



10.427

Parlamentarische Initiative
Tschümperlin Andy.
Beseitigung und Verhinderung
von Inländerdiskriminierung

Initiative parlementaire
Tschümperlin Andy.
Supprimer toute discrimination
subie en raison du droit interne

Vorprüfung – Examen préalable

CHRONOLOGIE

NATIONALRAT/CONSEIL NATIONAL 28.09.11 (VORPRÜFUNG - EXAMEN PRÉALABLE)

Antrag der Mehrheit

Der Initiative keine Folge geben

Antrag der Minderheit

(Marra, Gross, Heim, Hiltbold, Hodgers, Leuenberger-Genève, Schelbert, Schenker Silvia, Schmidt Roberto, Stöckli, Tschümperlin)

Der Initiative Folge geben

Proposition de la majorité

Ne pas donner suite à l'initiative

Proposition de la minorité

(Marra, Gross, Heim, Hiltbold, Hodgers, Leuenberger-Genève, Schelbert, Schenker Silvia, Schmidt Roberto, Stöckli, Tschümperlin)

Donner suite à l'initiative

Tschümperlin Andy (S, SZ): Beim Entscheid über meine parlamentarische Initiative sind wir heute als Volksvertreter oder Parlamentarier im doppelten Sinne gefordert: einerseits als Vertreter des Schweizervolks, andererseits als Organe der rechtsstaatlichen Demokratie.

Als Volksvertreter sind wir gehalten, die Interessen des Schweizervolkes zu vertreten, und dazu gehört zweifellos auch, dass unsere Bürgerinnen und Bürger in der Schweiz nicht schlechter behandelt werden als Bürgerinnen und Bürger der Europäischen Union. Genau dies ist aber im Kontext mit dem Freizügigkeitsabkommen und dem Ausländergesetz der Fall. Schweizer mit ausländischen Angehörigen – Ehegatten, Kinder und Eltern – können diese im Vergleich zu EU-Bürgerinnen und -Bürgern nur unter erschwerten Bedingungen in die Schweiz nachziehen und auch nur unter erschwerten Bedingungen mit diesen in unserem Land leben. Einem Schweizer Vater wird der Nachzug seines 14-jährigen ausländischen Sohnes mit dem Argument verwehrt, er hätte diesen früher nachziehen müssen. Wäre der Vater z. B. Pole, könnte er seinen Sohn praktisch bedingungslos nachziehen, auch im Alter von 18, 19 oder 20 Jahren, unabhängig davon, wie lange sein Sohn schon bei den Grosseltern lebte, und unabhängig davon, ob diese krank oder gebrechlich sind. Oder einem sozialhilfeabhängigen binationalen Ehepaar, Schweizerin/Kanadier, kann der Verbleib in der Schweiz verweigert werden, wenn es Sozialhilfe bezogen hat. Wäre die Ehefrau des Kanadiers Spanierin, könnte dem Ehepaar unter den genau gleichen Voraussetzungen der gemeinsame Verbleib in der Schweiz nicht verwehrt werden. Das Bundesgericht hat uns Parlamentarier am 22. Januar 2010 in einem sogenannten Appellentscheid aufgefordert, diese Inländerdiskriminierung durch Anpassung des Ausländergesetzes zu beseitigen, und hat sogar angedroht, allenfalls könnte das Bundesgericht selbst gezwungen sein, hier für Remedur zu sorgen.





Vor dieser Bundesgerichtsentscheid hatte ich die parlamentarische Initiative 08.494 eingereicht, die verlangte, dass diese Inländerdiskriminierung im Ausländergesetz aufzuheben sei. In der Staatspolitischen Kommission des Nationalrates fand ich bereits damals eine Mehrheit. Die ständerätliche Staatspolitische Kommission lehnte dann die Initiative mit dem Hauptargument ab, dass sie erst dann bereit sei, auf meine Initiative einzutreten, wenn das Bundesgericht die entsprechende Praxis überprüft habe. Das ist nun im Januar 2010 mit diesem Appellentscheid geschehen.

