

Auslegung und Verhältnis des Freizügigkeitsabkommens zum nationalen Recht

Zum Urteil des Bundesgerichts 2C_716/2014 vom 26. Nov. 2015

*Astrid Epiney**

Dieser Beitrag wurde erstmals wie folgt veröffentlicht:

Astrid Epiney, Auslegung und Verhältnis des Freizügigkeitsabkommens zum nationalen Recht.

Zum Urteil des Bundesgerichts 2C_716/2014 vom 26. November 2015, 17 S., Jusletter vom.

14.3.2016. Es ist möglich, dass die in der im Jusletter publizierte Version – die allein zitierfähig ist – im Verhältnis zu diesem Manuskript geringfügige Modifikationen enthält.

I. Einleitung

Die sog. Bilateralen Abkommen der Schweiz mit der Europäischen Union¹ weisen im Verhältnis zu manch anderen völkerrechtlichen Abkommen eine Reihe besonderer Charakteristika auf.² Diese führen mitunter dazu, dass im Vergleich zu sonstigen völkerrechtlichen Verträgen besondere Grundsätze zur Anwendung kommen, die sich allerdings bereits aus ihrer (expliziten oder impliziten, d.h. durch Auslegung ermittelten) Verankerung in den Abkommen selbst ergeben. Darüber hinaus können diese Besonderheiten auch Auswirkungen auf die innerstaatliche Anwendung und Stellung der Abkommen entfalten.

* Die Autorin ist Rektorin der Universität Fribourg sowie Professorin für Europa- und Völkerrecht und geschäftsführende Direktorin des dortigen Instituts für Europarecht. Prof. Dr. *Eva Maria Belser*, Professorin für Staats- und Verwaltungsrecht an der Universität Fribourg, sei herzlich für die kritische Durchsicht des Manuskripts und die Anregungen gedankt.

¹ Die Schweiz hat zwei grosse „Pakete“ solcher Bilateralen Abkommen mit der Union und teilweise ihren Mitgliedstaaten abgeschlossen: Die „Bilateralen I“ wurden am 21.6.1999 unterzeichnet und sind am 1.6.2002 in Kraft getreten. Sie betreffen die Bereiche Personenfreizügigkeit, Forschung, technische Handelshemmnisse, landwirtschaftliche Produkte, Landverkehr, Luftverkehr und öffentliches Austragswesen, vgl. den Text aller Abkommen in BBl 1999, 6489 ff., ABl. 2002 L 114, 1 ff. Die „Bilateralen II“ wurden im Oktober 2004 unterzeichnet und sind inzwischen (mit der bemerkenswerten Ausnahme des Betrugsabkommens) in Kraft. Sie erfassen die Besteuerung der Ruhegehälter von in der Schweiz ansässigen EU-Beamten, verarbeitete Landwirtschaftsprodukte, Teilnahme der Schweiz an der Europäischen Umweltagentur, Zusammenarbeit im Bereich der Statistik, Teilnahme an verschiedenen Programmen in den Bereichen Bildung, Berufsbildung und Jugend, „Schengen“ und „Dublin“, Zinsbesteuerung und Betrugsbekämpfung, vgl. den Text aller Abkommen in BBl 2004, 5965 ff. Hinzu kommen zahlreiche weitere Verträge, in jüngerer Zeit z.B. das sog. Zollsicherheitsübereinkommen, Abkommen über die Erleichterung der Kontrollen und Formalitäten im Güterverkehr und über zollrechtliche Sicherheitsmassnahmen („24-Stunden-Regel“), vgl. den Text in BBl 2009 8953.

² Zu diesen zusammenfassend, m.w.N., *Astrid Epiney*, Zur institutionellen Struktur der Bilateralen Abkommen – Bestandsaufnahme, Perspektiven und Bewertung, in: FS Marc Amstutz, Zürich u.a. 2011, 35 ff.; *Astrid Epiney*, Beziehungen Schweiz – EU: Status quo und Perspektiven, in: Patrik Schellenbauer/Gerhard Schwarz (Hrsg.), *Bilateralismus – was sonst? Eigenständigkeit trotz Abhängigkeit*, Zürich 2015, 25 (38 ff.).

Zwar sind diese Erkenntnisse *per se* und im Grundsatz nicht neu;³ allerdings bietet ein neues und teilweise recht vehement kritisiertes Urteil des Bundesgerichts – BG, 2C_716/2014 – die Gelegenheit, einige dieser Fragen nochmals aufzugreifen und zu analysieren, wobei es insbesondere darum geht, das Urteil bzw. die in diesem erörterten diesbezüglichen Fragen aus rechtlicher Sicht zu diskutieren und damit auch einen Beitrag zu der grundsätzlichen Debatte über den Stellenwert des „Volkswillens“ und die Rolle der Gerichte, insbesondere des Bundesgerichts, in einem Rechtsstaat zu leisten.

In diesem Sinn sollen die grundsätzlichen Aussagen des Urteils des Bundesgerichts einerseits zur Auslegung des Freizügigkeitsabkommens und andererseits zu seinem Verhältnis zum innerstaatlichen Recht herauskristallisiert und einer kurzen Bewertung (auch in Bezug auf ihre Bedeutung über den konkreten Fall hinaus) unterzogen werden (IV.), dies auf der Grundlage der Skizzierung des dem Urteil zugrunde liegenden Sachverhalts sowie der Hauptaussagen bzw. des Ergebnisses des Urteils (II.) sowie der vom Bundesgericht zugrunde gelegten, aber nicht mehr weiter diskutierten monistischen Ausrichtung der Verfassung (III.). Der Beitrag schliesst mit einer kurzen Schlussbetrachtung zur Frage, ob – wie dies in der öffentlichen Diskussion teilweise behauptet wurde⁴ – das Bundesgericht seine Kompetenzen überschritten hat bzw. den „Volkswillen“ und die Rolle des Parlaments nicht hinreichend berücksichtigt hat (V.).

II. Zum faktischen Hintergrund des Urteils und zur Argumentationslinie

Der Ausgangssacherhalt des Urteils warf die Frage auf, ob den Beschwerdeführern – eine drittstaatsangehörige Mutter eines minderjährigen Unionsbürgers, die sozialhilfeabhängig war, sowie der minderjährige Unionsbürger selbst – aufgrund des Freizügigkeitsabkommens ein Aufenthaltsrecht in der Schweiz zusteht.

Das Bundesgericht erörterte in diesem Zusammenhang insbesondere, ob sich ein solches Aufenthaltsrecht aus Art. 3 Abs. 6 Anhang I FZA (wonach Kinder eines Unionsbürgers ohne Diskriminierung am Unterricht und an der Berufsausbildung teilnehmen können) ergeben könnte, eine Bestimmung, die Art. 12 VO 1612/68⁵ (die durch die VO 492/2011⁶ abgelöst wurde) nachgebildet ist und mit dieser unionsrechtlichen Regelung fast wörtlich übereinstimmt, so dass es sich – wie das Bundesgericht treffend formuliert – um eine aus dem Unionsrecht „übernommene“ Bestimmung handle. Im Ergebnis verneinte das Bundesgericht das Bestehen eines Aufenthaltsrechts der Beschwerdeführer, dies unter Bezugnahme auf die Rechtsprechung des EuGH zu Art. 12 VO 1612/68, unter Einschluss von Urteilen, die nach der Unterzeichnung

³ Vgl. insoweit bereits zu den Bilateralen Abkommen im Allgemeinen und ihrer Auslegung im Besonderen *Astrid Epiney/Beate Metz/Benedikt Pirker*, Zur Parallelität der Rechtsentwicklung in der EU und in der Schweiz. Ein Beitrag zur rechtlichen Tragweite der „Bilateralen Abkommen“, Zürich 2012, *passim*.

⁴ In diese Richtung z.B. *Katharina Fontana*, NZZ v. 30.1.2015, 18.

⁵ ABl. 1968 L 257, 2.

⁶ VO 492/2011 über die Freizügigkeit der Arbeitnehmer innerhalb der Union, ABl. 2011 L 141, 1.

des Abkommens ergangen waren: Zwar sei aus dieser Bestimmung ein Recht von Kindern von Unionsbürgern zu entnehmen, sich – so ihnen die Rückkehr in die Heimat nicht zugemutet werden kann – auch dann bis zum Abschluss der Ausbildung im Aufnahmemitgliedstaat aufzuhalten, falls der Wanderarbeitnehmer inzwischen seinerseits das Land verlassen habe oder / und die Eltern inzwischen geschieden wurden und der verbleibende Elternteil Drittstaatsangehöriger sei. Auch verfüge im Falle der Bejahung eines Aufenthaltsrechts des Kindes der die Sorge ausübende Elternteil über ein Aufenthaltsrecht, sei dieses doch notwendig, damit das Kind seinerseits sein Aufenthaltsrecht effektiv wahrnehmen kann, dies auch dann, wenn eine Abhängigkeit von Sozialhilfeleistungen besteht.⁷ Im konkreten Fall seien diese Voraussetzungen jedoch schon deshalb nicht erfüllt, weil das Kind ohne Weiteres bei seinem Vater (mit dem die Mutter nicht verheiratet war) verbleiben könnte, um seine Ausbildung abzuschliessen, zumal das Kind in die obligatorische Schulpflicht eingetreten ist, als seine Eltern bereits nicht mehr zusammen lebten.

Darüber hinaus weist das Gericht aber auch – ebenfalls unter Bezugnahme auf die Rechtsprechung des EuGH,⁸ die es auch bereits in früheren Urteilen übernommen hatte⁹ – darauf hin, ein Aufenthaltsrecht der Mutter bestehe sehr wohl, falls diese für ihren Sohn aufkommen könne, da diesfalls im Sinne des Art. 24 Abs. 1 Anhang I FZA genügend Existenzmittel vorhanden seien, so dass ihr Kind, für das sie sorgt, über ein selbständiges Aufenthaltsrecht verfüge und sie als Mutter dann ein abgeleitetes Aufenthaltsrecht habe.

Deutlich wird damit, dass die gesamte Argumentation des Bundesgerichts auf dem Grundsatz der parallelen Auslegung des Freizügigkeitsabkommens im Verhältnis zum entsprechenden Unionsrecht beruht, wobei das Gericht auch neuere Rechtsprechung (also solche Urteile, die nach dem Datum der Unterzeichnung des Abkommens ergangen sind) heranzieht. Vor diesem Hintergrund – und in der mündlichen Urteilsberatung offenbar aufgrund der Wortmeldung eines Richters, der die bisherige Rechtsprechung des Bundesgerichts (die von der erwähnten „Parallelität der Auslegung des Freizügigkeitsabkommens“ ausgeht) wegen der Einführung des Art. 121a BV (Zuwanderungsartikel) in Frage stellte¹⁰ – erörterte das Bundesgericht vor der Beantwortung der konkret ihm vorgelegten Rechtsfrage die Grundsätze der Auslegung des Freizügigkeitsabkommens und sein Verhältnis zum innerstaatlichen Recht, dies in Anknüpfung an seine ständige Rechtsprechung, die durch Art. 121a BV nicht in Frage gestellt werde:

- Bereits gemäss Art. 16 Abs. 2 FZA sei die Rechtsprechung des EuGH bis zum Datum der Unterzeichnung des FZA (21.6.2002) für die Auslegung des Abkommens massgeblich, dies soweit das Abkommen Begriffe des Unionsrechts heranzieht. Da es jedoch das Ziel

⁷ Vgl. aus der Rechtsprechung des EuGH insbesondere EuGH, verb. Rs. C-389/87, C-390/87 (Echternach und Moritz), Slg. 1989, I-723; EuGH, Rs. C-413/99 (Baumbast), Slg. 2002, I-7091; EuGH, Rs. C-310/08 (Ibrahim), Slg. 2010, I-1065; EuGH, Rs. C-480/08 (Teixeira), Slg. 2010, I-1107.

