

Verwaltungsgerichtsbeschwerde gegen die Verweigerung einer Aufenthaltsbewilligung*

*Dr. Alfred Koller, Professor an der Hochschule St. Gallen**;
unter Mitwirkung von Fürsprecher Andreas Feller, Bundesgerichtsschreiber, Lausanne*

Der Autor prüft, unter welchen Voraussetzungen ein Ausländer, dem die Aufenthaltsbewilligung verweigert wird, den letztinstanzlichen kantonalen Entscheid mit Verwaltungsgerichtsbeschwerde beim Bundesgericht anfechten kann. Voraussetzung ist hiefür grundsätzlich, dass ein Anspruch auf Aufenthaltsbewilligung besteht, weshalb insbesondere geprüft wird, unter welchen Voraussetzungen ein solcher Anspruch gegeben ist. Aufgezeigt wird weiter, wann nach bundesgerichtlicher Praxis ausnahmsweise vom Erfordernis des Bewilligungsanspruchs abgesehen wird. Abschliessend wird noch kurz auf die Zulässigkeit der staatsrechtlichen Beschwerde eingegangen. Fo.

Wird einem Ausländer die Aufenthaltsbewilligung verweigert, kann er den letztinstanzlichen kantonalen Entscheid unter Umständen mit Verwaltungsgerichtsbeschwerde beim Bundesgericht anfechten. Vorausgesetzt ist selbstverständlich, dass die allgemeinen Beschwerdevoraussetzungen wie Einhaltung der Beschwerdefrist usw. gegeben sind. Eine besondere Voraussetzung ergibt sich aus Art. 100 lit. b Ziff. 3 OG: Die Verwaltungsgerichtsbeschwerde ist nur zulässig, wenn ein Anspruch auf Aufenthaltsbewilligung besteht. Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung kann allerdings — entgegen dem Gesetzeswortlaut — vom Erfordernis des Bewilligungsanspruchs ausnahmsweise abgesehen werden. Im folgenden sollen (gesetzlicher) Grundsatz und (richterliche) Ausnahme näher untersucht werden (I. und II.). Um das Bild abzurunden, wird schliesslich anhangsweise auf die Zulässigkeit der staatsrechtlichen Beschwerde eingegangen (III.).

*Mit Nachweisen versehene Fassung eines Vortrags, gehalten am 21. April 1989 in Luzern im Rahmen einer vom Schweizerischen Institut für Verwaltungskurse veranstalteten Tagung.

**Der Autor, heute Professor für Privatrecht, war früher an der II. öffentlichrechtlichen Abteilung des Bundesgerichts tätig, wo er sich auch mit Fragen des Ausländerrechts befasste. — Meinem ehemaligen Kollegen Res Feller danke ich für die Durchsicht des Manuskripts und verschiedene andere Hilfeleistungen.

I. Ausschluss der Beschwerde bei Fehlen eines Bewilligungsanspruchs (Art. 100 lit. b Ziff. 3 OG)

Wie bereits einleitend erwähnt, ist nach Art. 100 lit. b Ziff. 3 OG die Verwaltungsgerichtsbeschwerde gegen die Verweigerung einer Aufenthaltsbewilligung ausgeschlossen, wenn kein Bewilligungsanspruch besteht¹. Es ist somit zu prüfen, unter welchen Voraussetzungen dies zutrifft:

1. Grundsatz: Fehlen eines Bewilligungsanspruchs

1. Grundsätzlich besteht kein Anspruch auf Aufenthaltsbewilligung. Dies folgt aus Art. 4 ANAG, wonach die Bewilligungserteilung — im Rahmen der gesetzlichen Vorschriften und der Verträge mit dem Ausland — im freien Ermessen der kantonalen Behörden steht. Diese sind somit (dem Grundsatz nach) frei, Aufenthaltsbewilligungen zu verweigern. Aus der Sicht des Ausländers bedeutet dies nichts anderes, als dass er keinen Bewilligungsanspruch hat. In der Regel ist somit die Verwaltungsgerichtsbeschwerde nicht zulässig (statt vieler Entscheide BGE 111 Ib 2f.).

