

# Jahrbuch für Annuaire du droit Migrationsrecht de la migration

2015/2016

Alberto Achermann  
Cesla Amarelle  
Martina Caroni  
Astrid Epiney  
Jörg Künzli  
Peter Uebersax  
(Hrsg./éds.)



Stämpfli Verlag

Das Jahrbuch für Migrationsrecht 2015/2016 befasst sich mit dem Themenkomplex «Schweiz und Europa» und behandelt die beiden aktuellsten Brennpunkte: die schwierige Neugestaltung des Freizügigkeitsregimes mit der EU und die «Flüchtlingskrise» in Europa.

Das Jahrbuch berichtet zudem umfassend über die Praxis schweizerischer und internationaler Gerichte in den vergangenen 12 Monaten und zeichnet die nationalen und internationalen Rechtsentwicklungen im Migrationsrecht nach.

L'Annuaire du droit de la migration 2015/2016 se penche sur la thématique « Suisse et Europe » et traite des deux points actuellement les plus chauds que sont la difficile réforme du régime de libre circulation avec l'UE et la « crise des réfugiés » en Europe.

L'Annuaire présente en outre de manière détaillée l'évolution de la pratique des juridictions suisses et internationales au cours de ces douze derniers mois. Les développements juridiques du droit de la migration fédéral et international sont ainsi exposés.

---

# **Jahrbuch für Migrationsrecht**

## **Annuaire du droit de la migration**

### **2015/2016**

**Alberto Achermann**

Rechtsanwalt und assoziierter Professor an der Universität Bern

**Cesla Amarelle**

Professeure à l'Université de Neuchâtel

**Martina Caroni**

Professorin an der Universität Luzern

**Astrid Epiney**

Professorin an der Universität Freiburg

**Jörg Künzli**

Professor an der Universität Bern

**Peter Uebersax**

Professor an der Universität Basel, Gerichtsschreiber  
und wissenschaftlicher Berater am Bundesgericht in Lausanne

(Hrsg./éds.)



Stämpfli Verlag

---

Umschlaggestaltung: Magma, Bern

Publiziert mit Unterstützung des Staatssekretariats für Migration.

Dieses Buch ist urheberrechtlich geschützt. Jede Form der Weitergabe an Dritte (entgeltlich oder unentgeltlich) ist untersagt. Die Datei enthält ein verstecktes Wasserzeichen, in dem die Daten des Downloads hinterlegt sind.

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Information bibliographique de la Deutsche Nationalbibliothek

La Deutsche Nationalbibliothek a répertorié cette publication dans la Deutsche Nationalbibliografie; les données bibliographiques détaillées peuvent être consultées sur Internet à l'adresse <http://dnb.d-nb.de>.

Alle Rechte vorbehalten, insbesondere das Recht der Vervielfältigung, der Verbreitung und der Übersetzung. Das Werk oder Teile davon dürfen ausser in den gesetzlich vorgesehenen Fällen ohne schriftliche Genehmigung des Verlags weder in irgendeiner Form reproduziert (z.B. fotokopiert) noch elektronisch gespeichert, verarbeitet, vervielfältigt oder verbreitet werden.

Tous droits réservés, en particulier le droit de reproduction, de diffusion et de traduction. Sans autorisation écrite de l'éditeur, l'œuvre ou des parties de celle-ci ne peuvent pas être reproduites, sous quelque forme que ce soit (photocopies, par exemple), ni être stockées, transformées, reproduites ou diffusées électroniquement, excepté dans les cas prévus par la loi.

Gesamtherstellung:  
Stämpfli Publikationen AG, Bern

Réalisation intégrale:  
Stämpfli Publications SA, Berne

Printed in Switzerland

© Stämpfli Verlag AG Bern · 2016  
© Stämpfli Editions SA Berne · 2016

Dieses Werk ist in unserem Buchshop unter  
[www.staempfliverlag.com](http://www.staempfliverlag.com) erhältlich.

ISBN E-Book 978-3-7272-5962-3  
ISBN Print 978-3-7272-2772-1  
ISBN Judocu 978-3-0354-1369-4



---

## Vorwort

«Ach, Europa!»: Unter diesem Titel hatte Hans Magnus Enzensberger 1987 Erkenntnisse aus Reisen in europäischen Ländern veröffentlicht und darin einen teils liebevollen Blick auf die faszinierende Vielfalt Europas geworfen. 2008 publizierte Jürgen Habermas unter dem gleichen Titel (ohne Ausrufezeichen) eine kleine Schrift zum Zustand der Europäischen Union und führte an, vom Lobgesang Enzensbergers bleibe heute nur noch der seufzende Ton. Auch wenn das Seufzen und der Pessimismus, die ständigen Krisen und das Gerede vom baldigen Ende der Europäischen Union fest zur DNA dieser Gemeinschaft zu gehören scheinen, gibt der aktuelle Zustand inner- und ausserhalb der EU doch wenig Anlass zu Optimismus.

Als die Veranstalterinnen und Veranstalter der 12. Schweizerischen Migrationsrechtstage bereits vor mehr als einem Jahr beschlossen, die Tagung im Herbst 2016 unter dieses Motto zu stellen, hatten sie wohl in ihren schlimmsten Vorstellungen nicht an eine solch negative Entwicklung geglaubt: Die «Flüchtlingskrise» hat sich von einer Notlage von Flüchtenden zu einer Krise der Union ausgeweitet und erbitterten Streit statt Solidarität (mit den Flüchtlingen und mit den am stärksten belasteten Staaten in Europa) mit sich gebracht. Nicht nur die Flüchtlingsfrage, auch die Arbeitskräfte- und Familienmigration scheint das Potential zu haben, den europäischen Gedanken zu zerstören, indem Migration und die Personenfreizügigkeit von Populisten als Ursache aller negativen gesellschaftlichen und wirtschaftlichen Erscheinungen unserer Zeit dargestellt wird. Der Ausgang des Referendums über einen Austritt des Vereinigten Königreichs aus der EU und die Annahme der Masseneinwanderungsinitiative in der Schweiz sind Zeugnis davon. «Ach, Europa!» lautet nun aber auch der Seufzer in der Schweiz, weil sich zeigt, dass es nicht einfach werden dürfte, die Politik, und auch die Migrationspolitik, ausserhalb der EU alleine zu gestalten. Gerade die Teilhabe der Schweiz an Dublin zeigt den Vorteil, den die Schweiz aus den (durchaus auch kritisierbaren) Errungenschaften der EU zieht.

Die Referate der 12. Schweizerischen Migrationsrechtstage wenden sich diesen Themen aus verschiedenen Optiken zu, diskutieren allfällige Optionen der Schweiz in den Verhandlungen mit der EU um die Begrenzung der Zuwanderung, stellen die Frage, was rechtlich nach einer Kündigung der Personenfreizügigkeit gelten würde, und erörtern mögliche Antworten der EU auf die aktuell hohe Zahl von Asylgesuchen und die Reaktionen des internationalen Flüchtlingsrechtsregimes auf Krisen generell. Zwei weitere Beiträge befassen sich mit Diskussionen um «Offshore»-Lösungen zur Auslagerung des Flüchtlingsproblems an die Peripherie Europas (wie dies das Abkommen der EU mit der Türkei vorsieht) und mit den Wechselwirkungen zwischen Strafrecht und verwaltungsrechtlichen Zwangsmassnahmen in der Schweiz vor dem Hintergrund des Schengen-Rechts.

Das Jahrbuch dokumentiert im Weiteren für den Zeitraum Mitte 2015 bis Mitte 2016 die Rechtsprechung internationaler und nationaler gerichtlicher Instanzen zum Migrationsrecht und zeichnet die wesentlichen Rechtsentwicklungen in der Schweiz auf Kantons- und Bundesebene, in der EU und in weiteren internationalen Gremien nach und enthält eine Bibliografie des schweizerischen Migrationsrechts.

An dieser Stelle danken wir Alexandra Bächler, Nula Frei, Barbara von Rütte und Martin Hemmi, Assistierende an der Universität Bern, sowie Didier Leyvraz, Assistent an der Universität Neuchâtel, für ihre Mitarbeit bei der Erarbeitung dieses Buches.

Ein besonderer Dank gilt dem Staatssekretariat für Migration, das die Herausgabe dieses Jahrbuches wiederum mit einem namhaften Beitrag unterstützt hat.

Bern, im Juli 2016

Alberto Achermann  
Martina Caroni  
Jörg Künzli

Cesla Amarelle  
Astrid Epiney  
Peter Uebersax

---

## Préface

« Ach, Europa ! »<sup>1</sup> : Sous ce titre, Hans Magnus Enzensberger avait publié en 1987 les enseignements tirés de ses voyages dans les pays européens et avait posé un regard parfois attendri sur la diversité fascinante de l'Europe. En 2008, Jürgen Habermas a publié sous le même titre (sans point d'exclamation) un petit livre sur l'état de l'Union européenne, dans lequel il constatait qu'il ne restait aujourd'hui plus que le son soupirant de l'hymne d'Enzensberger. Même si les soupirs et le pessimisme, les crises incessantes et les annonces de la fin proche de l'Union européenne semblent appartenir à l'ADN de cette communauté, la situation actuelle au sein de l'Europe et en dehors n'incite guère à l'optimisme.

Lorsque les organisateurs et organisatrices des 12<sup>èmes</sup> journées suisses du droit de la migration ont décidé il y a plus d'un an déjà qu'il s'agirait du thème des journées de l'automne 2016, ils ne s'attendaient pas, même dans leurs pires représentations, à une telle dégradation de la situation : la « crise des réfugiés » s'est transformée d'une situation d'urgence de personnes en fuite en une crise de l'Union et a engendré plutôt d'après conflits que de la solidarité (avec les réfugiés et avec les Etats les plus touchés en Europe). Non seulement la question des réfugiés, mais aussi la migration de la main d'œuvre et le regroupement familial semblent pouvoir détruire l'idée européenne, en raison du fait que les populistes considèrent que la migration et la libre circulation constituent la cause de tous les problèmes. Le résultat du référendum sur le retrait du Royaume-Uni de l'UE et l'acceptation de l'initiative sur l'immigration de masse en Suisse en témoigne. « Ach, Europa ! » résonne maintenant également en Suisse, car il apparaît qu'il ne serait pas facile de concevoir la politique en général, et également la politique migratoire, en dehors de l'UE et de manière isolée. L'association de la Suisse à Dublin démontre notamment les avantages que la Suisse retire de sa participation au système instauré par l'UE, qui pourrait également être critiquable sur certains points.

Les contributions des 12<sup>èmes</sup> journées suisses du droit de la migration abordent ces thèmes de différents points de vue et se demandent quelles sont les options de la Suisse dans les négociations avec l'UE pour la limitation de l'immigration et quelles seraient les conséquences juridiques d'une résiliation de la libre circulation des personnes. Elles s'interrogent également sur les réponses de l'UE quant au nombre actuel important de demandes d'asile et quant aux réactions des protagonistes du droit international des réfugiés par rapport à la crise générale. Deux contributions sont consacrées aux discussions sur des solutions « Offshore », dans le but de transférer le problème des

---

<sup>1</sup> Traduit en français : « Europe, Europe ! », Gallimard 1988.

réfugiés à la périphérie de l'Europe (comme ce qui est prévu dans l'Accord de l'UE avec la Turquie) et aux interactions entre le droit pénal et les mesures de contraintes de droit administratif en Suisse dans le cadre de l'acquis Schengen.

L'Annuaire répertorie la jurisprudence en matière de droit de la migration des instances judiciaires internationales et nationales depuis le milieu de l'année 2015 jusqu'au milieu de l'année 2016 et expose les développements juridiques les plus importants survenus en Suisse aux niveaux cantonal et fédéral, au sein de l'UE ainsi que dans d'autres instances internationales. L'Annuaire contient également une bibliographie du droit suisse de la migration pour cette même période.

Nous tenons à adresser nos remerciements à Alexandra Büchler, Nula Frei, Barbara von Rütte et Martin Hemmi, assistant(e)s à l'Université de Berne, ainsi qu'à Didier Leyvraz, assistant à l'Université de Neuchâtel, pour leur participation à l'élaboration de cet ouvrage.

Notre gratitude s'adresse également au Secrétariat d'Etat aux migrations dont la généreuse contribution a une nouvelle fois permis la publication de cet Annuaire.

Berne, juillet 2016

Alberto Achermann  
Martina Caroni  
Jörg Künzli

Cesla Amarelle  
Astrid Epiney  
Peter Uebersax

---

# Inhaltsverzeichnis – Table des matières

## Teil A / Partie A: Referate – Rapports

|                                                                                                                |            |
|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------|------------|
| <b>Freizügigkeit Schweiz – EU: status quo, Perspektiven und offene Fragen.....</b>                             | <b>3</b>   |
| ASTRID EPINEY                                                                                                  |            |
| <b>Und wenn das Abkommen wegfällt? Erworbene Rechte nach Art. 23 FZA.....</b>                                  | <b>43</b>  |
| CHRISTA TOBLER                                                                                                 |            |
| <b>«Flüchtlingskrisen» – Ein Essay.....</b>                                                                    | <b>59</b>  |
| ALBERTO ACHERMANN                                                                                              |            |
| <b>Die Konsequenzen des rechtswidrigen Aufenthalts von Drittstaatsangehörigen in der Schweiz .....</b>         | <b>81</b>  |
| ALEXANDRA BÜCHLER                                                                                              |            |
| <b>Die Zulässigkeit von Überstellungen bei fehlendem Anknüpfungspunkt der Asylsuchenden im Zielstaat .....</b> | <b>123</b> |
| REBEKKA MOSER                                                                                                  |            |

## Teil B / Partie B: Rechtsprechung – Jurisprudence

|                                                                                                          |            |
|----------------------------------------------------------------------------------------------------------|------------|
| <b>La jurisprudence du Tribunal fédéral en droit des étrangers et de la nationalité.....</b>             | <b>157</b> |
| DIDIER LEYVRAZ ET CESLA AMARELLE                                                                         |            |
| <b>Die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts im Bereich des Ausländer- und Bürgerrechts .....</b> | <b>185</b> |
| ALEXANDRA BÜCHLER, NULA FREI, MARTIN HEMMI UND ALBERTO ACHERMANN                                         |            |
| <b>Die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts im Bereich des Asylrechts .....</b>                  | <b>225</b> |
| SERAINA NUFER UND SARAH FREHNER                                                                          |            |
| <b>Die Rechtsprechung der Kantone im Migrationsrecht .....</b>                                           | <b>277</b> |
| NULA FREI                                                                                                |            |

|                                                                                             |            |
|---------------------------------------------------------------------------------------------|------------|
| <b>Zur schweizerischen Rechtsprechung zum Personenfreizügigkeits-<br/>abkommen.....</b>     | <b>303</b> |
| ASTRID EPINEY UND DANIELA NÜESCH                                                            |            |
| <b>Die Rechtsprechung des EuGH zum Europäischen Migrations-<br/>recht.....</b>              | <b>345</b> |
| SARAH PROGIN-THEUERKAUF UND CONSTANTIN HRUSCHKA                                             |            |
| <b>Die Praxis internationaler Menschenrechtsorgane im Bereich<br/>Migrationsrecht .....</b> | <b>375</b> |
| MARTINA CARONI UND NICOLE SCHEIBER                                                          |            |

## **Teil C / Partie C: Rechtsentwicklungen – Développements juridiques**

|                                                                                                    |            |
|----------------------------------------------------------------------------------------------------|------------|
| <b>Rechtsentwicklungen in der Schweiz.....</b>                                                     | <b>425</b> |
| BARBARA VON RÜTTE                                                                                  |            |
| <b>Änderungen in der kantonalen Bürgerrechts-, Ausländer- und<br/>Asylrechtsgesetzgebung .....</b> | <b>479</b> |
| ALEXANDRA BÜCHLER                                                                                  |            |
| <b>Internationale Entwicklungen mit Bedeutung für die Schweiz.....</b>                             | <b>487</b> |
| ALBERTO ACHERMANN UND MARTIN HEMMI                                                                 |            |

## **Teil D / Partie D: Bibliografie – Bibliographie**

|                                                                                                                                    |            |
|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|------------|
| <b>Bibliografie des schweizerischen Migrationsrechts 2015/2016.....</b>                                                            | <b>545</b> |
| ALEXANDRA BÜCHLER                                                                                                                  |            |
| <b>Abkürzungsverzeichnis – Liste des abréviations .....</b>                                                                        | <b>555</b> |
| <b>Verzeichnis der Autorinnen und Autoren und der Heraus-<br/>geberinnen und Herausgeber – Liste des auteurs et éditeurs .....</b> | <b>569</b> |

---

**Teil A**  
**Referate**

**Partie A**  
**Rapports**



---

# Freizügigkeit Schweiz – EU: status quo, Perspektiven und offene Fragen

Astrid Epiney

## Inhaltsübersicht

|      |                                                                                                                                                                        |    |
|------|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| I.   | Einleitung .....                                                                                                                                                       | 3  |
| II.  | Tragweite und Rechtswirkungen des FZA in der Schweiz .....                                                                                                             | 6  |
| 1.   | Rechtswirkungen und Verhältnis zum nationalen Recht.....                                                                                                               | 7  |
| 2.   | Zur Frage einer Modifikation des Abkommens und zur Schutz-<br>klausel des Art. 14 Abs. 2 FZA, unter besonderer Berück-<br>sichtigung der «Brexit-Zugeständnisse» ..... | 30 |
| III. | «Institutionelle Fragen» und ihre Bedeutung für das FZA.....                                                                                                           | 35 |
| IV.  | Exkurs: zu den Implikationen der sog. Selbstbestimmungs-<br>initiative für das FZA .....                                                                               | 38 |
| V.   | Schluss .....                                                                                                                                                          | 41 |

## I. Einleitung

Das **Freizügigkeitsabkommen** der Schweiz mit der EU<sup>1</sup> ist – wie auch die anderen Abkommen der sog. «Bilateralen I» – am 1. Juni 2002 in Kraft getreten, so dass auf eine rund 15-jährige Praxis zurückgeblickt werden kann. Diese hat sich mittlerweile etabliert, und es erscheint nicht übertrieben festzustellen, dass das Freizügigkeitsabkommen insgesamt recht reibungslos funktioniert, was wohl ein massgebliches Verdienst der Rechtsprechung (des Bundesgerichts) ist, die im Laufe der Zeit die für die Auslegung des Freizügigkeitsabkommens relevanten Grundsätze etabliert und damit wesentlich zur Rechtssicherheit in diesem Zusammenhang beigetragen hat. An dieser insgesamt sehr **positiven Bilanz** ändern auch einige wenige und in ihrer Bedeutung insgesamt letztlich zu vernachlässigende Meinungsverschiedenheiten mit der Union betreffend die Auslegung einzelner Aspekte des Abkommens<sup>2</sup> nichts.

---

<sup>1</sup> Abkommen vom 21.6.1999 über die Personenfreizügigkeit zwischen der Schweiz und der EG sowie ihren Mitgliedstaaten, SR 0.142.112.681, nachfolgend als «Freizügigkeitsabkommen» bzw. FZA bezeichnet.

<sup>2</sup> So insbesondere die Frage, ob gewisse Regelungen im Entsenderecht (so u.a. die sog. 8-Tages-Regel) mit dem FZA im Einklang stehen. Vgl. hierzu *Astrid Epiney/Patrizia Zbinden*, Arbeitnehmerentsendung und Freizügigkeitsabkommen Schweiz – EG. Zur Tragweite und Auslegung der Dienstleistungsfreiheit im Freizügigkeitsabkommen Schweiz – EG, Freiburger Schriften zum Europarecht Nr. 8, Freiburg 2009; ebenfalls veröffentlicht in: Jusletter vom 31.8.2009.

Damit können sich heute Unionsbürgerinnen und Unionsbürger in Bezug auf die Frage, ob und ggf. unter welchen Voraussetzungen ihnen in der Schweiz ein Aufenthaltsrecht zukommt, auf in ihrer Auslegung und damit Tragweite im Wesentlichen etablierte (woran auch mitunter nach wie vor bestehende Einzelfragen nichts ändern) Grundsätze verlassen und berufen, womit – da auch Schweizern und Schweizerinnen in der Union derartige Rechte zukommen (was gelegentlich in Vergessenheit gerät, aber von grosser Bedeutung ist) – im Verhältnis zwischen der Union und der Schweiz in weiten Teilen den unionsrechtlichen Regeln entsprechende Freizügigkeitsrechte bestehen, die wohl insgesamt sowohl für die Betroffenen als auch für die Gesamtwirtschaft sehr positive Auswirkungen zeitigen.<sup>3</sup>

Nichtsdestotrotz wird die **Personenfreizügigkeit** Schweiz – EU politisch in den letzten Jahren zunehmend **in Frage gestellt**, wobei dies auf unterschiedliche Weise und mit unterschiedlicher Intensität sowie häufig (zumindest zunächst) eher indirekt erfolgt. Versucht man die diesbezüglichen Tendenzen und Vorstösse aus rechtlicher Sicht zu kategorisieren (wobei noch nicht alle auch wirklich in Angriff genommen bzw. konkretisiert wurden), so können grob vier «Kategorien» der Infragestellung der Personenfreizügigkeit (bzw. Teilen derselben) unterschieden werden:

- Erstens kann eine **grundsätzliche Infragestellung des Abkommens** als solches (indirekt) erfolgen, indem insbesondere Initiativen lanciert werden, die zwar nicht explizit gegen die Freizügigkeit mit der Union gerichtet sind, jedoch die Grundprinzipien der Personenfreizügigkeit – so wie sie im Abkommen niedergelegt sind – in Frage stellen bzw. mit diesen in einem erheblichen Spannungsverhältnis stehen. Hinzuweisen ist hier insbesondere auf den neuen Art. 121a BV, der im Zuge der sog. «Masseneinwanderungsinitiative» in die Verfassung eingefügt wurde. Zwar kann diese Bestimmung m.E. so ausgelegt werden, dass sie gerade nicht zu einer Umsetzung verpflichtet, die im Widerspruch zum FZA steht,<sup>4</sup> und im Übrigen würde selbst im Falle eines anderen diesbezüglichen Ansatzes die Umsetzung in jedem Fall im Einklang mit dem Abkommen erfolgen

<sup>3</sup> Vgl. die Untersuchung der (positiven) Effekte der Freizügigkeit z.B. bei *Patrik Schellenbauer*, Wirtschaft und Arbeitsmarkt unter neuem Regime, in: Schellenbauer/Schwarz (Hrsg.), *Bilateralismus – was sonst? Eigenständigkeit trotz Abhängigkeit*, Zürich 2015, S. 81 ff., m.w.N.