⁸ EuGH, Rs. C-200/02 (Zhu und Chen), Slg. 2004, I-9925; EuGH, Rs. C-408/03 (Kommission/Belgien), Slg. 2006, I-2647.

⁹ BGE 135 II 265; BG, 2C_375/2014, Ur. v. 4.2.2015, m.w.N.

¹⁰ Vgl. Heidi Gmür, NZZ v. 19.2.2015, 16.

des Abkommens sei, die Freizügigkeit auf der Grundlage der in der Union geltenden Bestimmungen zu verwirklichen, und eine möglichst parallele Rechtslage angestrebt werde (vgl. Präambel und Art. 16 Abs. 1 FZA), gehe das Bundesgericht in (inzwischen) ständiger Rechtsprechung davon aus, dass von der Rechtsprechung des EuGH in Bezug auf die Auslegung abkommensrelevanter unionsrechtlicher Bestimmungen nur bei Vorliegen „triftiger“ Gründe abzuweichen sei.¹¹

- Auch im Lichte der Zielsetzung des Art. 121a BV sei nicht von diesen Grundsätzen abzuweichen; ebensowenig könne die Einführung dieses Artikels einen triftigen Grund darstellen, um von der Rechtsprechung des EuGH abzuweichen: Denn völkerrechtliche Verträge seien nicht nach Massgabe des innerstaatlichen Rechts, sondern nach Treu und Glauben auszulegen (Art. 26, 31 Wiener Übereinkommen vom 23. Mai 1969 über das Recht der Verträge, VRK¹²), und nach Art. 27 VRK könne sich keine Vertragspartei auf ihr innerstaatliches Recht berufen, um die Nichterfüllung eines Vertrages zu rechtfertigen, ein auch gewohnheitsrechtlich anerkannter Grundsatz. Im Übrigen – womit das Bundesgericht letztlich wiederum auf die Auslegungsgrundsätze zu sprechen kommt – impliziere das Freizügigkeitsabkommen zwar nicht, dass die Schweiz Teil des Binnenmarktes geworden sei; doch beteilige sie sich sektoriell an diesem, eine Teilhabe, die nur funktionsfähig sei, wenn die in das Freizügigkeitsabkommen übernommenen unionsrechtlichen Vorgaben parallel wie im Unionsrecht ausgelegt werden.¹³
- Soweit die Normenhierarchie betroffen ist, sei Art. 27 VRK zu beachten, wonach in der Rechtswendung völkerrechtliche Normen widersprechendem Landesrecht vorgehen. Dieser Grundsatz habe lediglich insoweit eine Ausnahme erfahren, als der Gesetzgeber „bewusst“ gegen die völkerrechtliche Verpflichtung verstossen wollte (sog. „Schubert-Rechtsprechung“).¹⁴ Eine „Gegenausnahme“ gelte, soweit die in Frage stehenden völkerrechtlichen Pflichten Menschenrechte betreffen; diesfalls gingen also die völkerrechtlichen Normen selbst dann vor, wenn der Gesetzgeber „bewusst“ gegen diese verstossen wollte.¹⁵ Diese Gegenausnahme komme auch in Bezug auf das Freizügigkeitsabkommen zum Zuge, wie die sozialversicherungsrechtliche Abteilung des Bundesgerichts schon 2007 entschieden habe:¹⁶ Denn – wie sich bereits aus dem Urteil aus dem Jahr 2007 ergebe – das Freizügigkeitsabkommen sei im Zuge der Volksabstimmung demokratisch legitimiert. Es garantiere den unter das Abkommen fallenden Personen gerichtlichen Rechtsschutz, was toter Buchstabe bliebe, wenn die Gerichte abweichendes nationales Recht anwenden müssten. Schliesslich seien die EU-

¹¹ S. grundlegend BGE 136 II 5; s. sodann besonders deutlich und instruktiv BGE 140 II 112.

¹² SR 0.111.

¹³ Hier verweist das Gericht auf die (inzwischen) auch in diese Richtung gehende Rechtsprechung des EuGH, vgl. EuGH, Rs. C-506/10 (Graf/Engel), Slg. 2011, I-9345.

¹⁴ BGE 99 Ib 39.

¹⁵ BGE 125 II 417; BGE 139 I 16.

¹⁶ BGE 133 V 367 E. 11.4-11.6.

Staaten ihrerseits verpflichtet, dem Abkommen Vorrang gegenüber ihrem jeweiligen nationalen Recht einzuräumen. Diesen Erwägungen fügte das Bundesgericht im vorliegenden Entscheid noch hinzu, die „Schubert-Rechtsprechung“ könne auch deshalb in Bezug auf das Freizügigkeitsabkommen nicht zum Zuge kommen, weil es bei diesem über die Realisierung der teilweise übernommenen Grundfreiheit um eine Angleichung der Rechtsordnung (sektorielle Beteiligung am Binnenmarkt) gehe, die für die EU-Mitgliedstaaten ihrerseits direkt anwendbar sei und für die kraft Unionsrechts der Vorrang des Unionsrechts zum Zuge komme.

- Folgerichtig hält das Gericht dann fest, dass trotz des Art. 121a BV in jedem Fall die Pflichten aus dem Freizügigkeitsabkommen vorrangig zum Zuge kommen: Die Verfassungsbestimmung selbst sei nicht unmittelbar anwendbar, und falls das Umsetzungsgesetz gegen das Freizügigkeitsabkommen verstossen sollte, komme letzterem auf der Grundlage der vorangegangenen Erwägungen in der Rechtsanwendung Vorrang zu. Vor diesem Hintergrund könne sich aus der Verfassungsbestimmung auch kein triftiger Grund ergeben, im Rahmen der Rechtsprechung von dem Vertragsziel der parallelen Rechtslage im übernommenen Bereich abzuweichen.

III. Zur monistischen Ausrichtung der Verfassung

Die Ausführungen des Bundesgerichts – auch in diesem Urteil – sind auf der Grundlage des monistischen Verständnisses des Verhältnisses von Völkerrecht und Landesrecht zu sehen: Aus verschiedenen Bestimmungen der Bundesverfassung – insbesondere Art. 189, 190 BV¹⁷ – erschliesst sich, dass die schweizerische Verfassungsordnung der monistischen Konzeption – wonach Völkerrecht und Landesrecht Teil einer einheitlichen Rechtsordnung sind – folgt. In der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ist denn auch anerkannt, dass völkerrechtliche Verträge mit ihrem Inkrafttreten auf völkerrechtlicher Ebene auch landesrechtliche Geltung erlangen,¹⁸ wovon übrigens auch das hier angezeigte Urteil ausgeht, wenn davon die Rede ist, das Freizügigkeitsabkommen bzw. bestimmte Bestimmungen desselben seien direkt

¹⁷ Weiter ergibt sich der Monismus auch aus dem Umstand, dass völkerrechtliche Verträge nicht in Bundesgesetze „umgewandelt“ werden müssen, sondern als solche anwendbar sind, und dass die Bundesversammlung Verträge nicht im Gesetzgebungsverfahren, sondern durch (einfachen) Bundesbeschluss, vgl. Art. 163 Abs. 2 BV, genehmigt.

¹⁸ Vgl. schon BGE 7 782; s. ansonsten etwa BGE 122 II 234 Erw. 4a; BGE 120 Ib 360 Erw. 2c; BGE 127 II 177; aus der Literatur etwa *Daniel Thürer*, Kosmopolitisches Staatsrecht, 2005, 76 f.; *Alberto Achermann*, Der Vorrang des Völkerrechts im schweizerischen Recht, in: Thomas Cottier/Alberto Achermann/Daniel Wüger/Valentin Zellweger, Der Staatsvertrag im schweizerischen Verfassungsrecht. Beiträge zu Verhältnis und methodischer Angleichung von Völkerrecht und Bundesrecht, 2000, 33 (38 f.); *Robert Baumann*, Der Einfluss des Völkerrechts auf die Gewaltenteilung, 2002, Nr. 342; s. sodann, m.w.N., *Astrid Epiney*, in: Bernhard Waldmann/Eva Maria Belser/Astrid Epiney (Hrsg.), Basler Kommentar. Bundesverfassung, 2015, Art. 5, Rn. 77 ff.; s. auch *Bundesrat*, Das Verhältnis von Völkerrecht und Landesrecht, Bericht des Bundesrates vom 5. März 2010, BBl 2010 2263 (2302).

anwendbar, und die Frage des Anwendungsvorrangs auch in Bezug auf das Abkommen geprüft bzw. problematisiert wird.

Dieser monistische Ansatz impliziert auch, dass völkerrechtliche Bestimmungen unmittelbar anwendbar sein können, d.h. sich nicht nur an staatliche Behörden wenden, sondern auch die Rechtsstellung Einzelner regeln. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung¹⁹ ist eine solche unmittelbare Anwendbarkeit unter folgenden Voraussetzungen zu bejahen:

- Die Bestimmung betrifft die Rechtsstellung Einzelner, räumt ihnen also Rechte ein oder erlegt ihnen Pflichten auf.
- Die Bestimmung ist justiziabel, weist also eine hinreichende Konkretheit, inhaltliche Bestimmtheit und Klarheit auf, so dass sie als solche von der Behörde oder dem Gericht angewandt werden kann.
- Die Bestimmung richtet sich an die rechtsanwendenden Behörden, die in einem konkreten Fall eine auf diese gestützte Entscheidung fällen können.

Diese Voraussetzungen sind für zahlreiche Bestimmungen des Freizügigkeitsabkommens gegeben. Insbesondere diejenigen Vorgaben des Abkommens, welche die Rechte Einzelner auf Einreise und Aufenthalt und auf Erwerbstätigkeit betreffen, sind daher von den rechtsanwendenden Behörden und den Gerichten anzuwenden; im Falle eines möglichen Verstosses ist der Rechtsweg zu gewährleisten. Diesbezüglich kommen die Modalitäten des innerstaatlichen Rechtsschutzsystems zum Zuge, wobei jedoch im Ergebnis ein effektiver Rechtsweg zur Verfügung stehen muss (s. insoweit Art. 11 FZA).

