

Urteil vom 23. Dezember 2003//Art. 38, 39 BVO. Familiennachzug nach BVO. Wohnungen sind in Bezug auf die Grösse nach der Nidwaldner Praxis dann als angemessen im Sinne von Art. 39 Abs. 1 lit. b BVO zu betrachten, wenn nebst der Küche über genügend sanitärische Einrichtungen, ein Elternschlafzimmer sowie jeweils pro zwei Kinder ein Schlafzimmer zur Verfügung steht (Erw. 4b). Der Ausländer muss im Zeitpunkt der Gesuchseinreichung entweder bereits über eine angemessene Wohnung rechtlich verfügen, oder zumindest nachweisen können, dass er im Zeitpunkt des Entscheids der fremdenpolizeilichen Behörde, spätestens aber bei Einreise des nachzuziehenden Kindes über eine solche verfügen wird (Erw. 4d).

Aus den Erwägungen:

...

3.- Die kantonale Fremdenpolizeibehörde kann gemäss Art. 38 BVO ausländischen Personen, welche in der Schweiz leben und nicht im Besitze einer Jahresaufenthaltsbewilligung sind, den Nachzug des Ehegatten und der ledigen Kinder unter 18 Jahren, für die er zu sorgen hat, bewilligen. Gemäss Art. 39 BVO kann dem Ausländer der Familiennachzug ohne Wartefrist bewilligt werden, wenn sein Aufenthalt und gegebenenfalls seine Erwerbstätigkeit gefestigt erscheinen, die Familie zusammen wohnen wird und eine angemessene Wohnung hat, der Ausländer genügend finanzielle Mittel für den Unterhalt seiner Familie hat und die Betreuung der Kinder, die noch der elterlichen Obhut bedürfen, gesichert ist. Diese Voraussetzungen müssen kumulativ erfüllt sein und sind von der kantonalen Fremdenpolizeibehörde im Rahmen ihrer Ermessensausübung zu beachten. Beim Familiennachzug gemäss Art. 38 und 39 BVO handelt es sich um eine sog. Kann-Bestimmung. Selbst wenn sämtliche Voraussetzungen erfüllt sind, erwirbt der Ausländer keinen Rechtsanspruch auf Gewährung des Familiennachzugs bzw. auf Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung. Die Verordnung kann keinen Rechtsanspruch verschaffen, wo das Gesetz einen solchen nicht vorsieht (BGE 122 II 188; 119 Ib 96). Den kantonalen Behörden kommt somit bei der Beurteilung von Familiennachzugsgesuchen gemäss Art. 38 und 39 BVO freies Ermessen zu (vgl. Art. 4 ANAG).

4.- Gemäss § 90 VRPV können mit der Verwaltungsgerichtsbeschwerde nur Rechtsverletzungen geltend gemacht werden; Überschreitung oder Missbrauch des Ermessens gelten als Rechtsverletzungen. Das Verwaltungsgericht ist demnach entgegen dem Wortlaut von Art. 29 Abs. 2 GerG (Gesetz über die Organisation und das Verfahren der Gerichte; NG 261.1) im Be-

schwerdeverfahren lediglich zur Rechtskontrolle befugt. Dem Verwaltungsgericht ist es verwehrt, Entscheide der Verwaltung in Bezug auf die Ausübung des Ermessens zu überprüfen (vgl. Urteil des Verwaltungsgerichts vom 18. März 2002, VG 013/01 VA, Erw. 6.a und b). Die Frage, ob die Vorinstanz ihr Ermessen pflichtgemäss ausgeübt hat, stellt sich indessen erst dann, wenn die Voraussetzungen nach Art. 39 Abs. 1 lit. a - d BVO kumulativ erfüllt sind (vgl. VerwGE vom 18. November 1999 i.S. M.S.).

a) Die Beschwerdegegnerinnen erachteten im vorliegenden Fall die Voraussetzung gemäss Art. 39 Abs. 1 lit. a BVO als gegeben. Als nicht erfüllt, betrachteten sie die Voraussetzung gemäss Art. 39 Abs. 1 lit. b BVO. Die übrigen Voraussetzungen wurden daraufhin nicht weiter geprüft.

