

Die Reneja-Praxis des Bundesgerichts

Ein Rechtsprechungsbericht

Von PD Dr. *Alfred Koller*, Bundesgerichtssekretär, Lausanne

I. Ausgangslage

1. Nach Art. 100 lit. b Ziffer 3 des Bundesgesetzes vom 16. Dezember 1943/20. Dezember 1968 über die Organisation der Bundesrechtspflege (OG; SR 173.110) ist die Verwaltungsgerichtsbeschwerde an das Bundesgericht auf dem Gebiete der Fremdenpolizei unzulässig gegen «die Erteilung oder Verweigerung von Bewilligungen, auf die das Bundesrecht keinen Anspruch einräumt». Ob ein Ausländer, der um Aufenthaltsbewilligung in der Schweiz nachsucht, gegen die Verweigerung der Bewilligung Verwaltungsgerichtsbeschwerde erheben kann, hängt somit davon ab, ob das Bundesrecht einen Anspruch auf Aufenthaltsbewilligung gibt. Art. 4 des Bundesgesetzes vom 26. März 1931 über Aufenthalt und Niederlassung der Ausländer (ANAG; SR 142.20) schliesst einen solchen Anspruch grundsätzlich aus, indem er den Entscheid über die Erteilung (erstmalige Erteilung oder Erneuerung) einer Aufenthaltsbewilligung in das freie Ermessen der zuständigen (kantonalen) Behörde stellt, soweit keine gesetzlichen Vorschriften oder Verträge mit dem Ausland vorgehen (BGE 110 Ib 66, 109 Ib 178 Erw. 1, 106 Ib 127 Erw. 2a). Zu den Vorschriften, welche einen Anspruch auf Aufenthaltsbewilligung einräumen, gehört nach neuester bundesgerichtlicher Rechtsprechung – entgegen früherer Praxis – auch Art. 8 der Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK; SR 0.101)¹. Begründet wurde die Praxisänderung in einem Beschluss vom 9. Dezember 1983 i. S. Reneja (BGE 109 Ib 183 ff.).

II. Der Beschluss i. S. Reneja vom 9. Dezember 1983 (BGE 109 Ib 183 ff.)

2. BGE 109 Ib 183 ff. lag der folgende Sachverhalt zugrunde:

Der marokkanische Staatsangehörige Salaheddine Reneja, dessen frühere Aufenthalte in der Schweiz bereits zu berechtigten Klagen Anlass gegeben hatten, erhielt am 28. März 1980 von der Fremdenpolizei des Kantons Zürich allein deswegen eine neue Aufenthaltsbewilligung, weil er

¹ Art. 8 EMRK lautet: «1. Jeder mann hat Anspruch auf Achtung seines Privat- und Familienlebens, seiner Wohnung und seines Briefverkehrs. 2. Der Eingriff einer öffentlichen Behörde in die

inzwischen eine Schweizerin geheiratet hatte. Mit Urteil vom 11. Mai 1982 sprach ihn das Bezirksgericht Zürich verschiedener schwerer Zuwiderhandlungen gegen das Bundesgesetz über die Betäubungsmittel schuldig und bestrafte ihn mit 24 Monaten Zuchthaus. Gestützt auf diese Verurteilung wies die Polizeidirektion des Kantons Zürich mit Verfügung vom 23. November 1982 das Gesuch Renejas vom 27. September 1982 um Verlängerung der Aufenthaltsbewilligung ab. Ein Rekurs an den Regierungsrat blieb erfolglos. In der Folge reichten Salaheddine und seine Ehefrau Monika Reneja-Dittli beim Bundesgericht Verwaltungsgerichtsbeschwerde und staatsrechtliche Beschwerde ein. Sie beantragten namentlich die Aufhebung der Entscheide der Polizeidirektion und des Regierungsrats.

3. Das Bundesgericht ist auf die Verwaltungsgerichtsbeschwerde eingetreten, was gemäss Art. 84 Abs. 2 OG die Nichtanhandnahme der staatsrechtlichen Beschwerde zur Folge hatte². Die Erwägungen können sinngemäss wie folgt zusammengefasst werden:

Ein Ausländer, dem die 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 Einzelfall die Nichterteilung einer Aufenthaltsbewilligung eine solche Verletzung zur Folge, so muss 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 Ziffer 3 OG. Gestützt auf die beiden Bestimmungen kann daher gegen die Verweigerung einer Aufenthaltsbewilligung die Verwaltungsgerichtsbeschwerde zulässig sein. Die blosser Berufung auf Art. 8 EMRK verpflichtet allerdings noch nicht zum Eintreten auf die Beschwerde. Andererseits braucht selbstverständlich nicht dargelegt zu werden, dass durch die Nichterteilung der Aufenthaltsbewilligung der – aus Art. 8 EMRK fliessende – Anspruch auf Familienleben verletzt würde (ob dies zutrifft, ist gegebenenfalls im Rahmen der materiellen Prüfung der Beschwerde zu untersuchen). Vorausgesetzt, aber auch genügend ist für die Zulässigkeit der Beschwerde³, 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

Ausübung dieses Rechts ist nur statthaft, insoweit dieser Eingriff gesetzlich vorgesehen ist und eine Massnahme darstellt, die in einer demokratischen Gesellschaft für die nationale Sicherheit, die öffentliche Ruhe und Ordnung, das wirtschaftliche Wohl des Landes, die Verteidigung der Ordnung und zur Verhinderung von strafbaren Handlungen, zum Schutz der Gesundheit und der Moral oder zum Schutz der Rechte und Freiheiten anderer notwendig ist.»

