

An das

Staatssekretariat für Migration

Stabsbereich Recht

Herrn Bernhard Fürer und Frau Carola Haller

Quellenweg 6

3003 Bern-Wabern

Bern, 28. Mai 2015

Vernehmlassung

Entwürfe zur Änderung des Ausländergesetzes: Anpassung der Gesetzesvorlage zur Änderung des Ausländergesetzes (Integration)



Dachverband
der Behindertenorganisationen
Schweiz

Fédération suisse
des organisations
de personnes handicapées

Mühlemattstrasse 14a
3007 Bern

Tel. 031 370 08 30
Fax 031 370 08 51

info@integrationhandicap.ch
www.integrationhandicap.ch

PC 80-311-4

Sehr geehrte Frau Bundesrätin Sommaruga

Integration Handicap ist der Dachverband der Behindertenorganisationen Schweiz und vertritt die Interessen von Menschen mit Behinderung. Gerne ergreifen wir die Gelegenheit, um im Rahmen der Vernehmlassung zur Änderung des Ausländergesetzes auf wichtige Aspekte hinsichtlich der Gleichstellung sowie der sozialversicherungsrechtlichen Ansprüche von Menschen mit Behinderung aufmerksam zu machen.

Die Bundesverfassung verbietet in Art. 8 Abs. 2 Diskriminierungen wegen einer Behinderung. Art. 8 Abs. 4 BV verpflichtet den Gesetzgeber, Massnahmen zur Beseitigung der Benachteiligungen von Menschen mit Behinderung zu ergreifen. Demnach müssen die im Rahmen einer Gesetzesrevision vorgeschlagenen Bestimmungen immer auch unter dem Aspekt der Gleichstellung von Menschen mit Behinderung überprüft werden: führen sie zu einer direkten oder indirekten Diskriminierung, sind sie mit Art. 8 Abs. 2 BV nicht vereinbar.

Art. 53 Abs. 1 E-AuG (BBI 2013 2447) verpflichtet ausdrücklich Bund, Kantone und Gemeinden dazu, bei der Erfüllung ihrer Aufgaben den Schutz vor Diskriminierung (daher die Einhaltung von Art. 8 Abs. 2 BV) zu berücksichtigen. Es wäre also nur kohärent, diese Ver-

pflichtung bei den vorgeschlagenen neuen Bestimmungen zu konkretisieren und insbesondere Ausnahmen vorzusehen, um mittelbare Diskriminierungen von Menschen mit Behinderung zu vermeiden.

Vorweg weisen wir daraufhin, dass der verfassungsmässige Auftrag des Art. 8 Abs. 4 BV in der gegenständlichen Revision des AuG offenbar nicht erfüllt wurde; an keiner Stelle des erläuternden Berichts oder der neu einzuführenden Bestimmungen wurden die Bedürfnisse von Menschen mit Behinderung berücksichtigt.

Im erläuternden Bericht wird darauf hingewiesen, dass der Bundesrat nach dem Vernehmlassungsverfahren eine Zusatzbotschaft zur neuen Vorlage verabschieden wird (Bericht S. 4). In dieser geplanten Botschaft müsste auf die Anliegen von Menschen mit Behinderung Bezug genommen werden, insbesondere auf die Problematik der mittelbaren Diskriminierung bei den Kriterien der Sozialhilfe und des Bezugs von Ergänzungsleistungen. Dies vor allem im Hinblick auf die Rechtsprechung des Bundesgerichts im Zusammenhang mit dem Verbot der Diskriminierung von Menschen mit Behinderung im Einbürgerungsverfahren im Lichte von Art. 8 Abs. 2 BV. Das Bundesgericht hat bekanntermassen anerkannt, dass das Kriterium der Sozialhilfe zu einer indirekten Diskriminierung von Menschen aufgrund ihrer Behinderung führen kann (BGE 135 I 49).

Weiter möchten wir an dieser Stelle auf unsere Vernehmlassung vom 23.3.2012 zum Vorentwurf VE-AuG hinweisen, welche bereits ausführlich auf die drohende Diskriminierung von Menschen mit Behinderung im Ausländerrecht hingewiesen hatte (siehe Beilage 1).

