



08.494

**Parlamentarische Initiative
Tschümperlin Andy.
Beseitigung
und Verhinderung
von Inländerdiskriminierung**

**Initiative parlementaire
Tschümperlin Andy.
Loi sur les étrangers.
Halte à la discrimination
des ressortissants suisses**

Vorprüfung – Examen préalable

CHRONOLOGIE

NATIONALRAT/CONSEIL NATIONAL 23.09.09 (VORPRÜFUNG - EXAMEN PRÉALABLE)

Antrag der Mehrheit

Der Initiative keine Folge geben

Antrag der Minderheit

(Marra, Bänziger, Gross, Heim, Leuenberger-Genève, Meyer Thérèse, Roth-Bernasconi, Schenker Silvia, Schmidt Roberto, Tschümperlin)

Der Initiative Folge geben

Proposition de la majorité

Ne pas donner suite à l'initiative

Proposition de la minorité

(Marra, Bänziger, Gross, Heim, Leuenberger-Genève, Meyer Thérèse, Roth-Bernasconi, Schenker Silvia, Schmidt Roberto, Tschümperlin)

Donner suite à l'initiative

Tschümperlin Andy (S, SZ): Inländerdiskriminierung gilt es zu verhindern. Namentlich sollen Schweizerinnen und Schweizer und ihre ausländischen Familienangehörigen hinsichtlich ihrer ausländerrechtlichen Stellung nicht schlechtergestellt sein als EU- und Efta-Bürgerinnen und -Bürger und deren Angehörige.

Von Inländerdiskriminierung spricht man aber auch dann, wenn ein Schweizer Bürger oder eine Schweizer Bürgerin in einem EU-Land arbeitet, die Familie aus einem Drittstaat nachzieht und anschliessend wieder in die Schweiz zurückkehrt. Bei den Regelungen über den Familiennachzug fügte der Gesetzgeber daher im Zuge der Beratungen mit Artikel 42 Absatz 2 und Artikel 47 Absatz 2 zwei Bestimmungen ins Ausländergesetz ein, mit denen Schweizerinnen und Schweizer sowie Schweizer Familienangehörige ihre Familie unter denselben Voraussetzungen sollten nachziehen können, die für EU- oder Efta-Bürgerinnen und -Bürger gelten. Abgesehen davon, dass die vom Gesetzgeber beabsichtigte Gleichbehandlung nicht konsequent umgesetzt wurde, bildete die Formulierung von Artikel 42 Absatz 2 den zu diesem Zeitpunkt geltenden Rechtszustand ab – und das ist der Hauptpunkt meiner parlamentarischen Initiative –, ohne für Entwicklungen der dynamischen Rechtsprechung hinsichtlich des Personenfreizügigkeitsabkommens offenzubleiben. Eine Folge davon ist, dass ungleiche Rechtslagen für Schweizerinnen und Schweizer im Vergleich zu EU- und Efta-Bürgerinnen und -Bürgern absehbar sind.





Mit dem Urteil vom 25. Juli 2008 hat der Europäische Gerichtshof in Luxemburg in der Rechtssache Metock entschieden, die erweiterten Familiennachzugsrechte hätten auch dann Geltung, wenn aus Drittstaaten stammende Familienangehörige von EU-Bürgerinnen und -Bürgern nicht bereits in einem EU-Staat wohnhaft sind und so direkt aus dem Drittstaat nachziehen wollten. Mit diesem Urteil distanzierte sich der Europäische Gerichtshof von einem früheren Urteil in der Rechtssache Akrich, an das sich der schweizerische Gesetzgeber bei der Formulierung der entsprechenden Artikel angelehnt hatte.

Ein weiteres Thema ist das Freizügigkeitsabkommen. Gemäss Artikel 16 Absatz 1 dieses Abkommens ist die Schweiz verpflichtet, alle erforderlichen Massnahmen zu ergreifen, damit gleichwertige Rechte und Pflichten wie in den Rechtsakten der Europäischen Gemeinschaft, auf die Bezug genommen wird, Anwendung finden. Gemäss Artikel 16 Absatz 2 des Abkommens ist zwar nur die "einschlägige Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaft vor dem Zeitpunkt der Unterzeichnung" des Abkommens direkt bindend. Indessen gilt hinsichtlich der Auslegung des Freizügigkeitsabkommens und der Berücksichtigung der Rechtsentwicklungen in der Europäischen Gemeinschaft der Grundsatz, dass die Bestimmungen des Freizügigkeitsabkommens, die an gemeinschaftsrechtliche Garantien anknüpfen – sei dies nun wörtlich oder sinngemäss –, grundsätzlich in Anlehnung an die gemeinschaftsrechtliche Bedeutung auszulegen sind. Erkennbare Zielsetzung des Abkommens ist die Gewährung gleichwertiger Rechte und Pflichten wie das Gemeinschaftsrecht. Es soll eine möglichst weitgehende Parallelität der Rechtslage in der Union und im Anwendungsbereich des Freizügigkeitsabkommens sichergestellt werden.

