FORUM

VERWALTUNGSGERICHTSBESCHWERDE IN AUSLÄNDERSACHEN: ZULÄSSIGKEIT IN DER SOGENANNTEN UNTERSTELLUNGSFRAGE

Überlegungen zu BGE *110* Ib 63 ff. und *111* Ib 169 ff.

VON PROFESSOR DR. ALFRED KOLLER, ST. GALLEN

I. Ausgangslage

A. Seit Mitte der sechziger Jahre erliess der Bundesrat Vorschriften zur Begrenzung der Zahl der erwerbstätigen Ausländer. Vorerst sah er eine Begrenzung pro Betrieb vor[1], seit 1970 besteht ein gesamtschweizerisches Kontingentierungssystem[2]. Dessen Grundzüge sind trotz mehrmaliger Änderung der einschlägigen Verordnungen (Begrenzungsverordnungen, BVO) die gleichen geblieben. Sie sollen im folgenden dargestellt werden, soweit dies zum Verständnis der zu besprechenden Bundesgerichtsurteile nötig und sinnvoll ist. Ich beziehe mich dabei auf jene Begrenzungsverordnungen, mit denen sich das Bundesgericht in BGE *110* Ib 63 ff. bzw. *111* Ib 169 ff. zu befassen hatte, nämlich diejenigen vom 17. Oktober 1980 (AS *1979* 1392 ff.) und 26. Oktober 1983 (AS *1983* 1463 ff.). Beide Erlasse stimmen in den hier interessierenden Punkten – grösstenteils wörtlich – überein. Das macht es weitgehend überflüssig, die Texte auseinanderzuhalten[3]. Nicht näher spezifizierte Hinweise auf eine Begrenzungsverordnung beziehen sich daher immer auf beide Verordnungen, soweit sich aus dem Kontext nicht etwas anderes ergibt.

[1] *Vgl.* MOSER HANS PETER, *ZSR 1967 II 365, 378 ff.*; PFANNER TONI, *Die Jahresaufenthaltsbewilligung des erwerbstätigen Ausländers, Diss. St. Gallen 1984, 101*; LAMBERCY URBAIN, *La répartition des compétences entre Confédération et cantons en matière de police des étrangers, Diss. Lausanne 1983, 283 ff.*

[2] *Vgl. dazu insbesondere* PFANNER *(Fn. 1) 107 ff., und* LAMBERCY *(Fn. 1) 287 ff., je mit weiteren Hinweisen.*

[3] *Die am 1. November 1986 in Kraft getretene Begrenzungsverordnung weicht hingegen von den früheren Verordnungen textlich stark ab. Das ist darauf zurückzuführen, dass sie sprachlich völlig überarbeitet wurde und darin auch die früher vom EJPD und vom EVED erlassenen Ausführungsvorschriften integriert wurden (vgl. NZZ vom 14. Oktober 1986, Nr. 238, S. 33).*

B. Die Begrenzung der Zahl der erwerbstätigen Ausländer soll dadurch erreicht werden, dass die Zahl der Bewilligungen für Jahresaufenthalter, Saisonniers und Kurzaufenthalter jährlich limitiert wird, wobei allerdings bei den Jahresaufenthaltern nur die erstmalige Bewilligung auf die Höchstzahlen anrechenbar ist, nicht auch eine allfällige Verlängerung[4] (Art. 1 BVO, Anhänge 1–3).

Dieses Kontingentierungssystem wird in zweifacher Hinsicht durchbrochen. Einmal werden gewisse (erwerbstätige) Ausländer aus staatspolitischen, humanitären oder rechtlichen Gründen vom Anwendungsbereich der Begrenzungsverordnung ausgenommen (Art. 2), so z. B. «Ausländer, die mit einer Schweizerin verheiratet sind, sowie ausländische Kinder von Schweizern und Schweizerinnen» (lit. *a*); für diese «nichtunterstellten Personen» (Überschrift zu Art. 2) gilt der Grundsatz des Vorranges der einheimischen Arbeitnehmer (Art. 21) nicht[5]. Sodann werden gemäss Art. 3 gewisse Ausländer von der Zulassungsbegrenzung ausgenommen, ohne dass vom Grundsatz der prioritären Beschäftigung einheimischer Arbeitskräfte abgewichen würde. Dies gilt etwa für «Saisonniers, die aufgrund der Bestimmungen über die Umwandlung von Saisonbewilligungen mit Zustimmung des Bundesamts für Ausländerfragen eine Jahresbewilligung erhalten» (Abs. 1 lit. *e* BVO 1983, fast gleichlautend die entsprechende Bestimmung der BVO 1980).

Nicht von den Begrenzungsmassnahmen erfasst werden schliesslich nicht erwerbstätige Ausländer[6]. Darin ist aber keine Ausnahme vom Kontingentierungssystem zu sehen, erstreckt sich doch dieses zum vornherein nur auf erwerbstätige Ausländer (Art. 1 Abs. 1 BVO).

