

Integration und Habitat



Die «angemessene Wohnung» als
Voraussetzung für den Familiennachzug

Intégration et habitat: Le logement «convenable»
comme condition pour le regroupement familial

Integrazione e abitato: L'alloggio «conveniente»
quale presupposto per il ricongiungimento familiare

Materialien zur Integrationspolitik
Documentation sur la politique d'intégration
Documentazione sulla politica d'integrazione



2004 herausgegeben von der Eidgenössischen Ausländerkommission EKA
publié par la Commission fédérale des étrangers CFE
pubblicato dalla Commissione federale degli stranieri CFS



Autor

Alberto Achermann
Fürsprecher Dr. iur.,
Advokatur & Consulting
Bern

Herausgeberin

Eidgenössische
Ausländerkommission EKA
Quellenweg 9
3003 Bern-Wabern
031 325 91 16
eka-cfe@imes.admin.ch
www.eka-cfe.ch

Titelbild

Ursula Markus, Zürich

November 2004

Integration und Habitat

Die «angemessene Wohnung» als
Voraussetzung für den Familiennachzug

Intégration et habitat: Le logement «convenable»
comme condition pour le regroupement familial

Integrazione e abitato: L'alloggio «conveniente»
quale presupposto per il ricongiungimento familiare

Inhalt

Vorwort	4
Avant-propos	6
Prefazione	8
Studie «Angemessene Wohnung» als Voraussetzung für den Familiennachzug	15
Résumé de l'étude: Le logement «convenable» comme condition pour le regroupement familial	55
Riassunto dello studio: L'alloggio «conveniente» quale presupposto per il ricongiungimento familiare	61

Vorwort

Wohnen ist ein zentraler Aspekt des täglichen Lebens. Ein wesentlicher Teil unseres Alltags spielt sich in der eigenen Wohnung und im Zusammenleben mit der direkten Umgebung ab. Es ist daher nicht unbedeutend, wie die Wohnsituation der Einzelnen aussieht, wie sich das nachbarschaftliche Verhältnis gestaltet oder wie der Zugang zu öffentlichen Einrichtungen beschaffen ist.

Die EKA hat für die Jahre 2004 und 2005 den Arbeitsschwerpunkt «Integration und Habitat – Wohnen, Siedlungspolitik und Raumplanung» gewählt und dabei die verschiedenen Aspekte, die das Zusammenleben von Einheimischen und Zugewanderten betreffen, aufgegriffen. Sie hat mit den unterschiedlichsten Akteuren Kontakt aufgenommen, hat gemeinsam mit ihnen Projekte initiiert, sie hat mit Fachleuten Hearings zu spezifischen Fragestellungen durchgeführt und hat auf der Basis von Diskussionen mit direkt in die Quartier- und Wohnpolitik Involvierten Empfehlungen erarbeitet. Die Empfehlungen unter den Stichworten «Zusammenwohnen erleichtern» und «Rechtliche und planerische Integrationshemmnisse beseitigen» wurden an der Jahrestagung der EKA einer breiten Öffentlichkeit vorgestellt und mit Partnerinnen und Partnern, die sich mit Integrations- und Wohnpolitik befassen, diskutiert. Die Empfehlungen liegen als Separatdruck vor.

Aus der Beschäftigung mit der Thematik ist auch eine Reihe von Veröffentlichungen hervorgegangen. Neben der Spezialausgabe von *terra cognita* 5 zum Thema «Habitat» sind vertiefende Studien und Recherchen realisiert worden. Sie beziehen sich auf Fragestellungen, die sich mit besonderen Bereichen des Wohnens, der Gestaltung des öffentlichen Raums oder spezifischen rechtlichen Bestimmungen auseinander setzen. In der Reihe «Materialien zur Integrationspolitik» erscheinen mehrere Publikationen im Rahmen von «Integration und Habitat».

Der vorliegende Beitrag befasst sich mit der Frage der «angemessenen Wohnung» als Voraussetzung für den Familiennachzug. Die Bewilligung des Familiennachzuges hängt bei Personen mit einer Jahresaufenthaltsbewilligung unter anderem vom Vorhandensein einer angemessenen Wohnung ab. Sowohl der Zweck der Bestimmung wie auch der Begriff selbst sind allerdings nicht klar. Die Anwendung des unbestimmten Gesetzbegriffes obliegt den Kantonen, wobei in der Praxis gewichtige Unterschiede bestehen. Die im Auftrag der EKA durchgeführte Studie überprüft die rechtliche Lage und analysiert die Situation in der Schweiz und in Europa. Der

Autor kommt zum Schluss, dass sich eine Harmonisierung und kritische Überprüfung der Praktiken aufdrängen. Auch der im neuen Ausländergesetz vorgesehene Begriff der «bedarfsgerechten Wohnung» wird das Problem der uneinheitlichen Praxis nicht lösen.

Die vergleichende Untersuchung über die Praxis in den Kantonen wurde auf Deutsch verfasst. Die wichtigsten Resultate der Studie liegen in einer Zusammenfassung in französischer und italienischer Sprache vor.

Die Studie versteht sich als Baustein zur Entwicklung von Handlungsmöglichkeiten im Bereich «Integration und Habitat». Es ist klar, dass nur mehrere, gezielte und breit abgestützte Massnahmen dafür sorgen können, dass einerseits das einvernehmliche Zusammenleben zwischen unterschiedlichen Bevölkerungsteilen gewährleistet wird und andererseits Hindernisse, die die Integration behindern oder der Diskriminierung Vorschub leisten, abgebaut werden. Der sorgfältige Umgang mit dem Kriterium der «angemessenen Wohnung» beim Familiennachzug ist eines der Postulate, das dazu beitragen kann, den integrationspolitischen Anliegen Rechnung zu tragen.

Francis Matthey,

Präsident der Eidgenössischen Ausländerkommission EKA

Publikationen zum Thema «Integration und Habitat» in der Reihe «Materialien zur Integrationspolitik»

Die «angemessene Wohnung» als Voraussetzung für den Familiennachzug.

Die Praxis der Kantone im Vergleich.

Alberto Achermann

Raumplanung in der pluralistischen Gesellschaft.

mit Beiträgen von Regina Kiener/Mathias Kuhn, Wolf Seidel sowie mit den Ergebnissen aus dem Workshop «Raumplanung und Integration».

Integrationsprojekte auf Quartierebene.

Ein anwendungsorientiertes Dossier. (Arbeitstitel)

Eidgenössische Ausländerkommission, Bundesamt für Wohnungswesen und Bundesamt für Raumentwicklung (Hg.)

erscheint 2005

Interkulturelle Öffnung von Schlichtungsstellen in Mietangelegenheiten. (Arbeitstitel)

Eidgenössische Ausländerkommission, Bundesamt für Wohnungswesen und Bundesamt für Migration (Hg.)

erscheint 2005

Avant-propos

Le logement constitue un élément essentiel de notre vie de tous les jours. Une partie considérable de notre quotidien se déroule dans notre appartement et en cohabitation avec l'entourage direct. Voilà pourquoi il est intéressant de connaître la situation de l'habitat de l'individu, de savoir comment se présente la situation de voisinage ou d'apprendre quel accès a l'individu aux institutions publiques.

Pour les années 2004 et 2005, la CFE a choisi comme thème principal «Intégration et habitat – logement, politique de l'habitat et aménagement du territoire». Elle a abordé les différents aspects qui concernent la cohabitation de la population autochtone avec celle des immigrés. La CFE a pris des contacts avec les acteurs les plus divers et a initié des projets avec eux. Elle a encore organisé des hearings avec les spécialistes en la matière pour tenter de répondre à des questions tout à fait spécifiques aussi. Enfin, après plusieurs discussions avec les milieux concernés directement par la politique des quartiers ou la politique du logement, elle a élaboré des recommandations qui tournent autour des deux axes suivants: «Faciliter la cohabitation» et «Éliminer les obstacles juridiques et urbanistiques à l'intégration». Ces recommandations ont été présentées à un large public à l'occasion de la Journée annuelle de la CFE et ont été discutées avec les partenaires qui se préoccupent de la politique d'intégration et de la politique du logement. Elles ont été publiées dans un tiré à part.

Ce vaste thème a généré également une série de publications. Ainsi, outre l'édition spéciale de *terra cognita* 5, consacrée au thème de l'habitat, d'autres études et recherches approfondies ont été réalisées. Elles se réfèrent à toutes les questions pouvant se poser dans les domaines spécifiques de l'habitat, de l'aménagement de l'espace public ou des dispositions légales qui y sont liées. Dans le cadre du thème «Intégration et l'habitat» plusieurs publications paraîtront dans la série «Documentation sur la politique d'intégration».

La contribution que voici se consacre à la compréhension de la définition du «logement convenable» en tant que condition pour le regroupement familial. Les autorités permettent le regroupement familial des personnes titulaires d'une autorisation de séjour à l'année lorsqu'elles disposent d'un logement convenable. Mais ni le but de cette disposition légale ni la notion même ne sont clairs. De plus, l'application de cette disposition légale est du ressort des cantons, qui exercent une pratique

fort différente d'un canton à l'autre. L'étude commise par la CFE vérifie donc la situation juridique et analyse la situation en Suisse et en Europe. L'auteur arrive à la conclusion qu'une harmonisation et un examen critique des pratiques s'imposent. Même le nouveau terme prévu dans la nouvelle loi sur les étrangers de «logement approprié à leurs besoins» ne saurait résoudre le problème d'une pratique non uniforme.

L'étude comparative des diverses pratiques cantonales a été rédigée en allemand. Mais les résultats essentiels de cette étude ont été résumés en langues française et italienne.

Cette étude entend développer des possibilités d'intervention dans le domaine de l'intégration et de l'habitat. Seules plusieurs mesures bien ciblées et bien fondées pourront garantir une bonne cohabitation entre la population autochtone et les migrants et pourront ainsi faire disparaître certains obstacles nuisant à l'intégration des étrangers ou encourageant la discrimination. L'application soigneuse du critère de «logement convenable» dans le regroupement familial est l'un des postulats qui peut grandement contribuer à ce que l'on tienne compte des souhaits exprimés en matière de politique d'intégration.

Francis Matthey,

président de la Commission fédérale des étrangers CFE

Publications consacrées au thème «L'intégration et l'habitat» dans la série «Documentation sur la politique d'intégration».

Le logement «convenable» en tant que condition pour le regroupement familial.

La pratique des cantons en comparaison.

Alberto Achermann

Aménagement du territoire dans la société pluraliste.

comprenant des articles de Regina Kiener/Mathias Kuhn, Wolf Seidel ainsi que les résultats de l'atelier de travail «Aménagement du territoire et intégration»

Projets d'intégration à l'échelon des quartiers.

Un dossier orienté sur la pratique. (Titre de travail)

Commission fédérale des étrangers, Office fédéral du logement et Office fédéral du développement territorial (éd.)

Parution 2005

Ouverture interculturelle des services de conciliation en matière de baux à loyer. (Titre de travail)

Commission fédérale des étrangers, Office fédéral du logement et Office fédéral des migrations (éd.)

Parution 2005

Prefazione

La situazione abitativa è un aspetto centrale della vita quotidiana. Una parte considerevole del nostro vivere si svolge nel proprio alloggio e a contatto con l'ambiente direttamente circostante. La situazione abitativa, il rapporto con i vicini e l'accesso ai servizi collettivi non sono pertanto fattori irrilevanti.

La CFS ha scelto quale tema centrale della propria attività per gli anni 2004–2005 «Integrazione e abitato – Alloggio, politica residenziale e pianificazione del territorio», sollevando così diversi aspetti concernenti la coabitazione della popolazione indigena e della popolazione immigrata. La CFS ha preso contatto con le diverse parti attive, lanciando con esse progetti comuni. Essa ha inoltre consultato diversi specialisti in merito a tematiche specifiche ed ha steso una serie di raccomandazioni in base a discussioni tenute con le persone e le cerchie direttamente interessate dalla politica di quartiere e abitativa. Le raccomandazioni, incentrate sui due temi chiave «Facilitare la coabitazione» e «Ovviare agli ostacoli giuridici e pianificatori all'integrazione», sono state presentate a un largo pubblico in occasione della Giornata annuale della CFS. Esse sono state oggetto di discussioni con diversi interlocutori attivi nel campo della politica integrativa e abitativa. Tali raccomandazioni si trovano in un fascicolo a parte.

La discussione sulla tematica ha inoltre suscitato una serie di pubblicazioni. Oltre all'edizione speciale di *terra cognita 5* dedicata al tema dell'abitato, sono stati realizzati studi e ricerche di approfondimento vertenti su questioni relative all'abitazione, all'aspetto da conferire allo spazio pubblico nonché a disposizioni legali specifiche. Nella serie «Documentazione sulla politica d'integrazione» usciranno quattro pubblicazioni sul tema «Integrazione e abitato».

Il presente contributo è incentrato sulla questione dell'«alloggio conveniente» quale presupposto per il ricongiungimento familiare. L'autorizzazione del ricongiungimento familiare per i titolari di un permesso di dimora annuale dipende tra l'altro dall'esistenza di un alloggio conveniente. Tuttavia, né l'obiettivo della disposizione né la nozione stessa di alloggio conveniente appaiono chiari. L'applicazione di questa nozione giuridica indeterminata incombe ai Cantoni. Attualmente sussistono forti divergenze nella prassi. Lo studio svolto su incarico della CFS esamina la situazione legale ed analizza la situazione in Svizzera e in Europa. L'autore giunge alla conclusione della necessità di armonizzare ed esami-

nare in maniera critica le diverse prassi. Anche il nuovo termine previsto nella nuova legge sugli stranieri di «alloggio conforme ai bisogni» non saprebbe risolvere il problema di una pratica uniforme.

La ricerca comparativa relativa alle diverse prassi applicate dai Cantoni è stata redatta in tedesco. I principali risultati sono stati riassunti e tradotti in italiano e francese.

Lo studio è inteso quale contributo al fine di sviluppare possibilità d'intervento nel settore dell'integrazione e dell'abitato. Chiaramente, solo numerose misure mirate e dotate di una base adeguata saranno in grado di garantire una convivenza consensuale tra le diverse parti della popolazione e di smantellare gli ostacoli che nuocciono all'integrazione o che incoraggiano la discriminazione. Un approccio ragionevole del criterio dell'alloggio conveniente nel contesto del ricongiungimento familiare è uno dei postulati in base ai quali è possibile tener conto degli enunciati dalla politica integrativa.

Francis Matthey,

Presidente della Commissione federale degli stranieri CFS

**Pubblicazioni sul tema «Integrazione e abitato»
nella serie «Documentazione sulla politica d'integrazione»**

**L'alloggio «conveniente» quale presupposto per il
ricongiungimento familiare.**

Le prassi dei Cantoni a confronto.

Alberto Achermann

**Pianificazione del territorio nella società plura-
listica.**

*con contributi di Regina Kiener/Mathias Kuhn,
Wolf Seidel, nonché i risultati del workshop «Piani-
ficazione del territorio e integrazione»*

Progetti integrativi a livello di quartiere.

Un incarto orientato alla prassi. (Titolo di lavoro)

*Commissione federale degli stranieri, Ufficio fede-
rale delle abitazioni e Ufficio federale dello sviluppo
territoriale (ed.)*

Uscita 2005

**Apertura interculturale delle istanze di concilia-
zione in materia di locazione e di affitto. (Titolo di
lavoro)**

*Commissione federale degli stranieri, Ufficio fede-
rale delle abitazioni e Ufficio federale delle migra-
zioni (ed.)*

Uscita 2005

Integration und Habitat

Die «angemessene Wohnung» als
Voraussetzung für den Familiennachzug

Die Praxis der Kantone im Vergleich

Alberto Achermann

Inhaltsverzeichnis

1. Einleitung	15
2. Rechtlicher Rahmen	16
2.1. Voraussetzungen für den Familiennachzug	16
2.1.1. Jahresaufenthalter (nicht EU- und EFTA-Raum)	16
2.1.2. Personen aus EU- und EFTA-Staaten	17
2.1.3. Niedergelassene	18
2.1.4. Schweizer Bürgerinnen und Bürger	19
2.1.5. Die Situation von Kurzaufenthaltern, Asylsuchenden, Vorläufig Aufgenommenen, anerkannten Flüchtlingen	19
2.1.6. Das neue Ausländergesetz	19
2.2. Ursprung und gesetzgeberischer Zweck der Voraussetzung einer «angemessenen Wohnung»	21
2.3. Familienleben und Familiennachzug als Grund- und Menschenrecht	22
2.3.1. Grundsätze	22
2.3.2. Schutz des Familienlebens gemäss der Europäischen Menschenrecht- konvention und der Schweizerischen Bundesverfassung	23
2.3.3. Recht auf Achtung des Familienlebens gemäss den Internationalen Pakten über bürgerliche und politische Rechte und wirtschaftliche soziale und kulturelle Rechte	24
2.3.4. Rechte auf Familiennachzug in internationalen Menschenrechtsverträgen	24
2.3.5. Rechte auf angemessenes Wohnen	25
2.3.6. Fazit	25
2.4. Schlussfolgerung: Die Voraussetzung der angemessenen Wohnung im Rahmen des innerstaatlichen Rechts und der Menschenrechte	26
3. Die Praxis in den Kantonen	27
3.1. Allgemeines	27
3.2. Untersuchungsmethode	27
3.3. Elemente der kantonalen Praxis	27
3.3.1. Unterschiedliche Behandlung von Niedergelassenen und Aufenthalttern?	27
3.3.2. Unterschiedliche Behandlung von Aufenthalttern aus den EU-/EFTA- Staaten und Aufenthalttern aus Drittstaaten?	28
3.3.3. Orientierung an örtlichen Gegebenheiten und Vorschriften für Schweizerinnen und Schweizer?	28
3.3.4. Wohnungsgrösse und Zimmeranzahl als wichtigstes Kriterium zur Beurteilung der Angemessenheit der Wohnung	29
3.3.5. Zusammenleben mit Eltern?	31
3.3.6. Verfahrensfragen	31
3.3.7. Statistische Angaben	32
3.4. Zusammenfassung	33
4. Recht und Praxis in der Europäischen Union	34
4.1. Entwicklung in der Europäischen Union	34
4.2. Rechtslage und Praxis ausgewählter europäischer Staaten	36
4.2.1. Überblick	36
4.2.2. Deutschland	36
4.2.3. Frankreich	37
4.2.4. Spanien	38
4.2.5. Luxemburg	39
4.2.6. Dänemark	39
4.2.7. Hinweise auf die Rechtslage weiterer Staaten	40
4.3. Zusammenfassung	40
5. Beurteilung und Schlussfolgerungen	41
5.1. Hindernis für Nachzugswillige?	41
5.2. Verschärfung durch das neue Ausländergesetz?	42
5.3. Zweck und Tauglichkeit der Bedingung der angemessenen Wohnung	42
5.4. Angemessene Anforderungen an die angemessene Wohnung?	44
5.5. Sonderfall Schweiz?	45
5.6. Mindeststandards statt Landesdurchschnitt	45
5.7. Handlungsbedarf	45
Literaturverzeichnis	47
Anhang	48
Gesetzes- und Vertragstexte	48
Fragebogen	50

1 Einleitung

Die Eidgenössische Ausländerkommission (EKA) hat für das Jahr 2004 das Thema «Integration und Habitat» zum Arbeitsschwerpunkt bestimmt. Die Wohnsituation ist für die Integration der ausländischen Bevölkerung in der Schweiz von Bedeutung. Sie hat aber auch grossen Einfluss im Bereich des Familiennachzuges: Bei Personen mit Jahresaufenthaltsbewilligung verlangt das schweizerische Recht, neben anderen Bedingungen, dass eine «angemessene Wohnung» vorhanden sein muss, damit ein Ausländer oder eine Ausländerin die Familie nachziehen kann.

Ziel der Ausländerpolitik sollte der möglichst frühe Familiennachzug sein, da das Zusammenleben mit der Familie wesentlich zum Wohlbefinden der Personen beiträgt, die Integration erleichtert und den Kindern bessere Berufschancen ermöglicht; in diesem Sinne wird das Parlament wohl entsprechende Regelungen in das neue Ausländergesetz einführen. Dies ist bei der Festsetzung von Bedingungen und Hürden für den Familiennachzug zu bedenken.

Der Begriff «angemessene Wohnung» lässt der Behörde einen beträchtlichen Beurteilungsspielraum. Dieser Spielraum kann verschieden genutzt werden, sei es, wie erwähnt, um die Integration zu fördern, sei es, um die Familie vor misslichen Unterbringungsmöglichkeiten zu schützen, sei es, um andere sozialpolitische Ziele zu erreichen, oder sei es schlicht, um den Ausländeranteil tief zu halten. Diese Studie möchte einen Beitrag zu den zweckmässigen Zielen der Bedingungen des Familiennachzuges beitragen. Insbesondere stellt sich die Frage, ob das Kriterium «angemessene Wohnung» geeignet ist, ein Stabilisierungsziel zu verfolgen, und in diesem Zusammenhang, ob die Kantone eine kohärente Politik verfolgen.

Die Schweiz nähert sich zusehends der Migrationspolitik der Europäischen Staaten an. Möglicherweise wird sie sich in absehbarer Zeit in der Asyl- und Migrationspolitik im Rahmen der bilateralen Verhandlungen mit der EU sogar institutionell und materiell stärker verpflichten. Nur schon daher interessiert, wie die EU und die europäischen Staaten den Familiennachzug regeln. Interessant ist auch die Frage, ob die Schweiz wesentlich andere Voraussetzungen für den Familiennachzug aufstellt als ihre Nachbarn in Europa.

Bei der vorliegenden Studie handelt es sich nicht um ein Rechtsgutachten, welches untersucht, ob die Rechtslage oder die Praxis einzelner Kantone falsch oder richtig, gut oder schlecht ist, ob einzelne Gruppen von Ausländern diskriminiert werden oder nicht oder ob das schweizerische Recht oder die Praxis gegen Grund- und Menschenrechte verstösst. Die Studie möchte aber die aktuelle Rechtslage kritisch hinterfragen und Anregungen für eine Überprüfung der Praxis geben. Das neue Ausländergesetz bietet die Möglichkeit, beim Kriterium der «angemessenen» oder – wie es neu heissen soll – der «bedarfsgerechten» Wohnung andere Akzente zu setzen. Ziel muss die bessere Integration der ausländischen Wohnbevölkerung und die Achtung der Grund- und Menschenrechte der Betroffenen sein.

Der Verfasser dankt allen, die bei dieser Untersuchung mitgeholfen haben, namentlich dem Rechtsdienst des IMES und allen Verantwortlichen der Migrationsämter der Kantone, die durch Ausfüllen eines Fragebogens und durch bereitwillige Auskünfte zu ihrer Praxis Wesentliches zum Gelingen der Arbeit beigetragen haben. Sie haben es ermöglicht, zum ersten Mal einen gesamtschweizerischen Vergleich der Anwendung einer wichtigen Voraussetzung des Familiennachzuges bereitstellen zu können.

2 Rechtlicher Rahmen

2.1. Voraussetzungen für den Familiennachzug

Die Gesetzgebung im Ausländerrecht macht die Bewilligung des Familiennachzuges von verschiedenen Bedingungen abhängig, die je nach Aufenthaltsstatus unterschiedlich sind.

2.1.1. Jahresaufenthalter (nicht EU- und EFTA-Raum)

Die Voraussetzungen für den *Familiennachzug bei Jahresaufenthaltern* sind nicht etwa in einem Bundesgesetz, sondern bloss in einer Verordnung geregelt: Art. 38 und 39 der Begrenzungsverordnung (Verordnung über die Begrenzung der Zahl der Ausländer, BVO) enthalten die entsprechenden Grundsätze und Bedingungen. Laut Art. 38 Abs. 1 BVO *kann* «dem Ausländer der Nachzug des Ehegatten und der ledigen Kinder unter 18 Jahren, für die er zu sorgen hat, bewilligt werden», wenn die Bedingungen von Art. 39 BVO erfüllt sind, namentlich wenn

- der Aufenthalt und gegebenenfalls die Erwerbstätigkeit der ausländischen Person gefestigt erscheinen;
- die *Familie zusammen wohnen* wird und eine *angemessene* Wohnung hat;
- genügend finanzielle Mittel für den Unterhalt der Familie vorhanden sind;
- die Betreuung der Kinder, die noch der elterlichen Obhut bedürfen, gesichert ist.

Als «angemessen» gilt eine Wohnung laut der Legaldefinition der Begrenzungsverordnung dann, wenn sie den *Anforderungen entspricht, die für Schweizerbürger in der gleichen Gegend gelten* (Art. 39 Abs. 2 BVO). Erwähnenswert ist in diesem Zusammenhang, dass eine angemessene Wohnung nicht nur im Falle des Familiennachzuges vorhanden sein muss: Laut Art. 11 BVO wird eine Bewilligung zur Ausübung einer Erwerbstätigkeit nur dann erteilt, wenn «der Ausländer eine angemessene

ne Unterkunft hat, die den bau-, feuer- und gesundheitspolizeilichen Anforderungen genügt». Mithin muss auch eine einzelne Person über eine angemessene Unterkunft verfügen, wobei die Verordnung offen lässt, ob andere Standards als im Falle des Familiennachzuges gelten.

Aus dem Wortlaut der Bestimmung lässt sich ableiten, dass eine Familie eine Wohnung benötigt, also nicht etwa mehrere separate Zimmer genügen, und dass die Wohnung tatsächlich zur Verfügung steht.¹ Aus Art. 11 BVO lässt sich im Weiteren für die Familienwohnung ableiten, dass diese ebenfalls den örtlichen Vorschriften bau-, feuer- und gesundheitspolitischer Natur entsprechen muss, also gewisse Bedingungen qualitativer Art gegeben sein müssen, womit z.B. Abbruchobjekte ausgeschlossen sein sollten.

Indem die Legaldefinition auf Anforderungen verweist, *wie sie für Schweizerbürger in der gleichen Gegend* gelten, wird auf unterschiedliche regionale bzw. lokale Standards abgestellt. Die Verordnung geht also davon aus, dass nicht überall gleiche Bedürfnisse auch der Schweizer Bevölkerung vorhanden sind, dass damit nach dem *konkreten Umfeld* differenziert werden darf und differenziert werden muss. Zu Recht² muss man sich allerdings fragen, was als «Schweizerische Verhältnisse» zu taxieren ist, da sich gerade in den letzten Jahrzehnten sehr unterschiedliche Wohnformen entwickelten, die sich weit von einem homogenen Bild der «Wohnkultur des Schweizlers» entfernt haben.³

Obwohl das Vorhandensein einer angemessenen Wohnung eine der wesentlichsten Voraussetzungen ist, dass ein Ausländer bzw. eine Ausländerin mit Jahresaufenthaltsbewilligung die Familie, d.h. den Ehegatten und die minderjährigen Kinder, nachziehen kann, bleibt der Begriff der Angemessenheit weitgehend offen, indem die Verordnung bloss auf das für Schweizer Bürger Übliche verweist. Auch die «Weisungen und Erläuterungen

¹ Vgl. zu den Voraussetzungen der angemessenen Wohnung aus der Literatur insbesondere Caroni, Privat- und Familienleben, S. 100f; Grant, protection, S. 110ff; Kälin/Caroni, Diskriminierungsverbot, S. 49, 70ff; Kottusch, Familiennachzug, S. 336f; Möhr-Monn, Familiennachzug, S. 134ff; Nguyen, étrangers, S. 281f; Pfammatter, autorisations de séjour, S. 300ff; Raselli/Hausammann, ausländische Kinder, S. 531f; Schlegel, Familiennachzug, S. 30f; Spescha, Handbuch, S. 186ff; Traub, Familiennachzug, S. 94ff; Zanga/Guhl, Familiennachzug, S. 406, 409.

² Traub, Familiennachzug, S. 99.

³ Vgl. für eine damalige Sicht die Ausführungen von Jean-Marc Virost, Vom Anderssein zur Assimilation, Bern 1968, S. 81: «Was entspricht dem Durchschnitt der Schweizer Wohnungen? Erfahrungsgemäss wird man Komfort, gute sanitäre Einrichtungen, Sauberkeit, genügend Wohnraum und eine relativ teure Möblierung als Merkmale festhalten. Die «Wohnkultur» liegt dem Schweizer am Herzen, allerdings weniger für die anderen, als zur eigenen Befriedigung.»

über Einreise, Aufenthalt und Arbeitsmarkt» (die sogenannten ANAG-Weisungen) des Bundesamtes für Zuwanderung, Integration und Auswanderung (IMES) enthalten keine weitere Konkretisierung, sondern erschöpfen sich in der Wiederholung der Legaldefinition mit dem Zusatz, dass die Wohnung für die Unterbringung der Gesamtfamilie taugen muss (Ziffer 642.2. der Weisungen).⁴ Damit nehmen die Weisungen eine Formulierung auf, wie sie vom Bundesgericht als Voraussetzung des Familiennachzuges auch bei Niedergelassenen verwendet wird.⁵ Im Bereich des Familiennachzuges von Jahresaufenthaltern ist das Bundesgericht im Übrigen mangels Rechtsanspruch der Betroffenen (was erst den Beschwerdeweg ans höchste Gericht öffnen würde) nicht Rechtsmittelbehörde, weshalb ihm auch eine weitere Konkretisierung des Begriffes der Angemessenheit der Wohnung verwehrt bleibt. Dies ergibt sich aus der Tatsache, dass Art. 38 Abs. 1 BVO bloss eine «Kann-Bestimmung» enthält, welche keinen Rechtsanspruch einräumt.

Die Weisungen des IMES halten ferner fest, dass auf das Erfordernis des Zusammenlebens der Familie dann verzichtet werden könne, «wenn beispielsweise Kinder in einem Internat oder in einem Lehrlingsheim untergebracht werden sollen».

Das Vorhandensein einer angemessenen Wohnung ist eine wesentliche Voraussetzung für den Familiennachzug bei Jahresaufenthaltern. Was genau als «angemessene Wohnung» zu gelten hat, lässt sich aber weder der Gesetzgebung noch den Weisungen oder der Rechtsprechung des Bundesgerichts entnehmen. Der Verweis auf die für Schweizerbürger geltenden Anforderungen hilft ebenfalls wenig weiter.

