

„Brexit“ und FZA

Zu den Perspektiven der Freizügigkeit zwischen der Schweiz und der EU im Gefolge des „Brexit“

*Astrid Epiney**

Dieser Beitrag wurde erstmals wie folgt veröffentlicht:

Astrid Epiney, „Brexit“ und FZA. Zu den Perspektiven der Freizügigkeit zwischen der Schweiz und der EU im Gefolge des „Brexit“, 15 S., Jusletter vom 20.3.2017. Es ist möglich, dass die im Jusletter publizierte Version – die allein zitierfähig ist – im Verhältnis zu diesem Manuskript geringfügige Modifikationen enthält.

I. Einleitung

Im Gefolge des Ausgangs des britischen Referendums zur Frage des Austritts Grossbritanniens aus der Europäischen Union (EU) vom Juni 2016 („Brexit“) bzw. im Zuge des aufgrunddessen zu erwartenden Austritts dieses Mitgliedstaats aus der Union¹ stellt sich eine Reihe von komplexen rechtlichen Fragen, dies auch und gerade vor dem Hintergrund, dass ein eigentlicher Austritt aus einer Internationalen bzw. Supranationalen Organisation im Allgemeinen – wenn überhaupt – höchst selten vorkommt, der wohl bevorstehende Austritt Grossbritanniens aus der (EU) der erste diesbezügliche Anwendungsfall in Bezug auf die EU wäre bzw. sein wird und die sich hier stellenden Fragen aufgrund des ausgesprochen weitgehenden Integrationsstandes im Rahmen der Union besonders komplex sind. Insofern überrascht es nicht, dass bereits zahlreiche auch rechtliche Beiträge zum Thema zu verzeichnen sind.² Relativ wenig

* Die Autorin ist Professorin für Völker- und Europarecht an der Universität Freiburg i.Ue., geschäftsführende Direktorin des dortigen Instituts für Europarecht sowie Rektorin der Universität.

¹ Vgl. zum faktischen Hintergrund *Jean-Paul Jacqué*, Brexit. Une analyse factuelle, RTDE 2016, 689 ff. Im Übrigen ist zu präzisieren, dass das Referendum selbst am Rechtsstatus Grossbritanniens als Mitgliedstaat der Union nichts geändert hat; vielmehr ist eine Mitteilung der Austrittsabsicht nach Art. 50 Abs. 2 EUV notwendig. Daher ist es auch nicht *a priori* ausgeschlossen, dass der „Brexit“ doch nicht stattfindet, sei dies im Gefolge verfassungsrechtlicher Fragen oder im Gefolge des „Rückzugs“ der Notifikation nach Art. 50 Abs. 2 EUV, etwa weil sich im Zuge der Verhandlungen für Grossbritannien herausstellen sollte, dass die Gestaltung seiner zukünftigen Beziehungen zur Union sich möglicherweise sehr nachteilig gestalten könnten. Vgl. zu dieser Perspektive des dann doch nicht erfolgenden Austritts z.B. *Peter-Christian Müller-Graff*, Brexit – die unionsrechtliche Dimension, in: Malte Kramme/Chrisian Baldus/Martin Schmid-Kessel (Hrsg.), Brexit und die juristischen Folgen, 2017, 33 (39 ff.).

² S. etwa *Peter-Christian Müller-Graff*, Brexit – die unionsrechtliche Dimension, integration 2016, 267 ff.; *Vassilios Skouris*, Brexit: Rechtliche Vorgaben für den Austritt aus der EU, EuZW 2016, 806 ff.; *Christophe Hillion*, Le retrait de l’Union européenne. Une analyse juridique, RTDE 2016, 719 ff.; *Waldemar Hummer*, Der „Brexit“ und seine Auswirkungen auf die zukünftige Ausgestaltung der Beziehungen der EU zum Vereinigten Königreich, EuZ 2016, 158 ff.; *Paul Craig*, Brexit: A Drama in Six Acts, ELR 2016, 447 ff.; *Walther Michel*, Die formellen Voraussetzungen für den Austritt des Vereinigten Königreichs aus der Europäischen Union, NVwZ 2016, 1365 ff.; *Ronald G. Asch*, „This realm of England is an empire“: Die Krise der EU, das Brexit-Referendum und die europäische Rechtsgemeinschaft, ZSE 2016, 174 ff.; *Björn Bronger/Peter Scherer/Markus Söhnchen*, Brexit: Rechtliche Auswirkungen im Fall der Fälle, EWS 2016, 131 ff.; *Alexander Thiele*, Der Austritt aus der EU – Hintergründe und rechtliche Rahmenbedingungen eines „Brexit“, EuR 2016, 281 ff.; s. sodann verschiedene Beiträge in ELR 2016, 447

Aufmerksamkeit erfuhr hier bislang jedoch die Frage, welche rechtlichen Folgen der Austritt Grossbritanniens aus der EU auf die Geltung der von der EU und ggf. ihren Mitgliedstaaten abgeschlossenen völkerrechtlichen Verträge sowie die zukünftige Gestaltung der Beziehungen Grossbritanniens zu den Vertragspartnern entfaltet bzw. welche Schritte sich im Hinblick auf diese neue Situation aufdrängen könnten.³

Dies soll im Folgenden zum Anlass genommen werden, einige diesbezügliche Aspekte zu erörtern, wobei ein spezifischer Fokus gewählt wird, nämlich die Frage, wie sich die Zukunft der Freizügigkeit zwischen der Schweiz und Grossbritannien gestalten wird bzw. könnte, eine Problematik, die auch und gerade vor dem Hintergrund zu sehen ist, dass das Freizügigkeitsabkommen auf unionsrechtlicher Seite ein gemischtes Abkommen ist (so dass sowohl die Union als auch ihre Mitgliedstaaten Vertragsparteien sind) und dass das Abkommen in weiten Teilen auf den unionsrechtlichen Besitzstand zurückgreift, so dass sich im Verhältnis Grossbritanniens zur Union letztlich häufig ähnliche Fragen stellen werden. Diese Fragestellung ist im Übrigen für die aufenthaltsberechtigten Schweizer und Schweizerinnen in Grossbritannien und die aufenthaltsberechtigten Briten und Britinnen in der Schweiz von hoher praktischer Bedeutung und weist auch insofern eine gewisse Komplexität auf, als es nicht nur um die zukünftige Gestaltung der Beziehungen Schweiz – Grossbritannien in diesem Bereich geht, sondern ggf. auch Übergangsregelungen bzw. erworbene Rechte zu beachten sind.⁴

Vor diesem Hintergrund erschliesst sich die Struktur des Beitrags: Zunächst geht es um die (grundsätzlich allgemeine) Frage der Auswirkungen des „Brexit“ auf die Stellung Grossbritanniens als Vertragspartei des FZA (II.), bevor die Verpflichtungen der Schweiz und Grossbritanniens im Falle eines Wegfalls des Freizügigkeitsabkommen zwischen diesen beiden Staaten erörtert werden, dies unter Einbezug der Verhandlungen bzw. der zukünftigen Beziehungen Grossbritanniens mit der EU (III.), und einige Perspektiven im Hinblick auf die zukünftige Ausgestaltung der Freizügigkeit zwischen der Schweiz und der EU entwickelt werden (IV.). Der Beitrag schliesst mit einer kurzen Schlussbemerkung (V.).

II. Zu den Implikationen eines „Brexit“ für die Stellung Grossbritanniens als Vertragspartei des FZA

ff., in RUE, octobre/novembre 2016, im German Law Journal 2016, Brexit Special Supplement, 1-142, sowie in *Malte Kramme/Chrisian Baldus/Martin Schmid-Kessel* (Hrsg.), *Brexit und die juristischen Folgen*, 2017. Grundlegend zu Fragen des Austritts aus der Union auch *Juli Zeh*, *Recht auf Austritt*, ZEuS 2004, 173 ff.

