

Schweiz – EU: Wohin führt der bilaterale Weg nach der Annahme der Volksinitiative “Gegen Masseneinwanderung”?

Raffaella Kunz*

Abstract	330
I. Einleitung	330
II. Inhalt der neuen Verfassungsbestimmung	332
III. Das rechtliche Verhältnis zwischen der Schweiz und der EU	333
1. Überblick über die im FZA gewährten Rechte	334
a) Arbeitnehmer	336
b) Selbständig Erwerbstätige	337
c) Dienstleistungserbringende	337
d) Nichterwerbstätige und Familiennachzug	338
e) Inländergleichbehandlung	338
f) Stillstandsklausel	339
g) Volle Verwirklichung der Freizügigkeit: Regelungen zur sozialen Sicherheit	340
2. Übergangsbestimmungen und zulässige Einschränkungen	340
IV. Widersprüche der neuen Verfassungsbestimmung zum FZA	342
1. Festlegung jährlicher Höchstzahlen und Kontingente (Art. 121a Abs. 2 BV)	342
2. Beschränkung des Verbleiberechts	342
3. Beschränkung des Rechts auf dauerhaften Aufenthalt (Art. 121a Abs. 2 BV)	343
4. Beschränkung des Familiennachzugs (Art. 121a Abs. 2 BV)	344
5. Beschränkung der Sozialleistungen (Art. 121a Abs. 2 BV)	344
6. Vorrang für Schweizerinnen und Schweizer (Art. 121a Abs. 3 BV)	344
7. Kriterien für die Erteilung von Aufenthaltsbewilligungen (Art. 121a Abs. 3 BV)	345
V. Rechtfertigung?	345
VI. Folgen des Abstimmungsergebnisses: Umsetzung als Balanceakt mit unbekanntem Ausgang	346
1. Das dialektische Verhältnis zwischen Volksrechten und Völkerrecht	348
2. Zur Umsetzung der neuen Verfassungsnorm	352
a) Erster Schritt: Konfliktvermeidung durch Harmonisierung	352
b) Zweiter Schritt: Umsetzung im Konfliktfall	356
aa) Konfliktlösung auf völkerrechtlicher Ebene	356
bb) Konfliktlösung auf innerstaatlicher Ebene – nachträgliche Beantwortung der Vorrangfrage	358
VII. Fazit	363

* Wissenschaftliche Mitarbeiterin am Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht, Heidelberg.

Abstract

Seit der Annahme der Volksinitiative "Gegen Masseneinwanderung" Anfang dieses Jahres gehen in der Schweiz die Wogen hoch: Das Abstimmungsergebnis könnte für die EU Grund zur Kündigung des Personenfreizügigkeitsabkommens mit der Schweiz werden und stellt das bewährte bilaterale Verhältnis auf den Prüfstand. Wie es im Verhältnis zwischen der Schweiz und der EU weitergeht, hängt nun aber in erster Linie von der innerstaatlichen Umsetzung der Initiative ab. Diese dürfte für die Umsetzungsbehörden zur Quadratur des Kreises werden: Eine wortgetreue Umsetzung des neuen Verfassungsartikels könnte die EU zur Kündigung des Personenfreizügigkeitsabkommens veranlassen und damit das Ende des bilateralen Weges bedeuten, während eine völkerrechtskonforme Umsetzung innenpolitisch schwer haltbar sein dürfte. Mit diesem Spannungsverhältnis befasst sich der vorliegende Beitrag und kommt zu dem Schluss, dass der Normenkonflikt zwischen der neuen Verfassungsbestimmung und dem Personenfreizügigkeitsabkommen zu Gunsten des letzteren gelöst werden sollte.

I. Einleitung

Am 9.2.2014 wurde in der Schweiz mit einer hauchdünnen Mehrheit von 50,3 % bei einer überdurchschnittlich hohen Stimmbeteiligung die Volksinitiative "Gegen Masseneinwanderung" angenommen.¹ Seither gehen die Wogen hoch – das Abstimmungsergebnis stellt potenziell das bewährte bilaterale Verhältnis zwischen der Schweiz und der Europäischen Union in Frage, da der neue Verfassungsartikel diametral gegen fundamentale Grundsätze des Personenfreizügigkeitsabkommens (FZA)² verstößt. Sollte es zur Kündigung dieses Abkommens kommen, greift die sog. Guillotine-Klausel (Art. 25 Abs. 4 FZA) mit der Folge, dass sämtliche Abkommen der sog. Bilateralen I dahinfallen – mit höchstwahrscheinlich weitreichenden wirtschaftlichen Konsequenzen für die Schweiz.

¹ Die Abstimmungsfrage lautete: Wollen Sie die Volksinitiative "Gegen Masseneinwanderung" annehmen? Die vorläufigen amtlichen Abstimmungsergebnisse sind einsehbar unter <<http://www.admin.ch>>.

² Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft einerseits und der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten andererseits über die Freizügigkeit vom 21.6.1999 (FZA, SR 0.142.112.681), i. K. 1.6.2002.

Dabei ist die Lage im Verhältnis zwischen der Schweiz und der EU ohnehin schon angespannt: Die EU macht die Erschließung weiterer Sektoren des Binnenmarktes durch die Schweiz, etwa im Strombereich, von der vorherigen Lösung institutioneller Fragen abhängig. Seit längerem verlangt sie nach Mechanismen, mit denen die Schweiz neues Recht dynamisch übernimmt (im Gegensatz zum bisher geltenden quasi-statischen Vertragsregime). Gleichzeitig soll ein Mechanismus für die Überwachung der Abkommen und die Streitbeilegung geschaffen werden. Das Mandat zur Verhandlung dieses institutionellen Rahmenabkommens sowie weitere wichtige Verhandlungen wurden von Seiten der EU als Reaktion auf das Abstimmungsergebnis umgehend sistiert.³

Doch wie es im Verhältnis zwischen der Schweiz und der EU tatsächlich weitergeht, hängt in erster Linie von der gesetzlichen Umsetzung der größtenteils nicht unmittelbar anwendbaren neuen Verfassungsbestimmung (Art. 121a BV)⁴ ab. Diese verlangt selber nicht die Kündigung, sondern Neuverhandlung des Personenfreizügigkeitsabkommens. Die Umsetzungsbehörden stehen damit vor einer äußerst schwierigen Aufgabe: Sie haben den Verfassungsauftrag auszuführen, dabei aber das FZA so weit wie möglich zu wahren, da die Reaktionen der EU darauf hindeuten, dass für sie die Personenfreizügigkeit nicht verhandelbar ist.

Mit diesem Spannungsverhältnis befasst sich dieser Beitrag und geht insbesondere auf die verfassungsrechtlichen Leitlinien ein, die im Rahmen der Umsetzung zu beachten sind. Dabei soll zunächst einerseits der Inhalt der Initiative und andererseits das bestehende rechtliche Vertragsnetz zwischen der Schweiz und der EU kurz dargestellt werden, um dann die Widersprüche der neuen Verfassungsbestimmung zum FZA aufzuzeigen. In einem weiteren Schritt soll schließlich auf die möglichen Folgen der Annahme der Initiative und insbesondere auf deren Umsetzung eingegangen werden.

³ So hat die EU den Beteiligungsprozess der Schweiz am Forschungsprogramm “Horizon 2020” sowie dem Austauschprogramm “Erasmus+” ausgesetzt; vom Verhandlungsstopp betroffen ist ebenfalls das Rahmenprogramm “Creative Europe”. In diesem Zusammenhang wird von “Mini-Guillotine” gesprochen. Begründet wird dies von der EU dadurch, dass sich die Schweiz in der Folge des Abstimmungsergebnisses nicht mehr in der Lage sehe, das Zusatzprotokoll zur Erweiterung der Freizügigkeit auf Kroatien zu unterzeichnen. Siehe zum Ganzen: Das bilaterale Gebäude wankt, NZZ vom 1.3.2014, 13.

⁴ Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18.4.1999 (BV; Systematische Sammlung des Bundesrechts [SR] 101).

II. Inhalt der neuen Verfassungsbestimmung

Bei der Abstimmung vom 9.2.2014 über die Volksinitiative “Gegen Masseneinwanderung” handelte es sich um eine Teilrevision der Bundesverfassung in der Form eines ausgearbeiteten Entwurfs im Sinne von Art. 139 Abs. 5 BV. Dabei ist erforderlich, dass die Initiative von Volk und Ständen angenommen wird (doppeltes Mehr, Art. 140 Abs. 1 lit. a und 142 Abs. 2, 3 BV). Das bedeutet, dass sich einerseits die Mehrheit der Stimmbevölkerung insgesamt für die Initiative aussprechen und zudem auch in der Mehrheit der Kantone das Abstimmungsergebnis positiv ausfallen muss.⁵ Ist dies der Fall, wird die Verfassung um einen neuen Artikel ergänzt; der Initiativtext findet *tel quel* Eingang in die Bundesverfassung und ist seit dem Tag der Annahme geltendes Verfassungsrecht (Art. 195 BV).

Der neue Art. 121a BV mit dem Titel “Steuerung der Zuwanderung” könnte für die Schweiz ein Systemwechsel bedeuten: Das geltende Ausländergesetz,⁶ das Zulassung und Aufenthalt von erwerbstätigen und nicht erwerbstätigen Ausländern und Ausländerinnen regelt, basiert auf einem dualen Zulassungssystem, das zwischen Bürgern aus Staaten der EU und der Europäischen Freihandelsassoziation (EFTA) einerseits sowie Bürgern aus den übrigen Staaten (“Drittstaaten”) andererseits unterscheidet.⁷

Der Überschrift der neuen Bestimmung entsprechend statuiert Abs. 1 von Art. 121a, dass die Schweiz die Zuwanderung von Ausländerinnen und Ausländern eigenständig steuert. Wie sich aus dem Kontext ergibt, ist der Begriff der Zuwanderung dabei in einem weiten Sinne zu verstehen und umfasst sämtliche ausländische Personen, so auch Kurzaufenthalter, Grenzgänger und Personen aus dem Asylbereich.⁸ Abs. 2 schreibt vor, dass die Zahl der Bewilligungen für den Aufenthalt von Ausländerinnen und Ausländern durch jährliche Höchstzahlen und Kontingente zu begrenzen ist. Weiter ermöglicht dieselbe Vorschrift die Beschränkung des Anspruchs auf dauernden Aufenthalt, Familiennachzug und Sozialleistungen. Abs. 3 sieht sodann vor, dass die jährlichen Höchstzahlen und Kontingente für erwerbstätige Ausländer auf die gesamtwirtschaftlichen Interessen der Schweiz unter Berücksichtigung eines Vorrangs für Schweizerinnen und Schweizer auszurichten sind. Auch Grenzgänger sind dabei einzubeziehen. Als Krite-

⁵ Statt vieler G. Biaggini, Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft. BV Kommentar, 2007, Art. 142 Rn. 11 ff.

⁶ Ausländergesetz vom 16.12.2005 (AuG, SR 142.20).

⁷ Art. 2 AuG; Botschaft des Bundesrates zum Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer vom 8.3.2002, BBl 2002, 3709 (3725).

⁸ Botschaft des Bundesrates zur Volksinitiative “Gegen Masseneinwanderung” vom 7.12.2012, BBl 2013, 291 (311).

rien für die Erteilung von Aufenthaltsbewilligungen werden ausdrücklich das Gesuch eines Arbeitsgebers, die Integrationsfähigkeit und eine ausreichende eigenständige Existenzgrundlage genannt. Abs. 4 verbietet den Abschluss völkerrechtlicher Verträge, die gegen diese Bestimmungen verstoßen, und Abs. 5 bestimmt, dass Einzelheiten auf Gesetzesstufe zu regeln sind. Schließlich ergänzt die Initiative Art. 197 der Übergangsbestimmungen der BV um eine Ziffer 9. Danach müssen bestehende völkerrechtliche Verträge, die dem neuen Verfassungsartikel widersprechen, binnen drei Jahren neu verhandelt und angepasst werden. Überdies hat der Gesetzgeber die Initiative innerhalb derselben Frist umzusetzen, wobei der Bundesrat auf dem Verordnungsweg die Ausführungsbestimmungen zu erlassen hat, wenn der Gesetzgeber untätig bleibt.⁹

III. Das rechtliche Verhältnis zwischen der Schweiz und der EU

Zwischen der Schweiz und der EU existiert ein dichtes Vertragsnetz bestehend aus über 100 Abkommen. Der Grundstein wurde 1972 durch die Schaffung der Westeuropäischen Freihandelszone zwischen der damaligen EG und den EFTA-Staaten, denen auch die Schweiz angehört, gelegt. In der Folge der schweizerischen Ablehnung des Beitritts zum Europäischen Wirtschaftsraum (EWR) im Jahr 1992 versuchte die Schweiz die negativen Folgen für die Wirtschaft durch den Abschluss sektorieller Abkommen mit der EU in Ergänzung des Freihandelsabkommens von 1972 zu kompensieren. 1999 kam es zum Abschluss eines ersten Vertragspaketes (Bilaterale I), bestehend aus sieben Abkommen in den Bereichen Forschung, öffentliches Beschaffungswesen, technische Handelshemmnisse, Landverkehr, Luftverkehr, Landwirtschaft und Personenfreizügigkeit. Während die ersten fünf Dossiers auf Begehren der Schweiz eingebracht wurden, fügte die EU die letzten beiden hinzu.

Die einzelnen Abkommen wurden durch eine sog. Guillotine-Klausel verknüpft, was bedeutet, dass sie nur zusammen in Kraft treten konnten und dass bei Wegfall auch nur eines der Abkommen auch die anderen automatisch entfallen (Art. 25 Abs. 4 FZA).

2004 folgte dann der Abschluss der Bilateralen II. Dabei handelt es sich nur noch zu einem kleinen Teil um klassische Wirtschaftsverträge; vielmehr

⁹ Für erste Überlegungen zur Auslegung der neuen Verfassungsbestimmung siehe *P. Uebersax, Die verfassungsrechtliche Zuwanderungssteuerung – Zur Auslegung von Art. 121a BV, Jusletter 14.4.2014.*

wurde die Zusammenarbeit zwischen der Schweiz und der EU auf weitere Bereiche wie innere Sicherheit, Asylwesen und Umwelt ausgedehnt. Die insgesamt neun Abkommen dieses zweiten Paketes wurden dieses Mal mit Ausnahme der beiden Assoziierungsabkommen "Schengen" und "Dublin" rechtlich nicht durch eine Guillotine-Klausel verbunden und sind auch unabhängig von den Bilateralen I.

Im Rahmen der Erweiterung der EU folgten später schließlich noch zwei Zusatzprotokolle zum FZA zur Ausdehnung der Personenfreizügigkeit auf die neuen EU-Mitgliedstaaten.