Dem Völkerrecht selbst (etwas anderes gilt nur für das EU-Recht, das als solches sowohl unmittelbare Geltung als auch Vorrang gegenüber nationalem Recht beansprucht)²⁰ lassen sich keine irgendwie gearteten Vorgaben über die Frage der Inkorporation des Völkerrechts in nationales Recht entnehmen, so dass die Staaten aus völkerrechtlicher nicht verpflichtet sind, einen monistischen Ansatz zu verfolgen und sie auch nicht gehalten sind, im innerstaatlichen Recht einen (Anwendungs-)Vorrang des Völkerrechts vorzusehen.²¹ Die verschiedenen staatlichen und supranationalen Rechtsordnungen kennen hier denn auch durchaus unterschiedliche Lösungen.²²

IV. Bewertung und Einbettung in die bisherige Rechtsprechung

¹⁹ Vgl. z.B. BGE 139 I 16; BGE 118 Ia 116 f. Erw. 2b; BGE 124 III 91 Erw. 3a. Aus der Literatur umfassend zum Problemkreis *Daniel Wüger*, Anwendbarkeit und Justiziabilität von Normen im schweizerischen Recht. Grundlagen, Methoden und Kriterien, 2005; *Yvo Hangartner*, Unmittelbare Anwendbarkeit völker- und verfassungsrechtlicher Normen, ZSR 2007 I, 137 ff.

²⁰ Vgl. nur EuGH, Rs. 26/62 (van Gend & Loos), Slg. 1963, 1; EuGH, Rs. 6/64 (Costa/ENEL), Slg. 1964, 1141.

²¹ Vgl. bereits, mit ausführlicher Begründung und m.w.N., *Astrid Epiney*, Das Primat des Völkerrechts als Bestandteil des Rechtsstaatsprinzips, ZBl. 1994, 537 (546 ff.).

²² Vgl. etwa die Länderberichte bzw. Beiträge in *Jan Wouters/André Nollkaemper/Erika de Wet* (Hrsg.), The Europeanisation of International Law. The Status of International Law in the EU and its Member States, 2008, *passim*.

Die grundlegenden Aussagen des Bundesgerichts in Bezug auf die Auslegung des Freizügigkeitsabkommens und sein Verhältnis zum innerstaatlichen Recht betreffen im Wesentlichen drei Aspekte: die Auslegungsgrundsätze (2.), die Begründung des grundsätzlichen Vorrangs des Völkerrechts vor Bundesgesetzen (3.) sowie die Reichweite der sog. „Schubert-Rechtsprechung“ bzw. ihre Ausdehnung auf das Freizügigkeitsabkommen (4.). Im Vorfeld sei noch kurz auf die Frage eingegangen, inwieweit die Aussagen des Bundesgerichts zu diesen Fragen ein *obiter dictum* darstellen bzw. ob sie angesichts des Ausgangssachverhalts für die Entscheidung der sich stellenden Rechtsfrage notwendig waren (1.).

1. Zum *obiter dictum*-Charakter der Erw. 3

Auf den ersten Blick könnte sich bei der Lektüre des Urteils des Bundesgerichts der Schluss aufdrängen, die Ausführungen zur Auslegung des Abkommens und zu seinem Verhältnis zum nationalen Recht (die in Erw. 3 figurieren) seien letztlich *obiter dicta*.²³ Denn das Aufenthaltsrecht der Beschwerdeführer wurde sowieso verneint, verfügte sie bzw. ihr Kind (das Unionsbürger ist) doch nicht über ausreichende Existenzmittel und war doch auch unter Zugrundelegung der (neueren) Rechtsprechung des EuGH für die Auslegung der dem Unionsrecht entsprechenden Bestimmungen des Abkommens das Aufenthaltsrecht des minderjährigen Unionsbürgers und seiner Mutter nach Ansicht des Bundesgerichts zu verneinen.²⁴

²³ S. denn auch in diese Richtung *Katharina Fontana*, NZZ v. 30.1.2015, 18; *Heidi Gmür*, NZZ v. 19.2.2015, 16, die darauf hinweisen, dass es das Bundesgericht mit der Entscheidung des konkreten Falles hätte bewenden lassen können.

²⁴ Wobei man am Rande noch danach fragen kann, ob dies wirklich so eindeutig war: Zwar verfügte der Unionsbürger nicht über ausreichende Existenzmittel; jedoch hätte man auf der Grundlage der Rechtsprechung des EuGH durchaus auch schliessen können, dem Kind (und damit seiner sorgeberechtigten drittstaatsangehörigen Mutter) stehe aufgrund des Art. 3 Abs. 6 Anhang I ein Aufenthaltsrecht zu, um seine Ausbildung abzuschliessen. Die Argumente des Bundesgerichts hiergegen überzeugen nicht wirklich: Wie schon in dem im Urteil zitierten früheren Urteil des Bundesgerichts (BGE 139 II 393 E. 4.2.2) dürfte das Bundesgericht die Voraussetzungen für ein derartiges Verbleiberecht im Verhältnis zum EuGH zu eng fassen, wenn es betont, im Falle des Beginns der Ausbildung nach der Trennung des sorgeberechtigten Elternteils und des Kindes von der aufenthaltsberechtigten Person könne kein derartiges Verbleiberecht bestehen, ganz abgesehen davon, dass es davon auszugehen scheint, dass das eigenständige Aufenthaltsrecht des Kindes nach Art. 3 Abs. 6 Anhang I FZA nur bei Vorliegen einer Art „Unzumutbarkeit“ der Absolvierung der weiteren Ausbildung in einem anderen Staat (in der Regel dem Herkunftsstaat des sorgeberechtigten Elternteils) stehe. Der Rechtsprechung des Gerichtshofs sind derartige Voraussetzungen nicht wirklich zu entnehmen; vielmehr dient das Recht, die Ausbildung zu beenden, letztlich dazu, dass einmal Nachgezogene nicht durch eine Änderung der Lebensumstände des Nachzuziehenden insofern Nachteil erleiden, als sie in ihrem Ausbildungsweg behindert werden. Vgl. im Einzelnen hierzu *Astrid Epiney/Beate Metz*, Zur schweizerischen Rechtsprechung zum Personenfreizügigkeitsabkommen, in: Alberto Achermann u.a. (Hrsg.), Jahrbuch für Migrationsrecht 2013/2014, 331 (345 ff.). Im Übrigen mutet die Erwägung des Bundesgerichts, das Kind könne sein Aufenthaltsrecht auch dergestalt ausüben, dass es beim Vater bleibe, angesichts der Sorgeberechtigung der

Bei näherer Analyse der Ausführungen des Bundesgerichts jedoch erscheinen diese grundsätzlich anmutenden Stellungnahmen jedoch durchaus (entscheidungs-) relevant: Die Argumentationskette des Bundesgerichts beginnt bei der Feststellung, ein Aufenthaltsrecht könnte sich aus dem Freizügigkeitsabkommen, genauer Art. 3 Abs. 6 FZA und ggf. Art. 24 Abs. 1 Anhang I FZA, ergeben. Damit müssen diese Bestimmungen angewandt werden, so dass zu prüfen ist, ob deren tatbestandliche Voraussetzungen im konkreten Fall vorliegen (können). Dies wiederum setzt eine Auslegung dieser Vorgaben des Freizügigkeitsabkommens voraus, und genau hierum geht es (zunächst) in den hier zur Debatte stehenden grundlegenden Äusserungen des Bundesgerichts. Denn das Bundesgericht legt durch seine allgemeinen Aussagen zur Auslegung des Abkommens letztlich die Grundlage für die konkrete Anwendung der (möglicherweise) einschlägigen Bestimmungen des Abkommens in der von ihm zu entscheidenden Konstellation. Insofern geht es also um die dogmatische und methodische Begründung bzw. Fundierung der herangezogenen Auslegungsgrundsätze. Dies erscheint schon insofern ebenso sinnvoll wie notwendig, als das Bundesgericht bei der Antwort auf die Frage, ob die Beschwerdeführer aus dem Freizügigkeitsabkommen ein Aufenthaltsrecht ableiten können, auf die Rechtsprechung des EuGH zu den entsprechenden Vorgaben im Unionsrecht zurückgreift, dies unter Einschluss von Urteilen, die nach dem Datum der Unterzeichnung des Abkommens ergingen.

Auch die Ausführungen des Bundesgerichts zum Verhältnis des Freizügigkeitsabkommens zum nationalen Recht sind in diesem Kontext zu sehen: Denn Ausgangspunkt für diese bildete die Frage, ob und ggf. inwieweit im Gefolge des Inkrafttretens des Art. 121a BV (Zuwanderungsartikel) die bislang in der Rechtsprechung entwickelten und im vorliegenden Urteil bestätigten Auslegungsgrundsätze zu modifizieren oder zu relativieren sein könnten, dies – wie erwähnt – offenbar aufgrund entsprechender Diskussionen in der Abteilung. Dass in diesem Zusammenhang nach dem Hinweis auf den Umstand, dass die von der Schweiz abgeschlossenen und damit innerstaatlich geltenden völkerrechtlichen Verträge nach völkerrechtlichen Grundsätzen auszulegen sind (letztlich eine Konsequenz des monistischen Verständnisses des Verhältnisses von Völkerrecht und Landesrecht), die Rangfrage erörtert wird, erklärt und erschliesst sich letztlich durch folgenden Umstand: Wenn dem Freizügigkeitsabkommen im Verhältnis zu Bundesgesetzen – unter Einschluss des in Aussicht gestellten Umsetzungsgesetzes zu Art. 121a BV – Vorrang zukommt (wie das Bundesgericht ausführte), kann das Inkrafttreten einer Verfassungsbestimmung, die in einem gewissen Spannungsverhältnis zum Freizügigkeitsabkommen steht und deren Umsetzung einen Verstoß gegen dieses mit sich bringen könnte, von vornherein keinen triftigen Grund für eine

Mutter und des Umstands, dass der Vater bereits eine neue Familie gegründet hatte, reichlich theoretisch an; m.E. ist in Bezug auf die Frage, auf welche Weise ein minderjähriger Unionsbürger sein Aufenthaltsrecht effektiv wahrnehmen kann und damit die Frage, wem ein abgeleitetes Aufenthaltsrecht zukommen kann, auf das Sorgerecht abzustellen, so dass die Möglichkeit, bei sonst jemandem zu bleiben, grundsätzlich nicht relevant ist.

Modifikation bzw. Relativierung der in der bisherigen Rechtsprechung entwickelten Grundsätze für die Auslegung des Freizügigkeitsabkommens darstellen.