³ Vgl. aber z.B. *Dora Sif Tynes/Elisabeht Lian Haugsdal*, In, Out or In-Between? The UK as a Contracting Party to the Agreement on the European Economic Area, ELR 2016, 753 ff.

⁴ S. insoweit (in Bezug auf die Beziehungen Schweiz – EU) den Beitrag von *Christa Tobler*, Und wenn das Abkommen wegfällt? Erworbene Rechte nach Art. 23 FZA, in: *Alberto Achermann u.a.* (Hrsg.), *Jahrbuch für Migrationsrecht 2015/2016*, 2016, 43 ff.

Das Freizügigkeitsabkommen wurde – wie bereits erwähnt – als gemischtes Abkommen abgeschlossen, so dass auf Seiten der EU neben der Union auch alle Mitgliedstaaten Vertragsparteien sind, was diverse Konsequenzen nach sich zieht.⁵ Im Zusammenhang mit dem „Brexit“ könnte man auf den ersten Blick aus dem Umstand, dass die Mitgliedstaaten – und damit auch Grossbritannien – als solche ebenfalls Vertragsparteien sind, schliessen, dass ein Austritt eines Mitgliedstaats aus der Union nichts daran ändert, dass dieser nach wie vor Vertragspartei des Abkommens bleibt.

Einer näheren Analyse hält dieser Schluss jedoch – zumindest in Bezug auf das Freizügigkeitsabkommen⁶ – nicht stand: Denn Grossbritannien ist (wie die anderen Mitgliedstaaten) nur in seiner Eigenschaft als EU-Mitgliedstaat Vertragspartei des Abkommens. Dies ergibt sich schon aus dem Titel des Abkommens, der als Vertragsparteien die „Europäische Gemeinschaft und ihre Mitgliedstaaten einerseits“ und die „Schweizerische Eidgenossenschaft andererseits“ aufführt. Wiederholt wird dies in der Präambel (wobei dort noch die Mitgliedstaaten einzeln aufgeführt werden), womit deutlich wird, dass es zwei „Blöcke“ geben soll, nämlich die EU und ihre Mitgliedstaaten auf der einen und die Schweiz auf der anderen Seite. Nicht vorgesehen sind weitere Vertragsparteien, so dass es sich insoweit um ein „geschlossenes“ Abkommen handelt. Dieser Systematik widerspräche es, wenn (beliebige) Drittstaaten (und Mitgliedstaaten, die aus der EU austreten, werden zu Drittstaaten) als Vertragsparteien hinzukommen könnten. Zielsetzung und Inhalt des Abkommens bestätigen diesen Ansatz: So soll die Freizügigkeit zwischen den Vertragsparteien nach der Präambel des Abkommens „auf der Grundlage der in der Europäischen Gemeinschaft geltenden Bestimmungen“ verwirklicht werden. Das Abkommen nimmt denn auch in zahlreichen Bestimmungen auf Unionsrecht Bezug bzw. übernimmt dieses in den Rahmen des Abkommens,⁷ so dass nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts⁸ und (zumindest

⁵ Zum Charakter des FZA als gemischtes Abkommen und den diesbezüglichen Konsequenzen z.B. *Véronique Boillet*, L'interdiction de discrimination en raison de la nationalité au sens de l'Accord sur la libre circulation des personnes, 2010, 43; *Alvaro Borghi*, La libre circulation des personnes entre la Suisse et l'UE, Commentaire article par article de l'accord du 21 juin 1999, 2010, 4 ff.

⁶ Eine andere, hier nicht zu erörternde Frage ist diejenige, ob wirklich bei allen gemischten Abkommen anzunehmen ist, dass die Eigenschaft als Vertragspartei für einen Mitgliedstaat im Falle seines Austritts aus der Union „automatisch“ wegfällt. M.E. ist dies in dieser Globalität zu verneinen; vielmehr ist jeweils im Einzelfall zu analysieren, ob die Eigenschaft als Vertragspartei ausschliesslich im Zuge und aufgrund der EU-Mitgliedschaft begründet wurde oder nicht.

⁷ Vgl. im Einzelnen zum FZA insbesondere die Kommentierung in *Cesla Amarelle/Minh Son Nguyen* (Hrsg.), Code annoté de droit des migrations. Volume II: Accord sur la libre circulation des personnes (ALCP), Bern 2014; s. sodann die Überblicke (jeweils m.w.N.) bei *Thomas Cottier/Nicolas Diebold/Isabel Kölliker/Rachel Liechti McKee/Matthias Oesch/Tetyana Payosova/Daniel Wüger*, Die Rechtsbeziehungen der Schweiz und der Europäischen Union, Bern 2014, 263 ff.; *Martina Caroni/Tobias Grasdorf-Meyer/Lisa Ott/Nicole Schreiber*, Migrationsrecht, Bern 2014, 191 ff.; *Christine Kaddous/Diane Grisel*, Libre circulation des personnes et des services, Basel 2012; *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“, 2012, 103 ff., 154 ff., 203 ff.

⁸ Grundlegend BGE 136 II 5. S. jüngst BGE 142 II 35.

mittlerweile) wohl auch des EuGH⁹ von einem „Grundsatz der parallelen Auslegung“ solcher abkommensrechtlicher Bestimmungen, die Unionsrecht übernehmen bzw. auf dieses Bezug nehmen, ausgegangen werden kann.¹⁰ Diese Grundkonstruktion des Abkommens impliziert, dass der Austritt eines EU-Mitgliedstaats aus der Union auch dazu führen muss, dass er seine Eigenschaft als Vertragspartner des Abkommens verliert: Denn diesfalls wäre der nunmehr als Drittstaat anzusehende ehemalige EU-Mitgliedstaat gerade nicht mehr an die unionsrechtlichen Vorgaben gebunden, welche die Grundlage für die Ausgestaltung des Freizügigkeitsabkommens sind, und er könnte somit nicht mehr als Teil der „EU-Säule“ anzusehen sein. Hinzu kommt, dass im Verhältnis dieses (neuen) Drittstaats zur Union in Bezug auf die Freizügigkeit möglicherweise ganz andere Regeln zum Zuge kommen können als diejenigen, die das diesbezügliche Unionsrecht und das Freizügigkeitsabkommen vorsehen, während der Drittstaat im Falle der Aufrechterhaltung seiner Stellung als Vertragspartei im Verhältnis zur Schweiz weiterhin an das Abkommen gebunden wäre. Eine derartige Konstruktion trüge weder der Anlage noch den Zielsetzungen des Abkommens Rechnung, geht es bei diesem doch gerade darum, den einschlägigen unionsrechtlichen Besitzstand auf das Verhältnis zur Schweiz auszudehnen, der somit insoweit für alle Vertragsstaaten gelten soll. Im Ergebnis ist somit festzuhalten, dass ein Austritt Grossbritanniens aus der Union sozusagen „automatisch“ (und damit ohne eine Kündigung, die somit nicht notwendig ist) die Konsequenz nach sich zieht, dass es nicht mehr als Vertragspartei des Freizügigkeitsabkommens sein wird, da – wie sich aus dem Abkommen selbst ergibt – die Mitgliedstaaten nur aufgrund ihrer EU-Mitgliedschaft Vertragspartei des Abkommens sind und Ziel und Inhalt des Abkommens es ausschliessen, dass ein aus der Union ausgetretener Mitgliedstaat als Drittstaat ohne eine Vertragsmodifikation Vertragspartei bleibt.¹¹

⁹ Vgl. EuGH, Rs. C-506/10, *Graf/Engel*, ECLI:EU:C:2011:643; EuGH, Rs. C-241/14, *Bokovansky*, ECLI:EU:C:2015:1766; EuGH, Rs. C-656/11, *Vereinigtes Königreich/Rat*, ECLI:EU:C:2014:97.