² Der Entscheid wird in der Lehre zum Teil gebilligt (*Toni Pfanner*, Die Jahresaufenthaltsbewilligung des erwerbstätigen Ausländers, St. Gallen 1984, S. 30, 183 f.; *Veronika Paetzold*, Ausländer in der Schweiz, 3. Aufl. 1984, S. 42), zum Teil aber auch in Frage gestellt (*Paul Richli*, Die verwaltungsgerichtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahre 1983, ZBJV 1985, 408).

³ Unter dem Gesichtswinkel von Art. 100 lit. b Ziffer 3 OG. – Dass die allgemeinen Voraussetzungen der Verwaltungsgerichtsbeschwerde (z. B. Fristwahrung nach Art. 106 OG) erfüllt sind, wird hier unterstellt.

oder minderjährige Kinder handelt, wenn diese in der Schweiz ein Anwesenheitsrecht haben und die Familienbeziehung mit dem Ausländer auch tatsächlich leben. Sind diese Voraussetzungen erfüllt, so steht die Verwaltungsgerichtsbeschwerde nicht nur dem um Aufenthaltsbewilligung nachsuchenden Ausländer offen, sondern auch seinen in der Schweiz anwesenheitsberechtigten Familiengliedern. Im beurteilten Fall nahm das Bundesgericht an, die Ehebeziehung zwischen Salaheddine Reneja und seiner Frau, die Schweizer Bürgerin und somit in der Schweiz anwesenheitsberechtigt ist, sei intakt. Es trat daher auf die Beschwerde Salaheddine Renejas und auf die seiner Ehefrau Monika Reneja-Dittli ein und prüfte materiell, ob die Nichtverlängerung der Aufenthaltsbewilligung Art. 8 EMRK verletze. Das bejahte es in der Folge mit Urteil vom 7. September 1984 (BGE 110 Ib 201 ff.; vgl. hinten Ziffer 6).

4. Der Beschluss i.S. Reneja vom 9. Dezember 1983 wurde seither mehrmals bestätigt und zum Teil präzisiert⁴. In einem neusten Entscheid hat das Bundesgericht die Reneja-Praxis in einem wesentlichen Punkt ergänzt. Auf diesen Entscheid (vom 15. März 1985 i. S. N.) wird in Ziffer 7 noch ausführlich eingegangen. Zuvor sind die Voraussetzungen, unter denen die Verwaltungsgerichtsbeschwerde gegen die Verweigerung einer Aufenthaltsbewilligung gemäss der Reneja-Praxis zulässig ist, im einzelnen darzulegen:

– 1. *Voraussetzung*: Der um Aufenthaltsbewilligung nachsuchende Ausländer muss in der Schweiz *Familienglieder im engen Sinn* haben. Dazu rechnen nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung nur der Ehegatte⁵ und die minderjährigen Kinder⁶ des Ausländers⁷. Dieser kann also zum vornherein nicht – gestützt auf Art. 8 EMRK – Verwaltungsgerichtsbeschwerde er-

⁴ Z.B. BGE 110 Ib 204 Erw. 1a; unveröffentlichte Entscheide vom 8. Februar 1985 i. S. A. und i. S. Ch.

⁵ Genauer: der in ungetrennter Ehe lebende Ehegatte (unveröffentlichter Entscheid vom 7. September 1984 i. S. D.: «Die Beziehung des Beschwerdeführers [sc. des beschwerdeführenden Ausländers] zu seiner geschiedenen schweizerischen Ehefrau fällt für die Begründung des Rechts zur Erhebung einer Verwaltungsgerichtsbeschwerde zum vornherein ausser Betracht.») – Die blosse Absicht (zweier Konkubinatspartner), die Ehe einzugehen, begründet ebensowenig wie eine geschiedene Ehe eine Familienbeziehung im Sinn der Reneja-Praxis (unveröffentlichter Entscheid vom 9. Juni 1984 i. S. A.A.M., Erw. 1).

⁶ Gemeint sind vorab eheliche Kinder des Ausländers (BGE 109 Ib 186), dann aber auch nicht eheliche, wie das Bundesgericht in einem unveröffentlichten Entscheid vom 7. September 1984 i. S. G. erkannt hat.

⁷ Nach Auffassung des Bundesgerichts müssen nur diese Personen berechtigt sein, sich im Rahmen «einer wirksamen Beschwerde bei einer nationalen Instanz» (Art. 13 EMRK) gegen staatliche Eingriffe in ihr Familienleben wehren zu können (BGE 109 Ib 186 lit. a). Anderen Personen soll offenbar weder die Verwaltungsgerichtsbeschwerde noch die staatsrechtliche Beschwerde offenstehen. Ob diese Auffassung die Zustimmung der Strassburger Behörden finden würde, scheint zweifelhaft, da diese die von Art. 8 EMRK geschützte Familienbeziehung wohl in einem weiteren Sinn verstehen als das Bundesgericht; vgl. *Johann Kammermann*, Der Familiennachzug der ausländischen Arbeitskräfte, Zürich 1976, S. 130 lit. b in Verbindung mit S. 129; ferner z.B. *Albert Bleckmann*, Europäische Kommission für Menschenrechte – Rechtsprechungsbericht 1982, in: EuGRZ 1983, S. 423, Nr. 53: Die Beziehung zwischen Geschwistern wurde von der Menschenrechtskommission vom Anwendungsbereich des Art. 8 EMRK nicht grundsätzlich ausgenommen, sondern nur für den konkreten Fall, weil «irgendwelche näheren Beziehungen» zwischen dem Beschwerdeführer und den Geschwistern nicht dargetan waren.

heben, wenn er in der Schweiz «lediglich» Geschwister oder einen Elternteil oder bereits mündige Kinder hat. Auch nützt es dem Ausländer nichts, wenn er in der Schweiz mit einem Freund bzw. einer Freundin zusammenlebt (unveröffentlichter Entscheid i.S. G. vom 7. September 1984).