Deutlich wird damit, dass die Ausführungen des Bundesgerichts zur Auslegung des Freizügigkeitsabkommens und zur Normenhierarchie durchaus einen engen Zusammenhang mit dem zu entscheidenden Fall aufweisen bzw. sie die dogmatische Begründung für die herangezogene Auslegungsmethode liefern. Dass dies angesichts der diesbezüglich ja gefestigten Rechtsprechung derart ausführlich erfolgte, mag auf den ersten Blick erstaunen, erklärt sich aber durch die offenbar geführten Diskussionen bzw. unterschiedlichen diesbezüglichen Ansichten in der Abteilung (wobei wohl nur ein Richter von der Mehrheitsmeinung abwich); hinzu und damit in engem Zusammenhang stehend kommt die Frage, ob das Inkrafttreten des Art. 121a BV einen „triftigen Grund“ darstellen kann, der gegen die Übernahme auch der nach der Unterzeichnung des Freizügigkeitsabkommens ergangenen Rechtsprechung des EuGH sprechen könnte. Insgesamt handelt es sich vor diesem Hintergrund gerade nicht um *obiter dicta*, wofür im Übrigen auch der Aufbau des Urteils spricht, figurieren die hier im Zentrum des Interesses stehenden Passagen des Urteils doch vor den Erwägungen zur konkret vom Bundesgericht zu entscheidenden Rechtsfrage.

2. Zu den für die Auslegung des Freizügigkeitsabkommens massgeblichen Grundsätzen

Die Ausführungen des Bundesgerichts zur Auslegung des Freizügigkeitsabkommens überzeugen in jeder Beziehung:²⁵ Als völkerrechtlicher Vertrag ist das Abkommen nach den einschlägigen völkerrechtlichen Grundsätzen, die in der Wiener Vertragsrechtskonvention (VRK)²⁶ kodifiziert sind, auszulegen. Danach sind die wesentlichen Anknüpfungspunkte für die Auslegung völkerrechtlicher Verträge Treu und Glauben, Wortlaut, systematischer Zusammenhang oder Kontext sowie Gegenstand und Zweck des Vertrages (Art. 31 VRK); daneben ist ggf. die nachfolgende Praxis der Parteien einzubeziehen, während die Entstehungsgeschichte keinen primären Anknüpfungspunkt bildet (Art. 32 VRK). Diese Grundsätze – deren Bedeutungsgehalt hier nicht im Einzelnen nachgegangen werden kann²⁷ – sind somit recht abstrakt und allgemein formuliert; insbesondere können die verschiedenen, nicht in einer strengen hierarchischen Reihenfolge stehenden Auslegungsmethoden in verschiedener Weise kombiniert und gewichtet werden, womit den Besonderheiten des jeweils auszulegenden völkerrechtlichen Vertrages Rechnung getragen werden kann und wohl auch

²⁵ Vgl. ausführlich zur Auslegung der Bilateralen Abkommen bereits, m.w.N., *Epiney/Metz/Pirker*, Parallelität der Rechtsentwicklung in der EU und in der Schweiz (Fn. 3), *passim*.

²⁶ Wiener Übereinkommen über das Recht der Verträge vom 23. Mai 1969, SR 0.111.

²⁷ Vgl. insoweit sowie allgemein zur Auslegung völkerrechtlicher Abkommen der EU, m.w.N., *Epiney/Metz/Pirker*, Parallelität der Rechtsentwicklung in der EU und in der Schweiz (Fn. 3), 5 ff., 182 ff.; spezifisch mit Bezug zum FZA auch *Benedikt Pirker*, Zu den für die Auslegung der Bilateralen Abkommen massgeblichen Grundsätzen – Gedanken zu BGE 140 II 112 (Gerichtsdolmetscher), ZBl. 2015, 295 (296 ff.).

sollte. Insofern dürften sie eine hohe Flexibilität aufweisen, so dass für die Auslegung eines Vertrages letztlich seinen Spezifitäten (etwa hinsichtlich Zielsetzung, Inhalt, Gegenstand oder auch Zusammenhang mit anderen Verträgen) eine nicht zu unterschätzende Bedeutung zukommen dürfte.

Versucht man vor diesem Hintergrund die für die Auslegung des Freizügigkeitsabkommens massgeblichen Grundsätze zu formulieren, so ist der Ausgangspunkt zunächst, dass das Abkommen in weiten Teilen auf Begriffe oder Konzepte des Unionsrechts zurückgreift bzw. gar wörtlich Bestimmungen des Unionsrechts weitgehend entsprechende Artikel enthält. Aus diesem Rückgriff auf dem Unionsrecht entsprechende oder gar mit diesem identische Formulierungen ergibt sich aber nicht zwingend, dass die jeweiligen Bestimmungen parallel wie im Unionsrecht auszulegen sind;²⁸ vielmehr verbietet sich eine „automatische Übertragung“ der im Unionsrecht heranzuziehenden Auslegung schon deshalb, weil das Unionsrecht auf der Grundlage seiner verfassungsähnlichen Struktur und seiner spezifischen Zielsetzungen von besonderen Grundsätzen geprägt ist, die auch und gerade Rückwirkungen auf seine Auslegung entfalten können, ohne dass damit die völkerrechtliche Grundlage der Union und des Unionsrechts zwingend aufgegeben wird. Massgeblich ist daher, ob sich aus den erwähnten Vorgaben der Wiener Vertragsrechtskonvention ein Grundsatz der „parallelen Auslegung“ der dem Unionsrecht nachgebildeten Bestimmungen des Freizügigkeitsabkommens ergibt. So könnte insbesondere aus dem Gebot, dass Verträge unter Berücksichtigung ihres Ziels und Gegenstands auszulegen sind, abzuleiten sind, dass gewisse im Unionsrecht anwendbare Auslegungsgrundsätze auf völkervertragliche Verträge anzuwenden sind, dies soweit diese (teilweise) dieselben Zielsetzungen verfolgen wie die entsprechenden unionsrechtlichen Garantien.²⁹

Vor diesem Hintergrund sind in all denjenigen Fällen, in denen Abkommen mit Drittstaaten Teile des unionsrechtlichen Besitzstands übernehmen und die Zielsetzung des jeweiligen Abkommens gerade dahin geht, das in der Union geltende Rechtsregime auf das Verhältnis zu Drittstaaten auszuweiten, die entsprechenden Abkommensbestimmungen grundsätzlich parallel zu den einschlägigen Vertragsbestimmungen auszulegen; ist diese Frage zu verneinen, so kommt eine „automatische“ Übertragung der unionsrechtlichen Auslegungsgrundsätze nicht in Betracht.³⁰ Massgeblich ist damit die entsprechende Zielsetzung und der Zweck des

²⁸ Auch der EuGH geht davon aus, dass mit dem Unionsrecht wörtlich übereinstimmende völkervertragsrechtliche Bestimmungen nicht zwingend parallel wie im Unionsrecht auszulegen sind. Vgl. etwa EuGH, Rs. 270/80 (Polydor), Slg. 1982, 329; EuGH, Rs. 104/81 (Kupferberg), Slg. 1982, 3641; EuGH, Rs. C-149/96 (Portugal/Rat), Slg. 1999, I-8395; EuGH, Gutachten 1/91 (EWR), Slg. 1991, I-6079.

²⁹ Aus der Rechtsprechung z.B. EuGH, Rs. C-312/91 (Metalsa), Slg. 1993, I-3751; EuGH, Rs. C-469/93 (Chiquita), Slg. 1995, I-4533; EuGH, Rs. C-465/01 (Kommission/Österreich), Slg. 2004, I-8291; EuGH, Rs. C-467/02 (Cetinkaya), Slg. 2004, I-10895.

³⁰ Der Vollständigkeit halber sei aber darauf hingewiesen, dass die Rechtsprechung des EuGH in Bezug auf die parallele Auslegung völkerrechtlicher Verträge nicht ganz konsistent erscheint und der EuGH bei (scheinbar?) vergleichbaren Fallgestaltungen gelegentlich eine „Übertragung“ der unionsrechtlichen Grundsätze vornimmt, diese gelegentlich aber auch ablehnt. Vgl. aus der Rechtsprechung insbesondere EuGH, Gutachten 1/91 (EWR), Slg. 1991, I-6079; EuGH, Rs. C-235/99 (Kondova), Slg. 2001, I-6427;

Abkommens, und es ist insbesondere danach zu fragen, ob das jeweilige Abkommen angesichts seines Zweck und Kontexts parallele Zielsetzungen wie das Unionsrecht und die dort figurierenden entsprechenden Bestimmungen verfolgt und ob auf dieser Grundlage in Anbetracht des Gegenstands der fraglichen Bestimmung eine „Übernahme“ des entsprechenden unionsrechtlichen Besitzstands beabsichtigt ist und sich damit (grundsätzlich) eine parallele Auslegung von Abkommen und Unionsrecht aufdrängt, wobei gegebenenfalls noch danach zu fragen ist, ob sich dieser Grundsatz auch auf zukünftige Entwicklungen des *acquis* bezieht.

Wendet man diese Grundsätze auf das Freizügigkeitsabkommen an, so dürften folgende Aspekte von besonderer Bedeutung sein:

- 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 – wie bereits erwähnt – 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 EU³¹ gewährleistet. Gleiches gilt für den Familiennachzug und die Lebens-, Beschäftigungs- und Arbeitsbedingungen. Insofern soll also der freie Personenverkehr möglichst weitgehend und grundsätzlich parallel zur Situation in der Union 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

EuGH, Rs. C-63/99 (Gloszcuk), Slg. 2001, I-6369; EuGH, Rs. C-257/99 (Barkoci und Malik), Slg. 2001, I-6557 (gegen eine parallele Auslegung); EuGH, Rs. C-268/99 (Jany), Slg. 2001, I-8615; EuGH, Rs. 162/00 (Pokrzeptowicz-Meyer), Slg. 2002, I-1049; EuGH, Rs. C-163/90 (Legros) Slg. 1992, I-4625 (für eine parallele Auslegung).

³¹ 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 bewegen und aufzuhalten (ABl. 2004 L 158, 77) derzeit gewisse Divergenzen zu verzeichnen sind, da die in der RL 2004/38 enthaltenen Neuerungen (noch) nicht in Bezug auf die Schweiz anwendbar sind.

„einschlägige Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften vor dem Zeitpunkt der Unterzeichnung“ zu berücksichtigen.

Vor diesem Hintergrund kann mit dem Bundesgericht in Bezug auf die für die Auslegung des Abkommens zum Zuge kommenden Prinzipien 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“ auszugehen ist, wenn das Abkommen auf Konzepte des Unionsrechts zurückgreift, 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. Diese Zielsetzung des Abkommens impliziert auch, dass die Rechtsprechung des Gerichtshofs bei der Auslegung derjenigen Bestimmungen, die auf unionsrechtliche Begriffe oder Konzepte zurückgreifen, zu berücksichtigen ist, dies ungeachtet dessen, ob die Urteile vor oder nach der Unterzeichnung des Abkommens ergingen. M.a.W. implizieren Anlage und Zielsetzung des Abkommens eine solche grundsätzliche Parallelität der Auslegung und eine grundsätzliche „Übernahme“ auch der neueren Rechtsprechung des EuGH, dies nicht etwa weil die unionsrechtlichen Auslegungsgrundsätze als solche massgeblich wären, sondern weil die völkerrechtlichen Auslegungsgrundsätze ihre Beachtlichkeit begründen.

