

«Bilaterale III» und Art. 121a BV

Zur Vereinbarkeit der im Rahmen der «Bilateralen III»
vorgesehenen Änderungen des Freizügigkeitsabkommens
Schweiz – EU mit Art. 121a Abs. 4 BV

Astrid Epiney

Mai 2025

Cahiers fribourgeois de droit européen no 39
Freiburger Schriften zum Europarecht Nr. 39

«Bilaterale III» und Art. 121a BV

Zur Vereinbarkeit der im Rahmen der «Bilateralen III»
vorgesehenen Änderungen des Freizügigkeitsabkommens
Schweiz – EU mit Art. 121a Abs. 4 BV

Astrid Epiney

L'Institut de droit européen, dirigé par les Professeures Samantha Besson, Astrid Epiney et Sarah Progin-Theuerkauf, contribue, en tant que centre de compétence des Facultés de droit des Universités de Berne, Neuchâtel et Fribourg, à ce que les ressources des trois universités dans ce domaine soient utilisées le plus efficacement possible. Ses activités englobent, hormis les tâches relatives à l'enseignement du droit européen, la gestion d'une bibliothèque et d'un centre de documentation européenne, l'organisation de manifestations pour la formation continue ainsi que la recherche scientifique en droit européen, des avis de droit et des expertises.

Les Cahiers fribourgeois de droit européen proposent des textes, en français, en allemand, en anglais et en italien, qui, pour différentes raisons, ne se prêtent pas à une publication commerciale, tels que des «papers» de discussion de doctorants, des avis de droit ou des versions écrites de conférences données à l'Université de Fribourg.

Das Institut für Europarecht unter der Leitung von den Professorinnen Samantha Besson, Astrid Epiney und Sarah Progin-Theuerkauf hat als Kompetenzzentrum der rechtswissenschaftlichen Fakultäten der Universitäten Bern, Neuenburg und Freiburg unter anderem die Aufgabe, zu der effizienten Nutzung der auf diesem Gebiet zu Verfügung stehenden Ressourcen beizutragen. Neben den mit der Lehre im Europarecht verbundenen Aufgaben zählen zu seinen Aktivitäten die Führung einer europarechtlichen Bibliothek und eines europäischen Dokumentationszentrums, die Organisation von Weiterbildungen sowie die wissenschaftliche Forschung im Europarecht und das Erstellen von Rechtsgutachten.

Die Freiburger Schriften zum Europarecht beinhalten Texte auf Deutsch, Französisch, Englisch und Italienisch, die aus verschiedenen Gründen nicht für eine kommerzielle Veröffentlichung geeignet sind, wie z.B. Diskussionspapiere von Doktorierenden, Rechtsgutachten oder schriftliche Fassungen von an der Universität Freiburg gehaltenen Vorträgen.

Editeur / Herausgeber

Institut de droit européen / Institut für Europarecht
Avenue de Beauregard 11
CH-1700 Fribourg

euroinstitut@unifr.ch

www.unifr.ch/ius/euroinstitut

Mai 2025

Copyright chez les auteurs / bei der Autorin und beim Autoren

Pas disponible en librairie / nicht im Buchhandel erhältlich

Inhaltsverzeichnis

§ 1	Einleitung und Problemstellung.....	1
§ 2	Zu den vorgesehenen Modifikationen des Freizügigkeitsabkommens im Rahmen der «Bilateralen III» in Bezug auf die Erweiterung von Aufenthaltsrechten	7
I.	Die Tragweite des revidierten Freizügigkeitsabkommens im Vergleich zum <i>status quo</i>	8
1.	Zu den Neuerungen der RL 2004/38	8
2.	Die Rechtslage nach dem Freizügigkeitsabkommen (<i>status quo</i>) und dem revidierten Freizügigkeitsabkommen im Vergleich	13
a.	Die Rechtslage nach der RL 2004/38 und dem FZA (<i>status quo</i>) im Vergleich	13
aa.	Recht auf Daueraufenthalt	13
bb.	Voraussetzungsloses Aufenthaltsrecht bis zu drei Monaten	14
cc.	Familiennachzug und Rechte nachgezogener Familienangehöriger	16
dd.	Aufrechterhaltung der Arbeitnehmereigenschaft und Arbeitssuchende ..	17
ee.	Aufenthaltsbeendigung für Nichterwerbstätige	19
ff.	Beendigung des Aufenthaltsrechts aus Gründen der öffentlichen Ordnung und Sicherheit	20
b.	Zur «Schutzklausel»	22
II.	Zu den möglichen Implikationen der institutionellen Elemente	25
1.	Zur dynamischen Rechtsübernahme	27
2.	Zur Streitbeilegung	31
3.	Zur Rolle des EuGH im Rahmen der Auslegung von Abkommensbestimmungen ..	36
III.	Zwischenfazit	38
§ 3	Zur Tragweite des Art. 121a Abs. 4 BV – mit Bezug zu den vorgesehenen Modifikationen des Freizügigkeitsabkommens	40
I.	Zielsetzung des Art. 121a Abs 4 BV und systematischer Zusammenhang	40
II.	Zur Reichweite des Art. 121a Abs. 4 BV	42
1.	«Abschluss» völkerrechtlicher Abkommen	42
2.	(Neue) völkerrechtliche Abkommen	45
3.	Verstoss gegen Art. 121a Abs. 1-3 BV	47
a.	Zur Auslegung von im Zuge von Volksinitiativen eingeführten Verfassungsbestimmungen	47
b.	Art. 121a Abs. 4 und die Rolle der Umsetzungsgesetzgebung	50
c.	Zur Reichweite der «Verbotswirkung» des Art. 121a Abs. 4 BV	52
III.	Zwischenfazit	62
§ 4	Zusammenfassung und Schlussbemerkung	64
I.	Zusammenfassung	64
II.	Schlussbemerkung	65
	Literaturverzeichnis	67
	Materialienverzeichnis	73
	Abkürzungsverzeichnis	74

§ 1 Einleitung und Problemstellung

1. Am 20. Dezember 2024 informierte der Bundesrat über den **«materiellen Abschluss» der Verhandlungen zwischen der Schweiz und der Europäischen Union** über ein Vertragspaket zur «Stabilisierung und Weiterentwicklung der bilateralen Beziehungen»¹ und stellte fest, dass die im Verhandlungsmandat festgelegten Ziele in allen Bereichen erreicht wurden. Die betroffenen Departemente wurden beauftragt, die Texte zu bereinigen und die für den formellen Abschluss – die Paraphierung der Texte durch die Chefunterhändler – notwendigen Schritte vorzubereiten.²

Angesichts des in den erwähnten Dokumenten zugrundegelegten «Paketansatzes» sowie des Ziels des Abkommenspakets – wie erwähnt die «Stabilisierung und Weiterentwicklung der bilateralen Beziehungen» – rechtfertigt es sich m.E., von «Bilateralen III» zu sprechen, geht es doch einerseits um eine Anpassung bestehender Abkommen, andererseits um einige neue Abkommen.

2. Das insgesamt komplexe und vielschichtige Vertragspaket³ umfasst u.a. **Modifikationen des Freizügigkeitsabkommens (FZA)**⁴, welche wohl die Form eines Protokolls zur Änderung des Freizügigkeitsabkommens annehmen werden, und **institutionelle Regelungen**, die in alle Binnenmarktabkommen (so auch in das Freizügigkeitsabkommen) integriert werden, dies wohl durch entsprechende Zusatzprotokolle zu diesen Abkommen; diese institutionellen Aspekte adressieren in erster Linie die sog. dynamische Rechtsübernahme und die Streitbeilegung. Vorgesehen ist hier insbesondere die grundsätzliche **Übernahme der sog. Unionsbürgerrichtlinie (RL 2004/38)**,⁵ dies indessen verbunden mit gewissen Ausnahmen; hinzu kommt die Präzisierung bzw. Konkretisierung der bereits heute in

¹ So der Einführungstext des vom Bundesrat am 8. März 2024 verabschiedeten Verhandlungsmandats. Alle zitierten offiziellen Dokumente sind unter www.admin.ch zugänglich.

² Vgl. insoweit die Pressemitteilung des Bundesrates vom 20.12.2024.

³ Vgl. den Überblick, auch mit Hinweisen zur Vorgeschichte bzw. zum Hintergrund der Verhandlungen, über das Paket – auf der Grundlage der vom Bundesrat am 20.12.2024 veröffentlichten sog. «Faktenblätter» – bei EPINEY, Jusletter vom 10. März 2025, N 4 ff.; EPINEY, EuZ 10/2024, 16 ff.; OESCH, Schweiz – EU, N 109 ff. (hier mit einem Akzent auf den institutionellen Aspekten, in den jeweiligen Kapiteln des Buches zu den einzelnen Abkommen wird auch auf diesbezügliche Neuerungen hingewiesen).

⁴ Abkommen zwischen der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten einerseits und der Schweizerischen Eidgenossenschaft andererseits über die Freizügigkeit (FZA), SR 0.142.112.681.

⁵ RL 2004/38 über das Recht der Unionsbürger und ihrer Familienangehörigen, sich im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten frei zu bewegen und aufzuhalten, ABl. 2004 L 158, 77. Die Bezeichnung «Unionsbürgerrichtlinie» knüpft an den offiziellen Titel der Richtlinie, der auf «Unionsbürger» Bezug nimmt, an und wird häufig auch in den EU-Mitgliedstaaten gebraucht. Vor dem Hintergrund, dass es in der Richtlinie primär um Freizügigkeitsrechte geht, könnte aber auch der Begriff «Freizügigkeitsrichtlinie» verwendet werden.

Art. 14 Abs. 2 FZA figurierenden sog. Schutzklausel. Die **RL 2004/38 erweitert** im Vergleich zur bis dahin in der EU geltenden Rechtslage die **Aufenthaltsrechte von Unionsbürgern** in anderen EU-Mitgliedstaaten in verschiedener Hinsicht.

3. Das Freizügigkeitsabkommen Schweiz-EU beruht jedoch – soweit die Freizügigkeitsrechte i.e.S. betroffen sind⁶ – auf der Rechtslage zum Zeitpunkt der Unterzeichnung des Abkommens (21. Juni 1999), indem insbesondere in Anhang I FZA detaillierte Regelungen über die Freizügigkeit formuliert werden, welche grösstenteils – wenn auch nicht durchgehend, abgesehen davon, dass es auch «Sonderregelungen» gibt (z.B. betreffend Tätigkeiten von Arbeitsvermittlungs- und -verleihunternehmen, Art. 22 Abs. 3 Anhang I FZA, oder den Zugang zur Ausbildung und zu Unterhaltsbeihilfen für Studierende, Art. 24 Abs. 4 letzter Satz Anhang I FZA) – den 1999 geltenden sekundärrechtlichen Regelungen in der EU nachgebildet sind.⁷ Da Anhang I FZA nicht durch den Gemischten Ausschuss modifiziert werden kann (Art. 18 FZA),⁸ kann insoweit – entgegen dem vom FZA verfolgten Ziel, die Freizügigkeit zwischen der Schweiz und der EU auf der Grundlage der in der EU geltenden Bestimmungen zu verwirklichen (vgl. Präambel FZA) – die **Parallelität der (legislativen) Rechtsentwicklung nicht vollumfänglich gewährleistet** werden. Insbesondere ist darauf hinzuweisen, dass sowohl die bereits erwähnte Unionsbürgerrichtlinie (RL 2004/38) als auch die für Arbeitnehmer geltende VO 492/2011⁹ nach der Unterzeichnung des Freizügigkeitsabkommens erlassen und nicht in dieses übernommen wurden. Zwar sollten die auf diese Weise entstandenen Divergenzen im Freizügigkeitsrecht zwischen der Rechtslage in der Europäischen Union bzw. zwischen EU-Mitgliedstaaten auf der

⁶ Hinzuweisen ist in diesem Zusammenhang darauf, dass die Anhänge II und III FZA – welche auf EU-Rechtsakte im Bereich der Sozialen Sicherheit und der Diplomanerkennung verweisen bzw. diese übernehmen – durch den Gemischten Ausschuss geändert werden können (Art. 18 FZA), was auch schon mehrere Male geschehen ist. Vgl. zum Ganzen EPINEY, HAP Ausländerrecht, § 4, N 4.3, 4.26; zu den diesbezüglichen Regelungen den Überblick bei OESCH, Schweiz-EU, N 181 ff.

⁷ So dass solche, letztlich dem EU-Sekundärrecht «entnommene» Regelungen parallel wie im Unionsrecht auszulegen sind. Vgl. z.B. in Bezug auf die Familiennachzugsrechte BGE 144 II 113, BGE 140 II 113; BGE 139 II 393; BGE 136 II 65; BGE 136 II 5. S. ansonsten zu den für die Auslegung des FZA zum Zuge kommenden Grundsätzen, jeweils m.w.N., EPINEY, HAP Ausländerrecht, § 4, N 4.32 ff.; PIRKER, ZBl. 2015, 295 ff.; MAIANI, ZSR 2011 I, 27 ff.; OESCH, SJZ 2016, 53 ff. Zur schweizerischen Rechtsprechung zum FZA s. die jährlichen Überblicke im Jahrbuch für Migrationsrecht, zuletzt EPINEY/HUNZIKER, Jahrbuch für Migrationsrecht 2023/2024, 275 ff.

⁸ Und der Bundesrat es im Übrigen ablehnte, auf das Anliegen der Union, das FZA an die RL 2004/38 anzupassen, einzutreten Vgl. hierzu, m.w.N., TOBLER, SJER 2017/2018, 433 (443 f.); EPINEY/MOSTERS, SJER 2016/2017, 69 (75).

⁹ VO 492/2011 über die Freizügigkeit der Arbeitnehmer innerhalb der Union, ABl. 2011 L 141, 1. Diese Verordnung löste die VO 1612/68, welche dem FZA als «Vorbild» diente, ab.

einen Seite und dem Verhältnis zwischen EU-Mitgliedstaaten und der Schweiz auf der anderen Seite nicht überschätzt werden, da die neuen EU-Rechtsakte häufig bereits bislang geltende Bestimmungen – ggf. mit gewissen geringfügigen Modifikationen – übernehmen und bereits bislang geltende Rechtsprechung des EuGH kodifizieren, so dass die «echten» Neuerungen weniger zahlreich sind als auf den ersten Blick erscheinend.¹⁰ Dessen ungeachtet enthält insbesondere die RL 2004/38 – wie erwähnt – einige echte Neuerungen, welche auch Erweiterungen der Freizügigkeits- bzw. Aufenthaltsrechte für Unionsbürger umfassen.

4. Beim Abschluss völkerrechtlicher Verträge – das Abkommenspaket der «Bilateralen III» umfasst verschiedene völkerrechtliche Abkommen – haben die zuständigen Organe die **Bundesverfassung zu beachten**, so dass keine völkerrechtlichen Verträge abgeschlossen werden dürfen, welche nicht mit den verfassungsrechtlichen Vorgaben vereinbar sind.¹¹ Dies ergibt sich zwar nicht direkt aus Art. 54 oder Art. 166 BV (oder aus einer anderen Bestimmung der BV), folgt jedoch aus der Bindungswirkung der Verfassung für alle staatlichen Organe und dem Legalitätsprinzip: Danach ist jedes staatliches Agieren dem Recht verpflichtet, so dass alle Bundesorgane (und selbstverständlich auch die Kantone) auch in den Aussenbeziehungen die Verfassung zu beachten haben. Sollte ein völkerrechtlicher Vertrag mit verfassungsrechtlichen Bestimmungen unvereinbar sein, darf er aber selbstredend dann abgeschlossen werden, wenn diese spätestens mit dem Genehmigungsbeschluss zu dem völkerrechtlichen Vertrag modifiziert werden.

Art. 141a BV räumt der Bundesversammlung das Recht ein, in den **Genehmigungsbeschluss** eines völkerrechtlichen Vertrages, der dem fakultativen oder obligatorischen Referendum untersteht, auch die zur **Umsetzung nötigen Gesetzes- oder Verfassungsänderungen** aufzunehmen, wobei im Falle des obligatorischen Referendums Verfassungsänderungen, im Falle des fakultativen Referendums Gesetzesänderungen in den Genehmigungsbeschluss aufgenommen werden können. Dem Volk wird somit im Rahmen eines Referendums lediglich ein Beschluss für den völkerrechtlichen Vertrag und seine Umsetzung vorgelegt, so dass die Vorschrift letztlich eine Verfahrensnorm darstellt. Dabei müssen die betreffenden Verträge selbst die Voraussetzungen des Art. 140 Abs. 1 lit. b BV bzw. des Art. 141 Abs. 1 lit. d BV erfüllen, so dass die Bundesversammlung nicht allein deshalb einen Vertrag dem obligatorischen oder fakultativen Referendum unterstellen darf, um sich die Möglichkeit des Rückgriffs auf Art. 141a BV zu verschaffen. Daher ist Art. 141a Abs. 1 BV nur anwendbar auf Verfassungsänderungen, die zur Umsetzung von völkerrechtlichen Verträgen, die dem obligatorischen Referendum unterstehen, notwendig sind, nicht hingegen auf allfällige Verfassungsänderungen im Zusammenhang mit dem fakultativen Referendum unterstehenden Verträgen.¹² Im Falle der Unterstellung eines völkerrechtlichen Vertrages unter das fakultative Referendum können entsprechend nur Umsetzungsakte auf Gesetzes-

¹⁰ Vgl. hierzu im Einzelnen EPINEY, Jahrbuch für Migrationsrecht 2011/2012, 81 (98 ff.).

¹¹ Zur Problematik, m.w.N., MAROONIAN/KOLB, in: Martenet/Dubey, CR Cst., Art. 54, N 28 ff.; BIAGGINI, Komm. BV, Art. 166, N 12a f.

¹² TORNAY SCHALLER, in: Martenet/Dubey, CR Cst., Art. 141a, N 14; BIAGGINI, Komm BV, Art. 141a, N 3; s. auch BJ, Gutachten Staatsvertragsreferendum, 17.

stufe in den Genehmigungsbeschluss aufgenommen werden, nicht jedoch Verfassungsänderungen; letztere müssten – soweit sie notwendig sind – in einer eigenen Vorlage (für welche dann, im Gegensatz zum Vertrag selbst, das obligatorische Referendum zum Zuge kommt) beschlossen werden.

In Bezug auf die «**Bilateralen III**» ist aus rechtlicher Sicht – wie ein sehr überzeugendes Gutachten des Bundesamts für Justiz vom Frühling 2024 unter eingehender Analyse von Praxis und Lehre akribisch darlegt und nachweist,¹³ ein Ansatz, dem sich inzwischen auch der Bundesrat angeschlossen hat¹⁴ – davon auszugehen, dass sie nicht dem obligatorischen (aber freilich dem fakultativen) Staatsvertragsreferendum unterliegen. Denn Art. 140 Abs. 1 lit. b BV ist – wovon auch die grossmehrheitliche Lehre ausgeht¹⁵ – grundsätzlich abschliessend, und eine rechtliche Grundlage für die Zulässigkeit eines «Staatsvertragsreferendums sui generis» ist nicht zu erkennen. Weder lässt sich Verfassungsgewohnheitsrecht noch ungeschriebenes Verfassungsrecht, wonach besonders bedeutende Verträge bzw. Verträge mit «Verfassungscharakter» dem obligatorischen Referendum zu unterstellen wären, nachweisen. So sind verschiedene Bestrebungen (u.a. einige Volksinitiativen und auch Behördenvorschläge), die Verfassung in diesem Sinn zu modifizieren, gescheitert, und es gibt auch keine entgegenstehende Praxis. Der EWR war nach der Neuordnung des Staatsvertragsreferendums (1977) der einzige Anwendungsfall, und im Übrigen liegen alle drei Anwendungsfälle (neben dem EWR 1992 der Beitritt zum Völkerbund 1920 sowie das Freihandelsabkommen mit der EU im Jahr 1972) sehr weit zurück und wurden auch sehr uneinheitlich begründet.¹⁶ Die jüngere Verfassungspraxis spricht denn auch gegen ein ausserordentliches obligatorisches Staatsvertragsreferendum, wurden doch bedeutende Verträge (zumindest teilweise mit «Verfassungscharakter», wie die Bilateralen I und II, wobei bei letzteren die Schengen/Dublin-Assoziierung¹⁷ eine eigentliche dynamische Rechtsübernahme ohne irgendwie geartete «Abweichungsmöglichkeiten» vorsieht, sowie die Errichtung des Europäischen Ge-

¹³ Vgl. BJ, Gutachten Staatsvertragsreferendum, *passim*.

¹⁴ Vgl. die Pressemitteilung des Bundesrates vom 30.4.2025.

¹⁵ Ähnlich wie hier denn auch HÄFELIN et al., Bundesstaatsrecht, N 1911c; TSCHANNEN, Staatsrecht, N 1704; CARONI/KÜHNE, ZBl. 2022, 343 (366); wohl auch DIGGELMANN, in: Ehrenzeller et al., SGK BV, Art. 140 N 26 ff.; SCHMID, ZBl 2024, 519 (540 ff.); dezidiert auch BJ, Gutachten Staatsvertragsreferendum, 4 ff.; RENÉ RHINOW/GEORG MÜLLER, Kein Plebiszit bei Staatsverträgen, NZZ vom 11.6. 2024; krit. in Bezug auf die Zulässigkeit eines ausserordentlichen obligatorischen Staatsvertragsreferendums auch BIAGGINI, Komm. BV, Art. 140, N 9; RHINOW/SCHEFER/UEBERSAX, Verfassungsrecht, N 3691; AUBERT/MAHON, Art. 140, N 12; unentschieden GRODECKI, ZSR 2013 II, 152; TORNAY SCHALLER, in: Martenet/Dubey, CR Cst., Art. 140, N 37; a.A. GLASER, sui generis 2020, 210 ff.

¹⁶ Grundsätzlich ändern hieran auch gewisse in eine andere Richtung gehende Stellungnahmen von Bundesrat und Parlamentariern nichts, da diese Entwicklung jedenfalls – selbst wenn man (was Bedenken begegnet) davon ausgeht, sie könnten ein gewandeltes Verständnis des Art. 140 Abs. 1 BV begründen und damit die Verfassung modifizieren – zu jung ist, vgl. SCHMID, ZBl 2024, 519 (544 ff.).

¹⁷ Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft, der Europäischen Union und der Europäischen Gemeinschaft über die Assoziierung dieses Staates bei der Umsetzung, Anwendung und Entwicklung des Schengen-Besitzstands (SAA), SR 0.362.31; Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Gemeinschaft über die Kriterien und Verfahren zur Bestimmung des zuständigen Staates für die Prüfung eines in einem Mitgliedstaat oder in der Schweiz gestellten Asylantrags (DAA), SR 0.142.392.68.

richtshofs für Menschenrechte) gerade nicht dem obligatorischen Referendum unterstellt. In Erwägung gezogen werden könnte indessen die Anwendbarkeit des Art. 140 Abs. 1 lit. b BV auf Verträge, welche in ihrer Bedeutung einem Beitritt zu einer supranationalen Organisation nahekommen (wie dies in Bezug auf den EWR, welcher zahlreiche supranationale Elemente aufweist, wohl anzunehmen war bzw. ist); diese Sicht ändert jedoch nichts an dem grundsätzlich abschliessenden Charakter der Bestimmung, ist doch massgeblich, dass es um ein Vertragswerk geht, welches mit den ausdrücklich aufgeführten Abkommen im Wesentlichen «gleichwertig» ist.¹⁸

5. Im Zusammenhang mit den «**Bilateralen III**» und hier mit den geplanten **Protokollen zum Freizügigkeitsabkommen** könnte insbesondere **Art. 121a BV** von Bedeutung sein: Nach Art. 121a Abs. 1-3 BV steuert die Schweiz die Zuwanderung von Ausländerinnen und Ausländern eigenständig, dies durch jährliche Höchstzahlen und Kontingente und unter Berücksichtigung gewisser Kriterien. Art. 121a Abs. 4 BV sieht vor, dass keine völkerrechtlichen Verträge abgeschlossen werden dürfen, die gegen Art. 121a BV verstossen. Da im Rahmen der «**Bilateralen III**» einerseits – aufgrund der grundsätzlichen Übernahme der RL 2004/38 – im Vergleich zum *status quo* auf der Grundlage des Freizügigkeitsabkommens neue Freizügigkeits- bzw. Aufenthaltsrechte verankert werden sollen und andererseits im Rahmen der Grundsätze zur dynamischen Rechtsübernahme grundsätzlich vorgesehen ist, dass die Schweiz auch Weiterentwicklungen des Unionsrechts im Anwendungsbereich des Freizügigkeitsübereinkommens übernimmt, stellt sich die Frage, ob die vorgesehenen abkommensrechtlichen Regelungen mit Art. 121a BV (und hier insbesondere mit Art. 121a Abs. 4 BV) vereinbar sind.

Sollte diese Frage nämlich zu verneinen sein, dürfte das Abkommenspaket (bzw. die Modifikationen des FZA) nur unter der Voraussetzung einer Anpassung des Art. 121a BV abgeschlossen werden, so dass eine Verfassungsänderung notwendig wäre (N 4).

6. Die vorliegende Untersuchung geht dieser Problematik im Einzelnen nach und analysiert die **Tragweite des Art. 121a BV** mit Bezug zu den im Rahmen der «**Bilateralen III**» vorgesehenen **Modifikationen des Freizügigkeitsabkommens** (§ 3). Grundlage hierfür ist ein Überblick über die in den «**Bilateralen III**» im Vergleich zum *status quo* vorgesehenen «neuen» Aufenthaltsrechte, wobei auch auf die Reichweite der Ausnahmen, die Tragweite der sog. Schutzklausel sowie die Implikationen der dynamischen Rechtsübernahme und der Rolle des EuGH einzugehen ist (§ 2). Eine Zusammenfassung der Ergebnisse und eine kurze Schlussbemerkung runden die Studie ab (§ 4).

Die Texte der Abkommen waren zum Zeitpunkt der Fertigstellung dieser Studie noch nicht veröffentlicht. Indessen informierte der Bundesrat am 20.12.2024 auf sog. «Faktenblättern» zu den verschiedenen Bereichen über die wesentlichen Aspekte des Verhandlungspakets und der Ergeb-

¹⁸ Vgl. zum Ganzen, m.w.N., EPINEY/FREI/DIEZIG, in: Waldmann/Belser/Epiney, BSK BV, Art. 140, N 14 ff.

nisse der Verhandlungen; die Faktenblätter enthalten denn auch eine Zusammenfassung der wesentlichen Inhalte der Einigung mit der Europäischen Union, und die vorliegende Untersuchung stützt sich massgeblich auf diese Informationen. Auch wenn gewisse Einzelheiten und technische Details auf dieser Grundlage notwendigerweise noch offen bleiben, lassen die zur Verfügung stehenden, durchaus sehr aussagekräftigen Informationen doch die wesentlichen Linien nicht nur des Vertragspakets insgesamt, sondern auch der einzelnen Abkommen bzw. Abkommensergänzungen erkennen, was auch eine grundsätzliche Einschätzung des Ergebnisses erlaubt.¹⁹

Eine etwas gekürzte Version dieser Studie wird in der Zeitschrift Jusletter veröffentlicht werden. Prof. Dr. *Alberto Achermann*, Universität Bern, sei herzlich für die sorgfältige Durchsicht des Manuskripts, die fachliche Diskussion zum Thema und vielfältige Anregungen gedankt.

¹⁹ Vor diesem Hintergrund erscheint es irreführend zu behaupten, ohne den Abkommenstext zu kennen, sei eine Einschätzung des Ergebnisses unmöglich, ein Aspekt, der übrigens auch im Zusammenhang mit der Frage, ob das Paket bzw. gewisse seiner Teile dem obligatorischen oder fakultativen Referendum zu unterstellen sind, von Bedeutung ist. Hierzu bereits N 4.

§ 2 Zu den vorgesehenen Modifikationen des Freizügigkeitsabkommens im Rahmen der «Bilateralen III» in Bezug auf die Erweiterung von Aufenthaltsrechten

7. Die **RL 2004/38** weitet – wie eingangs erwähnt (N 2) – die Aufenthaltsrechte von Unionsbürgern in anderen EU-Mitgliedstaaten in einigen Punkten im Vergleich zur bislang geltenden Regelung aus, und die grundsätzliche Übernahme der RL 2004/38 in den Rahmen des Freizügigkeitsabkommens – welches auf der Rechtslage in der EU vor 2004 gründet (N 3) – brächte daher auch **gewisse Ausweitungen des Freizügigkeitsrechts zwischen der Schweiz und der EU** mit sich, welche freilich im Vergleich zur Rechtslage in der EU durch Ausnahmen und die Präzisierung der Schutzklausel des Art. 14 Abs. 2 FZA in gewissen Bereichen und in gewisser Hinsicht relativiert werden. Hinzu kommt die in den institutionellen Bestimmungen vorgesehene **grundsätzliche Übernahme von Weiterentwicklungen** des in den Anwendungsbereich des Freizügigkeitsabkommens fallenden Unionsrechts. Vor diesem Hintergrund sollen im Folgenden die durch das Änderungsprotokoll zum Freizügigkeitsabkommen vorgesehenen, im Vergleich zur geltenden Rechtslage nach dem Freizügigkeitsabkommen neuen bzw. ausgeweiteten Freizügigkeits- bzw. Aufenthaltsrechte aufgezeigt werden (I.), bevor auf die institutionellen Aspekte und ihre möglichen Implikationen (insbesondere die dynamische Rechtsübernahme und die Streitbeilegung bzw. Rolle des EuGH) hingewiesen (II.) und ein Zwischenfazit gezogen wird (III.).

Dabei erheben die nachfolgenden Ausführungen indessen keinen Anspruch auf Vollständigkeit in Bezug auf alle, mitunter (wie z.B. im Zusammenhang mit Verbleiberechten, bei welchen diverse Fristen sowohl nach geltendem als auch nach zukünftigem Recht mitentscheidend sind) auch eher «technischen» Aspekte. Vielmehr geht es – mit Blick auf die in § 3 erfolgende Prüfung der Vereinbarkeit der neuen Regelungen mit Art. 121a Abs. 4 BV – um das Aufzeigen der strukturell neuen Freizügigkeits- und Aufenthaltsrechte bzw. der grundsätzlichen diesbezüglichen Weiterentwicklungen. M.a.W. wird nicht der Anspruch erhoben, eine umfassende Darstellung der Unionsbürgerrichtlinie – zu der inzwischen auch zahlreiche Urteile des EuGH ergangen sind – oder einen erschöpfenden Vergleich der Rechtslage auf der Grundlage der RL 2004/38 mit derjenigen nach dem revidierten Freizügigkeitsabkommen zu leisten; vielmehr sollen nur (aber immerhin) die grossen Linien der mit der RL 2004/38 verbundenen Weiterentwicklungen in Bezug auf Freizügigkeits- bzw. Aufenthaltsrechte aufgezeigt werden, dies mittels einer Kategorisierung der grundsätzlichen Inhalte der RL 2004/38 im Vergleich zu der bis dahin geltenden Rechtslage und damit des FZA bzw. des revidierten Freizügigkeitsabkommen.²⁰

²⁰ Ansonsten sei zur Vertiefung einiger der aufgegriffener Fragen auf folgende Beiträge verwiesen: TOBLER, in: Personenfreizügigkeit und Zugang zu staatlichen Leistungen, 55 ff.; TOBLER, Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht 2017/2018, 433 ff.; EPINEY/BLASER, in: Personenfreizügigkeit und Zugang zu staatlichen Leistungen, 37 ff.; GASTALDI, in: Personenfreizügigkeit und Zugang zu staatlichen Leistungen, 121 ff.; ZÜND/HUGI YAR, in: Personenfreizügigkeit und Zugang zu staatlichen Leistungen, 157 ff.

Ausgespart werden soll im Folgenden im Übrigen die spezifisch Arbeitnehmer betreffende VO 492/2011²¹, welche die VO 1612/68 ablöste und wohl – wobei hierzu im Faktenblatt keine näheren Angaben figurieren – im revidierten Freizügigkeitsabkommen ebenfalls zu übernehmen sein wird: Denn dieser Rechtsakt stellt letztlich eine Kodifizierung der im Laufe der Jahre erfolgten sehr zahlreichen Modifikationen der VO 1612/68 – wobei deren Art. 10, 11 betreffend den Aufenthalt von Familienangehörigen und ihre Beschäftigung bereits durch die RL 2004/38 aufgehoben worden waren – dar (Erw. 1 Präambel 492/2011), so dass sie letztlich im Vergleich zur bis dahin geltenden Rechtslage und jedenfalls soweit eigentliche Aufenthaltsrechte betroffen sind, keine (materiellen) Weiterentwicklungen nach sich zieht.²²

I. Die Tragweite des revidierten Freizügigkeitsabkommens im Vergleich zum *status quo*

8. Ausgangspunkt für den Vergleich der im revidierten Freizügigkeitsabkommen vorgesehenen Freizügigkeits- bzw. Aufenthaltsrechte mit dem *status quo* (2.) ist ein Überblick über die Tragweite der RL 2004/38 im Verhältnis zur bisher in der EU geltenden Rechtslage (1.).

