Urteilskopf

119 IV 65

12. Urteil des Kassationshofes vom 12. Februar 1993 i.S. M. gegen Staatsanwaltschaft des Kantons Zürich (Nichtigkeitsbeschwerde)
Regeste (de):
Art. 3 Abs. 3 und 23 Abs. 6 ANAG, Art. 1 des Niederlassungsvertrages zwischen der Schweiz und Frankreich vom 23. Februar 1882 (SR 0.142.113.491). Verhältnis. Arrangement confidentiel entre la France et la Suisse au sujet de la situation des ressortissants de l'un des deux Etats résidant dans l'autre vom 1. August 1946.

1. Auf die staatsvertraglich vereinbarte Freizügigkeit und Inländergleichbehandlung können sich nur diejenigen Ausländer uneingeschränkt berufen, welche eine Niederlassungsbewilligung nach dem nationalen Recht besitzen. Der Niederlassungsvertrag steht in bezug auf die Angehörigen des Vertragspartners ohne Niederlassungsbewilligung unter dem Vorbehalt der inzwischen geschaffenen nationalen Fremdenpolizeigesetzgebung (E. 1; Bestätigung der Rechtsprechung).

2. Diese Beschränkung des Anwendungsbereichs des Niederlassungsvertrages ist sowohl völkerrechtlich als auch landesrechtlich zulässig.

Bedeutung des - nicht veröffentlichten - Arrangement confidentiel vom 1. August 1946 (E. 2).

Regeste (fr):
Relation entre les art. 3 al. 3 et 23 al. 6 LSEE et l'art. 1 du Traité sur l'établissement des Français en Suisse et des Suisses en France du 23 février 1882 (RS 0.142.113.491). Arrangement confidentiel entre la France et la Suisse au sujet de la situation des ressortissants de l'un des deux Etats résidant dans l'autre, du 1er août 1946.

1. La liberté de circulation et l'égalité de traitement avec les ressortissants nationaux garanties par le traité international ne peuvent être revendiquées sans réserve que par les étrangers au bénéfice d'un permis d'établissement conforme au droit national. Le traité d'établissement n'est applicable aux ressortissants des puissances contractantes sans permis d'établissement que sous réserve des règles de police des étrangers édictées depuis lors (consid. 1; confirmation de la jurisprudence).

2. La limitation du domaine d'application du traité d'établissement est conforme tant au droit fédéral qu'au droit international.

Portée de l'arrangement confidentiel - non publié - du 1er août 1946 (consid. 2).

Regesto (it):
Relazione tra gli art. 3 cpv. 3 e 23 cpv. 6 LDDS, da un lato, e l'art. 1 del Trattato di domicilio tra la Svizzera e la Francia, del 23 febbraio 1882 (RS 0.142.113.491), dall'altro. Arrangiamento confidenziale tra la Svizzera e la Francia sulla situazione dei cittadini dell'uno dei due Stati residenti nell'altro, del 1o agosto 1946.

1. La libertà di circolazione e l'uguaglianza di trattamento rispetto ai cittadini nazionali, garantite dal Trattato internazionale, possono essere invocate senza riserve soltanto dagli stranieri al beneficio di un permesso di domicilio conforme al diritto nazionale. Il Trattato di domicilio è applicabile ai cittadini degli Stati contraenti privi di un permesso di domicilio soltanto con riserva delle norme in materia di polizia degli stranieri emanate nel frattempo (consid. 1; conferma della giurisprudenza).

2. Tale limitazione dell'ambito di applicazione del Trattato di domicilio è conforme sia al diritto federale che al diritto internazionale.

Portata dell'Arrangiamento confidenziale - non pubblicato - del 1o agosto 1946 (consid. 2).

Sachverhalt ab Seite 66

BGE 119 IV 65 S. 66

A.- Das Obergericht des Kantons Zürich sprach den französischen Staatsangehörigen M. am 6. April 1992 der mehrfachen Übertretung von Art. 23 Abs. 6 i.V.m. Art. 3 Abs. 3 ANAG schuldig und bestrafte ihn mit einer Busse von Fr. 400.–. Ihm wird vorgeworfen, er habe zeit- und stundenweise in Zürich als Computerfachmann für drei miteinander verbundene Firmen gearbeitet, ohne im Besitz der für ihn als französischen Staatsangehörigen dazu notwendigen Arbeitsbewilligung zu sein. M. verfügte über eine Aufenthaltsbewilligung, nicht aber über eine Niederlassungsbewilligung für die Schweiz.