2.1.2. Personen aus EU- und EFTA-Staaten

Laut Artikel 3 Abs. 1 des Anhangs I zum Freizügigkeitsabkommen⁶ haben «Familienangehörige einer Person, die Staatsangehörige einer Vertragspartei ist und ein Aufenthaltsrecht hat, das Recht, bei ihr Wohnung zu nehmen». Personen aus dem EU- und EFTA-Raum mit Aufenthaltsrecht in der Schweiz haben damit – im Unterschied zu Angehörigen von Drittstaaten – ein *Recht*, Familienangehörige nachzuziehen, also einen Rechtsanspruch. Als Familienangehörige, die nachgezogen werden können, gelten laut Abs. 2 dieser Bestimmung *nicht nur Ehegatten und Kinder* unter 21 Jahren oder über 21 Jahren, denen noch Unterhalt gewährt wird, sondern *auch die Eltern* eines der Ehegatten, denen Unterhalt gewährt wird. Studierende dürfen den Ehegatten und die unterhaltsberechtigten Kinder nachziehen. Keine Rolle spielt die Staatsangehörigkeit der Familienangehörigen, sofern die Person mit Aufenthaltsrecht in der Schweiz Staatsangehöriger eines EU-Landes ist. Darüber hinaus verlangt das Abkommen, dass die Aufnahme *weiterer Familienangehöriger*, denen Unterhalt gewährt wird oder mit denen im Herkunftsland in häuslicher Gemeinschaft zusammengelebt wurde, von den Vertragsstaaten *begünstigt* wird.

Somit haben Angehörige von EU-Staaten – und von EFTA-Staaten aufgrund ähnlicher Vereinbarungen⁷ – im Vergleich zu Jahresaufenthaltern aus den übrigen Staaten verschiedene Begünstigungen im Bereich des Familiennachzuges, indem sie einen Rechtsanspruch haben (was im Konfliktfall den Rechtsweg über die Gerichte bis zum Bundesgericht öffnet), indem der Kreis der Familienmitglieder, die nachgezogen werden können, weiter ist, und schliesslich indem EU- und EFTA-Angehörige nur ein Aufenthaltsrecht in der Schweiz haben müssen, also auch eine Kurzaufenthaltsbewilligung zum Familiennachzug berechtigt.⁸ Selbst Studierende dürfen Ehegatten und unterstützungspflichtige Kinder nachziehen.⁹ Im Übrigen haben – ebenfalls im Unterschied zu den Drittstaatsangehörigen – Ehegatten und nachzugsberechtigte Kinder Recht auf Zugang zu einer Erwerbstätigkeit.

⁴ Ziffer 642.2 der Weisungen in der Fassung der überarbeiteten und ergänzten 2. Auflage, Januar 2004: «Der Familie muss eine angemessene Wohnung zur Verfügung stehen. Eine Wohnung gilt dann als angemessen, wenn sie den Anforderungen entspricht, die für Schweizerinnen und Schweizer in der gleichen Gegend gelten und für die Unterbringung der Gesamtfamilie taugt (Art. 39 Abs. 2 BVO; unveröff. BGE vom 19. August 1996 i. S. M. C., 2A.468/1995). Auf das Erfordernis des Zusammenlebens der Familie kann dann verzichtet werden, wenn beispielsweise Kinder in einem Internat oder in einem Lehrlingsheim untergebracht werden sollen.

⁵ Vgl. etwa BGE 119 Ib 87, wonach es der gesetzlichen Regelung entspreche, wenn vom Ausländer verlangt werde, «dass er über eine Wohnung verfügt, die dafür taugt, die Gesamtfamilie zu beherbergen».

⁶ Abkommen zwischen der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten einerseits und der Schweizerischen Eidgenossenschaft andererseits über die Freizügigkeit, vom 21. Juni 1999, SR 0.142.112.681.

⁷ Vgl. das Abkommen zur Änderung des Übereinkommens zur Errichtung der Europäischen Freihandelsassoziation vom 21. Juni 2001, SR 0.632.319.

⁸ Vgl. hierzu etwa Zanga/Guhl, S. 417; zu den Kurzaufenthaltsbewilligungen bei nicht EU- und EFTA-Angehörigen unter Ziffer 2.1.5.

⁹ Vgl. Art. 3 Abs. 2 lit. c Anhang I.

Allerdings ist auch bei diesen Staatsangehörigen das Recht, mit der Familie in der Schweiz zusammenzuleben, nicht bedingungslos. Gemäss Art. 3 Abs. 1 des Anhangs I zum Freizügigkeitsabkommen muss der «Arbeitnehmer» für seine Familie «über eine *Wohnung verfügen*, die in dem Gebiet, in dem er beschäftigt ist, den für die *inländischen Arbeitnehmer geltenden normalen Anforderungen entspricht*», das heisst, dass auch EU- und EFTA-Staatsangehörige eine Wohnung vorweisen müssen, die gewissen Standards entspricht. Art. 3 Abs. 1 hält aber weiter fest, dass diese Bestimmung «nicht zu Diskriminierungen zwischen inländischen Arbeitnehmern und Arbeitnehmern aus der anderen Vertragspartei führen darf». Weitere Voraussetzungen, wie etwa genügende finanzielle Mittel, finden sich keine, womit auch in diesem Bereich EU- und EFTA-Angehörige gegenüber Drittstaatsangehörigen bevorzugt sind. Schliesslich regelt Abs. 3 von Art. 3 des Anhangs I detailliert, welche Unterlagen für die Aufenthaltserlaubnis von Angehörigen verlangt werden dürfen (Ausweise, Bescheinigung über Verwandtschaftsverhältnis, Unterhaltsbescheinigung).

Was nun die *erforderliche Wohnung* betrifft, die den für inländische Arbeitnehmer geltenden normalen Anforderungen zu entsprechen hat, ist nicht ohne Weiteres klar, ob die Bestimmung mit Art. 39 Abs. 2 BVO deckungsgleich ist.¹⁰ Den Weisungen und Erläuterungen des IMES über die schrittweise Einführung des freien Personenverkehrs lässt sich entnehmen, dass nach schweizerischer Auffassung eine angemessene Wohnung i.S. von Art. 39 BVO wie beim Familiennachzug von Drittstaatsangehörigen vorhanden sein muss, und zwar bei der Gesuchstellung wie auch bei der Einreise der Familienangehörigen, wie die Weisungen präzisieren.¹¹ Weitere Hinweise auf die Angemessenheit der Wohnung lassen sich auch hier nicht finden. Hingegen enthalten die Weisungen Ausführungen über rechtsmissbräuchliches Verhalten, das vorliegen kann, wenn eine Wohnung nur mit Blick auf das Familiennachzugsverfahren gemietet und danach sofort wieder aufgegeben wird. Allerdings sind die Familienangehörigen nicht verpflichtet, mit den EU/EFTA-Angehörigen in einem gemeinsamen Haushalt zu leben.¹²

Angehörige aus EU- und EFTA-Staaten sind bezüglich Familiennachzug in verschiedener Hinsicht wesentlich besser gestellt als Angehörige von Drittstaaten, etwa was den rechtlichen Anspruch oder den Kreis der nachzugsberechtigten Angehörigen betrifft. Indessen haben auch Angehörige aus diesen Staaten eine angemessene Wohnung vorzuweisen, um die Familie nachziehen zu können, gleich wie die Jahresaufenthalter aus Drittstaaten. Entsprechend der Entstehungsgeschichte und laut den Weisungen des IMES gelten die gleichen Anforderungen an die Angemessenheit der Wohnung.

2.1.3. Niedergelassene

Will eine Ausländerin oder ein Ausländer mit Niederlassungsbewilligung seine Familie nachziehen, findet Art. 17 Abs. 2 ANAG Anwendung. Wie im Falle von Personen aus EU- und EFTA-Staaten haben Familienangehörige (Ehegatten und Kinder unter 18) einen rechtlichen Anspruch auf eine Aufenthaltsbewilligung, allerdings nur, solange die Ehegatten zusammen bzw. die Kinder bei den Eltern wohnen.

Das Vorhandensein einer angemessenen Wohnung wird nicht ausdrücklich vorausgesetzt. Immerhin verlangen die Gerichte, dass eine Wohnung tauglich sein muss, um die gesamte Familie zu beherbergen, womit auch beim Familiennachzug von Niedergelassenen gewisse Mindestanforderungen an die Wohnung gegeben sind. In einem Entscheid aus dem Jahre 1993 musste sich das Bundesgericht mit der Frage beschäftigen, ob auch der Familiennachzug durch Niedergelassene eine angemessene Wohnung i.S. von Art. 39 Abs. 2 BVO voraussetzt.¹³ Das Bundesgericht führt an, Zweck des Familiennachzuges nach Art. 17 Abs. 2 ANAG sei es, das Zusammenleben der Familie zu ermöglichen. Daher könne vom Ausländer verlangt werden, dass er über eine Wohnung verfüge, die dafür tauglich ist, die Gesamtfamilie zu beherbergen. Im konkreten Fall hat es das Bundesgericht aber offen gelassen, ob diese Wohnung den gleichen Anforderungen wie bei Jahresaufenthaltern genügen müsse, da die betreffende Wohnung im vorliegenden Fall ohnehin genüge.

¹⁰ So Zanga/Guhl, Familiennachzug, S. 417.

¹¹ Vgl. Weisungen und Erläuterungen über die schrittweise Einführung des freien Personenverkehrs zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten sowie den EFTA-Mitgliedstaaten Norwegen, Island und dem Fürstentum Liechtenstein (Weisungen VEP), Ziffer 8.3, in der Fassung der Anpassung durch das Rundschreiben des IMES vom 16. Januar 2004 betr. Umsetzung des Freizügigkeitsabkommens im Bereich des Familiennachzuges.

¹² Vgl. auch Ziffer 8.6. der Weisungen über die schrittweise Einführung des freien Personenverkehrs, a.a.O.

¹³ BGE 119 Ib 81ff, E. 2b und 2c.

Kantonale Gerichte und die Lehrmeinung¹⁴ sind allerdings der Auffassung, dass die Mindestvoraussetzungen von Art. 39 BVO nicht anwendbar sind. So hat etwa das Verwaltungsgericht des Kantons Basel-Landschaft festgehalten¹⁵, die Vorgaben aus Art. 39 Abs. 2 BVO könnten nicht auf einen Fall übertragen werden, bei dem der Familiennachzug durch einen Niedergelassenen beansprucht werde. Art. 17 Abs. 2 ANAG erfordere «allein, dass die Gesamtfamilie zusammen wohnt». Dabei dürfe die Tatsache, dass «die Ansprüche auf Wohnungskomfort bei Ausländern oft wesentlich geringer» seien, in die Angemessenheitsabwägung miteinbezogen werden. Die Anordnung bzw. Entfernung der einzelnen Wohnräume dürften aber ein tatsächliches Familienleben nicht erheblich behindern, hingegen würde es zu weit führen, «wenn verlangt würde, dass die zur Beherbergung der Familie bestimmten Räume eine in sich geschlossene Einheit – also eine Wohnung im herkömmlichen Sinn – darstellen» müsste.

Niedergelassene haben zwar einen Anspruch auf Familiennachzug, müssen aber dennoch gewisse Anforderungen erfüllen. Diese Anforderungen haben im Gesetz zu stehen oder sich sinngemäss daraus zu ergeben. Bezüglich Wohnung dürfen zwar nicht die gleichen Anforderungen gestellt werden wie bei Jahresaufenthaltern, die Wohnung muss aber dennoch tauglich sein, die gesamte Familie zu beherbergen.

2.1.4. Schweizer Bürgerinnen und Bürger

Nach Art. 7 Abs. 1 ANAG hat der ausländische Ehegatte eines Schweizer Bürgers Anspruch auf Erteilung und Verlängerung der Aufenthaltsbewilligung. Ein effektives Zusammenleben ist nicht notwendig.¹⁶ Was die Familienwohnung betrifft, fassen *Zanga/Guhl*¹⁷ die Praxis kantonaler Behörden so zusammen, dass bezüglich Familienwohnung davon ausgegangen werde, dass diese den hiesigen Anforderungen genüge. Entsprechend werde dieses Element nicht geprüft; dem Gesuch um Aufenthaltsbewilligung müsse lediglich ein Mietvertrag beigelegt werden, womit der Nachweis einer vorhandenen Wohnung genüge.

2.1.5. Die Situation von Kurzaufenthaltern, Asylsuchenden, Vorläufig Aufgenommenen, anerkannten Flüchtlingen

Kurzaufenthalter aus Nicht EU-/EFTA-Staaten¹⁸, Asylsuchende¹⁹ und Vorläufig aufgenommene Ausländerinnen und Ausländer²⁰ dürfen ihre Familien in der Regel nicht nachziehen lassen, so dass sich eine Auseinandersetzung mit den Voraussetzungen erübrigt. Hingegen haben anerkannte Flüchtlinge nach Art. 52 des Asylgesetzes einen Anspruch auf Vereinigung mit ihren Familienangehörigen (Ehegatte und minderjährige Kinder), sofern sich diese im Ausland befinden und durch die Flucht getrennt wurden; diesen ist die Einreise zu bewilligen, ohne dass weitere Bedingungen zu erfüllen wären. Das Kriterium einer angemessenen Wohnung hat hier somit keine Bedeutung.

2.1.6. Das neue Ausländergesetz

Das neue Ausländergesetz (AuG)²¹, welches das veraltete ANAG aus dem Jahr 1931 ersetzen soll, steht im Moment in der parlamentarischen Debatte. Der Bundesrat hat verschiedene Änderungen im Bereich des Familiennachzuges vorgeschlagen, so im Bereich der Personen mit Aufenthaltsbewilligung die Einführung eines Rechtsanspruches auf Erteilung einer Bewilligung für Ehegatten und Kinder unter 18 und die Einführung von Fristen für den Familiennachzug (vgl. die Artikel 41 bis 50 des Entwurfes). Neu sollen auch Personen mit Kurzaufenthaltsbewilligung die Möglichkeit erhalten, mit der Familie zusammen zu wohnen, analog der Regelung für die EU- und EFTA-Angehörigen. Angesichts der Tatsache, dass in der parlamentarischen Beratung noch verschiedene Änderungen möglich sind, soll hier auf die Erläuterung weiterer Details verzichtet werden.

Für die hier besonders interessierende Frage nach dem Erfordernis einer angemessenen Wohnung bestimmt bereits Art. 24 des Entwurfes, dass ganz allgemein Ausländerinnen und Ausländer zur Ausübung einer Erwerbstätigkeit nur zugelassen werden können, wenn sie über eine angemessene Wohnung verfügen (bisher Artikel 11 der Begrenzungsverordnung). Eine Wohnung ist nach der Definition von Abs. 2 des Artikels 24 dann angemessen, wenn sie den «ortsüblichen Verhältnissen bei Schweizerinnen und Schweizern» entspricht.

¹⁴ Vgl. etwa Kälin/Caroni, Diskriminierungsverbot, S. 44; Zanga/Guhl, Familiennachzug, S. 409.

¹⁵ Entscheid des Verwaltungsgerichts Basel-Landschaft 15. November 1995 i.S. A.A. et al.. E. 6a.

¹⁶ Vgl. etwa Zanga/Guhl, Familiennachzug, S. 411, mit weiteren Hinweisen auf die Entstehungsgeschichte.

¹⁷ Zanga/Guhl, Familiennachzug, S. 411.

¹⁸ Für Kurzaufenthalter vgl. Art. 38 Abs. 2 BVO: «Kurzaufenthalter, Stagiaires, Studenten und Kurgäste dürfen ihre Familien in der Regel nicht nachziehen lassen».

¹⁹ Vgl. Göksu, Familiennachzug, S. 13, mit zahlreichen Hinweisen.

²⁰ Vgl. Göksu, Familiennachzug, S. 14ff, mit zahlreichen Hinweisen und Kritik an der Praxis bei den Vorläufig Aufgenommenen.

²¹ Vgl. Botschaft zum Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer vom 8. März 2002, BBl 2002 I 3709ff.

Eine angemessene Wohnung soll im Folgenden Voraussetzung für den Familiennachzug bei Jahresaufenthaltern und Personen mit Kurzaufenthaltsbewilligung sein (Art. 43 und 44 des bundesrätlichen Entwurfes), neben der Bedingung, dass die Familie zusammen wohnt und nicht auf Sozialhilfe angewiesen ist. Beim Nachzug von ausländischen Familienangehörigen von Schweizerinnen und Schweizern und von Niedergelassenen fehlt die Bedingung einer angemessenen Wohnung, in beiden Fällen verlangt aber der Entwurf, dass die Familie zusammen wohnt (Art. 41 und 42 des Entwurfes).

Die Botschaft fasst im Besonderen Teil bei der Kommentierung von Artikel 24²² und Artikel 43²³ die bisherigen Bestimmungen zusammen, indem sie ausführt, dass eine angemessene Wohnung den geltenden Anforderungen in bau-, feuer- und gesundheitspolizeilicher Hinsicht entsprechen muss und nicht überbelegt sein darf. Massgebend seien die Vorschriften der Kantone und der Gemeinden sowie die vertraglichen Vereinbarungen mit dem Vermieter. Die zur Verfügung stehende Wohnung müsse ausreichen, um die gesamte Familie angemessen unterzubringen. Dabei sei auf die örtlichen Verhältnisse abzustellen. Der Vermieter müsse mit der vorgesehenen Belegung zudem ausdrücklich einverstanden sein. Was als «überbelegt» gilt, wird indessen nicht ausgeführt.

Offensichtlich führte die Bedingung der angemessenen Wohnung in der nationalrätlichen Kommission zu Diskussionen. Die Kommission beantragte nämlich dem Rat, in Artikel 24 statt einer angemessenen Wohnung eine «bedarfsgerechte» Wohnung zu verlangen.²⁴ Bei Absatz 2 mit dem Hinweis auf die «ortsüblichen Verhältnisse bei Schweizerinnen und Schweizern» wurde Streichung beantragt. Beide Änderungen wurden ohne weitere Diskussionen angenommen. Ebenso wurde in der Folge bei der Beratung der Artikel 43 und 44 (Nachzug durch Jahresaufenthalter und Personen mit Kurzaufenthaltsbewilligung) der Begriff «angemessene Wohnung» durch «bedarfsgerechte Wohnung» ersetzt.²⁵ Zudem wurde bei der Beratung des Asylgesetzes bezüglich des Status der humanitären Aufnahme beschlossen, den Familiennachzug dann zu ermöglichen, wenn eine bedarfsgerechte Wohnung vorhanden ist.²⁶

Verschiedene Vertreterinnen und Vertreter der Linken forderten einen Verzicht auf jegliche Bedingung bezüglich Wohnungsgrösse und wollten wissen, was unter «bedarfsgerecht» zu verstehen ist. Die Berichterstatterin, *Doris Leuthard*, hielt entgegen, es bestehe zum

Kriterium der angemessenen oder bedarfsgerechten Wohnung eine jahrzehntelange Praxis. Es sei völlig klar, wie das von den Behörden anzuwenden sei; es gebe höchstens Auslegungsprobleme zwischen den Kantonen, weil nicht immer dieselben Kriterien angewendet würden, aber es gebe diverse Bundesgerichtsentscheide, die das klärten und die Kantone binden würden».²⁷

Da die erwähnten Bundesgerichtsentscheide allerdings nicht existieren, bleibt offen, welche Kriterien bei der Beurteilung der Angemessenheit oder Bedarfsgerechtigkeit einer Wohnung gelten. Indem der Nationalrat entschieden hat, Ehegatten und Kindern unter 18 Jahren von Personen mit bloss einer Jahresaufenthaltsbewilligung einen *Anspruch* auf eine Aufenthaltsbewilligung einzuräumen, wird – vorbehaltlich der Zustimmung durch den Ständerat – das Bundesgericht im Streitfall Gelegenheit erhalten, eine Auslegung des Begriffes der angemessenen bzw. bedarfsgerechten Wohnung vorzunehmen, die Praxis zu beurteilen und Leitlinien zu geben.

Im neuen Ausländergesetz soll nach dem Willen des Nationalrates verlangt werden, dass der Familiennachzug von einer «bedarfsgerechten Wohnung» abhängig gemacht werden kann. Nicht klar ist dabei, ob es sich dabei um eine materielle Änderung handelt. Aufgrund der Änderung des Wortlauts und der Streichung des Hinweises auf die Ortsüblichkeit besteht allerdings eine starke Vermutung, dass der Gesetzgeber eine Änderung bezweckte, weil sonst auf eine Anpassung verzichtet worden wäre. Die Auswirkungen der Totalrevision des Ausländergesetzes auf das Erfordernis der «angemessenen» beziehungsweise «bedarfsgerechten» Wohnung sind aber nicht sehr klar. Wesentlich ist die Einräumung von Rechtsansprüchen im Bereich des Familiennachzuges. Dies wird es den Gerichten ermöglichen, den unbestimmten Rechtsbegriff auszulegen und der Praxis Leitlinien zu geben.

²² BBI 2002 I 3784.

²³ BBI 2002 I 3793.

²⁴ Vgl. Amtliches Bulletin des Nationalrates 2004, S. 718.

²⁵ Vgl. Amtliches Bulletin des Nationalrates, 2004, S. 744ff, S. 756.

²⁶ Amtliches Bulletin des Nationalrates, 2004, S. 629.

²⁷ Amtliches Bulletin des Nationalrates, 2004, S. 756. Auch Bundesrat Blocher führte aus, seines Erachtens bestehe kein Unterschied zwischen «bedarfsgerecht» und «angemessen» (S. 758). Nationalrat Rudolf Steiner (SO) verwies in der Debatte auf die Bedeutung einer bedarfsgerechten Wohnung für die Integration (a.a.O.).

2.2. Ursprung und gesetzgeberischer Zweck der Voraussetzung einer «angemessenen Wohnung»

Weitgehend nicht mehr bekannt ist heute der Ursprung der Bedingung, dass für den Familiennachzug eine angemessene Wohnung zur Verfügung stehen muss.²⁸ Die Frage aber, wann und vor allem weshalb diese Bestimmung eingeführt worden ist, hat für die Frage der Auslegung der aktuellen Norm erhebliche Bedeutung.

Die Suche nach den Anfängen führt uns in die frühen sechziger Jahre zurück: Damals häuften sich Medienberichte über Missstände im Wohnungswesen bei ausländischen Arbeitskräften immer mehr, wie namentlich ausbeuterische Mietzinse und menschenunwürdige Unterbringungen in überbelegten Abbruchliegenschaften.²⁹ Der Bundesrat reagierte mit verschiedenen Kreisschreiben und Aufrufen an die Arbeitgeber. In einem Kreisschreiben vom 19. Juni 1960 bat er die Kantone, den «Wohnungsverhältnissen die grösste Aufmerksamkeit zu schenken». In einem Rundschreiben vom 7. März 1961 führte Bundesrat Wahlen aus, missliche Zustände könnten nicht geduldet werden, seien sie doch «dem Ansehen unseres Landes abträglich» und erschwerten «die Beschaffung von Arbeitskräften im Ausland».³⁰ In einem Kreisschreiben vom 25. April 1962 findet sich schliesslich die Bestimmung, dass für die Zulassung von ausländischen Arbeitskräften und ihren Familien eine «angemessene Unterkunft» vorhanden sein müsse. Neben der Herstellung von menschenwürdigen Verhältnissen ging es dem Bundesrat damit auch um das Ansehen des Landes und darum, die Rekrutierung weiterer Arbeitskräfte nicht zu erschweren, wie *Buomberger* festhält.³¹

Im Abkommen zwischen der Schweiz und Italien «über die Auswanderung italienischer Arbeitskräfte nach der Schweiz» vom 4. November 1964 («Italienerabkommen»)³² findet sich die Bestimmung, dass die Bewilligung zum Familiennachzug nur erteilt wird, «wenn dem Arbeitnehmer für seine Familie eine angemessene Wohnung zur Verfügung steht» (Art. 13 Abs. 2). Laut Art. 15 Abs. 2 des Abkommens geniessen die italienischen Arbeitskräfte «dieselben Rechte und den gleichen Schutz wie die einheimischen Arbeitnehmer in Bezug auf die Anwendung der gesetzlichen Vorschriften über (...) das Wohnungswesen». In den Gemeinsamen Erklärungen

zum Abkommen³³ führte die Schweizer Delegation entsprechend aus, dass die Vorschriften über das Wohnungswesen, insbesondere über den Mieterschutz, auch für die Italiener gelten. Die Delegation erinnert daran, dass der Bund die Kantonsbehörden mehrfach eingeladen hätte, die Anwendung dieser Vorschriften auf die ausländischen Arbeitskräfte aufmerksam zu überprüfen, und die Zulassung ausländischer Arbeitskräfte und ihrer Familien vom Vorhandensein einer angemessenen Unterkunft abhängig zu machen. Im Weiteren wird daran erinnert, dass der Bund den Bau von verbilligten Wohnungen fördert, dass von seiner Seite her keine Vorschriften bestehen würden, die italienische Arbeitskräfte an der Miete einer solchen Wohnung hinderten, und dass die Bundesbehörden bereit seien, den Kantonen die Gleichbehandlung von Schweizern und Italienern bei der Anwendung der betreffenden Vorschriften zu empfehlen.

Den «Gemeinsamen Erklärungen» lassen sich im Übrigen bezüglich des Punktes «Wohnraum» keine Bemerkungen oder Einwände der italienischen Delegation entnehmen. Aus den Schilderungen der Verhandlungen zwischen der Schweiz und Italien zum Abschluss dieses Vertrages, wie sie in der Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung betreffend der Genehmigung des «Italienerabkommens» festgehalten sind, lässt sich indes schliessen, dass die italienische Seite auf die Unterkunftsfrage, insbesondere die Beschaffung von Unterkünften, grossen Wert legte.³⁴ Die italienische Delegation forderte in den Verhandlungen zudem, dass die Familie gleichzeitig mit dem Arbeitnehmer in die Schweiz zugelassen werde, vorausgesetzt, dass eine angemessene Wohnung vorhanden sei. Dieser Wunsch, fasst die Botschaft die schweizerische Haltung zusammen, sei an sich verständlich, da die Trennung von den Angehörigen für den Arbeitnehmer eine grosse Härte bedeute, zumal er in einer fremden Umgebung lebe. Jedoch könne angesichts der drohenden Überfremdungsgefahr dem Wunsch auf sofortigen Nachzug der Familie auf keinen Fall entsprochen werden; eine bestimmte Wartefrist sei zudem unerlässlich, um die Anpassungsfähigkeit und den Anpassungswillen des Ausländers zu beurteilen. Es sei aber gerechtfertigt, die Wartefrist zu verkürzen, was auch der Meinung weiter Kreise in der Bevölkerung entspreche, unter deren Einfluss die Fremdenpolizeibehörden vieler Kantone sich bereits veranlasst gesehen hätten, die bisherige zurückhaltende Praxis zu lockern.

²⁸ Zanga/Guhl, Familiennachzug, S. 406, vermuten etwa, die Bestimmung stamme aus einer Zeit, in der die Wohneinheiten eher klein waren, und verweisen auf die achtziger Jahre, als die Begrenzungsverordnung entstand.

²⁹ Vgl. dazu und zum Folgenden die ausführlichen Schilderungen bei *Buomberger*, Fremde, S. 72ff, 75.

³⁰ Zitiert nach *Buomberger*, Fremde, S. 75.

³¹ *Buomberger*, Fremde, S. 76.

³² SR 0.142.114.548.

³³ BBl 1964 II 1039.

³⁴ BBl 1964 II 1004ff.

Schliesslich hält die Botschaft³⁵ fest, dass mit dem Erfordernis der angemessenen Wohnung verhindert werden soll, dass «eine unkontrollierte Zureise von Familienangehörigen zu polizei- und sittenwidrigen Zuständen im Wohnungswesen führt. Zudem müsse dafür Sorge getragen werden, dass die Zureise der Familien nur nach Massgabe der auf dem Wohnungsmarkt gegebenen Möglichkeiten bewilligt werde. Es sei dabei im Besonderen darauf zu achten, dass die Beschaffung von Wohnraum für die Familien ausländischer Arbeitskräfte nicht zu Lasten der bisherigen Mieter gehe. Da das Abkommen innenpolitisch stark umstritten war, dürften diese Ausführungen der Beschwichtigung gedient haben. Diese Argumente nämlich hätten in den Verhandlungen mit Italien wohl kaum offen geäussert werden können, da sie dem Sinn und Geist des Abkommens widersprachen.

Seit dem Kreisschreiben von 1962 und dem «Italienerabkommen» von 1964 ist die Bedingung der angemessenen Wohnung fester Bestandteil der Familiennachzugsregelung geworden. In den ersten «Begrenzungsverordnungen» (Verordnungen über die Begrenzung der Zahl der Ausländer) findet sich als Voraussetzung für den Familiennachzug, dass «der Arbeitnehmer für seine Familie über eine Wohnung verfügt, die in dem Gebiet, in dem er beschäftigt ist, den für inländische Arbeitnehmer geltenden normalen Anforderungen entspricht,³⁶ welche Formulierung praktisch identisch mit der heutigen Legaldefinition in Art. 39 Abs. 2 BVO ist.