1. Zu den Neuerungen der RL 2004/38²³

9. Beim Erlass der **RL 2004/38**, welche (vorbehaltlich der **Sonderregelungen betreffend Arbeitnehmer** und ihre Familienangehörigen gemäss der **VO 492/2011²⁴**) umfassend die **Freizügigkeit der Unionsbürger** regelt, standen zwei Aspekte im Vordergrund: Einerseits sollten die das Aufenthaltsrecht regelnden sekundärrechtlichen Bestimmungen in einem einzigen Rechtsakt zusammengeführt werden,²⁵ weshalb auch in weiten Teilen an die bisherige Rechtslage angeknüpft

²¹ VO 492/2011 über die Freizügigkeit der Arbeitnehmer innerhalb der Union, ABl. 2011 L 141, 1. Die VO 492/2011 sieht in Bezug auf die Rechtsstellung der Arbeitnehmer spezifische Rechte vor. So ist in Bezug auf die Kinder von Arbeitnehmern Art. 10 VO 492/2011 massgeblich, und der Zugang zu sozialen Vergünstigungen für Arbeitnehmende richtet sich nach Art. 7 Abs. 2 VO 492/2011, wobei diese Regelungen – wie im Text erwähnt – im Wesentlichen die bereits in der VO 1612/68 enthaltenen Grundsätze aufgreifen, die ihrerseits in weiten Teilen wörtlich oder sinngemäss auch in das FZA Eingang gefunden haben, vgl. insoweit im Einzelnen EPINEY/BLASER, in: Personenfreizügigkeit und Zugang zu staatlichen Leistungen, 37 ff. Ausführlich zum Verhältnis der verschiedenen sekundärrechtlichen Regelungen nach Erlass der RL 2004/38 EPINEY, in: Die neuen Europäer – Migration und Integration in Europa, 115 ff.

²² S. insoweit den Überblick über die VO 492/2011 bei EPINEY, in: Bieber/Epiney/Haag/Kotzur, EU, § 12, N 29.

²³ Die Ausführungen in diesem Kapitel greifen auf bereits durchgeführte Untersuchungen zurück, die aufgegriffen werden. Vgl. insbesondere EPINEY, EuZ 10/24, 5 ff.

²⁴ N 7.

²⁵ So löste die RL 2004/38 insbesondere folgende Aufenthaltsrichtlinien ab: RL 90/364/EWG (allg. Aufenthaltsrecht), ABl. 1990 L 180, 26; RL 93/96/EG (Studenten), ABl. 1993 L 317, 59; RL 90/365/EWG (Rentner), ABl. 1990 L 180, 28.

wird. Andererseits sollte die tatsächliche Ausübung des Freizügigkeitsrechts erleichtert werden, indem administrative Hürden verringert werden, der Status von Familienangehörigen möglichst umfassend definiert wird, ein Recht auf Daueraufenthalt für die Unionsbürger eingeführt wird und die Möglichkeiten der Verweigerung des Aufenthalts aus Gründen der öffentlichen Ordnung und Sicherheit eingeschränkt bzw. präzisiert werden.²⁶

10. Die RL 2004/38 regelt insbesondere folgende Aspekte:

- das **Recht auf Ein- und Ausreise** und die hierfür zulässigen Formalitäten (Art. 4, 5 RL 2004/38);
- das **Aufenthaltsrecht für erwerbstätige und nicht erwerbstätige Unionsbürger sowie ihre Familienangehörigen**, inklusive der entsprechenden Verwaltungsformalitäten und der Aufrechterhaltung des Aufenthaltsrechts im Falle der Modifikation bestimmter Umstände (Art. 6 ff. RL 2004/38);
- das Recht auf **Daueraufenthalt** für Unionsbürger und ihre Familienangehörigen unter bestimmten Voraussetzungen (Art. 16 ff. RL 2004/38);
- die **Rechte der Aufenthaltsberechtigten** (insbesondere das Recht, erwerbstätig zu sein oder eine selbstständige Tätigkeit aufzunehmen, sowie das Diskriminierungsverbot, Art. 22 ff. RL 2004/38);
- die zulässigen **Beschränkungen des Einreise- und Aufenthaltsrechts** (Art. 27 ff. RL 2004/38).

11. Obwohl der Titel der Richtlinie dies nahelegen könnte, werden durch die RL 2004/38 die **Unterschiede zwischen erwerbstätigen und nicht erwerbstätigen Unionsbürgern** nicht im Sinne der Schaffung eines «einheitlichen Unionsbürgerstatus» aufgehoben. Vielmehr unterscheiden zahlreiche Rechte nach wie vor zwischen diesen beiden Kategorien von Personen: So gilt für Arbeitnehmer weiterhin die spezifische und teilweise weitergehende VO 492/2011,²⁷ weiter differenziert auch die RL 2004/38 (teilweise) zwischen erwerbstätigen und nicht erwerbstätigen Unionsbürgern. Nur für einen Aufenthalt unter drei Monaten gilt nach Art. 6 Abs. 1 RL 2004/38 für alle Unionsbürger ein ohne weitere Bedingungen und Formalitäten bestehendes Aufenthaltsrecht (unter der Voraussetzung des Besitzes eines gültigen Ausweises).

²⁶ In Bezug auf den zuletzt genannten Punkt und im Zusammenhang mit dem FZA ist von Bedeutung, dass die RL 2004/38 auch die RL 64/221 aufhob. Weiter hob sie neben den bereits in Fn. 25 erwähnten folgende Rechtsakte auf: RL 68/360, RL 72/194, RL 73/148, RL 75/34, RL 75/35. Vgl. im Einzelnen zur RL 2004/38 z.B. BOUVERESSE/ILIOPOULOU-PENOT/RONDU (Hrsg.), *La citoyenneté européenne: quelle valeur ajoutée?*, *passim*; GUILD/PEERS/TOMKIN, *The EU Citizenship Directive*, *passim*; FLEUB, *VerwArch* 2022, 201 ff.; CURSOUX-BRUYÈRE, *RUE* 2021, 8 ff.

²⁷ Vgl. N 7.

12. Im Vergleich zur Rechtslage vor Inkrafttreten der RL 2004/38 können die in dieser figurierenden Bestimmungen bzw. Rechte in **fünf grosse Kategorien** eingeteilt werden:²⁸

- Erstens knüpfen zahlreiche Bestimmungen an die bis dahin geltenden Rechtsakte an bzw. **übernehmen bereits vorher bestehende Regelungen** (wenn auch mitunter mit einer etwas abweichenden Formulierung). Zu erwähnen sind hier insbesondere folgende Rechte bzw. Bestimmungen: Aufenthaltsrecht für Nichterwerbstätige (Art. 7 Abs. 1 RL 2004/38), zahlreiche Aspekte der Rechte der Aufenthaltsberechtigten (Art. 23 RL 2004/38), die meisten Aspekte des Daueraufenthaltsrechts für Arbeitnehmende (Art. 17 RL 2004/38) und ihre Familienangehörigen (bislang unter der Bezeichnung Verbleiberechte geregelt) sowie Teile der die Beendigung des Aufenthaltsrechts betreffenden Bestimmungen (Art. 27 ff. RL 2004/38). Soweit eine solche Anknüpfung erfolgt (wobei dies jeweils differenziert zu betrachten ist), führte der Erlass der RL 2004/38 somit nicht zu einer Modifikation der Rechtslage und auch die Rechtsprechung des EuGH zu den «alten» Richtlinien bleibt in jeder Beziehung relevant.²⁹
- Zweitens wird in einigen Bestimmungen die **Rechtsprechung des EuGH** aufgegriffen und kodifiziert, so z.B. in weiten Teilen der Art. 27 ff. RL 2004/38, welche die Beendigung des Aufenthalts regeln, aber auch z.B. in Art. 14 Abs. 3 RL 2004/38, wonach die Inanspruchnahme von Sozialhilfe «nicht automatisch» zu einer Ausweisung führen darf, oder im Ergebnis auch in Art. 24 Abs. 1 RL 2004/38, der ein Art. 18 AEUV entsprechendes Diskriminierungsverbot aus Gründen der Staatsangehörigkeit verankert und damit auch an die diesbezügliche Rechtsprechung des EuGH zu Art. 18 AEUV anknüpft.³⁰
- Drittens knüpfen einige Bestimmungen an bereits **vorher gewährleistete Rechte** an und **erweitern** diese z.B. in ihrem Umfang, wobei es eher um eine «quantitative» denn um eine «qualitative» Weiterentwicklung geht. Als Beispiel können hier die Regelungen betreffend die Familienzusammenführung

²⁸ Wobei darüber hinaus aufgrund der Zusammenfassung der diversen Rechtsakte in einem einzigen Rechtsakt auch gewisse Systematisierungen zu verzeichnen sind.

²⁹ Dies gilt dann auch für das FZA, wovon auch das Bundesgericht in ständiger Rechtsprechung ausgeht. S. grundlegend BGE 136 II 5. Vgl. ansonsten zur Rechtsprechung des Bundesgerichts die jährlichen Überblicke im Jahrbuch für Migrationsrecht, zuletzt EPINEY/HUNZIKER, Jahrbuch für Migrationsrecht 2023/2024, 275 ff.

³⁰ Zur Frage, unter welchen Voraussetzungen in der Schweiz aufhältige Unionsbürger einen Anspruch auf Sozialhilfe haben, EPINEY/BLASER, in: Personenfreizügigkeit und Zugang zu staatlichen Leistungen, 37 ff.; für einen Vergleich zwischen dem geltenden Freizügigkeitsabkommen und der RL 2004/38 in Bezug auf diesen Aspekt EPINEY/AFFOLTER, Jusletter vom 11. März 2019, N 10.

bzw. den Familiennachzug angeführt werden: Hier wurde (nur, aber immerhin) der Kreis der nachzugsberechtigten Personen erweitert, dies unter ansonsten vollumfänglicher Anknüpfung an das bereits bis dahin verankerte «Grundkonzept» des Familiennachzugs. Gleiches gilt für gewisse Aspekte des Daueraufenthaltsrechts bzw. Verbleiberechts für Arbeitnehmende und ihre Familienangehörigen; hier wurden die («quantitativen») Voraussetzungen in einigen wenigen Punkten etwas gelockert.³¹ Aber auch die Präzisierung zur Aufrechterhaltung der Arbeitnehmereigenschaft in Art. 7 Abs. 3 RL 2004/38 knüpft an bereits bislang bestehende Rechte an, welche sich letztlich nach der Rechtsprechung häufig auch bereits aus dem Primärrecht ergeben³² (so dass hier auch zumindest teilweise eine Kodifizierung der Rechtsprechung vorliegt).

Angesichts der weiten Auslegung des Arbeitnehmerbegriffs hängt die Arbeitnehmereigenschaft nämlich allgemein – so der EuGH – nicht zwingend vom tatsächlichen Bestehen oder Fortbestehen eines Arbeitsverhältnisses ab. Vielmehr kann sie unter bestimmten, besonderen Umständen auch unabhängig von diesem zu bejahen sein, so z.B. bei einer Schwangeren, die vorübergehend ihre Beschäftigung aufgibt, diese dann aber nach einem angemessenen Zeitraum nach der Geburt wieder aufnimmt, da sie in den Arbeitsmarkt des Aufnahmestaates integriert bleibt und jeder andere Ansatz die Betroffenen von der Ausübung ihrer Freizügigkeit abhalten könnte.³³

- Viertens wurden teilweise **bislang nicht geregelte Bereiche** präzisiert, womit eine Einschränkung des mitgliedstaatlichen Gestaltungsspielraums einhergeht. Hinzuweisen ist hier insbesondere auf die (erstmalig so in der RL 2004/38 verankerten) Regelungen betreffend Verwaltungsmodalitäten.³⁴

³¹ Vgl. EPINEY/BLASER, in: Personenfreizügigkeit und Zugang zu staatlichen Leistungen, 37 (44).

³² Wonach der Fortbestand der Arbeitnehmereigenschaft nicht notwendigerweise vom Bestehen oder Fortbestehen eines Arbeitsverhältnisses abhängt, s. schon EuGH, Rs. C-39/86 (Lair), ECLI:EU:C:1988:322; s. weiter z.B. EuGH, C-507/12 (Prix), EU:C:2014:2007; EuGH, Rs. C-300/15 (Rüffler); ECLI:EU:C:2016:361; mit Bezug zur RL 2004/38 EuGH, C-483/17 (Tarola), EU:C:2019:309; zur Aufrechterhaltung der Arbeitnehmereigenschaft nach dem FZA z.B. CHATTON, in: Migrationsrecht in der EU und im Verhältnis Schweiz – EU, 17 ff.; PIRKER, AJP 2014, 1217 ff.

³³ EuGH, Rs. C-507/12 (Prix), ECLI:EU:C:2014:2007.

³⁴ Bezeichnend ist in Bezug auf derartige Regelungen auch, dass das Bundesgericht mitunter durchaus auf die RL 2004/38 Bezug nimmt, um Bestimmungen des Freizügigkeitsabkommens auszulegen, dies jeweils mit dem Hinweis, dass die neue Rechtslage in der Union auch im Rahmen des Freizügigkeitsabkommens zu beachten sei, vgl. z.B. BGE 136 II 5. S. auch BG, 2C_558/2009, Urt. v. 26.4.2010, wo das Bundesgericht auf Art. 8 Abs. 1-3 RL 2004/38, die bislang auch in der Union nicht explizit geregelte Pflichten der Unionsbürger zur Anmeldung o.ä. betreffen, hinweist und als Auslegungshilfe für die Frage nach der Vereinbarkeit einer nationalen Regelung (die für Unionsbürger bestimmte Anmeldepflichten am Wohnort vorsah) mit dem Freizügigkeitsabkommen heranzieht, indem es darauf

- Schliesslich enthält die RL 2004/38 teilweise auch **«echte» Neuerungen bzw. Erweiterungen der Rechte der Unionsbürger**. Dies ist im Wesentlichen und insbesondere (neben dem erwähnten Recht auf quasi voraussetzungslosen Kurzaufenthalt von bis zu drei Monaten, Art. 6 Abs. 1 RL 2004/38) in Bezug auf die Einführung des sog. Daueraufenthaltsrechts für Unionsbürger der Fall. So steht jedem Unionsbürger, der sich rechtmässig fünf Jahre lang ununterbrochen im Aufnahmemitgliedstaat aufgehalten hat, ein Daueraufenthaltsrecht zu (Art. 16 Abs. 1 RL 2004/38). Das Recht auf Daueraufenthalt kann, wenn einmal erworben, nur durch eine Abwesenheit von mehr als zwei aufeinander folgenden Jahren verloren werden (Art. 16 Abs. 4 RL 2004/38) und erstreckt sich auch auf drittstaatsangehörige Familienangehörige, die sich mit dem betroffenen Unionsbürger ebenfalls während fünf Jahren rechtmässig und ununterbrochen – wobei hier die gleichen Ausnahmeregelungen wie für den Unionsbürger gelten – im Aufnahmemitgliedstaat aufgehalten haben.³⁵ Ein Aufenthalt gilt dann als rechtmässig, wenn er die Voraussetzungen der RL 2004/38 erfüllt, so dass nicht erwerbstätige Unionsbürger die für einen rechtmässigen Aufenthalt vorgesehenen Voraussetzungen erfüllen müssen.³⁶ Ein Daueraufenthaltsrecht kann somit «nicht etwa durch einen fünfjährigen faktischen Aufenthalt gleichsam ersessen»³⁷ werden.

hinweist, auch nach der RL 2004/38 seien solche, nicht im FZA geregelte Vorgaben zulässig. S. aber auch BGer 2C_484/2022 vom 15.3.2023, wo das Bundesgericht zwar auf Art. 7 Abs. 1 lit. b RL 2004/38 Bezug nimmt, aber gleichzeitig darauf hinweist, es gebe «triftige Gründe», warum bei der Auslegung des Art. 24 Abs. 1 lit. a Anhang I FZA die Rechtsprechung des EuGH nicht vollumfänglich heranzuziehen sei. Vgl. zu diesem Urteil EPINEY/HUNZIKER, Jahrbuch für Migrationsrecht 2023/2024, 275 (277 ff.).

³⁵ Vgl. zur Berechnung des Zeitraums in Bezug auf «Unterbrechungen» (z.B. durch eine Freiheitsstrafe) sowie bei Familienangehörigen z.B. EuGH, Rs. C-378/12 (Onuekwere), ECLI:EU:C:2014:13; EuGH, Rs. C-400/12 (G), ECLI:EU:C:2014:9; EuGH, Rs. C-244/13 (Ogieriakhi), ECLI:EU:C:2014:2068.

³⁶ Vgl. hierzu auch EuGH, Rs. C-325/09 (Dias), ECLI:EU:C:2011:498, Rn. 48 ff.; s. weiter EuGH, Rs. C-247/20 (Commissioners for Her Majesty's Revenue and Customs), ECLI:EU:C:2022:177, wo der EuGH betont, die Voraussetzungen für ein Aufenthaltsrecht nach Art. 7 Abs. 1 lit. b RL 2004/38 (u.a. ein ausreichender Krankenversicherungsschutz) müssten vorliegen, bevor das Daueraufenthaltsrecht erlangt wird, so dass ein Daueraufenthaltsrecht nur dann erlangt werden kann, wenn der hierfür vorher notwendige Aufenthalt gemäss der RL 2004/38 rechtmässig war; ein faktischer Aufenthalt ohne Krankenversicherungsschutz kann somit kein Daueraufenthaltsrecht begründen, auch wenn ein Aufenthaltstitel vorliegt (aber die Behörde z.B. fälschlicherweise von einem Krankenversicherungsschutz ausging); zu beachten sei aber immer auch der Verhältnismässigkeitsgrundsatz.

³⁷ THYM, NZS 2014, 81 (87).

2. Die Rechtslage nach dem Freizügigkeitsabkommen (*status quo*) und dem revidierten Freizügigkeitsabkommen im Vergleich

13. Wie erwähnt (N 7), ist es im vorliegenden Rahmen nicht möglich, einen erschöpfenden Vergleich der Rechtslage auf der Grundlage des geltenden Freizügigkeitsabkommens einerseits und des revidierten Freizügigkeitsabkommens im Zuge der grundsätzlichen Übernahme der RL 2004/38 andererseits zu leisten; insbesondere gewisse «technische» Fragen (z.B. die Fristen für Verbleiberechte von Arbeitnehmern) sollen denn hier auch ausgespart werden. Dessen ungeachtet – und für die Zielsetzung der vorliegenden Untersuchung auch ausreichend – kann in Anknüpfung an die obige Kategorisierung (N 12) festgehalten werden, dass die mit der Übernahme der RL 2004/38 **Weiterentwicklungen deutlich weniger weit gehen als oft angenommen**, was auch Implikationen für die Divergenzen zwischen der RL 2004/38 und dem FZA nach sich zieht, knüpft doch die Richtlinie in weiten Teilen an die bisherige Rechtslage an oder kodifiziert die (sowieso massgebliche bzw. vom Bundesgericht beachtete) Rechtsprechung des EuGH. Die diesbezüglichen wichtigsten Weiterentwicklungen der RL 2004/38 im Vergleich zum *status quo* gemäss dem Freizügigkeitsabkommen sollen nachfolgend skizziert werden, dies unter Berücksichtigung der im revidierten Abkommen vorgesehenen Ausnahmen (a), bevor auf die Schutzklausel (b) eingegangen wird.

a. Die Rechtslage nach der RL 2004/38 und dem FZA (*status quo*) im Vergleich

14. Die **Weiterentwicklungen** in der **RL 2004/38** können – soweit die Rechte der Einzelnen betroffen sind – in **sechs Kategorien** eingeteilt werden, die nachfolgend skizziert und in Bezug zur Rechtslage nach dem Freizügigkeitsabkommen gesetzt werden: Recht auf Daueraufenthalt (aa), voraussetzungsloses Aufenthaltsrecht bis zu drei Monaten (bb), Familiennachzug und Rechte nachgezogener Familienangehöriger (cc), Konkretisierung der Aufrechterhaltung der Arbeitnehmer-eigenschaft (dd), Aufenthaltsbeendigung für Nichterwerbstätige bei Wegfall der ausreichenden Mittel (ee) und Aufenthaltsbeendigung aus Gründen der öffentlichen Ordnung und Sicherheit (ff).

Dabei werden im Folgenden nur die Bestimmungen des Freizügigkeitsabkommens selbst berücksichtigt; verzichtet wird auf eine Analyse der schweizerischen Gesetzgebung, welche zahlreiche auch Rechte aus dem Freizügigkeitsabkommen betreffende Aspekte regelt und in Bezug auf welche sich mitunter Fragen betreffend ihre Vereinbarkeit mit dem Abkommen stellen könnten.

aa. Recht auf Daueraufenthalt

15. Die bei weitem **bedeutendste Weiterentwicklung** stellt das **Recht auf Daueraufenthalt** (Art. 16 ff. RL 2004/38) dar, das in dieser Form bis dahin im EU-

Recht nicht verankert war und somit auch **keinen Eingang** in das **Freizügigkeitsabkommen** fand.³⁸ Dieses kennt vielmehr nur **Verbleiberechte für Arbeitnehmende und ihre Familienangehörigen** unter gewissen Voraussetzungen, die allerdings weitgehend den in Art. 17 RL 2004/38 verankerten Rechten entsprechen,³⁹ so dass die Implikationen der RL 2004/38 insoweit nicht ins Gewicht fallen. Allerdings dürfte Art. 18 RL 2004/38, der drittstaatsangehörigen Familienangehörigen ein Recht auf Daueraufenthalt unter bestimmten Voraussetzungen bzw. in bestimmten (schwierigen) Konstellationen (wie Trennung oder Misshandlung) einräumt, deren Rechte erweitern; eine Entsprechung im FZA ist nicht ersichtlich.

16. Deutlich wird damit auch, dass das Daueraufenthaltsrecht im Vergleich zur Rechtslage nach dem Freizügigkeitsabkommen im Wesentlichen für **Nicht-erwerbstätige** von Bedeutung ist. Für diese indessen wird im revidierten Freizügigkeitsabkommen eine **Ausnahme** vorgesehen: So können sich nur **Erwerbstätige auf das Recht auf Daueraufenthalt** berufen.

bb. Voraussetzungsloses Aufenthaltsrecht bis zu drei Monaten

17. Art. 6 Abs. 1 RL 2004/38 verankert ein **voraussetzungsloses Aufenthaltsrecht** in einem anderen Mitgliedstaat für einen Zeitraum von **bis zu drei Monaten** (dies unter der Voraussetzung des Besitzes eines gültigen Ausweises), wobei keine (unangemessene) Inanspruchnahme von Sozialhilfeleistungen zu verzeichnen sein darf (Art. 14 Abs. 1 RL 2004/38); letztere Präzisierung dürfte den Mitgliedstaaten einen erheblichen Gestaltungsspielraum einräumen.

³⁸ Nur am Rande sei in diesem Zusammenhang erwähnt, dass durchaus die Frage aufgeworfen werden kann, ob das Daueraufenthaltsrecht als solches eine eigentliche Weiterentwicklung des Freizügigkeitsabkommens darstellte, dies in Anbetracht des Umstands, dass es letztlich auf dem Unionsbürgerstatus als solchem (welcher gerade nicht in das FZA aufgenommen wurde) beruhen dürfte. S. in diesem Zusammenhang EuGH, Rs. C-162/09 (Lassal), ECLI:EU:C:2010:592: Die RL 2004/38 sei in Anbetracht ihres Kontexts und ihrer Ziele nicht eng auszulegen und dürfe keinesfalls ihrer praktischen Wirksamkeit beraubt werden; das Recht auf Daueraufenthalt trage entscheidend zum sozialen Zusammenhalt bei und sei (auch) vorgesehen worden, um das «Gefühl der Unionsbürgerschaft» zu verstärken. Vgl. zur Problematik schon EPINEY/AFFOLTER, Jusletter vom 11. März 2019, insbesondere N 23. Letztlich dürfte das revidierte FZA diesem Ansatz Rechnung tragen, da das Daueraufenthaltsrecht aufgrund der Ausnahmebestimmung nur für Erwerbstätige vorgesehen ist, was letztlich eine Weiterführung der bereits bislang bestehenden Verbleiberechte darstellt.

³⁹ Ausführlich zu den Verbleiberechten im (geltenden) FZA PIRKER, AJP 2023, 860 ff.

18. Dem Freizügigkeitsabkommen ist – wie die Rechtsprechung des Bundesgerichts inzwischen⁴⁰ klargestellt hat – **kein solches Recht** zu entnehmen; insbesondere korrespondiere das in Art. 1 Abs. 1 Anhang I FZA eingeräumte Recht auf Einreise nicht mit einem Recht auf Aufenthalt.⁴¹

Das Bundesgericht hatte im Rahmen einer abstrakten Normenkontrolle zu beurteilen, ob ein kantonales partielles Bettelverbot mit dem Freizügigkeitsabkommen vereinbar ist:⁴² Einer bettelnden Person mit der Staatsangehörigkeit eines Vertragsstaates stehe zwar ein Recht auf Einreise zu, zumal dieses gemäss Art. 1 Abs. 1 Anhang I FZA lediglich die Vorlage eines gültigen Personalausweises oder Reisepasses voraussetze. Darüber hinaus verfüge die betreffende Person jedoch über keinen freizügigkeitsrechtlichen Aufenthaltsanspruch: Zum einen stelle die Bettelei nach konstanter Rechtsprechung keine Erwerbstätigkeit i.S.v. Art. 4 FZA dar. Zum anderen setze sowohl ein erwerbsloser Aufenthalt als auch ein Aufenthalt als Dienstleistungsempfänger voraus, dass die betreffende Person über ausreichend finanzielle Mittel verfüge, wovon bei einer bettelnden Person nicht auszugehen sei. Darüber hinaus könne die Bettelei keinen Dienstleistungsempfang darstellen. Dem Freizügigkeitsabkommen seien bloss spezifische und keine allgemeinen Freizügigkeitsrechte zu entnehmen, und lediglich innerhalb der EU bestehe ein bedingungsloses Recht auf Aufenthalt bis zu drei Monaten gestützt auf Art. 21 AEUV und Art. 6 RL 2004/38. Im Übrigen könne das Bettelverbot schon alleine deswegen keinen Verstoss gegen das Freizügigkeitsabkommen darstellen, weil innerhalb der EU in der Mehrheit der Mitgliedstaaten Bettelverbote bestehen, die soweit ersichtlich nicht gegen die unionsrechtliche Freizügigkeit verstossen.

Der Ansatz des Bundesgerichts überzeugt: Denn im Freizügigkeitsabkommen selbst findet sich kein Hinweis auf ein voraussetzungsloses Aufenthaltsrecht; der ein solches gewährende Art. 6 Abs. 1 RL 2004/38 stellt eine eigentliche Neuerung der RL 2004/38 dar und verankert damit ein Recht, das in der Union zum Zeitpunkt der Unterzeichnung des Abkommens noch nicht existierte.⁴³ Zwar zieht die Entkopplung von Einreise- und Aufenthaltsrecht die Konsequenz nach sich, dass man zwar einreisen darf, aber auch gleich wieder ausgewiesen werden kann, was nichts daran ändert, dass dem eigenständigen Einreiserecht – wie das Bundesgericht ausführt – eine Bedeutung zukommen kann, z.B. im Zusammenhang mit einer strafrechtlichen Landesverweisung oder einem (nur) nach nationalem Recht bestehenden Aufenthaltsrecht. Im Übrigen darf die Wahrnehmung des freizügigkeitsrechtlichen Einreiserechts nicht davon abhängig gemacht werden, dass die Voraussetzungen eines legalen Aufenthalts vorliegen.⁴⁴ In Bezug auf den Hinweis des Bundesgerichts auf die Zulässigkeit des Bettelverbots ist anzumerken, dass allein der Umstand, dass auch (zahlreiche) EU-Mitgliedstaaten ein solches Verbot kennen, *per se* noch nicht bedeutet, dass es rechtmässig wäre; insofern erstaunt der etwas lapidare Verweis des Bundesgerichts darauf, dass solche Verbote in anderen Staaten bislang in der Union nicht zu Beanstandungen geführt hätten. Im Ergebnis aber dürfte ein Bettelverbot in der Tat grundsätzlich mit dem Freizügigkeitsabkommen (und dem Unionsrecht) in Einklang stehen: Es ist schon sehr fraglich, ob überhaupt eine Grundfreiheit einschlägig ist (in Betracht käme allenfalls die Niederlassungsfreiheit, bei Strassenmusikanten o.ä. möglicherweise auch die Dienstleistungsfreiheit); jedenfalls

⁴⁰ S. aber die insoweit nicht klaren Ausführungen in BGer, 24.1.2019, 6B_1074/2018, E. 3; BGE 145 IV 55; 143 IV 97.

⁴¹ BGE 149 I 248. Vgl. aus der Literatur zum Thema UEBERSAX, Plädoyer 1/2018, 37 ff.; TOBLER, SJER 2017/2018, 433 (444 ff.); UEBERSAX, AJP 2025, 116 ff.

⁴² Vgl. BGE 149 I 248.

⁴³ Dies ändert freilich nichts daran, dass ein solches voraussetzungsloses Aufenthaltsrecht im nationalen Recht verankert sein kann.

⁴⁴ S. so schon EPINEY/BLASER, in: Amarelle/Nguyen, Code annoté, vol. III, Art. 3 FZA, N 3.

aber dürfte ein Verbot durch den Hinweis auf die Wahrung der öffentlichen Ordnung gerechtfertigt werden können.

cc. Familiennachzug und Rechte nachgezogener Familienangehöriger

19. In Bezug auf den **Familiennachzug** sieht Art. 2 Nr. 2 lit. b RL 2004/38 im Gegensatz zu Art. 3 Abs. 2 Anhang I FZA vor, dass auch der **Lebenspartner in eingetragener Partnerschaft als Familienangehöriger** anzusehen ist. Diese Bestimmung schafft also eine eigentliche neue Kategorie von freizügigkeitsberechtigten Personen (unter dem Vorzeichen des Familiennachzugs).

Zu beachten ist allerdings, dass diese Ausdehnung im Ergebnis aufgrund des Zusammenspiels zwischen dem Freizügigkeitsabkommen und dem nationalen Recht auf der Grundlage der geltenden Rechtslage keine neuen Aufenthaltsrechte begründet: Denn aufgrund des in **Art. 2 FZA** verankerten Verbots der Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit können neue Regelungen auf Unionsebene im Ergebnis auch im Rahmen des Freizügigkeitsabkommens relevant sein, dies obwohl dieses an sich eine andere Rechtslage zugrunde legt. Allerdings geht es in einem solchen Fall nicht um die Anknüpfung des Freizügigkeitsabkommens an das Unionsrecht, sondern um die aufgrund des Art. 2 FZA zu berücksichtigende Rechtslage im nationalen Recht, womit aber im Ergebnis eine parallele Rechtslage wie im Unionsrecht einhergehen kann. Dies ist vorliegend der Fall: Denn da nach **Art. 52 AIG** die **eingetragene Partnerschaft in Bezug auf den Familiennachzug der Ehe gleichgestellt** ist, können Schweizer ihre eingetragenen Partner nachziehen. Ein Ausschluss dieser Nachzugsmöglichkeit für Unionsbürger verstiesse somit gegen Art. 2 FZA, so dass letztlich in dieser Beziehung im Ergebnis bereits heute eine Parallelität der Rechtslage besteht und EU-Ausländern zumindest diejenigen Nachzugsrechte zu gewähren sind, die auch Schweizer Bürgern zustehen. Dies ändert freilich nichts daran, dass diese Ansprüche im Falle einer Änderung des nationalen Rechts wegfallen können; diesfalls wäre ein «direkter» Rechtsanspruch aufgrund des Freizügigkeitsabkommens von Bedeutung.

20. Weiter wird das **Recht auf Erwerbstätigkeit** für Familienangehörige auf **Familienangehörige in aufsteigender Linie** verankert (Art. 23 RL 2004/38), während das Freizügigkeitsabkommen ein solches Recht auf Erwerbstätigkeit lediglich für Familienangehörige in absteigender Linie und Ehegatten kennt (Art. 3 Abs. 5 Anhang I FZA). Indessen handelt es sich hier nicht um ein neues Aufenthaltsrecht.

Hinzuweisen ist im Übrigen darauf, dass das Familiennachzugsrecht gemäss Art. 3 Abs. 1 S. 2 Anhang I FZA voraussetzt, dass der Nachziehende über eine **angemessene Wohnung** verfügt, ein Erfordernis, welches der RL 2004/38 fremd ist. Da dieses jedoch ausdrücklich unter dem Vorbehalt der Nichtdiskriminierung steht und für Inländer ein solches Erfordernis nicht zum Zuge kommt, dürfte dieser Bestimmung auf der Grundlage des *status quo* im Ergebnis keine Bedeutung zukommen. Das Bundesgericht hat dies zwar nicht explizit so formuliert; allerdings stellt es denkbar niedrige Anforderungen an dieses Erfordernis und betont auch die Bedeutung des lokalen Wohnungsmarkts.⁴⁵ Im Übrigen setzt der Familiennachzug nicht zwingend eine gemeinsame

⁴⁵ Vgl. BGer, 18.12.2017, 2C_416/2017; s.a. die Relativierung der Bedeutung dieser Anforderung in BVGer, 19.12.2019, F-746/2018, E. 7. Zum Problemkreis EPINEY/BLASER, in: Amarelle/Nguyen, Code annoté, vol. III, Art. 7 FZA, N 27.