b) Voraussetzung für die Bewilligung des Familiennachzugs bildet gemäss Art. 39 Abs. 1 lit. b BVO unter anderem, dass die Familie zusammen wohnen wird und eine angemessene Wohnung hat. Gemäss Abs. 2 BVO ist eine Wohnung angemessen, wenn sie den Anforderungen entspricht, die für Schweizer Bürger in der gleichen Gegend gelten. Die Beschwerdegegnerinnen berufen sich dabei auf die gefestigte Praxis im Kanton Nidwalden, wonach Wohnungen in Bezug auf die Grösse dann als angemessen zu betrachten sind, wenn nebst der Küche über genügend sanitärische Einrichtungen, ein Elternschlafzimmer sowie jeweils pro zwei Kinder ein Schlafzimmer zur Verfügung steht.

c) Gegen die Nidwaldner Praxis erhebt der Beschwerdeführer keine Einwendungen. Der Beschwerdeführer macht indessen geltend, er habe schon im vorinstanzlichen Verfahren klar dargelegt, dass er bei der Bewilligung des Familiennachzuges eine grössere Wohnung mieten würde, damit er zusammen mit seiner Ehefrau und der gemeinsamen Tochter dort wohnen könne. Diese Wohnung werde selbstverständlich erst ab dem Zeitpunkt der Bewilligung des Familiennachzuges gemietet. Während des langen Verfahrens könne eine solche Wohnung noch nicht gemietet werden, da dies nur unnötige Mietunkosten bedeuten würde. Eine allfällige Missbrauchsgefahr könnte verhindert werden, indem der Familiennachzug bzw. die Aufenthaltsbewilligung für die Tochter z.B. unter der Bedingung/Auflage gewährt werden könnte, dass eine angemessene Wohnung gemietet werde. Ein solches Vorgehen wäre im vorliegenden Fall verhältnismässig im Sinne von Art. 5 Abs. 2 BV. Diesem Gebot entsprechend, könne nicht erwartet werden, dass die grössere Wohnung bereits bei der Gesuchseinreichung zur Verfügung stehe, da der Beschwerdeführer nicht wisse, ob dem Gesuch entsprochen werde. Es sei völlig unverhältnismässig, vom Beschwerdeführer zu verlangen, Mietzins für eine grössere Wohnung schon ab Zeitpunkt der Gesuchseinreichung zu bezahlen.

d) Wie bereits oben erwähnt, müssen die Voraussetzungen gemäss Art. 39 Abs. 1 lit. a - d BVO kumulativ erfüllt sein. Vorausgesetzt ist gemäss Art. 39 Abs. 1 lit. b BVO ausdrücklich, dass die Familie zusammen wohnen wird und der Ausländer eine angemessene Wohnung *hat*. Es genügt folglich nicht, dass ihm eine Wohnung in Aussicht steht; er muss über diese rechtlich verfügen können, was in der Regel mit einem schriftlichen Mietvertrag (Art. 253 ff. OR [Schweizerisches Obligationenrecht]) zu belegen ist (KOTTUSCH Peter, zur rechtlichen Regelung des Familiennachzugs von Ausländern in ZBI 1989 (90) S. 336). Es gilt der allgemeine Grundsatz, dass die tatsächliche Lage, wie sie zum Zeitpunkt des Entscheides vorliegt, massgebend ist. Die fremdenpolizeiliche Behörde muss im Verfügungszeitpunkt, wenn sie über das Gesuch befindet, mit Sicherheit davon ausgehen können, dass die Voraussetzungen gemäss Art. 39 Abs. 1 BVO allesamt erfüllt sind. Daraus folgt, dass der Ausländer im Zeitpunkt der Gesuchseinreichung entweder bereits über eine angemessene Wohnung im Sinne von Art. 39 Abs. 1 lit. b BVO verfügt, oder zumindest nachweisen kann, dass er im Zeitpunkt des Entscheids der fremdenpolizeilichen Behörde, spätestens aber bei Einreise des nachziehenden Kindes über eine solche verfügen wird. Denkbar ist beispielsweise, dass der Ausländer einen Mietvertrag der künftigen Wohnung vorlegen kann, über welche er zwar im Zeitpunkt der Gesuchseinreichung noch nicht verfügt, welche er aber mit seiner Familie in absehbarer Zeit, spätestens im Zeitpunkt der Einreise des Kindes, bewohnen wird. Wesentlich ist, dass dieser Nachweis bereits im Zeitpunkt der Gesuchseinreichung, spätestens aber im Zeitpunkt des Entscheides der fremdenpolizeilichen Behörde, durch den Ausländer zu erbringen ist. Eine blosser, vage Absichtserklärung, man werde eine angemessene Wohnung mieten, wenn der Nachzug bewilligt wird, genügt der Anforderung gemäss Art. 39 Abs. 1 lit. b BVO indessen nicht. Dementsprechend fällt auch die Bewilligung eines Familiennachzugs unter der Bedingung/Auflage, dass der Ausländer bei Einreise des nachziehenden Kindes über eine angemessene Wohnung verfügen wird, ausser Betracht, wenn ein entsprechender Nachweis durch den Ausländer nicht erbracht wurde.

