

Dr. Peter Karlen

Rechtsanwalt, alt Bundesrichter

Kurzgutachten

**zur Vereinbarkeit der im *Common Understanding* vorgesehenen
Anpassung des Freizügigkeitsabkommens mit Art. 121a BV**

erstattet zuhanden des

Generalsekretariats der SVP Schweiz

13. Mai 2024

Inhaltsverzeichnis

I.	Auftrag	3
II.	Rechtliche Ausgangslage	3
1.	Verfassungsartikel über Steuerung der Zuwanderung (Art. 121a BV)	4
2.	Gewährleistung des freien Personenverkehrs zwischen der Schweiz und den EU-Staaten durch das FZA	4
3.	Ausstehende Auflösung des Widerspruchs zwischen Art. 121a BV und dem FZA	5
4.	Common Understanding	5
5.	Unionsbürgerrichtlinie	6
III.	Vereinbarkeit der im Commun Understanding vorgesehenen Anpassung des Freizügigkeitsabkommens mit Art. 121a BV	6
1.	Inhaltliche Vereinbarkeit mit Art. 121a BV	7
2.	Erforderlichkeit der Revision von Art. 121a BV für die geplante Anpassung des Freizügigkeitsabkommens	7
3.	Weitere Verfahrensfragen	10
IV.	Vereinbarkeit der Übernahme der Unionsbürgerrichtlinie mit Art. 121 Abs. 4 BV	11
V.	Zusammenfassung	11
VI.	Beantwortung der Gutachterfragen	11

Abkürzungen

AB S	Amtliches Bulletin der Bundesversammlung/Ständerat
Abs.	Absatz
Anm.	Anmerkung
Art.	Artikel
BBl	Bundesblatt
BGE	Bundesgerichtsentscheid
BV	Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (SR 101)
EDA	Eidgenössisches Departement für auswärtige Angelegenheiten
EG	Europäische Gemeinschaft (Vorgängerin der EU)
et al.	et alii (und andere)
EU	Europäische Union
FZA	Freizügigkeitsabkommen der Schweiz mit der EU und ihren Mitgliedstaaten vom 21. Juni 1999 (SR 0.142.112.681)
lit.	litera (Buchstabe)
N.	Nummer (Randziffer)
SR	Systematische Sammlung des Bundesrechts
ZBl	Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht
Ziff.	Ziffer

I. Auftrag

- 1 Der Bundesrat beendete im Mai 2021 die Verhandlungen der Schweiz mit der EU über ein institutionelles Rahmenabkommen. Er beabsichtigt, an dessen Stelle in einem Paket neue Abkommen mit der EU abzuschliessen und bestehende anzupassen. Institutionelle Elemente sollen dabei lediglich sektoriell in den Abkommen verankert werden. Zur Vorbereitung neuer Verhandlungen führten Delegationen der Schweiz und der EU seither Sondierungsgespräche. Sie hielten deren Ergebnisse am 27. Oktober 2023 in einem *Common Understanding* fest¹. Dieses skizziert die Landezonen bzw. Lösungsansätze für die nunmehr zu führenden Verhandlungen zwischen der Schweiz und der EU. Es soll als Ausgangspunkt der Verhandlungen dienen und nicht deren Ergebnis vorwegnehmen².
- 2 In diesem Zusammenhang beauftragt das Generalsekretariat der SVP Schweiz den Unterzeichnenden, in einem Kurzgutachten folgende Fragen zu klären:
 1. ***Ist ein Vertrag der Schweiz mit der EU mit dem im «Common Understanding» umschriebenen Inhalt mit Art. 121a BV vereinbar?***
 2. ***Insbesondere: Ist die Übernahme der EU-Unionsbürgerrichtlinie (Richtlinie 2004/38/EG) durch die Schweiz (mit einigen kleineren Ausnahmen in den Bereichen Ausweisung und dem Recht auf Daueraufenthalt) mit Art. 121 Abs. 4 BV vereinbar?***
- 3 Mit Blick auf Art. 121a BV sind vor allem die in Ziff. 9 und 13–15 des *Common Understanding* von Bedeutung, insbesondere die darin vorgesehene Anpassung des Freizügigkeitsabkommen der Schweiz mit der EU und ihren Mitgliedstaaten (FZA)³. Die nachfolgende rechtliche Beurteilung konzentriert sich darauf. Sie erörtert entsprechend dem mit einem Kurzgutachten gesetzten Rahmen nicht alle Gesichtspunkte eingehend. Sie beschränkt sich zudem auf die im *Common Understanding* festgehaltenen Eckpunkte. Es bleibt zu beachten, dass sich die rechtliche Beurteilung verändern kann, falls die Verhandlungen zu Lösungen führen sollten, die von den Eckpunkten abweichen.