Buomberger führt in seinem Buch «Kampf gegen unerwünschte Fremde» etwas überspitzt aus, der Wohnungsnachweis im Familiennachzug sei im Folgenden zu einem zentralen Steuerungsmittel der Zuwanderung geworden.³⁷ Sehr zutreffend ist jedoch seine Aussage, der Fremdenpolizei sei ein grosser Ermessensspielraum in die Hand gegeben worden, wie im Folgenden zu zeigen sein wird.³⁸

Wichtig ist der Hinweis, dass die Europäische Wirtschaftsgemeinschaft die Freizügigkeit der Arbeitnehmer und ihrer Familien zwar im Grundsatz bereits 1968 einführte, aber den Nachzug der Familie ebenfalls vom Vorhandensein einer Wohnung abhängig machte, welche «den für die inländischen Arbeitnehmer geltenden normalen Anforderungen entspricht».³⁹

Aus der Entstehungsgeschichte kann somit folgendes Fazit gezogen werden: Im Vordergrund stand für den Bundesrat mit den Anforderungen an angemessene Unterkünfte der Kampf gegen Missbräuche und gegen Ausbeutung der Arbeitskräfte, welche in erster Linie als Imageproblem angesehen wurde, weil die Schweiz eine schlechte Presse bekam und dies die Rekrutierung weiterer, sehr benötigter Arbeitskräfte erschwerte. Der Schutz der ausländischen Arbeitnehmer vor misslicher Unterbringung war im Falle des Familiennachzuges noch dringender geboten. Dies lässt sich auch der Reaktion der italienischen Delegation entnehmen, welche keine Einwände hatte. Ein wesentlicher Punkt war im Weiteren die Gleichbehandlung beim Zugang zu Wohnungen.

In der Botschaft zum Italienerabkommen, die ein innenpolitisch umstrittenes Abkommen rechtfertigen sollte, finden sich, mit Rücksicht auf die Abwehrhaltung eines Teils der Bevölkerung und die grassierende Wohnungsnot in der Schweiz, Argumente der Überfremdungsabwehr. Das Erfordernis einer angemessenen Wohnung wird auch in den Dienst der Steuerung und der Begrenzung gestellt.

2.3. Familienleben und Familiennachzug als Grund- und Menschenrecht

2.3.1. Grundsätze

Zwar gehört das Recht, frei über die Einreise von Ausländerinnen und Ausländern zu entscheiden, zum Kerngehalt staatlicher Souveränität. Gerade aber im Bereich des Familiennachzuges wird die Freiheit der Staaten in der Einwanderungspolitik durch Menschenrechte, konkret durch das Recht auf Achtung vor dem Familienleben, beschränkt.⁴⁰ Familiennachzug ist einerseits eine

³⁵ BBl 1964 II 1010.

³⁶ Verordnung des EJPD über die Begrenzung der Zahl der Ausländer, vom 9. Juli 1975, Art. 5 Abs. 4, AS 1975 S. 1413ff. Interessanterweise fehlte damals die Voraussetzung genügender finanzieller Mittel für den Familiennachzug.

³⁷ Buomberger, Fremde, S. 76.

³⁸ Buomberger, Fremde, a.a.O. Zum Ermessen der Behörden und zur kantonalen Praxis siehe unten im 3. Teil.

³⁹ Verordnung Nr. 1612/68 vom 15. Oktober 1968 über die Freizügigkeit der Arbeitnehmer innerhalb der Gemeinschaft, Art. 10, Amtsblatt Nr. L 257 vom 19.10.1968.

⁴⁰ Vgl. die Hinweise bei Kälin/Caroni, Diskriminierungsverbot, S. 52.

Menschenrechtsfrage: Es handelt sich um die oft einzige Möglichkeit, ein Familienleben überhaupt erst zu ermöglichen. Andererseits betrifft der Nachzug eine Kernangelegenheit der Migrationspolitik mit weitreichenden Auswirkungen auf den Arbeitsmarkt und die Sozialpolitik.⁴¹ Gerade seitdem für Angehörige vieler Staaten die Auswanderung als Arbeitskraft nach Westeuropa kaum mehr möglich ist, stellt der Familiennachzug oft noch die letzte Möglichkeit der legalen Migration dar.⁴²

Einzelne menschenrechtliche Normen schützen das Recht auf Familienleben als solches, andere räumen direkt Rechte auf Familiennachzug ein, die erst das Recht auf ein Familienleben ermöglichen sollen. Auch Staaten, die solche menschenrechtlichen Garantien auf Familiennachzug nicht übernommen haben, sind dennoch aus den Rechten auf Achtung des Familienlebens verpflichtet, ihre innerstaatlichen Normen, die den Familiennachzug einschränken, im Lichte menschenrechtlicher Prinzipien auszulegen. Dies gilt umso mehr, da es sich beim Recht auf Familienleben um ein zentrales Menschenrecht handelt. Jede Einschränkung von Grund- und Menschenrechten bedarf zudem einer gesetzlichen Grundlage, muss im öffentlichen Interesse liegen und verhältnismässig sein.⁴³

Im Folgenden sollen kurz die wichtigsten Normen vorgestellt werden, welche das Recht auf Familienleben schützen und damit die staatliche Freiheit beschränken und Auswirkungen auf den Familiennachzug haben, und die Normen, die Rechte auf Familiennachzug einräumen.

2.3.2. Schutz des Familienlebens gemäss der Europäischen Menschenrechtskonvention und der Schweizerischen Bundesverfassung

Da die entsprechende Garantie der Bundesverfassung (BV) dem Artikel 8 der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK) nachgezeichnet ist,⁴⁴ rechtfertigt sich die Behandlung beider Normen unter demselben Titel.

Laut Art. 8 EMRK Abs. 1 hat «Jedermann (...) Anspruch auf Achtung seines Privat- und Familienlebens, seiner Wohnung und seines Briefverkehrs». Gemäss Abs. 2 ist der Eingriff einer Behörde in die Ausübung dieses Rechts 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». Art. 13 Abs. 1 der Bundesverfassung gibt jeder Person Anspruch «auf Achtung ihres Privat- und Familienlebens, ihrer Wohnung sowie ihres Brief-, Post- und Fernmeldeverkehrs».

Aus Art. 8 EMRK⁴⁵ kann unter gewissen Umständen ein völkerrechtlich geschützter Anspruch auf Familiennachzug und damit auf Erteilung einer Anwesenheitsbewilligung abgeleitet werden, wobei das Bundesgericht ein «gefestigtes Aufenthaltsrecht» des Nachzugsberechtigten voraussetzt. Dies gilt im Fall der (Jahres-) Aufenthaltswilligung nur, wenn Anspruch auf Verlängerung besteht.⁴⁶ Ob im konkreten Fall die Verweigerung des Familiennachzuges gegen Art. 8 EMRK bzw. gegen die Bundesverfassung verstossen würde, ist aufgrund einer Güterabwägung zu prüfen.

Dasselbe gilt für die analoge Norm von Art. 13 Abs. 1 BV; ein Unterschied zwischen der EMRK und der Bundesverfassung besteht nur insofern, als die Anforderungen an die gesetzliche Grundlage nach der Bundesverfassung höher sein dürfen als nach der Praxis zur EMRK.⁴⁷

Im Weiteren enthält die Bundesverfassung an verschiedenen Orten weitere Normen zum Schutz des Familienlebens, welche die Bedeutung zeigen, welche Staat und Gesellschaft dieser Form einräumen: Laut Art. 14 BV ist das Recht auf Ehe und Familie gewährleistet. Gemäss Art. 41 Abs. 1 lit. c und e setzen sich Bund und Kantone «in Ergänzung zu persönlicher Verantwortung und privater Initiative dafür ein, dass «Familien als Gemeinschaften von Erwachsenen und Kindern geschützt und gefördert werden» und dass «Wohnungssuchende für sich und ihre Familien eine *angemessene Wohnung* *zu tragbaren Bedingungen* finden können». Diese Sozialziele sind zwar nicht einklagbar und begründen keine unmittelbaren Ansprüche auf staatliche Leistungen, sind aber von Bund und Kantonen «im Rahmen ihrer verfas-

⁴¹ Vgl. auch Cholewinski, Family Reunification and Conditions Places on Family Members, European Journal of Migration and Law 4, 2002, S. 272f.

⁴² ILO, International Labour Conference, Migrant Workers, Report III (1B), Genf 1999, zitiert nach Cholewinski, a.a.O., S. 272.

⁴³ Vgl. Art. 36 der Schweizer Bundesverfassung.

⁴⁴ Vgl. die Botschaft des Bundesrates vom 20. November 1996 über eine neue Bundesverfassung, Separatdruck, S. 152.

⁴⁵ Zur Bedeutung von Art. 8 EMRK für den Familiennachzug statt einer ausführlichen Liste lediglich Caroni, Privat- und Familienleben.

⁴⁶ Vgl. dazu und zum Folgenden Kälin/Caroni, Diskriminierungsverbot, S. 52f.

⁴⁷ Vgl. Alberto Achermann/Martina Caroni, Homosexuelle und heterosexuelle Konkubinatspaare im schweizerischen Ausländerrecht, Schweizerische Zeitschrift für internationales und europäisches Recht 2001, S. 134ff.
eine neue Bundesverfassung, Separatdruck, S. 152.

sungsmässigen Zuständigkeiten und ihrer verfügbaren Mittel anzustreben» (Art. 41 Abs. 3 und 4 BV). Schliesslich bestimmt Art. 116 Abs. 1 BV, dass der Bund bei der Erfüllung seiner Aufgaben die Bedürfnisse der Familie berücksichtigt, und dass er Massnahmen zum Schutz der Familie unterstützen kann.

2.3.3. Recht auf Achtung des Familienlebens gemäss den Internationalen Pakten über bürgerliche und politische Rechte und über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte

Der Internationale Pakt über bürgerliche und politische Rechte, der von der Schweiz ratifiziert worden ist,⁴⁸ verbietet in Art. 17 ähnlich wie Art. 8 EMRK willkürliche oder rechtswidrige Eingriffe in das Privatleben, in die Familie, die Wohnung oder den Schriftverkehr. Laut Abs. 2 derselben Bestimmung hat jedermann Anspruch auf rechtlichen Schutz gegen solche Eingriffe oder Beeinträchtigungen.

Der Menschenrechtsausschuss, das Vertragsüberwachungsorgan des Paktes, hat in der Allgemeinen Bemerkung 15 [27] ausgeführt,⁴⁹ der Pakt gewähre «Ausländern kein Recht, in das Hoheitsgebiet eines Staates einzureisen oder sich darin aufzuhalten. Grundsätzlich ist es Sache des Staates zu entscheiden, wen er zu seinem Hoheitsgebiet zulässt. In gewissen Situationen kann sich jedoch ein Ausländer auch bezüglich Einreise und Aufenthalt auf den Schutz des Paktes berufen: Dies trifft zum Beispiel zu, wenn Fragen hinsichtlich des Diskriminierungsverbotes (...) oder der Achtung des Familienlebens auftauchen». Es ist also durchaus möglich, dass im Einzelfall aus dem Internationalen Pakt über bürgerliche und politische Rechte ein Anspruch auf Familiennachzug abgeleitet werden kann. Auf jeden Fall verpflichtet der Pakt die Vertragsstaaten, das Familienleben zu schützen.⁵⁰

So sieht auch der Internationale Pakt über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte, den die Schweiz ebenfalls ratifiziert hat,⁵¹ in einem weiteren Sinn in Art. 10 Abs. 1 vor, dass die «Familie als die natürliche Kernzelle der Gesellschaft grösstmöglichen Schutz und Beistand geniessen soll».

2.3.4. Rechte auf Familiennachzug in internationalen Menschenrechtsverträgen

Einige Menschenrechtsinstrumente enthalten spezifische Bestimmungen betreffend den Familiennachzug. Zu erwähnen ist für die Schweiz in erster Linie die UNO-Konvention über die Rechte des Kindes vom 20. November 1989.⁵² Laut Art. 10 Abs. 1 dieses Vertrages werden

«von einem Kind oder seinen Eltern zwecks Familienzusammenführung gestellte Anträge auf Einreise in einen Vertragsstaat oder Ausreise aus einem Vertragsstaat von den Vertragsstaaten wohlwollend, human und beschleunigt bearbeitet».

Absatz 2 derselben Bestimmung gibt im Weiteren einem Kind, dessen Eltern Aufenthalt in verschiedenen Staaten haben, das Recht, «regelmässige persönliche Beziehungen und Kontakte zu beiden Elternteilen zu pflegen, soweit nicht aussergewöhnliche Umstände vorliegen». Art. 18 der Konvention schützt ebenfalls die Einheit der Familie, indem die Staaten sich zu bemühen haben, die Anerkennung des Grundsatzes sicherzustellen, «dass beide Elternteile gemeinsam für die Erziehung und Entwicklung des Kindes verantwortlich sind».

Die Konvention über die Rechte des Kindes räumt nach herrschender Auffassung und gemäss Botschaft des Bundesrates einen Anspruch auf Familiennachzug ein, auch wenn die Bestimmung nicht als direkt durchsetzbares Recht formuliert worden ist.⁵³ Die Schweiz hat entsprechend einen Vorbehalt zu Art. 10 der Kinderrechtskonvention angebracht.⁵⁴ Das Grundprinzip indessen, dass Anträge auf Familienzusammenführung wohlwollend zu prüfen sind, bleibt dadurch unangetastet.

Weitere Rechte auf Familiennachzug sind in völkerrechtlichen Instrumenten enthalten, welche für die Schweiz mangels Ratifikation nicht verbindlich sind, so etwa in Art. 13 des ILO-Übereinkommens Nr. 143 oder in Art. 44 des UNO-Übereinkommens über den Schutz der Rechte aller Wanderarbeitnehmer und ihrer Familien, in Art. 19 Abs. 6 der Europäischen Sozialcharta oder in Art. 12 des Europäischen Übereinkommens über die Rechtsstellung der Wanderarbeitnehmer.

⁴⁸ SR 0.103.02.

⁴⁹ Zitiert nach der deutschen Übersetzung in Walter Kälin/Giorgio Malinverni/Manfred Nowak, Die Schweiz und die Menschenrechtspakte, 2. Auflage, Basel 1997, S. 344.

⁵⁰ Vgl. die weiteren Hinweise bei Kälin/Caroni, Diskriminierungsverbot, S. 58ff.

⁵¹ SR 0.103.01.

⁵² SR 0.107.

⁵³ Vgl. Kälin/Caroni, Diskriminierungsverbot, S. 60f.

⁵⁴ «Die schweizerische Gesetzgebung, die bestimmten Kategorien von Ausländerinnen und Ausländern keinen Familiennachzug gewährt, bleibt vorbehalten».

2.3.5. Rechte auf angemessenes Wohnen

Neben den Rechten auf Schutz des Familienlebens und auf Familiennachzug, die staatliche Eingriffe beschränken sollen, gibt es Menschenrechte, die den Staat zu positiven Massnahmen verpflichten.⁵⁵ Im Zusammenhang mit der Familiennachzugsregelung des schweizerischen Ausländerrechts mit der Bedingung einer angemessenen Wohnung ist nach dem Schutzbereich der Sozialrechte auf angemessene Unterbringung zu fragen. Wie bereits oben⁵⁶ ausgeführt, verpflichtet Art. 41 Abs. 1 lit. c und lit. e den Bund, Familien zu schützen und zu fördern und sich dafür einzusetzen, dass Wohnungssuchende für sich und ihre Familien eine angemessene Wohnung zu tragbaren Bedingungen finden können. Art. 11 des Internationalen Paktes über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte⁵⁷ enthält die Anerkennung des Rechts eines jeden auf einen angemessenen Lebensstandard, *einschliesslich ausreichender Unterbringung*. Daraus folgt nicht primär ein gerichtlich durchsetzbares Recht gegenüber dem Staat, eine Wohnung zu erhalten. Nach der Praxis des Ausschusses für wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte, des Vertragsüberwachungsorgans des Sozialpaktes, sollen sich die Staaten auf dem Weg der Gesetzgebung oder mit anderen Mitteln unter anderem auf die Beseitigung der Obdachlosigkeit konzentrieren, den sozialen Wohnungsbau fördern, den Mieterschutz verstärken, *Mindeststandards für Wohnraum festlegen* oder auch Diskriminierung auf dem Wohnungsmarkt bekämpfen.⁵⁸ Die Allgemeine Bemerkung Nr. 4 von 1991 des Ausschusses⁵⁹ führt dazu aus, Art. 11 Abs. 1 des Paktes spreche von ausreichender Unterbringung, nicht einfach von Unterbringung. Eine ausreichende Unterkunft müsse ausreichende Intimität bieten und genügend Raum. Sie müsse bewohnbar in dem Sinne sein, dass sie ausreichenden Raum und Schutz vor Kälte, Feuchtigkeit, Hitze, Regen, Wind und anderen Gefahren für die Gesundheit biete.

Für die vorliegende Untersuchung ist vor allem von Bedeutung, den Aspekt des Schutzes vor ungenügender Unterbringung aufzuzeigen, der menschenrechtlich begründet ist: Die Festlegung von Mindeststandards an die Qualität und Belegung von Wohnungen ist auch im Interesse der Familie und liegt im Schutz ihres Anspruches auf angemessenes Wohnen begründet.

2.3.6. Fazit

Verschiedene menschenrechtliche Normen verpflichten die Schweiz, das Familienleben zu achten und den Familiennachzug zu fördern. Auch wenn menschen- und grundrechtliche Normen bei gewissen Kategorien von Ausländerinnen und Ausländern nicht direkt einen Anspruch auf Familiennachzug einräumen, sind sie dennoch bei der Anwendung entsprechender Einschränkungen im Rahmen der Güterabwägung zu berücksichtigen.

Den einschlägigen Menschenrechtsinstrumenten ist gemein, dass das Recht auf Familienzusammenführung als sehr wichtig erachtet und der Vorrang des Kindeswohls stipuliert wird. Aus den Menschenrechten folgt im Weiteren, dass Staaten verpflichtet sind, sich für angemessene Wohnverhältnisse einzusetzen.

⁵⁵ Vgl. dazu Jörg Künzli, Zwischen Rigidität und Flexibilität: Der Verpflichtungsgrad internationaler Menschenrechte, Berlin 2001, insbesondere S. 189ff.

⁵⁶ Ziffer 2.3.2.

⁵⁷ Vgl. oben Ziffer 2.3.3.

⁵⁸ Vgl. hierzu die Ausführungen bei Jörg Künzli/Walter Kälin, Die Bedeutung des UNO-Paktes über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte für das schweizerische Recht, in: Walter Kälin/Giorgio Malinverni/Manfred Nowak, Die Schweiz und die Menschenrechtspakte, 2. Auflage, Basel 1997, S. 128f.

⁵⁹ Abgedruckt in deutscher Übersetzung in Kälin/Malinverni/Nowak, a.a.O., S. 308ff.

2.4. Schlussfolgerung: Die Voraussetzung der angemessenen Wohnung im Rahmen des innerstaatlichen Rechts und der Menschenrechte

Der Familiennachzug durch Jahresaufenthalter, seien sie aus EU- und EFTA-Staaten, seien sie aus Drittstaaten, setzt das Vorhandensein einer angemessenen Wohnung voraus. Diese muss den Anforderungen entsprechen, die für Schweizer Bürgerinnen und Bürger in der gleichen Gegend gelten, beziehungsweise, im Falle der EU-Angehörigen, den «für inländische Arbeitnehmer geltenden normalen Anforderungen» entsprechen.

Der Familiennachzug bezweckt die Zusammenführung der Familie in einem gemeinsamen Haushalt. Daraus folgt, dass der Familiennachzug nur bewilligt wird, wenn die Familie zusammen wohnen wird, und dass die Wohnung tauglich ist, die gesamte Familie zu beherbergen.⁶⁰ Damit darf verlangt werden, dass es sich um eine Wohnung, und nicht um mehrere Zimmer im gleichen Haus handelt, allenfalls ist es möglich, zwei kleinere Wohnungen in einem Haus als angemessene Wohnung anzusehen. Die Praxis verlangt, dass über die Wohnung verfügt werden kann, dass sie den bau-, feuer- und gesundheitspolizeilichen Vorschriften entspricht und genügend gross ist. Dies lässt sich aus dem Wortlaut ohne Weiteres ableiten und entspricht dem Zweck der Norm.

In diesem Rahmen verbleibt der rechtsanwendenden Behörde aber ein beträchtlicher Spielraum. Auslegungsbedürftig ist vor allem, welche Grösse als angemessen gelten kann. Hier ist einerseits auf den Zweck der Bestimmung abzustellen: Die Norm bezweckt in erster Linie den *Schutz der ausländischen Arbeitnehmer und ihrer Familien* – und damit vor allem der Kinder – vor misslichen Wohnverhältnissen. Der Hinweis auf die für Schweizerinnen und Schweizer üblichen Verhältnisse kann als Indiz für den Zweck genommen werden, dass eine angemessene Wohnung die Integration erleichtern soll. Das Erfordernis, dass die Wohnungen gewissen Standards in bau- und gesundheitspolizeilicher Hinsicht genügen müssen, soll der Gefahr einer *Slumbildung entgegenwirken*. Hier wirkt auch die grund- und menschenrechtliche Verpflichtung des Staates, für angemessenes Wohnen zu sorgen und Missbräuchen entgegenzutreten.

Andererseits ist es ein Gebot der Menschenrechte, im Besonderen des Rechts auf Achtung vor dem Familienleben, dass die Anforderungen nicht so hoch angesetzt werden, dass sie von den Nachzugswilligen nicht

erfüllt werden können. In diesem Sinne sind die Normen menschenrechtskonform auszulegen und anzuwenden und bei der Güterabwägung im Zweifelsfalle der Nachzug zu bewilligen.⁶¹ Die Voraussetzungen für die Ausübung des Familiennachzuges dürfen nicht als Mittel der Migrationssteuerung oder einer Begrenzungs politik eingesetzt werden. Diese muss bei der erstmaligen Aufenthaltsbewilligung einsetzen und nicht beim Familiennachzug.

⁶⁰ Vgl. Kälin/Caroni, Diskriminierung, S. 49, mit zahlreichen Hinweisen.

⁶¹ Vgl. hierzu auch den abschliessenden Teil mit der Beurteilung der Praxis, Ziffer 5.

3 Die Praxis in den Kantonen

3.1. Allgemeines

Beim Begriff der «angemessenen Wohnung» handelt es sich um einen unbestimmten Rechtsbegriff, der einem gewissen Beurteilungsspielraum unterliegt. Zudem haben die kantonalen Behörden im Bereich des Familiennachzuges von Aufenthalt von Gesetzes wegen⁶² ein Ermessen.⁶³ Dieses Ermessen ist aber im Rahmen der Gesetzgebung, auch der Grund- und Menschenrechte, auszuüben, es ist willkürfrei zu handhaben, das Verhältnismässigkeitsprinzip ist zu wahren und die rechtsgleiche Behandlung der Betroffenen durch die Behörde muss garantiert sein.⁶⁴

Da es mangels Rechtsanspruch kaum Gerichtsurteile im Bereich des Familiennachzuges bei Aufenthalt gibt, insbesondere das Vorliegen der Voraussetzungen nicht durch Gerichte überprüft werden kann, und wegen des erwähnten Beurteilungsspielraums, interessieren die von den kantonalen Behörden angewendeten Kriterien bei der Auslegung des Begriffes der angemessenen Wohnung in besonderem Masse.

3.2. Untersuchungsmethode

Die Auswertung der Literatur zur Praxis kantonalen Behörden führt zwar zu verschiedenen Hinweisen auf kantonale Traditionen und Unterschiede, vermag aber kein abgerundetes Bild zu vermitteln. Einerseits ist bloss zur Praxis einiger weniger Kantone wissenschaftlich publiziert worden,⁶⁵ andererseits hat sich die Praxis immer wieder geändert, so dass Darstellungen schnell veralten. Während etwa *Spescha* im Handbuch zum Ausländerrecht⁶⁷ 1999 noch ausführte, das Kriterium der angemessenen

Wohnung sei in der Regel ohne Weiteres erfüllt, wenn der Vermieter zustimme, solange die Personenzahl die Zimmerzahl um nicht mehr als den Faktor 2 überschreite, und *Zanga/Guhl*⁶⁸ im Jahr 2001 die Praxis des Kantons St. Gallen ausführlich darstellten, sind diese Kriterien in der Zwischenzeit überarbeitet worden und damit nicht mehr aktuell,⁶⁹ ganz zu schweigen von der Übersicht über die Praxis der Kantone bei *Traub*⁷⁰ im Jahre 1992. So wurde etwa die Praxis der Fremdenpolizeibehörden der Ostschweizer Kantone aufgrund der Arbeiten einer Arbeitsgruppe aus dem Jahr 2002 vereinheitlicht und damit verschiedentlich angepasst.⁷¹

Um die aktuelle Praxis der Kantone zum Kriterium der angemessenen Wohnung zu eruieren, wurde den kantonalen Migrationsämtern ein Fragebogen gestellt.⁷² Zudem wurden bei verschiedenen Kantonen telefonisch weitere Auskünfte eingeholt und in einer repräsentativen Auswahl von 11 Kantonen vertiefende Interviews mit Beamtinnen und Beamten geführt, die in die folgende Analyse einfließen. Da der Fragebogen von allen Kantonen ausgefüllt wurde,⁷³ lassen sich substantielle Aussagen zur aktuellen Praxis der Kantone machen.

3.3. Elemente der kantonalen Praxis

3.3.1. Unterschiedliche Behandlung von Niedergelassenen und Aufenthalt von

Nach Lehre und Rechtsprechung sind die Voraussetzungen von Art. 39 BVO und insbesondere an die angemessene Wohnung nicht auf den Familiennachzug bei Niedergelassenen übertragbar;⁷⁴ immerhin muss aber die

⁶² Jedenfalls was die geltende Rechtslage betrifft; zu den mit dem neuen Ausländergesetz geplanten Änderungen siehe vorne Kapitel 2.1.6.

⁶³ Vgl. Art. 4 des Bundesgesetzes über Aufenthalt und Niederlassung der Ausländer (ANAG), SR 142.20.

⁶⁴ Vgl. auch Kälin/Caroni, Diskriminierungsverbot, S. 67f.

⁶⁵ Vgl. vorne Kapitel 2.1.1.

⁶⁶ Vgl. etwa die Praxisübersicht bei Traub, Familiennachzug, mit besonderer Darstellung der Praxis des Kantons Baselland, S. 101f; Zanga/Guhl, Familiennachzug, S. 406 (Kanton St. Gallen); Möhr-Monn, Familiennachzug, S. 135f (Kanton Graubünden); Schlegel, S. 34f (Kanton Graubünden); Pfammatter, Autorisations de séjour, S. 303f (Kanton Fribourg).

⁶⁷ *Spescha*, Handbuch, S. 186f.

⁶⁸ *Zanga/Guhl*, Familiennachzug, S. 406.

⁶⁹ Vgl. dazu im Folgenden.

⁷⁰ *Traub*, Familiennachzug, S. 99ff.

⁷¹ Vereinheitlichung der Praxis der kantonalen Fremdenpolizeibehörden der Ostschweizer Kantone, Schlussbericht der Arbeitsgruppe vom 15. Februar 2002, nicht veröffentlicht (beim Autor).

⁷² Vgl. hinten im Anhang.

⁷³ Die Ostschweizer Kantone GL, AI, AR, SG, TG, GR, SH mit ZH füllten gemeinsam einen Fragebogen aus, was damit zusammenhängt, dass die Praxis in diesen Kantonen vereinheitlicht worden ist (vgl. Anm. 71).

⁷⁴ Vgl. vorne Kapitel 2.1.3.

Wohnung dafür taugen, die Gesamtfamilie zu beherbergen. Die meisten Kantone erklären denn auch, bei Niedergelassenen grosszügiger zu sein als bei Aufenthaltlern. So werden teilweise bei ersteren geringere Anforderungen an die Anzahl Zimmer gestellt (etwa BL), und es wird lediglich die Grösse der Wohnung überprüft und vermutet, dass die anderen Kriterien gegeben sind (z.B. Ostschweizer Kantone). Bei einigen Kantonen wird praktisch auf eine Prüfung (z.B. AG) oder überhaupt auf das Kriterium der angemessenen Wohnung verzichtet (SH). Die Richtlinien des Kantons Solothurn betreffend Angemessenheit der Wohnung aus dem Jahr 1998 gelten zwar erklärermassen für Jahresaufenthalter und Niedergelassene, werden aber gemäss Auskunft im Einzelfall grosszügiger für Personen mit einer C-Bewilligung angewendet.

Die grosse Mehrheit der Kantone wendet bei Niedergelassenen grosszügigere Kriterien betreffend Angemessenheit der Wohnung an als bei Aufenthaltlern.

3.3.2. Unterschiedliche Behandlung von Aufenthaltlern aus den EU-/EFTA-Staaten und Aufenthaltlern aus Drittstaaten?

Aus den einschlägigen Bestimmungen, d.h. der Begrenzungsverordnung für Aufenthaltler aus Drittstaaten einerseits und dem Freizügigkeitsabkommen mit der EU andererseits, lässt sich schliessen, dass die Anforderungen an die angemessene Wohnung für beide Kategorien gleich sind; auch die Weisungen des IMES verweisen für Angehörige aus EU- und EFTA-Staaten auf die Kriterien gemäss Begrenzungsverordnung.⁷⁵

Die kantonale Praxis vermittelt ein anderes Bild: Zwar gibt es eine Reihe von Kantonen, welche die beiden Ausländerkategorien nicht unterschiedlich behandeln und die gleichen Kriterien anwenden (BE, LU, UR, OW, NW, FR, ZG, BS, BL, JU, NE, VD). Gewisse Kantone wenden ein anderes Verfahren an und legen beispielsweise das Gesuch nicht den Gemeinden vor, wie sonst üblich (Tessin), verzichten auf die Vorlegung des Mietvertrages (AG) oder verzichten wie bei Niedergelassenen gar auf eine Kontrolle (VS). Verschiedene Kantone geben an,

Angehörige aus EU- und EFTA-Staaten in Bezug auf die Wohnung wie Niedergelassene zu behandeln (Ostschweizer Kantone), indem etwa auch in Zweifelsfällen bei EU-/EFTA-Angehörigen zugunsten des Familiennachzuges entschieden wird (GR). Schliesslich gibt es Kantone, die generell angeben, EU- und EFTA-Angehörige im Bereich des Familiennachzuges anders zu behandeln als Drittstaatsangehörige (SZ, SO, SH).

Ungefähr die Hälfte der Kantone behandelt Familiennachzugsgesuche von Angehörigen aus EU- und EFTA-Staaten in Bezug auf die Angemessenheit der Wohnung grosszügiger als Gesuche von Drittstaatsangehörigen.

