

Zur Auslegung von Art. 121a Abs. 4 BV im Zusammenhang mit dem möglichen Abschluss des Kroatien-Protokolls zum FZA

Astrid Epiney

Dieser Beitrag wurde erstmals wie folgt veröffentlicht:

Astrid Epiney, Zur Auslegung von Art. 121a Abs. 4 BV im Zusammenhang mit dem möglichen Abschluss des Kroatien-Protokolls zum FZA, Jusletter vom 15.6.2015 (Internetzeitschrift). Es ist möglich, dass die auf Jusletter publizierte Version – die allein zitierfähig ist – im Verhältnis zu diesem Manuskript geringfügige Modifikationen enthält.

I. Problemstellung

Die Umsetzung des Art. 121a BV – der im Zuge der sog. „Masseneinwanderungsinitiative“ in die Verfassung eingeführt wurde – bereitet bekanntlich einige Schwierigkeiten, die einerseits auf der fehlenden Kohärenz und den inhaltlichen Unschärfen der neuen Bestimmung selbst,¹ andererseits auf dem Spannungsverhältnis, das zwischen Art. 121a und anderen verfassungsrechtlichen Vorgaben sowie völkerrechtlichen Verpflichtungen der Schweiz besteht, beruhen.² Dabei dreht sich die Diskussion derzeit im Wesentlichen um die Frage, ob eine Umsetzung der Vorgaben des Art. 121a BV unter Aufrechterhaltung des Personenfreizügigkeitsabkommens mit der EU³ und damit der sog. „Bilateralen I“⁴ erfolgen kann. Der Bundesrat hat in seiner Vernehmlassungsvorlage vom Februar 2015⁵ betont, dass er eine Umsetzung des Art. 121a BV unter Aufrechterhaltung der Bilateralen Abkommen anstrebt, wobei jedoch im Dunkeln bleibt, auf welche Weise er hier vorgehen möchte.

¹ Vgl. hierzu instruktiv *Peter Uebersax*, Die verfassungsrechtliche Zuwanderungssteuerung – Zur Auslegung von Art. 121a BV, Jusletter vom 14.4.2014 sowie *Peter Uebersax*, in: Bernhard Waldmann/Eva Maria Belser/Astrid Epiney (Hrsg.), Bundesverfassung, Basler Kommentar, 2015 (im Erscheinen), Art. 121a; s. auch *Rainer Schweizer, Bernhard Ehrenzeller u.a.*, in: Bernhard Ehrenzeller/Benjamin Schindler/Rainer J. Schweizer/Klaus A. Vallender (Hrsg.), Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, 3. Aufl., 2014, Art. 121a.

² Vgl. hierzu im Einzelnen *Astrid Epiney*, Zur rechtlichen Tragweite der Art. 121a, Art. 197 Ziff. 11 BV / La portée juridique des articles 121a et 197 ch. 11 Cst. – aspects choisis, Freiburger Schriften zum Europarecht, Nr. 17, 88 S., Freiburg 2014 (Zweitabdruck, erstmals erschienen in Jusletter v. 2.6.2014).

³ Abkommen zwischen der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten einerseits und der Schweizerischen Eidgenossenschaft andererseits über die Freizügigkeit (FZA), SR 0.142.112.681; ABl 2002 L 114, 6 ff.

⁴ Diese umfassen neben dem Personenfreizügigkeitsabkommen folgende Bereiche: Luftverkehr, Landverkehr, öffentliches Beschaffungswesen, verarbeitete Landwirtschaftsprodukte, technische Handelshemmnisse und Forschung. Für die Texte aller Abkommen s. BBl 1999, 6489 ff.; ABl 2002 L 114, 1 ff.

⁵ **Nachweis**

Angesichts dieser – durchaus aus verschiedenen Gründen sehr wichtigen – Fragen (die nachfolgend jedoch ausgespart werden sollen)⁶ ist ein Aspekt des Art. 121a etwas in den Hintergrund gerückt, nämlich die Frage nach der Auslegung und damit der rechtlichen Tragweite des Art. 121a Abs. 4 BV. Nach dieser Bestimmung dürfen keine (neuen) völkerrechtlichen Verträge abgeschlossen werden, die gegen diesen Artikel (also gegen Art. 121a Abs. 1-3 BV) verstossen. Soweit bestehende völkerrechtliche Abkommen betroffen sind, sieht Art. 197 Ziff. 11 Abs. 1 BV vor, dass Verträge, die Art. 121a BV widersprechen, innerhalb von drei Jahren nach Inkrafttreten dieser Bestimmung „neu zu verhandeln und anzupassen“ sind.

Der Bundesrat sah unter Berufung auf diese Bestimmung von der Unterzeichnung (womit notwendigerweise auch die Ratifizierung des Protokolls nicht in Frage kommt) des bereits paraphierten Protokolls über die Erweiterung des Personenfreizügigkeitsabkommens auf Kroatien⁷ nicht zu unterzeichnen und nicht zu ratifizieren. des Protokolls ab, was in der Folge dazu führte, dass die Union die anstehende Erneuerung der Teilnahme der Schweiz an den neuen Programmen der EU betreffend Forschung („Horizon 2020“) und Studierendenmobilität („Erasmus“) – beides Abkommen im Rahmen der Bilateralen Abkommen, die jedoch aufgrund ihres Charakters als Kooperationsabkommen, die die Teilnahme der Schweiz an bestimmten Programmen der Union ermöglichen, periodisch im Zuge jeder „Neuaufgabe“ der Unionsprogramme erneuert werden müssen⁸ – aussetzte. In Bezug auf das Forschungsprogramm wurde inzwischen eine bis Ende 2016 befristete Übergangslösung gefunden, und bei der Teilnahme an den Studierendenaustauschprogramme wurde eine nationale „Ersatzlösung“ entwickelt, die jedoch für die Hochschulen verschiedene Nachteile aufweist.⁹ Sollte sich die Schweiz entscheiden, das Protokoll definitiv nicht unterzeichnen zu wollen, ist zu erwarten, dass in Bezug auf eine Teilnahme der Schweiz an den genannten Programmen keine Lösung gefunden werden kann, was empfindliche Nachteile für den Forschungsplatz Schweiz und die schweizerischen Hochschulen implizierte.¹⁰

⁶ Vgl. hierzu die Nachweise in Fn. 1, 2.

⁷ Vgl. Protokoll zum Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft einerseits und der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten andererseits über die Freizügigkeit im Hinblick auf die Aufnahme der Republik Kroatien als Vertragspartei infolge ihres Beitritts zur Europäischen Union, s. die paraphierte Version unter www.bfm.admin.ch/content/ (besucht am 10.3.2014).

⁸ Vgl. zu diesem Charakteristikum der Kooperationsabkommen *Astrid Epiney/Beate Metz/Benedikt Pirker*, Zur Parallelität der Rechtsentwicklung in der EU und in der Schweiz. Ein Beitrag zur rechtlichen Tragweite der „Bilateralen Abkommen“, Zürich 2012, XX.

⁹ Insbesondere müssen die Universitäten die „Austauschprogramme“ nunmehr bilateral betreiben, was einerseits einen beträchtlichen zusätzlichen Aufwand impliziert, andererseits aber auch zu einem gewissen Rückgang der Partnerhochschulen geführt hat, da nicht alle bereit waren, ausserhalb des Rahmens des EU-Programms mit schweizerischen Hochschulen Abkommen abzuschliessen.