Wir dürfen diese Aufgabe nicht dem Bundesgericht oder schliesslich gar dem Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte überlassen. Wir dürfen dies nicht nur deshalb nicht tun, weil wir es als Volksvertreter unseren Wählerinnen und Wählern schuldig sind, deren Interessen optimal zu vertreten, sondern auch deshalb, weil wir als Parlamentarier von Verfassung wegen an die Grundrechte gebunden und verpflichtet sind, zu ihrer Verwirklichung beizutragen. So ist es nachzulesen in Artikel 35 Absatz 2 unserer Verfassung. Zu den Grundrechten gehört gemäss Artikel 8 der Bundesverfassung auch das Diskriminierungsverbot. Dieses verpflichtet uns, dafür zu sorgen, dass Schweizerinnen und Schweizer im Vergleich zu EU-Bürgerinnen und EU-Bürgern nicht diskriminiert werden – dies und nichts anderes bezweckt meine parlamentarische Initiative.

Ich appelliere in diesem Sinne an Sie, den Appell des Bundesgerichtes zu erhören und meiner parlamentarischen Initiative Folge zu geben.

Marra Ada (S, VD): Cette initiative revient de loin puisqu'une initiative similaire de Monsieur Tschümperlin avait été soumise à la CIP-CN en janvier 2009 déjà. A l'époque, elle avait passé la rampe, par 12 voix contre 12 avec la voix prépondérante du président (08.494).

Cette initiative parlementaire, déposée par deux fois, a pour but de remédier à une situation qui discrimine certains de nos concitoyens par rapport à des ressortissants de l'UE ou de l'AELE dans notre propre pays. Ainsi, un ou une Suisse qui aurait eu le malheur d'épouser un ressortissant ou une ressortissante d'un pays non européen aurait plus de problèmes dans le regroupement familial qu'un Européen qui se serait installé en Suisse.

En 2009, la CIP-CE, et par la suite le Conseil national, n'ont pas voulu donner suite à l'initiative parlementaire 08.494, car les commissaires souhaitaient attendre un arrêt du Tribunal fédéral chargé de statuer sur un cas pendant. Je cite le rapporteur de l'époque, Monsieur Bugnon, qui disait ici même et qui résumait bien l'avis de la commission: "La commission se réfère au fait que le Tribunal fédéral n'a justement pas

AB 2011 N 1765 / BO 2011 N 1765

repris, à ce jour, la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes. Comme la commission du Conseil des Etats, notre commission est d'avis que si le Tribunal fédéral venait à reprendre la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes, il y aurait certainement lieu de légiférer à ce moment-là." (BO 2009 N 1747)

Peut-être un ou deux mois après que la CIP-CE et notre conseil eurent refusé de donner suite à l'initiative 08.494, le Tribunal fédéral concluait justement à une discrimination, à une inégalité de traitement. Toutefois, il ne pouvait trancher car la législation l'en empêchait; il recommandait donc au Parlement de légiférer pour remédier à cette discrimination.

Monsieur Tschümperlin a déposé l'année dernière cette nouvelle initiative parlementaire qui prévoit la même chose. Mais les mots du matin sont emportés par le vent du jour, et ceux-là mêmes qui juraient par leurs grands dieux qu'ils suivraient les recommandations du Tribunal fédéral, ceux-là mêmes se rétractaient, sans donner vraiment d'explication à cette nouvelle tentative.

Nous ne pouvons pas justifier devant nos concitoyens une telle discrimination. Nous entendons à longueur d'année le discours venant du côté droit de l'hémicycle, dont le message est que les avantages dont les étrangers bénéficieraient augmentent le sentiment anti-étranger. Nous nous trouvons exactement devant ce cas-là. Je ne comprends pas la réaction des membres du groupe UDC ou peut-être trop bien! Pourquoi les membres UDC de la commission ont-ils refusé de donner suite à cette initiative? Y avait-il des fins machiavéliques là-dessous?