¹ Der Text ist publiziert auf der Internetseite des Eidgenössischen Departements für auswärtige Angelegenheiten (EDA): <<https://www.eda.admin.ch>> unter den Stichworten <Beziehungen Schweiz–EU/Paketansatz/Politische Dokumente>. Vgl. dazu näher: Bericht des Bundesrates zu den explorativen Gesprächen zwischen der Schweiz und der EU zur Stabilisierung und Weiterentwicklung ihrer Beziehungen vom 15. Dezember 2023 (ebenfalls publiziert auf der zuvor genannten Internetseite).

² Vgl. Bericht (Anm. 1), S. 5. Der Bundesrat hält in seinem Schreiben vom 8. November 2023 an die Präsidenten der Europäischen Union ausdrücklich fest, dass das *Common Understanding* nicht als «rote Linie» für künftige Verhandlungen gelten dürfe.

³ Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft einerseits und der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten andererseits über die Freizügigkeit vom 21. Juni 1999 (SR 0.142.112.681).

II. Rechtliche Ausgangslage

- 4 Zur Beantwortung der Gutachterfragen ist zunächst eine kurze Klärung der rechtlichen Ausgangslage erforderlich. Dabei werden nur die massgeblichen rechtlichen Elemente kurz dargestellt, hingegen wird kein umfassender Überblick vermittelt.

1. Verfassungsartikel über Steuerung der Zuwanderung (Art. 121a BV)

- 5 Durch die Annahme der Volksinitiative «Gegen Masseneinwanderung» in der Abstimmung vom 14. Februar 2012 fand Art. 121a Eingang in die Bundesverfassung. Nach dieser Bestimmung steuert die Schweiz die Zuwanderung von Ausländerinnen und Ausländern eigenständig (Abs. 1). Zu diesem Zweck sind insbesondere Höchstzahlen und Kontingente vorzusehen (Abs. 2 und 3). Weiter verbietet die Bestimmung den Abschluss völkerrechtlicher Verträge, die gegen die in ihr enthaltenen materiellen Vorgaben (Abs. 1–3) verstossen. Schliesslich weist der neue Verfassungsartikel die Regelung der Einzelheiten der Gesetzgebung zu (Abs. 5).
- 6 *Eigenständig* im Sinne von Art. 121a Abs. 1 BV ist die Steuerung der Zuwanderung, wenn sie autonom, d.h. ohne Mitbestimmung durch andere Staaten, supranationale Gemeinschaften oder internationale Organisationen erfolgt⁴. Zur Steuerung müssen als Instrumente *Höchstzahlen* und *Kontingente* verwendet werden⁵. Mit diesen Vorgaben strebt Art. 121a BV eine Rückkehr zum Rechtszustand an, wie er vor dem 1. Juni 2002 (Inkrafttreten des FZA) galt.

2. Gewährleistung des freien Personenverkehrs zwischen der Schweiz und den EU-Mitgliedstaaten durch das FZA

- 7 Unter den sieben Abkommen, welche die Schweiz im Jahre 1999 mit der EU und ihren Mitgliedstaaten abschloss (sog. Bilaterale I), bildet das FZA das Kernstück. Es gewährleistet den *freien Personenverkehr* zwischen der Schweiz und den Mitgliedstaaten der EU und ist damit eine wesentliche Voraussetzung für den Einbezug der Schweiz in den europäischen Binnenmarkt. Das Abkommen sieht für die Angehörigen der Schweiz und der EU-Mitgliedstaaten das Recht auf Einreise, Aufenthalt und Zugang zu einer unselbstständigen Erwerbstätigkeit sowie auf Niederlassung als Selbständigerwerbender und auf

