

Begrenzungsmassnahme, Überregulierung oder

Die Bewilligung des Familiennachzuges hängt bei Personen mit Jahresaufenthaltsbewilligung unter anderem vom Vorhandensein einer angemessenen Wohnung ab. Sowohl der Zweck der Bestimmung wie auch der Begriff selbst sind nicht klar. Die Anwendung des unbestimmten Gesetzesbegriffes obliegt den Kantonen, wobei in der Praxis gewichtige Unterschiede bestehen. Eine Annäherung und kritische Überprüfung der Praktiken erscheint notwendig.

Laut den einschlägigen gesetzlichen Bestimmungen *kann* «dem Ausländer der Nachzug des Ehegatten und der ledigen Kinder unter 18 Jahren, für die er zu sorgen hat, bewilligt werden», wenn – neben weiteren Voraussetzungen – die Familie zusammen wohnen wird und eine *angemessene Wohnung* vorhanden ist (Art. 38 und 39 der Verordnung über die Begrenzung der Zahl der Ausländer, BVO). Weiter wird vorausgesetzt, dass «der Ausländer» genügend finanzielle Mittel für den Unterhalt seiner Familie hat und die Betreuung der Kinder, die noch der Obhut bedürfen, gesichert ist. Als «angemessen» gilt eine Wohnung laut Gesetz dann, wenn sie den *Anforderungen entspricht, die für Schweizer Bürger in der gleichen Gegend gelten* (Art. 39 Abs. 2 BVO).

Bei Personen aus dem EU- und EFTA-Raum mit Aufenthaltsrecht in der Schweiz ist die Situation ähnlich: Zwar haben Arbeitnehmende gemäss den einschlägigen Verträgen ein Recht, Familienangehörige nachzuziehen, wobei sich dies auf Ehegatten, Kinder unter 21 (bzw. über 21, wenn sie von den Eltern unterhalten werden) und Eltern, denen Unterhalt gewährt wird, bezieht, also ein weiterer Kreis von Familienangehörigen berechtigt ist. Allerdings muss die Gesuch stellende Person *über eine Wohnung verfügen*, die in dem Gebiet, in dem sie be-

schäftigt ist, den *für die inländischen Arbeitnehmer geltenden normalen Anforderungen entspricht* (Anhang I zum Freizügigkeitsabkommen, Art. 3).

Die Situation bei den Niedergelassenen stellt sich anders dar: Hier haben Familienangehörige, wie im Falle der Personen aus EU- und EFTA-Staaten, einen rechtlichen Anspruch auf Zusammenleben, der sich allerdings bloss auf den Ehegatten und die Kinder unter 18 Jahren bezieht. Das Vorhandensein einer angemessenen Wohnung wird nicht ausdrücklich vorausgesetzt. Immerhin verlangen die Gerichte, dass eine Wohnung tauglich sein muss, die gesamte Familie zu beherbergen, womit auch beim Familiennachzug von Niedergelassenen gewisse Mindestanforderungen an die Wohnung gegeben sind.

«Bedarfsgerecht»

Das neue Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer (AuG), das in der parlamentarischen Beratung steht, wird aller Voraussicht nach am Erfordernis einer angemessenen Wohnung festhalten; der Nationalrat hat zwar beschlossen, «angemessen» durch «*bedarfsgerecht*» zu ersetzen, doch ist alles andere als klar, ob damit auch eine materielle Änderung verbunden sein soll. Wichtiger dürfte sein, dass der Nationalrat entschieden hat, Ehegatten und Kindern unter 18 Jahren von Personen mit bloss einer Jahresaufenthaltsbewilligung einen *Anspruch* auf eine Aufenthaltsbewilligung zu geben. Von Bedeutung ist dies vor allem deshalb, weil die Einräumung eines Rechtsanspruches ermöglicht, eine Ablehnung vor Gericht anzufechten. Falls auch der Ständerat zustimmt, würde es dies dem Bundesgericht ermöglichen, eine Auslegung des Begriffes der angemessenen bzw. bedarfsgerechten Wohnung vorzunehmen. Bisher ist nämlich, mangels eines Rechtsanspruches, der Weg ans Bundesgericht verwehrt, soweit es um die Erteilung von Bewilligungen beim Familiennachzug von Aufenthaltsgewalt geht.

Schutz?

Ursprung und Zweck der Regelung

Der Ursprung der Regelung, wonach eine angemessene Wohnung für die Familie zur Verfügung stehen muss, ist wenig bekannt, für die Auslegung des Begriffes allerdings von Bedeutung, da sich so der Zweck der Norm erschliessen lässt. 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. Der Bundesrat reagierte mit verschiedenen Kreisschreiben und Aufrufen an die Arbeitgeber. Im Jahre 1962 erliess er die Bestimmung, dass für die Zulassung von ausländischen Arbeitskräften und ihren Familien eine «angemessene Unterkunft» vorhanden sein musste. Neben der Herstellung von menschenwürdigen Verhältnissen ging es dem Bundesrat auch um das Ansehen des Landes und darum, die Rekrutierung weiterer Arbeitskräfte nicht zu erschweren.