C. Untersteht ein Ausländer den Begrenzungsmassnahmen, so dürfen Einreise und Aufenthaltsbewilligung nur im Rahmen der jährlich vom Bundesrat festgelegten Höchstzahlen (für Jahresaufenthalter, Saisonniers und Kurzaufenthalter) erteilt werden[7]. Jeder Kanton erhält entsprechende Kontingente (Art. 5 Abs. 1, 8 Abs. 1, 10 Abs. 2 und 3 BVO). Daneben bestehen (z. B. für «Geistliche», Art. 7 lit. *m*) Bundes-

[4] *Vgl.* Lambercy *(Fn. 1) 292.*

[5] *Vgl. Art. 3 vor lit. a, wo Art. 21 ausdrücklich vorbehalten wird.*

[6] *Zur Unterscheidung zwischen erwerbstätigen und nichterwerbstätigen Ausländern vgl.* Pfanner *(Fn. 1) 108f., mit Hinweisen auf die Rechtsprechung; aus der neuesten bundesgerichtlichen Rechtsprechung siehe BGE 110 Ib 70f., E. 4b, mit weiteren Hinweisen.*

[7] *Vgl.* Pfanner *(Fn. 1) 116.*

kontingente. Für Bewilligungen aus diesen ist das Bundesamt für Industrie Gewerbe und Arbeit (BIGA) zuständig (Art. 18 Abs. 2 lit. *a*), wogegen auf kantonale Kontingente anrechenbare Bewilligungen von den zuständigen kantonalen Behörden erteilt werden[8].

D. Ob ein Ausländer den Begrenzungsmassnahmen untersteht oder nicht, kann für die Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung eine erhebliche Rolle spielen. Bewilligungen ausserhalb des Kontingents sind leichter zu erlangen als solche innerhalb. Es überrascht daher nicht, dass die Unterstellungsfrage oft Gegenstand von Beschwerdeverfahren bildet. In letzter Instanz wird häufig das Bundesgericht mit Verwaltungsgerichtsbeschwerde angerufen. Im folgenden interessiert, ob und allenfalls inwieweit diese Beschwerdemöglichkeit gegeben ist. Das Bundesgericht hatte sich in den letzten Jahren verschiedentlich mit dieser Frage zu befassen. Vorerst stellte es fest, die Beschwerdemöglichkeit sei dann gegeben, wenn über die Unterstellung eine *selbständige Verfügung* getroffen wurde (BGE *100* Ib 101 ff., bestätigt in *106* Ib 125 ff.). Neuerdings hatte es sich mit Fällen zu befassen, in denen die kantonale Bewilligungsbehörde *vorfrageweise* die Unterstellung bejaht und in der Folge eine – auf das Kontingent anrechenbare – Bewilligung verweigert hatte. Die betroffenen Ausländer konnten jeweils keinen Bewilligungsanspruch geltend machen, so dass nach dem Wortlaut des Art. 100 lit. *b* Ziff. 3 OG die Bewilligungsverweigerung nicht mit Verwaltungsgerichtsbeschwerde anfechtbar war. Das Bundesgericht hat die Beschwerde trotzdem als zulässig erachtet[9], wenn auch nur zur Erhebung der Rüge, die Unterstellungsfrage sei falsch entschieden worden[10] (BGE *110* Ib 63 ff., *111* Ib 169 ff.). Diese beiden Entscheide sollen nun auf ihre Tragweite untersucht und kommentiert werden.

[8] *Sie bedürfen jedoch der Zustimmung durch das Bundesamt für Ausländerfragen (Art. 18 Abs. 1 lit. d BVO; BGE 111 Ib 172 unten, E. 3 a).*

[9] *So auch schon in einem obiter dictum BGE 106 Ib 129/30, ferner unveröffentlichter Entscheid i. S. Lembke vom 15. März 1978.*

[10] *Vorausgesetzt ist selbstverständlich, dass die Unterstellungsfrage im Bewilligungsentscheid überhaupt eine massgebliche Rolle gespielt hat. Trifft dies nicht zu, so fehlt es dem Ausländer an einem rechtserheblichen Anfechtungsinteresse, und die Beschwerdeführung ist ausgeschlossen (Art. 103 lit. a OG). Das wäre etwa der Fall, wenn die Bewilligungsbehörde davon ausgeht, der Ausländer unterstehe den Begrenzungsmassnahmen, und eine auf das Kontingent anrechenbare Bewilligung verweigert, gleichzeitig aber festhält, dass auch eine Bewilligung ausserhalb des Kontingents nicht in Frage käme (z. B. weil der Ausländer schon wiederholt delinquiert habe).*

II. Die Entscheide

1. Der Entscheid i.S. Pensionat Mont-Olivet und Mitbeteiligte gegen Commission de recours en matière de police des étrangers du canton du Vaud vom 12. April 1984 (BGE 110 Ib 63ff. = Pra 1984, 505ff.)