3.3.3. Orientierung an örtlichen Gegebenheiten und Vorschriften für Schweizerinnen und Schweizer?

Art. 39 Abs. 2 BVO verweist für die Angemessenheit der Wohnung auf Anforderungen für Schweizerbürger *in der gleichen Gegend*. Art. 11 BVO verlangt die Einhaltung *örtlicher Vorschriften* bau-, feuer- und gesundheitspolitischer Art.⁷⁶ Damit verweist das Gesetz selbst auf regionale und örtliche Gegebenheiten, die zu berücksichtigen sind. Es ist dabei durchaus denkbar, dass zu der Zeit, als diese Voraussetzungen entwickelt wurden,⁷⁷ entsprechende Normen von grösserer Bedeutung waren oder die Unterschiede, etwa zwischen städtischen Gebieten und ländlichen Verhältnissen, grösser waren als dies heute der Fall sein dürfte. Eine frühe Arbeit aus dem Jahre 1976 von *Kammermann* zum Familiennachzug gibt Aufschluss, wie diese Normen ursprünglich verstanden wurden.⁷⁸ Er verweist bezüglich Einhaltung örtlicher Vorschriften auf das zürcherische Gesetz über das Gesundheitswesen von 1962, in welchem Anforderungen an Wohnräume⁷⁹ aufgestellt sind, und auf eine Verordnung über allgemeine und Wohnhygiene von 1967, welche weitere Präzisierungen enthält. Danach durften z.B. *Schlafräume nicht von einer übermässigen Zahl von Bewohnern benutzt werden*, die Benützung von Kellerräumen zum Wohnen war untersagt, der Abort musste mindestens in der Nähe der Wohnung liegen. Aus diesen Schilderungen lassen sich die Änderungen der Vorstellungen bezüglich angemessenes Wohnen in den letzten vierzig Jahren trefflich ablesen.

⁷⁵ Vgl. dazu Kapitel Ziffer 2.1.2.

⁷⁶ Vgl. dazu vorne Kapitel 2.1.1.

⁷⁷ Vgl. vorne Kapitel 2.2.

⁷⁸ Kammermann, Familiennachzug, S. 29f. Gemäss Weisungen vom 22.4.1965 galt – wie heute – eine Wohnung als angemessen, wenn sie den allgemeinen Vorschriften in bau-, feuer- und gesundheitspolizeilicher Hinsicht entspricht. Eine Wohnung gilt dabei nicht als angemessen, wenn sie zu stark belegt ist. Massgebend hierfür seien die näheren Vorschriften der Kantone und Gemeinden.

⁷⁹ Danach mussten Wohnräume im Weiteren etwa trocken sein und hinreichend Luft und Licht erhalten, vor Kälte geschützt und heizbar sein. Es brauchte bei Familien eine «zweckentsprechend eingerichtete Küche».

Die heutige Praxis zeigt ein anderes Bild: Einerseits zeigt schon der Blick in die Literatur, dass die Anforderungen an angemessenes Wohnen in qualitativer Hinsicht stark zugenommen haben. *Zanga und Guhl* fordern mit Verweis auf die St. Galler-Praxis, dass eine Wohnung über eine eigene Sanitäreinheit, eine eigene Küche und ein eigenes WC verfügen muss; ein Etagen-WC für eine Familie gilt danach nicht als angemessen.⁸⁰ Andererseits gibt es kaum Kantone, die öffentlich-rechtliche Vorschriften, die auch für Schweizer gelten, berücksichtigen, oder stark auf lokale Gegebenheiten Rücksicht nehmen. Die Frage, ob sich die Kantone an kantonalen oder kommunalen Vorschriften orientieren, die auch für Schweizerinnen und Schweizer gelten, wurde praktisch durchgehend verneint. Die Ostschweizer Kantone machen eine Ausnahme für feuer- und gesundheitspolizeiliche Vorschriften, wobei entsprechende Nachfragen den Schluss zulassen, dass solche Vorschriften kaum eine Rolle spielen. Schon die Tatsache, dass die Ostschweizer Kantone ihre Praxis zur Angemessenheit der Wohnung weitgehend vereinheitlicht haben und von Zürich bis Appenzell die gleichen Kriterien gelten sollen,⁸¹ zeigt, dass weder auf örtliche Gegebenheiten, Anforderungen für Schweizer Bürgerinnen und Bürger oder auf Vorschriften bau- oder gesundheitspolizeilicher Art Bezug genommen wird. Lediglich der Kanton Uri verweist auf einen Standardmietvertrag für den Kanton und nimmt dabei Bezug auf privatrechtliche Überbelegungs-Klauseln. Der Kanton Tessin schliesslich ist insofern ein Sonderfall, als Wohnungsbelegungsregeln einer Gemeinde mit Geltung für alle Bewohner in einer späteren Phase für den Familiennachzug von Aufenthalttern auf den ganzen Kanton ausgedehnt wurden.⁸²

Die Kantone stellen regelmässig nicht auf Ortsüblichkeit oder regionale Gegebenheiten ab, sondern stellen Kriterien auf, die für den ganzen Kanton gleichermassen gelten. Einige Kantone haben ihre Praxis gar untereinander weitgehend harmonisiert, so dass die Rücksichtnahme auf die Bedingungen «in der gleichen Gegend», von der die Verordnung spricht, keine Rolle mehr spielt.

3.3.4. Wohnungsgrösse und Zimmeranzahl als wichtigstes Kriterium zur Beurteilung der Angemessenheit der Wohnung

Neben den Vorschriften qualitativer Art (Hygiene, bau- und feuerpolizeiliche Vorschriften, keine Abbruchliegenschaft), die durchwegs vorausgesetzt werden, verlangen die meisten Kantone, dass die Wohnung genügend gross ist. Dies ist auch der Punkt, der am meisten Probleme verursacht, und wo die Praxis der Kantone am stärksten differiert und *sehr unterschiedliche Vorstellungen* bestehen.

Ob eine Wohnung im Übrigen als angemessen gilt, beurteilt sich immer nach dem Zeitpunkt des Gesuches um Familiennachzug, es handelt sich also um eine *Momentaufnahme*. Spätere Umzüge werden kaum überprüft, ebenso werden im Falle des Familienzuwachses durch Geburt keine Auflagen gemacht, eine grössere Wohnung zu suchen.

Folgende Praktiken lassen sich in Bezug auf die Wohnungsgrösse feststellen:

- Die meisten Kantone, total 15,⁸³ folgen der Faustregel *Familienmitglieder minus eins gleich Anzahl Zimmer*. Aufgrund der Praxisharmonisierung unter den Ostschweizer Kantonen sind einige Kantone, namentlich Graubünden, St. Gallen, Appenzell Ausserrhoden, Glarus und Thurgau, auf diese Linie eingeschwenkt. Die Faustregel wird von wenigen Kantonen strikt angewendet, so etwa vom Kanton Luzern, gestützt durch Departementsentscheide in Beschwerdeverfahren.⁸⁴ Der Kanton Graubünden wendet die Regel bei grösseren Familien flexibler an. Die meisten Kantone erklären, die Faustregel flexibel anzuwenden und eine Gesamtbetrachtung vorzunehmen. Teilweise wird diese Praxis durch Gerichtsentscheide gestützt.⁸⁵ Der Kanton Uri lässt bei einer Familiengrösse von 6 bis 7 Personen auch eine 4-Zimmer-Wohnung genügen, ähnlich flexibel ist die Praxis im Kanton Aargau, wo es zu wenigen Ablehnungen kommen soll. Auch der Kanton St. Gallen lässt anstatt einer 6-Zimmer-Wohnung eine grosse 4-Zimmer-Wohnung genügen.

⁸⁰ Zanga/Guhl, Familiennachzug, S. 406.

⁸¹ Vgl. oben bei Anm. 71.

⁸² Bezüglich Tessin vgl. die nachfolgenden Ausführungen.

⁸³ Es handelt sich um die Kantone BE, LU, UR, OW, NW, ZG, FR, AG, GL, ZH, AI, AR, SG, TG, GR.

⁸⁴ Entscheid des Militär-, Polizei- und Umweltsdepartements des Kantons Luzern vom 25. September 2000; danach ist für eine 5-köpfige Familie eine 4-Zimmer-Wohnung angemessen und genügt eine 3-Zimmer-Wohnung nicht.

⁸⁵ Für den Kanton Bern vgl. den Entscheid des Verwaltungsgerichts vom 6. Oktober 1992 i.S. M.K., BVR 1993, E. 5b), S. 241ff, auch wiedergegeben bei Kälin/Caroni, Familiennachzug, S. 71 mit Anm. 352. Laut Auffassung des Gerichts ist die Praxis bei mehr als 3 Kindern zu streng. Laut Auffassung des Gerichts genügte 1 Zimmer von 14,6 m² für 3 Söhne und von 10,9 m² für 2 Töchter, insgesamt eine 4-Zimmer-Wohnung für 7 Personen. Vgl. für den Kanton Fribourg Pfammatter, autorisations de séjour, S. 304, mit Hinweis auf einen Entscheid des Verwaltungsgerichts vom 27. Mai 1997 i.S. O.; danach ist die Faustregel bei mehr als 3 Kindern zu streng. Laut einem anderen Entscheid aus dem Jahre 1996 (Urteil vom 8.2.1996, IA 95 79) ist allerdings eine 3-Zimmer-Wohnung ungenügend für 6 Personen.

- Vier Kantone haben sehr *differenzierte Regelungen* als interne Weisungen erlassen, die bezüglich Anzahl Zimmer auf die Anzahl der Kinder und deren Alter und Geschlecht abstellen. Der *Kanton Basel-Landschaft* verlangt gemäss seinen Richtlinien von 2002, dass eine abgeschlossene Wohnung vorhanden ist, dass es sich nicht etwa um zwei Wohnungen im gleichen Haus handelt oder zwei Familien in derselben Wohnung leben, und dass ein abgeschlossener Mietvertrag besteht. 1 Zimmer muss als Wohnzimmer zur Verfügung stehen, 1 Zimmer als Schlafzimmer der Eltern, 1 Zimmer für Kinder über 16 Jahre (evtl. genügt ein Zimmer für 2 Kinder), 1 Zimmer für 2 Kinder zwischen 10 und 16 Jahren, 1 Zimmer für maximal drei kleine Kinder unter 10. Nach Möglichkeit sollen Kinder ab einem bestimmten Alter nach Geschlechtern getrennt sein. Für eine 5-köpfige Familie genügt damit unter Umständen eine 3-Zimmer-Wohnung, für eine 7-köpfige Familie eine 4-Zimmer-Wohnung. Eine ähnliche Regelung kennt der *Kanton Solothurn*, der auch nach Geschlechtern getrennte Zimmer verlangt, wenn die Kinder 12 Jahre alt sind. Der *Kanton Schaffhausen* verlangt neben einem Elternschlafzimmer für Kinder unter 12 Jahren ein halbes Zimmer, für Kinder über 12 ein ganzes Zimmer, plus 1 Wohnzimmer für die Familie. *Basel-Stadt* hatte bis im Jahre 1996 ähnliche Richtlinien, erliess dann aber einen restriktiveren Belegungsschlüssel. Für 2 Personen braucht es nun 1 Zimmer, für 3 Personen 2 Zimmer, für 4 Personen 3 Zimmer, für 6 Personen 4 Zimmer, für 8 Personen 5 Zimmer. Alter der Kinder oder die Wohnfläche werden damit – im Vergleich zur vorherigen Regelung – nicht mehr berücksichtigt. Die zuständige Direktion verlangt in der Anwendung aber ausdrücklich, dass die neue Regelung nicht zu Härten führt, dass Toleranz geübt wird und die Regelung flexibel angewendet wird. Die Praxis ist aber nach Auskunft des Einwohnerdienstes lascher als die Regelung, die nicht durchgesetzt wird und daher wieder revidiert werden soll. Eine Aufteilung nach Kindern pro Schlafzimmer, abhängig von Alter und Geschlecht, konnten bis vor kurzem auch einige Ostschweizer Kantone; aufgrund der Empfehlungen einer Arbeitsgruppe zur Praxisvereinheitlichung wurde diese differenzierte Haltung indes aufgegeben, da sie kaum zu kontrollieren und leicht zu umgehen sei.⁸⁶
 - Drei Kantone verlangen eine *minimale Anzahl Quadratmeter pro Person*. Die *Kantone Tessin* und *Schwyz* greifen dabei auf Richtlinien des Bundesamtes für Wohnungswesen bei Wohnförderungsbeiträgen.⁸⁷ Eine angemessene Wohnung verlangt nach dieser Praxis zum einen, dass das Hauptschlafzimmer mindestens 14 m² betragen muss, jedes weitere Zimmer für 2 Personen mindestens 12 m², für 1 Person mindestens 10 m², die Küche muss 5 m² messen, Bad/WC 4 m². Wird eine Wohnung von einer Person bewohnt, muss die Wohnfläche mindestens 40 m² betragen, für 2 Personen mindestens 50 m², für 3 Personen mindestens 60 m² usw.; bei 8 Personen muss die Wohnung mindestens 120 m² messen. Mit ganz anderen Grössen rechnet der *Kanton Genf*: Eine Wohnung ist hier angemessen, wenn neben einem Wohnzimmer, das für 2 Personen Platz bieten kann, für je 2 Personen ein Zimmer von mindestens 6 m² zur Verfügung steht; falls das Zimmer kleiner ist als 6 m², darf es nur von einer Person bewohnt sein. Nimmt man an, dass das Wohnzimmer 12 m² misst, Bad/WC/Küche zusammen 8 m², dann genügt eine Wohnung von 26 m² für 4 Personen, ca. 34 m² für 6 Personen, ca. 42 m² für 8 Personen in einer 4-Zimmer-Wohnung. Dies würde in etwa den Anforderungen in den Kantonen Genf und Tessin für einen 2-Personen-Haushalt genügen.
 - Der *Kanton Waadt* fordert ein *halbes Zimmer pro Person*, d.h. für eine vierköpfige Familie gilt eine 2-Zimmer-Wohnung, für eine sechsköpfige Familie eine 3-Zimmer-Wohnung als angemessen.
 - Drei Kantone, *Neuenburg, Jura und Wallis*, haben *gar keine festen Kriterien*, sondern entscheiden von Fall zu Fall und schreiten meist nur bei krasser Überbelegung ein. Der Kanton Jura lässt beispielsweise für eine 5-köpfige Familie eine 3-Zimmer-Wohnung ohne Weiteres genügen. Der Kanton Wallis verlangt, dass es sich um eine Wohnung handelt, nicht um mehrere Zimmer in einem Haus, er toleriert beispielsweise 3 Kinder in einem Zimmer und kann sich kaum an einen Fall einer Ablehnung wegen Fehlens einer angemessenen Wohnung erinnern, ebenso wenig der Kanton Neuenburg.
- Einige Kantone halten das Kriterium der angemessenen Wohnung für schwierig, die meisten für eher leicht anwendbar, dennoch würde die Hälfte der Kantone begrüssen, wenn das IMES klarere Weisungen in diesem Bereich aufstellen würde.

⁸⁶ Vgl. Anmerkung 71 oben.

⁸⁷ Diese Vorschriften sind daher kaum als Mindestgrössen zu verstehen, sondern als vertretbare Raum- und Belegungskennzahlen für vom Bund geförderte Wohnungen.

Die Beurteilung, ob eine Wohnung angemessen ist, differiert sehr stark nach Kantonen. Zwar verweist das Recht auf «Anforderungen für Schweizerbürger in der gleichen Gegend» und damit auf regionale Unterschiede. Die Unterschiede bei der Anwendung derselben Bestimmungen sind allerdings massiv, was folgende Modell-Beispiele illustrieren sollen:

Für ein Ehepaar ohne Kinder genügt im Kanton St. Gallen, Zürich, Genf oder Glarus eine 1-Zimmer-Wohnung. Basel-Landschaft und Solothurn verlangen zwei Zimmer, das Tessin eine 2-Zimmer-Wohnung mit mindestens 50 m² Wohnfläche.

Für ein Ehepaar mit 2 Kindern (ein Sohn 8-jährig, eine Tochter 13-jährig) verlangt der Kanton Waadt eine 2-Zimmer-Wohnung, Glarus, Bern oder Thurgau eine 3-Zimmer-Wohnung, der Kanton Schwyz eine 3-Zimmer-Wohnung mit mindestens 70 m², während im Kanton Genf eine 2-Zimmer-Wohnung mit ca. 26 m² Fläche genügt. Im Kanton Solothurn braucht diese Familie nach den einschlägigen Kriterien eine 4-Zimmer-Wohnung.

Für ein Ehepaar mit 3 Kindern (2 Söhne 5- und 8-jährig, eine Tochter 14-jährig) genügt in Genf eine Wohnung von ca. 40 m², der Kanton Schwyz verlangt 70 m², der Kanton Waadt eine 2½-Zimmer-Wohnung, im Kanton Schaffhausen gilt eine 5-Zimmer-Wohnung als angemessen.

Für ein Ehepaar schliesslich mit 4 Kindern (3 Töchter, 5-, 8- und 9-jährig, ein Sohn 13-jährig) genügt im Kanton Waadt eine 3-Zim-

mer-Wohnung, im Kanton Genf muss diese Wohnung über mindestens 40 m² verfügen, auch im Kanton Basel-Landschaft würde eine 3-Zimmer-Wohnung genügen, während im Tessin die 4-Zimmer-Wohnung mindestens 90 m² messen müsste, und im Kanton Luzern 5 Zimmer verlangt würden.

3.3.5. Zusammenleben mit Eltern?

Ein weiterer Bereich, der Unterschiede in der kantonalen Praxis zeigt, ist das Zusammenleben eines verheirateten Paares mit den Eltern, wobei im Vordergrund der Zuzug des jungen Paares zu den Eltern/Schwiegereltern eines der Ehepartner, die bereits in der Schweiz leben, steht.⁸⁸ Verschiedene Kantone erlauben unter diesen Voraussetzungen den Familiennachzug des Ehepartners/der Kinder nicht und verlangen für die junge Familie eine eigene Wohnung, so nun nach einer Praxisvereinheitlichung die Ostschweizer Kantone⁸⁹, aber auch beispielsweise der Kanton Jura. Andere Kantone erlauben das Zusammenleben mit den Eltern in einer Wohnung ausdrücklich. Der Kanton Solothurn beispielsweise verlangt in diesem Fall aber 2 Zimmer für das junge Paar, Basel-Landschaft ein eigenes Schlafzimmer. Von erheblicher Bedeutung ist die entsprechende Praxis, weil das Wohnen bei den Eltern/Schwiegereltern von erheblichen Einsparungen begleitet ist, was die Anforderungen an die genügenden finanziellen Mittel gemäss Art. 39 BVO senkt. Fragwürdig ist die Praxis insofern, als aufgrund des Freizügigkeitsabkommens mit der EU Anspruch auf Nachzug der Eltern in die Schweiz besteht und ein Zusammenleben im gleichen Haushalt zulässig ist und sicher nicht selten sein dürfte.

3.3.6. Verfahrensfragen

Die meisten Kantone⁹⁰ beziehen die Gemeinden in das Verfahren um Abklärung der Angemessenheit der Wohnung mit ein und messen der entsprechenden Einschätzung oder Empfehlung der Gemeinden starkes Gewicht bei.⁹¹ Diese haben oft die Aufgabe, die notwendi-

⁸⁸ Vgl. bereits die Praxisübersicht aus dem Jahre 1988 bei Traub, Familiennachzug, S. 102f.

⁸⁹ Für den Bericht vgl. oben Anm. 71. Er führt aus: «Von grosser Bedeutung ist das Erfordernis einer eigenen Familienwohnung. Wer einen eigenen Familienstand gründet, soll auch über eine eigene Wohnung verfügen. (...) In der Schweiz ist es nicht üblich, dass jung verheiratete Paare weiterhin bei den Eltern wohnen, im Gegenteil, es wird bei uns oft schon vor der Heirat eine eigene Wohnung bezogen. (...) kommt es nach der Geburt von Nachwuchs zu unerwünschten Überbelegungen von Wohnungen, verbunden mit negativen Begleiterscheinungen in gesundheitspolitischer Hinsicht wie auch hinsichtlich von unerwünschtem Konfliktpotential bis hin zu einer Ghettosierung».

⁹⁰ Ausnahme ist etwa der Kanton Zug.

⁹¹ Im Kanton Wallis z.B. wird nach positivem Bescheid der Gemeinde der Nachzug ohne weiteres bewilligt. Andererseits wird im Kanton Bern bei einer ablehnenden Haltung der Gemeinden der Sachverhalt genau abgeklärt. Gerade kleinere Gemeinden können angesichts von Kosten im Schulbereich versucht sein, restriktiv zu urteilen. Im Kanton Tessin werden nur die Gesuche von Drittstaatsangehörigen den Gemeinden unterbreitet, die Gesuche von EU- und EFTA-Bürgern gehen direkt ans kantonale Amt.

gen Unterlagen zu sammeln und weiterzureichen. Dabei holen die Gemeinden mitunter die Zustimmung des Vermieters zur beabsichtigten Belegung ein (oder die Gesuchsteller bringen diese schriftlich bei). Problematisch an der Rolle der Gemeinden kann nach Auffassung einiger befragter Beamter die Möglichkeit sein, dass reiche Gemeinden mit Verweis auf sehr hohe Standards bewirken könnten, dass sehr wenige Gesuche bewilligt werden; die betroffenen Personen weichen dann in andere Gemeinden aus, was zu unerwünschten Auswirkungen in Bezug auf eine Konzentration der ausländischen Bevölkerung in bestimmten Gebieten führen kann.

Nach Einschätzung der Kantone macht man gute Erfahrungen, wenn das Einverständnis der Vermieter für die in Frage stehende Nutzung eingeholt wird; dies vermeidet auch das Risiko der Wohnungskündigung. Gerade in Zweifelsfällen kann die Zustimmung der Vermieter ausschlaggebend für einen positiven Entscheid sein.⁹² Einige Kantone räumen den Gesuchstellern vor dem Entscheid das rechtliche Gehör ein, damit im Falle eines voraussichtlich negativen Entscheides die Betroffenen die Möglichkeit haben, das Gesuch nachzubessern, etwa eine andere Wohnung zu suchen. Andere Kantone verzichten auf dieses Vorgehen, mit der Begründung, dass auch nach einer Ablehnung die notwendigen Voraussetzungen für ein zweites, positiv zu entscheidendes Gesuch geschaffen werden können.

Dem Gesuch um Familiennachzug müssen in der Regel Dokumente beigelegt werden, so etwa der Mietvertrag, da die kantonale Praxis einen abgeschlossenen Vertrag voraussetzt.⁹³ Lediglich der *Kanton Schwyz* verzichtet auf einen abgeschlossenen Vertrag, sondern macht bei der Bewilligungserteilung eine Auflage, dass innerhalb einer Frist eine angemessene Wohnung gemietet werden muss. Die Schwierigkeit für die Betroffenen ist dabei, dass sie u.U. eine Wohnung mieten müssen und danach ihr Gesuch dennoch abgelehnt wird, weil andere Voraussetzungen nicht erfüllt sind; die Haftung aus Vertrag besteht dann dennoch. Zu erinnern ist in diesem Zusammenhang an Art. 8 Abs. 2 der Vollziehungsverordnung zum ANAG, wonach das freie Ermessen der Behörden im Entscheid über Aufenthalt und Niederlassung nicht beeinträchtigt werden kann durch Vorkehren wie u.a. eine Wohnungsmiete! Viele Kantone sind sich dieser Schwierigkeiten bewusst und eröffnen z.B. die Möglichkeit, einen Vorvertrag beizubringen. Möglich ist auch eine Anfrage

über die Chancen eines Gesuches um Familiennachzug. Gerade in Zeiten angespannter Situation auf dem Wohnungsmarkt wird aber dadurch die Wohnungssuche noch zusätzlich und wesentlich erschwert.

Unterschiede bestehen auch im Kontrollmass: Gewisse Kantone, wie etwa Graubünden, geben an, vor Ort die Angemessenheit der Wohnungen überprüfen zu lassen, während andere Kantone, so Basel-Stadt einräumen, kaum die Kapazitäten dazu zu haben. Änderungen nach der Bewilligung des Nachzuges und Wohnsitznahme werden in den wenigsten Fällen nachverfolgt, so dass Umzüge in kleinere und günstigere Wohnungen meist folgenlos bleiben.

3.3.7 Statistische Angaben

Als unmöglich hat sich das Unterfangen erwiesen, statistisch verwertbare Angaben über die Bedeutung der Voraussetzung der angemessenen Wohnung für den Familiennachzug zu erhalten. Zum einen liegt dies daran, dass die Anforderungen an die verfügbaren finanziellen Mittel oder an die angemessene Wohnung viele potenzielle Gesuchsteller davon abhalten dürften, überhaupt ein Gesuch einzureichen.⁹⁴ In vielen Kantonen besteht sodann in wenig aussichtsreichen Fällen die Möglichkeit, im Rahmen des rechtlichen Gehörs das Gesuch zurückzuziehen, was statistisch meist nicht erfasst wird. Im Weiteren ist es eine Tatsache, dass nur eine Minderheit der Kantone Gutheissungen und Ablehnungen und die entsprechenden Ablehnungsgründe statistisch erfasst.

Die folgenden Angaben beruhen daher teilweise auf Schätzungen der Kantone. Einige Kantone konnten gar keine Angaben machen.

- Im Kanton Bern (ohne die Städte Bern, Biel und Thun) werden ca. 30% der Gesuche abgelehnt, 10% der Ablehnungen entfallen auf das Fehlen einer angemessenen Wohnung. Eine präzise Statistik führt die Stadt Bern: von 675 Gesuchen im Jahr 2003 wurden 112 abgelehnt, 28 wegen der Wohnung. In der Stadt Biel wurden 2003 200 Gesuche bewilligt und nur 5 abgelehnt.
- Im Kanton Uri wurden im Jahr 2003 von 71 Gesuchen 3 abgelehnt, kaum eines wegen der Wohnung.

⁹² So etwa die Praxis im Kanton St. Gallen.

⁹³ In den meisten Kantonen bestehen Merkblätter, auf welchen die notwendigen Dokumente oder Unterlagen aufgezählt sind. Dazu gehört neben der Kopie des Mietvertrages etwa auch der Eheschein, Strafregisterauszüge, Auszug aus dem Betreibungsregister, allfällige Scheidungsurteile früherer Ehen, Arbeitsverträge, Kopien der Lohnabrechnungen. Einige Kantone, wie der Kanton Nidwalden, gehen noch weiter und verlangen zusätzlich beispielsweise Bank- oder Postcheckkontoauszüge des Vormonates, was unter dem Aspekt des Bankkundengeheimnisses fragwürdig erscheint.

⁹⁴ Mitarbeitende von Beratungsstellen betonen, dass ihnen viele Fälle bekannt sind, in welchen Nachzugswillige wegen der hohen Anforderungen auf ein Gesuch von vornherein verzichten.

- Im Kanton Schwyz wurden 2003 370 Gesuche eingereicht und von diesen 30 abgelehnt, davon 5 wegen mangelnder Wohnung.
- In den Kantonen Obwalden und Nidwalden gab es im Jahr 2003 wohl kaum eine Ablehnung wegen der Wohnungssituation, ca. 5–10% der Gesuche werden abgelehnt.
- Im Kanton Basel-Stadt wurden im Jahr 2003 von 559 Gesuchen 52 abgelehnt, kein einziges wegen der Wohnungsfrage.
- Im Kanton Basel-Landschaft werden von 1000 Gesuchen um die 50 abgelehnt, so eine grobe Schätzung; wenn die Wohnung nicht genügt, wird dies vorher schriftlich mitgeteilt.
- Im Kanton Solothurn wurden im Jahr 2003 von 786 Gesuchen 82 abgelehnt, wegen der Wohnung allein kein einziges.
- Im Kanton Aargau werden ca. 5% der Gesuche abgelehnt, wegen der Wohnung äusserst selten.
- Im Kanton Schaffhausen wurden im zweiten Halbjahr 2003 218 Gesuche gestellt und 5 davon wegen mangelnder Wohnung abgelehnt.
- In den Kantonen Jura und Wallis gibt es kaum Ablehnungen wegen mangelnder Wohnung.
- Im Kanton Tessin wurden im Jahr 2003 54 Gesuche abgelehnt, davon 4 wegen unangemessener Wohnung, die Gesamtzahl der eingereichten Gesuche ist dabei nicht bekannt.

In den meisten Kantonen werden zwischen 5% und 15% der Gesuche um Familiennachzug abgelehnt. Wegen Fehlens einer angemessenen Wohnung werden eher wenige Gesuche abgelehnt, die Spanne liegt hier zwischen 0% und maximal 20% der Ablehnungen.

3.4. Zusammenfassung

Neben der erforderlichen Wohnungsgrösse, die von den Kantonen unterschiedlich beurteilt wird, und neben der Festlegung von Kriterien, die mehr oder weniger flexibel gehandhabt werden, gibt es eine Reihe weiterer Faktoren, welche die Praxis beeinflussen und welche sich teilweise nur schwer fassen lassen. So erlauben einige Kantone die Teilung der Wohnung mit den Eltern eines Paares, andere nicht. In Teilen der Schweiz wird erlaubt, zwei Wohnungen im gleichen Haus zu mieten, um eine angemessene Wohnung vorweisen zu können, während dies in anderen Kantonen nicht gestattet wird. Die Kontrolldichte ist ebenfalls sehr unterschiedlich. Während einige Kantone sich mit der Einreichung des Mietvertrages zufrieden geben, führen andere Inspektionen durch.

Letztlich ist es äusserst schwierig zu eruieren, welche Bedeutung das Kriterium der angemessenen Wohnung für den Familiennachzug hat, da einerseits wenige Kantone über Statistiken bezüglich Gutheissungen und Ablehnungen verfügen, andererseits manche Nachzugswillige bei der Gewährung des rechtlichen Gehörs ihr Gesuch zurückziehen oder mangels Erfolgsaussichten gar auf ein Gesuch verzichten dürften. Eine bedeutende Rolle spielt auch die Wohnsituation, die Zahl leerstehender und günstiger Wohnungen in einer Region oder einem Kanton.