2. Hervorzuheben ist, dass *verschiedene Rechts-erlasse nach ihrem Wortlaut den Eindruck erwecken, es bestehe ein Anspruch auf Aufenthaltsbewilligung, obwohl dies in Wirklichkeit nicht zutrifft*. Das gilt namentlich für verschiedene vor dem ersten Weltkrieg abgeschlossene Niederlassungsabkommen. Illustrativ ist ein unveröffentlichter Bundesgerichtsentscheid vom 1. Oktober 1986 i.S. Bennett²: Der britische Staatsangehörige Martin Bennett reiste in die Schweiz ein und ersuchte um Erteilung der Aufenthaltsbewilligung. Die kantonalen Behörden wiesen das Gesuch ab. Letztinstanzlich erhob Bennett Verwaltungsgerichtsbeschwerde beim Bundesgericht. Er machte geltend, er habe gestützt auf den Freundschafts-, Handels- und Niederlassungsvertrag zwischen der Schweiz und dem Vereinigten Königreich Grossbritannien und Irland vom 6. September 1855³ einen Anspruch auf Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung. Das Abkommen sieht in Art. I was folgt vor:

¹ Bei Fehlen eines Anspruchs ist die Verwaltungsgerichtsbeschwerde hinsichtlich beliebiger Rügen ausgeschlossen. Es kann weder geltend gemacht werden, der negative Bewilligungsentscheid sei sachlich ungerechtfertigt, noch steht die Rüge offen, Verfahrensvorschriften seien verletzt (hinten I./3.). In der letzteren Hinsicht ist allerdings unter Umständen die staatsrechtliche Beschwerde gegeben (III.).

² Aus der publizierten Bundesgerichtspraxis vgl. z.B. BGE 110 Ib 66 E 2a, 106 Ib 127.

³ SR 0.142.113.671.

«Schweizer Bürger werden in allen Gebieten des Vereinigten Königreichs von Grossbritannien und Irland unter denselben Bedingungen und auf dem gleichen Fusse wie britische Untertanen zum Aufenthalte zugelassen. Gleichermassen werden die Untertanen ihrer britischen Majestät zum Aufenthalte in allen Kantonen der Schweiz unter den gleichen Bedingungen und auf demselben Fusse wie Schweizer Bürger anderer Kantone zugelassen.

Die Bürger und Untertanen der beiden kontrahierenden Teile können demnach, vorausgesetzt, dass sie den Landesgesetzen Genüge leisten, mit ihren Familien jeden Gebietsteil des anderen Staates frei betreten, sich daselbst niederlassen, wohnen und bleibend aufhalten...»

Der Wortlaut des Abkommens erweckt also in der Tat den Eindruck, Engländer könnten sich ohne weiteres in der Schweiz aufhalten, sie hätten demzufolge einen Anspruch auf Aufenthaltsbewilligung. Das Bundesgericht stellte demgegenüber fest: «Nach Lehre und Rechtsprechung werden solche Klauseln in Niederlassungsabkommen seit langer Zeit so ausgelegt, dass sie ausländischen Staatsbürgern keinen Anspruch auf eine Niederlassungs- oder Aufenthaltsbewilligung verschaffen. ... Sie verschaffen bloss denjenigen Staatsangehörigen des Vertragspartners, die bereits über eine Niederlassungsbewilligung verfügen, die gleiche Freizügigkeit im innerstaatlichen Verkehr wie einem Schweizer Bürger.» Demgemäss ist das Bundesgericht in Anwendung von Art. 100 lit. b Ziff. 3 OG auf die Verwaltungsgerichtsbeschwerde Bennetts nicht eingetreten.

3. Neben staatsvertraglichen Regeln gibt es auch solche des *innerstaatlichen* schweizerischen Rechts, welche fälschlicherweise den Eindruck erwecken, es bestehe ein Anspruch auf Aufenthaltsbewilligung. Vorbildlich in dieser Hinsicht ist allerdings die neue Verordnung des Bundesrats über die Begrenzung der Zahl der Ausländer vom 6. Oktober 1986⁴. Frühere Begrenzungsverordnungen waren sprachlich ungenauer; vgl. etwa BGE 111 Ib 3.

