BGE 147 I 280 E. 7; BGE 123 I 25 E. 2b/dd; Urteil 2C_246/2021 vom 28. Mai 2021 E. 4.1; GRABENWARTER/PABEL, a.a.O., § 24 Rz. 196; vgl. auch Urteil des EGMR Mugemangango gegen Belgien vom 10. Juli 2020 [Nr. 310/15] § 131). Die Wirksamkeit der Beschwerde bemisst sich nach den Befugnissen der Behörde, den angefochtenen staatlichen Akt gegebenenfalls kassieren bzw. dessen nachteilige Auswirkungen beheben zu können; überdies müssen die minimalen Verfahrensrechte gewährleistet sein, insbesondere der Anspruch auf rechtliches Gehör und der Anspruch auf Entscheidungsbegründung (BGE 147 I 280 E. 7; BGE 138 I 6 E. 6.1; BGE

130 I 369 E. 6.1) sowie der Anspruch auf Waffengleichheit (vgl. Urteil des EGMR Csüllög gegen Ungarn vom 7. Juni 2011 [Nr. 30042/08] § 46) und der Anspruch auf Beurteilung innert angemessener Frist (vgl. Urteil des EGMR de Souza Ribeiro gegen Frankreich vom 13. Dezember 2012 [Nr. 22689/07] § 81; vgl. zum Ganzen auch BGE 143 III 193 E. 6.1; Urteil 2C_819/2016 vom 14. November 2016 E. 3.3; RHINOW UND ANDERE, Öffentliches Prozessrecht, 4. Aufl. 2021, Rz. 128; VILLIGER, a.a.O., Rz. 861 bis , 862). Art. 13 EMRK vermittelt kein Recht auf einen bzw. auf einen bestimmten Instanzenzug (vgl. dazu BREUER, a.a.O., N. 28 ff. zu Art. 13 EMRK). Sodann kann sich die konventionsrechtlich geforderte Wirksamkeit des Rechtsschutzes auch aus dem Zusammenspiel mehrerer Rechtsbehelfe ergeben, welche den Anforderungen von Art. 13 EMRK je für sich allein genommen nicht genügen (vgl. Urteile des EGMR BGE 151 I 382 S. 390 Fabbri und andere gegen San Marino vom 24. September 2024 [Nr. 6319/21 und andere] § 136; Khlaifia und andere gegen Italien vom 15. Dezember 2016 [Nr. 16483/12] § 268; RENGER, a.a.O., N. 9 zu Art. 13 EMRK mit Hinweisen).

E. 4.4.4

Mit Blick auf den Instanzenzug steht Art. 99 Abs. 2 AIG mit Art. 13 EMRK nicht in einem Spannungsverhältnis. Der Verfassungs- und Konventionskonformität des dem Zustimmungsverfahren vor dem SEM vorgelagerten kantonalen Rechtsmittelverfahrens als solchem tut Art. 99 Abs. 2 AIG keinerlei Abbruch, denn richterliche Behörden erfüllen die Unabhängigkeitsanforderungen gemäss Art. 13 EMRK ohne weiteres. Gleiches gilt für ein allfälliges nachgelagertes Beschwerdeverfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht, bei dem abschlägige Zustimmungsentscheide des SEM anfechtbar sind (vgl. Art. 31, Art. 32 e contrario und Art. 33 lit. d VGG [SR 173.32]): Indem das Bundesverwaltungsgericht seinerseits an die in den Art. 29-30 BV enthaltenen grundrechtlichen Vorgaben gebunden ist, erfüllt auch die Möglichkeit, vor ihm Beschwerde zu führen, die Voraussetzungen eines wirksamen Rechtsbehelfs nach Art. 13 EMRK .