Aufgrund der beschriebenen Rechtslage werden die Familiennachzugsrechte gemäss Freizügigkeitsabkommen für EU- und Efta-Bürgerinnen und -Bürger in der Schweiz entsprechend dem Urteil Metock erweitert werden müssen. Folge davon ist aber, dass Schweizerinnen und Schweizer hinsichtlich ihrer Familienangehörigen, die in Drittstaaten wohnhaft sind, benachteiligt wären, da Artikel 42 Absatz 2 AuG eine privilegierte Rechtsstellung an den rechtmässigen Voraufenthalt in einem EU- oder Efta-Staat knüpft.

Zur Verhinderung einer solchen und künftiger Inländerdiskriminierungen ist es unerlässlich, die Rechtsstellung der Schweizerinnen und Schweizer so an diejenigen von EU-Bürgerinnen und -Bürgern zu knüpfen, dass eine parallele Rechtslage automatisch sichergestellt ist. Eine allgemeine Gleichheitsklausel in Artikel 2 Absatz 3a AuG formuliert die entsprechende Parallelität. Die gestützt hierauf erforderlichen Anpassungen in den Kapiteln betreffend Familiennachzug sowie betreffend Erlöschen und Widerruf der Bewilligung werden aus Gründen der Lesbarkeit und Kohärenz ausdrücklich im Gesetzestext aufgenommen. So kann der Rechtsanwender sogleich erkennen, bei welchen Artikeln die Rechtslage gemäss FZA von besonderer Bedeutung ist.

Wir sind in der ersten Phase der Behandlung dieser parlamentarischen Initiative. Diese parlamentarische Initiative hat die Hürde in der Kommission in der ersten Phase geschafft; in der ständerätlichen Kommission wurde ihr dann aber keine Folge gegeben. Sie hat danach auch in unserer Kommission die Hürde nicht mehr geschafft.

Ich bitte Sie jedoch, diese parlamentarische Initiative zu unterstützen und ihr Folge zu geben – im Wissen darum, dass das Urteil des Europäischen Gerichtshofs ganz sicher für diese Initiative sprechen wird, und auch im Wissen darum, dass wir als Gesetzgeber die entsprechenden Gesetze anzupassen haben.

Marra Ada (S, VD): L'initiative parlementaire Tschümperlin a ceci d'extraordinaire qu'elle est juste. Elle est juste politiquement, juridiquement et pratiquement. Cette initiative vise à corriger un état de fait. De quoi s'agit-il très concrètement et

AB 2009 N 1747 / BO 2009 N 1747

mis à part tout le langage juridique compliqué que nous avons entendu jusqu'à maintenant?

Aujourd'hui, un Allemand vivant par exemple au Brésil et ayant épousé une Brésilienne peut venir en Suisse avec ses enfants âgés de plus de 18 ans, et ce grâce à l'arrêt de 2008 de la Cour de justice des Communautés européennes. Il n'en est pas de même pour un ressortissant suisse. La législation suisse est ainsi faite qu'un Suisse habitant au Brésil, ayant épousé une Brésilienne, ne pourra pas s'installer automatiquement en Suisse avec ses enfants de plus de 18 ans. Ceux-ci devraient passer par d'autres procédures que leur père helvétique pour pouvoir s'y installer.

La commission a reconnu le problème sur le fond. Sa commission soeur du Conseil des Etats est d'accord également sur le fond, mais elle souhaite que cela soit d'abord réglé par un arrêt du Tribunal fédéral avant de toucher à la législation. Or, il me semble que le rôle d'un législateur est bien celui de légiférer, surtout lorsque les deux commissions reconnaissent le côté judiciaire d'une modification de la loi.

Pour ces raisons, la minorité de la commission vous demande de donner suite à l'initiative parlementaire Tschümperlin, qui aura raison tôt ou tard. Alors, ne soyons pas à la traîne, et ce pour le bien-être de nos



concitoyens en situation de migration, qui nous élisent eux aussi et qui ont eux aussi besoin de nous.