<sup>4</sup> Vgl. im Einzelnen und ausführlich bereits *Astrid Epiney*, Zur rechtlichen Tragweite der Art. 121a, Art. 197 Ziff. 9 BV, in: Jusletter vom 2.6.2014; siehe jedoch die andere Akzentsetzung bei *Peter Uebersax*, Die verfassungsrechtliche Zuwanderungssteuerung – Zur Auslegung von Art. 121a BV, in: Jusletter vom 14.4.2014; *Peter Uebersax*, in: Waldmann/Belser/Epiney (Hrsg.), *Bundesverfassung, Basler Kommentar*, 2015, Art. 121a; siehe auch *Rainer Schweizer/Bernhard Ehrenzeller/Peter Hettich*, in: Ehrenzeller et al. (Hrsg.), *Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar*, 3. Aufl., Zürich/St. Gallen 2014, Art. 121a.

müssen, wenn sich eine Anpassung des Abkommens mit der EU als unmöglich erweisen sollte.<sup>5</sup> Dies ändert jedoch nichts daran, dass das erwähnte Spannungsverhältnis mit dem FZA besteht, was im Übrigen auch zu bedeutenden aussenpolitischen Irritationen im Verhältnis zur Union geführt hat.

- Zweitens ist es denkbar, dass direkt die **Kündigung des Freizügigkeitsabkommens angestrebt** wird. Dies könnte auf unterschiedliche Weise erfolgen: Denkbar wären insbesondere eine entsprechend formulierte Volksinitiative oder (wenn auch wenig wahrscheinlich) ein in diese Richtung gehender Beschluss des Parlaments. Die Kündigung selbst wäre in jedem Fall durch den Bundesrat auszusprechen, wobei sich hier durchaus schwierige rechtliche Fragen stellen können, dies insbesondere in Bezug auf die genaue Tragweite entsprechender Bestimmungen bzw. den möglicherweise dem Bundesrat einzuräumenden Handlungsspielraum etwa bezüglich Voraussetzungen, aber auch Zeitpunkt einer Kündigung, Fragen, die nur mit Bezug auf ganz bestimmte (ins Auge gefasste) Vorschriften oder Beschlüsse beantwortet werden können.
- Drittens kann es Entwicklungen im Verfassungs- oder/und Gesetzesrecht geben, die sich nicht primär auf die Freizügigkeit als solche beziehen, sondern an sich ganz **andere Fragen** regeln sollen und häufig auch Ziele verfolgen, die nicht *per se* im Konflikt mit dem Freizügigkeitsabkommen stehen; jedoch führen die gewählten Instrumente dazu, dass – wenn auch ggf. nur punktuell – **gewisse Vorgaben des Freizügigkeitsabkommens durchbrochen** werden (sollen). Ein Beispiel in diesem Zusammenhang sind Art. 121 Abs. 3–6 BV (die im Zuge der sog. Ausschaffungsinitiative in die Verfassung eingeführt wurden) sowie die entsprechende Umsetzungsgesetzgebung.<sup>6</sup>
- Schliesslich kann das Freizügigkeitsabkommen (zusammen mit anderen völkerrechtlichen Verträgen) auch ganz grundsätzlich in Frage oder – besser – zur Disposition gestellt werden, so wie dies derzeit die sog. Selbstbestimmungsinitiative beabsichtigt, welche vorsieht, dass **völkerrechtliche Verträge nicht (mehr) grundsätzlich vorrangig** zur Anwendung kommen sollen.

Insgesamt führen diese teilweise (erst) angestrebten oder teilweise auch vor der Realisierung stehenden Infragestellungen oder zumindest «Relativierungen» der Personenfreizügigkeit zu gewissen **Rechtsunsicherheiten**, gehen mit ihnen (zumindest potentiell) doch mitunter schwierige rechtliche Fragen

<sup>5</sup> Ausführlich zu diesem Ansatz *Astrid Epiney*, Zur (teilweisen) «Unmöglichkeit» der Umsetzung von auf Volksinitiativen beruhenden Verfassungsbestimmungen am Beispiel der Art. 121a, 197 Ziff. 11 BV, in: Jusletter vom 10.8.2015. Siehe auch noch unten II.1.c)cc.

<sup>6</sup> Hierzu noch unten II.1.c)bb.

einher, ganz abgesehen davon, dass sie teilweise sogar das Abkommen mit der Union selbst in Frage stellen könnten. Das Bild wird nicht dadurch einfacher, dass die sog. «**institutionellen Fragen**» zwischen der Schweiz und der Union – die im Wesentlichen Aspekte der «automatischen» Übernahme des weiterentwickelten unionsrechtlichen Besitzstandes und seiner Auslegung, die Überwachung der Einhaltung der Abkommen in der und durch die Schweiz sowie die Streitbeilegung betreffen – in Bezug auf alle (bestehenden und zukünftigen) Bilateralen Abkommen, die einen Marktzugang und damit eine Beteiligung am Binnenmarkt implizieren (wie das Freizügigkeitsabkommen), nach wie vor einer Lösung harren.

Diese Momentaufnahme soll zum Anlass genommen werden, um im folgenden Beitrag einige Grundfragen einerseits der Rechtswirkungen und des «Umgangs» mit dem Freizügigkeitsabkommen in der Schweiz zu erörtern, dies unter Einbezug der erwähnten sog. institutionellen Fragen. Im Einzelnen kann dabei zwischen Tragweite und Rechtswirkungen des FZA in der Schweiz (II.) einerseits und der möglichen zukünftigen Ausgestaltung des Abkommens im Zuge der Klärung der sog. institutionellen Fragen andererseits (III.) unterschieden werden. Ein Exkurs (IV.) ist der sog. Selbstbestimmungsinitiative gewidmet, deren Implikationen für das FZA kurz skizziert werden sollen, bevor der Beitrag mit einer kurzen Schlussbemerkung schliesst (V.).

## II. Tragweite und Rechtswirkungen des FZA in der Schweiz

Entsprechend der Anlage dieses Beitrags und der Fragestellung ist es gerade nicht Ziel der nachfolgenden Überlegungen, gewisse materielle Gewährleistungen im Abkommen zu erörtern; ebensowenig soll ein (auch nur annähernd vollständiger) Überblick über die inhaltlichen Aspekte des Abkommens gegeben werden.<sup>7</sup> Vielmehr geht es einerseits um die **grundsätzlichen Rechtswirkungen im innerstaatlichen Bereich** (I.), welche denn auch der Hintergrund für die erwähnten Infragestellungen der Personenfreizügigkeit im Allgemeinen und des Abkommens im Besonderen sein dürften, andererseits um die Frage, ob es denkbar wäre, gewisse **materielle Aspekte des Abkommens**

---

<sup>7</sup> Vgl. ausführlich zum FZA insbesondere die Kommentierung in *Cesla Amarelle/Minh Son Nguyen* (Hrsg.), Code annoté de droit des migrations. Volume II: Accord sur la libre circulation des personnes (ALCP), Bern 2014; siehe sodann die Überblicke (jeweils m.w.N.) bei *Thomas Cottier et al.*, Die Rechtsbeziehungen der Schweiz und der Europäischen Union, Bern 2014, S. 263 ff.; *Martina Caroni et al.*, Migrationsrecht, Bern 2014, S. 191 ff.; *Christine Kaddous/Diane Grisel*, Libre circulation des personnes et des services, Basel 2012; *Astrid Epiney/Beate Metz/Benedikt Pirker*, Zur Parallelität der Rechtsentwicklung in der EU und in der Schweiz. Ein Beitrag zur rechtlichen Tragweite der «Bilateralen Abkommen», Zürich 2012, S. 103 ff., 154 ff., 203 ff.

**zu modifizieren bzw. die im Abkommen figurierende Schutzklausel (Art. 14 Abs. 2 FZA) zu aktivieren**, eine Problematik, die insbesondere im Zusammenhang mit dem Ausgang der sog. Brexit-Abstimmung in Grossbritannien relevant werden könnte (2.).

## 1. Rechtswirkungen und Verhältnis zum nationalen Recht

Die Frage nach der **Tragweite sowie den Rechtswirkungen des FZA** und damit letztlich auch diejenige nach seinem Verhältnis zum nationalen Recht ist ausgehend von den hier massgeblichen **allgemeinen Grundsätzen** – handelt es sich beim FZA doch um ein «normales» völkerrechtliches Abkommen – zu beantworten. Diese Grundsätze wurden in ihrer konkreten Ausprägung vom **Bundesgericht** entwickelt und präzisiert, dies freilich ausgehend und auf der Grundlage der hier relevanten Bestimmungen in der Bundesverfassung (die jedoch nicht alle Fragen wirklich abschliessend und eindeutig beantwortet, womit die Rechtsprechung gefordert war). Bemerkenswert ist in diesem Zusammenhang (und angesichts der jüngeren Diskussionen rund um die Rechtsprechung – in deren Rahmen mitunter davon die Rede ist, das Bundesgericht habe seine Rechtsprechung revidiert,<sup>8</sup> eine bestenfalls missverständliche, letztlich jedoch wohl falsche Aussage – lohnt es sich wohl, hierauf explizit hinzuweisen), dass es sich hier um eine seit längerem **gefestigte Rechtsprechung** handelt, die freilich in jüngerer Zeit in einigen aus wohl in erster Linie politischen Gründen viel beachteten Urteilen bestätigt und lediglich in einem Punkt weiterentwickelt wurde (worauf noch zurückzukommen sein wird).

Es ist hier nicht der Ort, nochmals ausführlich auf alle sich in diesem Zusammenhang stellenden Fragen und die verschiedenen in der Literatur und von den Bundesbehörden vertretenen Ansichten im Einzelnen einzugehen.<sup>9</sup> Vielmehr seien – ausgehend von der (wohl einhellig anerkannten) monistischen Konzeption des Verhältnisses von Völker- und Landesrecht in der Verfassung (a) – die diesbezüglichen, sich aus der Rechtsprechung ergebenden Grundsätze stichwortartig zusammengefasst (b), um sie dann in Beziehung zu den eingangs<sup>10</sup> erwähnten Infragestellungen der Personenfreizügigkeit zu setzen (c).

<sup>8</sup> Siehe z.B. den Bericht in: NZZ vom 9.2.2013.

<sup>9</sup> Vgl. ausführlich zur Thematik, m.w.N., *Astrid Epiney*, in: Waldmann/Belser/Epiney (Hrsg.), Bundesverfassung, Basler Kommentar, Basel 2015, Art. 5, Rn. 76 ff., worauf die Ausführungen in den Abschnitten a) und b) teilweise beruhen.

<sup>10</sup> Oben I.

a) *Ausgangspunkt: das monistische Verständnis des Verhältnisses von Völkerrecht und Landesrecht in der Verfassung*

Aus verschiedenen Bestimmungen der Bundesverfassung – insbesondere Art. 189, 190 BV<sup>11</sup> – erschliesst sich, dass die schweizerische Verfassungsordnung der **monistischen Konzeption** – wonach Völkerrecht und Landesrecht Teil einer einheitlichen Rechtsordnung sind – folgt. In der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ist denn auch anerkannt, dass völkerrechtliche Verträge mit ihrem Inkrafttreten auf völkerrechtlicher Ebene auch landesrechtliche Geltung erlangen.<sup>12</sup>

Auf dieser Grundlage können völkerrechtliche Bestimmungen auch **unmittelbar anwendbar** sein, d.h. sich nicht nur an staatliche Behörden wenden, sondern auch die Rechtsstellung Einzelner regeln. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung<sup>13</sup> ist eine solche unmittelbare Anwendbarkeit unter folgenden Voraussetzungen zu bejahen:

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

Vor diesem Hintergrund überrascht es nicht, dass Lehre und Rechtsprechung davon ausgehen, dass **zahlreiche Bestimmungen des Freizügigkeitsabkommens** – letztlich zumindest praktisch all diejenigen, die Einzelnen Rechte

---

<sup>11</sup> Weiter ergibt sich der Monismus auch aus dem Umstand, dass völkerrechtliche Verträge nicht in Bundesgesetze «umgewandelt» werden müssen, sondern als solche anwendbar sind, und dass die Bundesversammlung Verträge nicht im Gesetzgebungsverfahren, sondern durch (einfachen) Bundesbeschluss, vgl. Art. 163 Abs. 2 BV, genehmigt.

<sup>12</sup> Vgl. schon BGE 7 I 774, 782; siehe ansonsten etwa BGE 122 II 234 E. 4a; 120 Ib 360 E. 2c; 127 II 177; 130 I 312 E. 4.1; aus der Literatur etwa *Daniel Thürer*, Kosmopolitisches Staatsrecht, Zürich 2005, S. 76 f.; *Alberto Achermann*, Der Vorrang des Völkerrechts im schweizerischen Recht, in: Cottier et al. (Hrsg.), *Der Staatsvertrag im schweizerischen Verfassungsrecht. Beiträge zu Verhältnis und methodischer Angleichung von Völkerrecht und Bundesrecht*, Bern 2000, S. 38 f.; *Robert Baumann*, Der Einfluss des Völkerrechts auf die Gewaltenteilung, Zürich 2002, Nr. 342; s. auch *Bundesrat*, Das Verhältnis von Völkerrecht und Landesrecht, Bericht des Bundesrates vom 5.3.2010, BBl 2010 2263, 2302.

<sup>13</sup> Vgl. z.B. BGE 118 Ia 116 f. E. 2b; 124 III 91 E. 3a. Aus der Literatur umfassend zum Problemkreis *Daniel Wüger*, Anwendbarkeit und Justiziabilität von Normen im schweizerischen Recht. Grundlagen, Methoden und Kriterien, Bern 2005; *Yvo Hangartner*, Unmittelbare Anwendbarkeit völker- und verfassungsrechtlicher Normen, in: ZSR 2007 I, S. 137 ff.; siehe auch die Beispiele aus der bundesgerichtlichen Praxis bei *Epiney*, in: BV-Kommentar, Art. 5 (Anm. 9), Rz. 79.

verleihen – in der Schweiz **unmittelbar anwendbar** sind, so dass sich die Einzelnen vor Behörden und Gerichten auf diese Vorgaben berufen können.<sup>14</sup> Insbesondere diejenigen Vorgaben des Abkommens, welche die Rechte Einzelner auf Einreise und Aufenthalt und auf Erwerbstätigkeit betreffen oder/und ihre Rechtsstellung in der Schweiz regeln (vgl. z.B. Art. 2 FZA, Art. 3 Abs. 1, Art. 4 Abs. 1, Art. 9 Anhang I FZA), sind daher von den rechtsanwendenden Behörden und den Gerichten anzuwenden; im Falle eines möglichen Verstosses ist der Rechtsweg zu gewährleisten (Art. 11 FZA). Auch in den Anhängen des Abkommens übernommene Bestimmungen von EU-Verordnungen können unmittelbar anwendbar sein.<sup>15</sup>

#### b) *Zum Verhältnis von Völkerrecht und Landesrecht*

Dem monistischen Verständnis der Verfassung lässt sich keine Aussage über die Frage des **«Ranges» des Völkerrechts im Verhältnis zum nationalen Recht** entnehmen, geht es hier doch nur um die Frage der Inkorporation des Völkerrechts in das in dem jeweiligen Staat geltende Recht.<sup>16</sup> Auch das Völkerrecht selbst (etwas anderes gilt nur für das EU-Recht, dem als solches sowohl unmittelbare Geltung als auch Vorrang gegenüber nationalem Recht der Mitgliedstaaten zukommt)<sup>17</sup> regelt die «Rangfrage» nicht; zwar beansprucht das Völkerrecht als solches insofern «absolute» Geltung, als kein Staat sich unter Berufung auf sein innerstaatliches Recht seinen völkerrechtlichen Verpflichtungen entziehen kann (vgl. Art. 26, 27 Wiener Vertragsrechtskonvention, VRK<sup>18</sup>).<sup>19</sup> Jedoch bezieht sich diese Aussage lediglich auf die völkerrechtliche Ebene, während sich das Hierarchieverhältnis von Völ-

<sup>14</sup> Vgl. BGE 130 II 49 E. 4.2; 136 II 241 E. 11 ff.; 136 II 65; aus der Literatur nur *Véronique Boillet*, L'interdiction de discrimination en raison de la nationalité au sens de l'Accord sur la libre circulation des personnes, Basel 2010, S. 47 ff.; *Matthias Oesch*, Der Einfluss des EU-Rechts auf die Schweiz – von Gerichtsdolmetschern, Gerichtsgutachten und Notaren, in: SJZ 2016, S. 53 ff.; *Astrid Epiney*, Zur rechtlichen Tragweite der Art. 121a, Art. 197 Ziff. 11 BV/La portée juridique des articles 121a et 197 ch. 11 Cst. – aspects choisis, Freiburger Schriften zum Europarecht, Nr. 17, 2014, S. 23 f.; *Daniel Wüger*, Anwendbarkeit und Umsetzung der Bilateralen Verträge II, in: Epiney et al. (Hrsg.), Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht 2004/2005, Zürich 2005, S. 287 ff.

<sup>15</sup> BGE 138 II 43 E. 3.1.

<sup>16</sup> Vgl. nur *Achermann*, in: Staatsvertrag (Anm. 12), S. 39 f.; siehe auch schon *Astrid Epiney*, Das Primat des Völkerrechts als Bestandteil des Rechtsstaatsprinzips, in: ZBl 1994, S. 542 ff.

<sup>17</sup> Vgl. nur EuGH, Rs. C-26/62, *van Gend & Loos*, Slg. 1963, 1, ECLI:EU:C:1963:1; Rs. C-6/64, *Costa/ENEL*, Slg. 1964, 1141, ECLI:EU:C:1964:66.

<sup>18</sup> Wiener Konvention über das Recht der Verträge vom 23.5.1969, SR 0.111.

<sup>19</sup> BGE 125 II 417; BGE 122 II 485; aus der Literatur nur *Walter Kälin et al.*, Völkerrecht, 3. Aufl., Bern 2010, S. 126 f., m.w.N.

ker- und Landesrecht nach nationalem (Verfassungs-)Recht bestimmt.<sup>20</sup> Bemerkenswert ist in diesem Zusammenhang auch, dass die verschiedenen staatlichen und supranationalen Rechtsordnungen hier denn auch durchaus unterschiedliche Lösungen kennen.<sup>21</sup>

Die Verfassung enthält keine klare Aussage zur Frage des Verhältnisses von Völkerrecht und Landesrecht. Allerdings hat die **Rechtsprechung** (gefolgt, trotz Kritik von Einzelaspekten, von der herrschenden Lehre in der Literatur)<sup>22</sup> diesbezüglich **klare Grundsätze** entwickelt, die vom prinzipiellen Vorrang des Völkerrechts ausgehen, wobei jedoch in Bezug auf die genaue dogmatische Begründung gewisse Fragen bestehen, könnte die Rechtsprechung doch dahingehend ausgelegt werden, dass sich der Vorrang aus dem Völkerrecht ergebe.<sup>23</sup> Zu unterscheiden ist dabei zwischen dem Verhältnis von Völkerrecht und Bundesgesetzen (aa) und demjenigen von Völkerrecht und Verfassung (bb).

#### aa. Völkerrecht und Bundesgesetze

In Bezug auf das Verhältnis von Bundesgesetzen und Völkerrecht kommen – wohl massgeblich vor dem Hintergrund des in der Verfassung zum Ausdruck gekommenen Grundsatzes des Vorrangs des Völkerrechts – nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung<sup>24</sup> folgende **Grundsätze** zum Zug (immer soweit ein Konflikt nicht durch eine völkerrechtskonforme Auslegung vermieden werden kann):<sup>25</sup>

---

<sup>20</sup> Vgl. bereits, mit ausführlicher Begründung und m.w.N., *Epiney*, in: ZBl 1994 (Anm. 16), S. 546 ff.

<sup>21</sup> Vgl. etwa die Länderberichte bzw. Beiträge in *Jan Wouters/André Nollkaemper/Erika de Wet* (Hrsg.), *The Europeanisation of International Law. The Status of International Law in the EU and its Member States*, Heidelberg 2008, *passim*.

<sup>22</sup> Vgl. im Einzelnen, m.w.N., *Epiney*, in: BV-Kommentar, Art. 5 (Anm. 9), Rz. 84 ff.

<sup>23</sup> S. insbesondere BGE 142 II 35, wo das Bundesgericht zur Begründung des Vorrangs auf Art. 27 VRK hinweist. Vgl. hierzu *Astrid Epiney*, *Auslegung und Verhältnis des Freizügigkeitsabkommens zum nationalen Recht*. Zum Urteil des Bundesgerichts 2C\_716/2014 vom 25. November 2016, in: Jusletter vom 14.3.2016, Rz. 7, 24 ff.

<sup>24</sup> Siehe aus der jüngeren Rechtsprechung insbesondere, jeweils mit Nachweisen der älteren Rechtsprechung, BGE 139 I 16; 142 II 35.

<sup>25</sup> Letzteres ist im Übrigen schon aufgrund der Flexibilität vieler völkerrechtlicher Vorgaben die Regel, hierzu nur, m.w.N., *Helen Keller/Markus Lanter/Andreas Fischer*, *Volksinitiativen und Völkerrecht: die Zeit ist reif für eine Verfassungsänderung*, in: ZBl 2008, S. 139 ff.

