

Unterzeichnung, Genehmigung und Ratifizierung des Kroatien-Protokolls zum FZA: eine rechtliche oder eine politische Frage?

Astrid Epiney

Dieser Beitrag wurde erstmals wie folgt veröffentlicht:

Astrid Epiney, Unterzeichnung, Genehmigung und Ratifizierung des Kroatien-Protokolls zum FZA. Eine rechtliche oder eine politische Frage?, 11 S., Jusletter v. 13. Juni 2016. Es ist möglich, dass die im Jusletter publizierte Version – die allein zitierfähig ist – im Verhältnis zu diesem Manuskript geringfügige Modifikationen enthält.

Art. 121a BV – der im Zuge der sog. „Masseneinwanderungsinitiative“ in die Verfassung eingeführt wurde – sieht in seinem Absatz 4 vor, dass keine völkerrechtlichen Verträge abgeschlossen werden dürfen, die gegen diesen Artikel verstossen. Der nachfolgende Beitrag beleuchtet, ob und inwieweit die seit Anfang 2016 geführte Debatte um die Zulässigkeit der nunmehr erfolgten Unterzeichnung des Kroatienprotokolls zum Personenfreizügigkeitsabkommen, der ausstehenden parlamentarischen Genehmigung sowie der möglichen Ratifizierung des Protokolls zu Recht häufig Bezug auf rechtliche Argumente nimmt.

I. Einleitung

Die genaue Tragweite des Art. 121a Abs. 4 BV – wonach keine (neuen) völkerrechtlichen Verträge abgeschlossen werden, die gegen „diesen“ Artikel (also gegen Art. 121a Abs. 1-3 BV) verstossen – war bereits verschiedentlich Gegenstand rechtlicher Analysen, dies sowohl in der Wissenschaft als auch von Seiten der Verwaltung.¹ Auch die Verfasserin dieses Beitrags äusserte sich bereits zu diesen Fragen.² Im Folgenden geht es auch vor diesem Hintergrund

¹ Vgl. Peter Uebersax, Die verfassungsrechtliche Zuwanderungssteuerung – Zur Auslegung von Art. 121a BV, Jusletter vom 14.4.2014, Rz. 63 ff.; Peter Uebersax, in: Bernhard Waldmann/Eva Maria Belser/Astrid Epiney (Hrsg.), Bundesverfassung, Basler Kommentar, 2015, Art. 121a, Rz. 68 ff.; Bernhard Ehrenzeller, in: Bernhard Ehrenzeller/Benjamin Schindler/Rainer J. Schweizer/Klaus A. Vallender (Hrsg.), Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, 3. Aufl., 2014, Art. 121a, Rz. 50 ff.; Bundesamt für Justiz, Angenommene Volksinitiative „Gegen Masseneinwanderung“: Auslegung der Artikel 121a und 197 Ziffer 9 der Bundesverfassung, 8.4.2014, www.ejpd.admin.ch/dam/data/et/fza/personenfreizuegigkeit/umsetz-mei/auslegung-bv-d.pdf, S. 18 ff.; s. auch Direktion für Völkerrecht, Auswirkungen der neuen Verfassungsbestimmungen Art. 121a und Art. 197 Ziff. 9 auf die völkerrechtlichen Verpflichtungen der Schweiz, 26.5.2014, www.ejpd.admin.ch/dam/data/bfm/eu/fza/personenfreizuegigkeit/umsetz-mei/auswirkung-voelkerrecht-d.pdf.

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

nicht darum, nochmals die verschiedenen, sich hier stellenden Fragen im Einzelnen zu erörtern, dies obwohl sie (wie einige andere Fragen der Auslegung der Art. 121a, 197 Ziff. 11 BV) keineswegs als geklärt anzusehen sind. Hingewiesen bzw. erinnert sei hier etwa an die Problematik der genau erfassten völkerrechtlichen Verträge, regeln doch viele völkerrechtliche Abkommen auch Fragen des Aufenthalts von Ausländern.³

Vielmehr soll spezifisch danach gefragt werden, welche Bedeutung dieser Bestimmung im Zusammenhang mit dem Kroatienprotokoll zukommt, dies in erster Linie, weil die Art und Weise der Behandlung dieses Dossiers insbesondere durch den Bundesrat ganz wesentlich (um nicht zu sagen fast ausschliesslich) mit rechtlichen Erwägungen begründet wurde: Bereits wenige Tage nach der Abstimmung über den heutigen Art. 121a BV waren Unterzeichnung und Ratifizierung des sog. Kroatien-Protokolls zum Freizügigkeitsabkommen mit der EU⁴ (und ihren Mitgliedstaaten) ein wichtiges Thema. Die Unterzeichnung des fertig verhandelten Protokolls wurde seitens der Schweiz vorläufig abgelehnt, dies nicht mit politischen, sondern mit rechtlichen Argumenten: Eine Unterzeichnung sei angesichts des Art. 121a Abs. 4 BV aus rechtlicher Sicht unzulässig. Anfang 2016 erfolgte die Unterzeichnung des Protokolls dann doch, dies mit dem Argument, jetzt befinde man sich in Gesprächen mit der EU, die eine einvernehmliche Lösung in Bezug auf die Umsetzung des Art. 121a BV möglich erscheinen liessen. Auch im Zuge der parlamentarischen Genehmigung spielen rechtliche Argumente eine ausgesprochen wichtige Rolle, und es ist zu erwarten, dass sich dies im Falle eines Referendums⁵ und im Vorfeld einer möglichen Ratifikation des Abkommens nicht ändern wird. Damit steht im Folgenden die m.E. bislang nur ungenügend reflektierte Frage, ob die Prämisse, dass es im Zusammenhang mit Unterzeichnung, Genehmigung und Ratifizierung des Kroatien-Protokolls in erster Linie um juristische Fragen geht, im Zentrum, wobei jeweils auch auf die Argumentation insbesondere des Bundesrates eingegangen werden soll. In diesem Zusammenhang sind in erster Linie zwei Fragen von Bedeutung: einerseits diejenige nach der

von Art. 121a Abs. 4 BV im Zusammenhang mit dem möglichen Abschluss des Kroatien-Protokolls zum FZA, Jusletter v. 15.6.2015.