¹⁰ Zur Bedeutung der Teilnahme der Schweiz den genannten Programmen für die Hochschulen **XX Nachweis.**

Vor diesem Hintergrund soll (nochmals)¹¹ der Frage nachgegangen werden, ob aus Art. 121a Abs. 4 BV tatsächlich eine Pflicht des Bundesrates abgeleitet werden kann, das erwähnte Protokoll nicht zu unterzeichnen und damit (nach dem Durchlaufen des innerstaatlichen Genehmigungsverfahrens) zu ratifizieren (III.), dies auf der Grundlage einer Skizzierung der Zielsetzungen der Bestimmung (II.). Der Beitrag schliesst mit einem kurzen Fazit (IV.).

Die hier aufgeworfene Frage ist schon deshalb von grosser Bedeutung, weil es beim derzeitigen Stand der Dinge durchaus denkbar erscheint, dass bis Ende 2016 keine Entscheidung über die Umsetzung des Art. 121a BV gefallen ist, und selbst wenn der Bundesrat dann – auf der Grundlage des Art. 197 Abs. 11 Abs. 2 BV – auf dem Verordnungsweg tätig würde, ist derzeit nicht absehbar, wann eine solche Verordnung erlassen würde und welchen Inhalt sie hätte. M.a.W. ist es zur Zeit durchaus möglich, wenn nicht gar wahrscheinlich, dass der derzeitige „Schwebezustand“ betreffend die Frage der Umsetzung des Art. 121a BV noch einige Zeit nach 2016 andauern wird, womit auch offen sein wird, ob die vom Bundesrat im Februar 2015 artikulierte Zielsetzung einer Umsetzung des Art. 121a BV unter Aufrechterhaltung der Bilateralen Abkommen und insbesondere des Personenfreizügigkeitsabkommens verwirklicht werden kann bzw. wird. Hält die Schweiz bei diesem Stand der Dinge an der Nichtunterzeichnung des „Kroatien-Protokolls“ fest, wäre ein sehr folgenreicher Ausschluss an den genannten EU-Programmen zu gewärtigen (letztlich ähnlich wie bei einer Kündigung des Personenfreizügigkeitsabkommens), dies obwohl eine eigentliche Entscheidung über die Aufrechterhaltung des Personenfreizügigkeitsabkommens selbst noch nicht getroffen ist.

II. Systematische Stellung und Zielsetzung des Art. 121a Abs. 4 BV

Das in Art. 121a Abs. 4 BV enthaltene Verbot des Abschlusses völkerrechtlicher Verträge, die gegen diesen Artikel verstossen, ist vor dem Hintergrund zu sehen, dass die neue Verfassungsbestimmung – wie offenbar von den Initiantinnen und Initianten erkannt – ein beachtliches Konfliktpotential mit (bestehenden oder zukünftigen) völkerrechtlichen Abkommen in sich birgt. Zu erinnern ist in diesem Zusammenhang daran, dass nach Art. 197 Ziff. 11 Abs. 1 BV bestehende völkerrechtliche Verträge, die Art. 121a BV widersprechen, innerhalb von drei Jahren anzupassen sind. Nimmt man beide Verfassungsbestimmungen zusammen, so ist das Anliegen erkennbar, mögliche Konflikte mit völkerrechtlichen Verträgen zu verhindern bzw. zu beseitigen.

Spezifisch in Bezug auf Art. 121a Abs. 4 BV geht es also darum zu verhindern, dass völkerrechtliche Abkommen abgeschlossen werden, die dieser Bestimmung – womit

¹¹ Vgl. schon die Nachweise in Fn. 2, wobei die nachfolgenden Ausführungen teilweise auf diese Untersuchung zurückgreifen.

ausgehend von der Systematik des Art. 121a BV ersichtlich Art. 121a Abs. 1-3 BV gemeint sind – zu widerlaufen, dies im Hinblick auf eine möglichst konfliktfreie bzw. kohärente Ausgestaltung der für die bzw. in der Schweiz geltenden Rechtsnormen. Damit wird einerseits der Rechtssicherheit Rechnung getragen, führt doch die Geltung miteinander in Konflikt stehender gesetzlicher Bestimmungen regelmässig zu Fragen über ihr Verhältnis und damit die letztlich massgebliche Rechtslage, eine Problematik, der in Bezug auf das nicht in jeder Beziehung geklärte Verhältnis von Völker- und Landesrecht eine besondere Bedeutung zukommt. Andererseits soll wohl auch verhindert werden, dass die Schweiz sich völkerrechtlich verpflichtet, diese Verpflichtung aber im Zuge der verfassungsrechtlichen Vorgaben dann möglicherweise wieder auflösen sollte oder müsste.

In Bezug auf das Verhältnis von Art. 121a Abs. 4 BV und Art. 197 Ziff. 11 Abs. 1 BV dürfte davon auszugehen sein, dass sich letztere Bestimmung auf bereits für die Schweiz geltenden völkerrechtlichen Verträge bezieht, während die erstgenannte Norm zukünftige bzw. neue völkerrechtliche Verträge im Blick hat.¹² Dies ergibt sich neben dem Zusammenspiel beider Bestimmungen auch schon aus dem Wortlaut des Art. 121 Abs. 4 BV. Denn nur neue völkerrechtliche Verträge können „abgeschlossen“ werden; bereits für die Schweiz verbindliche Abkommen bestehen schon. In Bezug auf den Wortlaut des Art. 197 Ziff. 11 Abs. 1 BV ist darauf hinzuweisen, dass nur bereits bestehende und für die Schweiz verbindliche völkerrechtliche Abkommen Bezug „neu“ verhandelt und angepasst werden können.

Nur am Rande sei in diesem Zusammenhang darauf hingewiesen, dass eine Pflicht zur Neuverhandlung gemäss Art. 197 Ziff. 11 Abs. 1 BV wohl auch bezüglich solcher Verträge bestehen dürfte, die nach dem Inkrafttreten der Art. 121a Abs. 4 BV und Art. 197 Ziff. 11 Abs. 1 BV, jedoch vor Ablauf der Dreijahresfrist geschlossen wurden. Gleiches gilt für Verträge, die nach Ablauf der Dreijahresfrist geschlossen wurden, wobei aber in jedem Fall ein Widerspruch zu Art. 121a Abs. 1-3 BV bestehen muss.¹³

III. Zur rechtlichen Tragweite des Art. 121a Abs. 4 BV

Die Auslegung des Art. 121a Abs. 4 BV und damit ihre genaue rechtliche Tragweite wirft diverse Fragen auf, wobei drei Themenkomplexe von besonderer Relevanz sein dürften: die Reichweite des „Verbotstatbestands“, m.a.W. die Frage nach, was unter dem „Abschluss“ eines (neuen) völkerrechtlichen Vertrages zu verstehen ist (1.), unter welchen Voraussetzungen von einem „Verstoss“ gegen Art. 121a Abs. 1-3 BV ausgegangen werden kann (2.) und schliesslich die Frage, was unter „neuen“ völkerrechtlichen Verträgen im Sinne

¹² Allgemeine Ansicht, vgl. nur *Ehrenzeller*, in: Sankt Galler Kommentar (Fn. 1), Art. 121a, Rn. 51.