Wohnung voraus.⁴⁶ Jedenfalls zöge der Verzicht auf das Erfordernis einer angemessenen Wohnung keine Ausdehnung von Aufenthaltsrechten auf eine neue Kategorie von Personen nach sich.

21. Soweit **Rechte von Familienangehörigen** betroffen sind, die **nicht unter die Definition des Art. 2 Nr. 2 RL 2004/38** fallen, enthält Art. 3 Abs. 2 RL 2004/38 eine Pflicht der EU-Mitgliedstaaten, deren Einreise und Aufenthalt unter bestimmten Voraussetzungen zu erleichtern. Eine solche Vorgabe figuriert sinngemäss bereits heute in Art. 3 Abs. 2 Uabs. 2 Anhang I FZA, so dass insoweit nicht davon auszugehen ist, dass eine Übernahme der RL 2004/38 hier Modifikationen mit sich brächte.⁴⁷

dd. Aufrechterhaltung der Arbeitnehmereigenschaft und Arbeitssuchende

22. Wie bereits erwähnt (N 12), hängt die auch im Rahmen des Freizügigkeitsabkommens in vielen Konstellationen zentrale Frage, ob einer Person die Arbeitnehmereigenschaft zukommt, nicht zwingend vom Bestehen oder Fortbestehen eines Arbeitsverhältnisses ab, sondern kann auch aus sonstigen Gründen gegeben sein. Der **EuGH** hat diesbezügliche Grundsätze in seiner Rechtsprechung – unabhängig von sekundärrechtlichen Präzisierungen – aus dem **Primärrecht**, also dem **Recht auf Arbeitnehmerfreizügigkeit** als solchem (verbunden mit Begleitrechten, wie etwa dem Verbot der Diskriminierung beim Zugang zu steuerlichen und sozialen Vergünstigungen) – abgeleitet. Diese Grundsätze sind bereits heute im Rahmen des Freizügigkeitsabkommens relevant.⁴⁸

23. **Art. 7 Abs. 3 RL 2004/38** präzisiert diese Konstellationen, wobei in weiten Teilen auf die Rechtsprechung des EuGH zurückgegriffen wird. So bleibt die **Arbeitnehmereigenschaft** in folgenden **Fallgestaltungen erhalten** (mit der Folge eines Aufenthaltsrechts sowie sonstiger Rechte der Arbeitnehmer):

⁴⁶ Vgl. insoweit BGer, 14.11.2019, 2C_613/2019, E. 2 f., in dem das Bundesgericht festhielt, auch im Falle getrennter Wohnungen der Ehegatten könne eine eheliche Gemeinschaft vorliegen.

⁴⁷ Vgl. zur Tragweite des Art. 3 Abs. 2 RL 2004/38 die Präzisierungen aus der Rechtsprechung des EuGH: EuGH, Rs. C-83/11 (Rahman), ECLI:EU:C:2012:519; EuGH, Rs. C-89/17 (Banger), ECLI:EU:C:2018:570; EuGH, Rs. C-129/18 (SM), ECLI:EU:C:2019:248; EuGH Rs. C-22/21 (SRS), ECLI:EU:C:2022:683. Vgl. hierzu und zur Relevanz dieser Rechtsprechung für das FZA EPINEY, Jahrbuch für Migrationsrecht 2022/2023, 77 (80 ff.).

⁴⁸ S. z.B. EuGH, Rs. C-39/86 (Lair), ECLI:EU:C:1988:322; EuGH, Rs. C-197/86 (Brown), ECLI:EU:C:1988:323, EuGH, Rs. C-357/89 (Raulin), ECI:EU:C:1992:87: Studierende können sich auf weitergehende Rechte aus der Arbeitnehmerfreizügigkeit berufen, wenn zwischen ihrer früheren Berufstätigkeit im Aufnahmestaat und dem Studium ein inhaltlicher Zusammenhang besteht, wobei diese Bestimmung nicht für Studierende gilt, die unfreiwillig arbeitslos geworden sind und die zu einer beruflichen Umschulung gezwungen sind.

- vorübergehende Arbeitsunfähigkeit wegen Krankheit oder Unfall (Art. 7 Abs. 3 lit. a RL 2004/38);
- unfreiwillige Arbeitslosigkeit nach mehr als einjähriger Beschäftigung und Verfügbarkeit zuhanden des zuständigen Arbeitsamts (Art. 7 Abs. 3 lit. b RL 2004/38);
- unfreiwillige Arbeitslosigkeit nach weniger als einjähriger Beschäftigung und Verfügbarkeit zuhanden des zuständigen Arbeitsamts während mindestens sechs Monaten (Art. 7 Abs. 3 lit. c RL 2004/38);
- Beginn einer (Berufs-) Ausbildung im Falle eines Zusammenhangs mit der früheren Erwerbstätigkeit oder unfreiwilliger Arbeitslosigkeit (Art. 7 Abs. 3 lit. d RL 2004/38).

24. Weiter haben **Stellensuchende** nach Art. 14 Abs. 4 lit. b RL 2004/38 ein Aufenthaltsrecht (wobei der Anspruch auf Sozialhilfe nach Art. 24 Abs. 2 RL 2004/38 indessen beschränkt ist). Vorausgesetzt ist hier eine aktive Stellensuche und – jedenfalls nach Ablauf von sechs Monaten – eine gewisse Aussicht auf entsprechenden Erfolg. Dieser Anspruch ist bereits im Primärrecht verankert (Art. 45 Abs. 3 lit. a, b AEUV).

Der Gerichtshof hat das Aufenthaltsrecht für Stellensuchende in seiner Rechtsprechung präzisiert: Hinzuweisen ist insbesondere auf die Rs. C-710/19⁴⁹: Der Begriff des Arbeitnehmers sei weit auszulegen und umfasse auch Arbeitssuchende, so dass die Arbeitnehmerfreizügigkeit auch das Recht einschliesse, sich in das Hoheitsgebiet anderer Mitgliedstaaten zu begeben, um dort Arbeit zu suchen. Dabei müsse der Aufnahmemitgliedstaat den Arbeitssuchenden einen angemessenen Zeitraum einräumen, der es ihnen ermögliche, von den Stellenangeboten, die ihren beruflichen Qualifikationen entsprechen, Kenntnis zu nehmen und die für ihre Einstellung erforderlichen Massnahmen zu ergreifen. In Bezug auf die konkrete Dauer eines solchen Aufenthalts sehe Art. 6 RL 2004/38 ein voraussetzungsloses Aufenthaltsrecht für drei Monate vor. Für die Arbeitssuche selbst sei ab der Registrierung als Arbeitssuchender ein Zeitraum von sechs Monaten angemessen und stelle die praktische Wirksamkeit des Art. 45 AEUV nicht in Frage. Aber auch nach Ablauf dieses Zeitraums stehe einem Unionsbürger ein Aufenthaltsrecht zu, soweit er weiterhin Arbeit sucht, wobei er diesfalls aber nachweisen müsse, dass er eine begründete Aussicht auf Einstellung habe. Dies sei nach den konkreten Umständen des Einzelfalls (z.B. Einladungen zu Vorstellungsgesprächen) zu eruieren.

25. Familienangehörige von Aufenthaltsberechtigten haben nach Art. 12 Abs. 2, Art. 13 Abs. 2 RL 2004/38 unter bestimmten Voraussetzungen nach dem Tod des originär Aufenthaltsberechtigten oder bei Auflösung der Ehe oder Trennung ein Verbleiberecht.

26. Diese Aufenthaltsrechte von Arbeitnehmern und ihren Familienangehörigen ergeben sich – wie bereits erwähnt (N 12, 22) – zu weiten Teilen bereits aus dem

⁴⁹ EuGH, Rs. C-710/19 (G.M.A), ECLI:EU:C:2020:1037.

Primärrecht und haben insoweit aufgrund der im Freizügigkeitsabkommen garantierten Freizügigkeit der Arbeitnehmer – wobei der Arbeitnehmerbegriff des Freizügigkeitsabkommens nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichts demjenigen des EU-Rechts entspricht⁵⁰ – bereits heute Geltung im Rahmen des **Freizügigkeitsabkommens**. Hinzu kommt, dass einige der Garantien bereits heute ausdrücklich im Freizügigkeitsabkommen verankert sind (vgl. z.B. Art. 6 Abs. 6 Anhang I FZA, wonach eine Aufenthaltserlaubnis nicht allein wegen vorübergehender Arbeitsunfähigkeit aufgrund von Unfall oder Krankheit oder wegen unfreiwilliger Arbeitslosigkeit entzogen werden darf). Indessen sehen gewisse spezifische Bestimmungen des Freizügigkeitsabkommens leicht abweichende und teilweise weniger günstige Regelungen vor, so z.B. das Aufenthaltsrecht zur Stellensuche, welche auf sechs Monate beschränkt ist (Art. 2 Abs. 1 Uabs. 2 Anhang I FZA); auch die Verbleiberechte von Familienangehörigen sind im Freizügigkeitsabkommen teilweise (ohne dass hierauf im Einzelnen einzugehen ist) weniger günstig ausgestaltet.⁵¹

27. Damit bleibt im Ergebnis festzuhalten, dass die RL 2004/38 und das revidierte Freizügigkeitsabkommen in Bezug auf die Aufenthaltsrechte von Arbeitnehmern und ihren Familien nur **wenige zusätzliche Rechte** mit sich bringen, die zudem entweder nur **vorübergehende Aufenthaltsrechte** (soweit das Aufenthaltsrecht von Arbeitssuchenden betroffen ist) oder aber **Verbleiberechte bereits vorher aufhältiger Personen** – und somit an sich «Statusänderungen» – betreffen. Eigentliche zusätzliche Aufenthaltsrechte für bislang nicht erfasste Kategorien von Personen sind nicht ersichtlich.

ee. Aufenthaltsbeendigung für Nichterwerbstätige

28. Nach Art. 7 Abs. 1 lit. b, c RL 2004/38 haben **Nichterwerbstätige** sowie Studierende (wobei hier gewisse Differenzen zu verzeichnen sind) ein Aufenthaltsrecht, soweit sie über ausreichende Existenzmittel und eine Krankenkasse verfügen. Indessen darf die Inanspruchnahme von Sozialhilfeleistungen durch einen Unionsbürger oder einen seiner Familienangehörigen im Aufnahmemitgliedstaat nicht automatisch zu einer Ausweisung führen (Art. 14 Abs. 3 RL 2004/38), eine

⁵⁰ Vgl. nur BGE 141 II 1; BGE 140 II 460. Hinzuweisen ist indessen darauf, dass die Rechtsprechung des Bundesgerichts mitunter etwas zu restriktiv ausfällt, vgl. die Bemerkungen bei EPINEY, HAP Ausländerrecht, § 4, N 4.57.

⁵¹ Nicht eingegangen werden soll in diesem Zusammenhang auf die Frage, unter welchen Voraussetzungen Freizügigkeitsberechtigte auch Anspruch auf Sozialhilfe haben. Vgl. hierzu, soweit das FZA betroffen ist, im Einzelnen EPINEY/BLASER, in: Personenfreizügigkeit und Zugang zu staatlichen Leistungen, 37 ff.; zur Rechtslage auf der Grundlage der RL 2004/38 im Vergleich zum FZA EPINEY/AFFOLTER, Jusletter vom 11. März 2019, insbesondere N 10; EPINEY, EuZ 10/2024, 10 ff.

Formulierung, die auf die Rechtsprechung des EuGH zurückgeht.⁵² Dies ändert freilich nichts daran, dass die Mitgliedstaaten prüfen können, ob die Voraussetzungen des Aufenthaltsrechts noch gegeben sind und ggf. – unter Beachtung des Verhältnismässigkeitsgrundsatzes – den Aufenthalt beenden können, wie sich aus der facettenreichen neueren Rechtsprechung des EuGH ergibt.⁵³

29. Das **Freizügigkeitsabkommen** übernimmt zwar in Art. 24 Abs. 1 Anhang I FZA grundsätzlich die Voraussetzungen für ein Aufenthaltsrecht für Nichterwerbstätige. Allerdings sieht **Art. 24 Abs. 8 Anhang I FZA** ausdrücklich vor, dass deren Aufenthaltsrecht nur so lange besteht, wie die Berechtigten die Bedingungen des Art. 24 Abs. 1 FZA erfüllen. Dies könnte dafür sprechen, dass es in denjenigen Konstellationen, in denen keine ausreichenden finanziellen Mittel mehr vorhanden sind, automatisch wegfällt. Da die Inanspruchnahme von Sozialhilfe dazu führt, dass die Voraussetzungen des Art. 24 Abs. 1 Anhang I FZA für ein Aufenthaltsrecht gerade nicht mehr gegeben sind, dürfte daher auf der Grundlage des FZA ein «Automatismus» bestehen, der durch Art. 14 Abs. 3 RL 2004/38 gerade ausgeschlossen ist, was impliziert, dass auch Nichterwerbstätige einen gewissen Anspruch auf Sozialhilfe haben können. Allerdings ist diese Differenz zu relativieren: Denn die Inanspruchnahme von Sozialhilfeleistungen stellt auch nach der RL 2004/38 jedenfalls einen (gewichtigen) Anhaltspunkt dafür dar, dass die Voraussetzung der ausreichenden Existenzmittel im Sinne des Art. 7 Abs. 1 lit. b RL 2004/38 gerade nicht mehr erfüllt ist, so dass diese Inanspruchnahme zum Anlass genommen werden darf zu prüfen, ob das Aufenthaltsrecht weiter besteht. Eine Ausweisung kann dann durchaus – unter Beachtung des Grundsatzes der Verhältnismässigkeit – grundsätzlich zulässig sein (N 28).

30. Jedenfalls geht es auch hier nicht um neue Aufenthaltsrechte, sondern in Frage stehen die **Voraussetzungen des Fortbestehens** für einen zumindest ursprünglich rechtmässigen Aufenthalt.

ff. Beendigung des Aufenthaltsrechts aus Gründen der öffentlichen Ordnung und Sicherheit

31. Schliesslich sei auf die Vorgaben zur **Aufenthaltsbeendigung** hingewiesen: Art. 27 ff. RL 2004/38 regeln die Voraussetzungen, unter denen der **Aufenthalt aus Gründen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit oder Gesundheit beschränkt** werden kann und formulieren einige, bereits in der (durch die RL

⁵² EuGH, Rs. C-184/99 (Grzelczyk), ECLI:EU:C:2001:458.

⁵³ Vgl. insbesondere EuGH, Rs. C-333/13 (Dano), ECLI:EU:C:2014:2358, Rn. 69. S. weiter EuGH, Rs. C-67/14 (Alimanovic), ECLI:EU:C:2015:597; EuGH, Rs. C-299/14 (Jobcenter Recklinghausen), ECLI:EU:C:2016:114.

2004/38 aufgehobenen) RL 64/221 enthaltene Grundsätze (ausschliessliche Massgeblichkeit des persönlichen Verhaltens des Betroffenen, kein «Automatismus» von strafrechtlicher Verurteilung und Ausweisung, vgl. Art. 3 Abs. 1, 2 RL 64/221), fügen dem aber noch eine Reihe weiterer Anforderungen bzw. Präzisierungen hinzu, so den Ausschluss wirtschaftlicher Gründe, die Massgeblichkeit des Grundsatzes der Verhältnismässigkeit, die Unzulässigkeit generalpräventiver Erwägungen und die Anforderung, dass das persönliche Verhalten eine tatsächliche, gegenwärtige und erhebliche Gefahr darstellen muss, die ein Grundinteresse der Gesellschaft berührt (Art. 27 Abs. 1, 2 RL 2004/38). Weiter sind bei der Entscheidung über die Ausweisung die Dauer des Aufenthalts des Betroffenen im Hoheitsgebiet, sein Alter, sein Gesundheitszustand, seine familiäre und wirtschaftliche Lage, seine soziale und kulturelle Integration im Aufnahmemitgliedstaat und das Ausmass seiner Bindungen zum Herkunftsstaat zu berücksichtigen (Art. 28 Abs. 1 RL 2004/38). All diese Anforderungen hat der EuGH bereits auf der Grundlage der RL 64/221 bzw. der primärrechtlichen Vorschriften und in Anknüpfung an den Verhältnismässigkeitsgrundsatz entwickelt,⁵⁴ und sie werden auch in ständiger Rechtsprechung vom Bundesgericht vollumfänglich herangezogen.⁵⁵ Daher ist davon auszugehen, dass **Art. 27 Abs. 1, 2 RL 2004/38 die Rechtsprechung des EuGH kodifiziert** und mit diesen Vorgaben **keine eigentlichen Neuerungen** verbunden sind, so dass sich die Rechtslage nach dem Freizügigkeitsabkommen insofern weit parallel gestaltet.

32. Eine eigentliche **Neuerung** enthalten Art. 28 Abs. 2, 3 RL 2004/38 aber insofern, als sie für **Personen mit Daueraufenthaltsrecht** (Art. 28 Abs. 2 RL 2004/38) und **Personen mit zehnjährigem Aufenthalt oder Minderjährige** (Art. 28 Abs. 3 RL 2004/38) einen **weitergehenden Schutz vor Ausweisungen** vorsehen (eine solche darf im ersten Fall nur aus «schwerwiegenden Gründen» der öffentlichen Ordnung und Sicherheit und im zweiten Fall nur aus «zwingenden Gründen der öffentlichen Sicherheit» erfolgen,⁵⁶ womit höhere Anforderungen an den «Schweregrad» der geforderten Gefährdung durch den Betreffenden gestellt werden). Daneben präzisieren einige weitere, in Art. 27 ff. RL 2004/38 enthaltene

⁵⁴ Vgl. etwa EuGH, Rs. 30/77 (Bouchereau), ECLI:EU:C:1977:172, N 25 ff.; EuGH, verb. Rs. 115-116/81 (Adoui et Cornuaille), ECLI:EU:C:1982:183, N 5 ff.; EuGH, Rs. C-348/96 (Calfa), ECLI:EU:C:1999:6, N 24 ff.; EuGH, Rs. 249/86 (Kommission/Deutschland), ECLI:EU:C:1989:204, N 17; EuGH, Rs. C-100/01 (Olazabal), ECLI:EU:C:2002:712, N 40 ff.

⁵⁵ S. z.B. BGer 2C_991/2017 vom 1.2.2018; BGer 2C_401/2017 vom 26.3.2018; s. ansonsten die Nachweise bei EPINEY/NÜESCH, Jahrbuch für Migrationsrecht 2017/2018, 273 (309 ff.); EPINEY/HUNZIKER, Jahrbuch für Migrationsrecht 2023/2024, 275 (305 ff.).

⁵⁶ Zu dieser «dritten Stufe» der Einschränkungen des Aufenthaltsrechts EuGH, Rs. C-145/09 (Tsakouridis), ECLI:EU:C:2010:708 (Berechnung des zehnjährigen Aufenthalts, der eine im Vergleich zu Art. 28 Abs. 2 RL 2004/38 erheblich höhere «Hürde» der Ausweisung darstelle). S. auch EuGH, Rs. C-348/09 (P.I.), ECLI:EU:C:2012:300.

Vorgaben im Wesentlichen Fragen des Verfahrens und enthalten besondere Vorgaben betreffend die Gefährdung der öffentlichen Gesundheit. Mit letzteren gehen zwar gewisse Konkretisierungen des mitgliedstaatlichen Handlungsspielraums einher, wobei sich ihr «Neuigkeitswert» jedoch in Grenzen hält, und sie enthalten jedenfalls keine weiteren Anforderungen an die grundsätzliche Zulässigkeit der Aufenthaltsbeendigung.

33. Soweit dieser weitergehende Schutz betroffen ist, führte somit eine Übernahme der RL 2004/38 in das Freizügigkeitsabkommen zu einer (durchaus ggf. ins Gewicht fallenden) Erschwerung der Beendigung des Aufenthalts aus Gründen der öffentlichen Ordnung und Sicherheit. Indessen ist darauf hinzuweisen, dass auch hier eine **Ausnahme** greift: So übernimmt die Schweiz keine Vorgaben der RL 2004/38, welche in Bezug auf die Landesverweisung über die geltenden Vorgaben des Freizügigkeitsabkommens hinausgehen.

b. Zur «Schutzklausel»

34. Nach **Art. 14 Abs. 2 FZA** prüft der Gemischte Ausschuss auf Verlangen einer Vertragspartei geeignete Abhilfemassnahmen bei «schwerwiegenden wirtschaftlichen und sozialen Problemen»; er kann solche Massnahmen einvernehmlich beschliessen (sog. Schutzklausel).

35. Diese Bestimmung wird im **revidierten Freizügigkeitsabkommen** neu konzipiert und konkretisiert. Hervorzuheben sind folgende Aspekte:

- «Auslöser» sollen nach wie vor **«schwerwiegende wirtschaftliche oder soziale Probleme»** sein. Die Konkretisierung dieser Voraussetzungen für die Auslösung der Schutzklausel sowie allfälliger Schutzmassnahmen wird die Schweiz im Rahmen des Ausländer- und Integrationsgesetzes (AIG)⁵⁷ vornehmen. Das «Gesamtpaket», welches der Bundesrat im Juni 2025 in die Vernehmlassung schicken wird, wird neben den Abkommen der «Bilateralen III» selbst sowie dem Entwurf der Botschaft auch die mit diesem verbundenen Entwürfe der Gesetzesrevisionen umfassen, so auch diejenigen des AIG.
- Die **Aktivierung der Schutzklausel** verlangt – insoweit im Gegensatz zum *status quo*, welcher einen einvernehmlichen Beschluss des Gemischten Ausschusses vorsieht, damit eine Massnahme beschlossen werden kann (Art. 14 Abs. 2 FZA) – kein gegenseitiges Einvernehmen, sondern kann **einseitig durch die Schweiz** erfolgen, was indessen nicht bedeutet, dass die Schweiz auch einseitig Massnahmen definitiv beschliessen kann.

⁵⁷ Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer und über die Integration (Ausländer- und Integrationsgesetz, AIG), SR 142.20.

- Im Einzelnen sind folgende **Verfahrensschritte** vorgesehen bzw. kommen folgende **Grundsätze** zur Anwendung:
 - Beabsichtigt die Schweiz, die Schutzklausel anzuwenden, so befasst sie in einem ersten Schritt den **Gemischten Ausschuss**. Einigen sich die Parteien in Bezug auf das Vorliegen der Voraussetzungen für das Greifen der Schutzklausel, so kann die Schweiz Schutzmassnahmen ergreifen.
 - Gelingt keine Einigung im Gemischten Ausschuss, kann die Schweiz die Einberufung eines **Schiedsgerichts** verlangen. Dieses prüft, ob die Voraussetzungen für das Ergreifen der Schutzmassnahmen gegeben sind. Im Falle eines diesbezüglichen positiven Entscheids kann die Schweiz Schutzmassnahmen beschliessen.
 - In jedem Fall des Ergreifens von Schutzmassnahmen kann die EU **verhältnismässige Ausgleichsmassnahmen** beschliessen, falls die Schutzmassnahmen zu einem Ungleichgewicht der Rechte und Pflichten der Vertragsparteien unter dem Freizügigkeitsabkommen führen.
 - In Bezug auf die zur Anwendung kommenden **Fristen** wird zwischen dem ordentlichen und dem dringlichen Verfahren unterschieden: Im erstgenannten Fall kann die Anrufung der Schutzklausel 60 Tage nach Befassung des Gemischten Ausschusses dem Schiedsgericht vorgelegt werden, während sich bei einer dringlichen Situation die Konsultation im Gemischten Ausschuss auf 30 Tage verkürzt. Sowohl im ordentlichen als auch im dringlichen Verfahren muss das Schiedsgericht innerhalb von sechs Monaten über die Rechtmässigkeit der Anrufung der Schutzklausel entscheiden, wobei die Schweiz beim dringlichen Verfahren eine vorläufige Anwendung von Schutzmassnahmen bereits während des Verfahrens bis zum definitiven Entscheid des Schiedsgerichts beantragen kann; über diesen Antrag muss das Schiedsgericht innerhalb von 30 Tagen entscheiden.

36. Damit kann die Schutzklausel zwar **einseitig ausgelöst** werden, indem ohne Einvernehmlichkeit im Gemischten Ausschuss das Schiedsgericht mit der Frage der grundsätzlichen Zulässigkeit des Ergreifens von Schutzmassnahmen befasst werden kann. Indessen bedingt die **Zulässigkeit des Ergreifens von Schutzmassnahmen** selbst, dass – falls diesbezüglich keine Einigung im Gemischten Ausschuss erreicht werden kann – das Schiedsgericht das Vorliegen der Voraussetzungen des Greifens der Schutzklausel bestätigt. In Bezug auf gewisse Einzelheiten dieses Mechanismus' bleiben auf der Grundlage der derzeit zur Verfügung stehenden Informationen aber auch noch einige offene Fragen, so insbesondere in Bezug auf die Reichweite – bei den verschiedenen Verfahrensschritten und den zu ergreifenden Massnahmen – der Kompetenzen des Schiedsgerichts bzw. der «einseitigen Entscheidkompetenzen» der Schweiz.

So fragt es sich z.B., wer abschliessend darüber entscheidet, ob Dringlichkeit gegeben ist und damit das dringliche Verfahren zum Zug kommt. Weiter stellt sich die Frage, ob und inwieweit es vertragliche Vorgaben über die Zulässigkeit der Schutzmassnahmen selbst gibt und wer hierüber ggf. entscheidet, ist doch das Vorliegen der Voraussetzungen für das Greifen der Schutzklausel von der Vereinbarkeit der Schutzmassnahmen selbst mit dem Abkommen zu unterscheiden.⁵⁸ Auf der Grundlage der verfügbaren Informationen müssen die Schutzmassnahmen selbst offenbar nicht vom Schiedsgericht als für mit dem Abkommen vereinbar erklärt werden; aber da es um die Auslegung des Abkommens geht, könnte die EU wohl das Schiedsgericht anrufen und die Unzulässigkeit der ergriffenen Massnahmen geltend machen. Falls die Schweiz trotz negativem Entscheid des Schiedsgerichts einseitige Schutzmassnahmen ergreift, läge wohl ein Verstoss gegen das Abkommen vor bzw. ein solcher könnte zu bejahen sein; diesfalls kämen wohl die in den institutionellen Regelungen vorgesehenen Mechanismen im Falle eines möglichen Verstosses gegen das Abkommen (unter Einbezug des Schiedsgerichts) zum Zug.⁵⁹

37. Wie auch immer die skizzierten, nicht alle abschliessend geklärten Fragen im Einzelnen beantwortet werden und ob die Schutzklausel (ggf. auf welche Weise) praktische Bedeutung entfalten wird, ist im vorliegenden Zusammenhang festzuhalten, dass der Schutzklauselmechanismus für die Frage nach der Vereinbarkeit der «Bilateralen III» mit Art. 121a Abs. 4 BV keine Rolle spielen kann. Denn er vermag als solcher die vertraglich verankerten Rechte und Pflichten nicht zu relativieren, da es sich nur (aber immerhin) um ein Verfahren handelt, welches materiell lediglich in Ausnahmesituationen bei Vorliegen «schwerwiegender» wirtschaftlicher oder sozialer Probleme zum Zuge kommen kann, wobei die ggf. ergriffenen Schutzmassnahmen wohl auch gewissen Anforderungen genügen müssen; formell geht es gerade nicht – trotz der Möglichkeit der einseitigen Aktivierung – um «unilaterale Massnahmen», sondern die Klausel kann nur bei Einvernehmen im Gemischten Ausschuss oder einem positiven Entscheid des Schiedsgerichts (sieht man einmal von der vorläufigen Anwendung im dringlichen Verfahren ab) zum Zuge kommen. Vertragliche Pflichten können auf diese Weise nicht als solche relativiert werden, so dass die Schutzklausel im Zusammenhang mit der vorliegenden Fragestellung nicht relevant sein dürfte.

⁵⁸ Insbesondere fragt es sich, ob die Schweiz «irgendwelche» Schutzmassnahmen einseitig ergreifen darf; der Vertragstext wird wohl nähere Schlüsse hierzu erlauben. So ist es etwa denkbar, dass die Schutzmassnahmen der Behebung der Probleme dienen und verhältnismässig sein müssen.

⁵⁹ Zu diesen noch unten N 45 ff.

II. Zu den möglichen Implikationen der institutionellen Elemente⁶⁰

38. Die sog. institutionellen Fragen bzw. die **institutionelle Ausgestaltung der bilateralen Abkommen** stehen im Zentrum der «Vorgeschichte» der «Bilateralen III»: Die Union betont seit vielen Jahren, eine Weiterentwicklung der bilateralen Abkommen und insbesondere der Abschluss neuer Abkommen, die einen Marktzugang und damit eine weitergehende Beteiligung am Binnenmarkt implizieren, kämen nur unter der Voraussetzung einer Einigung der Vertragsparteien über die Lösung der sog. institutionellen Fragen in Betracht. Im Zentrum des Interesses stehen dabei die Übernahme des unionsrechtlichen Besitzstands und seine Auslegung, die Überwachung der Einhaltung der Abkommen in der und durch die Schweiz sowie die Streitbeilegung.⁶¹

Auch wenn nicht zu verkennen ist, dass insbesondere die Union (seit vielen Jahren) darauf insistiert, die institutionellen Fragen einer vertraglichen Lösung zuzuführen, sollte nicht aus den Augen verloren werden, dass die Regelung dieser Fragen zumindest teilweise auch im ureigensten **Interesse der Schweiz** liegt: So gewährleistet eine «obligatorische» Anpassung der Abkommen an die Rechtsentwicklung in der Union die Dauerhaftigkeit des Binnenmarktzugangs, und ein Streitbeilegungsmechanismus ist durchaus auch und gerade im Interesse der kleineren Vertragspartei. Ganz allgemein ist von grosser Bedeutung, dass die Regelung der erwähnten institutionellen Aspekte eine gewisse Rechtssicherheit in Bezug auf die Weiterentwicklung der Bilateralen Abkommen brächte und sie auf eine solide Grundlage stellte.

39. Die «Bilateralen III» sehen – insoweit im Gegensatz zum sog. Institutionellen Abkommen (InstA) von 2018, welchem ein horizontaler Ansatz zugrundelag⁶² – eine Integration institutioneller Aspekte in die jeweiligen Binnenmarktabkommen (darunter das Freizügigkeitsabkommen) und damit einen vertikalen Ansatz vor, dies offenbar über den einzelnen Abkommen beigefügte **Institutionelle Protokolle**, wobei die grundsätzlichen Elemente im Wesentlichen parallel ausgestaltet sein sollen; abkommensspezifische Bestimmungen sind insbesondere in Bezug auf die vorgesehenen Ausnahmen vom Grundsatz der dynamischen Rechtsübernahme vorgesehen.

⁶⁰ Die Ausführungen in diesem Kapitel greifen auf bereits durchgeführte Untersuchungen zurück, die aufgegriffen werden. Vgl. insbesondere EPINEY, Jusletter vom 10. März 2025, N 8 ff.

⁶¹ Vgl. zur Problematik schon z.B. EPINEY, in: *Bilateralismus – was sonst?*, 25 (60 ff.); GLASER/LANGER, SZIER 2013, 563 ff.; DE SÉPIBUS, SJER 2013/2014, 397 ff.; OESCH/SPECK, SJER 2016/2017, 257 ff.; GLASER/DÖRIG, SJER 2017/2018, 451 ff.; ausführlich MAZILLE, *L'institutionnalisation de la relation entre l'UE et la Suisse*, 456 ff. S. weiter den Überblick bei OESCH, *Schweiz-EU*, N 9 ff.

⁶² Zu den institutionellen Regelungen im InstA z.B. EPINEY, Jusletter vom 17.12.2018, N 7 ff.; s. weiter (unter Einbezug der Erörterung möglicher Gründe für das Scheitern des InstA) BREITENMOSER, SJER 2020/2021, 325 ff.

Der **Anwendungsbereich der institutionellen Regelungen** umfasst ausschliesslich die fünf Binnenmarktabkommen der «Bilateralen I» (Luft- und Landverkehr, technische Handelshemmnisse, Personenfreizügigkeit und Landwirtschaft) sowie die beiden neuen Binnenmarktabkommen (Strom und Lebensmittelsicherheit). Auch wenn nicht auszuschliessen ist, dass sich gerade im Zusammenhang mit der dynamischen Rechtsübernahme in die Abkommen die Frage stellen kann, ob ein bestimmter neuer EU-Rechtsakt in den Anwendungsbereich eines der Abkommen fällt und somit eine entsprechende Weiterentwicklung darstellt, ist doch nicht zu verkennen, dass der Anwendungsbereich der Abkommen durch die in den Anhängen figurierenden Listen präzisiert wird und vor diesem Hintergrund durchaus grundsätzlich eingrenzbar ist. Hinzuweisen ist im Übrigen darauf, dass sich diese Frage parallel im Zusammenhang mit der Schengen-/Dublin-Assoziierung stellt, wo sie bislang – trotz der Übernahme von mittlerweile fast 500 EU-Rechtsakten (freilich unterschiedlicher Bedeutung) in den Rahmen der Abkommen – soweit ersichtlich – nicht zu Schwierigkeiten geführt hat; auch können durchaus gewisse Kriterien formuliert werden, welche hier zur Anwendung kommen können.⁶³

40. Geregelt werden im Wesentlichen zwei Aspekte, nämlich die **dynamische Rechtsübernahme** (1.) und die **Streitbeilegung zwischen den Vertragsparteien** (2.). Die Streitbeilegung zwischen Privaten und Behörden oder Privaten untereinander erfolgt nach dem (im Völkerrecht üblichen) sog. Zwei-Pfeiler-Modell,⁶⁴ so dass hier die vorgesehenen (gerichtlichen und sonstigen) Verfahren in der Schweiz und der EU zum Zuge kommen und daher z.B. in der Schweiz – wie bislang – die zuständigen Gerichte und in der Regel das Bundesgericht in letzter Instanz für derartige (Rechts-)Streitigkeiten zuständig sind und in der EU die nationalen Gerichte mit der Auslegung und Anwendung der «Bilateralen III» befasst werden können, welche – im Gegensatz zu den schweizerischen Gerichten – die Möglichkeit und (bei letztinstanzlichen Gerichten) ggf. die Pflicht zur Vorlage an den EuGH haben. Nichtsdestotrotz könnte sich auch im Zusammenhang mit den «Bilateralen III» die Frage stellen, ob der wohl ebenfalls in den Institutionellen Protokollen figurierende⁶⁵ Grundsatz, dass aus dem Unionsrecht übernommene Begriffe und Konzepte parallel wie im Unionsrecht gemäss der Rechtsprechung des EuGH auszulegen sind, im vorliegenden Zusammenhang von Bedeutung sein könnte (3.).