³ Vgl. hierzu etwa den differenzierenden Ansatz bei *Uebersax*, Art. 121a (Fn. 1), Rz. 71, der festhält, dass selbst neue völkerrechtliche Verträge, welche Zulassungsansprüche vorsehen, nicht in jedem Fall als unzulässig anzusehen seien; vielmehr sei eine gewisse kritische Masse bzw. ein „Kontrollverlust“ notwendig, wobei auf den Einzelfall abzustellen sei.

⁴ Abkommen zwischen der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten einerseits und der Schweizerischen Eidgenossenschaft andererseits über die Freizügigkeit (FZA), SR 0.142.112.681; ABl. 2002 L 114, 6 ff.; 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, zu finden unter www.sem.admin.ch/dam/data/sem/aktuell/gesetzgebung/ausdehnung-fza-kroatien/vorentw-protokoll3-d.pdf. S. auch die Botschaft des Bundesrates unter www.sem.admin.ch/dam/data/sem/aktuell/gesetzgebung/ausdehnung-fza-kroatien/bot-d.pdf.

⁵ Im Genehmigungsbeschluss zu den Bilateralen I im Jahr 1999 hielt das Parlament fest, dass über jede Ausdehnung des Freizügigkeitsabkommens auf Staaten, die bei dessen Genehmigung nicht Mitglied der damaligen Europäischen Gemeinschaft waren, in einem dem fakultativen Referendum unterstehenden Bundesbeschluss zu entscheiden ist, vgl. Art. 2 lit. b des erwähnten Bundesbeschlusses vom 8.10.1999, AS 2002 1527.

grundsätzlichen Anwendbarkeit des Art. 121a Abs. 4 BV auf das Kroatien-Protokoll (II.), andererseits diejenige nach den „verbotenen“ Handlungen und damit die Bedeutung des Begriffs „Abschluss“ sowie hier allenfalls relevante völkerrechtliche Pflichten (III.). Der Beitrag schliesst mit einer kurzen Fazit (IV.).

II. Zur Anwendbarkeit des Art. 121a Abs. 4 BV auf das Kroatien-Protokoll

Soll Art. 121a Abs. 4 BV im Zusammenhang mit dem Kroatien-Protokoll eine Rolle spielen, muss die Bestimmung grundsätzlich anwendbar sein. Dies setzt unter anderem⁶ voraus, dass das Protokoll einen völkerrechtlichen Vertrag im Sinne dieser Bestimmung darstellt. Obwohl das Protokoll zweifellos als völkerrechtlicher Vertrag anzusehen ist, bestehen jedoch in Bezug auf die verbreitete Annahme, dass es unter das „Abschlussverbot“ des Art. 121a Abs. 4 BV falle,⁷ gewichtige Zweifel.⁸

Diese basieren in erster Linie auf den sich auch aus dem Zusammenspiel mit Art. 197 Ziff. 11 Abs. 1 BV ergebenden Sinn und Zweck der Bestimmung: Offenbar geht es bei Art. 121a Abs. 4 BV darum zu verhindern, dass aufgrund des Abschlusses völkerrechtlicher Abkommen, welche nicht in Einklang mit Art. 121a Abs. 1-3 BV stehen, rechtliche und praktische Schwierigkeiten und Inkohärenzen in der Rechtsordnung entstehen. Insbesondere könnten neue, Art. 121a Abs. 1-3 BV widersprechende Vertragsverpflichtungen zusätzliche Probleme bei der Umsetzung der Bestimmung nach sich ziehen sowie in der Zukunft den Spielraum bei der Zuwanderungspolitik im Sinne des Art. 121a Abs. 4 BV einschränken.⁹ Der Zusammenhang mit Art. 197 Ziff. 11 Abs. 1 BV – wonach bestehende völkerrechtliche Verträge, die Art. 121a BV widersprechen, innerhalb von drei Jahren anzupassen sind – lässt erkennen, dass dem mit Art. 121a BV einhergehenden möglichen Konflikt mit bestehenden oder zukünftigen völkerrechtlichen Verträgen in Bezug auf neue Abkommen durch Art. 121a Abs. 4 BV (ein „Abschlussverbot“) Rechnung getragen werden soll, während für bereits bestehende Abkommen der „Neuverhandlungsauftrag“ bzw. „Anpassungsauftrag“ der Übergangsbestimmung zum Zuge kommen soll.

Damit implizieren Sinn und Zweck des Art. 121a Abs. 4 BV sowie sein systematischer Zusammenhang mit Art. 197 Ziff. 1 Abs. 1 BV, dass sich erstere Bestimmung nur auf neue völkerrechtliche Verträge bezieht, während letztere Vorgabe für bereits bestehende Verträge zum Zuge kommt. Damit sind „neue“ Verträge von „bestehenden“ Verträgen abzugrenzen, eine

⁶ Daneben muss bzw. müsste die Bestimmung auch unmittelbar anwendbar sein, was in der Literatur mehrheitlich und von den Bundesbehörden soweit ersichtlich einhellig bejaht wird, dies obwohl hiergegen durchaus beachtliche Argumente angeführt werden können. Dieser Thematik soll nachfolgend nicht nachgegangen werden, vgl. hierzu im Einzelnen, m.w.N., *Epiney*, Jusletter v. 15.6.2015 (Fn. 2), Rz. 15 ff.

⁷ Vgl. Botschaft des Bundesrates (Fn. 4), S. 6; *Uebersax*, Art. 121a (Fn. 1), Rz. 72; ähnlich *Ehrenzeller*, Art. 121a (Fn. 1), Rz. 53.

⁸ Vgl. zum Folgenden bereits *Epiney*, Jusletter v. 15.6.2015 (Fn. 2), Rz. 6 ff., 23 ff.

⁹ S. ebenso, in Bezug auf Ziel und Zweck der Bestimmung, *Ehrenzeller*, Art. 121a (Fn. 1), Rz. 51.

Frage, die sich in der Tat im Wesentlichen im Zusammenhang mit Modifikationen bestehender Verträge stellt.