¹³ Hierzu noch unten XX.

dieser Bestimmung zu verstehen ist (3.). Ausgehend von der eingangs skizzierten Problemstellung und dem Akzent dieses Beitrags liegt der Schwerpunkt der nachfolgenden Ausführungen auf dem zuletzt genannten Punkt.

1. Reichweite des Art. 121a Abs. 4

Art. 121a Abs. 4 BV spricht davon, dass keine völkerrechtlichen Verträge „abgeschlossen“ werden dürfen, die gegen Art. 121a BV verstossen. Die Reichweite dieses „Verbotstatbestands“ hängt also (auch) davon ab, was unter „Abschluss“ eines neuen völkerrechtlichen Vertrages zu verstehen ist.

Nach den einschlägigen völkerrechtlichen Grundsätzen, die in der Wiener Vertragsrechtskonvention (WVK)¹⁴ niedergelegt sind und im Übrigen (jedenfalls soweit die hier relevanten Grundsätze betroffen sind) Völkergewohnheitsrecht darstellen,¹⁵ ist ein Staat grundsätzlich erst mit der Ratifikation an einen völkerrechtlichen Vertrag gebunden, so dass weder die Paraphierung noch die Unterzeichnung eines Vertrages bereits eine Bindung an den Vertrag und den Status als Vertragspartei nach sich ziehen.¹⁶ Auf dieser Grundlage könnte man in Erwägung ziehen, dass Art. 121a Abs. 4 BV lediglich die Ratifikation neuer völkerrechtlicher Abkommen verbietet, nicht jedoch die Unterzeichnung,¹⁷ dies abgesehen von denjenigen Konstellationen, in denen bereits durch die Unterzeichnung eine völkerrechtliche Verbindlichkeit entsteht.¹⁸ Führt man diesen Ansatz zu Ende, wäre auch

¹⁴ Wiener Konvention über das Recht der Verträge vom 23. Mai 1969, SR 0.111.

¹⁵ Zum völkergewohnheitsrechtlichen Charakter der in der WVK niedergelegten Grundsätze nur *Wolfgang Graf Vitzthum*, in: Wolfgang Graf Vitzthum/Alexander Proelß (Hrsg.), *Völkerrecht*, 6. Aufl., Berlin 2013, 1. Abschnitt, Rn. 114.

¹⁶ Vgl. hierzu nur, m.w.N., *Walter Kälin/Astrid Epiney/Martina Caroni/Jörg Künzli*, *Völkerrecht*, 3. Aufl., Bern 2010, 16 ff.

¹⁷ So offenbar der Bundesrat, vgl. BBl 2013 316, wobei die Begründung teilweise wenig plausibel ist, denn es wird auf Art. 141a Abs. 1 BV Bezug genommen, wonach mit dem Genehmigungsbeschluss auch allfällige Verfassungsänderungen Volk und Ständen zu unterbreiten wären bzw. unterbreitet werden können. Dies ist jedoch schon deshalb wenig überzeugend, weil sich Art. 141a Abs. 1 BV nur auf völkerrechtliche Verträge, deren Genehmigung dem obligatorischen Referendum untersteht, bezieht. Bei Verträgen, die in Konflikt mit Art. 121a BV stehen könnten, wird es jedoch in aller Regel um solche Verträge gehen, die einem fakultativen Referendum unterstehen bzw. mitunter auch um solche, die das Parlament alleine genehmigen kann. Es sei in diesem Zusammenhang daran erinnert, dass in Bezug auf völkerrechtliche Verträge nur der Beitritt zu Organisationen für kollektive Sicherheit oder zu supranationalen Gemeinschaften dem obligatorischen Referendum untersteht (Art. 140 Abs. 1 lit. b BV); das fakultative Referendum kommt u.a. bei völkerrechtlichen Verträgen, die „wichtige rechtsetzende Bestimmungen“ enthalten oder deren Umsetzung den Erlass von Bundesgesetzen erfordert, zur Anwendung (Art. 141 Abs. 1 lit. d Nr. 3 BV), eine Voraussetzung, die bei der Zuwanderung oder die Personenfreizügigkeit betreffenden Abkommen häufig gegeben sein wird.

¹⁸ In gewissen Konstellationen ist denn auch der Bundesrat allein zu einem Abschluss völkerrechtlicher Verträge befugt (vgl. Art. 166 Abs. 2 BV sowie Art. 24 Abs. 2, 3 ParlG, Art. 7a RVOG), so dass hier die Unterzeichnung in der Regel auch das Inkrafttreten des Vertrages auch auf völkerrechtlicher Ebene nach sich zieht. Für den hier interessierenden Bereich der Zuwanderung dürfte eine solche Kompetenz des Bundesrates allenfalls in Ausnahmefällen gegeben sein. Zur Befugnis des Bundesrates, selbständig (ohne parlamentarische Genehmigung) völkerrechtliche Verträge abzuschliessen, nur, m.w.N.,

eine Genehmigung durch das Parlament und die Unterstellung des betreffenden Beschlusses unter das fakultative Referendum nicht vom Begriff des „Abschlusses“ eines völkerrechtlichen Vertrages erfasst, tritt die völkerrechtliche Bindung doch erst mit der (durch den Bundesrat vorzunehmenden) Ratifikation ein. Somit beschränkte sich die Tragweite des Art. 121a Abs. 4 BV darauf, dem Bundesrat die Ratifikation neuer Abkommen, die Art. 121a BV widersprechen, zu verbieten.

Deutlich werden damit auch die Argumente gegen einen derartigen, eher formalistischen Ansatz: Wenn von vornherein klar ist,¹⁹ dass ein völkerrechtlicher Vertrag nicht ratifiziert werden darf, erscheint es wenig sinnvoll, das Abkommen gleichwohl zu unterzeichnen, zumal sich aus Art. 18 WVK – das sog. „Frustrationsverbot“, wonach sich ein Staat aller Handlungen zu enthalten hat, die Ziel und Zweck eines Vertrages gefährden, den er unter Vorbehalt der Ratifikation unterzeichnet hat – durchaus gewisse „Vorwirkungen“ einer Unterzeichnung ergeben, die grundsätzlich bis hin zur *de facto*-Massgeblichkeit bestimmter Vertragsbestimmungen reichen können. Ebenso wenig erschliesst sich der Sinn einer parlamentarischen Genehmigung sowie gar eines Referendums, wenn der so genehmigte Vertrag sowieso nicht ratifiziert werden darf. Wenn der Hintergrund des Art. 121a Abs. 4 BV darin zu sehen ist zu vermeiden, dass mit Art. 121a BV unvereinbare Abkommen für die Schweiz verbindliches Völkerrecht werden, spricht daher Vieles dafür, nicht nur den eigentlichen „Abschluss“ des Vertrages, mit dem dessen völkerrechtliche Verbindlichkeit einhergeht, sondern auch bereits diejenigen Verfahrensschritte im Vorfeld, die auf einen solchen „Abschluss“ abzielen bzw. nur im Hinblick auf diesen Sinn machen, zu erfassen. Für diesen Ansatz spricht auch, dass der Begriff des „Abschlusses“ kein spezifischer Begriff des Vertragsschlussverfahrens ist (wie Genehmigung oder Ratifikation, vgl. Art. 166 Abs. 2, Art. 184 Abs. 2 BV).