2. Ausnahme: Anspruch auf Aufenthaltsbewilligung

A. Überblick

Unsere Rechtsordnung kennt nur wenige Bestimmungen, die einen Anspruch auf Aufenthaltsbewilligung gewähren. Hinsichtlich der Eintretensproblematik die weitaus grösste Rolle spielt Art. 8 EMRK

⁴ SR 823.21. Diese am 1. November 1986 in Kraft getretene Verordnung enthält lediglich Bestimmungen, welche die Kantone in ihrer Freiheit zur Erteilung von Aufenthaltsbewilligungen einschränken, nicht aber sie zur Erteilung von Bewilligungen verpflichten (s. neustens den BGE 115 Ib 3/4, E 1b; zur früheren Begrenzungsverordnung vom 26. Oktober 1983 s. BGE 111 Ib 3).

(dazu eingehend B.), daneben ist vor allem das sog. Italienerabkommen zu erwähnen, und hier insbesondere Art. 12 Ziff. 1. Nach dieser Bestimmung wird «Saisonkräften, die sich im Verlauf von fünf aufeinanderfolgenden Jahren ordnungsgemäss während mindestens 45 Monaten zur Arbeit in der Schweiz aufgehalten haben, ... auf Gesuch hin eine Jahresbewilligung erteilt, vorausgesetzt, dass sie in ihrem Beruf eine Ganzjahresbeschäftigung finden». Anders als die vorerwähnten Niederlassungsabkommen gibt die Bestimmung nicht nur dem Wortlaut, sondern auch dem Sinn nach einen Anspruch auf Aufenthaltsbewilligung (BGE 111 Ib 163 f.)⁵.

B. Der Anspruch aus Art. 8 EMRK im besonderen

Art. 8 Ziff. 1 EMRK sieht vor, dass jedermann «Anspruch auf Achtung seines Privat- und Familienlebens, seiner Wohnung und seines Briefverkehrs» hat. Ziff. 2 bestimmt sodann, dass dieser Anspruch bei Vorliegen wichtiger öffentlicher Interessen eingeschränkt werden kann. Von Aufenthaltsbewilligungen ist in keiner Weise die Rede. Trotzdem hat das Bundesgericht aus Art. 8 EMRK einen Anspruch auf Aufenthaltsbewilligung abgeleitet, und zwar im berühmten *Entscheid i. S. Reneja* vom 9. Dezember 1983 (BGE 109 Ib 183 ff.)⁶.

a. Der Entscheid i. S. Reneja vom 9. Dezember 1983 (BGE 109 Ib 183)

1. Das Bundesgericht argumentiert in diesem Entscheid der Sache nach folgendermassen:

Ein Ausländer, dem die Erteilung (Verlängerung) der Aufenthaltsbewilligung verweigert wird, ist zur Ausreise aus dem die Bewilligung verweigernden Kanton verpflichtet. Zudem kann er zur Ausreise aus der Schweiz verpflichtet werden (Art. 12 Abs. 3 ANAG). Wird von dieser Möglichkeit Gebrauch gemacht, so führt dies zur Trennung von allfällig in der Schweiz lebenden Familiengliedern, falls ihm diese nicht ins Ausland folgen. Die Trennung einer Familie kann den aus Art. 8 EMRK fliessenden Anspruch auf Familienleben verletzen. Hätte im konkreten Fall die Nichterteilung einer Aufenthaltsbewilligung eine solche Verletzung zur Folge, so müsste dem Gesuchsteller der Aufenthalt in der Schweiz bewilligt werden. Art. 8 EMRK schafft mithin für Ausländer — unter gewissen Voraussetzungen — einen Anspruch auf Anwesenheit in der Schweiz. Dieser Anspruch fällt unter Art. 100 lit. b Ziff. 3 OG. Gestützt auf die beiden Bestimmungen kann daher

gegen die Verweigerung einer Aufenthaltsbewilligung die Verwaltungsgerichtsbeschwerde zulässig sein.

2. Die blosser Berufung auf Art. 8 EMRK verpflichtet allerdings noch nicht zum Eintreten auf die Beschwerde. Andererseits braucht selbstverständlich nicht dargetan zu werden, dass durch die Nichterteilung der Aufenthaltsbewilligung der — aus Art. 8 EMRK fliessende — Anspruch auf Familienleben verletzt würde⁷. Vorausgesetzt, aber auch genügend ist für die Zulässigkeit der Beschwerde, dass der Anspruch auf Familienleben *betroffen* ist. Dies nimmt das Bundesgericht dann an, wenn es sich bei den in der Schweiz lebenden Familiengliedern des Ausländers um dessen Ehegatten oder minderjährige Kinder handelt, wenn diese in der Schweiz ein Anwesenheitsrecht haben und wenn sie die Familienbeziehung mit dem Ausländer auch tatsächlich leben^{8, 9}.