E. 4.4.5

Sodann wird die von Art. 13 EMRK geforderte Wirksamkeit des Rechtsschutzes durch die aufgrund von Art. 99 Abs. 2 AIG mögliche Zwischenschaltung eines Verwaltungsverfahrens nicht beeinträchtigt. Zwar wird der Rechtsmittelweg verlängert, weil die ausländische Person eine Zustimmungsverweigerung des SEM erneut anfechten muss. Wie in E. 4.4.3 hiervoor ausgeführt, lässt sich Art. 13 EMRK jedoch kein Anspruch auf einen bestimmten Instanzenzug entnehmen und ist es nach der ständigen Rechtsprechung des EGMR zulässig, wenn sich die Rechtsuchenden mehrerer Rechtsbehelfe bedienen müssen, um eine den Anforderungen von Art. 13 EMRK genügende Beurteilung der von ihnen (vertretbar) behaupteten Konventionsverletzung zu erwirken (so erstmals mit Blick auf Art. 13 EMRK Urteil des EGMR Silver und andere gegen Vereinigtes Königreich vom 25. März 1983 [Nr. 5947/72 und andere] § 113c mit Hinweisen auf die Rechtsprechung zu Art. 5 Ziff. 4 EMRK ; vgl. auch GRABENWARTER/PABEL, a.a.O., § 24 Rz. 198; VILLIGER, a.a.O., Rz. 861 bis). Hieraus folgt, dass die Wirksamkeit des innerstaatlichen Rechtsschutzes anhand einer Gesamtbetrachtung des Instanzenzugs bzw. der verschiedenen zur Verfügung stehenden Rechtsbehelfe zu prüfen ist (vgl. Urteil des EGMR X gegen Vereinigtes Königreich vom 5. November 1981 [Nr. 7215/75] § 60: "comprehensive view BGE 151 I 382 S. 391 of the whole system"; vgl. auch Urteil des EGMR Van Droogenbroeck gegen Belgien vom 24. Juni 1982 [Nr. 7906/77] § 56). Da sich ausländische Personen, deren Aufenthaltsrecht in

der Schweiz verneint wird, sowohl gegen allfällige Verletzungen von Konventionsgarantien durch die kantonalen Migrationsbehörden wie auch gegen allfällige EMRK-Verstösse des SEM bei einer Gerichtsinstanz zur Wehr setzen können, konfligiert die in Art. 99 AIG vorgesehene Zwischenschaltung eines Verwaltungsverfahrens nicht mit den aus Art. 13 EMRK fliessenden Vorgaben betreffend die Struktur eines wirksamen Rechtsschutzsystems.

E. 4.5

Die Wirksamkeit eines Rechtsmittels im Sinn von Art. 13 EMRK bemisst sich auch danach, ob den betroffenen Personen elementare Verfahrensgarantien zustehen (vgl. E. 4.4.3 hiervor). Teilweise fliessen bei der Konkretisierung dieses Gehalts von Art. 13 EMRK auch die Anforderungen an ein Gerichtsverfahren (Art. 6 Ziff. 1 EMRK) in die Beurteilung mit ein. Zu diesen elementaren Garantien gehören namentlich das Gebot der Waffengleichheit und das Verbot einer überlangen Verfahrensdauer (vgl. dazu GRABENWARTER/PABEL, a.a.O., § 24 Rz. 197, 210). Fraglich ist, ob Art. 99 Abs. 2 AIG unter diesen beiden zentralen Gesichtspunkten der Verfahrensfairness Art. 13 EMRK verletzt.

E. 4.5.1

Der Grundsatz der Waffengleichheit bedeutet, dass jeder Partei angemessene Gelegenheit ("reasonable opportunity") geboten werden muss, ihre Anliegen mit Einschluss der einschlägigen Beweise zu präsentieren, und zwar zu Bedingungen, die keine wesentliche Benachteiligung ("substantial disadvantage") gegenüber der Gegenpartei zur Folge haben können (vgl. BGE 133 I 1 E. 5.3.1; Urteile des EGMR Kramareva gegen Russland vom 1. Februar 2022 [Nr. 4418/ 18] § 31 mit Hinweisen; Ankerl gegen Schweiz vom 23. Oktober 1996 [Nr. 17748/91] § 38; vgl. auch Urteil 2C_334/2017 vom 9. April 2018 E. 4.2 mit Hinweis; KIENER/RÜTSCHKE/KUHN, Öffentliches Verfahrensrecht, 3. Aufl. 2021, Rz. 220; FRANK MEYER, in: Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten, 3. Aufl. 2022, N. 128 zu Art. 6 EMRK). Entscheidend ist, ob die Partei eine vernünftige Chance hat, mit ihrem Standpunkt durchzudringen, ohne dass die andere Partei insbesondere in Bezug auf Fristen, die Akteneinsicht oder das Äusserungsrecht bevorteilt wird (vgl. BGE 139 I 121 E. 4.2.1; BGE 135 V 465 E. 4.3.1). Nicht erforderlich bzw. im Verwaltungs(streit)verfahren systembedingt nicht realisierbar ist ein BGE 151 I 382 S. 392 umfassender Ausgleich verfahrensspezifischer Unterschiede in der Rollenverteilung (BGE 137 V 210 E. 2.1.2.1; vgl. auch KIENER/ RÜTSCHKE/KUHN, a.a.O., Rz. 222; KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes, 3. Aufl. 2013, Rz. 209).