Daher steht Art. 121a Abs. 4 BV – in seinem Anwendungsbereich – nicht nur der Ratifikation, sondern auch der Unterzeichnung und Genehmigung der durch diese Bestimmung erfassten Abkommen entgegen.²⁰ Hingegen bezieht sich diese Bestimmung keinesfalls bereits auf Verhandlungen, ist hier doch naturgemäss unklar, welches Ergebnis diese zeitigen werden, so dass in diesem Stadium von vornherein nicht festgestellt werden kann, ob eine Unvereinbarkeit mit Art. 121a BV vorliegt oder nicht. Vieles spricht im Übrigen dafür, die Paraphierung eines Abkommens – also die verbindliche Festlegung des

Kälin/Epiney/Caroni/Künzli, Völkerrecht (Fn. 16), 101 ff.; *Pierre Tschannen*, Staatsrecht, 3. Aufl., Bern 2011, § 47, Rn. 16 ff.

¹⁹ Zu der Frage der materiell-rechtlichen Voraussetzung einer Unvereinbarkeit mit Art. 121a BV sowie der unmittelbaren Anwendbarkeit noch unten XX.

²⁰ Ebenso *Ehrenzeller*, St. Galler Kommentar (Fn. 1), Art. 121a, Rn. 52. Allerdings ist auf Art. 141a Abs. 1 BV hinzuweisen, wonach Verfassungsänderungen, die der Umsetzung eines Vertrages dienen, in den Genehmigungsbeschluss aufgenommen werden können, so dass Vieles dafür spricht, in denjenigen Konstellationen, in denen über dieses Verfahren eine Änderung der Verfassung angestrebt wird, die Unterzeichnung des betreffenden Vertrages für zulässig zu erachten. Vgl. so wohl auch *Uebersax*, Jusletter v. 14.4.2014 (Fn. 1), Rn. 63 ff.

Textes, so dass dieser nur durch die Aufnahme neuer Verhandlungen modifiziert werden kann – ebenfalls nicht unter den Begriff des „Abschlusses“ zu fassen, da erst auf der Grundlage des paraphierten Textes in der Tat die Frage nach seiner Vereinbarkeit mit Art. 121a BV geprüft werden kann. Im Übrigen entfaltet die Paraphierung für die betroffenen Staaten – im Gegensatz zur Unterzeichnung – grundsätzlich keinerlei Rechtswirkungen,²¹ wobei jedoch in Ausnahmefällen der Grundsatz von Treu und Glauben greifen kann, so dass aus völkerrechtlicher Sicht eine Paraphierung dann problematisch sein kann, wenn sehr klar abzusehen ist, dass ein Abschluss des Vertrages von vornherein nicht in Betracht kommen kann.

2. Anwendbarkeit und tatbestandliche Voraussetzungen des Art. 121a Abs. 4

Art. 121a Abs. 4 BV steht dem Abschluss völkerrechtlicher Verträge entgegen, die „gegen diesen Artikel verstossen“. Wie bereits erwähnt,²² wird damit wohl auf Art. 121a Abs. 1-3 BV Bezug genommen, so dass die Anwendbarkeit des Art. 121a Abs. 4 BV die Feststellung eines Verstosses des geplanten völkerrechtlichen Vertrages gegen Art. 121a Abs. 1-3 BV voraussetzt. Aufgeworfen wird damit die Frage, wie festzustellen ist, ob ein Verstoß gegen Art. 121a Abs. 1-3 BV vorliegt, eine Problematik, die vor dem Hintergrund zu sehen ist, dass Art. 121a Abs. 1-3 BV als solche nicht direkt anwendbar sind,²³ verlangt doch Art. 121a Abs. 5 BV eine Umsetzungsgesetzgebung. Damit fragt es sich, ob Art. 121a Abs. 4 BV bereits als solcher – d.h. unabhängig von der Umsetzungsgesetzgebung – unmittelbar anwendbar ist. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung sind Verfassungsbestimmungen dann unmittelbar anwendbar,²⁴ wenn Tatbestand und Rechtsfolgen hinreichend genau formuliert

²¹ Gegen den hier vertretenen Ansatz kann auch nicht eingewandt werden, Art. 121a i.V.m. Art. 197 Ziff. 11 Abs. 2 BV räume eine Frist von drei Jahren für den Erlass der Ausführungsgesetzgebung ein, so dass an sich erst ab diesem Zeitpunkt klar sei, wie die Konzeption des Art. 121a BV umgesetzt werden soll. Zwar ist dies ein durchaus zutreffender Gesichtspunkt; jedoch beschlägt er nicht die Frage, was unter „Abschluss“ eines völkerrechtlichen Vertrages zu verstehen ist, sondern diejenige, ob die Bestimmung hinreichend bestimmt ist, um unmittelbar anwendbar zu sein. Hierzu unten XX.

²² S.o. XX.

²³ So i.Erg. auch *Sebastian Heselhaus/Julia Hänni*, Die eidgenössische Volksinitiative „Gegen Masseneinwanderung“ (Zuwanderungsinitiative) im Lichte des Freizügigkeitsabkommens und der bilateralen Zusammenarbeit mit der EU, SZIER 2013, 19 (33); *Stefan Schlegel/Charlotte Sieber-Gasser*, Der Dritte Weg zur Vierten Freiheit. Von bestehenden und künftigen Konflikten zwischen Handels- und Migrationsrecht, Jusletter v. 17.3.2014, Rn. 39.

²⁴ Obwohl die Frage der unmittelbaren Anwendbarkeit in der Regel im Zusammenhang mit den Rechten Einzelner diskutiert wird (vgl. z.B. *Kälin/Epiney/Caroni/Künzli*, Völkerrecht, Fn. 16, 127 ff.), die sich auf Bestimmungen völkerrechtlicher Verträge (oder auch der Verfassung) berufen, ist nicht zu verkennen, dass die Problematik in Bezug auf die Frage, ob Behörden völkervertragsrechtliche oder verfassungsrechtliche Bestimmungen unmittelbar anwenden können, parallel gelagert ist, geht es doch in jedem Fall um das Problem, ob eine Verfassungsbestimmung bereits als solche angewandt werden kann oder nicht, eine Thematik, die sowohl in Bezug auf die Rechtsstellung Privater als auch in Bezug auf die Verpflichtung von Behörden relevant ist bzw. sein kann. Ebenso *Schweizer*, in: St. Galler Kommentar (Fn. 1), Art. 121a, Rn. 22.

sind, so dass die Adressaten der betreffenden Bestimmung ihr Verhalten danach ausrichten können,²⁵ Kriterien, die letztlich vor dem Hintergrund des Legalitätsprinzips zu sehen sind. Zwar erfüllt Art. 121a Abs. 4 BV auf den ersten Blick diese Voraussetzungen, werden doch der Tatbestand (Widerspruch zu Art. 121a BV) und die Rechtsfolge (kein „Abschluss“ der entsprechenden völkerrechtlichen Verträge, wobei der Begriff des Abschlusses durchaus konkretisiert werden kann)²⁶ genannt und erscheinen auch klar.²⁷