A. Dieser Entscheid betraf folgenden Sachverhalt:

Das Pensionat Mont-Olivet in Lausanne, ein katholisches Erziehungsheim für Mädchen, wird von einem im Handelsregister eingetragenen Verein betrieben. Es wird von Ordensschwestern betreut, deren Mutterhaus in Frankreich liegt. Gegenwärtig sind in dem Institut 17 Nonnen mit der Unterweisung und Erziehung von 350 (teils internen, teils externen) Schülerinnen beschäftigt. 1982 stellte die Vorsteherin des Pensionats ein Gesuch um Bewilligung des Aufenthalts – «ohne Erwerbstätigkeit» – für zwei ausländische Nonnen, die Französin Marie Cellier und die Spanierin Antonia Larreina. Die Fremdenpolizei des Kantons Waadt lehnte das Gesuch gestützt auf die negative Stellungnahme der mit der Verteilung des Kontingents «enseignement» betrauten kantonalen Kommission ab. Der Rekurs des Pensionats und der zwei Schwestern wurde von der kantonalen Rekurskommission am 21. September 1983 abgewiesen. Sie nahm an, hier könnten keine Aufenthaltsbewilligungen ausserhalb des kantonalen Kontingents erteilt werden, da es sich bei der von den beiden Nonnen beabsichtigten Tätigkeit um eine Erwerbstätigkeit handle. Die Abgewiesenen erhoben staatsrechtliche Beschwerde.

B. Das Bundesgericht nahm diese als Verwaltungsgerichtsbeschwerde entgegen und hiess sie gut.

Hinsichtlich der hier allein interessierenden Eintretensfrage hielt es vorerst fest, weder die schweizerische Gesetzgebung noch das Staatsvertragsrecht würden den beschwerdeführenden Nonnen einen Anspruch auf Aufenthalt in der Schweiz geben, die Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung stehe vielmehr im freien Ermessen der Behörden (Art. 4 ANAG). «Wenn und soweit der Streit die Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung» betreffe, sei «daher die Verwaltungsgerichtsbeschwerde nach Art. 100 lit. *b* Ziff. 3 OG ausgeschlossen» (Originaltext französisch). Indes habe die kantonale Behörde sich hier nicht auf den in Art. 4 ANAG ausgesprochenen Grundsatz gestützt, sondern auf die Begrenzungsverordnung vom 22. Oktober 1980. Die kantonale Rekurskommission habe befunden, die beiden Nonnen hätten im Pensionat,

obwohl nicht in bar entlöhnt, eine «Erwerbstätigkeit» auszuüben[11]. Der Streit betreffe somit gar nicht die – im freien Ermessen der Behörden stehende – Erteilung von Aufenthaltsbewilligungen, sondern die Frage, ob die Verordnung anwendbar sei. Hieraus schloss jedoch das Bundesgericht nicht kurzerhand, die Verwaltungsgerichtsbeschwerde sei zulässig. Vielmehr bejahte es die Zulässigkeit nur deshalb, weil es davon ausging, die kantonale Behörde habe *zuständigerweise* über die Anwendbarkeit der BVO entschieden. Zwar falle der Entscheid darüber, ob ein *erwerbstätiger* Ausländer den Begrenzungsmassnahmen unterstellt oder aber nach Art. 2 oder 3 der Begrenzungsverordnung davon ausgenommen sei, in die Verfügungskompetenz des Bundesamtes für Ausländerfragen (Art. 18 lit. *a* BVO); hingegen hätten die kantonale Behörden – gestützt auf Art. 15 Abs. 1 ANAG – zu entscheiden, ob überhaupt eine Erwerbstätigkeit beabsichtigt sei, und gegebenenfalls – bei Verneinung der Frage – die Nichtunterstellung unter die Begrenzungsmassnahmen festzustellen.

2. Der Entscheid i. S. Malvar Ogando gegen Commission de recours en matière de police des étrangers du canton de Vaud vom 22. November 1985 (BGE 111 1b 169ff. = Pra 1986, 272ff.)

A. Vom Mont-Olivet-Entscheid ist das Bundesgericht in BGE *111* Ib 169ff. insofern abgerückt, als es das Eintretenserfordernis der Zuständigkeit der kantonalen Fremdenpolizeibehörde zum selbständigen Entscheid der Unterstellungsfrage fallenliess. BGE *111* Ib 169ff. lag folgender Sachverhalt zugrunde:

Der spanische Staatsangehörige Malvar Ogando arbeitete seit 1979 regelmässig als Saisonnier in der Schweiz. Die Saisonbewilligung wurde letztmals erneuert für die Zeit vom 15. Juni 1983 bis 15. März 1984. Im Februar 1984 ersuchte der Arbeitgeber um die Umwandlung der Saison- in eine Jahresbewilligung. Die Waadtländer Fremdenpolizei und auf Beschwerde hin die kantonale Rekurskommission lehnten das Gesuch ab, mit der Begründung, Malvar Ogando erfülle die Umwandlungsvoraussetzungen gemäss Art. 3 der Begrenzungsverordnung

[11] *Die Rekurskommission hatte ferner befunden, die beiden Nonnen könnten nicht als Geistliche im Sinne von Art. 7 lit. m BVO angesehen werden und daher vom BIGA keine Aufenthaltsbewilligung ausserhalb des kantonalen Kontingents erhalten. Ob diese Auffassung zutrifft, ist im vorliegenden Zusammenhang irrelevant.*

vom 26. Oktober 1983 (in Verbindung mit Art. 1 der Verordnung des EJPD über die Begrenzung der Zahl der Ausländer vom 26. Oktober 1983) nicht. Den Rekursentscheid zog Ogando, der keinen Anspruch auf Aufenthaltsbewilligung geltend machen konnte, mit Verwaltungsgerichtsbeschwerde ans Bundesgericht weiter[12].