¹⁰ In der Literatur ist der Ansatz der Rechtsprechung gerade des Bundesgerichts grossmehrheitlich zumindest im Ergebnis auf Zustimmung gestossen. 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 2016, 53 ff.; *Astrid Epiney*, Zur Verbindlichkeit der EU-Grundrechte in der und für die Schweiz, in: *Altermatt/Casasus* (Hrsg.), 50 Jahre Engagement der Schweiz im Europarat 1963-2013, Zürich 2013, 141 ff.; *Matthias Oesch*, Grundrechte als Elemente der Wertegemeinschaft Schweiz – EU. Zur Auslegung der Bilateralen Verträge, ZBl. 2014, 171 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.; s. aber auch die andere Akzentsetzung bei *Samantha Besson/Odile Ammann*, L’interprétation des accords bilatéraux Suisse-UE – Une lecture de droit international, in: *Epiney/Diezig* (Hrsg.), Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht 2013/2014, Zürich 2014, 331 ff., wobei deren Kritik an der Rechtsprechung des Bundesgerichts und der wohl h.L. jedoch nicht ganz klar wird, vgl. insoweit *Pirker*, in: ZBl. 2015, 295 ff. (ebd.). Zur Problematik ausführlich bereits *Epiney/Metz/Pirker*, Parallelität der Rechtsentwicklung (Fn. 7), 169 ff.

¹¹ Nur am Rande sei in diesem Zusammenhang bemerkt, dass sich wohl in Bezug auf den EWR eine ähnliche Schlussfolgerung aufdrängt, da insbesondere Art. 128 EWRA davon ausgehen dürfte, dass nur EU-Mitgliedstaaten einerseits und EFTA-Mitgliedstaaten andererseits Vertragsparteien sein können und im Übrigen auch die gesamte sonstige institutionelle Ausgestaltung des EWR auf diesen zwei Säulen beruht. Eine andere Frage ist bzw. wäre, ob Grossbritannien nach dem Austritt aus der EU (wieder) EFTA-Mitglied

III. Zu den Verpflichtungen der Schweiz und Grossbritanniens nach einem Dahinfallen des FZA im Verhältnis Grossbritannien – Schweiz

1. Zum Verhältnis Grossbritannien – Schweiz: die Tragweite des Art. 23 FZA

Nach dem Gesagten ist somit davon auszugehen, dass Grossbritannien mit dem Wirksamwerden der Austrittserklärung¹² seine Stellung als Vertragspartei *eo ipso* verliert. Dies wirft nicht nur die Frage nach der zukünftigen Ausgestaltung der Beziehungen der Schweiz zur EU auf,¹³ sondern auch diejenige, ob sich im Gefolge des Dahinfallens des Freizügigkeitsabkommens zwischen der Schweiz und Grossbritannien Verpflichtungen dieser beiden Vertragsparteien untereinander ergeben sowie ob gewisse Rechte Einzelner fortbestehen.

Grundsätzlich entfalten völkerrechtliche Verträge ab dem Zeitpunkt ihres Ausserkrafttretens keine Rechtswirkungen mehr. Allerdings können die Vertragsparteien hier abweichende Regelungen vorsehen, was im Falle des Freizügigkeitsabkommens auch erfolgt ist. So bleiben nach Art. 23 FZA die „erworbenen Ansprüche von Einzelnen“ im Falle der Kündigung oder der Nichtverlängerung des Abkommens „unberührt“ (Satz 1); im Übrigen treffen die Vertragsparteien „im gegenseitigen Einvernehmen eine Regelung für die Anwartschaften“ (Satz 2). Insoweit entfaltet das Freizügigkeitsabkommen also auch nach seinem Wegfall „Nachwirkungen“ in dem Sinn, als die Vertragspartner auch nach dem Ausserkrafttreten des Abkommens selbst an Art. 23 FZA gebunden sind.

Diese Bestimmung wurde zwar ersichtlich im Hinblick auf ein Wegfallen des gesamten Abkommens formuliert; jedoch ist davon auszugehen, dass sie auch für den Fall zum Zuge kommt, der vorliegend interessiert: Denn Art. 23 FZA soll sicherstellen, dass das Ausserkrafttreten des Abkommens nicht dazu führt, dass gewisse, bereits erworbene Rechte Einzelner „verloren gehen“; ein paralleles Anliegen verfolgt die „Verhandlungspflicht“ der Vertragsparteien im Hinblick auf die Regelung der sog. Anwartschaften. M.a.W. geht es um den Schutz der Rechte und Interessen derjenigen Personen, die aus dem Abkommen Rechte ableiten können bzw. konnten. Dieses Anliegen spielt aber nicht nur dann eine Rolle, wenn das gesamte Abkommen für alle Vertragsparteien dahin fällt, sondern auch dann, wenn es nur in

werden könnte und wollte und sodann in dieser Eigenschaft Vertragspartei des EWR-Abkommens werden könnte und wollte. Vgl. insoweit auch noch IV., am Anfang.

¹² Wobei der Zeitpunkt des Austritts und damit die Rechtswirkung der Austrittserklärung von verschiedenen Faktoren abhängt und daher zum jetzigen Zeitpunkt nicht wirklich vorhergesehen werden kann. Vgl. hierzu nur, m.w.N., *Jan-Henrik Herchenröder*, Brexit: Rechtliche Unwägbarkeiten zwischen Völker- und Europarecht, in: Malte Kramme/Chrisian Baldus/Martin Schmid-Kessel (Hrsg.), Brexit und die juristischen Folgen, 2017, 57 (66 f.).

¹³ Hierzu unten IV.

den Beziehungen zwischen der Schweiz einerseits und einem der bisherigen EU-Mitgliedstaaten andererseits nicht mehr gilt.

Art. 23 FZA unterscheidet zwischen „erworbenen Ansprüchen“ von Einzelnen einerseits und „Anwartschaften“ andererseits, wobei sich in Bezug auf die genaue Tragweite der jeweiligen Verpflichtungen verschiedene Fragen stellen und Vieles noch ungeklärt ist:¹⁴

- Die „erworbenen Ansprüche von Einzelnen“ bleiben „unberührt“, so dass insoweit den Einzelnen – unabhängig von einer entsprechenden Vereinbarung der Vertragsparteien bzw. der betroffenen Staaten – entsprechende Rechte zustehen. In der Schweiz ist – im Zuge der in Bezug auf das Verhältnis von Völkerrecht und Landesrecht geltenden monistischen Konzeption¹⁵ – davon auszugehen, dass sich die entsprechenden Ansprüche und Rechte der Einzelnen grundsätzlich (ebenso wie bei den sonstigen im Abkommen verankerten Rechten) aus dem Abkommen selbst ergeben, so dass vom *self-executing*-Charakter der Bestimmung auszugehen ist bzw. dieser parallel zur entsprechenden Tragweite der in Frage stehenden abkommensrechtlichen Bestimmung ausgestaltet ist (müssen sich „erworbene Ansprüche“ doch notwendigerweise aus den durch das Abkommen eingeräumte Rechten ableiten lassen). Allerdings wird der Begriff der „erworbenen Ansprüche“ nicht definiert, dies obwohl es sich hier zweifellos um die im Hinblick auf die Tragweite der Bestimmung zentrale Frage handelt. Sicher dürfte hier nur (aber immerhin) sein, dass zumindest bereits erlangte spezifische Rechtspositionen (z.B. auf bestimmte Leistungen im Zuge der Anwendung der Regelungen über die Koordination der Systeme sozialer Sicherheit, ein Aufenthaltsrecht aufgrund des Vorliegens der Arbeitnehmereigenschaft ohne weitere Modifikationen oder das Aufenthaltsrecht bereits nachgezogener Familienangehöriger) auch nach dem Wegfall des Abkommens erfasst sind, so dass die Betroffenen aus Art. 23 FZA i.V.m. den einschlägigen Bestimmungen des Abkommens ein entsprechendes Rechte geltend machen können. Darüber hinaus müssen wohl zumindest auch all diejenigen Rechtspositionen erfasst sein, die zum Zeitpunkt der Wahrnehmung des jeweiligen Freizügigkeitsrechts mit diesem bereits entstanden sind, auch wenn sie noch nicht geltend gemacht wurden. Denn auch hier handelt es sich um bereits bestehende bzw. entstandene Ansprüche. Relevant kann dies z.B. in Bezug auf den Familiennachzug oder gewisse Leistungen der sozialen Sicherheit sein (wobei sich aber im Einzelfall schwierige Fragen der Abgrenzung zum Begriff der Anwartschaften stellen können). Fraglich ist hingegen, ob darüber hinaus noch weitere Rechte erfasst sind. Während der Begriff der „Ansprüche“ eher für eine enge Auslegung im Sinn von Rechten, die bereits wahrgenommen wurden bzw.