E. 4.5.2

Nach Art. 29 Abs. 1 BV (sowie nach Art. 6 Ziff. 1 EMRK , der vorliegend indes nicht anwendbar ist; vgl. E. 4.4.1 hiervor) hat jede Person Anspruch auf Beurteilung innert angemessener Frist. Ob sich die Verfahrensdauer als angemessen erweist, ist in jedem Einzelfall unter Würdigung aller konkreten Umstände zu prüfen (BGE 143 IV 373 E. 1.3.1; BGE 130 I 312 E. 5.2; Urteile 2C_230/2022 vom 26. August 2022 E. 5.5.1; 1C_307/2017 vom 9. Januar 2018 E. 2.2; MEYER, a.a.O., N. 87 zu Art. 6 EMRK ; BERNHARD WALDMANN, in: Basler Kommentar, Bundesverfassung, 2015, N. 27 zu Art. 29 BV). Zu berücksichtigen sind dabei die Bedeutung des Verfahrens für den Betroffenen, die Komplexität des Falls sowie das Verhalten der Verfahrensbeteiligten und der Behörden (BGE 130 I 312 E. 5.2; Urteil 2C_288/2023 vom 7. Juli 2023 E. 4.1; Urteile des EGMR

Fabbri , § 127; Mainstreet-Automaten GmbH und andere gegen Österreich vom 20. September 2018 [Nr. 72662/14 und andere] § 7; Sürmeli gegen Deutschland vom 8. Juni 2006 [Nr. 75529/01] § 128; vgl. dazu auch STEINMANN/SCHINDLER/WYSS, in: Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, 4. Aufl. 2023, N. 36 zu Art. 29 BV). Der Anspruch auf Beurteilung innert angemessener Frist bezieht sich ausgehend von den einzelnen Verfahrensabschnitten auf die gesamte Verfahrensdauer (Urteile 2C_265/2022 vom 6. Dezember 2022 E. 8.1; 2C_664/2021 vom 20. Januar 2022 E. 4.2.1; vgl. auch BGE 131 III 334 E. 2.2 und 2.3). Das Rechtsverzögerungsverbot ist verletzt, wenn die Behörden ohne ersichtlichen Grund und ohne ausgleichende Aktivität während längerer Perioden untätig geblieben sind oder die Gesamtverfahrensdauer bei objektiver Betrachtung als unangemessen lang erscheint (Urteile 1D_7/2023 vom 28. März 2024 E. 2.4; 2C_852/2019 vom 20. November 2020 E. 5.2.1; vgl. auch BGE 139 I 206 E. 2.1; Urteil des EGMR Satakunnan Markkinapörssi Oy und Satamedia Oy gegen Finnland vom 27. Juni 2017 [Nr. 931/13] § 210-214). Im Sinn einer groben Faustregel geht der EGMR davon aus, dass das Verfahren pro Instanz nicht länger als ein Jahr dauern sollte (vgl. etwa Urteil des EGMR Yevgeniy Gusev gegen Russland vom 5. Dezember 2013 [Nr. 28020/05] § 95). BGE 151 I 382 S. 393