Im Abkommen zwischen der Schweiz und Italien «über die Auswanderung italienischer Arbeitskräfte nach der Schweiz» vom November 1964 (das so genannte «Italienerabkommen») findet sich die Bestimmung, dass die Bewilligung zum Familiennachzug nur erteilt wird, sobald dem Arbeitnehmer für seine Familie eine angemessene Wohnung zur Verfügung steht. In den Gemeinsamen Erklärungen zum Abkommen führte die Schweizer Delegation u.a. 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 verbil-

igten Wohnungen fördert. Vom Bund her bestünden keine Vorschriften, welche italienische Arbeitskräfte an der Miete einer solchen Wohnung hinderten. Die Bundesbehörden seien bereit, den Kantonen die Gleichbehandlung von Schweizern und Italienern bei der Anwendung der betreffenden Vorschriften zu empfehlen. Die italienische Delegation hatte bezüglich des Punktes «Wohnraum» keine Bemerkungen oder Einwände.

Den Schilderungen der Verhandlungen in der Botschaft des Bundesrates betreffend Genehmigung des Abkommens lässt sich entnehmen, dass die italienische Seite auf die Unterkunftsfrage, insbesondere die Beschaffung von Unterkünften, grossen Wert legte. Die italienische Delegation forderte zudem, dass die Familie gleichzeitig mit dem Arbeitnehmer in die Schweiz zugelassen werde, vorausgesetzt, dass eine angemessene Wohnung vorhanden sei. Dieser Wunsch, hält die Botschaft fest, 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. Schliesslich hält die Botschaft fest, dass mit dem Erfordernis der angemessenen Wohnung verhindert werden solle, 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.

Aus der Entstehungsgeschichte kann somit folgendes Fazit gezogen werden: Im Vordergrund stand der Kampf gegen Missbräuche und gegen Ausbeutung der Arbeitskräfte, was in erster Linie als Imageproblem angesehen wurde. Eine schlechte Presse

57

erschwerte die Rekrutierung. Der Schutz der ausländischen Arbeitnehmer vor misslicher Unterbringung war im Falle des Familiennachzuges noch dringender geboten. Ein wesentlicher Punkt war im Weiteren die Gleichbehandlung beim Zugang zu Wohnungen. In der Botschaft zum Italienerabkommen wurden mit Rücksicht auf die Abwehrhaltung eines Teils der Bevölkerung und die grassierende Wohnungsnot in der Schweiz auch Argumente der Überfremdungsabwehr vorgebracht, und die «angemessene Wohnung» wurde als Steuerungsinstrument und Begrenzungsmassnahme dargestellt. Es ist jedoch davon auszugehen, dass dies in den Verhandlungen mit Italien als Absicht wohl kaum geäussert worden war.

Thomas 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 (Buomberger 2004: 76). Seine Aussage hingegen, der Fremdenpolizei sei ein grosser Ermessensspielraum in die Hand gegeben worden, trifft ins Schwarze.

Die Praxis auf europäischer Ebene

Beim Erfordernis der angemessenen Wohnung handelt es sich nicht etwa um eine schweizerische Eigenheit: Verschiedene europäische Staaten kennen ebenfalls entsprechende Kriterien: so etwa Deutschland und Frankreich und selbst traditionelle Auswanderungsländer wie Portugal und Spanien. Keine diesbezüglichen Vorschriften haben bislang etwa Belgien, Finnland und Schweden. Die Europäische Union, die im Bereich der Zuwanderung immer mehr Kompetenzen übernimmt, hat am 22. September 2003 eine *Richtlinie betreffend die Familienzusammenführung* erlassen, die als Meilenstein gefeiert wurde. Zum ersten Mal wurde die Verwirklichung dieses Menschenrechts verbindlich auf Unionsebene geregelt. Aber auch dieses Instrument erlaubt den Staaten ausdrücklich, von den betreffenden Familien zu verlangen, dass genügender Wohnraum vorhanden ist, «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» (Artikel 7 der Richtlinie). Das heisst, Staaten müssen zwar nicht Kriterien der Beschaffenheit der Wohnung formulieren, aber sie dürfen dies in ihren Ausländergesetzen tun. Zweck der Festlegung gemeinsamer Kriterien durch die EU-Mitgliedstaaten im Bereich des Familiennachzuges ist im Übrigen gemäss Präambel der Richtlinie «der Schutz der Familie» und die «Wahrung oder Herstellung des Familienlebens»; die Familienzusammenführung trage «zur Schaffung soziokultureller Stabilität bei, die die Integration Drittstaatsangehöriger in dem Mitgliedstaat erleichtert», wodurch auch der wirtschaftliche und soziale Zusammenhalt gefördert werde.