Dieser Schluss berücksichtigt jedoch nicht, dass sich Art. 121a Abs. 1-3 BV nicht durch ihre tatbestandliche Klarheit auszeichnen und die Bestimmung sowohl einige innere Widersprüche aufweist als auch in einem gewissen Spannungsverhältnis zu anderen Verfassungsbestimmungen steht, so dass sie hochgradig auslegungsbedürftig ist.²⁸ Die hier offenen Fragen betreffen verschiedene Aspekte der Bestimmung, so u.a. was genau unter Zuwanderung zu verstehen und damit von der Bestimmung erfasst werden soll (relevant wird dies z.B. bei Studierenden oder aus sonstigen Gründen befristeten Aufenthalten von Ausländern) sowie ob Art. 121a Abs. 1-3 BV tatsächlich die Festlegung eigentlicher „fixer“ Obergrenzen für die Erteilung neuer Aufenthaltsbewilligungen verlangt oder ob die in der Vorschrift angestrebte Steuerung der Zuwanderung und die Festlegung von Höchstzahlen nicht auch auf andere Art und Weise erreicht werden kann.²⁹ Da somit das Gesamtsystem des Art. 121a BV nicht nur nicht unmittelbar anwendbar sein kann (was sich bereits aus Art. 121a Abs. 5 BV ergibt), sondern auch als solches ausgesprochen offen formuliert ist, sind die Konkretisierungsspielräume des Gesetzgebers so weit, dass die Bestimmung nicht erkennen lässt, wie das System aussehen soll. Illustriert wird dies auch durch die seit dem Inkrafttreten der Bestimmung stattfindenden politischen und rechtlichen Diskussionen, die erkennen lassen, dass die Meinungen über die Art und Weise der Umsetzung des Art. 121a BV und den damit letztlich auch seine genaue rechtliche Tragweite sehr weit auseinandergehen. Angesichts dieser weitgehenden Spielräume bleibt der Tatbestand des Art. 121a Abs. 4 BV – Verstoß eines völkerrechtlichen Vertrages gegen Art. 121a BV – damit zu unbestimmt, um diese Bestimmung unmittelbar anzuwenden. Denn wenn nicht klar ist, gegen welche rechtlichen Vorgaben genau verstossen werden könnte, kann ein entsprechender Widerspruch

²⁵ Vgl. z.B. BGE 125 I 361 E. 4a; BGE 139 I 16 E. 4.3.2. Aus der Literatur z.B. *Yvo Hangartner*, Unmittelbare Anwendbarkeit völker- und verfassungsrechtlicher Normen, ZSR 2007 I, 137 ff.; *Tschannen*, Staatsrecht (Fn. 18), § 4, Rn. 6 ff.

²⁶ Hierzu oben XX.

²⁷ Die unmittelbare Anwendbarkeit der Bestimmung daher bejahend *Schlegel/Sieber-Gasser*, Jusletter v. 17.3.2014 (Fn. 23), Rn. 56, die hieraus u.a. folgern, dass „Abkommen, wie jenes mit China, das eine Steuerung mittels Höchstzahlen verbietet, gemäss Art. 121a Abs. 4 BV (...) nicht mehr abgeschlossen werden dürfen“. Ebenso – ohne das Spannungsverhältnis zu den unbestrittenermassen nicht unmittelbar anwendbaren Art. 121a Abs. 1-3 BV wirklich zu problematisieren – *Schweizer*, Art. 121a (Fn.), Rn. 22.

²⁸ Umfassend hierzu *Epiney* (Fn. 2); *Uebersax*, Jusletter vom 14.4.2014 (Fn. 1).

²⁹ Zu diesen Fragen *Epiney* (Fn. 2); *Uebersax*, Jusletter vom 14.4.2014 (Fn. 1); Bundesamt für Justiz, Angenommene Volksinitiative „Gegen Masseneinwanderung“: Auslegung der Artikel 121a und 97 Ziffer 9 der Bundesverfassung, 8.4.2014; *Schweizer*, in: St. Galler Kommentar, Art. 121a (Fn. 1), Rn. 24 ff., der insbesondere auch darauf hinweist, dass eine „Steuerung“ durch sehr vielfältige Mittel geschehen könne und der Begriff der Zuwanderung sehr unklar sei.

auch nicht verlässlich festgestellt werden, was der sofortigen Anwendbarkeit der Bestimmung entgegensteht. Hinzu kommt, dass es zahlreiche Verträge gibt, die an sich nicht die Zuwanderung, sondern sonstige Aspekte (z.B. Menschenrechte oder Freihandel) betreffen, jedoch auch Auswirkungen auf die Rechte von Ausländern haben, sich in der Schweiz aufzuhalten oder niederzulassen bzw. solche Rechte verankern. Es ist höchst fraglich, ob alle derartigen Abkommen tatsächlich von Art. 121a Abs. 4 BV erfasst werden sollten, dies obwohl sie – zumindest soweit Rechte Einzelner verankert werden – die eigenständige „Steuerung“ der Zuwanderung a priori in Frage stellen könnten.

Nun könnte man allenfalls einwenden, zumindest gewisse „Mindestgehalte“ des Art. 121a BV seien hinreichend klar, so dass die unmittelbare Anwendbarkeit in Bezug auf diese bejaht werden könnte.³⁰ Insbesondere könnte in Erwägung gezogen werden, dass jedenfalls ein Grundsatz der freien Personenfreizügigkeit *per se* mit Art. 121a BV nicht in Einklang stünde, da auf diese Weise von vornherein eine eigenständige Steuerung der Zuwanderung nicht möglich ist, zumal Art. 121a BV die Festlegung von Kontingenten und Höchstzahlen für alle Arten von Aufenthaltsbewilligungen für Ausländerinnen und Ausländer verlangt. Aber auch dieses Argument überzeugt nicht, da selbst dieser auf den ersten Blick zwingend erscheinende „Kerngehalt“ des Art. 121a BV dann doch nicht so klar ist. Denn – wie bereits erwähnt – die Bestimmung weist zahlreiche innere Widersprüche auf und steht in einem gewissen Spannungsverhältnis zu zahlreichen anderen Verfassungsbestimmungen. Daher ist nicht nur unklar, welche Kontingente für wen gelten sollen, sondern auch, was genau unter Kontingenten und eigenständiger Zuwanderungssteuerung zu verstehen ist, ist es doch a priori denkbar und m.E. gut vertretbar, dass diese allein durch nationale Massnahmen und im Rahmen geltender völkerrechtlicher Verträge, die Freizügigkeitsrechte verankern, eine Umsetzung des Art. 121a BV erfolgen kann, m.a.W. eine „Steuerung“ auf vielfältige Weise sichergestellt werden kann und daher Abkommen, die Zuwanderungsrechte verankern nicht notwendig gegen Art. 121a BV „verstossen“. Damit dürften also die beachtlichen inhaltlichen Unschärfen des Art. 121a BV letztlich dazu führen, dass ein irgendwie gearteter Kerngehalt der Bestimmung kaum verlässlich so weit präzisiert werden kann, dass eine eigentliche Kompatibilitätsprüfung – und diese wird durch Art. 121a Abs. 4 BV ja verlangt – durchgeführt werden kann. Deutlich wird damit auch, dass Art. 195 BV, der das Inkrafttreten von Verfassungsbestimmungen regelt, nicht gegen diesen Ansatz geltend gemacht werden kann, das die Frage des Inkrafttretens und diejenige nach der direkten Anwendbarkeit bzw. der Verpflichtungswirkung auseinander zu halten sind. Ebensowenig kann der Wortlaut der Bestimmung (der auf Art. 121a Abs. 1-3 BV Bezug nimmt) geltend gemacht werden (etwa in