- 2. *Voraussetzung*: Das in der Schweiz wohnende Familienglied des Ausländers muss hier *anwesenheitsberechtigt* sein. «Dies ist» gemäss BGE 109 Ib 186 «vor allem bei der Schweizer Bürgerin der Fall, die einen Ausländer geheiratet hat, dann aber auch bei einem Ausländer oder einer Ausländerin, die über eine Niederlassungsbewilligung in der Schweiz verfügt. Schliesslich muss die Berufung auf Art. 8 EMRK möglich sein, wenn ein Familienglied seine Anwesenheit in der Schweiz auf einen Staatsvertrag stützen kann (z.B. das Abkommen zwischen der Schweiz und Italien über die Auswanderung italienischer Arbeitskräfte nach der Schweiz [SR 0.142.114.548], wo im Rahmen des in Art. 11 des Abkommens gewährleisteten Anwesenheitsrechtes eine Verwaltungsgerichtsbeschwerde zulässig ist: BGE 97 I 533 Erw. 1b)».

Nicht genügend ist nach dieser Rechtsprechung, dass das in der Schweiz lebende Familienglied lediglich eine Aufenthaltsbewilligung hat. Das Bundesgericht hat dies allerdings weder im Beschluss i.S. Reneja vom 9. Dezember 1983 noch in einer späteren Entscheidung ausdrücklich festgestellt⁸.

- 3. *Voraussetzung*: Der um die Aufenthaltsbewilligung nachsuchende Ausländer muss die *Beziehung* zu dem in der Schweiz anwesenheitsberechtigten Familienglied *tatsächlich leben*; «dieser Sachverhalt ist anhand objektiv überprüfbarer Umstände nachzuweisen» (BGE 109 Ib 186).

«Tatsächlich leben» ist nicht identisch mit Zusammenleben. So ist das Bundesgericht im Fall Reneja auf die Verwaltungsgerichtsbeschwerde eingetreten, obwohl Salaheddine Reneja von seiner Frau durch einen Gefängnisaufenthalt getrennt lebte. Umgekehrt kann es selbst dann an einer tatsächlich gelebten Familienbeziehung fehlen, wenn der Ausländer mit dem (in der Schweiz anwesenheitsberechtigten) Familienglied zusammenlebt (vgl. den unveröffentlichten Entscheid vom 8. Februar 1985 i. S. A.). Fehlendes Zusammenleben kann allerdings ein starkes Indiz dafür sein, dass eine Familienbeziehung nicht tatsächlich gelebt wird. Für sich allein aber

⁸ Hat ein Ausländer in der Schweiz bloss eine Aufenthaltsbewilligung, so muss er damit rechnen, dass er früher oder später das Land zu verlassen hat. Eine Ausreise ist ihm unter diesen Umständen zumutbar. Daraus folgt: Wird einem Familienglied des betreffenden Ausländers die Aufenthaltsbewilligung verweigert, so wird Art. 8 EMRK zum vorherein nicht verletzt, denn eine Berufung auf diese Bestimmung ist ausgeschlossen, wenn dem in der Schweiz anwesenheitsberechtigten Familienglied ein Verlassen der Schweiz zumutbar ist (hinten Ziffer 6). Mit Rücksicht hierauf kann gesagt werden, die Familienbeziehung zwischen einem Ausländer und einem in der Schweiz lebenden Familienglied mit blosser Aufenthaltsbewilligung werde ohnehin nicht in erheblicher Weise berührt, wenn dem betreffenden Ausländer der Aufenthalt in der Schweiz nicht gestattet wird. Demgemäss scheint es zutreffend, auf eine gegen die Verweigerung der Aufenthaltsbewilligung gerichtete Verwaltungsgerichtsbeschwerde nicht einzutreten. Vgl. im vorliegenden Zusammenhang Kay Hailbronner, *Ausländerrecht*, Heidelberg 1984, S. 217; Albert Bleckmann, *Europäische Kommission für Menschenrechte – Rechtsprechungsbericht 1981*, in: EuGRZ 1983, S. 215 (Nr. 107).

schliesst das fehlende Zusammenleben die Annahme einer tatsächlich gelebten Familienbeziehung nicht aus⁹.