e) Aus den Akten ist ersichtlich, dass der Beschwerdeführer mit seiner Ehefrau sowohl zum Zeitpunkt der Gesuchseinreichung als auch heute noch in einer 1-Zimmer-Wohnung lebt. Es ist unbestritten, dass in Anwendung der Nidwaldner Praxis die Wohnung bei einem allfälligen Nachzug der Tochter von der Anzahl Zimmer her somit klar unangemessen im Sinne von Art. 39 Abs. 1 lit. b BVO ist. Nach eigenen Angaben habe der Beschwerdeführer bereits vor den vorinstanzlichen Behörden erklärt, er werde eine grössere Wohnung mieten, um dort zusammen mit seiner Frau und seiner Tochter zu leben. Den Akten lässt sich indessen keinerlei Anhaltspunkte entnehmen, wonach der Beschwerdeführer bereits in diese Richtung tätig ge-

worden wäre. Der Beschwerdeführer kann weder einen unterzeichneten Mietvertrag über eine grössere Wohnung, noch sonst einen Nachweis erbringen, dass er im Falle des Nachzugs seiner Tochter über eine grössere Wohnung verfügen wird. Aus den Akten geht lediglich hervor, dass der Beschwerdeführer angeblich beabsichtige, im selben Haus für die Tochter eine 1-Zimmer-Wohnung zu mieten. Aber selbst hierfür liegt kein Mietvertrag oder zumindest eine schriftliche Zusicherung des Vermieters über einen künftigen Mietvertrag vor. Zudem ist zu bemerken, dass der Bundesrat mit Art. 39 Abs. 1 lit. b BVO in geraffter Form den Zweck des Rechtsinstitutes des Familiennachzugs formulierte, wie er auch Art. 8 EMRK und Art. 17 Abs. 2 ANAG zugrunde liegt (Vgl. BGE 119 Ib 84 Erw. 1c und 86 Erw. 2c). Im Vordergrund muss beim Familiennachzug die Zusammenführung der Familienmitglieder im gemeinsamen Haushalt stehen. Dies wird aber durch zwei getrennte Wohnungen nicht erreicht. Unter diesen Umständen erachteten die Beschwerdegegnerinnen die Voraussetzung gemäss Art. 39 Abs. 1 lit. b BVO zu Recht als nicht erfüllt.

f) Anzumerken ist sodann, dass, selbst wenn die Voraussetzung gemäss Art. 39 Abs. 1 lit. b BVO im vorliegenden Fall hätte bejaht werden können, zunächst noch die Voraussetzung gemäss Art. 39 Abs. 1 lit. c BVO von der Vorinstanz zu prüfen gewesen wäre, da die Voraussetzungen des Familiennachzuges gemäss Art. 39 Abs. 1 BVO kumulativ erfüllt sein müssen.

Zusammenfassend ergibt sich für den vorliegenden Fall, dass der Beschwerdeführer die Voraussetzung gemäss Art. 39 Abs. 1 lit. b BVO nicht erfüllt und die Verweigerung des Familiennachzugs in Bezug auf die Tochter des Beschwerdeführers somit zu Recht erfolgte. Die Beschwerde ist daher abzuweisen.

(Verwaltungsgericht, Verwaltungsabteilung, 23. Dezember 2003)