¹⁴ Vgl. insoweit auch *Tobler*, Jahrbuch für Migrationsrecht (Fn. 4), 43 (45 ff.), die ausführlich die sich stellenden Fragen aufzeigt.

¹⁵ Hierzu, m.w.N., *Astrid Epiney*, Auslegung und Verhältnis des Freizügigkeitsabkommens zum nationalen Recht. Zum Urteil des Bundesgerichts 2C_716/2014 vom 26. November 2015, Jusletter v. 14. März 2016, Rn. 8 ff.

entstanden sind und deren Voraussetzungen vollumfänglich erfüllt waren, sprechen könnte, so dass es lediglich um den Fortbestand bereits geltender Rechte ginge, legt ein mehr an der Zielsetzung der Vorschrift anknüpfender Ansatz es nahe, darüber hinaus auch solche Rechtspositionen einzubeziehen, auf deren (Fort-) Bestand der Einzelne nach Treu und Glauben zum Zeitpunkt der Wahrnehmung seiner Freizügigkeitsrechte vertrauen durfte bzw. die als eng oder gar untrennbar mit der Wahrnehmung seines Freizügigkeitsrechts verbunden erscheinen. Auf der Grundlage dieses Ansatzes dürfte somit auch z.B. der Familiennachzug geschützt sein, dessen Voraussetzungen (z.B. durch Heirat) erst nach dem Wegfall des Abkommens entstehen. Ebenso dürfte ein Wechsel des Arbeitsplatzes oder die Gründung eines (neuen) Unternehmens im Aufnahmestaat erfasst sein; gleiches gilt für Verbleiberechte nach Beendigung der Erwerbstätigkeit oder im Falle von Invalidität. Zwar verbleiben auch auf der Grundlage dieser Kriterien Abgrenzungsschwierigkeiten, und letztlich wird in jedem Einzelfall zu entscheiden sein, ob es um einen bereits erworbenen Anspruch des Einzelnen im Sinne des Art. 23 FZA geht oder nicht. Nichtsdestotrotz erlaubt der hier vertretene Ansatz eine gewisse Kategorisierung der erfassten Rechtspositionen und – ausgehend von Sinn und Zweck der Vorschrift, letztlich das Vertrauen der Einzelnen zu schützen, die ihre Freizügigkeitsrechte auch in Anbetracht des „Regelungsumfelds“ wahrgenommen haben – eine auf objektive Kriterien gestützte Unterscheidung zwischen bereits erworbenen Ansprüchen und neuen Ansprüchen, die eben gerade nicht erfasst sind. Im Übrigen ist zu betonen, dass – wie auch immer man nun genau die erfassten Rechtspositionen fasst – im Falle der Einschlägigkeit des Art. 23 FZA in Bezug auf einen bestimmten Anspruch dieser zu beachten ist, was auch für die Konstellation gilt, in der die Schweiz und Grossbritannien ein neues Abkommen über die Freizügigkeit abschliessen (es sei denn, dieses enthalte diesbezüglich abweichende Bestimmungen).

- Soweit es um die „Anwartschaften“ geht, werden keine Rechte Einzelner begründet, sondern die Vertragsstaaten sind gehalten, „im gegenseitigen Einvernehmen“ eine Regelung zu treffen. Der Begriff der Anwartschaft kann in Anknüpfung an den allgemeinen Sprachgebrauch so präzisiert werden, dass es letztlich um zukünftige Leistungen oder Rechte geht, die auch vom Eintritt gewisser Ereignisse abhängen können. Relevant ist dieser Begriff insbesondere im Versicherungssektor, so dass z.B. zukünftige Renten in der Regel als Anwartschaften bezeichnet werden.¹⁶ Das Abkommen schweigt sich darüber aus, was passiert, falls sich die Vertragsparteien nicht einigen können. Da Art. 23 FZA Einvernehmlichkeit voraussetzt, kann allein das Nichtzustandekommen einer Einigung nicht bereits als Verstoß gegen Art. 23 FZA angesehen werden. Allerdings wird man aus dieser Vorschrift jedenfalls eine Pflicht der (ehemaligen) Vertragsparteien ableiten können, sich ernsthaft um eine solche Einigung

¹⁶ In diesem Sinn auch *Tobler*, Jahrbuch für Migrationsrecht (Fn. 4), 43 (46).

zu bemühen und keine Obstruktion zu betreiben, womit bestimmte Verhaltensweisen nicht in Einklang stehen (unter Einbezug der Weigerung, gewisse Verhandlungsergebnisse zu akzeptieren). Falls keine Einigung erzielt werden kann, lassen sich aus Art. 23 FZA keine Ansprüche betreffend die Anwartschaften ableiten, so dass diese nur dann geltend gemacht werden können, wenn das nationale Recht hierfür eine Grundlage bietet.

In Bezug auf die zeitliche Komponente spricht Vieles dafür, für die Frage nach dem relevanten Zeitpunkt für die Entstehung erworbener Ansprüche oder von Anwartschaften auf den Zeitpunkt des formellen Ausserkrafttretens des Abkommens abzustellen (und nicht auf denjenigen der Kündigungsmitteilung oder der Nichtverlängerung).¹⁷ Jeder andere Ansatz trüge dem Umstand, dass das Abkommen bis zu diesem Zeitpunkt vollumfänglich in Kraft ist und kein Anhaltspunkt ersichtlich ist, dass die damit den Einzelnen eingeräumten Rechte geschmälert werden sollen, nicht Rechnung. Speziell in Bezug auf die Beziehungen Schweiz – Grossbritannien im Zusammenhang mit dem Dahinfallen des Abkommens im Zuge des Austritts Grossbritanniens aus der EU kommt hinzu, dass der Zeitpunkt der Rechtswirkung der Austrittserklärung von zahlreichen Faktoren abhängt bzw. abhängen kann und nicht von vornherein klar ist; es erschiene jedoch wenig stimmig, während dieses ggf. langen Zeitraums, der zwischen der Austrittserklärung und seinen Wirkungen liegen kann, den Erwerb von Ansprüchen und Anwartschaften im Sinn des Art. 23 FZA auszuschliessen; insbesondere trüge ein solcher Ansatz auch nicht Ziel und Zweck der Bestimmung, die Rechtspositionen Einzelner im Einklang mit dem Grundsatz von Treu und Glauben (der hier insoweit eine Rolle spielt, als sich die Einzelnen solange auf die abkommensrechtlich gewährleisteten Ansprüche verlassen können müssen, wie dieses in Kraft ist, zumal der Zeitpunkt der Rechtswirkung des Austritts nicht von vornherein bestimmt werden kann) zu schützen, Rechnung.

Festzuhalten ist somit, dass im Zuge bzw. idealerweise im Vorfeld des Dahinfallens des Freizügigkeitsabkommens im Verhältnis Grossbritanniens zur Schweiz Verhandlungen betreffend die Regelung der Anwartschaften aufgenommen werden müssen. Möglicherweise könnte es sich auch aufdrängen, sich im Rahmen dieser Gespräche über die „erworbenen Ansprüche“ auszutauschen, wobei hier festzuhalten ist, dass diese Rechtsansprüche der Einzelnen durch das Abkommen selbst bzw. seine Nachwirkungen eingeräumt und garantiert werden, so dass sie nicht eigentlicher Gegenstand der Verhandlungen sein können und diese insbesondere nicht zu einer Einschränkung der Rechte der Einzelnen führen dürfen. In jedem Fall steht den Betroffenen diesbezüglich der Rechtsweg – gemäss den Vorgaben des nationalen Rechts – offen.