5. Sind die erwähnten drei Voraussetzungen erfüllt, so ist die Verwaltungsgerichtsbeschwerde gestützt auf Art. 8 EMRK in Verbindung mit Art. 100 lit. b Ziffer 3 OG zulässig. Das Bundesgericht tritt daher auf die Beschwerde ein, falls diese den allgemeinen Beschwerdeanforderungen (z.B. Fristwahrung nach Art. 106 OG) genügt. Alsdann ist der angefochtene Entscheid nicht bloss auf eine Verletzung des Art. 8 EMRK hin überprüfbar, sondern auch auf eine Verletzung anderer Normen des Bundesrechts (Art. 104 OG). Das Bundesgericht hat dies in einem unveröffentlichten Entscheid vom 5. Juni 1984 i. S. D. zwar nicht ausgesprochen, aber vorausgesetzt: Es stellte vorerst fest, die Beschwerde sei gestützt auf Art. 8 EMRK und Art. 100 lit. b Ziffer 3 OG zulässig, und fuhr sodann fort, es sei auch auf die Rüge der willkürlichen Anwendung kantonalen Rechts (angebliche Verletzung von Zuständigkeitsvorschriften) sowie einer Verletzung des Art. 4 Abs. 2 BV einzutreten.

6. Die Zulässigkeit der Verwaltungsgerichtsbeschwerde gestützt auf Art. 8 EMRK in Verbindung mit Art. 100 lit. b Ziffer 3 OG hängt einzig von den vorn unter Ziffer 4 dargestellten drei Voraussetzungen ab. Nicht zur Eintretensfrage gehört, ob es dem in der Schweiz wohnenden Familienglied des Ausländers zumutbar ist, diesem allenfalls ins Ausland zu folgen. Dieses Problem stellt sich erst bei Prüfung der materiellen Begründetheit der Beschwerde: Wird die Ausreise aus der Schweiz als zumutbar angesehen¹⁰, so ist das in Art. 8 Ziffer 1 EMRK geschützte Familienleben nicht verletzt (BGE 109 Ib 189, 110 Ib 205) und die Beschwerde somit abzuweisen, sofern sich die Verweigerung der Aufenthaltsbewilligung nicht aus andern Gründen (z.B. gestützt auf das Rechtsgleichheitsgebot, vgl. Ziffer 5) als widerrechtlich erweist. Ist die Unzumutbarkeit zu bejahen, so bleibt weiter zu prüfen, ob Art. 8 Ziffer 2 EMRK eingreift: Es kann an der Ausreise des Ausländers ein derart gewichtiges öffentliches Interesse bestehen, dass sich die Nichterneuerung der Auf-

⁹ Die Intensität der Familienbeziehung ist nicht nur für die Eintretensfrage von Bedeutung, sondern auch bei Prüfung der materiellen Frage, ob Art. 8 EMRK verletzt ist (BGE 109 Ib 189, 110 Ib 205 Erw. 2a unter Berufung auf die Rechtsprechung der Europäischen Kommission für Menschenrechte [EuGRZ 1983, S. 423 Nr. 54, und S. 511 Anm. 75]): die grössere oder geringere Intensität der Beziehung kann bei der nach Art. 8 Ziffer 2 EMRK gebotenen Interessenabwägung ins Gewicht fallen.

¹⁰ Die Frage der Zumutbarkeit der Ausreise beurteilt sich «nicht nach den persönlichen Wünschen der Betroffenen, sondern ist unter Berücksichtigung ihrer persönlichen Verhältnisse und aller Umstände objektiv zu beurteilen» (BGE 110 Ib 205; unveröffentlichter Entscheid i. S. L. vom 24. September 1984). Die Zumutbarkeit wurde verneint in BGE 110 Ib 205 f., dagegen bejaht im Urteil vom 15. März 1985 i. S. N. (BGE 111 Ib 1 ff.). Es stellte sich die Frage, ob es der in der Schweiz lebenden türkischen Ehefrau des beschwerdeführenden Türken zumutbar war, in das gemeinsame Heimatland zurückzukehren. Das wurde bejaht mit Hinweis darauf, dass die Frau erst seit verhältnismässig kurzer Zeit in der Schweiz lebte (sie hatte über den Familiennachzug gemäss Art. 17 Abs. 2 ANAG die Niederlassungsbewilligung erhalten) und hier noch nicht in erheblichem Masse assimiliert war (zu diesem Entscheid vgl. auch hinten Ziffer 7 und Anm. 13). In gleicher Weise wurde in einem unveröffentlichten Urteil vom 15. März 1985 i. S. C. entschieden.

enthaltbewilligung rechtfertigt, obwohl dem in der Schweiz wohnenden Familienglied nicht zumutbar ist, jenem ins Ausland zu folgen^{11,12} (BGE 110 Ib 206; unveröffentlichte Entscheide vom 8. Februar 1985 i.S. A. und vom 7. September 1984 i.S. Oe.)¹³.

7. Nicht erheblich ist ferner für die Zulässigkeit der Verwaltungsgerichtsbeschwerde, ob der um eine Aufenthaltbewilligung nachsuchende Ausländer schon einmal eine solche hatte oder nicht. Es kommt mit andern Worten nicht darauf an, ob sich der Ausländer gegen die Nichterneuerung oder gegen die erstmalige Nichterteilung der Aufenthaltbewilligung zur Wehr setzt. Das entschied das Bundesgericht im Urteil vom 15. März 1985 i.S. N. (BGE 111 Ib 1 ff.), dem folgender Sachverhalt zugrunde lag:

Der türkische Staatsangehörige N. reiste am 13. Januar 1984 mit einem Besuchervisum in die Schweiz ein. Am 28. März 1984 stellte er das Gesuch um Erteilung einer Aufenthaltbewilligung zum Verbleib bei der in Zürich wohnenden Ehefrau, welche im Jahre 1980 im Rahmen des Familiennachzugs (Art. 17 Abs. 2 ANAG) in die Schweiz eingereist war und die Niederlassungsbewilligung erhalten hatte. Mit Verfügung vom 12. April 1984 wies die Fremdenpolizei des Kantons Zürich das Gesuch ab und setzte dem Gesuchsteller Frist bis 5. Mai 1984 zum Verlassen der

¹¹ Die in Art. 8 Ziffer 2 EMRK verlangte gesetzliche Grundlage für den mit der Verweigerung der Aufenthaltbewilligung verbundenen Eingriff in das Familienleben ist mit Art. 4 ANAG gegeben (BGE 110 Ib 206 Erw. 3b).