1. Überblick über die im FZA gewährten Rechte

Unter dem geltenden dualen Zulassungssystem werden Personen, die in den Anwendungsbereich des Abkommens fallen, in der Schweiz privilegiert zugelassen. Durch Abschluss des FZA haben sich die Schweiz und die EU entschlossen, im Anwendungsbereich des Abkommens die Zulassung ausländischer Arbeitskräfte in erster Linie durch die Nachfrage der Wirtschaft zu steuern und damit grundsätzlich zahlenmäßig nicht zu beschränken.¹⁰ Als Teil des Vertragspakets Bilaterale I dient das FZA der stufenweisen¹¹ Einführung der Personenfreizügigkeit für die Staatsangehörigen der Schweiz und der Mitgliedstaaten der EU.¹² Im Verhältnis der Schweiz zu den übrigen EFTA-Staaten gilt eine inhaltsgleiche Parallelregelung, die 2001 durch Revision des EFTA-Übereinkommens eingeführt wurde.¹³

Das FZA dehnt die Arbeitnehmerfreizügigkeit (Art. 45 AEUV¹⁴) für Arbeitnehmer und die Niederlassungsfreiheit (Art. 49 AEUV) für selbständig Erwerbende weitgehend auf die Schweiz und ihre Staatsangehörigen aus.¹⁵

¹⁰ Vgl. Art. 1 Abs. 1 lit. a FZA und Botschaft des Bundesrates zur Volksinitiative "Gegen Masseneinwanderung" (Anm. 8), 315.

¹¹ Gemäß Art. 10 FZA gelten für die Schweiz bestimmte Übergangsregelungen. Siehe dazu unten (III. 2).

¹² Präambel des FZA; A. Kellerhals/R. Zäch, Gesamtüberblick, in: D. Thürer/R. H. Weber/W. Portmann/A. Kellerhals, Bilaterale Verträge I & II Schweiz – EU. Handbuch, 2007, Rn. 42.

¹³ Abkommen zur Änderung des Übereinkommens zur Errichtung der Europäischen Freihandelsassoziation vom 21.6.2001, BBl 2001, 5028.

¹⁴ Konsolidierte Fassung des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union, ABl. EG Nr. C 115 vom 9.5.2008, 47.

¹⁵ D. W. Grossen/C. de Coulon, Bilaterales Abkommen über die Freizügigkeit zwischen der Schweiz und der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten, in: D. Thürer/R. H. Weber/W. Portmann/A. Kellerhals (Anm. 12), Rn. 4 mit Verweis darauf, dass nicht das gesamte Gemeinschaftsrecht im Bereich des freien Personenverkehrs übernommen wird, son-

Ziel des Abkommens ist damit erstens die Einräumung des Rechtes auf Einreise, Aufenthalt und Zugang zu einer Erwerbstätigkeit oder Niederlassung sowie das Recht auf Verbleib für unselbständig und selbständig Erwerbstätige.¹⁶ Darüber hinaus soll auch Nichterwerbstätigen unter gewissen Bedingungen ein Recht auf Einreise und Aufenthalt gewährt werden.¹⁷ Die Dienstleistungsfreiheit (Art. 56 AEUV) wird demgegenüber nur partiell übernommen.¹⁸ Schließlich ist Ziel des Abkommens den unter das Abkommen fallenden Personen die gleichen Lebens-, Beschäftigungs- und Arbeitsbedingungen wie für Inländer einzuräumen.¹⁹

Verwirklicht werden diese Rechte durch die Grundbestimmungen im Haupttext des Abkommens (Art. 1-9 FZA) und in dessen drei Anhängen, welche zur effektiven Realisierung der Freizügigkeit beitragen sollen.²⁰ Darüber hinaus finden Bestimmungen aus dem Unionsrecht via Verweis Eingang in das Freizügigkeitsabkommen. Erst die Gesamtansicht vermag Aufschluss über den Umfang der bestehenden Rechte und Pflichten zu verschaffen.²¹

Das allgemeine Verbot der Diskriminierung wegen der Staatsangehörigkeit (Art. 18 AEUV) findet in Art 2 FZA Niederschlag.²² Art. 3 und 4 FZA gewähren in allgemeiner Weise die Rechte auf Einreise, Aufenthalt und Zugang zu einer Erwerbstätigkeit. In Bezug auf das Aufenthaltsrecht ist hervorzuheben, dass Art. 2 Abs. 1 Anhang I FZA einen Anspruch auf Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung beinhaltet.²³ Es handelt sich dabei um ein subjektives Recht, das direkt aus dem FZA fließt; die Erteilung von Aufenthaltsbewilligungen liegt damit bei Vorliegen der Voraussetzungen nicht im Ermessen der nationalen Behörden und ist – im Gegensatz zur Erteilung der Aufenthaltsbewilligung für Drittstaatenangehörige – von rein deklarati-

vern in ähnlichem Wortlaut die wichtigsten Bestimmungen sowie die einschlägige Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union bis zum Stichtag am 21.6.1999 (vgl. Art. 16 FZA).

¹⁶ Art. 1 lit. a FZA.

¹⁷ Art. 1 lit. c FZA.

¹⁸ Art. 1 lit. b FZA spricht von einer "Erleichterung" der Erbringung von Dienstleistungen.

¹⁹ Art. 1 lit. d FZA.

²⁰ Anhang I über die Freizügigkeit, Anhang II über die soziale Sicherheit und Anhang III über die Anerkennung von Diplomen und Berufsausweisen.

²¹ S. *Heselhaus/J. Hänni*, Die eidgenössische Volksinitiative "Gegen Masseneinwanderung" (Zuwanderungsinitiative) im Lichte des Freizügigkeitsabkommens und der bilateralen Zusammenarbeit mit der EU, SZIER 2013, 19 (30).

²² S. *Benesch*, Das Freizügigkeitsabkommen zwischen der Schweiz und der Europäischen Gemeinschaft, 2007, 167.

²³ *D. W. Gossen/C. de Coulon* (Anm. 15), Rn. 35; dieser grundsätzliche Anspruch wird in Anhang I weiter konkretisiert.

ver Bedeutung.²⁴ Art. 7 FZA bildet – teilweise in Wiederholung der Zielbestimmungen in Art. 1 FZA – die Grundbestimmung für die Regelung der mit der Freizügigkeit zusammenhängenden Rechte.

a) Arbeitnehmer

Die Vorschriften der Art. 6 ff. Anhang I FZA konkretisieren die Arbeitnehmerfreizügigkeit weiter. Sie umfasst einen Anspruch auf Erteilung einer zeitlich von der Dauer des Arbeitsverhältnisses abhängigen Aufenthaltserlaubnis²⁵ sowie auf bewilligungsfreien Wechsel der Arbeitsstelle und des Wohn- und Arbeitsortes (berufliche und geografische Mobilität).²⁶ Voraussetzung für die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis ist lediglich die Vorlage eines Ausweises sowie eine Einstellungserklärung des Arbeitgebers oder eine Arbeitsbescheinigung.²⁷ Auch nach Beendigung einer Erwerbstätigkeit gewährt das FZA Arbeitnehmern unter gewissen Bedingungen ein Aufenthalts- bzw. Verbleiberecht, etwa zur Stellensuche unter den Voraussetzungen von Art. 2 Abs. 1 Unterabsatz 2 Anhang I FZA²⁸ oder nach Erreichen des Rentenalters bei Erfüllen der Voraussetzungen von Art. 4 Anhang I FZA.²⁹ Von der Arbeitnehmerfreizügigkeit sind auch unselbständig erwerbstätige Grenzgänger erfasst.³⁰ Sie benötigen an sich keine Aufenthaltserlaubnis, allerdings ist es den Staaten erlaubt, eine Sonderbescheinigung auszustellen.³¹

²⁴ A. Borghi, La libre circulation des personnes entre la Suisse et l'UE: commentaire article par article de l'accord du 21 juin 1999, 2010, Rn. 158.

²⁵ Art. 6 Anhang I FZA; unterschieden wird zwischen Dauer- und Kurzaufenthalten. Arbeitnehmer mit Arbeitsverhältnissen unter drei Monaten benötigen keine Aufenthaltserlaubnis.

²⁶ Art. 8 Anhang I FZA; A. Epiney/R. Mosters, Europarecht II. Die Grundfreiheiten des AEUV, 3. Aufl. 2012, 217.

²⁷ Art. 6 Abs. 3 lit. a und b Anhang I FZA.

²⁸ D. W. Grosse/C. de Coulon (Anm. 15), Rn. 85 ff.

²⁹ Art. 4 Abs. 2 Anhang I FZA verweist dabei auf das diesbezügliche Unionsrecht: Verordnung (EWG) 1251/70 vom 29.6.1970 über das Recht der Arbeitnehmer, nach Beendigung einer Beschäftigung im Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaates zu verbleiben, ABl L 142, 30.6.1970, 24. Siehe dazu D. W. Grosse/C. de Coulon (Anm. 15), Rn. 94 f.

³⁰ D. W. Grosse/C. de Coulon (Anm. 15), Rn. 89 ff.

³¹ Art. 7 Abs. 2 Anhang I FZA.

b) Selbständig Erwerbstätige

Im Gegensatz zum Unionsrecht profitieren von der Niederlassungsfreiheit gemäß FZA lediglich natürliche Personen.³² Danach besteht Anspruch auf eine Aufenthaltsbewilligung mit einer Gültigkeitsdauer von mindestens fünf Jahren, sofern der Nachweis einer solchen Tätigkeit erbracht wird.³³ Auch für die Ausstellung einer Aufenthaltsbewilligung für selbständig Erwerbstätige ist lediglich die Vorlage eines Ausweises sowie der Nachweis einer selbständigen Erwerbstätigkeit Voraussetzung.³⁴ Für selbständig erwerbstätige Grenzgänger gilt zudem auch hier, dass sie keine Aufenthaltsbewilligung benötigen, aber eine Sonderbescheinigung erhalten können.³⁵ Für selbständig Erwerbstätige besteht nach Beendigung der Erwerbstätigkeit gemäß Art. 4 Abs. 2 Anhang I FZA unter bestimmten Bedingungen ebenfalls ein Verbleiberecht.³⁶ Sie profitieren schließlich auch von beruflicher und geografischer Mobilität, was in diesem Fall auch den Wechsel von einer selbständigen zu einer unselbständigen Erwerbstätigkeit umfasst.³⁷

c) Dienstleistungserbringende

Auch die Dienstleistungsfreiheit (Art. 56 AEUV) wird partiell auf die Schweiz ausgedehnt: Art. 5 Abs. 1 FZA gewährt Dienstleistungserbringern der Vertragsparteien ein auf 90 Arbeitstage pro Jahr beschränktes Recht, Dienstleistungen zu erbringen.³⁸ Art. 17 lit. a Anhang I FZA verbietet entsprechend Beschränkungen grenzüberschreitender Dienstleistungen im Rahmen dessen. Gemäß Art. 20 Abs. 1 Anhang I FZA benötigen Dienstleistungserbringende für Aufenthalte von 90 Arbeitstagen pro Jahr keine Aufenthaltserlaubnis.³⁹

³² Statt vieler *S. Benesch* (Anm. 22), 139.

³³ Art. 12 Abs. 1 Anhang I FZA; *D. W. Grosse/C. de Coulon* (Anm. 15), Rn. 96 ff.

³⁴ Art. 12 Abs. 3 lit. a und b Anhang I FZA.

³⁵ Art. 13 Abs. 2 Anhang I FZA.

³⁶ Art. 4 Abs. 2 Anhang I FZA verweist auch diesbezüglich auf Unionsrecht: Richtlinie 75/34/EWG vom 17.12.1974 über das Recht der Staatsangehörigen eines Mitgliedstaates, nach Beendigung der Ausübung einer selbständigen Tätigkeit im Hoheitsgebiet eines anderen Mitgliedstaates zu verbleiben, ABl L 014, 20.1.1975, 10. Siehe dazu *S. Benesch* (Anm. 22), 143 f.

³⁷ Art. 14 Abs. 2 Anhang I FZA.

³⁸ Art. 5 Abs. 3 FZA und 23 Anhang I FZA regeln Einreise- und Aufenthaltsrecht von Dienstleistungsempfängern; zum Ganzen *S. Benesch* (Anm. 22), 160 ff.

³⁹ *D. W. Grosse/C. de Coulon* (Anm. 15), Rn. 104. Ein ausführlicher Überblick über die Rechte der Dienstleistungserbringer im Rahmen des FZA findet sich bei *S. Benesch* (Anm. 22), 145 ff.

d) Nichterwerbstätige und Familiennachzug

Nichterwerbstätige (etwa Rentner und Studierende) profitieren unter gewissen Bedingungen ebenfalls von der Freizügigkeit: Gemäß Art. 24 Anhang I FZA kommt ihnen ein Aufenthaltsrecht zu, wenn sie den Nachweis eines umfassenden Krankenversicherungsschutzes und ausreichender finanzieller Mittel erbringen.⁴⁰

Schließlich beinhaltet das FZA auch Regelungen zum Familiennachzug: Familienangehörige von Personen mit einem Aufenthaltsrecht genießen gemäß Art. 3 Anhang I FZA ein Recht auf Aufenthalt. In den Anwendungsbereich dieser Vorschrift fallen der Ehegatte sowie die Verwandten in absteigender Linie, die noch nicht 21 Jahre alt sind oder denen Unterhalt gewährt wird; ferner die Verwandten oder die Verwandten des Ehegatten, denen Unterhalt gewährt wird.⁴¹ Bei Studierenden ist das Recht auf Familiennachzug auf den Ehegatten und die unterhaltsberechtigten Kinder beschränkt.⁴² Bedingung ist in beiden Fällen lediglich, dass eine angemessene Wohnung zur Verfügung steht.⁴³ Abs. 4 legt fest, dass die einem Familienangehörigen erteilte Aufenthaltserlaubnis die gleiche Gültigkeitsdauer hat wie diejenige der Person, die das originäre Freizügigkeitsrecht inne hat.⁴⁴ Darüber hinaus kommt Ehegatten und Kindern, die jünger als 21 Jahre alt sind oder denen Unterhalt gewährt wird, ein Recht auf Zugang zu einer Erwerbstätigkeit im gesamten Hoheitsgebiet des Aufnahmestaates zu.⁴⁵ Schließlich genießen auch Familienangehörige unter bestimmten Voraussetzungen ein Verbleiberecht im Sinne von Art. 4 Anhang I FZA.⁴⁶

e) Inländergleichbehandlung

Wie erwähnt ist eines der Ziele des Abkommens, allen vom Abkommen erfassten Personen die gleichen Lebens-, Beschäftigungs- und Arbeitsbedingungen zu gewähren.⁴⁷ Art. 2 FZA statuiert das unionsrechtliche Diskriminierungsverbot aufgrund der Staatsangehörigkeit (Art. 18 AEUV) in allge-

⁴⁰ Zu den Einzelheiten *D. W. Grosse/C. de Coulon* (Anm. 15), Rn. 110 ff.