³⁰ So z.B. *Uebersax*, in: Bundesverfassung, Basler Kommentar (Fn. 1), Art. 121a, Rn. 69; ähnlich *Schlegel/Sieber-Gasser*, Jusletter v. 17.3.2014 (Fn. 23), Rn. 56; *Ehrenzeller*, in: St. Galler Kommentar (Fn. 1), Art. 121a, Rn. 54 f. Nicht ganz konsequent erscheint dabei in diesem Zusammenhang, wenn das Vertragsabschlussverbot dann doch nur abgestuft angewandt werden soll, so etwa nicht auf Abkommen, die nur geringe Zuwanderungszahlen betreffen können (vgl. so *Uebersax*, ebd., Rn. 71; s. auch *Uebersax*, Jusletter v. 14.4.2014 (Fn. 1), Rn. 63 ff.

dem Sinn, dass ausdrücklich die Verfassungsbestimmung und nicht das Bundesgesetz bezeichnet wird), denn allein dieses Element vermag nichts an der erörterten Unbestimmtheit der Vorschrift zu ändern, wird doch eine Verfassungsbestimmung nicht dadurch präziser, dass sie auf eine andere Bestimmung verweist, die ihrerseits nicht hinreichend bestimmt ist, und eine hinreichende Präzision ist eben die Voraussetzung dafür, dass Behörden (und Private) ihr Verhalten direkt an der betreffenden Bestimmung ausrichten können.

Hinzu kommt ein systematischer Aspekt: Der Gesetzgebungsauftrag in Art. 121a Abs. 5 BV steht hinter Art. 121a Abs. 4 BV, was dafür spricht, dass er sich eben auch auf Art. 121a Abs. 4 BV bezieht. Dies erscheint auch insofern stimmig, als wenig dafür spricht, die materiellen Inhalte des Art. 121a Abs. 1-3 BV als nicht unmittelbar anwendbar anzusehen (was, soweit ersichtlich, einhellige Meinung ist), dann aber Art. 121a Abs. 4 BV, der eine eigentliche Kompatibilitätsprüfung mit den inhaltlich als nicht hinreichend konkret anzusehenden Art. 121a Abs. 1-3 BV impliziert, für unmittelbar anwendbar zu erklären. Gegen diesen Ansatz kann auch nicht eingewandt werden, eine koordinierte Auslegung mit Art. 197 Ziff. 11 Abs. 1 BV spreche für eine sofortige Anwendbarkeit der Bestimmung.³¹ Denn das Verhältnis beider Bestimmungen ist nicht auf die Zeit der Umsetzungsfrist von drei Jahren bezogen, sondern Art. 121a Abs. 4 BV betrifft die Frage des Abschlusses neuer Verträge, während Art. 197 Ziff. 11 Abs. 1 BV die Anpassung geltender Verträge regelt (wofür die Dreijahresfrist gilt). Der Abschluss neuer Abkommen ist aber sowohl vor als auch nach der Dreijahresfrist des Art. 197 Ziff. 11 Abs. 1 BV von Bedeutung, so dass aus dem Verhältnis beider Bestimmungen nichts für die Anwendbarkeit des Art. 121a Abs. 4 BV abgeleitet werden kann.

Schliesslich sei in diesem Zusammenhang erwähnt, dass das Bundesgericht bei der Annahme der direkten Anwendbarkeit von Verfassungsbestimmungen mitunter sehr zurückhaltend ist. So hielt es in Bezug auf Art. 121 Abs. 3 BV (der auf die sog. Ausschaffungsinitiative zurückgeht) fest, die unmittelbare Anwendbarkeit der Bestimmung sei zu verneinen. Denn eine „wertungsmässig offene Norm, die dem Gesetzgeber einen Konkretisierungsspielraum belässt“, könne mangels hinreichender Klarheit nicht unmittelbar angewandt werden. Das Gericht führt im Einzelnen noch aus, Art. 121 Abs. 3 BV nenne verschiedene Tatbestände, die zwar teilweise auf Bestimmungen des Strafgesetzbuchs Bezug nehmen, teilweise aber auch sehr offen und untechnisch formuliert seien, keine Konturen aufwiesen und nach Art. 121 Abs. 4 BV erst noch konkretisiert werden müssten. Zwar seien einzelne dieser Tatbestände möglicherweise hinreichend genau formuliert; doch bilde die Abstimmung der gestützt auf Art. 121 Abs. 3 BV zu einer Aufenthaltsbeendigung führenden Straffälligkeit wertungsmässig ein noch zu konkretisierendes Gesamtsystem, aus dem nicht einzelne Teile herausgelöst werden könnten, bestünde doch ansonsten die Gefahr von Widersprüchen zwischen dem geltenden und dem neuen System.³² Führt man sich (nochmals) die Auslegungsbedürftigkeit

³¹ So *Uebersax*, in: Bundesverfassung, Basler Kommentar (Fn. 1), Art. 121a, Rn. 69.

³² BGE 139 I 16 E. 4.2.3, E. 4.3.

des Art. 121a Abs. 1-3 BV sowie die inneren Wertungswidersprüche dieser Bestimmung und ihr Spannungsverhältnis mit anderen verfassungsrechtlichen Vorgaben vor Augen, so können ähnliche Erwägungen in Bezug auf Art. 121a Abs. 4 BV angestellt werden.

Im Ergebnis sprechen somit insgesamt die besseren Gründe dafür davon auszugehen, dass Art. 121a Abs. 4 BV erst dann angewandt werden kann, wenn die Umsetzungsgesetzgebung gemäss Art. 121a Abs. 5 BV in Kraft getreten ist bzw. wenn der Bundesrat die Ausführungsbestimmungen auf der Grundlage des Art. 197 Ziff. 11 Abs. 2 BV erlassen hat. Denn erst auf dieser Grundlage kann die rechtliche Tragweite der Bestimmung im Einzelnen bestimmt werden, so dass diese Bestimmung als solche nicht der Unterzeichnung, Genehmigung und Ratifizierung neuer Verträge entgegenstehen kann. Dies ändert freilich nichts daran, dass es aus politischer Sicht sinnvoll sein kann, den einen oder anderen Vertrag, bei dem ein Spannungsverhältnis zu Art. 121a BV bestehen könnte, zunächst nicht abzuschliessen. Vor diesem Hintergrund könnte auch die Praxis der Bundesversammlung zu sehen sein, Freihandelsabkommen zu genehmigen, obwohl in diesen – wie in demjenigen mit China – durchaus beachtliche Freizügigkeitsrechte verankert sind.

3. „Neue“ völkerrechtliche Abkommen: zu den erfassten Abkommen

Wie bereits erwähnt,³³ bezieht sich Art. 121a Abs. 4 BV nur auf neue völkerrechtliche Verträge, also auf solche, die für die Schweiz noch nicht in Kraft sind, dies vor dem Hintergrund, dass der Abschluss neuer völkerrechtlicher Verträge, die im Widerspruch zu Art. 121a BV stehen, verhindert werden soll.