Die Rechtsprechung des Bundesgerichts hat diese Grundsätze seit dem diesbezüglichen Leitentscheid³² und auch in dem hier angezeigten Urteil klar betont, und auch die Rechtsprechung des EuGH geht zumindest inzwischen ebenfalls in diese Richtung (unter Einschluss der grundsätzlichen Relevanz neuerer Urteile des Gerichtshofs für die Auslegung des Abkommens, soweit dieses auf Begriffe des Unionsrechts zurück greift, werden solche neueren Urteile doch regelmässig zitiert und im Rahmen der Begründung herangezogen),³³ nachdem in den ersten Urteilen einige eher missverständliche Passagen zu verzeichnen waren.³⁴ Auch in der rechtswissenschaftlichen Literatur sind diese Grundsätze im Prinzip anerkannt, so dass die bundesgerichtliche Rechtsprechung allgemein auf Zustimmung stösst.³⁵ Dies ändert

³² BGE 136 II 5. S. sodann besonders instruktiv BGE 140 II 112.

³³ Vgl. EuGH, Rs. C-506/10 (Graf), Slg. 2011, I-9345; EuGH, Rs. C-425/11 (Ettwein), ECLI:EU:C:2013:121; EuGH, Rs. C-656/11 (Vereinigtes Königreich/Rat), ECLI:EU:C:2014:97; EuGH, Rs. C-241/14 (Bukovansky), ECLI:EU:C:2015:766.

³⁴ Vgl. EuGH, Rs. C-70/09 (Hengartner), Slg. 2010, I-7233; hierzu ausführlich, m.w.N., *Epiney/Metz/Pirker*, Parallelität der Rechtsentwicklung (Fn. 3), 157 ff.

³⁵ Vgl. *Francesco Maiani*, 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.; *Matthias Oesch*, Der Einfluss des EU-Rechts auf die Schweiz – von Gerichtsdolmetschern, Gerichtsgutachten und Notaren, SJZ

allerdings nichts daran, dass die Anwendung dieses Grundsatzes der Parallelität der Auslegung im Einzelnen durchaus Schwierigkeiten bereiten kann, womit gewisse Rechtsunsicherheiten einhergehen können. Dies gilt insbesondere für die Frage, ob in einer konkreten Bestimmung tatsächlich auf unionsrechtliche Konzepte zurückgegriffen wird.³⁶ Die erörterten Grundsätze werden hierdurch aber nicht in Frage gestellt.

Wenn das Bundesgericht in diesem Zusammenhang darauf hinweist, das innerstaatliche Recht sei für die Auslegung eines völkerrechtlichen Vertrages nicht relevant, so ist dies nicht nur aus völkerrechtlicher, sondern auch aus verfassungsrechtlicher Sicht (auf die es in diesem Zusammenhang ankommt, da dem Völkerrecht selbst diesbezüglich keine Aussagen zu entnehmen sind)³⁷ zutreffend: Denn wenn aufgrund der monistischen Konzeption der Verfassung das Völkerrecht mit seinem Inkrafttreten auf völkerrechtlicher Ebene und der damit einhergehenden Bindung der Schweiz innerstaatlich gilt, muss es als solches – also als Völkerrecht – gelten. Damit müssen aber für seine Auslegung die völkerrechtlichen Grundsätze zum Zuge kommen, und diese stellen gerade nicht auf nationales Recht – und damit auch nicht (im konkreten Fall) auf Art. 121a BV – ab, so dass für die Auslegung völkerrechtlicher Verträge ausschliesslich die völkerrechtlichen Grundsätze massgeblich sein müssen.³⁸

3. Zum grundsätzlichen Vorrang des Völkerrechts

2016, 53 ff.; *Thomas Burri/Benedikt Pirker*, Stromschnellen im Freizügigkeitsfluss: von der Bedeutung von Urteilen des Europäischen Gerichtshofes im Rahmen des Freizügigkeitsabkommens, SZIER 2010, 165 ff.; *Thomas Cottier*, Der Grundsatz der Nichtdiskriminierung im Europa- und Wirtschaftsvölkerrecht, ZSR 2015 I, 325 ff.; *Benedikt Pirker*, Zu den für die Auslegung der Bilateralen Abkommen massgeblichen Grundsätzen – Gedanken zu BGE 140 II 112 (Gerichtsdolmetscher), ZBl. 2015, 295 ff.; *Matthias Oesch*, Grundrechte als Elemente der Wertegemeinschaft Schweiz – EU. Zur Auslegung der Bilateralen Verträge, ZBl. 2014, 171 ff.; *Christine Kaddous/Diane Grisel*, Libre circulation des personnes et des services, 2012, 862; *Christina Schnell*, Arbeitnehmerfreizügigkeit in der Schweiz, 2010, 124 ff.; *Nina Gammenthaler*, Diplomanerkennung und Freizügigkeit, 2010, 280; *Florence Aubry-Girardin*, L'interprétation et l'application de l'Accord sur la libre circulation des personnes du point de vue de la jurisprudence, in: Astrid Epiney/Beate Metz/Robert Mosters (Hrsg.), L'accord sur la libre circulation des personnes, 2011, 46; *Véronique Boillet*, L'interdiction de discrimination en raison de la nationalité au sens de l'Accord sur la libre circulation des personnes, 2010, 53 ff.; *Christa Tobler*, Hier sind Onkel, hier sind Tanten, hier sind meine Anverwandten – Wer fällt im EU-Recht bzw. im bilateralen Recht unter den Familiennachzug?, in: Astrid Epiney/Stefan Diezig (Hrsg.), Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht 2013/2014, 2014, 319 (327); s. aber auch die andere Akzentsetzung bei *Samantha Besson/Odile Ammann*, L'interprétation des accords bilatéraux Suisse-UE – Une lecture de droit international, in: Astrid Epiney/Stefan Diezig (Hrsg.), Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht 2013/2014, 2014, 331 ff., wobei deren Kritik an der Rechtsprechung des Bundesgerichts und der wohl h.L. jedoch nicht ganz klar wird, vgl. insoweit *Pirker*, ZBl. 2015, 295 ff. (ebd.). Zur Problematik ausführlich bereits *Epiney/Metz/Pirker*, Parallelität der Rechtsentwicklung (Fn. 3), 169 ff.; *Astrid Epiney*, Zur Bedeutung der Rechtsprechung des EuGH für Anwendung und Auslegung des Personenfreizügigkeitsabkommens, ZBJV 2005, 1 ff.

³⁶ Vgl. insoweit *Astrid Epiney*, Das Freizügigkeitsabkommen Schweiz – EU: Erfahrungen, Herausforderungen und Perspektiven, in: Alberto Achermann (Hrsg.), Jahrbuch für Migrationsrecht 2011/2012, 2012, 81 (84 ff.).

³⁷ S.o. III.

³⁸ S. insoweit auch *Epiney*, in: Basler Kommentar (Fn. 18), Art. 5, Rn. 84 ff.

Das Bundesgericht äussert sich sodann – in Anknüpfung an seine Rechtsprechung³⁹ – zum Verhältnis von Völkerrecht und Bundesgesetzen und weist in diesem Zusammenhang auf Art. 27 VRK (wonach sich kein Staat auf sein innerstaatliches Recht berufen kann, um die Nichterfüllung eines Vertrages zu rechtfertigen) hin, wobei es den grundsätzlichen Vorrang des Völkerrechts nicht *per se* aus dieser Bestimmung ableitet, sondern (nur, aber immerhin) darauf hinweist, „in Übereinstimmung mit Art. 27 VRK“ gingen in der Rechtsanwendung völkerrechtliche Normen widersprechendem Landesrecht vor.

In der Tat ergibt sich der grundsätzliche Vorrang des Völkerrechts – wobei bemerkenswert ist, dass das Bundesgericht hier allgemein von „Landesrecht“ spricht, so dass es sich nicht nur auf Bundesgesetze, sondern auch auf die Verfassung bezieht (in Bezug auf welche der Anwendungsvorrang im Übrigen auch aus Art. 190 BV folgt)⁴⁰ – nicht aus dem Völkerrecht (dem zu seiner innerstaatlichen Geltung und Stellung keine Aussagen zu entnehmen sind),⁴¹ sondern allein aus dem nationalen Recht, nimmt Art. 27 VRK doch ausschliesslich auf die völkerrechtliche Ebene Bezug. Insofern dürfen die Staaten aus völkerrechtlicher Sicht dem nationalen Recht oder gewissen Teilen desselben durchaus einen (Anwendungs-) Vorrang im Verhältnis zum Völkerrecht einräumen; dies ändert jedoch nichts daran, dass sie an die völkerrechtlichen Pflichten gebunden sind und hiermit ggf. auf völkerrechtlicher Ebene eine Völkerrechtsverletzung einhergeht und die (völkerrechtlichen) Grundsätze der Staatenverantwortlichkeit zum Zuge kommen.

In der Bundesverfassung gibt es keine explizite Regelung, welche die Normenhierarchie zwischen Bundesgesetzen und völkerrechtlichen Verträgen regelt. Insbesondere die „Beachtungspflicht“ des Art. 5 Abs. 4 BV (nach dieser Bestimmung „beachten“ Bund und Kantone das „Völkerrecht“) ist nicht ganz klar formuliert, und sie stellt insbesondere keine eigentliche Kollisionsregel dar,⁴² so dass aus diesem Artikel nicht abgeleitet werden kann, dass Völkerrecht Landesrecht „bricht“ bzw. ersterem Anwendungsvorrang einzuräumen ist. Jedoch befassen sich verschiedene Verfassungsbestimmungen mit der Einbindung der Schweiz in die internationale Gemeinschaft bzw. die internationale Rechtsgemeinschaft, und insgesamt lässt eine Gesamtschau der diesbezüglichen Bestimmungen⁴³ eine bemerkenswerte Offenheit der

³⁹ S. aus der jüngeren Rechtsprechung, die ihrerseits auf seit langem anerkannte Grundsätze zurückgreift, insbesondere BGE 139 I 16. Zu diesem Urteil *Astrid Epiney*, Das Verhältnis von Völkerrecht und Landesrecht aus der Sicht des Bundesgerichts. Anmerkung zum BGE 2C_828/2011 vom 12. Oktober 2012, Jusletter v. 18.3.2013.

⁴⁰ *Epiney*, in: Basler Kommentar (Fn. 18), Art. 5, Rn. 99 f., m.w.N.

⁴¹ Oben III.

⁴² Vgl. *Epiney*, in: Basler Kommentar (Fn. 18), Art. 5, Rn. 85, m.w.N. So auch die Rechtsprechung, vgl. BGE 136 II 241 E. 16.1.

