

Zur rechtlichen Tragweite der Art. 121 a, Art. 197 Ziff. 9 BV

Prof. Dr. Astrid Epiney, LL.M.

Dieser Beitrag wurde erstmals wie folgt veröffentlicht:

Astrid Epiney, Zur rechtlichen Tragweite der Art. 121a, Art. 197 Ziff. 9 BV, Jusletter v. 2.6.2014 (Internetzeitschrift). Es ist möglich, dass die Jusletterpublikation – die allein zitierfähig ist – im Verhältnis zu diesem Manuskript geringfügige Modifikationen enthält.

15. April 2014

Inhalt

| | |
|--|-----------|
| A. Einleitung und Problemstellung | 4 |
| B. Art. 121a, 197 Ziff. 9 BV – Überblick und Argumentation vor und nach der Abstimmung | 6 |
| C. Zur Tragweite des Art. 121a Abs. 4 – unter besonderer Berücksichtigung der Unterzeichnung und Ratifikation des Protokolls zur Erweiterung des FZA auf Kroatien | 11 |
| I. Reichweite des Art. 121a Abs. 4 | 11 |
| II. Zu den erfassten völkerrechtlichen Verträgen | 13 |
| III. Zur unmittelbaren Anwendbarkeit des Art. 121a Abs. 4 BV | 16 |
| D. Zur Möglichkeit der Umsetzung des Art. 121a BV unter Beachtung des Personenfreizügigkeitsabkommens | 18 |
| I. Zur Auslegung von im Zuge von Volksinitiativen eingeführten Verfassungsbestimmungen | 19 |
| II. Zu den relevanten Vorgaben des Personenfreizügigkeitsabkommens Schweiz – EU: eine Skizze | 21 |
| 1. Das Freizügigkeitsabkommen: Überblick und Charakteristika | 22 |
| 2. Insbesondere: Aufenthaltsrechte und Diskriminierungsverbot | 25 |
| a) Aufenthaltsrechte für Unionsbürgerinnen und Unionsbürger und ihre Familienangehörigen | 26 |
| b) Verbot der Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit | 29 |
| 3. Fazit | 32 |
| III. Zur rechtlichen Tragweite der Art. 121a Abs. 1-3 BV im Lichte des Personenfreizügigkeitsabkommens Schweiz – EU | 33 |
| 1. Zur Ausgestaltung der „Kontingente“ und „Höchstzahlen“ im Sinne des Art. 121a Abs. 2, 3 BV | 33 |
| 2. Zu möglichen Varianten der Umsetzung des Art. 121a BV | 38 |
| a) Mehrjahresziele und Massnahmenpläne | 38 |

| | | |
|-----------|---|----|
| b) | Jährliche oder mehrjährige Richtwerte und Ausschöpfen des Handlungsspielraums | 39 |
| c) | „Flankierende Massnahmen“ mit Wirkungsprüfung | 40 |
| d) | Fixe (jährliche) Kontingente mit Anwendungseinschränkungen | 40 |
| e) | Fixe (jährliche) Kontingente mit Erhöhungsmöglichkeit | 41 |
| E. | Zusammenfassende Thesen und Schlussbemerkung | 42 |
| I. | Zusammenfassung | 42 |
| II. | Schlussbemerkung | 43 |
| | Literatur | 45 |
| | Abkürzungen | 49 |

A. Einleitung und Problemstellung

Am 9. Februar 2014 nahmen Volk und Stände die sog. „**Masseneinwanderungsinitiative**“¹ an, womit Art. 121a und Art. 197 Ziff. 9 in die Bundesverfassung eingeführt wurden. Art. 121a BV ist grundsätzlich² nicht unmittelbar anwendbar, was sich einerseits aus den insgesamt sehr offenen Formulierungen der Bestimmung, andererseits aus Art. 121a Abs. 5 BV, wonach das Gesetz die Einzelheiten regelt, ergibt.³ Da die neuen Verfassungsbestimmungen in einem gewissen Spannungsverhältnis zu einer Reihe völkerrechtlicher Verpflichtungen der Schweiz stehen, stellt sich vor diesem Hintergrund die Frage nach ihrer genauen rechtlichen Tragweite bzw. nach den **Möglichkeiten ihrer Umsetzung im Einklang mit diesen völkerrechtlichen Verpflichtungen**. Daneben und letztlich im Vorfeld des Erlasses und Inkrafttretens der Umsetzungsgesetzgebung (die notwendigerweise eine gewisse Zeit in Anspruch nehmen wird) stellt sich die Frage, ob und ggf. inwieweit die neuen Verfassungsbestimmungen den aussenpolitischen Handlungsspielraum der Schweiz bereits jetzt in dem Sinn beschränken, als nach Art. 121a Abs. 4 BV **keine (neuen) völkerrechtlichen Verträge abgeschlossen werden dürfen, die gegen Art. 121a BV verstossen**. Im Folgenden soll diesen Fragen – auf der Grundlage eines kurzen Überblicks über den Regelungsgehalt der Art. 121a, 197 Ziff. 9 BV und die (rechtliche) Argumentation von Befürwortern und Gegnern im Vorfeld der Abstimmung (B.) – im Einzelnen nachgegangen werden, wobei sich jedoch aufgrund des vorgegebenen, insbesondere zeitlichen Rahmens eine thematische Beschränkung als notwendig erwies: So geht es bei der Erörterung der Rechtswirkungen des Art. 121a Abs. 4 BV (C.) in erster Linie um die Frage, ob sich aus dieser Bestimmung eine Pflicht der Schweiz ableiten lässt, das (bereits paraphierte, jedoch noch nicht unterzeichnete) Protokoll über die Erweiterung des Personenfreizügigkeitsabkommens Schweiz – EU⁴ auf Kroatien⁵ nicht zu unterzeichnen und nicht zu ratifizieren. Im Zusammenhang mit der Möglichkeit der Umsetzung des Art. 121a BV im Einklang mit den völkerrechtlichen Verpflichtungen der Schweiz (D.) wird die – aus praktischer Sicht wohl bedeutsamste – Frage herausgegriffen, ob und ggf. auf welche Weise die Umsetzungsgesetzgebung so ausgestaltet werden könnte, dass nicht gegen das Freizügigkeitsabkommen Schweiz – EU verstossen wird. Die wesentlichen Ergebnisse der Untersuchung werden schliesslich in Thesenform zusammengefasst, an die sich eine kurze Schlussbemerkung anschliesst (E.).

¹ Volksinitiative „Gegen Masseneinwanderung“, vgl. BB1 2013 291.

² Zu Art. 121a Abs. 4 BV noch unten C.

³ S. insoweit auch *Heselhaus/Hänni*, SZIER 2013, 19 (25), die in diesem Zusammenhang von „interpretationsbedürftig“ sprechen. Ebenfalls klar die unmittelbare Anwendbarkeit verneinend *Schlegel/Sieber-Gasser*, Jusletter v. 17.3.2014, Rn. 39.

⁴ Abkommen zwischen der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten einerseits und der Schweizerischen Eidgenossenschaft andererseits über die Freizügigkeit (FZA), SR 0.142.112.681; ABI 2002 L 114, 6 ff.

⁵ 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).

Die vorliegende Untersuchung geht auf ein durch die Verfasserin im Auftrag des Staatsrates des Kantons Waadt erstelltes Gutachten zurück. Inhaltlich handelt es sich aber um ein unabhängiges Gutachten: Die Verfasserin wurde ausdrücklich nicht auf eine vorgefasste Ansicht oder ein vorgegebenes Ergebnis verpflichtet, sondern um eine unabhängige Klärung der sich stellenden Fragen gebeten.

Im Einzelnen wurden die zu untersuchenden Fragen wie folgt formuliert:

„L’avis de droit traite de la portée juridique de l’article 121a et de l’article 197 ch. 9 Cst. Plus précisément, deux questions seront traitées en détail:

- a) Est-ce que l’on peut déduire de ces articles une obligation pour la Confédération de ne pas signer et de ne pas ratifier le protocole qui prévoit l’extension de l’Accord sur la libre circulation des personnes Suisse – UE à la Croatie?
- b) Est-ce qu’il est concevable (et si oui de quelle manière) de mettre en oeuvre l’article 121a en respectant les obligations découlant dudit Accord?

Dem Staatsrat des Kantons Waadt, insbesondere Frau Staatsrätin *Anne-Catherine Lyon*, sei an dieser Stelle für das entgegengebrachte Vertrauen und die sehr angenehme und konstruktive Zusammenarbeit gedankt.

Weiter sei den Herren Dr. *Markus Kern*, *Roland Mayer*, stellvertretender Generalsekretär der KdK, Rechtsassessor *Robert Mosters* und Dr. *Benedikt Pirker* für die Durchsicht des Manuskripts und wertvolle Anregungen herzlich gedankt.

B. Art. 121a, 197 Ziff. 9 BV – Überblick und Argumentation vor und nach der Abstimmung⁶

Die sog. „**Masseneinwanderungsinitiative**“ wurde vor dem Hintergrund der von den Initiantinnen und Initianten als **zu hoch erachteten „Nettozuwanderung“** von Ausländerinnen und Ausländern (unter Einschluss von Grenzgängern und Kurzaufenthalten) in den letzten Jahren lanciert. Ihr Ziel bestand bzw. besteht erklärermassen darin, die Zuwanderung zu reduzieren, dies in erster Linie vor dem Hintergrund der mit dem Bevölkerungswachstum verbundenen (wirklichen oder vermeintlichen) Probleme, etwa in Bezug auf den Ressourcenverbrauch, einen gewissen „Lohndruck“, die Verfügbarkeit von Wohnraum, die Inanspruchnahme von Sozialleistungen und die Leistungsfähigkeit des Verkehrssystems.

Art. 121a BV (mit dem Titel „Steuerung der Zuwanderung“) besteht aus **fünf Absätzen**, die auch im Zusammenhang mit der Übergangsbestimmung des **Art. 197 Ziff. 9 BV** zu sehen sind:

- Gemäss **Art. 121a Abs. 1 BV** „steuert“ die Schweiz die Zuwanderung von Ausländerinnen und Ausländern „eigenständig“.
- **Art. 121a Abs. 2 BV** enthält einerseits den **Grundsatz der Beschränkung** der „Zahl der Bewilligungen für den Aufenthalt von Ausländerinnen und Ausländern in der Schweiz“ durch „jährliche **Höchstzahlen** und **Kontingente**“, wobei die Höchstzahlen für sämtliche Bewilligungen des Ausländerrechts (inklusive der Bewilligungen des Asylrechts) gelten sollen. Andererseits figuriert in diesem Absatz eine „Kann-Bestimmung“: Der Anspruch auf dauerhaften Aufenthalt, auf Familiennachzug und auf Sozialleistungen „kann“ beschränkt werden.

Dieser letzte Satz des Art. 121a Abs. 2 BV weist keine eigenständige rechtliche Tragweite auf, da solche Beschränkungen bereits auf der Grundlage der geltenden Rechtslage ohne Weiteres möglich sind,⁷ wobei jedoch die entsprechenden völkerrechtlichen Vorgaben – die derartigen Massnahmen durchaus Grenzen setzen (so etwa Art. 8 EMRK in Bezug auf den Familiennachzug, das FZA in Bezug auf den Ausschluss von Unionsbürgern von bestimmten Sozialleistungen oder (bilaterale) Niederlassungsverträge in Bezug auf den dauerhaften Aufenthalt) – zu beachten sind.

- Nach welchen **Kriterien** die jährlichen Höchstzahlen und Kontingente festzulegen sind, ist Gegenstand des **Art. 121a Abs. 3 BV**, wobei sich diese Bestimmung jedoch nur auf **erwerbstätige Ausländerinnen und Ausländer** bezieht: Danach haben sich die jährlichen Höchstzahlen und Kontingente auf die „**gesamtwirtschaftlichen Interessen der Schweiz**“ auszurichten, dies „unter Berücksichtigung“ eines **Vorrangs für Schweizerinnen und Schweizer**; Grenzgängerinnen und Grenzgänger sind einzubeziehen. Weiter sind massgebende Kriterien für die Erteilung von Aufenthaltsbewilligungen insbe-

⁶ Die nachfolgende Darstellung beruht – soweit die Skizzierung der Argumente im Vorfeld der Abstimmung betroffen ist – im Wesentlichen auf der Botschaft des Bundesrates zur Initiative vom 7.12.2012, BBl 2013 291.

⁷ S. zu dieser Bestimmung im Einzelnen *Uebersax*, Jusletter v. 14.4.2014, Rn. 51 ff.

sondere das Gesuch eines Arbeitgebers, die Integrationsfähigkeit und eine eigenständige Existenzgrundlage.

- Nach **Art. 121a Abs. 4 BV** dürfen keine (neuen) **völkerrechtlichen Verträge abgeschlossen** werden, die **gegen diesen Artikel verstossen**. Soweit **bestehende völkerrechtliche Abkommen** betroffen sind, sieht **Art. 197 Ziff. 9 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. Die Bestimmung schweigt sich darüber aus, wie im Falle der Unmöglichkeit einer solchen Anpassung vorzugehen ist.
- Schliesslich präzisiert **Art. 121a Abs. 5 BV**, dass das **Gesetz die Einzelheiten** regelt, eine Bestimmung, die vor dem Hintergrund zu sehen ist, dass **Art. 121a Abs. 1-3 BV** nicht hinreichend präzise sind, um unmittelbar anwendbar zu sein.⁸ Sollte die Ausführungsgesetzgebung zu **Art. 121a BV** nicht innerhalb von drei Jahren nach der Annahme dieser Bestimmung durch Volk und Stände in Kraft sein, so erlässt gemäss **Art. 197 Ziff. 9 Abs. 2 BV** der Bundesrat die Ausführungsbestimmungen vorübergehend auf dem Verordnungsweg.

Schon dieser kurze Überblick⁹ über die neuen Verfassungsbestimmungen lässt deren **inhaltliche Offenheit und Präziserungsbedürftigkeit** erkennen, dies trotz einer auf den ersten Blick möglicherweise „glasklaren“ Verpflichtung zur Einführung eigentlicher „starrer“ Kontingente im Sinne von genau bezifferten Höchstzahlen der Zahl neuer Aufenthaltsbewilligungen für Ausländerinnen und Ausländer: So ist bereits unklar, auf welche Weise eine Ausrichtung von Kontingenten auf die „gesamtwirtschaftlichen Interessen“ der Schweiz erfolgen soll, steht doch ein „starres“ Kontingentsystem als solches in einem inneren Widerspruch zum gesamtwirtschaftlichen Interesse der Schweiz, da ihm jede Flexibilität abgeht (es sei denn, die Zahl würde insgesamt so hoch festgesetzt werden, dass sie von vornherein nie überschritten würde). Insbesondere aber ist das Verhältnis zu bestehenden völkerrechtlichen Verträgen – die nach **Art. 5 Abs. 4 BV** zu „beachten“ sind – unklar: Diese – wobei es sich hier bei weitem nicht nur um das in der vorliegenden Studie im Vordergrund stehende Personenfreizügigkeitsabkommen handelt, sondern es neben den menschenrechtlichen Verpflichtungen (insbesondere aus **Art. 3, 8 EMRK** und **Art. 33 GFK**) auch noch zahlreiche weitere Abkommen mit Freizügigkeitsaspekten gibt (etwa Niederlassungsverträge, Abkommen mit internationalen Organisationen sowie gewisse Freihandelsabkommen)¹⁰ – sind zwar neu zu verhandeln und anzupassen; sollte dies jedoch nicht gelingen (insbesondere weil die Vertragspartner dies nicht wollen oder eine Anpassung nicht realistisch ist bzw. erscheint), sind sie offenbar nicht zwingend zu kündigen und bleiben damit in Kraft. Diesfalls besteht bzw. bestünde ein Zielkonflikt zwischen **Art. 121a BV** bzw. seiner Ausführungsgesetzgebung und geltenden, nach **Art. 5 Abs. 4 BV** zu beachtenden völkerrechtlichen Verträgen, und es stellt sich die Frage, wie mit dieser Situation umzugehen ist, insbesondere, ob dieser Aspekt

⁸ So auch *Heselhaus/Hänni*, SZIER 2013, 19 (33); *Schlegel/Sieber-Gasser*, Jusletter v. 17.3.2014, Rn. 39.

⁹ S. im Einzelnen noch unten D.III.

¹⁰ Hierzu im Einzelnen z.B. *Vincent Chetail*, in: *Le Temps* v. 10.3.2014, der 58 Abkommen zählt, die bei einer Einführung „starrer“ Kontingente berührt sein könnten.

auch bei der Auslegung des Art. 121a BV selbst zu berücksichtigen ist. Hierauf wird zurückzukommen sein.¹¹

Im Vorfeld der Abstimmung vom 9. Februar 2014 wurden selbstredend zahlreiche **Argumente** für und gegen die Annahme der Initiative ausgetauscht. Aus rechtlicher Sicht erscheinen hier insbesondere folgende Aspekte von Bedeutung:

- Sowohl das Initiativkomitee als auch der Bundesrat gingen vor der Abstimmung offenbar davon aus, dass die neuen Verfassungsbestimmungen eigentliche fixe Höchstzahlen für die jährliche Zuwanderung bzw. die jährliche Anzahl von Bewilligungen (unter Einschluss von Grenzgängern und Kurzzeitaufenthalt) implizieren.
- Gleichzeitig wurde und wird betont, dass die konkrete Ausgestaltung eines solchen Kontingentsystems (z.B. hinsichtlich unterschiedlicher Zulassungskategorien, der Priorisierung gewisser Personenkategorien oder der massgeblichen Zulassungskriterien) sowie die diesbezüglichen Kompetenzen nicht durch den Verfassungstext vorgegeben sind.
- Der Bundesrat betonte, die Initiative verstosse in mehreren Punkten gegen das Freizügigkeitsabkommen und sei grundsätzlich nicht mit dem Gedanken der Personenfreizügigkeit vereinbar; daher erschien es ihm nicht möglich zu sein, das Abkommen an diese Bestimmung anzupassen.¹² Insofern überrascht auch die Feststellung des Bundesrates nicht, dass das Abkommen „mit grösster Wahrscheinlichkeit“ im Falle der Annahme der Initiative gekündigt werden müsste.¹³
- Das Argumentarium des Initiativkomitees¹⁴ betont u.a., dass die Schweiz ausländische Arbeitskräfte brauche und geht offenbar davon aus, dass auch auf der Grundlage des Art. 121a BV bzw. der Ausführungsgesetzgebung sichergestellt werden könne, dass die Wirtschaft (wohl unter Einschluss des öffentlichen Sektors, wie z.B. dem Gesundheitswesen) immer diejenigen Arbeitskräfte rekrutieren kann, die sie benötigt. Hierzu passt es auch, dass hervorgehoben wird, Kontingente könnten je nach Wirtschaftslage angepasst werden; die Initiative verlange „keine starren Zahlen, sondern bietet eine angebrachte Flexibilität“.¹⁵
- Soweit das Freizügigkeitsabkommen betroffen ist, betont das Initiativkomitee, dass Art. 121a, Art. 197 Ziff. 9 BV keine Kündigung des Freizügigkeitsabkommens verlange; es gehe lediglich um Neuverhandlungen. Offenbar ging bzw. geht man also davon aus, dass das Freizügigkeitsabkommen nicht gekündigt werden müsste.
- Schliesslich wurde bzw. wird allgemein angenommen, dass in Bezug auf Asylsuchende das System so ausgestaltet sein könne bzw. müsse, dass den völkerrechtlichen Verpflichtungen Rechnung getragen wird (was in einem gewissen Widerspruch zum eigentlichen Text des Art. 121a Abs. 2, 3 BV steht).

¹¹ Unten D.

¹² Ausdrücklich BBl 2013 335 f.

¹³ BBl 2013 317.

¹⁴ Auffindbar unter www.masseneinwanderung.ch (besucht am 10.3.2014).