E. 4.5.3

Das Bundesgericht hat bereits im in BGE 127 II 84 publizierten Urteil 2A.255/2000 vom 26. Januar 2001 die Frage aufgeworfen, ob es vor dem Hintergrund der mit der Eröffnung eines weiteren Instanzenzugs einhergehenden längeren Verfahrensdauer und der Rollenumkehr zu Lasten der ausländischen Person prozessual opportun sei, dem damaligen Bundesamt für Ausländerfragen die Durchführung des Zustimmungsverfahrens auch dort zu erlauben, wo es den kantonale letztinstanzliche Entscheid dem Bundesgericht direkt zur Prüfung unterbreiten könnte. Dass durch die Verweigerung der Zustimmung möglicherweise ein weiterer Instanzenzug durchschritten werden müsse, sei indes die unvermeidliche Konsequenz des von der Rechtsordnung vorgesehenen Ineinandergreifens von kantonalen und eidgenössischen Kompetenzen in diesem Bereich (E. 3c). An diese Rechtsprechung anknüpfend ist mit Blick auf die Garantien der Waffengleichheit und der angemessenen Verfahrensdauer keine durch Art. 99 Abs. 2 AIG unmittelbar bewirkte Verletzung von Art. 13 EMRK und Art. 29 Abs. 1 BV auszumachen: Ob die besagten Garantien missachtet wurden, ist anhand der Umstände des Einzelfalls zu beurteilen. Insbesondere lässt sich kaum abstrakt vorhersagen, ob und ab wann ein bestimmtes Verfahren zu lange dauern wird (vgl. VILLIGER, a.a.O., Rz. 526). Sofern die durch Art. 99 AIG zusätzlich eröffneten Verfahrensphasen unter fairen Bedingungen ablaufen, deren Durchführung innert angemessener Frist und ohne übermässige Verzögerung des Gesamtverfahrens möglich ist und zudem ein Rechtsmittel wegen Rechtsverzögerung zur Verfügung steht (vgl. zum letzten Punkt E. 4.4.2 hiavor sowie Art. 46a VwVG [SR 172.021] [i.V.m. Art. 37 VGG] und Art. 94 BGG), ist den zur Diskussion stehenden verfassungs- und konventionsrechtlichen Verfahrensgarantien Genüge getan. Diese Voraussetzungen sind vorliegend erfüllt. Sodann ist es mit Art. 13 EMRK vereinbar, dass der ausländischen Person im auf das Zustimmungsverfahren allenfalls folgenden Rechtsmittelverfahren die Rolle der Beschwerdeführerin zukommt. Diese Rolle bringt zwar sowohl im Vergleich zu jener der Beschwerdegegnerin im Behördenbeschwerdeverfahren vor Bundesgericht wie auch im Vergleich zur Rolle des SEM im Zustimmungsverfahren durchaus gewisse Nachteile mit sich, namentlich mit Blick auf die Notwendigkeit, das Rechtsmittelverfahren überhaupt erst einleiten zu müssen, sowie die Rechtsmittelfrist, die

Begründungspflicht und die Verfahrenskosten; die Rolle der beschwerdeführenden Person einnehmen zu müssen, kann aber bereits deshalb BGE 151 I 382 S. 394 nicht als Benachteiligung im Sinne einer Verletzung der Waffengleichheit qualifiziert werden, weil die verfassungs- und konventionsrechtlich gewährleisteten Ansprüche auf Rechtsschutz (Art. 29a BV , Art. 6 Ziff. 1 und Art. 13 EMRK) - soweit sie die Staats- und Verwaltungsrechtspflege betreffen - ihren Trägerinnen und Trägern diese Rolle zuweisen. Die entsprechenden Zugangsrechte haben im Kontext des Verwaltungsprozesses den Charakter von Anfechtungsrechten und sind daher untrennbar mit der Rolle der anfechtungsberechtigten Person als Beschwerdeführerin verknüpft. Vor diesem Hintergrund ist es nicht angezeigt, die Behörden dazu zu verpflichten, in Bereichen, in denen ihnen der Gesetzgeber ein Wahlrecht einräumt, diese Rolle selbst einzunehmen, nur weil dies für die betroffenen Privaten vorteilhaft wäre.

E. 4.5.4

Zusammenfassend ergibt sich, dass weder aus Art. 13 EMRK noch aus Art. 29 Abs. 1 BV unter dem Blickwinkel des Waffengleichheitsgebots und des Verbots der Rechtsverzögerung ein Anspruch darauf abgeleitet werden kann, dass das SEM auf die Durchführung des Zustimmungsverfahrens verzichtet, wenn eine kantonale Justizbehörde, deren Urteil das SEM ans Bundesgericht weiterziehen könnte, auf Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung erkannt hat. Art. 99 Abs. 2 AIG erweist sich insoweit als verfassungs- und konventionskonform.

E. 4.6

Nach der Rechtsprechung des EGMR bildet die Beachtung des in sämtlichen EMRK-Garantien implizit mitgehaltenen Rechtssicherheitsgebots einen wesentlichen Bestandteil der verfahrensbezogenen Fairnesspflichten der Konventionsstaaten. Fraglich ist, ob Art. 99 Abs. 2 AIG damit in Widerspruch steht.