B.- Der Gebüsste führt eidgenössische Nichtigkeitsbeschwerde mit den Anträgen, das Urteil des Obergerichts sei aufzuheben und er sei von Schuld und Strafe freizusprechen, eventuell sei die Sache in Aufhebung des angefochtenen Entscheides an die Vorinstanz zurückzuweisen, unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Staatskasse.

C.- Das Kassationsgericht des Kantons Zürich wies am 7. Dezember 1992 die von M. erhobene kantonale Nichtigkeitsbeschwerde ab.

BGE 119 IV 65 S. 67

Erwägungen

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Der Beschwerdeführer macht wie bereits im kantonalen Verfahren geltend, die Bestimmungen des Bundesgesetzes über Aufenthalt und Niederlassung der Ausländer vom 26. März 1931 kämen vorliegend nicht zur Anwendung, da sie dem in der Normenhierarchie höherstehenden Niederlassungsvertrag zwischen der Schweiz und Frankreich vom 23. Februar 1882 (SR 0.142.113.491) widersprächen und daher von diesem derogiert würden. Der ältere Staatsvertrag habe Vorrang vor dem jüngeren Bundesgesetz. Seine Verurteilung gemäss Art. 23 Abs. 6 i.V.m. Art. 3 Abs. 3 ANAG verstosse gegen den in Art. 1 StGB statuierten Grundsatz "nulla poena sine lege". a) Der Niederlassungsvertrag zwischen der Schweiz und Frankreich vom 23. Februar 1882 bestimmt in Art. 1 folgendes: "Die Franzosen sind in jedem Kantone der Eidgenossenschaft in bezug auf ihre Personen und ihr Eigentum auf dem nämlichen Fusse und auf die gleiche Weise aufzunehmen und zu behandeln, wie es die Angehörigen der andern Kantone sind oder noch werden sollten. Sie können daher in der Schweiz ab- und zugehen und sich daselbst zeitweilig aufhalten, wenn sie den Gesetzen und Polizeiverordnungen nachleben. Jede Art von Gewerbe und Handel, welche den Angehörigen der verschiedenen Kantone erlaubt ist, wird es auf gleiche Weise auch den Franzosen sein, und zwar ohne dass ihnen eine pekuniäre oder sonstige Mehrleistung überbunden werden darf."
Die Verwaltungsbehörden und ihnen folgend das Bundesgericht haben in zahlreichen Entscheiden zu Art. 1 des Niederlassungsvertrages zwischen der Schweiz und Frankreich respektive zu gleichlautenden Bestimmun-

gen in Verträgen der Schweiz mit andern Staaten, etwa mit Spanien (SR 0.142.113.321) und mit Serbien (SR 0.142.118.181), Stellung genommen. In diesen Entscheiden wird festgehalten, dass die fraglichen Vertragsbestimmungen betreffend Freizügigkeit und Gleichbehandlung der Ausländer mit den Inländern seit dem 1. Weltkrieg, meist ohne dass dies in zusätzlichen Abkommen festgelegt wurde, in stillschweigendem gegenseitigem Einverständnis restriktiv ausgelegt und nur noch auf diejenigen Staatsangehörigen der Vertragspartner angewandt werden, die bereits eine Niederlassungsbewilligung besitzen. Für alle anderen ausländischen Staatsangehörigen gälten die alten Staatsverträge nur unter dem Vorbehalt entgegenstehenden Landesrechts, insbesondere also unter dem Vorbehalt des ANAG (BGE 106 Ib 127 E. 2b mit Hinweisen auf nicht publizierte Bundesgerichtsentscheide,

BGE 110 Ib 66; VEB 1961 Nr. 78, VPB 1975 Nr. 46; weitere Nachweise bei WALTER A. STOFFEL, Die völkervertraglichen Gleichbehandlungsverpflichtungen der Schweiz gegenüber den Ausländern, Diss. Freiburg 1979, S. 115 Fn. 55). In verschiedenen Entscheiden (zum Beispiel in BGE 110 Ib 66 E. 2a in fine, VEB 1961 Nr. 78) wird darauf hingewiesen, dass gemäss den fraglichen Bestimmungen im übrigen die Staatsangehörigen der Vertragspartner "den Gesetzen und Polizeiverordnungen nachleben" müssen, worin ein Vorbehalt auch des nationalen Fremdenpolizeirechts gesehen werden könne, wie er dann in den nach dem 1. Weltkrieg von der Schweiz abgeschlossenen Niederlassungsverträgen klarer zum Ausdruck gebracht wird, eine Auffassung, die im nicht publizierten Urteil des Bundesgerichts vom 27. April 1979 i.S. M. als "allerdings weitherzig" bezeichnet wird. Diese Praxis wird in der Doktrin mit unterschiedlichen Argumenten jedenfalls im Ergebnis, wenn auch mit gewissen Bedenken, akzeptiert (WALTER A. STOFFEL, op.cit., S. 114 ff.; TONI PFANNER, Die Jahresaufenthaltsbewilligung des erwerbstätigen Ausländers, Diss. St. Gallen 1984, S. 34 ff., je mit zahlreichen Hinweisen). Der Kassationshof hat keinen Anlass, davon abzuweichen.