B. Dieses hielt vorerst fest, das Bundesamt für Ausländerfragen – und nicht die kantonale Fremdenpolizeibehörde – sei befugt zu entscheiden, ob ein erwerbstätiger Ausländer von den Begrenzungsmassnahmen gestützt auf Art. 3 BVO ausgenommen sei. Die Waadtländer Bewilligungsbehörde hätte daher die Erteilung der nachgesuchten Jahresbewilligung nicht verweigern dürfen, ohne vorerst den Entscheid des Bundesamts einzuholen. Aus dem Umstand, dass die Waadtländer Fremdenpolizei nicht so vorgegangen war, schloss das Bundesgericht jedoch nicht – wie nach BGE *110* Ib 63 ff. zu erwarten gewesen wäre –, die Verwaltungsgerichtsbeschwerde sei unzulässig. Vielmehr führte es aus, das unzulässige Vorgehen der Bewilligungsbehörde könne nicht dazu führen, dass dem Beschwerdeführer der Rechtsweg abgeschnitten werde. Es sei demzufolge zu halten, wie wenn die Bewilligungsbehörde zuständigerweise über die Unterstellung entschieden hätte. Die Beschwerde sei daher – in Bestätigung des Mont-Olivet-Entscheids – zulässig.

III. Kommentar

A. Ausserhalb der Eintretensproblematik stellt sich die Frage, ob die kantonale Bewilligungsbehörde – wie das Bundesgericht offenbar annimmt – wirklich in jedem Fall das Bundesamt für Ausländerfragen um einen selbständigen Feststellungsentscheid angehen muss, wenn es darum geht, ob ein Ausländer gemäss Art. 2 f. BVO von den Begrenzungsmassnahmen ausgenommen ist. M. E. ist nicht einzusehen, weshalb die kantonale Behörde nicht vorfrageweise über die Unterstellung befinden können soll. Jedenfalls in klaren Fällen muss dies zulässig sein.

[12] *Im Entscheid Mont-Olivet hat das Bundesgericht die Frage ausdrücklich offengelassen, ob nur der Arbeitgeber des Ausländers zur Verwaltungsgerichtsbeschwerde – hinsichtlich der Unterstellungsfrage – befugt ist oder auch der Ausländer. Es brauchte die Frage nicht zu entscheiden, da neben dem Ausländer auch dessen Arbeitgeber Beschwerde geführt hatte. Anders verhielt es sich im Entscheid i. S. Ogando. Hier hatte nur der Ausländer selbst, Ogando, sich beschwert. Das Bundesgericht ist – ohne weitere Begründung! – auf die Beschwerde eingetreten. Auch dem Ausländer steht somit die Beschwerde offen. So auch* PFANNER *(Fn. 1) 224.*

Will sich der betroffene Ausländer mit der Auffassung der kantonalen Behörde nicht abfinden, kann er das Bundesamt für Ausländerfragen um eine selbständige Unterstellungsverfügung angehen. Gegen dessen Entscheid steht dann die Verwaltungsbeschwerde an das EJPD offen und gegen den Departementsentscheid – nach bundesgerichtlicher Auffassung (vorne I/D; vgl. demgegenüber hinten D) – die Verwaltungsgerichtsbeschwerde[13].

Gelangt das Bundesamt (bzw. auf Beschwerde hin das EJPD oder das Bundesgericht) in der Unterstellungsfrage zu einem andern Ergebnis als die kantonale Bewilligungsbehörde, so kann der Ausländer die Wiedererwägung des Bewilligungsentscheids verlangen.