⁴¹ Art. 3 Abs. 2 lit. a und b Anhang I FZA.

⁴² Art. 3 Abs. 2 lit. c Anhang I FZA.

⁴³ Art. 3 Abs. 1 Anhang I FZA.

⁴⁴ Beim Aufenthaltsrecht von Familienangehörigen handelt es sich um ein vom Hauptberechtigten abgeleitetes Recht; siehe *D. W. Grosse/C. de Coulon* (Anm. 15), Rn. 121.

⁴⁵ Art. 3 Abs. 4 Anhang I FZA.

⁴⁶ Näheres in *D. W. Grosse/C. de Coulon* (Anm. 15), Rn. 127 ff.

⁴⁷ Art. 1 lit. d FZA.

meiner Weise im Sinne eines Auffangtatbestandes.⁴⁸ Danach dürfen die Staatsangehörigen einer Vertragspartei, die sich rechtmäßig im Hoheitsgebiet einer anderen Vertragspartei aufhalten, bei der Anwendung des Abkommens entsprechend den drei Anhängen nicht wegen ihrer Staatsangehörigkeit diskriminiert werden. Es handelt sich dabei um eine für die Verwirklichung der Freizügigkeit zentrale Vorschrift, die verhindern soll, dass behindernde Maßnahmen, die nicht von den besonderen Bestimmungen erfasst sind, eingeführt werden.⁴⁹ Anhang I enthält ferner spezielle Gleichbehandlungsgebote: Art. 9 Anhang I FZA gilt für Arbeitnehmer und ihre Familienangehörigen und Art. 15 für selbständig Erwerbstätige, wobei Abs. 2 sinngemäß auf den Inhalt von Art. 9 verweist. Somit kommen Arbeitnehmern, selbständig Erwerbstätigen und ihren Familienangehörigen in den genannten Situationen gleiche Rechte wie Inländern zu, so etwa im Zusammenhang mit Entlohnung, Kündigung und Wiedereinstellung.⁵⁰ Das spezielle Gleichbehandlungsgebot für Arbeitnehmer adressiert teilweise auch Private und entfaltet insofern eine beschränkte Drittwirkung.⁵¹ Für Studierende, Rentner, Stellensuchende und die übrigen Nichterwerbstätigen sowie ihre Familienangehörigen gilt der allgemeine Auffangtatbestand des Art. 2 FZA, allerdings mit eingeschränkter Tragweite: Ein Anspruch auf Gleichbehandlung im Bereich der Sozialhilfe besteht hier nicht, da das Aufenthaltsrecht dieser Personengruppe an das Vorhandensein ausreichender finanzieller Mittel geknüpft ist.⁵²

f) Stillstandsklausel

In Art. 13 FZA verpflichten sich die Parteien ausdrücklich, in den unter das Abkommen fallenden Bereichen keine neuen Beschränkungen für Staatsangehörige der anderen Partei einzuführen. Es handelt sich dabei um eine den völkergewohnheitsrechtlichen Grundsatz *pacta sunt servanda* im FZA hervorhebende Treueklausel, da das FZA – anders etwa als der EWR-Vertrag – auf dem Prinzip der Gleichwertigkeit der Gesetzgebung der Parteien beruht und keine Gesetzgebungskompetenzen an eine supranationale

⁴⁸ D. W. Grossen/C. de Coulon (Anm. 15), Rn. 26.

⁴⁹ Dazu und zum eingeschränkten Umfang des allgemeinen Diskriminierungsverbots gemäß Art. 2 FZA S. Benesch (Anm. 22), 167 ff.

⁵⁰ Art. 9 Abs. 1 Anhang I FZA; D. W. Grossen/C. de Coulon (Anm. 15), Rn. 27.

⁵¹ Art. 9 Abs. 4, 5 Anhang I FZA; zum Umfang dieses speziellen Gleichbehandlungsgebots allgemein siehe S. Benesch (Anm. 22), 133 ff.

⁵² D. W. Grossen/C. de Coulon (Anm. 15), Rn. 28.

Instanz übertragen wurden.⁵³ Damit behalten die Parteien theoretisch die Kompetenz, durch nationale Rechtssetzungsakte das Abkommen zu konterkarieren, was durch die ausdrückliche Hervorhebung verhindert werden soll.⁵⁴

g) Volle Verwirklichung der Freizügigkeit: Regelungen zur sozialen Sicherheit

Anhang II FZA enthält Vorschriften zur Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit, wodurch Verluste aus Versicherungslücken oder Mehrfachversicherungen infolge eines Wohnort- oder Beschäftigungswechsels vermieden werden sollen. Diese Bestimmungen sollen ergänzend zur effektiven Verwirklichung der Personenfreizügigkeit beitragen: Würden Erwerbstätige durch Ausübung der Freizügigkeit ihren sozialen Schutz verlieren, könnte dies die Mobilität hemmen.⁵⁵

Eine wichtige Rolle im Rahmen der Koordinierung spielt der Grundsatz der Gleichbehandlung.⁵⁶ Gemäß Art. 9 Abs. 4 Anhang I FZA werden Arbeitnehmer in Bezug auf die steuerlichen und sozialen Vergünstigungen den Inländern gleichgestellt. Ausgeschlossen von den Koordinierungsbestimmungen sind Nichterwerbstätige; nicht vom Geltungsbereich erfasst ist zudem der Bereich der Sozialhilfe.⁵⁷

2. Übergangsbestimmungen und zulässige Einschränkungen

Das Abkommen erlaubt in Art. 10 FZA während einer Übergangszeit Einschränkungen der Freizügigkeit. So durfte die Schweiz während in diesem Artikel festgelegten Zeiträumen einen Inländervorrang beibehalten, Höchstzahlen vorsehen sowie Lohn- und arbeitsspezifische Kontrollen durchführen. Zudem durfte sie flankierende Maßnahmen einführen. Seit Mai 2011 herrscht für sämtliche vom Abkommen und den Zusatzprotokollen erfasste EU-Mitgliedstaaten außer Rumänien und Bulgarien volle Freizügigkeit. Gegenüber letzteren sind Einschränkungen noch bis spätestens

⁵³ D. Thüerer/C. Hillemanns, Allgemeine Prinzipien, in: D. Thüerer/R. H. Weber/W. Portmann/A. Kellerhals (Anm. 12), Rn. 23 f.

⁵⁴ Zum Ganzen S. Benesch (Anm. 22), 105 ff.

⁵⁵ S. Heselhaus/J. Hänni (Anm. 21), 51 ff.; zum Ganzen S. Benesch (Anm. 22), 190 ff.

⁵⁶ S. Heselhaus/J. Hänni (Anm. 21), 53.

⁵⁷ S. Heselhaus/J. Hänni (Anm. 21), 53.

Ende Mai 2016 zulässig.⁵⁸ Außerdem hatte die Schweiz bis Ende Mai 2014⁵⁹ die Möglichkeit, einseitig die sog. Ventilklausel gemäß Art. 10 Abs. 4 FZA als Schutzmechanismus zu aktivieren, wenn die Bedingungen dafür erfüllt waren.⁶⁰

Darüber hinaus enthält das Abkommen in Art. 14 Abs. 2 FZA eine allgemeine Schutzklausel (“konsensuelle Schutzklausel”⁶¹), wobei bei schwerwiegenden wirtschaftlichen oder sozialen Problemen der Gemischte Ausschuss⁶² angerufen werden kann, der dann über in Umfang und Dauer beschränkte Maßnahmen beschließen kann.

Darüber hinausgehende Einschränkungen der im Rahmen des FZA gewährten Rechte dürfen gemäß Art. 5 Abs. I Anhang I FZA im Einzelfall nur durch Maßnahmen, die aus Gründen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit und Gesundheit gerechtfertigt sind, vorgenommen werden. Abs. 2 nimmt Bezug auf drei Richtlinien. Entsprechend muss bei der Auslegung der Begriffe auf Unionsrecht und die einschlägige Unionsrechtsprechung Rückgriff genommen werden.⁶³ Nach Art. 3 Abs. 1 Richtlinie 64/221/EWG⁶⁴ darf bei Maßnahmen der öffentlichen Ordnung oder Sicherheit ausschließlich das persönliche Verhalten der in Betracht kommen-

⁵⁸ Informationen einsehbar unter <<https://www.bfm.admin.ch>>.

⁵⁹ Gegenüber Rumänien und Bulgarien besteht die Möglichkeit gemäß Art. 10 Abs. 4c FZA noch bis 31.5.2019.

⁶⁰ “(...) Ist nach Ablauf eines Zeitraums von fünf Jahren und bis 12 Jahre nach Inkrafttreten des Abkommens in einem bestimmten Jahr die Zahl der neuen Aufenthaltserlaubnisse einer der Kategorien nach Absatz 1, die Arbeitnehmern und Selbstständigen der Europäischen Gemeinschaft erteilt wurden, um 10 % höher als der Durchschnitt der drei vorangegangenen Jahre, so kann die Schweiz für das folgende Jahr die Zahl der neuen Aufenthaltserlaubnisse dieser Kategorie für Arbeitnehmer und Selbstständige der Europäischen Gemeinschaft einseitig auf den Durchschnitt der drei vorangegangenen Jahre plus 5 % begrenzen. Im darauffolgenden Jahr kann diese Zahl auf die gleiche Höhe begrenzt werden.

Ungeachtet des Unterabsatzes 1 darf für Arbeitnehmer und Selbstständige der Europäischen Gemeinschaft die Zahl der neuen Aufenthaltserlaubnisse mit einer Gültigkeitsdauer von einem Jahr oder mehr nicht auf weniger als 15 000 pro Jahr bzw. die Zahl der Aufenthaltserlaubnisse mit einer Gültigkeitsdauer von mehr als vier Monaten und weniger als einem Jahr nicht auf weniger als 115 500 pro Jahr begrenzt werden.”

⁶¹ Botschaft des Bundesrates zur Genehmigung der sektoriellen Abkommen zwischen der Schweiz und der EG vom 23.6.999, BBl 1999, 4590 (6312).

⁶² Art. 14 FZA. Beim Gemischten Ausschuss für das Freizügigkeitsabkommen handelt es sich um ein gemeinsames Organ der Vertragsparteien; er setzt sich zusammen aus Vertretern der Vertragsparteien und ist gemäß Art. 14 Abs. 1 FZA für die ordnungsgemäße Anwendung des Abkommens zuständig und verfügt auch über eine eingeschränkte Rechtsetzungsbefugnis (Art. 18 Satz 2 FZA). Auch die anderen Abkommen der Bilateralen I und II sehen i. d. R. Gemischte Ausschüsse vor. Zum Ganzen siehe *T. Jaag/M. Ziblmann*, Institutionen und Verfahren, in: D. Thürer/R. H. Weber/W. Portmann/A. Kellerhals (Anm. 12), Rn. 34 ff.

⁶³ *D. W. Gossen/C. de Coulon* (Anm. 15), Rn. 39.

⁶⁴ ABl vom 4.4.1964, Nr. 56, 850.

den Einzelperson ausschlaggebend sein; Art. 2 Abs. 1 dieser Richtlinie besagt zudem, dass die Gründe nicht für wirtschaftliche Zwecke geltend gemacht werden dürfen.

IV. Widersprüche der neuen Verfassungsbestimmung zum FZA

1. Festlegung jährlicher Höchstzahlen und Kontingente (Art. 121a Abs. 2 BV)

Der Grundgedanke der Personenfreizügigkeit ist die Überwindung zahlenmäßiger Beschränkung und die weitgehende Erleichterung beruflicher Mobilität. Jenseits der Übergangsbestimmungen (inklusive Ventilklausel) bietet das Freizügigkeitsabkommen damit grundsätzlich keinen Raum für pauschale zahlenmäßige Beschränkungen. Die Festlegung von Höchstzahlen und Kontingenten steht vielmehr im Widerspruch zum grundsätzlichen Anspruch auf Aufenthalt für unselbständige und selbständige Erwerbstätige einschließlich Grenzgänger, Dienstleistungserbringer und Nichterwerbstätige.⁶⁵ Ebenfalls widerspricht die neue Verfassungsbestimmung der Stillstandsklausel (Art. 13 FZA), da die Initiative gerade neue Beschränkungen bezweckt und Angehörige der EU-Staaten davon nicht ausnimmt.⁶⁶ Höchstzahlen setzen zudem eine Bewilligungspflicht im Einzelfall voraus; auch dies verletzt das FZA, das bei Vorliegen der Voraussetzungen einen Anspruch auf Erteilung einer (lediglich deklaratorischen) Aufenthaltsbewilligung statuiert.⁶⁷

2. Beschränkung des Verbleiberechts

Die Initiative bezweckt gemäß den Erläuterungen der Initianten, die sie in einem sog. Argumentarium zugänglich machen, weiter, dass eine Person,

⁶⁵ Art. 4, 5 und 6 FZA; Art. 2 Anhang I FZA vorbehaltlich Art. 10 FZA (Übergangsbestimmungen); zu den Konkretisierungen für die einzelnen Personengruppen siehe oben (III. 1.). So auch Botschaft des Bundesrates zur Volksinitiative "Gegen Masseneinwanderung" (Anm. 8), 336; S. *Heselhaus/J. Hänni* (Anm. 21), 34 ff.

⁶⁶ So auch Botschaft des Bundesrates zur Volksinitiative "Gegen Masseneinwanderung" (Anm. 8), 335.

⁶⁷ So auch Botschaft des Bundesrates zur Volksinitiative "Gegen Masseneinwanderung" (Anm. 8), 336.

die “keine Arbeit mehr in der Schweiz hat [...] das Land auch wieder verlassen” müsse.⁶⁸ Eine solche Pflicht lässt sich aus der neuen Verfassungsbestimmung jedoch nicht ableiten.⁶⁹ Das FZA dürfte dadurch folglich nicht tangiert sein.

3. Beschränkung des Rechts auf dauerhaften Aufenthalt (Art. 121a Abs. 2 BV)

Weiter statuiert die neue Verfassungsbestimmung, dass der Anspruch auf dauerhaften Aufenthalt beschränkt werden kann. Dies ist unter dem FZA im Einzelfall im Rahmen von Art. 5 Anhang I FZA (Öffentliche Ordnung) möglich oder für Nichterwerbstätige, wenn die im FZA festgelegten Bedingungen, etwa das Vorhandensein ausreichender finanzieller Mittel, nicht mehr erfüllt sind.⁷⁰ Falls dieser Passus so umgesetzt würde, dass über diese Fälle hinaus trotz Nachweis der entsprechenden Voraussetzungen Daueraufenthaltsbewilligungen, die unter Umständen automatisch verlängert werden,⁷¹ nicht mehr erteilt werden, wäre dies ebenfalls als Verstoß gegen das FZA zu werten. Gemäß den Erläuterungen der Initianten soll durch diese Wendung indes insbesondere ermöglicht werden, “Kurzaufenthalter oder Saisoniers während vielen Jahren wiederholt in die Schweiz einreisen zu lassen, ohne ihnen je eine dauernde Aufenthaltsbewilligung zu erteilen”.⁷² Dies lässt sich dem Wortlaut der neuen Verfassungsbestimmung selber jedoch nicht entnehmen. Wie erläutert, sieht das FZA für Arbeitsverhältnisse von weniger als einem Jahr aber ohnehin die Erteilung von Kurz- und nicht von Daueraufenthaltsbewilligungen vor.⁷³ Die entsprechende Regelung dürfte also von der neuen Verfassungsbestimmung nicht tangiert sein.