¹⁵ Argumentarium, www.masseneinwanderung.ch, 42 (besucht am 10.3.2014).

Deutlich wird damit, dass die **genaue Auslegung des Initiativtexts** bereits vor der Abstimmung insbesondere in Bezug auf die mögliche Flexibilität von Kontingenten oder Höchstzahlen durchaus nicht immer – auch nicht von Seiten der Initianten – ganz kohärent ausfiel, wurde doch einerseits jeweils auf die eigenständige Steuerung und die Notwendigkeit der Festlegung von (offenbar starr zu verstehenden) „Höchstzahlen“ in Bezug auf die (Netto-) Zuwanderung bzw. die maximal zu erteilenden Aufenthaltsbewilligungen Bezug genommen, andererseits aber auch die Möglichkeit der Flexibilität des Systems (etwa im Hinblick auf die Bedürfnisse der Wirtschaft oder die Einhaltung gewisser völkerrechtlicher Verpflichtungen) hervorgehoben.

Nach der Abstimmung setzte sich diese „Relativierungstendenz“ (insbesondere soweit fixe Kontingente sowie der Vorrang der Schweizerinnen und Schweizer betroffen sind) fort:

- So gibt es Stellungnahmen (auch von dem Initiativkomitee nahestehenden Personen) nach der Abstimmung, die darauf hinweisen, es könne eine Reihe von Personen geben, die von den Höchstzahlen nicht erfasst würden (wie z.B. Grenzgänger, Familienangehörige von Beschäftigten bei den Internationalen Organisationen, Kurzaufenthalter oder an einer Hochschule tätige Forscher).¹⁶
- Von Seiten des Staatssekretärs *Yves Rossier* war zu vernehmen, die Herausforderung bestehe darin, Art. 121a BV so umzusetzen, dass das Freizügigkeitsabkommen nicht verletzt werde,¹⁷ eine Aussage, die in einem gewissen Spannungsverhältnis zur Botschaft des Bundesrates steht, in der dieser noch betont hatte, die Initiative verstosse klar gegen das Freizügigkeitsabkommen, so dass dieses wahrscheinlich gekündigt werden müsse.
- Auch im Anschluss an eine Zusammenkunft von Spitzenvertretern aus Politik und Wirtschaft über die Umsetzung des Art. 121a BV wurde betont, alle Beteiligten wollten am bilateralen Weg mit der EU festhalten. Auch fiel in der öffentlichen Kommunikation vor und nach diesem Treffen das Wort „Kontingente“ offenbar nicht, und eine freizügigkeitsabkommenskonforme Umsetzung wurde zumindest von einigen an dem Treffen Beteiligten ins Auge gefasst.¹⁸
- *Avenir Suisse* favorisiert ebenfalls eine Umsetzung, die das Personenfreizügigkeitsabkommen beachtete. Konkret geht der Vorschlag dahin, die Wohnbevölkerung in der Schweiz in den nächsten zehn Jahren nicht über eine bestimmte Zahl (z.B. 9 Millionen Menschen) anwachsen zu lassen. Werde dieses Ziel nicht erreicht, sollten „automatisch“ vorher definierte Massnahmen, wobei an fixe Kontingente gedacht wird, die die Nichtüberschreitung des Ziels gewährleisten, in Kraft treten.¹⁹ Fraglich ist, ob dies tatsächlich mit dem Personenfreizügigkeitsabkommen in Einklang stünde.²⁰
- Soweit der Vorrang für „Schweizerinnen und Schweizer“ betroffen ist, wird geltend gemacht, einzubeziehen seien hier – auch aus Gründen der Rechts-

¹⁶ Vgl. insoweit z.B. *Le Temps* v. 21.2.2014; *Le Temps* v. 2.3.2014; *NZZ* am Sonntag v. 2.3.2014, 11; *NZZ* v. 14.3.2014, 9. Zur Problematik aus rechtlicher Sicht instruktiv *Uebersax*, *Jusletter* v. 14.4.2014, Rn. 29 ff.

¹⁷ Vgl. *Le Temps* v. 20.2.2014.

¹⁸ Vgl. *NZZ* v. 14.3.2014, 9.

¹⁹ Vgl. *NZZ* v. 28.2.2014; *NZZ* v. 1.3.2014.

²⁰ Hierzu noch unten D.II.2.a).

gleichheit – die im Inland lebenden Ausländerinnen und Ausländer;²¹ interessant ist, dass dies auch von den Initianten vertreten wird,²² womit diese in diesem Punkt vom klaren Wortlaut des Art. 121a BV abweichen.

An dieser Stelle geht es nicht darum, diese (keinen Anspruch auf Vollständigkeit erhebenden) Gesichtspunkte bzw. Aussagen und Argumente aus rechtlicher Sicht zu bewerten; sie könnten allerdings im Zusammenhang mit der Auslegung der Art. 121a, Art. 197 Ziff. 9 BV von Bedeutung sein und zeigen im Übrigen auf, dass sowohl die Initiantinnen und Initianten als auch Vertreter aus Politik und Wirtschaft zumindest nicht in allen Punkten nur auf den Wortlaut des Art. 121a BV abstellen wollen, sondern auch der rechtliche Kontext (sowohl soweit die völkervertragsrechtlichen Bindungen als auch die Verfassung betroffen sind) sowie die (verschiedenen) Zielsetzungen der Bestimmung berücksichtigt werden, wenn es darum geht zu eruieren, wie weit genau der Umsetzungsspielraum des Art. 121a BV ausgestaltet ist.

²¹ NZZ v. 22.2.2014, 23.

²² NZZ v. 14.3.2014, 9.

C. Zur Tragweite des Art. 121a Abs. 4 – unter besonderer Berücksichtigung der Unterzeichnung und Ratifikation des Protokolls zur Erweiterung des FZA auf Kroatien

Wie bereits erwähnt,²³ sieht Art. 121a Abs. 4 BV vor, dass keine völkerrechtlichen Verträge abgeschlossen werden dürfen, die gegen Art. 121a BV verstossen. Hintergrund dieser Bestimmung ist ersichtlich das Anliegen, einen **Konflikt der Verfassungsbestimmung mit (neuen) völkerrechtlichen Abkommen zu vermeiden**. Die Auslegung dieser Bestimmung 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 (I.), die Voraussetzungen, unter denen von einem „neuen“ völkerrechtlichen Vertrag im Sinne dieser Bestimmung ausgegangen werden kann (II.) und schliesslich die Frage nach der unmittelbaren Anwendbarkeit der Bestimmung (III.).

I. 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.

Art. 121 Abs. 4 BV kann sich von vornherein nur auf neue völkerrechtliche Abkommen beziehen. Denn nur neue völkerrechtliche Verträge können „abgeschlossen“ werden; bereits für die Schweiz verbindliche Abkommen bestehen schon. Auch der systematische Zusammenhang des Art. 121a Abs. 4 mit Art. 197 Ziff. 9 Abs. 1 BV legt diesen Ansatz nahe, nimmt letztere Bestimmung doch ersichtlich auf bereits bestehende und für die Schweiz verbindliche völkerrechtliche Abkommen Bezug (nur diese können „neu“ verhandelt und angepasst werden).

Nach den einschlägigen völkerrechtlichen Grundsätzen, die in der Wiener Vertragsrechtskonvention (WVK)²⁴ niedergelegt sind und im Übrigen (jedenfalls soweit die hier relevanten Grundsätze betroffen sind) Völkergewohnheitsrecht darstellen,²⁵ 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.²⁶ 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.²⁷ Wenn man diesen Ansatz zu Ende führte, wäre auch

²³ Oben A., B.

²⁴ Wiener Konvention über das recht der Verträge vom 23. Mai 1969, SR 0.111.

²⁵ Zum völkergewohnheitsrechtlichen Charakter der in der WVK niedergelegten Grundsätze nur *Graf Vitzthum*, in: *Graf Vitzthum/Proelß, Völkerrecht*, 1. Abschnitt, Rn. 114.

²⁶ Vgl. hierzu nur, m.w.N., *Kälin/Epiney/Caroni/Künzli, Völkerrecht*, 16 ff.

²⁷ 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

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.

Klarzustellen ist in diesem Zusammenhang jedoch, dass ein „Abschluss“ eines völkerrechtlichen Vertrages im Sinne dieser Bestimmung bereits durch die Unterzeichnung jedenfalls dann vorliegt, wenn der Bundesrat allein zu seinem Abschluss befugt ist (vgl. Art. 166 Abs. 2 BV sowie Art. 24 Abs. 2, 3 ParlG, Art. 7a RVOG) und die Unterzeichnung das Inkrafttreten des Vertrages auch auf völkerrechtlicher Ebene nach sich zöge. Für den hier interessierenden Bereich der Zuwanderung dürfte eine solche Kompetenz des Bundesrates allenfalls in Ausnahmefällen gegeben sein.²⁸

Deutlich werden damit auch die Argumente gegen einen derartigen, eher formalistischen Ansatz: Wenn von vornherein klar ist,²⁹ 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. Ebensowenig 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

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.

²⁸ Zur Befugnis des Bundesrates, selbständig (ohne parlamentarische Genehmigung) völkerrechtliche Verträge abzuschliessen, nur, m.w.N., *Kälin/Epiney/Caroni/Künzli*, Völkerrecht, 101 ff.; *Tschannen*, Staatsrecht § 47, Rn. 16 ff.

²⁹ Zu der Frage der materiell-rechtlichen Voraussetzung einer Unvereinbarkeit mit Art. 121a BV sowie der unmittelbaren Anwendbarkeit noch unten C.III.

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. 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 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.

Gegen den hier vertretenen Ansatz kann auch nicht eingewandt werden, Art. 121a i.V.m. Art. 197 Ziff. 9 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.³⁰

Damit kann im Ergebnis festgehalten werden, dass sich Art. 121a Abs. 4 BV nicht nur auf die **Ratifikation** eines (neuen) völkerrechtlichen Vertrages, sondern auch auf dessen **Unterzeichnung und (innerstaatliche) Genehmigung** bezieht.

Nur am Rande sei in diesem Zusammenhang darauf hingewiesen, dass die Position des Bundesrates (und des Parlaments) in diesem Zusammenhang nicht immer ganz kohärent erscheint: Während man offenbar davon ausging, das Zusatzprotokoll zum Freizügigkeitsabkommen betreffend Kroatien könne bzw. dürfe aufgrund des Art. 121a Abs. 4 BV nicht unterzeichnet werden, sah man diese Bestimmung nicht als Hinderungsgrund für die Unterzeichnung und Genehmigung des Freihandelsabkommens mit China – das Freizügigkeitsrechte enthält, die keinen Kontingenten unterliegen dürfen³¹ – an.³²

II. Zu den erfassten völkerrechtlichen Verträgen

Wie bereits erwähnt,³³ bezieht sich Art. 121a Abs. 4 BV nur auf **neue völkerrechtliche Verträge**, also 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 meh-

³⁰ Hierzu unten C.III.

³¹ Vgl. insoweit *Schlegel/Sieber-Gasser*, Jusletter v. 17.3.2014, Rn. 36.

³² Vgl. nur www.humanrights.ch/de/Schweiz/Aussenwirtschaftspolitik/ (besucht am 28.3.2014).

³³ Oben C.I.

rerer 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. Diese Voraussetzung wird unproblematisch immer dann vorliegen, wenn die Schweiz mit einem oder mehreren anderen 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,³⁵ 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.

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 personellen 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 Freizü-

³⁴ Vgl. *Kälin/Epiney/Caroni/Künzli*, Völkerrecht, 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 Wobei hier auch noch die unmittelbare Anwendbarkeit des Art. 121a Abs. 4 BV notwendig wäre, hierzu noch unten C.III.

gigkeitsabkommens in jedem Fall von diesem „abhängig“, so dass es auch nur solange in Kraft ist 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.

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.³⁶ 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 Vertragsgrenzen³⁷ „automatisch“ auf den neuen Mitgliedstaat ausgedehnt, wie dies bei zahlreichen anderen Bilateralen Abkommen der Fall ist.³⁸ 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 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 erwähnt – 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“ 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.

³⁶ Vgl. zu den gemischten Abkommen im EU-Recht und der Problematik, m.w.N., *Epiney*, FS Wolfrum, Bd. II, 1909 (1915 ff.).

³⁷ Zu diesem nur *Kälin/Epiney/Caroni/Künzli*, Völkerrecht, 47.

³⁸ 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.

III. Zur unmittelbaren Anwendbarkeit des Art. 121a Abs. 4 BV

Unabhängig von der soeben erörterten Problematik des Anwendungsbereichs des Art. 121a Abs. 4 BV stellt sich darüber hinaus die Frage nach der unmittelbaren Anwendbarkeit der Bestimmung, dies jedenfalls soweit man sie vor dem Erlass der Ausführungsgesetzgebung heranziehen möchte. Denn Art. 121a Abs. 4 BV kann nur dann als solcher vor dem Erlass der Ausführungsbestimmungen dem Abschluss neuer völkerrechtlicher Verträge entgegenstehen, wenn die Bestimmung **unmittelbar anwendbar** ist.

Obwohl die Frage der unmittelbaren Anwendbarkeit in der Regel im Zusammenhang mit den Rechten Einzelner diskutiert wird,³⁹ 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.

Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung sind Verfassungsbestimmungen dann unmittelbar anwendbar, wenn **Tatbestand und Rechtsfolgen hinreichend genau formuliert** sind, so dass die Adressaten der betreffenden Bestimmung ihr Verhalten danach ausrichten können,⁴⁰ 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)⁴¹ genannt und erscheinen auch klar.⁴² Zu beachten ist jedoch, dass – wie noch im Einzelnen zu zeigen sein wird⁴³ – das Gesamtsystem des Art. 121a BV nicht nur nicht unmittelbar anwendbar sein kann (was sich bereits aus Art. 121a Abs. 5 BV ergibt),⁴⁴ sondern auch als solches ausgesprochen offen formuliert ist. Insbesondere sind die **Konkretisierungsspielräume des Gesetzgebers** so weit, dass sich durch eine blosser Lektüre der Bestimmung nicht erschliesst, wie das System aussehen soll. Angesichts dieser weitgehenden Spielräume bleibt der Tatbestand des Art. 121a Abs. 4 BV – Verstoss eines völkerrechtlichen Vertrages gegen Art. 121a BV – dann doch zu unbestimmt, um diese Bestimmung unmittelbar anzuwenden. Denn wenn nicht klar ist, gegen welche rechtlichen Vorgaben genau verstossen werden könnte, kann ein entsprechender Wider-

³⁹ Vgl. z.B. *Kälin/Epiney/Caroni/Künzli*, Völkerrecht, 127 ff.

⁴⁰ Vgl. z.B. BGE 125 I 361 E. 4a; BGE 139 I 16 E. 4.3.2. Aus der Literatur z.B. *Hangartner*, ZSR 2007 I, 137 ff.; *Tschannen*, Staatsrecht, § 4, Rn. 6 ff.

⁴¹ Hierzu oben C.I.

⁴² Die unmittelbare Anwendbarkeit der Bestimmung daher bejahend *Schlegel/Sieber-Gasser*, Jusletter v. 17.3.2014, 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“. Das Parlament hat das Abkommen gleichwohl genehmigt, und die Ratifikation ist somit zu erwarten, vgl. nur www.humanrights.ch/de/Schweiz/Aussenwirtschaftspolitik/ (besucht am 28.3.2014).

⁴³ Unten D.III.

⁴⁴ So i.Erg. auch *Heselhaus/Hänni*, SZIER 2013, 19 (33); *Schlegel/Sieber-Gasser*, Jusletter v. 17.3.2014, Rn. 39.

spruch auch nicht verlässlich festgestellt werden, was der unmittelbaren Anwendbarkeit der Bestimmung entgegensteht.

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. Insbesondere könnte in Erwägung gezogen werden, dass jedenfalls ein Grundsatz der freien Personenfreizügigkeit *per se* mit Art. 121a BV nicht in Einklang stünde, der ja 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, weist die Bestimmung doch zahlreiche innere Widersprüche auf und legt insbesondere nicht fest, welche Kontingente für wen gelten sollen, so dass ein derartiger Kerngehalt 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.⁴⁵

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.

Nur am Rande sei in diesem Zusammenhang erwähnt, dass das Bundesgericht bei der Annahme der unmittelbaren 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.⁴⁶ Ähnliche Erwägungen können in Bezug auf Art. 121a Abs. 4 BV angestellt werden.

Im **Ergebnis** sprechen daher die besseren Gründe dafür, **Art. 121a Abs. 4 BV wegen fehlender Bestimmtheit als nicht unmittelbar anwendbar** anzusehen, so dass diese Bestimmung als solche nicht der Unterzeichnung, Genehmigung und Ratifizierung neuer Verträge entgegenstehen kann.

⁴⁵ Vgl. in Bezug auf die inhaltliche Unbestimmtheit des Art. 121a BV auch noch unten D.III. im Zusammenhang mit der möglichen Umsetzung der Bestimmung auf Gesetzesstufe.

⁴⁶ BGE 139 I 16 E. 4.2.3, E. 4.3.

D. Zur Möglichkeit der Umsetzung des Art. 121a BV unter Beachtung des Personenfreizügigkeitsabkommens

Art. 121a BV ist **nicht unmittelbar anwendbar**, wie sich bereits aus Art. 121a Abs. 5 BV, wonach die „Einzelheiten“ auf Gesetzesstufe geregelt werden, und Art. 197 Ziff. 9 Abs. 2 BV, der dem Bundesrat aufgibt, im Falle des Nichterlasses der Gesetzesbestimmungen innerhalb von drei Jahren die Ausführungsbestimmungen vorübergehend auf dem Verordnungsweg zu erlassen, ergibt.⁴⁷ Damit kann dieser Artikel – wie viele andere verfassungsrechtliche Bestimmungen – nicht als solcher angewandt werden, sondern es bedarf zwingend einer **Ausführungsgesetzgebung**.

Die Frage, wie diese auszugestalten ist, ist einerseits politischer Natur und durch das Parlament als Gesetzgeber (oder, im Rahmen des Art. 197 Ziff. 9 Abs. 2 BV, durch den Bundesrat) zu entscheiden. Andererseits haben sich Parlament und Bundesrat hierbei an die **verfassungsrechtlichen Vorgaben** zu halten, wie sich zwingend aus der Normenhierarchie ergibt, steht doch die Verfassung über Gesetzes- und Verordnungsrecht und ist dementsprechend von Parlament und Bundesrat zu beachten.

Hieran ändert auch **Art. 190 BV** nichts: Nach dieser Bestimmung sind Bundesgesetze und Völkerrecht massgeblich, mit der (praktischen) Folge, dass diese auch dann anzuwenden sind, wenn sie (nach Auffassung der rechtsanwendenden Behörden oder der Judikative) gegen die Verfassung verstossen. In Art. 190 BV geht es nämlich nicht um die Normenhierarchie, sondern um deren (auf der Grundlage des Art. 190 BV teilweise defizitären) **Durchsetzung** und somit um die Kompetenzverteilung zwischen der Bundesversammlung und insbesondere dem Bundesgericht, so dass ihr Hintergrund in der (besonderen) Ausgestaltung der Gewaltenteilung in diesem Bereich zu sehen ist.⁴⁸ Hieraus folgt, dass Art. 190 BV **keine Aussagen über die Normenhierarchie** zu entnehmen sind, sondern nur die Frage betrifft, welche Norm im Falle eines Konflikts anzuwenden ist, wobei sie sich auf das Verhältnis von Bundesgesetzen und Völkerrecht einerseits zur Verfassung andererseits bezieht, so dass aus ihr auch keine Aussagen zum Verhältnis von Bundesgesetzen und Völkerrecht abgeleitet werden können.⁴⁹

Damit wird die Frage nach den (zwingenden) **verfassungsrechtlichen Vorgaben**, die sich aus **Art. 121a BV** für die Ausführungsgesetzgebung zu dieser Bestimmung ableiten lassen, aufgeworfen. Dabei soll im Folgenden der Fokus darauf liegen, ob Art. 121a BV aus verfassungsrechtlicher Sicht zwingend so umzusetzen ist, dass gegen das Personenfreizügigkeitsabkommen mit der EU – so wie es derzeit ausgestaltet ist – verstossen würde, oder ob die Bestimmung nicht vielmehr auch die **Möglichkeit einer mit dem Freizügigkeitsabkommen kompatiblen Ausführungsgesetzgebung** eröffnet. Ausgangspunkt für die Erörterung dieser Problematik sind die für die Auslegung einer Verfassungsbestimmung massgeblichen Grundsätze (I.) sowie die Skizzierung der zentralen, möglicherweise betroffenen Vorgaben des Personenfreizügig-

⁴⁷ S. insofern auch schon oben C.III.