3. Der Entscheid i. S. Reneja wurde mehrmals bestätigt, zum Teil aber auch ergänzt und präzisiert. Die Voraussetzungen, unter denen gestützt auf Art. 8 EMRK gegen die Verweigerung einer Aufenthaltsbewilligung Verwaltungsgerichtsbeschwerde geführt werden kann, können heute wie folgt umschrieben werden:

b. Die einzelnen Eintretensvoraussetzungen

1. Der um Aufenthaltsbewilligung nachsuchende Ausländer muss in der Schweiz *Familienglieder* haben. Dazu rechnen nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung grundsätzlich nur Familienglieder im engen Sinne, d. h. der Ehegatte und die minderjährigen (ehelichen oder nicht ehelichen¹⁰) Kinder des Ausländers. Dieser kann also zum vornherein nicht — gestützt auf Art. 8 EMRK — Verwaltungsgerichtsbeschwerde erheben, wenn er in der Schweiz «lediglich» Geschwister oder bereits mündige Kinder hat. Auch nützt es dem Ausländer nichts, wenn er in der Schweiz mit einem Freund bzw. einer Freundin zusammenlebt (zusammenleben will). Präzisierungen:

⁷ Ob dies zutrifft, ist gegebenenfalls im Rahmen der materiellen Prüfung der Beschwerde zu untersuchen (vgl. hinten I./2./B./c.).

⁸ Sind diese Voraussetzungen erfüllt, so steht die Verwaltungsgerichtsbeschwerde nicht nur dem um Aufenthaltsbewilligung nachsuchenden Ausländer offen, sondern auch seinen in der Schweiz anwesenheitsberechtigten Familiengliedern (*Koller*, zit. Anm. 6, 515, mit Nachweisen; unveröffentlichter Entscheid vom 19. Juni 1987 i. S. Tuncarslan, E 1c).

⁹ Nicht erheblich ist für die Zulässigkeit der Verwaltungsgerichtsbeschwerde, ob der um Aufenthaltsbewilligung nachsuchende Ausländer schon einmal eine solche hatte oder nicht (BGE 111 Ib 1 ff.).

¹⁰ Vgl. den unveröffentlichten Entscheid vom 7. September 1984 i. S. G.

⁵ Dasselbe gilt für Art. 11 und 13 des Abkommens.

⁶ Eingehend zu diesem Entscheid *Koller*: Die Reneja-Praxis des Bundesgerichts, ZBl 1985 513 ff.

— Hat der Ausländer gegenüber seinem (minderjährigen) Kind nur ein Besuchsrecht, so ist Art. 8 EMRK Genüge getan, wenn er das Kind besuchen kann. Das aber kann er im Normalfall auch vom Ausland aus; eine Aufenthaltsbewilligung in der Schweiz ist hierfür nicht nötig. Gegen die Verweigerung einer solchen ist somit die Verwaltungsgerichtsbeschwerde grundsätzlich unzulässig¹¹. Das Bundesgericht hat erklärt, eine Ausnahme könnte höchstens dann gemacht werden, «wenn besondere Umstände — wie beispielsweise grosse geographische Entfernung — die Ausübung des Besuchsrechts verunmöglichten oder ausserordentlich erschwerten»¹², was nicht zutrefte für die Ausübung des Besuchsrechts von Grossbritannien, Israel oder Tunesien aus¹³. Demgegenüber hat der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte entschieden, das Besuchsrecht gegenüber einem in den Niederlanden lebenden Kind könne von Marokko aus nicht in zumutbarer Weise ausgeübt werden, weshalb die Verweigerung einer Aufenthaltsbewilligung in Holland Art. 8 EMRK verletze¹⁴. Angesichts dieses Entscheids muss wohl die dargestellte bundesgerichtliche Rechtsprechung zum Besuchsrecht überprüft werden. Ansatzpunkte hierfür finden sich in einem neusten Entscheid i. S. K. vom 16. Juli 1989 (BGE 115 Ib 97 ff.). Hier wurde mit Rücksicht auf das erwähnte Strassburger Urteil eine andere Praxis revidiert: In einem Entscheid vom 31. Januar 1986¹⁵ hatte das Bundesgericht die Auffassung vertreten, dass ein Vater, der die elterliche Gewalt über sein nicht eheliches Kind formell nicht erhalten hat, sich zum vornherein nicht auf Art. 8 EMRK berufen kann, auch dann nicht, wenn er mit dem Kind und der Kindsmutter zusammenlebt. In BGE 115 Ib 97 ff. erklärt nun das Bundesgericht, auf die Verwaltungsgerichtsbeschwerde gegen die Verweigerung einer Aufenthaltsbewilligung an ein Kind oder einen Elternteil sei selbst dann einzutreten, wenn das Kind familienrechtlich nicht unter der elterlichen Gewalt oder Obhut des entsprechenden