- Dem **Völkerrecht** kommt im Verhältnis zu Bundesgesetzen **grundsätzlich Vorrang** zu, der sich auch auf spätere Bundesgesetze bezieht, so dass die *Lex-posterior*-Regel nicht zur Anwendung kommt.<sup>26</sup>
- Hiervon ist jedoch dann ausnahmsweise abzuweichen, wenn der Bundesgesetzgeber «bewusst» gegen das Völkerrecht verstossen wollte bzw. sich «bewusst» und eingehend mit der Frage nach der Völkerrechtskonformität auseinandergesetzt und die Nonkonformität in Kauf genommen hat;<sup>27</sup> diesfalls sind das Bundesgericht und die rechtsanwendenden Behörden an das völkerrechtswidrige Bundesgesetz gebunden (sog. **Schubert-Rechtsprechung**).<sup>28</sup>
- Im Verhältnis von **Bundesgesetzen und staatsvertraglich gewährleisteten Menschenrechtsverträgen** gilt aber eine «**Gegenausnahme**», so dass letztere in jedem Fall vorrangig (auch im Verhältnis zu «bewusst» gegen ihre Vorgaben verstossenden Bundesgesetzen) anzuwenden sind.<sup>29</sup>

<sup>26</sup> Vgl. aus der Rechtsprechung, wenn auch mitunter mit unterschiedlicher Akzentsetzung, BGE 125 II 417 E. 4d; 128 IV 201 E. 1.3; 122 II 485 E. 3a; 122 III 414 E. 3a; 125 III 209 E. 6e; 136 II 241 E. 16.1; 119 V 171 E. 4; 138 II 524 E. 5.1; 139 I 16 E. 5.1.

<sup>27</sup> Zu den Voraussetzungen des Greifens der Schubert-Praxis in der jüngeren Rechtsprechung die erfreulichen Klarstellungen in BGE 138 II 524 E. 5.3.2, wo das Bundesgericht einen generellen Verweis auf eine allgemeine Diskussion der völkerrechtlichen Aspekte nicht genügen liess, sondern festhielt, es sei eine eingehende Thematisierung des möglichen Verstosses gegen Völkerrecht notwendig, unter Einschluss seiner Implikationen; s. aber auch BVGer C-7487/2008 vom 4.1.2013; C-1026/2009 vom 31.10.2013. Siehe auch die ebenfalls andere Akzentsetzung bei *Tobias Tschumi/Benjamin Schindler*, in: Ehrenzeller et al. (Hrsg.), Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, 3. Aufl., Zürich/St. Gallen 2014, Art. 5, Rz. 79.

<sup>28</sup> Grundlegend BGE 99 Ib 39 E. 4; bestätigt z.B. in BGE 112 II 1 E. 8; 118 Ib 277 E. 3b. Teilweise wird angenommen, das Bundesgericht habe in BGE 139 I 16 die Schubert-Praxis aufgegeben, da es formuliert habe, eine dem Völkerrecht entgegenstehende Bundesgesetzgebung bleibe regelmässig unanwendbar (E. 5.1 a.E.), vgl. so *Yvo Hangartner*, Bundesgerichtlicher Positionsbezug zum Verhältnis von Bundesverfassung und Völkerrecht, in: AJP 2013, S. 701 f.; ähnlich wohl auch *Séverine Knuchel*, Initiatives populaires et droit international: quelques réflexions sur le chiffre IV de l'initiative populaire fédérale «Pour le renvoi effectif des étrangers criminels (initiative de mise en oeuvre)», in: Jusletter vom 12.11.2013, Rz. 11, die davon spricht, dass sich das Bundesgericht von der Schubert-Rechtsprechung distanziert habe. Zwingend ist diese Auslegung des bundesgerichtlichen Urteils jedoch nicht, der vom Bundesgericht verwandte Begriff «regelmässig» Raum für Ausnahmen lässt; zudem spricht die in dem Urteil auch erfolgende Bezugnahme auf die Schubert-Rechtsprechung eher dafür, dass man diese nicht (zudem noch in einem *obiter dictum*) aufgeben wollte, hätte eine derart weitgehende Rechtsprechungsänderung doch wohl klarer formuliert werden müssen. Zur Schubert-Rechtsprechung und der nachfolgenden Rechtsprechungsentwicklung aus jüngerer Zeit instruktiv *Robert Baumann*, Die Tragweite der *Schubert-Praxis*, in: AJP 2010, S. 1009 ff., m.w.N.

<sup>29</sup> BGE 117 Ib 367 E. 2; 125 II 417 E. 4d (sog. PKK-Entscheid; das Bundesgericht betonte hier, ein Konflikt zwischen einem völkerrechtlichen Vertrag und einem Bundesgesetz sei unter Rückgriff auf die allgemein anerkannten und in den Art. 26 f. VRK kodifizier-

Dies dürfte im Wesentlichen auf der überragenden Bedeutung derartiger Abkommen beruhen, die es rechtfertigt, die Schubert-Rechtsprechung – die ihrerseits letztlich auf pragmatischen und politischen Erwägungen beruhen dürfte und insofern als Ausdruck einer *Political-Question*-Doktrin angesehen werden kann – hier nicht heranzuziehen. Die jüngste Rechtsprechung hat diese «Gegenausnahme» auf das Freizügigkeitsabkommen ausgedehnt, eine Problematik, auf die zurückzukommen sein wird.<sup>30</sup>

bb. Völkerrecht und (späteres) Verfassungsrecht

Soweit es um Konflikte zwischen **Völkerrecht und (späterem) Verfassungsrecht** geht, ist **Art. 190 BV** massgeblich: Danach ist das Völkerrecht (neben den Bundesgesetzen) «massgebend», so dass im Falle eines Konflikts dieses anzuwenden ist und die entsprechende **Verfassungsbestimmung unanwendbar** ist,<sup>31</sup> was auch für unmittelbar anwendbare Verfassungsbestimmungen gelten muss.

Zwar wird dieser vom Bundesgericht vertretene Ansatz in der Lehre und vom Bundesrat teilweise kritisiert;<sup>32</sup> zu überzeugen vermag diese Kritik jedoch nicht: Denn Art. 190 BV regelt grundsätzlich die Frage, wie im Falle eines Konflikts zwischen Völkerrecht und Verfassung vorzugehen ist, so dass nicht davon ausgegangen werden kann, dass jede punktuelle Verfassungsrevision – die eine bestimmte Sachfrage betrifft – auch die Tragweite dieser Bestimmung modifiziert, unterscheidet sich doch der Regelungsgegenstand dieser Vorschrift von demjenigen konkreter verfassungsrechtlicher Normen.<sup>33</sup> In der

---

ten Grundsätze des Völkerrechts zu lösen; diese Grundsätze seien für sämtliche Staatsorgane bindend, so dass im Konfliktfall das Völkerrecht grundsätzlich dem Landesrecht vorgehe); unklar jedoch BGE 136 III 168 E. 3.3.4; 136 II 120; den PKK-Entscheid ausdrücklich bestätigend BGE 131 II 352 E. 1.3.1; 136 II 241 E. 16.1; 129 II 193; 139 I 16 E. 5.1; siehe auch BGE 135 II 243 E. 3.1; 128 III 113 E. 3a; 128 IV 201 E.1.2; BGER 2C\_459/2011 vom 26.4.2012.

<sup>30</sup> Unten II.1.c)bb.

<sup>31</sup> BGE 133 II 450 E. 6; 133 II 460; 133 V 233 E. 3.5; 139 I 16 E. 5.2, 5.3.

<sup>32</sup> Vgl. *Robert Baumann*, Die Umsetzung völkerrechtswidriger Volksinitiativen, in: ZBl 2010, S. 260 ff., der für einen Vorrang einer neueren, unmittelbar anwendbaren Verfassungsbestimmung in Bezug auf einen älteren Staatsvertrag eintritt; in diese Richtung wohl auch Bundesrat, Zusatzbericht des Bundesrats zu seinem Bericht vom 5.3.2010 über das Verhältnis Völkerrecht – Landesrecht, BBl 2011 3613, 3658; s.a. *Luca Cirigliano*, Umsetzungsszenarien der Anti-Minarettinitiative, in: Jusletter vom 1.3.2010, Rz. 31 ff., der von einem Vorrang neuer, durch Volksinitiative eingeführter Verfassungsbestimmungen ausgeht. Siehe sodann die Darstellung des Meinungsstands in der Doktrin bei *Jörg Künzli*, Demokratische Partizipationsrechte bei neuen Formen der Begründung und bei der Auflösung völkerrechtlicher Verpflichtungen, in: ZSR 2009 I, S. 70 f.; *Tschumi/Schindler*, in: St. Galler Kommentar (Anm. 27), Art. 5, Rz. 84 ff.

<sup>33</sup> Im Ergebnis ebenso etwa *Künzli*, in: ZSR 2009 I (Anm. 32), S. 70 ff.; *Pierre Tschannen*, Staatsrecht der Schweizerischen Eidgenossenschaft, Bern 2011, § 9, Rz. 22; *Kälin* et al.,

Sache kommt damit völkerrechtlichen Verträgen ein umfassender (Anwendungs-)Vorrang vor diesen ggf. widersprechenden Verfassungsbestimmungen zu, was auch in Bezug auf jüngere Verfassungsbestimmungen gilt. Die Schubert-Praxis kommt damit in Bezug auf Verfassungsrecht nicht zum Zuge.<sup>34</sup>

c) *Folgerungen für das Verhältnis von FZA und nationalem Recht*

Wendet man die soeben<sup>35</sup> skizzierten, in der Rechtsprechung (wie erwähnt) seit langem anerkannten Grundsätze auf das **Verhältnis des Freizügigkeitsabkommens zum nationalen Recht** an, so ergibt sich ein grundsätzlicher (Anwendungs-)Vorrang des Abkommens sowohl im Verhältnis zu Verfassungsrecht als auch im Verhältnis zu die Verfassung vollziehendem Gesetzesrecht. Dies soll nachfolgend anhand ausgewählter aktueller Rechtsentwicklungen oder Gesetzgebungsvorhaben im Einzelnen aufgezeigt werden. Zu unterscheiden ist auch hier zwischen dem Verhältnis zu Verfassungsrecht (aa) und demjenigen zu Gesetzesrecht (bb),<sup>36</sup> bevor in einem kurzen Zwischenfazit einige Schlussfolgerungen, unter besonderer Berücksichtigung ausgewählter, sich derzeit stellender Fragen, formuliert werden (cc).

aa. FZA und (späteres) Verfassungsrecht

Die Frage des **Verhältnisses des FZA zu (späterem) Verfassungsrecht** stellt sich – soweit die Rechtsanwendung betroffen ist – von vornherein nur unter der Voraussetzung, dass die betreffende Verfassungsbestimmung

---

Völkerrecht (Anm. 19), S. 125 f.; *Andreas Auer/Bénédicte Tornay*, Aux limites de la souveraineté du constituant: l'initiative «Pour des naturalisations démocratiques», in: AJP 2007, S. 745 f.; *Anne Benoît*, Vers une hiérarchie des normes internationales en droit suisse?, in: ZSR 2009 I, S. 468 f.; *Regina Kiener/Melanie Krüsi*, Bedeutungswandel des Rechtsstaats und Folgen für die (direkte) Demokratie am Beispiel völkerrechtswidriger Volksinitiativen, in: ZBl 2009, S. 250; *Hangartner*, in: AJP 2013 (Anm. 28), S. 702 f.; *Giorgio Malinverni*, Démocratie directe et droits de l'homme, in: FS Andreas Auer, Bern 2013, S. 462 f.

<sup>34</sup> So ausdrücklich z.B. auch *Regina Kiener/Walter Kälin*, Grundrechte, Bern 2013, S. 22 f. Allerdings wird häufig angenommen, dass im Fall einer Volksinitiative, die gegen einen völkerrechtlichen Vertrag verstösst, diese als Auftrag zur Kündigung des betreffenden Vertrages zu verstehen sei (zumindest soweit dies völkerrechtlich möglich ist), vgl. *Knuchel*, in: Jusletter vom 12.11.2013 (Anm. 28), Rz. 18, m.w.N. Zwingend erscheint dies freilich nicht: Denn eine solche Kündigung und ihre Konsequenzen werfen häufig komplexe Fragen auf, ganz abgesehen davon, dass z.B. ein Verstoß gegen eine einzelne vertragliche Bestimmung etwas anderes ist als die Kündigung des gesamten betroffenen Vertrages; zum Problemkreis im Einzelnen *Künzli*, in: ZSR 2009 I (Anm. 32), S. 67 ff.

<sup>35</sup> S. II.1.b).

<sup>36</sup> S. in diesem Zusammenhang auch die bereits durchgeführten Untersuchungen bei *Epinéy*, in: BV-Kommentar, Art. 5 (Anm. 9), Rz. 93 ff.

als solche **unmittelbar anwendbar** ist. Dies wird häufig zu verneinen sein, wie auch das Bundesgericht in Bezug auf Art. 121 Abs. 3–6 BV<sup>37</sup> und Art. 121a BV<sup>38</sup> feststellte:

- **Art. 121 Abs. 3 BV** (der im Gefolge der Annahme der sog. «**Ausschaffungsinitiative**» Eingang in die Verfassung fand) sei nicht unmittelbar anwendbar. Denn es handle sich hier um eine wertungsmässig offene Norm, die dem Gesetzgeber einen Konkretisierungsspielraum belasse. Das Gericht führt im Einzelnen aus, Art. 121 Abs. 3 BV nenne verschiedene Tatbestände, die zwar teilweise auf Bestimmungen des Strafgesetzbuchs Bezug nehmen, teilweise aber auch sehr offen und untechnisch formuliert seien, keine Konturen aufwiesen und nach Art. 121 Abs. 4 BV erst noch konkretisiert werden müssten. Zwar seien einzelne dieser Tatbestände möglicherweise hinreichend genau formuliert; doch bilde die Abstimmung der gestützt auf Art. 121 Abs. 3 BV zu einer Aufenthaltsbeendigung führenden Straffälligkeit wertungsmässig ein noch zu konkretisierendes Gesamtsystem, aus dem nicht einzelne Teile herausgelöst werden könnten, bestünde doch ansonsten die Gefahr von Widersprüchen zwischen dem geltenden und dem neuen System. Letztlich verneinte das Bundesgericht damit die hinreichende Klarheit der Bestimmung, dies im Gefolge ihrer Charakterisierung als wertungsmässig offen.

Bemerkenswert ist in diesem Kontext, dass das Bundesgericht im Zusammenhang mit der unmittelbaren Anwendbarkeit des Art. 121 Abs. 3 BV auf den **Widerspruch mit verfassungs- und völkerrechtlichen Vorgaben** hinweist, so dass das Gericht offenbar im Falle eines solchen Widerspruchs die unmittelbare Anwendbarkeit eher verneinen dürfte. Dies erscheint insofern konsequent, als im Falle eines solchen Widerspruchs bzw. eines solchen Spannungsverhältnisses – wie das Gericht an anderer Stelle sagt – nach der vom Gericht zugrunde gelegten Auslegung des Art. 121 Abs. 3 BV eine praktische Konkordanz mit diesen anderen verfassungsrechtlichen Bestimmungen sichergestellt werden muss, die häufig erst auf der Ebene der Umsetzung möglich erscheint. Im Übrigen implizieren die Erwägungen des Bundesgerichts, dass die Frage nach der unmittelbaren Anwendbarkeit einer Verfassungsbestimmung nicht nur in Anbetracht der Formulierung der einzelnen Bestimmung, sondern auch im Gesamtzusammenhang nicht nur des fraglichen Artikels selbst, sondern auch der gesamten Verfassung zu beantworten ist. Insbesondere in Fällen, in denen ein Konflikt mit durch die EMRK garantierten Rechten zu gewärtigen ist, dürfte dieser Ansatz tendenziell eine gewisse Zurückhaltung bei der Annahme der unmittelbaren Anwendbarkeit der betreffenden Bestimmung nahelegen.

---

<sup>37</sup> BGE 139 I 16.

<sup>38</sup> BGE 142 II 35.

- In Bezug auf **Art. 121a BV** (dessen Inkrafttreten auf die sog. «**Massen-einwanderungsinitiative**» zurückgeht) verneinte das Bundesgericht ebenfalls die unmittelbare Anwendbarkeit, dies im Einklang mit der ganz herrschenden Literatur.<sup>39</sup>

Fraglich könnte noch sein, ob eine **unmittelbare Anwendbarkeit** einer Verfassungsbestimmung zwingend immer dann anzunehmen ist, wenn sie als solche **explizit verankert** wird, wie dies in der von Volk und Ständen abgelehnten sog. «**Durchsetzungsinitiative**» geschehen ist. M.E. ist diese Frage zu verneinen: Denn auch «klare» Bestimmungen bedürfen der Auslegung, und die Kriterien für eine unmittelbare Anwendbarkeit<sup>40</sup> gehorchen auch einer gewissen inhärenten Logik (können doch insbesondere nur hinreichend klare Bestimmungen unmittelbar angewandt werden), die nicht durch einen zusätzlichen Satz obsolet werden. Daher ist in jedem Fall durch Auslegung zu ermitteln, ob eine Bestimmung unmittelbar anwendbar ist oder nicht, wobei selbstredend eine entsprechende «Klarstellung» hier einen Anhaltspunkt darstellen kann, dem jedoch andere Erwägungen (z.B. unzureichende Klarheit, aber auch ein Widerspruch zu grundlegenden Prinzipien des Rechtsstaats, die einer unmittelbaren Anwendbarkeit entgegenstehen können) gegenüberstehen können.<sup>41</sup>

Bemerkenswert ist in diesem Zusammenhang weiter, dass das **Bundesgericht** es **abgelehnt** hat, den **nicht unmittelbar anwendbaren Art. 121a BV** im Zusammenhang mit der **Auslegung des Freizügigkeitsabkommens** – das nach mittlerweile gefestigter Rechtsprechung grundsätzlich (soweit es auf Begriffe des Unionsrechts zurückgreift) parallel zum entsprechenden Unionsrecht auszulegen ist<sup>42</sup> – zu berücksichtigen.<sup>43</sup> Die Einführung dieses Artikels

<sup>39</sup> Vgl. nur *Uebersax*, in: Jusletter vom 14.4.2014 (Anm. 4), Rz. 72, 84; *Epiney*, in: Jusletter vom 2.6.2014 (Anm. 4), Rz. 1, 10, 40.

<sup>40</sup> Vgl. ausführlich zu diesen BGE 139 I 16.

<sup>41</sup> Vgl. in diesem Zusammenhang auch die Ausführungen von *Daniel Kettinger*, Minarettverbot: Offene Fragen zur Umsetzung, in: Jusletter vom 1.3.2010, Rz. 15 ff., der bedenkenswerte Argumente gegen die unmittelbare Anwendbarkeit der Minarettinitiative (Art. 72 Abs. 3 BV) anführt.

<sup>42</sup> Grundlegend BGE 136 II 5. Siehe jüngst BGE 142 II 35. In der Literatur ist der Ansatz des Bundesgerichts grossmehrheitlich zumindest im Ergebnis auf Zustimmung gestossen. Vgl. *Francesco Maiani*, La «saga Metock», ou des inconvénients du pragmatisme helvétique dans la gestion des rapports entre droit européen, droit bilatéral et droit interne, in: ZSR 2011 I, S. 27 ff.; *Matthias Oesch*, Der Einfluss des EU-Rechts auf die Schweiz – von Gerichtsdolmetschern, Gerichtsgutachten und Notaren, in: SJZ 2016, S. 53 ff.; *Astrid Epiney*, Zur Verbindlichkeit der EU-Grundrechte in der und für die Schweiz, in: *Altermatt/Casasus* (Hrsg.), 50 Jahre Engagement der Schweiz im Europarat 1963–2013, Zürich 2013, S. 141 ff.; *Matthias Oesch*, Grundrechte als Elemente der Wertegemeinschaft Schweiz – EU. Zur Auslegung der Bilateralen Verträge, in: ZBl 2014, S. 171 ff.; *Thomas Cottier*, Der Grundsatz der Nichtdiskriminierung im Europa- und Wirtschaftsvölkerrecht, in: ZSR 2015 I, S. 325 ff.; *Benedikt Pirker*, Zu den für die Auslegung der Bilateralen Abkommen massgeblichen Grundsätzen – Gedanken zu

könne keinen «triftigen Grund» darstellen, um von der Rechtsprechung des EuGH abzuweichen.<sup>44</sup> Denn völkerrechtliche Verträge seien nicht nach Massgabe des innerstaatlichen Rechts, sondern nach Treu und Glauben auszulegen (Art. 26, 31 VRK), und nach Art. 27 VRK könne sich keine Vertragspartei auf ihr innerstaatliches Recht berufen, um die Nichterfüllung eines Vertrages zu rechtfertigen, ein auch gewohnheitsrechtlich anerkannter Grundsatz. Im Übrigen impliziere das Freizügigkeitsabkommen zwar nicht, dass die Schweiz Teil des Binnenmarktes geworden sei; doch beteilige sie sich sektoriell an diesem, eine Teilhabe, die nur funktionsfähig sei, wenn die in das Freizügigkeitsabkommen übernommenen unionsrechtlichen Vorgaben parallel wie im Unionsrecht ausgelegt werden.<sup>45</sup>

Wenn das Bundesgericht in diesem Zusammenhang darauf hinweist, das **innerstaatliche Recht sei für die Auslegung eines völkerrechtlichen Vertrages nicht relevant**, so ist dies nicht nur aus völkerrechtlicher, sondern auch aus verfassungsrechtlicher Sicht (auf die es in diesem Zusammenhang ankommt, da dem Völkerrecht selbst diesbezüglich keine Aussagen zu entnehmen sind)<sup>46</sup> zutreffend: Denn wenn aufgrund der monistischen Konzeption der Verfassung das Völkerrecht mit seinem Inkrafttreten auf völkerrechtlicher Ebene und der damit einhergehenden Bindung der Schweiz innerstaatlich gilt, muss es als solches – also als Völkerrecht – gelten. Damit müssen aber für seine Auslegung die völkerrechtlichen Grundsätze zum Zuge kommen, und diese stellen gerade nicht auf nationales Recht – und damit auch nicht (im konkreten Fall) auf Art. 121a BV – ab, so dass für die Auslegung völkerrecht-

---

BGE 140 II 112 (Gerichtsdolmetscher), in: ZBl 2015, S. 295 ff.; siehe aber auch die andere Akzentsetzung bei *Samantha Besson/Odile Ammann*, L'interprétation des accords bilatéraux Suisse-UE – Une lecture de droit international, in: Epiney/Diezig (Hrsg.), Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht 2013/2014, Zürich 2014, S. 331 ff., wobei deren Kritik an der Rechtsprechung des Bundesgerichts und der wohl h.L. jedoch nicht ganz klar wird, vgl. insoweit *Pirker*, in: ZBl 2015, S. 295 ff. (ebd.). Zur Problematik ausführlich bereits *Epiney/Metz/Pirker*, Parallelität der Rechtsentwicklung (Anm. 7), S. 169 ff.; *Astrid Epiney*, Zur Bedeutung der Rechtsprechung des EuGH für Anwendung und Auslegung des Personenfreizügigkeitsabkommens, in: ZBJV 2005, S. 1 ff.