⁶⁸ *Überparteiliches Komitee gegen Masseneinwanderung*, Argumentarium Volksinitiative “gegen Masseneinwanderung”, einsehbar unter <<http://www.masseneinwanderung.ch>>, 37.

⁶⁹ So auch *P. Uebersax* (Anm. 9), 6.

⁷⁰ Botschaft des Bundesrates zur Volksinitiative “Gegen Masseneinwanderung” (Anm. 8), 314.

⁷¹ Siehe etwa Art. 6 Abs. 2 Anhang I FZA für Arbeitnehmer und Art. 12 Abs. 1, 2 Anhang I FZA für Selbständige.

⁷² *Überparteiliches Komitee gegen Masseneinwanderung* (Anm. 68), 38.

⁷³ Art. 6 Abs. 2 Anhang I FZA.

4. Beschränkung des Familiennachzugs (Art. 121a Abs. 2 BV)

Wie oben dargestellt, haben Staatsangehörige der Vertragsparteien unter den vom FZA abschließend geregelten Voraussetzungen Anspruch auf Familiennachzug. Das einseitige Aufstellen weiterer Voraussetzungen oder sonstige Beschränkungen dieses Rechts würden ebenso gegen das Abkommen verstoßen.⁷⁴

5. Beschränkung der Sozialleistungen (Art. 121a Abs. 2 BV)

Weiter soll gemäß Art. 121a Abs. 2 BV der Anspruch auf Sozialleistungen eingeschränkt werden können. Was mit dem Begriff der Sozialleistungen gemeint ist, bleibt allerdings unklar. Auch das Argumentarium definiert den Begriff nicht, geht inhaltlich aber auf mehrere Zweige im Bereich des Sozialversicherungsrechts (Invalidenversicherung, Altersvorsorge und Sozialhilfeleistungen) ein.⁷⁵ Die bundesrätliche Botschaft, in welcher der Bundesrat dem Parlament die Initiative erläutert,⁷⁶ geht demgegenüber davon aus, dass es sich um Sozialhilfeleistungen handelt.⁷⁷

In beiden Bereichen basiert das FZA wie erwähnt auf dem Grundsatz der Inländergleichbehandlung. Eine Einschränkung für unter das FZA fallende Personen würde dagegen verstoßen.⁷⁸

6. Vorrang für Schweizerinnen und Schweizer (Art. 121a Abs. 3 BV)

Wie dargestellt, sind Ungleichbehandlungen gestützt auf die Staatszugehörigkeit im Rahmen des FZA unzulässig. Nur im Rahmen der Übergangsbestimmungen ist in einem gewissen Rahmen ein Inländervorrang zulässig.

⁷⁴ Botschaft des Bundesrates zur Volksinitiative "Gegen Masseneinwanderung" (Anm. 8), 336; S. Heselhaus/J. Hänni (Anm. 21), 50.

⁷⁵ *Überparteiliches Komitee gegen Masseneinwanderung* (Anm. 68), 23 ff.

⁷⁶ Rechtsgrundlage ist Art. 141 Bundesgesetz vom 13.12.2002 über die Bundesversammlung (Parlamentsgesetz, ParlG, SR 171.10). In Botschaften zu Volksinitiativen nimmt der Bundesrat u. a. Stellung zur Gültigkeit von Volksinitiativen und empfiehlt sie der Bundesversammlung zur Annahme bzw. Ablehnung mit oder ohne Gegenentwurf.

⁷⁷ Botschaft des Bundesrates zur Volksinitiative "Gegen Masseneinwanderung" (Anm. 8), 315.

⁷⁸ Botschaft des Bundesrates zur Volksinitiative "Gegen Masseneinwanderung" (Anm. 8), 336; S. Heselhaus/J. Hänni (Anm. 21), 53.

Darüber hinausgehende Beschränkungen verstoßen gegen einen Kerngehalt des FZA.⁷⁹

7. Kriterien für die Erteilung von Aufenthaltsbewilligungen (Art. 121a Abs. 3 BV)

Die Voraussetzungen zur Erteilungen (nicht konstitutiver) Aufenthaltsbewilligungen sind abschließend im FZA geregelt. Vorgesehen sind weder das Gesuch eines Arbeitgebers noch der Nachweis der Integrationsfähigkeit einer Person, sondern lediglich eine Einstellungserklärung oder Arbeitsbescheinigung.⁸⁰

Ebenfalls nicht erforderlich ist eine ausreichende eigenständige Existenzgrundlage. Diese Formulierung könnte sich höchstens auf Stellensuchende beziehen, wobei jedoch Art. 2 Abs. 2 Anhang I FZA bereits vorsieht, dass Stellensuchende während ihres Aufenthalts von der Sozialhilfe ausgeschlossen werden können. Hier trägt die Initiative also nichts Neues bei.⁸¹

Insgesamt steht die neue Verfassungsbestimmung in mehrfacher Hinsicht im Widerspruch zum FZA und betrifft insbesondere auch Kernvorschriften des Abkommens.

V. Rechtfertigung?

Könnte sich die Schweiz bei einer dem FZA widersprechenden Umsetzung allenfalls auf Rechtfertigungsgründe berufen? Ein gewisses Abweichen vom Prinzip der Freizügigkeit erlauben – wie dargestellt – die Übergangsregelungen. Allerdings sind diese Fristen größtenteils bereits ausgelaufen und erlauben zudem nur punktuelle, vertraglich definierte Einschränkungen und nicht ein dauerhaftes einseitiges Abweichen vom FZA. Dasselbe gilt auch für die Ventilklausel (Art. 10 Abs. 4 FZA).

Auch eine Berufung auf die Bestimmung zur Einschränkung der Garantien des FZA in Fällen der Bedrohung der öffentlichen Ordnung, Sicherheit und Gesundheit (Art. 5 Anhang I FZA) ist ausgeschlossen. Die Bestimmung erlaubt lediglich Einschränkungen im Einzelfall und nicht ein generelles

⁷⁹ Botschaft des Bundesrates zur Volksinitiative “Gegen Masseneinwanderung” (Anm. 8), 336.

⁸⁰ Art. 6 Abs. 3 Anhang I FZA; S. Heselbaus/J. Hänni (Anm. 21), 45.

⁸¹ S. Heselbaus/J. Hänni (Anm. 21), 45.

und dauerhaftes Abweichen vom Grundsatz der Freizügigkeit. Außerdem darf die Bestimmung – wie dargestellt – nicht aus wirtschaftlichen Gründen geltend gemacht werden.

Am ehesten käme das Anrufen des Gemischten Ausschusses unter Anwendung der konsensuellen Schutzklausel gemäß Art. 14 Abs. 2 FZA in Frage. Allerdings ist höchst zweifelhaft, ob eine von der Bestimmung erfasste Situation vorliegt: Weder schwerwiegende wirtschaftliche noch soziale Probleme sind ersichtlich. Die schweizerische Wirtschaft ist unter dem FZA erwiesenermaßen gewachsen und es herrscht auch unter Arbeitnehmern aus EU-Staaten eine geringe Arbeitslosigkeit vor. Außerdem dürfte Art. 14 Abs. 2 FZA eher zur Behebung temporärer und punktueller Probleme durch Bereitstellen entsprechender Maßnahmen bestimmt sein. Die neue Verfassungsbestimmung verlangt demgegenüber eine dauernde Änderung, was nur unter dem Revisionsverfahren gemäß Art. 18 FZA zulässig sein dürfte.

Damit lässt sich sagen, dass eine Berufung auf Rechtfertigungsgründe aus dem FZA für die Schweiz wenig erfolgsversprechend sein dürfte.

VI. Folgen des Abstimmungsergebnisses: Umsetzung als Balanceakt mit unbekanntem Ausgang

Die Annahme der Volksinitiative “Gegen Masseneinwanderung” könnte für die Schweiz weitreichende Konsequenzen haben und im äußersten Fall gar das Ende des bilateralen Weges bedeuten: Käme es zu einer Kündigung des FZA, fielen aufgrund der Guillotine-Klausel alle Verträge der Bilateralen I innerhalb von sechs Monaten dahin (Art. 25 Abs. 4 FZA). Aus unionsrechtlicher Sicht bedarf es zur Kündigung eines Assoziierungsabkommens, zu denen das FZA zählt, gemäß der *actus contrarius*-Doktrin eines einstimmigen Beschlusses durch den Rat und die Zustimmung des Parlaments.⁸² Gemäß Art. 23 FZA blieben in diesem Fall die unter dem Abkommen bereits erworbenen Ansprüche Einzelner erhalten. Auswirkungen könnte eine Kündigung sogar auf Abkommen aus dem zweiten Vertragspaket haben, nämlich auf die Assoziierungsabkommen Schengen (SAA)⁸³ und Dublin

⁸² Art. 218 Abs. 2 i. V. m. 218 Abs. 6 i und 218 Abs. 8 Satz 2 AEUV.

⁸³ Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft, der Europäischen Union und der Europäischen Gemeinschaft über die Assoziierung dieses Staates bei der Umsetzung, Anwendung und Entwicklung des Schengen-Besitzstandes vom 26.10.2004 (SAA, SR 0.362.31), i. K. 1.3.2008.

(DAA)⁸⁴. Denn das Bestehen des FZA stelle für die EU eine Grundlage für die Assoziierung der Schweiz an den Schengen-Besitzstand dar. Dessen Wegfall könnte damit für die EU ein Grund zur Kündigung des SAA darstellen.⁸⁵ Gemäß Art. 17 Abs. 1 SAA kann dieses Abkommen von den Vertragsparteien durch Notifikation gekündigt werden; das Vorliegen bestimmter Gründe ist dafür nicht erforderlich.⁸⁶ Die Folge wäre, dass wegen der Verknüpfung der beiden Abkommen auch das Dublin-Abkommen hinfällig würde.⁸⁷ Dieses Szenario dürfte insgesamt für die Schweiz massive wirtschaftliche Folgen haben.⁸⁸

Allerdings ist zunächst festzuhalten, dass trotz der sofortigen Geltung der neuen Verfassungsbestimmung⁸⁹ die Schweiz das FZA noch nicht verletzt hat. Denn das Problem der Völkerrechtswidrigkeit stellt sich nur bei unmittelbar anwendbaren Volksinitiativen – lediglich mittelbar anwendbare Initiativen bedürfen zunächst der gesetzlichen Umsetzung und Operationalisierung. Dadurch ergeben sich gewisse Gestaltungsräume, die zur Überbrückung der Divergenzen genutzt werden können. Die Nichtumsetzung einer Norm entspricht damit faktisch deren Nichtanwendung, da der Verfassungstext bis zu seiner Konkretisierung keine Wirkungen entfaltet.⁹⁰

Bei der neuen Verfassungsnorm zur Zuwanderung handelt es sich zum größten Teil gerade um eine wenig bestimmt gefasste und damit nicht unmittelbar anwendbare und noch auszuführende Bestimmung, wie in Art. 121a Abs. 5 BV auch ausdrücklich festgehalten wird. Offen lässt die Bestimmung etwa die konkrete Obergrenze der einzuführenden Höchstzahlen

⁸⁴ Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Gemeinschaft über die Kriterien und Verfahren zur Bestimmung des zuständigen Staates für die Prüfung eines in einem Mitgliedstaat oder in der Schweiz gestellten Asylantrags vom 26.10.20014 (DAA, SR 0.142.392.68), i. K. 1.3.2008.

⁸⁵ Dieses Szenario zeichnet der Bundesrat in seiner Botschaft; siehe zum Ganzen Botschaft des Bundesrates zur Volksinitiative “Gegen Masseneinwanderung” (Anm. 8), 318.

⁸⁶ Art. 17 Abs. 1 SAA lautet: “Dieses Abkommen kann von der Schweiz oder durch einstimmigen Beschluss der Mitglieder des Rates gekündigt werden. Eine derartige Kündigung ist dem Verwahrer zu notifizieren. Sie wird sechs Monate nach der Notifizierung rechtswirksam.”

⁸⁷ Art. 16 Abs. 2 i. V. m. Art. 14 Abs. 2 DAA.

⁸⁸ Botschaft des Bundesrates zur Volksinitiative “Gegen Masseneinwanderung” (Anm. 8), 322 ff.

⁸⁹ Art. 195 BV.

⁹⁰ Zum Ganzen R. Nobs, Volksinitiative und Völkerrecht. Eine Studie zur Volksinitiative im Kontext der schweizerischen Aussenpolitik unter besonderer Berücksichtigung des Verhältnisses zum Völkerrecht, 2006, 352 f.

und Kontingente sowie auch die Festlegung der unterschiedlichen Zulassungskategorien und die dafür zuständigen Organe.⁹¹

Inwiefern die Initiative letztlich zu einem Verstoß gegen das FZA führt, hängt also von der gesetzlichen Umsetzung des neuen Verfassungsartikels ab. Die Schweiz hat dabei grundsätzlich zwei Optionen: Entweder wird versucht, den Verfassungsauftrag unter Fortführung des FZA – mit oder ohne Revision – auszuführen, oder das FZA wird gekündigt. Der Bundesrat setzt dabei im Moment auf mögliche Neuverhandlungen und will zu diesem Zweck bis Ende des Jahres Gespräche mit der EU aufnehmen.⁹² Damit sehen sich die Umsetzungsbehörden mit einer schwierigen Aufgabe konfrontiert; es wird in diesem Zusammenhang gar von der “Quadratur des Kreises”⁹³ gesprochen. Eine wortgetreue Umsetzung des neuen Verfassungsartikels könnte die EU zur Kündigung des FZA veranlassen und damit das Ende des bilateralen Weges bedeuten, während eine völkerrechtskonforme Umsetzung innenpolitisch schwer haltbar sein dürfte.

Im Folgenden soll zunächst dargelegt werden, wieso diese Schwierigkeiten letztlich in der Verfassung selber angelegt sind, um danach Möglichkeiten und Grenzen einer die widerstrebenden Interessen ausgleichenden Umsetzung aufzuzeigen.