B. Gemäss Art. 100 lit. *b* ziff. 3 OG ist die Verwaltungsgerichtsbeschwerde auf dem Gebiete der Fremdenpolizei ausgeschlossen gegen «die Erteilung oder Verweigerung von Bewilligungen, auf die das Bundesrecht keinen Anspruch einräumt». Ob gegen die Verweigerung einer Aufenthaltsbewilligung die Verwaltungsgerichtsbeschwerde offensteht, hängt somit davon ab, ob ein Bewilligungsanspruch besteht oder nicht. Fehlt ein Anspruch, so ist die Beschwerde nicht gegeben. Bei wörtlicher Interpretation hätte somit – wie gesagt – die Verwaltungsgerichtsbeschwerde weder im Mont-Olivet- noch im Ogando-Entscheid offengestanden. Trotzdem hat das Bundesgericht die Beschwerde als zulässig erachtet, wenn auch nur zur Erhebung der Rüge, die Bewilligungsbehörde habe die Unterstellungsfrage falsch entschieden[14]. Diese Auffassung lässt sich m.E. jedenfalls nicht damit begründen, die Bewilligungsbehörde habe ihren Entscheid auf die Begrenzungsverordnung gestützt und nicht auf den in Art. 4 ANAG ausgesprochenen Grundsatz, wonach die Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung im Ermessen der Behörde liegt (so die Begründung in BGE *110* Ib 67, auf die in BGE *111* Ib 173 verwiesen wird)[15]. Art. 100 lit. *b* Ziff. 3 OG macht nämlich

[13] *Wie das Bundesgericht auch* PFANNER *(Fn. 1) 224.*

[14] *Diese angesichts von Art. 104 lit. a OG überraschende Einschränkung lässt sich nur dadurch erklären, dass das Bundesgericht den Bewilligungsentscheid hinsichtlich der Anfechtbarkeit einem selbständigen Unterstellungsentscheid gleichstellt (vgl. hinten D).*

[15] *Die Folgerung des Gerichts, der Streit betreffe somit nicht die Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung, welche die kantonale Behörde gemäss Art. 4 ANAG nach freiem Ermessen verweigern könnte, sondern die Frage, ob die Begrenzungsverordnung anwendbar sei, liegt schon rein sprachlich «schief»: Der Streit betraf sehr wohl eine Aufenthaltsbewilligung, die die Behörde nach freiem Ermessen verweigern konnte. Schliesslich wurde ja urteilsmässig über die Bewilligungserteilung (Erteilung einer Bewilligung, auf die kein Anspruch bestand) entschieden, nicht über die Unterstellung*

die Zulässigkeit der Verwaltungsgerichtsbeschwerde nicht davon abhängig, ob die Bewilligungsbehörde von dem ihr nach Art. 4 ANAG zustehenden Ermessen Gebrauch gemacht hat oder nicht, sondern einzig davon, was Anfechtungsgegenstand ist: Richtet sich die Verwaltungsgerichtsbeschwerde gegen die Verweigerung einer Bewilligung, deren Erteilung im Ermessen der Behörde steht, so ist die Verwaltungsgerichtsbeschwerde unzulässig, wogegen sie zulässig ist, wenn die Bewilligungserteilung nicht vom Ermessen der Behörde abhängt. Weshalb vom klaren Gesetzeswortlaut abgewichen werden sollte, ist m. E. nicht einzusehen:

Es gibt zweierlei Normen, die das Ermessen der Kantone beim Entscheid über die Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung einschränken. Einerseits Vorschriften, welche die Erteilung von gewissen Voraussetzungen abhängig machen[16]; sind diese Voraussetzungen nicht erfüllt, so *darf die Bewilligung nicht erteilt,* sie *muss verweigert* werden. Anderseits gibt es Vorschriften, welche unter gewissen Voraussetzungen einen Anspruch auf Erteilung einer Bewilligung geben[17]; bei Vorliegen der betreffenden Voraussetzungen *darf die Bewilligung nicht verweigert,* sie *muss erteilt* werden. Aus Art. 100 lit. *b* Ziff. 3 OG ergibt sich, dass der Ausländer die Möglichkeit haben soll, vom Bundesgericht überprüfen zu lassen, ob ein Anspruch auf Bewilligung besteht, ob mit andern Worten die Bewilligung hätte erteilt werden *müssen.* Hingegen lässt sich der Bestimmung nicht entnehmen, dass der Ausländer höchstrichterlich überprüfen lassen können soll, ob die Bewilligung hätte erteilt werden *dürfen.* In diesem letzteren Fall besteht ein geringeres Interesse an der Beschwerdeführung, da es der Bewilligungsbehörde auch bei Gutheissung der Verwaltungsgerichtsbeschwerde freisteht, die Bewilligung zu verweigern (Art. 4 ANAG). Die Beschwerdegutheissung könnte sich daher leicht als «Schlag ins Wasser» erweisen. Angesichts dessen scheint eine Regelung (Art. 100 lit. *b* Ziff. 3 OG), wonach bei Verweigerung einer Aufenthaltsbewilligung mit Verwaltungsgerichtsbeschwerde zwar gerügt werden kann, die Bewilligung hätte erteilt werden müssen, nicht

unter die Begrenzungsmassnahmen. Es verhält sich insoweit anders, als wenn über die Unterstellungsfrage ein selbständiger Feststellungsentscheid getroffen worden wäre.