⁶³ Vgl. zum Ganzen schon EPINEY, EuZ 2021, 4 (10 ff.).

⁶⁴ S. aber die Kritik an der Verwendung dieser Terminologie im vorliegenden Zusammenhang bei BAUR, SJER 2023/2024, 561 ff., der den Ausdruck «Zwei-Pfeiler-Modell» offenbar nur für das EWR-/EFTA-Modell verwenden möchte.

⁶⁵ Vgl. heute bereits Art. 16 Abs. 2 FZA, der auf die Rechtsprechung des EuGH verweist, die zu beachten ist, soweit Begriffe des Unionsrechts in Frage stehen, wobei sich die Bestimmung nur auf die Rechtsprechung vor der Unterzeichnung des Abkommens bezieht, das Bundesgericht aber in ständiger Rechtsprechung grundsätzlich auch neuere Rechtsprechung heranzieht, vgl. grundlegend BGE 136 II 5. S. ansonsten zur Auslegung des FZA schon die Nachweise in Fn. 7.

1. Zur dynamischen Rechtsübernahme

41. Im Rahmen der bestehenden fünf Binnenmarktabkommen der «Bilateralen I» (Luft- und Landverkehr, technische Handelshemmnisse, Personenfreizügigkeit und Landwirtschaft) sowie in den beiden neuen Binnenmarktabkommen (Strom und Lebensmittelsicherheit) sollen die Weiterentwicklungen des Unionsrechts «dynamisch» in die Abkommen übernommen werden. Damit wird die **Anpassung der Abkommen an die Rechtsentwicklung in der EU** – und zwar nur, soweit der Anwendungsbereich der Abkommen betroffen ist, welcher seinerseits durch die Aufzählung der erfassten Rechtsakte in den Anhängen präzisiert wird⁶⁶ – dynamisiert, wobei der Hintergrund darin zu sehen ist, dass es um Bereiche geht, welche in der EU mit Blick auf den EU-Binnenmarkt, an welchem die Schweiz durch die Abkommen teilweise partizipiert, einer (harmonisierten) Regelung zugeführt wurden.

Zu erinnern ist im Übrigen – neben dem bereits erwähnten (N 39) Umstand, dass die Schengen-/Dublin-Assoziierung bereits heute eine insgesamt offenbar gut funktionierende dynamische Rechtsübernahme kennt – daran, dass die «Bilateralen I» zwar formell statisch ausgestaltet wurden, aber vor dem Hintergrund der erwähnten Beteiligung der Schweiz am Binnenmarkt bereits einen Anpassungsmechanismus vorsehen (wobei die Aktualisierung der Abkommen von der Zustimmung beider Vertragsparteien abhängig ist) und seit dem Inkrafttreten der «Bilateralen I» unzählige derartige Anpassungen erfolgt sind.⁶⁷

42. Damit soll das gute Funktionieren der Binnenmarktabkommen durch eine **(beiderseitige) Verpflichtung zur dynamischen Rechtsübernahme** derjenigen EU-Rechtsakte, welche eine Weiterentwicklung des in ein Binnenmarktabkommen übernommenen unionsrechtlichen Besitzstands darstellen, gewährleistet werden, wobei auf die «Wahrung» der in dem jeweiligen Abkommen vorgesehenen (bestehenden bzw. weitergeführten sowie – in Bezug auf die RL 2004/38 – neuen) Ausnahmen hingewiesen wird, so dass die Pflicht zur dynamischen Rechtsübernahme im Fall des Greifens einer Ausnahme nicht zum Zuge kommt. Bei der genauen Ausgestaltung der Übernahme in die Abkommen (z.B. entsprechende Fristen) sind die verfassungsrechtlichen (Gesetzgebungs-) Verfahren in der Schweiz – unter Einschluss allfälliger Referenden – gebührend zu berücksichtigen. Im Gegenzug soll die Schweiz in den Gesetzgebungsprozess über neue EU-Rechtsakte in den betreffenden Bereichen einbezogen werden.

⁶⁶ S. insoweit auch die Präzisierungen zur Reichweite der «Übernahmepflicht» weiterentwickelten EU-Rechts bei EPINEY, EuZ 10/2024, 18 ff. S. auch schon die Bemerkungen oben N 39.

⁶⁷ Vgl. zum *status quo* vor dem Hintergrund der «Bilateralen III» im Einzelnen EPINEY, Jahrbuch für Migrationsrecht 2023/2024, 1 (5 ff.).

43. Im Einzelnen ist im Zusammenhang mit der dynamischen Rechtsübernahme auf folgende Aspekte bzw. **Verfahrensschritte** – die im Wesentlichen denjenigen, die bereits heute im Rahmen der Schengen-/Dublin-Assoziierung zur Anwendung kommen (wobei diese jedoch keine Möglichkeit des «Ausscherens» kennt), entsprechen – hinzuweisen:

- Erarbeitung und **Erlass des betreffenden Unionsrechtsakts** werden sich nach den einschlägigen unionsrechtlichen Regeln richten. Sie erfolgen somit durch die Union, so dass die Schweiz nicht im eigentlichen Sinn mitentscheiden kann.
- Jedoch werden der Schweiz **umfangreiche Beteiligungsmöglichkeiten** – schon das *Common Understanding* spricht hier von «so umfassend wie möglich» – eingeräumt werden, dies in einem frühen Stadium des Gesetzgebungsprozesses. Damit ist davon auszugehen, dass die Schweiz in allen relevanten Arbeitsgruppen etc. vertreten sein wird und dass von diesen Mitwirkungsrechten auch die Vorbereitung delegierter Rechtsakte und von Durchführungsrechtsakten erfasst sein wird. In Anbetracht des Umstands, dass die Entscheidungsfindung in der Union weitgehend nach dem Konsensprinzip erfolgt und dass bei (zumindest gewichtigen) Bedenken der Schweiz in aller Regel auch ein oder mehrere EU-Mitgliedstaaten entsprechende Überlegungen anstellen werden, sollte die Tragweite dieser Beteiligungsmöglichkeiten nicht unterschätzt werden. Gerade die Erfahrungen in der Schengen-/Dublin-Assoziierung, die bereits solche Rechte vorsieht, dürfte insgesamt gezeigt haben, dass die Einflussmöglichkeiten der Schweiz recht effektiv sind.
- Sobald der betreffende Rechtsakt auf Unionsebene verabschiedet ist, wird die **Schweiz informiert**, und es ist davon auszugehen, dass damit die Verpflichtung zur Übernahme initiiert wird, wobei der Text des Abkommens wohl noch Präzisierungen diverser technischer Aspekte (z.B. die Frage, wann genau welche Fristen zu laufen beginnen und ob der zuständige Gemischte Ausschuss noch eine entsprechende formelle Entscheidung treffen muss) enthalten wird. Da die verfassungsrechtlich vorgesehenen Verfahren in der Schweiz (unter Einschluss allfälliger Referenden) berücksichtigt werden sollen, ist aber jedenfalls davon auszugehen, dass die **Fristen für die Übernahme bzw. die Anpassung des schweizerischen Rechts** entsprechend (lange) ausgestaltet sein werden.
- Soweit in einem der Abkommen vorgesehene **Ausnahmen** (z.B. im Bereich der Personenfreizügigkeit beim Entsenderecht oder bei der Unionsbürgerschaft, aber auch in zahlreichen anderen Abkommen) greifen, gibt es **keine Pflicht zur Übernahme von Weiterentwicklungen des Unionsrechts** und der Grundsatz der dynamischen Rechtsübernahme kommt nicht zur Anwendung. M.a.W. wird der Schweiz insoweit garantiert, dass sie bestimmte nati-

onale Regelungen in jedem Fall beibehalten kann, so dass der Schweiz insofern mit diesen Ausnahmen ein grösserer Gestaltungsspielraum eingeräumt wird als den EU-Mitgliedstaaten.

- Die eigentliche Übernahme und die in diesem Zusammenhang allenfalls erforderlichen **Anpassungen im schweizerischen Recht** finden gemäss den einschlägigen nationalen Regeln statt, inklusive ggf. vorgesehener direktdemokratischer Verfahren, wie insbesondere dem Referendum. Die **innerstaatlichen Gesetzgebungsverfahren** werden somit vollumfänglich durchlaufen werden (können), so dass es eben um eine «dynamische» und nicht «automatische» Rechtsübernahme geht. Angesichts des Umstands, dass zahlreiche unionsrechtliche Rechtsakte im Rahmen der Umsetzung einen mitunter beträchtlichen Gestaltungsspielraum einräumen, ist dies durchaus von grosser Bedeutung. Zu beachten ist weiter, dass die grosse Mehrheit der Weiterentwicklungen des Unionsrechts in den erfassten Bereichen technischer Natur ist und keine wirklich wichtigen gesetzgeberischen Entscheidungen impliziert, was einzelne politisch bedeutsame Weiterentwicklungen – gerade auch im Bereich der Personenfreizügigkeit – freilich nicht ausschliesst. Auch sei erwähnt, dass die Schweiz in zahlreichen Gebieten durchaus ein grosses Interesse an einer solchen dynamischen Rechtsübernahme hat, so insbesondere in allen Gebieten, in denen es um die Anerkennung technischer Vorschriften geht, was für den Zugang zum Binnenmarkt von zentraler Bedeutung ist.
- Sollte die Schweiz – aus welchen Gründen auch immer – eine bestimmte **Weiterentwicklung nicht übernehmen** wollen, kann sie dies der Union mitteilen; diese kann aber diesfalls – mit Blick auf den Ausgleich des «Ungleichgewichts», das durch die Nichtübernahme zwischen den Parteien entstanden ist – **verhältnismässige Ausgleichsmassnahmen** ergreifen, allerdings nur im Rahmen der Binnenmarktabkommen. Die Beurteilung der Verhältnismässigkeit der Ausgleichsmassnahmen obliegt dem Schiedsgericht.

Nur am Rande sei in diesem Zusammenhang bemerkt, dass ein solcher «Ausgleichsmechanismus» ein im **(Wirtschafts-)Völkerrecht gängiges Verfahren** ist und auch die **Schweiz** zahlreiche Abkommen abgeschlossen hat, in denen solche Bestimmungen figurieren.

Beispielhaft sei Art. 9.9 des Freihandelsabkommens der EFTA-Staaten mit der Türkei⁶⁸ zitiert:

«1. Falls die Vertragspartei, gegen die Beschwerde geführt wurde, ein Urteil des Schiedsgerichts nach Artikel 9.8 (Umsetzung des Schlussberichts des Gerichts) nicht umsetzt oder der beschwerdeführenden Vertragspartei ihre Absicht notifiziert, das Urteil des Schlussberichts nicht umzusetzen, so nimmt diese Vertragspartei auf Ersuchen der beschwerdeführenden Vertragspartei Konsultationen auf, um einen beiderseits annehmbaren Ausgleich zu vereinbaren. Kommt es zu keiner solchen Einigung innerhalb von 20 Tagen nach Erhalt

⁶⁸ Freihandelsabkommen zwischen den EFTA-Staaten und der Türkei vom 25. Juni 2018, SR 0.632.317.631.

des Gesuchs, so kann die beschwerdeführende Vertragspartei die Anwendung von Vorteilen aus diesem Abkommen aussetzen, aber nur im gleichwertigen Ausmass wie die Vorteile, die von der Massnahme betroffen sind, die das Schiedsgericht für mit diesem Abkommen unvereinbar befunden hat.

2. Bei der Prüfung der Frage, welche Vorteile ausgesetzt werden sollen, strebt die beschwerdeführende Vertragspartei zunächst an, Vorteile aus demselben Sektor oder denselben Sektoren auszusetzen, der bzw. die von der gemäss dem Schiedsgericht mit diesem Abkommen unvereinbaren Massnahme betroffen ist bzw. sind. Ist die beschwerdeführende Vertragspartei der Ansicht, die Aussetzung von Vorteilen in demselben Sektor oder denselben Sektoren sei nicht durchführbar oder nicht wirksam, so kann sie Vorteile in anderen Sektoren aussetzen. Die beschwerdeführende Vertragspartei berücksichtigt dabei die Zugeständnisse oder andere Verpflichtungen, deren Aussetzung das Funktionieren dieses Abkommens am wenigsten beeinträchtigen.

3. Die beschwerdeführende Vertragspartei notifiziert der Vertragspartei, gegen die Beschwerde geführt wurde, spätestens 30 Tage vor dem Zeitpunkt, zu dem die Aussetzung wirksam werden soll, welche Vorteile sie auszusetzen beabsichtigt, die Gründe für die Aussetzung und deren Beginn. Innerhalb von 15 Tagen nach Erhalt der Notifikation kann die Vertragspartei, gegen die Beschwerde geführt wurde, das ursprüngliche Schiedsgericht ersuchen, darüber zu entscheiden, ob die Vorteile, die die beschwerdeführende Vertragspartei auszusetzen beabsichtigt, mit denen gleichwertig sind, die von der als mit dem Abkommen unvereinbar befundenen Massnahme betroffen sind, und ob die vorgeschlagene Aussetzung in Übereinstimmung mit den Absätzen 1 und 2 steht. Das Urteil des Schiedsgerichts ergeht innerhalb von 45 Tagen nach Erhalt des entsprechenden Gesuchs. Die Vorteile werden nicht ausgesetzt, bis das Schiedsgericht sein Urteil vorgelegt hat.

4. Der Ausgleich und die Aussetzung von Vorteilen sind vorübergehende Massnahmen und werden von der beschwerdeführenden Vertragspartei nur angewendet, bis die Massnahme, die als mit diesem Abkommen unvereinbar befunden wurde, zurückgenommen oder so geändert wurde, dass sie mit diesem Abkommen vereinbar ist, oder die Streitparteien die Streitigkeit anders gelöst haben.

5. Auf Ersuchen einer Streitpartei entscheidet das ursprüngliche Schiedsgericht über die Vereinbarkeit der nach der Aussetzung von Vorteilen ergriffenen Umsetzungsmassnahmen mit dem Schlussbericht und darüber, ob angesichts dieses Urteils die Aussetzung von Vorteilen zu beenden oder zu ändern ist. Das Urteil des Schiedsgerichts ergeht innerhalb von 30 Tagen nach Erhalt des entsprechenden Gesuchs.»

Dieser in Art. 9.9 des Freihandelsabkommens zwischen den EFTA-Staaten und der Türkei figurierende Mechanismus – sowohl was die Zulässigkeit von Ausgleichsmassnahmen als auch die Rolle des Schiedsgerichts betrifft – ist mit dem in den «Bilateralen III» vorgesehenen Mechanismus vergleichbar, wobei er im Rahmen der «Bilateralen III» zusätzlich im Zusammenhang mit der dynamischen Rechtsübernahme – und nicht nur im Anschluss an ein Urteil des Schiedsgerichts – zum Zuge kommen kann. Ähnlich ausgestaltete bzw. weitgehend parallel formulierte Vorschriften finden sich in zahlreichen weiteren Freihandelsabkommen der EFTA-Staaten bzw. der Schweiz mit anderen Staaten.⁶⁹ Daneben kennt

⁶⁹ Parallele Vorschriften finden sich in folgenden Abkommen: Freihandelsabkommen zwischen den EFTA-Staaten und der Republik Moldau vom 27. Juni 2023, SR 0.632.315.651 (Art. 11.9); Umfassendes Wirtschaftspartnerschaftsabkommen zwischen den EFTA-Staaten und Indonesien vom 16. Dezember 2008, SR 0.632.314.271 (Art. 11.9); Umfassendes Wirtschaftspartnerschaftsabkommen zwischen den EFTA-Staaten und Ecuador vom 25. Juni 2018, SR 0.632.313.271 (Art. 11.9); Freihandelsabkommen zwischen den

auch das im Rahmen der «Bilateralen I» abgeschlossene Abkommen über das öffentliche Beschaffungswesen das Instrument der Ausgleichsmassnahmen.⁷⁰

44. Im vorliegenden Zusammenhang ist insbesondere von Bedeutung, dass es die Ausgestaltung dieses Übernahmemechanismus der Schweiz ermöglicht, **bestimmte Weiterentwicklungen des Unionsrechts nicht zu übernehmen**, wenn auch um den «Preis» möglicher Ausgleichsmassnahmen. Damit kann dieser Mechanismus nicht dazu führen, dass eine Unvereinbarkeit mit Art. 121a Abs. 4 BV besteht, da selbst im Falle neuer EU-Regelungen, welche von der grundsätzlichen Pflicht zur dynamischen Rechtsübernahme erfasst wären und mit dieser Bestimmung in Konflikt stünden oder stehen könnten, es der Schweiz möglich wäre, ihre Übernahme abzulehnen, so dass eine **(potentielle) Unvereinbarkeit vermieden** werden könnte.

2. Zur Streitbeilegung

45. Mit Blick auf **Streitigkeiten zwischen den Parteien** über die **Auslegung oder Tragweite der Abkommen** ist neu ein obligatorisches Streitbeilegungsverfahren vorgesehen. Dieses würde in folgenden Schritten bzw. nach folgenden Grundsätzen ablaufen:

- Der **Anwendungsbereich** des Streitbeilegungsverfahrens bezieht sich (ebenso wie bei der dynamischen Rechtsübernahme) auf die Binnenmarktabkommen (die fünf bestehenden der «Bilateralen I» und die beiden neuen Abkommen in den Bereichen Strom und Lebensmittelsicherheit), in denen das

EFTA-Staaten und Georgien vom 27. Juni 2016, SR 0.632.313.601 (Art. 12.9); Freihandelsabkommen zwischen den EFTA-Staaten und den Philippinen vom 28. April 2016, SR 0.632.316.451 (Art. 13.10); Freihandelsabkommen zwischen den EFTA-Staaten und den zentralamerikanischen Staaten vom 24. Juni 2013, SR 0.632.312.851 (Art. 12.9); Freihandelsabkommen zwischen den EFTA-Staaten und Hongkong, China vom 21. Juni 2011, SR 0.632.314.161 (Art. 10.10); Freihandelsabkommen zwischen den EFTA-Staaten und der Ukraine vom 24. Juni 2010, SR 0.632.317.671 (Art. 9.9). Weitere Abkommen sehen ebenfalls Ausgleichsmassnahmen sowie ein Schiedsgericht vor, das die Rechtmässigkeit überprüfen kann, vor, sind aber etwas anders formuliert: Freihandelsabkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Volksrepublik China vom 6. Juli 2013, SR 0.946.292.492 (Art. 15.10); Freihandelsabkommen zwischen den EFTA-Staaten und Kanada vom 26. Januar 2008, SR 0.632.312.32 (Art. 31); Freihandelsabkommen zwischen der Republik Peru und den EFTA-Staaten vom 14. Juli 2010, SR 0.632.316.411 (Art. 12.16, Art. 12.17); Freihandelsabkommen zwischen der Republik Kolumbien und den EFTA-Staaten vom 25. November 2008, SR 0.632.312.631 (Art. 12.16, Art. 12.17); Freihandelsabkommen zwischen den EFTA-Staaten und den SACU-Staaten vom 7. August 2006, SR 0.632.311.181 (Art. 36, wobei dieser Artikel im Vergleich zu den Regelungen in den anderen Abkommen weniger präzise bzw. ausführlich formuliert ist).

⁷⁰ Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Gemeinschaft über bestimmte Aspekte des öffentlichen Beschaffungswesens vom 21. Juni 1999, SR 0.172.052.68 (Art. 9).

Verfahren jeweils geregelt werden soll. Erfasst sind damit Fragen zur Auslegung der Abkommenstexte mitsamt den Anhängen, wobei eine solche Auslegungsfrage auch dann vorliegt, wenn es darum geht, ob ein bestimmter neuer EU-Rechtsakt Teil der Weiterentwicklung des von dem jeweiligen Abkommen erfassten Bereichs ist, eine Problematik, die sich sowohl «positiv» als auch «negativ» stellen kann.

- Die Entscheidung über die Reichweite seiner **Zuständigkeit** obliegt – wenn es einmal konstituiert und angerufen wird – dem **Schiedsgericht** selbst. Die beiden Vertragsparteien können somit zwar die Konstituierung eines Schiedsgerichts «erzwingen»; indessen bestimmt dieses selbst dann über die Eröffnung und Reichweite seiner Kompetenzen, was auch insofern naheliegend, wenn nicht sogar zwingend, erscheint, als dieser Aspekt ja auch eine Frage der Auslegung der Abkommen darstellt.
- Das **Verfahren** würde im Wesentlichen wie folgt ablaufen:
 - Treten zwischen den Vertragsparteien Differenzen betreffend die Auslegung oder Anwendung des betreffenden Abkommens auf, wäre zunächst im **Gemischten Ausschuss** eine Einigung zu suchen, so dass der erste Schritt in jedem Fall ein politischer wäre.
 - Kommt eine solche Einigung der Vertragsparteien innerhalb einer bestimmten Frist nicht zustande, könnte **jede Vertragspartei ein paritätisch zusammengesetztes Schiedsgericht** befassen. Eine Möglichkeit Einzelner oder nationaler Gerichte, das Schiedsgericht anzurufen, ist nicht vorgesehen.
 - Falls die dem Schiedsgericht vorgelegte Streitigkeit die **Auslegung oder die Anwendung von EU-Rechtsakten**, die in die Abkommen integriert wurden, oder in die Abkommen übernommene **unionsrechtliche Begriffe** betrifft, müsste das Schiedsgericht den EuGH anrufen, der über deren Auslegung zu entscheiden hätte.⁷¹ Diese Pflicht soll somit nur unter einer doppelten Voraussetzung zum Zuge kommen: Erstens muss es um einen in das betreffende Abkommen übernommenen EU-Rechtsbegriff gehen.⁷² Solche liegen zweifellos dann vor, wenn auf einen EU-Sekundärrechtsakt verwiesen wird; fraglich kann das Vorliegen eines uni-

⁷¹ Vgl. im Einzelnen instruktiv zu den verschiedenen sich in diesem Kontext stellenden (Auslegungs-) Fragen MÜLLER, in: Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht 2023/2024, 535 ff.; s. auch schon (mit Bezug zum InstA, bei welchem diese Fragen freilich parallel gelagert waren) PIRKER, ASA Bulletin 2019, 592 ff.

⁷² Die Frage, ob ein bestimmter EU-Rechtsakt eine Weiterentwicklung eines der Binnenmarktabkommen darstellt, könnte zumindest grundsätzlich wohl vom Schiedsgericht allein entschieden werden, da es hierbei um die Auslegung des Abkommens als solches geht; nicht ausgeschlossen ist indessen eine vorfrageweise Relevanz eines unionsrechtlichen Begriffs.

onsrechtlichen Begriffs aber sein, wenn es lediglich um parallele Formulierungen wie im Unionsrecht geht. Hier ist dann jeweils durch Auslegung zu ermitteln, ob es sich um einen unionsrechtlichen oder um einen «autonomen» Begriff handelt. Eine Anrufung des EuGH erfolgt damit nicht, wenn es um einen Bereich bzw. eine Bestimmung geht, die in den Anwendungsbereich einer Ausnahme von der Pflicht zur dynamischen Rechtsübernahme fällt, so dass die Auslegung der rechtlichen Tragweite der Ausnahmen in die alleinige Kompetenz des Schiedsgerichts fallen soll.⁷³ Wird das Vorliegen eines EU-Rechtsbegriffs bejaht, muss dessen Auslegung – zweitens – für die Entscheidung der Streitigkeit relevant und notwendig sein. Damit dürften hier letztlich die im Rahmen des Vorabentscheidungsverfahrens entwickelten Grundsätze – unter Einschluss des Grundsatzes des *acte clair*⁷⁴ – zum Zuge kommen.⁷⁵

- Jedenfalls ist die Frage nach der **Anrufungspflicht durch das Schiedsgericht** zu entscheiden, dies wohl unter Einschluss der Frage, ob ein in das jeweilige Abkommen übernommener unionsrechtlicher Begriff parallel wie im Unionsrecht auszulegen ist oder nicht.⁷⁶
- Das **Urteil des EuGH** wäre für das **Schiedsgericht**, das letztlich über die konkrete Streitfrage entscheiden muss, **bindend**. Dabei bezieht sich diese Verbindlichkeit lediglich auf die Auslegung der betreffenden unionsrechtlichen Vorschrift.
- Die konkrete Anwendung der betreffenden Bestimmung auf die Streitigkeit und damit auch das **Urteil über die Streitigkeit** obliegt dem **Schiedsgericht**. Dies ist insofern von grosser Bedeutung, als für die Entscheidung über die sich konkret in einem Streitfall stellenden Fragen häufig die konkreten Umstände ausschlaggebend sind; besondere Bedeutung kommt diesem Aspekt im Zusammenhang mit Verhältnismässigkeitserwägungen zu, welche gerade im Bereich des Binnenmarktrechts häufig entscheidungsrelevant sind. Hier verweist der EuGH im Vorabentschei-

⁷³ Vgl. im Einzelnen zur Reichweite der Anrufungspflicht und den sich hier stellenden Fragen MÜLLER, SJER 2023/2024, 535 (547 ff.). S. auch OESCH, Der EuGH und die Schweiz, N 124, 165; BREITENMOSER, SJER 2020/2021, 325 (337 f., 342); COTTIER, SJER 2020/2021, 353 (361 ff.).

⁷⁴ Grundlegend EuGH, Rs. C-283/81 (CILFIT), ECLI:EU:C:1982:335; s. aus der jüngeren Rechtsprechung EuGH, Rs. C-561/19 (Consortio Italian Management), ECLI:EU:C:2021:799.

⁷⁵ Vgl. im Einzelnen und ähnlich wie hier MÜLLER, SJER 2023/2024, 535 (551 ff.).

⁷⁶ Insoweit wohl a.A. MÜLLER, SJER 2023/2024, 535 (547 ff.). Zur Problematik – mit unterschiedlicher Akzentsetzung – weiter PIRKER, Jusletter vom 3. Juni 2019, N 12; MUSER/TOBLER, Jusletter vom 28. Mai 2019, N 63; VISCHER, Jusletter vom 22. Januar 2024, N 35 ff.; HESELHAUS, EuZ 2022, 1 (26); COTTIER, SJER 2020/2021, 353 (364 ff.).

dungsverfahren im Anschluss an die Formulierung allgemeiner Auslegungsgrundsätze denn auch regelmässig auf die durch die nationalen Gerichte vorzunehmende konkrete Prüfung.⁷⁷

- Das Urteil des Schiedsgerichts ist für die **Parteien bindend**.
- Konzeptionell parallel wie im Zusammenhang mit der dynamischen Rechtsübernahme ist auch hier die Möglichkeit der **Nichtbeachtung des Urteils** adressiert: Falls die unterlegene Partei einen Schiedsspruch nicht akzeptiert bzw. sich nicht an diesen hält, kann die andere Vertragspartei Ausgleichsmassnahmen – ein, wie erwähnt (N 43) im (Wirtschafts-) Völkerrecht übliches Instrument, welches in zahlreichen Abkommen der Schweiz verankert ist – ergreifen. Die Verhältnismässigkeit dieser Ausgleichsmassnahmen kann vom Schiedsgericht überprüft werden. In diesem Rahmen könnte wohl auch geprüft werden, ob das Ergreifen der Ausgleichsmassnahmen *per se* gerechtfertigt gewesen wäre, so dass es auch um die Frage gehen könnte, ob die andere Vertragspartei das Urteil des Schiedsgerichts tatsächlich nicht befolgt hat.⁷⁸

46. Deutlich wird damit, dass dieses Verfahren in Bezug auf die Zusammenarbeit des Schiedsgerichts mit dem EuGH dem Vorabentscheidungsverfahren (Art. 267 AEUV) nachgebildet ist. Es soll obligatorisch für die Parteien sein, die sich somit nicht einseitig der Jurisdiktion des Schiedsgerichts und damit (indirekt) des EuGH entziehen können. Nichtsdestotrotz weist es gewisse politische Elemente auf: So ist zunächst nach Möglichkeit auf politischer Ebene eine für beide Parteien annehmbare Lösung zu suchen. Sodann werden bei der Einleitung des Verfahrens, insbesondere der Befassung des Schiedsgerichts, wohl auch politische Gesichtspunkte eine Rolle spielen, können die Vertragsparteien doch auf die Einleitung verzichten. Einzelne bzw. betroffene Wirtschaftsteilnehmer können weder direkt noch indirekt ein Verfahren einleiten. Aber auch die implizit im Abkommen vorgesehene Möglichkeit, sich dann doch nicht an das Urteil des Schiedsgerichts zu halten, dies aber um den Preis von Ausgleichsmassnahmen, weist letztlich einen politischen Charakter auf. Vor diesem Hintergrund ist nicht zu erwarten, dass es allzu oft zu einer Befassung des Schiedsgerichts kommen würde, haben die Vertragsparteien doch ein sehr grosses Interesse an einer einvernehmlichen Lösung möglicher Differenzen. Gleichwohl sollte die Bedeutung der Möglichkeit der Einleitung eines Schiedsverfahrens nicht unterschätzt werden, steht damit doch beiden

⁷⁷ Vgl. aus der neueren Rechtsprechung z.B. EuGH, Rs. C-116/23 (Sozialministeriumservice), ECLI:EU:C:2024:292; EuGH, Rs. C-650/22 (FIFA), ECLI:EU:C:2024:824; EuGH, Rs. C-680/21 (Royal Antwerp Football Club), ECLI:EU:C:2023:1010; EuGH, Rs. C-387/22 (Nord Vest Pro Sani Pro), ECLI:EU:C:2024:786.

⁷⁸ Vgl. im Einzelnen zu den Implikationen dieses Systems der «Möglichkeit der Nichtbeachtung» für die Tragweite der Abkommen EPINEY, Jusletter vom 10. März 2025, N 15 ff.

Vertragsparteien der Weg einer verbindlichen und nicht politisch geprägten Streitbeilegung zur Verfügung, was eine gewisse Vorwirkung entfalten dürfte und übrigens gerade für den schwächeren Vertragspartner, die Schweiz, von überragender Bedeutung ist.

47. Auch das Streitbeilegungsverfahren kann als solches **nicht zu einem Konflikt mit Art. 121a Abs. 4 BV** führen: Denn hierfür ausschlaggebend sind die materiellen Verpflichtungen, welche die Schweiz mit einem (neuen) völkerrechtlichen Vertrag eingeht und deren Tragweite nach den gängigen Auslegungsmethoden (sowohl bezüglich der Verfassungsbestimmung als auch bezüglich des geplanten neuen Vertrages) beim bzw. im Vorfeld des Abschlusses eines Vertrages zu eruieren ist.⁷⁹ Dass in einem Vertrag ein Streitbeilegungsverfahren vorgesehen ist, in dessen Rahmen einem (schieds-) gerichtlichen Organ die für die Vertragsparteien (grundsätzlich) verbindliche Auslegung übertragen wird, ändert hieran nichts, auch wenn auf diese Weise ein zumindest theoretisches Risiko besteht, dass ein solches gerichtliches Organ Urteile fällt, die nicht mit der Bundesverfassung in Einklang stehen. Denn andernfalls wäre es der Schweiz ganz allgemein verwehrt, in völkerrechtlichen Verträgen solche Streitbeilegungsverfahren vorzusehen, ist doch nie völlig auszuschliessen, dass in solchen Verfahren auch «verfassungswidrige» Urteile gefällt werden. Aus dem grundsätzlichen verfassungsrechtlichen Gebot, dass die Verfassungsorgane beim Abschluss völkerrechtlicher Verträge die Bundesverfassung zu beachten haben,⁸⁰ kann indessen nicht gefolgert werden, dass aufgrund des erwähnten Risikos in keinem Fall Streitbeilegungsverfahren vorgesehen werden dürfen, wären doch ansonsten – ganz abgesehen davon, dass die Schweiz zahlreiche Abkommen mit solchen Verfahren abgeschlossen hat⁸¹ und damit auch die Praxis klar für die hier vertretene Ansicht spricht – der Einbindung der Schweiz in völkerrechtliche Vertragswerke sehr enge Grenzen gesetzt, was der grundsätzlichen Offenheit der Bundesverfassung gegenüber dem Völkerrecht⁸² zuwiderliefe. Eine andere, hier nicht zu vertiefende Frage ist diejenige nach den Implikationen verfassungswidriger Urteile internationaler gerichtlicher Instanzen, welche indessen bislang – soweit ersichtlich – noch nicht praktisch relevant geworden ist, woran auch umstrittene Urteile (z.B. des EGMR) nichts zu ändern vermögen.