<sup>43</sup> Vgl. BGE 142 II 35.

<sup>44</sup> In BGE 136 II 5 formulierte das Bundesgericht den Grundsatz, dass es bei der Auslegung des Freizügigkeitsabkommens die einschlägige Rechtsprechung des EuGH zugrundelege, unter Einbezug der nach der Unterzeichnung des Abkommens ergangenen Urteile, dies soweit das Abkommen auf Begriffe des Unionsrechts zurückgreift. Das Gericht behält sich aber vor, bei Vorliegen «triftiger Gründe» von diesem Grundsatz abzuweichen, wobei nicht ganz klar wird, um welche Gründe es hier z.B. gehen könnte. Jedenfalls bejahte das Gericht in seiner bisherigen Rechtsprechung bislang noch in keinem Urteil das Vorliegen solcher triftiger Gründe.

<sup>45</sup> Hier verweist das Gericht auf die (inzwischen) auch in diese Richtung gehende Rechtsprechung des EuGH, vgl. EuGH, Rs. C-506/10, *Graf/Engel*, Slg. 2011, I-9345, ECLI:EU:C:2011:643.

<sup>46</sup> S.o. II.1.a).

licher Verträge ausschliesslich die völkerrechtlichen Grundsätze relevant sind.<sup>47</sup>

Soweit eine (neue) verfassungsrechtliche Bestimmung **unmittelbar anwendbar** ist, stellt sich im Falle eines Widerspruchs zum Freizügigkeitsabkommen (der auch nicht durch eine völkerrechtskonforme Auslegung «beseitigt» werden kann) die Frage nach der vorrangig anwendbaren Norm. Ausgehend von den dargelegten Grundsätzen<sup>48</sup> ist hier **Art. 190 BV** massgeblich. Diese Bestimmung findet auch in Bezug auf das Freizügigkeitsabkommen Anwendung, so dass mit diesem im Widerspruch stehende Verfassungsbestimmungen keine Anwendung finden können, eine zwar offenbar nicht vom Bundesrat und manchen Literaturvertretern,<sup>49</sup> jedoch wohl vom Bundesgericht geteilte Meinung.<sup>50</sup> Eine andere und gerichtlich noch nicht geklärte Frage ist diejenige danach, was gilt, wenn eine Verfassungsbestimmung selbst ausdrücklich ihren Vorrang vor (nicht zwingendem) Völkerrecht vorsieht, wie dies bei der sog. Durchsetzungsinitiative geplant war. Vieles spricht auch hier für einen differenzierten Ansatz.<sup>51</sup>

Nur am Rande sei in diesem Zusammenhang noch auf diejenige Konstellation hingewiesen, dass die in Art. 197 Ziff. 11 BV verankerte Dreijahresfrist für eine Umsetzung des **Art. 121a BV** durch eine bundesgesetzliche Regelung nicht eingehalten werden kann und daraufhin der **Bundesrat** die Verfassungsbestimmung auf dem **Verordnungsweg** umsetzt: Soweit das Verhältnis zum Völkerrecht betroffen ist, käme diesfalls der – soweit ersichtlich nicht bestrittene<sup>52</sup> – **Vorrang des Völkerrechts vor Verordnungsrecht** des Bundesrates zum Zuge. Hiergegen kann auch nicht eingewandt werden, im Falle einer Umsetzung des Art. 121a BV durch eine Verordnung und ihrem Konflikt mit dem Völkerrecht gehe es insofern im Ergebnis nicht um das Verhältnis Völkerrecht – Verordnung, sondern um dasjenige zwischen Völkerrecht und Verfassung: Denn alle Verordnungen des Bundesrates müssen sich entweder auf die Verfassung oder auf ein Bundesgesetz stützen, so dass der allgemein anerkannte Grundsatz des Vorrangs des Völkerrechts vor bundesrätlichen Verordnungen letztlich häufig auch das Verhältnis der jeweiligen Rechtsgrundlage der Verordnung zum Völkerrecht betreffe. Zwar könnte man bei Art. 121a BV anführen, diese Bestimmung lasse «klar» erkennen, dass gewisse bestehende völkerrechtliche Verträge mit ihr in einem Spannungsverhältnis stehen, so dass – insoweit im Gegensatz zu anderen Rechtsgrundlagen – die Verfassung den Bundesrat auch inhaltlich (möglicherweise gar zu einem Verstoß gegen das Völkerrecht) verpflichte. Zu überzeugen vermag freilich auch dieser denkbare Einwand nicht: Abgesehen davon, dass es grundsätzlich

<sup>47</sup> S. insoweit auch *Epiney*, in: BV-Kommentar (Anm. 9), Art. 5, Rn. 84 ff.

<sup>48</sup> Oben II.1.b)bb.

<sup>49</sup> Vgl. die Nachweise in Anm. 32.

<sup>50</sup> Vgl. BGE 139 I 16. Siehe auch schon BGE 133 II 460.

<sup>51</sup> Vgl. im Einzelnen *Astrid Epiney*, Das Verhältnis von Völkerrecht und Landesrecht aus der Sicht des Bundesgerichts. Anmerkung zum BGE 2C\_828/2011 vom 12. Oktober 2012, in: Jusletter vom 18.3.2013, Rz. 24.

<sup>52</sup> Vgl. nur *Epiney*, in: BV-Kommentar (Anm. 9), Art. 5, Rz. 86, m.w.N.

keine «klaren» Bestimmungen gibt, ist Art. 121a BV doch sehr verschiedenen Auslegungen zugänglich, und aus der Verfassung kann auch nicht abgeleitet werden, dass Art. 121a BV nunmehr zu einer Art Unbeachtlichkeit des Völkerrechts führen soll.<sup>53</sup> Schliesslich spricht auch schon die erörterte Tragweite des Art. 190 BV für diesen Ansatz: Wenn nach dieser Bestimmung dem Völkerrecht schon gegenüber unmittelbar anwendbarem Verfassungsrecht im konkreten Anwendungsfall Vorrang einzuräumen ist, muss dies erst recht für bundesrätliche Umsetzungsverordnungen gelten. Im Falle einer Umsetzung des Art. 121a BV auf dem Verordnungsweg könnte das Bundesgericht die Verfassungskonformität der Verordnung überprüfen. Es ist zu erwarten, dass das Bundesgericht diesfalls auch grundlegende Aussagen zur Reichweite eines Verfassungsauftrags, der zumindest in einem Spannungsverhältnis zu bestehenden völkerrechtlichen Verträgen steht, formulieren wird. Vieles spricht in diesem Zusammenhang dafür, dass der Verfassungsauftrag nur soweit umzusetzen ist, wie er mit bestehenden völkerrechtlichen Pflichten (die freilich gekündigt werden könnten) im Einklang steht.<sup>54</sup>

#### bb. FZA und Bundesgesetze

Soweit das **Verhältnis des Freizügigkeitsabkommens zu Bundesgesetzen** betroffen ist, folgt aus der **jüngsten Rechtsprechung** des Bundesgerichts, dass die Schubert-Rechtsprechung<sup>55</sup> hier nicht anwendbar sei, sondern die **«Ausnahme von der Ausnahme»** auch in Bezug auf das Freizügigkeitsabkommen zum Zuge komme, so dass dieses auch dann Vorrang genieße, wenn der Bundesgesetzgeber «bewusst» gegen das Abkommen verstossen wollte.<sup>56</sup> Entwickelt worden war die Gegen Ausnahme im Zusammenhang mit menschenrechtlichen Verpflichtungen (sog. PKK-Rechtsprechung)<sup>57</sup>, denen das Bundesgericht in BGE 142 II 35 – wie schon in einer früheren Entscheidung, der im Übrigen von der sozialrechtlichen Abteilung des Bundesgerichts stammt,<sup>58</sup> so dass es verfehlt ist anzunehmen, das neue Urteil reflektiere in diesem Punkt lediglich die Meinung einer Kammer – das Freizügigkeitsabkommen gleichstellt.

Die **Begründung** für die «Ausdehnung» des Anwendungsbereichs der «Gegenausnahme» umfasst verschiedene Aspekte:

- Wie sich bereits aus dem Urteil aus dem Jahr 2007 ergebe, sei das Freizügigkeitsabkommen durch seine Annahme in der Volksabstimmung **demokratisch legitimiert**.

<sup>53</sup> Siehe insoweit auch noch unten II.1.c)cc.

<sup>54</sup> Siehe insoweit noch unten II.1.c)cc. sowie ausführlich *Epiney*, in: Jusletter vom 10.8.2015 (Anm. 5), Rz. 14 ff.

<sup>55</sup> Zu dieser oben II.1.b)aa.

<sup>56</sup> BGE 142 II 35. S. zu den folgenden Erwägungen bereits *Epiney*, in: Jusletter vom 14.3.2016 (Anm. 23), Rz. 7, 24 ff.

<sup>57</sup> BGE 125 II 417; 139 I 16.

<sup>58</sup> BGE 133 V 367 E. 11.4–11.6.

- Es garantiere den unter das Abkommen fallenden Personen **gerichtlichen Rechtsschutz**, was toter Buchstabe bliebe, wenn die Gerichte abweichendes nationales Recht anwenden müssten.
- Die **EU-Staaten** ihrerseits seien verpflichtet, dem **Abkommen Vorrang** gegenüber ihrem jeweiligen nationalen Recht einzuräumen.
- Schliesslich könne die «Schubert-Rechtsprechung» auch deshalb in Bezug auf das Freizügigkeitsabkommen nicht zum Zuge kommen, weil es bei diesem über die Realisierung der teilweise übernommenen Grundfreiheit und einer sektoriellen Beteiligung am Binnenmarkt um eine **Angeleichung der Rechtsordnungen** gehe, die für die EU-Mitgliedstaaten ihrerseits direkt anwendbar sei und für die kraft Unionsrechts der Vorrang des Unionsrechts zum Zuge komme.

Im **Ergebnis überzeugt** dieser Ansatz des Bundesgerichts, wobei die diesbezüglichen Ausführungen (entgegen einer weit verbreiteten Ansicht) übrigens wohl auch kein *obiter dictum* darstellen, stehen die Erwägungen des Bundesgerichts doch im Zusammenhang mit der im Urteil aufgeworfenen und für das Ergebnis relevanten Frage nach den bei der Auslegung des Abkommens heranzuziehenden Auslegungsgrundsätzen.<sup>59</sup>

Allerdings wirft die Art und Weise der Begründung des Bundesgerichts einige **Fragen** auf:

- So lassen die Formulierungen des Gerichts nicht klar erkennen, ob diese verschiedenen Aspekte bzw. **Charakteristika des Abkommens in ihrer Gesamtheit** für die Heranziehung der «Gegenausnahme» bzw. der Ausnahme von der Schubert-Praxis als ausschlaggebend und notwendig erachtet wurden. Vieles spricht für die Verneinung dieser Frage: Abgesehen von dem bereits in diese Richtung gehenden Wortlaut der entsprechenden Passage des Gerichts ist insbesondere darauf hinzuweisen, dass in dem neuen Urteil gegenüber demjenigen aus dem Jahr 2007 noch weitere Aspekte genannt wurden. Auch erscheint es inhaltlich wenig stimmig, tatsächlich alle genannten Gesichtspunkte für gleichermassen ausschlaggebend und notwendig zu halten, was sich insbesondere an der erwähnten demokratischen Legitimation des Abkommens im Zuge einer Abstimmung zeigen lässt, wäre es doch nicht überzeugend, im Falle eines nicht ergriffenen Referendums die aufgeworfene Frage anders zu beurteilen.
- Dies führt aber dann zu der Frage, welche der genannten Aspekte für das Bundesgericht wirklich entscheidend waren bzw. gar ob auch nur das Vorliegen eines Gesichtspunkts ausgereicht hätte. Jedenfalls letzteres dürfte zu verneinen sein, deuten doch schon die Formulierungen des Bundesgerichts darauf hin, dass es letztlich eine Gesamtschau der Charakteristika des Abkommens vornehmen wollte und gewisse (wenn nicht

<sup>59</sup> Hierzu im Einzelnen *Epiney*, in: Jusletter vom 14.3.2016 (Anm. 23), Rz. 13 ff.

gar die meisten bzw. alle) dieser Charakteristika isoliert auch in Bezug auf sehr viele andere völkerrechtliche Abkommen zu bejahen sein dürfen. Es ist aber nicht anzunehmen, dass das Bundesgericht die Gegenausnahme bzw. die Ausnahme von der Schubert-Praxis ihrerseits als Regel postulieren wollte, hätte dies doch klarer zum Ausdruck kommen müssen. Welche Aspekte nun wirklich ausschlaggebend waren, bleibt jedoch im Dunkeln. Vieles deutet darauf hin, dass es hier wohl keine ganz klare Antwort gibt bzw. geben kann, knüpft das Bundesgericht doch sehr einzelfallbezogen genau an das Freizügigkeitsabkommen an, wobei der gezogene Schluss (Nichtanwendung der Schubert-Praxis) jedenfalls auf einer **Gesamtwürdigung** zu beruhen scheint. Nichtsdestotrotz erscheinen jedoch die Einräumung von **Rechten Einzelner** (Grundfreiheit und Rechtsschutzgarantie), die durch das Abkommen angestrebte **Rechtsangleichung** sowie gewisse **Reziprozitätsaspekte** (also die Reichweite der durch das Abkommen gewährten Rechte in der EU) entscheidend zu sein.

- Dies führt zu der Frage, ob die in dem angezeigten Urteil angenommene Ausnahme von der Schubert-Praxis **verallgemeinerungsfähig** ist, also auch in Bezug auf andere bzw. **weitere völkerrechtliche Abkommen** zum Zuge kommen kann und welche dies sein könnten. Zwar bezieht sich das Bundesgericht explizit nur auf das Freizügigkeitsabkommen; jedoch ist kein Grund ersichtlich, warum der in dem Urteil zum Ausdruck gekommene Grundgedanke nicht auch in Bezug auf andere völkerrechtliche Verträge, die parallele Charakteristika aufweisen, herangezogen werden könnte. Zu denken ist hier insbesondere an die anderen Marktzugangsabkommen, die die Schweiz mit der EU abgeschlossen hat.
- Darüber hinaus könnte in Erwägung gezogen werden, die Schubert-Praxis auch bei weiteren völkerrechtlichen Abkommen nicht anzuwenden, die zwar nicht dieselben Charakteristika wie das Freizügigkeitsabkommen aufweisen, bei denen es jedoch aus ähnlichen oder gar sonstigen Gründen begründet erscheinen könnte, keine Ausnahmen vom Grundsatz des Vorrangs des Völkerrechts zuzulassen. Da das Bundesgericht nicht wirklich begründet, warum die angeführten Erwägungen zu einer Ausnahme von der Schubert-Praxis führen, und letztlich sehr einzelfallbezogen auf dieses völkerrechtliche Abkommen Bezug nimmt, ist es *a priori* nicht ausgeschlossen, die Schubert-Praxis auch in **anderen Konstellationen** nicht (mehr) heranzuziehen. Damit könnte ihre Bedeutung spürbar relativiert werden, je nachdem, ob auch noch gänzlich anders gelagerte Situationen erfasst würden. Deutlich wird damit auch, dass die genauen Implikationen des hier angezeigten Urteils (und auch bereits des Urteils aus dem Jahr 2007) auch und gerade deshalb nicht ganz klar sind, weil es offen ist, ob es sich beim Freizügigkeitsabkommen im Verhältnis zu den menschenrechtlichen Verträgen – für welche die Ausnahme von der Schubert-Rechtsprechung bislang anerkannt war – um eine Weiterentwicklung der

Rechtsprechung in dem Sinn handelt, dass die Grundfreiheiten als Menschenrechte angesehen werden, oder aber ob es sich um die Begründung einer neuen Kategorie für eine Ausnahme handelt, wobei im letzteren Fall zusätzlich unklar bleibt, ob der «Katalog» möglicher Ausnahmen von der Schubert-Rechtsprechung hiermit abschliessend umrissen ist oder noch weitere hinzukommen können.

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

Festzuhalten bleibt, dass jedenfalls nach der skizzierten Rechtsprechung zu erwarten ist, dass das **Bundesgericht** im Falle eines **Konflikts eines Bundesgesetzes mit dem Freizügigkeitsabkommen** letzterem auch dann **Vorrang** einräumen wird, wenn dieser Konflikt bewusst herbeigeführt worden ist, also die Voraussetzungen der Schubert-Rechtsprechung an sich gegeben sind bzw. wären. Immerhin bleibt anzufügen, dass auch eine Modifikation der Rechtsprechung nicht *a priori* ausgeschlossen erscheint, dies insbesondere, soweit eine andere Abteilung des Bundesgerichts (etwa eine strafrechtliche Abteilung) mit der Frage befasst werden sollte.

Jedenfalls ist zu erwarten, dass sich das **Bundesgericht** in nicht allzu ferner Zukunft mit dieser **Fragestellung** zu befassen hat:

- Erstens ist auf die vom Bundesrat in Aussicht gestellte **Umsetzung des Art. 121a BV** hinzuweisen: Diesbezüglich führt der Bundesrat in seiner

Botschaft zur Änderung des Ausländergesetzes aus, dass im Falle des Scheiterns einer Einigung mit der Union über eine «einvernehmliche» Umsetzung des Art. 121a BV eine sog. einseitige Schutzklausel greifen soll. So legt der Bundesrat nach Art. 17c und Art. 17d E-AuG<sup>60</sup> (auch) für Unionsbürger und ihre Familienangehörigen Höchstzahlen und Kontingente im Falle des Überschreitens eines vom Bundesrat festzulegenden Schwellenwerts fest. Ein Blick in die Botschaft erhellt, dass sich der Bundesrat der Problematik eines Verstosses dieser Bestimmung gegen das Freizügigkeitsabkommen durchaus bewusst war.<sup>61</sup> Auf der Grundlage der erwähnten Rechtsprechung des Bundesgerichts ist in diesem Zusammenhang – wie auch das Bundesgericht betont – festzuhalten, dass dem **Freizügigkeitsabkommen** jedenfalls in der **Rechtsanwendung Vorrang** zukäme. Stellen würde sich die Frage vor dem Bundesgericht (bzw. vorher vor den zuständigen Behörden und unterinstanzlich tätigen Gerichten) für den Fall, dass die Schwellenwerte und Höchstzahlen bzw. Kontingente für Unionsbürger und ihre Familienangehörigen tatsächlich eingeführt würden, ein nach dem Freizügigkeitsabkommen aufenthaltsberechtigter Unionsbürger (oder einer seiner Familienangehörigen) eine Aufenthaltserlaubnis beantragt und ihm oder ihr diese jedoch unter Bezugnahme auf die bereits überschrittenen Höchstzahlen bzw. Kontingente verweigert würde (was zweifellos nicht mit den Vorgaben des Freizügigkeitsabkommens in Einklang stünde).

- Zweitens ist auf die bereits beschlossene **Umsetzungsgesetzgebung zu Art. 121 Abs. 3–6 BV**, die in Kürze in Kraft treten wird, hinzuweisen: Die vorgesehenen Modifikationen des Strafgesetzbuches stehen zumindest *a priori* nicht im Einklang mit dem Freizügigkeitsabkommen, dies in erster Linie aufgrund der vorgesehenen «**Automatismen**», die wohl nur ungenügend durch «Härtefallklauseln» abgemildert werden. Es ist hier nicht der Platz, auf Einzelheiten einzugehen; hingewiesen sei aber auf folgende Aspekte:
  - **Art. 66a Abs. 1 StGB** sieht neu einen **grundsätzlichen «Ausweisungsautomatismus»** im Gefolge der Verurteilung einer Person wegen bestimmter Straftaten vor, dies im Übrigen unabhängig von der Höhe der verhängten Strafe. Solche Automatismen stehen jedoch nicht mit den durch den Europäischen Gerichtshof entwickelten und auch vom Bundesgericht im Rahmen des Art. 5 Anhang I FZA (auf der Grundlage des Prinzips der «parallelen Auslegung») dieser Vorschrift mit dem einschlägigen Unionsrecht, wobei zu bemerken ist, dass jedenfalls die parallele Auslegung dieser Vorschrift mit dem

<sup>60</sup> S. den Text des Entwurfs und der Botschaft unter BBl 2016 3007 (Botschaft) und 2016 3079 (Entwurf).

<sup>61</sup> Vgl. Botschaft zur Änderung des Ausländergesetzes (Anm. 60), 3020, 3062 f.

Unionsrecht weder in der Literatur noch in der Rechtsprechung je in Frage gestellt wurde)<sup>62</sup> für massgeblich erachteten Anforderungen an die Zulässigkeit einer Einschränkung in Einklang.<sup>63</sup>

- Die in **Art. 66a Abs. 2 StGB** vorgesehene «**Härte(fall)klausel**» vermag *a priori* ebenfalls nicht zu gewährleisten, dass den Anforderungen des Freizügigkeitsabkommens Rechnung getragen wird. Diese können dahingehend zusammengefasst werden, dass bei der Frage nach der Zulässigkeit einer Einschränkung der sich aus dem Abkommen ergebenden Rechte ausschliesslich auf das persönliche Verhalten des Betroffenen abzustellen ist, das eine tatsächliche, gegenwärtige und erhebliche Gefahr darstellen muss, welches ein Grundinteresse der Gesellschaft berührt (wofür allein eine strafrechtliche Verurteilung nicht ausreicht, so dass diese nur insoweit berücksichtigt werden kann, als sie Schlüsse auf ein persönliches Verhalten zulässt, das auch in Zukunft zu einer Gefährdung der öffentlichen Ordnung und Sicherheit führt, wenn es auch nicht notwendig ist, dass zukünftige Straftaten mit Gewissheit zu erwarten sind); zu beachten sind ferner die Grundrechte sowie der Grundsatz der Verhältnismässigkeit.<sup>64</sup> Setzt man diese Anforderungen in Beziehung zu Art. 66a Abs. 2 StGB, so dürften die dort aufgeführten Voraussetzungen erheblich enger gefasst sein, ist doch davon die Rede, dass «ausnahmsweise» von einer Ausweisung abgesehen werden könne, wofür erst noch sehr restriktive Anforderungen formuliert werden.<sup>65</sup>

<sup>62</sup> Vgl. zu diesem Grundsatz grundlegend BGE 136 II 5; siehe sodann etwa BGE 142 II 35. Siehe bereits oben II.1.c)aa und die Nachweise in Anm. 42.