Damit sind in diesem Zusammenhang zwei Elemente massgeblich, durch die sich dann auch die Tragweite der Bestimmung erschliesst:

- Erstens muss es um einen „völkerrechtlichen Vertrag“ gehen. Hierunter sind dem Völkerrecht unterstehende Willenseinigungen zwischen zwei oder mehreren Staaten oder anderen Völkerrechtssubjekten zu verstehen, durch die sich die Beteiligten zu einem bestimmten Verhalten verpflichten.³⁴ Ein völkerrechtlicher Vertrag kann auch vorliegen, wenn er nicht als solcher, sondern anders (z.B. als Protokoll, Vereinbarung, Abkommen oder Pakt) bezeichnet wird.
- Zweitens muss es sich um einen „neuen“ völkerrechtlichen Vertrag handeln, also um einen Vertrag, der noch nicht für die Schweiz verbindlich ist, werden letztere doch durch Art. 197 Ziff. 11 Ab. 1 BV erfasst.³⁵ Diese Voraussetzung wird unproblematisch immer dann vorliegen, wenn die Schweiz mit einem oder mehreren anderen

³³ Oben XX.

³⁴ Vgl. *Kälin/Epiney/Caroni/Künzli*, Völkerrecht (Fn. 16), 16; s. auch die Definition in Art. 2 Abs. 1 lit. a WVK, wobei sich diese Definition nur auf zwischen Staaten abgeschlossene Verträge bezieht.

³⁵ S. schon oben II.

Völkerrechtssubjekten ein „echtes“ neues Abkommen abschliessen möchte, wie z.B. das Freihandelsabkommen mit China. Weniger klar ist die Rechtslage jedoch in denjenigen Fallgestaltungen, in denen es um Modifikationen bestehender Abkommen – die ihrerseits auch als völkerrechtliche Verträge im genannten Sinn anzusehen sein können – geht. Hier dürften letztlich Sinn und Zweck des Art. 121a Abs. 4 BV entscheidend sein: Soweit solche Modifikationen echte neue Verpflichtungen mit sich bringen, die nicht mit Art. 121a BV in Einklang stehen könnten,³⁶ dürften sie erfasst sein. Soweit dies jedoch nicht der Fall ist, besteht kein Grund, ihren Abschluss zu verbieten, wäre in einer solchen Konstellation doch keine neue völkerrechtliche Verpflichtung zu gewärtigen, die nicht mit Art. 121a BV in Einklang stünde. Ob und inwieweit Art. 121a Abs. 4 BV auch in Bezug auf Modifikationen bereits bestehender völkerrechtlicher Abkommen zum Zuge kommt, ist somit auf der Grundlage einer Analyse des betreffenden Vertragstextes im Einzelfall zu entscheiden.³⁷

Das Protokoll über den Einbezug Kroatiens in das Personenfreizügigkeitsabkommen erfüllt zweifellos die genannten Merkmale eines völkerrechtlichen Vertrages.

Auf den ersten Blick könnte man auch geneigt sein anzunehmen, dass das Protokoll zu neuen Verpflichtungen führte, die mit Art. 121a BV in Widerspruch stehen könnten, da es die Ausdehnung des Personenfreizügigkeitsabkommens auf Kroatien nach sich zieht bzw. ziehen soll, so dass sich auch Kroatinnen und Kroaten auf dieses Abkommen berufen können und somit in seinen persönlichen Anwendungsbereich einbezogen werden. Dabei sieht das Protokoll übrigens aus schweizerischer Sicht sehr grosszügige Übergangsfristen (die noch relativ lange Plafonierungen von Aufenthaltserlaubnissen für Kroatinnen und Kroaten erlauben) vor. Zu beachten ist jedoch, dass das Protokoll in materieller Hinsicht (lediglich) eine Modifikation des Freizügigkeitsabkommens darstellt und bewirken soll sowie Übergangsfristen in Bezug auf die neue Vertragspartei enthält. Hingegen werden keine eigentlichen neuen Verpflichtungen begründet; die Freizügigkeitsrechte der Unionsbürgerinnen und Unionsbürger ergeben sich vielmehr bereits aus dem Freizügigkeitsabkommen selbst. M.a.W. impliziert das Protokoll nur eine Erweiterung des Anwendungsbereichs des Freizügigkeitsabkommens in persönlicher Hinsicht, dies im Zuge der Erweiterung der Union, während sich die materiellen Verpflichtungen schon aus dem Freizügigkeitsabkommen ergeben, das bereits vorher selbst vereinbart wurde und in Kraft getreten ist. Das Protokoll seinerseits ist als integraler Bestandteil des Freizügigkeitsabkommens in jedem Fall von diesem „abhängig“, so dass es auch von

³⁶ Wobei hier auch noch die unmittelbare Anwendbarkeit des Art. 121a Abs. 4 BV notwendig wäre, hierzu oben III.2.

³⁷ Wenig überzeugend erscheint es, davon auszugehen, dass im Falle eines Widerspruchs des „Grundvertrags“ mit Art. 121a Abs. 4 BV auch alle Ergänzungen unter diese Bestimmung fallen (so aber *Uebersax*, in: Bundesverfassung, Basler Kommentar (Fn. 1), Art. 121a, Rn. 72), da hiermit dem Sinn und Zweck der Bestimmung nicht Rechnung getragen werden kann, dies in denjenigen Fällen, in denen eine Erweiterung keine eigentlichen neuen Pflichten mit sich brächte und auch kein eigentlicher zusätzlicher neuer Vertrag entstünde, der mit der Verfassung in Widerspruch stünde.

vornherein nur solange in Kraft sein kann wie dieses. Hinzu kommt, dass der materielle Inhalt des Protokolls eigentlich in erster Linie Einschränkungen für die Freizügigkeit der Kroatinnen und Kroaten im Verhältnis zu den Rechten der übrigen EU-Bürger vorsieht, wenn auch nur für eine Übergangszeit. Insofern handelt es sich nicht um einen völkerrechtlichen Vertrag, der für die Schweiz eigentlich neue Pflichten mit sich bringt, so dass er nicht von Art. 121a Abs. 4 BV erfasst ist. Hieran ändert auch der Umstand nichts, dass die Ratifizierung des Protokolls selbstredend insofern neue Rechte und Pflichten vorsieht, als das Freizügigkeitsabkommen auf Kroatien auszudehnen ist und damit in Bezug diesen Staat und seine Staatsangehörigen durchaus eine andere Rechtslage als vor der Ratifikation besteht. Denn die Pflichten, um die es geht, ergeben sich ihrerseits gerade nicht allein aus dem Protokoll, sondern bereits aus dem Freizügigkeitsabkommen, so dass sie in Bezug auf dieses eben gerade nicht neu sind, zumal die auf dem Protokoll beruhenden Rechte und Pflichten mit der Existenz des Abkommen stehen und fallen, so dass diesem insoweit gerade kein selbständiger Charakter zukommt.