Vorgeschlagene Änderungen

Mit vorliegender Revision wird der Familiennachzug durch Einführung neuer Voraussetzungen eingeschränkt:

- für Familienangehörige von Personen mit Niederlassungsausweis sind dies neu eine bedarfsgerechte Wohnung, kein Sozialhilfebezug und kein Bezug einer jährlichen EL (Art. 43 Abs. 1 lit. b-d E-AuG)
- für Familienangehörige von Personen mit Aufenthaltsbewilligung ist es neu zusätzlich kein Bezug einer jährlichen EL (Art. 44 Abs. 1 lit. d E-AuG)
- für Familienangehörige von Personen mit Kurzaufenthaltsbewilligung ist es neu zusätzlich kein Bezug einer jährlichen EL (Art. 45 lit. d E-AuG)
- für Familienangehörige von vorläufig aufgenommenen Personen ist es neu zusätzlich kein Bezug einer jährlichen EL (Art. 85 Abs. 8 lit. cbis E-AuG)
- der Widerruf einer Niederlassungsbewilligung soll bei dauerhaftem und erheblichem Bezug von Sozialhilfe auch nach mehr als 15 Jahren ununterbrochenem und ordnungsgemäsem Aufenthalt in der Schweiz möglich sein (Art. 63 E-AuG).

Diese Änderungen sollen die Pa.Iv. 08.428 „Kein Familiennachzug bei Bezug von Ergänzungsleistungen“ und die Pa.Iv. 10.485 „Vereinheitlichung beim Familiennachzug“ umsetzen (Bericht S. 15ff.).

Unvereinbarkeit mit Völkerrecht und Bundesverfassung

Die vorgeschlagenen Änderungen des AuG stehen im Widerspruch zu den verfassungsmässigen Vorgaben des Diskriminierungsverbotes von Menschen mit Behinderung in Art. 8 Abs. 2 BV und dem Gesetzgebungsauftrag zur Beseitigung von Benachteiligungen von Menschen mit Behinderung in Art. 8 Abs. 4 BV. Weiter berücksichtigt die Vorlage in keiner Weise die Vorgaben der seit 15.5.2014 in der Schweiz in Kraft stehenden UNO-Behindertenrechtskonvention, welche eine Diskriminierung von Menschen mit Behinderung verbietet und das Recht von Menschen mit Behinderung auf Freizügigkeit und auf freie Wahl des Wohnortes statuiert (Art. 18 iVm 5 BRK).

Die Ergänzungsleistungen sind integraler Bestandteil des Vorsorgeschutzes der 1. Säule (Art. 112a BV). Sie sind eingeführt worden, damit das verfassungsmässige Ziel, den Existenzbedarf im Falle von Alter, Tod und Invalidität angemessen zu decken, erreicht werden kann. Gerade Bezüger und Bezügerinnen einer Invalidenrente (und somit in der Regel Menschen mit Behinderung im Sinne von Art. 8 Abs. 2 BV) vermögen trotz regelmässiger Beitragszahlungen oft keine Rente zu erzielen, die ihnen die Existenz zu decken vermag. Dass sie deshalb Ergänzungsleistungen beziehen müssen, beruht regelmässig auf keinem Verschulden der Betroffenen, sondern ist auf die Eigenart des Schweizerischen Rentensystems zurückzuführen. Eine Invalidität darf aber in keinem Fall bei ausländischen Staatsangehörigen, die durch Unfall oder Krankheit in der Schweiz invalid geworden sind, zum Anlass einer (mittelbaren) Diskriminierung hinsichtlich des Familiennachzugs gemacht werden. Eine derartige Bestimmung führt indirekt dazu, dass Menschen mit Behinderung sich gezwungen sehen können, auf Ihnen rechtmässig zustehende Sozialversicherungsansprüche zu verzichten.

Wie das Bundesgericht in seinem Urteil vom 20.2.2008 (2C_448/2007) zu Recht festgestellt hat, unterscheiden sich die Ergänzungsleistungen als Teil des Sozialversicherungssystems sowohl in qualitativer Hinsicht wie auch bezüglich des Rechtsanspruchs klar von der Sozialhilfe. Eine Gleichbehandlung von EL-Bezügern/innen mit Sozialhilfebezügern/innen widerspricht dem System der Schweizerischen Rechtsordnung. Im Übrigen erweist sich der Vorschlag auch aus dem Blickwinkel der Integration als problematisch, wie dies im erläuterndem Bericht (S. 17) treffend dargelegt worden ist.

Ebenso kann die Anwendung des Kriteriums der Sozialhilfe ohne Ausnahme für Menschen mit Behinderung eine verbotene mittelbare Diskriminierung dieser Personengruppe darstellen. Dies wurde durch das Bundesgericht, wie oben erwähnt, für das Einbürgerungsverfahren klar festgestellt (BGE 135 I 49) und muss als Ausfluss von Art. 8 Abs. 2 BV ebenso für das Ausländerrecht gelten (MARKUS SCHEFER/CAROLINE HESS-KLEIN, Behindertengleichstellungsrecht, 2014, S. 474).