¹⁷ Ebenso *Tobler*, Jahrbuch für Migrationsrecht (Fn. 4), 43 (45); wohl auch *Rudolf Streinz*, Brexit – Weg, Ziele, Lösungsmöglichkeiten, in: Malte Kramme/Chrisian Baldus/Martin Schmid-Kessel (Hrsg.), Brexit und die juristischen Folgen, 2017, 17 (28 f.).

2. Zur „Überlagerung“ durch die Austrittsverhandlungen Grossbritannien – EU

Dieses bilaterale Verhältnis zwischen der Grossbritannien und der Schweiz wird überlagert werden durch die mehr oder weniger zeitgleich stattfindenden Verhandlungen zwischen der Union und Grossbritannien im Hinblick auf dessen Austritt aus der Union. Art. 50 EUV sind hier einige Rahmenbedingungen zu entnehmen, deren Auslegung jedoch diverse Fragen aufwirft, die keineswegs geklärt sind.¹⁸ So fragt es sich insbesondere, welche Form die Notifikation annehmen muss, ob sie zurückgenommen werden kann, welche Tragweite Art. 4 Abs. 3 EUV (Grundsatz der loyalen Zusammenarbeit) in diesem Zusammenhang genau spielt (ist Grossbritannien doch solange an diesen gebunden, wie es EU-Mitglied ist, und die EU ist sowieso Art. 4 Abs. 3 EUV verpflichtet), welche Relation zwischen dem Austrittsvertrag und der Regelung der künftigen Beziehungen Grossbritanniens zur Union genau besteht und welche rechtlichen Konsequenzen das in Art. 50 EUV vorgesehene „automatische“ Wirksamwerden der Austrittserklärung entfaltet, falls kein Austrittsvertrag ausgehandelt werden konnte.

Es ist hier nicht der Ort, diesen Fragen im Einzelnen nachzugehen; relevant in unserem Zusammenhang ist vielmehr in erster Linie der Umstand, dass Art. 50 EUV – im Gegensatz zum Freizügigkeitsabkommen – keinerlei Vorgaben in Bezug auf bereits erworbene Ansprüche oder Rechte sowie auf Anwartschaften enthält. Allerdings werden diese Fragen selbstredend zentraler Gegenstand der Austrittsverhandlungen bzw. des diesbezüglichen Vertrages zwischen der Union und Grossbritannien sein.

Darüber hinaus fragt es sich jedoch, ob sich unabhängig von den Regelungen in einem solchen Vertrag aus dem Unionsrecht (das allgemeine Völkerrecht dürfte hier von vornherein wenig aussagekräftig sein, da sich Art. 70 Abs. 1 lit. b Wiener Vertragsrechtskonvention¹⁹ nur auf Rechte und Pflichten der Vertragsparteien und nicht von Einzelnen bezieht)²⁰ ein gewisser Schutz erworbener Rechte und Anwartschaften Einzelner für die Zeit nach dem Austritt eines Mitgliedstaates aus der Union ergeben könnte. Würde diese Frage bejaht, stünden den Einzelnen nicht nur entsprechende Rechte zu, sondern diese Vorgaben bildeten auch den Rahmen für die inhaltliche Ausgestaltung des Austrittsvertrags, wobei derartige Verpflichtungen von vornherein nur für die Union zum Zuge kommen könnten, nicht hingegen für Grossbritannien, da dieses ja ab dem Austrittszeitpunkt nicht mehr an EU-Recht gebunden ist.

Im Ergebnis spricht Vieles für eine grundsätzliche Verneinung des Schutzes erworbener Rechte für die betroffenen Unionsbürger im Gefolge des Austritts eines Mitgliedstaats aus der Union:²¹

¹⁸ Vgl. insoweit die Nachweise in Fn. 2, und insbesondere *Herchenröder*, in: *Brexit und die juristischen Folgen* (Fn. 12), 57 ff.

¹⁹ SR 0.111.

²⁰ Vgl., m.w.N., *Tobler*, *Jahrbuch für Migrationsrecht* (Fn. 4), 43 (51).

²¹ Ebenso z.B. *Hannes Rathke*, *Brexit und die Arbeitnehmerfreizügigkeit*, in: *Malte Kramme/Chrisian Baldus/Martin Schmid-Kessel* (Hrsg.), *Brexit und die juristischen Folgen*, 2017, 211 (214 ff.); *Tobler*, *Jahrbuch für Migrationsrecht* (Fn. 4), 43 (51 f.).

Die Verträge selbst enthalten keinerlei konkrete Anhaltspunkte hierfür (dies im Gegensatz zum Freizügigkeitsabkommen und auch zu anderen völkerrechtlichen Abkommen, wie z.B. Art. 58 EMRK oder Art. 175 Europäisches Patentübereinkommen); auch erschiene es wenig überzeugend, aus allgemeinen Grundsätzen (wie dem grossen Stellenwert von Rechten Einzelner im Unionsrecht oder dem Solidaritätsprinzip) einen entsprechenden Schutz abzuleiten, wären doch die Konturen hier denkbar unscharf, dies auch und gerade angesichts des Umfangs und der Komplexität der möglicherweise betroffenen Rechte. Auch die fehlende Reziprozität (wäre der austretende Staat doch gerade nicht an solche Grundsätze gebunden) spricht für den hier vertretenen Ansatz. Im Übrigen dürfte es schwierig sein, aus den Unionsgrundrechten entsprechende Ansprüche abzuleiten, da diese für die Mitgliedstaaten nur insoweit massgeblich sind, als sie Unionsrecht durchführen. Sobald jedoch ein Mitgliedstaat ausgetreten ist, sind auch dessen Bürger und Bürgerinnen nicht mehr Unionsbürger und -bürgerinnen, so dass es in Bezug auf deren Rechte von vornherein nicht (mehr) um die Durchführung von Unionsrecht gehen kann. Hieran ändert auch der Umstand nichts, dass diese sich ursprünglich (also vor dem Wirksamwerden des Austritts aus der Union) auf Unionsrecht berufen konnten.

Damit richtete sich die Rechtsstellung der betroffenen Personen ausschliesslich nach dem nationalen Recht, das jedoch durchaus – ggf. unter bestimmten Voraussetzungen – den Schutz oder die Weitergeltung bestimmter erworbener Rechte vorsehen oder verlangen kann, dies in erster Linie im Gefolge der Anwendung allgemeiner rechtsstaatlicher Prinzipien, die in den allgemeinen Grundsätzen des Verwaltungsrechts konkretisiert sind (z.B. der Grundsatz der Bestandskraft von Verfügungen oder derjenige des Vertrauensschutzes). Hinzu kommen sich aus der EMRK ergebende Rechte, die jedenfalls zu wahren sind (wobei in unserem Zusammenhang insbesondere Art. 8 EMRK eine Rolle spielen dürfte).

Im Übrigen ist zur Klarstellung festzuhalten, dass jedenfalls die Union bei den Verhandlungen des Austrittsvertrages selbstverständlich an die EU-Grundrechte gebunden ist, geht es hier doch um das Handeln von Unionsorganen. Aber auch Grossbritannien ist so lange an die EU-Grundrechte gebunden, wie es Mitglied der Union ist, dies unter der Voraussetzung, dass es um die Durchführung von Unionsrecht geht (was für die Vereinbarung des Austrittsvertrags wohl zu bejahen sein dürfte). Hieraus könnte sich eine Pflicht der Union und Grossbritanniens ableiten lassen, sich im Hinblick auf den Schutz erworbener Rechte um eine entsprechende Regelung im Austrittsabkommen zu bemühen.²²

3. *Fazit*

²² So auch *Simon Wieduwilt*, Article 50 TEU – The Legal Framework of a Withdrawal from the European Union, ZEuS 2015, 169 (184, 198); *Streinz*, in: Brexit und die juristischen Folgen (Fn. 17), 17 (28 f.); in diese Richtung wohl auch *Herchenröder*, in: Brexit und die juristischen Folgen (Fn. 12), 57 (67 f., 72 f.).