Es kann vermutet werden, dass auch bei den anderen Kriterien, die für den Familiennachzug zu erfüllen sind, ähnliche Differenzen in der Auslegung bestehen, obwohl es um die Anwendung desselben Gesetzes geht. Die Erhebungen, insbesondere die Gespräche mit den Verantwortlichen der Kantone haben aber vor allem sehr unterschiedliche Haltungen zu Tage gefördert, wobei zwischen der Ostschweiz einerseits und der Westschweiz andererseits markante Unterschiede bestehen.

4 Recht und Praxis in der Europäischen Union

4.1. Entwicklung in der Europäischen Union

Die Integrationspolitik der Europäischen Union fusst auf dem Prinzip der gerechten Behandlung von Drittstaatsangehörigen: Gemäss den Beschlüssen des Europäischen Rates von Tampere⁹⁵ soll die Rechtsstellung der Drittstaatsangehörigen jener der EU-Bürgerinnen und Bürger angenähert werden, mit «Rechten, die sich so nahe wie möglich an diejenigen der EU-Bürger anlehnen», z.B. bezüglich des Rechts auf Wohnsitznahme.

Vor diesem Hintergrund und im Rahmen ihrer migrationspolitischen Zusammenarbeit⁹⁶ hat die EU am 22. September 2003 eine *Richtlinie betreffend das Recht auf Familienzusammenführung* erlassen. Erklärtes Ziel dieses Instrumentes ist die Absicht einer verbesserten Integration der Drittstaatsangehörigen durch das Zusammenleben mit der Familie. So führte die EU-Kommission im Vorschlag aus dem Jahre 1999⁹⁷ aus, die legale Einwanderung durch Familienzusammenführung bilde «eine wichtige Voraussetzung für die Integration der rechtmässig in einem Mitgliedstaat ansässigen Drittstaatsangehörigen». Die Anwesenheit der Familienmitglieder ermögliche ein normales Familienleben und somit eine grössere Stabilität und bessere Verwurzelung der Menschen im Gastland.

Der Verabschiedung gingen über dreijährige Verhandlungen voraus, mit verschiedenen Vorschlägen durch die EU-Kommission, die jeweils zur Überarbeitung

zurückgewiesen wurden.⁹⁸ Die Richtlinie ist dennoch von einem Teil der Kommentatoren als Meilenstein gefeiert worden, weil damit zum ersten Mal die Verwirklichung des Menschenrechtes auf Zusammenleben mit der Familie *verbindlich* auf Unionsebene geregelt worden ist.⁹⁹

Bezüglich des Erfordernisses einer angemessenen Wohnung fällt auf, dass eine entsprechende Bedingung für den Familiennachzug bereits im ersten Vorschlag der Kommission aus dem Jahr 1999 enthalten war, da der Nachweis ausreichenden Wohnraums von einigen Mitgliedstaaten verlangt würde, auch wenn die Kriterien sehr unterschiedlich festgesetzt seien.¹⁰⁰ Die Kommission schlug eine Bestimmung vor, wonach ein Mitgliedstaat bei der Antragstellung den Nachweis verlangen könne, dass der «Zusammenführende» über «*einen angemessenen Wohnraum, der für eine vergleichbare Familie, die im selben Gebiet des betreffenden Mitgliedstaates wohnt, als normal angesehen würde*» verfügt.¹⁰¹ Der Wortlaut dieser Bestimmung blieb in der Folge umstritten. In einem neuen Vorschlag aus dem Jahr 2000 änderte die Kommission die Umschreibung, um gemäss ihren Worten ein objektives, präzises und erfassbares Kriterium für die Beurteilung des Wohnraumes vorzusehen. Der neue Text verlangte einen angemessenen Wohnraum, «dessen Grösse *zumindest der einer Sozialwohnung entspricht und der die in dem betreffenden Mitgliedstaat geltenden allgemeinen Sicherheits- und Gesundheitsnormen erfüllt.*»¹⁰² Aufgrund der Beratungen im Rat sah

⁹⁵ Europäischer Rat von Tampere vom 15. und 16. Oktober 1999, Schlussfolgerungen des Vorsitzes, SN 200/99, Ziffern 18 und 21.

⁹⁶ Diese stützt sich ursprünglich auf Art. K I Ziffer 3 des Vertrages über die Europäische Union (Maastricht-Vertrag) vom 7. Februar 1992. Danach wurde die «Einwanderungspolitik und die Politik gegenüber den Staatsangehörigen dritter Länder» zu einer «Angelegenheit von gemeinsamem Interesse», namentlich nach lit. b «die Voraussetzungen für den Aufenthalt von Staatsangehörigen dritter Länder im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten, einschliesslich der *Familienzusammenführung* und des Zugangs zur Beschäftigung». Durch den Vertrag von Amsterdam vom 2. Oktober 1997 wurden die Kompetenzen der Union ausgebaut. Im Titel IV des Vertrages finden sich nun die Materien, in welcher die EU tätig werden soll. Laut Art. 63 Abs. 3 des Vertrages hat der Rat unter anderen «einwanderungspolitische Massnahmen» im Bereich der «Einreise- und Aufenthaltsvoraussetzungen» sowie «Normen für die Verfahren zur Erteilung von Visa für einen langfristigen Aufenthalt und *Aufenthaltstiteln, einschliesslich solcher zur Familienzusammenführung durch die Mitgliedstaaten*» zu beschliessen.

⁹⁷ Vorschlag der Kommission für eine Richtlinie des Rates betr. das Recht auf Familienzusammenführung vom 1.12.1999, KOM (1999) 638 endgültig, 1999/0258 (CNS) mit Erläuterungen.

⁹⁸ Vgl. auch Ryszard Cholewinski, Family Reunification and Conditions Placed on Family Members: Dismantling a Fundamental Human Right, *European Journal of Migration and Law* 4, 2002, S. 271ff.

⁹⁹ So etwa Pieter Boeles, Directive on Family Reunification: Are the Dilemmas Resolved? *European Journal of Migration and Law* 3, 2001, S. 61.

¹⁰⁰ Vorschlag der Kommission vom 1.12.1999, Anm. 97, Ziffer 4.3.

¹⁰¹ Vorschlag der Kommission vom 1.12.1999, Anm. 97, Art. 9 Abs. 1 lit. a. Gemäss Kommentar sollte zwar die Bewertung des Wohnraumes den Mitgliedstaaten überlassen bleiben, die angewandten Kriterien dürften jedoch nicht diskriminierend sein. Die Kriterien hinsichtlich der Grösse, der sanitären Einrichtungen und der Sicherheit dürften insbesondere nicht strenger sein als im Falle eines Wohnraumes, der im selben Gebiet von einer hinsichtlich der Zahl der Personen und der sozialen Situation vergleichbaren Familie bewohnt wird. Der Wortlaut entspricht im übrigen Art. 10 Abs. 3 der Verordnung Nr. 1612/68 des Rates vom 15. Oktober 1968 über die Freizügigkeit der Arbeitnehmer innerhalb der Gemeinschaft, Amtsblatt L 257 vom 19. Oktober 1968, d.h. der Regelung für den Familiennachzug bei EU-Staatsangehörigen.

¹⁰² Vorschlag der Kommission vom 10.10.2000, Art. 9 Abs. 1 lit. a. KOM (2000) 0624 endgültig.

sich die Kommission im Ringen um eine angemessene Lösung ein weiteres Mal veranlasst, einen neue Formulierung vorzuschlagen, wobei im Wesentlichen auf die Fassung des ersten Vorschlages zurückgekommen wurde.¹⁰³

Die Richtlinie des Rates vom 22. September 2003 betreffend das Recht auf Familienzusammenführung¹⁰⁴ enthält einleitend verschiedene Grundsätze, auf der dieselbe beruht. Besonders erwähnenswert sind die beiden folgenden:

(4) «Die Familienzusammenführung ist eine notwendige Voraussetzung dafür, dass ein Familienleben möglich ist. Sie trägt zur Schaffung soziokultureller Stabilität bei, die die Integration Drittstaatsangehöriger in dem Mitgliedstaat erleichtert; dadurch wird auch der wirtschaftliche und soziale Zusammenhalt gefördert, der als grundlegendes Ziel der Gemeinschaft im Vertrag aufgeführt wird.»

(6) «Zum Schutz der Familie und zur Wahrung oder Herstellung des Familienlebens sollten die materiellen Voraussetzungen für die Wahrnehmung des Rechts auf Familienzusammenführung nach gemeinsamen Kriterien bestimmt werden.»

Im Weiteren fusst die Richtlinie unter anderem auf dem Prinzip der Nichtdiskriminierung und enthält einen Hinweis auf die besondere Lage der Flüchtlinge, für die günstigere Bedingungen bei der Ausübung des Rechts auf Familienzusammenführung vorgesehen werden sollten. Gefördert werden sollte sodann die *Integration der Familienangehörigen*. Laut Ziffer 15 der Erwägungen zur Richtlinie sollte ihnen «eine von dem Zusammenführenden unabhängige Rechtsstellung zuerkannt werden, insbesondere in den Fällen, in denen Ehen und Partnerschaften zerbrechen, sowie gleichermassen wie dem zusammenführenden Zugang zur allgemeinen und beruflichen Bildung sowie zur Beschäftigung nach den einschlägigen Bedingungen gewährt werden».

Was die Bedingungen für die Ausübung des Rechts auf Familienzusammenführung betrifft, bestimmt Art. 7 der Richtlinie, dass die Mitgliedstaaten neben einer Krankenversicherung und genügender finanzieller Mittel (feste und regelmässige Einkünfte) verlangen können, dass der Zusammenführende über

«Wohnraum, der für eine vergleichbar grosse Familie in derselben Region als üblich angesehen wird

und der die in dem betreffenden Mitgliedstaat geltenden allgemeinen Sicherheits- und Gesundheitsnormen erfüllt»

verfügt. Flüchtlinge müssen gemäss Art. 12 der Richtlinie diese Voraussetzungen nicht erfüllen.

Damit erlaubt die EU ihren Mitgliedstaaten, beim Nachzug von den betreffenden Familien zu verlangen, dass genügender Wohnraum vorhanden ist, in einer *Umschreibung, die der schweizerischen Gesetzgebung sehr nahe* kommt. Immerhin handelt es sich um eine blosse «Kann-Bestimmung», das heisst, die Staaten dürfen zwar Erfordernisse an die Beschaffenheit der Wohnung formulieren, aber sie müssen dies in ihren Ausländergesetzen nicht vorsehen. An dieser Stelle ist daran zu erinnern, dass gemäss Präambel der Zweck der Festlegung gemeinsamer Kriterien durch die EU-Mitgliedstaaten im Bereich des Familiennachzuges der «Schutz der Familie» und die «Wahrung oder Herstellung des Familienlebens» ist. In diesem Lichte sind die entsprechenden Regelungen auszulegen und anzuwenden.

Die Richtlinie der EU erlaubt den Mitgliedstaaten, den Familiennachzug bei Drittstaatsangehörigen vom Vorhandensein von «Wohnraum» abhängig zu machen, der «für eine vergleichbar grosse Familie in derselben Region als üblich angesehen wird und der die in dem betreffenden Mitgliedstaat geltenden allgemeinen Sicherheits- und Gesundheitsnormen erfüllt». Dies entspricht in etwa der schweizerischen Gesetzgebung. Die Regelung der materiellen Voraussetzungen des Familiennachzuges durch die EU dient dabei «dem Schutz der Familie» und der «Wahrung oder Herstellung des Familienlebens». Die Staaten der EU können zwar auf die Voraussetzung genügenden Wohnraums verzichten, dürfen aber selbst nicht strengere Auflagen vorsehen. Insbesondere dürfen die EU-Staaten die Regelung nicht diskriminierend anwenden.

¹⁰³ Vorschlag der Kommission vom 2.5.2002, Art. 7, KOM (2002) 225 endgültig.

¹⁰⁴ Richtlinie 2003/86/EG des Rates vom 22. September 2003 betreffend das Recht auf Familienzusammenführung, Amtsblatt der EU L 251/12.

4.2. Rechtslage und Praxis ausgewählter europäischer Staaten

4.2.1. Überblick

Beim Erfordernis der angemessenen Wohnung handelt es sich nicht etwa um eine schweizerische Eigenheit, wie bereits die Entstehungsgeschichte der EU-Richtlinie betreffend das Recht auf Familiennachzug gezeigt hat. Die EU-Kommission verwies bereits in ihrem ersten Vorschlag aus dem Jahr 1999¹⁰⁵ auf die Lage in den Mitgliedstaaten und die dort geltenden Auflagen für die Ausübung des Familiennachzuges, beispielsweise die Achtung der öffentlichen Ordnung und der öffentlichen Sicherheit, das Vorhandensein ausreichender finanzieller Mittel und eben *das Vorhandensein eines angemessenen Wohnraums*. Die Kommission stellte diesbezüglich fest, dass die «innerstaatlichen Rechtsvorschriften und Gepflogenheiten deutlich voneinander abweichen». Hinsichtlich der Wohnung verlangten einige Mitgliedstaaten von Nachzugswilligen den Nachweis eines ausreichenden Wohnraums, der eine Unterbringung unter annehmbaren Bedingungen gewährleiste. Nach den damaligen Abklärungen der Kommission¹⁰⁶ sei dieses Kriterium je nach Mitgliedstaat unterschiedlich festgesetzt:

- In Deutschland muss der Wohnraum dem Stand einer Sozialwohnung vergleichbar sein.
- In Frankreich, Portugal und den Niederlanden braucht es eine für die eigenen Bürger als normal eingestufte Wohnung.
- Gewisse Staaten ziehen weitere Kriterien wie Grösse, Hygiene und Sicherheit bei, so etwa Griechenland, Italien, Österreich, Grossbritannien.
- In Spanien und Luxemburg wird, so die Kommission, von Fall zu Fall entschieden, es gibt keine festen Regeln.
- In Belgien, Dänemark, Finnland und Schweden muss kein angemessener Wohnraum nachgewiesen werden.

Bemerkenswert ist in erster Linie die Tatsache, dass Wohnraum-Regelungen weit verbreitet sind und selbst traditionelle Auswanderungsländer wie Portugal und

Spanien entsprechende Vorschriften kennen. Dabei ist aber zu beachten, dass sich diese Erhebung auf das Jahr 1999 bezieht und es seither durchaus möglich ist, dass sich die Rechtslage in einzelnen Staaten geändert hat. Eine Untersuchung der *Praxis* einzelner Staaten hat sich als äusserst schwierig erwiesen, da die genaue Ausgestaltung – wie auch in der Schweiz – oft reine Verwaltungspraxis darstellt, kaum publik ist und mitunter von Region zu Region, von Stadt zu Stadt, von Behörde zu Behörde divergiert, so dass auch ausgewiesene Fachleute oft nicht Auskunft darüber geben können, welche Anforderungen im Einzelfall gelten. Auch rechtsvergleichende Studien, die in den letzten Jahren erarbeitet worden sind, vermögen wenig Klärung zu bringen.¹⁰⁷ Dies ist, nebenbei bemerkt, unter dem Gesichtspunkt der Vorhersehbarkeit staatlichen Handelns, nicht unbedenklich.

4.2.2. Deutschland

Gemäss § 17 Abs. 1 des geltenden deutschen Ausländergesetzes (AuslG) kann einem ausländischen Familienangehörigen «zum Zwecke des Schutzes von Ehe und Familie eine Aufenthaltserlaubnis für die Herstellung und Wahrung der familiären Lebensgemeinschaft mit dem Ausländer im Bundesgebiet erteilt und verlängert werden». Dabei darf gemäss Abs. 2 Ziffer 2 dieser Bestimmung die Aufenthaltserlaubnis nur erteilt werden, wenn u.a. «*ausreichender Wohnraum* zur Verfügung steht».

Als ausreichender Wohnraum darf gemäss Absatz 4 von § 17

«nicht mehr gefordert werden, als für die Unterbringung eines Wohnungssuchenden in einer öffentlich geförderten Sozialmietwohnung genügt. Der Wohnraum ist nicht ausreichend, wenn er den auch für Deutsche geltenden Rechtsvorschriften hinsichtlich Beschaffenheit und Belegung nicht genügt. Kinder bis zur Vollendung des zweiten Lebensjahres werden bei der Berechnung des für die Familienunterbringung ausreichenden Wohnraums nicht mitgezählt.»

Auch das kürzlich verabschiedete neue deutsche Zuwanderungsgesetz,¹⁰⁸ welches das Ausländergesetz ablösen und am 1. Januar 2005 in Kraft treten wird, sieht vor, dass für den Familiennachzug «ausreichender Wohnraum» zur Verfügung stehen muss (§ 29 Abs. 1 Ziffer 2). Insofern dürfte sich an der Rechtslage nichts ändern.

¹⁰⁵ A.a.O., Anm. 97. Ziffer 4.

¹⁰⁶ A.a.O., Anm. 97. Ziffer 4.3.

¹⁰⁷ Vgl. etwa aus der Serie «Législation Comparée» (Nr. LC 112) des französischen Senates die Untersuchung zur Praxis des Familiennachzuges in europäischen Staaten vom September 2002; www.senat.fr.

¹⁰⁸ Gesetz zur Steuerung und Begrenzung der Zuwanderung und zur Regelung des Aufenthalts und der Integration von Unionsbürgern und Ausländern (Zuwanderungsgesetz), vom 30. Juli 2004, Bundesgesetzblatt 2004 Teil 1 Nr. 41.

Die Praxis zum Begriff des «ausreichenden Wohnraumes» erscheint durchwegs grosszügiger als die vergleichbare schweizerische Anwendung des Begriffes der «angemessenen Wohnung». Zunächst einmal werden bereits gemäss Gesetz Kinder unter zwei Jahren nicht mitberechnet, was auch insofern bedeutsam ist, als nach deutscher Auffassung die Wohnraumanforderungen nur für den Zeitpunkt des Zuzuges gestellt werden dürfen.¹⁰⁹ Was die «Belegung» betrifft, welche als den Wohnraum als ausreichend erscheinen lässt, verweist das Gesetz auf die auch für Deutsche geltende Rechtsvorschriften; die Kompetenz zum Erlass entsprechender Verwaltungsrichtlinien liegt indessen bei den Bundesländern. In der Regel gilt als ausreichender Wohnraum je 12 m² Wohnfläche (ohne Küche und Bad/WC) pro Person über 6 Jahren und je 10m² für Kinder bis 6 Jahren. Geringfügige Unterschreitungen sind zu vernachlässigen.¹¹⁰ Im Gegensatz zur Praxis vieler Schweizer Kantone wird auch keine abgeschlossene Wohnung verlangt.¹¹¹

Die Bundesländer kennen detaillierte Richtlinien, die zwar nicht deckungsgleich sind, in einer gewissen Bandbreite aber ähnliche Mindestanforderungen enthalten, so beispielsweise:

- Das Bundesland Hessen verlangt durchgehend nur 9 m² pro Person.¹¹²
- In Bayern¹¹³ geht die Praxis davon aus, dass die Wohnfläche für jeden 6 Jahre alten Bewohner mindestens 12 m² und für jeden noch nicht 6 Jahre alten Bewohner mindestens 8 m² betragen muss. Die Wohnfläche kann um bis zu 10% kleiner sein, wenn die Wohnung abgeschlossen ist und modernen Anforderungen entspricht (WC, Bad und Küche mit Wasseranschluss). Im Ausnahmefall darf auch Wohnraum ausserhalb der Wohnung, sofern in der Nähe, zugemietet werden. Der Nachweis ist mittels Mietvertrag zu erbringen, zusätzlich ist eine Erklärung beizulegen, dass die Wohnung nicht von anderen Personen benutzt wird.
- In Berlin¹¹⁴ muss für jede Person nur eine Wohnfläche von mindestens 9 m², für jedes Kind bis zu 6 Jahren eine Wohnfläche von nur mindestens 6 m² vorhanden sein muss, wobei in der angegebenen

Wohnfläche auch Nebenräume (Küche, Bad, WC, Flur) enthalten sind. Als angemessen gilt auch Wohnraum in Arbeiter- und Studentenwohnheimen, vorausgesetzt, die Mindestfläche ist gegeben. Als nicht angemessen gilt die Unterbringung in Obdachlosenunterkünften.

In Deutschland setzt der Familiennachzug den Nachweis «ausreichenden Wohnraums» voraus. Dieser ist dann nicht gegeben, wenn er auch für Deutsche nicht genügen würde. Die Anforderungen an den Wohnraum dürfen nicht strenger sein als bei der Unterbringung in Sozialwohnungen. Die Wohnfläche liegt zwischen 9 m² und 12 m² pro Person. In Berlin, das eine grosszügige Regelung kennt, würde beispielsweise eine 7-köpfige Familie mit 5 Kindern, dabei einem einjährigen, 2 Kindern unter 6 Jahren und 2 über 6 Jahren eine Wohnungsgrösse (inklusive Bad/WC und Küche) von 48 m² benötigen. Dies entspricht den Anforderungen etwa des Kantons Schwyz an eine angemessene Wohnung für ein Ehepaar ohne Kinder (50 m²). In Bayern, das vom Lebensstandard durchaus mit der Schweiz vergleichbar ist, müsste die Wohnung um die 60 m² aufweisen. Auch das liegt noch klar unter den Anforderungen, welche die Kantone Schwyz und Tessin verlangen (100 m²).

4.2.3. Frankreich

Auch Frankreich verlangt in seiner Gesetzgebung für die Geltendmachung des Familiennachzuges neben anderen Voraussetzungen (wie z.B. ausreichende finanzielle Mittel) eine *Wohnung, die für eine vergleichbare Familie in Frankreich als normal angesehen wird* («un logement considéré comme normal pour une famille comparable vivant en France»)¹¹⁵ Das Gesetz enthält im

¹⁰⁹ Vgl. Günter Renner, Ausländerrecht, Kommentar, 7. Auflage, München 1999, S. 124, Rz. 17.

¹¹⁰ Vgl. die Hinweise bei Renner, a.a.O., Rz. 20.

¹¹¹ Renner, a.a.O., Rz. 20.

¹¹² Renner, a.a.O., Rz. 20.

¹¹³ Vgl. Johann Peissl (Ministerialrat im Bayerischen Staatsministerium des Innern), Der Familiennachzug nach dem Ausländergesetz; die Praxis der Ausländerbehörden in Bayern, unter: <http://migration.uni-konstanz.de/german/Forschungszentrum/veranstaltungen/mpf4/mpf4-peissl.html>, Ziffer. 2. Der Autor weist allerdings darauf hin, dass die Regelung «nicht völlig ausgereicht habe, um eine Ghetto-Bildung zu vermeiden, weshalb die Mindeststandards auf 12m² pro Person angehoben werden sollten».

¹¹⁴ Weisungsordner des Landeseinwohneramtes Berlin, Abteilung Ausländerwesen, Kapitel B17 4. 1.

¹¹⁵ Vgl. Art. 29 Absatz I Ziffer 2 der «Ordonnance No. 45-2658 du 2 novembre 1945 relative aux conditions d'entrée et de séjour en France», abgeändert durch die «Loi no. 2003-1110 du 26 novembre 2003 relative à la maîtrise de l'immigration, au séjour des étrangers en France et à la nationalité».

Weiteren detaillierte Vorschriften zur Überprüfung der geforderten Bedingungen, so auch der Angemessenheit der Wohnung, durch die lokalen Behörden.¹¹⁶

Was als angemessen zu betrachten ist, regeln verschiedene Weisungen¹¹⁷ der zuständigen Ministerien, welche Minimalanforderungen an die Hygiene und Ausstattung der Wohnung enthalten. Die Weisungen enthalten auch genaue Anforderungen an die erforderliche Grösse der Familienwohnung: Für 2 Personen beträgt die Mindestwohngrösse 16 m², für jede weitere Person muss die Wohnfläche um jeweils 9 m² erhöht werden, soweit es sich um Familien bis zu 8 Köpfen handelt. Falls die Anzahl von 8 Personen überschritten wird, steigt die Fläche pro weitere Person nur noch um 5 m².¹¹⁸ Im Einzelfall darf aufgrund einer gesamtheitlichen Betrachtung der Wohnung sowohl noch oben als auch noch unten abgewichen werden.¹¹⁹

Frankreich kennt damit sehr präzise und transparente Regelungen, die – ganz in der französischen Tradition – gleich angewendet werden. Die Anforderungen und das Verfahren sind bis ins Detail geregelt. Eine 7-köpfige Familie würde danach eine Wohnung mit einer Grösse von 61 m² benötigen, was ungefähr den Anforderungen in Bayern entspricht, aber wesentlich weniger streng ist als die beiden Kantone in der Schweiz, die Mindestwohnflächen als Kriterium haben (Schwyz und Tessin).¹²⁰

4.2.4. Spanien

Auch Spanien hat, wie viele andere europäische Staaten, in den letzten Jahren sein Ausländergesetz revidiert. Die letzte grössere Revision datiert vom 22. Dezember 2000, mit welcher das neue Gesetz vom 11. Januar 2000 bereits wieder angepasst worden war.¹²¹ Betreffend Familiennachzug bestimmt Art. 17 des Gesetzes, wer das Recht auf Familiennachzug ausüben darf, Art. 18 regelt das Verfahren. Gemäss Abs. 1 von Art. 18 müssen die Gesuchsteller den Nachweis erbringen, dass sie über eine angemessene Unterkunft verfügen («un alojamiento adecuado») und genügende finanzielle Mittel, um den Bedürfnissen der Familie zu genügen. Einzelheiten sind in Dekreten und Verordnungen geregelt, die akribisch umschreiben, welche Belege bei welcher Behörde vorgebracht werden müssen, um die Angemessenheit der Wohnung nachzuweisen. Für die materiellen Voraussetzungen, d.h. die Anforderungen bezüglich Grösse oder Ausstattung der Wohnung, verweisen die Rechtsgrundlagen auf lokale Regeln.¹²² Falls die in Frage kommende Wohnung über keine öffentlich genehmigte Beschreibung verfügt, ist der Gesuchsteller gehalten, die notwendigen Angaben mittels eines Notars zu erheben; diese haben sich auf die Besitzverhältnisse, die Anzahl Zimmer und deren Verwendung, Anzahl Personen und Ausstattung der Wohnung (Wasser, Strom, Abwasser) zu beziehen.¹²³

In Spanien existieren keine festen Mindestanforderungen an die Wohnungsgrösse oder an die Anzahl Zimmer pro Person, sondern die Behörden prüfen von Fall zu Fall, ob die Wohnung für ein würdiges Familienleben genügen würde. Den Behörden kommt dadurch ein beträchtlicher Spielraum zu.

¹¹⁶ A.a.O., Absatz II: «L'autorisation d'entrer sur le territoire dans le cadre de la procédure du regroupement familial est donnée par le représentant de l'Etat dans le département après vérification des conditions de logement et de ressources par le maire de la commune de résidence de l'étranger ou le maire de la commune où il envisage de s'établir. Pour procéder à la vérification des conditions de logement et de ressources, le maire examine les pièces justificatives requises dont la liste est déterminée par décret. Des agents spécialement habilités des services de la commune chargés des affaires sociales ou du logement ou, à la demande du maire, des agents de l'Office des migrations internationales peuvent pénétrer dans le logement. Ils doivent s'assurer au préalable du consentement écrit de son occupant. En cas de refus de l'occupant, les conditions de logement permettant le regroupement familial sont réputées non remplies. Lorsque ces vérifications n'ont pas pu être effectuées parce que le demandeur ne disposait pas encore du logement nécessaire au moment de la demande, le regroupement familial peut être autorisé si les autres conditions sont remplies et après que le maire a vérifié sur pièces les caractéristiques du logement et la date à laquelle le demandeur en aura la disposition.»

¹¹⁷ Vgl. Circulaire du 1^{er} mars 2000 relative au regroupement familial des étrangers, Journal Officiel no. 124 du 28 mai 2000.

¹¹⁸ Vgl. auch die Zusammenfassung der Kreisschreiben und der daraus abgeleiteten Praxis auf der Website der Regierung «Service-Public», <http://vosdroits.service-public.fr/particuliers/ARBO/NX08.html>. Vgl. auch die Hinweise bei Kälin/Caroni, Diskriminierungsverbot, S. 72 mit Anm. 355.

¹¹⁹ Vgl. das Circulaire vom 28. Mai 2000 (a.a.O., Anm. 20), Ziffer 2.1.2.

¹²⁰ Vgl. vorne Ziffer 3.3.4., auch für den Fall Genf, der stark nach unten abweicht.

¹²¹ Ley Organica 4/2000 (vom 11. Januar 2000) sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, modificada por la ley organica 8/2000 (vom 22. Dezember 2000). Vgl. dazu Cristina Gortázar, Spain: Two Immigration Acts at the End of the Millennium, European Journal of Migration and Law 4, 2002, S. 1ff.

¹²² Vgl. Real Decreto 864/2001, vom 20. Juli 2001, welches die Vollzugsverordnung zum Ausländergesetz genehmigt, Art. 44, Abs. 4.

¹²³ A.a.O.

4.2.5. Luxemburg

Luxemburg ist im Zusammenhang des Familiennachzuges insofern ein interessantes Land, als es mit über 37% den höchsten Ausländeranteil der europäischen Staaten aufweist, beinahe doppelt so hoch wie die Schweiz mit circa 20%.¹²⁴ Die Gesetzgebung sieht sowohl für den Aufenthalt von Einzelpersonen als auch für den Familiennachzug die Bedingung vor, dass die Ausländerinnen und Ausländer über genügende finanzielle Mittel verfügen und eine angemessene Wohnung vorhanden ist («un logement adéquat»)¹²⁵. Gemäss Auskunft von Fachleuten handelt es sich in der Praxis dabei um eine beträchtliche Hürde, der einiges Gewicht beigemessen wird.¹²⁶

Was als angemessene Wohnung gilt, sagt das Gesetz aber nicht. Hingegen finden sich allgemeine Regelungen bezüglich Anforderungen an Mietwohnungen.¹²⁷ Neben Anforderungen an die Infrastruktur (Tageslicht, Wasser, Strom, Heizung usw.) schreibt die Verordnung vor, dass die Fläche für den ersten Bewohner nicht kleiner als 12 m² betragen soll, für jeden weiteren nicht weniger als zusätzlich 9 m². Bei Wohnungen, die von 6 Personen oder mehr bewohnt werden (Kollektivunterkünfte), darf ein Schlafzimmer nicht durch mehr als 4 Personen belegt werden und muss ein Wohnzimmer von mindestens 12 m² vorhanden sein.