Bugnon André (V, VD), pour la commission: Le 19 juin 2009, la Commission des institutions politiques a traité pour la seconde fois l'initiative parlementaire Tschümperlin 08.494 "Loi sur les étrangers. Halte à la discrimination des ressortissants suisses". En effet, lors de l'examen préalable de l'initiative parlementaire, dans sa séance du 22 janvier, notre commission avait décidé, par 12 voix contre 12 et 1 abstention avec la voix prépondérante du président, de donner suite à cette initiative parlementaire. Par contre, la commission du Conseil des Etats a, elle, refusé de donner suite à cette initiative, par 7 voix contre 3 et aucune abstention, d'où un second passage de cet objet dans notre commission, ce qui a été fait en date du 19 juin de cette année.

L'initiative parlementaire Tschümperlin, comme vous venez de l'entendre, propose une modification par rédaction formulée de treize articles de la loi fédérale sur les étrangers concernant le thème de la discrimination, discrimination que les ressortissants suisses subiraient dans la version actuelle de la loi, selon l'auteur de l'initiative. Pour étayer sa proposition, Monsieur Tschümperlin se base sur un arrêt de la Cour de justice des Communautés européennes qui, le 25 juillet 2008, décidait que les droits élargis au regroupement familial inscrits dans les textes applicables au moment des faits et, à présent, dans la nouvelle directive 2004/38/CE s'appliquaient également lorsque des membres de la famille d'un citoyen de l'Union européenne qui sont originaires d'un pays tiers n'ont pas élu domicile au préalable dans un Etat membre de l'UE et veulent bénéficier du regroupement familial directement à partir de ce pays tiers.

Compte tenu de la modification de cette jurisprudence qui s'applique dans les pays membres de l'UE, Monsieur Tschümperlin considère que la législation suisse doit être adaptée selon cette nouvelle règle puisque la loi actuelle sur les étrangers n'accorde cette possibilité de regroupement familial qu'aux personnes ayant au préalable séjourné légalement dans un Etat de l'UE ou de l'AELE. En effet, selon l'auteur de l'initiative, l'article 16 alinéa 1 ALCP implique que la Suisse est tenue de prendre toutes les mesures nécessaires pour que les droits et obligations équivalant à ceux contenus dans les actes juridiques de la Communauté européenne trouvent leur application dans les relations entre les parties contractantes. Partant de cette analyse, Monsieur Tschümperlin considère que le droit suisse doit être adapté au droit européen, d'où sa proposition de modification de la loi sur les étrangers.

Comme cela a déjà été évoqué, la commission soeur a refusé de se rallier à la décision de la commission du Conseil national, arguant qu'elle n'a constaté à ce jour aucune discrimination des ressortissants suisses dans le domaine du regroupement familial. La CIP-CN, qui avait déjà, dans un premier temps, décidé de donner suite à cette initiative – à une voix près, je l'ai déjà dit – s'est ralliée aux considérations de la CIP-CE lors du second passage de l'initiative dans sa commission.

En plus du constat qu'aucune personne de nationalité suisse n'avait été discriminée jusqu'à présent par rapport aux ressortissants de l'UE s'agissant du droit familial, la commission se réfère au fait que le Tribunal fédéral n'a justement pas 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.

La commission rappelle aussi qu'à ce sujet, le droit en vigueur permet déjà, d'une manière générale, de faire venir en Suisse les enfants jusqu'à 18 ans. La commission reconnaît que la question pourrait se poser pour les descendants âgés de 18 à 21 ans – puisqu'à ce moment-là ils atteignent leur majorité et deviennent donc des individus à part entière sur le plan juridique – ainsi que pour les ascendants dont l'entretien est assuré, mais elle juge que cette situation ne constitue pas une raison suffisante pour modifier actuellement notre législation. La majorité de la commission est en outre opposée au fait que la loi sur les étrangers soit assortie d'une clause générale qui, en créant de nouveaux droits, enlèverait la marge de manoeuvre que le régime actuel donne aux autorités pour réguler l'entrée et le séjour de membres de la famille originaires du pays tiers. Elle considère que le modèle des deux cercles a fait ses preuves et qu'il doit être maintenu.

Une minorité de la commission considère que, pour les raisons évoquées par Monsieur Tschümperlin – raisons que vous venez d'entendre évoquées par Madame Marra et qui sont également développées plus haut dans ce rapport –, la législation suisse doit être adaptée au droit européen et propose donc de donner suite à l'initiative parlementaire.