48. Im vorliegenden Zusammenhang kommt noch hinzu, dass es der Schweiz auf der Grundlage der «Bilateralen III» möglich wäre, einen Schiedsspruch nicht zu

⁷⁹ S. insoweit in Bezug auf die «Bilateralen III» noch die Ausführungen in § 3.

⁸⁰ Vgl. oben N 4.

⁸¹ Vgl. insoweit die Hinweise auf zahlreiche Abkommen in N 43.

⁸² Vgl. hierzu nur, m.w.N., EPINEY, in: Waldmann/Belser/Epiney, BSK BV, Art. 5, N 84 ff.

beachten, wobei sie aber ggf. verhältnismässige Ausgleichsmassnahmen zu gewährleisten hätte. Damit könnte sie also auch hier – parallel wie im Zusammenhang mit der dynamischen Rechtsübernahme – ein möglicherweise gegen Art. 121a Abs. 4 BV verstossendes Schiedsgerichtsurteil nicht anwenden.

3. Zur Rolle des EuGH im Rahmen der Auslegung von Abkommensbestimmungen

49. Es ist zu erwarten, dass – obwohl dies im Faktenblatt des Bundesrates über die institutionellen Elemente nicht ausdrücklich erwähnt wird – die Protokolle zu den Institutionellen Elementen der «Bilateralen III» auch Grundsätze betreffend die **Auslegung** derjenigen Teile bzw. Bestimmungen der Abkommen enthalten, welche **EU-Rechtsakte oder unionsrechtliche Begriffe** bzw. Konzepte übernehmen, wobei wohl die **Rechtsprechung des EuGH** als massgeblich verankert werden dürfte. Denn nur auf diese Weise kann sichergestellt werden, dass – wovon sowohl die Grundsätze der dynamischen Rechtsübernahme als auch die Streitbeilegung ausgehen – im Falle der Anknüpfung bzw. «Integration» unionsrechtlicher Bestimmungen in die Abkommen diese im Verhältnis zur Schweiz parallel wie im Rahmen des EU-Rechts ausgelegt werden, ein Anliegen, welches vor dem Hintergrund zu sehen ist, dass die betreffenden Abkommen die Beteiligung der Schweiz am EU-Binnenmarkt und damit an Teilen des unionsrechtlichen Besitzstands vorsehen, so dass die entsprechenden Regelungen in paralleler Weise für alle beteiligten Staaten und Wirtschaftsteilnehmer zum Zuge kommen sollen.⁸³

Nur am Rande sei in diesem Zusammenhang erwähnt, dass bereits heute einige Abkommen der Bilateralen I und II, nämlich das Freizügigkeitsabkommen, das Luftverkehrsabkommen⁸⁴ sowie die Schengen/Dublin-Assoziierung explizite Hinweise auf die Massgeblichkeit der Rechtsprechung des EuGH enthalten, wobei sich diese jedoch in ihrer Ausgestaltung durchaus unterscheiden.⁸⁵ Im Übrigen ist daran zu erinnern, dass die Rechtsprechung des EuGH nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zum Freizügigkeitsabkommen ganz allgemein – unter Einschluss der neuen Rechtsprechung – relevant für die Auslegung von aus dem Unionsrecht übernommenen Abkommensbestimmungen und grundsätzlich zu beachten ist, da nur auf diese Weise die Zielsetzung des Abkommens – eine parallele Rechtsentwicklung – erreicht werden kann.⁸⁶

⁸³ Vgl. schon oben N 41 f.

⁸⁴ Abkommen vom 21. Juni 1999 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Gemeinschaft über den Luftverkehr (Luftverkehrsabkommen), SR 0.748.127.192.68.

⁸⁵ Vgl. im Einzelnen hierzu EPINEY/METZ/PIRKER, Parallelität der Rechtsentwicklung, 154 ff.

⁸⁶ S. die Hinweise und Nachweise in N 3. Ausführlich zur Rolle der Rechtsprechung des EuGH auf der Grundlage des *status quo* EPINEY, Jusletter vom 19.12.2022, N 9 ff.

50. Auch wenn die Auslegung der «Bilateralen III» und der Rechtsschutz Einzelner nach dem Zwei-Pfeiler-Modell erfolgen,⁸⁷ wären die schweizerischen Behörden und die Gerichte an eine solche «Auslegungsregel» gebunden. Vor diesem Hintergrund ist es denkbar, dass die Schweiz gehalten sein könnte, eine **abkommensrechtliche Bestimmung**, welche Freizügigkeits- bzw. Aufenthaltsrechte garantiert, aufgrund eines **(neueren) Urteils des EuGH weiter als bislang auszulegen**, insbesondere indem ihr Anwendungsbereich präzisiert bzw. im Vergleich zur bisherigen Rechtslage – beruhe sie nun auf der Rechtsprechung des Gerichtshofs selbst (der seine Rechtsprechung mitunter auch ändert)⁸⁸ oder entspreche sie (nur) der allgemeinen oder überwiegenden Auffassung – ausgeweitet wird.

51. Unabhängig davon, wie genau die Relevanz der neueren Rechtsprechung des EuGH letztlich in den Institutionellen Protokollen zu den betroffenen Abkommen formuliert sein wird, ist auch hier – ebenso wie in Bezug auf die Streitbeilegung – festzuhalten, dass auch eine sehr weitgehende Pflicht des «Nachvollzugs» von Urteilen des **EuGH nicht als solche in Konflikt mit Art. 121a Abs. 4 BV** geraten kann. Denn es geht hier um die Auslegung einer bestehenden vertraglichen Vorgabe, für welche gewisse Auslegungsregeln vereinbart werden, nicht jedoch um einen neuen völkerrechtlichen Vertrag. Die entscheidende Frage geht denn auch hier dahin, ob die entsprechenden materiellen Pflichten – welche beim Vertragsabschluss nach den gängigen Methoden auszulegen sind – als solche gegen Art. 121a Abs. 4 BV verstossen; dafür, dass diese Bestimmung auch Verträgen entgegenstehen soll, die gewisse Vorgaben für ihre Auslegung enthalten, gibt es keine Anhaltspunkte, auch wenn diese Auslegung Implikationen für die Aufenthaltsrechte von Ausländerinnen und Ausländern entfalten könnte.

⁸⁷ S.o. N 40.

⁸⁸ Ein Beispiel für eine Modifikation der Rechtsprechung des EuGH, welche im Ergebnis zu einer weiteren Auslegung gewisser Aufenthaltsrechte führte, findet sich in EuGH, Rs. C-127/08 (Metock), ECLI:EU:C:2008:449: Hier stellte der Gerichtshof fest, die in der RL 2004/38 gewährleisteten (Nachzugs-) Rechte der Familienangehörigen (insbesondere auf Einreise und Aufenthalt) fänden unabhängig davon Anwendung, dass sich das betreffende drittstaatsangehörige Familienmitglied bereits vor dem Nachzug rechtmässig in einem Mitgliedstaat aufgehalten hat. In Bezug auf die entsprechenden Bestimmungen der VO 1612/68 hatte der Gerichtshof hingegen noch betont, die Familiennachzugsregeln regelten lediglich die Freizügigkeit innerhalb der Union, so dass ihr keine Hinweise darauf entnommen werden könnten, welche Rechte ein Drittstaatsangehöriger im Hinblick auf den Zugang zum Unionsgebiet hat. Entsprechend müssten sich Familienangehörige von Unionsbürgern bereits rechtmässig im Unionsgebiet aufhalten, um in den Genuss der Familiennachzugsrechte zu kommen, vgl. EuGH, Rs. C-109/01 (Akrich), ECLI:EU:C:2003:491; unklar auch noch (mit Bezug auf die RL 2004/38) EuGH, Rs. C-1/05 (Jia), ECLI:EU:C:2007:1. Das Bundesgericht hat diese Rechtsprechungsänderung des EuGH nachvollzogen, vgl. BGE 136 II 5.

III. Zwischenfazit

52. Damit kann im Ergebnis festgehalten werden, dass das **revidierte Freizügigkeitsabkommen** im Zuge der grundsätzlichen Übernahme der RL 2004/38 zwar **verschiedene neue Aufenthaltsrechte** verankert; indessen geht es bei diesen neuen bzw. erweiterten Aufenthaltsrechten meist um erweiterte Verbleiberechte oder Präzisierungen bzw. Konkretisierungen des Fortbestands der Arbeitnehmer-eigenschaft. Eigentlich neue Aufenthaltsrechte in dem Sinn, dass Personen bzw. Kategorien von Personen, denen bislang kein Aufenthaltsrecht zustand, neu Freizügigkeits- bzw. Aufenthaltsrechte eingeräumt werden, gibt es nur wenige, die sich zudem teilweise nur auf einen sehr begrenzten Zeitraum beziehen.

53. Im Einzelnen konnten folgende **Konstellationen bzw. Kategorien erweiterter Freizügigkeits- bzw. Aufenthaltsrechte** von Unionsbürgern in der Schweiz (und übrigens auch umgekehrt, so dass Schweizer Bürgern im EU-Ausland dieselben Rechte zustehen) im revidierten Freizügigkeitsabkommen im Vergleich zum *status quo* eruiert werden (N 13 ff.):

- neue Aufenthaltsrechte (Erweiterung des Familiennachzugsrechts auf Lebenspartner mit eingetragener Partnerschaft, Art. 2 Nr. 2 lit. b RL 2004/38), wobei diese Erweiterung im Ergebnis aufgrund des Art. 2 FZA bereits auf der Grundlage des geltenden Rechts zu beachten ist;
- neue Aufenthaltsrechte mit begrenzter Dauer (voraussetzungsloses Aufenthaltsrecht bis zu drei Monaten, Art. 6 RL 2004/38; verlängertes Aufenthaltsrecht zur Stellensuche, Art. 14 Abs. 4 lit. b RL 2004/38);
- erweiterte Verbleiberechte für Erwerbstätige und ihre Familienangehörigen (Art. 12 Abs. 2, Art. 13 Abs. 2, Art. 16 ff. RL 2004/38);
- erschwerte Voraussetzungen für eine Aufenthaltsbeendigung (Art. 14 Abs. 3, 27 f. RL 2004/38), wobei hier jedoch die erwähnte Ausnahme (N 33) zu beachten ist.

54. Darüber hinaus sind dem revidierten Freizügigkeitsabkommen **weitere Neuerungen**, welche jedoch nicht das Aufenthaltsrecht als solches betreffen, zu entnehmen. Diese betreffen insbesondere die mit der Aufrechterhaltung der Arbeitnehmereigenschaft einhergehenden Rechte auf den Genuss der gleichen steuerlichen und sozialen Vergünstigungen wie einheimische Arbeitnehmer sowie das Recht von Familienangehörigen in aufsteigender Linie auf Erwerbstätigkeit.

55. Die in den «Bilateralen III» vorgesehenen **institutionellen Regelungen** (dynamische Rechtsübernahme und Streitbeilegung sowie die Rolle der Rechtsprechung des EuGH für die Auslegung des Freizügigkeitsabkommens) können als solche nicht zu einer Unvereinbarkeit des Abkommenspakets mit Art. 121a Abs. 4 BV führen, da im Rahmen der dynamischen Rechtsübernahme ein «Ausscheren»

möglich ist und es bei der Streitbeilegung sowie der Rolle des EuGH um die Auslegung von Abkommensbestimmungen geht, ein Aspekt, welcher zwar ihre materielle Tragweite beschlägt, aber nicht als solcher zu einer Unvereinbarkeit mit Art. 121a Abs. 4 BV führen kann.

§ 3 Zur Tragweite des Art. 121a Abs. 4 BV – mit Bezug zu den vorgesehenen Modifikationen des Freizügigkeitsabkommens

56. Nach Art. 121a Abs. 4 BV dürfen «keine völkerrechtlichen Verträge abgeschlossen werden, die gegen diesen Artikel verstossen». Wie bereits die anderen Absätze des Art. 121a BV wirft auch diese Bestimmung diverse komplexe Auslegungsfragen auf.⁸⁹ Diesen soll – ausgehend von der Zielsetzung des Art. 121a Abs. 4 BV und seiner systematischen Stellung (I.), nachgegangen werden (II.), wobei der Fokus auf der materiellen Reichweite der «Verbotsnorm» des Art. 121a Abs. 4 BV – also der Frage, unter welchen Voraussetzungen bei einem bestimmten völkerrechtlichen Vertrag ein Verstoss «gegen diesen Artikel» anzunehmen ist – liegt, dürfte dieser Aspekt doch für die Vereinbarkeit der im Rahmen der «Bilateralen III» vorgesehenen Modifikationen des Freizügigkeitsabkommens entscheidend sein.⁹⁰

I. Zielsetzung des Art. 121a Abs 4 BV und systematischer Zusammenhang

57. Das in Art. 121a Abs. 4 BV enthaltene Verbot des Abschlusses völkerrechtlicher Verträge, die gegen diesen Artikel verstossen, ist vor dem Hintergrund zu sehen, dass die neue Verfassungsbestimmung – wie offenbar von den Initiantinnen und Initianten erkannt – ein beachtliches Konfliktpotential mit (bestehenden oder zukünftigen) völkerrechtlichen Abkommen in sich birgt. Zu erinnern ist in diesem Zusammenhang daran, dass nach Art. 197 Ziff. 11 Abs. 1 BV bestehende völkerrechtliche Verträge, die Art. 121a BV widersprechen, innerhalb von drei Jahren anzupassen sind. Nimmt man beide Verfassungsbestimmungen zusammen, so ist das Anliegen erkennbar, **mögliche Konflikte mit völkerrechtlichen Verträgen zu verhindern bzw. zu beseitigen.**

⁸⁹ Vgl. zur Auslegung des Art. 121a BV schon BJ, Volksinitiative «Gegen Masseneinwanderung», *passim*; DV, Auswirkungen der neuen Verfassungsbestimmungen Art. 121a, *passim*; s. sodann die Kommentierungen zu Art. 121a mit jeweils weiteren Nachweisen: THURNHERR, in: Ehrenzeller et al., SGK BV, Art. 121a; BOILLET/MAIANI, in: Martenet/Dubey, CR Cst., Art. 121a; UEBERSAX, in: Waldmann/Belser/Epiney, BSK BV, Art. 121a; BIAGGINI, Komm. BV, Art. 121a.

⁹⁰ Dabei greifen die Ausführungen in diesem Kapitel teilweise (im Wesentlichen unter I. und II.1.) auf bereits durchgeführte Untersuchungen zurück, die aufgegriffen werden. Vgl. insbesondere EPINEY, Jusletter vom 13. Juni 2016; EPINEY, Jusletter vom 15. Juni 2015.

58. Spezifisch in Bezug auf **Art. 121a Abs. 4 BV** geht es also darum zu **verhindern**, dass **völkerrechtliche Abkommen abgeschlossen** werden, die dieser Bestimmung – womit ausgehend von der Systematik des Art. 121a BV ersichtlich **Art. 121a Abs. 1-3 BV** gemeint sind – **zuwiderlaufen**, dies im Hinblick auf eine möglichst konfliktfreie bzw. kohärente Ausgestaltung der für die bzw. in der Schweiz geltenden Rechtsnormen. Damit wird einerseits der Rechtssicherheit Rechnung getragen, führt doch die Geltung miteinander in Konflikt stehender rechtlicher Regelungen regelmässig zu Fragen über ihr Verhältnis und damit die letztlich massgebliche Rechtslage, eine Problematik, der in Bezug auf das immer wieder diskutierte und nicht in jeder Beziehung geklärte Verhältnis von Völker- und Landesrecht⁹¹ eine besondere Bedeutung zukommt. Andererseits soll wohl auch verhindert werden, dass die Schweiz sich völkerrechtlich verpflichtet, diese Verpflichtung aber im Zuge der verfassungsrechtlichen Vorgaben dann möglicherweise wieder auflösen sollte oder müsste oder die Nichteinhaltung eines Vertrages ihre völkerrechtliche Verantwortlichkeit nach sich zieht.

59. In Bezug auf das Verhältnis von **Art. 121a Abs. 4 BV** und **Art. 197 Ziff. 11 Abs. 1 BV** dürfte davon auszugehen sein, dass sich letztere Bestimmung auf bereits für die Schweiz geltenden völkerrechtlichen Verträge bezieht, während die erstgenannte Norm zukünftige bzw. neue völkerrechtliche Verträge im Blick hat. Dies ergibt sich neben dem Zusammenspiel beider Bestimmungen auch schon aus dem Wortlaut des Art. 121a Abs. 4 BV. Denn nur neue völkerrechtliche Verträge können «abgeschlossen» werden; bereits für die Schweiz verbindliche Abkommen bestehen schon. In Bezug auf den Wortlaut des Art. 197 Ziff. 11 Abs. 1 BV ist darauf hinzuweisen, dass nur bereits bestehende und für die Schweiz verbindliche völkerrechtliche Abkommen Bezug «neu» verhandelt und angepasst werden können.

60. Insgesamt geht es somit bei Art. 121a Abs. 4 BV darum zu verhindern, dass aufgrund des Abschlusses neuer völkerrechtlicher Abkommen, welche nicht in Einklang mit Art. 121a Abs. 1-3 BV stehen, rechtliche und praktische **Schwierigkeiten und Inkohärenzen in der Rechtsordnung** entstehen. Insbesondere könnten neue, neue, Art. 121a Abs. 1-3 BV zuwiderlaufende vertragliche Pflichten zusätzliche Probleme bei der Umsetzung der Bestimmung (die sich auch weiterentwickeln kann) nach sich ziehen sowie in der Zukunft den Spielraum der Zuwanderungspolitik der Schweiz dergestalt einschränken, dass Art. 121a Abs. 1-3 BV keine Wirkungen (mehr) entfalten könnte.

⁹¹ Vgl. ausführlich zur Thematik EPINEY, in: Waldmann/Belser/Epiney, BSK BV, Art. 5, N 84 ff., m.w.N.; s. auch den Überblick bei EPINEY, Jusletter vom 10.3.2025, N 13 f.

II. Zur Reichweite des Art. 121a Abs. 4 BV

61. Die rechtliche Tragweite des Art. 121a Abs. 4 BV erschliesst sich – vor dem Hintergrund der skizzierten Zielsetzung der Bestimmung und seiner systematischen Stellung – durch folgende Aspekte: Erfasst sind der «Abschluss» (1.), (neuer) völkerrechtlicher Verträge (2.), welche «gegen diesen Artikel verstossen» (3.).

Vor der Umsetzung des Art. 121a BV auf Gesetzesebene⁹² stellte sich die Frage, ob Art. 121a Abs. 4 BV unabhängig von der Umsetzung angewandt werden konnte, da Art. 121a Abs. 1-3 BV – wie sich schon aus Art. 121a Abs. 5 BV ergibt – nicht unmittelbar anwendbar sind,⁹³ so dass sich die genaue Tragweite der «Verbotsnorm» des Art. 121a Abs. 4 BV erst im Zuge der Umsetzung erschliessen könnte.⁹⁴ Inzwischen ist diese Frage nicht mehr praktisch relevant.

1. «Abschluss» völkerrechtlicher Abkommen

62. Art. 121a Abs. 4 BV spricht davon, dass keine völkerrechtlichen Verträge «abgeschlossen» werden dürfen, die gegen Art. 121a BV verstossen. Die Reichweite dieses «Verbotstatbestands» hängt also (auch) davon ab, was unter **«Abschluss» eines (neuen) völkerrechtlichen Vertrages** zu verstehen ist.

63. Nach den einschlägigen völkerrechtlichen Grundsätzen, die in der Wiener Vertragsrechtskonvention (WVK)⁹⁵ niedergelegt sind und im Übrigen (jedenfalls soweit die hier relevanten Grundsätze betroffen sind) Völkergewohnheitsrecht darstellen,⁹⁶ ist ein Staat grundsätzlich erst mit der Ratifikation an einen völkerrechtlichen Vertrag gebunden, so dass weder die Paraphierung noch die Unterzeichnung eines Vertrages bereits eine Bindung an den Vertrag und den Status als Vertragspartei nach sich ziehen.⁹⁷ Auf dieser Grundlage könnte man in Erwägung ziehen, dass Art. 121a Abs. 4 BV lediglich die Ratifikation neuer völkerrechtlicher

⁹² Vgl. zur Umsetzung der Bestimmung, die teilweise für verfassungswidrig erachtet wird (so BIAGGINI, Komm. BV, Art. 121a, N 4 f.; s. aber auch BOILLET/MAIANI, in: Martenet/Dubey, CR Cst., Art. 121a, N 31 ff.; UEBERSAX, in: Waldmann/Belser/Epiney, BSK BV, Art. 121a N 86 ff., die die Umsetzung angesichts der divergierenden Interessen bzw. anderer verfassungsrechtlicher Vorgaben für verfassungskonform erachten; weiter zur Umsetzung THURNHERR, in: Ehrenzeller et al., SGK BV, Art. 121a, N 66 ff. S. auch noch unten N 78 ff.

⁹³ Allgemeine Meinung, vgl. nur SCHLEGEL/SIEBER-GASSER, Jusletter vom 17.3.2014, N 39; BJ, Volksinitiative «Gegen Masseneinwanderung», 3.

⁹⁴ Gegen eine unmittelbare Anwendbarkeit unabhängig von der Umsetzungsgesetzgebung daher EPINEY, Jusletter vom 15. Juni 2015, N 15 ff.; a.A. THURNHERR, in: Ehrenzeller et al., SGK BV, Art. 121a, N 23; BJ, Volksinitiative «Gegen Masseneinwanderung», 3 f.

⁹⁵ Wiener Konvention über das Recht der Verträge vom 23. Mai 1969, SR 0.111.

⁹⁶ Zum völkergewohnheitsrechtlichen Charakter der in der WVK niedergelegten Grundsätze nur VON ARNAULD, Völkerrecht, N 198.

⁹⁷ Vgl. hierzu nur, m.w.N., KÄLIN/EPINEY/CARONI/KÜNZLI/PIRKER, Völkerrecht, 17 ff.

Abkommen verbietet, nicht jedoch die Unterzeichnung, dies abgesehen von denjenigen Konstellationen, in denen bereits durch die Unterzeichnung eine völkerrechtliche Verbindlichkeit entsteht.⁹⁸ Führt man den diesem Ansatz zugrundeliegenden Gedanken zu Ende, wäre auch eine Genehmigung durch das Parlament und die Unterstellung des betreffenden Beschlusses unter das fakultative Referendum nicht vom Begriff des «Abschlusses» eines völkerrechtlichen Vertrages erfasst, tritt die völkerrechtliche Bindung doch erst mit der (durch den Bundesrat vorzunehmenden) Ratifikation ein. Somit beschränkte sich die Tragweite des Art. 121a Abs. 4 BV darauf, dem Bundesrat die Ratifikation neuer Abkommen, die Art. 121a BV widersprechen, zu verbieten.

64. Deutlich werden damit auch die Argumente gegen einen derartigen, eher formalistischen Ansatz: Wenn von vornherein klar ist,⁹⁹ dass ein völkerrechtlicher Vertrag nicht ratifiziert werden darf, erscheint es wenig sinnvoll, das Abkommen gleichwohl zu unterzeichnen, zumal sich aus Art. 18 WVK – das sog. «Frustrationsverbot», wonach sich ein Staat aller Handlungen zu enthalten hat, die Ziel und Zweck eines Vertrages gefährden, den er unter Vorbehalt der Ratifikation unterzeichnet hat – durchaus gewisse «Vorwirkungen» einer Unterzeichnung ergeben, die grundsätzlich bis hin zur *de facto*-Massgeblichkeit bestimmter Vertragsbestimmungen reichen können. Ebenso wenig erschliesst sich der Sinn einer parlamentarischen Genehmigung sowie gar eines Referendums, wenn der so genehmigte Vertrag sowieso nicht ratifiziert werden darf. Wenn der Hintergrund des Art. 121a Abs. 4 BV darin zu sehen ist zu vermeiden, dass mit Art. 121a BV unvereinbare Abkommen für die Schweiz verbindliches Völkerrecht werden, spricht daher Vieles dafür, nicht nur den eigentlichen «Abschluss» des Vertrages, mit dem dessen völkerrechtliche Verbindlichkeit einhergeht, sondern auch bereits diejenigen **Verfahrensschritte im Vorfeld**, die auf einen solchen «**Abschluss**» **abzielen** bzw. nur im Hinblick auf diesen Sinn machen, zu erfassen. Für diesen Ansatz spricht

⁹⁸ In gewissen Konstellationen ist denn auch der Bundesrat allein zu einem Abschluss völkerrechtlicher Verträge befugt (vgl. Art. 166 Abs. 2 BV sowie Art. 24 Abs. 2, 3 ParlG, Art. 7a RVOG), so dass hier die Unterzeichnung in der Regel auch das Inkrafttreten des Vertrages auch auf völkerrechtlicher Ebene nach sich zieht. Für den hier interessierenden Bereich der Zuwanderung dürfte eine solche Kompetenz des Bundesrates allenfalls in Ausnahmefällen gegeben sein. Zur Befugnis des Bundesrates, selbständig (ohne parlamentarische Genehmigung) völkerrechtliche Verträge abzuschliessen, nur, m.w.N., KÄLIN/EPINEY/CARONI/KÜNZLI/PIRKER, Völkerrecht, 101 ff.; TSCHANNEN, Staatsrecht, N 1717.

⁹⁹ Zu der Frage der materiell-rechtlichen Voraussetzung einer Unvereinbarkeit mit Art. 121a BV sowie der (unmittelbaren) Anwendbarkeit unabhängig von der Umsetzungsgesetzgebung noch unten N 73 ff., N 78 ff.

auch, dass der Begriff des «Abschlusses» kein spezifischer Begriff des Vertragschlussverfahrens ist (wie Genehmigung oder Ratifikation, vgl. Art. 166 Abs. 2, Art. 184 Abs. 2 BV).

65. Daher steht Art. 121a Abs. 4 BV – in seinem Anwendungsbereich – nicht nur der **Ratifikation**, sondern auch der **Unterzeichnung und Genehmigung** der durch diese Bestimmung erfassten Abkommen entgegen.¹⁰⁰ Hingegen bezieht sich diese Bestimmung keinesfalls bereits auf Verhandlungen, ist hier doch naturgemäss unklar, welches Ergebnis diese zeitigen werden, so dass in diesem Stadium noch gar nicht festgestellt werden kann, ob eine Unvereinbarkeit mit Art. 121a BV vorliegt oder nicht. Vieles spricht im Übrigen dafür, die Paraphierung eines Abkommens – also die verbindliche Festlegung des Textes, so dass dieser nur durch die Aufnahme neuer Verhandlungen modifiziert werden kann – ebenfalls nicht unter den Begriff des «Abschlusses» zu fassen, da erst auf der Grundlage des paraphierten Textes in der Tat die Frage nach seiner Vereinbarkeit mit Art. 121a BV geprüft werden kann.¹⁰¹ Im Übrigen entfaltet die Paraphierung für die betroffenen Staaten – im Gegensatz zur Unterzeichnung – grundsätzlich keinerlei Rechtswirkungen, wobei jedoch in Ausnahmefällen der Grundsatz von Treu und Glauben greifen kann, so dass aus völkerrechtlicher Sicht eine Paraphierung dann problematisch sein kann, wenn sehr klar abzusehen ist, dass ein Abschluss des Vertrages von vornherein nicht in Betracht kommen kann.

¹⁰⁰ S. zum Ganzen schon EPINEY, Jusletter vom 13. Juni 2016, N 13 ff. Ebenso wie hier z.B. THURNHERR, in: Ehrenzeller et al., SGK BV, Art. 121a, N 61. Allerdings ist auf Art. 141a Abs. 1 BV hinzuweisen, wonach Verfassungsänderungen, die der Umsetzung eines Vertrages dienen, in den Genehmigungsbeschluss aufgenommen werden können, so dass Vieles dafür spricht, in denjenigen Konstellationen, in denen über dieses Verfahren eine Änderung der Verfassung angestrebt wird, die Unterzeichnung des betreffenden Vertrages für zulässig zu erachten. Vgl. so wohl auch UEBERSAX, Jusletter vom 14.4.2014, N 63 ff.

¹⁰¹ A.A. in Bezug auf die Paraphierung und die Vertragsverhandlungen jedoch BJ, Volksinitiative «Gegen Masseneinwanderung», 19 ff., wo festgehalten wird, dass bereits Vertragsverhandlungen in Bezug auf ein Abkommen, das möglicherweise gegen Art. 121a Abs. 13 BV verstossen könnte, sowie die Paraphierung von Art. 121a Abs. 4 BV jedenfalls in aller Regel erfasst seien. Zumindest in Bezug auf die Vertragsverhandlungen erscheint dies schon deshalb wenig plausibel, weil deren Ausgang ja naturgemäss offen ist, so dass zum Zeitpunkt der Verhandlungen in aller Regel unklar ist, ob ein Verstoss gegen Art. 121a Abs. 1-3 BV vorliegt. Soweit die Paraphierung betroffen ist, kann den hier durchaus greifenden und vom BJ angeführten Grundsätzen von Treu und Glauben und des Estoppelprinzips – soweit notwendig – dadurch Rechnung getragen werden, dass auf die entsprechenden Unsicherheiten in Bezug auf die Unterzeichnung hingewiesen wird. Zu diesen Grundsätzen im vorliegenden Zusammenhang (im Kontext des Kroatien-Protokolls) EPINEY, Jusletter vom 13. Juni 2016, N 19 ff.

2. (Neue) völkerrechtliche Abkommen

66. Wie bereits erwähnt,¹⁰² bezieht sich Art. 121a Abs. 4 BV nur auf **neue völkerrechtliche Verträge**, also auf solche, die für die Schweiz noch nicht in Kraft sind, dies vor dem Hintergrund, dass der Abschluss neuer völkerrechtlicher Verträge, die im Widerspruch zu Art. 121a BV stehen, verhindert werden soll.

67. Damit sind in diesem Zusammenhang zwei Elemente massgeblich, durch die sich dann auch die Tragweite der Bestimmung erschliesst:

- Erstens muss es um einen **«völkerrechtlichen Vertrag»** gehen. Hierunter sind dem Völkerrecht unterstehende Willenseinigungen zwischen zwei oder mehreren Staaten oder anderen Völkerrechtssubjekten zu verstehen, durch die sich die Beteiligten zu einem bestimmten Verhalten verpflichten.¹⁰³ Ein völkerrechtlicher Vertrag kann auch vorliegen, wenn er nicht als solcher, sondern anders (z.B. als Protokoll, Vereinbarung, Abkommen oder Pakt) bezeichnet wird. Keine völkerrechtlichen Verträge in diesem Sinn stellen indessen Handlungen dar, denen keine Rechtsverbindlichkeit zukommt (*soft law*),¹⁰⁴ wie z.B. Absichtserklärungen, Deklarationen o.ä.¹⁰⁵
- Zweitens muss es sich um einen **«neuen»** völkerrechtlichen Vertrag handeln, also um einen Vertrag, der noch nicht für die Schweiz verbindlich ist, werden letztere doch durch Art. 197 Ziff. 11 Ab. 1 BV erfasst.¹⁰⁶ Diese Voraussetzung wird unproblematisch immer dann vorliegen, wenn die Schweiz mit einem oder mehreren anderen Völkerrechtssubjekten ein «echtes» neues Abkommen abschliessen möchte, wie z.B. das Freihandelsabkommen mit China.¹⁰⁷ Weniger klar ist die Rechtslage jedoch in denjenigen Fallgestaltungen, in denen es um **Modifikationen oder Ergänzungen bestehender Abkommen** – die ihrerseits auch als völkerrechtliche Verträge im genannten Sinn anzusehen sein können – geht. Hier dürften letztlich Sinn und Zweck des Art. 121a Abs. 4 BV entscheidend sein: Soweit solche **Modifikationen eigentliche neue Verpflichtungen** mit sich bringen, die nicht mit Art. 121a Abs. 1-3 BV vereinbar sind, dürften sie erfasst sein. Soweit dies jedoch nicht

¹⁰² Oben N 59.

¹⁰³ Vgl. KÄLIN/EPINEY/CARONI/KÜNZLI/PIRKER, Völkerrecht, 14; s. auch die Definition in Art. 2 Abs. 1 lit. a WVK, wobei sich diese Definition nur auf zwischen Staaten abgeschlossene Verträge bezieht.

¹⁰⁴ Zum *soft law* und seiner Bedeutung für das Völkerrecht nur KÄLIN/EPINEY/CARONI/KÜNZLI/PIRKER, Völkerrecht, 80 ff.

¹⁰⁵ UEBERSAX, in: Waldmann/Belser/Epiney, BSK BV, Art. 121a, N 70.

¹⁰⁶ S. schon oben N 57 ff.