Je pose également la question au centre droit dont les membres étaient partagés en commission. Le 20 août 2010, la CIP du Conseil national a donné suite à l'initiative parlementaire Tschümperlin. Ensuite, la CIP du Conseil des Etats ne lui a pas donné suite. Finalement, elle est donc revenue à la CIP du Conseil national qui a décidé de ne pas lui donner suite à une majorité d'une seule voix; c'était donc un vote très serré.

Ne croit-on donc plus aux institutions dans ces commissions? Pourquoi faudrait-il remettre en cause la jurisprudence de cours européennes et les recommandations de cours suisses, qui voient dans ces différences de traitement une discrimination envers nos concitoyens suisses? Pourquoi faudrait-il punir nos ressortissants





suisse pour leur histoire d'amour?

Certains en commission pensaient qu'il n'y avait nullement besoin de légiférer, car cela concernait peu de monde; des associations et organismes juridiques, ainsi qu'un avocat genevois nous ont fait part de ces préoccupations. Même s'il n'y avait qu'un seul cas, ce serait celui de trop!

Dans cet hémicycle, trop souvent les initiatives parlementaires sont traitées avec une certaine légèreté. Le responsable du sujet donne un mot d'ordre et le reste de la troupe suit, aussi bien à gauche qu'à droite. Or, sur ces sujets, le centre droit était partagé en commission et certains membres de l'UDC n'arrivaient pas à justifier leur vote.

Je vous demande vraiment de faire des votes individuels sur cette initiative, qui ne soient pas idéologiques, mais juridiques. La discrimination est patente et il faudrait être aveugle pour ne pas la voir. Elle concerne nos concitoyens suisses. Dès lors, il faut les soutenir.

Bugnon André (V, VD), pour la commission: C'est dans sa séance du 20 août 2010, donc il y a plus d'une année maintenant, que la CIP avait décidé, par 14 voix contre 11, de donner suite à l'initiative parlementaire Tschümperlin, traitant selon son intitulé de la discrimination subie en raison du droit interne – ma préopinante vient de le rappeler. Compte tenu de ce vote favorable, cette initiative a été proposée à la commission homologue du Conseil des Etats qui a quant à elle refusé, par 6 voix contre 2 et 3 abstentions, de se rallier à cette décision de la CIP-CN. La CIP-CE a constaté que cette initiative avait le même objectif que l'initiative 08.494 du même auteur, intitulée "Loi sur les étrangers. Halte à la discrimination des ressortissants suisses", à laquelle notre conseil avait refusé de donner suite et qu'il n'y avait, par conséquent, pas lieu de reprendre cette question actuellement, les considérants n'ayant pas évolué depuis lors. Compte tenu de ce refus de la CIP-CE, l'initiative a de nouveau été examinée par notre commission, qui l'a traitée dans sa séance du 18 novembre 2010.

Pour mémoire, Monsieur Tschümperlin est convaincu que le droit suisse doit être adapté dans le domaine de la loi sur les étrangers pour faire suite à un arrêt du Tribunal fédéral de 2009 qui s'est inspiré de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne en la matière.

Concrètement, le législateur a ajouté au cours des délibérations deux dispositions dans la loi sur les étrangers, les articles 42 alinéa 2 et 47 alinéa 2, afin que les membres de la famille d'un ressortissant suisse puissent bénéficier du regroupement familial aux mêmes conditions que les citoyens des pays de l'UE ou de l'AELE. Toutefois, la formulation de l'article 42 alinéa 2 reflète la situation juridique au moment où la loi a été édictée – la condition est un séjour préalable du membre de la famille dans un Etat ayant signé un accord avec la Suisse. Cette formulation n'est pas suffisamment ouverte pour répondre aux développements de la jurisprudence relative à l'accord sur la libre circulation des personnes, puisqu'elle maintient la condition du séjour préalable du membre de la famille dans un Etat ayant signé un accord avec la Suisse. C'est pourquoi, selon Monsieur Tschümperlin, il y a ainsi une inégalité de traitement entre les ressortissants suisses et ceux de l'UE ou de l'AELE.