E. 4.6.1

Als zentrale Ausflüsse des Rechtssicherheitsgebots anerkennt der Gerichtshof die Beständigkeit des Rechts und die Vorhersehbarkeit seiner Anwendung sowie den Grundsatz der "res iudicata", wonach endgültige Gerichtsentscheidungen nur unter besonderen Umständen korrigiert werden dürfen (vgl. Urteil des EGMR Guðmundur Andri Ástráðsson gegen Island vom 1. Dezember 2020 [Nr. 26374/18] § 238 mit Hinweisen; GRABENWARTER/PABEL, a.a.O., § 24 Rz. 78 f.).

E. 4.6.2

Das Zustimmungsverfahren gemäss AIG steht mit diesen Vorgaben nicht in Widerspruch: Es ist Sache des nationalen Rechts, zu bestimmen, in welchem Zeitpunkt ein Gerichtsurteil als endgültig zu gelten hat. In Art. 99 Abs. 2 AIG wird klar verankert, dass auch BGE 151 I 382 S. 395 (positive) kantonale Beschwerdeentscheide über Aufenthaltsbewilligungen unter dem Vorbehalt der Zustimmung des SEM stehen und folglich von Bundesrechts wegen selbst dann nicht endgültig sind, wenn ihnen nach der massgebenden kantonalen Prozessordnung formelle Rechtskraft zukommt. Damit genügt diese Gesetzesbestimmung den Anforderungen des Gebots der Rechtssicherheit.

E. 4.7

Soweit sich der Beschwerdeführer mit seinem Hinweis auf das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts F-2182/2021 vom 6. Juni 2024 auf Art. 2 Abs. 3 UNO-Pakt II

beruft, ist zu bemerken, dass sich dieser Völkerrechtsnorm nach herrschender Anschauung keine über die durch Art. 13 EMRK gewährleisteten Ansprüche hinausgehenden Verfahrensrechte entnehmen lassen (vgl. BREITENMOSER/WEYENETH, in: Praxiskommentar Verwaltungsverfahrensgesetz [VwVG], 3. Aufl. 2023, N. 27 zu Art. 10 VwVG ; KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI, a.a.O., Rz. 90; vgl. auch JAAG/HÄNNI, Europarecht, 5. Aufl. 2022, Rz. 597). Art. 2 Abs. 3 UNO-Pakt II enthält in den lit. b und c zwar gewisse zusätzliche Vorgaben, welche die EMRK nicht kennt (WILLIAM A. SCHABAS, U.N. International Covenant on Civil and Political Rights, 3. Aufl. 2019, N. 67 zu Art. 2 UNO-Pakt II); dabei handelt es sich indes lediglich um Präzisierungen von lit. a (vgl. GIORGIO MALINVERNI, in: Die Schweiz und die UNO-Menschenrechtspakte, 2. Aufl. 1997, S. 60; vgl. auch BESSON/KLEBER, in: Code annoté de droit des migrations, Bd. I, 2014, N. 13 zu Art. 13 EMRK ; SCHABAS, a.a.O., N. 86 zu Art. 2 UNO-Pakt II).

E. 4.8

Hinsichtlich der allfälligen Völkerrechtswidrigkeit von Art. 99 Abs. 2 AIG vermag der Beschwerdeführer auch aus Art. 11 FZA nichts zu seinen Gunsten abzuleiten. Als irakischer Staatsangehöriger fällt er nämlich nicht in dessen persönlichen Geltungsbereich (vgl. Urteil 2C_1020/2019 vom 31. März 2020 E. 1.3 mit Hinweisen).

E. 4.9

Zu prüfen ist weiter, ob Art. 99 Abs. 2 AIG gegen den Gewaltenteilungsgrundsatz bzw. das Gebot der richterlichen Unabhängigkeit verstösst.