Soweit ersichtlich, fehlt bislang eine eingehende Analyse und Begründung, warum Art. 121a Abs. 4 BV grundsätzlich auch auf Modifikationen bestehender Verträge Anwendung finden soll. In der Lehre wird recht knapp formuliert, bei Modifikationen oder Erweiterungen bestehender Verträge sei die Bestimmung anwendbar, wenn neue Verpflichtungen eingegangen werden, die insgesamt zu einem Widerspruch zu Art. 121a BV führen, wobei hinzugefügt wird, in Fällen, in denen der zu erweiternde Vertrag schon für sich mit Art. 121a BV nicht vereinbar ist, gelte dies in aller Regel auch für die Erweiterung oder Ergänzung.¹⁰ Die Bundesbehörden gehen offenbar davon aus, dass das Kroatien-Protokoll ein solcher neuer Vertrag ist, wobei sich jedoch – soweit ersichtlich – zumindest in öffentlich zugänglichen Dokumenten keine nähere Begründung für diesen Ansatz findet.¹¹

M.E. ist in diesem Zusammenhang aber – in Anknüpfung an Sinn und Zweck des Art. 121a Abs. 4 BV sowie seinem Zusammenspiel mit Art. 197 Nr. 11 Abs. 1 BV – zu differenzieren: Soweit eine Modifikation oder Ergänzung eines bestehenden völkerrechtlichen Vertrages selbst gegen Art. 121a Abs. 1-3 BV verstösst, in dem entsprechende neue Verpflichtungen (z.B. Aufenthaltsrechte für bestimmte Kategorien von Personen) eingegangen werden, kann Art. 121a Abs. 4 BV grundsätzlich zum Zuge kommen (wobei sich hier dann noch die Frage nach der Notwendigkeit einer „kritischen Masse“ stellt).¹²

Soweit eine Vertragsänderung jedoch als solche keine eigenständigen neuen Verpflichtungen nach sich zieht, sondern nur bereits im Grundabkommen vorgesehene Rechte bzw. Verpflichtungen ausweitet und soweit die Vertragsänderung oder die Zusatzvereinbarung in ihrem Bestand von dem mit Art. 121a BV in Widerspruch stehenden Grundabkommen abhängig ist (und damit mit diesem steht und fällt), sprechen die besseren Gründe grundsätzlich dagegen, hier vom Abschluss eines „neuen“ völkerrechtlichen Vertrages auszugehen. Denn in einer solchen Konstellation führt der Abschluss des Vertrages gerade nicht dazu, dass die Schwierigkeiten, denen Art. 121a Abs. 4 BV begegnen will, entstehen: Das „Unvereinbarkeitsproblem“ beruht hier nämlich auf der Unvereinbarkeit des Grundabkommens mit Art. 121a BV, nicht hingegen auf den neu einzugehenden völkerrechtlichen Verpflichtungen, so dass die Fallgestaltung, die Art. 121a Abs. 4 BV im Auge hat, hier gerade nicht gegeben ist. Vielmehr kann in einer solchen Konstellation das Problem der Unvereinbarkeit nur über eine Neuverhandlung des Grundvertrages gelöst werden.

Welche der beiden, nach der hier vertretenen Ansicht zu unterscheidenden Fallgestaltungen vorliegt, ist selbstredend jeweils auf der Grundlage einer genauen Analyse des konkreten

¹⁰ Uebersax, Art. 121a (Fn. 1), Rz. 72; ähnlich Ehrenzeller, Art. 121a (Fn. 1), Rz. 53.

¹¹ Vgl. jüngst die Botschaft des Bundesrates (Fn. 4), S. 6, wo lapidar formuliert wird, nach der Abstimmung vom 9. Februar 2014 sei es nicht möglich gewesen, das Protokoll zu unterzeichnen, da nach Art. 121a Abs. 4 BV eben keinen neuen völkerrechtlichen Verträge abgeschlossen werden dürfen, die dieser Bestimmung widersprechen.

¹² Hierzu die Nachweise in Fn. 3.

Abkommens und der konkreten Vertragsmodifikation zu entscheiden. Dabei muss die Leitfrage jeweils sein, ob die Vertragsmodifikation bzw. die Vertragserweiterung als solche zu einem Konflikt mit Art. 121a BV führt oder ob dies nicht bereits wegen des Grundabkommens der Fall ist, und ob die Vertragsmodifikation in ihrem Bestand vom Grundabkommen abhängig ist. Wendet man diese Grundsätze nun auf das Kroatien-Protokoll an, so erscheint es nach dem Gesagten zwingend, dass dieses gerade keinen neuen völkerrechtlichen Vertrag im Sinne des Art. 121a Abs. 4 BV darstellt und daher nicht von dieser Bestimmung erfasst wird:

- Das Protokoll führt zu einer „Ausdehnung“ des FZA auf Kroatien, so dass sich Kroatinnen und Kroaten auf das Abkommen berufen können und in seinen persönlichen Anwendungsbereich einbezogen werden. Die letztlich relevanten Rechte und Pflichten ergeben sich daher nicht aus dem Protokoll, sondern aus dem Freizügigkeitsabkommen. Das Protokoll seinerseits schränkt diese übrigens – im Vergleich zu den Rechten anderer Unionsbürgerinnen und Unionsbürger – durch aus Sicht der Schweiz eher grosszügige Übergangsfristen ein.
- Das Protokoll steht und fällt in seinem Bestand mit dem Freizügigkeitsabkommen, so dass es von diesem abhängig ist und im Falle des Dahinfallens des FZA dessen Schicksal teilt.
- Auch der Umstand, dass das Protokoll dazu führt, dass mit Kroatien eine neue Vertragspartei hinzukommt (geht es doch beim FZA um ein gemischtes Abkommen, an dem neben der EU auch die Mitgliedstaaten beteiligt sind), legt keine andere Sicht nahe, denn auch dies ändert nichts daran, dass die massgeblichen Rechte und Pflichten bereits im Grundabkommen enthalten sind, und das Protokoll modifiziert dieses gerade nicht. Dies erhellt auch die Überlegung, dass bei nicht gemischten Abkommen der EU ihre Anwendungsbereiche in Anwendung des völkerrechtlichen Grundsatzes der beweglichen Vertragsgrenzen¹³ „automatisch“ auf den neuen Mitgliedstaat ausgedehnt werden, wie dies bei zahlreichen anderen Bilateralen Abkommen der Fall ist. M.a.W. wäre diesfalls ein Abschluss eines Zusatzprotokolls aus völkerrechtlicher Sicht ggf. gar nicht notwendig gewesen bzw. im Falle einer anderen Regelung der unionsinternen Zuständigkeiten hätte gar kein Zusatzprotokoll und damit gar kein „neuer“ völkerrechtlicher Vertrag abgeschlossen werden müssen. Es erscheint jedoch wenig überzeugend, dass die Tragweite einer Verfassungsbestimmung von der Antwort auf unionsrechtliche Fragen, die von der EU intern zu beantworten sind (ist es doch Sache der EU zu entscheiden, ob ein Abkommen als gemischtes Abkommen oder nur von der EU abgeschlossen werden soll), abhängen soll. Dass in der Schweiz aufgrund des Genehmigungsbeschlusses der Bilateralen I (1999) jede geographische Ausweitung des Anwendungsbereichs des Freizügigkeitsabkommens Gegenstand eines referendumsfähigen Bundesbeschlusses

¹³ Zu diesem nur *Walter Kälin/Astrid Epiney/Martina Caroni/Jörg Künzli, Völkerrecht, 3. Aufl., Bern 2010, S. 47.*

sein muss,¹⁴ hat mit der hier erörterten Frage, ob das Kroatien-Protokoll von Art. 121a Abs. 4 BV erfasst wird oder nicht, nichts zu tun, sondern betrifft allein das innerstaatliche Genehmigungsverfahren.