Lors de son second examen par votre commission, la majorité de celle-ci a considéré qu'il était inutile de modifier notre législation sur ce point actuellement. A l'instar de la commission du Conseil des Etats, elle pense qu'il est préférable d'observer l'évolution de la jurisprudence en la matière avant de débattre d'un droit supplémentaire. Une partie de la commission conteste d'ailleurs le fait qu'il y ait une inégalité de traitement en la matière.

Il est rappelé que le regroupement familial incluant des proches provenant de pays tiers est l'un des rares domaines où notre pays peut encore déterminer lui-même la politique qu'il entend mener en matière de migration et que la distinction contenue dans notre législation est volontaire. Elle permet aux autorités suisses d'avoir une marge de manoeuvre dans ce domaine ainsi que d'éviter un usage abusif des mariages fictifs. Elle permet d'éviter que le regroupement familial incluant des proches provenant de pays tiers ne soit étendu à des personnes qui devraient être en grande partie prises en charge par la communauté helvétique.

Une minorité de la commission estime qu'il est anormal que notre législation maintienne une discrimination sur la question du regroupement familial pour un citoyen suisse par rapport aux droits des citoyens de l'UE et de l'AELE. Elle est d'avis que la législation suisse sur les étrangers doit être modifiée en conséquence en se ralliant aux considérations de l'auteur de l'initiative.

Après ce débat intéressant, la commission, revenant sur sa position antérieure pour les raisons évoquées, a décidé, par 12 voix contre 11 et 3 abstentions, de ne pas donner suite à la présente initiative parlementaire. Au nom de la majorité de la commission, je vous recommande d'en faire de même.

Marra Ada (S, VD): Je présente tout d'abord mes excuses à Monsieur Charles Favre à qui j'avais promis d'être



brève.

Monsieur Bugnon, vous n'avez pas cessé de dire que Monsieur Tschümperlin était d'avis qu'il y avait discrimination. Etes-vous d'accord que le Tribunal fédéral pense exactement la même chose?

Bugnon André (V, VD), pour la commission: Oui, nous en sommes conscients. Je l'ai d'ailleurs dit dans mon rapport: l'arrêt du Tribunal fédéral est clair. Mais c'est encore le Parlement qui fait les lois, et non pas le Tribunal fédéral. La majorité de la commission a estimé qu'il fallait attendre et qu'il n'était pas urgent de modifier la législation maintenant.

Müller Philipp (RL, AG), für die Kommission: Die Staatspolitische Kommission des Nationalrates hat der

AB 2011 N 1766 / BO 2011 N 1766

parlamentarischen Initiative von Kollege Tschümperlin am 20. August 2010 mit 14 zu 11 Stimmen Folge gegeben. In der Folge ersuchte sie die SPK-SR um Zustimmung zu diesem Beschluss. Die SPK-SR behandelte die Initiative am 29. Oktober 2010 und verweigerte der nationalrätlichen Kommission die Zustimmung mit 6 zu 2 Stimmen bei 3 Enthaltungen.

Die Initiative verlangt, das Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer dahingehend zu ändern, dass ausländische Familienangehörige aus Nicht-EU- bzw. -Efta-Ländern von Schweizerinnen und Schweizern bezüglich Einreise und Aufenthalt nicht schlechter gestellt werden als Familienangehörige aus Drittstaaten von EU-/Efta-Bürgerinnen und -Bürgern.

Die Kommission hatte sich bereits bei der Vorprüfung der Initiative 08.494, "Beseitigung und Verhinderung von Inländerdiskriminierung", mit diesem Thema auseinandergesetzt. Diese Initiative hatte das gleiche Ziel verfolgt, es wurde ihr aber keine Folge gegeben. Mittlerweile hat sich nun das Bundesgericht an einer neuen Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes orientiert. Das heisst, dass EU-/Efta-Bürgerinnen und -Bürger ihre ausländischen Familienangehörigen auch dann unter dem Titel des Freizügigkeitsabkommens nachziehen können, wenn diese keine Aufenthaltsbewilligung eines Staates haben, mit dem die Schweiz ein Freizügigkeitsabkommen geschlossen hat.