<sup>63</sup> Vgl. nur EuGH, Rs. C-348/96, *Calfa*, ECLI:EU:C:1999:6; verb. Rs. C-482/01, 493/01, *Orfanopoulos*, ECLI:EU:C:2004:262; BGer 2C\_406/2014 vom 2.7.2015; 2C\_559/2014 vom 11.12.2014.

<sup>64</sup> Siehe insoweit schon BGE 130 II 176, E. 2–4; vgl. auch *Marc Busslinger*, Das Freizügigkeitsabkommen aus der Sicht der Justiz, in: Ehrenzeller (Hrsg.), *Rechtsentwicklungen im schweizerischen Ausländerrecht*, St. Gallen 2004, S. 57. Vgl. im Einzelnen hierzu bereits, m.w.N., *Astrid Epiney*, Ausschaffungsinitiative und Freizügigkeitsabkommen, in: *Zeitschrift für Gesetzgebung und Rechtsprechung in Graubünden* 2010, S. 3 ff.

<sup>65</sup> S. in diesem Zusammenhang auch EuGH, Rs. C-50/06, *Kommission/Niederlande*, ECLI:EU:C:2007:325, wo der Gerichtshof trotz des Nichtbestehens eines «uneingeschränkten Automatismus» zwischen einer strafrechtlichen Verurteilung und einer Ausweisung festhielt, die fragliche Bestimmung sehe eine allgemeine Regelung vor, die es ermögliche, einen systematischen und automatischen Zusammenhang zwischen einer strafrechtlichen Verurteilung und einer Ausweisung herzustellen, woraus auf ihre Unvereinbarkeit mit unionsrechtlichen Anforderungen geschlossen wurde, dies obwohl die Beachtung der familiären Umstände vorgesehen war.

Es ist vor diesem Hintergrund zu erwarten, dass sich die **Rechtsprechung** mit diesen Fragen wird befassen müssen, so dass letztlich das Bundesgericht entscheiden wird. Dabei sind für solche «**echten**» **Konfliktsituationen drei «Lösungen» vorstellbar**:

- Erstens ist es *a priori* denkbar, dass die entsprechenden gesetzlichen Regelungen so **ausgelegt** werden, dass sie im **Einklang mit dem Freizügigkeitsabkommen** stehen. Begründet werden könnte dies mit der Einheit der Rechtsordnung und dem Umstand, dass das Freizügigkeitsabkommen ja nach wie vor in Kraft ist. Allerdings könnte dies insofern auf gewisse Schwierigkeiten stossen, als der **Verstoss gegen das Freizügigkeitsabkommen explizit diskutiert und analysiert** wurde. So weist der Bundesrat sowohl in seiner Botschaft im Zusammenhang mit der Umsetzung des Art. 121 Abs. 3–6 BV als auch in derjenigen über die Umsetzung des Art. 121a BV auf den Konflikt mit dem Abkommen hin, eine Problematik, die auch in den Parlamentsdebatten präsent war.
- Zweitens ist es denkbar, dass das Bundesgericht die Ausdehnung der Ausnahme von der Schubert-Praxis auf das Freizügigkeitsabkommen wieder «zurücknimmt», hier also seine **Rechtsprechung ändert**, so dass die **Schubert-Praxis vollumfänglich zum Zuge** käme. Dies könnte insbesondere dann eintreten, wenn eine andere Abteilung des Bundesgerichts (z.B. eine strafrechtliche Abteilung) entscheiden würde oder das Plenum einberufen würde. Diesfalls wäre die Frage entscheidend, ob in den genannten Konstellationen wirklich ein **bewusster Verstoss** gegen das Freizügigkeitsabkommen vorliegt, wofür einiges sprechen könnte. Eine solche Rechtsprechungsänderung wäre jedoch eher überraschend.
- Drittens – und dies dürfte nach dem Gesagten die wahrscheinlichste Variante sein – könnte das Bundesgericht die soeben skizzierte Rechtsprechung<sup>66</sup> bestätigen und dem **Freizügigkeitsabkommen Vorrang vor den Bundesgesetzen** einräumen, womit die Tragweite der Schubert-Rechtsprechung entsprechend eingeschränkt wäre. Die Folge dieser Variante wäre letztlich, dass die Umsetzung von Art. 121a BV – soweit man der Ansicht ist, die Umsetzung impliziere notwendigerweise einen Verstoss gegen das Freizügigkeitsabkommen – zwar auf der gesetzgeberischen Ebene realisiert werden könnte, jedoch zumindest partiell nicht durchsetzbar wäre, würde doch dem Freizügigkeitsabkommen im Konfliktfall Vorrang eingeräumt. Deutlich wird damit, dass erst eine Kündigung des Freizügigkeitsabkommens eine auch in der Rechtsanwendung effektive Umsetzung des Art. 121a BV ermöglichte. Aus rechtsstaatlicher Sicht ist dieser mit der bundesgerichtlichen Rechtsprechung einhergehende Mechanismus durchaus zu begrüssen und konsequent, insbesondere weil

---

<sup>66</sup> BGE 142 II 35.

nicht zwingend davon ausgegangen werden kann, dass die Zustimmung zur «Masseneinwanderungsinitiative» auch eine «Absage» an das Freizügigkeitsabkommen (und die anderen Abkommen der «Bilateralen I») bedeutete. Allerdings werden damit auch Fragen nach den Implikationen von Abstimmungen über Vorlagen, die dann letztlich teilweise nicht umgesetzt werden können, aufgeworfen, eine auch in anderem Zusammenhang relevante Frage, der hier nicht weiter nachgegangen werden kann.<sup>67</sup>

Der Vollständigkeit halber sei in diesem Zusammenhang auch darauf hingewiesen, dass sich diese **Problematik** selbstverständlich nur unter der Voraussetzung stellt, dass der **Gesetzgeber wirklich bewusst** (entsprechend den hohen Anforderungen, die das Bundesgericht diesbezüglich stellt)<sup>68</sup> gegen das Freizügigkeitsabkommen verstossen wollte. In zahlreichen Konstellationen möglicher Unvereinbarkeiten gesetzlicher Regelungen mit dem Freizügigkeitsabkommen wird dies jedoch nicht der Fall sein, was auch darauf beruht, dass in Bezug auf die **Auslegung und Tragweite gewisser Vorgaben des Abkommens** durchaus **Fragen** bestehen (können), dies auch und gerade im Zuge der Frage nach den Implikationen bzw. der Relevanz neuerer Urteile des EuGH für das Freizügigkeitsabkommen.

Ein **Beispiel** in diesem Zusammenhang ist die Frage danach, unter welchen Voraussetzungen nach dem Abkommen **freizügigkeitsberechtigten Personen auch ein diskriminierungsfreier Zugang zu beitragsunabhängigen Sozialleistungen** – wie insbesondere Sozialhilfe – zu gewähren ist und unter welchen Voraussetzungen bzw. wann genau das **Aufenthaltsrecht von Arbeitnehmern nach Beendigung eines Arbeitsverhältnisses** erlischt. Zu diesen Fragen besteht eine sehr differenzierte Rechtsprechung des EuGH, deren genaue Tragweite selbst im Zusammenhang mit dem Unionsrecht nicht immer einfach zu ermitteln ist, ganz abgesehen von der Frage, ob und inwieweit sie im Rahmen des Freizügigkeitsabkommens herangezogen werden kann.<sup>69</sup> Relevant könnte dies in Bezug auf **Art. 61a E-AuG** sein: Diese Vor-

<sup>67</sup> Vgl. zur Problematik *Epiney*, in: BV-Kommentar (Anm. 9), Art. 139, Rz. 48 ff.; spezifisch mit Blick auf Art. 121a BV instruktiv *Véronique Boillet*, Initiative «Contre l'immigration de masse»: analyse du vote sous l'angle de la démocratie directe, in: ZSR 2016 I, S. 118 ff., 127 ff.

<sup>68</sup> S. hierzu die Nachweise in Anm. 27. Im Ergebnis ist ein genereller Verweis auf eine allgemeine Diskussion der völkerrechtlichen Aspekte nicht ausreichend; vielmehr ist eine eingehende Thematisierung des möglichen Verstosses gegen Völkerrecht notwendig, unter Einschluss seiner Implikationen.

<sup>69</sup> Vgl. aus der Literatur etwa *Francesco Maiani*, Etat-providence et droit primaire de l'Union européenne – des exclusions catégorielles au contrôle de proportionnalité, in: *Epiney/Gordzielik* (Hrsg.), Personenfreizügigkeit und Zugang zu staatlichen Leistungen/ Libre circulation des personnes et accès aux prestations étatiques, Zürich 2015, S. 1 ff.; *Frank Schreiber*, Vorgaben der Unionsbürgerrichtlinie in Bezug auf den Zugang zu staatlichen Leistungen, in: *Epiney/Gordzielik*, Personenfreizügigkeit (ebd.), S. 19 ff.; *Astrid Epiney/Gaëtan Blaser*, L'accord sur la libre circulation des personnes et l'accès

schrift regelt, unter welchen Voraussetzungen das Aufenthaltsrecht von Unionsbürgerinnen und Unionsbürgern erlischt und sieht in Abs. 3 auch einen Ausschluss von der Sozialhilfe vor. Problematisch könnte insbesondere sein, ob die in Art. 61a E-AuG Abs. 1 und 2 vorgesehenen «Automatismen» sowie der allgemeine Ausschluss von Personen, die möglicherweise noch die Arbeitnehmereigenschaft behalten haben, von der Sozialhilfe mit dem Freizügigkeitsabkommen vereinbar sind. Der Bundesrat problematisiert dies auch in seiner Botschaft<sup>70</sup> und entwickelt die vertretbare Ansicht, die vorgesehene Gesetzesänderung sei mit dem Freizügigkeitsabkommen vereinbar. Sollte das Bundesgericht diesbezüglich nun (teilweise) zu einer anderen Auffassung kommen (was angesichts seiner bisherigen Rechtsprechung nicht ausgeschlossen erscheint),<sup>71</sup> würde es wohl dem Freizügigkeitsabkommen schon deshalb Vorrang einräumen, weil hier keine bewusste Verletzung des Abkommens vorliegt bzw. vorläge.

cc.      Fazit

Im **Ergebnis** bleibt damit festzuhalten, dass dem **Freizügigkeitsabkommen** auf der Grundlage der Rechtsprechung wohl auch in Zukunft ein **umfassender Vorrang in der Rechtsanwendung** sowohl im Verhältnis zur Bundesverfassung als auch zu Bundesgesetzen zukommen wird. Damit ist bzw. wäre in der Rechtsanwendung sichergestellt, dass die sich aus dem Abkommen ergebenden Rechte zum Tragen kommen, dies zumindest nach Beschreiten des Rechtsweges.

Noch nicht beantwortet ist damit die Frage, ob bereits das **Inkrafttreten von Verfassungs- oder Gesetzesbestimmungen**, die im Widerspruch oder zumindest in einem Spannungsverhältnis zum Freizügigkeitsabkommen stehen, einen **Verstoss gegen das Abkommen** implizieren, unabhängig von der Frage, ob sie dann tatsächlich angewandt werden oder nicht. Im **Unionsrecht** ist

---

aux prestations étatiques – un aperçu, in: Epiney/Gordzielik, Personenfreizügigkeit (ebd.), S. 37 ff.; *Christa Tobler*, Auswirkungen einer Übernahme der Unionsbürgerrichtlinie für die Schweiz – Sozialhilfe nach bilateralem Recht als Anwendungsfall des Polydor-Prinzips, in: Epiney/Gordzielik, Personenfreizügigkeit (ebd.), S. 55 ff.; *Johannes Greiser/Davor Susnjar*, Der Anspruch auf Teilhabe an Sozialleistungen im EWR und in der Schweiz, in: ZESAR 2015, S. 60 ff.; *Silvia Gastaldi*, L'accès à l'aide sociale dans le cadre de l'ALCP, in: Epiney/Gordzielik, Personenfreizügigkeit (ebd.), S. 121 ff.; *Andreas Zünd/Thomas Hugi Yar*, Staatliche Leistungen und Aufenthaltsbeendigung unter dem FZA, in: Epiney/Gordzielik, Personenfreizügigkeit (ebd.), S. 157 ff.; *Benedikt Pirker*, Zum Verlust der Arbeitnehmereigenschaft im Freizügigkeitsabkommen, in: AJP 2014, S. 1217 ff.

<sup>70</sup> Vgl. Botschaft zur Änderung des Ausländergesetzes (Anm. 60), 3048 ff., 3063 ff.

<sup>71</sup> Vgl. insbesondere BGER 2C\_412/2014 vom 27.3.2014 E. 3.2; BGE 131 II 339; BGER 8C\_395/2014 vom 19.5.2015 E. 4.5.

die Rechtslage diesbezüglich klar: Allein die Geltung unionsrechtswidrigen nationalen Rechts verstösst gegen das Unionsrecht, dies insbesondere deshalb, weil ansonsten Rechtsunsicherheiten entstehen könnten und die Rechtslage für die Rechtsunterworfenen nicht hinreichend klar ist oder sein könnte.<sup>72</sup> Die besseren Gründe sprechen übrigens dafür, dass dieser Grundsatz auch in Bezug auf nicht unmittelbar anwendbare Bestimmungen des nationalen Rechts zum Zuge kommt, dies soweit eine Auslegung im Einklang mit dem Unionsrecht nicht möglich ist.

Im **Völkerrecht** ist die Situation jedoch ganz grundsätzlich anders gelagert: Das Völkerrecht verlangt nur, dass seine Vorgaben im Ergebnis eingehalten werden; auf welche Weise die Staaten und Internationalen Organisationen dies sicherstellen, wird hingegen nicht grundsätzlich vorgeschrieben. Vor diesem Hintergrund ist es auch zu sehen, dass der dem Völkerrecht im Verhältnis zum innerstaatlichen Recht eingeräumte Rang in den verschiedenen Rechtsordnungen unterschiedlich ausgestaltet ist. Aufgrund dieser **«Ergebnisorientiertheit» völkerrechtlicher Verpflichtungen** kann allein aus dem Umstand, dass ein Staat nationales Recht erlässt oder nicht aufhebt, das seinen völkerrechtlichen Verpflichtungen widerspricht, nicht gefolgert werden, die betreffenden völkerrechtlichen Verpflichtungen würden nicht beachtet. Vielmehr ist jeweils im **Einzelfall** zu klären, ob die vertraglichen Pflichten verletzt sind oder nicht, was eine Ermittlung der Reichweite dieser Pflichten und damit eine **Auslegung des jeweiligen Vertrages** impliziert.

Bezogen auf das **Freizügigkeitsabkommen** ist dabei zu beachten, dass dieses dem Unionsrecht (weitgehend) entsprechende Rechte einräumen soll. Dies impliziert auch – und insoweit parallel zum Unionsrecht – eine gewisse **Rechtssicherheit und Effektivität**. Vor diesem Hintergrund spricht Vieles für eine **grundsätzliche Unterscheidung**:

- Allein die **Geltung nicht unmittelbar anwendbarer Verfassungs- oder Gesetzesbestimmungen** (wie z.B. Art. 121a BV oder Art. 121 Abs. 3–6 BV) stellt – auch wenn ihre Grundphilosophie in einem Spannungsverhältnis zum Personenfreizügigkeitsabkommen stehen könnte – **keinen Verstoss gegen das Abkommen** dar: Denn aufgrund der nicht gegebenen unmittelbaren Anwendbarkeit können die durch das Abkommen gewährleisteten Freizügigkeitsrechte von vornherein nicht beeinträchtigt werden; gleiches gilt für die Verpflichtungen gegenüber den Vertragspartnern.
- Soweit jedoch **unmittelbar anwendbare Bestimmungen** des nationalen Rechts (klar) im Widerspruch zu den sich aus dem Freizügigkeitsabkommen ergebenden Vorgaben und Pflichten stehen, spricht zumindest dann sehr viel für einen **Verstoss bereits der Geltung** solcher Bestimmungen (und nicht erst ihrer Anwendung im Einzelfall) gegen das Abkommen,

<sup>72</sup> Siehe in Bezug auf eine die Freizügigkeit beschränkende Regelung z.B. EuGH, Rs. C-50/06, *Kommission/Niederlande*, ECLI:EU:C:2007:325.

wenn damit die Rechte Einzelner betroffen sind. Denn derartige Regelungen führten zu einer (ggf. ins Gewicht fallenden) Rechtsunsicherheit, und die Effektivität der durch das Abkommen garantierten Rechte würde in Frage gestellt, wäre doch zu erwarten, dass durch das Abkommen berechnete Personen im Falle der Geltung solcher Rechtsvorschriften von der Wahrnehmung ihrer Rechte abgeschreckt werden könnten, was mit dem Grundsatz, dass diese Rechte durch das Abkommen gewährleistet sind, nicht im Einklang stünde und auch gegen dessen Zielsetzung verstiesse.<sup>73</sup>

Im Einzelfall können sich hier jedoch durchaus schwierige **Abgrenzungsfragen** stellen, so etwa in Bezug auf die in **Art. 17c, 17d E-AuG** vorgesehene Möglichkeit bzw. Pflicht des Bundesrates, beim **Überschreiten einer Schwelle** – die von diesem selbst festgelegt wird – **Kontingente und Höchstzahlen** vorzusehen. Gegen einen Verstoß bereits dieser gesetzlichen Bestimmung gegen das Freizügigkeitsabkommen könnte angeführt werden, vor der Festlegung einer Schwelle sei eine Beeinträchtigung der Freizügigkeitsrechte nur hypothetisch. Hiergegen – und dies sind m.E. *a priori* die besseren Gründe – spricht jedoch, dass die Schwellen grundsätzlich zwingend festzulegen sind und im Übrigen insofern eine Rechtsunsicherheit besteht, als unklar ist, ob z.B. in Zukunft Familienangehörige nachgezogen werden können.

Nur am Rande sei in diesem Zusammenhang darüber hinaus noch darauf hingewiesen, dass das Inkrafttreten – insbesondere im Gefolge von Volksinitiativen – von Verfassungsbestimmungen, die im Widerspruch oder in einem Spannungsverhältnis zu für die Schweiz verbindlichen völkerrechtlichen Abkommen stehen, nicht automatisch einen **Auftrag zur Kündigung** der betreffenden Abkommens bedeutet, kann doch prinzipiell nicht davon ausgegangen werden, dass die Stimmberechtigten mit der Annahme einer Initiative, die gegen bestimmte Vorgaben eines völkerrechtlichen Vertrages verstößt, auch die Kündigung eines gesamten Vertragswerks einleiten wollten. Dies gilt insbesondere bei eher umfassenden und komplexen Vertragswerken mit universeller oder regional umfassender Geltung.<sup>74</sup>

Daher kann weder die Annahme der «Ausschaffungsinitiative» noch diejenige der «Masseneinwanderungsinitiative» als Auftrag zur Kündigung des Freizügigkeitsabkommens aufgefasst werden. Gerade **Art. 121a BV** enthält eben keinen solchen Auftrag. Vielmehr tragen die im Zuge der «Masseneinwande-

<sup>73</sup> Vgl. spezifisch im Zusammenhang mit Kontingenten *Epiney*, Zur rechtlichen Tragweite der Art. 121a, Art. 197 Ziff. 11 BV (Anm. 14), S. 26 f.

<sup>74</sup> Ähnlich *Künzli*, in: ZSR 2009 I (Anm. 32), S. 67 ff.; *Markus Schefer/Alexandra Zimmermann*, Materielle Schranken der Verfassungsgebung, in: LeGes 2011, S. 354 f. In diese Richtung auch *Kiener/Krüsi*, in: ZBl 2009 (Anm. 33), S. 249 f.; *Yvo Hantgartner/Bernhard Ehrenzeller*, in: Ehrenzeller et al. (Hrsg.), Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, 3. Aufl., Zürich/St. Gallen 2014, Art. 139, Rz. 51. A.A. aber *Knuchel*, in: Jusletter vom 12.11.2013 (Anm. 28), Rz. 18.

rungsinitiative» in die Verfassung eingefügten neuen Bestimmungen durchaus dem Umstand Rechnung, dass ein gewisses Spannungsverhältnis mit bereits bestehenden völkerrechtlichen Verpflichtungen besteht bzw. bestehen kann und sehen hier einen spezifischen Mechanismus vor. Dieser geht dahin, dass die **entsprechenden Abkommen innerhalb von drei Jahren neu zu verhandeln und anzupassen** sind (Art. 197 Ziff. 11 Abs. 1 BV), wobei der Bestimmung keine Aussage darüber zu entnehmen ist, wie im Falle der Unmöglichkeit einer solchen Anpassung vorzugehen ist. M.a.W. ist der Bestimmung also gerade **keine Pflicht zu entnehmen, das Freizügigkeitsabkommen zu kündigen**; vielmehr sollen bestehende Unvereinbarkeiten im Zuge von Neuverhandlungen «beseitigt» werden, ein Ansatz, von dem auch der Bundesrat in seinem im Februar 2015 vorgelegten Umsetzungskonzept ausgeht,<sup>75</sup> und der auch in der herrschenden Literatur – welche (soweit ersichtlich) einhellig hervorhebt, Art. 121a, 197 Nr. 11 BV sei keine Pflicht zur Kündigung des Freizügigkeitsabkommens zu entnehmen – betont wird.<sup>76</sup> Eine solche Pflicht zur Kündigung kann auch nicht deshalb angenommen werden, weil diese Neuverhandlungen scheitern. Denn bei Verhandlungen muss immer ein Konsens mit dem Vertragspartner gefunden werden, so dass eine derartige weitgehende Konsequenz explizit aus der Verfassungsbestimmung hervorgehen müsste, die diese Frage aber gerade offen lässt und somit offenbar davon ausgeht, dass im Fall des Scheiterns von Verhandlungen – trotz redlichen Bemühens der Schweiz (eine solche Pflicht ergibt sich zweifellos aus Art. 197 Nr. 11 Abs. 1 BV) – eine Lösung für die Auflösung des Spannungsverhältnisses zwischen Art. 121a BV und entgegenstehenden völkerrechtlichen Verträgen gefunden werden müsste, dies selbstredend unter Beachtung der verfassungsrechtlichen Vorgaben.