Elternteils stehe, immer vorausgesetzt, dass die übrigen Eintretensvoraussetzungen erfüllt sind.

— Die Praxis, dass nur minderjährige Kinder als Familienglieder im Sinne der Reneja-Rechtsprechung gelten, erfuhr in einem neusten Entscheid vom 10. Februar 1989 (BGE 115 Ib 1 ff.) eine Einschränkung. Der Entscheid betraf folgenden Sachverhalt:

Eine im Zeitpunkt der bundesgerichtlichen Entscheidung 24jährige Italienerin leidet seit ihrer Geburt an Gehörlosigkeit. Ihre Eltern, die seit der ersten Hälfte der sechziger Jahre in der Schweiz wohnen, liessen sie seit dem vierten Lebensjahr in einer Spezialschule für Gehörlose in Italien ausbilden. Später erlernte die taube Frau den Beruf der Zahntechnikerin. Im Dezember 1986 stellte der Vater beim Ausländeramt des Kantons Solothurn ein Gesuch um Aufenthaltsbewilligung für seine Tochter. Das Amt wies das Gesuch ab, weil die Frau damals bereits 21 Jahre zählte. Eine dagegen gerichtete Beschwerde blieb erfolglos. In letzter Instanz wurde das Bundesgericht angerufen. Dieses trat auf die Beschwerde ein und hiess sie gut. Es stellte fest, dass die Garantie von Art. 8 EMRK grundsätzlich nur den Anspruch umfasse, dass Eltern und ihre *minderjährigen* Kinder zusammenleben dürfen, nicht auch volljährige Kinder, die in aller Regel nicht auf den Schutz der Familie angewiesen sind und auf eigenen Füßen stehen¹⁶. Es könne jedoch Ausnahmen geben. Eine solche erachtete das Bundesgericht im konkreten Fall als gegeben, weil die taube Frau trotz ihrer Volljährigkeit von der Familie abhängig ist.

2. Zweite Voraussetzung der Reneja-Praxis ist — wie erwähnt —, dass das Familienglied des Ausländers in der Schweiz ein *Anwesenheitsrecht* hat. Das trifft nach konstanter Rechtsprechung in zwei Fällen zu: Einmal bei Schweizern bzw. Schweizerinnen, die hier qua Bürgerrecht anwesenheitsberechtigt sind, sodann bei Ausländern, die hier Niederlassungsbewilligung haben.

Neuerdings wurde nun die Frage entschieden, ob auch die blossе Aufenthaltsbewilligung als genügendes Anwesenheitsrecht gilt. Dies wurde verneint, mit folgender Begründung: «Hat ein Ausländer in der Schweiz bloss eine Aufenthaltsbewilligung, so muss er damit rechnen, dass er früher oder später das Land zu verlassen hat. Es wäre darum widersinnig, seinen Ehegatten, dessen Aufenthaltsbewilligung nicht

¹¹ Unveröffentlichter Entscheid i. S. Houaidia vom 22. November 1985.

¹² Unveröffentlichter Entscheid i. S. Oezseven vom 12. November 1986, E 2b.

¹³ Unveröffentlichte Entscheide vom 22. November 1985 i. S. M. H., vom 25. Januar 1988 i. S. D. S. und vom 13. Oktober 1988 i. S. C. B.

¹⁴ Entscheid vom 21. Juni 1988 i. S. Berrehab (3/1987/126/177). Der Entscheid ist im Band 138 der Serie A der Publikationen des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte erschienen.

¹⁵ In Sachen Kachbouri.