⁴⁸ Ausführlich zum Zweck des Art. 190 *Looser*, Verfassungsgerichtliche Rechtskontrolle, 525 ff., mit Verweisen auf die einzelnen Argumente bzw. Auslegungskriterien.

⁴⁹ *Looser*, Verfassungsgerichtliche Rechtskontrolle, 530 f.; *Tschannen*, Staatsrecht, § 9, Rn. 27; *Aubert/Mahon*, Commentaire, Art. 190, Rn. 9; *Kiener/Kälin*, Grundrechte, 20; *Häfelin/Haller/Keller*, Bundesstaatsrecht, Rn. 1918; *Reich*, ZaöRV 2008, 979 (995); s. auch schon, m.w.N. aus der älteren Literatur, *Epiney*, ZBl. 1994, 537 (549 ff.). Aus der Rechtsprechung z.B. BGE 117 Ib 367 E. 2e; BGE 124 II 480 E. 3a; BGE 125 II 417 E. 4d; BGE 136 II 241 E. 16.1.

keitsabkommens und seiner rechtlichen Tragweite (II.), bevor auf die Auslegung des Art. 121a BV im Einzelnen eingegangen wird (III.).

I. Zur Auslegung von im Zuge von Volksinitiativen eingeführten Verfassungsbestimmungen

Wie bereits erwähnt,⁵⁰ ging der Bundesrat **vor der Abstimmung** – ebenso wie gutachterliche Äusserungen⁵¹ – davon aus, dass **Art. 121a BV gegen das Personenfreizügigkeitsabkommen mit der EU** verstösst. Auch die Stellungnahmen des Initiativkomitees dürften insgesamt in diese Richtung gegangen sein, wenn hier auch gewisse Widersprüche bzw. diesbezügliche Unsicherheiten nicht zu übersehen sind, die im Übrigen durch entsprechende Stellungnahmen nach der Abstimmung verstärkt werden.⁵²

Allerdings bedeuten derartige Stellungnahmen im Vorfeld einer Abstimmung – auch wenn sie vom Bundesrat kommen, von den meisten politischen Akteuren geteilt und auch durch die Wissenschaft bestätigt werden – nicht, dass sich die Auslegung einer im Zuge der Annahme einer Verfassungsinitiative in die Verfassung eingeführten Bestimmung mit derartigen, vor der Abstimmung geäusserten Ansätzen decken muss. Vielmehr sind die **Verfassungsbestimmungen nach den hierfür massgeblichen „üblichen“ juristischen Methoden** auszulegen.⁵³ Besondere Schwierigkeiten weist die Auslegung einer Verfassungsbestimmung dann auf, wenn sie entweder in sich nicht ganz „stimmig“ ist bzw. gewisse (Wertungs-) Widersprüche aufweist oder / und auch mit anderen Verfassungsbestimmungen in einem Spannungsverhältnis steht oder hier sogar gewisse Inkompatibilitäten bestehen könnten.

Ausgangspunkt für die Auslegung ist in solchen Konstellationen, dass es hier um **gleichrangige Normen** geht. Dabei verbietet sich ein schematisches Abstellen auf den *lex posteriori*-Grundsatz: Denn häufig – wenn nicht gar in aller Regel – kann nicht davon ausgegangen werden, dass die später erlassene Bestimmung zwingend allen entgegenstehenden früheren Bestimmungen vorgehen soll, hätten diese doch ansonsten aufgehoben werden müssen. Vor diesem Hintergrund spielt hier der Grundsatz der **systematischen Auslegung** – wobei das Anliegen der **praktischen Konkordanz** (wonach die verschiedenen Bestimmungen so auszulegen sind, dass jede von ihnen ihre grösstmögliche Wirksamkeit erlangt)⁵⁴ wohl letztlich eine spezifische Spielart der systematischen Auslegung darstellen dürfte – eine zentrale Rolle: Die verschiedenen Bestimmungen sind unter Berücksichtigung anderer, ggf. entgegenlaufender gleichrangiger Vorgaben auszulegen, wobei soweit wie möglich Widersprüche durch Auslegung zu vermeiden sind, so dass die verschiedenen (möglich-

⁵⁰ Oben B.

⁵¹ S. insbesondere *Kaddous*, Avis de droit, septembre 2013; *Heselhaus/Hänni*, SZIER 2013, 19 ff.

⁵² Zum Ganzen oben B.

⁵³ Also in erster Linie Wortlaut, Systematik, Zielsetzung und Entstehungsgeschichte, wobei hierauf und die genaue Gewichtung der verschiedenen Methoden bei der Auslegung der Verfassung im Rahmen dieser Studie nicht näher eingegangen werden kann. Zur Verfassungsauslegung z.B., m.w.N., *Tschannen*, Staatsrecht, § 4.

⁵⁴ Zu dieser Auslegungsmaxime BGE 139 I 16 E. 4.2.1, m.w.N.

erweise entgegenlaufenden) Bestimmungen jeweils ihre grösstmögliche Wirkung entfalten können. Dabei gilt es auch zu beachten, dass es grundsätzlich keine „klaren“ Normen gibt, sondern jede Rechtsauslegung und -anwendung ist immer ein Prozess der (mehr oder weniger schwierigen) Auslegung. Speziell in Bezug auf die Verfassung ist zu beachten, dass sie zwar juristisch als Einheit anzusehen ist, die jedoch nicht aus „einem Guss“ entstanden, sondern historisch gewachsen ist, so dass die einzelnen Bestimmungen nicht immer aufeinander abgestimmt sind; ein irgendwie geartetes Hierarchieverhältnis der Verfassungsbestimmungen untereinander besteht grundsätzlich nicht.⁵⁵ Die Verfassungsauslegung im Allgemeinen und insbesondere auch von Bestimmungen, die aufgrund von Volksinitiativen Eingang in die Verfassung gefunden haben, im Besonderen kann vor diesem Hintergrund komplex sein, und jede „einfache“ Lösung verbietet sich grundsätzlich, so dass es den skizzierten Grundsätzen insbesondere nicht Rechnung trüge, die Tragweite einer Verfassungsbestimmung – falls sie durch eine Volksinitiative zustande gekommen ist – ausschliesslich oder auch nur schwergewichtig in Anlehnung an den Willen der Initiantinnen und Initianten zu bestimmen, wenn dieser auch ein Auslegungselement – neben (vielen) anderen – darstellt, das entsprechend den Umständen des Einzelfalls zu gewichten ist.⁵⁶

Relevant geworden ist dies z.B. und mit besonderer Deutlichkeit im Zusammenhang mit Art. 121 Abs. 3-6 BV, die aufgrund der Annahme der sog. Ausschaffungsinitiative Eingang in die Verfassung gefunden haben: Das Bundesgericht⁵⁷ betonte hier insbesondere, diese Bestimmungen stünden in einem Spannungsverhältnis sowohl mit diversen Grundrechten als auch mit völkerrechtlichen Verpflichtungen der Schweiz (insbesondere solchen aus der EMRK, aber auch mit solchen aus dem Freizügigkeitsabkommen mit der EU) und damit mit grundlegenden verfassungs- und völkerrechtlich von der Schweiz anerkannten Werten, da sie auf den ersten Blick einen „Ausweisungsautomatismus“ nahelegten. Nach der EMRK und auf der Grundlage der Art. 5 Abs. 2, 36 BV sei in einem demokratischen Rechtsstaat jedoch eine Interessenabwägung und eine Beurteilung der Umstände des Einzelfalls geboten. Vor diesem Hintergrund handle es sich bei Art. 121 Abs. 3 BV „als Ganzes“ um eine wertungsmässig offene Norm, die dem Gesetzgeber einen Konkretisierungsspielraum belasse, und ihr Verhältnis zu anderen Verfassungsbestimmungen bedürfe der Klärung, die durch den Gesetzgeber vorzunehmen sei. Dessen Spielraum beziehe sich nicht nur auf die nähere Präzisierung der einzelnen Tatbestände, sondern auch auf die Rechtsfolgen, da beide Aspekte in der Gesamtsystematik der ausländerrechtlichen Konsequenzen strafrechtlich relevanten Verhaltens nicht voneinander getrennt werden könnten. Interessant ist dieser Ansatz insbesondere auch vor dem Hintergrund, dass im Vorfeld der Abstimmung die ganz herrschende Mehrheit der Literatur sowie Bundesrat und Parlament (worauf das Bundesgericht in seinem Urteil hinweist)⁵⁸ davon ausgingen, dass die Initiative eine Art „Ausweisungsmechanismus“ vorsehe, was das Bundesgericht nicht davon abhielt, aus den genannten Gründen einen anderen Ansatz zu vertreten.

Verallgemeinert man diesen (in der Begründung und im Ergebnis überzeugenden) Ansatz des Bundesgerichts, so spricht Vieles für den Grundsatz, dass zumindest zentrale verfassungsrechtliche Prinzipien – wie die in Art. 5 BV verankerten Grundsätze rechtsstaatlichen Handelns – nicht durch „isolierte“ zu Verfassungsrecht gewordene Volksinitiativen „durchbrochen“ werden können, zumal auf

⁵⁵ Vgl. hierzu BGE 139 I 16 E. 4.2.1, mit ausführlicher Bezugnahme auf die Literatur.

⁵⁶ S. insofern auch die diesbezüglich sehr klare Formulierung von *Hangartner*, AJP 2013, 698 (700), der folgendes festhält: „Dass die Initianten einer Volksinitiative kein Monopol auf die Auslegung des von ihnen initiierten Verfassungstextes haben (...), ist im Übrigen klar. Jeder Rechtstext, von wem er auch ausgeht, ist unter Berücksichtigung der verschiedenen Auslegungsgesichtspunkte zu interpretieren und wird autoritativ von jenen Instanzen ausgelegt, die das Recht anwenden.“

⁵⁷ Vgl. BGE 139 I 16 E. 4.

⁵⁸ BGE 139 I 16 E. 4.1, m.w.N.

diese Weise die genannten Bestimmungen im Falle mehrerer in diese Richtung gehender Initiativen bzw. Verfassungsbestimmungen ausgehöhlt werden könnten. Insgesamt sprechen vor diesem Hintergrund gute Gründe dafür, dass Volksinitiativen grundsätzlich nur dann zur „Durchbrechung“ der (bislang) geltenden und in der Verfassung niedergelegten grundsätzlichen Prinzipien führen können, wenn nicht nur ein solcher neuer Verfassungsartikel eingeführt wird, sondern gleichzeitig auch ein entsprechender Vorbehalt in denjenigen Bestimmungen eingefügt wird, mit denen solche Initiativen in Konflikt stehen, dies zumindest soweit zentrale rechtsstaatliche Grundsätze oder grundsätzliche strukturelle Bestimmungen zur Debatte stehen.

Vor diesem Hintergrund dürfte der Ansatz des Bundesgerichts, bei der Gültigkeit kantonaler Initiativen diese im Zusammenhang mit der Frage nach ihrer Vereinbarkeit mit Bundesrecht auch unter durchaus bedeutender Berücksichtigung des Willens der Initiantinnen und Initianten auszulegen,⁵⁹ wohl nicht auf die Auslegung von auf Volksinitiativen zurückgehende Verfassungsbestimmungen übertragen werden können. In der Tat geht es hier auch um eine andere Frage, nämlich um die Durchsetzung des Vorrangs des Bundesrechts (Art. 49 BV) im Zusammenhang mit einer konkreten Vorlage, die zunächst einmal unter alleiniger Berücksichtigung des Textes vorzunehmen ist, ganz abgesehen davon, dass das Bundesgericht auch in diesem Zusammenhang durchaus den objektiven Charakter der Auslegung betont, in dessen Rahmen dann aber auch die Anliegen der Initiantinnen und Initianten berücksichtigt werden können.

Hinzuweisen ist im Übrigen ergänzend auf den Umstand, dass das schweizerische Verfassungsrecht – insbesondere, aber nicht nur, vor dem Hintergrund des kaum materiellen Schranken unterliegenden Initiativrechts sowie der fehlenden Verfassungsgerichtsbarkeit in Bezug auf Bundesgesetze – gewisse Inkohärenzen in der Verfassung (sowohl zwischen verschiedenen Verfassungsbestimmungen als auch in Bezug auf das Verhältnis von nationalem Recht und Völkerrecht) in Kauf nimmt (unter Einschluss von „toten“ Verfassungsbestimmungen). Zwar sind diese Inkohärenzen soweit wie möglich durch eine der praktischen Konkordanz verpflichtete Auslegung zu minimieren; ganz beseitigt werden können sie aber wohl nicht, womit auch die Konsequenz einhergeht, dass gewisse Verfassungsbestimmungen aufgrund anderer Verfassungsbestimmungen oder verfassungsrechtlicher Vorgaben nicht vollumfänglich verwirklicht werden können.

Im **Ergebnis** ist somit festzuhalten, dass der Umstand, dass im Vorfeld der Abstimmung grossmehrheitlich von einem Verstoß der Initiative gegen das Freizügigkeitsabkommen ausgegangen wurde, nicht zwingend bedeutet, dass die zu Verfassungsrecht gewordene Bestimmung dann auch tatsächlich in diesem Sinn auszulegen wäre. Diese Frage ist vielmehr unter Berücksichtigung aller relevanten Elemente und in Anwendung der für die Verfassungsauslegung massgeblichen Grundsätze auszulegen.⁶⁰

II. Zu den relevanten Vorgaben des Personenfreizügigkeitsabkommens Schweiz – EU: eine Skizze

Der Grundansatz bzw. die „Philosophie“ des Art. 121a BV steht jedenfalls in einem gewissen Spannungsverhältnis zu den Vorgaben des Freizügigkeitsabkommens Schweiz – EU. Gleichzeitig ist die Bestimmung jedoch nicht unmittelbar anwendbar.⁶¹ Vor diesem Hintergrund geht es im Folgenden – auf der Grundlage eines kurzen Überblicks über das Abkommen (1.) – darum, diejenigen Aspekte des Freizügigkeitsabkommens kurz zu skizzieren, mit denen die Vorgaben des Art. 121a BV für die Umsetzung *a priori* in Konflikt stehen könnten (2.), bevor ein Fazit (3.) gezogen

⁵⁹ Vgl. BGer vom 28.8.2013, 1C_127/2013, E. 7.2. Allgemein zur Auslegung von Initiativen auch BGE 129 I 392, 395.

⁶⁰ S. insoweit unten D.III.

⁶¹ S. insoweit schon oben B., C.III.

werden kann, dies im Hinblick auf die nachfolgend⁶² zu erörternde Frage, ob Art. 121a BV zu einer abkommenswidrigen Ausführungsgesetzgebung verpflichtet.

1. Das Freizügigkeitsabkommen: Überblick und Charakteristika

Dem Freizügigkeitsabkommen sind für Unionsbürger und ihre Familienangehörigen – unter bestimmten Voraussetzungen – **Aufenthaltsrechte in der Schweiz** zu entnehmen. Weiter regelt das Abkommen zahlreiche Aspekte der **Rechtsstellung** dieser Personen in der Schweiz.⁶³ Es ist hier nicht der Ort, im Einzelnen auf die Charakteristika des Freizügigkeitsabkommens einzugehen;⁶⁴ erinnert sei in unserem Zusammenhang jedoch an folgende zentrale Elemente des Abkommens:⁶⁵

- Die **Zielsetzung** des Abkommens kann dahingehend zusammengefasst werden, dass im Wesentlichen im Verhältnis der EU-Mitgliedstaaten zur Schweiz im Bereich der Personenfreizügigkeit parallele Grundsätze zur Anwendung kommen sollen wie im Verhältnis der EU-Staaten untereinander (dies auf der Grundlage der Rechtslage zum Zeitpunkt der Unterzeichnung des Abkommens, wobei die Anhänge II und III betreffend die soziale Sicherheit und die Diplomanerkennung allerdings durch den Gemischten Ausschuss modifiziert werden können, Art. 18 FZA). Ausgenommen bleiben einige punktuelle Aspekte (z.B. Beschränkung des Abkommens auf kurzfristige Dienstleistungen oder Nichtübernahme, im Abkommen, des Konzepts der Unionsbürgerschaft).
- In diesem Sinn greifen weite Teile des Abkommens wörtlich oder sinngemäss auf **unionsrechtliche Konzepte** bzw. Garantien zurück und lassen diese in das Abkommen einfließen.
- In materieller Hinsicht gewährleistet das Abkommen auf dieser Grundlage die **Arbeitnehmer- und Niederlassungsfreiheit** von Unionsbürgern parallel zur Rechtslage in der Europäischen Union; gleiches gilt für kurzzeitige Dienstleistungen. Weiter wird die **Freizügigkeit Nichterwerbstätiger** unter der Voraussetzung einer ausreichenden Krankenversicherung und hinreichender Existenzmittel ebenfalls grundsätzlich parallel zur Situation in der EU⁶⁶ ge-

⁶² D.III.

⁶³ Hinzuweisen ist aber natürlich darauf, dass diese Rechte auch „umgekehrt“, also für Schweizerinnen und Schweizer in der EU, gelten.

⁶⁴ Zum Freizügigkeitsabkommen z.B. *Benesch*, Freizügigkeitsabkommen, *passim*; *Kälin*, ZAR 2002, 123 ff.; *Kälin*, in: Die sektoriellen Abkommen Schweiz – EG, 11 ff.; *Imhof*, ZESAR 2007, 155 ff., 217 ff.; *Hailbronner*, EuZ 2003, 48 ff.; *Epiney*, Jahrbuch für Migrationsrecht / Annuaire du droit de la migration 2004/2005, 45 ff.; *Epiney/Mosters*, in: Auslegung und Anwendung von „Integrationsverträgen“, 57 ff.; *Borghi*, Commentaire article par article de l'accord du 21 juin 1999, *passim*; *Delli*, Verbotene Beschränkungen für Arbeitnehmende?, *passim*; *Epiney/Metz/Pirker*, Parallelität der Rechtsentwicklung, 101 ff., 155 ff.; *Boillet*, L'interdiction de discrimination, *passim*; *Grossen/de Coulon*, in: Bilaterale Verträge I & II, 135 ff.; *Schnell*, Arbeitnehmerfreizügigkeit, *passim*; die Beiträge in *Epiney/Metz/Mosters* (Hrsg.), Personenfreizügigkeitsabkommen Schweiz – EU.

⁶⁵ S. insoweit auch schon *Epiney/Civitella*, Jahrbuch für Migrationsrecht 2007/2008, 3 (4 ff.), woran die folgenden Ausführungen anknüpfen.

⁶⁶ Wobei hier jedoch aufgrund des Erlasses der RL 2004/38 über das Recht der Unionsbürger und ihrer Familienangehörigen, sich im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten frei zu

währleistet. Gleiches gilt für den Familiennachzug und die Lebens-, Beschäftigungs- und Arbeitsbedingungen. Insofern soll also der freie Personenverkehr möglichst weitgehend gewährleistet werden.