E. 4.9.1

Das Bundesgericht anerkennt das Gewaltenteilungsprinzip seit jeher als verfassungsmässiges Recht (vgl. BGE 147 I 478 E. 3.1.1; BGE 138 I 378 E. 7.1; BGE 130 I 1 E. 3.1). Als solches verschafft es dem Einzelnen einen Anspruch auf Einhaltung der verfassungsmässigen Zuständigkeitsordnung. Mit dieser Ordnung ist die auf Verfassungsebene vorgenommene Abgrenzung der Aufgaben von Legislative, BGE 151 I 382 S. 396 Exekutive und Judikative gemeint. Der Inhalt des Gewaltenteilungsprinzips ergibt sich in erster Linie aus dem jeweiligen kantonalen Recht (BGE 147 I 478 E. 3.1.1 mit Hinweisen), kann aber auch durch bundesrechtliche Vorgaben beeinflusst sein (vgl. BGE 131 I 291 E. 2). Gewaltenteilung bedeutet u.a., dass Bestimmungen, die in einem Gesetz stehen müssen, grundsätzlich nicht durch die Regierung erlassen werden dürfen (vgl. BGE 150 I 39 E. 5.2; BGE 147 I 478 E. 3.1.1 mit Hinweisen; vgl. auch BGE 138 I 378 E. 7.1). Auf Bundesebene ist dieser Teilgehalt des Gewaltenteilungsprinzips in den Art. 164 und 182 BV verankert (vgl. dazu BGE 139 II 460). Die Gewaltenteilung betrifft aber genauso das Verhältnis zwischen den Parlamenten und den Gerichten (vgl. BGE 147 I 1 E. 3.3.3) sowie zwischen den Gerichten und der Exekutive (vgl. Urteil 1C_445/ 2022 vom 10. Juni 2024 E. 4.1).

E. 4.9.2

Im Verbund mit dem in Art. 30 Abs. 1 BV grundrechtlich verbürgten und durch Art. 191c BV flankierten Anspruch auf institutionelle Unabhängigkeit sämtlicher Justizbehörden - insbesondere gegenüber Regierung und Verwaltung - ergibt sich aus dem Gewaltenteilungsprinzip, dass die Verwaltungsbehörden aller Stufen an rechtskräftige Gerichtsurteile gebunden sind, d.h. die entsprechenden Erkenntnisse nicht aufheben bzw. durch abweichende Verfügungen ersetzen oder sonstwie übersteuern dürfen, es sei denn, eine solche Befugnis ergebe sich direkt aus dem Verfassungsrecht (vgl. zum Anspruch auf

institutionelle Unabhängigkeit der Justiz BGE 142 III 732 E. 3.3; BGE 139 III 98 E. 4.2; Urteil 1C_339/2016 vom 7. November 2016 E. 4; KIENER/RÜTSCHKE/KUHN, a.a.O., Rz. 261; WIEDERKEHR/PLÜSS, Praxis des öffentlichen Verfahrensrechts, 2020, Rz. 1010 ff.). Ein Gerichtsurteil kann einzig durch ein Gericht abgeändert werden (REGINA KIENER, in: Staatsrecht, 3. Aufl. 2021, § 21 Rz. 15; ANOUK NEUENSCHWANDER, in: Commentaire romand, Constitution fédérale, 2021, N. 16 zu Art. 191c BV ; vgl. ferner SCHINDLER/ SCHULER/WYSS, in: Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, 4. Aufl. 2023, N. 12 zu Art. 191c BV) und die Aufsicht über die Justiz muss sich auf administrative Belange beschränken (KIENER, a.a.O., § 21 Rz. 16; vgl. auch GIOVANNI BIAGGINI, BV Kommentar, 2. Aufl. 2017, N. 5 zu Art. 191c BV ; JOHANNES REICH, in: Basler Kommentar, Bundesverfassung, 2015, N. 19 zu Art. 191c BV). Diese Grundsätze gelten auch im Verhältnis zwischen Bund und Kantonen. So kann der Bund ein kantonales Gerichtsurteil grundsätzlich nicht im Rahmen der Bundesaufsicht aufheben (vgl. BGE 151 I 382 S. 397 insbesondere YVO HANGARTNER, Bundesaufsicht und richterliche Unabhängigkeit, ZBl 76/1975 S. 6 ff. und 12 ff. mit Hinweisen u.a. auf JEAN-FRANÇOIS AUBERT, Traité de droit constitutionnel suisse, Bd. I, 1967, S. 298 und ZACCARIA GIACOMETTI, Die Verfassungsgerichtsbarkeit des Schweizerischen Bundesgerichtes, 1933, S. 19; vgl. überdies BIAGGINI, a.a.O., N. 25 zu Art. 49 BV ; HÄFELIN/HALLER/KELLER/ THURNHERR, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 11. Aufl. 2024, Rz. 1480; REICH, a.a.O., N. 16 zu Art. 191c BV ; RHINOW/SCHEFER/ UEBERSAX, Schweizerisches Verfassungsrecht, 3. Aufl. 2016, Rz. 788; a.M. KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI, a.a.O., Rz. 768, JÖRG KÜNZLI, in: Basler Kommentar, Bundesverfassung, 2015, N. 36 zu Art. 186 BV und PIERRE TSCHANNEN, Staatsrecht der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 5. Aufl. 2021, Rz. 988, für welche die Kassation kantonaler Gerichtsurteile durch die Bundesexekutive jedoch nur als "ultima ratio" bzw. nur bei schwersten Bundesrechtsverletzungen denkbar ist). Die aufsichtsrechtliche Kassation eines kantonalen Gerichtsurteils gestützt auf Art. 186 Abs. 4 BV ist, wenn überhaupt, nur in Ausnahmefällen möglich. Sie scheidet jedenfalls aus, wenn der ordentliche Rechtsweg (in Form einer Behördenbeschwerde) offensteht und die prozessrechtliche Lage es erlaubt, die aufsichtsrechtliche Fragestellung zu thematisieren (TSCHANNEN, a.a.O., Rz. 986; vgl. ausserdem die in BGE 148 II 369 E. 3.3.1 zitierten Lehrmeinungen sowie das in VPB 2005 Nr. 1 publizierte Gutachten des Bundesamts für Justiz vom 31. August 2004, S. 33).