Vieles spricht vor diesem Hintergrund spezifisch in Bezug auf Art. 121a BV übrigens dafür, dass die Grundsätze des Art. 121a BV bzw. die Pflicht zu ihrer Umsetzung, soweit diese nicht mit dem Freizügigkeitsabkommen ver-

<sup>75</sup> Vgl. die Vernehmlassungsvorlage [https://www.sem.admin.ch/sem/de/home/aktuell/news/2015/ref\\_2015-02-110.html](https://www.sem.admin.ch/sem/de/home/aktuell/news/2015/ref_2015-02-110.html) (zuletzt besucht am 27.7.2016); zur Vorlage: NZZ vom 11.2.2015.

<sup>76</sup> Vgl. *Schweizer/Ehrenzeller/Hettich*, St. Galler Kommentar (Anm. 4), Art. 121a., Rz. 64, 71; *Raffaella Kunz*, Schweiz – EU: Wohin führt der bilaterale Weg nach der Annahme der Volksinitiative «Gegen Masseneinwanderung?», in: *ZaöRV* 2014, S. 357 f.; *Boillet*, in: *ZSR* 2016 I (Anm. 67), S. 116; *Peter Uebersax*, Zum bundesrätlichen Vernehmlassungsentwurf zur Umsetzung von Art. 121a BV, in: *Jusletter* vom 16.3.2015, Rz. 3, 12 f.; *Uebersax*, in: *Jusletter* vom 14.4.2014 (Anm. 4), Rn. 79; *Stefan Schlegel/Charlotte Sieber-Gasser*, Der Dritte Weg zur Vierten Freiheit. Von bestehenden und künftigen Konflikten zwischen Handels- und Migrationsrecht, in: *Jusletter* vom 17.3.2014, Rz. 19; *Uebersax*, in: *BV-Kommentar* (Anm. 4), Art. 197 Nr. 11, Rn. 7 f.; unzutreffend bzw. zumindest missverständlich insofern der Bundesrat in seiner Botschaft zur Initiative, vgl. *BBl* 2013 291, 317.

einbar wären,<sup>77</sup> unter der Prämisse der Verhandelbarkeit des Abkommens stehen.<sup>78</sup> Damit ist angesichts dieser Sach- bzw. Rechtslage der Umsetzungsauftrag des Art. 121a Abs. 5 BV so auszulegen, dass im Falle des Scheiterns von Neuverhandlungen die Umsetzung unter Beachtung der betreffenden (nach wie vor geltenden) völkerrechtlichen Abkommen erfolgen muss, was in Bezug auf Art. 121a Abs. 1–3 BV und das Freizügigkeitsabkommen letztlich impliziert, dass auf die Einführung eigentlicher Kontingente sowie einen Inländervorrang, aber auch alle sonstigen Massnahmen, die mit dem Abkommen nicht im Einklang stünden, zu verzichten ist, besteht doch im Falle des Scheiterns von Neuverhandlungen einerseits ein für die Schweiz verbindlicher völkerrechtlicher Vertrag, andererseits ein verfassungsrechtlicher Auftrag zur Umsetzung der Art. 121a Abs. 1–3 BV.<sup>79</sup>

Gegen diesen Ansatz kann auch nicht eingewandt werden, er unterlaufe **direkt-demokratische Entscheidungsprozesse**: Denn das Freizügigkeitsabkommen kann jederzeit gekündigt werden. Sofern man also das auf der Grundlage des geltenden Rechts m.E. zwingende Ergebnis nicht für sachgerecht hält, wäre die Kündigung des Abkommens der einzuschlagende Weg. Wenig überzeugend ist es hingegen, in einer Initiative einen anderen Mechanismus vorzusehen und dann quasi «durch die Hintertür» mit einer Art **«Pflicht zum Vertragsbruch»** zu argumentieren. Zu beachten ist in diesem Zusammenhang immer auch, dass auch direkt-demokratische Rechte in rechtsstaatliche Verfahren eingebunden sind, wovon die schweizerische Verfassungsordnung auch ausgeht, so dass ihr eine «Verabsolutierung» einzelner Volksentscheide über letztlich mehr oder weniger isoliert betrachtete Probleme fremd sind (was mitunter vergessen geht).

## 2. Zur Frage einer Modifikation des Abkommens und zur Schutzklausel des Art. 14 Abs. 2 FZA, unter besonderer Berücksichtigung der «Brexit-Zugeständnisse»

Möglichen Spannungen zwischen (neuem) nationalen (Verfassungs-)Recht und dem Freizügigkeitsabkommen könnte durchaus auch durch eine Modifikation des Abkommens oder die Aktivierung der sog. Schutzklausel (Art. 14 Abs. 2 FZA) Rechnung getragen werden. Diese Fragestellung ist heute auch

---

<sup>77</sup> Wobei, entgegen der wohl herrschenden Ansicht, Vieles dafür spricht, dass eine Auslegung der Vorgaben des Art. 121a BV im Einklang mit den Vorgaben des Freizügigkeitsabkommens möglich bzw. gar geboten wäre. Zu dieser Frage *Epiney*, Zur rechtlichen Tragweite der Art. 121a, Art. 197 Ziff. 11 BV (Anm. 14), S. 32 ff.

<sup>78</sup> Vgl. in diesem Zusammenhang auch die Hinweise bei *Kunz*, in: *ZaöRV* 2014 (Anm. 76), S. 361 f.

<sup>79</sup> Vgl. ausführlich zu diesem Ansatz *Epiney*, in: *Jusletter* vom 10.8.2015 (Anm. 5), Rz. 14 ff.

und gerade unter Berücksichtigung des Ergebnisses der Abstimmung in Grossbritannien zur Frage des Austritts des Vereinigten Königreichs aus der EU zu sehen.

a) *Zur Modifikation des Abkommens*

Selbstverständlich steht völkerrechtlich einer **Modifikation des Freizügigkeitsabkommens** nichts im Wege, so dass z.B. gewisse Einschränkungen der Freizügigkeit, Erleichterungen bei der Ausweisung von Unionsbürgern oder die Limitierung des Zugangs zu Sozialleistungen denkbar sind.

Immer wieder wird bzw. wurde in diesem Zusammenhang auch auf die **Ver einbarungen** hingewiesen, die im Februar 2016 im Vorfeld der Abstimmung in Grossbritannien zwischen **Grossbritannien und den übrigen EU-Mitgliedstaaten** getroffen wurden.<sup>80</sup>

Das **Massnahmenpaket zugunsten Grossbritanniens** sieht bzw. sah im Wesentlichen – soweit die Freizügigkeit betroffen ist – insbesondere vor, dass gewisse Unionsregelungen betreffend den Grundsatz der Nichtdiskriminierung beim Zugang zu Sozialleistungen modifiziert werden sollten, so die Ausrichtung gewisser Kinderzulagen, den (allerdings sowieso beschränkten) Zugang von Unionsbürgern zu Sozialhilfeleistungen sowie die Verpflichtung zu Ergänzungsleistungen für bedürftige Arbeitnehmer.<sup>81</sup> Im Einzelnen wirft dieses Massnahmenpaket wohl diverse Fragen auf, so u.a. auch diejenige, ob und inwieweit es neben Modifikationen des Sekundärrechts auch solche des Primärrechts erfordert hätte.

Jedenfalls ist bemerkenswert, dass auch gegenüber Grossbritannien an keiner Stelle von einer eigentlichen quantitativen Beschränkung der Freizügigkeit bzw. der Zuwanderung die Rede ist bzw. war. Auch ist es bereits heute so, dass keineswegs in jeder Situation ein diskriminierungsfreier Zugang von Unionsbürgern zu beitragsunabhängigen Sozialleistungen besteht.<sup>82</sup> Ebensowenig figurieren in der «Vereinbarung» eigentliche Inländervorränge, sondern eine Art nationaler Vorrang ist lediglich in Be-

<sup>80</sup> Siehe zur Thematik aus rechtswissenschaftlicher Sicht *Christa Tobler*, Eine einvernehmliche Schutzklausel für das Vereinigte Königreich: Hoffnung für die Schweiz?, in: Jusletter vom 29.2.2016.

<sup>81</sup> Siehe den Text der Beschlüsse der Staats- und Regierungschefs vom 18./19.2.2016 in ABl. 2016 C 69, 1. Vgl. hierzu *Tobler*, in: Jusletter vom 29.2.2016 (Anm. 80), Rz. 7 ff.; *Denys Simon/Anne Rigaux*, Le «paquet britannique»: petits arrangements entre amis, ou du compromis à la compromission, in: Europe 4/2016, S. 8 ff.

<sup>82</sup> Siehe insoweit z.B. EuGH, Rs. C-333/13, *Dano*, ECLI:EU:2014:2385; Rs. C-67/14, *Alimanovic*, ECLI:EU:C:2015:597; Rs. C-158/07, *Förster*, Slg. 2008, I-8507, ECLI:EU:C:2008:630. Zur Problematik instruktiv *Stamatia Devetzi/Frank Schreiber*, Diskriminierungsfreier Zugang zu Sozialleistungen – nur noch nach Maßgabe der Unionsbürger-Richtlinie?, in: ZESAR 2016, S. 15 ff.; siehe sodann mit Bezug zum Freizügigkeitsabkommen die Beiträge in *Astrid Epiney/Teresia Gordzielik* (Hrsg.), Personenfreizügigkeit und Zugang zu staatlichen Leistungen/Libre circulation des personnes et accès aux prestations étatiques, Zürich 2015.

zug auf den Zugang zu gewissen Sozialleistungen während einer bestimmten Zeit vorgesehen. Schliesslich ist daran zu erinnern, dass die nationalen Massnahmen nicht einseitiger Natur gewesen wären und auch nur vorübergehender Natur sein sollten.

Eine **Modifikation des Freizügigkeitsabkommens** erscheint jedoch – abgesehen davon, dass die Union derzeit nicht wirklich Bereitschaft hierfür erkennen lässt – bereits aus institutioneller Sicht ausgesprochen **schwierig**: Das Abkommen ist ein gemischter Vertrag, so dass auch die Mitgliedstaaten Vertragsparteien sind. Dies führt zur Notwendigkeit der Genehmigung und Ratifikation jeglicher Vertragsänderung durch alle Mitgliedstaaten, was nicht nur ein zeitraubender Prozess ist bzw. wäre, sondern auch ein Vorgehen, dessen Erfolg angesichts von (immer noch) 28 Mitgliedstaaten mit gewissen Unsicherheiten behaftet wäre.

Nichtsdestotrotz ist festzuhalten, dass eine **Limitierung des Zugangs zu (beitragsunabhängigen) Sozialleistungen** durchaus auch im Rahmen des Freizügigkeitsabkommens ein Thema ist bzw. sein könnte, wenn hier auch die entsprechenden Teilhaberechte weniger weit gehen als im Rahmen des Unionsrechts.<sup>83</sup> Daher wäre es durchaus denkbar gewesen, dass das FZA entsprechend den Vereinbarungen mit Grossbritannien einer Modifikation zugeführt worden wäre, was für diejenigen Konstellationen, in denen in das Abkommen überführtes Sekundärrecht betroffen gewesen wäre, relativ einfach durch eine Modifikation des betreffenden Anhangs durch den Gemischten Ausschuss hätte erfolgen können. Aber auch für sonstige Modifikationen hätte möglicherweise Raum bestanden, wenn auch die Schwierigkeiten einer Änderung des Anhangs I FZA durchaus nicht zu unterschätzen gewesen wären (hätte doch die Union bei dieser Gelegenheit möglicherweise auf weitergehende Übernahmen von Rechtsentwicklungen in der EU bestanden).

Nach dem **Ausgang der Abstimmung in Grossbritannien** ist jedoch nicht zu erwarten, dass auf der Grundlage der im Februar 2016 mit Grossbritannien gefundenen Lösung eine Einigung mit der Union ins Auge gefasst werden kann, da diese von der Union selbst immer wieder nur für den Fall eines Entscheids Grossbritanniens für den Verbleib in der Union als relevant betrachtet wurde und wird.

Ebensowenig erscheint es realistisch, dass die Union auf **sonstige Modifikationen des Abkommens** beim derzeitigen Stand der Dinge eintreten wird, dies zumindest soweit die entsprechenden Anliegen auf eine Einschränkung der Personenfreizügigkeit abzielen, insbesondere soweit es um die Veranke-

---

<sup>83</sup> Vgl. den Überblick bei *Tobler*, in: Jusletter vom 29.2.2016 (Anm. 80), Rz. 7 ff., 46 ff.; siehe sodann im Einzelnen zur Reichweite des (diskriminierungsfreien) Zugangs zu Sozialleistungen *Astrid Epiney/Gaëtan Blaser*, L'accord sur la libre circulation des personnes et l'accès aux prestations étatiques (Anm. 69), S. 37 ff.

rung der Möglichkeit gehen sollte, eigentliche Kontingente bzw. Höchstzahlen sowie einen «Inländervorrang» einzuführen.

b) *Zur Reichweite der Schutzklausel nach Art. 14 Abs. 2 FZA*

**Art. 14 Abs. 2 FZA** sieht vor, dass der Gemischte Ausschuss bei «schwerwiegenden wirtschaftlichen oder sozialen Problemen» «geeignete Abhilfemassnahmen» beschliessen kann, wobei diese den Grundsatz der Verhältnismässigkeit beachten müssen. Damit kann Art. 14 Abs. 2 FZA bei Vorliegen von **drei Voraussetzungen** greifen.<sup>84</sup>

- Erstens müssen «schwerwiegende wirtschaftliche oder soziale Probleme» vorliegen.
- Zweitens muss der **Gemischte Ausschuss** sowohl das Vorliegen solcher Probleme als auch geeignete Abhilfemassnahmen beschliessen.
- Und drittens müssen diese den Anforderungen der **Verhältnismässigkeit** genügen.

Die auf dieser Grundlage vom Gemischten Ausschuss beschlossenen Massnahmen können **gegen das Abkommen verstossen**, also z.B. einen (beschränkten) Inländervorrang oder (unter gewissen Voraussetzungen) Kontingente vorsehen. Allerdings entscheidet der Gemischte Ausschuss im **Einvernehmen**, so dass die Union mit diesen Massnahmen einverstanden sein muss. Die Gespräche zwischen der Schweiz und der Union in Bezug auf die Umsetzung des Art. 121a BV sind denn auch vor diesem Hintergrund zu sehen, geht es aus der Sicht der Schweiz doch darum, von der Union eine Zusicherung zu erhalten, dass gewisse Massnahmen im Rahmen der Schutzklausel vom Gemischten Ausschuss getragen würden. Dass objektiv gesehen an sich in der Schweiz keinerlei schwerwiegende wirtschaftliche oder soziale Probleme gegeben sind, trifft sicherlich zu, würde aber im Ergebnis einer Anrufung der Schutzklausel deshalb nicht entgegenstehen, weil mangels einer gerichtlichen Überprüfungsmöglichkeit die Entscheidung über das Vorliegen solcher Probleme letztlich dem Gemischten Ausschuss obliegt bzw. obläge.

Nur am Rande sei in diesem Zusammenhang darauf hingewiesen, dass eine neue Schutzklausel – wie sie in der politischen Diskussion ebenfalls teilweise vertreten wird – eine Modifikation des Abkommens bedingte, welche auf die skizzierten<sup>85</sup> Schwierigkeiten stiesse.

<sup>84</sup> Siehe in diesem Zusammenhang auch die instruktive Erörterung verschiedener Formen von Schutzklauseln bei *Christa Tobler*, Schutzklauseln in der Personenfreizügigkeit mit der EU, in: Jusletter vom 16.2.2016.

<sup>85</sup> S.o. II.2.a).

Bislang sind jedoch – trotz aller Gespräche – keine wirklichen Anzeichen erkennbar, dass die Union auf einen «einvernehmlichen Schutzklauselmechanismus» – welcher gegen das Abkommen verstossende Massnahmen ermöglichen – eintreten wird.<sup>86</sup> Insbesondere ist seitens der **EU eine grosse Skepsis** bezüglich rechtlich dauerhafter Sonderlösungen festzustellen; selbst bei Erweiterungen gab es in der Vergangenheit in Bezug auf die Personenfreizügigkeit immer nur von vornherein zeitlich befristete Übergangsregelungen bzw. vorübergehende (zahlenmässige) Einschränkungen der Zuwanderung.

### c) *Fazit*

Beim derzeitigen Stand der Dinge ist es vor dem skizzierten Hintergrund höchst **unsicher**, ob mit der Union eine **Einigung über die Umsetzung des Art. 121a BV** gefunden werden kann (dies soweit die Umsetzung nicht im Einklang mit dem Freizügigkeitsabkommen stehen sollte); die Anzeichen deuten darauf hin, dass die Union nicht bereit ist, der Schweiz in Bezug auf die Kernelemente der Personenfreizügigkeit (keine Kontingente und keine Diskriminierungen aus Gründen der Staatsangehörigkeit) in irgendeiner Form Zugeständnisse – und erst recht nicht in dauerhafter Form – zu machen.

Dass sich dies in näherer Zukunft ändern wird, ist m.E. insbesondere auch angesichts des **Ausgangs der Abstimmung in Grossbritannien** sehr unwahrscheinlich: Denn jedes «Zugeständnis» an die Schweiz müsste sich die Union auch von Grossbritannien entgegenhalten lassen, so dass Verhandlungslösungen mit der Schweiz die Verhandlungsposition der Union bei den Austrittsverhandlungen bzw. den Verhandlungen über die zukünftige Gestaltung der Beziehungen Grossbritanniens zur Union schwächen würden bzw. vollendete Tatsachen schaffen könnten. Da nicht zu erwarten ist, dass die Verhandlungen mit Grossbritannien schnell zu einem Ergebnis führen, dürfte auch der Spielraum für die Schweiz, mit der Union zu Verhandlungslösungen zu kommen, die Grundprinzipien der Personenfreizügigkeit widersprechen, eher klein sein. Dies gilt übrigens auch für regionale Lösungen (z.B. eine Art «föderale Schutzklausel»):<sup>87</sup> Auch diese stehen – wie jeglicher Inländervorhang, was gelegentlich in der politischen Diskussion in Vergessenheit zu geraten scheint – mit dem Personenfreizügigkeitsabkommen im Widerspruch.

---

<sup>86</sup> Vgl. die Zusammenfassung der diesbezüglichen Vorschläge bei *Tobler*, in: Jusletter vom 16.2.2016 (Anm. 84), Rz. 41 ff.

<sup>87</sup> Vgl. hierzu etwa den Bericht in: NZZ vom 25.6.2016, S. 15: Die KdK favorisiert offenbar eine solche Schutzklausel, dies in Anlehnung an das von *Michael Ambühl* vorgelegte, durchaus innovative Modell.

### III. «Institutionelle Fragen» und ihre Bedeutung für das FZA

Unabhängig von der Frage nach der Art und Weise der Umsetzung des Art. 121a BV sowie der möglichen Unvereinbarkeit der Umsetzung des Art. 121 Abs. 3–6 BV mit dem Freizügigkeitsabkommen stösst der Bilaterale Weg auch insofern an seine Grenzen, als die Union seit mehreren Jahren betont, eine Weiterentwicklung der Bilateralen Abkommen und insbesondere der Abschluss neuer Abkommen, die einen **Marktzugang** und damit eine weitergehende Beteiligung am Binnenmarkt implizieren (woran die Schweiz ein Interesse haben kann, so etwa im Elektrizitäts- oder Dienstleistungsbe- reich), komme nur unter der Voraussetzung einer Einigung der Vertragspartei- en über die Lösung der sog. **institutionellen Fragen** in Betracht. Im Zent- rum des Interesses stehen dabei Fragen der Übernahme des unionsrechtlichen Besitzstandes und seiner Auslegung, die Überwachung der Einhaltung der Abkommen in der und durch die Schweiz sowie die Streitbeilegung.<sup>88</sup>

Die auf eine rein nationale Lösung abzielenden Vorstellungen des Bundesrates (wobei dieser gleichzeitig auch die Zielsetzung der Homogenität der Rechtsentwicklung betonte, dies in dieser Deutlichkeit wohl erstmals)<sup>89</sup> sties- sen auf grosse Skepsis seitens der Union: Diese betonte insbesondere (er- neut), dass weitere Bilaterale Abkommen im Bereich des Marktzugangs nach dem bisherigen «Muster» aus EU-Sicht nicht mehr abgeschlossen werden sollen, ohne dass ein geeigneter institutioneller Rahmen gefunden wird, der für alle bestehenden und künftigen Abkommen Anwendung findet. Dieser müsse insbesondere einen rechtlich verbindlichen Mechanismus für die **dy- namische Anpassung der Abkommen** an den sich fortentwickelnden EU- Rechtsbestand ermöglichen und **«internationale Mechanismen» für die Überwachung und die Gerichtsbarkeit** enthalten. In Bezug auf letztere wird die Gleichwertigkeit mit den Mechanismen des EWR-Abkommens bzw. der EFTA-Säule des EWR für notwendig erachtet.<sup>90</sup> Daran anschliessend änderte der Bundesrat in Bezug auf die Frage der Gerichtsbarkeit seine Hal- tung und plädiert nunmehr für einen Einbezug des EuGH, eine Haltung, die

<sup>88</sup> Vgl. zur Problematik bereits *Astrid Epiney*, Beziehungen Schweiz – EU: Status quo und Perspektiven, in: Schellenbauer/Schwarz (Hrsg.), *Bilateralismus – was sonst? Eigenständigkeit trotz Abhängigkeit*, Zürich 2015, S. 60 ff. Siehe sodann z.B. *Andreas Glaser/Lorenz Langer*, Die Institutionalisierung der Bilateralen Verträge: Eine Herausforderung für die schweizerische Demokratie, in: SZIER 2013, S. 563 ff.; *Joëlle de Sépibus*, Ein institutionelles Dach für die Beziehungen zwischen der Schweiz und der Europäischen Union, in: Epiney/Diezig (Hrsg.), *Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht 2013/2014*, Zürich 2014, S. 397 ff.