b) Die von der Schweiz vor dem 1. Weltkrieg mit andern Staaten abgeschlossenen Niederlassungsverträge statuieren entsprechend dem damals herrschenden Gedanken der Freizügigkeit die weitgehende Gleichbehandlung der Ausländer mit den Inländern. Die Angehörigen der Vertragsstaaten konnten sich ohne weiteres in der Schweiz niederlassen und hier eine Erwerbstätigkeit ausüben. Diese Freizügigkeit erstreckte sich in der Praxis sogar auf Angehörige von Ländern, mit denen die Schweiz keinen Niederlassungsvertrag abgeschlossen hatte, sowie auf Staatenlose (siehe Bericht des Bundesrates an die Bundesversammlung über das Volksbegehren gegen die Überfremdung, BBl 1967 II 69 ff.; Botschaft des Bundesrates zum Ausländergesetz, BBl 1978 II 169 ff., 172). Dies änderte sich mit dem 1. Weltkrieg. Verschiedene Niederlassungsverträge wurden kurz nach dem Ende des 1. Weltkrieges gekündigt, blieben aber abmachungsgemäss bis auf weiteres in Kraft, so auch der Niederlassungsvertrag zwischen der Schweiz und Frankreich vom 23. Februar 1882 (BBl 1919 II 458, 1920 II 62). Die Vertragsstaaten hatten die Absicht, der neuen Lage durch eine Änderung der Verträge Rechnung zu tragen. Eine Vertragsänderung erschien indessen bald einmal nicht mehr unbedingt erforderlich. Die Vertragspartner nahmen nämlich stillschweigend zur Kenntnis, dass die in den meisten Ländern neugeschaffenen landesrechtlichen

Fremdenpolizeiordnungen Einreise, Aufenthalt und Erwerbstätigkeit der polizeilichen Bewilligungspflicht unterstellten. Seither standen die Niederlassungsverträge unter diesem stillschweigenden Vorbehalt des nationalen Rechts bezüglich der Festsetzung der Zulassungsbedingungen. Das bedeutet, dass sich nur noch diejenigen Ausländer uneingeschränkt auf die Niederlassungsverträge berufen können, die gemäss der landesrechtlichen

Fremdenpolizeigesetzgebung endgültig zugelassen (niedergelassen) sind (BBl 1967 II 71 f.). Zwischen einzelnen Staaten wurden im Laufe der Zeit Zusatzabkommen zu den Niederlassungsverträgen abgeschlossen. Nach diesen Zusatzabkommen soll den Staatsangehörigen des Vertragspartners nach ordnungsgemässer und ununterbrochener Anwesenheit im Gastland während einer bestimmten Frist (von 5 oder 10 Jahren) die Niederlassungsbewilligung bzw. eine unbefristete und unbedingte Aufenthaltsbewilligung mit dem Recht auf praktisch unbeschränkte wirtschaftliche Tätigkeit eingeräumt werden. Aus diesen Zusatzabkommen geht zumindest implizit hervor, dass im übrigen, entsprechend der bereits gehandhabten Praxis, auch die nicht niedergelassenen Angehörigen der Vertragspartner der nationalen Fremdenpolizeigesetzgebung, in der Schweiz also insbesondere dem ANAG, unterstellt sind, diese Gesetzgebung insoweit also Vorrang vor den Staatsverträgen hat. Nur wenige dieser Zusatzabkommen zu den Niederlassungsverträgen sind veröffentlicht, so die "Erklärung über die Anwendung des Niederlassungs- und Konsularvertrages vom 23. Juli 1868 zwischen der Schweiz und Italien" vom 5. Mai 1934 (SR 0.142.114.541.3) und das "Abkommen zwischen dem Schweizerischen Bundesrat und der Österreichischen Bundesregierung betreffend zusätzliche Vereinbarungen über die Niederlassungsverhältnisse der beiderseitigen Staatsbürger" vom 14. September 1950 (SR 0.142.111.631.1). Die Zusatzabkommen zu den andern Niederlassungsverträgen sind nicht veröffentlicht, so auch nicht das "Arrangement confidentiel entre la France et la Suisse au sujet de la situation des ressortissants de l'un des deux Etats résidant dans l'autre" vom 1. August 1946 (zu diesem Abkommen siehe den Entscheid des Bundesrates in VPB 1978 Nr. 4). Es ergibt sich somit zusammenfassend, dass nach dem übereinstimmenden Willen der Vertragsstaaten die vor dem 1. Weltkrieg abgeschlossenen Niederlassungsverträge seit dem 1. Weltkrieg in bezug auf Ausländer ohne Niederlassungsbewilligung unter dem Vorbehalt der nationalen Fremdenpolizeigesetzgebung stehen, dass die Angehörigen der Vertragsstaaten gemäss einzelnen Zusatzabkommen