⁴ Vgl. Giovanni Biaggini, Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, Kommentar, 2. Aufl. 2017, Art. 121a N. 6; Véronique Boillet/Francesco Maiani, in: Constitution fédérale. Commentaire romand, hrsg. von Vincent Martenet/Jacques Dubey, 2021, Art. 121a N. 9; Daniela Thurnherr, in: Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, hrsg. von Bernhard Ehrenzeller et al., 4. Aufl. 2023, Art. 121a N. 31; Peter Uebersax, in: Bundesverfassung, Basler Kommentar, hrsg. Bernhard Waldmann et al., 2015, Art. 121a N. 28.

⁵ Die Verwendung weiterer Instrumente zur Steuerung der Zuwanderung ist aber nicht ausgeschlossen; vgl. Biaggini (Anm. 4), Art. 121a N. 8.

Verbleib im Hoheitsgebiet der Vertragsparteien vor⁶.

- 8 Mit dem Inkrafttreten des FZA hat die Schweiz im Verhältnis zu den EU-Mitgliedstaaten die Möglichkeit verloren, die Zuwanderung autonom zu steuern. Insbesondere sind Höchstzahlen und Kontingente mit dem FZA unvereinbar⁷. Zwischen dem FZA und Art. 121a BV besteht daher ein Konflikt.

3. Ausstehende Auflösung des Widerspruchs zwischen Art. 121a BV und dem FZA

- 9 Die Eidgenössischen Räte haben beim Erlass der Ausführungsgesetzgebung den aufgezeigten Konflikt zwischen Art. 121a BV und dem FZA nicht behoben. Vielmehr gaben sie dem Abkommen den Vorrang und verzichteten auf die Einführung von Höchstzahlen und Kontingenten⁸. Dadurch sind die von Art. 121a BV aufgestellten Vorgaben weiterhin unerfüllt.
- 10 In der politischen Praxis und in der Rechtslehre gehen die Meinungen auseinander, ob und wie der Widerspruch zu beseitigen ist. Nach der vorherrschenden Meinung verpflichtet die Übergangsbestimmung zu Art. 121a BV (Art. 197 Ziff. 11 BV) die Behörden nicht zu einer Kündigung des FZA, wenn die EU – was zutreffe – zu einer mit Art. 121a BV konformen Anpassung nicht Hand biete⁹; solange das FZA in Kraft sei, bleibe Art. 121a BV «toter Buchstabe»¹⁰. Es wird jedoch auch die Auffassung vertreten, dass der Bundesrat und die Bundesversammlung nicht ruhen dürfe, bis der nicht hinnehmbare Widerspruch zwischen Art. 121a BV und dem FZA aufgelöst sei, geschehe dies durch Revision der Verfassung oder durch eine Anpassung des völkerrechtlichen Rahmens¹¹.

4. Common Understanding

- 11 Die Ziffern 13–15 des *Common Understanding* sehen vor, dass die nunmehr mit der EU zu führenden Verhandlungen auf eine Anpassung des FZA hinauslaufen sollen. Diese soll auch die *dynamische Übernahme* bestehender und künftiger Rechtsakte der EU im Bereich der Freizügigkeit durch die Schweiz umfassen¹². Insbesondere soll das FZA mit

⁶ Vgl. Art. 1 FZA; siehe im Einzelnen Tobias Jaag/Julia Hänni, *Europarecht*, 4. Aufl. 2015, N. 4108 ff.

⁷ Biaggini (Anm. 4), Art. 121a N. 9; Jaag/Hänni (Anm. 6), N. 4053; Thurnherr (Anm. 4), Art. 121a N. 40 und 83.

⁸ Vgl. im Einzelnen Boillet/Maiani (Anm. 4), Art. 121a N. 32 ff.; Thurnherr (Anm. 4), Art. 121a N. 70 f.

⁹ Anders noch der Bundesrat in der Botschaft zur Volksinitiative «Gegen Masseneinwanderung» vom 7. Dezember 2012, BBl 2012 317.