Dazu ist vorerst festzuhalten, dass der Familiennachzug im Freizügigkeitsabkommen wesentlich grosszügiger geregelt ist als im Ausländergesetz und in der Rechtspraxis zur Europäischen Menschenrechtskonvention. Im Freizügigkeitsabkommen gelten als Familienangehörige der Ehegatte und die Verwandten in absteigender Linie, die noch nicht 21 Jahre alt sind oder denen Unterhalt gewährt wird, sowie die Verwandten des Ehegatten in aufsteigender Linie, denen Unterhalt gewährt wird, und, wenn sie studieren, der Ehegatte und die unterhaltsberechtigten Kinder. Im Ausländergesetz, das ja für die Einwanderung aus Nicht-EU- bzw. -Efta-Staaten gilt, ist der Familiennachzug restriktiver und gemäss EMRK geregelt. Hier gelten als Familienangehörige ausländische Ehegatten und ledige Kinder unter 18 Jahren, wenn sie zusammenwohnen. Es ist also ganz wesentlich, ob der Familiennachzug gemäss Freizügigkeitsabkommen, also mit massiv erweitertem Verwandtenkreis, oder über die Bestimmungen des Ausländergesetzes bzw. die Vorgaben der EMRK erfolgen kann.

Die Regelung des Nachzugs von ausländischen Familienangehörigen von Schweizerinnen und Schweizern im Ausländergesetz entspricht der damaligen Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes. Das heute geltende Recht beinhaltet keine Diskriminierung im Bereich des Familiennachzugs. Erst das Bundesgericht hat in Anlehnung an ein Urteil des Europäischen Gerichtshofes eine solche Diskriminierung festgestellt, dies einfach darum, weil es unter gewissen Voraussetzungen den Familiennachzug nicht gemäss Ausländergesetz, sondern gestützt auf das Freizügigkeitsabkommen zulassen will, dies notabene für den Nachzug von Personen, die einem Nicht-EU- bzw. -Efta-Staat entstammen.

Eine solche Praxis würde es einerseits einem erheblich grösseren Verwandtenkreis ermöglichen, unter dem Rechtsgrund des Familiennachzugs in die Schweiz zu kommen, und andererseits würde damit die Problematik der Scheinehen wesentlich verschärft. Das Problem beim Familiennachzug nach dem Freizügigkeitsabkommen ist nämlich, dass das Zusammenleben der Ehegatten in der Schweiz keine Voraussetzung für den Familiennachzug ist. Das macht die Kontrolle einer möglichen Scheinehe praktisch unmöglich. Auch im Falle einer Trennung erlischt das Aufenthaltsrecht bei einem Familiennachzug nach dem Freizügigkeitsabkommen erst bei der rechtlichen Scheidung. Es ist also praktisch unmöglich, die Aufrechterhaltung der Ehe zwecks Beibehaltung der Aufenthaltsbewilligung als Scheinehe zu taxieren, wie dies beim Familiennachzug über das Ausländergesetz der Fall ist. Dies steht also im Gegensatz zum Familiennachzug über das Ausländergesetz, bei dem das Zusammenwohnen eine Voraussetzung ist. Somit ist eine relativ einfache Kontrolle möglich, ob eine Scheinehe vorliegt oder ob die Familie wirklich zusammenwohnt.

Die de facto unmöglich gewordene Bekämpfung der Scheinehe war sowohl in der Kommission des Ständerates



als auch in Ihrer Kommission ein wesentliches Argument gegen die vorliegende parlamentarische Initiative. Darüber hinaus geht es aber im Bereich des Nachzugs von Personen aus Drittstaaten um den letzten noch einigermassen steuerbaren Bereich in der schweizerischen Einwanderungspolitik. Der Familiennachzug macht über 50 Prozent, genau 54 Prozent, der gesamten Einwanderung aus Drittstaaten aus. Diese liegt bei jährlich über 40 000 Menschen. Es ist also schon rein quantitativ erheblich, ob Kinder bis 21 Jahre nachgezogen werden können oder bis 18 Jahre, wie dies gemäss Ausländergesetz und EMRK möglich ist. Es kommt noch dazu, dass der Familiennachzug gemäss Freizügigkeitsabkommen generell grosszügiger geregelt ist.