¹⁰⁷ Freihandelsabkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Volksrepublik China vom 6. Juli 2013, SR 0.946.292.492. Im Zusammenhang mit diesem Abkommen wurde die Frage der Vereinbarkeit mit Art. 121a Abs. 4 BV thematisiert. Vgl. hierzu noch unten N 84.

der Fall ist, besteht kein Grund, ihren Abschluss zu verbieten, auch wenn der «ursprüngliche» Vertrag nicht mit Art. 121a Abs. 1-3 BV in Einklang stehen sollte. Denn in einer solchen Konstellation wäre keine neue völkerrechtliche Verpflichtung in Bezug auf die Einwanderung bzw. den Aufenthalt von Ausländerinnen und Ausländern zu gewärtigen, die nicht mit Art. 121a BV in Einklang stünde. Nur dieser Ansatz dürfte Sinn und Zweck der Bestimmung Rechnung tragen, da in einer solchen Konstellation die Ergänzung oder Modifikation des «Grundvertrages» keine eigentlichen neuen Pflichten, die gegen Art. 121a Abs. 1-3 BV verstossen, mit sich brächte und damit kein zusätzlicher neuer Vertrag entstünde, der mit der Verfassung in Widerspruch stünde. Ob und inwieweit Art. 121a Abs. 4 BV auch in Bezug auf Modifikationen bereits bestehender völkerrechtlicher Abkommen zum Zuge kommt, ist somit auf der Grundlage einer Analyse des betreffenden Vertragstextes im Einzelfall zu entscheiden,¹⁰⁸ so dass es letztlich auf den materiellen Inhalt und die Frage des Vorliegens eines Vertosses gegen Art. 121a Abs. 1-3 BV ankommt.¹⁰⁹

Konkret gestellt hat sich diese Frage bislang insbesondere im Zusammenhang mit dem Protokoll zum Freizügigkeitsabkommen Schweiz-EU über den Einbezug von Kroatien in das Abkommen: Der Bundesrat erachtete zunächst die Unterzeichnung des Protokolls für nicht mit Art. 121a BV vereinbar, da die Ausweitung des Geltungsbereichs neue zusätzliche Rechtsansprüche schaffe;¹¹⁰ die Situation wurde indessen angesichts der vorgesehenen Umsetzung des Art. 121a BV auf Gesetzesstufe später anders beurteilt, und schliesslich erfolgten Unterzeichnung und Ratifizierung, da eine mit dem Freizügigkeitsabkommen vereinbare Regelung zur Steuerung der Zuwanderung in Umsetzung des Verfassungsauftrages des Art. 121a Abs. 5 BV gefunden werden konnte.¹¹¹ Nach der hier vertretenen Ansicht war allerdings schon fraglich, ob das Protokoll – trotz der Erweiterung des Geltungsbereichs des Freizügigkeitsabkommens auf Kroatien – einen «neuen» völkerrechtlichen Vertrag darstellte, da es letztlich nur (wenn auch immerhin) um die Erweiterung des Geltungsbereichs eines bestehenden Abkommens aufgrund der «Gebietsvergrösserung» der Union ging.¹¹²

68. Im vorliegenden Zusammenhang ist festzuhalten, dass das Änderungsprotokoll zum Personenfreizügigkeitsabkommen jedenfalls einen **völkerrechtlichen**

¹⁰⁸ S. insoweit auch UEBERSAX, in: Waldmann/Belser/Epiney, BSK BV, Art. 121a, N 72, der formuliert, dass «Ergänzungen zumindest soweit zulässig sind, als sie das Schicksal des Grundvertrages teilen».

¹⁰⁹ Hierzu noch unten N 78 ff.

¹¹⁰ Vgl. Stellungnahme des Bundesrates vom 18.02.2015 zur Motion 14.4078.

¹¹¹ Pressemitteilung des Bundesrates vom 16.12.2016. Vgl. weiter Art. 2 lit. b Protokoll vom 4.3.2016, von der Bundesversammlung am 17.6.2016 genehmigt, in Kraft seit dem 1.1.2017, AS 2016 5251 5233; s. auch die Bundesrat, Botschaft zum Kroatien-Protokoll, BBl 2016 2223 (2225, 2233); s. zum Ganzen auch EPINEY, Jusletter vom 13. Juni 2016, N 13 ff.; BOILLET/MAIANI, in: Martenet/Dubey, CR Cst., Art. 121a, N 29; BIAGGINI, Komm. BV, Art. 121a, N 18.

¹¹² Ausführlich zu dieser Frage EPINEY, Jusletter vom 15. Juni 2015, N 26; EPINEY, Jusletter vom 13. Juni 2016, N 4 ff.

Vertrag darstellt und nach dem Gesagten unter das **Abschlussverbot des Art. 121a Abs. 4 BV fallen kann**, was freilich von seiner inhaltlichen Tragweite und damit den noch zu erörternden Voraussetzungen eines Verstosses gegen Art. 121a Abs. 1-3 BV abhängt.

3. Verstoss gegen Art. 121a Abs. 1-3 BV

69. Art. 121a Abs. 4 BV steht dem Abschluss völkerrechtlicher Verträge entgegen, die «gegen diesen Artikel verstossen». Wie bereits erwähnt,¹¹³ wird damit wohl auf Art. 121a Abs. 1-3 BV Bezug genommen, so dass die Anwendbarkeit des Art. 121a Abs. 4 BV die Feststellung eines Verstosses des geplanten völkerrechtlichen Vertrages gegen Art. 121a Abs. 1-3 BV voraussetzt. Aufgeworfen wird damit die Frage, wie festzustellen ist, ob ein Verstoß gegen Art. 121a Abs. 1-3 BV vorliegt bzw. unter welchen **Voraussetzungen** ein solcher anzunehmen ist. Dieser Fragestellung soll nachfolgend nachgegangen werden (c.), dies ausgehend von einigen grundsätzlichen Bemerkungen zur Auslegung einer solchen verfassungsrechtlichen Bestimmung (a.) und einem Hinweis auf die Bedeutung der Umsetzungsgesetzgebung in diesem Zusammenhang (b).

a. Zur Auslegung von im Zuge von Volksinitiativen eingeführten Verfassungsbestimmungen¹¹⁴

70. Ausgangspunkt für die Beantwortung der in dieser Untersuchung im Fokus stehenden Frage ist die **Einbettung des Art. 121a BV in den Gesamtkontext der Verfassung**: Nach der Annahme einer Volksinitiative und die Einfügung der entsprechenden neuen Vorschrift in die Verfassung ist diese nach den «üblichen» juristischen Methoden auszulegen (so dass Stellungnahmen im Vorfeld der Abstimmung zwar im Rahmen der historischen Auslegung – Stichwort Entstehungsgeschichte – Rechnung zu tragen ist, jedoch der sog. «Volkswille» kein Auslegungselement darstellt, kann er doch nicht ermittelt werden).¹¹⁵ Besondere Schwierig-

¹¹³ N 58.

¹¹⁴ Die Ausführungen in diesem Abschnitt greifen auf bereits durchgeführte Untersuchungen zurück, die aufgegriffen werden. Vgl. insbesondere EPINEY, Rechtliche Tragweite der Art. 121a, Art. 197 Ziff. 11 BV, 19 ff.

¹¹⁵ S. insoweit auch THURNHERR, in: Ehrenzeller et al., SGK BV, Art. 121a, N 16 f. In Bezug auf Art. 121a BV ist im Übrigen bemerkenswert, dass die Stellungnahmen sowohl der Behörden als auch des Initiativkomitees vor der Abstimmung deutlich anders lauteten als nach der Abstimmung. So ging der Bundesrat vor der Abstimmung davon aus, eine Umsetzung ohne die Einführung eines Kontingentsystems sei wohl nicht möglich, so dass die Annahme der Initiative höchstwahrscheinlich die Kündigung des Freizügigkeitsabkommens nach sich ziehe, während er diese Aussage nach der Abstimmung deutlich relativierte und eine

keiten weist die Auslegung einer Verfassungsbestimmung dann auf, wenn sie entweder in sich nicht ganz «stimmig» ist bzw. gewisse (Wertungs-) Widersprüche zu verzeichnen sind oder / und mit anderen Verfassungsbestimmungen in einem Spannungsverhältnis steht oder hier sogar gewisse Inkompatibilitäten bestehen (können).¹¹⁶

71. Von besonderer Bedeutung ist in solchen Konstellationen, dass es hier um **gleichrangige Normen** geht. Dabei verbietet sich ein schematisches Abstellen auf den *lex posteriori*-Grundsatz: Denn häufig – wenn nicht gar in aller Regel – kann nicht davon ausgegangen werden, dass die später erlassene Bestimmung zwingend allen entgegenstehenden früheren Bestimmungen vorgehen soll, hätten diese doch ansonsten aufgehoben werden müssen. Dies gilt in besonderem Masse für Verfassungsbestimmungen, welche zentrale Aspekte des Verfassungssystems und damit des demokratischen Rechtsstaates – so wie er in der Bundesverfassung konkretisiert ist – betreffen, wie z.B. Art. 5 BV. Vor diesem Hintergrund spielt hier der Grundsatz der **systematischen Auslegung** – und damit das Anliegen der **praktischen Konkordanz**,¹¹⁷ welches wohl letztlich eine spezifische Spielart der systematischen Auslegung darstellen dürfte – eine zentrale Rolle: Die verschiedenen Bestimmungen sind unter Berücksichtigung anderer, ggf. entgegenlaufender gleichrangiger Vorgaben auszulegen, wobei soweit wie möglich Widersprüche durch Auslegung zu vermeiden sind, so dass die verschiedenen (möglicherweise entgegenlaufenden) Bestimmungen jeweils ihre grösstmögliche Wirkung entfalten können. Dabei gilt es auch zu beachten, dass es grundsätzlich keine «klaren» Normen gibt, sondern jede Rechtsauslegung und -anwendung ist immer ein Prozess der (mehr oder weniger schwierigen) Auslegung. Speziell in Bezug auf die Verfassung ist zu beachten, dass sie zwar juristisch als Einheit anzusehen ist, die jedoch nicht aus «einem Guss» entstanden, sondern historisch gewachsen ist, so dass die einzelnen Bestimmungen nicht immer aufeinander abgestimmt sind; ein irgendwie geartetes Hierarchieverhältnis der Verfassungsbestimmungen untereinander besteht grundsätzlich nicht.¹¹⁸ Die Verfassungsauslegung im Allgemeinen und insbesondere auch von Bestimmungen, die aufgrund von Volksinitiativen Eingang in die Verfassung gefunden haben, im Besonderen kann vor diesem Hintergrund komplex sein, und jede «einfache» Lösung verbietet sich grundsätzlich, so dass es

Umsetzung im Einklang mit dem Freizügigkeitsabkommen (und damit ohne Kontingente und Höchstzahlen) favorisierte. Vgl. die Zusammenstellung der verschiedenen Aussagen und Stellungnahmen, m.w.N., bei EPINEY, Rechtliche Tragweite der Art. 121a, Art. 197 Ziff. 11 BV, 8 ff.

¹¹⁶ S. zum Ganzen auch, m.w.N., EPINEY, in: Waldmann/Belser/Epiney, BSK BV, Art. 5, N 55 ff.; weiter sehr instruktiv zur Verfassungsauslegung TSCHANNEN, Staatsrecht, N 134 ff.

¹¹⁷ Zu dieser Auslegungsmaxime BGE 139 I 16 E. 4.2.1, m.w.N.

¹¹⁸ Vgl. hierzu BGE 139 I 16 E. 4.2.1, mit ausführlicher Bezugnahme auf die Literatur.

den skizzierten Grundsätzen insbesondere nicht Rechnung trüge, die Tragweite einer Verfassungsbestimmung – falls sie durch eine Volksinitiative zustande gekommen ist – ausschliesslich oder auch nur schwergewichtig in Anlehnung an den Willen der Initiantinnen und Initianten zu bestimmen, wenn dieser auch im Rahmen der historischen Auslegung ein Auslegungselement – neben (vielen) anderen – darstellt, das entsprechend den Umständen des Einzelfalls zu gewichten ist.¹¹⁹

72. Insgesamt wird damit insbesondere deutlich, dass auch gemäss ihrem Wortlaut **vermeintlich «klare» Verfassungsbestimmungen** auf der Grundlage einer **systematischen Auslegung** im Sinne praktischer Konkordanz einer den **Wortlaut relativierenden Auslegung zugänglich** sind bzw. sein können, wobei die Ermittlung der genauen Tragweite der jeweiligen Verfassungsbestimmung mitunter schwierig zu ermitteln und häufig umstritten sein wird.

Relevant geworden sind diese Fragen z.B. und mit besonderer Deutlichkeit im Zusammenhang mit Art. 121 Abs. 3-6 BV, die aufgrund der Annahme der sog. Ausschaffungsinitiative Eingang in die Verfassung gefunden haben: Das Bundesgericht¹²⁰ betonte hier insbesondere, diese Bestimmungen stünden in einem Spannungsverhältnis sowohl mit diversen Grundrechten als auch mit völkerrechtlichen Verpflichtungen der Schweiz (insbesondere solchen aus der EMRK, aber auch mit solchen aus dem Freizügigkeitsabkommen mit der EU) und damit mit grundlegenden verfassungs- und völkerrechtlich von der Schweiz anerkannten Werten, da sie auf den ersten Blick einen «Ausweisungsautomatismus» nahelegten. Nach der EMRK und auf der Grundlage der Art. 5 Abs. 2, 36 BV sei in einem demokratischen Rechtsstaat jedoch eine Interessenabwägung und eine Beurteilung der Umstände des Einzelfalls geboten. Vor diesem Hintergrund handle es sich bei Art. 121 Abs. 3 BV «als Ganzes» um eine wertungsmässig offene Norm, die dem Gesetzgeber einen Konkretisierungsspielraum belasse, und ihr Verhältnis zu anderen Verfassungsbestimmungen bedürfe der Klärung, die durch den Gesetzgeber vorzunehmen sei. Dessen Spielraum beziehe sich nicht nur auf die nähere Präzisierung der einzelnen Tatbestände, sondern auch auf die Rechtsfolgen, da beide Aspekte in der Gesamtsystematik der ausländerrechtlichen Konsequenzen strafrechtlich relevanten Verhaltens nicht voneinander getrennt werden könnten. Interessant ist dieser Ansatz insbesondere auch vor dem Hintergrund, dass im Vorfeld der Abstimmung die ganz herrschende Mehrheit der Literatur sowie Bundesrat und Parlament (worauf das Bundesgericht in

¹¹⁹ Vgl. aus der Rechtsprechung z.B. BGE 139 II 243 E. 8. S. insofern auch die diesbezüglich sehr klare Formulierung von HANGARTNER, AJP 2013, 698 (700), der folgendes festhält: «Dass die Initianten einer Volksinitiative kein Monopol auf die Auslegung des von ihnen initiierten Verfassungstextes haben (...), ist im Übrigen klar. Jeder Rechtstext, von wem er auch ausgeht, ist unter Berücksichtigung der verschiedenen Auslegungsgesichtspunkte zu interpretieren und wird autoritativ von jenen Instanzen ausgelegt, die das Recht anwenden.» Ebenso explizit im Zusammenhang mit Art. 121a THURNHERR, in: Ehrenzeller et al., SGK BV, Art. 121a, N 15 ff., welche klarstellt, dass nach «gewonnener Abstimmung *nur noch die Verfassungsnorm ausgelegt* (wird)» (Hervorhebung im Original). Initiantinnen und Initianten von Volksinitiativen komme daher nie die «Deutungshoheit» über eine neue Verfassungsnorm zu; diese sei vielmehr nach den allgemeinen Methoden auszulegen; s. weiter BJ, Volksinitiative «Gegen Masseneinwanderung», 4.

¹²⁰ Vgl. BGE 139 I 16 E. 4.

seinem Urteil hinweist)¹²¹ davon ausgingen, dass die Initiative eine Art «Ausweisungsmechanismus» vorsehe, was das Bundesgericht nicht davon abhielt, aus den genannten Gründen einen anderen Ansatz zu vertreten.

Verallgemeinert man diesen (in der Begründung und im Ergebnis überzeugenden) Ansatz des Bundesgerichts, so spricht Vieles für den Grundsatz, dass zumindest zentrale verfassungsrechtliche Prinzipien – wie die in Art. 5 BV verankerten Grundsätze rechtsstaatlichen Handelns – nicht durch «isolierte» zu Verfassungsrecht gewordene Volksinitiativen «durchbrochen» werden können, zumal auf diese Weise die genannten Bestimmungen im Falle mehrerer in diese Richtung gehender Initiativen bzw. Verfassungsbestimmungen ausgehöhlt werden könnten. Insgesamt sprechen vor diesem Hintergrund gute Gründe dafür, dass Volksinitiativen grundsätzlich nur dann zur «Durchbrechung» der (bislang) geltenden und in der Verfassung niedergelegten grundsätzlichen Prinzipien führen können, wenn nicht nur ein solcher neuer Verfassungsartikel eingeführt wird, sondern gleichzeitig auch ein entsprechender Vorbehalt in denjenigen Bestimmungen eingefügt wird, mit denen solche Initiativen in Konflikt stehen, dies zumindest soweit zentrale rechtsstaatliche Grundsätze oder grundsätzliche strukturelle Bestimmungen zur Debatte stehen.

Hinzuweisen ist im Übrigen ergänzend auf den Umstand, dass das schweizerische Verfassungsrecht – insbesondere, aber nicht nur, vor dem Hintergrund des kaum materiellen Schranken unterliegenden Initiativrechts sowie der fehlenden Verfassungsgerichtsbarkeit in Bezug auf Bundesgesetze – gewisse Inkohärenzen in der Verfassung (sowohl zwischen verschiedenen Verfassungsbestimmungen als auch in Bezug auf das Verhältnis von nationalem Recht und Völkerrecht) in Kauf nimmt (unter Einschluss von «toten» Verfassungsbestimmungen). Zwar sind diese Inkohärenzen soweit wie möglich durch eine der praktischen Konkordanz verpflichtete Auslegung zu minimieren; ganz beseitigt werden können sie aber wohl nicht, womit auch die Konsequenz einhergeht, dass gewisse Verfassungsbestimmungen aufgrund anderer Verfassungsbestimmungen oder verfassungsrechtlicher Vorgaben nicht vollumfänglich verwirklicht werden können.

b. Art. 121a Abs. 4 und die Rolle der Umsetzungsgesetzgebung

73. Angesichts des Umstands, dass Art. 121a Abs. 1-3 BV als solche nicht direkt anwendbar sind,¹²² könnte in Erwägung gezogen werden, dass bei der Frage nach der Vereinbarkeit eines neuen völkerrechtlichen Vertrages massgeblich auf die **Umsetzungsgesetzgebung** abzustellen ist. Diese operiert gerade **nicht mit Höchstzahlen und Kontingenten**, sondern mit einer Stellenmeldepflicht und einem damit verbundenen sog. «Inländervorrang *light*» (Art. 21a AIG), wobei diese Umsetzung teilweise, m.E. jedoch zu Unrecht, für verfassungswidrig erachtet wird.¹²³

74. Dieser Ansatz implizierte, dass ein Verstoss gegen Art. 121a Abs. 4 BV nur dann vorliegen könnte, wenn der betreffende völkerrechtliche Vertrag in Konflikt mit der Umsetzungsgesetzgebung steht. Dies bedeutete für die in dieser Untersuchung im Fokus stehende Frage, ob und ggf. inwieweit die im Rahmen der «Bilateralen III» vorgesehene Modifikation des Freizügigkeitsabkommens mit Art.

¹²¹ BGE 139 I 16 E. 4.1, m.w.N.

¹²² S. schon N 60.

¹²³ Vgl. die Nachweise in Fn. 92; s. auch noch unten N 78 ff.

121a Abs. 4 BV vereinbar ist, dass diese zu bejahen wäre: Denn es ist nicht ersichtlich, dass die geplanten neuen Regelungen, welche die Schweiz im Rahmen der **Übernahme der RL 2004/38** beachten müsste, die in Art. 21a AIG geregelten Fragen betreffen; vielmehr geht es um gänzlich andere Aspekte.¹²⁴

An diesem Schluss könnte auch der Umstand nichts ändern, dass die Umsetzung der Art. 121a Abs. 1-3 BV auf Gesetzesebene möglicherweise in Konflikt mit dem geltenden Freizügigkeitsabkommen stehen könnte, da argumentiert werden könnte, das System laufe dem Diskriminierungsverbot (vgl. Art. 2 FZA, Art. 9 Abs. 1 Anhang I FZA) zuwider: Denn selbst wenn diese Einschätzung zutreffen sollte (was keineswegs klar ist, da der vorgesehene «Inländervorrang *light*» durchaus grundsätzlich einer Rechtfertigung zugänglich ist),¹²⁵ bestünde die Unvereinbarkeit mit dem Freizügigkeitsabkommen bereits nach geltendem Recht, und das Änderungsprotokoll bzw. die Modifikationen des Abkommens durch die «Bilateralen III» stellten daher keinen «neuen» völkerrechtlichen Vertrag im Sinn des Art. 121a Abs. 4 BV dar.¹²⁶

75. Für diese Sicht könnte angesichts der bereits erwähnten nicht gegebenen unmittelbaren Anwendbarkeit der Art. 121a Abs. 1-3 BV der Umstand sprechen, dass Art. 121a Abs. 1-3 BV – wie noch auszuführen sein wird¹²⁷ – in einem **Spannungsverhältnis zu zahlreichen anderen verfassungsrechtlichen Zielen** und Vorgaben steht, so dass es letztlich dem **Gesetzgeber** obliegen müsse, die verfassungsrechtlichen Vorgaben zu konkretisieren, indem die verschiedenen verfassungsrechtlichen Zielsetzungen miteinander in einen möglichst schonenden Ausgleich gebracht werden.

76. Indessen erscheint ein «schematisches» Abstellen auf die Umsetzungsgesetzgebung weder der Normenhierarchie noch der möglichen eigenständigen Rolle des Art. 121a Abs. 4 BV Rechnung zu tragen: Denn – auch wenn dies nicht der hier vertretenen Ansicht entspricht – es ist grundsätzlich denkbar, dass die Umsetzungsgesetzgebung gegen die verfassungsrechtlichen Vorgaben verstösst; diesfalls ist die gesetzliche Bestimmung zwar gleichwohl anzuwenden (Art. 190 BV),

¹²⁴ S. im Einzelnen oben N 13 ff.

¹²⁵ Vgl. im Einzelnen zum Problemkreis EPINEY/NÜESCH, AJP 2018, 6 ff.; BOILLET/MAIANI, Jahrbuch für Migrationsrecht 2016/2017, 61 ff.; s. auch BOILLET/MAIANI, in: Martenet/Dubey, CR Cst., Art. 121a, N 39 ff. S. weiter in diesem Zusammenhang Bundesrat, Botschaft Gewährleistung der geänderten Verfassungen, BBl 2017 5849 (5854 ff.), wo der Bundesrat (gefolgt vom Parlament) die im Zuge der Volksinitiative «*prima i nostri*» eingeführten Bestimmungen in die Tessiner Verfassung (welche insbesondere postulieren, dass im Kanton wohnhafte Personen mit gleichen Qualifikationen wie aus dem Ausland kommende Personen gegenüber letzteren vorzuziehen sind und erstere nicht wegen billigeren Arbeitskräften aus dem Ausland entlassen werden dürfen, vgl. Art. 14 Abs. 1 lit. b, j KV/TI) für bundesrechtskonform erachtete: Es handle sich um Zielnormen, welche trotz des sehr beschränkten Spielraums bundesrechtskonform umgesetzt werden könnten.

¹²⁶ S. insoweit bereits oben N 66.

¹²⁷ Vgl. N 79 ff.

auch wenn das Bundesgericht im Rahmen seiner Prüfungsbefugnis¹²⁸ die Verfassungswidrigkeit feststellen sollte.¹²⁹ Daher implizierte ein **striktes Abstellen auf die Umsetzungsgesetzgebung** in diesem Zusammenhang, dass die Verfassung unterlaufen werden könnte bzw. müsste, was dem **Rechtsstaatsprinzip zuwiderliefe**.

77. Daher kann bei der Frage nach der Vereinbarkeit eines völkerrechtlichen Vertrages mit Art. 121a Abs. 4 BV nicht ausschliesslich auf die Umsetzungsgesetzgebung abgestellt werden, auch wenn diese natürlich – neben anderen Elementen – für die Auslegung der Art. 121a Abs. 1-3 BV und damit auch die Tragweite des Art. 121a Abs. 4 BV heranzuziehen ist. Vielmehr ist die Reichweite der «Verbotswirkung» des Art. 121a Abs. 4 BV auf der **Grundlage der Verfassung selbst** zu ermitteln.¹³⁰

c. Zur Reichweite der «Verbotswirkung» des Art. 121a Abs. 4 BV

78. Da Art. 121a Abs. 4 auf Art. 121a Abs. 1-3 BV Bezug nimmt bzw. die Frage nach der Vereinbarkeit mit diesem Artikel im Sinn des Art. 121a Abs. 4 BV als Bezugnahme auf Art. 121a Abs. 1-3 BV zu verstehen ist,¹³¹ ist für die **Tragweite des Art. 121a Abs. 4 BV** notwendigerweise auf **Art. 121a Abs. 1-3 BV** abzustellen.

79. Die **Auslegung** der (nicht unmittelbar anwendbaren)¹³² Art. 121a Abs. 1-3 BV – welche sich nach den üblichen Auslegungsmethoden richtet¹³³ – begegnet indessen grossen Schwierigkeiten. Zwar kann Art. 121a Abs. 1 BV als Grundsatz verstanden werden, indem er die Schweiz zur «eigenständigen» Steuerung der Zuwanderung verpflichtet, während Art. 121a Abs. 2, 3 BV die diesbezüglich einzusetzenden Instrumente aufführen und damit Art. 121a Abs. 1 BV konkretisieren.¹³⁴ Indessen ist die Bestimmung selbst **in sich teilweise widersprüchlich** und weist

¹²⁸ Art. 190 BV ist nur – aber immerhin – ein Anwendungsgebot und kein Prüfungsverbot zu entnehmen, vgl. nur, jeweils m.w.N., BGE 144 II 147 E. 7.2; BGE 144 I 126 E. 3; BGE 137 I 128 E. 4.3.1; BGE 136 I 65 E. 3.2; MARTENET, in: Martenet/Dubey, CR Cst., Art. Art. 190, N 39; TSCHANNEN, Staatsrecht, N 383; EPINEY, in: Waldmann/Belser/Epiney, BSK BV, Art. 190, N 35 f.

¹²⁹ S. jüngst auch BGer 2C_681/2023 vom 19. März 2025, wo das Bundesgericht zum Schluss kam, dass Art. 99 Abs. 2 AIG teilweise verfassungswidrig sei (was somit geprüft wurde), jedoch aufgrund von Art. 190 BV anzuwenden sei.

¹³⁰ S. insoweit aber die andere Akzentsetzung – indessen in anderem Zusammenhang, nämlich der Frage nach der Anwendbarkeit des Art. 121a Abs. 4 BV vor Erlass der Umsetzungsgesetzgebung – bei EPINEY, Jusletter vom 15.6.2015, N 15 ff.

¹³¹ S. schon N 58.

¹³² UEBERSAX, in: Waldmann/Belser/Epiney, BSK BV, Art. 121a, N 9.

¹³³ S.o. N 70 ff.

¹³⁴ Vgl. so UEBERSAX, in: Waldmann/Belser/Epiney, BSK BV, Art. 121a, N 4.

darüber hinaus zahlreiche **Spannungs- bzw. Konfliktfelder mit anderen verfassungsrechtlichen Vorgaben bzw. Zielen** auf:¹³⁵

- **Der Wortlaut des Art. 121a Abs. 2, 3 BV** deutet auf den ersten Blick darauf hin, dass im Rahmen der Umsetzung auf jeden Fall **«fixe» Kontingente** für die insgesamt zu erteilenden Aufenthaltsbewilligungen in der Schweiz festzusetzen sind, und dies «jährlich», also offenbar **Jahr für Jahr**. Denn nach Art. 121a Abs. 2 S. 1 BV ist die «Zahl der Bewilligungen» durch «jährliche Höchstzahlen und Kontingente» begrenzt, wobei die Höchstzahlen nach Art. 121a Abs. 2 S. 2 BV für «sämtliche Bewilligungen» des Ausländerrechts gelten sollen. Für diese Auslegung könnte auch der Grundsatz des **Art. 121a Abs. 1 BV** sprechen, wonach die Schweiz die Zuwanderung «eigenständig» steuern soll.¹³⁶ Gleichzeitig weist Art. 121a Abs. 3 S. 1 BV auf die **wirtschaftlichen Interessen der Schweiz** hin: Gemäss Art. 121a Abs. 3 S. 1 BV sind die Höchstzahlen und Kontingente auf die «gesamtwirtschaftlichen Interessen der Schweiz» auszurichten. Offenbar soll die Verfassungsbestimmung also nicht so umgesetzt werden, dass die **wirtschaftliche Entwicklung in der Schweiz beeinträchtigt** wird.
- **Andere verfassungsrechtliche Ziele und Grundsätze** stehen zumindest in einem Spannungsverhältnis zu Art. 121a Abs. 1-3 BV: Hinzuweisen ist zunächst auf Art. 5 BV (Rechtsstaatsprinzip) sowie verschiedene Grundrechte – insbesondere Art. 8 BV (Gleichheitsgrundsatz), Art. 13 BV (Schutz des Familienlebens), Art. 27 BV (Wirtschaftsfreiheit).¹³⁷ Von Bedeutung sind weiter die Wirtschaftsverfassung (Art. 94 ff.) sowie die aussenpolitischen Grundsätze (Art. 54 BV). Diese Vorgaben stehen auf gleicher Stufe wie Art. 121a BV, so dass die rechtliche Tragweite der letztgenannten Vorschrift auch unter deren Berücksichtigung zu ermitteln ist.

¹³⁵ So auch UEBERSAX, in: Waldmann/Belser/Epiney, BSK BV, Art. 121a, N 6 f., 90. S. im Einzelnen bereits – mit zahlreichen Nachweisen zu den Stellungnahmen der Behörden und der Initianten – EPINEY, Rechtliche Tragweite der Art. 121a, Art. 197 Ziff. 11 BV, 7 ff., 32 ff.

¹³⁶ Soweit der sog. Inländervorrang (der sich nicht nur – im Gegensatz zum Wortlaut der Bestimmung – auf Schweizerinnen und Schweizer beziehen dürfte, vgl. unten Fn. 141) betroffen ist, spricht Art. 121a Abs. 3 S. 1 BV davon, dass die jährlichen Höchstzahlen und Kontingente für erwerbstätige Ausländerinnen und Ausländer «unter Berücksichtigung eines Vorrangs für Schweizerinnen und Schweizer» festzulegen sind. Offenbar soll also bei der Festlegung der Kontingente für Erwerbstätige (die Bestimmung bezieht sich ausdrücklich nicht auf die im Einzelfall erteilte Aufenthaltsbewilligung) die Verfügbarkeit schweizerischer Arbeitskräfte «berücksichtigt» werden. Interessanterweise spricht der französische Text der Initiative von «respect du principe de la préférence nationale», was tendenziell etwas «stärker» formuliert ist als der deutsche Ausdruck «Berücksichtigung».

¹³⁷ Zu dem Spannungsfeld mit diesen grundrechtlichen Gewährleistungen, dem im Rahmen der Umsetzung Rechnung zu tragen ist, UEBERSAX, in: Waldmann/Belser/Epiney, BSK BV, Art. 121a, N 32 ff.

- Schliesslich ist auf das Verhältnis des Art. 121a BV zu (bestehenden) **völkerrechtlichen Verträgen** hinzuweisen. Neben dem Freizügigkeitsabkommen sind hier auch die Europäische Menschenrechtskonvention sowie diverse Abkommen, welche u.a. die Rechtsstellung von Flüchtlingen oder Asylbewerbern regeln, aber auch noch zahlreiche weitere Abkommen,¹³⁸ von Bedeutung. Art. 5 Abs. 4 BV geht davon aus, dass Bund und Kantone das Völkerrecht «beachten», ganz abgesehen davon, dass der Verfassung ein grundsätzlicher Vorrang des Völkerrechts zu entnehmen ist.¹³⁹ Da die bestehenden völkerrechtlichen Abkommen grundsätzlich in Kraft bleiben, ist dem Spannungsfeld zwischen diesen und Art. 121a BV gebührend Rechnung zu tragen.

80. Ohne dass hier auf die Einzelheiten der sich bei der Auslegung des Art. 121a Abs. 1-3 BV stellenden Fragen eingegangen werden kann,¹⁴⁰ lässt dieser Überblick deren **inhaltliche Offenheit und Präzisierungsbedürftigkeit** erkennen, dies trotz einer auf den ersten Blick möglicherweise «klaren» Verpflichtung zur Einführung eigentlicher «starrer» Kontingente im Sinne von genau bezifferten Höchstzahlen der Zahl neuer Aufenthaltsbewilligungen für Ausländerinnen und Ausländer: So ist bereits unklar, auf welche Weise eine Ausrichtung von Kontingenten auf die «gesamtwirtschaftlichen Interessen» der Schweiz erfolgen soll, steht doch ein «starres» Kontingentssystem als solches in einem inneren Widerspruch zum gesamtwirtschaftlichen Interesse der Schweiz, da ihm jede Flexibilität abgeht (es sei denn, die Zahl würde insgesamt so hoch festgesetzt werden, dass sie von vornherein nie überschritten würde). Insbesondere aber ist das Verhältnis zu bestehenden völkerrechtlichen Verträgen – die nach Art. 5 Abs. 4 BV zu «beachten» sind – unklar: Diese sind zwar neu zu verhandeln und anzupassen; sollte dies jedoch nicht gelingen (insbesondere weil die Vertragspartner dies nicht wollen oder eine Anpassung nicht realistisch ist bzw. erscheint), sind sie offenbar nicht zwingend zu kündigen und bleiben damit in Kraft. Diesfalls besteht bzw. bestünde ein Zielkonflikt zwischen Art. 121a BV bzw. seiner Ausführungsgesetzgebung und geltenden, nach Art. 5 Abs. 4 BV zu beachtenden völkerrechtlichen Verträgen, ein Aspekt, der auch bei der Auslegung des Art. 121a BV selbst zu berücksichtigen ist.