¹⁰ Vgl. Boillet/Maiani (Anm. 4), Art. 121a N. 35 ff.

¹¹ Biaggini (Anm. 4), Art. 121a N. 5; Thurnherr (Anm. 4), Art. 121a N. 83.

¹² Ziff. 13 in Verbindung mit Ziff. 9 des *Common Understanding*.

zwei Ausnahmen an die *Unionsbürgerrichtlinie der EU*¹³ angeglichen werden.

- 12 Ziel des Bundesrates ist es, das schweizerische Recht im Bereich der Zuwanderung so weit wie möglich an jenes der EU anzupassen. Die Migration soll weiterhin auf die Erwerbstätigkeit ausgerichtet bleiben, um so die Folgen für die Sozialsysteme zu begrenzen. Ferner soll die strafrechtliche Landesverweisung gemäss Art. 121 Abs. 3–6 BV und das Meldeverfahren für wirtschaftlich motivierte Kurzaufenthalte aufrechterhalten werden¹⁴.

5. Unionsbürgerrichtlinie

- 13 Im Recht der EU ist die *Freizügigkeit* eine der Grundfreiheiten und dementsprechend im sog. Primärrecht verankert¹⁵. Sie verleiht den Angehörigen der Mitgliedstaaten der EU (Unionsbürger) das Recht, sich im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten frei zu bewegen und aufzuhalten, soweit nicht Vorschriften des EU-Rechts Beschränkungen und Bedingungen vorsehen. Die *Unionsbürgerrichtlinie* (in Deutschland meist *Freizügigkeitsrichtlinie* genannt) setzt die Freizügigkeit auf der Ebene des Sekundärrechts der EU um. Sie umschreibt die zulässigen Bedingungen und Beschränkungen der Ausübung der Freizügigkeit.
- 14 Die Schweiz hat die Unionsbürgerrichtlinie im Rahmen des FZA bisher nicht übernommen. Die Letztere gewährleistet die Freizügigkeit in einem weiteren Umfang als das FZA. Gemäss dem *Common Understanding* soll das FZA künftig die Personenfreizügigkeit zwischen der Schweiz und den EU-Mitgliedstaaten zwar grundsätzlich auf den Standard der Unionsbürgerrichtlinie ausdehnen, doch sieht es zwei Ausnahmen und Klarstellungen vor, in denen die Schweiz die Personenfreizügigkeit weiterhin restriktiver gewähren kann, namentlich im Zusammenhang mit der Landesverweisung.

III. Vereinbarkeit der im *Common Understanding* vorgesehenen Anpassung des Freizügigkeitsabkommens mit Art. 121a BV

- 15 Im Folgenden wird zunächst die inhaltliche Vereinbarkeit der im *Common Understanding* vorgesehenen Anpassung des FZA mit Art. 121a BV untersucht (N. 16 ff.). Darauf kommen die sich aus dem Befund ergebenden Konsequenzen für das Verfahren zur Anpassung des FZA zur Sprache (N. 19 ff.).

¹³ Richtlinie 2004/38/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29. April 2004 über das Recht der Unionsbürger und ihrer Familienangehörigen, sich im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten frei zu bewegen und aufzuhalten.

¹⁴ Ziff. 8.1 des definitiven Verhandlungsmandats des Bundesrates vom 8. März 2024 (publiziert auf der in Anm. 1 zitierten Internetseite des EDA).

¹⁵ Vgl. Art. 45 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union und Art. 20 Abs. 2 lit. a sowie Art. 21 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union.