1. Das dialektische Verhältnis zwischen Volksrechten und Völkerrecht

Immer wieder haben in der Schweiz in den letzten Jahren Volksinitiativen mit völkerrechtlich problematischem Inhalt Schlagzeilen gemacht. Die Annahme der “Masseneinwanderungsinitiative” ist nur ein Beispiel aus einer Reihe von Volksinitiativen, die zur Abstimmung gelangt und – weil Volksinitiativen auf Revision der Bundesverfassung zielen – nach ihrer Annahme geltendes Verfassungsrecht geworden sind.⁹⁴ In der Folge sehen sich die in-

⁹¹ Siehe dazu Botschaft des Bundesrates zur Volksinitiative “Gegen Masseneinwanderung” (Anm. 8), 314.

⁹² *Eidgenössisches Departement für auswärtige Angelegenheiten*, Neues System für Zuwanderung: Bundesrat legt Schritte für Umsetzung fest, einsehbar unter <<https://www.news.admin.ch>>.

⁹³ Quadratur des Kreises gesucht, NZZ vom 1.3.2014, 1.

⁹⁴ Jüngere Beispiele sind die Annahme der Ausschaffungsinitiative im Jahr 2010 (nunmehr enthalten in Art. 121 Abs. 3-6 BV) oder die Annahme der Minarett-Initiative im Jahr 2009 (Art. 72 Abs. 3 BV). Ein Überblick über völkerrechtlich problematische Initiativen, die in der Schweiz zur Abstimmung gelangt sind, findet sich im Bericht des Bundesrates zum Verhältnis von Völker- und Landesrecht vom 5.3.2010, BBl 2009, 0297, 2263 (2316 f.).

nerstaatlichen Behörden vermehrt mit Konflikten zwischen Verfassungsbestimmungen und der Bindung an Völkerrecht konfrontiert.⁹⁵ Im Zuge dieser Entwicklung ist in der Schweiz eine Diskussion entstanden, die zu einer gewissen Verabsolutierung der Volksrechte tendiert; vermehrt wird direkt-demokratische Mitwirkung als absolute Volksherrschaft dargestellt und zum obersten Staatsprinzip hochstilisiert.⁹⁶ In einem jüngeren Beispiel wurde die nicht vollumfängliche Umsetzung eines Verfassungsauftrags als Missachtung des Volkswillens gedeutet; in der Folge wurde gar mit dem Nachschieben einer weiteren Volksinitiative zur Durchsetzung der ersten gedroht.⁹⁷

Ausgangspunkt und Kern der Problematik um den Konflikt zwischen Völkerrecht und Volksrechten, zu denen in der Schweiz das Wahl-, Initiativ- und Referendumsrechts gehören,⁹⁸ bildet dabei die bestehende Verfassung selber. Der erste Grund dafür ist, dass das Initiativrecht der geltenden Bundesverfassung liberal ausgestaltet ist: Schranken der Verfassungsrevision und damit Gründe, eine Initiative für ungültig zu erklären und gar nicht erst zur Abstimmung gelangen zu lassen, sind gemäß Art. 139 Abs. 3 BV und Art. 194 Abs. 2 und 3 lediglich die Beachtung der Einheit von Form⁹⁹ und Materie¹⁰⁰ sowie zwingende Bestimmungen des Völkerrechts. Der verfassungsrechtliche Begriff des zwingenden Völkerrechts wird von einem Großteil der Lehre und der Praxis *de constitutione lata* in Anlehnung an den völkerrechtlichen Begriff definiert.¹⁰¹ Nur wenn eine Initiative eines dieser Ele-

⁹⁵ G. Biaggini, Die schweizerische direkte Demokratie und das Völkerrecht – Gedanken aus Anlass der Volksabstimmung über die Volksinitiative “Gegen den Bau von Minaretten”, ZÖR 65 (2010), 325 (330 f.).

⁹⁶ Siehe dazu R. Kiener/M. Krüsi, Bedeutungswandel des Rechtsstaats und Folgen für die (direkte) Demokratie am Beispiel völkerrechtswidriger Volksinitiativen, ZBl 110 (2009), 237.

⁹⁷ Es handelt sich dabei um die Debatte im Gefolge der Annahme der Ausschaffungsiniziative: Weil die Initianten mit der Umsetzung, die versucht, auch den völkerrechtlichen Verpflichtungen der Schweiz Rechnung zu tragen, unzufrieden sind, haben sie eine weitere Initiative zur Durchsetzung der ersten lanciert, die konkrete Vorgaben macht und den Handlungsspielraum der Umsetzungsbehörden damit einschränken soll.

⁹⁸ B. Ehrenzeller/R. Nobs, Vorbemerkungen zu Art. 136-142, in: B. Ehrenzeller/P. Mastronardi/R. J. Schweizer/K. A. Vallender (Hrsg.), Die schweizerische Bundesverfassung, Kommentar, Band II (Art. 94-197), 2. Aufl. 2008, Rn. 3.

⁹⁹ Initiativen dürfen ausschließlich entweder als ausgearbeiteter Entwurf oder als allgemeine Anregung eingereicht werden; siehe Art. 139 Abs. 2.

¹⁰⁰ Art. 75 Abs. 2 des Bundesgesetzes über die politischen Rechte (BPR) vom 17.12.1976 (SR 161.1) konkretisiert diese Anforderung in die Richtung, dass die Einheit der Materie gewahrt sei, wenn zwischen den einzelnen Teilen einer Initiative ein sachlicher Zusammenhang besteht.

¹⁰¹ Y. Hangartner, Art. 139 (neu), in: B. Ehrenzeller/P. Mastronardi/R. J. Schweizer/K. A. Vallender (Anm. 98), Rn. 28; P. Tschannen, Staatsrecht der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 2. Aufl. 2007, § 44, Rn. 24; Botschaft des Bundesrates zur Volksinitiative “Gegen Mas-

mente verletzt, wird sie von der Bundesversammlung für ganz oder teilweise ungültig erklärt.¹⁰² Dies führt zu einem Auseinanderfallen von rechtlichem Dürfen und Können.¹⁰³ Sämtliche Volksinitiativen, die in Widerspruch zu lediglich "einfachem" Völkerrecht stehen, gelangen zur Abstimmung. In der Folge sehen sich die Umsetzungsbehörden regelmäßig mit einer eigentlichen Gratwanderung zwischen der Achtung von Völkerrecht und der Erfüllung von Verfassungsaufträgen konfrontiert.¹⁰⁴ Die Erweiterung der Ungültigkeitsgründe wird gerade deswegen seit längerem intensiv diskutiert, bisher jedoch ohne Änderung des Status quo.¹⁰⁵ Die Auflösung des Spannungsverhältnisses zwischen Volksinitiativen und Völkerrecht verlagert sich damit auf die Phase der Umsetzung (bzw. Anwendung) demokratisch legitimierter Initiativen.¹⁰⁶

Die zweite Schwierigkeit besteht darin, dass die Verfassung aber auch in dieser Phase keine klaren Aussagen zum Verhältnis von Völker- und Landesrecht trifft, sondern lediglich Anhaltspunkte enthält: Gemäß Art. 5 Abs. 4 BV haben Bund und Kantone Völkerrecht "zu beachten"; Art. 190 BV enthält für die rechtsanwendenden Behörden ein Anwendungsgebot zugunsten von Völkerrecht. Dabei gilt es wiederum festzuhalten, dass das Beachtungsgebot in Art. 5. Abs. 4 BV ganz einhellig gerade nicht als starre Vorrangregel verstanden wird.¹⁰⁷ Einzig dem zwingenden Völkerrecht räumt die Bundesverfassung eine klare Vorrangstellung ein.¹⁰⁸ Dies führt unweigerlich dazu, dass die Auflösung des Spannungsverhältnisses zwischen Volksinitiativen und Völkerrecht einer Abwägung und Entscheidung im Einzelfall zugeführt wird.¹⁰⁹

seneinwanderung" (Anm. 8), 298. Allerdings legt der Bundesrat den Verfassungsbegriff des zwingenden Völkerrechts extensiv aus und fasst über die international anerkannten Bestimmungen etwa auch die notstandsfesten Garantien der EMRK darunter. Dazu *A. Peters*, Völkerrecht Allgemeiner Teil, 3. Aufl. 2012, Kapitel 8, Rn. 41a. Ein Teil der Lehre argumentiert für einen eigenständigen Begriff im schweizerischen Verfassungsrecht; siehe für einen Überblick *R. Nobs* (Anm. 90), 106 ff.

¹⁰² Art. 139 Abs. 3 BV; *Y. Hangartner* (Anm. 101), Rn. 37 ff.

¹⁰³ *Y. Hangartner*, Art. 5, in: B. Ehrenzeller/P. Mastronardi/R. Schweizer/K. A. Vallender (Hrsg.), Die schweizerische Bundesverfassung. Kommentar, Band I (Art. 1-93), 2. Aufl. 2008, Rn. 49.

¹⁰⁴ *M. Kayser*, Grundrechte als Schranke der Schweizerischen Verfassungsgebung, 2001, 178.

¹⁰⁵ *G. Biaggini* (Anm. 95), 339. Für einen Überblick über die Diskussion zur Erweiterung der Ungültigkeitsgründe siehe Zusatzbericht des Bundesrates zu seinem Bericht vom 5.3.2010 über das Verhältnis von Völkerrecht und Landesrecht vom 30.3.2011, BBl 2010, 2901, 3613.

¹⁰⁶ *R. Nobs* (Anm. 90), 359.

¹⁰⁷ Bericht des Bundesrates zum Verhältnis von Völker- und Landesrecht (Anm. 94), 2305.

¹⁰⁸ Zum Ganzen siehe *A. Peters* (Anm. 101), Kapitel 8, Rn. 30 ff.

¹⁰⁹ *R. Nobs* (Anm. 90), 359; *A. Glaser*, Direktdemokratisch legitimierte Grundrechtseinschränkungen, AJP 2014, 60 (69).

Ausgangspunkt für Überlegungen zur Umsetzung von völkerrechtlich heiklen Volksinitiativen muss dabei die Tatsache bilden, dass das Demokratieprinzip, welches auch das Initiativrecht umfasst, lediglich eines von mehreren tragenden Grundprinzipien der Schweizerischen Verfassungsordnung ist.¹¹⁰ Zwar kommt den direktdemokratischen Elementen im schweizerischen politischen System unbestrittenermaßen eine überaus wichtige, gar identitätsstiftende Funktion zu.¹¹¹ Dies hat auch historische Gründe: Sie trugen zur Beteiligung des Volkes an gemeinsamen politischen Fragen während aller Phasen des Bundesstaates bei und hatten so seit jeher eine integrations- und zusammenhaltfördernde Wirkung für die heterogene schweizerische Gesellschaft.¹¹² Dabei ist die 1891 eingeführte Volksinitiative auf Partiarevision der Bundesverfassung als nicht nur abwehrendes, sondern auch gestaltendes¹¹³ Mittel das weitestgehende direktdemokratische Instrument überhaupt.¹¹⁴ Sie gehört zum verfassungsrechtlichen Selbstverständnis der Schweiz.

Trotzdem ist die Vorstellung vom absoluten Volkswillen, die auf zu Zeiten der Gründung des Bundesstaates bestehendes Gedankengut zurückgeht, unter dem heute geltenden Modell des im Völkerrecht eingebundenen Rechtsstaates nicht mehr haltbar.¹¹⁵ Die Verfassung räumt dem Demokratieprinzip keinen Vorrang ein, sondern stellt es gleichrangig neben die anderen Grundwerte. Dazu gehört auch das Prinzip der Rechtsstaatlichkeit, das als Grundidee die Herrschaft des Rechts verbürgt und der Freiheitssicherung der Bürger dient. Im formellen Sinne verlangt es unter anderem die Bindung der gesamten staatlichen Tätigkeit an das Recht.¹¹⁶ Dazu gehört gemäß Art. 5 Abs. 4 BV, wonach Völkerrecht von Bund und Kantonen zu beachten sei, ausdrücklich auch die Bindung an Völkerrecht.¹¹⁷ Der völker-

¹¹⁰ Im Wesentlichen wird von vier tragenden Grundwerten der Bundesverfassung ausgegangen: Bundesstaatlichkeit, Rechtsstaatlichkeit, Demokratie und Sozialstaatlichkeit; statt vieler siehe *U. Häfelin/W. Haller/H. Keller*, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 8. Aufl. 2012, Rn. 168.

¹¹¹ *B. Ehrenzeller/R. Nobs* (Anm. 98), Rn. 7.

¹¹² *W. Linder/G. Lutz*, Direkte Demokratie, in: *U. Klöti/P. Knoepfel/H. Kriesi/W. Linder/Y. Papadopoulos/P. Sciarini*, Handbuch der Schweizer Politik, 4. Aufl. 2006, 103 (120).

¹¹³ *R. Nobs* (Anm. 90), 44, spricht diesbezüglich von der Innovationsfunktion der Volksinitiative.

¹¹⁴ *B. Ehrenzeller/R. Nobs* (Anm. 98), Rn. 12. Zu den verschiedenen wichtigen Funktionen des Instituts der Volksinitiative im politischen System der Schweiz *R. Nobs* (Anm. 90), 43 ff.

¹¹⁵ Siehe dazu *R. Kiener/M. Krüsi* (Anm. 96), 243.

¹¹⁶ Art. 5 Abs. 1 BV lautet: "Grundlage und Schranke staatlichen Handelns ist das Recht".

¹¹⁷ *Y. Hangartner* (Anm. 103), Rn. 44; *P. Tschannen* (Anm. 101), § 9, Rn. 13.

rechtliche Grundsatz *pacta sunt servanda* wird damit kraft der Schweizer Verfassung zur Verfassungspflicht erhoben.

Demokratie und Rechtsstaatlichkeit sind einander also gleichgeordnet; die Prinzipien "sind je auf einander angewiesen, ohne jedoch ineinander aufzugehen".¹¹⁸ Der Rechtsstaat ist gleichsam Voraussetzung und Korrektiv der Demokratie.¹¹⁹ Kein Wert soll sich auf Kosten des anderen verwirklichen können oder der eine zu Gunsten des anderen zurücktreten müssen.¹²⁰

Das Spannungsverhältnis zwischen verschiedenen Verfassungsgrundsätzen ist damit schon in der Verfassung selber angelegt.¹²¹ Gemäß schweizerischem Verfassungsrecht ist als Leitlinie bei der Auflösung dieses Spannungsverhältnisses zwischen inhaltlich kollidierenden Verfassungsgütern so weit wie möglich praktische Konkordanz herzustellen: Ziel muss sein, alle betroffenen Rechtsgüter nebeneinander zu weitest möglicher Verwirklichung gelangen zu lassen.¹²² Im Folgenden soll versucht werden darzulegen, was das für die Umsetzung des neuen Verfassungsartikels zur Zuwanderung konkret bedeutet.