Widerspruch zum E-BüG

Die Nicht-Berücksichtigung der spezifischen Bedürfnisse von Menschen mit Behinderung im Ausländergesetz steht zudem im Widerspruch zum E-BüG, welches explizit auch im Bereich der Beurteilung der finanziellen Verhältnisse auf die Bedürfnisse von Menschen mit Behinderung und deren spezielle Lebenslagen eingeht (vgl. Art. 12 Abs. 2 E-BüG). Die unverschuldete Sozialhilfeabhängigkeit, ebenso wie der unverschuldete Bezug einer EL,

darf Menschen mit Behinderung nicht zum Nachteil gereichen – weder in Fragen des Zugangs zur Staatsbürgerschaft, noch in Fragen des Zugangs zu Aufenthalts- und Niederlassungstiteln. Wobei zu betonen ist, dass mit unverschuldetem Bezug gemeint ist, dass Selbstverschulden nur dann gegeben ist, wenn kein Wille zur Teilnahme am Wirtschaftsleben besteht, d.h. es wäre nicht zulässig eine selbstverschuldete Behinderung, z.B. durch einen Unfall, als verschuldeten Bezug einer Leistung anzusehen (in diesem Sinne SCHEFFER/HESS-KLEIN, S. 472; Botschaft zur Totalrevision des Bundesgesetzes über das Schweizer Bürgerrecht vom 4. März 2011, BBI 2011 2825, S. 2832). Es erscheint weiter nicht kohärent, im Bürgerrecht verfassungsmässig korrekt die Bedürfnisse von Menschen mit Behinderung auch im Bereich der finanziellen Aspekte zu berücksichtigen, im E-AuG dagegen die Voraussetzungen des Nicht-Bezuges von Sozialhilfe bzw. EL absolut zu formulieren.

Ungenügen von Art. 96 Abs. 1 E-AuG

Art. 96 Abs. 1 E-AuG, welcher bei der Ausübung des Ermessens der Behörden die Berücksichtigung der persönlichen Verhältnisse des Ausländers/der Ausländerin statuiert, reicht nicht aus, um die drohende mittelbare Diskriminierung von Menschen mit Behinderung zu verhindern. Zudem ist es fraglich, ob dieser auf die genannten neuen Voraussetzungen anwendbar ist, da er sich offensichtlich primär auf die Beurteilung der Integrationskriterien in Art. 58a E-AuG (vgl. Botschaft zur Änderung des Ausländergesetzes (Integration) vom 8. März 2013 BBI 2013 2397, S. 2428f.) und auf das Ermessen der Behörden bei Entfernungs- oder Fernhaltungsmassnahmen (Botschaft zum Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer vom 8. März 2002, BBI 2002 3709, S. 3823) bezieht. Zudem würde Art. 96 E-AuG selbst bei spezifischer Erwähnung des Merkmals der Behinderung nicht ausreichen, da es fraglich ist, wo ein Ermessensspielraum der Behörde bestehen sollte – wenn eine Person eine Ergänzungsleistung oder Sozialhilfe bezieht, dann bezieht sie diese nun einmal.

Offensichtlich wurden die beiden erwähnten Pa.Iv. ohne Berücksichtigung der verfassungsrechtlichen Verpflichtungen in das E-AuG eingefügt. Dies obwohl Frau Bundesrätin Sommaruga im Ständerat während der Sommersession 2014 zugesichert hatte, dass sich der Bundesrat bewusst sei, dass es für ihn „*um eine sorgfältige Prüfung dieser parlamentarischen Initiativen*“ gehe und er sich nicht verpflichtet habe „*sie einfach tel quel ins Gesetz aufzunehmen*“ (AB 2014 S 386). Genau Letzteres scheint aber nun geschehen zu sein.

Konkrete Kritik zu Art. 43-45, 85 E-AuG

Folgende Punkte erscheinen fragwürdig bzw. sind mit den verfassungsmässigen Vorgaben nicht in Einklang zu bringen:

1. Aus der Vorlage (Art. 43, 44 und 45 E-AuG) ist nicht klar ersichtlich, welche Person keine EL/Sozialhilfe beziehen darf. Der Gesetzeswortlaut lässt den Schluss zu, dass sich dieses Kriterium auf die Familienangehörigen bezieht. Der erläuternden Bericht geht aber davon aus, dass diese Regelung in der Praxis kaum zur Anwendung gelangen werde, da sich der Anwendungsbereich auf jene Fälle beschränken werde, „*bei denen die nachziehende, ausländische Person bereits EL bezieht und das Familienverhältnis (z.B. Heirat mit Landsfrau bzw. -mann, Geburt eines Kindes) erst*