1. Inhaltliche Vereinbarkeit mit Art. 121a BV

- 16 Wie schon ausgeführt wurde (vorn N. 11 ff.), soll die im *Common Understanding* anvisierte Änderung des FZA die Personenfreizügigkeit zwischen der Schweiz und den EU-Mitgliedstaaten erweitern. Vorgesehen ist eine Anpassung nicht allein an die Unionsbürgerrichtlinie, sondern auch an weitere Rechtsakte der EU, so an die Richtlinien im Bereich der Entsendung von Arbeitnehmenden¹⁶ und an die Verordnung über die Personalausweise¹⁷. Weiter ist die dynamische Übernahme künftigen EU-Rechts geplant. Ausdrücklich festgehalten ist schliesslich, dass die Anpassung des FZA im Vergleich zum bisherigen Recht in keinem Punkt zu einem Abbau der Rechte der Angehörigen der Schweiz und der EU-Staaten führen soll¹⁸.
- 17 Wenn das FZA bereits in der heute geltenden Fassung mit Art. 121a BV unvereinbar ist (vgl. vorn N. 8), so gilt das noch verstärkt für die vom *Common Understanding* anvisierte Anpassung. Einerseits soll die Freizügigkeit weiter ausgebaut werden, was die Abweichung zu der von Art. 121a Abs. 2 und 3 BV verlangten Begrenzung der Zuwanderung durch Höchstzahlen und Kontingenten vergrössert. Andererseits soll künftig eine dynamische Übernahme des EU-Rechts erfolgen. Die Schweiz verlöre dadurch in noch weitergehendem Mass als heute Einfluss auf die Migration aus den EU-Mitgliedstaaten. Dadurch würde der Widerspruch zu Art. 121a Abs. 1 BV, der eine eigenständige Steuerung der Zuwanderung verlangt, zusätzlich verschärft.
- 18 **Zwischenergebnis:** Die im *Common Understanding* vorgesehene Anpassung des FZA ist in noch grösserem Mass als die heute geltende Fassung mit Art. 121a BV unvereinbar. Die inhaltliche Diskrepanz würde durch den vorgesehenen Ausbau der Freizügigkeit und vor allem durch die dynamische Rechtsübernahme deutlich verschärft.

2. Erforderlichkeit der Revision von Art. 121a BV für die geplante Anpassung des Freizügigkeitsabkommens

- 19 Die Bundesbehörden sind in ihrem Handeln an das Recht gebunden (Art. 5 Abs. 1 BV). Sie dürfen keine Akte erlassen, die der Bundesverfassung widersprechen. Dementspre-

¹⁶ Richtlinie 96/71/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. Dezember 1996 über die Entsendung von Arbeitnehmern im Rahmen der Erbringung von Dienstleistungen mit den Änderungen durch die Richtlinie (EU) 2018/957 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 28. Juni 2018, ergänzt durch die Richtlinie 2014/67/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 15. Mai 2014 zur Durchsetzung der Richtlinie 96/71/EG.

¹⁷ Verordnung (EU) 2019/1157 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Juni 2019 zur Erhöhung der Sicherheit der Personalausweise von Unionsbürgern und der Aufenthaltsdokumente, die Unionsbürgern und deren Familienangehörigen ausgestellt werden, die ihr Recht auf Freizügigkeit ausüben.

¹⁸ Vgl. Ziff. 13 Abs. 1 des *Common Understanding*.

chend dürfen Bundesrat und Bundesversammlung auch keine völkerrechtlichen Verträge abschliessen, die mit der Bundesverfassung nicht im Einklang stehen¹⁹. Art. 121a Abs. 4 BV hält dies noch ausdrücklich fest, indem er statuiert, dass keine völkerrechtlichen Verträge abgeschlossen werden dürfen, die gegen diesen Artikel (gemeint sind die Abs. 1–3 von Art. 121a) verstossen. Dieses Verbot erfasst nicht nur neue völkerrechtliche Verträge, sondern auch das Eingehen neuer völkerrechtlicher Verpflichtungen durch Anpassung bestehender Verträge²⁰.