Einem Urteil des Verwaltungsgerichts des Grossherzogtums Luxemburg vom 2. Oktober 2002,¹²⁸ in welchem es um die Anfechtung der Verweigerung des Familiennachzuges aufgrund einer nicht angemessenen Wohnung ging, lässt sich entnehmen, dass die entsprechenden Regelungen gemäss Praxis der Ausländerbehörden auf den Familiennachzug Anwendung finden und dass eine Wohnung von 72 m² inklusive Küche/Bad für eine 5-köpfige Familie vollauf genügen würde.¹²⁹ Das Verwaltungsgericht hingegen erachtete die gesetzliche Grundlage, die Verordnung über die Anforderungen an Mietwohnungen, da diese Rechtsgrundlage einen anderen Zweck verfolge als den Familiennachzug einzuschränken und damit keine genügende Grundlage für einen Eingriff in das Recht auf Familienleben im Sinne von Art. 8 der Europäischen Menschenrechtskonvention darstelle.

Die Praxis Luxemburgs bewegt sich damit im Rahmen von Frankreich und Deutschland. Eine 6-köpfige Familie muss eine Wohnung von 57 m² Gesamtfläche mit 2 bis 3 Zimmern vorweisen können.

4.2.6. Dänemark

Dänemark verschärfte seine Ausländergesetzgebung nach einem Regierungswechsel im Jahr 2002 massiv.¹³⁰ Während es davor zu den Ländern gehört hatte, die auf Anforderungen bezüglich angemessener Wohnung verzichtet hatten,¹³¹ wurde nun im Falle des Nachzuges eigener Kinder eine entsprechende «Kann-Bestimmung» eingeführt, d.h. der Nachweis einer angemessenen Wohnung ist nicht zwingende Voraussetzung.

Eine Verordnungsbestimmung umschreibt die Anforderungen an die angemessene Wohnung wie folgt: Ein Zimmer darf von höchstens zwei Personen belegt werden, oder aber jede Person muss über eine Wohnfläche von 20 m² verfügen.¹³² Zudem muss der Mietvertrag mindestens drei Monate gültig sein.

Dänemark, das seine Gesetzgebung und Praxis im Jahr 2002 massiv verschärft hat, kennt als einziger Staat Europas Anforderungen an die Angemessenheit der Wohnung, die sich mit der Schweiz vergleichen lassen. Eine 6-köpfige Familie muss mindestens eine 3-Zimmer-Wohnung vorweisen können, oder dann eine Wohnung mit einer Fläche von 120 m².

¹²⁴ Vgl. etwa die Ausländerstatistik 2003 des Bundesamtes für Zuwanderung, Integration und Auswanderung (IMES).

¹²⁵ Loi du 28 mars 1972 concernant l'entrée et le séjour des étrangers (...); Règlement grand-ducal du 28 mars 1972 relatif aux formalités à remplir par les étrangers séjournant au pays.

¹²⁶ Ein Bericht der Stiftung Caritas Luxemburg und des Service Socio-Pastoral Intercommunautaire vom 27. Oktober 2001 («Contribution au débat sur la politique d'immigration du Grand-Duché de Luxembourg») verweist auf die Schwierigkeiten oder gar praktische Unmöglichkeit für einen Vater einer zahlreichen Familie mit nur einem Einkommen (ein allfälliges zweites der Ehefrau wird nicht mitgerechnet) eine angemessene Wohnung zu finden.

¹²⁷ Règlement grand-ducal du 25 février 1979 déterminant les critères de location, de salubrité ou d'hygiène auxquels doivent répondre les logements destinés à la location.

¹²⁸ Nr. 14146, eingetragen am 8. November 2001.

¹²⁹ Im konkreten Fall war allerdings in sachverhältnismässiger Hinsicht umstritten, ob die Wohnung noch von einer anderen Familie bewohnt würde; bei insgesamt 8 Personen hätte die Wohnung gemäss Behörde nicht gereicht.

¹³⁰ Vgl. das Gesetz Nr. 365 vom 6. Juni 2002, in Kraft seit dem 1. Juli 2002. Vgl. Zum folgenden die Ausführungen der rechtsvergleichenden Studie des französischen Senates, a.a.O. (Anm. 107), S. 9ff.

¹³¹ Vgl. in diesem Sinn noch die Zusammenstellung der EU-Kommission, oben Ziffer 4.2.1.

¹³² Vgl. auch die Informationsschrift des Danish Immigration Service, «Family Reunification», www.udlst.dk.

4.2.7. Hinweise auf die Rechtslage weiterer Staaten

Griechenland verlangt in seinem Ausländergesetz von 2002 in Art. 28 Abs. 1 für den Familiennachzug neben genügenden finanziellen Ressourcen ebenfalls eine Behausung, welche geeignet ist, die Bedürfnisse der Familie zu decken.¹³³ Ähnliches gilt für *Italien* und *Portugal*, wo die Ausländergesetze von 1998 respektive von 2001 ebenfalls ausreichende finanzielle Mittel und eine angemessene Wohnung verlangen.¹³⁴

Während sich in den *Niederlanden* das Gesetz über allfällige Anforderungen an die Angemessenheit der Familienwohnung ausschweigt,¹³⁵ enthält das *belgische Recht* zwar detaillierte Weisungen bezüglich Dokumenten, die zwecks Familiennachzug beizubringen sind; während der Nachweis genügender finanzieller Mittel ausdrücklich erwähnt wird, fehlen Anforderungen an die Familienwohnung, so dass davon auszugehen ist, dass hier keine öffentlich-rechtlichen Mindeststandards bestehen.¹³⁶

Insgesamt fällt auf, dass viele der Staaten gerade in den letzten Jahren entweder erst Ausländergesetze geschaffen haben, oder dann ihre Gesetze auch im Bereich des Familiennachzuges verschärft haben. Eine Studie des französischen Senates über das Recht auf Familiennachzug im Europa der EU aus dem Jahr 2002¹³⁷ kommt zum Schluss, dass

« – traditionnellement subordonné à des conditions de revenus et de logement, et limité à la cellule familiale au sens strict ... – le regroupement familiale devient particulièrement difficile, surtout dans les pays du Nord ».

Letztere Aussage bezieht sich allerdings auch auf die zunehmende Tendenz, Nachzugsfristen einzuführen, sei es Wartefristen bis zur Ausübung des Nachzugsrechts, sei es Maximalfristen für den Nachzug der Kinder, oder auf Gesetzesänderungen, die den Kreis der berechtigten Personen immer enger ziehen.

4.3. Zusammenfassung

Die Europäische Union selbst und ihre Mitgliedstaaten kennen eine lange Tradition, für den Familiennachzug eine angemessene Wohnung zu verlangen. Die EU selbst hat dieses Erfordernis auch in die Richtlinie über das Recht auf Familienzusammenführung vom Jahr 2003 aufgenommen. Schon vorher aber kannten viele Staaten entsprechende Kriterien und Anforderungen. In den letzten Jahren sind in verschiedenen Ländern die entsprechenden Regelungen gar verschärft worden. Dennoch gibt es – mit Ausnahme Dänemarks, welches klar ein Begrenzungsziel verfolgt – keinen Staat in Europa, der ähnlich hohe Maßstäbe an die Angemessenheit der Wohnung stellt wie die Schweiz.

In den Europäischen Staaten gibt es eine klare Tendenz, bezüglich angemessener Wohnung von einem *Mindeststandard* – und nicht von einer Durchschnittswohnung – auszugehen: Als Richtlinien können dabei Anforderungen an Sozialwohnungen dienen. Der Gedanke dahinter ist, dass man von einem ausländischen Nachzugswilligen nicht mehr verlangen soll als man eigenen Sozialhilfeempfängern zumuten will.

¹³³ Vgl. dazu Achilles Skordas, The New Immigration Law in Greece, *European Journal of Migration and Law* 4, 2002, S. 31.

¹³⁴ Vgl. bezüglich Italien Alessia de Pascale, The New Regulations on Immigration and the Status of Foreigners in Italy, *European Journal of Migration and Law* 4, 2002, S. 71ff, S. a75. Die entsprechende Bestimmung ist mit dem neuen Ausländergesetz («Bossi-Fini-Gesetz») nicht abgeändert worden. Bezüglich Portugal und des Artikels 56 des Ausländergesetzes vom 10. Januar 2001 siehe Constança Urbano de Sousa, The New Portuguese Immigration Act, *European Journal of Migration and Law* 4, 2002, S. 49ff, S. 61.

¹³⁵ Laut mündlicher Auskunft niederländischer Migrationsrechtsexperten beruhen entsprechende Mindestanforderungen auf kommunalen Regeln oder auf Mietrecht.

¹³⁶ So auch der Überblick der EU-Kommission, vgl. oben. Vgl. etwa das Kreisschreiben vom 11. Juli 2001 (Circulaire relative aux documents devant être produits afin d'obtenir un visa en vue de conclure un mariage dans le Royaume ou afin d'obtenir un visa de regroupement familial sur la base d'un mariage conclu à l'étranger).

¹³⁷ Documents de Travail du Sénat, Série Législation Comparée (Nr. LC 112), le regroupement familial (Anm. 107).

5 Beurteilung und Schlussfolgerungen

5.1. Hindernis für Nachzugswillige?

Aufgrund der Erhebung bei den Kantonen und der verfügbaren Zahlen lassen sich keinerlei Aussagen über die Höhe der Hürde für nachzugswillige Ausländerinnen und Ausländer machen. In dieser Hinsicht gehen auch die Einschätzungen der Verantwortlichen der kantonalen Migrationsämter stark auseinander: Während die einen das Erfordernis der angemessenen Wohnung als tatsächliches Problem für einen Teil der Nachzugswilligen ansehen, halten es andere für vernachlässigbar. Die rudimentären statistischen Angaben¹³⁸ weisen darauf hin, dass eher wenige Gesuche wegen unangemessener Wohnung abgelehnt werden, doch dürfte in vielen Fällen mangels Erfolgsaussichten auf ein Gesuch verzichtet werden und das Gesuch nach behördlicher Auskunft oder Gewährung des rechtlichen Gehörs zurückgezogen werden. Von Bedeutung ist selbstverständlich die Leerwohnungsquote in einem Kanton, welche auch die Mietpreise beeinflusst.¹³⁹

Als die höhere Hürde für den Familiennachzug wird der bei Aufenthaltserlaubnissen verlangte Nachweis genügender *finanzieller Mittel*¹⁴⁰ angesehen, wobei die Mietkosten für eine angemessene Wohnung allerdings einen grossen Anteil der Auslagen ausmachen. Die meisten Kantone setzen für die Berechnung der finanziellen Mittel den realen Mietzins ein. Die Kantone Luzern und Schwyz setzen hingegen einen fiktiven Mietzins ein, was den Gesuchstellern verunmöglicht, mittels Miete einer sehr günstigen Wohnung die geforderten Mittel zu erreichen.

Nach Auffassung der Kantone ist rechtsmissbräuchliches Verhalten im Bereich des Familiennachzuges daher auch weit verbreitet.¹⁴¹ Häufig soll es z.B. vorkommen, dass eine angemessene Wohnung gemietet wird, die kurze Zeit nach der Bewilligung des Familiennachzuges wieder gekündigt wird, um in eine kleinere und günstigere Wohnung umzuziehen. Auch der Fall der Vorlegung fiktiver Mietverträge soll vorkommen. Andererseits räumen praktisch alle Kantone ein, dass nach Bewilligungserteilung die Wohnsituation kaum mehr überprüft werde und keine Kontrollen stattfinden würden. Es komme allenfalls vor, dass man auf Hinweis einer Gemeinde tätig werde, aber dies scheint in der Praxis sehr selten zu sein.

Überhaupt ist man sich in den Kantonen der Tatsache bewusst, dass die Bedingung der angemessenen Wohnung insofern untauglich ist und den Zweck oft nicht erreicht, weil nach späteren Umzügen, aber auch bei einem Familienzuwachs durch Geburt¹⁴² in der Schweiz, nicht mehr überprüft wird, ob die Wohnung noch als angemessen zu gelten hat. Auch im Rahmen der Erneuerung der Aufenthaltsbewilligung findet in keinem Kanton eine entsprechende Prüfung statt. Einen anderen Weg hat der Kanton Schwyz gewählt, indem der Gesuchsteller keinen Mietvertrag beibringen muss, sondern ihm in der Bewilligung die Auflage gemacht wird, eine angemessene Wohnung zu mieten.¹⁴³

¹³⁸ Vgl. oben Ziffer 3.3.7.

¹³⁹ So ist nach Angabe des jurassischen Migrationsamtes relativ einfach, im Kanton Jura eine angemessene Wohnung zu finden.

¹⁴⁰ Gewisse Kantone gehen von den SKOS-Richtlinien aus, andere verlangen bloss das betriebsrechtliche Existenzminimum, allenfalls plus 10%, damit allfällige Schwankungen bei den Lebenshaltungskosten ausgeglichen werden können. Erstaunlich ist, dass nach Aussagen der zuständigen Verantwortlichen im Kanton St. Gallen praktisch alle Gesuchsteller den Grundbedarf II erreichen und damit kein Problem haben, während etwa im Kanton Graubünden gerade grössere Familien die Limite kaum erreichen.

¹⁴¹ Die entsprechende Frage, ob Rechtsmissbrauch hier verbreitet sei, wurde von 13 Kantonen mit ja, und von drei mit eher ja beantwortet.

¹⁴² Dies entspricht insofern dem aktuellen Mietrecht, weil eine Kündigung seitens des Vermieters wegen Überbelegung anfechtbar ist, wenn sie wegen Änderung in der familiären Situation ausgesprochen worden ist (Geburt, Adoption, Aufnahme älterer Verwandter); vgl. Art. 271a Abs. 1 lit. f OR und die Hinweise bei David Lachat/Daniel Stoll/Andreas Brunner, Mietrecht für die Praxis, 5. Auflage, Zürich 2002, S. 549f.

¹⁴³ Der Beschluss des Regierungsrates Nr. 32/2001, vom 8. Januar 2001, Richtlinien Familiennachzug von aufenthaltsberechtigten Ausländerinnen und Ausländern, führt Folgendes aus: «Der Ausländer, der um Bewilligung des Familiennachzuges ersuchte, musste bisher nachweisen, dass er über eine angemessene Wohnung für seine Familie verfügte. Er war also gezwungen, einen Mietvertrag abzuschliessen, bevor er wusste, ob sein Gesuch bewilligt werden würde. Das begünstigte den Abschluss von Scheingeschäften. Die Bewilligungsbehörde hatte auch keine Gewähr, dass eine einmal gemietete Wohnung beibehalten oder im Falle der Kündigung eine andere, vergleichbare Wohnung gemietet wurde. Inskünftig soll der Gesuchsteller keinen Mietvertrag für eine angemessene Wohnung mehr beibringen müssen. Vielmehr wird ihm in der Bewilligung zur Auflage gemacht, eine Wohnung mit der für seine Familie notwendigen Zimmerzahl und Nettowohnfläche zu mieten (...). Wenn die Auflage nicht eingehalten wird und es deswegen zu Anständen mit Behörden und/oder Nachbarn kommt, kann die Fremdenpolizei ohne übermässigen Aufwand repräsentativ einschreiten».

5.2. Verschärfung durch das neue Ausländergesetz?

Das neue Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer, das momentan in der parlamentarischen Beratung steht, sieht nach dem Vorschlag des Bundesrates einen Rechtsanspruch auf Familiennachzug auch bei Aufenthalt aus Drittstaaten vor.¹⁴⁴ Andererseits sind Fristen für den Familiennachzug vorgesehen; so soll der Familiennachzug innerhalb von fünf Jahren geltend gemacht werden.¹⁴⁵ Laut Bundesrat¹⁴⁶ soll durch einen frühen Familiennachzug die «Integration von Kindern wesentlich erleichtert» werden. Mit dieser Lösung solle zudem verhindert werden, dass Gesuche um Nachzug der Kinder rechtsmissbräuchlich erst kurz vor Erreichen des erwerbsfähigen Alters gestellt werden. Zu beachten gilt in diesem Zusammenhang, dass einige Kantone bereits eigene Fristen festgesetzt haben. Der Kanton Luzern verlangt den Familiennachzug innerhalb von 3 Jahren, und zwar bis zu einem Höchstalter der Kinder von 14 Jahren. Der Kanton Schwyz verweigert den Familiennachzug, wenn das Kind älter als 12 Jahre ist und der nachziehende Elternteil seit weniger als 5 Jahren im Besitz der Aufenthaltsbewilligung ist. Für jedes Jahr, in welchem der Elternteil länger im Besitz der Aufenthaltsbewilligung ist, erhöht sich das Höchstalter des Kindes um ein Jahr, besteht die Aufenthaltsbewilligung seit mehr als 8 Jahren, ist das Höchstalter des Kindes für den Nachzug 15 Jahre.¹⁴⁷ Der Kanton Schwyz hätte das Alter gerne noch tiefer angesetzt, hat aber darauf verzichtet, weil ein früherer Familiennachzug oft an finanziellen Problemen scheitert.

Die Praxis scheint damit anzuerkennen, dass ein früherer Familiennachzug für die Nachzugswilligen zu erheblichen Problemen führen könnte,¹⁴⁸ da die Vermutung besteht, dass die ausländischen Personen zu Beginn ihres Aufenthaltes über eher knappere Mittel verfügen als nach einem längeren Aufenthalt. Damit dürfte sich das Problem des angemessenen Wohnraumes für den Familiennachzug tendenziell verschärfen,¹⁴⁹ was für den Verordnungsgeber und die Praxis Konsequenzen haben sollte:

Will man einen möglichst frühen Nachzug der Kinder erreichen, dürfen auch die Voraussetzungen nicht zu hoch angesetzt werden und müssen die Bedingungen entsprechend angepasst werden. Die heutige Regelung enthält implizit Zielkonflikte. Zwar ist der frühe Nachzug der Kinder erwünscht, gefördert wird dieser aber nicht. Im Gegenteil: Die Voraussetzungen sind gerade für Jahresaufenthalter höher angesetzt als für Niedergelassene. Dies hat zur Konsequenz, dass ein Elternteil, welcher Ehepartner und Kinder nachziehen will, unter Umständen ein paar Jahre warten muss, bis er die Niederlassungsbewilligung erhält oder gar eingebürgert wird. Danach sind die Anforderungen – gerade an die Angemessenheit der Wohnung – tiefer, sodass er – je nach persönlichen Verhältnissen – erst in diesem Zeitpunkt rechtlich die Möglichkeit zum Nachzug erhält. Dies zeigt, dass eine Abstufung der Voraussetzungen an den Familiennachzug, je nach Status, zu unsinnigen Resultaten führen kann und unter Umständen gerade den frühen Nachzug der Kinder vereitelt.

5.3. Zweck und Tauglichkeit der Bedingung der angemessenen Wohnung

Als Zweck der Bedingung der angemessenen Wohnung werden von der Lehre, aber auch von den kantonalen Migrationsämtern unter anderem die Gleichstellung mit Schweizerinnen und Schweizern im Bereich der Wohnanforderungen, die verbesserten Integrationschancen, die Vermeidung der Verslumung oder Ghettobildung, der Schutz der Familie, insbesondere der Kinder vor misslichen Unterbringungsverhältnissen genannt.¹⁵⁰ Erwähnt wird auch, dass die Vermeidung von Überbelegung Streit mit dem Vermieter und den Nachbarn verhindern und damit der Kündigung der Wohnung vorbeugen soll. Nicht genannt werden Erwägungen der Begrenzung der ausländischen Wohnbevölkerung. Tatsächlich dürfte eine restriktive Haltung beim Familiennachzug kaum der richtige Weg für eine wirksame Stabilisierungspolitik sein, da – wie erwähnt¹⁵¹ – der Nachzug dadurch oft nur verzögert wird, was die Integration der später Nachgezogenen erschwert.

¹⁴⁴ Vgl. vorne Ziffer 2.1.6.

¹⁴⁵ Vgl. Art. 46 des Entwurfes zum Ausländergesetz, BBl 2002 I 3863. Laut Abs. 2 von Art. 46 beginnt die Frist zu laufen bei Familienangehörigen von Schweizern und Schweizerinnen mit deren Einreise oder der Entstehung des Familienverhältnisses, bei Familienangehörigen von Ausländerinnen und Ausländern mit der Erteilung der Aufenthalts- oder Niederlassungsbewilligung oder der Entstehung des Familienverhältnisses. Ein nachträglicher Familiennachzug soll nur bewilligt werden, wenn wichtige familiäre Gründe geltend gemacht werden können. In der Fassung nach der Beratung im Nationalrat sollen Kinder über 14 Jahren innerhalb von 12 Monaten nachgezogen werden.

¹⁴⁶ Botschaft zum AuG, BBl 2002 I 3754f.

¹⁴⁷ Vgl. den Beschluss des Regierungsrates des Kantons Schwyz, a.a.O. (oben Anm. 143). Der Beschluss führt weiter aus: «Ein zusätzliches, über Art. 39 BVO hinaus gehendes Bewilligungskriterium will einen Anreiz schaffen, dass ausländische Kinder in möglichst jungem Alter in die Schweiz nachgezogen werden, wenn die Integration über den Schulbereich und den Kontakt mit gleichaltrigen Schweizern noch besser möglich ist. (...) Zwar steht ein Kind im Alter von 12 Jahren bereits an der Schwelle zur Oberstufe der Volksschule und zur Pubertät und wäre sicher ein früherer Nachzug wünschbar. Es ist indessen anzuerkennen, dass ein früherer Familiennachzug oftmals an finanziellen Problemen scheitert.»

¹⁴⁸ Ein Vorsteher eines kantonalen Migrationsamtes war der Überzeugung, wenn man das Nachzugsalter herabsetzen wolle, müsse man bei den Anforderungen an die genügenden finanziellen Mittel und an die angemessene Wohnung eindeutig flexibler werden.

¹⁴⁹ Die Umfrage bei den Kantonen hat hier ein unterschiedliches Problembewusstsein zu Tage gefördert, nur ein Drittel sieht zukünftig bei verkürzten Nachzugsfristen eher verschärfte Probleme. Die wenigsten befürchten aber dadurch eine Zunahme rechtsmissbräuchlichen Verhaltens (rasche Wohnungsaufgabe nach Bewilligungserteilung).

¹⁵⁰ Vgl. schon oben Ziffer 2.4.

¹⁵¹ Oben Ziffer 5.2.

Dennoch scheinen Anforderungen an die angemessene Wohnung oder die finanziellen Mittel als Massnahme zur Eingrenzung des Familiennachzuges betrachtet werden. So führte der Regierungsrat des Kantons Schwyz im Rahmen einer Praxisänderung im Jahr 2001 rückblickend aus,¹⁵² die Bestimmungen der BVO enthielten lediglich Mindestvoraussetzungen, gäben keinen Rechtsanspruch auf Bewilligung, sondern liessen Raum für die Ermessensbetätigung und für eine an anderen Kriterien orientierte Bewilligungspraxis. Der Regierungsrat habe dabei jeweils «den im Fremdenpolizeirecht in Betracht fallenden öffentlichen Interessen, namentlich der Überfremdungsabwehr und der Regulierung des Arbeitsmarktes, sehr hohes Gewicht [beigemessen] und (...) den Familiennachzug als Ausnahme nur dann [zugelassen], wenn die spezifischen, privaten Interessen des Geschwärtlers und seiner Familie die öffentlichen Interessen klar überwogen» hätten. Diese Praxis sei strenger als die der Nachbarkantone. Daher hätten Ausländer nach erfolglosem Gesuch im Kanton Schwyz neue Familiennachzugsgesuche in Nachbarkantonen gestellt, wo diese bewilligt worden seien. Sodann sei es für den Kanton nachteilig, wenn der Nachzug der Kinder erst nach Erteilung der Niederlassungsbewilligung stattfinde. Aufgrund dieser Erwägungen wurde die Praxis des Kantons Schwyz angepasst.¹⁵³

Wanderungsbewegungen zwischen Kantonen aufgrund unterschiedlich strenger Auslegung der Kriterien beim Familiennachzug haben im Übrigen auch die Ostschweizer Kantone veranlasst, ihre Praxis zu harmonisieren.¹⁵⁴

Diese Erwägungen illustrieren sehr gut, dass Restriktionen beim Familiennachzug kontraproduktiv sind, den frühen Familiennachzug verhindern und zur unnötigen Abwanderung in Nachbarkantone führen, nur um die Familie überhaupt nachziehen zu können.

Fraglich ist im Weiteren, ob strenge Anforderungen an die angemessene Wohnung unerwünschte «Ausländerghettos» vermeiden helfen. Da Ausländerinnen und Ausländer in erster Linie eine geräumige Wohnung vorweisen müssen, sind sie gezwungen, um auch das Kriterium der genügenden Mittel zu erfüllen, möglichst günstigen Wohnraum zu mieten.

Meistens handelt es sich aber dabei um Wohnraum in Siedlungen, die bereits einen hohen Ausländeranteil aufweisen. Damit würden strenge Auflagen im Bereich der angemessenen Wohnung eher eine «Ghettobildung» fördern als vermeiden. Mittels Auflagen im bau-, feuer- und hygienepolizeilichen Bereich dürfte es immerhin möglich sein, eine Verslumung zu vermeiden. Diese Vorschriften gelten aber für alle Gebäude im betreffenden Kanton oder in der Gemeinde gleichermaßen, unabhängig davon, ob sie von Ausländerinnen oder Schweizern bewohnt werden. Auch die Kontrolle hat unabhängig von der Bewilligungserteilung im Bereich des Familiennachzuges zu erfolgen.

Schliesslich fragt sich, ob die Norm tatsächlich notwendig ist, um eine Überbelegung von Wohnungen zu vermeiden. Die kantonalen Behörden gehen von der Überlegung aus, dass die Belegungsvorschriften auch für Schweizer und Schweizerinnen gelten sollten, wissen aber, dass dies nicht überprüft und bei Überbelegung nicht geahndet wird.¹⁵⁵ Insofern haftet der Bedingung eine gewisse Diskriminierung an. Studien haben im Übrigen ergeben, dass auch bei schweizerischen Familien mit grösseren Kinderzahlen enge Wohnverhältnisse als normal gelten.¹⁵⁶

Oft steht auch die Vermutung im Raum, dass ausländische Familien in sehr engen Verhältnissen leben, um möglichst viel Geld zu sparen. Auch wenn dies in Einzelfällen so sein dürfte, darf dies keinesfalls verallgemeinert werden. Angesichts des oft tieferen Einkommens können sich ausländische Familien trotz entsprechendem Bedarf keine grössere Wohnung leisten.¹⁵⁷ Die Resultate der Eidgenössischen Volkszählung 2000¹⁵⁸ zeigen, dass die durchschnittliche Wohnfläche pro Person im Durchschnitt 44 m² beträgt. Bei Schweizer Staatsangehörigen liegt die Zahl bei 47m², bei Angehörigen aus Deutschland, Österreich, Frankreich und England ebenfalls bei 47 m², bei spanischen, italienischen und portugiesischen Landsleuten bei 32 m², bei Personen aus Ex-Jugoslawien und der Türkei markant tiefer bei 22 m² Wohnfläche pro Person, aber immer noch wesentlich höher, als für den Familiennachzug verlangt wird. Die Wohndichte (Personen pro Wohnraum) bewegt sich bei einem Landesdurchschnitt von 0.59 der gesamten Wohnbevölkerung zwi-

¹⁵² Vgl. den Beschluss des Regierungsrates Nr. 32/3001, a.a.O., Anm. 143.

¹⁵³ Wie der Praxisvergleich (oben Ziffer 3.3.4.) zeigt, bleiben die Kriterien des Kantons immer noch die strengsten. Kälin/Caroni, Diskriminierungsverbot, S. 81f, erwähnen gar eine Praxis des Kantons Schwyz aus dem Jahr 1997, nach der Familiennachzugsgesuche von Staatsangehörigen aus der Bundesrepublik Jugoslawien grundsätzlich nicht bewilligt wurden, gestützt auf die Argumentation der Überfremdungsgefahr durch einen hohen Anteil von Angehörigen aus diesem Staat.

¹⁵⁴ Vgl. den Hinweis auf den Schlussbericht, oben Anm. 71.

¹⁵⁵ Es handelt sich dann in erster Linie um ein Problem zwischen Vermieter und Mieter, das auf zivilrechtlichem Weg gelöst werden muss. Vgl. im übrigen gewisse Wohnformen, wie die Hüttensiedlung Zaffaraya in Bern, wo eine unterschiedliche Haltung deutlich sichtbar werden.

¹⁵⁶ Vgl. die Hinweise bei Kälin/Caroni, Diskriminierungsverbot, S. 72f.

¹⁵⁷ Vgl. Bundesamt für Statistik, Ausländerinnen und Ausländer in der Schweiz, Bericht 2003, Neuchâtel 2003, S. 46: «Insgesamt wohnen Ausländerinnen und Ausländer eher in grösseren Haushalten, jedoch in kleineren Wohnungen als Schweizerinnen und Schweizer.

¹⁵⁸ Eidgenössische Volkszählung 2000, Bundesamt für Statistik, Neuchâtel 2004.

schen 0.55 bei Schweizerinnen und Schweizern und 1.06 bei Angehörigen aus Ex-Jugoslawien und der Türkei; letztere Wohndichte gilt als enges Wohnverhältnis, aber nicht als sehr enges.¹⁵⁹ Die Tatsache, dass Familien von Migranten durchschnittlich jünger und grösser sind als schweizerische,¹⁶⁰ dürfte einen erheblichen Einfluss auf diese Zahlen haben. Das Zahlenmaterial lässt den Schluss zu, dass die Wohnverhältnisse der ausländischen Bevölkerung im Allgemeinen als angemessen zu bezeichnen sind.