immerhin insoweit noch eine Vorzugsstellung geniessen, als ihnen nach ordnungsgemässer und ununterbrochener Anwesenheit während einer bestimmten Zeit die Niederlassungsbewilligung erteilt werden soll, und dass damit im Ergebnis der Anwendungsbereich der Niederlassungsverträge auf Ausländer mit Niederlassungsbewilligung beschränkt ist (zum Ganzen eingehend WALTER A. STOFFEL, op.cit., S. 114 ff.; TONI PFANNER, op.cit., S. 34 ff.; AUGUSTIN MACHERET, L'immigration étrangère en Suisse à l'heure de l'intégration européenne, 1969, p. 107 ss., 117 ss.; HANS PETER MOSER, Die Rechtsstellung des Ausländers in der Schweiz, ZSR 86/1967 II S. 325 ff., 336 ff.; WALTER WÜTHRICH, SJK Nr. 351 S. 1 f.). Dies gilt auch für das Verhältnis zwischen Frankreich und der Schweiz. c) Der übereinstimmende Wille der Vertragsstaaten betreffend eine restriktive Anwendung des Niederlassungsvertrages im umschriebenen Sinne, der in bezug auf das Verhältnis zwischen Frankreich und der Schweiz durch mehrere Umstände - Kündigung des Vertrages, abweichende Praxis (zur Praxis der französischen Behörden siehe die Nachweise bei WALTER A. STOFFEL, op.cit., S. 206 Fn. 104), Arrangement confidentiel - zum Ausdruck kommt, ist für das Bundesgericht gleich einem formell abgeschlossenen Staatsvertrag massgebend (nicht publizierte E. 4 von BGE 98 Ib 385, wiedergegeben in SJ 95/1973 p. 481 ss, 487).

2. a) Der Beschwerdeführer wendet ein, die sogenannte "restriktive Auslegung" des Niederlassungsvertrages stelle in Wahrheit eine Abänderung, allenfalls eine authentische Interpretation des Staatsvertrages dar und bedürfe als solche der Genehmigung der Bundesversammlung, was vorliegend nicht geschehen sei. Der Anwendungsbereich des nach wie vor geltenden Niederlassungsvertrages zwischen der Schweiz und Frankreich vom 23. Februar 1882 könne weder durch eine restriktive Praxis in den beiden Ländern seit dem 1. Weltkrieg noch durch das "Arrangement confidentiel" vom 1. August 1946, das "mangels Formgültigkeit" unbeachtlich sei, rechtsgültig eingeschränkt werden. Das "Arrangement confidentiel" beweise gerade, dass sich Frankreich und die Schweiz sehr wohl bewusst gewesen seien, dass der Niederlassungsvertrag abgeändert bzw. anders authentisch interpretiert werden müsste, wenn die vom Wortlaut abweichende Praxis der bloss begrenzten Freizügigkeit seit dem 1. Weltkrieg Bestand haben sollte. Der Niederlassungsvertrag habe als Staatsvertrag nach

der heute herrschenden Lehre Vorrang vor dem ANAG, auch wenn dieses das jüngere Recht sei.