- Ebensowenig ist die Vergrößerung des Kreises der freizügigkeitsberechtigten Personen in diesem Zusammenhang relevant, da auch dies nicht daran ändert, dass sich die entsprechenden Rechte bereits aus dem Abkommen selbst ergeben und im Übrigen eine solche Vergrößerung für sich genommen kein taugliches Kriterium für die Frage der Einschlägigkeit des Art. 121a Abs. 4 BV darstellen kann.
- Schliesslich ist noch an Sinn und Zweck des Art. 121a Abs. 4 BV zu erinnern, der offensichtlich – wie bereits erwähnt¹⁵ – verhindern soll, dass neue Verträge abgeschlossen werden, die mit Art. 121a BV in Widerspruch stehen, was im Vergleich zum *status quo* zusätzliche Probleme mit sich brächte. Wenn nun die Modifikation eines völkerrechtlichen Abkommens keine solchen neuen und im Vergleich zur Rechtslage ohne die Modifikation des Abkommens zusätzlichen materiellen Schwierigkeiten mit sich bringt, da die ggf. mit Art. 121a BV im Widerspruch stehenden materiell-rechtlichen Pflichten bereits im schon geltenden „Basisabkommen“ verankert sind, besteht kein Grund, auf Art. 121a Abs. 4 BV zurückzugreifen: Denn das „Kompatibilitätsproblem“ – das diese Bestimmung ja gerade verhindern soll – besteht unabhängig vom Abschluss des neuen völkerrechtlichen Vertrages, der das bestehende Abkommen nur in bestimmten Punkten anpasst. So stellt sich die Frage nach einer Anpassung des Freizügigkeitsabkommens an Art. 121a BV oder – umgekehrt – einer freizügigkeitsabkommenskonformen Umsetzung unabhängig vom Einbezug Kroatiens in das Personenfreizügigkeitsabkommen in jedem Fall. Eine nicht mit dem Abkommen in Einklang stehende Umsetzung wäre m.a.W. nicht wegen des Kroatien-Protokolls, sondern wegen des Abkommens problematisch. Dieses Problem ist aber nach Sinn und Zweck sowie der Systematik der neuen Verfassungsbestimmungen im Zuge von Neuverhandlungen im Sinn des Art. 197 Nr. 11 Abs. 1 BV zu lösen.

Damit sprechen im Ergebnis die besseren Gründe dafür, 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 im Zuge des neuen Vertragspartners Kroatien der persönliche Anwendungsbereich des bestehenden Abkommens erweitert wird. Es sei nochmals betont, dass die hiermit zweifellos einhergehende Modifikation der Tragweite des Abkommens als solche vorliegend nicht entscheidend sein kann, da sie nicht die nach der hier vertretenen Ansicht aufgrund des Sinns und Zwecks des Art. 121a Abs. 4 BV sowie seines systematischen Zusammenhangs mit Art. 197 Nr. 11 Abs. 1 BV massgebliche Frage, ob das

¹⁴ Vgl. Fn. 5.

¹⁵ S. schon oben II.

Protokoll als solches (potentielle) „zusätzliche Verstösse“ gegen Art. 121a BV impliziert, die im Vergleich zur Situation ohne die Modifikation zusätzliche „Anpassungsprobleme“ implizierten, betrifft. Gerade diese Frage ist jedoch einerseits aufgrund der in Abkommen und Protokoll verankerten materiell-rechtlichen Pflichten, andererseits aufgrund der Abhängigkeit des Bestands des Protokolls vom Bestand des FZA zu verneinen.

III. Zur Tragweite des „Abschlussverbots“

Die Frage, was genau unter „Abschluss“ im Sinne des Art. 121a Abs. 4 BV zu verstehen ist, wurde bereits an anderer Stelle ausführlich erörtert: Unter Rückgriff auf Sinn und Zweck des Art. 121a Abs. 4 BV und unter Berücksichtigung der möglichen völkerrechtlichen Rechtsfolgen auch der Unterzeichnung eines Vertrages wurde im Einzelnen dargelegt, dass Art. 121a Abs. 4 BV nicht nur der Ratifikation eines Vertrages, sondern auch der Unterzeichnung und Genehmigung der durch diese Bestimmung erfassten Abkommen entgegensteht, nicht jedoch Verhandlungen und Paraphierung von (zukünftigen) Verträgen.¹⁶

Die (bislang allerdings spärliche) Literatur hat sich im Wesentlichen dieser Ansicht angeschlossen,¹⁷ während die Position der Bundesbehörden, insbesondere des Bundesrates etwas im Dunkeln bleibt:

- Kurz nach der Abstimmung vom 9. Februar 2014 wurde die Unterzeichnung des fertig verhandelten Protokolls vom Bundesrat vorläufig abgelehnt, dies nicht mit politischen, sondern mit rechtlichen Argumenten: Eine Unterzeichnung sei angesichts des Art. 121a Abs. 4 BV (wonach keine neuen völkerrechtlichen Verträge abgeschlossen werden dürfen, die gegen Art. 121a Abs. 1-3 BV verstossen) aus rechtlicher Sicht unzulässig. Man könnte hieraus schliessen, auch der Bundesrat sei der Meinung, Art. 121a Abs. 4 BV stehe nicht nur dem Abschluss im Sinne desjenigen staatlichen Aktes, der zur völkerrechtlichen Verbindlichkeit des Vertrages führt (im Falle des Kroatien-Protokolls die Ratifikation), sondern allgemein auch der Unterzeichnung entgegen. Diese Auslegung könnte durch eine Stellungnahme des Bundesamtes für Justiz vom 8. April 2014 gestützt werden, in welcher darauf hingewiesen wird, auch landesrechtlich sei die Unterzeichnung nicht zulässig, wobei gleichzeitig betont wird, der „Abschluss“ sei nur derjenige Akt, mit dem der Vertrag völkerrechtlich verbindlich wird.¹⁸ In der Botschaft zur Genehmigung