Dennoch gehört es zu den Pflichten des Staates, gegen krasse Fälle von Überbelegung vorzugehen und missliche Wohnverhältnisse nicht zu dulden, ob dies ausländische oder schweizerische Staatsangehörige betrifft. Insofern ist die Voraussetzung einer angemessenen Wohnung für den Familiennachzug nicht a priori unnötig oder untauglich, das Ziel zu erreichen, was auch die weite Verbreitung in Europa zeigt. Ebenso ist die integrative Wirkung einer angemessenen Wohnung nicht zu unterschätzen, nicht zuletzt in Bezug auf die hier heranwachsenden Kinder. Die Massnahme als blosser Überregulierung abzutun, greift meines Erachtens zu kurz. Es ist – wie aufgezeigt – ein Gebot der Menschenrechte, Mindestanforderungen zum Schutz der Schwächeren vor unwürdigen Wohnverhältnissen aufzustellen.¹⁶¹

5.4. Angemessene Anforderungen an die angemessene Wohnung?

Ist die Praxis der Schweizer Kantone in Bezug auf die Kriterien der angemessenen Wohnung angemessen? Schon mehrmals ist in dieser Studie darauf hingewiesen worden, dass aufgrund des rechtlichen Rahmens, insbesondere der Grund- und Menschenrechte, und aufgrund des Ziels eines möglichst raschen Familiennachzuges nicht überhöhte Anforderungen an diesen gestellt werden sollten.

Der Überblick über die kantonale Praxis hat zum einen aufgezeigt, dass sehr grosse Unterschiede namentlich bei der Beurteilung der angemessenen Wohnungs-

grösse bestehen; insbesondere zwischen der Ostschweiz und der Westschweiz bestehen sehr unterschiedliche Haltungen.¹⁶² Es darf vermutet werden, dass auch bei den anderen Kriterien, die für den Familiennachzug zu erfüllen sind, ähnliche Differenzen in der Auslegung bestehen. Dies ist insofern unbefriedigend, als es um die Anwendung desselben Bundesgesetzes geht.

Die Praxis ist zudem von einer Vielzahl weiterer Faktoren abhängig, die schwer quantifizierbar sind: Neben den eigentlichen Kriterien ist entscheidend, wie diese angewendet werden, ob sehr strikt oder flexibel und einzelfallgerecht, und wie stark die Anwendung kontrolliert wird. Ebenso kann das Verfahren eine weitere hohe Hürde darstellen, so z.B. die Frage, wie viele Dokumente beizubringen sind. Einige Kantone kennen hier ausufernde Bestimmungen.¹⁶³

Die Faustregel «Anzahl Personen minus 1 gleich Anzahl Zimmer», die von den meisten Kantonen angewendet wird, wird mit zunehmender Familiengrösse problematischer, wie *Kälin* und *Caroni* in einer Studie nachgewiesen haben.¹⁶⁴ Bei einer Familie mit 6 Kindern würde die strikte Anwendung eine 7-Zimmer-Wohnung voraussetzen, was einer Belegungsdichte von 1,14 entsprechen würde. Die Anwendung der differenzierten Regelung z.B. des Kantons Basel-Landschaft, welcher bis zu einem gewissen Alter mehrere Kinder pro Zimmer zulässt, führt zu wesentlich höheren zulässigen Belegungsdichten.¹⁶⁵ Gerade bei grösseren Familien sind die Kantone also gefordert, flexible und sachgerechte Kriterien zu entwickeln.

Aus rechtlicher Sicht nicht zu befriedigen vermag die Besserstellung der EU- und EFTA-Angehörigen im Bereich der Voraussetzungen des Familiennachzuges. Obwohl die materiellen Voraussetzungen im Bereich der angemessenen Wohnung praktisch identisch sind, werden EU- und EFTA-Bürger gegenüber Drittstaatsangehörigen in verschiedenen Kantonen sowohl materiell wie auch verfahrensmässig besser behandelt.

¹⁵⁹ Vgl. die Ausführungen bei Kälin/Caroni, Diskriminierungsverbot, S. 72, mit Hinweis auf Baur/Konrad, Wohnverhältnisse der Bevölkerung in der Schweiz, in: Bundesamt für Statistik, Wohnen in der Schweiz, Bern 1996, S. 145ff.

¹⁶⁰ 61,1% der Ausländerinnen und Ausländer leben als Paar mit Kind in einem Haushalt, bei den Schweizerinnen und Schweizern sind es nur 47,7%; Quelle: Bundesamt für Statistik, Pressemitteilung vom 2. September 2003. Vgl. auch Bundesamt für Statistik, Ausländerinnen und Ausländer in der Schweiz, Bericht 2003, Neuchâtel 2003, S. 46.

¹⁶¹ Vgl. oben Ziffer 2.3.5.

¹⁶² Vgl. Ziffer 3.3.4. Dies ist im Übrigen keineswegs aufgrund unterschiedlicher kantonaler durchschnittlicher Wohnflächen begründbar. Laut der Eidgenössischen Volkszählung 2000 beträgt die Wohnfläche pro Person 44 m², sie schwankt in den Kantonen zwischen 48 m² (Schaffhausen) und 40 (Genève), für den Kanton Schwyz beträgt die Wohnfläche beispielsweise 43 m², für den Kanton Waadt 42, für das Tessin ebenfalls 42 m². Die Wohnfläche bei den Ausländern beträgt in der Schweiz durchschnittlich 32 m², im Kanton Schwyz ebenfalls 32 m², im Kanton Schaffhausen 35 m², im Kanton Genève 34 m² und im Kanton Waadt 33 m²; es bestehen also kaum signifikante Unterschiede (vgl. Eidgenössische Volkszählung 2000, Bundesamt für Statistik, Neuchâtel 2004).

¹⁶³ So sind gemäss des Formulars des Kantons Nidwalden dem Gesuch um Familiennachzug folgende Dokumente beizulegen: Original Eheschein, eine Familienstandsbescheinigung, wenn die Trauung vor mehr als 6 Monaten stattgefunden hat, die Geburtsscheine der Kinder, einen Strafregisterauszug aus der Heimat über die Ehegattin, die Kopie des Mietvertrages, ein Auszug aus dem Betreibungsregister über die Gesuchstellerin/den Gesuchsteller, Scheidungsurteile über frühere geschiedene Ehen, Passkopien der nachziehenden Person, Arbeitsvertrag und Kopien der Lohnabrechnungen der letzten 12 Monate, Kopien allfälliger Kredit-, Darlehens- und Leasingverträge, Bank- und/oder Postcheckkontoauszüge des Vormonats, Krankenkassenausweis der Gesuchstellerin/des Gesuchstellers, eine Krankenkassenofferte für die nachziehenden Familienmitglieder, eine Versicherungspolice für die Hausrat- und Haftpflichtversicherung, 2 Passfotos. Alle Dokumente, die nicht auf Deutsch abgefasst sind, müssen übersetzt werden. Für EU-Angehörige bedarf es bedeutend weniger Dokumente.

¹⁶⁴ Kälin/Caroni, Diskriminierungsverbot, S. 73f.

¹⁶⁵ Zu den einzelnen Kriterien siehe oben Ziffer 3.3.4.

5.5. Sonderfall Schweiz?

Die meisten europäischen Staaten, wie auch die EU, kennen als Voraussetzung des Familiennachzuges Anforderungen an die Angemessenheit der Wohnung. Der Vergleich mit der Praxis verschiedener Staaten¹⁶⁶ hat aber gezeigt, dass ein Teil der Schweizer Kantone im Bereich der erforderlichen Wohnungsgrösse sehr hohe Anforderungen stellt; einige Kantone verlangen gar ein Mehrfaches an Wohnfläche verglichen mit beispielsweise unseren Nachbarn Deutschland und Frankreich. Dies ist umso erstaunlicher, als die durchschnittliche Wohnfläche in diesen Staaten mit derjenigen der Schweiz durchaus vergleichbar ist.¹⁶⁷ Die durchschnittliche Praxis der Schweiz ist damit insgesamt strenger als die vergleichbarer Staaten, in einigen Kantonen sogar deutlich strenger.¹⁶⁸

5.6. Mindeststandards statt Landesdurchschnitt

Die schweizerische Gesetzgebung verweist für die Anforderungen an die angemessene Wohnung auf solche, die «für Schweizerbürger in der gleichen Gegend gelten». Eine zweckgemässe Auslegung sollte diesem Massstab nicht ein durchschnittliches Wohnraumbedürfnis in der entsprechenden Gegend zu Grunde legen, sondern von Mindeststandards ausgehen. Orientieren könnten sich die Praxis dabei als obere Limite an den Ansätzen der Schweizerischen Konferenz für Sozialhilfe: Es wäre unangebracht, von ausländischen Nachzugswilligen die Einhaltung von Standards zu fordern, die man einheimischen Sozialhilfeempfängern nicht gewähren möchte, oder umgekehrt Sozialhilfeempfängern Wohnungen zuzumuten, bei denen Ausländern der Familiennachzug verweigert würde.

Eine Orientierung an durchschnittlichen Wohnungsverhältnissen hätte die Konsequenz, dass die Anforderungen für die ausländischen Gesuchsteller stetig höher würden. Während die Wohnverhältnisse damals, als die Bedingung der angemessenen Wohnung inschweizerische Recht aufgenommen wurde, auch in der Schweiz noch sehr bescheiden waren,¹⁶⁹ sind die Bedürfnisse in den letzten Jahrzehnten kontinuierlich gestiegen. Betrug 1980 die durchschnittliche Wohnfläche pro Person noch 34 m², waren es 1990 bereits 39 m² und im Jahr 2000 gar 44 m².¹⁷⁰

In diesem Sinne orientieren sich auch die meisten Staaten der EU, die eine angemessene Wohnung verlangen, an Standards für Sozialwohnungen bzw. an entsprechenden Leistungen der Sozialhilfe. Die Richtlinien der Schweizerischen Konferenz für Sozialhilfe (SKOS),¹⁷¹ enthalten zwar keine obere Limite, die von der Sozialhilfe finanziert wird. Bezüglich zumutbarer Wohnung führen sie bei jungen Erwachsenen beispielsweise aus, dass diesen zuzumuten ist, «eine günstige Wohngelegenheit zu suchen. Dabei ist ein einfaches Zimmer mit oder ohne Kochgelegenheit, ein Studentenwohnheim oder das Teilen der Wohnung mit anderen zumutbar. Eine eigene Wohnung wird nur bewilligt, wenn hierfür besondere Gründe (z.B. Haushalt mit Kindern, ...) geltend gemacht werden.»

5.7. Handlungsbedarf

- Das Erfordernis der angemessenen Wohnung soll dem Schutz der Familien, insbesondere der Kinder, dienen und die Integration erleichtern helfen.
- Es ist eine Praxis zu entwickeln, die die Ausübung des Menschenrechtes «Recht auf Zusammenleben mit der Familie» überhaupt ermöglicht, indem nicht unüberwindbare Bedingungen gestellt werden. Dabei sind Anreize zu schaffen, damit der Familiennachzug in einem möglichst frühen Stadium stattfinden kann. Die Arbeitgeber sind einzuladen, sich an den Bemühungen zur angemessenen Unterbringung der Familien ihrer Angestellten zu beteiligen.
- Anforderungen an die Angemessenheit der Wohnung sind kein Mittel, die Zuwanderung zu begrenzen. Die Konsequenzen für den Familiennachzug müssen bei der erstmaligen Bewilligungserteilung an die ausländische Arbeitskraft erwogen werden, und nicht erst bei der Einreichung des Gesuches um Familiennachzug.
- Die Kriterien für den Nachzug durch Schweizer Bürger, Niedergelassene, EU-Angehörige und Aufenthaltler aus Drittstaaten sind möglichst zu vereinheitlichen. Damit kann vermieden werden, dass der Nachzug aufgeschoben werden muss, bis die Bedingungen dafür einfacher erfüllt werden können.

¹⁶⁶ Vgl. oben Ziffer 4.2.

¹⁶⁷ Gemäss den Statistiken von Habitat (United Nations Secretariat and United Nations Centre for Human Settlements, Statistics Division, Compendium of Human Settlement Statistics 2001) beträgt die Belegungsdichte in Frankreich 0.7 Personen pro Zimmer, in Deutschland 0.5, in der Schweiz 0.6 (laut Bundesamt für Statistik 0.59).

¹⁶⁸ Mit Ausnahme Dänemarks, vgl. oben Ziffer 4.2.6.

¹⁶⁹ Vgl. die Schilderungen bei Kammermann, oben bei Anm. 78, wonach die «Schlafräume nicht von einer übermässigen Anzahl von Personen benutzt werden» durften.

¹⁷⁰ Vgl. den ersten Bericht der Schweiz zur Umsetzung des Internationalen Paktes über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte, 18. September 1996, zu finden auf www.humanrights.ch, und die Hinweise bei Anm. 162 oben. Der Bericht zur Umsetzung des Paktes I enthält im Übrigen einige wertvolle Hinweise auf das Recht auf Unterkunft in der Schweiz.

¹⁷¹ Schweizerische Konferenz für Sozialhilfe, Richtlinien für die Ausgestaltung und Bemessung der Sozialhilfe, H11, www.skos.ch.

- Eine Angleichung der materiellen Voraussetzungen des Familiennachzuges unter den Kantonen wäre wünschbar.
- Die Erarbeitung zuverlässiger Statistiken über Gutheissungen und Ablehnungen von Nachzugsgesuchen, mit Angabe der Gründe, würde es der Politik erlauben, zielgerichteter zu legiferieren.
- Interne Weisungen und Richtlinien über die Anwendung der Bedingungen für den Familiennachzug sind nur schwer zugänglich. Im Sinne der Transparenz und Vorhersehbarkeit staatlichen Handelns müssen sie publik gemacht werden. Der blosse Hinweis auf Gesetz und «ortsübliche Verhältnisse für Schweizer Bürger» helfen den Gesuchstellern wenig.
- Das Zusammenleben in der Familie und damit der Familiennachzug ist ein zentrales Menschenrecht. Dies darf bei der Anwendung von Verwaltungsrichtlinien im Bereich der Wohnungsanforderungen nicht aus den Augen verloren werden.

Literaturverzeichnis

Aufgeführt sind hier nur die wichtigsten Literaturangaben vor allem zum Familiennachzug im schweizerischen Recht, unter Einbezug der Europäischen Menschenrechtskonvention. Andere, meist nur einmal erwähnte Quellen finden sich im Text.

- Buomberger Thomas, Kampf gegen unerwünschte Fremde. Von James Schwarzenbach bis Christoph Blocher, Zürich 2004 (zitiert Fremde).
- Caroni Martina, Privat- und Familienleben zwischen Menschenrecht und Migration. Eine Untersuchung zu Bedeutung, Rechtsprechung und Möglichkeit von Art. 8 EMRK im Ausländerrecht, Berlin 1999 (zitiert Privat- und Familienleben).
- Göksu Tarkan, Familiennachzug im Asylrecht, ASYL 2004, Nr. 1, S. 11ff (zitiert Familiennachzug).
- Grant Philip, La protection de la vie familiale et de la vie privée en droit des étrangers, Genève 2000 (zitiert protection).
- Kälin Walter/Caroni Martina, Diskriminierungsverbot und Familiennachzug. Eine Studie zur Frage der Diskriminierung von Ausländerinnen und Ausländern im schweizerischen Recht im Auftrag der Eidgenössischen Kommission gegen Rassismus, Bern 1998 (zitiert Diskriminierungsverbot).
- Kammermann Hans, Der Familiennachzug der ausländischen Arbeitskräfte. Eine Überprüfung auf Verfassungsmässigkeit und Menschenrechte, Zürich 1976 (zitiert Familiennachzug).
- Kottusch Peter, Zur rechtlichen Regelung des Familiennachzugs von Ausländern, Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht (ZBI) 90 (1989), S. 329ff (zitiert Familiennachzug).
- Möhr-Monn Marco, Die Regelung des Familiennachzuges von Ausländern in der Praxis der Fremdenpolizei des Kantons Graubünden, Zeitschrift für Gesetzgebung und Rechtsprechung in Graubünden (ZGRG) 1989, S. 130ff (zitiert Familiennachzug).
- Nguyen Minh Son, Droit public des étrangers. Présence, activité économique et statut politique, Berne 2003 (zitiert étrangers).
- Pfammatter Christian, Les autorisations de séjour tranchées définitivement par le Canton – jurisprudence fribourgeoise, Revue fribourgeoise de jurisprudence (RFJ) 1999, S. 291ff (zitiert autorisations de séjour).
- Raselli Niccolò/Hausammann Christina, Ausländische Kinder sowie andere Angehörige, in: Uebersax Peter/Münch Peter/Geiser Thomas/Arnold Martin (Hrsg.), Ausländerrecht. Ausländerinnen und Ausländer im öffentlichen Recht, Privatrecht, Strafrecht, Steuerrecht und Sozialrecht der Schweiz, Handbücher für die Anwaltspraxis Band VIII, Basel 2002, S. 527ff (zitiert ausländische Kinder).
- Schlegel Walter, Die rechtliche Regelung des Familiennachzuges nach der Praxis der Fremdenpolizei des Kantons Graubünden, Zeitschrift für Gesetzgebung und Rechtsprechung in Graubünden (ZGRG) 1995, S. 26ff (zitiert Familiennachzug).
- Spescha Marc, Handbuch zum Ausländerrecht, Bern 1999 (zitiert Handbuch).
- Traub Kaspar, Familiennachzug im Ausländerrecht, Basel 1992 (zitiert Familiennachzug).
- Zanga Bruno/Guhl Camillus, Familiennachzug ausländischer Personen in die Schweiz, mit Berücksichtigung der Praxis im Kanton St. Gallen, Aktuelle Juristische Praxis 2001, Nr. 5, S. 403ff (zitiert Familiennachzug).

Anhang

Gesetzes- und Vertragstexte

Verordnung über die Begrenzung der Zahl der Ausländer (BVO) vom 6. Oktober 1986 (SR 823.21)

Art. 11 Unterkunft [für ausländische Arbeitskräfte]

Eine Bewilligung wird nur erteilt, wenn der Ausländer eine angemessene Unterkunft hat, die den bau-, feuer- und gesundheitspolizeilichen Anforderungen genügt.

Art. 39 Voraussetzungen [für den Familiennachzug]

¹Dem Ausländer kann der Familiennachzug ohne Wartefrist bewilligt werden, wenn:

- a. in Aufenthalt und gegebenenfalls seine Erwerbstätigkeit gefestigt erscheinen;
- b. die Familie zusammen wohnt und eine angemessene Wohnung hat;
- c. der Ausländer genügend finanzielle Mittel für den Unterhalt seiner Familie hat; und
- d. die Betreuung der Kinder, die noch der elterlichen Obhut bedürfen, gesichert ist.

²Eine Wohnung ist angemessen, wenn sie den Anforderungen entspricht, die für Schweizerbürger in der gleichen Gegend gelten.

Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft einerseits und der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten andererseits über die Freizügigkeit (Freizügigkeitsabkommen)

Abgeschlossen am 21. Juni 1999. In Kraft getreten am 1. Juni 2002 (SR 0.142.112.681)

Anhang I

Art. 3 Familienangehörige

(1) Die Familienangehörigen einer Person, die Staatsangehörige einer Vertragspartei ist und ein Aufenthaltsrecht hat, haben das Recht, bei ihr Wohnung zu nehmen. Der Arbeitnehmer muss für seine Familie über eine Wohnung verfügen, die in dem Gebiet, in dem er beschäftigt ist, den für die inländischen Arbeitnehmer geltenden normalen Anforderungen entspricht; diese Bestimmung darf jedoch nicht zu Diskriminierungen zwischen inländischen Arbeitnehmern und Arbeitnehmern aus der anderen Vertragspartei führen.

Botschaft des Bundesrates zum Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer (AuG) vom 8. März 2002 (BBl 2002 I 3709ff)

Art. 24 Wohnung [Zulassung zu einem Aufenthalt mit Erwerbstätigkeit]

¹Ausländerinnen und Ausländer können zur Ausübung einer Erwerbstätigkeit nur zugelassen werden, wenn sie über eine angemessene Wohnung verfügen.

²Eine Wohnung ist angemessen, wenn sie den ortsüblichen Verhältnissen bei Schweizerinnen und Schweizern entspricht.

Art. 43 Ehegatten und Kinder von Personen mit Aufenthaltsbewilligung [Familiennachzug]

Ausländische Ehegatten und ledige Kinder unter 18 von Personen mit Aufenthaltsbewilligung haben Anspruch auf Erteilung und Verlängerung der Aufenthaltsbewilligung, wenn

- a. sie mit diesen zusammenwohnen;
- b. eine angemessene Wohnung (Art. 24 Abs. 2) vorhanden ist; und
- c. sie nicht auf Sozialhilfe angewiesen sind.

Fassung des Ausländergesetzes nach der Beratung im Nationalrat (Amtl. Bull. N 2004, S. 718, 750f, 756)

Stand: Juni-Session 2004

Art. 24

Ausländerinnen und Ausländer können zur Ausübung einer Erwerbstätigkeit nur zugelassen werden, wenn sie über eine bedarfsgerechte Wohnung verfügen.

Art. 43

Ausländische Ehegatten und ledige Kinder unter 18 von Personen mit Aufenthaltsbewilligung haben Anspruch auf Erteilung und Verlängerung der Aufenthaltsbewilligung, wenn

(...)

- b. eine bedarfsgerechte Wohnung vorhanden ist;

und

(...).

Fragebogen

Studie zum Kriterium der angemessenen Wohnung beim Familiennachzug im Rahmen des EKA-Jahresschwerpunkts «Integration und Habitat».

Praxis bezüglich Bedingungen der «angemessenen Wohnung» bei der Bewilligung des Familiennachzuges: Fragebogen an die kantonalen Migrationsbehörden

Frage 1: Kriterien

- a. Haben Sie in der Anwendung von Art. 39 BVO bzw. von Art. 3 des Anhanges I zum Freizügigkeitsabkommen (FZA) bezüglich des Begriffes «angemessene Wohnung» eigene Leitlinien oder Kriterien entwickelt? (z.B. Anzahl Zimmer, Wohnungsfläche ...)

- Ja
- Nein

Falls Ja, könnten Sie diese Leitlinien/Kriterien bitte beilegen?

- b. Orientieren Sie sich beim Kriterium der angemessenen Wohnung an kantonalen bzw. kommunalen Vorschriften für Schweizerinnen und Schweizer?

- Ja
- Nein

Falls Ja, welche?

- c. Unterscheiden sich die Kriterien bei Fällen des Familiennachzuges nach Art. 39 BVO und nach Art. 3 Anhang I FZA?

- d. Gibt es in Ihrem Kanton einschlägige Grundsatzentscheide von Verwaltung oder Gerichten?

- Ja
- Nein

- e. Falls Ja, könnten Sie bei publizierten Entscheiden bitte eine Quellenangabe machen bzw. bei unpublizierten Entscheiden diese bitte beilegen?

- f. Halten Sie den Konkretisierungsgrad der Weisungen und Rundschreiben des IMES im Bereich des Familiennachzuges für übertrieben, genügend, ungenügend oder völlig ungenügend?

- Übertrieben genügend ungenügend völlig ungenügend

Frage 2: Statistische Angaben

- a. Führen Sie Statistik bezüglich Gutheissungen und Ablehnungen von Gesuchen um Familiennachzug?

- Ja
 Nein

Falls Nein, können Sie auch ungefähre Angaben zu den folgenden Fragen machen?

- b. Wie viele Gesuche um Familiennachzug wurden im Jahr 2002 und im Jahr 2003 entschieden?

- | | | | | |
|---|-------|--------|-------|--------|
| - Gesamthaft | _____ | (2002) | _____ | (2003) |
| Falls Aufschlüsselung vorgenommen wird: | | | | |
| - in Anwendung von Art. 39 BVO | _____ | (2002) | _____ | (2003) |
| - in Anwendung des FZA | _____ | (2002) | _____ | (2003) |

- c. Wie viele Gesuche davon wurden abgelehnt?

- | | | | | |
|---|-------|--------|-------|--------|
| - Gesamthaft | _____ | (2002) | _____ | (2003) |
| Falls Aufschlüsselung vorgenommen wird: | | | | |
| - in Anwendung von Art. 39 BVO | _____ | (2002) | _____ | (2003) |
| - in Anwendung des FZA | _____ | (2002) | _____ | (2003) |

- d. Wie viele Gesuche wurden abgelehnt wegen Fehlens einer angemessenen Wohnung?

- | | | | | |
|---|-------|--------|-------|--------|
| - Gesamthaft | _____ | (2002) | _____ | (2003) |
| Falls Aufschlüsselung vorgenommen wird: | | | | |
| - in Anwendung von Art. 39 BVO | _____ | (2002) | _____ | (2003) |
| - in Anwendung des FZA, Art. 3 Anhang I | _____ | (2002) | _____ | (2003) |

Frage 3: Allgemeine Fragestellungen

- a. Halten Sie das Kriterium der angemessenen Wohnung in Ihrer Arbeit für schwierig anwendbar?

- Ja
 Eher
 Eher nicht
 Nein

- b. Glauben Sie, dass mit den Bestrebungen, die Nachzugsfrist zu verkürzen, sich das Problem für die Nachzugswilligen verschärfen wird?

- Ja
 Eher
 Eher nicht
 Nein

- c. Denken Sie, dass heute in diesem Bereich rechtsmissbräuchliches Verhalten verbreitet ist?
- Ja
 - Eher
 - Eher nicht
 - Nein
- d. Befürchten Sie nach der Einführung einer verkürzten Nachzugsfrist ein höheres Mass an Missbrauch?
- Ja
 - Eher
 - Eher nicht
 - Nein
- e. Was ist für Sie die ratio legis, der Hauptgrund für die Bestimmung, dass eine angemessene Wohnung vorhanden sein muss, damit der Familiennachzug bewilligt werden kann?
- Schutz der Familie
 - Gleichstellung mit Schweizerinnen und Schweizern
 - Vermeidung von Überbelegung, «Verslumung»
 - Andere
- f. Haben Sie weitere Hinweise und Bemerkungen?
-
-

Résumé

Le logement «convenable» comme condition pour le regroupement familial

Résumé de l'étude de Alberto Achermann¹

L'octroi du regroupement familial aux titulaires d'une autorisation de séjour à l'année dépend notamment de l'existence d'une habitation convenable. Or, ni l'objectif de cette disposition, ni son concept ne sont clairs. L'application de cette clause imprécise incombe aux cantons, là où il existe des différences notoires. Il paraît donc indispensable de procéder à un examen critique des pratiques et de les harmoniser.

Selon les dispositions légales en la matière, «l'autorité peut autoriser l'étranger à faire venir en Suisse son conjoint et ses enfants célibataires âgés de moins de 18 ans dont il a la charge», lorsque – outre d'autres conditions – la famille vit en communauté et dispose à cet effet d'une *habitation convenable*² (art. 38 et 39 de l'ordonnance limitant le nombre des étrangers, OLE). «L'étranger» doit par ailleurs disposer de moyens financiers suffisants pour entretenir sa famille et assurer la garde des enfants ayant encore besoin de la présence des parents. Une habitation est considérée comme «convenable» selon la loi lorsqu'elle *correspond aux normes applicables aux ressortissants suisses dans la région où l'étranger veut habiter* (art. 39, al. 2, OLE).

S'agissant des ressortissants des Etats membres de l'UE ou de l'AELE jouissant d'un droit de séjour en Suisse, la situation est analogue. Conformément aux conventions en la matière, les membres de la famille de travailleurs ont le *droit* de s'installer avec lui. Il s'agit du conjoint et des descendants de moins de 21 ans (ou de plus de 21 ans si les parents assurent l'entretien), ainsi que des ascendants qui sont à sa charge. Ce droit s'étend donc à un cercle familial plus large. Toutefois, la personne qui dépose la demande *doit disposer d'un logement considéré comme normal pour les travailleurs nationaux salariés dans la région où il est employé* (art. 3 de l'annexe I de l'accord sur la libre circulation des personnes).

La situation des titulaires d'une autorisation d'établissement est différente. A l'instar des ressortissants des

Etats membres de l'UE ou de l'AELE, ils ont un droit au regroupement familial, mais ce droit se limite au conjoint et aux enfants de moins de 18 ans. L'existence d'une habitation convenable n'est pas expressément requise. Néanmoins, les tribunaux exigent que le logement soit adapté aux besoins des membres de la famille. Par conséquent, même pour le regroupement familial des étrangers établis, des exigences minimales sont posées quant à l'appartement.

La nouvelle loi sur les étrangers (LEtr), qui fait actuellement l'objet de débats au Parlement, maintiendra probablement la condition de l'habitation convenable. Le Conseil national a décidé de remplacer la notion de «convenable» par «approprié à leurs besoins». Cependant, on ne sait pas si cet ajustement apporte un changement matériel. Ce qui paraît plus important, c'est la décision du Conseil national d'accorder un *droit* à une autorisation de séjour aux conjoints et aux enfants de moins de 18 ans de titulaires d'une autorisation à l'année. Avant tout parce que l'octroi d'un droit permet de saisir un tribunal en cas de refus. Si le Conseil des Etats approuvait cette modification, le Tribunal fédéral pourrait donner une interprétation de la notion «convenable» ou «approprié à leurs besoins». En effet, faute de droit, il n'était jusqu'ici pas possible de recourir au Tribunal fédéral suite au refus d'octroyer une autorisation, au titre du regroupement familial, aux membres de la famille de titulaires d'une autorisation de séjour.