¹³⁸ Hierzu z.B. VINCENT CHETAIL, in: *Le Temps* v. 10.3.2014, der 58 Abkommen (darunter auch Niederlassungsverträge, Abkommen mit internationalen Organisationen sowie gewisse Freihandelsabkommen) zählt, die bei einer Einführung «starrer» Kontingente berührt sein könnten. S. auch die Hinweise bei THURNHERR, in: Ehrenzeller et al., SGK BV, Art. 121a, N 6.

¹³⁹ Vgl. eingehend, m.w.N., zur Stellung des Völkerrechts in der schweizerischen Rechtsordnung EPINEY, in: Waldmann/Belser/Epiney, BSK BV, Art. 5, N 84 ff.

¹⁴⁰ Vgl. insoweit die Kommentierungen zu Art. 121a, jeweils m.w.N.

81. Vor diesem Hintergrund ist davon auszugehen, dass Art. 121a Abs. 1-3 BV – ausgehend von der Auslegung seiner Vorgaben im Sinne der **praktischen Konkordanz** – dem **Gesetzgeber** einen gewissen und durchaus **beträchtlichen Spielraum** einräumen. So ist bei der Präzisierung ihrer Tragweite den verschiedenen Zielsetzungen sowie den Spannungsfeldern Rechnung zu tragen, so dass die verschiedenen Inhalte möglichst weitgehend (aber mitunter möglicherweise nicht vollständig) zum Zuge kommen können. Insbesondere¹⁴¹ dürfte eine Berücksichtigung aller in Art. 121a, 197 Ziff. 11 BV zum Ausdruck gekommenen Zielsetzungen und Grundsätze sowie eine Berücksichtigung anderer verfassungsrechtlicher Prinzipien in Anwendung dieses Grundsatzes **dagegen sprechen**, dass die neuen Verfassungsbestimmungen zwingend – im Rahmen der Ausführungsgesetzgebung – die Einführung eigentlicher **starrer jährlicher Kontingente** für die Gesamtzahl der ausländerrechtlichen Bewilligungen verlangen, dies trotz des Wortlauts der Vorschrift.¹⁴² Denn jährlich festgelegte «fixe» Kontingente widersprächen *per se* dem nach Art. 121a Abs. 3 S. 1 BV zu berücksichtigendem **«gesamtwirtschaftlichen Interesse» der Schweiz**, da ein derartiges System in keiner Weise auf die sich möglicherweise ändernden Bedürfnisse der Wirtschaft reagieren könnte. Aufgrund der Unsicherheit, genügend Arbeitskräfte rekrutieren zu können, wären auch darüber hinaus wohl (ggf. gravierende) wirtschaftliche Nachteile zu gewärtigen, was in Konflikt mit anderen verfassungsrechtlichen Zielsetzungen geraten könnte. Weiter brächte die Fixierung «starrer» Kontingente für alle ausländerrechtlichen Bewilligungen auch aufgrund der **internationalen wirtschaftlichen Verflechtungen der Schweiz** gravierende wirtschaftliche Nachteile mit sich, und es wäre nicht

¹⁴¹ Daneben ist angesichts des Ziels der Bestimmung, das im Inland vorhandene Arbeitskräftepotential auszuschöpfen, davon auszugehen, dass sich der in Art. 121a Abs. 3 BV erwähnte «Inländervorrang» nicht auf nur auf Schweizerinnen und Schweizer, sondern auch auf ausländische Personen mit Niederlassungsbewilligung oder mit einer Aufenthaltsbewilligung, welche die Erwerbstätigkeit erlaubt, bezieht. Ebenso soweit ersichtlich die ganz h.M., vgl. UEBERSAX, in: Waldmann/Belser/Epiney, BSK BV, Art. 121a, N 65; BOILLET/MAIANI, in: Martenet/Dubey, CR Cst., Art. 121a, N 31 ff.; a.A. BIAGGINI, Komm. BV, Art. 121a, N 21; THURNHERR, in: Ehrenzeller et al., SGK BV, Art. 121a, N 53.

¹⁴² Ebenso bzw. ähnlich UEBERSAX, in: Waldmann/Belser/Epiney, BSK BV, Art. 121a, N 6 f., 90; UEBERSAX, Jusletter vom 14.4.2014, N 29 ff.; BOILLET/MAIANI, in: Martenet/Dubey, CR Cst., Art. 121a, N 31 ff. S. im Einzelnen auch bereits EPINEY, Rechtliche Tragweite der Art. 121a, Art. 197 Ziff. 11 BV, 32 ff. A.A. indessen BIAGGINI, Komm. BV, Art. 121a, N 9, 12, der indessen nicht erläutert, warum einerseits der klare Wortlaut der Vorschrift «verabsolutiert» werden soll, andererseits aber andere ebenso klare verfassungsrechtliche Vorgaben damit ausgehebelt werden sollen. Vielmehr impliziert nach der hier vertretenen Ansicht der Umstand, dass es insbesondere aufgrund des Initiativrechts Verfassungsbestimmungen geben kann, welche im Widerspruch zu anderen Verfassungsbestimmungen stehen, dass der Wortlaut einer Vorschrift gerade nicht immer zwingend allein ausschlaggebend ist. S. schon oben N 70 ff. zur Auslegung insbesondere von Verfassungsartikeln, welche auf Volksinitiativen zurückgehen.

möglich, die bestehenden völkerrechtlichen Pflichten insbesondere aus dem Freizügigkeitsabkommen, aber auch aus sonstigen völkerrechtlichen Abkommen, einzuhalten.

So enthalten nicht nur zahlreiche Freihandelsverträge gewisse Freizügigkeitsrechte, die nicht unter dem Vorbehalt der Kontingentierung stehen dürfen,¹⁴³ sondern auch zahlreiche Abkommen mit internationalen Organisationen mit Sitz oder Niederlassungen in der Schweiz wären hier betroffen. Es erscheint wenig realistisch, dass alle diese Abkommen im Sinne einer von vornherein erfolgenden fixen quantitativen Beschränkung der zu erteilenden Bewilligungen modifiziert werden könnten. Führt man gleichwohl solche Kontingente ein, so wäre wohl mit einem Wegzug zahlreicher Organisationen zu rechnen. Hinzu kommt, dass eine Reihe von Aufenthaltsbewilligungen aufgrund menschenrechtlicher Verpflichtungen zu gewähren ist und nicht davon auszugehen ist, dass diese gekündigt werden sollen (sofern dies überhaupt möglich sein sollte, was bei zwingenden Bestimmungen des Völkerrechts zu verneinen ist). Insofern dürfte die Festsetzung von «starren» Kontingenten bzw. ihre Massgeblichkeit für die Aufenthaltsberechtigung bestimmter Personen in der Schweiz auch teilweise (rechtlich) nicht durchführbar sein.

82. Auf der anderen Seite muss die Umsetzungsgesetzgebung auf die eine oder andere Weise dem **Anliegen des Art. 121a BV**, die Zuwanderung zu steuern und dies auch in quantitativer Hinsicht Rechnung tragen.

83. Die letztlich beschlossene **Umsetzungsgesetzgebung** (Art. 21a AIG) – soweit EU-/EFTA-Staatsangehörige betroffen sind – dürfte in Verbindung mit den sonstigen Regelungen nach der hier vertretenen Ansicht vor dem Hintergrund der skizzierten verfassungsrechtlichen Ausgangslage mit den verfassungsrechtlichen Vorgaben in Einklang stehen:¹⁴⁴ Sie berücksichtigt das Anliegen der Ausschöpfung inländischer¹⁴⁵ Arbeitskräfte, soweit EU-/EFTA-Staatsangehörige betroffen sind, sowie das Personenfreizügigkeitsabkommen; soweit Drittstaatsangehörige betroffen sind, kommen nach wie vor grundsätzlich (abgesehen vom Bereich des Asylwesens, wo ein Kontingentierungssystem mit dem Rückschiebungsschutz, der zwingendes Völkerrecht darstellt, in Konflikt geriete) Höchstzahlen zum Zuge (Art. 3 f., 18 ff. AIG). Insgesamt präsentiert sich die gesetzliche Regelung somit

¹⁴³ Hierzu SCHLEGEL/SIEBER-GASSER, Jusletter v. 17.3.2014, insbesondere N 36.

¹⁴⁴ Ebenso bzw. ähnlich UEBERSAX, in: Waldmann/Belser/Epiney, BSK BV, Art. 121a, N 90; BOILLET/MAIANI, in: Martenet/Dubey, CR Cst., Art. 121a, N 31 ff.; a.A. BIAGGINI, Komm. BV, Art. 121a, N 4 f.; s. weiter THURNHERR, in: Ehrenzeller et al., SGK BV, Art. 121a, N 70 f., die davon ausgeht, Art. 121a BV stehe – mit Blick auf das Freizügigkeitsabkommen – einer völkerrechtskonformen Umsetzung nicht offen, und das Parlament habe sich somit (auch angesichts des vom Bundesgericht betonten grundsätzlichen Vorrangs des Freizügigkeitsabkommens, vgl. BGE 142 II 35) für eine verfassungswidrige, aber möglicherweise völkerrechtskonforme Auslegung entschieden; ähnlich ACHERMANN, in: Diggelmann et al., Verfassungsrecht der Schweiz, VIII.5, N 14, der festhält, der verfassungsinhärente Widerspruch lasse sich kaum auflösen und indem der Gesetzgeber auf eine wörtliche Umsetzung verzichtet hat, sei Art. 121a BV «toter Buchstabe» geblieben.

¹⁴⁵ Zum Begriff vgl. Fn. 141.

als das zulässige Ergebnis einer umfassenden Abwägung der verschiedenen, teilweise gegenläufigen verfassungsrechtlichen Vorgaben im Sinne der praktischen Konkordanz.

84. Die erörterte **Offenheit und Präzisierungsbedürftigkeit der Art. 121a Abs. 1-3 BV** – und insbesondere der Umstand, dass aus diesen Vorgaben keine Pflicht zur Verankerung «strikt» Kontingente abgeleitet werden kann – sind auch für **Art. 121a Abs. 4 BV von Bedeutung**, wobei davon auszugehen ist, dass Art. 121a Abs. 4 BV jedenfalls mit der Umsetzung der Art. 121a Abs. 1-3 BV (unmittelbar) anwendbar ist, wenn auch die Umsetzungsgesetzgebung nicht als solche als Maßstab dienen kann, sondern nach der Tragweite des Art. 121a Abs. 4 BV selbst zu fragen ist.¹⁴⁶ Ausgangspunkt hierfür ist einerseits, dass die Möglichkeit der eigenständigen Zuwanderungssteuerung erhalten bleiben muss, so dass ein neuer völkerrechtlicher Vertrag diese nicht als solche unterlaufen darf. Andererseits zeichnet sich die Verfassung in Bezug auf die hierfür einzusetzenden Mittel durch eine gewisse Offenheit aus, was auch in Bezug auf die völkerrechtlichen Abkommen, deren Abschluss untersagt ist, gelten muss. Entscheidend für die Beantwortung der Frage, ob ein neuer völkerrechtlicher Vertrag gegen Art. 121a Abs. 4 BV verstösst, ist daher, ob er als solcher dazu führt, dass eine eigenständige Steuerung der Zuwanderung in quantitativer Hinsicht gänzlich verunmöglicht wird, indem die Schweiz nicht mehr «allein» – in dem Sinn, dass sie die «Kontrolle» hat – in der Lage wäre, die Zahl der Zugewanderten zu beschränken (wobei in Erinnerung zu rufen ist, dass Art. 121a BV selbst keine quantitativen Vorgaben enthält), so dass ihr diesbezüglicher Handlungsspielraum quasi inexistent wird bzw. würde und der Bund keinen massgeblichen Einfluss mehr auf die Zuwanderung nehmen könnte bzw. dürfte.¹⁴⁷ Diese Folge muss gerade auf dem entsprechenden neuen Vertrag zurückgehen, so dass dessen Tragweite als solcher – nicht etwa bereits bestehende andere Verträge oder (bei Modifikationen eines bestehenden Vertrags) der «Grundvertrag» – diese Implikationen entfalten muss.

85. Versucht man vor diesem Hintergrund und unter Berücksichtigung der verschiedenen, hier relevanten verfassungsrechtlichen Vorgaben eine **Präzisierung** der «Verbotsnorm» des **Art. 121a Abs. 4 BV** in Bezug auf mögliche Inhalte (neuer) völkerrechtlicher Abkommen, so erscheinen in erster Linie zwei Aspekte von Bedeutung:

- Nicht jeder (neue) völkerrechtliche Vertrag, der für gewisse Personen unter gewissen Voraussetzungen ein **Aufenthaltsrecht** vorsieht, verstösst *per se*

¹⁴⁶ S.o. N 73 ff.

¹⁴⁷ S. insoweit auch schon BJ, Volksinitiative «Gegen Masseneinwanderung», 22 f., wo darauf abgestellt wird, dass die autonome Steuerung und Begrenzung der Zuwanderung verunmöglicht wird.

gegen Art. 121a Abs. 4 BV. Denn dies allein bedeutet nicht, dass die Schweiz keine Möglichkeit mehr hätte, die quantitative Zuwanderung zu steuern; vielmehr kommt es hier auf die genauen vertraglich eingeräumten Rechte (bzw. Pflichten der Schweiz) an, so insbesondere die Art und Ausgestaltung des Aufenthaltsrechts (z.B. die Frage der Dauer, die genauen Voraussetzungen des Aufenthaltsrechts und die Möglichkeiten seiner Beendigung) sowie die Anzahl der potentiell berechtigten Personen an. M.a.W: muss es der neue völkerrechtliche Vertrag der Schweiz insgesamt verunmöglichen, die Zuwanderung eigenständig, etwa durch Höchstzahlen und / oder Kontingente, zu steuern.¹⁴⁸ Dies bedeutet insbesondere, dass Verträge, welche nur einer **zahlenmässig geringfügigen oder vernachlässigbaren Personengruppe** Aufenthaltsrechte einräumt, grundsätzlich nicht gegen Art. 121a Abs. 4 BV verstossen.¹⁴⁹

Dabei stellt sich freilich die Frage, wann bzw. ab welcher Anzahl potentiell Berechtigter diese aus quantitativer Sicht «kritische» Grenze überschritten ist. Auch fragt es sich, ob in diesem Zusammenhang nicht nur die eingeräumten Rechte, sondern auch die Wahrscheinlichkeit von ihrer Wahrnehmung zu berücksichtigen sind. Letztlich wird es hier auf den genauen Inhalt des Abkommens und seine konkreten (zu erwartenden) Auswirkungen ankommen, wobei die Zahlen in Verhältnis zu den Zuwanderungszahlen der letzten Jahre zu setzen sind. Von Bedeutung dürfte hier auch sein, ob die Steuerung der «Gesamtzuwanderung» trotz der entsprechenden Aufenthaltsrechte insgesamt über andere Instrumente bzw. die Beschränkung anderer Aufenthaltsrechte erreicht werden kann.¹⁵⁰

Die Praxis der letzten Jahre geht ebenfalls von diesem Ansatz aus. So wurden nach Inkrafttreten des Art. 121a BV bilaterale Freihandelsabkommen abgeschlossen, welche auch eigentliche Aufenthaltsrechte bestimmter Personen unter gewissen Voraussetzungen beinhalten. Hinzuweisen ist insbesondere auf das Freihandelsabkommen mit China,¹⁵¹ welches – wie zahlreiche andere Freihandelsabkommen¹⁵² – gewisse Aufenthaltsrechte für einen begrenzten Personenkreis beinhaltet. Diesbezüglich hielt der Bundesrat in seiner Botschaft

¹⁴⁸ Vgl. insoweit die treffende Formulierung bei BOILLET/MAIANI, in: Martenet/Dubey, CR Cst., Art. 121a, N 25: «En effet, aussi longtemps qu'un tel traité laisse globalement intacte la possibilité pour la Suisse de 'gérer' l'immigration par des plafonds et contingents, il faut le tenir pour compatible avec l'art. 121a al. 2 Cst.». Ebenso UEBERSAX, in: Waldmann/Belser/Epiney, BSK BV, Art. 121a, N 71; DV, Auswirkungen der neuen Verfassungsbestimmungen Art. 121a, 8.

¹⁴⁹ So ausdrücklich auch UEBERSAX, in: Waldmann/Belser/Epiney, BSK BV, Art. 121a, N 71; BOILLET/MAIANI, in: Martenet/Dubey, CR Cst., Art. 121a, N 25.

¹⁵⁰ S. insoweit auch die Ausführungen bei UEBERSAX, in: Waldmann/Belser/Epiney, BSK BV, Art. 121a, N 57; SCHLEGEL/SIEBER-GASSER, Jusletter vom 17.3.2014 N 54 f., 70.

¹⁵¹ Freihandelsabkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Volksrepublik China, SR 0.946.292.492.

¹⁵² Gemäss der Direktion für Völkerrecht enthalten insgesamt 10 solche Abkommen Bestimmungen über den Aufenthalt von Ausländerinnen und Ausländern, vgl. DV, Auswirkungen der neuen Verfassungsbestimmungen Art. 121a, 25 (mit Fn. 60, wo die Abkommen im Einzelnen aufgeführt werden).

fest, es gehe (lediglich) um zeitlich befristete Aufenthaltsrechte für die Dienstleistungserbringung durch natürliche Personen, die zudem auf klar definierte Dienstleistungskategorien (namentlich firmeninterne Transfers von hochqualifizierten Führungskräften und Spezialisten oder Dienstleistungserbringung im Rahmen von befristeten Verträgen) beschränkt seien; der eigentliche Zugang zum Arbeitsmarkt oder gar eine Art Daueraufenthalt sei somit nicht betroffen.¹⁵³ Das Abkommen wurde zwar vor Inkrafttreten des Art. 121a BV verhandelt, und auch die Botschaft des Bundesrates ist aus dem Jahr 2013; indessen wurde es nach seinem Inkrafttreten ratifiziert, da es als im Einklang mit Art. 121a BV stehend erachtet wurde, was auf die in verschiedener Hinsicht sehr eng umschriebenen Aufenthaltsrechte zurückzuführen ist.¹⁵⁴

- Erfasst sind weiter nur solche Verträge, welche die **Zuwanderung** als solche betreffen, also die Einreise von (ausländischen) Personen in die Schweiz zwecks erstmaligem Aufenthalt von einer gewissen Mindestdauer (welche jedoch durch die Verfassung nicht präzisiert wird, wobei jedoch *a priori* davon auszugehen ist, dass dieser jedenfalls länger als drei Monate sein muss);¹⁵⁵ bei schon in der Schweiz lebenden Personen, deren Aufenthaltsrecht z.B. verlängert wird oder deren Status sich ändert, findet keine Zuwanderung im Sinn des Art. 121a Abs. 1 BV statt.¹⁵⁶

Relevant wurde dieser Aspekt z.B. im Zusammenhang mit dem Austritt von Grossbritannien aus der EU, woraufhin die Schweiz und das Vereinigte Königreich das Abkommen über die Rechte der Bürgerinnen und Bürger infolge des Austritts des Vereinigten Königreichs aus der Europäischen Union und des Wegfalls des Freizügigkeitsabkommens¹⁵⁷ abgeschlossen. In diesem Abkommen geht es in Bezug auf die Aufenthaltsrechte (im Wesentlichen Verbleiberechte und befristete Weitergeltung bislang nach dem Freizügigkeitsabkommen gewährleisteter Rechte für sich bereits in der Schweiz befindende Personen) letztlich um die Regelung der Implikationen des weggefallenen «Grundvertrags» infolge des EU-Austritts von Grossbritannien, indem für Personen, welche bereits Aufenthaltsrechte erworben haben, deren Rechtsansprüche (mit gewissen Einschränkungen) aufrechterhalten bzw. weitergeführt werden, während keine neuen Freizügigkeitsrechte geschaffen wurden, so dass kein Konflikt mit Art. 121a Abs. 4 BV angenommen wurde.¹⁵⁸ Immerhin ist zu

¹⁵³ Bundesrat, Botschaft FHA Schweiz – China, BBl 2013 8165 (8196 f.).

¹⁵⁴ AB StR 2014, 352 ff.; s. auch AB NR 2014, 472. S. weiter die Ausführungen in DV, Auswirkungen der neuen Verfassungsbestimmungen Art. 121a, 25: Aus den FHA resultiere ein «zeitlich und quantitativ beschränkter Aufenthalt von ausländischen Personen, der für die Steuerung der Zuwanderung nicht ins Gewicht fällt».

¹⁵⁵ So auch DV, Auswirkungen der neuen Verfassungsbestimmungen Art. 121a, 6.

¹⁵⁶ UEBERSAX, in: Waldmann/Belser/Epiney, BSK BV, Art. 121a, N 17 f.; BOILLET/MAIANI, in: Martenet/Dubey, CR Cst., Art. 121a, N 12; THURNHERR, in: Ehrenzeller et al., SGK BV, Art. 121a, N 27.

¹⁵⁷ SR 0.142.113.672.

¹⁵⁸ Vgl. die Botschaft des Bundesrates vom 6.12.2019, BBl 2020 1029 (1031, 1076). S. auch EPINEY, Jusletter vom 20.3.2017, N 34; THURNHERR, in: Ehrenzeller et al., SGK BV, Art. 121a, N 64.

beachten, dass die Familiennachzugsrechte auch weiterhin geltend gemacht werden können, so dass insofern durchaus eine «neue» Zuwanderung stattfinden kann, welche allerdings sehr begrenzt ist.¹⁵⁹

86. Ausgehend von diesen Präzisierungen und den oben¹⁶⁰ dargelegten Neuerungen, welche die «**Bilateralen III**» mit sich bringen, wird damit deutlich, dass das Änderungsprotokoll zum Freizügigkeitsabkommen – ausgehend von den derzeit zur Verfügung stehenden Informationen über seinen Inhalt, welche auf dem vom Bundesrat veröffentlichten Faktenblatt beruhen – **nicht gegen Art. 121a Abs. 4 BV verstösst**.

87. Denn eigentlich **neue Aufenthaltsrechte** sind lediglich in zwei Konstellationen vorgesehen, während es bei den anderen erweiterten Rechten letztlich um **Statusänderungen** geht:

- Im Rahmen der Anpassung des Familiennachzugs wird das **Familiennachzugsrecht** auf Lebenspartner mit eingetragener Partnerschaft ausgeweitet. Es ist davon auszugehen, dass hiervon nur sehr wenige Personen betroffen sind.

Hinzu kommt, dass Lebenspartner mit eingetragener Partnerschaft bereits heute aufgrund des Zusammenspiels von Art. 2 FZA und Art. 52 AIG ein Aufenthaltsrecht zukommt (freilich nicht allein aufgrund des Freizügigkeitsabkommens).¹⁶¹

- Weiter sind gewisse **neue Aufenthaltsrechte für kürzere Aufenthalte** (voraussetzungsloses Aufenthaltsrecht für drei Monate sowie Aufenthalte zur Arbeitssuche auch von mehr als sechs Monaten, soweit aktiv eine Stelle gesucht wird und konkrete Aussicht auf Erfolg besteht)¹⁶² vorgesehen. Bei einem Aufenthalt von unter drei Monaten dürfte schon keine Zuwanderung im Sinne des Art. 121a BV vorliegen, da es hier nicht um einen dauerhaften Aufenthalt geht,¹⁶³ und Stellensuchende mit nachweisbarer Aussicht auf Erfolg¹⁶⁴ auch nach Ablauf von sechs Monaten dürften nicht sehr zahlreich

¹⁵⁹ Nur am Rande sei angemerkt, dass im Falle des Verbleibs des Vereinigten Königreichs in der EU deutlich mehr Personen auch in Zukunft neue Aufenthaltsrechte hätten geltend machen können.

¹⁶⁰ N 13 ff.

¹⁶¹ S.o. N 19.

¹⁶² In Bezug auf das Aufenthaltsrecht mit Blick auf die Arbeitssuche dürfte sich dieses Aufenthaltsrecht in der EU bereits aus dem Primärrecht (Art. 45 AEUV) ergeben; indessen beschränkt Art. 2 Abs. 1 Uabs. 2 Anhang I FZA das Aufenthaltsrecht zur Arbeitssuche auf einen Zeitraum bis zu sechs Monaten.

¹⁶³ Ebenso ausdrücklich DV, Auswirkungen der neuen Verfassungsbestimmungen Art. 121a, 6; THURNHERR, in: Ehrenzeller et al., SGK BV, Art. 121a, N 64; BJ, Volksinitiative «Gegen Masseneinwanderung», 9 ff., 11; s. auch schon oben N 85 im Zusammenhang mit dem Begriff der Zuwanderung.

¹⁶⁴ Hierfür sind konkrete Anhaltspunkte, wie z.B. Einladungen zu Vorstellungsgesprächen, notwendig. Vgl. EuGH, Rs. C-710/19 (G.M.A), ECLI:EU:C:2020:1037.

sein, ganz abgesehen davon, dass sich hier die Frage stellt, ob und inwieweit man von «Zuwanderung» bzw. neuen Aufenthaltsrechten sprechen kann, wenn sich der Aufenthalt eines Stellensuchenden verlängert (bereits heute besteht nach Art. 2 Abs. 1 Uabs. 2 Anhang I FZA ein Aufenthaltsrecht zur Stellensuche von bis zu sechs Monaten).

- Soweit die zu übernehmende RL 2004/38 erweiterte Aufenthaltsrechte für Arbeitnehmer, welche im Aufnahmestaat **arbeitslos** werden, verankert, geht es nicht um «Zuwanderung» im Sinn des Art. 121a BV, da diese Personen bereits in der Schweiz sind; das Recht auf erstmaligen Aufenthalt und damit Zuwanderung ergibt sich bereits aus dem Freizügigkeitsabkommen in der derzeit geltenden Fassung.
- Gleiches gilt für das **Daueraufenthaltsrecht**, welches neu (nur) Erwerbstätigen nach einem fünfjährigen rechtmässigen Aufenthalt in der Schweiz zusteht, sowie für erweiterte Verbleiberechte von Familienangehörigen unter gewissen Voraussetzungen: Auch hier findet keine Zuwanderung statt, sondern es geht um die Verlängerung des Aufenthalts bereits aufenthaltsberechtigter Personen mit einem anderen (stabileren) Status.
- Die weiteren Neuerungen, welche mit der Übernahme der RL 2004/38 verbunden sind (N 9 ff.), betreffen «**Begleitrechte**» (wie ein erweiterter Anwendungsbereich des Diskriminierungsverbots bei sozialen und steuerlichen Vergünstigungen oder des Rechts auf Zugang zur Erwerbstätigkeit für Familienangehörige), nicht hingegen Aufenthaltsrechte.

88. Deutlich wird damit, dass das revidierte Freizügigkeitsabkommen lediglich in **quantitativ zu vernachlässigenden Konstellationen** eigentlich neue Aufenthaltsrechte in dem Sinn einer Zuwanderung – erstmaliger Aufenthalt bzw. erstmaliges Aufenthaltsrecht – verankert; ansonsten geht es lediglich um Änderungen des Status bzw. erweiterte Verbleiberechte, was jedoch keine Zuwanderung im Sinn des Art. 121a BV darstellt, denn «wer schon in der Schweiz lebt, wandert nicht zu».¹⁶⁵ Die grundsätzlichen und ins Gewicht fallenden Ansprüche auf Aufenthalt in der Schweiz für Unionsbürger ergeben sich bereits aus dem geltenden Freizügigkeitsabkommen, welches gerade kein neues Abkommen im Sinn des Art. 121a Abs. 4 BV darstellt, woran auch der Umstand, dass es durch ein Änderungsprotokoll modifiziert werden soll, nichts ändert.¹⁶⁶ Damit implizieren diese Neuerungen als solche angesichts ihrer **marginalen Bedeutung** aber gerade **keine Verunmöglichung der «eigenständigen Steuerung der Zuwanderung»**, kann diese doch problemlos durch andere Massnahmen erfolgen.

¹⁶⁵ So die treffende Formulierung von UEBERSAX, in: Waldmann/Belser/Epiney, BSK BV, Art. 121a, N 18.

¹⁶⁶ Oben N 66 ff.

Nur am Rande sei in diesem Zusammenhang darauf hingewiesen, dass diese Schlussfolgerung unabhängig davon gilt, ob die Umsetzungsgesetzgebung zu Art. 121a Abs. 1-3 BV für verfassungskonform erachtet wird oder nicht:¹⁶⁷ Denn der entscheidende Aspekt ist ja die fehlende Verankerung von ins Gewicht fallenden neuen Aufenthaltsrechten, so dass die Revision des Freizügigkeitsabkommens nur am Rand und quantitativ unbedeutend die «Zuwanderung» im Sinn des Art. 121a BV betrifft. Soweit es um das geltende Freizügigkeitsabkommen geht, kommt Art. 121a Abs. 4 BV nicht zum Zug, sondern hier ist Art. 197 Ziff. 11 BV einschlägig, dem zwar ein Auftrag zur Neuverhandlung innerhalb einer bestimmten Frist¹⁶⁸ zu entnehmen ist,¹⁶⁹ was jedoch kein Gebot der Kündigung im Falle des Scheiterns dieser Bemühungen¹⁷⁰ impliziert; vielmehr bleibt das Abkommen weiter bestehen und ist vorrangig anzuwenden.¹⁷¹ Im Übrigen ist daran zu erinnern, dass mit der Ablehnung der sog. Begrenzungsinitiative oder auch Kündigungsinitiative¹⁷² am 27.9.2020¹⁷³ eine Kündigung des Freizügigkeitsabkommens nach Inkrafttreten des Art. 121a BV explizit verworfen wurde.

III. Zwischenfazit

89. Damit ist im Ergebnis festzuhalten, dass die **«Bilateralen III»** bzw. das Änderungsprotokoll zum Freizügigkeitsabkommen zwar einen **neuen völkerrechtlichen Vertrag im Sinn des Art. 121a Abs. 4 BV** darstellt, der somit – jedenfalls seit Inkrafttreten der Umsetzungsgesetzgebung zu Art. 121a Abs. 1-3 BV unmittelbar anwendbaren – nur dann unterzeichnet, genehmigt und ratifiziert werden darf, wenn er mit dieser Vorschrift in Einklang steht.

¹⁶⁷ Vgl. hierzu N 83.

¹⁶⁸ Wobei umstritten ist, ob diese Handlungspflicht nach Ablauf der Frist erlischt oder nicht. Für den Weiterbestand der Verhandlungspflicht BIAGGINI, Komm. BV, Art. 197 Ziff. 11, N 2; eher dagegen BOILLET/MAIANI, in: Martenet/Dubey, CR Cst., Art. 121a, N 44.

¹⁶⁹ Zur Tragweite des Art. 197 Ziff. 11 in Bezug auf die erfassten Verträge bzw. die entsprechenden Kategorien instruktiv DV, Auswirkungen der neuen Verfassungsbestimmungen Art. 121a, 8 ff., welche die bestehenden Verträge in drei Kategorien eingeteilt hat: Kategorie A (im Wesentlichen das Freizügigkeitsabkommen), bei welchen ein grundsätzliche Normkonflikt mit Art. 121a bestehe und welche anzupassen sind bzw. ein entsprechender Versuch zu erfolgen hat, Kategorie B (potentieller Normkonflikt, der durch geeignete gesetzliche Massnahmen vermieden werden könne, wobei es hier im Wesentlichen um Abkommen geht, welche entweder nur quantitativ wenige Personen oder / und nur eher kurzfristige Aufenthalte betreffen) und Kategorie C (kein Normkonflikt).

¹⁷⁰ Der entsprechende Antrag auf Modifikation des Abkommens der Schweiz wurde von der EU im Gemischten Ausschuss abgelehnt, vgl. THURNHERR, in: Ehrenzeller et al., SGK BV, Art. 121a, N 78.

¹⁷¹ THURNHERR, in: Ehrenzeller et al., SGK BV, Art. 121a, N 77; UEBERSAX, in: Waldmann/Belser/Epiney, BSK BV, Art. 197 Ziff. 11, N 6 f.; BOILLET/MAIANI, in: Martenet/Dubey, CR Cst., Art. 121a, N 43; SCHLEGEL/SIEBER-GASSER, Jusletter vom 17.3.2014, N 19.

¹⁷² Vgl. zu dieser Bundesrat, Botschaft Begrenzungsinitiative, BBl 2019, 5027 ff.

¹⁷³ BBl 2020 9774.