¹⁶ S. im Einzelnen *Epiney*, Jusletter v. 15.6.2015 (Fn. 2), Rz. 11 ff.; *Epiney*, Zur rechtlichen Tragweite der Art. 121a, Art. 197 Ziff. 11 BV (Fn. 2), 11 ff. Ebenso *Ehrenzeller*, Art. 121a (Fn. 1), Rn. 52. Allerdings ist auf Art. 141a Abs. 1 BV hinzuweisen, wonach Verfassungsänderungen, die der Umsetzung eines Vertrages dienen, in den Genehmigungsbeschluss aufgenommen werden können, so dass Vieles dafür spricht, in denjenigen Konstellationen, in denen über dieses Verfahren eine Änderung der Verfassung angestrebt wird, die Unterzeichnung des betreffenden Vertrages für zulässig zu erachten. Vgl. so wohl auch *Uebersax*, Jusletter v. 14.4.2014 (Fn. 1), Rz. 63 ff.

¹⁷ *Ehrenzeller*, Art. 121a (Fn. 1), Rz. 52; *Uebersax*, Art. 121a (Fn. 1), Rz. 73.

¹⁸ Bundesamt für Justiz (Fn. 1), 19 ff.

des Kroatienprotokolls wird lapidar formuliert, nach der Abstimmung vom 9. Februar 2014 sei es nicht möglich gewesen, das Protokoll zu unterzeichnen, da nach Art. 121a Abs. 4 BV eben keinen neuen völkerrechtlichen Verträge abgeschlossen werden dürfen, die dieser Bestimmung widersprechen;¹⁹ eine eingehendere Begründung bleibt aus.

- Anfang 2016 erfolgte dann doch die Unterzeichnung des Protokolls, dies mit dem Argument, jetzt befinde man sich in Gesprächen mit der EU, die eine einvernehmliche Lösung in Bezug auf die Umsetzung des Art. 121a BV möglich erscheinen liessen; weitere Argumente werden nicht entwickelt.²⁰

Aus rechtlicher Sicht wirft dieses Vorgehen doch einige Fragen auf, und im Folgenden soll daher versucht werden, diese einer Klärung zuzuführen (ohne nochmals auf die Grundsatzfragen einzugehen).²¹ Im Wesentlichen geht es darum, ob die sich offenbar zwischen 2014 und 2016 geänderte Einschätzung der rechtlichen Zulässigkeit der Unterzeichnung des Protokolls rechtlich begründbar ist (dies unter der nach der hier vertretenen Ansicht nicht geteilten, aber vom Bundesrat zugrundegelegten Prämisse, das Protokoll werde vom Anwendungsbereich des Art. 121a Abs. 4 BV erfasst). Eine (Un-) Zulässigkeit der Unterzeichnung des Protokolls kann letztlich einerseits rein landesrechtlich, andererseits unter (zusätzlicher) Bezugnahme auf völkerrechtliche Grundsätze begründet werden.

1. Zum Landesrecht

Zunächst könnte – insoweit unter Zugrundelegung auch der hier vertretenen Auffassung – vertreten werden, Art. 121a Abs. 4 BV stehe bei Verträgen, die einer Ratifizierung bedürfen, nicht nur dieser, sondern auch der „vorbereitenden“ Handlungen der Unterzeichnung und parlamentarischen Genehmigung entgegen. Geht man hiervon aus, war es insoweit und unter der (nach der hier vertretenen Ansicht jedoch nicht zutreffenden) Annahme, das Kroatien-Protokoll sei von Art. 121a Abs. 4 BV erfasst, konsequent, nach der Abstimmung von der Unterzeichnung abzusehen.

Allerdings hat sich diese Ausgangslage aus rechtlicher Sicht (und unter Zugrundelegung der Prämissen des Bundesrates) bis Anfang 2016 nicht modifiziert. Insbesondere vermag der Umstand, dass man inzwischen (etwas) mit der Union ins Gespräch gekommen ist, nichts an der verfassungsrechtlichen Ausgangslage zu ändern, denn die Feststellung der „Unvereinbarkeit“ des Protokolls mit Art. 121a Abs. 4 BV kann nicht durch Gespräche mit der Union bzw. Aussichten auf eine „einvernehmliche Lösung“ relativiert werden, geht es hier doch um die inhaltliche Tragweite und Auslegung einer Verfassungsbestimmung, in Bezug auf

¹⁹ Vgl. Botschaft des Bundesrates (Fn. 4), S. 6.

²⁰ Vgl. Botschaft des Bundesrates (Fn. 4), S. 6.

²¹ Vgl. die Nachweise in Fn. 1, 2.

welche die Unvereinbarkeit besteht oder eben nicht (was seinerseits wiederum eine Auslegungsfrage besteht).

Insofern kann allein eine landesrechtliche Betrachtung die vom Bundesrat offenbar angenommene Modifikation der Rechtslage nicht erklären, ist doch nicht ersichtlich, warum Art. 121a Abs. 4 BV im Februar 2014 einer solchen Unterzeichnung entgegen gestanden haben sollte, dies aber heute nicht (mehr) der Fall sein soll.