2. Zur Umsetzung der neuen Verfassungsnorm

a) Erster Schritt: Konfliktvermeidung durch Harmonisierung

Nach ihrer Annahme durch Volk und Stände verlieren Volksinitiativen ihren Charakter als Gestaltungsmittel und unterstehen zur Ermittlung ihres konkreten Gehalts den allgemeinen Auslegungsregeln.¹²³ Dabei ist festzuhalten, dass die Initianten die alleinige Deutungshoheit über die Initiative verlieren. Verfassungsbestimmungen sind in erster Linie aus sich selber heraus, also ausgehend von ihrem Wortlaut, auszulegen. Der ursprüngliche Wille der Initianten kann aber im Rahmen der historischen Auslegung berücksichtigt werden.¹²⁴

¹¹⁸ B. Ehrenzeller/R. Nobs (Anm. 98), Rn. 14.

¹¹⁹ R. Rhinow/M. Schefer, Schweizerisches Verfassungsrecht, 2. Aufl. 2009, Rn. 205.

¹²⁰ R. Kiener/M. Krüsi (Anm. 96), 244.

¹²¹ R. Kiener/M. Krüsi (Anm. 96), 244.

¹²² BGE 139 I 16, E. 4.2.2.

¹²³ A. Fischer/H. Keller/M. Lanter, Volksinitiativen und Völkerrecht: die Zeit ist reif für eine Verfassungsänderung, ZBl 109 (2008), 121 (139); J. Künzli, Demokratische Partizipationsrechte bei neuen Formen der Begründung und bei der Auflösung völkerrechtlicher Verpflichtungen, ZSR 128 (2009), 47 (67).

¹²⁴ Botschaft des Bundesrates zur Volksinitiative "Gegen Masseneinwanderung" (Anm. 8), 313; U. Häfelin/W. Haller/H. Keller (Anm. 110), Rn. 1759.

Obwohl – wie gesagt – nicht als starre Vorrangregel im Verhältnis von Völker- und Landesrecht zu verstehen, wird aus dem Beachtungsgebot in Art. 5 Abs. 4 BV ein grundsätzlicher Vorrang des Völkerrechts vor entgegenstehendem Landesrecht abgeleitet.¹²⁵ Daraus ergibt sich die Pflicht zu einer völkerrechtskonformen Auslegung von Verfassungsbestimmungen, um Konflikte gar nicht erst entstehen zu lassen.¹²⁶ Diese Harmonisierungspflicht ergibt sich auch aus dem Grundsatz der integralen Auslegung und der Einheit der Rechtsordnung¹²⁷ und wird dadurch gestützt, dass das Volk durch die Annahme von Volksinitiativen als “Verfassungsänderer” fungiert und damit auch an das Beachtungsgebot gebunden ist.¹²⁸ Voraussetzung für eine völkerrechtskonforme Auslegung ist, dass eine Norm mehrere Deutungen zulässt – eine dem Völkerrecht entsprechende und eine davon abweichende.¹²⁹ Ihre Grenze findet die völkerrechtskonforme Auslegung, wenn der Sinngehalt einer landesrechtlichen Norm in eindeutiger Weise gegen Völkerrecht verstößt.¹³⁰ Dann liegt ein Normenkonflikt vor. Für den Gesetzgeber bedeutet dies, dass sich im Rahmen der Umsetzung nicht unmittelbar anwendbarer Initiativen gewisse Gestaltungsspielräume zur Überbrückung möglicher Divergenzen zwischen Völker- und Verfassungsrecht ergeben können.¹³¹

Was bedeutet das nun für die Umsetzung von Art. 121a BV? Die beiden Hauptanliegen scheinen *prima vista* einen gewissen Raum für eine völkerrechtskonforme Umsetzung zu lassen: Wie gesagt legt der Verfassungstext selber die Kontingente und Höchstzahlen nicht fest, sondern überlässt diese Aufgabe dem Gesetzgeber.¹³² Abs. 3 schreibt dabei als Leitlinie vor, dass die Festlegung mit Blick auf die “gesamtwirtschaftlichen Interessen” der Schweiz vorzunehmen sei. Dieser Begriff wird auch im Ausländergesetz verwendet¹³³ und bezieht sich in diesem Zusammenhang insbesondere auf die Förderung einer nachhaltigen Wirtschaftsentwicklung und die Berücksichtigung der Lage am Arbeitsmarkt im Rahmen der Zulassung von aus-

¹²⁵ Bericht des Bundesrates zum Verhältnis von Völker- und Landesrecht (Anm. 94), 2305; Botschaft des Bundesrates vom 20. November 1996 über eine neue Bundesverfassung, BBl 1997 I, 134.

¹²⁶ J. Künzli (Anm. 123), 67; R. Kiener/M. Krüsi (Anm. 96), 249; G. Biaggini (Anm. 95), 332.

¹²⁷ Bericht des Bundesrates zum Verhältnis von Völker- und Landesrecht (Anm. 94), 2306 f.; R. Rhinow/M. Schefer (Anm. 119), Rn. 562; P. Tschannen (Anm. 101), § 4, Rn. 39.

¹²⁸ So auch R. Nobs (Anm. 90), 344 f.; J. Künzli (Anm. 123), 76.

¹²⁹ R. Nobs (Anm. 90), 348.

¹³⁰ Vgl. etwa BGE 125 II, 417, 424; R. Rhinow/M. Schefer (Anm. 119), Rn. 565.

¹³¹ R. Nobs (Anm. 90), 347, 352 f.

¹³² Art. 121a Abs. 3 i. V. m. Abs. 5 BV.

¹³³ Art. 3 Abs. 1 AuG (Anm. 6).

ländischen Arbeitskräften.¹³⁴ Diese Formulierung würde damit an sich eine Regelung zulassen, welche die unter das FZA fallenden Personen weiterhin privilegiert behandelt, liegt dies doch aufgrund der großen Nachfrage auf dem schweizerischen Arbeitsmarkt im wirtschaftlichen Interesse der Schweiz.¹³⁵ Ebenfalls wäre etwa die Festlegung so großer Höchstzahlen denkbar, dass das FZA faktisch nicht tangiert würde. Formell würde dies zwar wohl trotzdem gegen das FZA verstoßen; allerdings darf bezweifelt werden, dass die EU einen solchen Verstoß rügen würde, wenn er faktisch ohne Auswirkungen bleibt.

Allerdings muss betont werden, dass es zumindest zweifelhaft ist, ob eine solche Vorgehensweise der *ratio* der Initiative entspricht – Ziel der Verfassungsbestimmung ist die eigenständige Steuerung der Zuwanderung durch die Schweiz, wodurch insbesondere eine zahlenmäßige Beschränkung der in die Schweiz gelangenden Arbeitskräfte erreicht werden soll.¹³⁶ Zwar könnte man argumentieren, dass auch das bisherige Modell, nämlich Freizügigkeit und weitgehende Regulierung der Zuwanderung durch die Bedürfnisse der Wirtschaft eine Form von Steuerung ist. Zusammen mit der Bestimmung gelesen, dass Höchstzahlen und Kontingente durch Gesetz festzulegen sind,¹³⁷ wird aber deutlich, dass die Stoßrichtung der Verfassungsbestimmung direkt gegen das Prinzip der Freizügigkeit an sich geht, das gerade eine nicht-zahlenmäßige Regulierung postuliert. Dies wird auch gestützt durch Aussagen der Initianten, die in ihren Erklärungen zur Initiative für eine Regelung entsprechend dem bestehenden Ausländergesetz auch für unter das Freizügigkeitsabkommen fallende Personen plädieren.¹³⁸ Dies würde aber klar ein Abkehren vom dualen Zulassungssystem bedeuten.

Ähnliches gilt auch für den Inländervorrang im Rahmen der Zulassung gemäß Art. 121a Abs. 3 BV. Hier könnte sich dadurch ein gewisser Interpretationsspielraum ergeben, dass der Verfassungstext von der “Berücksichtigung” eines Vorranges für Schweizerinnen und Schweizer spricht. Es han-

¹³⁴ Botschaft des Bundesrates zum Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer vom 8.3.2002, BBl 2002, 3709 (3726).

¹³⁵ So auch schon Botschaft des Bundesrates zur Volksinitiative “Gegen Masseneinwanderung” (Anm. 8), 315; zu den positiven Auswirkungen des freien Personenverkehrs und der Zuwanderung auf die Schweiz siehe Bericht des Bundesrates vom 4.7.2012 über die Personenfreizügigkeit und die Zuwanderung in der Schweiz, abrufbar unter <<http://www.ejpd.admin.ch>>.

¹³⁶ Art. 121a Abs. 1 BV. Im Abstimmungskampf und ihrem Argumentarium argumentierten die Initianten insbesondere mit dem starken Bevölkerungswachstum aufgrund der “maßlosen” Einwanderung; siehe etwa *Überparteiliches Komitee gegen Masseneinwanderung* (Anm. 68), 4.

¹³⁷ Art. 121a Abs. 2 i. V. m. Abs. 5 BV.

¹³⁸ *Überparteiliches Komitee gegen Masseneinwanderung* (Anm. 68), 40.

delt sich also nicht um einen absoluten Vorrang.¹³⁹ Wiederum zusammen mit dem Kriterium der “gesamtwirtschaftlichen Interessen” gelesen, ließe sich auch der Vorrang im Sinne einer Steuerung durch die Bedürfnisse der Wirtschaft und damit *de facto* der Beibehaltung des Status quo lesen.

Auch hierfür ergibt sich die Schwierigkeit, dass damit dem Anliegen der Initiative kaum gerecht würde. In beiden Fällen lässt sich dem jedoch zumindest entgegenhalten, dass die Problematik schon im Initiativtext selber angelegt ist, der einen inneren Widerspruch aufweist: Einerseits verlangt die Bestimmung die Einschränkungen bei der Zulassung von ausländischen Arbeitskräften, andererseits die Berücksichtigung der gesamtwirtschaftlichen Interessen der Schweiz. Letztere sprechen aber klar für eine Beibehaltung der bisherigen Regelung.¹⁴⁰ Dies zeigt, dass eine vollkommen ausgewogene Auflösung dieses Spannungsverhältnisses schlicht nicht möglich sein dürfte.

Als Zwischenfazit lässt sich damit festhalten, dass eine FZA-konforme Ausgestaltung der Initiative von deren Wortlaut nicht vollkommen ausgeschlossen zu sein scheint; verwiesen sei in diesem Zusammenhang auch etwa auf die kreative Umsetzung der Alpeninitiative, wo die Tatsache, dass der Initiativtext keine konkreten Umsetzungsmaßnahmen enthielt, als Spielraum für eine völkerrechtskonforme Auslegung genutzt wurde.¹⁴¹ Vor dem Hintergrund der Stoßrichtung der Initiative dürfte eine solche Umsetzung im Ergebnis aber kaum haltbar sein.¹⁴² Innenpolitisch dürfte ein solches Vorgehen schwer durchsetzbar sein und auf Widerstand, etwa in Form der Ergreifung des Referendums gegen die Umsetzungsgesetzgebung, stoßen.¹⁴³

¹³⁹ Siehe auch Botschaft des Bundesrates zur Volksinitiative “Gegen Masseneinwanderung” (Anm. 8), 315.

¹⁴⁰ Botschaft des Bundesrates zur Volksinitiative “Gegen Masseneinwanderung” (Anm. 8), 292; zu den befürchteten gravierenden Konsequenzen, welche die Kündigung des FZA und damit die Auflösung der Bilateralen I für die Schweizer Wirtschaft hätte siehe 322 ff.

¹⁴¹ Dazu R. Nobs (Anm. 90), 348 ff.

¹⁴² So auch schon S. Heselhaus/J. Hänni (Anm. 21), 54.

¹⁴³ Art. 141 Abs. 1 BV.

b) Zweiter Schritt: Umsetzung im Konfliktfall

Damit liegt ein echter Normenkonflikt vor. In diesem Fall bestehen grundsätzlich zwei Möglichkeiten: Die Lösung dieses Konflikts auf völkerrechtlicher oder auf innerstaatlicher Ebene.

aa) Konfliktlösung auf völkerrechtlicher Ebene

Am naheliegendsten wäre in diesem Fall – wie von der Initiative ausdrücklich verlangt – die Neuverhandlung des FZA. Eine Revision des FZA ist gemäß Art. 18 FZA *de iure* auch möglich.¹⁴⁴ Eine solche Vorgehensweise im Einklang mit den Revisionsvorschriften des FZA würde es ermöglichen, in völkerrechtskonformer Weise den Verfassungsauftrag umzusetzen. In diese Richtung gehende Vorschläge wurden bereits thematisiert; denkbar wäre etwa eine Perpetuierung der – bisher lediglich zeitlich beschränkten – Ventilklausel (Art. 10 Abs. 4 FZA), um nicht auf starre Höchstzahlen verwiesen zu sein und doch gewisse Steuerungsmechanismen beizubehalten.

Allerdings ist die Wahrscheinlichkeit groß, dass diese Option *de facto* ausgeschlossen bzw. stark eingeschränkt ist.¹⁴⁵ Während für die Schweiz Nachverhandlungen grundsätzlich denkbar scheinen, deuten die Reaktionen aus der EU nach der Annahme in eine andere Richtung. So wurden, wie einleitend dargestellt, umgehend Verhandlungen ausgesetzt und betont, dass die Personenfreizügigkeit zu den zentralen Grundfreiheiten gehört und als nicht verhandelbar gilt. Kommissar *László Andor* hat in einer offiziellen Stellungnahme geäußert, dass die Freizügigkeit das Herzstück der bilateralen Beziehungen sei und nicht “simply negotiable”. Der Handlungsspielraum von Seiten der EU sei deshalb eng begrenzt.¹⁴⁶ Während über den Ausgang der Verhandlungen mit der EU nur spekuliert werden könnte, scheint immerhin klar, dass mögliche Neuverhandlungen des FZA alleine vom politischen Willen der EU abhängen. Wie oben dargelegt würde insbesondere die Wiedereinführung von Höchstzahlen und einem Inländervorrang auf dem Schweizer Arbeitsmarkt diametral gegen fundamentale Grundsätze der EU und des FZA verstoßen und als klare Absage an die

¹⁴⁴ Art. 18 bestimmt, dass die Vertragsparteien dem Gemischten Ausschuss Revisionsvorschläge unterbreiten können, die nach Abschluss der jeweiligen internen Verfahren in Kraft treten.

¹⁴⁵ So auch *S. Heselhaus/J. Hänni* (Anm. 21), 61.

¹⁴⁶ European Commission Statement of 26.2.2014, Developments following the Swiss referendum on 9th February – Statement by European Commissioner *László Andor* on behalf of European Commission to European Parliament plenary session, abrufbar unter <<http://europa.eu>>.

bisherige Lösung gedeutet werden müssen. Dementsprechend ist der Ausgang solcher Verhandlungen völlig unklar und die Wahrscheinlichkeit, dass die EU von ihrem Kündigungsrecht gemäß Art. 25 Abs. 3 FZA Gebrauch machen würde, sollte die Schweiz auf Einschränkungen in der Personenfreizügigkeit pochen, nicht unrealistisch.