- Gemäss Art. 16 Abs. 2 S. 1 FZA ist in all denjenigen Fällen, in denen für die Anwendung des Abkommens „Begriffe des Gemeinschaftsrechts herangezogen werden“, die „einschlägige Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften vor dem Zeitpunkt der Unterzeichnung“ zu berücksichtigen. Im Ergebnis wird aber auch die **Rechtsprechung des EuGH** nach der Unterzeichnung zumindest faktisch einen nachhaltigen Einfluss auf die Auslegung des Freizügigkeitsabkommens entfalten,⁶⁷ wobei aber auch aus rechtlicher Sicht gute Gründe für eine Pflicht zur „grundsätzlichen Berücksichtigung“ auch der nachfolgenden Rechtsprechung sprechen.⁶⁸
- Vor diesem Hintergrund kann in Bezug auf die für die **Auslegung des Abkommens** zum Zuge kommenden Prinzipien (die sich wegen des völkerrechtlichen Charakters des Abkommens nach den einschlägigen völkerrechtlichen Regeln richten) der Grundsatz formuliert werden, dass die Bestimmungen des Freizügigkeitsabkommens, die an unionsrechtliche Garantien anknüpfen, sei dies nun wörtlich oder (nur) sinngemäss, grundsätzlich in Anlehnung an die unionsrechtliche Bedeutung auszulegen sind. Erkennbare Zielsetzung des Abkommens ist nämlich – wie erwähnt – die Gewährung gleichwertiger Rechte und Pflichten wie im Unionsrecht. M.a.W. soll eine möglichst weitgehende Parallelität der Rechtslage in der Union und im Anwendungsbereich des Freizügigkeitsabkommens sichergestellt werden. Dies bedeutet für die Auslegung des Abkommens, dass grundsätzlich jedenfalls immer dann von einer „Parallelität der Konzepte“ – zumindest auf der Grundlage der EuGH-Rechtsprechung bis zum 21.6.1999 – auszugehen ist, wenn das Abkommen auf Konzepte des Unionsrechts zurückgreift,⁶⁹ und nur dann eine hiervon abweichende Rechtslage unter dem Abkommen anzunehmen ist, wenn deutlich wird, dass ein vom Unionsrecht differierendes Konzept verfolgt wird bzw. eine andere Rechtslage zugrunde gelegt werden sollte. Die Rechtsprechung des Bundesgerichts geht klar ebenfalls in diese Richtung, während hingegen diejenige des EuGH hier etwas zurückhaltender erscheint, jedoch wohl noch nicht gefestigt ist.⁷⁰

bewegen und aufzuhalten (ABl. 2004 L 158, 77, zu dieser Richtlinie *Epiney*, in: Die neuen Europäer, 115, 167 ff.) derzeit gewisse Divergenzen zu verzeichnen sind, da die in der RL 2004/38 enthaltenen Neuerungen (noch) nicht in Bezug auf die Schweiz anwendbar sind. Hierzu *Kaddous*, SZIER 2006, 213 ff.

⁶⁷ S. insbesondere die „Übernahme“ des Urteils *Metock* (EuGH, Rs. C-127/08, *Metock*, Slg. 2008, I-6241) in BGE 136 II 5, in dem das Bundesgericht auch grundsätzlich betont, die Rechtsprechung des EuGH nach Unterzeichnung des Abkommens sei zu berücksichtigen, es sei denn, triftige Gründe sprächen dagegen.

⁶⁸ So wohl auch BGE 136 II 5. Zur Problematik ausführlich *Epiney/Metz/Pirker*, Parallelität der Rechtsentwicklung, 169 ff.; *Epiney*, ZBJV 2005, 1 ff.; *Maiani*, ZSR 2011 I, 27 ff.

⁶⁹ Vgl. insoweit auch die Ausführungen in BGE 130 II 113 E. 6.2 ff.

⁷⁰ Vgl. insoweit ausführlich, m.w.N. aus der Rechtsprechung, *Epiney/Metz/Pirker*, Parallelität der Rechtsentwicklung, 157 ff.

- In der **Schweiz**⁷¹ kommt dem Personenfreizügigkeitsabkommen – ausgehend von dem in der Bundesverfassung niedergelegten monistischen System – als solches seit seinem Inkrafttreten auch **innerstaatlich Geltung** zu, ohne dass ein irgendwie gearteter Transformationsakt notwendig wäre.⁷² Grundsätzlich kommt ihm **Vorrang** gegenüber innerstaatlichem Recht jeden Ranges zu.⁷³ Soweit die hierfür in der Schweiz – auf der Grundlage der völkerrechtlichen Auslegung des Abkommens – zum Zuge kommenden Voraussetzungen der **unmittelbaren Anwendbarkeit** (Regelung der Rechtsstellung Einzelner, Justiziabilität bzw. hinreichende Bestimmtheit sowie Verpflichtung innerstaatlicher Behörden) gegeben sind,⁷⁴ kommt den Bestimmungen des Freizügigkeitsabkommens unmittelbare Wirkung zu, so dass sich (begünstigte) Einzelne auf sie berufen können. Da die Bestimmungen des Abkommens betreffend den aufenthaltsrechtlichen Status von Unionsbürgern diesen entsprechende Rechte einräumen, deren hinreichende Bestimmtheit im Übrigen durch die Rechtsprechung des EuGH weitgehend geklärt ist und die sich an die Behörden richten, ist davon auszugehen, dass grundsätzlich all diejenigen Abkommensbestimmungen, die die Rechte der Einzelnen betreffen (dies sind die meisten materiell-rechtlichen Bestimmungen des Abkommens), unmittelbar anwendbar sind.⁷⁵

In Bezug auf die Reichweite bzw. die genaue Tragweite der dem Abkommen zu entnehmenden (völkerrechtlichen) Verpflichtungen ist noch darauf hinzuweisen, dass das Völkerrecht den Staaten nicht vorschreibt, wie sie ihren völkerrechtlichen Verpflichtungen nachzukommen haben, sondern lediglich, dass sie sie befolgen müssen. Vor diesem Hintergrund sind dem **Völkerrecht** – im Gegensatz zum EU-Recht – auch **keine Vorgaben über die Stellung des Völkerrechts im innerstaatlichen Bereich** zu entnehmen, so dass sowohl ein monistischer als auch ein dualistischer Ansatz mit den völkerrechtlichen Vorgaben in Einklang steht und dem Völkerrecht auch keine Pflicht zur Verankerung seines Vorrangs im innerstaatlichen Bereich zu entnehmen ist.⁷⁶ Vielmehr sind völkerrechtliche Verpflichtungen grundsätzlich „Ergebnisverpflichtungen“ in dem Sinn, dass nicht bereits eine von den völkerrechtlichen Verpflichtungen abweichende Rechtslage eine Verletzung des Völkerrechts darstellt, sondern erst ein diesem widersprechendes Verhalten. Allerdings kann der Inhalt der völkerrechtlichen Verpflichtungen auch dahin gehen, dass bereits be-

⁷¹ Zur Stellung der „Bilateralen Verträge“ im Unionsrecht *Epiney/Meier/Egbuna-Joss*, in: *Bilaterale Verträge I & II Schweiz – EU*, 903 (910 ff.); s. auch *Kaddous*, in: *Accords bilatéraux II Suisse – UE*, 63 ff.

⁷² Vgl. zur Stellung der Bilateralen Abkommen im nationalen (schweizerischen) Recht ausführlich m.w.N. *Thürer/Hillemanns*, in: *Bilaterale Verträge I & II Schweiz – EU*, 39 (42 ff.).

⁷³ Vgl. im Einzelnen zum Verhältnis von Völkerrecht und Landesrecht, m.w.N., *Epiney*, Jusletter v. 16.12.2013; spezifisch in Bezug auf das Freizügigkeitsabkommen auch *Epiney*, in: *Jahrbuch für Migrationsrecht 2011/2012*, 81 (107 ff.).

⁷⁴ Zu diesen ausführlich m.w.N. im Zusammenhang mit den Bilateralen Abkommen *Wüger*, SJER / ASDE 2004/2005, 287 ff.; vgl. auch *Grossen/de Coulon*, in: *Bilaterale Verträge I & II Schweiz – EU*, 135 (142); *Hangartner*, ZSR 2007 I, 137 ff.

⁷⁵ Ebenso *Thürer/Hillemanns*, in: *Bilaterale Verträge I & II Schweiz – EU*, 39 (47); *Filliez*, in: *Accords Bilatéraux Suisse – UE*, 183 (193 ff.); Botschaft des Bundesrates, BBl. 1999 6437.

⁷⁶ Vgl. hierzu eingehend, m.w.N., *Epiney*, ZBl. 1994, 537 ff.

stimmte Regelungsinhalte z.B. aus Gründen der Effektivität im Widerspruch mit den völkerrechtlichen Pflichten stehen. Deutlich wird damit, dass die genaue Tragweite der jeweiligen völkerrechtlichen Verpflichtung jeweils im Einzelfall unter Heranziehung der völkerrechtlichen Auslegungsmethoden zu ermitteln ist, wobei aber keinesfalls „automatisch“ von einer völkerrechtswidrigen Rechtslage im innerstaatlichen Recht auf eine Verletzung des Völkerrechts geschlossen werden darf.

Insoweit unterscheidet sich die Situation im Völkerrecht denn auch grundlegend von derjenigen im EU-Recht: Das EU-Recht gilt in den Mitgliedstaaten unmittelbar und kann – bei Vorliegen bestimmter Voraussetzungen – unmittelbar anwendbar sein bzw. unmittelbare Wirkung entfalten.⁷⁷ Weiter kommt ihm nach der Rechtsprechung des EuGH⁷⁸ Vorrang vor innerstaatlichem Recht zu. Schliesslich – und auf dieser Grundlage – leitet der EuGH⁷⁹ aus Art. 4 Abs. 3 EUV (Grundsatz der loyalen Zusammenarbeit) ab, dass die Geltung unionsrechtswidrigen nationalen Rechts *per se* einen Verstoß gegen Unionsrecht darstellt, unabhängig davon, ob die betreffende Vorschrift angewandt wird oder nicht.

Zwar lehnt sich das Freizügigkeitsabkommen – wie erwähnt – inhaltlich stark an Unionsrecht an; es steht jedoch ausser Frage, dass es sich um ein **völkerrechtliches Abkommen** und insoweit um „normales“ Völkerrecht handelt, so dass die skizzierten Grundsätze auch in Bezug auf das Freizügigkeitsabkommen zum Zuge kommen, woran auch der Umstand nichts ändert, dass gute Gründe dafür sprechen, die inhaltlichen Vorgaben des Abkommens in Anlehnung an das Unionsrechts auszulegen. Denn die Frage nach der **Verpflichtungswirkung** des Abkommens ist von derjenigen nach der inhaltlichen Tragweite der ihm zu entnehmenden Vorgaben zu unterscheiden, und in Bezug auf erstere können wegen des völkerrechtlichen Charakters des Abkommens die besonderen Charakteristika des Unionsrechts (unmittelbare Geltung und Anwendbarkeit, Vorrang und Verpflichtung, unionsrechtswidriges nationales Recht in jedem Fall aufzuheben) nicht zum Zuge kommen.⁸⁰

2. Insbesondere: Aufenthaltsrechte und Diskriminierungsverbot

Die Skizzierung der wesentlichen Inhalte des Art. 121a BV⁸¹ lässt erkennen, dass einerseits offenbar eine Reduktion bzw. Plafonierung der Zuwanderung von Ausländerinnen und Ausländern angestrebt wird; im Übrigen ist davon die Rede, dass die Schweiz die Einwanderung eigenständig steuert. Weiter wird auf Höchstzahlen und Kontingente Bezug genommen, die unter Berücksichtigung eines Vorranges für Schweizerinnen und Schweizer zu definieren sind. Deutlich wird damit, dass insbesondere zwei „Kategorien“ von Vorgaben des Freizügigkeitsabkommens im Zusammenhang mit Art. 121a BV bzw. seiner Umsetzung relevant sind: die **Aufenthalts-**

⁷⁷ Zu diesen Grundsätzen nur den Überblick, m.w.N., bei *Epiney/Mosters/Rieder*, Europarecht I, 101 ff.

⁷⁸ Grundlegend EuGH, Rs. 6/64 (Costa/ENEL), Slg. 1964, 1141. Aus der Folgerechtsprechung z.B. EuGH, Rs. 106/77 (Simmenthal), Slg. 1978, 629; EuGH, Rs. C-224/97 (Cio-la), Slg. 1999, I-2517; EuGH, Rs. 2/06 (Kempter), Slg. 2008, I-411.

⁷⁹ EuGH, Rs. C-303/89 (Kommission/Frankreich), Slg. 1991, I-2903.

⁸⁰ Zur Bedeutung dieser Grundsätze im Zusammenhang mit der in der vorliegenden Studie im Zentrum stehenden Frage noch unten D.II.2.a).

⁸¹ Oben B.

rechte für EU-Bürger und ihre Familienangehörigen (a) sowie das Verbot der Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit (b).

Selbstverständlich können aber noch weitere Abkommensbestimmungen bzw. -grundsätze relevant sein.⁸² In diesem Rahmen soll jedoch von einer (nochmaligen) Auflistung aller Rechte der Unionsbürger bzw. Verpflichtungen der Schweiz im Einzelnen abgesehen werden. Denn im Grundsatz geht es bei den Aufenthaltsrechten einerseits und den verschiedenen Diskriminierungsverboten andererseits lediglich um verschiedene „Spielarten“ derselben Prinzipien, so dass sich die Grundsatzfrage, ob und inwieweit (starre) Kontingente sowie Vorzugsregelungen für Inländer mit dem Abkommen vereinbar sind, letztlich jeweils – in den verschiedenen Konstellationen – parallel stellt. Etwas anderes könnte allenfalls für die *stand still*-Klausel (Art. 13 FZA) gelten, der jedoch in unserem Zusammenhang keine eigenständige Bedeutung zukommen dürfte.

a) Aufenthaltsrechte für Unionsbürgerinnen und Unionsbürger und ihre Familienangehörigen

Das Freizügigkeitsabkommen räumt Unionsbürgerinnen und Unionsbürgern sowie deren Familienangehörigen unter bestimmten Voraussetzungen – die in Abhängigkeit von der „Kategorie“ der jeweiligen Personen (im Wesentlichen Arbeitnehmer, Selbständige, Dienstleistungserbringer, Familienangehörige, Nichterwerbstätige, Verbleibeberechtigte) variieren – **Aufenthaltsrechte** (sowie, damit im Zusammenhang stehend, Einreiserechte) ein.

Dabei geht die Systematik des Freizügigkeitsabkommens – in Anlehnung an das EU-Recht – davon aus, dass die **Voraussetzungen für die Begründung eines Aufenthaltsrechts im Abkommen selbst abschliessend** formuliert sind, so dass der Aufenthalt nicht an andere bzw. darüber hinausgehende Voraussetzungen geknüpft werden darf. Eine Aufenthaltserlaubnis hat vor diesem Hintergrund lediglich deklaratorische Bedeutung.⁸³

Darüber hinaus schliesst dieser abschliessende Charakter der Aufenthaltsvoraussetzungen es grundsätzlich auch aus, dass für aufenthaltsberechtigte Unionsbürger spezifische Pflichten formuliert werden, die über die im Abkommen vorgesehenen Formalitäten der Anmeldung und die mit dieser in Zusammenhang stehenden Aspekten hinausgehen. Denn solche Pflichten stellen regelmässig im Ergebnis **zusätzliche Bedingungen für den Aufenthalt** dar, auch wenn das Aufenthaltsrecht selbst nicht an ihre Einhaltung geknüpft ist, implizieren sie doch im Falle ihrer Nichteinhaltung einen Rechtsverstoß.⁸⁴

Hieraus folgt, dass Unionsbürgerinnen und Unionsbürgern der Aufenthalt zu gewähren ist, wenn sie die im Abkommen (abschliessend) umschriebenen Voraussetzungen erfüllen. Insbesondere wären eine von **vornherein erfolgende Festlegung von (wie auch immer aufgeteilten) Höchstzahlen** und eine **automatische Verweigerung der Aufenthaltsberechtigung** im Falle der Ausschöpfung derselben nicht mit dem Abkommen vereinbar.

⁸² Vgl. insoweit die Auflistung bei *Kaddous*, *Avis de droit*, 18 ff.; *Heselhaus/Hänni*, *SZIER* 2013, 19 (33 ff.).

⁸³ Vgl. für das EU-Recht EuGH, Rs. 157/79 (Pieck), Rec. 1980, 2171, Rn. 13; EuGH, Rs. C-363/89 (Roux), Slg. 1991, I-273, Rn. 12; EuGH, Rs. C-344/95 (Kommission/Belgien), Slg. 1997, I-1035, Rn. 14 ff. Ebenso in Bezug auf das FZA BGE 136 II 329; BG, 2C_756/2009, Urt. v. 15.12.2009, E. 3.3.1; BGE 134 IV 57, E. 4.

⁸⁴ S. insoweit schon *Epiney*, in: *Jahrbuch für Migrationsrecht* 2011/2012, 81 (119 ff.).

Noch nicht geklärt ist hiermit aber, welche **Arten von Regelungen bzw. welcher Regelungsinhalt** nun genau mit den dem Abkommen zu entnehmenden Vorgaben unvereinbar wären. Dies ist unter Heranziehung der oben⁸⁵ erörterten Verpflichtungswirkung des Freizügigkeitsabkommens als völkerrechtlicher Vertrag zu ermitteln, so dass auf dieser Grundlage die Vorgaben, die dem Abkommen im Zusammenhang mit den durch dieses **gewährleisteten Freizügigkeitsrechten** zu entnehmen sind, wie folgt präzisiert werden können (wobei die nachfolgend aufgeführten Konstellationen keinen Anspruch auf Vollständigkeit erheben):

- Jedenfalls unvereinbar mit dem Abkommen ist bzw. wäre es, einem nach dem Abkommen aufenthaltsberechtigten Unionsbürger oder einem aufenthaltsberechtigten Familienangehörigen eines Unionsbürgers das **Aufenthaltsrecht zu verweigern**, weil ein Kontingent erschöpft ist (aber auch natürlich auch aus anderen Gründen, es sei denn, die im Abkommen selbst vorgesehenen Schranken greifen).
- Allein die **Geltung Art. 121a BV** stellt – auch wenn seine Grundphilosophie in einem Spannungsverhältnis zum Personenfreizügigkeitsabkommen stehen könnte – **keinen Verstoss gegen das Abkommen** dar: Denn die Bestimmung ist ersichtlich und klar nicht unmittelbar anwendbar,⁸⁶ so dass auch die durch das Abkommen gewährleisteten Freizügigkeitsrechte von vornherein nicht beeinträchtigt werden können; gleiches gilt für die Verpflichtungen gegenüber den Vertragspartnern.
- Nimmt man die mögliche Ausgestaltung der Umsetzungsgesetzgebung in den Blick, so könnte sich insbesondere die Frage stellen, ob bereits das (verbindliche) **Vorsehen von Kontingenten** bzw. Höchstzahlen in einem Gesetzgebungsakt gegen das Abkommen verstösst oder erst – im Zuge ihrer Anwendung – die (im Einzelfall erfolgende) **Verweigerung von Aufenthaltsbewilligungen** bzw. die Nichtgewährung von Aufenthaltsrechten aufgrund einer Überschreitung der Kontingente. Relevant könnte dies etwa werden, wenn die Kontingente nicht überschritten werden und zwar bestehen, aber zu keiner Verweigerung des Aufenthaltsrechts führen. M.E. sprechen die besseren Gründe für den zuerst genannten Ansatz, dies trotz der grundsätzlichen „Ergebnisorientiertheit“ völkerrechtlicher Verpflichtungen: Werden nämlich Kontingente auch für Personen, die Aufenthaltsrechte aus dem Freizügigkeitsabkommen ableiten können, formuliert, geht es letztlich um eine zusätzliche Voraussetzung für das Recht auf Aufenthalt: Einerseits sind die Voraussetzungen aus dem Abkommen zu erfüllen, andererseits darf das Kontingent nicht überschritten sein. Damit wird das Recht auf Aufenthalt relativiert, und den Berechtigten ein Aufenthaltsrecht lediglich im Falle der Nichterreicherung von Kontingenten eingeräumt, was – auch wenn die Kontingente im Einzelfall nicht ausgeschöpft werden – nicht im Einklang mit den dem Abkommen zu entnehmenden Grundsätzen steht, wonach im Falle der Erfüllung abschliessend formulierter Voraussetzungen in jedem Fall ein Aufenthaltsrecht besteht. Weiter ist zu beachten, dass im Fall von verbindlichen Kontingenten – auch bei der „Chance“ ihrer Nichtausschöpfung – in jedem Fall eine Unsicherheit für die durch das Abkommen Berechtigten besteht, ob sie ihre Rech-

85

D.I.