- 20 Das heute geltende Verfassungsrecht untersagt demnach den Bundesbehörden, die im *Common Understanding* vorgesehene Anpassung des FZA vorzunehmen. Umgekehrt gewendet bedeutet dies, dass diese Anpassung nur zulässig ist, wenn zuvor Art. 121a BV so abgeändert wird, dass kein Normenkonflikt mehr besteht, d.h. dass die verfassungsrechtliche Vorgabe der eigenständigen Steuerung der Zuwanderung und der Festsetzung von Höchstzahlen und Kontingenten fallengelassen wird.
- 21 Die dargestellte Schranke, die Art. 121a Abs. 4 BV gegenüber einer Ausweitung der Personenfreizügigkeit aufstellt, steht nicht im Konflikt mit dem Weiterbestand des FZA und dem Völkerrecht. In dieser Hinsicht unterscheidet sich die Rechtslage von jener beim Erlass der Ausführungsgesetzgebung zu Art. 121a BV. Diese konnte die von Art. 121a Abs. 2 und 3 verlangte Einführung von Höchstzahlen und Kontingenten zur Steuerung der Zuwanderung nicht einführen, ohne das Freizügigkeitsabkommen zu verletzen. Die Eidgenössischen Räte gaben nach längeren Diskussionen dem Fortbestand des FZA und dem Völkerrecht den Vorrang vor der Erfüllung der Vorgaben von Art. 121a BV²¹. Zur Ausweitung der Personenfreizügigkeit, wie sie nun im *Common Understanding* in Aussicht genommen wird, besteht demgegenüber keine völkerrechtliche Pflicht. Der Schweiz steht es aus völkerrechtlicher Sicht frei, ob sie eine solche Anpassung des FZA vornehmen will oder nicht.
- 22 Art. 121a BV ist somit trotz einer Ausführungsgesetzgebung, welche die Bestimmung gegenüber dem Weiterbestand des FZA und dem Völkerrecht zurückstellt, und entgegen einer wohl verbreiteten Vorstellung nicht «toter Buchstabe»²². Der Verfassungsartikel findet denn auch weiterhin Beachtung in der Praxis der Bundesbehörden. So hat der Bundesrat bei einem nach dem Brexit geschlossenen neuen völkerrechtlichen Vertrag

¹⁹ Ulrich Häfelin/Walter Haller/Helen Keller/Daniela Thurnherr, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 10. Aufl. 2020, N. 1923.

²⁰ Boillet/Maiani (Anm. 4), Art. 121a N. 23; Thurnherr (Anm. 4), Art. 121a N. 60.

²¹ Vgl. Boillet/Maiani (Anm. 4), Art. 121a N. 35 ff.; Thurnherr (Anm. 4), Art. 121a N. 70 f.; vgl. zur damaligen rechtlichen Ausgangslage Giovanni Biaggini, Zur Umsetzung von Art. 212a BV durch die Bundesversammlung: Wo liegt und welcher Art ist das Problem (verfassungsrechtlich gesehen), ZBl 2016 588 ff.

²² Die Aussage des Bundesgerichts, Art. 121a BV sei nicht direkt anwendbar, sondern bedürfe der Umsetzung durch den Gesetzgeber (BGE 142 II 35, 38 E. 3.1 i.f.), bezieht sich allein auf Abs. 1–3, hingegen nicht auf Abs. 4; vgl. Biaggini (Anm. 4), Art. 121a N. 14; Thurnherr (Anm. 4), Art. 121a N. 23; anders jedoch Astrid Epiney, Zur rechtlichen Tragweite der Art. 121a, Art. 197 Ziff. 9 BV, Jusletter vom 2. Juni 2014, Ziff. 32 ff.

mit Grossbritannien seine Vereinbarkeit mit Art. 121a BV geprüft und bejaht, da nicht die Zuwanderung, sondern lediglich der Aufenthalt geregelt wurde²³.