[16] *Zum Beispiel Art. 16 Abs. 3 ANAG; vgl.* KOLLER, *Die Reneja-Praxis des Bundesgerichts, ZBl* 1985 *521.*

[17] *Z. B. nach neuerer bundesgerichtlicher Rechtsprechung (grundlegend BGE* 109 *Ib 183ff.) Art. 8 EMRK.*

aber, sie hätte erteilt werden dürfen, durchaus sinnvoll. Zu Recht hat daher das Bundesgericht in BGE *106* Ib 125ff. gestützt auf Art. 100 lit. *b* Ziff. 3 OG festgestellt, gegen die in Frage stehende Bewilligungsverweigerung könne nicht Verwaltungsgerichtsbeschwerde erhoben werden mit der Begründung, Art. 21 der Begrenzungsverordnung (vom 23. Oktober 1978) verbiete entgegen der kantonalen Auffassung die Erteilung der Bewilligung an den beschwerdeführenden Ausländer nicht. Warum aber soll die Frage, ob ein Ausländer den Begrenzungsmassnahmen gemäss der BVO unterstellt ist, anders behandelt werden als die Frage, ob Art. 21 BVO Anwendung findet? Einen vernünftigen Grund für eine solche Unterscheidung – die im Wortlaut des Art. 100 lit. *b* Ziff. 3 OG denn auch keinerlei Niederschlag gefunden hat – sehe ich nicht. M. E. kann daher gegen die Verweigerung einer Aufenthaltsbewilligung, auf die kein Anspruch besteht, nicht Verwaltungsgerichtsbeschwerde erhoben werden mit der Rüge, der Ausländer sei zu Unrecht den Begrenzungsmassnahmen der BVO unterstellt worden[18,19].

C. Dies muss in besonderem Masse dann gelten, wenn die *Bewilligungsbehörde* – wie regelmässig – zum Erlass einer selbständigen Verfügung in der Unterstellungsfrage *nicht* befugt ist, sondern diese Befugnis vielmehr dem Bundesamt für Ausländerfagen zusteht (vgl. vorne II.1). In einem solchen Fall soll in erster Linie das zur Verfügung zuständige Bundesamt die Unterstellungsfrage prüfen. Es ist nich einsichtig, weshalb das Bundesgericht in den Fällen, in denen es mit Verwaltungsgerichtsbeschwerde angegangen wird, diese Befugnis «an sich reissen» soll[20]. Freilich wird das Bundesamt im bundesgerichtlichen Verfahren zur Vernehmlassung eingeladen, aber es macht doch einen erheblichen Unterschied, ob eine Behörde in eigener Verantwortung einen Ent-

[18] *Hingegen steht es dem Ausländer – rechtsgenügliches Interesse vorausgesetzt (vgl.* Gygi, *Bundesverwaltungsrechtspflege, 2. Aufl., Bern 1983, 144) – frei, die zuständige Behörde um einen selbständigen Entscheid in der Unterstellungsfrage anzugehen. Gegen diesen Entscheid steht dann letztinstanzlich – wie gesagt – die Verwaltungsgerichtsbeschwerde offen, sofern die allgemeinen Beschwerdevoraussetzungen erfüllt sind.*

[19] *In gleichem Sinne schon* Koller *(Fn. 16) 521 Anm. 10.*

[20] *Unverständlich wird dies vor allem dann, wenn man der – m. E. abzulehnenden – Auffassung des Bundesgerichts folgt, wonach die Bewilligungsbehörde die Unterstellungsfrage vorfrageweise nicht prüfen darf, sondern immer das Bundesamt zum Entscheid einzuladen hat (III/A): Warum soll die Bewilligungsbehörde dem Bundesamt den Vortritt lassen, nicht aber das Bundesgericht, das in Ausländerangelegenheiten ja nicht unbedingt die grössere Sachkenntnis hat als die Bewilligungsbehörden?*

scheid zu fällen oder ob sie sich nur in einem «fremden» Entscheidverfahren vernehmen zu lassen hat.

Die Befürchtung des Bundesgerichts, dem Ausländer werde der Rechtsweg abgeschnitten, wenn die Verwaltungsgerichtsbeschwerde nicht als zulässig erklärt werde (BGE *111* Ib 174 E. b), ist unbegründet. Entscheidet nämlich eine kantonale Bewilligungsbehörde vorfrageweise, ein Ausländer sei von den Begrenzungsmassnahmen ausgenommen, so kann derselbe, wenn er mit dieser Auffassung nicht einverstanden ist, das Bundesamt um eine selbständige Unterstellungsverfügung angehen. Gegen den Entscheid des Bundesamts steht dann die Verwaltungsbeschwerde an das EJPD und – nach bundesgerichtlicher Auffassung (vorne I/D) – letztinstanzlich die Verwaltungsgerichtsbeschwerde offen. Weshalb er sich statt dessen unmittelbar im Anschluss an den kantonalen Entscheid ans Bundesgericht wenden können soll, ist nicht ersichtlich. Ja das Eintreten auf solche Beschwerden führt dazu, dass dem Ausländer das Bundesamt für Ausländerfragen bzw. das EJPD als Entscheidinstanzen verlorengehen; ein Ergebnis, welches das Bundesgericht gerade zu vermeide