¹² Das Bundesgericht prüft also in einem *ersten Schritt*, ob die Ausreise zumutbar ist. Nur wenn dies zu verneinen ist, nimmt es in einem *zweiten Schritt* die in Art. 8 Ziffer 2 EMRK vorgesehene Interessenabwägung vor. Dabei untersucht es lediglich, ob die Vorinstanz das ihr zustehende Ermessen missbraucht oder überschritten hat (BGE 110 Ib 206 Erw. 3b). Steht allerdings im Einzelfall fest, dass die Verpflichtung zur Ausreise Art. 8 Ziffer 2 EMRK nicht verletzt, so braucht die Frage der Zumutbarkeit der Ausreise nicht entschieden zu werden (vgl. Anm. 13).

¹³ Unter welchen Voraussetzungen im einzelnen das Familienleben nach Art. 8 EMRK geschützt ist, soll hier nicht weiter vertieft werden. Zur Praxis der Strassburger Behörden vgl. *Hailbronner* (Anm. 8), S. 216 ff., N. 341 ff., mit zahlreichen Hinweisen. Aus der noch jungen Rechtsprechung des Bundesgerichts vgl. namentlich BGE 110 Ib 201 ff., 111 Ib 1 ff. sowie unpubliziertes Urteil vom 8. Februar 1985 i.S. Ahmed Ali. Das letztgenannte Urteil betraf einen Fall, in welchem einem mit einer Schweizerin verheirateten Ausländer die Aufenthaltbewilligung wegen Drogenhandels nicht mehr verlängert worden war. Das Bundesgericht liess vorerst die Eintretensfrage offen, ob die Beziehung des beschwerdeführenden Ausländers zu seiner ebenfalls beschwerdeführenden Frau die Berufung auf Art. 8 EMRK rechtfertige, weil die Beschwerde in materieller Hinsicht offensichtlich unbegründet sei. In der Sache stellte es zunächst fest, es brauche nicht entschieden zu werden, ob der Beschwerdeführerin die Ausreise aus der Schweiz zumutbar sei, denn die Nichterteilung der Aufenthaltbewilligung an ihren Mann lasse sich in jedem Fall auf Art. 8 Ziffer 2 EMRK abstützen. Es erkannte insoweit: «Es besteht ein erhebliches öffentliches Interesse, dass gegen derartige Drogenhändler mit Schärfe vorgegangen wird ... Dieses Interesse überwiegt das private Interesse der Beschwerdeführer an der Aufrechterhaltung ihrer Ehegemeinschaft schon mit Rücksicht darauf, dass es Ahmed Ali mit dem Eheabschluss offensichtlich nicht nur um die Eingehung einer Lebensgemeinschaft ging, sondern auch darum, die kurz zuvor entzogene Aufenthaltbewilligung wieder zu erlangen. Diesem Umstand kommt bei der nach Art. 8 Abs. 2 EMRK gebotenen Interessenabwägung erhebliches Gewicht zu. Je weniger nämlich die Ehe Selbstzweck ist, desto weniger rechtfertigt sich ihr Schutz. Ein solcher entfällt zum vornherein und eine Berufung auf Art. 8 EMRK ist mithin ausgeschlossen, wenn die Heirat in erster Linie ehfremden Zielen dienen soll. Sind derartige Ziele blosser Nebenzweck der Ehe, so ist zwar eine Berufung auf Art. 8 EMRK zulässig, doch sind an das für einen Eingriff in das Eheleben nach Abs. 2 erforderliche öffentliche Interesse geringere Anforderungen zu stellen, als wenn die Ehe allein um ihrer selbst willen eingegangen worden wäre...»

Schweiz. N. führte gegen diese Verfügung erfolglos Beschwerde beim Regierungsrat. Mit Verwaltungsgerichtsbeschwerde vom 18. Oktober 1984 beantragte er dem Bundesgericht, der Entscheid des Regierungsrats sei aufzuheben.