<sup>89</sup> Vgl. hierzu etwa: NZZ vom 21.11.2012.

<sup>90</sup> Vgl. NZZ vom 21.12.2012.

durchaus auch auf Kritik gestossen ist.<sup>91</sup> In Bezug auf die Homogenität der Rechtsentwicklung hingegen hat er seinen Ansatz grundsätzlich bestätigt, wenn auch noch nicht alle Fragen geklärt sind.

Derzeit sind diesbezüglich noch zahlreiche Fragen offen. Spezifisch in Bezug auf das **Freizügigkeitsabkommen** ist insbesondere von Bedeutung, dass es beim derzeitigen Stand der Dinge unklar ist, ob und ggf. inwieweit ein solcher **neuer institutioneller Rahmen** auch auf die bereits **bestehenden Abkommen** Anwendung fände. Eine Ausdehnung des neuen institutionellen Rahmens auf das Freizügigkeitsabkommen würde aber komplexe Fragen aufwerfen. So müsste geklärt werden, auf welche Weise beim Freizügigkeitsabkommen – das ja ein gemischtes Abkommen ist, welches auf Seiten der Union neben der EU auch die Mitgliedstaaten als Vertragsparteien umfasst – eine allfällige Ausdehnung völkerrechtlich verankert werden soll, insbesondere, ob die Ratifizierung aller EU-Mitgliedstaaten erforderlich wäre. Aber auch die **rechtstechnische Sicherstellung einer (weitgehenden) Homogenität der Rechtsentwicklung** stiesse beim Freizügigkeitsabkommen auf erhebliche Schwierigkeiten: Soweit das Abkommen in Anhängen auf Sekundärrecht verweist, dürfte eine entsprechende Modifikation des Mechanismus durchaus möglich sein, zumal Modifikationen des Sekundärrechts grundsätzlich durch die Gemischten Ausschüsse übernommen werden können. Soweit jedoch im Abkommen selbst entsprechende Pflichten der Vertragsparteien in Anlehnung an das EU-Recht formuliert werden (wie insbesondere in Anhang I FZA, aber auch in anderen Bestimmungen des Abkommens), müsste das Abkommen entsprechend modifiziert werden, was auch Fragen ihres materiellen Geltungsbereichs aufwerfen würde, erfolgt doch mitunter nur eine teilweise Anlehnung an EU-Recht. So kennt das Personenfreizügigkeitsabkommen im Verhältnis zum EU-Recht gewisse Abweichungen, etwa bei der Niederlassungs- oder der Dienstleistungsfreiheit, aber auch in Bezug auf die Unionsbürgerschaft. Damit in engem Zusammenhang steht die Frage, ob auch bei der Personenfreizügigkeit inskünftig in Bezug auf den zum Zuge kommenden Mechanismus zur Übernahme des EU-Rechts in das Abkommen ausschliesslich mit der Technik des Verweises auf Sekundärrecht gearbeitet werden soll, was in einem gewissen Spannungsverhältnis zu der derzeitigen Ausgestaltung des Abkommens stünde. Nicht zu verkennen ist aber auch, dass eine Weiterführung der derzeitigen «Übernahmetechnik» insbesondere in Anhang I die (auch jetzt schon gelegentlich problematische) Frage aufwerfen würde, inwieweit eigentlich auf Unionsrecht zurückgegriffen wird, welche Weiterentwicklungen zu übernehmen wären und wie diese in das Abkommen integriert würden.

---

<sup>91</sup> Vgl. z.B. *Christa Tobler*, Die Erneuerung des bilateralen Wegs: eine wachsende Annäherung an den EWR in den zur Diskussion gestellten Modellen, in: Jusletter, vom 3.6.2013. Siehe aber auch die Zustimmung bei *Epiney*, in: *Bilateralismus* (Anm. 88), S. 65 ff.

Allgemein wirft ansonsten die mögliche **Rolle des Europäischen Gerichtshofs** Fragen auf: Der bundesrätliche Vorschlag geht – auf der Grundlage einer Einbindung des EuGH in die Auslegung der Abkommen und damit im Ergebnis auch in die Streitbeilegung – dahin, dass im Falle der Uneinigkeit beider Parteien im Gemischten Ausschuss über die rechtliche Tragweite bzw. die Auslegung einzelner Bestimmungen der Abkommen eine der Parteien beim EuGH ein Gutachten anfordern kann, das sich auf die Auslegung der entsprechenden Bestimmungen der Bilateralen Abkommen (wobei nur solche Bestimmungen, die den Binnenmarktacquis aus dem EU-Recht in die Abkommen übernehmen, betroffen sein sollen) bezieht. Das Gutachten des Gerichtshofs implizierte eine autoritative Auslegung der entsprechenden Abkommensbestimmungen für beide Parteien, und im Gemischten Ausschuss würden die Folgen des Gutachtens erörtert und bestimmt. Allerdings bliebe es der Schweiz unbenommen, die durch den EuGH vorgenommene Auslegung gleichwohl nicht zu akzeptieren (und dies in einem Bundesgesetz festzuhalten); dies führte jedoch nicht dazu, dass die Auslegung des Gerichtshofs als solche nicht mehr «autoritativ» wäre (müssen Urteile und Gutachten des EuGH doch nach dessen Rechtsprechung verbindlichen Charakter aufweisen), sondern gäbe der EU die Möglichkeit, Gegenmassnahmen zu ergreifen bzw. gar das Abkommen zu suspendieren. Die Verhältnismässigkeit dieser Massnahmen könnte durch ein Schiedsgericht überprüft werden.<sup>92</sup> Damit bliebe der Gemischte Ausschuss das eigentliche Streitbeilegungsorgan, der in seinem Agieren aber die autoritative Auslegung durch den EuGH zu beachten hätte, so dass einerseits ein «internationales» Gericht zum Zuge käme und andererseits keine eigentliche «Unterwerfung» unter die Gerichtsbarkeit des EuGH erfolgte, ohne dass damit jedoch die Verbindlichkeit der Gutachten des EuGH in Frage gestellt würde. Diese an sich elegante Lösung, die nach der hier vertretenen (aber durchaus umstrittenen) Ansicht<sup>93</sup> viele Vorteile aufweist, muss aber noch im Einzelnen präzisiert werden, wobei aus der Sicht der Union insbesondere sicherzustellen ist, dass die Urteile des EuGH – wie sich aus seiner Rechtsprechung ergibt – verbindlich sein müssen,<sup>94</sup> so dass die Union möglicherweise auf einer Art Beendigungsmechanismus im Falle einer «Nichtbeachtung» der Urteile des Gerichtshofs bestehen könnte, was sich nicht in jeder Beziehung mit den Vorstellungen des Bundesrates decken könnte und im Übrigen auch die Frage nach der politischen Akzeptanz einer solchen Lösung in der Schweiz aufwürfe.

<sup>92</sup> S. hierzu schon *Epiney*, in: *Bilateralismus* (Anm. 88), S. 65.

<sup>93</sup> S. die Nachweise in Anm. 91.

<sup>94</sup> Vgl. EuGH, Gutachten 1/91 (EWR I), Slg. 1991, I-6079; EuGH, Gutachten 1/09 (Europäisches Patentgericht), Slg. 2011, I-1137; siehe auch Gutachten 1/92 (EWR II), Slg. 1992, I-2821.

Im Übrigen gilt auch bezüglich der institutionellen Fragen, dass das Ergebnis der **Brexit-Abstimmung in Grossbritannien** die Verhandlungsposition der Schweiz eher geschwächt haben dürfte, wird doch die Union jede diskutierte und in Betracht kommende Lösung auch unter dem Gesichtspunkt analysieren, ob sie insofern verallgemeinerungsfähig ist, dass sie auch im Verhältnis zu Grossbritannien zum Zuge kommen könnte.

#### **IV. Exkurs: zu den Implikationen der sog. Selbstbestimmungsinitiative für das FZA**

Die oben<sup>95</sup> entwickelten Grundsätze für die Tragweite und Rechtswirkungen des Freizügigkeitsabkommens könnten in Zukunft im Gefolge einer Annahme der sog. **Selbstbestimmungsinitiative** in Frage gestellt werden. Diese zielt auf eine grundsätzliche Modifikation jedenfalls des Verhältnisses der Verfassung zu völkerrechtlichen Verträgen ab, weshalb im Rahmen dieses Exkurses kurz auf ihre möglichen Konsequenzen eingegangen werden soll, ohne freilich hier den Anspruch auf eine vollständige Analyse zu erheben.

Die Initiative<sup>96</sup> sieht verschiedene, durchaus in einem Zusammenhang stehende (so dass dem Grundsatz der Einheit der Materie wohl Genüge getan ist) Modifikationen der Verfassung vor, wobei jedoch auch zahlreiche Fragen aufgeworfen werden. Im Einzelnen dürften folgende Aspekte von besonderer Bedeutung sein:

- Wenig Neues bringt die vorgesehene Ergänzung des **Art. 5 Abs. 1 BV** um die Klarstellung, dass die Bundesverfassung die «oberste Rechtsquelle» darstellt; dies ist aufgrund der geltenden Normenhierarchie bereits heute der Fall, woran auch der grundsätzliche Vorrang des Völkerrechts nichts ändert.
- Bedeutsam ist hingegen der für **Art. 5 Abs. 4 BV** vorgeschlagene Zusatz, wonach die Bundesverfassung «über dem Völkerrecht» steht und ihm vorgeht, dies unter Vorbehalt des zwingenden Völkerrechts. Die Auslegung dieser Bestimmung wirft verschiedene Fragen auf, insbesondere auch, wenn man sie in Bezug setzt zu der vorgesehenen Modifikation des **Art. 190 BV**, wonach nur noch (neben den Bundesgesetzen) völkerrechtliche Verträge, deren Genehmigungsbeschluss dem Referendum unterstanden hat, für das Bundesgericht und die anderen rechtsanwendenden Behörden massgeblich sind.

---

<sup>95</sup> S.o. II.1.

<sup>96</sup> Vgl. den Text unter [www.admin.ch/ch/d/pore/vi/vis460t.html](http://www.admin.ch/ch/d/pore/vi/vis460t.html) (zuletzt besucht am 26.7.2016). Siehe aus der Literatur die Analyse von *Helen Keller/Natalie Balazs-Hegedüs*, Paradigmenwechsel im Verhältnis von Landesrecht und Völkerrecht?, in: *AJP* 2016, S. 712 ff. (zwei weitere Beiträge zu der Initiative von der Erstautorin und jeweils einem Koautor werden in Kürze in der *AJP* erscheinen).

- So fragt es sich zunächst, ob sich der in der Neufassung des Art. 5 Abs. 4 BV vorgesehene Vorrang auf alle Verfassungsbestimmungen erstreckt (wofür der Wortlaut der Bestimmung sprechen könnte) oder nur auf solche, die die Voraussetzungen der **unmittelbaren Anwendbarkeit** erfüllen. Vieles dürfte für die zuletzt genannte Ansicht sprechen, da die genaue Tragweite nicht unmittelbar anwendbarer Verfassungsbestimmungen in aller Regel eben präzisierungsbedürftig ist, ganz abgesehen davon, dass sich die Frage des Anwendungsvorrangs in einer solchen Situation von vornherein nicht stellt. Folgt man dieser Ansicht, hätte auch das Inkrafttreten der Art. 121 Abs. 3–6 BV und des Art. 121a BV nichts an dem Vorrang des Freizügigkeitsabkommens in der Rechtsanwendung geändert.
- Wenn man somit allein aus der Neufassung des Art. 5 Abs. 4 BV schliessen könnte, dass die Verfassung (jedenfalls, soweit es um unmittelbar anwendbare Bestimmungen geht) in der Rechtsanwendung ganz allgemein völkerrechtlichen Verträgen vorgeht, so drängen sich an diesem Schluss angesichts des Art. 190 BV Zweifel auf: Dieser soll nämlich nach wie vor vorsehen, dass Bundesgesetze und gewisse völkerrechtliche Verträge (nämlich diejenigen, die einem Referendum unterstanden) für das Bundesgericht und die rechtsanwendenden Behörden massgebend sind. Man wird hieraus schliessen müssen, dass sich der in Art. 5 Abs. 4 BV vorgesehene **Anwendungsvorrang** nur auf diejenigen völkerrechtlichen Verträge bezieht, die **nicht von Art. 190 BV erfasst** werden. Hierunter können freilich auch – angesichts der sukzessiven Ausweitung des Staatsvertragsreferendums, was impliziert, dass einige vor längerer Zeit in Kraft getretene wichtige Verträge nicht dem Referendum unterstanden – sehr bedeutende Verträge, wie z.B. die EMRK, fallen. Bemerkenswert ist jedoch, dass dem **Freizügigkeitsabkommen** jedenfalls auch auf der Grundlage der angestrebten Revisionen der Verfassung **Vorrang** zukäme.
- Darüber hinaus dürfte jedoch der **Gesetzgeber** auf der Grundlage eines revidierten Art. 5 Abs. 4 BV allgemein auch an nicht unmittelbar anwendbare Verfassungsbestimmungen gebunden sein, dies auch wenn sie im Widerspruch zu völkerrechtlichen Verpflichtungen stehen. Hieran vermag auch Art. 190 BV nichts zu ändern, da sich dieser gerade nicht an den Gesetzgeber richtet.
- Bemerkenswert ist schliesslich, dass der Initiative keine Aussage über das **Verhältnis von Bundesgesetzen und völkerrechtlichen Verträgen** zu entnehmen ist, so dass davon auszugehen ist, dass die bislang geltenden Grundsätze auch weiterhin zur Anwendung kommen (können).

- Der neu vorgesehene Art. 56a sieht zunächst vor, dass Bund und Kantone **keine völkerrechtlichen Verpflichtungen** eingehen, die der **Verfassung widersprechen** (Abs. 1), ein Grundsatz, der schon heute gilt, sind Bund und Kantone doch an die Verfassung gebunden. Vieles spricht im Übrigen dafür, dass es hier nur um solche Verfassungsbestimmungen gehen kann, die unmittelbar anwendbar sind, kann doch in aller Regel nur bei diesen festgestellt werden, ob ein völkerrechtlicher Vertrag mit ihnen im Widerspruch steht.<sup>97</sup>
- Sodann ist im Falle eines **Widerspruchs zwischen einem völkerrechtlichen Vertrag und der Verfassung** für eine **Anpassung** der völkerrechtlichen Verpflichtungen an die Vorgaben der Bundesverfassung zu sorgen; sollte dies nicht gelingen, sind die betreffenden völkerrechtlichen Verträge zu **kündigen** (Art. 56a Abs. 2). Es ist höchst fraglich, ob diese Bestimmung in Anbetracht des Gesamtkontextes der Verfassung wirklich so ausgelegt werden kann, dass jeder auch nur minimale Widerspruch zwischen einem völkerrechtlichen Vertrag und einer Verfassungsbestimmung zwingend zu einer Kündigung des ersteren führen muss. Relevant wird dies insbesondere in denjenigen Konstellationen, in denen es um Verfassungsbestimmungen geht (wie z.B. der im Gefolge der Ausschaffungsinitiative eingefügte Art. 121 Abs. 3–6 BV), die *per se* nicht gegen einen bestimmten völkerrechtlichen Vertrag gerichtet sind, sondern diesen vielmehr nur eher beiläufig betreffen.

Festzuhalten bleibt damit, dass die «Selbstbestimmungsinitiative» nicht nur aus rechtspolitischer Sicht auf grosse Bedenken stösst (auch und gerade aufgrund der Infragestellung der vorrangigen Anwendbarkeit der EMRK),<sup>98</sup> sondern auch zahlreiche Auslegungsfragen aufwirft, die der **Rechtssicherheit in höchstem Masse abträglich** sind, zumal die vorgeschlagene Übergangsbestimmung (Art. 197 Ziff. 12) eine umfassende Rückwirkung vorsieht. Spezifisch in Bezug auf das **Verhältnis des Freizügigkeitsabkommens** zu nationalem Recht ist bedeutsam, dass es im Vergleich zur geltenden Rechtslage wohl solange keine Modifikationen gäbe, wie nicht unmittelbar anwendbare Verfassungsbestimmungen gegen das Abkommen verstossen, dies jedenfalls auf der Grundlage der hier vertretenen Ansicht, wobei diese Analyse auch nur eine vorläufige sein kann.

<sup>97</sup> Hierzu werden allerdings mit Bezug auf Art. 121a Abs. 4 BV durchaus auch andere Ansichten vertreten. Vgl. *Uebersax*, in: BV-Kommentar (Anm. 4), Art. 121a, Rz. 69; die unmittelbare Anwendbarkeit des Art. 121a Abs. 4 BV hingegen ablehnend *Epiney*, Zur rechtlichen Tragweite der Art. 121a, 197 Ziff. 11 BV (Anm. 14), S. 16 f.

<sup>98</sup> S. in diesem Zusammenhang die sehr instruktive Studie von *Walter Kälin/Stefan Schlegel*, Schweizer Recht bricht Völkerrecht. Szenarien eines Konfliktes mit dem Europarat im Falle eines beanspruchten Vorranges des Landesrechts vor der EMRK, Bern 2014.

## V. Schluss

Das seit nunmehr 14 Jahren in Kraft stehende **Freizügigkeitsabkommen** ist insgesamt – es lohnt sich, sich dies immer wieder in Erinnerung zu rufen – eine **Erfolgsgeschichte**. Auch und gerade dank der Rechtsprechung des Bundesgerichts sind zahlreiche Auslegungsfragen mittlerweile geklärt, und es besteht eine recht weitgehende Rechtssicherheit. Materiell ermöglichen das Freizügigkeitsabkommen sowie die anderen Abkommen der sog. «Bilateralen I» eine **Teilnahme an weiten Teilen des Binnenmarktes** sowie an diversen Programmen der Union (wobei die Forschungszusammenarbeit angesichts ihrer Rolle für den Wissenschaftsplatz Schweiz von besonderer Bedeutung sein dürfte) und führen somit in den erfassten Bereichen zu einer Art «Teilintegration» der Schweiz in die Europäische Union bzw. das Unionsrecht, eine von zahlreichen Besonderheiten gekennzeichnete, insgesamt innovative Konstruktion.

Nicht zu verkennen ist aber auch, dass das Abkommen – wie dies bei völkerrechtlichen Verträgen regelmässig der Fall ist – durchaus auch **eine Einschränkung des Handlungsspielraums der Schweiz** impliziert, hat man sich doch auf völkerrechtlicher Ebene zur Beachtung der entsprechenden Vorgaben verpflichtet. Insofern birgt die in den letzten Jahren häufiger vorkommende, meist eher «indirekte» Infragestellung grundlegender Inhalte des Personenfreizügigkeitsabkommens (wie die Idee fixer Kontingente, der Grundsatz einer «halbautomatischen» Ausweisung von Ausländern im Falle einer strafrechtlichen Verurteilung wegen bestimmter Delikte oder die angestrebte Verankerung eines grundsätzlichen Vorrangs des Verfassungsrechts) gewisse Gefahren in sich. Es ist insbesondere nicht auszuschliessen, dass die Union eine Kündigung des Abkommens und damit des gesamten Pakets der Bilateralen I ins Auge fasst oder sog. Repressalien im Falle einer Nichtbeachtung abkommensrechtlicher Pflichten ergreift.

Aber auch darüber hinaus erscheint es sowohl aus politischer Sicht als auch aus rechtsstaatlicher Sicht sinnvoll, sich die grundlegenden, hier massgeblichen Zusammenhänge vor Augen zu führen: In den Abkommen der Bilateralen I ist – soweit die binnenmarktrelevanten Bereiche betroffen sind – eine (partielle) Teilnahme am Binnenmarkt vorgesehen, dies grundsätzlich auf der Grundlage des in der Union geltenden Rechts, was angesichts der Zielsetzung (Teilhabe am Binnenmarkt) zwingend erscheint. Zwar kann es – und dies ist auch in den EU-Staaten nicht anders – im Zuge nachfolgender Änderungen des nationalen Rechts zu gewissen Spannungen mit den so eingegangenen Verpflichtungen kommen. Soweit jedoch die Grundfesten des Freizügigkeitsabkommens in Frage gestellt werden (sollen), erscheint es wenig transparent und letztlich auch wenig hilfreich in Bezug auf die Rechtssicherheit, hier klare Aussagen zum Freizügigkeitsabkommen (und damit letztlich zu den Bilateralen I insgesamt) zu vermeiden; vielmehr sind hier die politischen

Akteure – und hierzu zählen grundsätzlich auch diejenigen Gruppierungen und Kreise, welche Volksinitiativen lancieren (können) – m.E. gehalten, Absicht und Auswirkungen ins Auge gefasster Modifikationen des nationalen Rechts klar zu bezeichnen und ggf. eben ausdrücklich die Kündigung des Freizügigkeitsabkommens anzustreben. Rechtsstaatlichen Grundsätzen wenig dienlich ist es hingegen, einmal eingegangene und übrigens mehrmals **demokratisch legitimierte völkerrechtliche Verträge wie das Freizügigkeitsabkommen allzu oft «über die Hintertür» wieder in Frage zu stellen**, ganz abgesehen davon, dass hiermit eine beachtliche Rechtsunsicherheit einhergeht.