Damit ergibt sich für den Zeitpunkt nach dem Wirksamwerden des britischen Austritts aus der EU und dem damit „automatisch“ verbundenen Dahinfallen des Freizügigkeitsabkommens zwischen der Schweiz und Grossbritannien in Bezug auf die Rechtsstellung der auf der Grundlage des Freizügigkeitsabkommens oder des EU-Rechts (ursprünglich) freizügigkeitsberechtigten Personen beim derzeitigen Stand der Dinge²³ insgesamt folgendes Bild:

- Im Verhältnis der Schweiz zu Grossbritannien ist Art. 23 FZA massgeblich, so dass insbesondere erworbene Ansprüche unberührt bleiben.
- Im Verhältnis der Schweiz zur Union bleibt das Freizügigkeitsabkommen in Kraft.
- Für das Verhältnis Grossbritanniens zur EU und ihren Mitgliedstaaten sind die im Austrittsvertrag bzw. in weiteren Abkommen zwischen der Union und Grossbritannien getroffenen Regelungen einschlägig. Kommt es nicht zu einer Einigung zwischen den Parteien, so können sich allfällige Ansprüche Einzelner ausschliesslich aus nationalem Recht ergeben.

Diese ausgesprochen komplexe Ausgangslage impliziert, dass sich die Rechtslage im Verhältnis Grossbritanniens zur Schweiz anders gestaltet als im Verhältnis Grossbritanniens zur Union. Zwar könnte es durchaus sinnvoll sein, wenn der Austrittsvertrag eine Regelung vorsieht, die sich an den Grundgedanken des Art. 23 FZA anlehnt bzw. diesen gar übernimmt. Damit einhergehen könnten auch gewisse Anhaltspunkte für die Präzisierung der inhaltlichen Tragweite des Art. 23 FZA. Zwingend ist dies jedoch nicht, steht es Grossbritannien und der Union doch frei, den Inhalt des Austrittsvertrages so zu gestalten, wie sie dies wünschen (wobei die Union freilich, wie erwähnt, an die unionsrechtlichen Vorgaben gebunden ist). Insbesondere kann aus dem Umstand, dass in Art. 23 FZA ein gewisser Schutz von Rechten Einzelner vorgesehen ist, nicht abgeleitet werden, dass eine Pflicht der Union und Grossbritanniens bestünde, eine ähnliche Klausel zu vereinbaren: Im Völkerrecht ist keine allgemeine Pflicht der Gleichbehandlung oder der Meistbegünstigung nachzuweisen, und eine solche kann sich auch nicht aus dem allgemeinen Grundsatz von Treu und Glauben ergeben.

Aus praktischer Sicht ist wohl zu erwarten, dass die Verhandlungen Grossbritanniens mit der Union vorrangig vorangetrieben werden und sich die Verhandlungsposition Grossbritanniens für die Gespräche mit der Schweiz (die nach Art. 23 FZA jedenfalls im Hinblick auf die Regelung der Anwartschaften notwendig sein werden) in Abhängigkeit von den Verhandlungsergebnissen im Verhältnis Grossbritannien – EU bestimmen wird. Zu erinnern ist freilich in diesem Zusammenhang daran, dass im Verhältnis Schweiz – Grossbritannien die erworbenen Ansprüche gerade nicht zur Disposition stehen, dies im Gegensatz zur Rechtslage im Verhältnis Grossbritannien – Union, so dass auch das Fehlen einer Vereinbarung zwischen

²³ Selbstverständlich können sich hier Weiterentwicklungen ergeben. So entfaltete z.B. eine derzeit allerdings nicht sehr wahrscheinlich erscheinende Mitgliedschaft Grossbritanniens im EWR (nach einem Beitritt zur EFTA) bedeutende Rückwirkungen und implizierte letztlich, dass das Verhältnis der Schweiz zu Grossbritannien parallel zu demjenigen zu den anderen EWR-Staaten ausgestaltet wäre.

Grossbritannien und der Union über diese Rechte nichts daran ändert, dass sie im Verhältnis Grossbritannien – Schweiz gewährleistet sind.

IV. Freizügigkeit Schweiz – Grossbritannien nach dem Brexit: vier Szenarien

Mit dem (bevorstehenden) Wirksamwerden des Austritts Grossbritanniens aus der Union und dem damit einhergehenden Wegfall des Freizügigkeitsabkommens in den Beziehungen Schweiz – Grossbritannien stellt sich (auch) die Frage, ob und wie die beiden Staaten ihre Beziehungen in Zukunft regeln wollen. Dies ist selbstverständlich eine eminent politische Frage, deren Antwort wohl auch massgeblich von den Ergebnissen der Verhandlungen Grossbritanniens mit der Union abhängen wird, da diese wohl die Verhandlungsposition Grossbritanniens beeinflussen werden.

Nichtsdestotrotz seien im Folgenden die wichtigsten, zum jetzigen Zeitpunkt a priori denkbaren Varianten der Regelung der Freizügigkeit zwischen Grossbritannien und der Schweiz nach dem Brexit kurz skizziert und bewertet, wobei im Rahmen der Bewertung auch auf Art. 121a Abs. 4 BV eingegangen werden soll. Ausser Betracht bleibt dabei das Szenario, wonach Grossbritannien Mitglied des EWR werden würde, dies im Anschluss an einen Beitritt zu EFTA. Dieses Szenario – das letztlich dazu führte, dass das Freizügigkeitsabkommen als solches weiterhin auch für das Verhältnis von Grossbritannien zur Schweiz massgeblich bliebe – erscheint derzeit einmal nicht sehr wahrscheinlich und würde andererseits aus rechtlicher Sicht wohl auch kaum Probleme bzw. Fragen aufwerfen.²⁴

1. Szenario 1: „vertragsloser Zustand“

Zunächst ist es denkbar, das Freizügigkeitsabkommen durch kein neues Abkommen zu ersetzen und somit die Freizügigkeit zwischen Grossbritannien und der Schweiz nicht (mehr) zu regeln. Dies zöge die Konsequenz nach sich, dass jeder der beiden Staaten frei wäre, den Zugang von Staatsangehörigen der jeweils anderen Vertragspartei zu bestimmen und das einschlägige nationale Ausländerrecht zur Anwendung käme. Für die Einzelnen hätte dies zur Folge, dass das Völkervertragsrecht ihnen keine Freizügigkeits- bzw. Aufenthalts und Niederlassungsrechte gewähren würde; solche Rechte könnten sich allerdings aus dem

²⁴ Vgl. zu diesem Szenario z.B. *Rathke*, in: *Brexit und die juristischen Folgen* (Fn. 21), 211 (221 ff.); *Müller-Graff*, in: *Brexit und die juristischen Folgen* (Fn. 1), 33 (53 f.). S. auch den Überblick über die mögliche zukünftige Gestaltung des Verhältnisses des Drittstaats Grossbritannien zur EU *Francesco Martucci/Sébastien Platon*, « My tailor is rich ». Quels habits pour le Royaume-Uni? Etude des scénarios de l'après-retrait RTDE 2016, 735 ff.

nationalen Recht ergeben. In der Schweiz wären britische Bürger und Bürgerinnen damit als Drittstaatsangehörige zu behandeln.²⁵

Dieses Szenario führte zu einem bedeutenden Rückschritt der Freizügigkeitsrechte der Einzelnen. Zwar könnte es auf den ersten Blick denkbar sein, die Bürger und Bürgerinnen des jeweils anderen Staates im nationalen Recht nicht wie alle anderen Drittstaatsangehörigen zu behandeln, sondern eine – wie auch immer ausgestaltete – Vorzugsstellung vorzusehen. Jedenfalls in der Schweiz könnte dies aber auf beachtliche verfassungsrechtliche Probleme stossen, würde sich doch insbesondere die Frage nach der Beachtung des Gleichheitssatzes (Art. 8 Abs. 1 BV) stellen. Jedenfalls aber wäre die Rechtsstellung der Einzelnen (bedeutend) geschwächt, da das nationale Recht jederzeit modifiziert werden kann.