¹⁶ Die Beziehung zwischen Eltern und volljährigen Kindern fällt zwar unter die nach Art. 8 EMRK schützenswerten Beziehungen; sie wird jedoch regelmässig durch gegenseitige Besuche gepflegt. «Angemessene familiäre Kontakte sind regelmässig möglich, ohne dass die Nachkommen über eine Aufenthaltsbewilligung in der Schweiz verfügen, wo ihre Eltern niedergelassen sind» (BGE 115 Ib 5; vgl. den gleichen Gedanken im Verhältnis des minderjährigen Kindes zum Elternteil, der nur ein Besuchsrecht hat, oben I./2./B./b.).

erneuert wird, zur Verwaltungsgerichtsbeschwerde zuzulassen, hat doch der über eine noch gültige Aufenthaltsbewilligung verfügende Ehepartner bei Ablauf der Dauer seiner Aufenthaltsbewilligung keinen Anspruch auf Erneuerung der Bewilligung.»¹⁷

3. Dritte Voraussetzung der Reneja-Praxis ist — wie gesagt —, dass der Ausländer die *Beziehung* zu dem in der Schweiz anwesenheitsberechtigten Familienglied *lebt*. Es genügt nicht, dass der Ausländer die Beziehung bloss leben will. Das wurde neuerdings wieder mit aller wünschbaren Deutlichkeit klargestellt in zwei unveröffentlichten Entscheiden vom 2. Mai bzw. 4. Juli 1986 i.S. Paunovic bzw. Quacoe. Im letzteren Fall ging es um einen Ghanesen, der mit einer Schweizerin verheiratet war, aber nicht mehr in Hausgemeinschaft lebte. Als ihm die Aufenthaltsbewilligung nicht verlängert wurde, erhob er Verwaltungsgerichtsbeschwerde und machte geltend, er wolle ja mit der Frau zusammenleben, diese wolle nur nicht. Das Bundesgericht entschied, der Wille zur Lebensbeziehung genüge unter dem Gesichtspunkt von Art. 8 EMRK nicht, es komme auf das tatsächliche Leben der Beziehung an. Entsprechend trat es auf die Beschwerde nicht ein. Diese Rechtsprechung ist zu begrüssen: Wird der Anspruch auf Familienleben ohnehin nicht verwirklicht, so kann er durch die Verweigerung einer Aufenthaltsbewilligung zum vornherein nicht verletzt werden.

c. Exkurs: Zur materiellen Bedeutung von Art. 8 EMRK

1. Sind die erwähnten drei Voraussetzungen der Reneja-Praxis gegeben, so tritt das Bundesgericht auf die Verwaltungsgerichtsbeschwerde ein. Damit ist aber über den Ausgang des Verfahrens noch nichts gesagt. Eine *Verletzung von Art. 8 EMRK* durch die Verweigerung der Aufenthaltsbewilligung liegt nur *unter einer zweifachen Voraussetzung* vor (vgl. BGE 110 Ib 201 ff., 111 Ib 1 ff.):

- wenn es dem in der Schweiz lebenden Familienglied nicht zuzumuten ist, mit dem Ausländer ins Ausland zu gehen,
- wenn zusätzlich keine überwiegenden öffentlichen Interessen für eine Fernhaltung des Ausländers gegeben sind¹⁸.

¹⁷ Unveröffentlichte Entscheide vom 7. März 1986 i.S. Taskesen, und vom 20. Januar 1986 i.S. Milosevic. Ebenso Koller (zit. Anm. 6) 516 Anm. 8.

¹⁸ Teilweise abweichend Entscheid vom 10. Februar 1989 i.S. Nasti: Die Frage der Zumutbarkeit der Ausreise für nahe Angehörige des um Aufenthaltsbewilligung nachsuchenden Ausländers könne nicht völlig losgelöst von dessen Verhältnissen bzw. Verhalten geprüft werden.