Das Bundesgericht prüfte zuerst, ob N. einen Anspruch auf Familiennachzug gemäss den fremdenpolizeilichen Bestimmungen (Art. 17 Abs. 2 ANAG; Art. 3 der Verordnung vom 26. Oktober 1983 über die Begrenzung der Zahl der Ausländer [SR 823.21]) geltend machen könne und daher die Beschwerde gestützt auf Art. 100 lit. b Ziffer 3 OG in Verbindung mit den betreffenden Bestimmungen entgegenzunehmen sei. Es verneinte dies und untersuchte in der Folge, ob sich die Zulässigkeit der Beschwerde aus der Reneja-Praxis ergebe. Der Regierungsrat und das Bundesamt für Ausländerfragen hatten dies in den Beschwerdevernehmlassungen bestritten, weil der Beschwerdeführer in der Schweiz noch nie ein Anwesenheitsrecht gehabt habe, wogegen die bisherigen Entscheide des Bundesgerichts im Anwendungsbereich von Art. 8 EMRK immer Fälle betroffen hätten, in denen die beschwerdeführenden Ausländer zwar einmal ein Anwesenheitsrecht gehabt, dann aber wieder verloren hatten. Das Bundesgericht fand indessen, dieser Unterscheidung komme – hinsichtlich der Eintretensfrage – keine rechtserhebliche Bedeutung zu: Art. 8 EMRK räume dem Ausländer – in gewissen Grenzen – das Recht ein, mit den Angehörigen, die ein Anwesenheitsrecht in der Schweiz besitzen, zu leben. Wenn den Angehörigen die Aufgabe dieses Anwesenheitsrechts nicht zumutbar sei, könne der Ausländer, dem die Aufenthaltsbewilligung nicht erteilt werde, sein Familienleben nicht verwirklichen. Der Anspruch aus Art. 8 EMRK könne somit auch dann berührt sein, wenn einem Ausländer mit Familienangehörigen in der Schweiz die erstmalige Erteilung der Aufenthaltsbewilligung (und nicht bloss deren Erneuerung) verweigert werde. Voraussetzung sei allerdings, dass die Familienbeziehung intakt erscheine. Das dürfe hinsichtlich der Beziehung der Eheleute N. bei der gegebenen Aktenlage angenommen werden. Auf die Verwaltungsgerichtsbeschwerde von N. sei daher – gestützt auf Art. 8 EMRK in Verbindung mit Art. 100 lit. b Ziffer 3 OG – einzutreten.

III. Grenzen der Reneja-Praxis

8. Die Reneja-Praxis ist nur dort von Bedeutung, wo die Zulässigkeit der Verwaltungsgerichtsbeschwerde davon abhängig ist, ob im Sinn von Art. 100 lit. b Ziffer 3 OG ein Anspruch auf Erteilung einer fremdenpolizeilichen Bewilligung besteht. Sie ist daher z. B. unerheblich in der Frage der Anfechtbarkeit einer Einreisesperre (Art. 13 Abs. 1 ANAG): Gegen eine solche ist gemäss Art. 100 lit. b Ziffer 1 OG die Verwaltungsgerichtsbeschwerde generell ausgeschlossen; für Ausnahmen im Sinn von Art. 100 lit. b Ziffer 3 OG und der dazu entwickelten Reneja-Praxis besteht zum vornherein kein Raum¹⁴ (Urteil vom 30. November 1984 i. S. K., Praxis 1985 Nr. 76)¹⁵. Entsprechendes gilt hinsichtlich

¹⁴ Das wurde übersehen in einem unveröffentlichten Entscheid vom 7. September 1984 i. S. G.

¹⁵ Die Zulässigkeit der verwaltungsgerichtlichen Beschwerde kann auch nicht aus Art. 13 EMRK abgeleitet werden, wonach die Möglichkeit bestehen muss, eine Verletzung von Art. 8 EMRK im

der Anfechtbarkeit einer Ausdehnungsverfügung im Sinn von Art. 12 Abs. 3 ANAG: Art. 100 lit. b Ziffer 4 OG schliesst die Verwaltungsgerichtsbeschwerde gegen Ausdehnungsverfügungen schlechthin aus; eine Berufung auf die Reneja-Praxis ist fehl am Platz¹⁶.

IV. Würdigung

9. Steht im Einzelfall fest, dass durch die Nichterteilung der Aufenthaltsbewilligung an einen Ausländer Art. 8 EMRK verletzt würde, so darf dem Ausländer der Aufenthalt in der Schweiz nicht verweigert, er muss ihm bewilligt werden. Aus der Sicht des Ausländers bedeutet dies nichts anderes, als dass er einen Anspruch auf Bewilligung hat. Die Art der Bewilligung (Toleranz-, Aufenthalts- oder Niederlassungsbewilligung) ergibt sich freilich nicht aus Art. 8 EMRK¹⁷. Das ist indessen unerheblich. Unter dem Gesichtswinkel des Art. 100 lit. b Ziffer 3 OG muss es genügen, dass der Ausländer – bei gegebenen Voraussetzungen – einen Anspruch auf Anwesenheit in der Schweiz hat. Die Reneja-Praxis ist daher meines Erachtens zutreffend, jedenfalls im Ergebnis. Ihre Begründung vermag demgegenüber nicht in jeder Hinsicht zu überzeugen. Das Bundesgericht führt in BGE 109 Ib 187 aus, Art. 8 Ziffer 1 EMRK beschränke das der zuständigen Behörde grundsätzlich zustehende Ermessen bei der Erneuerung von Aufenthaltsbewilligungen; dies genüge, «um auf die Verwaltungsgerichtsbeschwerde des von Art. 8 Ziffer 1 EMRK geschützten Ausländers einzutreten». Es erweckt damit den Eindruck, jede beliebige ermessensbeschränkende Bestimmung sei anspruchsbegründend im Sinn von Art. 100 lit. b Ziffer 3 OG und damit geeignet, die Verwaltungsgerichtsbeschwerde zu verschaffen. In Wirklichkeit kann dies nur für Normen gelten, die – allein oder zusammen mit andern Vorschriften – die Voraussetzungen, unter denen einem Ausländer ein Anspruch auf Aufenthalt zusteht, abschliessend aufzählen¹⁸. Damit fallen namentlich Normen, welche das Ermessen in