während des Bezugs von EL eintritt“ (S. 17). An anderer Stelle des erläuternden Berichts heisst es: „Überdies ergibt sich (...), dass für Personen mit Niederlassungsbewilligung der Familiennachzug ebenfalls ausgeschlossen sein soll, wenn sie Ergänzungsleistungen beanspruchen“ (S. 21). Dieser Wortlaut lässt eher darauf schliessen, dass nur die Person, deren Angehörige in die Schweiz kommen wollen, keine EL beziehen darf, was sich auch daraus ergibt, dass der EL-Bezug generell an den Wohnsitz und gewöhnlichen Aufenthalt in der Schweiz geknüpft ist. Auch die der vorgeschlagenen Änderung zugrunde liegende Pa.IV. ist in diese Richtung zu verstehen („... dies führt dazu, dass IV-Bezüger, die eine ganze Rente und allenfalls Ergänzungsleistungen beziehen ...“). Allerdings ist es auch denkbar, dass eine nachgezogene Person, die bereits aufgrund des Familiennachzugs einen Aufenthaltstitel erhalten hat, aus behinderungsbedingten Gründen eine EL beziehen muss und dann beim Antrag auf Verlängerung aus diesem Grund abgewiesen wird. Diese Unklarheit im Adressatenkreis besteht in Art. 43, 44 und 45 E-AuG.

2. Für vorläufig aufgenommene Personen wird dem Gesetzeswortlaut nach dagegen die Möglichkeit des Familiennachzuges ausgeschlossen, wenn *die Familie* EL bezieht (Art. 85 Abs. 7 lit. c E-AuG). Der erläuternde Bericht ist dagegen nicht eindeutig (S. 23).
3. Für das Erfordernis des Spracherwerbs als Voraussetzung für den Familiennachzug wurde richtigerweise zur Verhinderung einer potentiellen Diskriminierung von Menschen mit Behinderung bereits in der letzten Revision des AuG die Ausnahmebestimmung des Art. 49a E-AuG eingeführt, der vorsieht, dass vom Erfordernis des Spracherwerbs aus wichtigen Gründen abgewichen werden kann. Als wichtiger Grund gilt unter anderem eine Behinderung. Es ist nicht ersichtlich, warum diese Bestimmung, welche die Diskriminierung von Menschen mit Behinderung beim Familiennachzug verhindern kann, nicht auf die neu einzuführenden Voraussetzungen Sozialhilfe und Bezug einer EL ausgedehnt wurde. Die Bestimmung des Art. 96 Abs. 1 AuG, welcher bei der Ausübung des Ermessens der Behörden die Berücksichtigung der persönlichen Verhältnisse des Ausländers/der Ausländerin statuiert, ist – wie oben dargestellt – ungenügend, um eine mittelbare Diskriminierung wirksam zu verhindern.

Streichung Art. 63 Abs. 2 E-AuG

Neu soll durch Aufhebung des Art. 63 Abs. 2 E-AuG auch die Niederlassungsbewilligung einer *Person, die sich seit mehr als 15 Jahren ununterbrochen und ordnungsgemäss* in der Schweiz aufhält, widerrufen werden können, wenn diese *dauerhaft und in erheblichem Mass auf Sozialhilfe angewiesen* ist.

Damit wird eine Lücke im Gesetz hinsichtlich der Gleichstellung von Menschen mit Behinderung sogar noch verstärkt: Bereits in der im Frühling 2012 abgeschlossenen Revision des AuG *fehlte eine Berücksichtigung der Behinderung beim Widerruf einer Aufenthaltsbewilligung oder Niederlassungsbewilligung wegen Sozialhilfebezug* (Art. 62 lit. e bzw. Art. 63 Abs. 1 lit. c E-AuG; Kritik dazu siehe SCHEFER/HESS-KLEIN, S. 477). Bei der vorgeschlagenen Ausdehnung werden die behindertenspezifischen Bedürfnisse wieder vergessen. Ob in diesem Fall Art. 96 Abs. 1 E-AuG ausreichend sein kann, um Diskriminierungen von Menschen mit Behinderung zu verhindern zu können, erscheint fraglich.

ANTRÄGE zur Änderung des Entwurfs AuG

Art. 43, 44, 45, 85 E-AuG

Streichung des fehlenden EL-Bezugs als Voraussetzung für den Familiennachzug.

Einführung einer ergänzenden Bestimmung, wonach der Sozialhilfebezug nicht als Ausschlusskriterium zu berücksichtigen ist, wenn er auf eine Behinderung zurückzuführen ist

Neuer Art. 63a E-AuG

Aufnahme einer ergänzenden Bestimmung, wonach ein behinderungsbedingter Bezug von Sozialhilfe nicht zum Widerruf von Bewilligungen/Verfügungen gemäss AuG führen darf.

Wir danken Ihnen sehr im Voraus für die Berücksichtigung unserer Anliegen und stehen Ihnen für weitere Fragen gerne zur Verfügung.

Mit freundlichen Grüssen



Julien Jaeckle, Geschäftsleiter



Georges Pestalozzi-Seger, Fürsprecher, Abteilungsleiter Sozialversicherung



Dr.iur. Iris Glockengiesser, Fachmitarbeiterin Recht, Abteilung Gleichstellung

CC:

Andreas Rieder, Leiter EBGB