Die Praxis in den Kantonen

Art. 39 Abs. 2 BVO präzisiert, dass eine Wohnung dann angemessen sei, wenn sie den *Anforderungen entspricht, welche in der gleichen Gegend für Schweizer Bürger gelten*. Die Weisungen des Bundesamtes für Zuwanderung, Integration und Auswanderung (IMES) enthalten keine weiteren Anhaltspunkte oder Richtlinien. Damit obliegt die Konkretisierung den Kantonen, die sich hier in ihrem Ermessensbereich bewegen. Die Kantone verlangen dabei meist, dass über die Wohnung verfügt werden kann (abgeschlossener Mietvertrag), dass die Wohnung den bau-, feuer- und gesundheitspolizeilichen Vorschriften entspricht und genügend gross ist (Kälin/Caroni 1998: 49). Der letzte Punkt verursacht in der Praxis die meisten Probleme.

Eine Umfrage bei den Kantonen mittels Fragebogen und Interviews hat ergeben, dass regelmässig nicht auf Ortsüblichkeit oder regionale Gegebenheiten abgestellt wird, sondern Kriterien aufgestellt werden, 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 bedeutende Rolle spielt. Nicht zu überraschen vermag aber, dass die kantonalen Bewilligungsbehörden bezüglich Wohnungsgrösse teilweise sehr unterschiedliche Vorstellungen haben, sofern sie diese überhaupt als relevantes Kriterium ansehen. Ob eine Wohnung als angemessen gilt, beurteilt sich zudem jeweils nach dem Zeitpunkt des Gesuches um Familiennachzug, es handelt sich also um eine Momentaufnahme. Spätere Umzüge werden kaum überprüft, ebenso wird im Falle des Familienzuwachses durch Geburt keine Auflage gemacht, eine grössere Wohnung zu suchen.

Mesure restrictive, surrégulation ou protection?

Même si elles proviennent de l'espace de l'Union européenne ou de l'AELE, les personnes séjournant dans notre pays à l'année qui souhaitent faire venir les membres de leur famille en Suisse doivent prouver qu'elles ont un logement «convenable». L'exigence de disposer d'un appartement convenable a été introduite par le législateur au début des années soixante en réaction aux conditions de logement précaires des travailleurs étrangers (il s'agissait essentiellement d'hommes). Cette mesure pouvait toutefois être comprise comme un instrument pouvant restreindre l'immigration. De nos jours, de nombreux Etats européens appliquent de telles exigences et conditions qui figurent d'ailleurs dans une directive de l'Union européenne. L'élément problématique dans ce domaine est que la pratique des autorités qui accordent les autorisations varie grandement d'un canton à l'autre. Tandis que quelques cantons ne considèrent guère ce critère comme un étalon de mesure important, d'autres cantons ont en revanche édicté des dispositions très rigoureuses en ce qui concerne la surface du logement familial. Pourtant, le droit de vivre en famille a été déclaré comme étant un droit de l'homme important; on ne devrait pas édicter d'exigences qui empêchent cette cohabitation. Persister à exiger ces conditions minimales dans le domaine de l'habitat apparaît certes sensé sous l'aspect de l'intégration des étrangers, mais il ne faudrait pas que l'objectif consistant à pouvoir bénéficier d'un regroupement familial le plut tôt possible soit remis en cause. En la matière, ce sont des solutions ingénieuses et inventives qui sont demandées.

Grob vereinfacht lassen sich folgende Praktiken in Bezug auf die Wohnungsgrösse feststellen:

■ Die meisten Kantone, total 15, folgen der Faustregel *Familienmitglieder minus eins gleich Anzahl Zimmer*. Je nach Anwendung dieser Regel, sei es sehr strikt, wie wenige Kantone erklären, sei es sehr flexibel, können beträchtliche Differenzen entstehen.

■ 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.

■ Drei Kantone verlangen *eine minimale Anzahl Quadratmeter* pro Person, z.T. kombiniert mit einer minimalen Anzahl Zimmer. Dabei reicht die Spannweite bei einem 3-Personen-Haushalt von geforderten 30 m² Wohnfläche bis zu 60 m²!

■ Ein Kanton fordert ein *halbes Zimmer pro Person*, d.h. für eine sechsköpfige Familie gilt eine 3-Zimmer-Wohnung als angemessen.