90. Indessen enthalten die vorgesehenen Neuerungen, welche für die Schweiz im Falle der Übernahme der RL 2004/38 verbindlich wären, im Verhältnis zum bestehenden Freizügigkeitsabkommen nur in quantitativer Hinsicht zu vernachlässigende neue bzw. zusätzliche die Zuwanderung im Sinn des Art. 121a BV betreffende Rechte. Im Wesentlichen sind diese auf die Ausweitung des Familiennachzugs auf Lebenspartner mit eingetragener Partnerschaft beschränkt; allenfalls könnte noch vertreten werden, dass auch die Aussicht für Arbeitssuchende, mehr als sechs Monate aufhältig zu sein, soweit eine realistische Chance auf eine Anstellung besteht, ein solches neues Aufenthaltsrecht darstellt (was jedoch in Anbetracht des Umstands, das bereits heute ein Aufenthaltsrecht für Arbeitssuchende bis zu sechs Monaten besteht, fraglich ist). Diese **neuen Ansprüche auf Aufenthalt** sind insgesamt von **marginaler Bedeutung** und können als solche keinesfalls dazu führen, dass – was für einen Verstoss gegen Art. 121a Abs. 4 BV notwendig wäre – es der Schweiz verunmöglicht würde, die Zuwanderung eigenständig zu steuern. Damit steht die im Rahmen der «Bilateralen III» vorgesehene **Modifikation des Freizügigkeitsabkommens in Einklang mit Art. 121a BV**.

§ 4 Zusammenfassung und Schlussbemerkung

I. Zusammenfassung

91. Die wesentlichen Ergebnisse der vorliegenden Untersuchung können folgendermassen zusammengefasst werden:

- Das im Rahmen der «Bilateralen III» **revidierte Freizügigkeitsabkommen** verankert im Zuge der grundsätzlichen Übernahme der RL 2004/38 zwar **verschiedene neue Aufenthaltsrechte**; indessen geht es bei diesen neuen bzw. erweiterten Aufenthaltsrechten meist um erweiterte Verbleiberechte oder Präzisierungen bzw. Konkretisierungen des Fortbestands der Arbeitnehmereigenschaft. Eigentlich neue Aufenthaltsrechte in dem Sinn, dass Personen bzw. Kategorien von Personen, denen bislang kein Aufenthaltsrecht zustand, neu Freizügigkeits- bzw. Aufenthaltsrechte eingeräumt werden, gibt es nur wenige, die sich zudem teilweise nur auf einen sehr begrenzten Zeitraum beziehen.
- Ein **neues Aufenthaltsrecht**, welches auf Dauer angelegt ist, ist nur im Rahmen der Erweiterung des **Familiennachzugsrechts auf Lebenspartner mit eingetragener Partnerschaft**, Art. 2 Nr. 2 lit. b RL 2004/38, vorgesehen. Beim Aufenthaltsrecht zur Stellensuche (im Falle der Aussicht auf Erfolg) über sechs Monate hinaus dürfte es sich letztlich nicht um ein eigentlich neues Aufenthaltsrecht handeln, da die betreffenden Personen bereits vorher in der Schweiz waren (die ersten sechs Monate) und der Aufenthalt darüber hinaus jedenfalls nicht auf Dauer angelegt ist.
- Im Übrigen sind dem revidierten Freizügigkeitsabkommen **weitere Neuerungen**, welche jedoch nicht das Aufenthaltsrecht als solches betreffen, zu entnehmen. Diese betreffen insbesondere die mit der Aufrechterhaltung der Arbeitnehmereigenschaft einhergehenden Rechte auf den Genuss der gleichen steuerlichen und sozialen Vergünstigungen wie einheimische Arbeitnehmer sowie das Recht von Familienangehörigen in aufsteigender Linie auf Erwerbstätigkeit.
- Die in den «Bilateralen III» vorgesehenen **institutionellen Regelungen** (dynamische Rechtsübernahme und Streitbeilegung sowie die Rolle der Rechtsprechung des EuGH für die Auslegung des Freizügigkeitsabkommens) können als solche nicht zu einer Unvereinbarkeit des Abkommenspakets mit Art. 121a Abs. 4 BV führen, da im Rahmen der dynamischen Rechtsübernahme ein «Ausscheren» möglich ist und es bei der Streitbeilegung sowie der Rolle des EuGH um die Auslegung von Abkommensbestimmungen geht, ein Aspekt, welcher zwar ihre materielle Tragweite beschlägt, aber nicht als solcher zu einer Unvereinbarkeit mit Art. 121a Abs. 4 BV führen kann.

- Die «**Bilateralen III**» bzw. die wohl durch Protokolle erfolgenden Modifikationen des Freizügigkeitsabkommens stellen **neue völkerrechtliche Verträge im Sinn des Art. 121a Abs. 4 BV** dar, die somit nur dann unterzeichnet, genehmigt und ratifiziert werden dürfen, wenn sie mit dieser – jedenfalls seit Inkrafttreten der Umsetzungsgesetzgebung zu Art. 121a Abs. 1-3 BV unmittelbar anwendbaren – Vorschrift in Einklang stehen.
- **Art. 121a Abs. 4 BV** steht indessen nur Verträgen entgegen, welche selbst eine **quantitativ ins Gewicht fallende dauerhafte «Neuzuwanderung»** vorsehen bzw. entsprechende Rechte verankern. Da die vorgesehenen Neuerungen, welche für die Schweiz im Falle der Übernahme der RL 2004/38 verbindlich wären, nur in quantitativer Hinsicht zu vernachlässigende, im Verhältnis zum bestehenden Freizügigkeitsabkommen neue bzw. zusätzliche die Zuwanderung im Sinn des Art. 121a BV betreffende Rechte verankern, und dieses **neuen Ansprüche auf Aufenthalt** insgesamt von **marginaler Bedeutung** sind, können sie als solche keinesfalls dazu führen, dass – was für einen Verstoß gegen Art. 121a Abs. 4 BV notwendig wäre – es der Schweiz verunmöglicht würde, die Zuwanderung eigenständig zu steuern. Damit steht die im Rahmen der «Bilateralen III» vorgesehene **Modifikation des Freizügigkeitsabkommens in Einklang mit Art. 121a BV**.

II. Schlussbemerkung

92. Die **rechtliche Tragweite des Art. 121a BV** ist nach wie vor umstritten, und die **Auslegung** der Bestimmung gestaltet sich allgemein als sehr **komplex**, dies insbesondere aufgrund ihrer inneren Widersprüche einerseits und den Spannungsfeldern und teilweise Konflikten mit anderen verfassungsrechtlichen Zielen und Vorgaben sowie völkerrechtlichen Pflichten andererseits.

93. Bemerkenswert ist daher, dass trotz dieser Komplexität und ungeachtet der Frage, wie man die sich hier im Einzelnen stellenden Fragen – die im Rahmen dieser Untersuchung nicht abschliessend analysiert werden konnten – beantwortet, die **Vereinbarkeit der im Rahmen der «Bilateralen III» vorgesehenen Modifikation des Freizügigkeitsabkommens mit Art. 121a Abs. 4 BV** nach der hier vertretenen Ansicht **klar zu bejahen** ist, da die in diesem Zusammenhang geplanten Neuerungen im Verhältnis zu den bereits heute im Freizügigkeitsabkommen verankerten Aufenthaltsrechten **nur marginal neue Aufenthaltsrechte** verankern, welche die Zuwanderung im Sinn des Art. 121a BV betreffen. Deutlich wird damit einmal mehr auch die Bedeutung einer genauen Analyse der mit der Modifikation des Freizügigkeitsabkommens verbundenen Erweiterungen der Rechte der Unionsbürger in der Schweiz (und der Schweizer Bürger in der Union), welche bei

näherer Betrachtung deutlich weniger weit geht, als dies im mitunter emotional geführten politischen Diskurs den Anschein hat.

Literaturverzeichnis

- AMARELLE, CESLA/NGUYEN, MINH SON (Hrsg.): Code annoté de droit des migrations, volume III : Accord sur la libre circulation des personnes (ALCP), Bern 2014 (zit.: VERFASSER, in: Amarelle/Nguyen, Code annoté, vol. III).
- VON ARNAULD, ANDREAS: Völkerrecht, 5. Aufl., Heidelberg 2023.
- AUBERT, JEAN-FRANÇOIS/MAHON, PASCAL: Petit commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999, Zürich u.a. 2003.
- BAUR, GEORGES: Die «Zwei-Pfeiler-Struktur» als Begriff des EWR-Rechts...und seine Anwendung auf das geplante Abkommen Schweiz-EU, in: Astrid Epiney/Sarah Progin-Theuerkauf/Flaminia Dahinden/Sophie Dukarm (Hrsg.), Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht 2023/2024, Zürich 2024, 561 ff.
- BIAGGINI, GIOVANNI: BV-Kommentar. Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 2. Aufl., Zürich 2017.
- BIEBER ROLAND/EPINEY ASTRID/HAGG MARCEL/KOTZUR MARKUS, Die Europäische Union, Europarecht und Politik, 16. Aufl., Baden-Baden 2024 (zit.: VERFASSER, in: Bieber/Epiney/Hagg/Kotzur, EU).
- BOILLET, VÉRONIQUE/MAIANI, FRANCESCO: La «préférence indigène light» et sa compatibilité avec l'Accord sur la libre circulation des personnes, in: Alberto Achermann et al., Jahrbuch für Migrationsrecht 2016/2017, Bern 2017, 61 ff.
- BOUVERESSE, AUDE/ILIOPOULOU-PENOT, ANASTASIA/RONDU, JULIE (Hrsg.), La citoyenneté européenne: quelle valeur ajoutée?, Brüssel 2023.
- BREITENMOSER, STEPHAN: Das Scheitern des Institutionellen Rahmenabkommens (InstA) zwischen der Schweiz und der EU: Gründe und Ausblick, in: Astrid Epiney/Petru Zlatescu (Hrsg.), Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht 2020/2021, Zürich 2021, 325 ff.
- CARONI, ANDREA/KÜHNE, DANIELA: Das obligatorische Referendum für völkerrechtliche Verträge mit Verfassungscharakter. Eine Analyse des jüngsten Reformversuchs, ZBl 2022, 343 ff.
- CHATTON, GREGOR T.: Die Arbeitnehmereigenschaft gemäss Freizügigkeitsabkommen – eine Bestandesaufnahme, in: Alberto Achermann/Astrid Epiney/Raffael Gnädinger (Hrsg.), Migrationsrecht in der Europäischen Union und im Verhältnis Schweiz – EU, Freiburger Schriften zum Europarecht Nr. 24, Freiburg 2018, 17 ff.
- COTTIER, THOMAS: Der Rechtsschutz im Rahmenabkommen Schweiz-EU: Kernstück des Abkommens und Instrument schrittweiser Rechtsentwicklung, in: Astrid Epiney/Petru Emanuel Zlatescu (Hrsg.), Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht 2020/2021, Bern/Zürich 2021, 353 ff.
- CURSOUX-BRUYÈRE, SANDRINE: Le sentiment d'appartenance à l'Union européenne: une citoyenneté à redéfinir, RUE 2021, 8 ff.

- DIGGELMANN, OLIVER/HERTIG RANDALL, MAYA/SCHINDLER, BENJAMIN (Hrsg.): Verfassungsrecht der Schweiz, 3 Bände, Zürich 2020 (zit.: VERFASSEN, in: Diggelmann et al., Verfassungsrecht der Schweiz).
- EHRENZELLER, BERNHARD/EGLI, PATRICIA/HETTICH, PETER/HONGLER, PETER/SCHINDLER, BENJAMIN/SCHMID, STEFAN G./SCHWEIZER, RAINER J. (Hrsg.): Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, 4. Aufl., St. Gallen 2023 (zit.: VERFASSEN, in: Ehrenzeller et al., SGK BV).
- EPINEY, ASTRID: Rechtsgrundlagen der Migration in Europa. Zur Regelung eines «Anspruchs auf Aufenthalt» im Völker- und Europarecht, in: Hartmut Bauer/Pedro Cruz Villalon/Julia Iliopoulos-Strangas (Hrsg.), Die neuen Europäer – Migration und Integration in Europa, Baden-Baden 2009, 115 ff.
- EPINEY, ASTRID: Das Freizügigkeitsabkommen Schweiz – EU: Erfahrungen, Herausforderungen und Perspektiven, in: Alberto Achermann/Cesla Amarrelle/Martina Caroni/Astrid Epiney/Walter Kälin/Peter Uebersax (Hrsg.), Jahrbuch für Migrationsrecht / Annuaire du droit de la migration 2011/2012, Bern 2012, 81 ff.
- EPINEY, ASTRID: 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, Freiburg 2014.
- EPINEY, ASTRID: Beziehungen Schweiz – EU: Status quo und Perspektiven in: Patrik Schellenbauer/Gerhard Schwarz (Hrsg.), Bilateralismus – was sonst? Eigenständigkeit trotz Abhängigkeit, Zürich 2015, 25 ff.
- EPINEY, ASTRID: Zur Auslegung von Art. 121a Abs. 4 BV im Zusammenhang mit dem möglichen Abschluss des Kroatien-Protokolls zum FZA, Jusletter vom 15.6.2015
- EPINEY, ASTRID: Unterzeichnung, Genehmigung und Ratifizierung des Kroatien-Protokolls zum FZA. Eine rechtliche oder eine politische Frage?, Jusletter vom 13. Juni 2016.
- EPINEY, ASTRID: «Brexite» und FZA, Jusletter vom 20.3.2017.
- EPINEY, ASTRID: Der Entwurf des Institutionellen Abkommens Schweiz – EU. Überblick und erste Einschätzung, Jusletter vom 17.12.2018.
- EPINEY, ASTRID: Die dynamische Rechtsübernahme im Entwurf des Institutionellen Abkommens, EuZ 2021, 4 ff.
- EPINEY, ASTRID: Rechtsschutz und Streitbeilegung im Bilateralen Recht. Zu den Implikationen eines Einbezugs des EuGH im Vergleich zum status quo, Jusletter vom 19.12.2022.
- EPINEY, ASTRID: § 4. Multilaterales Migrationsrecht: Das Freizügigkeitsabkommen Schweiz – EU, in: Peter Uebersax/Beat Rudin/Thomas Hugi Yar/Thomas Geiser/Luzia Vetterli (Hrsg.), Ausländerrecht. Eine umfassende Darstellung der Rechtsstellung von Ausländerinnen und Ausländern in der Schweiz, Handbücher für die Anwaltspraxis (HAP), Basel 2022, 187 ff.

- EPINEY, ASTRID: Das Kind im FZA: Aufenthaltsrecht, Familiennachzug und Zugang zu staatlichen Leistungen, Alberto Achermann/Cesla Amarelle/Véronique Boillet/Martina Caroni/Astrid Epiney/Peter Uebersax (Hrsg.), Jahrbuch für Migrationsrecht / Annuaire du droit de la migration 2022/2023, Bern 2023, 77 ff.
- EPINEY, ASTRID: Die «Bilateralen III» und ihre möglichen Auswirkungen auf das Migrationsrecht, in: Alberto Achermann u.a. (Hrsg.), Jahrbuch für Migrationsrecht 2023/2024, Bern 2024, 1 ff.
- EPINEY, ASTRID: Die Unionsbürgerrichtlinie: Rechtliche Tragweite und Bedeutung für die Schweiz, EuZ 10/2024, 33 S. (EIZpublishing.ch).
- EPINEY, ASTRID: «Bilaterale III» und das Verhältnis zwischen Völkerrecht und Landesrecht, Jusletter vom 10. März 2025.
- EPINEY, ASTRID/AFFOLTER, SIAN: Das Institutionelle Abkommen und die Unionsbürgerrichtlinie, Jusletter vom 11. März 2019.
- EPINEY, ASTRID/BLASER, GAËTAN: L'accord sur la libre circulation des personnes et l'accès aux prestations étatiques – un aperçu, in: Astrid Epiney/Teresia Gordzielik (Hrsg.), Personenfreizügigkeit und Zugang zu staatlichen Leistungen, Zürich 2015, 37 ff.
- EPINEY, ASTRID/HUNZIKER, EVAMARIA: Zur schweizerischen Rechtsprechung zum Personenfreizügigkeitsabkommen, in: Alberto Achermann/Cesla Amarelle/Véronique Boillet/Martina Caroni/Astrid Epiney/Peter Uebersax (Hrsg.), Jahrbuch für Migrationsrecht / Annuaire du droit de la migration 2023/2024, Bern 2024, 275 ff.
- EPINEY, ASTRID/METZ, BEATE/PIRKER, BENEDIKT: Zur Parallelität der Rechtsentwicklung in der EU und in der Schweiz. Ein Beitrag zur rechtlichen Tragweite der «Bilateralen Abkommen», Zürich 2012.
- EPINEY, ASTRID/MOSTERS, ROBERT: Die Rechtsprechung des EuGH zur Personenfreizügigkeit im Jahre 2016 und ihre Implikationen für das Freizügigkeitsabkommen Schweiz-EU, in: Astrid Epiney/Lena Hehemann (Hrsg.), Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht 2016/2017, Bern/Zürich 2017, 69 ff.
- EPINEY, ASTRID/NÜESCH, DANIELA: Zur schweizerischen Rechtsprechung zum Personenfreizügigkeitsabkommen, in: Alberto Achermann u.a. (Hrsg.), Jahrbuch für Migrationsrecht 2017/2018, Bern 2018, 273 ff.
- EPINEY, ASTRID/NÜESCH, DANIELA: Inländervorrang und Freizügigkeitsabkommen. Zu den Schranken des FZA für die sog. Inländervorränge bei der Anstellung, AJP 2018, 6 ff.
- FLEUß, MARTIN: Unionsbürgerschaft und Freizügigkeit, VerwArch 2022, 201 ff.
- GASTALDI, SILVIA: L'accès à l'aide sociale dans le cadre de l'ALCP, in: Astrid Epiney/Teresia Gordzielik (Hrsg.), Personenfreizügigkeit und Zugang zu staatlichen Leistungen, Zürich 2015, 121 ff.

- GLASER, ANDREAS: Das Institutionelle Abkommen Schweiz-EU – ein Fall für das obligatorische Staatsvertragsreferendum?, *sui generis* 2020, 210 ff.
- GLASER, ANDREAS/DÖRIG, HEIDI: Die Streitbeilegung in den Bilateralen Abkommen Schweiz–EU, in: Astrid Epiney/Lena Hehemann (Hrsg.), *Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht 2017/2018*, Zürich/Bern 2018, 451 ff.
- GLASER, ANDREAS/LANGER, LORENZ: Die Institutionalisierung der Bilateralen Verträge: Eine Herausforderung für die schweizerische Demokratie, *SZIER* 2013, 563 ff.
- GRODECKI, STÉPHANE: La démocratie directe en Suisse au XXI^e siècle – une évolution nécessaire?, *ZSR* 2013 II, 95 ff.
- GUILD, ELSPETZ/PEERS. STEVE/TOMKIN, JONATHAN: *The EU Citizenship Directive. A Commentary*, Oxford 2014.
- HÄFELIN, ULRICH/HALLER, WALTER/KELLER, HELEN/THURNHERR, DANIELA: *Schweizerisches Bundesstaatsrecht*, 11. Aufl., Zürich 2024.
- HANGARTNER, YVO: Bundesgerichtlicher Positionsbezug zum Verhältnis von Bundesverfassung und Völkerrecht, *AJP* 2013, 698 ff.
- HESELHAUS, SEBASTIAN: Aktuelle Spielräume für ein Institutionelles Rahmenabkommen, *EuZ* 2022, 1 ff.
- KÄLIN, WALTER/EPINEY, ASTRID/CARONI, MARTINA/KÜNZLI, JÖRG/PIRKER, BENEDIKT: *Völkerrecht*, 5. Aufl., Bern 2022.
- MAIANI, FRANCESCO: La «saga Metock», ou des inconvénients du pragmatisme helvétique dans la gestion des rapports entre droit européen, droit bilatéral et droit interne, *ZSR* 2011 I, 27 ff.
- MARTENET, VINCENT/DUBEY, JACQUES (Hrsg.): *Commentaire romand. Constitution fédérale*, 2 Bände, Basel 2021 (zit.: VERFASSER, in: Martenet/Dubey, CR Cst.).
- MAZILLE, CLÉMENTINE: *L’institutionnalisation de la relation entre l’Union européenne et la Suisse: Recherche sur une construction européenne*, Zürich 2018.
- MÜLLER, ANDREAS TH.: Was sind «concepts of Union law»? , in: Astrid Epiney/Sarah Progin-Theuerkauf/Flaminia Dahinden/Sophie Durkam (Hrsg.), *Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht 2023/2024*, Zürich 2024, 535 ff.
- MUSER, MARCO/TOBLER, CHRISTA: Schiedsgerichte in den Aussenverträgen der EU – Neue Entwicklungen unter Einbezug der institutionellen Verhandlungen Schweiz-EU, *Jusletter* vom 28. Mai 2019.
- OESCH, MATTHIAS: Der Einfluss des EU-Rechts auf die Schweiz – von Gerichtsdolmetschern, Gerichtsgutachten und Notaren, *SJZ* 2016, 53 ff.
- OESCH, MATTHIAS: *Der EuGH und die Schweiz*, Zürich 2023.
- OESCH, MATTHIAS: *Schweiz – Europäische Union. Grundlagen, Bilaterale Abkommen, Autonome Nachvollzug*, 2. Aufl., Zürich 2025.

- OESCH, MATTHIAS/SPECK, GABRIEL: Das geplante institutionelle Abkommen Schweiz – EU und der EuGH, in: Astrid Epiney/Lena Hehemann (Hrsg.), Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht 2016/2017, Zürich/Bern 2017, 257 ff.
- PIRKER, BENEDIKT: Zum Verlust der Arbeitnehmereigenschaft im Freizügigkeitsabkommen, AJP 2014, 1217 ff
- PIRKER, BENEDIKT: Zu den für die Auslegung der Bilateralen Abkommen massgeblichen Grundsätzen – Gedanken zu BGE 140 II 112 (Gerichtsdolmetscher), ZBl 2015, 295 ff.
- PIRKER, BENEDIKT: Das Schiedsgericht im Institutionellen Abkommen zwischen Eigenständigkeit und Autonomie, ASA Bulletin 2019, 592 ff.
- PIRKER, BENEDIKT: Zum Schiedsgericht im Institutionellen Abkommen, Jusletter vom 3. Juni 2019.
- PIRKER, BENEDIKT: Verbleiberechte gemäss dem Freizügigkeitsabkommen Schweiz – EU, AJP 2023, 860 ff.
- RHINOW, RENÉ/SCHEFER, MARKUS/UEBERSAX, PETER: Schweizerisches Verfassungsrecht, 3. Aufl., Basel 2016.
- SCHLEGEL, STEFAN/SIEBER-GASSER, CHARLOTTE: Der Dritte Weg zur Vierten Freiheit. Von bestehenden und künftigen Konflikten zwischen Handels- und Migrationsrecht, Jusletter vom 17.3.2014.
- SCHMID, STEFAN G.: Das «ungeschriebene» obligatorische Staatsvertragsreferendum – verfassungsrechtliche Würdigung im Hinblick auf eine Abstimmung über die zurzeit verhandelten bilateralen Verträge Schweiz – EU, ZBl. 2024, 519 ff.
- DE SÉPIBUS, JOËLLE: Ein institutionelles Dach für die Beziehungen zwischen der Schweiz und der Europäischen Union, in: Astrid Epiney/Stefan Diezig (Hrsg.), Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht 2013/2014, Zürich/Bern 2014, 397 ff.
- TOBLER, CHRISTA: Auswirkungen einer Übernahme der Unionsbürgerrichtlinie für die Schweiz. Sozialhilfe nach bilateralem Recht als Anwendungsfall des Polydor-Prinzips, in: Astrid Epiney/Teresia Gordzielik (Hrsg.), Personenfreizügigkeit und Zugang zu staatlichen Leistungen, Zürich 2015, 55 ff.
- TOBLER, CHRISTA: Personenfreizügigkeit mit und ohne Unionsbürgerrichtlinie – Reise- und Aufenthaltsrechte im Ankara-Abkommen, dem FZA Schweiz-EU und dem EWR-Recht, in: Astrid Epiney/Lena Hehemann (Hrsg.), Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht 2017/2018, Bern/Zürich 2018, 433 ff.
- TSCHANNEN, PIERRE: Staatsrecht der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 5. Aufl., Bern 2021.
- THYM, DANIEL: Sozialleistungen für und Aufenthalt von nichterwerbstätigen Unionsbürgern, NZS 2014, 81 ff.

- UEBERSAX, PETER: Die verfassungsrechtliche Zuwanderungssteuerung – Zur Auslegung von Art. 121a BV, Jusletter vom 14.4.2014.
- UEBERSAX, PETER: Freizügigkeitsabkommen und Landesverweisung, Plädoyer 1/2018, 37 ff.
- UEBERSAX, PETER: Wegweisung bettelnder Angehöriger von EU- und EFTA-Mitgliedstaaten aus der Schweiz, AJP 2025, 116 ff.
- VISCHER, BENEDICT: Feilen am Streitbeilegungssystem in den bilateralen Beziehungen, Jusletter vom 22. Januar 2024.
- WALDMANN, BERNHARD/BELSER, EVA MARIA/EPINEY, ASTRID (Hrsg.): Basler Kommentar Bundesverfassung, Basel 2015, Neuauflage 2025 im Erscheinen (zit., nach den Druckfahnen der Neuauflage: VERFASSER, in: Waldmann/Belser/Epiney, BSK BV).
- ZÜND, ANDREAS/HUGI YAR, THOMAS: Staatliche Leistungen und Aufenthaltsbeendigung unter dem FZA, in: Astrid Epiney/Teresia Gordzielik (Hrsg.), Personenfreizügigkeit und Zugang zu staatlichen Leistungen, Zürich 2015, 157 ff.

Materialienverzeichnis

- Bundesamt für Justiz, Angenommene Volksinitiative „Gegen Masseneinwanderung“: Auslegung der Artikel 121a und 197 Ziffer 9 der Bundesverfassung, 8.4.2014 (zit.: BJ, Volksinitiative «Gegen Masseneinwanderung»).
- Bundesamt für Justiz, Das Staatsvertragsreferendum im Bundesverfassungsrecht, Gutachten vom 27. Mai 2024 (zit.: BJ, Gutachten Staatsvertragsreferendum).
- Bundesrat, Botschaft zur Volksinitiative «Gegen Masseneinwanderung», BBl 2012 291 (zit.: Bundesrat, Botschaft zur Masseneinwanderungsinitiative).
- Bundesrat, Botschaft zur Genehmigung des Freihandelsabkommens zwischen der Schweiz und China sowie des Abkommens zwischen der Schweiz und China über die Zusammenarbeit in Arbeits- und Beschäftigungsfragen vom 4. September 2013, BBl 2013 8165 (zit.: Bundesrat, Botschaft FHA Schweiz – China).
- Bundesrat, Botschaft zur Ausdehnung des Freizügigkeitsabkommens auf Kroatien vom 4. März 2016, BBl 2016 2223 (zit.: Bundesrat, Botschaft zum Kroatien-Protokoll).
- Bundesrat, Botschaft über die Gewährleistung der geänderten Verfassungen der Kantone Thurgau, Tessin, Wallis und Genf vom 16. August 2017, BBl 2017 5849 (zit.: Bundesrat, Botschaft Gewährleistung der geänderten Verfassungen).
- Bundesrat, Botschaft zur Volksinitiative «Für eine massvolle Zuwanderung (Begrenzungsinitiative)», BBl 2019, 5027 (zit.: Bundesrat, Botschaft Begrenzungsinitiative).
- Bundesrat, Botschaft zur Genehmigung und Umsetzung des Abkommens zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und dem Vereinigten Königreich von Grossbritannien und Nordirland über die Rechte der Bürgerinnen und Bürger infolge des Austritts des Vereinigten Königreichs aus der Europäischen Union und des Wegfalls des Freizügigkeitsabkommens, BBl 2020 1029 (zit.: Bundesrat, Botschaft Brexit-Abkommen).
- Direktion für Völkerrecht, Auswirkungen der neuen Verfassungsbestimmungen Art. 121a und Art. 197 Ziff. 9 auf die völkerrechtlichen Verpflichtungen der Schweiz, 26.5.2014 (zit.: DV, Auswirkungen der neuen Verfassungsbestimmungen Art. 121a).

Abkürzungsverzeichnis

AB	Amtliches Bulletin
ABl.	Amtsblatt der Europäischen Union
Abs.	Absatz
AJP	Aktuelle Juristische Praxis
AIG	Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer und über die Integration (Ausländer- und Integrationsgesetz, AIG), SR 142.20
Art.	Artikel
ASA	Swiss Arbitration Association
BB1	Bundesblatt
BGE	Entscheide des Bundesgerichts. Amtliche Sammlung
BGer	Bundesgericht
BJ	Bundesamt für Justiz
BSK	Basler Kommentar
BV	Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, SR 101
CR	Commentaire romand
Cst.	Constitution (Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, SR 101)
DV	Direktion für Völkerrecht
ECLI	European Case Law Identifier
EFTA	European Free Trade Association
et al.	et alii bzw. aliae (und weitere)
EG	Europäische Gemeinschaft
EU	Europäische Union
EuZ	Zeitschrift für Europarecht
EWG	Europäische Wirtschaftsgemeinschaft
f.	und folgende
ff.	und folgende (mehrere)
Fn.	Fussnote
FZA	Abkommen zwischen der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten einerseits und der Schweizerischen Eidgenossenschaft andererseits über die Freizügigkeit (FZA), SR 0.142.112.681

HAP	Handbücher für die Anwaltspraxis
InstA	Institutionelles Abkommen
KV	Kantonsverfassung
lit.	litera
N	Randnummer
NR	Nationalrat
NZS	Neue Zeitschrift für Sozialrecht
ParlG	Bundesgesetz über die Bundesversammlung (Parlamentsgesetz, ParlG) vom 13. Dezember 2022, SR 171.10
RL	Richtlinie
Rs.	Rechssache
RUE	Revue de l'Union européenne
RVOG	Regierungs- und Verwaltungsorganisationsgesetz (RVOG), SR 172.010
TI	Tessin
SGK	St. Galler Kommentar
SJ	Semaine judiciaire
SJER	Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht
s.o.	siehe oben
StR	Ständerat
SR	Systematische Sammlung des Bundesrechts
s.u.	siehe unten
SZIER	Schweizerische Zeitschrift für Internationales und Europäisches Recht
VerwArch	Verwaltungsarchiv
VO	Verordnung
WVK	Wiener Konvention über das Recht der Verträge vom 23. Mai 1969, SR 0.111.
ZBJV	Zeitschrift des bernischen Juristenvereins
ZBl.	Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht
Ziff.	Ziffer

Cahiers fribourgeois de droit européen

Freiburger Schriften zum Europarecht

Publiés sous l'égide de l'Institut de droit européen de l'Université de Fribourg
Herausgegeben vom Institut für Europarecht der Universität Freiburg i. Ü.

Derniers numéros parus / Letzte erschienene Nummern

- 34 Astrid Epiney
Zur Reichweite der Pflicht zur Prüfung der Gleichwertigkeit ausländischer
Diplome
- 35 Sian Affolter / Astrid Epiney
Die «Sorgfaltspflichten-Richtlinie» der EU: rechtliche Tragweite und
Implikationen für die Schweiz
- 36 Astrid Epiney / Nula Frei / Janine Prantl
Völkerrechtliche Vorgaben für die Zuweisung von Wohnraum für
anerkannte Flüchtlinge und vorläufig Aufgenommene als Sachleistung im
Bereich der Sozialhilfe: zur Frage der völkerrechtskonformen Umsetzung
der Motion 42.21.26 «Zuweisung Wohnraum für anerkannte Flüchtlinge»
- 37 Astrid Epiney / Nula Frei
Verfassungs- und völkerrechtliche Vorgaben der Bekanntgabe von
Personendaten ins Ausland im Rahmen einer Auftragsbearbeitung
- 38 Astrid Epiney / David Kläui
Zur Zulässigkeit von Altersbeschränkungen für die Zulassung zum
Medizinstudium
- 39 Astrid Epiney
«Bilaterale III» und Art. 121a BV: Zur Vereinbarkeit der im Rahmen der
«Bilateralen III» vorgesehenen Änderungen des Freizügigkeitsabkommens
Schweiz – EU mit Art. 121a Abs. 4 BV

Art. 121a BV – der im Zuge der sog. „Masseneinwanderungsinitiative“ in die Verfassung eingeführt wurde – sieht in seinem Absatz 4 vor, dass keine völkerrechtlichen Verträge abgeschlossen werden dürfen, die gegen diesen Artikel verstossen. Die vorliegende Untersuchung zeigt auf der Grundlage der „Faktenblätter“ des Bundesrates die im Rahmen der „Bilateralen III“ vorgesehenen Modifikationen des Personenfreizügigkeitsabkommens, welche in diesem Zusammenhang relevant sein könnten, auf (dies mit besonderem Akzent auf die mit der Übernahme der sog. Unionsbürgerrichtlinie einhergehenden Änderungen) und weist nach, dass diese nicht gegen Art. 121a Abs. 4 BV verstossen.

Astrid Epiney, Prof. Dr. iur., LL.M., Lehrstuhl für Europarecht, Völkerrecht und öffentliches Recht der Universität Freiburg i.Ue., geschäftsführende Direktorin des Instituts für Europarecht.