⁴³ Hinzuweisen ist insbesondere auf folgende Bestimmungen: Die Präambel betont die „Offenheit gegenüber der Welt“. Der Zweckartikel nimmt Bezug auf den Einsatz der Schweiz für eine „friedliche und gerechte internationale Ordnung“ (Art. 2 Abs. 4 BV). In Art. 54 Abs. 2 BV wird dieser Aspekt ausgeführt und präzisiert, indem dem Bund aufgetragen wird „zur Linderung von Not und Armut in der Welt, zur Achtung der Menschenrechte und zur Förderung der Demokratie, zu einem friedlichen Zusammenleben der Völker sowie zur Erhaltung der natürlichen Lebensgrundlagen“ beizutragen. Art. 139 Abs. 2, Art. 193 Abs. 4 und Art. 194 Abs. 2 BV ist zu entnehmen, dass Revisionen der Verfassung „zwingende Bestimmungen des

Verfassungsordnung in Bezug auf die Einbindung in die internationale Gemeinschaft erkennen. Hervorzuheben ist dabei in unserem Zusammenhang, dass sich aus verschiedenen Verfassungsbestimmungen (Art. 5 Abs. 4, Art. 89 und Art. 190) ergibt, dass das Völkerrecht – wobei man wohl hinzufügen muss, das für die Schweiz verbindliche Völkerrecht – in der Schweiz anzuwenden und zu beachten ist. Setzt man diese Ansätze in Beziehung zu dem der schweizerischen Verfassungsordnung zugrunde liegenden Rechtsstaatsprinzip – dem auch zu entnehmen ist, dass Rechtsnormen nach demjenigen Verfahren zu modifizieren sind, nach dem sie erlassen bzw. (bei völkerrechtlichen Verträgen) abgeschlossen wurden –, so sprechen doch gute Gründe für einen grundsätzlichen Vorrang des Völkerrechts:⁴⁴ Nach dem Rechtsstaatsprinzip ist die Ausübung staatlicher Macht nämlich an das Recht gebunden: Sowohl die Staatsorgane als auch die Bürger sind den geltenden Rechtsnormen unterworfen, so dass insbesondere auch die Staatsorgane das von ihnen gesetzte Recht zu beachten haben. Daher ist einmal gesetztes Recht grundsätzlich nur dann nicht mehr verbindlich, wenn es aufgehoben worden ist, wobei die Aufhebung einer Norm durch dasselbe Organ und nach demselben Verfahren wie ihr Erlass erfolgen muss, könnte doch ansonsten die Bindung an das von dem zuständigen Organ gesetzte Recht unterlaufen werden. Diese Grundsätze müssen auch für das für die Schweiz verbindliche Völkerrecht gelten. Dass dies so sein muss (woran auch der Umstand, dass es durchaus Situationen gibt, in denen gewisse Normen aufgrund eines in der jeweiligen Rechtsordnung statuierten Vorrangs unanwendbar oder gar nicht sind, nicht gegen den hier vertretenen Ansatz spricht),⁴⁵ wird auch vor dem Hintergrund deutlich, dass sich Rechte Einzelner auch aus völkerrechtlichen Vorschriften ergeben können. Werden aber Individuen durch bestimmte völkerrechtliche Regeln – die nach den hierfür vorgesehenen Verfahren für die Schweiz verbindlich geworden sind – Rechte eingeräumt, so müssen sie darauf vertrauen können, dass ihre so geschaffene Rechtsstellung nur unter Beachtung der

Völkerrechts“ nicht verletzen dürfen; Initiativen auf Teilrevision der Verfassung sind im Falle der Nichtbeachtung dieser Vorgabe für ganz oder teilweise nichtig zu erklären. Art. 140 Abs. 1 BV sieht das obligatorische Referendum von Volk und Ständen u.a. für den Beitritt zu Organisationen für kollektive Sicherheit oder zu supranationalen Organisationen vor, während Art. 141 Abs. 1 lit. d BV gewisse völkerrechtliche Verträge dem fakultativen Referendum unterstellt. Nach Art. 190 BV ist (neben den Bundesgesetzen) das Völkerrecht für das Bundesgericht und die anderen rechtsanwendenden Behörden massgebend.

⁴⁴ Vgl. ausführlich hierzu bereits *Epiney*, ZBl. 1994 (Fn. 21), 537 (553 ff.); s. die im Text zum Thema angestellten grundsätzlichen Erwägungen im Wesentlichen bereits bei *Epiney*, in: Basler Kommentar (Fn. 18), Art. 5, Rn. 86 f., m.w.N.; ebenfalls ausdrücklich auf das Rechtsstaatsprinzip zurückgreifend *Pierre Tschannen*, Staatsrecht der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 2011, § 9, Rn. 12 ff.

⁴⁵ Denn die Möglichkeit der Unanwendbarkeit oder gar Nichtigkeit bestimmter Rechtsnormen aufgrund des Vorrangs anderer Rechtsnormen muss sich – wie dies etwa in derselben Rechtsordnung in Bezug auf Normen verschiedener Kategorien (z.B. Gesetzes- und Verordnungsrecht) oder in Mehrebenensystemen (z.B. Bundesrecht im Verhältnis zum kantonalen Recht, aber auch EU-Recht im Verhältnis zu nationalem Recht) – durch das in der jeweiligen Rechtsordnung angelegte Zusammenspiel der verschiedenen Bestimmungen insofern ergeben, dass die Durchbrechung des Grundsatzes der Parallelität der Formen (explizit oder implizit) vorgesehen bzw. begründet ist. Ist dies nicht der Fall, so bleibt es bei der Parallelität der Formen. Genau diese Konstellation ist aber in Bezug auf Völker- und Landesrecht grundsätzlich gegeben, dies mit der Folge, dass insoweit (auch aufgrund der entsprechenden Anhaltspunkte in der Bundesverfassung sowie der Charakteristika des Völkerrechts) von einem Grundsatz des Vorrangs des Völkerrechts auszugehen ist.

durch das Rechtsstaatsprinzip formulierten Grundsätze modifiziert werden kann. Auch vor dem Hintergrund der besonderen Charakteristika des Völkerrechts (ausgeprägte Gegenseitigkeit sowie die auch in Art. 27 VRK formulierte grundsätzliche Unbeachtlichkeit innerstaatlichen Rechts für die völkerrechtliche Bindungswirkung) folgt damit aus dem Rechtsstaatsprinzip, dass völkerrechtliche Regelungen nur unter Beachtung des für solche Regelungen einschlägigen innerstaatlichen und völkerrechtlichen Verfahrens wieder aufgehoben werden können und damit erst dann (auch im innerstaatlichen Bereich) keine Wirkungen mehr entfalten. Denn nur auf diese Weise kann für das Völkerrecht sichergestellt werden, dass die Staatsorgane tatsächlich an das von ihnen gesetzte Recht gebunden sind und das bei ihrem Erlass angewandte Verfahren beachten. Dies wiederum impliziert einen Vorrang des Völkerrechts, an den alle Staatsorgane gebunden sind.

Vor diesem Hintergrund vermag es nicht zu überraschen, dass auch die (langjährige und konstante)⁴⁶ Rechtsprechung des Bundesgerichts – mit weitgehender Zustimmung in der Rechtslehre⁴⁷ – vom Grundsatz des Vorrangs des Völkerrechts vor nationalem Recht ausgeht. Insoweit bestätigt das angezeigte Urteil also die bisherige Rechtsprechung, wobei die genaue dogmatische Begründung des Vorrangs des Völkerrechts – wie auch in anderen Urteilen – etwas im Dunkeln bleibt. Die Bezugnahme auf Art. 27 VRK könnte gar in dem Sinn missverstanden werden, der Vorrang folge aus dem Völkerrecht selbst, was – wie gezeigt – nicht der Fall ist.

4. Zur Reichweite der „Schubert-Rechtsprechung“

Von dem grundsätzlichen Vorrang des Völkerrechts im Verhältnis zu Bundesgesetzen erkannt das Bundesgericht – wie auch im angezeigten Urteil betont – eine Ausnahme an, nämlich die Konstellation, dass der Gesetzgeber „bewusst“ das Völkerrecht missachten und insofern auch die politische Verantwortung hierfür tragen wolle (sog. „Schubert-Rechtsprechung“), womit auch deutlich wird, dass es sich hier um eine Art *Political Question*-Doktrin handelt, die als solche (und nur als solche) auch durchaus ihre Berechtigung hat. Der Hinweis auf die Schubert-Rechtsprechung auch in diesem Urteil stellt auch klar, dass der bundesgerichtliche Entscheid in BGE 139 I 16 keineswegs (wie manchmal angenommen)⁴⁸ eine Aufgabe der Schubert-Praxis

⁴⁶ Es ist nicht zutreffend, dass das Bundesgericht im Urteil BGE 139 I 16 eine Art Kehrtwende vollzogen hat (so aber wohl Yvo Hangartner, Bundesgerichtlicher Positionsbezug zum Verhältnis von Bundesverfassung Völkerrecht, AJP 2013, 173 ff.); vielmehr hat es in jeder Beziehung an seine bisherige, langjährige Rechtsprechung angeknüpft vgl. im Einzelnen Epiney, Jusletter v. 18.3.2013 (Fn. 39), Rn. 25 ff.; Astrid Epiney, Zur Rolle des Bundesgerichts bei der Verfassungsauslegung. Gedanken zu BGE 139 I 16, Jusletter v. 6.10.2014, Rn. 20 ff. S. ansonsten den Überblick über die langjährige und im Wesentlichen konstante Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Vorrang des Völkerrechts bei Walter Kälin/Jörg Künzli, Verträge können nicht einseitig abgeändert werden, NZZ v. 9.10.2014.

⁴⁷ Vgl. die Nachweise bei Epiney, in: Basler Kommentar (Fn. 18), Art. 5, Rn. 86 f.

⁴⁸ Vgl. auch die Nachweise in Fn. 45.

implizierte; vielmehr ist davon auszugehen, dass das Bundesgericht sie nach wie für massgeblich erachtet (wobei die Frage in diesem Zusammenhang jeweils dahin geht, unter welchen Voraussetzungen wirklich davon ausgegangen werden kann, dass ein „bewusster“ Verstoß gegen Völkerrecht vorliegt).⁴⁹

Interessant an dem vorliegenden Urteil ist aber insbesondere, dass das Bundesgericht die „Gegenausnahme“ – so dass dem Völkerrecht gegenüber einem Bundesgesetz trotz eines bewussten Verstosses des Gesetzgebers gegen ersteres gleichwohl Vorrang einzuräumen ist – auf das Freizügigkeitsabkommen erstreckt. Entwickelt worden war die Gegenausnahme im Zusammenhang mit menschenrechtlichen Verpflichtungen (sog. PKK-Rechtsprechung)⁵⁰, denen das Bundesgericht nun – wie schon in einer früheren Entscheidung, die im Übrigen von der sozialrechtlichen Abteilung des Bundesgerichts stammt, so dass es verfehlt ist anzunehmen, das hier angezeigte Urteil reflektiere in diesem Punkt lediglich die Meinung einer Kammer – das Freizügigkeitsabkommen gleichstellt.