Rahmen «einer wirksamen Beschwerde bei einer nationalen Instanz» zu rügen: «Nationale Instanz» im Sinn dieser Bestimmung ist das EJPD, an das vom Bundesamt für Ausländerfragen verhängte Einreisesperren weitergezogen werden können (die «nationale Instanz» braucht kein Gericht, sondern kann auch eine Verwaltungsbehörde sein: *Bleckmann*, Anm. 7, S. 423, Nr. 55 rechte Spalte oben). Es scheint daher unzutreffend, wenn das Bundesgericht in mehreren Entscheiden betreffend Einreisesperren unter Berufung auf die Reneja-Praxis geprüft hat, «ob sich die Möglichkeit einer Verwaltungsgerichtsbeschwerde aus Art. 8 EMRK in Verbindung mit Art. 13 EMRK ableiten lässt» (unveröffentlichte Urteile vom 14. Mai 1984 i. S. Parsons und vom 18. Juni 1984 i. S. J.).

¹⁶ Vgl. demgegenüber die in Anm. 15 zitierten unveröffentlichten Urteile i. S. Parsons und i. S. J.
¹⁷ Vgl. das unveröffentlichte Urteil vom 24. September 1984 i. S. L., Erw. 4b.

¹⁸ Vgl. BGE 100 Ib 342 Erw. 1b und Urteil vom 14. Dezember 1984 (Praxis 1985, 275), Erw. 1. Beide Entscheide betreffen Art. 99 lit. h OG, der die Verwaltungsgerichtsbeschwerde gegen die Bewilligung bzw. Verweigerung von Beiträgen, Krediten, Garantien, Entschädigungen und anderen öffentlichrechtlichen Zuwendungen für den Fall vorsieht, dass das Bundesrecht einen Anspruch darauf einräumt. – Aus der Lehre vgl. *Pierre Moor/Yves Hofstetter*, Les autorisations et décisions de police des étrangers, in: *Les étrangers en Suisse, Recueil de travaux publié par la Faculté de droit à l'occasion de l'assemblée de la Société Suisse des juristes*, Lausanne 1982, S. 39; *André Gri-*

dem Sinn beschränken, dass eine Aufenthaltsbewilligung unter bestimmten Bedingungen *nicht* erteilt werden darf, als anspruchsbegründend im Sinn von Art. 100 lit. b Ziffer 3 OG ausser Betracht. Solche Normen sind für die Zulässigkeit der Verwaltungsgerichtsbeschwerde ohne Belang. Das gilt etwa für Art. 16 Abs. 3 ANAG. Danach muss vor der Erteilung einer Bewilligung an Ausländer, die sich voraussichtlich längere Zeit in der Schweiz aufhalten werden, ein Strafregisterauszug vorliegen. Diese Bestimmung beschränkt unzweifelhaft das Ermessen der Bewilligungsbehörde, indem sie die Erteilung einer Bewilligung ausschliesst, solange kein Strafregisterauszug eingeholt ist. Deswegen ist aber selbstverständlich Art. 16 Abs. 3 ANAG keine anspruchsbegründende Norm¹⁹. Denn auch wenn ein Strafregisterauszug vorliegt, steht es immer noch im Ermessen der Bewilligungsbehörde, ob sie eine Bewilligung erteilen will oder nicht²⁰.

10. Die Nichterteilung einer Aufenthaltsbewilligung als solche verpflichtet noch nicht zur Ausreise aus der Schweiz. Diese Pflicht wird erst durch die vom Bundesamt für Ausländerfragen erlassene Ausdehnungsverfügung im Sinn von Art. 12 Abs. 3 in fine ANAG begründet. Der betroffene Ausländer wird daher nicht schon durch die Verweigerung der Aufenthaltsbewilligung, sondern erst durch die Ausdehnungsverfügung von allfällig in der Schweiz lebenden Familiengliedern getrennt. Die Ausdehnungsverfügung ist es darum letztlich auch, durch welche allenfalls der aus Art. 8 EMRK fliessende Anspruch auf Familienleben verletzt wird. Man kann sich deshalb fragen, ob die Verwaltungsgerichtsbeschwerde nicht – wenn überhaupt – gegen die Ausdehnungsprüfung statt gegen die Verweigerung der Aufenthaltsbewilligung ge-

sel, *Traité de droit administratif*, Neuchâtel 1984, S. 984 (betreffend Art. 99 lit. d OG, wonach die Verwaltungsgerichtsbeschwerde zulässig ist gegen die Erteilung oder Verweigerung von Konzessionen, auf die das Bundesrecht einen Anspruch einräumt), S. 986 (betreffend Art. 99 lit. h OG), S. 988 (betreffend Art. 100 lit. b Ziffer 3 OG).

¹⁹ Wenn daher beispielsweise die Bewilligungsbehörde einem Ausländer die Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung verweigert mit der Begründung, er habe keinen Strafregisterauszug im Sinn von Art. 16 Abs. 3 ANAG beigebracht, so ist die Verwaltungsgerichtsbeschwerde nicht zulässig. Jedenfalls steht sie nicht gestützt auf Art. 16 Abs. 3 ANAG (in Verbindung mit Art. 100 lit. b Ziffer 3 OG) offen. Daran ändert nichts, dass es eine justiziable Frage ist, ob der Tatbestand des Art. 16 Abs. 3 ANAG gegeben ist oder nicht. Art. 100 lit. b Ziffer 3 OG will den Weg der Verwaltungsgerichtsbeschwerde nicht überall dort öffnen, wo justiziable Fragen zur Diskussion stehen (vgl. jedoch Anm. 20).