D. Ist die Bewilligungsbehörde ausnahmsweise zur selbständigen Entscheidung der Unterstellungsfrage zuständig, so mag die Auffassung naheliegen, der Bewilligungsentscheid, in dem vorfrageweise über die Unterstellung befunden wurde, sei – in bezug auf die Anfechtbarkeit – einem selbständigen Unterstellungsentscheid gleichzustellen. Da dieser nach bundesgerichtlicher Auffassung (vorne I/D) der Verwaltungsgerichtsbeschwerde unabhängig von einem Bewilligungsanspruch unterliegt, müsste Entsprechendes auch für den Bewilligungsentscheid gelten (so wohl die unausgesprochene Argumentation von BGE *110* Ib 67 f.). Man kann sich indes fragen, ob nicht gerade umgekehrt zu überlegen ist:

Fehlt es an einem Bewilligungsanspruch, so steht gegen die Bewilligungsverweigerung die Verwaltungsgerichtsbeschwerde nicht offen (Art. 100 lit. *b* Ziff. 3 OG), namentlich auch nicht zur Erhebung der Rüge, die Unterstellungsfrage sei (vorfrageweise) falsch entschieden worden. Ob aber über die Unterstellungsfrage vor- oder hauptfrageweise entschieden wird, kann hinsichtlich der Anfechtbarkeit keine Rolle spielen. Demzufolge kann auch der selbständige Entscheid in der Unterstellungsfrage – entgegen BGE *100* Ib 101 ff. – nicht mit Verwaltungsgerichtsbeschwerde angefochten werden.

E. Wer an den Entscheiden i. S. Mont-Olivet bzw. Ogando festhalten will, der muss wohl konsequenterweise der Unterstellungsfrage andere Rechtsfragen gleichstellen und dementsprechend dazu übergehen, gegen die Verweigerung von Aufenthaltsbewilligungen die Verwaltungsgerichtsbeschwerde generell zuzulassen zur Überprüfung von Rechtsfragen (vgl. schon vorne lit. B). Ein erster Schritt in diese Richtung ist womöglich BGE *109* Ib 238 ff.[21]. Es ging darin um Folgendes:

Die Genfer Filiale der Kleiderfirma Frey AG wollte den Schneider Jean-Claude Wirth, einen Grenzgänger französischer Nationalität, der bisher in Genf für eine andere Firma gearbeitet hatte, in Dienst nehmen. Sie suchte im Februar 1981 beim kantonalen Arbeitsamt um die Bewilligung des Stellenwechsels nach. Das Amt lehnte ab mit der Begründung, dass die Gesuchstellerin sich nicht an den Gesamtarbeitsvertrag (GAV) der Gesamtbranche halte. Auf Rekurs hin erteilte der Staatsrat des Kantons Genf die Bewilligung unter der Bedingung, dass die Gesuchstellerin sich gegenüber dem Arbeitsamt schriftlich verpflichte, die Vorschriften des GAV zu befolgen. Eine gegen diesen Entscheid gerichtete staatsrechtliche Beschwerde nahm das Bundesgericht (in der Hauptsache) als Verwaltungsgerichtsbeschwerde entgegen. Mit Bezug auf Art. 100 lit. *b* Ziff. 3 OG führte es aus, es könne offengelassen werden, ob Wirth bzw. die Kleider Frey AG einen Anspruch auf Stellenwechsel habe. Denn selbst wenn dies nicht zuträfe, wäre die Bestimmung nicht anwendbar, da der Streit einzig «die Verpflichtung des Arbeitgebers, sich den Bedingungen des GAV seiner Branche zu unterwerfen», betreffe, «Verpflichtung, die ihm unabhängig von der Frage, ob der Grenzgänger Wirth einen Anspruch auf die Bewilligung hat oder nicht, auferlegt worden ist».

Von den bis anhin behandelten Entscheiden unterscheidet sich BGE *109* Ib 238 ff. insbesondere dadurch, dass die nachgesuchte Bewilligung (hier: zum Stellenwechsel) nicht verweigert, sondern erteilt wurde, allerdings verbunden mit einer Bedingung (der Bedingung, sich dem GAV zu unterziehen). Hinsichtlich der Zulässigkeit der Verwaltungsgerichtsbeschwerde nach Art. 100 lit. *b* Ziff. 3 OG ist in solchen Fällen jedoch gleich zu entscheiden, wie wenn die Bewilligung verweigert worden wäre mit der Begründung, die betreffende Bedingung sei nicht erfüllt (hier: der GAV werde nicht eingehalten). Nach dem oben