Dieser Wunsch ändert nichts daran, dass derzeit die durch das Freizügigkeitsabkommen gewährleistete Personenfreizügigkeit und damit auch die **Art und Weise der Weiterführung des «Bilateralen Weges» unter Druck stehen**. Zum Zeitpunkt des Abschlusses dieses Manuskripts ist noch nicht ganz klar, wie sich die Dinge hier letztlich weiterentwickeln werden. Eine «Aufgabe» der «Bilateralen I» zöge insgesamt wohl kaum überschaubare negative Folgen auch für die Schweiz nach sich, so dass zu hoffen ist, dass man auf die anstehenden Fragen zufriedenstellende Antworten findet. Die Aussichten hierfür dürften m.E. trotz aller offenen Fragen insgesamt sehr gut sein, haben doch letztlich sowohl die Union als auch die Schweiz ein denkbar grosses Interesse an der Weiterführung der insgesamt gut funktionierenden Bilateralen Abkommen. Innenpolitisch ist jedenfalls zu hoffen, dass sich die Diskussion versachlicht und vermehrt an den politischen, rechtlichen und wirtschaftlichen Realitäten orientiert statt sich allzu sehr an rein wahltaktischen Elementen auszurichten.

---

# Und wenn das Abkommen wegfällt? Erworbene Rechte nach Art. 23 FZA

Christa Tobler\*

## Inhaltsübersicht

|      |                                                                              |    |
|------|------------------------------------------------------------------------------|----|
| I.   | Einleitung.....                                                              | 43 |
| II.  | Art. 23 FZA: viele Fragen, kaum Antworten.....                               | 45 |
|      | 1. Zeitlicher Aspekt.....                                                    | 45 |
|      | 2. Inhaltlicher Aspekt: von Art. 23 erfasste Rechte und Ansprüche ..         | 45 |
| III. | Rechtsvergleich.....                                                         | 49 |
|      | 1. Bislang keine Erkenntnisse im Zusammenhang mit dem<br>sog. «Brexite»..... | 50 |
|      | 2. Ein wenig aussagekräftiger Vergleich: Grönland.....                       | 54 |
|      | 3. Nur wenig erhellende Hinweise aus dem EWR-Recht.....                      | 56 |
| IV.  | Schluss.....                                                                 | 57 |

## I. Einleitung

Art. 23 des Freizügigkeitsabkommens zwischen der Schweiz und der Europäischen Union (EU) sowie ihren Mitgliedstaaten (FZA)<sup>1</sup> bestimmt: «Im Falle der Kündigung oder der Nichtverlängerung des Abkommens bleiben die erworbenen Ansprüche von Einzelnen unberührt. Die Vertragsparteien treffen im gegenseitigen Einvernehmen eine Regelung für die Anwartschaften.»

Die Frage nach dem Schutz der erworbenen Ansprüche stellt sich in der Schweiz – anders als im Vereinigten Königreich von Grossbritannien und Nordirland in der Folge der sog. «Brexite»-Abstimmung vom 23. Juni 2016 – einstweilen nur theoretisch. Weder wurde die nach einer siebenjährigen Anfangsphase vorgesehene Möglichkeit der Nichtverlängerung des FZA wahrgenommen,<sup>2</sup> noch ist seither eine Kündigung erfolgt (Stand Mitte Juli 2016).

---

\* Mit Dank an Frau Dr. Freya Baetens, Universität Leiden (Niederlande), für die kritische Durchsicht des Manuskripts.

<sup>1</sup> Abkommen vom 21.6.1999 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft einerseits und der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten andererseits über die Freizügigkeit, für die Schweiz SR 0.142.112.681, für die EG (heute die EU) und ihre Mitgliedstaaten ABl. L 114 vom 30.4.2002, S. 6. Nachdem die frühere Europäische Gemeinschaft durch die Lissaboner Vertragsrevision mit Wirkung ab dem 1.12.2009 in die EU integriert worden ist, ist diese statt ihrer Vertragspartei.

<sup>2</sup> Das FZA wurde anfänglich für eine Dauer von sieben Jahren geschlossen. Nach Art. 25 Abs. 2 FZA verlängerte es sich danach für unbestimmte Zeit, da weder die Gemein-

Allerdings hat der Bundesrat die letztere als eine – wenn auch aus seiner Sicht klarerweise nicht wünschbare – Handlungsvariante erwähnt. So wies er in der Botschaft zur Umsetzung der Volksabstimmung über die sog. Masseneinwanderungsinitiative darauf hin, dass die Durchsetzbarkeit einer einseitigen, dem Abkommen widersprechenden Schweizer Regelung im Verhältnis zur EU die Kündigung des FZA voraussetzen würde.<sup>3</sup> Der Grund dafür liegt darin, dass nach dem schweizerischen Bundesgericht das FZA einer ihm widersprechenden schweizerischen Regelung vorgehen würde.<sup>4</sup> Insofern scheint eine Kündigung durchaus im Bereich des politisch Denkbaren zu liegen.<sup>5</sup> Im Falle einer Kündigung des FZA würde nicht nur die sog. Guillotineklausel nach Art. 25 Abs. 3 und 4 FZA greifen (wodurch die übrigen Abkommen aus dem Paket der sog. Bilateralen I ebenfalls dahinfallen würden), sondern es würde auch Art. 23 FZA über die erworbenen Ansprüche relevant. Dies würde zu zahlreichen Fragen zur praktischen Bedeutung von Art. 23 FZA führen. Antworten darauf sind angesichts der spärlichen Literatur zum spezifischen Inhalt von Art. 23 FZA<sup>6</sup> kaum zu finden (unten II.). Wenn der vorliegende Beitrag diese Thematik dennoch aufgreift, so tut er dies nicht zuletzt vor dem Hintergrund einiger vergleichender Ausführungen zu anderen rechtlichen Kontexten, wo sich die Frage nach dem Schutz erworbener Rechte ebenfalls stellt, darunter aus aktuellem politischen Anlass insb. der drohende Austritt

---

schaft noch die Schweiz der jeweils anderen Vertragspartei vor Ablauf der anfänglichen Geltungsdauer etwas Gegenteiliges notifiziert. Sowohl die Schweiz als auch die Gemeinschaft befürworteten die Verlängerung des Abkommens. In der Schweiz fand dazu eine Volksabstimmung statt. Vgl. hierzu *Christa Tobler*, Fortführung und Ausdehnung des Freizügigkeitsabkommens. Die Personenfreizügigkeit aus juristischer Sicht, in: Kreis (Hrsg.), Schweiz – Europa: wie weiter? Kontrollierte Personenfreizügigkeit, Zürich 2009, S. 69 ff.

<sup>3</sup> Botschaft vom 4.3.2016 zur Änderung des Ausländergesetzes (Steuerung der Zuwanderung und Vollzugsverbesserungen bei den Freizügigkeitsabkommen), BBl 2016 3007, 3023 f.

<sup>4</sup> BGE 142 II 35 E. 3.2. Siehe insb. *Joëlle de Sépibus/Cenni Najy*, Umsetzung der Masseneinwanderungsinitiative. Das Bundesgericht und die Personenfreizügigkeit, in: NZZ vom 11.3.2016, sowie *Astrid Epiney*, Auslegung und Verhältnis des Freizügigkeitsabkommens zum nationalen Recht. Zum Urteil des Bundesgerichts 2C\_716/2014 vom 26. November 2015, in: Jusletter vom 14.3.2016, weiter auch *Christa Tobler*, Eine einvernehmliche Schutzklausel für das Vereinigte Königreich: Hoffnung für die Schweiz?, in: Jusletter vom 29.2.2016, Rz. 48 ff. Vgl. auch die Antwort des Bundesrates auf die Interpellation Vogt (16.3043), «Handlungsfähigkeit von Parlament und Bundesrat sichern. Artikel 121a der Bundesverfassung umsetzen. Schubert-Praxis erhalten».

<sup>5</sup> Vgl. die Berichte in den Schweizer Medien, z.B. *SVP will Bilaterale per Initiative kippen*, Tages-Anzeiger vom 3.7.2016; weiter auch *Astrid Epiney*, Freizügigkeit Schweiz – EU: status quo, Perspektiven und offene Fragen (in diesem Band).

<sup>6</sup> Soweit ersichtlich nur gerade *Alvaro Borghi*, La libre circulation des personnes entre la Suisse et l'UE. Commentaire article par article de l'accord du 21 juin 1999, Brüssel 2010, Rz. 768 ff.

des Vereinigten Königreichs aus der EU, weiter aber auch der Statuswechsel Grönlands zu einem assoziierten überseeischen Gebiet der EU sowie das EWR-Recht (unten III.). Wie zu zeigen sein wird, bleiben aber auch so zahlreiche Fragen offen.

## II. Art. 23 FZA: viele Fragen, kaum Antworten

Nach Art. 23 FZA bleiben im Falle einer Kündigung des Abkommens<sup>7</sup> die erworbenen Ansprüche von Einzelnen unberührt und muss für Anwartschaften eine Regelung getroffen werden. Was aber sind «erworbene Ansprüche» und was «Anwartschaften»? Und welches ist der relevante Zeitpunkt in dieser Hinsicht? Im Folgenden wird zuerst auf den vergleichsweise einfacheren zeitlichen und sodann auf den deutlich komplexeren inhaltlichen Aspekt von Art. 23 FZA eingegangen.

### 1. Zeitlicher Aspekt

BORGHİ stellt fest, dass der Wortlaut von Art. 23 FZA nichts darüber aussagt, ob der relevante Zeitpunkt für den Schutz der erworbenen Ansprüche jener der Kündigungsmittteilung oder aber jener des Ausserkrafttretens des Abkommens ist (dieselbe Frage stellt sich auch in Bezug auf die Anwartschaften).<sup>8</sup> Nach der Auffassung des Autors wäre Letzteres insofern problematisch, als dann sechs Monate<sup>9</sup> zur Verfügung stünden, während derer sich Einzelne zielgerichtet Rechte aneignen könnten, die in der Folge zu schützen wären. Er hält deshalb diese Auslegung nicht für überzeugend. Dem steht allerdings entgegen, dass das Abkommen während dieser sechs Monate vollumfänglich gültig bleibt. Nach der hier vertretenen Auffassung sollte deshalb der Zeitpunkt des Ausserkrafttretens des Abkommens als relevant erachtet werden. Der mögliche «Ansturm» in der Schlussphase des Abkommens gehört zu den Begleiterscheinungen, wie sie jeglicher Rechtsänderung immanent sind.

### 2. Inhaltlicher Aspekt: von Art. 23 erfasste Rechte und Ansprüche

BORGHİ weist weiter darauf hin, dass der Wortlaut von Art. 23 FZA nicht sagt, um welche Ansprüche und Anwartschaften es hier genau geht.<sup>10</sup> Der

<sup>7</sup> Auf die Nichtverlängerung wird im Folgenden nicht eingegangen, da sie praktisch nicht mehr relevant ist.

<sup>8</sup> *Borghi* (Anm. 6), Rz. 772.

<sup>9</sup> Es handelt sich um die Frist zwischen der Mitteilung der Kündigung und dem Ausserkrafttreten des Abkommens, Art. 25 Abs. 4 FZA.

<sup>10</sup> *Borghi* (Anm. 6), Rz. 772.

Autor bemerkt, dass das Abkommen eine Vielzahl von Aspekten regelt. Er ist der Auffassung, dass unmöglich alle davon gemeint sein können.

a) *Zu regelnde Anwartschaften*

Nach der hier vertretenen Meinung bereitet die Thematik der Anwartschaften die wenigsten Probleme. Der Begriff der Anwartschaft bezeichnet nach dem Gabler Wirtschaftslexikon<sup>11</sup> eine «auf Gesetz beruhende Aussicht auf Versicherungsleistungen» bzw. ein «Recht auf eine in der Zukunft fällige einmalige oder wiederkehrende Geldleistung, die auch vom Eintritt gewisser Ereignisse abhängen kann. In der gesetzlichen Rentenversicherung (GRV) und in der betrieblichen Altersversorgung (bAV) werden die jeweils erworbenen Rentenansprüche als Anwartschaft bezeichnet.» Das FZA enthält keine Bestimmungen über die Harmonisierung von Versicherungssystemen, übernimmt aber das Koordinationsrecht der EU (Art. 8 FZA).<sup>12</sup> Dieses regelt das Zusammenspiel der nationalen Versicherungssysteme im Falle von grenzüberschreitenden Sachverhalten und bestimmt die anwendbare Gesetzgebung (Grundsatz des einheitlichen Sozialversicherungsstatuts, wonach immer nur ein Staat zuständig ist). Ergänzend dazu besteht ein Verbot der Diskriminierung wegen der Staatsangehörigkeit.

Durch die Teilnahme an einem Sozialversicherungssystem können Anwartschaften entstehen, z.B. im Bereich der Altersversicherung. Es leuchtet ein, dass beim Wegfall des Abkommens hierfür eine Regelung getroffen werden muss, wie dies Art. 23 FZA denn auch vorsieht. Wie diese Regelung aussieht, wird von den diesbezüglichen Verhandlungen abhängen.

b) *Erworbene Ansprüche*

Neben den zu regelnden Anwartschaften erwähnt Art. 23 FZA auch erworbene Ansprüche, die von einer Kündigung des Abkommens unberührt bleiben. Laut BORGHI dürfte dies auf jeden Fall eine bereits erlangte Aufenthaltsbewilligung und den Zugang zur Erwerbstätigkeit umfassen.<sup>13</sup> Die Bundesverwaltung nennt im Zusammenhang mit Art. 23 FZA soweit ersichtlich einzig

---

<sup>11</sup> Siehe <http://wirtschaftslexikon.gabler.de/Definition/anwartschaft.html> (zuletzt besucht am 14.7.2016).

<sup>12</sup> Verordnung (EG) Nr. 883/2004 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29.4.2004 zur Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit (ABl. L 166 vom 30.4.2004, S. 1) sowie Verordnung (EG) Nr. 987/2009 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16.9.2009 zur Festlegung der Modalitäten für die Durchführung der Verordnung (EG) Nr. 883/2004 über die Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit (ABl. L 284 vom 30.10.2009, S. 1).

<sup>13</sup> Borghi (Anm. 6), Rz. 772.

das Recht auf Aufenthalt, wobei hier aber möglicherweise der Zugang zur Erwerbstätigkeit mitgemeint ist.<sup>14</sup>

Bereits bei diesen beiden Aspekten stellen sich aber diverse Fragen, darunter etwa: Geht es nur um bereits vorliegende Aufenthaltserlaubnisse von Erwerbstätigen (Art. 4 FZA) und von wirtschaftlich nicht aktiven Personen (Art. 6 FZA) bzw. Sonderbescheinigungen für Grenzgängerinnen und Grenzgänger (Art. 2 Abs. 1 Anhang I FZA) oder auch um ihre Erneuerung? Im Baden-Württembergischer Landtag wurde auf den Bestandesschutz von «bereits bestehenden Grenzgängerbewilligungen» hingewiesen.<sup>15</sup> Auch die Schweizer Bundesverwaltung scheint davon auszugehen, dass für die Erneuerung von (auch anderen) Bewilligungen anstelle des Freizügigkeitsregimes die neuen, nationalen<sup>16</sup> Regeln gelten würden (immerhin weist sie darauf hin, dass dies für Personen mit Niederlassungsbewilligung keine negativen Auswirkungen haben würde, weil diese Bewilligungen grundsätzlich unbefristet sind und nicht durch die Personenfreizügigkeit geregelt werden).<sup>17</sup>

Dieselbe Frage stellt sich im Übrigen auch für den Zugang zum Arbeitsmarkt: Geht es z.B. für angestellte Arbeitskräfte (Art. 4 FZA) nur um die aktuelle Stelle oder kann die Stelle auch gewechselt werden? Gelten dann weiterhin das Verbot der Diskriminierung wegen der Staatsangehörigkeit nach Art. 7 Bst. a FZA (kein Erfordernis einer Arbeitsbewilligung, keine Höchstzahlen für ausländische Personen, kein Vorrang für die eigenen Staatsangehörigen oder bereits Ansässige)<sup>18</sup> und die Stillstandsklausel (Art. 13 FZA)? Und wie steht es um diese Rechte mit Bezug auf den Familiennachzug (Art. 7 Bst. d und e FZA)? Können auch nach dem Wegfallen des Abkommens Familienangehörige nach den Bestimmungen des Abkommens nachgezogen werden und ihrerseits vom Marktzugang profitieren? Was gilt weiter für Arbeitssu-

<sup>14</sup> So z.B. *Häufig gestellte Fragen - Personenfreizügigkeit: Weiterführung nach 2009 und Ausdehnung auf Bulgarien und Rumänien*, [http://www.personenfreizuegigkeit.admin.ch/dam/data/fza/faq/faq\\_fza\\_januar09d2layout.pdf](http://www.personenfreizuegigkeit.admin.ch/dam/data/fza/faq/faq_fza_januar09d2layout.pdf) (zuletzt besucht am 14.7.2016), sowie die Medienmitteilung vom 14.2.2014, Von-Wattenwyl-Gespräche vom 14.2.2014, <https://www.eda.admin.ch/dea/de/home/aktuell/medienmitteilungen.html/dea/de/meta/news/2014/2/14/mm-br-20140214> (zuletzt besucht am 14.7.2016).

<sup>15</sup> Landtag Baden-Württemberg, Antrag der Abg. Wolfgang Reuther u.a. CDU und Stellungnahme des Staatsministeriums zur Umsetzung der Schweizer Volksinitiative «Gegen Masseneinwanderung» vom 17.4.2016.

<sup>16</sup> Im Falle der EU-Staaten kann es sich auch um unilaterales Einwanderungsrecht auf Unionsebene handeln, vgl. hierzu [http://ec.europa.eu/immigration/who-does-what/what-does-the-eu-do/coming-to-the-eu\\_en](http://ec.europa.eu/immigration/who-does-what/what-does-the-eu-do/coming-to-the-eu_en) (zuletzt besucht am 14.7.2016).

<sup>17</sup> So wiederum *Häufig gestellte Fragen* (Anm. 14).

<sup>18</sup> Zum letzteren Punkt vgl. *Christa Tobler*, Indirekte Diskriminierung wegen der Staatsangehörigkeit durch Lohnsenkungen bei schwachem Euro-Kurs. Zum Entscheid des Kantonsgerichts Basel-Landschaft vom 17.12.2012 und insbesondere zur Frage der Vergleichbarkeit, in: Bäni/Obrist (Hrsg.), *Festschrift zur Emeritierung von Jean-Fritz Stöckli*, Zürich/St. Gallen 2014, S. 650 ff., m.w.H.

chende (Art. 2 Abs. 1 Anhang I FZA)? Können sie z.B. eine bereits begonnene Suche fortsetzen?

Fragen stellen sich aber auch im Zusammenhang mit weiteren Regelungsbe-  
reichen des Abkommens. So bestehen Marktzugangsrechte nicht nur für Ar-  
beitskräfte, sondern auch für Selbständige (Art. 4 FZA, der in allgemeiner  
Weise von Erwerbstätigkeit spricht) und Dienstleistende (Art. 5 FZA).<sup>19</sup> Was  
bedeutet der Schutz der erworbenen Ansprüche hier? Können die betroffenen  
Personen, wenn sie es bisher waren, weiterhin nach den Bestimmungen des  
Abkommens tätig sein? Ich vermute, dass dies für die Selbständigen, die ja  
dauerhaft im Lande sind, gleich wie für die Arbeitskräfte gelten dürfte, nicht  
aber für die Dienstleistenden, die nur vorübergehend oder zeitweilig in einem  
anderen Land tätig sind (und zudem im Rahmen des FZA während höchstens  
90 Tagen pro Kalenderjahr). In ihrem Falle dürften schon reine Praktikabili-  
tätserwägungen dagegen sprechen, dass hier von erworbenen Rechten ausge-  
gangen wird. Wie wären sie zu ermitteln? Aus schweizerischer Sicht könnte  
hier zwar die sog. 8-Tage-Regel Anhaltspunkte liefern.<sup>20</sup> Da diese aber aus  
der Sicht der EU das FZA verletzt,<sup>21</sup> dürfte die EU dieses Kriterium nicht  
anerkennen. Auch BORGHI kann sich einen Bestandesschutz für Dienstleis-  
tende schlecht vorstellen.<sup>22</sup>

Damit sind die Fragen aber noch nicht erschöpft. Was gilt für die Anerken-  
nung von beruflichen Fähigkeitsausweisen, ohne welche der Marktzugang  
schwierig oder sogar unmöglich wird (Art. 9 FZA)? Geht es hier z.B. für  
Personen mit fortgeltendem Aufenthaltsrecht nur um vor dem Wegfallen des  
Abkommens erlangte oder auch um danach erworbene Fähigkeitsausweise?  
Nach der hier vertretenen Meinung sollte Letzteres der Fall sein.

<sup>19</sup> Nicht aber für Dienstleistungsempfangende, die nach Art. 5 Abs. 3 FZA lediglich Auf-  
enthaltsrechte geniessen.

<sup>20</sup> Es handelt sich um eine Anmeldepflicht für grenzüberschreitend zu erbringende Dienst-  
leistungen, verbunden mit dem Verbot, während der ersten 8 Tage ab Anmeldung tätig  
zu werden, Art. 6 des Bundesgesetzes vom 8.10.1999 über die flankierenden Massnah-  
men bei entsandten Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern und über die Kontrolle der  
in Normalarbeitsverträgen vorgesehenen Mindestlöhne (Entsendegesetz, EntsG),  
SR 823.20.

<sup>21</sup> Siehe z.B. die Schlussfolgerungen zu den Beziehungen zwischen der EU und den EFTA-  
Ländern, 3060, Allgemeine Angelegenheiten Tagung des Rates, Brüssel, 14.12.2010,  
[http://www.consilium.europa.eu/uedocs/cms\\_data/docs/pressdata/DE/foraff/118466.pdf](http://www.consilium.europa.eu/uedocs/cms_data/docs/pressdata/DE/foraff/118466.pdf)  
(zuletzt besucht am 14.7.2016), Punkt 41. Allgemein zur Thematik insbesondere *Astrid  
Epiney/Patricia Zbinden*, Arbeitnehmerentsendung und Freizügigkeitsabkommen  
Schweiz – EG. Zur Tragweite und Auslegung der Dienstleistungsfreiheit im Frei-  
zügigkeitsabkommen Schweiz – EG, Freiburger Schriften zum Europarecht Nr. 8, Frei-  
burg 2009; siehe auch *Astrid Epiney*, Freizügigkeit Schweiz – EU: status quo, Perspek-  
tiven und offene Fragen (in diesem Band).

<sup>22</sup> *Borgi* (Anm. 6), Rz. 772.