Soumise au vote, c'est par 14 voix contre 10 et 1 abstention que la commission vous recommande de ne pas donner suite à cette initiative et, au nom de la majorité, je vous demande de vous prononcer dans le même sens.

Fluri Kurt (RL, SO), für die Kommission: Wir sind in der zweiten Runde der ersten Phase dieser parlamen-



tarischen Initiative. In der ersten Runde hat Ihre Kommission bei Stimmengleichheit mit Stichentscheid des Präsidenten entschieden, der Initiative Folge zu geben; die ständerätliche Kommission hat dies hingegen mit 7 zu 3 Stimmen verweigert.

Vorauszuschicken ist die Tatsache, dass wir nach dem geltenden Freizügigkeitsabkommen – Artikel 16 Absatz 2 erster Satz – nur verpflichtet sind, die einschlägige Rechtsprechung des Gerichtshofes der Europäischen Gemeinschaft vor – vor! – dem Zeitpunkt der Unterzeichnung des Abkommens bindend umzusetzen. Deshalb verweigerte die Kommission des Ständerates ihre Zustimmung zur positiven Vorprüfung. Gesetzgeberische Massnahmen wären erst dann zu ergreifen, wenn das Bundesgericht eben die jüngste Rechtsprechung – den Fall, den Herr Tschümperlin erwähnt hat – anerkennen würde. Hingegen ist nach Meinung unserer Schwesterkommission eine Revision des Ausländergesetzes im Sinne der Initiative jetzt nicht notwendig.

In der zweiten Diskussion hat sich nun auch unsere SPK dieser Meinung der ständerätlichen Kommission angeschlossen. Weil eben das Bundesgericht die betreffende Rechtsprechung des EuGH nicht oder noch nicht übernommen hat, besteht im Moment beim Familiennachzug von Schweizerinnen und Schweizern gegenüber EU-Bürgerinnen und EU-Bürgern keine Diskriminierung. Kinder bis 18 Jahre können ja bereits nach geltendem Recht nachgezogen werden. Potenziell betroffen sind deshalb nur 18- bis 21-jährige Familienangehörige und ältere Verwandte, deren Unterhalt gesichert ist. Das allein begründet aber nach unserer Auffassung noch keinen dringenden gesetzgeberischen Handlungsbedarf.

AB 2009 N 1748 / BO 2009 N 1748

Wie wir es ebenso generell im Ausländergesetz gehandhabt haben, lehnt es aber die Kommission generell ab, mit einer Generalklausel neue Rechtsansprüche auf Bewilligungen zu verankern. Unser Rat, der Ständerat und die Bundesversammlung und schliesslich auch das Volk in der entsprechenden Referendumsabstimmung haben ausdrücklich festgehalten, dass wir keine Rechtsansprüche im Gesetz verankern wollen, welche den entscheidenden Behörden bei ihrem Entscheid keinen Handlungsspielraum mehr offenlassen.

Und deswegen sind wir der Meinung, dass wir – solange die Schweiz nicht verpflichtet ist, das betreffende Urteil des EuGH umzusetzen – unser Gesetz nicht dieser Praxis anpassen, weil wir das nicht müssen. Sollten wir in die Lage kommen, dass das Bundesgericht tatsächlich diese EuGH-Praxis übernimmt, dann ist es an uns, dem Gesetzgeber, die entsprechenden einschlägigen Artikel neu zu formulieren, wenn immer es geht auch wieder ohne Rechtsansprüche. Wir wollen nach wie vor den Spielraum der entscheidenden Instanzen nicht begrenzen. So besteht – ganz abgesehen vom politischen Mehrheitswillen, eben keine Rechtsansprüche zu verankern – im Sinne des Gesetzes zumindest kein Handlungsbedarf, um diese Initiative umzusetzen, weil unser Bundesgericht wie gesagt die EuGH-Praxis nicht übernommen hat.

Die Meinung der zehnköpfigen Minderheit ist es aber, voraussehbare Entwicklungen antizipieren zu wollen und vor dem Hintergrund der sich entwickelnden Rechtsprechung zum Ausländerrecht und zum Freizügigkeitsabkommen eine parallele Rechtslage sicherzustellen. Die Mehrheit mit vierzehn Köpfen ist hingegen der Ansicht, dass dies erstens nicht zwingend nötig sein wird und zweitens im jetzigen Zeitpunkt diesbezüglich kein Handlungsbedarf besteht.

Abstimmung – Vote

(namentlich – nominatif; 08.494/3015)

Für Folgegeben ... 62 Stimmen

Dagegen ... 109 Stimmen