2. Szenario 2: „Grandfathering“

Zweitens könnte in Erwägung gezogen werden, eine Art Weitergeltung des Freizügigkeitsabkommens Schweiz – EU (und ihre Mitgliedstaaten) auch im Verhältnis Schweiz – Grossbritannien vorzusehen. Das Ziel hier wäre, die bisherige Rechtslage so aufrecht zu erhalten, wie sie zum Zeitpunkt des Austritts Grossbritanniens aus der Union zum Zuge kam. Ein solches *Grandfathering* könnte dynamisch (in dem Sinn, dass man jeweils auch die Modifikationen der Anhänge des FZA im Verhältnis Schweiz – EU übernehmen würde) oder statisch (in dem Sinn, dass die Rechtslage zum Zeitpunkt des Austritts massgeblich ist und keine Modifikationen des Abkommens übernommen würden) ausgestaltet sein.

Notwendig hierzu wäre ein in diesem Sinn lautender neuer völkerrechtlicher Vertrag zwischen der Schweiz und Grossbritannien, der vorsieht, dass in den Beziehungen Schweiz – Grossbritannien das Freizügigkeitsabkommen Schweiz – EU (und ihre Mitgliedstaaten) Anwendung finden soll, dies entweder in der Fassung zum Stichdatum des Austritts Grossbritanniens aus der Union oder in der jeweils geltenden Fassung (je nachdem, ob der Verweis auf das Freizügigkeitsabkommen statisch oder dynamisch ausgestaltet sein soll). Zudem müssten die institutionellen Aspekte geregelt werden, was insbesondere ein Gremium betrifft, das über Fragen der Auslegung und Anwendung des Abkommens zumindest diskutiert, eine Aufgabe, die im Rahmen des Freizügigkeitsabkommens dem Gemischten Ausschuss zukommt.

Ein solcher Ansatz implizierte, dass die Freizügigkeit zwischen der Schweiz und Grossbritannien parallel zur Freizügigkeit zwischen der Schweiz und der Union (und ihren

²⁵ Der Vollständigkeit halber sei noch bemerkt, dass möglicherweise bilaterale Verträge zwischen der Schweiz und Grossbritannien, die vor Inkrafttreten des Freizügigkeitsabkommens abgeschlossen worden waren, wieder aufleben würden, vgl. insoweit auch Art. 20 FZA. Ohne dass dieser Frage hier im Einzelnen nachgegangen wurde, kann gleichwohl festgehalten werden, dass wohl keine solchen Verträge existieren, die eigentliche umfassendere Freizügigkeitsrechte vorsehen.

Mitgliedstaaten) geregelt wäre, wobei sich diese Parallelität im Falle einer statischen Bezugnahme auf das Freizügigkeitsabkommen im Laufe der Zeit relativieren würde. Da das Freizügigkeitsabkommen seinerseits in weiten Teilen Unionsrecht übernimmt und (jedenfalls inzwischen) in der Rechtsprechung (und in der Literatur) ein Grundsatz der parallelen Auslegung des Abkommens soweit anerkannt ist, als dieses auf unionsrechtliche Begriffe bzw. Konzepte verweist,²⁶ hätte eine solche Vorgehensweise auch zur Konsequenz, dass Grossbritannien im Ergebnis über eine Art „Verweiskaskade“ (über einen bilateralen völkerrechtlichen Vertrag mit der Schweiz, der seinerseits auf das Freizügigkeitsabkommen verweist, das wiederum in weiten Teilen Unionsrecht übernimmt) an unionsrechtliche Konzepte gebunden wäre, dies jedoch nur im Verhältnis zur Schweiz, wobei es offen ist, welche Regeln im Verhältnis Grossbritannien – EU gelten würden.

Aus (rein) rechtlicher Sicht wäre ein solches Vorgehen sehr gut denkbar und käme wohl den Interessen der Schweiz entgegen. Auch brächte es eine gewisse Rechtssicherheit mit sich, sind doch zahlreiche Fragen der Anwendung und Auslegung des Freizügigkeitsabkommens Schweiz – EU mittlerweile geklärt. Fraglich ist jedoch, ob sich auch Grossbritannien für eine solche Lösung erwärmen könnte, brächte sie doch eine gewisse Aufrechterhaltung der Freizügigkeit nach unionsrechtlichen Regeln mit sich, was aus politischer Sicht möglicherweise schwierig zu realisieren sein könnte. Zu beachten ist jedoch, dass das Freizügigkeitsabkommen doch in einigen wichtigen Punkten weniger weit als das Unionsrecht geht, da es letztlich auf dem Stand des Unionsrechts im Jahr 1999 beruht (so dass insbesondere die Unionsbürgerrichtlinie, RL 2004/38, nicht Eingang in das Abkommen gefunden hat) und auch in einigen anderen Punkten Differenzen zu verzeichnen sind (insbesondere im Bereich der Dienstleistungen). Hinzu kommt, dass lediglich das Verhältnis zur Schweiz betroffen wäre, und die in Grossbritannien diskutierten Fragen der Immigration nicht diejenige aus der Schweiz betreffen. Daher erscheint ein Eintreten Grossbritanniens auf einen derartigen Ansatz nicht von vornherein ausgeschlossen, dies umso mehr, falls im Verhältnis Grossbritanniens zur EU ein ähnliches Freizügigkeitsregime wie das im Freizügigkeitsabkommen Schweiz – EU (und ihren Mitgliedstaaten) verankert werden würde.²⁷

3. *Szenario 3: „autonomes Aufenthalts- und Niederlassungsabkommen“*

Denkbar ist auch – drittens – ein neuer „autonomer“ Vertrag zwischen der Schweiz und Grossbritannien, der Aufenthalt und Niederlassung der Bürger und Bürgerinnen des jeweils anderen Staates sowie deren Rechtsstellung regelt, sich jedoch weder an das Unionsrecht noch an das Freizügigkeitsabkommen anlehnt und damit im Integrationsgrad hinter dem

²⁶ S. die Nachweise in Fn. 7 ff.

²⁷ S. insoweit auch noch unten IV.5.

Freizügigkeitsabkommen zurückbliebe. Die Palette der möglichen Ausgestaltung eines solchen Abkommens ist sehr weit, so dass die Verpflichtungen der Vertragsparteien sowohl in Bezug auf ihre inhaltliche Reichweite als auch in Bezug auf die Frage, ob und inwieweit Einzelnen Rechte eingeräumt werden, mehr oder weniger weitgehen können. Auch die institutionelle Ausgestaltung eines solchen Abkommens wäre – wohl in Abhängigkeit von seinem materiellen Gehalt – zu konkretisieren. Möglicherweise könnte der Aspekt der Freizügigkeit auch in ein einen weiteren Anwendungsbereich aufweisendes (Freihandels-) Abkommen – regeln die modernen Freihandelsabkommen doch mittlerweile sehr häufig auch Freizügigkeitsaspekte²⁸ – eingebettet werden. Auch wäre es denkbar, an bereits bestehende Abkommen anzuknüpfen und diese als „Modell“ zu verwenden, so insbesondere das Assoziationsabkommen mit der Türkei, das nicht nur eine Zollunion vorsieht, sondern auch Freizügigkeitsaspekte behandelt.²⁹

Ein in diese Richtung gehender Ansatz implizierte eine eigentliche „Loslösung“ vom unionsrechtlichen Besitzstand; die Freizügigkeit zwischen der Schweiz und Grossbritannien würde auf der Grundlage eines eigenen völkerrechtlichen Vertrages geregelt. Die genaue inhaltliche Tragweite wäre sowohl bei der Erarbeitung des Textes des Abkommens als auch auf der Grundlage desselben zu präzisieren, wobei die institutionelle Ausgestaltung eine gewisse Rolle spielen dürfte.