[21] *Praxis* 1984, *Nr. 19, S. 48 ff.*

(lit. B) Gesagten hätte daher im zur Diskussion stehenden Fall auf die Verwaltungsgerichtsbeschwerde nur eingetreten werden sollen, wenn ein Anspruch auf Stellenwechsel bestand. Bestand ein solcher Anspruch nicht, so hatte das Bundesgericht nicht zu überprüfen, ob die Bewilligung zu Unrecht von der Einhaltung des GAV abhängig gemacht wurde, ob mit andern Worten die Bewilligung unabhängig von dessen Einhaltung erteilt werden durfte. Wenn das Bundesgericht eingetreten ist, ohne zu prüfen, ob ein Anspruch auf Stellenwechsel bestand, so wohl deshalb, weil unterschwellig die Meinung herrschte, Art. 100 lit. *b* Ziff. 3 OG wolle die Verwaltungsgerichtsbeschwerde nur ausschliessen, wo beim Bewilligungsentscheid massgeblich auf Ermessensgesichtspunkte abgestellt wurde, nicht hingegen, wo rechtliche Überlegungen (hier: Frage, ob sich die Beschwerdeführerin an den GAV zu halten hatte) eine entscheidende Rolle spielten[22, 23]

IV. Ausblick

In einem neusten, unveröffentlichten Entscheid stellt das Bundesgericht vorerst fest, die Verwaltungsgerichtsbeschwerde stehe gegen die Verweigerung einer Aufenthaltsbewilligung unabhängig von einem Bewilligungsanspruch insoweit offen, als gerügt werde, die Bewilligungsbehörde habe den Gesuchsteller zu Unrecht den Begrenzungsmassnahmen gemäss der Begrenzungsverordnung unterstellt. Sodann wirft es die Frage auf, ob dies auch dann gelte, wenn die Bewilligungs-

[22] *Dass diese Auffassung m. E. nicht zutrifft, dass es nach Art. 100 lit.* b *Ziff. 3 OG vielmehr einzig und allein auf das Bestehen eines Bewilligungsanspruchs ankommt, wurde bereits erwähnt (III/B). Beigefügt sei: Dass die Verwaltungsgerichtsbeschwerde nicht generell offensteht zur Überprüfung von Rechtsfragen, ist keine Besonderheit des Ausländerrechts. Entsprechendes gilt vielmehr auch in andern Bereichen. Hingewiesen sei namentlich auf Art. 101 lit.* a *und* b *OG. Nach lit.* a *ist die Verwaltungsgerichtsbeschwerde unzulässig gegen «Zwischenverfügungen und Entscheide über Rechtsverweigerungs- oder Rechtsverzögerungsbeschwerden, wenn gegen die Endverfügung die Verwaltungsgerichtsbeschwerde unzulässig ist», und dies unabhängig davon, auf welchen Gründen die betreffenden Verfügungen bzw. Entscheide beruhen. Nach lit.* b *ist sodann die Verwaltungsgerichtsbeschwerde nicht gegeben gegen Verfügungen über Verfahrenskosten und Parteientschädigungen, wenn in der Hauptsache die Verwaltungsgerichtsbeschwerde unzulässig ist; auf welchen Erwägungen der Entscheid über Kosten und Entschädigungen beruht, ist wiederum unerheblich. Aus lit.* a *und* b *OG hat sodann das Bundesgericht den Grundsatz der Einheit des Prozesses abgeleitet und namentlich entschieden, gegen Nichteintretensentscheide stehe die Verwaltungsgerichtsbeschwerde nicht offen, sofern in der Sache selbst die Beschwerde nicht gegeben ist (BGE 110 Ib 197ff., 111 Ib 73ff.). Dass Nichteintretensentscheide jeweilen auf rechtlichen Erwägungen beruhen, hielt das Bundesgericht nicht davon ab, die Verwaltungsgerichtsbeschwerde dagegen auszuschliessen.*

[23] *Zu BGE 109 Ib 238ff. Vgl. auch* Reymond Philippe, *ZSR 1984 I 375ff.*

behörde zum selbständigen Entscheid über die Unterstellung nicht befugt war. Während es diese Frage in BGE *111* Ib 169ff. noch vorbehaltlos bejaht hatte, übt es nun Zurückhaltung: «An dieser Rechtsprechung (gemeint ist die Ogando-Praxis) ist aus prozessökonomischen Gründen zumal in Fällen festzuhalten, in denen die Unterstellungsfrage eindeutig zu beantworten ist» (Urteil i. S. Ramiqi vom 20. Juni 1986). Diese Auffassung trägt dem vorne gegen die Ogando-Praxis gemachten Einwand, die Unterstellungsfrage sei in erster Linie vom Bundesamt für Ausländerfragen und nicht vom Bundesgericht zu entscheiden, weitgehend Rechnung. Es scheint jedoch unpraktikabel, die Zulässigkeit der Verwaltungsgerichtsbeschwerde davon abhängig zu machen, ob die Unterstellungsfrage eindeutig zu beantworten ist oder nicht. Für den betroffenen Ausländer würde damit die Zulässigkeit der Beschwerde völlig unabsehbar. Dieser Nachteil kann vermieden werden, indem dazu übergegangen wird, die Verwaltungsgerichtsbeschwerde gegen die Verweigerung von Bewilligungen, auf die kein Anspruch besteht, generell auszuschliessen. Diese Lösung entspricht m. E. allein Wortlaut, Sinn und Zweck des Art. 100 lit. *b* Ziff. 3 OG.