2. *Zum Völkerrecht: die Tragweite des Grundsatzes von Treu und Glauben und des Art. 18 VRK*

Allerdings könnte sich eine Modifikation der Rechtslage aus völkerrechtlichen Grundsätzen ergeben: Möglicherweise hätte eine Unterzeichnung im Februar 2014 zumindest die Gefahr mit sich gebracht, gegen völkerrechtliche Verpflichtungen zu verstossen, während dies aufgrund der geänderten Umstände heute nicht mehr der Fall sein könnte. Die Argumentation des Bundesrates (Berufung auf die geänderten Umstände wegen einer möglichen Einigung mit der EU in Bezug auf eine „einvernehmliche“ Umsetzung des Art. 121a BV) könnte in diese Richtung verstanden werden (wobei zumindest die Botschaft jedoch auch in dieser Beziehung nicht ganz klar ist), da sie sich in der Sache wohl auf den völkerrechtlichen Grundsatz von Treu und Glauben (mit dem es nicht vereinbar sein könnte, das Protokoll zu unterzeichnen, gleichzeitig aber nicht auszuschliessen, gegen das „Hauptabkommen“ zu verstossen) bezieht. So ist ein Staat nach Art. 18 Wiener Vertragsrechtskonvention (VRK)²² verpflichtet, sich aller Handlungen zu enthalten, die Ziel und Zweck eines Vertrages vereiteln würden, wenn er unter Vorbehalt der Ratifikation den Vertrag unterzeichnet hat, wobei diese Verpflichtung nur solange besteht, wie er seine Absicht nicht klar zu erkennen gegeben hat, nicht Vertragspartei zu werden. Dieser wohl auch gewohnheitsrechtlich anerkannte Grundsatz²³ ist letztlich ein Ausfluss des ebenfalls im Völkerrecht anerkannten Prinzips von Treu und Glauben, wonach die Staaten insbesondere verpflichtet sind, sich im zwischenstaatlichen Verkehr so zu verhalten, dass sie nicht treuwidrig geweckte Erwartungen „enttäuschen“, womit auch eine gewisse Transparenz gefordert wird und es letztlich um den Vertrauensschutz geht.²⁴ Im Zusammenhang mit der Haltung des Bundesrates in Bezug auf die Zulässigkeit der Unterzeichnung des Kroatien-Protokolls nach dem Inkrafttreten des Art. 121a BV könnte diese Bestimmung bzw. der gewohnheitsrechtliche Grundsatz von Treu und Glauben nun insofern

²² Wiener Übereinkommen vom 23. Mai 1969 über das Recht der Verträge (SR 0.111).

²³ Zum völkergewohnheitsrechtlichen Charakter der in der VRK niedergelegten Grundsätze nur *Wolfgang Graf Vitzthum*, in: Wolfgang Graf Vitzthum/Alexander Proelß (Hrsg.), *Völkerrecht*, 6. Aufl., Berlin 2013, 1. Abschnitt, Rz. 114.

²⁴ Vgl. instruktiv zum Hintergrund des Art. 18 VRK und seinem „Treu- und Glauben-Grundgedanken“ *Laurence Boisson de Chazournes/Anne-Marie La Rosa/Makane Moïse Mbengue*, in: Olivier Corten/Pierre Klein (Hrsg.), *The Vienna Conventions on the Law of Treaties. A Commentary*, vol. I, 2011, Art. 18, 369 (370 ff.).

relevant sein, als er einer Unterzeichnung direkt nach der Annahme der Volksinitiative am 9. Februar 2014 entgegengestanden haben könnte, heute jedoch nicht mehr, dies weil sich aufgrund der Gespräche mit der EU die (freilich bislang nicht wirklich realisierte oder auch nur in greifbare Nähe gerückte) Möglichkeit ergeben haben könnte, dass Art. 121a BV im Einvernehmen mit der Union umgesetzt werden könnte. Zumindest die Argumentation des Bundesrates, der auf diese geänderte Ausgangslage in der Botschaft hinweist,²⁵ könnte bzw. muss wohl in diese Richtung verstanden werden.

Bei näherer Analyse vermag jedoch auch diese Erklärungsvariante nicht wirklich zu überzeugen, wobei zwischen der Situation 2014 (a) und der Frage nach der Modifikation der Ausgangslage im März 2016 (im Vergleich zu 2014) zu unterscheiden ist (b).

a) Zur Ausgangslage direkt nach der Abstimmung im Jahr 2014

Fraglich ist schon, ob dieser Ansatz eine tragfähige Begründung dafür war, dass eine Unterzeichnung des Protokolls aus rechtlicher Sicht nach dem 9. Februar 2014 zunächst nicht zulässig gewesen wäre. Zwar gab es zu diesem Zeitpunkt (und letztlich wohl während des ganzen Jahres 2014) keine Anzeichen dafür, dass die Union bereit gewesen wäre, Möglichkeiten (insbesondere die einvernehmliche Schutzklausel in Art. 14 Abs. 2 FZA) zu prüfen, damit die Schweiz Art. 121a BV einerseits im Einklang mit dem FZA, andererseits unter Aufrechterhaltung der grundsätzlichen Idee der Einführung von Kontingenten bzw. Höchstzahlen hätte umsetzen können. Insofern könnte man auf den ersten Blick annehmen, eine Unterzeichnung zu diesem Zeitpunkt hätte dazu geführt bzw. führen können, dass die Schweiz gegen Art. 18 VRK bzw. das allgemeine völkerrechtliche Prinzip von Treu und Glauben verstossen hätte, da eine nicht im Einklang mit dem FZA stehende Umsetzung möglich bzw. wahrscheinlich gewesen sein könnte.

Dieser Schluss greift jedoch zu kurz: Es ist schon fraglich, ob eine mögliche FZA-widrige Umsetzung Ziel und Zweck des Kroatien-Protokolls vereiteln hätte bzw. vereiteln würde, da Ziel und Zweck des Protokolls nur (aber immerhin) in der Erweiterung des Anwendungsbereichs des FZA auf Kroatien besteht, dies unter Anwendung besonderer Übergangsbestimmungen. Zwar stellte eine FZA-widrige Umsetzung das FZA selbst und damit auch das Kroatien-Protokoll in Frage; in der Sache geht es aber um das Grundabkommen und nicht um das – vom Bundesrat ja offensichtlich (insoweit im Gegensatz zur hier vertretenen Ansicht) isoliert betrachtete²⁶ – Protokoll. Deutlich wird damit, dass es bei einer FZA-widrigen Umsetzung weniger um Art. 18 VRK, denn um den Verstoss gegen das Abkommen selbst geht; m.a.W. würde eine FZA-widrige Umsetzung nicht Ziel und Zweck des Protokolls als solches

²⁵ Vgl. Botschaft des Bundesrates (Fn. 4), S. 6.

²⁶ Vgl. oben II.

in Frage stellen, sondern dieses lediglich deshalb betreffen, weil gegen das Grundabkommen verstossen würde. Solange ein solcher Verstoss nicht vorliegt, steht an sich auch einer Ausdehnung des Abkommens nichts im Wege.