Die Kommissionsmehrheit sieht keinen Grund, aufgrund eines Urteils des Europäischen Gerichtshofes das erst seit dem 1. Januar 2000 in Kraft stehende Ausländergesetz sozusagen vauseilend anzupassen, ohne zu wissen, ob das entsprechende Urteil auch inskünftig Bestand haben wird. Festzuhalten ist zudem, dass der Europäische Gerichtshof für uns, was die Freizügigkeit selber betrifft, keine Judikative ist. Dazu gibt es den Gemischten Ausschuss gemäss Artikel 14 des Freizügigkeitsabkommens. Er muss bei Konflikten die Differenzen behandeln und im Konsens eine Lösung finden.

Zum Fazit: Die Kommission sieht keine Notwendigkeit, dass der Gesetzgeber das Ausländergesetz im Sinne der Initiative revidiert. Bevor eine Diskussion über neue Rechtsansprüche geführt wird, gilt es, die weitere Entwicklung der Rechtsprechung abzuwarten. Die Kommissionsmehrheit bestreitet zudem, dass eine Diskriminierung im Rechtssinne vorliegt, und verweist auf das politische Recht des Gesetzgebers, sich einem Urteil des Bundesgerichtes nicht zu beugen. Der Familiennachzug aus Drittstaaten ist einer der wenigen verbleibenden Bereiche, in denen die Schweiz ihre Migrationspolitik noch selbst bestimmen kann. Im Ausländergesetz wurde bewusst eine Unterscheidung zwischen dem Nachzug von Angehörigen aus Drittstaaten und dem Nachzug von Angehörigen aus denjenigen Staaten vorgenommen, mit denen die Schweiz ein Freizügigkeitsabkommen abgeschlossen hat. Der vorhandene Handlungsspielraum der schweizerischen Behörden soll weiterhin bestehen bleiben. Schliesslich soll der schon quantitativ bedeutende Familiennachzug aus Drittstaaten nicht auf Angehörige ausgedehnt werden, die zu einem grossen Teil auf Unterhalt angewiesen wären.

Die Kommissionsminderheit verweist auf die beiden Urteile des Bundesgerichtes aus der jüngsten Vergangenheit, die beim Familiennachzug eine Diskriminierung von Schweizerinnen und Schweizern gegenüber Bürgerinnen und Bürgern aus EU- und Efta-Staaten anerkannt haben. Daher müsse die stossende Inländerdiskriminierung durch eine Änderung des Ausländergesetzes umgehend ausgeräumt werden.

Die Kommission beantragt Ihnen mit 12 zu 11 Stimmen bei 3 Enthaltungen, der parlamentarischen Initiative keine Folge zu geben.

Tschümperlin Andy (S, SZ): Herr Müller, noch eine Präzisierungsfrage: Die nationalrätliche Kommission hat ja anfänglich dieser parlamentarischen Initiative Folge gegeben, die ständerätliche Kommission hat dies mit dem Hinweis verweigert, dass man zuerst abwarten möchte, wie das Bundesgericht dazu entscheidet. Ist diese Aussage, die ich gemacht habe, richtig – ich habe jetzt in Ihrem Kommentar dazu nichts gehört –? Ist die Aussage richtig, dass die ständerätliche Kommission bei ihren Ausführungen gesagt hat, dass sie zuerst die Praxis des Bundesgerichtes abwarten will?

Müller Philipp (RL, AG), für die Kommission: Herr Tschümperlin, meine Rolle ist die des Sprechers der Kommission des Nationalrates und nicht des Ständerates.

AB 2011 N 1767 / BO 2011 N 1767

Abstimmung – Vote

(namentlich – nominatif; 10.427/6428)

Für Folgegeben ... 52 Stimmen

Dagegen ... 81 Stimmen