- 23 Auch bei der Erweiterung des FZA auf Kroatien im sog. *Kroatien-Protokoll* gingen Bundesrat und Parlament davon aus, dass Art. 121a Abs. 4 BV den Abschluss eines gegen Art. 121a Abs. 1–3 BV verstossenden Vertrags verbiete. Der Bundesrat sah deshalb zunächst von einer Unterzeichnung des Protokolls ab²⁴. Später unterzeichnete er es gleichwohl, weil inzwischen eine mit Art. 121a vereinbare Anpassung des Freizügigkeitsabkommens in Aussicht stand. Das Parlament wollte sich ebenfalls an Art. 121a Abs. 4 BV halten²⁵ und genehmigte deshalb das Kroatien-Protokoll nur mit einer Bedingung²⁶. In der Folge kam eine Anpassung des FZA nicht zustande. Trotzdem ratifizierte der Bundesrat entgegen seiner zuvor vertretenen Auffassung das Protokoll, offensichtlich um der Schweiz die Teilnahme am EU-Forschungsprogramm «Horizon 2020» zu ermöglichen²⁷. Die Missachtung von Art. 121a Abs. 4 BV bei der Ratifizierung des Kroatien-Protokolls geht auf die besonderen Unsicherheiten beim Erlass der Ausführungsgesetzgebung zu Art. 121a BV zurück. Die Unbeachtlichkeit von Art. 121a Abs. 4 BV bei künftigen Ausweitungen der Personenfreizügigkeit lässt sich daraus nicht ableiten²⁸.
- 24 **Zwischenergebnis:** Nach geltendem Verfassungsrecht ist die im *Common Understanding* vorgesehene Anpassung des FZA nicht zulässig. Sie würde vielmehr voraussetzen, dass zuvor Art. 121a BV revidiert wird (Verzicht auf eine eigenständige Steuerung der Zuwanderung sowie auf Höchstzahlen sowie Kontingente).

²³ Vgl. Botschaft des Bundesrates vom 6. Dezember 2019 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 2019 1076.

²⁴ Botschaft des Bundesrates vom 4. März 2016 zur Ausdehnung des Freizügigkeitsabkommens auf Kroatien, BBl 2016 2233.

²⁵ Vgl. insbesondere die Äusserung von *Christan Levrat*, Kommissionssprecher im Ständerat, AB 2016 S 309 ff.

²⁶ Es stützte sich dabei auf ein Positionspapier des Bundesamts für Justiz vom 18. Mai 2016. In ihm hatte das Amt festgehalten, dass eine Ratifikation des Protokolls nur erfolgen könne, wenn entweder eine mit Art. 121a BV vereinbare Anpassung des Freizügigkeitsabkommens gefunden werde (und damit auch das Protokoll selber nicht gegen Art. 121a BV verstosse) oder wenn Art. 121a BV revidiert werde.

²⁷ Vgl. die Medienmitteilung des Bundesrates vom 16. Dezember 2016. – Kritisch gegenüber dieser verfassungswidrigen Kehrtwende *Biaggini* (Anm. 4), Art. 121a N. 18; die Verfassungsmässigkeit anzweifelnd auch *Boillet/Maiani* (Anm. 4), Art. 121a N. 29; *Thurnherr* (Anm. 4), Art. 121a N. 63.

²⁸ Auch der Umstand, dass gegen den parlamentarischen Genehmigungsbeschluss des Kroatien-Protokolls kein Referendum ergriffen wurde, stellt keine nachträgliche «verfassungsrechtliche Absolution» des verfassungswidrigen Vorgehens dar; so *Biaggini* (Anm. 4), Art. 121a N. 18.