86

S. schon oben B., C.III.

te auch tatsächlich durchsetzen können, was die Effektivität derselben und damit der abkommensrechtlichen Vorgaben beeinträchtigen könnte.

Hinzu kommt, dass eine solche Regelung wohl auch einen Verstoß gegen die sog. *stand still*-Klausel (Art. 13 FZA) implizierte, wonach die Vertragsparteien sich verpflichten, keine „neuen Beschränkungen für Staatsangehörige der anderen Vertragspartei einzuführen“.

Etwas anderes könnte allenfalls dann gelten, wenn – was kaum vorstellbar ist und hier daher auch nicht weiter vertieft werden soll – die Kontingente so hoch angesetzt sind, dass es von vornherein unmöglich ist (nicht nur unmöglich erscheint), sie jemals zu überschreiten.

Angesichts dieser Überlegungen dürfte auch allein die (faktische) Nichtanwendung von (an sich verbindlich vorgeschriebenen) Kontingenten auf Unionsbürgerinnen und Unionsbürger sowie ihre Familienangehörigen, etwa in der Form, dass diesen auf Antrag trotz der Kontingente ein Aufenthaltsrecht gewährt bzw. eine Aufenthaltsbewilligung ausgestellt wird, nicht mit dem Abkommen in Einklang stehen: Denn auch hier entstünde eine Rechtsunsicherheit, und die Effektivität der Einräumung von Aufenthaltsrechten durch das Abkommen würde in Frage gestellt, wäre doch zu erwarten, dass durch das Abkommen berechnete Personen im Falle der Geltung solcher Rechtsvorschriften von der Wahrnehmung ihrer Aufenthaltsrechte abgeschreckt würden, was mit dem Grundsatz, dass diese Rechte durch das Abkommen gewährleistet sind, nicht im Einklang stünde und auch gegen dessen Zielsetzung verstieße.

- Diese Grundsätze müssen auch dann gelten, wenn die Kontingente erst nach einer **längeren Übergangszeit** eingeführt werden sollen, dies unter der Voraussetzung, dass dies „**automatisch**“ – also ohne einen neuerlichen gesetzgeberischen Entscheid – erfolgt.⁸⁷ Denn auch in diesem Fall werden die Freizügigkeitsrechte einer zusätzlichen Bedingung unterworfen; der Umstand, dass dies erst einige Jahre später geschehen wird, ändert hieran nichts. Gleiches muss für „Mehrjahreskontingente“ geben, bei denen die „Grenze“ z.B. im Durchschnitt mehrerer Jahre errechnet wird.

Dieser Ansatz drängt sich auch vor dem Hintergrund der bereits erwähnten Rechtssicherheit auf: Sowohl Arbeitnehmer als auch Arbeitgeber richten ihre Entscheidungen auch auf längerfristig zu erwartende Entwicklungen aus, so dass die sichere Perspektive verbindlicher Kontingente bereits im Vorfeld ihrer effektiven Einführung eine Verletzung des Abkommens darstellt.

- Hingegen dürfte in der Konstellation, dass Kontingente bzw. Höchstzahlen nicht verbindlich, sondern lediglich als **Richtzahlen** festgeschrieben würden, grundsätzlich kein Verstoß gegen das Abkommen angenommen werden können: Denn diesfalls ginge es lediglich um (gesetzlich festgeschriebene) Zielsetzungen, die nichts an den Freizügigkeitsrechten als solchen änderten und auch deren Wirksamkeit als solche grundsätzlich nicht beeinträchtigten. Voraussetzung hierfür wäre allerdings, dass der Zielcharakter derartiger Zahlen in der gesetzlichen Formulierung klar zum Ausdruck kommt, so dass klar wird, dass die durch das Abkommen eingeräumten Freizügigkeitsrechte nicht zusätzlichen Bedingungen unterworfen werden.

⁸⁷

Vgl. insoweit den Vorschlag von *Avenir Suisse* zur Umsetzung des Art. 121a BV. Hierzu oben B.

- Auch falls **gesetzliche Höchstzahlen** verbindlich festgelegt werden, **Unionsbürger und ihre Familienangehörigen** jedoch von diesen **ausgenommen** sind, wäre aus parallelen Gründen – unter der Voraussetzung einer hinreichend klaren Ausgestaltung der Regelung – eine Vereinbarkeit mit dem Abkommen zu bejahen. Denn die Effektivität der durch dieses gewährleisteten Rechte wird in diesem Fall gerade nicht beeinträchtigt, wäre doch gewährleistet, dass aufenthaltsberechtigte Unionsbürger und ihre Familienangehörigen dieses Recht auch ausüben dürfen und können.
- Fraglich könnte sein, ob eine Regelung, die für die Erteilung von Aufenthaltsbewilligungen (auch) an Unionsbürger und ihre Familienangehörigen **verbindliche (jährliche) Kontingente** bzw. Höchstzahlen vorsieht, die jedoch bei Bedarf (d.h., wenn aufenthaltsberechtigte Unionsbürger oder ihre Familienangehörigen einen Antrag stellen und das Kontingent bereits ausgeschöpft ist) im **Laufe des Jahres erhöht werden können**, mit dem Freizügigkeitsabkommen vereinbar wäre. M.E. käme es hier auf die Ausgestaltung einer solchen Regelung im Einzelfall an: Lässt diese klar erkennen, dass es letztlich um einen Ausschluss der EU-Ausländer und ihrer Familienangehörigen von den Kontingenten geht bzw. dass diese ihr Freizügigkeitsrecht in jedem Fall wahrnehmen können, spricht Vieles für die Vereinbarkeit einer solchen Regelung mit dem Freizügigkeitsabkommen.

Der Vollständigkeit halber sei noch darauf hingewiesen, dass es theoretisch auch denkbar ist, dass die EU sich z.B. mit einer neuen „Ventilklausel“ (die vorsähe, dass bei Überschreiten bestimmter Zahlen Kontingente eingeführt werden könnten) einverstanden erklären könnte und das Abkommen entsprechend geändert würde, was der Schweiz ermöglichte, entsprechende Regelungen einzuführen bzw. Art. 121a BV in diesem Sinn umzusetzen, ohne gegen das Freizügigkeitsabkommen zu verstossen. Eine derartige Verhandlungsbereitschaft der EU erscheint jedoch wenig wahrscheinlich bzw. – jedenfalls aufgrund der bislang erfolgten Äusserungen – ausgeschlossen.⁸⁸

Rein aus politischer Sicht wäre es natürlich darüber hinaus denkbar, dass die EU sehr hohe Kontingente, die wahrscheinlich nicht erreicht würden, in dem Sinn „akzeptierte“, dass sie nicht weiter reagieren würde. An der rechtlichen Situation würde dies jedoch nichts ändern, ganz abgesehen davon, dass auch eine solche Reaktion derzeit wenig wahrscheinlich erscheint.

b) Verbot der Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit

Nach **Art. 2 FZA** dürfen die Staatsangehörigen einer Vertragspartei, die sich rechtmässig im Hoheitsgebiet einer anderen Vertragspartei aufhalten, „bei der Anwendung dieses Abkommens gemäss den Anhängen I, II und III nicht auf Grund ihrer Staatsangehörigkeit diskriminiert“ werden. Diese Bestimmung ähnelt sehr Art. 18 AEUV, wonach unbeschadet besonderer Bestimmungen des Vertrags „in seinem Anwendungsbereich jede Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit verboten“ ist, so dass die Annahme nahe liegt, Art. 2 FZA knüpfe an Art. 18 AEUV an, womit hier ein (zumindest teilweiser) Rückgriff auf unionsrechtliche Begriffe zu

⁸⁸ Vgl. z.B. Tagesanzeiger v. 9.3.2014. S. auch *Michael Ambühl*, in: NZZ am Sonntag v. 16.2.2014, 9.

bejahen ist und die Bestimmung somit (auch auf der Grundlage von Art. 16 FZA) parallel wie im Unionsrecht auszulegen ist.⁸⁹

Weiter enthält das Abkommen eine Reihe **spezifischer Verbote der Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit** für bestimmte „Kategorien“ von Personen (so z.B. in Art. 9 Anhang I FZA in Bezug auf Arbeitnehmer, in Art. 15 Anhang I FZA in Bezug auf Selbständige oder in Art. 19 FZA für Dienstleistungserbringer). Das Verbot des Art. 2 FZA soll offenbar darüber hinaus bei der Anwendung des Abkommens bzw. in seinem Anwendungsbereich – parallel zur Situation im AEUV – sicherstellen, dass auch dann nicht aus Gründen der Staatsangehörigkeit diskriminiert wird, wenn die durch das Abkommen gewährleisteten Rechte nicht unmittelbar beeinträchtigt sind, sondern es um sonstige Massnahmen im Zusammenhang mit der Anwendung des Abkommens geht. Nur diese Auslegung kann im Übrigen sicherstellen, dass Art. 2 FZA im Verhältnis zu den spezifischen Diskriminierungsverboten eine eigenständige Bedeutung zukommt. Damit kann Art. 2 FZA gerade dann relevant werden, wenn kein spezifisches Diskriminierungsverbot aus Gründen der Staatsangehörigkeit greift.⁹⁰

In **inhaltlicher Hinsicht** kann die Tragweite des Art. 2 FZA – entsprechendes gilt grundsätzlich für die spezifischen Diskriminierungsverbote – wie folgt zusammengefasst werden:

- Art. 2 FZA – der **unmittelbar anwendbar** ist mit der Folge, dass sich die Rechtsunterworfenen gegenüber Behörden und Gerichten unmittelbar auf diese Bestimmung berufen können⁹¹ – ist (wie auch die Freizügigkeitsbestimmungen des Abkommens im Allgemeinen) nur im Falle des Vorliegens eines **grenzüberschreitenden Bezugs** anwendbar.⁹²
- Erfasst sind (nur) **Diskriminierungen aus Gründen der Staatsangehörigkeit**,⁹³ wobei auf die Staatsangehörigkeit selbst abgestellt werden kann (sog. formelle oder direkte Diskriminierungen) oder aber auf ein anderes Unterscheidungsmerkmal zurückgegriffen werden kann, im Ergebnis jedoch auch eine Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit „bewirkt“ wird,

⁸⁹ In diese Richtung bereits *Epiney*, Jahrbuch für Migrationsrecht 2004/2005, 45 (65 ff.). Vgl. für eine Parallelität auch BGE 131 V 209; BG 129 I 392, E. 3.2; BG, 2A.7/2004, E. 3.3, 5.1; BG, 2A.325/2004, Ur. v. 25.8.2005, E. 3.3; BGE 136 II 241, E. 12; BGer, 2C_42/2007, E. 3.6. S. ansonsten ausführlich zu Art. 2 FZA *Epiney*, SJZ 2009, 25 ff.; *Boillet*, L'interdiction de discrimination en raison de la nationalité, insbes. 99 ff.

⁹⁰ So auch BG, 2A.325/2004, Ur. v. 25.8.2005, E. 3.3, wo das Bundesgericht betont, dass Art. 2 FZA insofern eine eigenständige Bedeutung zukomme, als diese Bestimmung „revêt (...) une portée générale“, so dass sie auch dann von Bedeutung sei, wenn das Abkommen ansonsten kein Diskriminierungsverbot verankert. Ebenso BG 2C_42/2007, E. 3.6.

⁹¹ BG, Urteil v. 12.9.2003, 2A.607/2002, E. 3.3; BGE 129 II 257, E. 3.3; BGE 129 I 392, E. 3.2.3; BG, 129 II 249, E. 3.3; *Martenet/Boillet*, SJER / ASDE 2007/2008, 311 (327 ff.).

⁹² Vgl. insoweit ebenso BGE 129 II 249, E. 3 ff.; BGE 130 II 137, E. 3.1 ff.; BG, 2A.768/2006, E. 3.3; BG, 2A.351/2006, E. 2.3; BG 2A.659/2005, E. 6.1; BG 2P.224/2006, E. 3.3. Aus der Rechtsprechung des EuGH EuGH, Rs. C-148/02 (*Garcia Avello*), Slg. 2003, I-11613; EuGH, Rs. C-60/00 (*Carpenter*), Slg. 2002, I-6279. Ein grenzüberschreitender Bezug liegt auch dann vor, wenn Unionsbürger in der Schweiz geboren wurden und immer dort gelebt hatten, vgl. BG, 2C_625/2007, Ur. v. 2.4.2008.

⁹³ Im Einzelnen hierzu *Epiney*, SJZ 2009, 25 (29 f.).

weil typischerweise oder im Wesentlichen Angehörige eines bestimmten Mitgliedstaates bevorzugt (bzw. benachteiligt) werden und damit die Gefahr einer entsprechenden Benachteiligung bzw. Bevorzugung bestimmter Staatsangehöriger einhergeht (sog. materielle oder indirekte Diskriminierung).⁹⁴ Typische Beispiele hierfür sind der Rückgriff auf den Wohnsitz⁹⁵ oder den Ausbildungsort⁹⁶, wobei eine (materielle) Diskriminierung auch dann vorliegen kann, wenn es um eine regionale Regelung geht, durch die neben Ausländern auch andere Inländer benachteiligt werden.⁹⁷ Der Grundsatz des Einbezugs materieller Diskriminierungen in den Tatbestand des Art. 2 FZA (und in denjenigen der spezifischen Diskriminierungsverbote aus Gründen der Staatsangehörigkeit) dürfte unbestritten sein.⁹⁸

- Art. 2 FZA kann immer dann eine eigenständige Bedeutung zukommen, wenn keine **spezifischen Diskriminierungsverbote** greifen, wobei die Diskriminierung „bei der Anwendung des Abkommens gemäss den Anhängen I, II und III“ erfolgen muss, die Diskriminierung also im Zusammenhang mit den durch das Abkommen gewährleisteten Rechten stehen muss.⁹⁹
- Art. 2 FZA **verpflichtet** jedenfalls die Vertragsparteien, also die Europäische Union, die EU-Mitgliedstaaten und die Schweiz. Fraglich ist jedoch, ob und inwieweit darüber hinaus auch Private verpflichtet werden, was jedenfalls im Falle des Vorliegens kollektiver Regelungen (wie z.B. Tarifverträge oder Verbandsregeln) zu bejahen sein dürfte und im Übrigen in Art. 9 Anhang I FZA ausdrücklich insofern bejaht wird, als sich Arbeitnehmer allgemein auf das Diskriminierungsverbot berufen können.¹⁰⁰
- Nach der Rechtsprechung des EuGH können Diskriminierungen aus Gründen der Staatsangehörigkeit durch zwingende Interessen des Allgemeinwohls **gerechtfertigt** werden,¹⁰¹ ein Grundsatz, der auf Art. 2 FZA zu übertragen ist. Als zwingende Interessen des Allgemeinwohls kommen nach ständiger Rechtsprechung des Gerichtshofs alle öffentlichen Interessen mit Ausnahme solcher wirtschaftlicher Natur – bei denen es um die Wirtschaftslenkung oder die Verfolgung sonstiger wirtschaftspolitischer Anliegen geht,¹⁰² wobei auch

⁹⁴ Zu diesem Grundsatz im EU-Recht *Epiney*, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, Art. 18 AEUV, Rn. 12 ff., mit zahlreichen weiteren Nachweisen.

⁹⁵ EuGH, Rs. C-388/01 (Kommission/Italien), Slg. 2003, I-721.

⁹⁶ EuGH, Rs. C-224/98 (d’Hoop), Slg. 2002, I-6191. Zur genauen dogmatischen Struktur der Rechtsfigur der materiellen Diskriminierung *Epiney*, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, Art. 18 AEUV, Rn. 12 ff.

⁹⁷ EuGH, Rs. C-388/01 (Kommission/Italien), Slg. 2003, I-721; EuGH, Rs. C-274/96 (Bickel), Slg. 1998, I-7637.

⁹⁸ *Epiney*, Jahrbuch für Migrationsrecht 2004/2005, 45 (65 ff.); *Hangartner*, AJP 2003, 257 (263). BG, Urteil 2P.305/2002, Urt. v. 27.11.2003; Eidgenössisches Versicherungsgericht, H 16/04, Urt. v. 14.7.2005, E. 5.2 ff.

⁹⁹ Im Einzelnen hierzu *Epiney*, SJZ 2009, 25 (30 f.).

¹⁰⁰ Umfassend zur Problematik *Martenet/Boillet*, SJER / ASDE 2007/2008, 311 ff.

¹⁰¹ Vgl. z.B. EuGH, Rs. C-224/98 (D’Hoop), Slg. 2002, I-6191; EuGH, Rs. C-274/96 (Bickel), Slg. 1998, I-7637; EuGH, Rs. C-524/06 (Huber), Slg. 2008, I-9705.

¹⁰² EuGH, Rs. C-324/93 (Evans), Slg. 1995, I-563, Rn. 36; EuGH, Rs. C-398/95 (Syndesmos ton Elladi Touristikou), Slg. 1997, I-3091, Rn 22 f.

Massnahmen zur Kostendeckung öffentlicher Einrichtungen erfasst sind¹⁰³ – in Frage; soweit Private verpflichtet werden, können auch (sonstige) sachliche Gründe einschlägig sein. Weiter muss die Massnahme den Anforderungen der Verhältnismässigkeit, wobei insbesondere die Geeignetheit und die Erforderlichkeit von Bedeutung sind, genügen.

Im Zusammenhang mit Art. 121a BV ist von Bedeutung, dass es somit klar mit dem **Freizügigkeitsabkommen unvereinbar** wäre, beim Zugang zum Arbeitsmarkt oder bei der Einstellung einen **Vorrang für Schweizerinnen und Schweizer oder für Inländerinnen und Inländer** (letztere würden auch in der Schweiz wohnhafte Ausländerinnen und Ausländer einschliessen) vorzusehen.

Hingegen wären z.B. Massnahmen, die die „Wettbewerbsfähigkeit“ inländischer Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer verbessern sollen (etwa durch zusätzliche Ausbildungen), mit dem Freizügigkeitsabkommen vereinbar, dies unter der Voraussetzung, dass der Zugang zu derartigen Massnahmen unter Beachtung der Vorgaben des Abkommens gewährleistet wäre.

3. Fazit

Im **Ergebnis** ist somit in unserem Zusammenhang insbesondere zweierlei festzuhalten:

- Das Freizügigkeitsabkommen steht zwar jeder Art **verbindlich vorgeschriebener Kontingente** bereits *per se* entgegen, auch wenn diese (noch) nicht konkret angewandt werden. Hingegen dürften (auf welche Weise auch immer) **gesetzlich verankerte politische Zielsetzungen** – unter der Voraussetzung, dass in der gesetzlichen Formulierung hinreichend klar zum Ausdruck kommt, dass die durch das Abkommen eingeräumten Freizügigkeitsrechte nicht zusätzlichen Bedingungen unterworfen werden – als solche grundsätzlich mit dem Abkommen in Einklang stehen. Damit könnten sich für die Umsetzung des Art. 121a BV durchaus Perspektiven ergeben.
- Ein **Vorrang für Schweizerinnen und Schweizer oder für Inländerinnen und Inländer** beim Zugang zum Arbeitsmarkt oder bei der Einstellung wäre nicht mit den Vorgaben des Freizügigkeitsabkommens zu vereinbaren.