Eine Kündigung von Seiten der Schweiz wäre denn auch die zweite Möglichkeit einer völkerrechtskonformen Umsetzung der Verfassungsnorm. Die Annahme einer völkerrechtswidrigen Initiative wird in der Literatur regelmäßig auch als implizite Aufforderung zur Kündigung eines Vertrages verstanden.¹⁴⁷ Gemäß Art. 25 Abs. 3 FZA hat auch die Schweiz das Recht, das Abkommen “durch Notifikation gegenüber der anderen Partei zu kündigen”.

Wegen der weitreichenden Folgen für die gesamten Bilateralen I und möglicherweise auch weitere Abkommen steht eine Kündigung von Seiten der Schweiz für die Umsetzungsbehörden wie bereits erwähnt nicht im Vordergrund. Gegen das Verständnis der Annahme der Initiative als Aufforderung zur Kündigung spricht denn auch, dass das Beachtungsgebot des Art. 5 Abs. 4 BV einer leichtfertigen Auflösung völkerrechtlicher Bindung grundsätzlich entgegensteht, insbesondere, wenn es sich um einen wichtigen Vertrag handelt.¹⁴⁸ Auch aus Sicht des Bundesrates ist die Kündigung eines Vertrages *ultima ratio*.¹⁴⁹ Eine großzügige Annahme als Kündigungsaufforderung könnte gar zu einer Verletzung des Grundrechts auf freie Willensbildung und unverfälschte Stimmabgabe gemäß Art. 34 Abs. 2 BV führen;¹⁵⁰ dementsprechend sollte nur unter strengen Voraussetzungen davon ausgegangen werden.¹⁵¹ So sollte verlangt werden, dass der Wille zur Kündigung des völkerrechtlichen Vertrages klar aus der Initiative hervorgeht.¹⁵² Dies müsste umso mehr gelten, wenn es sich um einen Vertrag handelt, dessen Kündigung von großer Tragweite wäre, was beim FZA zweifelsohne zutrifft.¹⁵³

¹⁴⁷ Dazu N. Blum/V. Naegeli/A. Peters, Die verfassungsmässigen Beteiligungsrechte der Bundesversammlung und des Stimmvolkes an der Kündigung völkerrechtlicher Verträge, ZBl 10 (2013), 527 (553 ff.)

¹⁴⁸ R. Nobs (Anm. 90), 356; J. Künzli (Anm. 123), 68 f.

¹⁴⁹ Bericht des Bundesrates zum Verhältnis von Völker- und Landesrecht (Anm. 94), 2317.

¹⁵⁰ Siehe dazu G. Nay, Der Wille der Stimmbürger, NZZ vom 6.12.2013, 20.

¹⁵¹ N. Blum/V. Naegeli/A. Peters (Anm. 147), 556.

¹⁵² N. Blum/V. Naegeli/A. Peters (Anm. 147), 557; R. Nobs (Anm. 90), 356.

¹⁵³ U. Häfelin/W. Haller/H. Keller (Anm. 110), Rn. 1757b zählen die bilateralen Abkommen mit der EU zu den für die Schweiz faktisch unkündbaren Verträgen, da sie von solcher Bedeutung sind, dass die Schweiz in diesen Bereichen nicht über eine reale Entscheidungsfreiheit verfügt.

Gerade dies ist im vorliegenden Kontext aber nicht der Fall. Die Verfassungsbestimmung selber spricht ausdrücklich gerade nicht von einer Kündigung des FZA – das ergibt sich *e contrario* aus den Übergangsbestimmungen, welche die Neuverhandlung von entgegenstehenden völkerrechtlichen Verträgen und nicht deren Beendigung verlangen.¹⁵⁴ Auch in der Abstimmungskampagne wurde hervorgehoben, dass dies nicht das Ziel der Initiative sei.¹⁵⁵ Umso weniger darf angenommen werden, dass eine Kündigung dem Willen des Stimmvolkes entsprechen würde.

Für die Neuverhandlung des FZA spricht der Initiativtext dem Bundesrat drei Jahre zu, ebenso wie für die Umsetzung der Verfassungsnorm. Aus dem Beachtungsgebot ergibt sich, dass bis zur Klärung der Lage auf völkerrechtlicher Ebene keine Umsetzung auf innerstaatlicher Ebene erfolgen darf, die zu Einschränkungen des FZA und damit einer Völkerrechtsverletzung führt – trotz der klaren Frist von drei Jahren. Bis dahin darf die Norm nicht angewendet werden. Dies gilt allerdings nur, weil die Initiative die Möglichkeit der Neuverhandlung ausdrücklich zulässt. In diesem Fall ist die vorläufige Nichtanwendbarkeit des Initiativtexts nämlich bereits in der Norm selbst angelegt.¹⁵⁶

bb) Konfliktlösung auf innerstaatlicher Ebene – nachträgliche Beantwortung der Vorrangfrage

Ist eine Reaktion und Anpassung auf völkerrechtlicher Ebene nicht möglich, muss der Normenkonflikt auf innerstaatlicher Ebene gelöst werden. Das Verhältnis von Völkerrecht und jüngerem Verfassungsrecht ist dabei bisher nicht endgültig geklärt.¹⁵⁷ Auch dies ist wiederum eine direkte Folge der Verfassungsstruktur und des liberalen Initiativrechts, womit sich die Vorrangfrage zwischen völkerrechtswidrigem Verfassungsrecht und Völkerrecht wie beschrieben auf die Phase der Umsetzung bzw. Anwendung verschiebt und kraft fehlender starrer Hierarchie der Entscheidung im Einzelfall zugeführt wird.

Wie dies konkret zu geschehen hat, wurde in der Literatur bisher kontrovers diskutiert. Jenseits vom klaren Fall des zwingenden Völkerrechts, das

¹⁵⁴ Art. 197 Ziff. 9 BV.

¹⁵⁵ *Überparteiliches Komitee gegen Masseneinwanderung* (Anm. 68), 4.

¹⁵⁶ Zum Ganzen *R. Nobs* (Anm. 90), 357.

¹⁵⁷ *A. Peters/I. Pagotto*, Das Verhältnis von Völkerrecht und Landesrecht in der Schweiz, *ius.full* 2 (2004), 54 ff., 61; *H. Keller*, Rezeption des Völkerrechts, 2003, 362; *U. Häfelin/W. Haller/H. Keller* (Anm. 110), Rn. 1922; BGE 139 I, 16, E. 5.2.

auch in dieser Konstellation unbedingten Vorrang genießt,¹⁵⁸ wird zumeist – ausgehend vom grundsätzlichen Vorrang des Völkerrechts – ein differenzierter Ansatz vertreten, wobei auf materielle Kriterien und damit die inhaltliche Bedeutung der kollidierenden Normen zur Bestimmung des Vorrangs abgestellt wird.¹⁵⁹ Danach müssten technische und unbedeutende völkervertragliche Vorschriften eher als nachrangig nach fundamentalen Verfassungsvorschriften eingestuft werden, umgekehrt aber grundlegende Völkerrechtsbestimmungen der Verfassung vorgehen.¹⁶⁰

Daneben wird oft die mögliche Übertragung der sog. *Schubert-Praxis* des Bundesgerichts¹⁶¹ auf das Verhältnis von Verfassungsrecht und Völkerrecht diskutiert, wonach einer Verfassungsbestimmung ausnahmsweise der Vorrang zu gewähren sei, wenn der Verfassungsgeber bewusst gegen Völkerrecht verstößt.¹⁶²

Eine neuere Entscheidung des Bundesgerichts, die sich unter anderem mit der Verfassungsnorm auseinandersetzt, welche die Ausschaffungsinitiative in der Bundesverfassung inkorporiert,¹⁶³ dürfte zumindest etwas Klarheit bringen. In einem *obiter dictum* hat das Bundesgericht in einer wichtigen und teilweise heftig kritisierten¹⁶⁴ Entscheidung erstmals in dieser Deutlichkeit Stellung zu dieser Frage genommen.¹⁶⁵ Es könne aufgrund von Art. 190 BV “[...] der vom Verfassungsgeber zum Ausdruck gebrachten Wertung insoweit Rechnung tragen, als dies zu keinem Widerspruch zu übergeordnetem Recht bzw. zu Konflikten mit dem Beurteilungsspielraum führt, den der EGMR den einzelnen Konventionsstaaten [...] zugesteht”.¹⁶⁶ Zumindest im Verhältnis zur Europäischen Menschenrechtskonvention

¹⁵⁸ Im Falle von Volksinitiativen käme es aber in der Praxis zu keinem solchen Konflikt, da diese für ungültig erklärt werden müssen; siehe Art. 139 Abs. 3 und 194 Abs. 2 BV.

¹⁵⁹ A. Peters/I. Pagotto (Anm. 157), 63; R. Nobs (Anm. 90), 360; R. Rhinow/M. Schefer (Anm. 119), Rn. 3644; U. Häfelin/W. Haller/H. Keller (Anm. 110), Rn. 1922. Für einen Vorrang jüngeren Verfassungsrechts R. Baumann, Die Umsetzung völkerrechtswidriger Volksinitiativen, ZBl 111 (2010), 241 (262); für einen Vorrang des Völkerrechts A. Epiney, Das Primat des Völkerrechts als Bestandteil des Rechtsstaatsprinzips, ZBl 95 (1994), 537 (559 f.); J. Künzli (Anm. 123), 71 ff.; R. Kiener/M. Krüsi (Anm. 96), 249.

¹⁶⁰ A. Peters (Anm. 101), Kapitel 8, Rn. 46.

¹⁶¹ BGE 99 Ib 39, 43 ff., E. 3.-4.

¹⁶² Diese sinngemäße Übertragung der sog. “Schubert-Praxis” des Bundesgerichts, die im Verhältnis zwischen jüngeren Bundesgesetzen und Völkerrecht gilt, ist jedoch nicht unbestritten; dazu sogleich bei Anm. 177.

¹⁶³ Art. 121 Abs. 3-6 BV.

¹⁶⁴ Dazu A. Epiney, Das Verhältnis von Völkerrecht und Landesrecht aus Sicht des Bundesgerichts, Jusletter 18.3.2013, Rn. 39 ff.; G. Biaggini, Über die Auslegung der Bundesverfassung und ihr Verhältnis zur EMRK, ZBl 114 (2013), 316.

¹⁶⁵ BGE 139 I, 16, E. 5.3; dazu A. Epiney (Anm. 164), Rn. 30.

¹⁶⁶ BGE 139 I, 16, E. 5.3.

(EMRK)¹⁶⁷ scheint damit klar, dass Völkerrecht auch bei einem möglicherweise bewussten Abweichen durch den Verfassungsgeber vor den rechtsanwendenden Behörden Anwendungsvorrang genießt.

Zwar betont das Bundesgericht, dass es sich bei der betreffenden Bestimmung um eine “wertungsmäßig offene Norm” handle, die dem Gesetzgeber einen Konkretisierungsspielraum lässt. Dabei obliege es aus Gründen der Gewaltenteilung dem Gesetzgeber, “[...] den erforderlichen Ausgleich zwischen den auf dem Spiele stehenden verfassungsrechtlichen Werten auf Gesetzesstufe zu regeln [...]”.¹⁶⁸ Damit scheint das Bundesgericht dem Gesetzgeber ausdrücklich keine Vorgaben für die Umsetzung der Ausschaffungsinitiative zu machen. Allerdings betont es in seinen weiteren Erwägungen die Wichtigkeit der Herstellung praktischer Konkordanz durch Interessen- und Güterabwägung innerhalb der Verfassung.¹⁶⁹ Verfassungsbestimmungen seien im Gesamtkontext der Verfassung und nicht isoliert und punktuell ausschließlich im Sinne der Initianten zu lesen;¹⁷⁰ dabei sei grundsätzlich von der Gleichwertigkeit der Bestimmungen auszugehen, solange der Verfassungsgeber einer einzelnen Norm nicht ausdrücklich Vorrang einräumt.¹⁷¹ Zwar sei es möglich, dass eine neue Verfassungsbestimmung absolute Geltung beansprucht, indem sie die erforderliche Güterabwägung selber vornimmt und dadurch bestimmt, dass sie anderen Bestimmungen vorgeht und diese im Konfliktfall verdrängt. Zumindest wenn Grundrechte betroffen seien, ist dies aber nicht leichthin anzunehmen.¹⁷² Zwar trifft das Bundesgericht seine Aussagen in Bezug auf Grundrechtsgarantien; wenn eine Verfassungsbestimmung aber sogar Grundrechtsgarantien verdrängen kann – selbst wenn dies gemäß Bundesgericht nicht leichtfertig angenommen werden darf – muss dies umso mehr auch für andere Verfassungsbestimmungen von nicht grundrechtlichem Gehalt gelten.

Da sich der Gesetzgeber an die in der Normenhierarchie über Bundesgesetzen stehende Verfassung zu halten hat, und zwar aus Gründen der Gewaltenteilung in der Auslegung durch das Bundesgericht,¹⁷³ dürften sich

¹⁶⁷ Europäische Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten vom 4.11.1950 (EMRK, SR 0.101), i. K. 28.11.1974.

¹⁶⁸ BGE 139 I, 16, E. 4.3.4.

¹⁶⁹ BGE 139 I, 16, E. 4.2.2.

¹⁷⁰ BGE 139 I, 16, E. 4.2.1.

¹⁷¹ BGE 139 I, 16, E. 4.2.1.

¹⁷² BGE 139 I, 16, E. 4.2.2.

¹⁷³ *A. Epiney* (Anm. 164), Rn. 15.

diese Ausführungen dennoch als gewisse Leitlinien für die Umsetzung von Initiativen lesen lassen.¹⁷⁴

Was bedeutet das nun für die Umsetzung der Masseneinwanderungsinitiative? Die zentrale Frage dürfte sein, ob der Zuwanderungsartikel nun als Verfassungsbestimmung zu lesen ist, die eine Abwägung mit anderen Interessen bereits selber vornimmt und damit zum Ausdruck bringt, dass sie anderen Verfassungsbestimmungen vorgeht und diese im Kollisionsfall verdrängen will. Diese Wendung des Urteils¹⁷⁵ könnte sich als sinngemäße Übertragung der *Schubert*-Praxis auf das Verhältnis Verfassungsgeber-Gesetzgeber lesen lassen. Wollte das Volk als "Verfassungsänderer" also gezielt vom FZA abweichen und eine Völkerrechtsverletzung in Kauf nehmen, um dem Gesetzgeber Schranken im Rahmen der Interessenabwägung bei der Umsetzung des Zuwanderungsartikels zu setzen?