Selbst wenn man aber dieser Ansicht nicht folgt, ist doch an den Grundgedanken des Art. 18 VRK und des Prinzips von Treu und Glauben zu erinnern, der letztlich im Vertrauensschutz besteht: Wenn die Schweiz durch eine entsprechende, die Unterzeichnung begleitende Erklärung die Umstände klar gestellt hätte (etwa in dem Sinn, dass man das Protokoll unterzeichnet im Vertrauen darauf, Art. 121a BV im Einklang mit dem FZA bzw. im Einvernehmen mit der Union umsetzen zu können, wobei diesbezüglich noch Fragezeichen bestünden), hätte sich die Union ihrerseits nicht darauf berufen können, es sei treuwidrig, zunächst mit der Unterzeichnung ein „Bekenntnis“ zur Personenfreizügigkeit abzugeben, dann aber dieses doch durch eine abkommenswidrige Umsetzung in Frage zu stellen. Ein solches Vorgehen wäre trotz des Umstands, dass seitens der Union wenig Gesprächsbereitschaft in dieser Angelegenheit bestand, aus rechtlicher Sicht unbedenklich gewesen, da es nach der Abstimmung völlig offen war, wie Art. 121a BV umgesetzt werden würde, so dass nicht zwingend davon auszugehen war, dass diese Umsetzung im Konflikt mit dem Freizügigkeitsabkommen stehen würde.

Weiter ist daran zu erinnern, dass das Vereiteln von Sinn und Zweck eines Vertrags im Sinn des Art. 18 VRK keinesfalls mit der Beachtung eines Vertrages gleichgesetzt werden darf (auch wenn dies im Einzelfall so sein kann): Vielmehr sind die diesbezüglichen Anforderungen eher hoch: In der Literatur wird hier – unter Bezugnahme auf die völkerrechtliche Praxis – darauf abgestellt, dass ein Vereiteln von Sinn und Zweck nur dann anzunehmen sei, wenn der Vertrag so nicht unterzeichnet worden wäre, wenn man von dem Verhalten des potentiellen Vertragspartners Kenntnis gehabt hätte und der Vertrag letztlich seines Sinns beraubt würde. Als Beispiele wird hier regelmässig auf die Zerstörung der Objekte hingewiesen, die Gegenstand eines unterzeichneten Vertrages sind (z.B. bei der Rückgabe von Kulturgütern).²⁷ Es erscheint fraglich, ob diese Voraussetzungen vorliegend erfüllt wären, falls die Schweiz trotz der Unterzeichnung des Protokolls eine FZA-widrige Umsetzung vornimmt: Denn diese Problematik stand ja von Beginn an im Raum, auch wenn eine FZA-widrige Umsetzung zum Zeitpunkt der Unterzeichnung keinesfalls wirklich vorauszusehen gewesen wäre bzw. war; damit war die Sachlage für alle Beteiligten klar (bzw. hätte ggf. auch von Anfang an klargestellt werden können), so dass nicht ernsthaft behauptet werden kann, die Vertragspartner der Schweiz hätten im Falle der Kenntnis der Umstände nicht unterzeichnet (waren sie doch bekannt).

²⁷ Vgl. *Boisson de Chazournes/La Rosa/Mbengue*, in: *The Vienna Conventions on the Law of Treaties* (Fn. 24), Art. 18, 369 (383 ff.); *Mark E. Villiger*, *Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties*, 2009, 249; *Oliver Dörr*, in: *Oliver Dörr/Kirsten Schmalenbach* (Hrsg.), *Vienna Convention on the Law of Treaties. A Commentary*, 2012, Art. 18, Rz. 33 ff.

Im Übrigen ist darauf hinzuweisen, dass es in der Schweiz nach der Abstimmung vom 9. Februar 2014 völlig unklar war, wie die Umsetzung des Art. 121a BV erfolgen würde, so dass man nicht wirklich davon ausgehen konnte, dass eine Verletzung des FZA erfolgen würde; im Gegenteil sprachen sich weite Kreise von Anfang an für eine abkommenskonforme Auslegung des Art. 121a BV und dessen Umsetzung aus. Auch unter diesem Gesichtspunkt wäre die Unterzeichnung selbst wohl weder ein Verstoss gegen Art. 18 VRK noch gegen den allgemeinen Grundsatz von Treu und Glauben gewesen, zumal die Schweiz im Falle der Realisierung einer abkommenswidrigen Umsetzung im Sinne des Art. 18 VRK hätte klarstellen können, dass sie nicht die Ratifizierung des Protokolls beabsichtige.

b) Zum Vorliegen einer Modifikation der Umstände zwischen 2014 und 2016

Da die Bundesbehörden die Unterzeichnung 2014 für aus rechtlicher Sicht nicht zulässig erachteten, die Unterzeichnung 2016 aber gleichwohl erfolgte, muss bzw. müsste – geht man (im Gegensatz zur hier vertretenen Ansicht) davon aus, dass 2014 zutreffenderweise aus völkerrechtlichen Gründen von einer Unterzeichnung abgesehen wurde – sich die Ausgangslage inzwischen geändert haben, wovon der Bundesrat denn auch ausgeht.²⁸

Diese Annahme vermag jedoch aus rechtlicher Sicht nicht zu überzeugen, hat sich die Situation bis zum Zeitpunkt der dann doch erfolgten Unterzeichnung Anfang 2016 (im Vergleich zur Sachlage 2014) unter dem Gesichtspunkt des Art. 18 VRK und von Treu und Glauben in keiner Weise geändert: Zwar wurden inzwischen Gespräche mit der Union aufgenommen, und es werden offenbar verschiedene Optionen einer abkommenskonformen Umsetzung – insbesondere auf der Grundlage der einvernehmlichen Schutzklausel des Art. 14 Abs. 2 FZA – in Erwägung gezogen, wobei es jedoch unklar ist, ob dies von Erfolg gekrönt sein wird, was sowohl von innen- als auch von aussenpolitischen Gegebenheiten abhängt. Bezeichnend ist in diesem Zusammenhang auch, dass der Bundesrat in seiner Botschaft zur Umsetzung des Art. 121a BV eine FZA-widrige Umsetzung der Bestimmung (die nicht im Einklang mit dem FZA stünde) nach wie vor in Erwägung zieht, dies falls es mit der Union zu keiner anderweitigen Einigung kommen sollte.²⁹ Angesichts dieser Sachlage bleibt unklar, warum sich die Ausgangslage Anfang 2016 aus rechtlicher Sicht verändert haben sollte, da zwar eine einvernehmliche Lösung mit der Union nicht mehr ganz so ausgeschlossen erschien wie sofort nach der Abstimmung im Februar 2014, man jedoch von einer Einigung offenbar noch weit entfernt ist und – insofern ebenso wie 2014 – eine FZA-widrige Umsetzung nach wie vor möglich erscheint, wenn auch nicht angestrebt wird (was ebenfalls 2014 nicht anders gewesen sein dürfte).