■ Drei Kantone haben *gar keine festen Kriterien*, sondern entscheiden von Fall zu Fall und schreiten meist nur bei krasser Überbelegung ein. (Dies wäre etwa der Fall, wenn 6 Personen in einer 2-Zimmer-Wohnung oder 4 Personen in einer 1-Zimmer-Wohnung leben würden.)

Neben den Kriterien zur Prüfung der Angemessenheit der Wohnung und deren mehr oder weniger flexiblen Anwendung gibt es eine Reihe weiterer Faktoren, welche die Praxis beeinflussen und welche sich teilweise nur schwer fassen lassen. So ist unter anderem zu erwähnen, dass einige Kantone die Teilung der Wohnung mit den Eltern eines Paares erlauben, andere nicht; dass in Teilen der Schweiz erlaubt wird, zwei Wohnungen im gleichen Haus zu mieten, um eine angemessene Wohnung vorweisen zu können, während dies in anderen nicht gestattet wird; dass die Gemeinden im Bewilligungsverfahren je nach Kanton sehr unterschiedlich einbezogen werden; dass die Kontrolldichte ebenfalls sehr unterschiedlich ist, wobei sich einige Kantone mit dem Mietvertrag zufrieden geben, während andere Inspektionen durchführen; dass schliesslich auch die Rolle der Vermieter und deren allfälliges Einverständnis bei einer Überbelegung unterschiedlich gewichtet wird.

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Kantone über einen weiten Ermessensspielraum verfügen, der auch sehr unterschiedlich ausgenützt wird. Es ist allerdings äusserst schwierig

zu eruieren, welche Bedeutung das Kriterium der angemessenen Wohnung für den Familiennachzug hat, da einerseits die wenigsten 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.

Beurteilung und Handlungsbedarf

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. Zudem werden aus Aufenthaltserlaubnissen früher oder später Niedergelassene, die problemlos in andere Kantone umziehen können, so dass unterschiedlich restriktive Bewilligungspraxen auf die Dauer keinen Sinn machen. Eine Angleichung der Kriterien tut Not, und es ist zu hoffen, dass mittels des neuen Ausländergesetzes hier eine einheitlichere Praxis herbeigeführt werden kann.

Die Frage, ob das Erfordernis einer angemessenen Wohnung überhaupt ein brauchbares Kriterium ist, ist nicht einfach zu beantworten. Meines Erachtens ist es keine taugliche Begrenzungsmaßnahme, weil der einzige Effekt oft der ist, dass der Familiennachzug erst später geltend gemacht wird, und zwar meist nach Erhalt der Niederlassungsbewilligung, bei der weniger strenge Kriterien Anwendung finden. Dies läuft aber dem Ziel des möglichst frühen Nachzuges der Kinder aus dem Herkunftsland, über das heute weitgehend Konsens besteht, zuwider.

Hingegen ist die integrative Wirkung einer angemessenen Wohnung nicht zu unterschätzen, nicht zuletzt in Bezug auf die hier heranwachsenden Kinder. Deshalb sollte auch nicht leichtfertig auf jegliche Erfordernisse verzichtet werden. Die Massnahme als blosser Überregulierung abzutun, greift meines Erachtens zu kurz. Es ist ein Gebot der Menschenrechte, Mindestanforderungen zum Schutz der Schwächeren vor unwürdi-

gen Wohnverhältnissen aufzustellen. Die Politik ist hier gleich mehrfach gefordert: Einerseits ist eine Praxis anzustreben, die die Ausübung des Menschenrechtes «Recht auf Zusammenleben mit der Familie» überhaupt ermöglicht, indem nicht unüberwindbare Bedingungen gestellt werden; andererseits müssen Anreize geschaffen werden, dass der Familiennachzug in einem möglichst frühen Stadium geschieht, wobei die Bewilligungsbehörden, aber auch die Wohnraumpolitik oder etwa die Sozialpartner gefordert sind.

Bibliografie

- Achermann, Alberto, 2004, Die «angemessene Wohnung» als Kriterium der Voraussetzung für den Familiennachzug (Arbeitstitel). Materialien zur Integrationspolitik. Bern: EKA.
- Buomberger, Thomas, 2004, Kampf gegen unerwünschte Fremde. Von James Schwarzenbach bis Christoph Blocher. Zürich: Orell Füssli.
- Kälin, Walter und Caroni, Martina, 1998, Diskriminierungsverbot und Familiennachzug. Eine Studie des Schweizerischen Forums für Migrationsstudien im Auftrag der Eidgenössischen Kommission gegen Rassismus, Bern: EDMZ.

Alberto Achermann ist Jurist mit den Spezialgebieten Völkerrecht, Menschenrechte und Migrationsrecht. Er arbeitet als selbständiger Anwalt und Berater in Bern. Er ist Autor von Büchern u.a. über das schweizerische und europäische Asylrecht und das internationale Flüchtlingsrecht.