¹⁰³

So dass etwa Vergünstigungen für in einer bestimmten Region wohnhafte Personen nicht mit dem Argument des Steueraufkommens gerechtfertigt werden können, vgl. EuGH, Rs. C-388/01 (Kommission/Italien), Slg. 2003, I-721. Eine Rechtfertigung kommt aber für den Fall, dass bestimmte Personen, die von der Leistung profitieren, zur Deckung ihrer Kosten einen Beitrag leisten, in Betracht. Ein solcher Zusammenhang zwischen Leistung und Gegenleistung muss aber unmittelbar sein; eine lediglich allgemeine Steuerpflicht o.ä. genügt nicht

III. Zur rechtlichen Tragweite der Art. 121a Abs. 1-3 BV im Lichte des Personenfreizügigkeitsabkommens Schweiz – EU

Im Lichte der bislang angestellten Überlegungen geht es im Folgenden um die Auslegung des Art. 121a BV, wobei die Frage, ob diese Bestimmung so ausgelegt werden kann, dass die Umsetzung nicht gegen die skizzierten Vorgaben des Freizügigkeitsabkommens verstösst, im Vordergrund steht. Hierfür ist letztlich entscheidend, ob Art. 121a Abs. 1-3 BV zwingend (wie auch immer ausgestaltete und differenzierte) „fixe“ Kontingente bzw. Höchstzahlen für die Zahl der erteilten Bewilligungen für Ausländerinnen und Ausländer (verbunden mit einem Inländervorrang) verlangt (1.), bevor – auf dieser Grundlage – einige mögliche Varianten der Umsetzung der Art. 121a Abs. 1-3 BV skizziert werden (2.).

1. Zur Ausgestaltung der „Kontingente“ und „Höchstzahlen“ im Sinne des Art. 121a Abs. 2, 3 BV

Ausgangspunkt für die Auslegung des Art. 121a Abs. 1-3 BV ist – unter Heranziehung der hier massgeblichen allgemeinen Auslegungsgrundsätze¹⁰⁴ – die Erkenntnis, dass sowohl innerhalb dieser Bestimmung (in Verbindung mit der Übergangsbestimmung des Art. 197 Ziff. 9 BV) als auch im Verhältnis zu anderen verfassungsrechtlichen Vorgaben gewisse **Zielkonflikte** bestehen dürften bzw. auf miteinander in einem gewissen Spannungsverhältnis stehende Grundsätze Bezug genommen wird. Hinzuweisen ist in erster Linie¹⁰⁵ auf folgende Aspekte:

- Sowohl der **Text des Art. 121a Abs. 2, 3 BV** als auch die Argumentation der Initiantinnen und Initianten im Vorfeld der Abstimmung¹⁰⁶ deuten auf den ersten Blick darauf hin, dass im Rahmen der Umsetzung auf jeden Fall „**fixe**“ **Kontingente** für die insgesamt zu erteilenden Aufenthaltsbewilligungen in der Schweiz festzusetzen sind, und dies „jährlich“, also offenbar **Jahr für Jahr**. Denn nach Art. 121a Abs. 2 S. 1 BV ist die „Zahl der gen“ durch „jährliche Höchstzahlen und Kontingente“ begrenzt, wobei die Höchstzahlen nach Art. 121a Abs. 2 S. 2 BV für „sämtliche gen“ des Ausländerrechts gelten sollen. Für diese Auslegung spricht auch, dass die Schweiz die Zuwanderung „eigenständig“ steuern soll (Art. 121a Abs. 1 BV).
- Soweit der sog. **Inländervorrang** betroffen ist, spricht Art. 121a Abs. 3 S. 1 BV davon, dass die jährlichen Höchstzahlen und Kontingente für erwerbstätige Ausländerinnen und Ausländer „unter Berücksichtigung eines Vorrangs für Schweizerinnen und Schweizer“ festzulegen sind. Offenbar soll also bei

¹⁰⁴ Hierzu oben D.I.

¹⁰⁵ S. ansonsten auch noch *Uebersax*, Jusletter v. 14.4.2014, Rn. 14 ff., der auf das Spannungsverhältnis mit verschiedenen verfassungsrechtlichen Bestimmungen (Art. 5, 8, 9, 13, 27 BV) hinweist.

¹⁰⁶ Hierzu oben B. Zur Rolle der Argumentation des Initiantinnen und Initianten für die Auslegung einer auf einer Volksinitiative beruhenden Verfassungsbestimmung oben D.I.

der Festlegung der Kontingente für Erwerbstätige (die Bestimmung bezieht sich ausdrücklich nicht auf die im Einzelfall erteilte Aufenthaltsbewilligung) die Verfügbarkeit schweizerischer Arbeitskräfte „berücksichtigt“ werden.¹⁰⁷

- Soweit die **wirtschaftlichen Interessen der Schweiz** betroffen sind, spricht Art. 121a Abs. 3 S. 1 BV davon, dass die Höchstzahlen und Kontingente auf die „gesamtwirtschaftlichen Interessen der Schweiz“ auszurichten sind. Offenbar – und in diese Richtung gehen auch die Stellungnahmen der Initiantinnen und Initianten vor und nach der Abstimmung – soll die Verfassungsbestimmung also nicht so umgesetzt werden, dass die **wirtschaftliche Entwicklung in der Schweiz beeinträchtigt** wird. Interessanterweise wurden im Anschluss an dieses Anliegen (auch durch die Initiantinnen und Initianten bzw. zumindest von diesen nahestehenden Personen) insbesondere im Nachgang zur Abstimmung, teilweise aber auch bereits im Vorfeld, auch Umsetzungsvarianten vertreten, die mit dem Wortlaut des Art. 121a Abs. 1-3 BV *a priori* nicht in Einklang stehen, wie z.B. der Ausschluss der Grenzgänger von den Kontingenten oder die Erstreckung des Vorrangs für Schweizerinnen und Schweizer auf in der Schweiz wohnhafte Personen (unter Einschluss der Ausländerinnen und Ausländer).
- Schliesslich ist auf das Verhältnis des Art. 121a BV zu (bestehenden) **völkerrechtlichen Verträgen** hinzuweisen: Nach Art. 197 Ziff. 9 Abs. 1 BV sind die Art. 121a BV widersprechenden Abkommen innerhalb von drei Jahren neu zu verhandeln und anzupassen. Angesichts der schier Zahl betroffener Verträge¹⁰⁸ und der (auch damit verbundenen) Komplexität solcher Neuverhandlungen und Anpassungen ist hier schon zu bezweifeln, ob dies überhaupt möglich ist. Unabhängig von dieser Frage schweigt sich die Bestimmung aber darüber aus, was im Falle des Scheiterns oder im Falle der Unmöglichkeit der Neuverhandlung passieren soll.¹⁰⁹ M.E. wird man die neuen Verfassungsbestimmungen keinesfalls so auslegen können, dass im Falle des Verstreichens der drei Jahre und der (aus welchen Gründen auch immer) nicht erfolgten Anpassung der relevanten völkerrechtlichen Verträge diese zwingend zu kündigen seien: Hierfür sind keinerlei Anhaltspunkte ersichtlich, ganz abgesehen davon, dass Art. 5 Abs. 4 BV zu entnehmen ist, dass Bund und Kantone das Völkerrecht „beachten“ und die Verfassung grundsätzlich vom Vorrang des Völkerrechts ausgeht.¹¹⁰ Bleiben aber die völkerrechtlichen Abkommen in Kraft, so wird man mit dem Spannungsfeld zwischen diesen und Art. 121a BV umzugehen haben.

Dies gilt jedenfalls, soweit keine Umsetzung erfolgte. Verstösst die Umsetzung gegen einen völkerrechtlichen Vertrag könnte sich allerdings auf der Grundlage des verfassungsrechtlichen Grundsatzes der Rechtssicherheit die Frage stellen, ob die Verträge nicht gekündigt werden müssen, eine Problematik, der in diesem Rahmen nicht nachgegangen werden kann. Hier sei nur festgehalten, dass zumindest allein die Annahme einer Initiative, die in einem

¹⁰⁷ Interessanterweise spricht der französische Text der Initiative von „respect du principe de la préférence nationale“, was tendenziell etwas „stärker“ formuliert ist als der deutsche Ausdruck „Berücksichtigung“.

¹⁰⁸ S.o. B.

¹⁰⁹ S. auch schon oben B.

¹¹⁰ Vgl. eingehend, m.w.N., zur Stellung des Völkerrechts in der schweizerischen Rechtsordnung *Epiney*, Jusletter v. 16.12.2013.

Spannungsverhältnis mit einem für die Schweiz verbindlichen völkerrechtlichen Vertrag steht, jedenfalls nicht automatisch einen Auftrag zur Kündigung des betreffenden Abkommens bedeutet, kann doch prinzipiell nicht davon ausgegangen werden, dass die Stimmberechtigten mit der Annahme einer Initiative, die gegen bestimmte Vorgaben eines völkerrechtlichen Vertrages verstösst, auch die Kündigung eines gesamten Vertragswerks einleiten wollten. Dies gilt insbesondere bei eher umfassenden und komplexen Vertragswerken mit universeller oder regional umfassender Geltung.¹¹¹

Die Auslegung des Art. 121a BV hat vor diesem Hintergrund im Sinne der **praktischen Konkordanz** diesen verschiedenen Zielsetzungen sowie den Spannungsfeldern Rechnung zu tragen, so dass die verschiedenen Inhalte möglichst weitgehend (aber mitunter möglicherweise nicht vollständig) zum Zuge kommen können. Insgesamt dürfte eine Berücksichtigung aller in Art. 121a, 197 Ziff. 9 BV zum Ausdruck gekommenen Zielsetzungen und Grundsätze sowie eine Berücksichtigung anderer verfassungsrechtlicher Prinzipien in Anwendung dieses Grundsatzes eher **dagegen sprechen**, dass die neuen Verfassungsbestimmungen zwingend – im Rahmen der Ausführungsgesetzgebung – die Einführung eigentlicher **starrer jährlicher Kontingente** für die Gesamtzahl der ausländerrechtlichen Bewilligungen verlangen, dies trotz des Wortlauts der Vorschrift.¹¹²

- Jährlich festgelegte „fixe“ Kontingente widersprechen *per se* dem nach Art. 121a Abs. 3 S. 1 BV zu berücksichtigendem **„gesamtwirtschaftlichen Interesse“ der Schweiz**, denn ein derartiges System könnte in keiner Weise auf die sich möglicherweise ändernden Bedürfnisse der Wirtschaft reagieren. Aufgrund der Unsicherheit, genügend Arbeitskräfte rekrutieren zu können, wären auch darüber hinaus wohl (ggf. gravierende) wirtschaftliche Nachteile zu gewärtigen.
- Weiter ist zu berücksichtigen, dass die Fixierung derartiger „starrer“ Kontingente für wirklich alle ausländerrechtlichen Bewilligungen auch darüber hinaus aufgrund der **internationalen wirtschaftlichen Verflechtungen der Schweiz** gravierende wirtschaftliche Nachteile mit sich brächte: So enthalten nicht nur zahlreiche Freihandelsverträge gewisse Freizügigkeitsrechte, die nicht unter dem Vorbehalt der Kontingentierung stehen dürfen,¹¹³ sondern auch zahlreiche Abkommen mit internationalen Organisationen mit Sitz oder Niederlassungen in der Schweiz wären hier betroffen. Es erscheint wenig realistisch, dass alle diese Abkommen im Sinne einer von vornherein erfolgenden fixen quantitativen Beschränkung der zu erteilenden Bewilligungen modifiziert werden könnten. Führt man gleichwohl solche Kontingente ein, so wäre wohl mit einem Wegzug zahlreicher Organisationen zu rechnen.
- Vor allem aber erscheint es aufgrund der in dieser Beziehung klaren Reaktionen der Europäischen Union¹¹⁴ ausgeschlossen, dass diese (und ihre Mitgliedstaaten) dazu bereit wären, das **Freizügigkeitsabkommen** so zu ändern, dass durch starre Kontingente der Grundsatz der Personenfreizügigkeit in Frage

¹¹¹ Ähnlich *Künzli*, ZSR 2009 I, 47 (67 ff.); *Schefer/Zimmermann*, LeGes 2011, 343 (354 f.). In diese Richtung auch *Kiener/Krüsi*, ZBl 2009, 237 (249 f.).

¹¹² Vgl. aber auch den etwas strengeren Ansatz von *Uebersax*, Jusletter v. 14.4.2014, Rn. 22 ff., obwohl auch er den Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers hervorhebt.

¹¹³ Hierzu *Schlegel/Sieber-Gasser*, Jusletter v. 17.3.2014, insbesondere Rn. 36.

¹¹⁴ Vgl. z.B. Tagesanzeiger v. 9.3.2014. S. auch *Michael Ambühl*, in: NZZ am Sonntag v. 16.2.2014, 9.

gestellt würde. Ganz abgesehen davon haben die bisherigen Erfahrungen gezeigt, dass die EU in Bezug auf die Reichweite und die Dynamik der Anlehnung an das EU-Recht in Marktzugangsabkommen (wie das hier in Frage stehende Freizügigkeitsabkommen) eher „ambitiöser“ geworden ist, so dass Vieles gar dafür spricht, dass die EU Neuverhandlungen nur auf der Grundlage des geltenden Rechts und damit der Unionsbürgerrichtlinie (die noch einiges weiter geht als das Personenfreizügigkeitsabkommen mit der Schweiz) in Angriff nehmen könnte.

Die Einführung starrer Kontingente würde somit quasi zwangsläufig gegen das Freizügigkeitsabkommen verstossen.¹¹⁵ Müsste oder würde man (die EU oder die Schweiz) das Freizügigkeitsabkommen kündigen, fielen die gesamten „Bilateralen I“ dahin, mit der Folge, dass hiervon auch wirtschaftlich sehr bedeutende Abkommen (insbesondere dasjenige über die technischen Handelshemmnisse) betroffen wären.¹¹⁶ Aber auch ohne eine Kündigung wäre bei einem Verstoß gegen das Abkommen mit empfindlichen Gegenmassnahmen der Europäischen Union zu rechnen, die auch in anderen, für die Schweiz wirtschaftlich bedeutenden Bereichen (z.B. im Rahmen des Freihandelsabkommens oder des Abkommens über die technischen Handelshemmnisse) erfolgen könnten.

Darüber hinaus ist zu erwarten, dass das Interesse der EU an neuen Abkommen mit der Schweiz oder an der Erneuerung bestehender Abkommen wenig ausgeprägt sein wird bzw. bereits jetzt ist. So sieht die EU derzeit davon ab, das Forschungsabkommen – das regelmässig und zufälligerweise 2014 erneuert werden muss und die Teilnahme der Schweiz an den EU-Forschungsprogrammen gewährleistet – zu unterzeichnen, sollte die Schweiz ihrerseits nicht das bereits paraphierte Protokoll über den Einbezug Kroatiens in die Personenfreizügigkeit unterzeichnen und ratifizieren.¹¹⁷

- Hinzu kommt, dass eine Reihe von Aufenthaltsbewilligungen aufgrund **menschenrechtlicher Verpflichtungen** zu gewähren ist und nicht davon auszugehen ist, dass diese gekündigt werden sollen (sofern dies überhaupt möglich sein sollte, was bei zwingenden Bestimmungen des Völkerrechts zu verneinen ist). Insofern dürfte die Festsetzung von „starren“ Kontingenten bzw. ihre Massgeblichkeit für die Aufenthaltsberechtigung bestimmter Personen in der Schweiz auch teilweise nicht durchführbar sein.
- Im Übrigen dürfte sich aus Art. 121a, Art. 197 Ziff. 9 BV **keine Pflicht zur Kündigung des Freizügigkeitsabkommens** ableiten lassen bzw. die Abstimmung kann nicht als eine „Absage“ an den „Bilateralen Weg“ ausgelegt werden, so dass jedenfalls im Falle des (zu erwartenden) Scheiterns einer Neuverhandlung des Freizügigkeitsabkommens im Sinne eines Vorsehens fixer Kontingente im Abkommen (etwa über eine neu ausgestaltete „Ventilklausel“) Vieles dafür spricht, dass die Umsetzung die Vorgaben des Abkommens wahren muss.

Insgesamt wäre somit im Falle der Einführung starrer Kontingente aufgrund des bestehenden Freizügigkeitsabkommens mit **gravierenden wirtschaftlichen Nachteilen**

¹¹⁵ Hierzu oben D.II.2.a).

¹¹⁶ Vgl. zu den Folgen einer Kündigung des Abkommens im Einzelnen *Heselhaus/Hänni*, SZER 2013, 19 (55 ff.).

¹¹⁷ Hierzu auch schon oben C.

zu rechnen. Dies stünde aber mit dem erklärten Ziel des Art. 121a Abs. 3 S. 1 BV, den gesamtwirtschaftlichen Interessen der Schweiz Rechnung zu tragen, im Widerspruch.

Bemerkenswert ist insofern auch, dass insbesondere nach der Abstimmung von verschiedenen Seiten geltend gemacht wird bzw. wurde, Art. 121a Abs. 1-3 BV seien so umzusetzen, dass die wirtschaftlichen Interessen der Schweiz nicht beeinträchtigt würden, woraus u.a. abgeleitet wird, bestimmte Personengruppen (z.B. Grenzgänger, gewisse in der Forschung beschäftigte Personen oder Beschäftigte bei Internationalen Organisationen und ihre Familienangehörigen) seien von dem gesamten System auszunehmen. Manche gehen gar noch weiter und fordern eine Umsetzung im Einklang mit dem Freizügigkeitsabkommen (womit starre Kontingente von vornherein ausgeschlossen wären).¹¹⁸

Hinzu kommt, dass die Einführung in jeder Beziehung starrer Kontingente für alle ausländerrechtlichen Bewilligungen zwangsläufig in **Konflikt mit diversen völkerrechtlichen Verpflichtungen der Schweiz** geriete, die aber grundsätzlich zu beachten sind, zumal die Abstimmung und die Verfassungsbestimmung keine Absage an den „Bilateralen Weg“ implizieren.

Vor diesem Hintergrund kann somit **nicht davon ausgegangen** werden, dass Art. 121a Abs. 1-3 BV **zwingend die Verankerung jährlicher fixer Kontingente**, die die Zahl aller ausländerrechtlicher Bewilligungen rechtlich verbindlich beschränken, verlangt.

Gegen diesen Ansatz kann auch nicht geltend gemacht werden, die Schweiz müsse die Einwanderung „eigenständig“ steuern (Art. 121a Abs. 1 BV), womit „Zuwanderungsrechte“ aufgrund völkerrechtlicher Abkommen in Widerspruch stünden. Denn völkerrechtliche Verträge sind keine von aussen aufgezwungenen „Diktate“, sondern werden nach den hierfür in der Verfassung vorgesehenen (demokratischen) Verfahren ausgehandelt und abgeschlossen.¹¹⁹ Insofern steht die Bindung an einen völkerrechtlichen Vertrag nicht der „Eigenständigkeit“ der Zuwanderungspolitik entgegen, ebensowenig wie die staatliche Souveränität durch die Bindung der Staaten an das Völkerrecht in Frage gestellt wird.

Auch Art. 121a Abs. 3 S. 2 BV, wonach massgebende Kriterien für die Erteilung von Aufenthaltsbewilligungen „insbesondere“ das Gesuch eines Arbeitgebers, die Integrationsfähigkeit und eine ausreichende, eigenständige Existenzgrundlage sind, steht dem hier vertretenen Ansatz von vornherein nicht entgegen: Denn die Aufzählung ist explizit nicht abschliessend, so dass andere Kriterien – wie z.B. ein durch einen völkerrechtlichen Vertrag gewährleistetetes Recht – ebenfalls herangezogen werden können, so dass diese Kriterien (wie auch schon grösstenteils auf der Grundlage der bestehenden Rechtslage) z.B. nur für gewisse Drittstaatsangehörige zum Zuge kommen könnten.