Einiges dürfte dagegen sprechen. Erstens verankert das FZA grundrechtsähnliche Individualrechte,¹⁷⁶ was die Anforderungen an die Annahme einer solchen Abwägung durch die Verfassungsbestimmungen gemäß des zitierten Urteils des Bundesgerichts erhöht. Wie bereits dargelegt handelt es sich beim Zuwanderungsartikel zudem um eine größtenteils nicht unmittelbar anwendbare Bestimmung, die der weiteren inhaltlichen Auffüllung und Konkretisierung bedarf und viele wichtige Fragen offen lässt. Es handelt sich nicht um eine vollständige Norm, die aus sich heraus alle Fragen regelt, sondern vielmehr Raum für Wertungen durch den Gesetzgeber lässt. Damit ist auch nicht davon auszugehen, dass sie prinzipiell entgegenstehenden Normen vorgehen will.

Insbesondere ist die Bestimmung aber auch so ausgestaltet, dass sie einen Konflikt mit Völkerrecht gerade *umgehen* will, indem ihr widersprechende Verträge neu verhandelt werden sollen. Wie im Fall der Unmöglichkeit oder des Scheiterns solcher Verhandlungen vorzugehen ist, sagt die Norm selber hingegen nicht. Daraus zu schließen, dass dann die Inkaufnahme eines Verstoßes gegen das FZA durch die Schweiz und damit das Risiko der Kündigung durch die EU an die Stelle der Neuverhandlungspflicht tritt, dürfte kaum zulässig sein – in Anbetracht der Wichtigkeit der bilateralen Verträge sollte im Zweifelsfall davon ausgegangen werden, dass die Abstimmung un-

¹⁷⁴ A. *Epiney* (Anm. 164), Rn. 13 interpretiert die Aussagen des Bundesgerichts in Bezug auf den Ausschaffungsartikel so, dass sich der Gesetzgeber an die durch das Bundesgericht formulierten Anforderungen zu halten hat und daher keinen Ausweisautomatismus vorsehen dürfe.

¹⁷⁵ BGE 139 I, 16, E. 4.2.2.

¹⁷⁶ A. *Epiney* (Anm. 164), Rn. 28 mit Verweis auf BGE 133 V 367, in dem das Bundesgericht unter Berufung auf das Diskriminierungsverbot in Art. 9 Abs. 2 Anhang I FZA dem FZA Vorrang vor einer jüngeren Gesetzesbestimmung einräumte.

ter der Prämisse der Verhandelbarkeit des FZA stattfand. Dies gilt vor allem, weil ein mutmaßlicher Wille des Volkes als “Verfassungsänderer” – anders als im Fall des Parlaments als Gesetzgeber – nicht zuverlässig eruierbar ist.¹⁷⁷

Im Ergebnis dürfte es damit darauf hinauslaufen, dass der Gesetzgeber die Normenkollision zwischen der Zuwanderungsbestimmung und dem FZA wird lösen müssen. *Nobs* spricht in diesem Zusammenhang von einer “[...] *Gratwanderung zwischen Völkerrechtskonformität und Verfassungstreue* [...], deren Route in jedem einzelnen Kollisionsfall im Rahmen einer wertenden Abwägung neu zu bestimmen ist”.¹⁷⁸ Dabei macht die von einem Teil der Lehre vorgeschlagene differenzierende Vorgehensweise nach inhaltlichen Gesichtspunkten Sinn – weder das Völkerrecht noch per Mehrheitsentscheidung zustande gekommene Verfassungsbestimmungen vermögen schließlich die absolute Wahrheit zu verkörpern.¹⁷⁹

Dem Gesetzgeber als politisches Organ ist es dabei erlaubt, politische Wertungen in seine Beurteilung einfließen zu lassen.¹⁸⁰ Allerdings wird der Spielraum durch einen klaren Verfassungsauftrag begrenzt.¹⁸¹

Was sind nun die Leitlinien, die der Gesetzgeber zu beachten hat bei der Ausführung eines Verfassungsauftrages unter Berücksichtigung des Beachtunggebots des Art. 5 Abs. 4 BV? Ausgangspunkt sollte nach oben Gesagtem die Wichtigkeit der kollidierenden Normen bilden.¹⁸² Nicht verhandelbar sind dabei Fundamentalnormen der Bundesverfassung, zu denen die Kerngehalte der Grundrechte gehören.¹⁸³

Für die Festlegung des Kriteriums der Wichtigkeit macht es Sinn, Art. 164 BV, wonach alle wichtigen rechtsetzenden Bestimmungen in der Form des Bundesgesetzes zu erlassen sind (Abs. 1), heranzuziehen.¹⁸⁴ Der nicht abschließende Katalog¹⁸⁵ nennt dabei in lit. a unter anderem die politischen Rechte. Bei der darüber hinausgehenden Eingrenzung des Begriffs der Wichtigkeit genießt der Gesetzgeber große Wertungsfreiheit; allerdings hat die Lehre dazu einige Hilfskriterien entwickelt, wozu etwa die Größe des

¹⁷⁷ Siehe dazu *R. Nobs* (Anm. 90), 362 ff. im Zusammenhang mit der Übertragung der *Schubert*-Praxis auf die Verfassungsebene.

¹⁷⁸ *R. Nobs* (Anm. 90), 367.

¹⁷⁹ Ähnlich *A. Fischer/H. Keller/M. Lanter* (Anm. 123), 154.

¹⁸⁰ *R. Nobs* (Anm. 90), 368.

¹⁸¹ *R. Nobs* (Anm. 90), 368 f. Dies muss nicht einhergehen mit einem gezielten Willen zum Verstoß gegen Völkerrecht durch das Volk als Verfassungsänderer.

¹⁸² *A. Peters* (Anm. 101), Kapitel 8, Rn. 46.

¹⁸³ Art. 36 Abs. 4 BV; *R. Nobs* (Anm. 90), 372.

¹⁸⁴ Auch *R. Nobs* (Anm. 90), 372 verweist auf Art. 164 BV.

¹⁸⁵ *P. Tschannen*, Art. 164, in: B. Ehrenzeller/P. Mastronardi/R. J. Schweizer/K. A. Valender (Anm. 98), Rn. 12.

betroffenen Adressatenkreises bzw. der Zahl von Lebenssachverhalten oder erhebliche finanzielle Folgen einer Regelung gehören.¹⁸⁶

Auf der einen Seite könnte man hier vorbringen, das Demokratieprinzip und die politischen Rechte als Individualrechte gehörten zu den Fundamentalnormen der Schweizerischen Bundesverfassung. Dem ist allerdings entgegenzuhalten, dass eine Umsetzung unter Berücksichtigung des FZA diese Positionen nicht über Gebühr einschränken würde, da – wie dargestellt – der Verfassungsauftrag in Bezug auf das FZA von einer möglicherweise falschen Prämisse ausgeht und somit nicht klar ist. Ist der Volkswille unklar, kann schwerlich dessen Verfälschung beklagt werden.¹⁸⁷ Es stünde dem Souverän aber frei, eine Initiative einzureichen, welche ausdrücklich die Kündigung der Bilateralen verlangt – in diesem Fall wäre der Verfassungsauftrag klar und es bestünde auch nicht die Gefahr der Verletzung des Grundrechts auf freie Willensbildung und unverfälschte Stimmabgabe (Art. 34 Abs. 2 BV).

Auf der anderen Seite steht das Beachtungsgebot des Art. 5 Abs. 4 BV und das FZA, das gerade wegen seiner hervorragenden Bedeutung für die Schweiz regelmäßig zu den faktisch unkündbaren Staatsverträgen gezählt wird.¹⁸⁸ Wie bereits dargelegt ist davon auszugehen, dass eine Kündigung des FZA erhebliche wirtschaftliche Folgen für die Schweiz hätte. Unter diesen Gesichtspunkten dürfte das FZA überwiegen und müsste damit Vorrang gegenüber dem Interesse an einer wortgetreuen Umsetzung der Initiative “Gegen Masseneinwanderung” haben.

VII. Fazit

Die Annahme der Initiative “Gegen Masseneinwanderung” könnte zum Prüfstein für das bilaterale Verhältnis zwischen der Schweiz und der EU werden. Zwar ist inzwischen – nach einem Entgegenkommen der Schweiz – wieder etwas Bewegung in das blockierte bilaterale Verhältnis gekommen: Nachdem sich die Schweiz bereit erklärt hat, das Zusatzprotokoll zur Erweiterung der Freizügigkeit auf Kroatien aufgrund der neuen Verfassungsbestimmung zwar nicht zu unterzeichnen, aber trotzdem zur Anwendung zu bringen, scheint die EU bereit, das Verhandlungsmandat über das neue institutionelle Abkommen wieder aufzunehmen.¹⁸⁹

¹⁸⁶ P. Tschannen (Anm. 185), Rn. 8.

¹⁸⁷ So G. Nay (Anm. 150), 20.

¹⁸⁸ Vgl. etwa U. Häfelin/W. Haller/H. Keller (Anm. 110), Rn. 1757b.

¹⁸⁹ Bilaterale Verschnaufpause, NZZ vom 30.4.2014, 9.

Nichtsdestotrotz führt das Abstimmungsergebnis zu einem kaum durch völkerrechtskonforme Auslegung zu überwindenden Widerspruch zum FZA. Die Schweiz hat nun grundsätzlich zwei Möglichkeiten, die neue Verfassungsbestimmung in rechtsstaatlich konformer Weise umzusetzen: Die erste besteht darin, die Initiative durch Anpassung auf völkerrechtlicher Ebene umzusetzen. Im Vordergrund stehen dabei Neuverhandlungen mit der EU über das FZA, wie die neue Verfassungsbestimmung dies auch ausdrücklich fordert. Der Spielraum für Verhandlungen dürfte indes von Seiten der EU extrem eingeschränkt sein und der Ausgang eines solchen Vorgehens vollkommen offen: Freizügigkeit ist das Kern- und Herzstück der Bilateralen I; Kontingente und Inländervorrang richten sich diametral gegen Fundamentalwerte des FZA. Was im Falle des Scheiterns von Neuverhandlungen geschieht, legt die neue Verfassungsbestimmung nicht fest. Die hier vertretene Ansicht ist, dass daraus nicht geschlossen werden darf, dass an die Stelle der Neuverhandlung die Aufkündigung des FZA durch die Schweiz tritt, weil die Initiative dies hinreichend klar verlangen müsste.

Die andere Möglichkeit wäre, auf innerstaatlicher Ebene dem FZA Vorrang vor der neuen Verfassungsbestimmung zuzusprechen, was darauf hinauslaufen würde, den Verfassungsauftrag nicht – zumindest nicht vollumfänglich – umzusetzen, um so das FZA und damit die Pflicht der Schweiz, Völkerrecht nicht zu verletzen, zu wahren.

Damit führt die Annahme der Volksinitiative “Gegen Masseneinwanderung” vorerst zu einer großen Unsicherheit. In Anbetracht der Offenheit des Ausgangs von Neuverhandlungen mit der EU wäre es die sicherste Option, von der faktischen Unverhandelbarkeit des FZA auszugehen. Die hier vertretene Ansicht ist, dass dies letztlich bedeuten würde, dass die Verfassungsbestimmung völkerrechtskonform umgesetzt werden müsste und nicht alle Anliegen der Initianten vollumfänglich berücksichtigt werden könnten.

Dass dieses Resultat für die Initianten und Befürworter der Initiative unbefriedigend sein mag, ist verständlich. Wie dargelegt liegt der Umstand, dass eine ausgewogenere Umsetzung in diesem Fall kaum möglich sein dürfte, aber auch an der Ausgestaltung der Initiative selber, die von der in Wirklichkeit so nicht gegebenen Prämisse der Verhandelbarkeit des FZA ausgeht. Zudem enthält sie innere Widersprüche, indem sie einerseits die zahlenmäßige Beschränkung und Steuerung von aus der EU kommenden Arbeitskräften verlangt, gleichzeitig aber als Kriterium für die Einschränkung die Berücksichtigung der gesamtwirtschaftlichen Interessen der Schweiz nennt, obwohl diese gerade gegen eine Einschränkung sprechen. Die neue Verfassungsbestimmung verlangt damit die Quadratur des Kreises

und scheint die Rechnung ohne die EU zu machen. “One can’t have the cake and eat it”, lautete die Antwort von EU-Kommissar *László Andor* auf das Abstimmungsergebnis.¹⁹⁰

Dazu kommt, dass die zugrundeliegende Problematik bereits in der Struktur der geltenden Verfassung selber angelegt ist und mit dem nicht aufgelösten Spannungsverhältnis zwischen den Volksrechten einerseits und anderen grundlegenden Verfassungsprinzipien wie insbesondere dem Prinzip der Rechtsstaatlichkeit zusammenhängt, zu dem kraft ausdrücklicher Nennung in Art. 5 Abs. 4 BV auch die Bindung an Völkerrecht gehört. In einem Rechtsstaat ist es dabei wichtig, dass die mit der Umsetzung von Initiativen betrauten Behörden Abwägungen treffen können, welche die Wichtigkeit der zur Disposition stehenden Güter miteinbeziehen. Aus diesem Blickwinkel scheint das Resultat klar: Dank seiner enormen Bedeutung für die Schweiz müsste der Beibehaltung des bilateralen Weges und damit dem FZA der Vorrang vor der wortgetreuen Umsetzung und damit Beachtung des Volkswillens zugesprochen werden.

Dieses Resultat soll nicht bedeuten, dass eine Initiative nicht den Anstoß zur Lösung oder Neugestaltung von internationalen Verpflichtungen geben kann – solange dies auch faktisch möglich ist. Die Initianten sind nicht daran gehindert, mittels Initiative die Kündigung des bilateralen Vertragswerkes zu verlangen – im Bewusstsein um den hohen Preis, den die Schweiz dafür bezahlen würde.

Eine ausgewogene Lösung der schwierigen Lage nach Annahme der Volksinitiative, die auch mehr Klarheit bringt, würde in einer erneuten Abstimmung bestehen. In einer solchen könnte sich das Volk ausdrücklich für oder gegen die Personenfreizügigkeit bzw. den Bilateralismus an sich aussprechen. Eine andere Variante wäre eine Abstimmung über ein Gesamtpaket unter Einbezug des institutionellen Abkommens in Kombination mit neuen Verträgen, die der Schweiz weiteren Marktzugang ermöglichen. In einem größeren Kontext und verbunden mit einem gewissen Entgegenkommen von Seiten der Schweiz wäre die EU im für die Schweiz günstigsten Fall möglicherweise gar zu einer gewissen Flexibilität bei der Personenfreizügigkeit bereit.¹⁹¹

¹⁹⁰ European Commission Statement of 26.2.2014 (Anm. 146).

¹⁹¹ So auch: Das bilaterale Gebäude wankt, NZZ vom 1.3.2014, 13.