Die Begründung hierfür umfasst verschiedene Aspekte bzw. das Bundesgericht weist hier auf diverse Charakteristika des Abkommens hin:⁵¹

- die demokratische Legitimation des Freizügigkeitsabkommens im Gefolge einer Volksabstimmung;
- der in Art. 16 Abs. 1 FZA zum Ausdruck gekommene Grundsatz *pacta sunt servanda*;
- die im Abkommen gewährleistete Garantie gerichtlichen Rechtsschutzes zur Geltendmachung von Verletzungen des Abkommens, der im Falle eines Vorrangs nationalen Rechts leerläuft;
- die Verpflichtung der EU-Staaten, ihrerseits dem Abkommen Vorrang gegenüber ihrem jeweiligen nationalen Recht einzuräumen;
- die im Abkommen erfolgte Angleichung der Rechtsordnungen (sektorielle Beteiligung am Binnenmarkt) über die Realisierung der teilweise übernommenen Grundfreiheiten und damit die unmittelbare Anwendbarkeit derjenigen Bestimmungen, die Einzelnen Rechte verleihen, in der Schweiz;
- die direkte Anwendbarkeit dieser Freiheiten in den EU-Mitgliedstaaten und Vorrang dieser Grundfreiheiten gegenüber staatlichem Recht.

Im Ergebnis überzeugt dieser Ansatz des Bundesgerichts. Allerdings wirft die Art und Weise der Begründung einige Fragen auf:

- So lassen die Formulierungen des Gerichts nicht klar erkennen, ob diese verschiedenen Aspekte bzw. Charakteristika des Abkommens in ihrer Gesamtheit für die Heranziehung

⁴⁹ Die jüngere bundesgerichtliche Rechtsprechung dürfte hier – zu Recht – eher strengere Massstäbe anlegen. Vgl. BGE 138 II 524 E. 5.3.2, wo das Bundesgericht für die Bejahung eines „bewussten“ Verstosses gegen Völkerrecht einen generellen Verweis auf eine allgemeine Diskussion der völkerrechtlichen Aspekte nicht genügen liess, sondern eine eingehende Thematisierung des möglichen Verstosses gegen Völkerrecht, unter Einschluss seiner Implikationen, verlangt.

⁵⁰ BGE 125 II 417.

⁵¹ S. insoweit auch schon oben II.

der „Gegenausnahme“ bzw. der Ausnahme von der Schubert-Praxis als ausschlaggebend und notwendig erachtet wurden. Vieles spricht für die Verneinung dieser Frage: Abgesehen von dem bereits in diese Richtung gehenden Wortlaut der entsprechenden Passage des Gerichts ist insbesondere darauf hinzuweisen, dass in dem neuen Urteil gegenüber demjenigen aus dem Jahr 2007 noch weitere Aspekte genannt wurden. Auch erscheint es inhaltlich wenig stimmig, tatsächlich alle genannten Gesichtspunkte für gleichermassen ausschlaggebend und notwendig zu halten, was sich insbesondere an der erwähnten demokratischen Legitimation des Abkommens im Zuge einer Abstimmung zeigen lässt, wäre es doch nicht überzeugend, im Falle eines nicht ergriffenen Referendums die aufgeworfene Frage anders zu beurteilen.

- Dies führt aber dann zu der Frage, welche der genannten Aspekte für das Bundesgericht wirklich entscheidend waren bzw. gar ob auch nur das Vorliegen eines Gesichtspunkts ausgereicht hätte. Jedenfalls letzteres dürfte zu verneinen sein, deuten doch schon die Formulierungen des Bundesgerichts darauf hin, dass es letztlich eine Gesamtschau der Charakteristika des Abkommens vornehmen wollte und gewisse (wenn nicht gar die meisten bzw. alle) dieser Charakteristika isoliert auch in Bezug auf sehr viele andere völkerrechtliche Abkommen zu bejahen sein dürften. Es ist aber nicht anzunehmen, dass das Bundesgericht die Gegenausnahme bzw. die Ausnahme von der Schubert-Praxis ihrerseits als Regel postulieren wollte, hätte dies doch klarer zum Ausdruck kommen müssen. Welche Aspekte nun wirklich ausschlaggebend waren, bleibt jedoch im Dunkeln. Vieles deutet darauf hin, dass es hier wohl keine ganz klare Antwort gibt bzw. geben kann, knüpft das Bundesgericht doch sehr einzelfallbezogen genau an das Freizügigkeitsabkommen an, wobei der gezogene Schluss (Nichtanwendung der Schubert-Praxis) jedenfalls auf einer Gesamtwürdigung zu beruhen scheint. Nichtsdestotrotz erscheinen jedoch die Einräumung von Rechten Einzelner (Grundfreiheit und Rechtsschutzgarantie), die durch das Abkommen angestrebte Rechtsangleichung sowie gewisse Reziprozitätsaspekte (also die Reichweite der durch das Abkommen gewährten Rechte in der EU) entscheidend zu sein.
- Im Anschluss hieran fragt es sich sodann, ob die in dem angezeigten Urteil angenommene Ausnahme von der Schubert-Praxis verallgemeinerungsfähig ist, also auch in Bezug auf andere völkerrechtliche Abkommen zum Zuge kommen kann und welche dies sein könnten. Zwar bezieht sich das Bundesgericht explizit nur auf das Freizügigkeitsabkommen; jedoch ist kein Grund ersichtlich, warum der in dem Urteil zum Ausdruck gekommene Grundgedanke nicht auch in Bezug auf andere völkerrechtliche Verträge, die parallele Charakteristika aufweisen, herangezogen werden könnte. Zu denken ist hier insbesondere an die anderen Marktzugangsabkommen, welche die Schweiz mit der EU abgeschlossen hat.

- Darüber hinaus könnte in Erwägung gezogen werden, die Schubert-Praxis auch bei weiteren völkerrechtlichen Abkommen nicht anzuwenden, die zwar nicht dieselben Charakteristika wie das Freizügigkeitsabkommen aufweisen, bei denen es jedoch aus ähnlichen oder gar sonstigen Gründen begründet erscheinen könnte, keine Ausnahmen vom Grundsatz des Vorrangs des Völkerrechts zuzulassen. Da das Bundesgericht nicht wirklich begründet, warum die angeführten Erwägungen zu einer Ausnahme von der Schubert-Praxis führen, und letztlich sehr einzelfallbezogen auf dieses völkerrechtliche Abkommen Bezug nimmt, ist es *a priori* nicht ausgeschlossen, die Schubert-Praxis auch in anderen Konstellationen nicht (mehr) heranzuziehen. Damit könnte ihre Bedeutung spürbar relativiert werden, je nachdem, ob auch noch gänzlich anders gelagerte Situationen erfasst würden. Eine weitgehende Relativierung der Schubert-Praxis begegnete aber durchaus gewichtigen Bedenken, da auf diese Weise die mit der Schubert-Rechtsprechung ermöglichte *Political Question*-Doktrin nicht mehr wirklich oder nur noch sehr eingeschränkt zum Zuge kommen könnte. Dies brächte jedoch gewichtige grundsätzliche Nachteile mit sich, da es durchaus plausibel erscheint, dass der Vorrang des Völkerrechts in Rechtsprechung und Lehre auch deshalb so allgemein anerkannt ist, weil mit der Schubert-Praxis für besondere Konstellationen (die auch deshalb vorstellbar sind, weil sich im Völkerrecht zahlreiche Vorschriften äusserst unterschiedlichen Charakters und unterschiedlicher Bedeutung finden, so dass „das“ Völkerrecht sehr heterogen ist)⁵² ein „Ventil“ besteht. Dass dieses „Ventil“ in der Praxis kaum je genutzt wird bzw. die Voraussetzungen der Schubert-Rechtsprechung kaum je vorliegen (so dass es eigentlich nur eine „Schubert-Rechtsprechung“ und kaum eine „Schubert-Praxis“ gibt), ändert nichts an der Bedeutung einer solchen Möglichkeit für die allgemeine Akzeptanz des Vorrangs des Völkerrechts.

Deutlich wird damit auch, dass die genauen Implikationen des hier angezeigten Urteils (und auch bereits des Urteils aus dem Jahr 2007) auch und gerade deshalb nicht ganz klar sind, weil es offen ist, ob es sich beim Freizügigkeitsabkommen im Verhältnis zu den menschenrechtlichen Verträgen – für welche die Ausnahme von der Schubert-Rechtsprechung bislang anerkannt war – um eine Weiterentwicklung der Rechtsprechung in dem Sinn handelt, dass die Grundfreiheiten als Menschenrechte angesehen werden, oder aber ob es sich um die Begründung einer neuen Kategorie für eine Ausnahme handelt, wobei im letzteren Fall zusätzlich unklar bleibt, ob der „Katalog“ möglicher Ausnahmen von der Schubert-Rechtsprechung hiermit abschliessend umrissen ist oder noch weitere hinzukommen können.

⁵² Auf diesen Aspekt hinweisend *Eva Maria Belser*, in: Bernhard Waldmann/Eva Maria Belser/Astrid Epiney (Hrsg.), *Basler Kommentar. Bundesverfassung*, 2015, Einleitung, Rn. 55, die vor diesem Hintergrund dafür plädiert, dass das Verhältnis des Völkerrechts zum Verfassungsrecht differenzierte Lösungen erfordere, die dem unterschiedlichen Gewicht der kollidierenden verfassungs- und völkerrechtlichen Normen Rechnung trägt.

Vor diesem Hintergrund wäre es an sich wünschenswert gewesen, dass das Bundesgericht seine Erwägungen etwas genauer begründet hätte, dies im Hinblick auf eine etwas klarere Formulierung der Tragweite der möglichen Ausnahmen von der Schubert-Praxis. Versucht man hier eine Annäherung, so dürften – wie erwähnt – letztlich die Einräumung von Rechten Einzelner, denen ein grundrechtsähnlicher Charakter zukommt, ausschlaggebend gewesen sein, wobei diese (was sich angesichts des Umstands, dass gute Gründe dafür sprechen können, zwischen dem „harten Kern“ der Menschenrechte und den Grundfreiheiten eine gewisse Abstufung zu sehen, wenn auch die Konturen hier unscharf bleiben) insbesondere durch eine Rechtsschutzgarantie und eine gewisse Reziprozität flankiert sein müssen. Versteht man das Urteil des Bundesgerichts in diesem Sinn (jedenfalls dürfte es dieser Auslegung zugänglich sein), so kann eine Anknüpfung an die bisherige Praxis (Menschenrechtsverträge als Ausnahme zur Schubert-Rechtsprechung) hergestellt werden, was auch insofern sinnvoll erscheint, als es in einem gewissen, im Vergleich auch grösseren Spannungsverhältnis zum Rechtsstaatsprinzip stünde, bei Abkommen, die grundrechtsähnliche Rechte Einzelner verankern, eine Rechtsschutzgarantie vorsehen und zudem im Verhältnis zu den anderen Vertragsparteien eine Reziprozität besteht, dem Gesetzgeber die Möglichkeit einzuräumen, diese gefestigten Rechtspositionen „bewusst“ zu unterlaufen und sie somit ihrer effektiven Wirksamkeit zu berauben. Im Übrigen erlaubt eine Besinnung auf diese wesentlichen Gesichtspunkte auch eine gewisse Eingrenzung und Vorhersehbarkeit der Ausnahmen von der Schubert-Praxis, die nach der hier vertretenen Ansicht nicht zu sehr ausufern sollten.