Allerdings muss die Ausführungsgesetzgebung auf die eine oder andere Weise dem Anliegen des Art. 121a BV, die „Nettoeinwanderung“ in irgendeiner Form zu begrenzen, Rechnung tragen und dieses Ziel – zumindest teilweise – auf eine andere Art und Weise erreichen als über die Festlegung „absoluter“ Höchstzahlen. Insofern können die Vorgaben des Art. 121a Abs. 1-3 BV – soweit die Frage nach der Fixierung von „Kontingenten“ betroffen ist – dahingehend konkretisiert werden, dass einerseits **keine fixen Zahlen für alle ausländerrechtlichen Bewilligungen** jährlich gesetzlich festgeschrieben werden müssen, andererseits aber die Bezugnahme auf Kontingente und Höchstzahlen in der Bestimmung impliziert, dass auf die eine oder andere Art eine **(zahlenmässige) Beschränkung der ausländerrechtlichen Bewilligungen** zu gewährleisten ist. Insofern erscheint eine Umsetzung des Art. 121a Abs.

¹¹⁸ S.o. B.

¹¹⁹ S. insofern auch die Bemerkungen bei *Heselhaus/Hänni*, SZER 2013, 19 (26 f.). Vgl. aber auch die andere Akzentsetzung bei *Uebersax*, Jusletter v. 14.4.2014, Rn. 4 ff.

1-3 BV, die die Vorgaben des Freizügigkeitsabkommens beachtet, nicht ausgeschlossen.

Hieran ändert auch die Bezugnahme auf den Vorrang für Schweizerinnen und Schweizer in Art. 121a Abs. 3 S. 1 BV nichts: Denn einmal ist hier nur von „Berücksichtigung“ die Rede, so dass diese auf verschiedene Art und Weise sichergestellt werden kann und wohl nicht zwingend einen Verstoß gegen das Freizügigkeitsabkommen impliziert.¹²⁰ Zum anderen ist dieser Vorrang auf die Kontingente und Höchstzahlen bezogen, so dass er für den Fall, dass keine solchen „fixen“ Zahlen festgesetzt werden, auch gegenstandslos würde.

2. Zu möglichen Varianten der Umsetzung des Art. 121a BV

Wenn somit nach dem Gesagten Art. 121a Abs. 1-3 BV nicht zwingend eine Ausführungsgesetzgebung verlangt, die fixe jährlich festgelegte Kontingente vorsieht, jedoch sichergestellt werden sollte, dass eine zahlenmässige Limitierung der Zuwanderung in irgendeiner Form ermöglicht werden soll, fragt es sich, welche Umsetzungsmodelle hier in Frage kommen könnten, die zudem mit dem **Freizügigkeitsabkommen in Einklang** stehen. Daher soll im Folgenden der Versuch unternommen werden, einige mögliche Varianten bzw. Modelle für die Umsetzung des Art. 121a Abs. 1-3 BV zu skizzieren, dies mit dem Ziel zu illustrieren, auf welche Weise dem Anliegen der Verfassungsbestimmung Rechnung getragen werden könnte, ohne das Freizügigkeitsabkommen zu verletzen.

Im Anschluss an die bisherigen Ausführungen gehen dabei alle Varianten davon aus, dass es keine starren, jährlich festgelegten Höchstzahlen für die insgesamt erteilten Aufenthaltsbewilligungen in der Schweiz gibt. Ausgehend von dieser Prämisse sowie den bereits entwickelten Spielräumen, die das Freizügigkeitsabkommen nach der hier vertretenen Ansicht einräumt (insbesondere der Umstand, dass allein das Ziel einer Beschränkung der Einwanderung als solches wohl mit dem Abkommen vereinbar ist),¹²¹ sollen insgesamt fünf Varianten kurz skizziert und bewertet werden.

Allerdings ist hier nicht der Ort, im Einzelnen die verschiedenen Modelle oder gar gesetzlichen Bestimmungen genau darzustellen oder auszuformulieren; vielmehr geht es lediglich um das Aufzeigen von Modellen, die dann selbstredend noch im Einzelnen ausgestaltet und konkretisiert werden sollen. Auch erheben die ausgewählten Varianten keinen Anspruch auf Vollständigkeit; sicherlich gibt es noch weitere Möglichkeiten, und die verschiedenen Modelle können auch miteinander kombiniert werden.

Ausgespart bleibt im Folgenden noch die Variante, die Umsetzung vollständig den Kantonen zu überlassen, was von Art. 121a BV nicht *a priori* ausgeschlossen wird, jedoch wohl komplexe Fragen der Abstimmung der verschiedenen kantonalen Regelungen untereinander und mit den bestehenden bundesrechtlichen Bestimmungen im Bereich des Ausländer- und Asylrechts aufwürfe.

a) Mehrjahresziele und Massnahmenpläne

Dieses Modell geht davon aus, dass in einem ersten Schritt für die „**Nettozuwanderung**“ **über mehrere Jahre** (z.B. 10 Jahre) **Zielwerte** definiert werden, die ihrerseits unterschiedlich ausgestaltet sein können (z.B. im Durchschnitt mehrerer Jahre

¹²⁰ S.o. D.II.2.b).

¹²¹ S.o. D.II.2.a).

keine Überschreitung bestimmter Zahlen oder eine Plafonierung der Einwohnerzahl in der Schweiz auf eine bestimmte Zahl innerhalb eines bestimmten Zeitraums).

Zeigt sich – wofür ggf. eine Art Monitoring vorgesehen werden müsste – im Laufe der Jahre oder zum festgesetzten Zeitpunkt, dass das Ziel nicht erreicht wird bzw. werden kann, wäre ein **Massnahmenplan** vorzulegen, der aufzeigt, durch welche Massnahmen – z.B. im Bereich der Raumplanung, der Standortförderung oder des Steuerrechts – das vordefinierte Ziel erreicht werden könnte. Diese Massnahmen müssten wohl sowohl solche auf Bundes- als auch auf Kantonsebene umfassen, so dass eine entsprechende Koordination vorzusehen wäre.

Dieser Ansatz besticht einerseits durch eine gewisse Eleganz und Flexibilität. Andererseits ist nicht zu verkennen, dass insbesondere die Massnahmenpläne sehr komplexe rechtliche (und wohl auch politische) Fragen aufwerfen, die von der Frage nach der Koordination solcher Massnahmen über diejenige der Beurteilung ihrer (potentiellen) Wirksamkeit bis hin zu kompetenzrechtlichen Aspekten und Aspekten der Umsetzung reichen.

b) Jährliche oder mehrjährige Richtwerte und Ausschöpfen des Handlungsspielraums

Näher bei einem eigentlichen „Kontingentsystem“ ist die Idee, entweder pro Jahr oder über mehrere Jahre **Richt- oder Zielwerte für die Zahl der Aufenthaltsbewilligungen bzw. der Nettozuwanderung** zu formulieren. Ist absehbar, dass diese Zahlen überschritten werden, wäre der **Handlungsspielraum** gegenüber Personen, die nicht durch das Freizügigkeitsabkommen berechtigt sind und denen auch nicht aus anderen völkerrechtlichen Verträgen bzw. aufgrund menschenrechtlicher Verpflichtungen ein Aufenthaltsrecht zukommt, **„auszunutzen“**. Konkret könnte dies z.B. bedeuten, dass keine „Kontingentsflüchtlinge“ aufgenommen werden, dass der Familiennachzug für nicht durch das Freizügigkeitsabkommen berechtigte Personen (ggf. auch für Angehörige von Schweizerinnen und Schweizern) soweit wie möglich beschränkt wird und / oder dass grundsätzlich gar keine Aufenthaltsbewilligungen mehr an nicht durch das Freizügigkeitsabkommen berechtigte Drittstaatsangehörige erteilt werden. Das Ausländergesetz müsste entsprechend in geeigneter Weise angepasst werden.

Diese Variante ginge somit davon aus, dass die Einschränkung der Zuwanderung im Wesentlichen durch die Limitierung derjenigen Personengruppen, denen aufgrund des Freizügigkeitsabkommens (oder anderer (völker-)rechtlicher Vorgaben) kein Aufenthaltsrecht zukommt, erreicht werden soll. Allerdings ist zu beachten, dass damit wohl nur beschränkte Effekte erzielt werden können, da der Grossteil der Zuwanderung heute aus der EU kommt. Im Übrigen wäre danach zu fragen, ob eine solche Beschränkung der Zuwanderung politisch erwünscht ist, träfe sie doch auch und gerade besonders vulnerable Gruppen.

c) „Flankierende Massnahmen“ mit Wirkungsprüfung

Die durchaus beachtliche „Nettozuwanderung“ in die Schweiz in den vergangenen Jahren dürfte sehr vielfältige und komplexe Ursachen haben. Daher könne man in Erwägung ziehen, eine **Palette von Massnahmen** zu entwickeln, die grundsätzlich die **Zuwanderung beschränken** könnte. Zu denken wäre etwa an die Förderung der Berufstätigkeit von Frauen bzw. Müttern, eine Ausweitung der Weiterbildungsmöglichkeiten sowie raumplanerische oder steuerliche Massnahmen. Die Effektivität der Massnahmen wäre in periodischen Abständen einer Wirkungsprüfung zu unterziehen.

Zu betonen ist hier, dass derartige Massnahmen selbst mit dem Freizügigkeitsabkommen (und den sonstigen völkerrechtlichen Verpflichtungen der Schweiz) im Einklang stehen müssten, so dass z.B. Prämien für die Einstellung von Schweizerinnen und Schweizern oder von in der Schweiz wohnhaften Personen nicht zulässig wären, da sie gegen das Verbot der Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit verstiesse, was angesichts der grundsätzlichen Drittwirkung des Diskriminierungsverbots im Bereich der Beschäftigung (Art. 9 FZA) auch für lediglich auf privater Ebene (etwa durch Branchenverbände) vorgesehene derartige Massnahmen gälte.¹²²

Vor dem Hintergrund des Art. 121a BV ist bei diesem Modell darauf hinzuweisen, dass keine eigentlichen Zielwerte festgesetzt werden (wobei das Modell jedoch durch solche ergänzt werden könnte). Im Übrigen erscheint es auf den ersten Blick durchaus lohnend, in diese Richtung nachzudenken, wobei jedoch zu beachten ist, dass die Zuwanderung natürlich auch auf der Attraktivität der Schweiz und der verhältnismässig guten wirtschaftlichen Situation beruhen dürfte und es wohl nicht im Interesse der Schweiz sein dürfte, grundsätzlich die Standortattraktivität für Unternehmen, die Lebensqualität für Individuen sowie die wirtschaftliche Situation zu senken bzw. zu verschlechtern. Insofern müssten die Massnahmen also sorgfältig entwickelt und ausgewählt werden.

d) Fixe (jährliche) Kontingente mit Anwendungseinschränkungen

Dieses Modell arbeitet mit **gesetzlich verbindlich festgesetzten (jährlichen oder mehrjährlichen) fixen Kontingenten** für die Zahl der zu erteilenden Aufenthaltbewilligungen. Jedoch würde von vornherein vorgesehen, dass diese Kontingente **keine Anwendung** auf Personen fänden, die durch das **Freizügigkeitsabkommen** zum Aufenthalt berechtigt sind. M.a.W. würden diese Personen von den Kontingenten ausgenommen.

Hier wären in Bezug auf die Effektivität ähnliche Überlegungen anzustellen wie in Bezug auf die Variante der Richtwerte mit Ausschöpfung des Handlungsspielraums,¹²³ dürfte doch der quantitative Spielraum hier relativ eng sein. Auch wäre hier zu überlegen, wie die Kontingente festgelegt werden sollen und wie mit Personen umzugehen ist (bei Überschreitung der Kontingente), denen aufgrund menschenrechtlicher Verpflichtungen ein Aufenthaltsrecht zusteht.

¹²² Vgl. aber den in diese Richtung gehenden Vorschlag von *Avenir Suisse*, hierzu Tagesanzeiger v. 17.1.2013; NZZ v. 1.3.2014, 25.

¹²³ Oben D.III.2.b).

e) **Fixe (jährliche) Kontingente mit Erhöhungsmöglichkeit**

Bei dieser Variante würden zwar **gesetzlich verbindlich (jährliche oder mehrjährige) Kontingente** für die Zahl der zu erteilenden Aufenthaltsbewilligungen festgelegt. Wird diese Zahl jedoch deshalb (voraussichtlich) überschritten, weil „zu viele“ durch das Freizügigkeitsabkommen berechnete Personen ihren Anspruch auf Aufenthalt geltend machen, werden die **Kontingente erhöht**, so dass jedenfalls das Aufenthaltsrecht dieser Personen (wobei in Bezug auf sonstige völkerrechtliche Verpflichtungen wohl ein ähnliches System zum Zuge kommen müsste) gewährleistet wäre.

Bei dieser Variante wäre vor dem Hintergrund der Vorgaben des Freizügigkeitsabkommens durch eine entsprechend klare Formulierung in den gesetzlichen Grundlagen sicherzustellen, dass das durch das Abkommen gewährleistete Aufenthaltsrecht in der Tat keinen zusätzlichen (über das Abkommen hinausgehenden) Bedingungen unterworfen ist. Letztlich näherte sich dieses Modell damit der unter d) vorgestellten Variante an, da eine solche hinreichend klare Regelung wohl bedingte, dass eine Art Automatismus der Erhöhung der Kontingente vorgesehen würde, womit die durch das Freizügigkeitsabkommen Berechneten im Ergebnis durch die Kontingente nicht erfasst würden.

E. Zusammenfassende Thesen und Schlussbetrachtung

I. Zusammenfassung

Im Folgenden sollen die wesentlichen Ergebnisse der Untersuchung in Thesenform zusammengefasst werden, wobei jeweils für weitergehende Nachweise und Begründungen abschnittsweise auf die einschlägigen Kapitel verwiesen wird.

- Art. 121a Abs. 4 BV bezieht sich nicht nur auf die **Ratifikation** eines (neuen) völkerrechtlichen Vertrages, sondern auch auf dessen **Unterzeichnung und (innerstaatliche) Genehmigung**.¹²⁴
- Das Protokoll über den Einbezug Kroatiens in das Personenfreizügigkeitsabkommen wird schon deshalb nicht von Art. 121a BV erfasst, weil es sich **nicht um einen neuen völkerrechtlichen Vertrag** handelt, der neue Freizügigkeitsrechte verankert, sondern lediglich der persönliche Anwendungsbeereich des bestehenden Abkommens erweitert wird.¹²⁵
- **Art. 121a Abs. 4 BV ist wegen fehlender Bestimmtheit als nicht unmittelbar anwendbar** anzusehen, so dass diese Bestimmung als solche nicht der Unterzeichnung, Genehmigung und Ratifizierung neuer Verträge entgegenstehen kann.¹²⁶
- Der Umstand, dass im **Vorfeld der Abstimmung** grossmehrheitlich von einem **Verstoss der „Masseneinwanderungsinitiative“ gegen das Freizügigkeitsabkommen** ausgegangen wurde, bedeutet nicht zwingend, dass die zu Verfassungsrecht gewordene Bestimmung dann auch tatsächlich in diesem Sinn auszulegen wäre. Diese Frage ist vielmehr unter Berücksichtigung aller relevanten Elemente und in Anwendung der für die **Verfassungsauslegung massgeblichen Grundsätze** auszulegen.¹²⁷
- Das Freizügigkeitsabkommen steht zwar jeder Art **verbindlich vorgeschriebener Kontingente** bereits *per se* entgegen, auch wenn diese (noch) nicht konkret angewandt werden. Hingegen dürften (auf welche Weise auch immer) **gesetzlich verankerte politische Zielsetzungen** – unter der Voraussetzung, dass in der gesetzlichen Formulierung hinreichend klar zum Ausdruck kommt, dass die durch das Abkommen eingeräumten Freizügigkeitsrechte nicht zusätzlichen Bedingungen unterworfen werden – als solche grundsätzlich mit dem Abkommen in Einklang stehen. Damit könnten sich für eine Umsetzung des Art. 121a BV im Einklang mit dem Freizügigkeitsabkommen durchaus Perspektiven ergeben.¹²⁸
- Ein **Vorrang für Schweizerinnen und Schweizer oder für Inländerinnen und Inländer** beim Zugang zum Arbeitsmarkt oder bei der Einstellung wäre nicht mit den Vorgaben des Freizügigkeitsabkommens zu vereinbaren.¹²⁹
- Die Vorgaben des Art. 121a Abs. 1-3 BV – soweit die Frage nach der Fixierung von „Kontingenten“ betroffen ist – können dahingehend konkretisiert

¹²⁴ C.I.

¹²⁵ C.II.

¹²⁶ C.III.

¹²⁷ D.I.

¹²⁸ D.II.2.a).

¹²⁹ D.II.2.b).

werden, dass einerseits **keine fixen Zahlen für alle ausländerrechtlichen Bewilligungen** jährlich gesetzlich festgeschrieben werden müssen, andererseits aber die Bezugnahme auf Kontingente und Höchstzahlen in der Bestimmung impliziert, dass auf die eine oder andere Art eine **(zahlenmässige) Beschränkung der ausländerrechtlichen Bewilligungen** zu gewährleisten ist.¹³⁰

- Für eine Umsetzung des Art. 121a BV unter Beachtung des Freizügigkeitsabkommens in diesem Sinn kommen **verschiedene Varianten** in Betracht.¹³¹

II. Schlussbemerkung

Insgesamt konnte die Untersuchung aufzeigen, dass Art. 121a, 197 Ziff. 9 BV zwar gewisse **Spannungsfelder** sowohl innerhalb der Zielsetzung dieser Verfassungsbestimmungen selbst als auch zwischen diesen und anderen verfassungsrechtlichen Vorgaben aufweist sowie das Verhältnis zu den völkerrechtlichen Verpflichtungen der Schweiz klärungsbedürftig ist. Entgegen einem ersten Anschein folgt daraus jedoch gerade nicht, dass die neue Verfassungsbestimmung zwingend so umzusetzen wäre, dass (jährliche) fixe Kontingente definiert werden, die keinesfalls überschritten werden dürften, was mit zahlreichen völkerrechtlichen Verpflichtungen der Schweiz – u.a. und insbesondere mit dem Freizügigkeitsabkommen Schweiz-EU – nicht zu vereinbaren wäre. Vielmehr spricht eine am Grundsatz der praktischen Konkordanz ausgerichtete Auslegung des Art. 121a BV dafür, dass es rechtlich zulässig und möglich ist, die Bestimmung so umzusetzen, dass die **völkerrechtlichen Vorgaben beachtet** werden und gleichzeitig dem **Ziel der Verfassungsbestimmung, die „Nettoeinwanderung“ zahlenmässig zu beschränken**, Rechnung getragen werden kann.

Zwar ist nicht zu verkennen, dass dieser Ansatz nicht dem Willen der (meisten) Initiantinnen und Initianten und wohl auch nicht dem Verständnis der Initiative durch die Bundesbehörden vor der Abstimmung entspräche. Eine Verfassungsbestimmung ist aber nicht nach dem Willen der Initiantinnen und Initianten oder der Behörden, sondern auf der Grundlage der anerkannten juristischen Methoden auszulegen, und eine vertiefte Analyse nach der Annahme einer Initiative kann hier durchaus zu anderen Schlüssen führen als die Mehrheitsmeinung während der Abstimmungskampagne.