Für den hier vertretenen Ansatz sprechen auch noch folgende Argumente:

- Die Notwendigkeit des Abschlusses des Protokolls ist letztlich vor dem Hintergrund zu sehen, dass das Freizügigkeitsabkommen – im Gegensatz zu den meisten anderen Bilateralen Abkommen – als sog. gemischtes Abkommen abgeschlossen wurde, an dem sowohl die EU als auch ihre Mitgliedstaaten als Vertragspartner beteiligt sind. Grund hierfür sind kompetenzrechtliche Aspekte im Unionsrecht.³⁸ Wäre das Abkommen nur von der EU (bzw. der EG als ihrer Rechtsvorgängerin) abgeschlossen worden, hätte sich sein Anwendungsbereich in Anwendung des völkerrechtlichen Grundsatzes der beweglichen Vertragsgrenzen³⁹ „automatisch“ auf den neuen Mitgliedstaat ausgedehnt, wie dies bei zahlreichen anderen Bilateralen Abkommen der Fall ist.⁴⁰ M.a.W. wäre ein Abschluss eines Zusatzprotokolls aus völkerrechtlicher Sicht ggf. gar nicht notwendig gewesen bzw. im Falle einer anderen Regelung der unionsinternen Zuständigkeiten hätte gar kein Zusatzprotokoll und damit gar kein „neuer“ völkerrechtlicher Vertrag abgeschlossen werden müssen. Es erscheint jedoch wenig überzeugend, dass die Tragweite einer Verfassungsbestimmung von der Antwort auf unionsrechtliche Fragen, die von der EU intern zu beantworten sind (ist es doch Sache der EU zu entscheiden, ob

³⁸ Vgl. zu den gemischten Abkommen im EU-Recht und der Problematik, m.w.N., *Astrid Epiney*, Zu den Implikationen der EU-Mitgliedschaft für die Stellung und Anwendung des Völkerrechts im innerstaatlichen Bereich, FS Rüdiger Wolfrum, Bd. II, Leiden 2012, 1909 (1915 ff.).

³⁹ Zu diesem nur *Kälin/Epiney/Caroni/Künzli*, Völkerrecht (Fn. 16), 47.

⁴⁰ Im Übrigen ist darauf hinzuweisen, dass im Genehmigungsbeschluss zu den Bilateralen I aus dem Jahr 1999 festgehalten wurde, dass jede geographische Ausweitung des Anwendungsbereichs des Freizügigkeitsabkommens Gegenstand eines referendumsfähigen Bundesbeschlusses sein muss. Vgl. Art. 2 lit. b Bundesbeschluss über die Genehmigung der sektoriellen Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft einerseits und der Europäischen Gemeinschaft sowie gegebenenfalls ihren Mitgliedstaaten oder der Europäischen Atomgemeinschaft andererseits vom 8. Oktober 1999, AS 2002 1527. Dieser Aspekt hat jedoch mit der hier erörterten Frage, ob das Kroatien-Protokoll von Art. 121a Abs. 4 BV erfasst wird oder nicht, nichts zu tun, sondern betrifft allein das innerstaatliche Genehmigungsverfahren.

ein Abkommen als gemischtes Abkommen oder nur von der EU abgeschlossen werden soll), abhängen soll.

- Damit in engem Zusammenhang stehend ist die Überlegung, dass die Ausdehnung des Staatsgebiets eines EU-Mitgliedstaates nicht zur Anwendung des Art. 121a Abs. 4 BV führte, käme hier doch jedenfalls der erwähnte Grundsatz der beweglichen Vertragsgrenzen zum Zuge. Die Implikationen für die Zuwanderung einer solchen Ausdehnung des Staatsgebiets eines Mitgliedstaates wären aber möglicherweise grösser als im Falle des Abschlusses des Protokolls über die Beteiligung Kroatiens am Freizügigkeitsabkommen, auch da diesfalls gar keine Übergangsfristen gälten.
- Schliesslich ist noch an Sinn und Zweck des Art. 121a Abs. 4 BV zu erinnern, der offensichtlich – wie bereits erwähnt⁴¹ – verhindern soll, dass neue Verträge abgeschlossen werden, die mit Art. 121a BV in Widerspruch stehen. Wenn nun ein Abkommen keine solchen neuen materiellen Schwierigkeiten mit sich bringt, da die materiell-rechtlichen Pflichten bereits im „Basisabkommen“ verankert sind, besteht kein Grund, auf Art. 121a Abs. 4 BV zurückzugreifen: Denn das „Kompatibilitätsproblem“ – das diese Bestimmung ja gerade verhindern soll – besteht unabhängig vom Abschluss des neuen völkerrechtlichen Vertrages, der das bestehende Abkommen nur in bestimmten Punkten anpasst. So stellt sich die Frage nach einer Anpassung des Freizügigkeitsabkommens an Art. 121a BV oder – umgekehrt – einer freizügigkeitsabkommenskonformen Umsetzung unabhängig vom Einbezug Kroatiens in das Personenfreizügigkeitsabkommen in jedem Fall.

Im Ergebnis ist damit festzuhalten, dass das Protokoll über den Einbezug Kroatiens in das Personenfreizügigkeitsabkommen schon deshalb nicht von Art. 121a Abs. 4 BV erfasst wird, weil es sich nicht um einen neuen völkerrechtlichen Vertrag handelt, der neue Freizügigkeitsrechte verankert, sondern lediglich der persönliche Anwendungsbereich des bestehenden Abkommens erweitert wird.

IV. Fazit

Im Ergebnis stünde also Art. 121a Abs. 4 BV der Unterzeichnung und Ratifikation des Protokolls über die Erweiterung des Personenfreizügigkeitsabkommens auf Kroatien aus rechtlicher Sicht nicht entgegen. Die Bestimmung dürfte vor dem Erlass der Umsetzungsgesetzgebung schon nicht anwendbar sein, und vor allem fiel das Protokoll nicht in den materiellen Anwendungsbereich der Bestimmung, da es nicht zu neuen völkerrechtlichen Verpflichtungen führt und nach Sinn und Zweck der Bestimmung nur solche Abkommen, bei denen dies der Fall ist, erfasst werden. Insbesondere führte eine

⁴¹ S. schon oben II.

Unterzeichnung und Ratifikation des Protokolls im Vergleich zur bestehenden Situation nicht zu neuen oder weiteren Problemen aufgrund einer möglichen Unvereinbarkeit eines völkerrechtlichen Abkommens mit Art. 121a Abs. 4 BV: Diese Unvereinbarkeit existierte nämlich – sofern man sie annimmt – bereits aufgrund des Personenfreizügigkeitsabkommens, und eine Ratifikation des Kroatien-Protokolls änderte hieran nichts. Es wäre daher zu wünschen, dass die Möglichkeit der Unterzeichnung und Ratifizierung des Kroatien-Protokolls ernsthaft in Erwägung gezogen wird, auch wenn es natürlich aus politischer Sicht nicht einfach ist, eine einmal getroffene Festlegung zu revidieren. Es ist in diesem Zusammenhang daran zu erinnern, dass die diesbezüglichen Entscheidungen bereits sehr schnell nach dem 9. Februar 2014 getroffen wurden, und es ist an sich nicht ungewöhnlich, dass eine nüchterne rechtliche Analyse einige Monate später zu einer Relativierung zunächst möglicherweise klar erscheinender Grundsätze führen kann.