Origine et objectif de la réglementation

L'origine de la réglementation concernant l'obligation de disposer d'une habitation convenable pour la famille n'est guère connue. Elle est cependant importante pour l'interprétation de la notion, car elle permet de saisir l'objectif de cette norme. La recherche de l'origine nous ramène aux années soixante. A l'époque, les articles de journaux sur les mauvaises conditions d'habitation de la main-d'œuvre étrangère se sont multipliés. Ils relevaient en particulier les loyers excessifs et les lieux d'hébergement indignes, dans des immeubles délabrés et suroccupés. Le Conseil fédéral a réagi à ces critiques en envoyant plusieurs circulaires et appels aux employeurs. En 1962, il a édicté une disposition précisant que

¹ Alberto Achermann est juriste, spécialisé dans les domaines du droit international public, des droits de l'homme et du droit sur la migration. Il travaille à Berne, comme avocat et conseiller juridique indépendant. Auteur de plusieurs ouvrages, il a notamment publié un livre sur le droit d'asile suisse et européen et sur le droit international des réfugiés.

² Dans la législation suisse, il est question de logement ou d'habitation convenable.

l'admission en Suisse de travailleurs étrangers et de leurs familles était subordonnée à l'exigence d'une «habitation convenable». Outre sa volonté d'instaurer des conditions dignes d'un être humain, le Conseil fédéral entendait aussi préserver la réputation du pays, afin de ne pas entraver le recrutement de main-d'œuvre étrangère.

Dans l'Accord entre la Suisse et l'Italie relatif à l'émigration de travailleurs italiens en Suisse d'août 1964, il est précisé qu'une autorisation ne sera accordée que si le travailleur dispose pour sa famille d'un logement convenable. Dans les déclarations communes relatives à cet accord, la délégation suisse a notamment relevé que les prescriptions relatives à l'habitation, en particulier la protection des locataires, étaient également applicables aux Italiens. La délégation a rappelé que la Confédération avait maintes fois invité les autorités cantonales à examiner avec attention l'application de ces prescriptions aux travailleurs étrangers et à subordonner l'admission de travailleurs étrangers et de leurs familles à l'existence d'un logement convenable. Elle a relevé en outre que la Confédération encourageait la construction de logements à loyers modérés. La Confédération n'avait pas édicté de prescription visant à empêcher les travailleurs italiens de louer un tel appartement. Les autorités fédérales se disaient disposées à recommander aux cantons l'égalité de traitement entre Suisses et Italiens s'agissant de l'application des prescriptions en la matière. La délégation italienne n'avait formulé aucune remarque ou objection concernant le logement.

Selon le déroulement des négociations tel qu'il ressort du message du Conseil fédéral concernant l'approbation de l'accord, il est indubitable que la délégation italienne attachait beaucoup d'importance à la question de l'habitation, en particulier à la construction de logements. Elle exigeait en outre que le travailleur et sa famille soient admis en Suisse simultanément, pour autant qu'ils disposent d'un logement convenable. Dans ce même message, il était précisé que ce souhait était en soi compréhensible, puisqu'il était extrêmement difficile pour le travailleur étranger de se séparer de sa famille dans ces conditions. Toutefois, en raison du risque de surpopulation étrangère, il était exclu de satisfaire à ce souhait de regroupement familial immédiat. Ce message précise également que l'exigence du logement convenable est censée contrecarrer l'entrée incontrôlée de membres de la famille et ses conséquences, à savoir des conditions d'habitation contraires aux bonnes mœurs ou à l'ordre public. En outre, il fallait se soucier que l'entrée des familles pourrait se faire uniquement sous réserve des possibilités existantes sur le marché du logement. Enfin, il fallait veiller à ce que les logements destinés aux familles de travailleurs étrangers ne soient pas attribués au détriment des anciens locataires.

La genèse appelle la conclusion suivante: la lutte contre les abus et l'exploitation de la main-d'œuvre étrangère était au centre des préoccupations, ce qui était considéré en premier lieu comme une question d'image. Des échos négatifs dans la presse pouvaient gêner le recrutement. En cas de regroupement familial, il était encore plus urgent d'éviter que les travailleurs étrangers ne soient logés dans des habitations insalubres. Autre point déterminant: l'égalité de traitement face à l'accès au logement. Dans le message relatif à l'accord susmentionné, des arguments liés à la surpopulation étrangère ont été invoqués en relation avec l'attitude défensive d'une partie de la population et avec le manque de logements en Suisse. La condition du logement convenable a servi d'instrument de contrôle et de mesure de limitation. Tout porte à croire que cet argument n'a pas été utilisé lors des négociations avec l'Italie.

Dans son livre intitulé «Kampf gegen unerwünschte Fremde», Thomas Buomberger observe, en exagérant certes un peu, que la preuve du logement en vue de l'octroi du regroupement familial est devenue un important instrument de contrôle de l'immigration (Buomberger 2004: 76). En revanche, sa remarque concernant l'importante marge d'appréciation conférée ainsi aux autorités de police des étrangers correspond à la réalité.

La pratique à l'échelon européen

L'exigence de l'habitation convenable n'est pas une particularité suisse. Plusieurs Etats européens appliquent des critères analogues. Tel est le cas de l'Allemagne et de la France ou même de pays d'émigration, tels que le Portugal et l'Espagne. Jusqu'ici, la Belgique, la Finlande et la Suède n'ont pas édicté de prescriptions. L'Union européenne, qui assume des compétences accrues dans le domaine de l'immigration, a édicté le 22 septembre 2003 une *Directive relative au droit au regroupement familial* qui a été accueillie très favorablement. Pour la première fois, la réalisation de ce droit humain était contraignant au niveau communautaire. Cet instrument permet expressément aux Etats d'exiger des familles concernées qu'elles disposent d'un espace suffisant «considéré comme normal pour une famille de taille comparable dans la même région et qui répond aux normes générales de salubrité et de sécurité» (art. 7 de ladite directive). En d'autres termes, les Etats ne sont pas tenus de définir les critères du logement mais ils peuvent le faire dans leur législation sur les étrangers. Selon le préambule de cette directive, la fixation de critères communs par les Etats membres de l'UE dans le domaine du regroupement familial vise à assurer «la protection de la famille ainsi que le maintien ou la création de la vie familiale». Le regroupement familial «contribue à la création d'une stabilité socioculturelle facilitant l'intégration des ressortissants de pays tiers dans les Etats membres,

ce qui permet par ailleurs de promouvoir la cohésion économique et sociale».

La pratique dans les cantons

Il est précisé à l'art. 39, al. 2, OLE qu'une habitation est convenable si elle correspond aux normes applicables aux ressortissants suisses dans la région où l'étranger veut habiter. Les directives de l'Office fédéral de l'immigration, de l'intégration et de l'émigration (IMES) ne contiennent pas d'autres indications ou instructions. Par conséquent, la concrétisation incombe aux autorités cantonales, dans le cadre de leur marge d'appréciation. A cet égard, elles exigent la plupart du temps que le travailleur dispose d'un appartement (contrat de bail signé), que les prescriptions de la police des constructions, du feu et de la police sanitaire soient respectées (Kälin/Caroni 1998: 49). Dans la pratique, c'est le dernier point qui pose le plus de problèmes.

Il ressort d'un sondage effectué dans les cantons au moyen de questionnaires et d'interviews que l'adaptation des prescriptions aux usages de la localité ou de la région n'est pas considérée comme déterminante, car les critères sont établis de manière uniforme dans tout le canton. Certains cantons ont même largement harmonisé leurs pratiques. Par conséquent, les normes régionales ou locales visées dans l'ordonnance jouent un rôle secondaire. Il n'est cependant pas surprenant que les autorités cantonales compétentes en matière d'autorisation aient une perception parfois très divergente de la grandeur de l'appartement, à supposer que cet aspect soit important. Par ailleurs, l'appréciation de l'habitation a lieu après le dépôt de la demande de regroupement familial. Il s'agit donc d'une décision à partir d'une situation ponctuelle. En effet, lors d'un déménagement ultérieur ou de l'agrandissement de la famille suite à une naissance, il n'est guère procédé au contrôle du logement et la famille n'est pas obligée de chercher un plus grand appartement.

Présentées sous une forme simplifiée, les pratiques évoquées ci-après ont été observées concernant la grandeur de l'habitation:

- La plupart des cantons, 15 au total, appliquent la règle empirique suivante: *membres de la famille moins un égal nombre de pièces*. Selon les déclarations de certains représentants cantonaux, des différences considérables peuvent intervenir selon que cette règle est appliquée de manière stricte ou souple.
- Quatre cantons ont édicté des *réglementations très différenciées* en tant que directives, pour déterminer le nombre de pièces requises. A cette fin, ils ont tenu compte du nombre d'enfants, de leur âge et de leur sexe.

- Trois cantons exigent un *nombre minimum de mètres carrés* par personne, parfois ajouté au nombre minimum de pièces. Pour un ménage de trois personnes, la surface habitable requise varie entre 30 et 60 m².
- Un canton exige une *demi-pièce par personne*. Ainsi, pour un ménage de six personnes, un logement de trois pièces est considéré comme convenable.
- Trois cantons n'ont fixé *aucun critère*; ils décident individuellement et interviennent uniquement en cas de suroccupation manifeste. (Tel serait notamment le cas si six personnes habitaient dans un logement de deux pièces ou quatre personnes dans un studio.)

Outre les critères d'évaluation de l'adéquation de l'habitation et de son application plus ou moins souple, une série d'autres aspects, parfois difficilement saisissables, influencent la pratique. En la matière, il convient de mentionner notamment

- que certains cantons autorisent le partage du logement avec les parents d'un couple alors que d'autres l'interdisent,
- qu'il est permis, dans certaines régions de Suisse, de louer deux appartements dans le même immeuble afin de remplir la condition de l'habitation convenable, tandis que dans d'autres régions cette manière de procéder est interdite,
- que les communes ne sont pas impliquées dans tous les cantons de la même manière dans la procédure d'autorisation,
- que l'intensité des contrôles est également très différente et que certains cantons se contentent de la présentation du contrat de bail alors que d'autres procèdent à des inspections,
- que des disparités ont été constatées quant à l'importance accordée au rôle du bailleur et à son accord en cas de suroccupation.

En conclusion, force est de constater que les autorités cantonales disposent d'une importante marge d'appréciation qu'elles utilisent de façon différente. Il est toutefois difficile d'évaluer l'importance du critère de l'habitation convenable en cas de regroupement familial. D'une part, une statistique sur les approbations et les refus manque dans la plupart des cantons et, d'autre part, les personnes qui aspirent au regroupement familial retirent leur demande au moment où le droit d'être entendues leur est accordé, voire renoncent au dépôt d'une demande faute de chances de réussite.

Evaluation et nécessité d'agir

On peut supposer que des différences d'interprétation analogues apparaissent concernant les autres critères à remplir en vue de l'obtention du regroupement familial. Ces disparités sont insatisfaisantes dès lors qu'il s'agit de l'application de la même législation fédérale. Par ailleurs, les titulaires d'une autorisation de séjour obtiennent un jour une autorisation d'établissement qui leur permet de déménager sans difficulté dans un autre canton. Par conséquent, des pratiques restrictives différenciées en matière d'autorisation ne sont pas judicieuses sur la durée. Il est donc indispensable d'harmoniser les critères. A cet égard, il est souhaitable que la nouvelle loi sur les étrangers permette d'introduire une pratique uniforme.

Il n'est pas aisé de répondre à la question de savoir si l'exigence d'une habitation convenable est un critère applicable. Il ne s'agit pas d'une mesure de limitation satisfaisante car elle a souvent pour effet de reporter le regroupement familial au moment de l'obtention de l'autorisation d'établissement, les critères d'application étant alors moins sévères. En outre, cette pratique va à l'encontre de l'objectif consistant à faire venir les enfants le plus rapidement possible en Suisse, qui fait l'objet d'un large consensus.

En revanche, il ne faut pas sous-estimer l'effet intégratif d'un logement convenable, notamment sur les enfants qui grandissent en Suisse. C'est pourquoi il ne serait pas opportun de renoncer à la légère à toute exigence. Faire fi de cette mesure uniquement pour des raisons de surrégulation est trop rudimentaire. Le fait de définir des exigences minimales en vue de protéger les faibles de conditions d'habitat indignes est un principe des droits de l'homme. En la matière, les politiques sont sollicités à plusieurs niveaux. D'une part, ils sont appelés à favoriser une pratique permettant de réaliser le droit «à vivre en famille» en instaurant des règles applicables et, d'autre part, à trouver les moyens incitant à demander le regroupement familial à un stade précoce. Dans ce contexte, les autorités chargées de délivrer les autorisations, mais aussi les responsables de la politique de l'habitat et les partenaires sociaux sont invités à agir.

Riassunto

L'alloggio «conveniente» quale presupposto per il ricongiungimento familiare

Riassunto dello studio di Alberto Achermann¹

L'autorizzazione del ricongiungimento familiare per le persone titolari di un permesso di dimora annuale dipende fra le altre cose dall'esistenza di un alloggio conveniente. Né l'obiettivo né il concetto stesso di tale presupposto risultano chiari. L'applicazione di questa nozione giuridica indeterminata compete ai Cantoni e nella prassi si osservano forti differenze. Appare necessario procedere a un'analisi critica delle diverse prassi e perseguire un'armonizzazione delle stesse.

Secondo le pertinenti disposizioni legali, lo straniero può essere autorizzato a farsi raggiungere in Svizzera dal coniuge e dai figli sotto i 18 anni, non coniugati, di cui deve prendersi cura se – oltre ad altri presupposti – abiterà con la famiglia e dispone di un *alloggio conveniente*² (art. 38 e 39 dell'ordinanza che limita l'effettivo degli stranieri, OLS). Lo straniero deve inoltre disporre di mezzi finanziari sufficienti per il mantenimento della famiglia e garantire l'assistenza ai figli di cui deve prendersi cura. Stando alla legge, un alloggio è conveniente se *risponde ai requisiti che, nella stessa regione, sono validi anche per i cittadini svizzeri* (art. 39 cpv. 2 OLS).

La situazione è analoga per le persone provenienti dall'UE/AELS e titolari di un permesso di soggiorno in Svizzera: i lavoratori dipendenti hanno *diritto*, giusta i pertinenti accordi, a farsi raggiungere dai familiari. Per familiari s'intendono il coniuge e i figli minori di 21 anni (o anche maggiori di 21 anni se a carico dei genitori) e i genitori se a carico. I cittadini dell'UE/AELS godono pertanto di un diritto al ricongiungimento familiare più esteso, in quanto comprende una cerchia di familiari più ampia. Anche qui, tuttavia, il richiedente deve disporre di un alloggio *che sia considerato normale per i lavoratori dipendenti nazionali nella regione in cui è occupato* (Allegato I all'Accordo sulla libera circolazione delle persone, art. 3).

Per i titolari di un permesso di domicilio la situazione è diversa: essi godono di un diritto garantito per legge al ricongiungimento, com'è il caso per i cittadini del-

l'UE/AELS, tuttavia tale diritto comprende unicamente il coniuge e i figli minori di 18 anni. Non è invece richiesta esplicitamente l'esistenza di un alloggio conveniente. I tribunali esigono tuttavia che l'alloggio possa accogliere l'intera famiglia, per cui anche il ricongiungimento familiare dei titolari di un permesso di domicilio sottostà a determinate esigenze minime per quel che concerne l'alloggio.

La nuova legge federale sugli stranieri (LStr), discussa tuttora alle Camere, manterrà con ogni probabilità il presupposto dell'alloggio conveniente; il Consiglio nazionale ha deciso di sostituire il termine di «conveniente» mediante la nozione di «conforme ai bisogni», tuttavia è tutt'altro che chiaro se ciò implicherà anche un cambiamento materiale. Può invece rivestire maggiore importanza il fatto che il Consiglio nazionale abbia deciso di concedere un vero e proprio *diritto* di ottenere un permesso di dimora al coniuge e ai figli minori di 18 anni di persone titolari di un permesso di dimora annuale. L'importanza di tale decisione risiede anzitutto nel fatto che la concessione di un diritto garantito per legge apre la via del ricorso davanti a un tribunale in caso di rifiuto. Se anche il Consiglio degli Stati approverà tale decisione, il Tribunale federale sarebbe libero di interpretare la nozione di alloggio conveniente, risp. conforme ai bisogni. Tuttora, l'assenza di un diritto garantito per legge blocca l'accesso al Tribunale federale nei casi di rifiuto del rilascio di un permesso nel contesto del ricongiungimento familiare dei dimoranti.

Origine e obiettivo della regolamentazione

L'origine della regolamentazione concernente l'esistenza di un alloggio conveniente per la famiglia è poco nota, ma di una certa rilevanza per l'interpretazione della nozione in quanto racchiude l'obiettivo della norma stessa. La ricerca di tale origine ci fa risalire agli inizi degli anni Sessanta: a quell'epoca si moltiplicavano i resoconti dei media relativi ad abusi nel settore delle abitazioni destinate alla manodopera straniera. Erano frequenti i casi di pigioni abusivamente elevate e di condizioni d'alloggio inumane in edifici sovrappopolati e in rovina. Il Consiglio federale reagì mediante diverse circolari e appelli ai datori di lavoro. Nel 1962, emanò una disposizione secondo cui, per poter ammettere dei lavo-

¹ Alberto Achermann, giurista, si è specializzato nei settori del diritto internazionale pubblico, dei diritti umani e del diritto delle migrazioni. Avvocato e consulente autonomo a Berna, egli è autore di numerose opere sul tema del diritto d'asilo svizzero ed europeo e sul diritto internazionale in materia di rifugiati.

² Nella legislazione svizzera, si parla di alloggio o di abitazione conveniente.

ratori stranieri e le loro famiglie, doveva essere disponibile un «alloggio conveniente». Oltre alla dignità umana delle persone interessate, il Consiglio federale voleva ristabilire la buona reputazione del Paese, evitando così di nuocere al reclutamento di ulteriore manodopera straniera.

L'Accordo del novembre 1964 fra la Svizzera e l'Italia relativo all'emigrazione dei lavoratori italiani in Svizzera afferma che, affinché possa essere autorizzato il ricongiungimento familiare, il lavoratore dovrà disporre per la sua famiglia di un alloggio adeguato. Nelle dichiarazioni comuni in margine all'accordo, la delegazione svizzera asserisce, tra le altre cose, che le prescrizioni in materia di abitazione, segnatamente in materia di protezione degli inquilini, valgono anche per i cittadini italiani. La delegazione rammenta che la Confederazione ha invitato a più riprese le autorità cantonali ad esaminare attentamente l'applicazione di queste prescrizioni alla manodopera straniera ed a far dipendere l'ammissione di lavoratori stranieri e delle rispettive famiglie dall'esistenza di un alloggio adeguato. Viene inoltre ricordato che la Confederazione promuove la costruzione di abitazioni a basso costo. Dal punto di vista della Confederazione, non vi sono prescrizioni che ostacolano l'accesso dei lavoratori italiani a siffatti alloggi in affitto. Le autorità federali sono disposte a raccomandare ai Cantoni di garantire la parità di trattamento dei cittadini svizzeri e dei cittadini italiani per quel che concerne l'applicazione delle pertinenti prescrizioni. Dal canto suo, la delegazione italiana non ha formulato nessuna osservazione o riserva per quel che concerne il pacchetto relativo all'alloggio.

Dalle descrizioni dei negoziati contenute nel messaggio del Consiglio federale relativo all'approvazione dell'accordo, si evince che la delegazione italiana dava molto peso alla questione dell'alloggio, segnatamente alla fornitura di alloggi. La delegazione italiana chiedeva inoltre che la famiglia potesse essere ammessa in Svizzera contemporaneamente al lavoratore a condizione che esistesse un alloggio conveniente. Il messaggio rileva che tale richiesta è comprensibile in quanto la separazione dalla famiglia costituisce una grave difficoltà per il lavoratore, il quale è inoltre confrontato con un contesto del tutto estraneo. A motivo della minaccia di eccesso della popolazione straniera, non sarebbe tuttavia possibile prendere in considerazione il desiderio del ricongiungimento familiare immediato. Il messaggio sostiene infine che l'esigenza dell'alloggio conveniente è volta ad evitare che un afflusso incontrollato di familiari conduca a situazioni abitative contrarie alle prescrizioni di polizia e ai principi morali. Occorre inoltre vegliare a che l'entrata delle famiglie sia autorizzata solo nella misura delle possibilità esistenti sul mercato immobiliare.

Si trattava di evitare in particolare che la fornitura di abitazioni alle famiglie di lavoratori stranieri andasse a scapito degli attuali inquilini.

La storia delle origini dimostra che il principio dell'alloggio conveniente era volto anzitutto a lottare contro gli abusi e contro lo sfruttamento dei lavoratori, il che rientrava in prima linea in un ragionamento volto a preservare la buona reputazione del nostro Paese. Una cattiva reputazione avrebbe infatti influito negativamente sul reclutamento di nuova manodopera. La necessità di proteggere i lavoratori dipendenti stranieri da situazioni incresciose dal profilo abitativo era ancor più impellente nel contesto del ricongiungimento familiare. Un ulteriore punto saliente del dibattito era dato dalla parità di trattamento per quel che concerne l'accesso alle abitazioni. Nel messaggio relativo all'accordo, tenuto conto dell'atteggiamento difensivo di parte della popolazione e del forte fabbisogno di alloggi che caratterizzava la Svizzera, sono avanzati anche argomenti che vanno nel senso della protezione da un eccesso della popolazione straniera. Il fatto di esigere un alloggio conveniente è pertanto presentato anche come strumento di controllo e di limitazione. Tuttavia si può presumere che questo tipo di argomentazione non sia stato avanzato esplicitamente nel contesto dei negoziati con l'Italia.

Nel suo libro intitolato «Kampf gegen unerwünschte Fremde», Thomas Buomberger asserisce in maniera forse un tantino esagerata che la prova di un alloggio conveniente divenne in seguito, nel contesto del ricongiungimento familiare, uno strumento centrale di controllo dell'immigrazione (Buomberger 2004: 76). La sua affermazione secondo cui la polizia degli stranieri ha beneficiato di una grande libertà di apprezzamento corrisponde però interamente alla verità.

La prassi a livello europeo

L'esigenza dell'alloggio conveniente non costituisce una caratteristica esclusiva della Svizzera: diversi Stati europei applicano criteri analoghi, come ad esempio la Germania e la Francia, nonché Paesi che tradizionalmente hanno conosciuto forti emigrazioni, come il Portogallo e la Spagna. Sinora Belgio, Finlandia e Svezia non applicano invece nessuna prescrizione in merito. L'Unione europea, che nel settore dell'immigrazione va assumendo competenze sempre più estese, ha emanato in data 22 settembre 2003 una *Direttiva relativa al diritto al ricongiungimento familiare*, celebrata quale pietra miliare. Per la prima volta, la realizzazione di questo diritto umano è stata disciplinata a livello dell'Unione. Ma anche questo strumento consente esplicitamente agli Stati di esigere che le famiglie interessate dispongano di «un alloggio considerato normale per una famiglia analoga

nella stessa regione e che corrisponda alle norme generali di sicurezza e di salubrità in vigore nello Stato membro interessato» (art. 7 della Direttiva). Ciò significa che gli Stati non sono tenuti a formulare criteri concernenti la qualità degli alloggi, ma possono farlo nel contesto delle loro leggi in materia di stranieri. Giusta il preambolo della Direttiva, l'obiettivo dell'unificazione dei criteri da parte degli Stati membri dell'UE nel settore del ricongiungimento familiare è «la protezione della famiglia e il rispetto della vita familiare»; il ricongiungimento familiare «contribuisce a creare una stabilità socioculturale che facilita l'integrazione dei cittadini di paesi terzi negli Stati membri»; anche la coesione economica e sociale ne risultano rafforzate.

La prassi nei Cantoni

L'articolo 39 capoverso 2 OLS precisa che «un alloggio è conveniente se risponde ai requisiti che, nella stessa regione, sono validi anche per i cittadini svizzeri». Le istruzioni dell'Ufficio federale dell'immigrazione, dell'integrazione e dell'emigrazione (IMES) non contengono ulteriori indicazioni o direttive. La concretizzazione spetta dunque ai Cantoni, i quali dispongono di una loro libertà di apprezzamento. Nella maggior parte dei casi, i Cantoni esigono che sia disponibile un appartamento (contratto firmato), che quest'ultimo sia conforme alle prescrizioni della polizia edilizia, dei vigili del fuoco e della polizia sanitaria e sia sufficientemente spazioso (Kälin/Caroni 1998: 49). Il punto più controverso nella prassi è proprio quello concernente le dimensioni dell'alloggio.

Un'inchiesta presso i Cantoni, mediante questionari e interviste, ha mostrato che regolarmente non è tenuto conto delle particolarità locali o regionali, bensì sono stabiliti criteri valevoli per l'intero Cantone. Alcuni Cantoni hanno addirittura armonizzato le rispettive prassi, cosicché l'osservanza delle condizioni valevoli «nella stessa regione» di cui parla l'ordinanza non riveste più un'importanza determinante. Non sorprenderà tuttavia che le autorità cantonali competenti in materia di permessi nutrano in parte opinioni assai divergenti per quel che concerne la grandezza dell'alloggio, sempreché attribuiscono a tale criterio una certa rilevanza. L'alloggio conveniente è verificato dopo il deposito della domanda di ricongiungimento familiare. Non è quasi mai esaminata la situazione dopo un ulteriore trasloco né sono applicate prescrizioni più esigenti dal profilo della grandezza dell'alloggio in caso di accrescimento della famiglia a motivo di nuove nascite.

A grandi linee, si distinguono le seguenti prassi per quel che concerne la grandezza dell'alloggio:

- La maggior parte dei Cantoni (15) si attengono alla regola di base seguente: *una famiglia abbisogna di un appartamento con un numero di stanze inferiore di un'unità rispetto al numero dei suoi membri*. A seconda dell'applicazione più o meno restrittiva di tale regola, possono insorgere differenze considerevoli tra i Cantoni.
- Quattro Cantoni applicano *regolamentazioni assai differenziate*, emanate sotto forma di istruzioni interne che prevedono un numero di stanze basato sul numero, sull'età e sul sesso dei figli.
- Tre Cantoni esigono *una superficie minima in m² per persona*, in parte combinata con un numero minimo di stanze. Per una famiglia di tre membri, la superficie richiesta può estendersi tra i 30 e i 60 m²!
- Un Cantone esige *mezza stanza per persona*, ovvero un appartamento di tre locali per una famiglia di sei membri.
- Tre Cantoni *non applicano* criteri fissi, bensì decidono di caso in caso e intervengono esclusivamente in caso di evidente sovrappopolazione di un alloggio (ad esempio nel caso di sei persone che occupassero un appartamento di due locali, o di quattro persone che abitassero in un'unica stanza).

Oltre ai criteri per l'esame dell'idoneità dell'alloggio e la loro applicazione più o meno restrittiva, vi è tutta una serie di altri fattori che possono influire sulla prassi e che sono parzialmente difficili da cogliere. Va detto ad esempio

- che alcuni Cantoni consentono a una coppia di condividere l'appartamento con i genitori, mentre altri escludono tale possibilità;
- che in alcune parti della Svizzera è lecito prendere in affitto due appartamenti nel medesimo edificio e dimostrare in tal modo l'esistenza di un alloggio conveniente, mentre in altre parti del Paese ciò non è ammesso;
- che, a seconda dei Cantoni, i Comuni sono coinvolti in misura assai diversa nella procedura di rilascio del permesso; che la frequenza dei controlli è parimenti assai diversa;
- che, se alcuni Cantoni si accontentano di un contratto d'affitto, altri effettuano delle ispezioni;

- che anche il ruolo dei proprietari che affittano gli appartamenti e il loro eventuale consenso a una situazione di sovrappopolazione nei loro locali sono presi in considerazione in maniera assai diversa.

Riassumendo si può affermare che i Cantoni dispongono di una libertà di apprezzamento estesa, di cui fanno uso in maniera assai diversa. Resta tuttavia assai arduo stabilire quale importanza rivesta l'alloggio conveniente nel contesto del ricongiungimento familiare, in quanto da un lato solo pochi Cantoni dispongono di pertinenti statistiche e anche in quanto diversi interessati al ricongiungimento familiare, dopo aver beneficiato del diritto di essere sentiti, ritirano la loro domanda o rinunciano a presentarne una, considerando insufficienti le loro opportunità di riuscita.

Valutazione e necessità d'intervento

Si può presumere che anche per gli altri criteri decisivi in materia di ricongiungimento familiare esistano simili differenze d'interpretazione. Ciò è insoddisfacente poiché si tratta dell'applicazione della medesima legge federale. Inoltre si deve tenere presente che i dimoranti di oggi saranno verosimilmente i domiciliati di domani, i quali, grazie a tale statuto, saranno liberi di traslocare in altri Cantoni e quindi l'esistenza di prassi più o meno restrittive non ha senso a lungo termine. È pertanto necessario armonizzare i criteri e vi è da sperare che con la nuova legge sugli stranieri potrà essere conseguita una prassi più unitaria.

Non è facile rispondere alla domanda se l'esigenza dell'alloggio conveniente sia un criterio sensato o meno. Non è una misura limitativa idonea in quanto ha quale unico effetto quello di ritardare le domande di ricongiungimento familiare, spesso sino a dopo l'ottenimento del permesso di domicilio e al conseguente allentamento dei presupposti in materia. Il che contrasta con il principio, oggigiorno generalmente accettato, secondo cui è bene che i figli rimasti all'estero raggiungano i genitori al più presto.

Non si deve tuttavia sottovalutare l'effetto integrativo di un alloggio conveniente, non da ultimo durante l'adolescenza dei figli. Non è pertanto auspicabile rinunciare troppo facilmente a qualsiasi esigenza in merito. Abolire questa misura tacciandola di pura e semplice regolamentazione eccessiva sembra troppo affrettato. I diritti umani chiedono che siano poste esigenze minime per la protezione delle persone più deboli da situazioni abitative contrarie alla dignità umana. La politica è chiamata rispondere a più esigenze: da un lato occorre perseguire una prassi che renda possibile la realizzazione del diritto umano alla protezione della vita familiare nella

misura in cui non ponga condizioni irrealizzabili; d'altro canto occorre incentivare gli stranieri a farsi raggiungere dai familiari al più presto, il che comporta una serie di esigenze anche nei confronti delle autorità competenti in materia di permessi, della politica abitativa e anche delle parti sociali.