2. Ist eine der Voraussetzungen nicht gegeben, so verstösst die Verweigerung der Aufenthaltsbewilligung nicht gegen Art. 8 EMRK, und die Beschwerde ist somit abzuweisen. Beispiel (BGE 111 Ib 1 ff.): Nalbant, ein Türke, kam in die Schweiz und heiratete hier eine in der Schweiz niedergelassene Türkin. Er ersuchte um Aufenthaltsbewilligung, welche ihm verweigert wurde. Dagegen erhob er letztinstanzlich Verwaltungsgerichtsbeschwerde beim Bundesgericht. Dieses trat darauf ein, wies sie aber ab, mit der Begründung, Frau Nalbant sei es zumutbar, mit ihrem Mann in die Türkei zurückzukehren. Frau Nalbant konnte mit andern Worten unter zumutbaren Verhältnissen das Familienleben mit ihrem Mann aufrechterhalten; der Anspruch auf Familienleben war somit nicht verletzt.

In einem andern Entscheid vom 29. Dezember 1986 in Sachen Aouichaoui hat das Bundesgericht die Frage offengelassen, ob es der Frau des Beschwerdeführers zumutbar sei, ins Ausland zu gehen. Es argumentierte, der Mann sei im Heroinhandel tätig gewesen, das rechtfertigte die Wegweisung nach Art. 8 Ziff. 2 EMRK auch dann, wenn es der Frau nicht zumutbar sein sollte, mit ihm zu gehen. Hier wird zwar der Anspruch auf Familienleben tangiert, indem der Mann weg muss, die Frau aber unter Umständen hier bleibt, weil ihr ein Wegzug nicht zumutbar ist. Da jedoch ein erhebliches Interesse an der Entfernung des Ausländers besteht, ist der Anspruch auf Familienleben nicht verletzt.

3. Einheit des Prozesses

Das Gesagte gilt in erster Linie für Sachentscheide, also für Fälle, in denen sich eine Behörde materiell mit der Frage der Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung befasst und die Bewilligung verweigert. Entsprechendes gilt aber auch für Prozessentscheide, namentlich Nichteintretensentscheide; auch hier greift also Art. 100 lit. b Ziff. 3 OG ein — gestützt auf den Grundsatz der Einheit des Prozesses (BGE 111 Ib 73 ff.). Siehe auch Anm. 1.

II. Zulässigkeit der Verwaltungsgerichtsbeschwerde trotz Fehlens eines Anspruchs auf Aufenthaltsbewilligung¹⁹

Wie gesagt, steht die Verwaltungsgerichtsbeschwerde gegen die Verweigerung einer Aufenthalts-

¹⁹ Vgl. zum folgenden eingehend Koller: Zur Verwaltungsgerichtsbeschwerde in Ausländersachen: Zulässigkeit in der sog. Unterstellungsfrage, ZBJV 1988 147 ff.

bewilligung nicht offen, wenn kein Bewilligungsanspruch besteht. Von dieser Regel des Art. 100 lit. b Ziff. 3 OG weicht das Bundesgericht bei folgendem Tatbestand ab:

Ein Ausländer ersucht um Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung zwecks Erwerbstätigkeit. Im Bewilligungsverfahren stellt sich die Frage, ob der Ausländer den bundesrätlichen Begrenzungsmassnahmen für erwerbstätige Ausländer unterstellt ist oder nicht. Die Bewilligungsbehörde bejaht dies und verweigert die Aufenthaltsbewilligung, weil sie keine auf das Kontingent anrechenbare Bewilligung erteilen will. In diesem Fall kann der Ausländer letztinstanzlich Verwaltungsgerichtsbeschwerde beim Bundesgericht erheben, und zwar auch dann, wenn er keinen Bewilligungsanspruch hat. Allerdings steht ihm nur eine Rüge offen, nämlich: die *Unterstellungsfrage* sei falsch entschieden worden (Entscheid vom 22. November 1985 i.S. Ogando, BGE 111 Ib 169 ff.). Dieser Entscheid wurde mehrfach bestätigt, neustens in einem unveröffentlichten Urteil vom 21. Dezember 1988 i.S. B.²⁰. Auf die zwischenzeitlich an BGE 111 Ib 169 ff. geübte Kritik²¹ wird darin leider nicht eingetreten.

III. Staatsrechtliche Beschwerde

1. Ist die Verwaltungsgerichtsbeschwerde nicht zulässig, weil ein Bewilligungsgesuch fehlt, so ist auch die staatsrechtliche Beschwerde nicht gegeben. Dies aber nicht wegen Art. 100 lit. b Ziff. 3 OG, sondern wegen Art. 88 OG. Nach dieser Bestimmung kann nur derjenige staatsrechtliche Beschwerde erheben, der durch einen Entscheid *in seinen rechtlich geschützten Interessen betroffen* ist. Hat nun aber der Ausländer keinen Anspruch auf Aufenthaltsbewilligung, so wird er durch die Nichterteilung der Bewilligung in seinen rechtlich geschützten Interessen zum vornherein nicht verletzt. Es fehlt an einer geschützten Rechtsposition (vgl. z.B. BGE 109 Ib 180 E 2).