²⁰ Vgl. den unveröffentlichten Entscheid vom 25. Januar 1985 i. S. I. S.A. – Mit Art. 100 lit. b Ziffer 3 OG schwerlich vereinbar ist das Urteil i. S. Pensionnat Mont-Olivet (BGE 110 Ib 63 ff.): Die Verwaltungsgerichtsbeschwerde gegen die Verweigerung einer Aufenthaltsbewilligung wurde zugelassen, obwohl feststellermassen (S. 66) die Gesuchsteller keinen Anspruch auf Aufenthaltsbewilligung hatten. Das Eintreten wurde sinngemäss damit begründet, Streitgegenstand sei nicht die richtige Handhabung des der Bewilligungsbehörde in Art. 4 ANAG eingeräumten Ermessens, sondern die Unterstellung der Gesuchsteller unter die Verordnung über die Begrenzung der Zahl der erwerbstätigen Ausländer vom 22. Oktober 1980. Tendenzmässig läuft diese Rechtsprechung wohl darauf hinaus, dass justiziable Vorfragen der Bewilligungserteilung der Verwaltungsgerichtsbeschwerde auch dann zugänglich sein sollen, wenn der die Bewilligung nachsuchende Ausländer keinen Anspruch auf Aufenthalt in der Schweiz geltend machen kann (vgl. demgegenüber Anm. 19).

richtet werden sollte. Diese Lösung schiene jedenfalls vertretbar. Indessen ist zu beachten, dass die Ausdehnungsverfügung die normale Folge der Verweigerung der Aufenthaltsbewilligung ist und nur in seltenen Ausnahmefällen ausbleiben wird (BGE 110 Ib 204 Erw. 1c). Mit Rücksicht hierauf lässt es sich rechtfertigen, die Verwaltungsgerichtsbeschwerde – unter den Voraussetzungen der Reneja-Praxis – unmittelbar gegen die Verweigerung der Aufenthaltsbewilligung zuzulassen. Im Anschluss an die Ausdehnungsverfügung steht dann die Beschwerde freilich nicht mehr offen (unveröffentlichter Entscheid vom 14. Mai 1984 i.S. Parsons, Erw. 1).

Beamtenrecht – Rechtsgleichheit

THURGAU

Wohnsitzpflicht des Lehrers. *Die Verpflichtung des Lehrers zur Wohnsitznahme im Amtsgebiet ist zwingendes Recht; sie gilt auch für verheiratete Lehrerinnen, deren Ehemann einer Wohnsitzverpflichtung in einem andern Kanton unterliegt. Verhältnis von Art. 160 Abs. 2 ZGB zu Art. 4 Abs. 2 BV.*

Frau M.H. stand seit Herbst 1975 als Primarschullehrerin im Dienst der Primarschulgemeinde Aadorf. Im Februar 1977 wurde sie definitiv gewählt. Im Jahr 1982 wurde ihr Ehemann zum vollamtlichen Lehrer an einer Zürcher Kantonsschule gewählt und damit zur Wohnsitznahme im Kanton Zürich verpflichtet. Am 17. Oktober 1983 teilte Frau M.H. der Schulvorsteherschaft Aadorf mit, sie werde im Frühjahr 1984 mit ihrem Ehemann in die 3,5 km entfernte Zürcher Gemeinde Elgg ziehen, wünsche jedoch, weiterhin in Aadorf zu unterrichten. Der Schulpfleger teilte ihr darauf mündlich mit, bei Wegzug aus der Gemeinde müsse sie – infolge Nichterfüllens der Wohnsitzpflicht – mit der Nichtwiederwahl für die Amtsdauer 1985–1989 rechnen.

Am 1. April 1984 zogen die Eheleute H. nach Elgg. Am 22. September 1984 forderte die Schulvorsteherschaft Aadorf Frau M.H. auf, den Wohnsitz wieder nach Aadorf zu verlegen, ansonsten das Arbeitsverhältnis auf den 15. April 1984 aufgelöst werden müsse. Frau M.H. kam dieser Aufforderung nicht nach. Am 14. Oktober 1984 beschloss die Schulvorsteherschaft Aadorf, Frau M.H. wegen Nichterfüllens der Wohnsitzpflicht für die Amtsdauer 1985–1989 nicht wiederzuwählen.

Frau M.H. erhob hiergegen ohne Erfolg Rekurs an das kantonale Sanitäts- und Erziehungsdepartement und nach dessen Ablehnung eine *Beschwerde* an das *Verwaltungsgericht*, die gleichfalls *abgewiesen* würde. Aus den *Erwägungen* des Verwaltungsgerichts:

2. Zu entscheiden ist, ob das Nichterfüllen der Wohnsitzpflicht einen Grund für die Nichtwiederwahl der Beschwerdeführerin bilde.

a) Gesetzliche Grundlage für die Wohnsitzpflicht thurgauischer Lehrer jeder Schulstufe ist § 3 des Gesetzes über Wahlen und Abstimmungen vom