²⁸ Botschaft des Bundesrates (Fn. 4), S. 6.

²⁹ Botschaft zur Änderung des Ausländergesetzes vom 4. März 2016, verfügbar unter www.admin.ch/sem/de/home/aktuell/News/2016.

IV. Fazit

Damit ist aus rechtlicher Sicht eine Unterzeichnung, parlamentarische Genehmigung und Ratifizierung des Kroatien-Protokolls ohne irgendwie geartete Bedingungen – die zudem möglicherweise schwierige Auslegungsfragen aufwerfen könnten – zulässig. Eine andere Frage ist freilich diejenige, ob man diesen Schritt aus politischer Sicht gehen will, gibt es doch keine völkerrechtliche Pflicht der Schweiz, Modifikationen des Freizügigkeitsabkommens zuzustimmen. Hier handelt es sich um eine politische Frage, deren Beantwortung von einer Abwägung der hier eine Rolle spielenden Interessen abhängt, und hier kann man selbstredend – je nach der politischen Prioritätensetzung – sehr unterschiedlicher Meinung sein. Nicht hilfreich und einer sachlichen Diskussion letztlich wenig förderlich erscheint es aber, rechtliche Gründe zu bemühen, obwohl es bei näherem Hinsehen um politische Fragen geht.

Bei der politischen Abwägung empfiehlt es sich auch, die Perspektive des Verhandlungspartners zu analysieren: Im konkreten Fall ist es aus Sicht der Union schwierig bzw. wohl – wenn es um einen Dauerzustand gehen sollte – inakzeptabel (und möglicherweise auch rechtlich problematisch, da im Unionsrecht völkerrechtliche Verträge in der Hierarchie unter dem Primärrecht, den Verträgen, stehen und das Primärrecht einen Rechtsgrundsatz der Gleichbehandlung von Unionsbürgern kennt), wenn in einem völkerrechtlichen Vertrag in Bezug auf in diesem Unionsbürgern eingeräumten Rechten zwischen verschiedenen „Kategorien“ von Unionsbürgern unterschieden wird. Ein dauerhafter Ausschluss kroatischer Bürger vom Anwendungsbereich des FZA dürfte somit aus Sicht der Union keine wirkliche Option sein. Vor diesem Hintergrund ist es denn auch zu sehen, dass die Union die volle Beteiligung der Schweiz an der Forschungszusammenarbeit (Stichwort „Horizon 2020“) und den diversen Austauschprogrammen an die „Lösung der Kroatienfrage“ knüpft. Aus rechtlicher Sicht ist dies ein zulässiges Vorgehen (auch wenn es letztlich darum geht, „Druck“ auf die Schweiz auszuüben), da diese Abkommen aufgrund ihres Charakters als Kooperationsabkommen, welche die Teilnahme der Schweiz an bestimmten Programmen der Union ermöglichen, periodisch im Zuge jeder „Neuaufgabe“ der Unionsprogramme erneuert werden müssen;³⁰ eine rechtliche Pflicht zur Erneuerung besteht nicht. In Bezug auf das Forschungsprogramm wurde inzwischen eine bis Ende 2016 befristete Übergangslösung gefunden, und bei der Teilnahme an den Studierendenaustauschprogramme wurde eine

³⁰ Vgl. zu diesem Charakteristikum der Kooperationsabkommen *Astrid Epiney/Beate Metz/Benedikt Pirker*, Zur Parallelität der Rechtsentwicklung in der EU und in der Schweiz. Ein Beitrag zur rechtlichen Tragweite der „Bilateralen Abkommen“, Zürich 2012, 97 ff., m.w.N.

nationale „Ersatzlösung“ entwickelt, die jedoch für die Hochschulen verschiedene Nachteile aufweist.³¹

Die Zeit drängt nun, so dass sich die Frage stellt, ob die Schweiz durch eine mit Bedingungen versehene parlamentarische Genehmigung oder ein Aussetzen der Ratifizierung bis zu einer definitiven Klärung der Umsetzung des Art. 121a BV bzw. seiner einvernehmlichen Umsetzung mit der Union das Risiko eines Ausschlusses aus den Forschungs- und Austauschprogrammen während der nächsten Zeit (wohl der nächsten Förderungsperiode) in Kauf nehmen will. Hierfür sprechen möglicherweise politische Gründe, ist doch ein gewisses Spannungsverhältnis des Art. 121a BV zum Freizügigkeitsabkommen nicht zu verkennen, so dass man selbstverständlich vertreten kann, bis zu einer Beantwortung der sich hier stellenden komplexen rechtlichen Fragen sei es geboten, jeglichen „Ausbau“ des Abkommens zu unterlassen. Auf der anderen Seite ist an die ausgesprochen grosse Bedeutung einer Schweizer Beteiligung an den erwähnten Programmen für den Forschungs- und Hochschulstandort Schweiz zu erinnern, so dass ein Abseitsstehen von diesen Programmen kaum zu überblickende denkbar negative Auswirkungen auf den Forschungs- und damit auch Innovationsstandort Schweiz entfaltet. Weiter ist zu beachten, dass auch ein Inkrafttreten des Kroatien-Protokolls die „Grundfrage“ – nämlich diejenige nach der Vereinbarkeit der Umsetzung des Art. 121a BV mit dem FZA – nicht berührte und insofern auch den diesbezüglichen Handlungsspielraum der Schweiz im Vergleich zur Situation ohne das Protokoll nicht einschränkte.

Es ist zu hoffen, dass sich die künftigen Diskussionen um diese Interessenabwägung aus politischer Sicht drehen und nicht (weiterhin) der Eindruck erweckt wird, die Optionen seien hier aus rechtlicher Sicht beschränkt.

³¹ Insbesondere müssen die Universitäten die „Austauschprogramme“ nunmehr bilateral betreiben, was einerseits einen beträchtlichen zusätzlichen Aufwand impliziert, andererseits aber auch zu einem gewissen Rückgang der Partnerhochschulen geführt hat, da nicht alle bereit waren, ausserhalb des Rahmens des EU-Programms mit schweizerischen Hochschulen Abkommen abzuschliessen.