²⁰ Ferner z.B. unveröffentlichter Entscheid i.S. Szczaluba vom 7. Juli 1988, E 1. In einem unveröffentlichten Entscheid i.S. Ramiqi vom 20. Juni 1986 wurde die Ogando-Praxis nur in abgeschwächter Form bestätigt: es sei an ihr «aus prozessökonomischen Gründen zumal in Fällen festzuhalten, in denen die Unterstellungsfrage eindeutig zu beantworten ist». Diese Einschränkung wurde in den späteren Entscheiden ersatzlos fallengelassen.

²¹ Koller (zit. Anm. 19) 152 ff.

2. Präzisierend ist beizufügen:

- Die staatsrechtliche Beschwerde steht zwar nicht offen, um geltend zu machen, die Verweigerung der Aufenthaltsbewilligung sei ein Fehlentscheid, der Entscheid sei willkürlich. Hingegen kann mit ihr vorgebracht werden, *kantonale Verfahrensvorschriften*, welche den Schutz des Ausländers bezweckten, seien verletzt²². Denn die betreffenden Vorschriften verschaffen eben gerade eine geschützte Rechtsposition²³. Wenn z.B. das kantonale Recht für das Rekursverfahren ein Replikrecht des Ausländers vorsieht und in einem konkreten Rekursverfahren die Rekursinstanz ohne Einholung einer Replik entscheidet, so kann der Ausländer staatsrechtliche Beschwerde erheben und geltend machen, es hätte ihm die Möglichkeit zur Replik eingeräumt werden müssen²⁴. Nicht geltend machen kann er hingegen, die Verweigerung der Aufenthaltsbewilligung sei willkürlich.
- Wenn ein Ausländer gegen die Verweigerung einer Aufenthaltsbewilligung Rekurs führt und die *Rekursbehörde nicht eintritt*, z.B. mit der Begründung, die Rekursfrist sei verpasst, so steht die staatsrechtliche Beschwerde wiederum offen, und zwar auch dann, wenn kein Bewilligungsanspruch besteht. Es ist analog zu überlegen wie im Fall mit den Verfahrensvorschriften: Der Ausländer hat unter bestimmten Voraussetzungen Anspruch darauf, dass sein Rekurs behandelt wird. Tritt die Rekursbehörde darauf nicht ein, ist er daher zur staatsrechtlichen Beschwerde legitimiert.

²² Zum Beispiel BGE 111 Ib 75 E 2a; unveröffentlichter Entscheid vom 12. November 1986 i.S. Oezseven; grundlegend BGE 107 Ia 185 f. E 3c, der allerdings nicht die Verweigerung einer Aufenthaltsbewilligung betrifft.

²³ Wenn dem Beschwerdeführer (im kantonalen Verfahren) Verfahrensrechte zukommen, kann er (entgegen BGE 109 Ib 180 E 2) auch jene Verfahrensrechte geltend machen, die sich direkt aus Art. 4 BV ergeben (Urteil vom 2. Januar 1988 i.S. Star, BGE 114 Ia 312 E c; unveröffentlichtes Urteil i.S. Broughton vom 13. Oktober 1988).

²⁴ Auch die Verletzung allfälliger bundesrechtlicher Verfahrensvorschriften kann bei Fehlen eines Bewilligungsanspruchs nur (aber immerhin) mit staatsrechtlicher Beschwerde (Willkürüge) geltend gemacht werden (z.B. unveröffentlichter Entscheid i.S. Günday vom 26. Februar 1986). Die Verwaltungsgerichtsbeschwerde steht nicht offen, da der nach Art. 100 lit. b Ziff. 3 OG begründete Beschwerdeausschluss nicht durch die Rüge der Verletzung von Bundesrecht aufgehoben wird (Grundsatz der Einheit des Prozesses, oben I./3.; z.B. unveröffentlichter Entscheid i.S. Elezaj vom 22. Mai 1986, E 1. a. E.).