BGE 119 IV 65 S. 71

b) Der das Recht anwendenden Behörde ist es unbenommen, sich unter Berücksichtigung der gesamten relevanten Umstände für den Vorrang des jüngeren ANAG vor dem älteren Niederlassungsvertrag zu entscheiden. Wohl geht nach der heute herrschenden Auffassung älteres Staatsvertragsrecht dem jüngeren Bundesgesetzesrecht grundsätzlich vor. Das muss aber nicht in jedem Fall so sein. Es ist vielmehr eine von der urteilenden Behörde zu entscheidende Rechtsfrage, ob der Staatsvertrag oder das Bundesgesetz vorgehe. Die Praxis, die dem jüngeren ANAG den Vorrang einräumt und dadurch im Ergebnis den älteren Niederlassungsvertrag abändert, ist völkerrechtlich jedenfalls dann nicht zu beanstanden, wenn der Vertragspartner diese Praxis akzeptiert und seinerseits handhabt, woraus auf eine - völkerrechtlich zulässige - Abänderung des Vertrages durch konkludentes Verhalten der Vertragspartner geschlossen werden kann. Die Praxis, die dem jüngeren ANAG den Vorrang vor dem älteren Niederlassungsvertrag einräumt, ist auch innerstaatlich unbedenklich. Denn es fällt in die Kompetenz der das Recht anwendenden Verwaltungen und Gerichte, darüber zu entscheiden, ob der Staatsvertrag oder das Bundesgesetz Vorrang habe. Im übrigen ist darauf hinzuweisen, dass einerseits das ANAG die älteren Niederlassungsverträge nicht vorbehält und dass anderseits die von der Schweiz nach dem 1. Weltkrieg abgeschlossenen Niederlassungsverträge das Landesrecht ausdrücklich vorbehalten, so zum Beispiel die Verträge mit Rumänien (SR 0.142.116.631) und mit der Türkischen Republik (SR 0.142.117.632). Es kann daher keinem Zweifel unterliegen, dass die faktische Abänderung des Niederlassungsvertrages zwischen der Schweiz und Frankreich durch die Praxis, welche dem Landesrecht den Vorrang einräumt, den Intentionen der eidgenössischen Räte entspricht.
Durch das nicht veröffentlichte "Arrangement confidentiel" zwischen Frankreich und der Schweiz vom 1. August 1946 wird nicht der Niederlassungsvertrag zwischen diesen beiden Staaten vom 23. Februar 1882 abgeändert, sondern bestimmt, dass den Angehörigen des Vertragspartners - in Abweichung von der nationalen Fremdenpolizeigesetzgebung, welche nach der unabhängig von diesem Arrangement bereits geübten Praxis den Vorrang vor dem Niederlassungsvertrag hat - nach der ordnungsgemässen und ununterbrochenen Anwesenheit im Gastland während 5 Jahren die Niederlassungsbewilligung mit dem weitgehend unbeschränkten Recht zur Erwerbstätigkeit eingeräumt werden soll (vgl. auch AUGUSTIN MACHERET, op.cit., p. 119). Da somit der Sinn des "Arrangement

BGE 119 IV 65 S. 72

confidentiel" nicht in einer Abänderung des Niederlassungsvertrages besteht, braucht vorliegend nicht geprüft zu werden, ob die Abänderung eines von den eidgenössischen Räten genehmigten Staatsvertrages in wesentlichen Punkten durch ein solches - nicht veröffentlichtes - Verwaltungsabkommen mit dem schweizerischen Recht vereinbar wäre. Da vorliegend nicht die Erteilung einer Niederlassungsbewilligung zur Diskussion steht, braucht auch nicht untersucht zu werden, ob das "Arrangement confidentiel" einem französischen Staatsangehörigen einen Rechtsanspruch auf Erteilung einer Niederlassungsbewilligung unter den im Arrangement genannten Voraussetzungen einräume (siehe dazu WALTER A. STOFFEL, op.cit., S. 259; TONI PFANNER, op.cit., S. 42 ff., je mit Hinweisen).

3. Der Beschwerdeführer besass unstreitig keine Niederlassungs-, sondern bloss eine Aufenthaltsbewilligung für die Schweiz. Er kann sich daher nicht auf den Niederlassungsvertrag zwischen der Schweiz und Frankreich vom 23. Februar 1882 berufen. Er war in bezug auf die Erwerbstätigkeit in der Schweiz dem ANAG und den dazugehörigen Vollziehungsverordnungen unterstellt. Die danach unstreitig erforderliche Arbeitsbewilligung besass er nicht. Seine Verurteilung gemäss Art. 23 Abs. 6 i.V.m. Art. 3 Abs. 3 ANAG verstösst daher nicht

gegen Bundesrecht.
Da die Nichtigkeitsbeschwerde somit abzuweisen ist, hat der Beschwerdeführer die bundesgerichtlichen Kosten zu tragen.