4. *Szenario 4: „autonomes Aufenthalts- und Niederlassungsabkommen mit Elementen des Freizügigkeitsabkommens“*

Schliesslich kann in Betracht gezogen werden, bei der Regelung der Freizügigkeit zwischen der Schweiz und der Union einerseits an gewisse Elemente des Freizügigkeitsabkommens anzuknüpfen bzw. diese zu übernehmen und andererseits eigenständige Inhalte zu verankern. Letztlich ginge es hier somit um eine „Mischung“ des *Grandfathering* (Szenario 2) und des Ansatzes „*autonomes Aufenthalts- und Niederlassungsabkommen*“ (Szenario 3), deren genaue Ausgestaltung selbstredend zu präzisieren wäre, wobei hier ganz unterschiedliche Varianten denkbar sind (die von der Regelung der Freizügigkeit fast wie im Rahmen des Freizügigkeitsabkommens bis hin zu einer Übernahme nur einzelner Elemente des Freizügigkeitsabkommens gehen). Soweit an das Freizügigkeitsabkommen angeknüpft würde, stellte sich auch hier die Frage nach der statischen oder dynamischen Anknüpfung. Ebenso wären die institutionellen Aspekte in Abhängigkeit von den materiellen Inhalten eines solchen

²⁸ Vgl. hierzu z.B. *Volker Treier/Stephan Wernicke*, Die Transatlantische Handels- und Investitionspartnerschaft (TTIP) – Trojanisches Pferd oder steiniger Weg zum Olymp?, *EuZW* 2015, 334 ff.; s. auch *Birgit Daiber*, Das Freihandelsabkommen zwischen der EU und Südkorea, *EuR* 2015, 542 ff.; *Stefan Schlegel/Charlotte Sieber-Gasser*, Der Dritte Weg zur Vierten Freiheit. Von bestehenden und künftigen Konflikten zwischen Handels- und Migrationsrecht, *Jusletter* v. 17.3.2014.

²⁹ Vgl. zur Option einer „Übernahme“ des Modells der Assoziation mit der Türkei z.B. *Rathke*, in: *Brexit und die juristischen Folgen* (Fn. 21), 211 (225 f.).

Abkommens zu präzisieren. Auch bei diesem Szenario wäre der Abschluss eines neuen völkerrechtlichen Vertrages zwischen der Schweiz und Grossbritannien notwendig.

5. Fazit

Beim derzeitigen Stand der Dinge ist kaum abzusehen, in welche grundsätzliche Richtung die zukünftige Gestaltung der Freizügigkeit zwischen der Schweiz und Grossbritannien gehen wird. Abhängen wird dies selbstredend von den Interessen beider Staaten, aber auch von weiteren Faktoren: So ist zu beachten, dass das Freizügigkeitsabkommen wohl kaum isoliert betrachtet werden kann, da der „Brexit“ für Grossbritannien im Zuge der Anwendung des Grundsatzes des beweglichen Vertragsgrenzen³⁰ zum Dahinfallen aller durch die Union allein abgeschlossener Abkommen sowie zum Wegfall wohl einer Reihe auch gemischter Abkommen führen wird. Damit steht Grossbritannien vor der grossen Herausforderung, seine internationale Einbettung neu zu gestalten und abzusichern, dies auch im Verhältnis zur Schweiz. Insofern ist zu erwarten, dass die zukünftige Ausgestaltung der Freizügigkeit zwischen Grossbritannien und der Schweiz auch von der Regelung weiterer Aspekte (z.B. Freihandel und technische Handelshemmnisse oder Luftverkehr) abhängen wird. Hinzu kommt, dass auch und gerade die zukünftige Ausgestaltung der Freizügigkeit zwischen Grossbritannien und der Schweiz auch vor dem Hintergrund der Regelung der künftigen Beziehungen Grossbritanniens zur Union entwickelt werden wird. Insofern ist es somit derzeit zu früh, um Prognosen zu formulieren, welches der vorgestellten Szenarien sich wohl am ehesten verwirklichen würde; ausgeschlossen erscheint keines der Szenarien, wobei jedoch festzuhalten ist, dass sowohl Grossbritannien als auch die Schweiz ein Interesse an der Regelung von Freizügigkeitsaspekten haben dürften, so dass die (längerfristige) Perspektive eines „vertragslosen“ Zustands wenig günstig und wohl auch wenig wahrscheinlich sein dürfte.

Allerdings stellt sich noch die Frage, ob ein neues Abkommen mit Grossbritannien mit Art. 121a Abs. 4 BV – wonach keine (neuen) völkerrechtlichen Verträge abgeschlossen werden, die dieser Bestimmung widersprechen – vereinbar wäre (dies möglicherweise abgesehen vom Szenario 2 „*Grandfathering*“, in Bezug auf welches man *a priori* vertreten könnte, es handle sich nicht um ein neues Abkommen, da die entsprechenden Pflichten bereits im Freizügigkeitsabkommen Schweiz – EU (und ihren Mitgliedstaaten) verankert sind). M.E. ist diese Frage zu bejahen: Denn da Art. 121a Abs. 4 BV auf die Abs. 1-3 dieser Vorschrift verweist, ist er nicht unmittelbar anwendbar, sondern seine genaue Tragweite kann erst im Anschluss an die Umsetzung des Art. 121a BV eruiert werden.³¹ Da die inzwischen erfolgte

³⁰ Vgl. hierzu z.B. *Walter Kälin/Astrid Epiney/Martina Caroni/Jörg Künzli*, Völkerrecht. Eine Einführung, 4. Aufl., 2016, 43.

³¹ Vgl. ausführlich hierzu *Astrid Epiney*, Zur rechtlichen Tragweite der Art. 121a, Art. 197 Ziff. 11 BV, Jusletter v. 2.6.2014. S. aber auch die abweichende Ansicht z.B. bei *Peter Uebersax*, in: Bernhard

Umsetzung des Art. 121a BV davon ausgeht, dass diese Bestimmung nicht zwingend durch Massnahmen umzusetzen ist, die „starre“ Kontingente und Höchstzahlen beinhalten, stehen die hier skizzierten Szenarien auf der Grundlage der hier vertretenen Ansicht insoweit grundsätzlich mit der verfassungsrechtlichen Vorgabe in Einklang.

V. Schluss

Der „Brexit“ wird auch für die Schweiz ins Gewicht fallende Auswirkungen zeitigen. Diese betreffen auch (aber bei weitem nicht nur) die Regelung der Freizügigkeit zwischen der Schweiz und Grossbritannien, wobei zwischen den „direkten“ Folgen des „Brexit“ für diejenigen Personen, die bereits in der einen oder anderen Form von ihren Freizügigkeitsrechten Gebrauch gemacht haben, und der zukünftigen Gestaltung der Beziehungen Schweiz – Grossbritannien im Bereich der Freizügigkeit zu unterscheiden ist. In Bezug auf beide Aspekte stellen sich letztlich hoch komplexe Fragen, deren Beantwortung auch Implikationen für die Tragweite der Rechte Einzelner und die Rechtssicherheit entfalten wird. Wenig erbaulich für die Einzelnen ist insbesondere, dass abzusehen ist, dass kurzfristig wohl keine Klarheit darüber herrschen wird, welche Freizügigkeitsrechte noch wie lange bestehen, dies auch im Zuge der Unsicherheiten in Bezug auf die inhaltliche Tragweite und die Auslegung des Art. 23 FZA. Gerade in Bezug auf diesen Aspekt wäre es für die betroffenen Einzelnen zweifellos hilfreich, wenn diesbezüglich in nicht allzu ferner Zukunft gewisse Anhaltspunkte erkennbar wären.

Waldmann/Eva Maria Belser/Astrid Epiney, Bundesverfassung, Basler Kommentar, 2015, Art. 121a, Rn. 69.