E. 4.9.3

Vorliegend steht dem SEM grundsätzlich die Behördenbeschwerde offen. Wie das Bundesgericht in BGE 141 II 169 betreffend Art. 99 AIG in seiner ursprünglichen Fassung festhielt, hat das SEM primär Beschwerde gestützt auf Art. 89 Abs. 2 lit. a BGG zu führen, wenn es mit einem kantonalen Entscheid nicht einverstanden ist. Auch wenn sich dieses besondere Beschwerderecht auf Anspruchsbewilligungen bezieht (vgl. Art. 83 lit. c Ziff. 2 BGG) und insofern nicht alle denkbaren Konstellationen erfasst, verfügt das SEM über ein hinreichend wirksames Instrument, um bundesstaatliche Anliegen im Instanzenzug einzubringen. Bei dieser Ausgangslage verstösst Art. 99 Abs. 2 AIG insoweit gegen Art. 30 Abs. 1 BV und das Gewaltenteilungsprinzip, als er dem SEM in Abweichung von der verfassungsmässigen Zuständigkeitsordnung und trotz bestehender Möglichkeit der Anfechtung beim Bundesgericht die Befugnis einräumt, rechtskräftige Entscheide kantonaler Gerichtsinstanzen zu übersteuern. Macht das SEM von dieser Befugnis BGE 151 I 382 S. 398 Gebrauch, wirkt sich dies wie eine Aufhebung des kantonalen Gerichtsurteils aus. Damit rückt der Bund das SEM ohne entsprechende

Verfassungsgrundlage in die unmittelbare Nähe einer Fachaufsichtsbehörde über die kantonale Verwaltungsjustiz, was deren Unabhängigkeit auf unzulässige Weise beeinträchtigt.

E. 4.10

Nach dem Ausgeführten erweist sich Art. 99 Abs. 2 AIG als teilweise (bundes-)verfassungswidrig, nicht jedoch als völkerrechtswidrig. Die besagte Gesetzesnorm bleibt daher für das Bundesgericht und die anderen rechtsanwendenden Behörden massgebend (Art. 190 BV ; vgl. E. 4.1 hiervor). Soweit das Bundesverwaltungsgericht zu einem anderen Schluss kam, ist ihm nicht zu folgen. Der Gesetzgeber ist jedoch im Sinn eines Appellentscheids anzuhalten, die dargelegte verfassungsrechtliche Problematik zu entschärfen. Für das vorliegende Verfahren bedeutet dies, dass der Beschwerdeführer aus dem Urteil des Bundesverwaltungsgerichts F-2182/2021 vom 6. Juni 2024 nichts für sich ableiten kann und Art. 99 Abs. 2 AIG anwendbar bleibt.

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.