V. Schluss: zur Rolle der Rechtsprechung und zum Stellenwert des „Volkswillens“

Dem Bundesgericht wurde im Zusammenhang mit dem hier angezeigten Urteil teilweise eine Nichtbeachtung des „Volkswillens“ vorgeworfen, dies im Zusammenhang mit der Erörterung der für die Auslegung des Freizügigkeitsabkommens massgeblichen Grundsätze, die es durch das Inkrafttreten des Art. 121a BV nicht in Frage gestellt sieht.⁵³ Dabei ist der Schluss des Bundesgerichts aus rechtlicher Sicht zwingend und unaufgeregt rational begründet: Er ergibt sich aus der konsequenten Anwendung der geltenden Verfassungsordnung, wonach eben – was übrigens aus rechtlicher Sicht jedenfalls *de lege lata* unbestritten ist – für die Schweiz verbindliche völkerrechtliche Verträge als solche auch in der Schweiz geltendes Recht sind und nach völkerrechtlichen Grundsätzen auszulegen sind. Dass auf dieser Grundlage eine (spätere) Modifikation des innerstaatlichen Rechts nicht als solche Einfluss auf die Auslegung der so verbindlichen völkerrechtlichen Verträge entfalten kann, ist dieser Konzeption inhärent und trägt übrigens auch dem Rechtsstaatsprinzip Rechnung.

⁵³ Vgl. Katharina Fontana, NZZ v. 30.1.2016, 18, s. auch den irreführenden Titel des Beitrags: „Der Volkswille spielt keine Rolle“.

Wenn daher im Zusammenhang mit diesem neuen Urteil davon gesprochen wird, das Bundesgericht weigere sich, dem „Volksentscheid zur Zuwanderung auch nur ansatzweise Rechnung zu tragen“,⁵⁴ so zeugt dies von einer grundlegenden Verkenning des gewaltenteiligen Rechtsstaates, so wie er in der Verfassung zugrunde gelegt ist. Danach hat das Bundesgericht nach den anerkannten rechtswissenschaftlichen Auslegungsmethoden das geltende Recht anzuwenden, was es im vorliegenden Urteil gerade getan hat. M.a.W. ergibt sich die Irrelevanz des „Volksentscheids“ zur Zuwanderung für die Auslegung des Personenfreizügigkeitsabkommens aus der geltenden Verfassungsordnung, wie das Bundesgericht im Einzelnen darlegt. Damit soll nicht gesagt werden, dass (auch) dieser Entscheid des Bundesgerichts in diesem Punkt ggf. kritisiert werden kann; allerdings genügt hierfür ein Hinweis auf einen „Volkswillen“ nicht, übt doch auch das Volk seine Befugnisse im Rahmen der geltenden Verfassungsordnung aus. Eine Verabsolutierung des „Volkswillens“ (wobei dieser im Übrigen mitunter schwer zu eruieren ist) ist der geltenden Verfassungsordnung fremd, und insofern entbehren entsprechende Bezugnahmen jeglicher rechtlicher Grundlage.

In Bezug auf die Aussagen des Bundesgerichts zur Normenhierarchie und insbesondere zur Tragweite der Schubert-Praxis ist die Brisanz des in dem angezeigten Urteil entwickelten Ansatzes, der freilich auch schon in einem früheren Urteil einer anderen Abteilung vertreten wurde, nicht zu übersehen: Er impliziert nämlich, dass dem Freizügigkeitsabkommen auch dann Vorrang einzuräumen ist, wenn sich der Gesetzgeber – z.B. bei der Umsetzung der sog. Ausschaffungsinitiative (Art. 121 Abs. 3-6 BV, wobei in Bezug auf die diesbezügliche Umsetzungsgesetzgebung die Voraussetzung eines bewussten Verstosses gegen das Freizügigkeitsabkommen wohl schon nicht vorliegen) oder der sog. Masseneinwanderungsinitiative (Art. 121a BV) – bewusst über gewisse Verpflichtungen aus dem Freizügigkeitsabkommen hinwegsetzt. Nun mag man auch diesen Ansatz des Bundesgerichts kritisieren, wobei er m.E. i.Erg. zutreffend ist (wenn auch die Begründung nicht ganz überzeugt).⁵⁵ Wenig hilfreich erscheint es jedoch, dem Bundesgericht vorzuwerfen, es schränke den Gesetzgeber in seiner Handlungsfreiheit ein, was als (starke) Kritik an dem Urteil formuliert wird.⁵⁶ Denn selbstverständlich schränkt das zu beachtende Recht den Gesetzgeber ein; alles andere wäre in einem Rechtsstaat doch eher merkwürdig, und dass das Bundesgericht eine komplexe Frage der Normenhierarchie (die wohlgemerkt in der Verfassung nicht ausdrücklich beantwortet wird) so und nicht anders beantwortet hat, liegt in jeder Beziehung in seiner Kompetenz. Auch hier gilt somit, dass man das Bundesgericht möglicherweise kritisieren kann; jedoch wäre eine rationale rechtliche Argumentation auf dem Boden des in der Verfassung verankerten gewaltenteiligen, demokratischen Rechtsstaats hilfreich.

⁵⁴ Vgl. *Fontana* (Fn. 52).

⁵⁵ S.o. IV.4.

⁵⁶ So *Fontana* (Fn. 52).

In der Sache zeigt auch das hier angezeigte Urteil, dass die geltende Verfassungsordnung für eine Reihe wichtiger Fragen im Zusammenhang mit der innerstaatlichen Wirkung des Freizügigkeitsabkommens (und auch anderer völkerrechtlicher Verträge) wichtige Grundsätze enthält, die grösstenteils in der Rechtsprechung bereits seit langem anerkannt sind (auch dies geht gelegentlich unter, es geht hier gerade nicht um eine neue „Richterrevolution“). Zwar implizieren diese Grundsätze – im Zuge des Vorrangs des Völkerrechts, so wie er vom Bundesgericht ausgelegt wird – in Bezug auf gewisse völkerrechtliche Abkommen (neben denjenigen, die Menschenrechte verankern, zumindest auch das Freizügigkeitsabkommen) eine Einschränkung des Handlungsspielraums des nationalen Verfassungs- und Gesetzgebers, ist doch auch ein „bewusster“ Verstoß gegen solche völkerrechtliche Verträge nicht mehr möglich bzw. ein solcher entfaltet keine Wirkungen in der Rechtsanwendung. Dies ist jedoch als Ausfluss des Rechtsstaatsprinzips zu sehen und massgeblich vom effektiven Schutz der Rechte Einzelner geleitet, so dass es hier letztlich um einen (gut vertretbaren und alles in allem sehr sinnvollen) Ausgleich zwischen dem Rechtsstaats- und dem Demokratieprinzip geht. Die vom Bundesgericht entwickelten Grundsätze stellen somit eine effektive Beachtung der völkerrechtlichen Vorgaben sicher und haben sich insgesamt in den vergangenen Jahrzehnten bewährt. Es wäre im Übrigen fatal, sie im Hinblick auf die Verfolgung letztlich kurzfristiger politischer Ziele in Frage zu stellen (Stichwort „Selbstbestimmungsinitiative“), und jedenfalls entbehrt eine Verklärung bzw. Verabsolutierung des „Volkswillens“ jeglicher Grundlage im geltenden Recht.

Das hier angezeigte Urteil bewegt sich somit auf dem soliden Boden seit langem anerkannter verfassungsrechtlicher Grundsätze, woran auch der Umstand nichts ändert, dass die Begründung teilweise Fragen aufwirft und vielleicht auch einige Wünsche offen lässt. Jedenfalls aber hat das Bundesgericht auch mit diesem Urteil genau seine Aufgabe wahrgenommen, nämlich das geltende Recht auszulegen: Es legt im Einzelnen dar, wie das Freizügigkeitsabkommen auszulegen ist, warum das Inkrafttreten des Art. 121a BV keinen Grund darstellen kann, diese Grundsätze in Frage zu stellen, wobei es in diesem Zusammenhang auch auf die Frage der Normenhierarchie eingeht. In Bezug auf letztere enthält die Verfassung selbst keine ganz klare Aussage, und die Rechtsprechung begründet die entwickelten Grundsätze mit gut nachvollziehbaren Argumenten, dies unter Anknüpfung an seit langem in der Rechtsprechung anerkannte Prinzipien (die, so sei am Rande bemerkt, der Verfassungsgeber in der neuen Bundesverfassung hätte modifizieren können, was jedoch nicht geschah, worin man eine Art stillschweigende Anerkennung der bis dahin ergangenen Rechtsprechung sehen kann). In diesem Zusammenhang von einer Missachtung des „Volkswillens“ oder einer Verkennung der „Freiheit“ des Parlaments zu sprechen, impliziert letztlich den Vorwurf einer „Kompetenzüberschreitung“ durch das Gericht. Worin jedoch genau die Überschreitung der Kompetenzen des Gerichts als Rechtsauslegungsinstanz zu sehen sein soll, bleibt unerfindlich: Die Aufgabe des Bundesgerichts ist es ja, das Recht auszulegen,

wozu eben auch die Frage gehört, wie völkerrechtliche Verträge auszulegen sind und welcher Rechtsnorm im Konfliktfall Vorrang zukommt.

Eine andere Frage ist freilich diejenige, ob man den Ansatz des Gerichts teilt: Hier mag man – auch wenn dies nicht der hier vertretenen Auffassung entspricht (wobei das Urteil auch m.E., wie erwähnt, Fragen aufwirft) – in gewissen Punkten anderer Ansicht sein; dies ist dann aber keine Frage der Überschreitung seiner Kompetenzen durch das Bundesgericht, sondern betrifft die inhaltliche Stimmigkeit des Urteils, ein Aspekt, über den man in aller Regel trefflich diskutieren kann, der aber klar von der Problematik der „Kompetenzüberschreitung“ durch das Gericht zu unterscheiden ist. M.E. zeugt es von einer mangelnden Achtung vor der in der Verfassung vorgesehenen Gewaltenteilung und damit eines ebenfalls grundlegenden Aspekts der Rechtsstaatlichkeit, wenn bei Urteilen, mit denen man (aus welchen Gründen auch immer) nicht einverstanden ist, ohne ersichtliche Grundlage eine Kompetenzüberschreitung durch das Gericht – der immer der Makel des „Unzulässigen“ anhaftet, unabhängig von inhaltlichen Aspekten (was wohl auch durch derartige Vorwürfe beabsichtigt ist) – insinuiert, auf welche Weise auch immer das geschieht.