Die entscheidende Frage geht vor diesem Hintergrund dahin, ob der **politische Wille** vorhanden ist, auch tatsächlich eine Umsetzungsvariante zu wählen, die mit dem Freizügigkeitsabkommen vereinbar ist. Zu erinnern ist in diesem Zusammenhang daran, dass das in materieller Hinsicht kaum beschränkte Initiativrecht des Volkes impliziert, dass mitunter in einem gewissen inneren Spannungsverhältnis stehende Bestimmungen, die zudem auch mit anderen Verfassungsbestimmungen (so hier z.B. die in Art. 5 Abs. 4 BV verankerte Pflicht, das Völkerrecht zu beachten) in Konflikt geraten können, in die Verfassung eingefügt werden können. Damit werden im Zusammenhang mit der Ausführungsgesetzgebung mitunter komplexe rechtliche Fragen aufgeworfen, ist doch zu entscheiden, auf welche Weise diese Spannungsfelder und Zielkonflikte im Einzelnen aufzulösen sind. Das derzeit in der Schweiz geltende

¹³⁰ D.III.1.

¹³¹ D.III.2.

System geht dabei davon aus, dass es letztlich dem Parlament obliegt, die sich hier als notwendig erweisenden Entscheidungen zu treffen.

Dies impliziert – angesichts der fehlenden Verfassungsgerichtsbarkeit auf Bundesebene in Bezug auf das Verhältnis von Bundesgesetzen zur Verfassung (Art. 190 BV) – übrigens auch, dass die Auslegung der relevanten Verfassungsbestimmungen durch das Parlament zu erfolgen hat und nicht gerichtlich überprüft werden kann. Man mag dieses System aus verschiedenen Gründen kritisieren: So wird denn auch die Verankerung zusätzlicher materieller Schranken für die Verfassungsrevision (auch und gerade im Zusammenhang mit für die Schweiz besonders bedeutenden völkerrechtlichen Verträgen) gefordert, dies – die beiden Aspekte dürften in einem inneren Zusammenhang stehen – häufig auch im Zusammenhang mit der Einführung einer Verfassungsgerichtsbarkeit auch im Verhältnis von Bundesgesetzen zur Verfassung.¹³² Wie auch immer man Vorschläge in diese Richtung bewertet, bleibt festzuhalten, dass das gegenwärtige System – das gewisse Inkohärenzen in der Verfassung (auch in Bezug auf das Verhältnis von nationalem Recht und Völkerrecht) in Kauf nimmt (unter Einschluss von „toten“ Verfassungsbestimmungen), dies einerseits im Interesse ausgebauter Volksrechte und andererseits wohl auch vor dem Hintergrund der Schwierigkeiten der Verankerung weiterer materieller Schranken – grundsätzlich nur dann dauerhaft funktionieren kann, wenn die mit ihm einhergehenden möglichen Inkohärenzen und Spannungsfelder nicht überhand nehmen, was letztlich auch von einem verantwortungsvollen Gebrauch des Initiativrechts durch die genügend einflussreichen politischen Kräfte sowie einem gewissen Vertrauen der Bevölkerung in die sog. „Eliten“ abhängt. Insofern lebt auch dieser Aspekt der Demokratie von Voraussetzungen, die sie nur bedingt gewährleisten kann.

Insgesamt ist zu hoffen, dass Regierung und Parlament einen Weg finden werden, Art. 121a BV im Einklang mit dem Freizügigkeitsabkommen umzusetzen und diese Absicht auch möglichst bald kommunizieren können. M.E. dürfte dies die einzige Möglichkeit sein, die **Beziehungen Schweiz – EU** so zu gestalten, dass die **schweizerischen Interessen in vertretbarer Weise gewahrt** werden können; ein „Rückschritt“ in die Zeit vor den Bilateralen I wäre aus wirtschaftlicher und politischer Sicht desaströs. Immerhin sei in diesem Zusammenhang daran erinnert, dass Gegenstand der Abstimmung eben nicht die Kündigung der Bilateralen I war.

¹³² Vgl. die Zusammenfassung der Diskussion (m.w.N.) bei *Tschannen*, Staatsrecht, § 44, Rn. 27 f.; *Häfelin/Haller/Keller*, Bundesstaatsrecht, Rn. 1800a ff. S. sodann die vertiefenden Ausführungen bei *Hertig Randall*, ZSR 2010 II, 221 ff.

Literatur

Aubert, Jean-François/Mahon, Pascal: Petit commentaire de la Constitution fédérale suisse du 18 avril 1999, Zürich u.a. 2003.

Benesch, Sebastian: Das Freizügigkeitsabkommen zwischen der Schweiz und der Europäischen Gemeinschaft, Tübingen 2007.

Boillet, Véronique: L'interdiction de discrimination en raison de la nationalité au sens de l'Accord sur la libre circulation des personnes, Basel 2010.

Borghi, Alvaro: La libre circulation des personnes entre la Suisse et l'UE. Commentaire article par article de l'accord du 21 juin 1999, Genève u.a. 2010.

Calliess, Christian/Ruffert, Matthias (Hrsg.): EUV / AEUV. Das Verfassungsrecht der Europäischen Union mit Europäischer Grundrechtecharta. Kommentar, 4. Aufl., München 2011 (zitiert: *Verfasser*, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV).

Delli, Chantal: Verbotene Beschränkungen für Arbeitnehmende? Überlegungen zur Tragweite des Personenfreizügigkeitsabkommens zwischen der Schweiz sowie der EG und ihren Mitgliedstaaten, Basel 2009.

Epiney, Astrid: Das Primat des Völkerrechts als Bestandteil des Rechtsstaatsprinzips – Ein Beitrag zu der Stellung des Völkerrechts im Verhältnis zum schweizerischen Recht -, ZBl. 1994, 537 ff.

Epiney, Astrid: Das Abkommen über die Personenfreizügigkeit – Überblick und ausgewählte Aspekte, in: Alberto Achermann/Astrid Epiney/Walter Kälin/Minh Son Nguyen (Hrsg.), Jahrbuch für Migrationsrecht / Annuaire du droit de la migration 2004/2005, Bern 2005, 45 ff.

Epiney, Astrid: Zur Bedeutung der Rechtsprechung des EuGH für Anwendung und Auslegung des Personenfreizügigkeitsabkommens, ZBJV 2005, 1 ff.

Epiney, Astrid: Das Verbot der Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit im Personenfreizügigkeitsabkommen, SJZ 2009, 25 ff.

Epiney, Astrid: Rechtsgrundlagen der Migration in Europa, in: Hartmut Bauer/Pedro Cruz Villalon/Julia Iliopoulos-Strangas (Hrsg.), Die neuen Europäer – Migration und Integration in Europa, SIPE 5, Baden-Baden u.a. 2009, 115 ff.

Epiney, Astrid: Das Freizügigkeitsabkommen Schweiz – EU: Erfahrungen, Herausforderungen und Perspektiven, in: Alberto Achermann/Cesla Amarelle/Martina Caroni/Astrid Epiney/Walter Kälin/Peter Uebersax (Hrsg.), Jahrbuch für Migrationsrecht / Annuaire du droit de la migration 2011/2012, Bern 2012, 81 ff.

Epiney, Astrid: Zu den Implikationen der EU-Mitgliedschaft für die Stellung und Anwendung des Völkerrechts im innerstaatlichen Bereich, FS Rüdiger Wolfrum, Leiden 2012, 1909 ff.

Epiney, Astrid: Zum Verhältnis von Völkerrecht und Landesrecht: eine politische oder eine rechtliche Frage? Ein Beitrag zur aktuellen Diskussion um den Vorrang des Völkerrechts und die Bindungswirkung der Urteile des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte, 15 S., Jusletter v. 16.12.2013.

Epiney, Astrid/Civitella, Tamara: Die rechtliche Stellung von Unionsbürgern und Drittstaatsangehörigen in der Schweiz – ein Vergleich ausgewählter Aspekte,

- in: Achermann/Caroni/Epiney/Kälin/Nguyen/Uebersax (Hrsg.), Jahrbuch für Migrationsrecht / Annuaire du droit de la migration 2007/2008, 2008, 3 ff.
- Epiney, Astrid/Meier, Annekathrin/Egbuna-Joss, Andrea:* Schengen/Dublin, in: Daniel Thürer/Rolf H. Weber/Wolfgang Portmann/Andreas Kellerhals (Hrsg.), Bilaterale Verträge I & II Schweiz – EU, Handbuch, Zurich 2007, 903 ff.
- Epiney, Astrid/Metz, Beate/Pirker, Benedikt:* Zur Parallelität der Rechtsentwicklung in der EU und in der Schweiz. Ein Beitrag zur rechtlichen Tragweite der „Bilateralen Abkommen“, Zurich 2012.
- Epiney, Astrid/Metz, Beate/Mosters, Robert* (Hrsg.): Das Personenfreizügigkeitsabkommen Schweiz – EU: Auslegung und Anwendung in der Praxis / L'accord sur la libre circulation des personnes Suisse – UE: interprétation et application dans la pratique, Zurich 2011.
- Epiney, Astrid/Mosters, Robert:* Un exemple d'interprétation des accords conclus entre la Suisse et l'Union européenne: l'accord sur la libre circulation des personnes, in: Astrid Epiney/Florence Rivière (Hrsg.), Auslegung und Anwendung von „Integrationsverträgen“. Zur Übernahme des gemeinschaftlichen Besitzstandes durch Drittstaaten, insbesondere die Schweiz, Zurich 2006, 57 ff.
- Epiney, Astrid/Mosters, Robert/Rieder, Andreas:* Europarecht I. Das institutionelle Recht der Europäischen Union, 3. Aufl., Berne 2010.
- Filliez, Fabrice:* Application des accords sectoriels par les juridictions suisses: quelques repères, in: Daniel Felder/Christine Kaddous (Hrsg.), Accords Bilatéraux Suisse – UE (Commentaires), Bâle 2001, 183 ff.
- Grossen, Dieter/de Coulon, Claire:* Bilaterales Abkommen über die Freizügigkeit zwischen der Schweiz und der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten, in: Daniel Thürer/Rolf H. Weber/Wolfgang Portmann/Andreas Kellerhals (Hrsg.), Bilaterale Verträge I & II Schweiz – EU, Zürich u.a. 2007, 135 ff.
- Häfelin, Ulrich/Haller, Walter/Keller, Helen:* Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 8. Aufl., Zürich 2012.
- Hailbronner, Kay:* Freizügigkeit nach EU-Recht und dem bilateralen Abkommen mit der Schweiz über die Freizügigkeit von Personen, EuZ 2003, 48 ff.
- Hangartner, Yvo:* Der Grundsatz der Nichtdiskriminierung wegen der Staatsangehörigkeit im Freizügigkeitsabkommen der Schweiz mit der Europäischen Gemeinschaft, AJP 2003, 257 ff.
- Hangartner, Yvo:* Unmittelbare Anwendbarkeit völker- und verfassungsrechtlicher Normen, ZSR 2007 I, 137 ff.
- Hangartner, Yvo:* Bundesgerichtlicher Positionsbezug zum Verhältnis von Bundesverfassung und Völkerrecht, AJP 2013, 698 ff.
- Hertig Randall, Maya:* L'internationalisation de la juridiction constitutionnelle: défis et perspectives, ZSR 2010 II, 221 ff.
- Heselhaus, Sebastian/Hänni, Julia:* Die eidgenössische Volksinitiative „Gegen Masseneinwanderung“ (Zuwanderungsinitiative) im Lichte des Freizügigkeitsabkommens und der bilateralen Zusammenarbeit mit der EU, SZIER 2013, 19 ff.

- Imhof, Edgar:* Das Freizügigkeitsabkommen EG – Schweiz und seine Auslegungsmethode, ZESAR 2007, 155 ff., 217 ff.
- Kaddous, Christine:* La libre circulation des personnes, la directive 2004/38 et l'Accord bilatéral, SZIER 2006, 213 ff.
- Kaddous, Christine:* La place des Accords bilatéraux II dans l'ordre juridique de l'Union européenne, in: Christine Kaddous/Monique Jametti Greiner (Hrsg.), Accords bilatéraux II Suisse – UE et autres Accords récents / Bilaterale Abkommen II Schweiz – EU und andere neue Abkommen, Genf, Basel 2006, 63 ff.
- Kaddous, Christine:* Avis de droit sur la compatibilité de l'initiative « contre l'immigration de masse » et de l'initiative ECOPOP « Halte à la surpopulation – oui à la préservation durable des ressources naturelles » avec l'accord sur la libre circulation des personnes entre la Suisse et l'Union européenne (ALCP), l'application de la clause guillotine et a renégociation éventuelle de l'ALCP, septembre 2013, verfügbar unter www.presseportal.ch/fr/showbin.htm?id=100028979&type=document&action=download&attnname=gutachten-kaddous-f.pdf.
- Kälin, Walter:* Das bilaterale Abkommen der Schweiz mit der EG über die Freizügigkeit von Personen, ZAR 2002, 123 ff.
- Kälin, Walter:* Die Bedeutung des Freizügigkeitsabkommens für das Ausländerrecht, in: Thomas Cottier/Matthias Oesch (Hrsg.), Die sektoriellen Abkommen Schweiz – EG, Bern 2002, 11 ff.
- Kälin, Walter/Epiney, Astrid/Caroni, Martina/Künzli, Jörg:* Völkerrecht. Eine Einführung, 3. Aufl., Bern 2010.
- Kiener, Regina/Kälin, Walter:* Grundrechte, 2. Aufl., Bern 2013.
- Kiener, Regina/Krüsi, Melanie:* Bedeutungswandel des Rechtsstaats und Folgen für die (direkte) Demokratie am Beispiel völkerrechtswidriger Volksinitiativen, ZBl. 2009, 237 ff.
- Künzli, Jörg:* Demokratische Partizipationsrechte bei neuen Formen der Begründung und bei der Auflösung völkerrechtlicher Verpflichtungen, ZSR 2009 I, 47 ff.
- Looser, Martin E.:* Verfassungsgerichtliche Rechtskontrolle gegenüber schweizerischen Bundesgesetzen, Zürich 2011.
- Maiani, Francesco:* La saga „Metock“, ou des inconvénients du pragmatisme helvétique dans la gestion des rapports entre droit européen, droit bilatéral et droit interne, ZSR 2011 I, 27 ff.
- Martenet, Vincent/Boillet, Véronique:* L'égalité dans les relations entre particuliers et l'Accord sur la libre circulation des personnes, in: Astrid Epiney/Tamara Civi-tella (Hrsg.), Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht / Annuaire Suisse de droit européen 2007/2008, Zürich 2008, 311 ff.
- Reich, Johannes:* Direkte Demokratie und völkerrechtliche Verpflichtungen im Konflikt – Funktionellrechtlich differenzierte Herstellung praktischer Konkordanz zwischen der Beachtung des Völkerrechts und konfligierenden Volksinitiativen im schweizerischen Bundesverfassungsrecht, ZaöRV 2008, 979 ff.

- Schefer, Markus/Zimmermann, Alexandra*: Materielle Schranken der Verfassungsgebung, LeGes 2011, 343 ff.
- Schlegel, Stefan/Sieber-Gasser, Charlotte*: Der Dritte Weg zur Vierten Freiheit. Von bestehenden und künftigen Konflikten zwischen Handels- und Migrationsrecht, Jusletter v. 17.3.2014.
- Schnell, Christina*: Arbeitnehmerfreizügigkeit in der Schweiz. Ausgewählte rechtliche Aspekte zum Personenfreizügigkeitsabkommen, Zürich u.a. 2010.
- Thürer, Daniel/Hillemanns, Carolin*: Allgemeine Prinzipien, in: Daniel Thürer/Rolf H. Weber/Wolfgang Portmann/Andreas Kellerhals (Hrsg.), Bilaterale Verträge I & II Schweiz – EU, Handbuch, Zürich 2007, 39 ff.
- Tschannen, Pierre*: Staatsrecht der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 3. Aufl., Bern 2011.
- Uebersax, Peter*: Die verfassungsrechtliche Zuwanderungssteuerung – Zur Auslegung von Art. 121a BV, Jusletter v. 14.4.2014.
- Graf Vitzthum, Wolfgang/Proelß, Alexander* (Hrsg.): Völkerrecht, 6. Aufl., Berlin 2013 (zitiert: *Verfasser*, in: Graf Vitzthum/Proelß, Völkerrecht).
- Wüger, Daniel*: Anwendbarkeit und Umsetzung der Bilateralen Verträge II, in: Astrid Epiney/Florence Rivière/Sarah Theuerkauf/Markus Wyssling (Hrsg.), Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht / Annuaire Suisse de Droit européen 2004/2005, Bern/Zürich 2005, 287 ff.

Abkürzungen

| | |
|-------|--|
| AEUV | Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union |
| AJP | Aktuelle Juristische Praxis |
| Aufl. | Auflage |
| ABl. | Amtsblatt der Europäischen Union (bis 1.2.2002: Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften) |
| Abs. | Absatz |
| AG | Aktiengesellschaft |
| Art. | Artikel |
| ASDE | Annuaire Suisse de droit européen |
| | |
| BBI | Bundesblatt |
| Bd. | Band |
| Bde. | Bände |
| BGE | Bundesgericht, amtliche Sammlung der Entscheide |
| BGer | Bundesgericht |
| BV | Bundesverfassung |
| bzw. | beziehungsweise |
| | |
| CDE | Cahiers de droit européen |
| | |
| d.h. | das heisst |
| DVBl. | Deutsches Verwaltungsblatt |
| | |
| EGV | Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft |
| ELR | European Law Reporter |
| EU | Europäische Union |
| EuG | Gericht |
| EuGH | Gerichtshof der Europäischen Union |
| EuR | Europarecht (Zeitschrift) |
| EUV | Vertrag über die Europäische Union |
| EuZ | Zeitschrift für Europarecht |
| EuZW | Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht |
| EWG | Europäische Wirtschaftsgemeinschaft |
| EWS | Europäisches Wirtschafts- und Steuerrecht |

| | |
|--------|--|
| f./ff. | folgende |
| FS | Festschrift |
| FZA | Freizügigkeitsabkommen |
| GA | Generalanwalt |
| GFK | Genfer Flüchtlingskonvention |
| ggf. | gegebenenfalls |
| GPR | Zeitschrift für Gemeinschaftsprivatrecht |
| Hrsg. | Herausgeber |
| i.e.S. | im engeren Sinne |
| i.S. | im Sinne |
| i.V.m. | in Verbindung mit |
| i.w.S. | im weiteren Sinne |
| JZ | Juristenzeitung |
| KOM | Dokumente der Europäischen Kommission |
| LeGes | Zeitschrift für Gesetzgebung |
| lit. | Litera |
| m.a.W. | mit anderen Worten |
| m.w.N. | mit weiteren Nachweisen |
| NJW | Neue Juristische Wochenschrift |
| Nr. | Nummer |
| NZZ | Neue Zürcher Zeitung |
| RDUE | Revue du Droit de l'Union Européenne |
| RL | Richtlinie |
| Rn. | Randnummer |
| Rs. | Rechtssache |
| s. | siehe |
| SJER | Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht |

| | |
|-----------|---|
| SJZ | Schweizerische Juristenzeitung |
| Slg. | Sammlung der Rechtsprechung des EuGH |
| s.o. | siehe oben |
| sog. | Sogenannt |
| SR | Systematische Sammlung des Bundesrechts |
| SZIER | Schweizerische Zeitschrift für Internationales und Europäisches Recht |
| u.a. | unter anderem |
| UAbs. | Unterabsatz |
| UE | Union européenne |
| Urt. | Urteil |
| vgl. | Vergleiche |
| WVK | Wiener Vertragsrechtskonvention |
| ZaöRV | Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht |
| ZAR | Zeitschrift für Ausländerrecht |
| z.B. | zum Beispiel |
| ZBJV | Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins |
| ZBl. | Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht |
| ZESAR | Zeitschrift für europäisches Sozial- und Arbeitsrecht |
| Ziff. | Ziffer |
| ZSR | Zeitschrift für Schweizerisches Recht |
| ZVglRWiss | Zeitschrift für Vergleichende Rechtswissenschaft |