3. Weitere Verfahrensfragen

- 25 Art. 121a Abs. 4 BV untersagt nicht, neue völkerrechtliche Vereinbarungen auszuhandeln, die mit den in den Abs. 1–3 der Norm enthaltenen Vorgaben nicht vereinbar sind. Es ist ausreichend, dass bei Inkrafttreten neuer völkerrechtlicher Verpflichtungen kein Widerspruch zu Art. 121a BV besteht. Das *Common Understanding* verletzt daher als solches Art. 121 Abs. 4 BV nicht.
- 26 Zu beachten ist allerdings, dass sich auch aus dem Verhalten der Vertragsparteien bei der Aushandlung eines Abkommens und vor allem aus dessen Unterzeichnung nach dem Grundsatz von Treu und Glauben gewisse bindende Wirkungen ergeben können²⁹. Die Vertragspartner der angestrebten neuen Abkommen (EU und ihre Mitgliedstaaten) müssen deshalb rechtzeitig auf die für die Ratifikation erforderliche Revision von Art. 121a BV hingewiesen werden. Missverständlich erscheint unter diesem Gesichtspunkt die Erklärung der Schweiz im *Common Understanding*, dass mit der in Ziff. 13 angebrachten ersten Ausnahme die Schweiz die Unionsbürgerrichtlinie ohne Änderung der Bundesverfassung übernehmen könne. Dies ist einzig zutreffend mit Blick auf Art. 121 Abs. 3–6 BV (durch die Ausschaffungsinitiative eingeführte Regelungen), hingegen nicht mit Blick auf Art. 121a BV.
- 27 Ob die im *Common Understanding* in Aussicht genommenen neuen Verträge bzw. Vertragsanpassungen dem obligatorischen oder lediglich dem fakultativen Staatsvertragsreferendum unterstehen werden (vgl. Art. 141 Abs. 1 lit. b und c Art. 141 Abs. 1 lit. d BV), ist zurzeit offen. Es ist damit auch nicht klar, ob für ihre Annahme das Volks- und das Ständemehr erforderlich ist. Da die Anpassung des FZA jedoch eine Revision von Art. 121a BV voraussetzt, ist zumindest für diese Verfassungsänderung die Zustimmung von Volk und Ständen nötig. Die Frage, ob die in Aussicht genommenen neuen Verträge und die Anpassung des FZA Volk und Ständen zu unterbreiten sind, verliert damit an Bedeutung³⁰.
- 28 **Zwischenergebnis:** Die im *Common Understanding* vorgesehene Anpassung des FZA ist in jedem Fall an eine Zustimmung von Volk und Ständen gebunden, da sie eine Änderung von Art. 121a BV voraussetzt.

²⁹ Vgl. dazu näher das in Anm. 26 zitierte Positionspapier des Bundesamts für Justiz, Ziff. 3.

³⁰ Fraglich erscheint, ob die Anpassung des FZA und die Revision von Art. 121a BV in einem Paket Volk und Ständen vorgelegt werden könnten, wie dies Art. 141a Abs. 1 BV vorsieht. Dies wäre jedenfalls nur zulässig, wenn auch die Anpassung des FZA dem obligatorischen Referendum unterstellt würde; vgl. Yvo Hangartner/Andreas Kley/Nadia Braun Binder/Andreas Glaser, Die demokratischen Rechte in Bund und Kanton der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 2. Aufl. 2023, N. 1003.

IV. Vereinbarkeit der Übernahme der Unionsbürgerrichtlinie mit Art. 121 Abs. 4 BV

- 29 Falls sich die Schweiz künftig im Bereich der Personenfreizügigkeit zur dynamischen Übernahme des EU-Rechts verpflichtet, ist darin auch die Pflicht zur Übernahme des EU-Freizügigkeitsrechts und – als dessen zentraler Bestandteil – der Unionsbürgerrichtlinie inbegriffen. Sie wird im *Common Understanding* vor allem deshalb besonders erwähnt, weil in den von ihr geregelten Fragen verschiedene Ausnahmen von der Rechtsübernahme vorgesehen sind (vgl. vorn N. 14).
- 30 Da die Übernahme der Unionsbürgerrichtlinie in der geplanten Anpassung des FZA eingeschlossen ist, gelten die vorstehenden Ausführungen zur Vereinbarkeit mit Art. 121a BV auch für sie. Die Regelungen der Unionsbürgerrichtlinie laufen Art. 121a BV zuwider. Art. 121a Abs. 4 BV steht ihrer Übernahme entgegen bzw. diese ist nur zulässig, wenn Art. 121a BV zuvor revidiert wird (vgl. vorn N. 16 ff.).

V. Zusammenfassung

- 31 Bereits das heute geltende Freizügigkeitsabkommen ist mit Art. 121a BV unvereinbar. Erst recht wäre die weitergehende Anpassung dieses Abkommens an das EU-Recht, wie sie das *Common Understanding* vorsieht, mit Art. 121a BV im Widerspruch. Das gilt insbesondere auch für die in der Anpassung des FZA inbegriffene Übernahme der Unionsbürgerrichtlinie.
- 32 Beim Eingehen neuer völkerrechtlicher Verpflichtungen müssen die Bundesbehörden die Bundesverfassung beachten. Art. 121a Abs. 4 BV untersagt ausdrücklich den Abschluss neuer völkerrechtlicher Verträge, die den Vorgaben dieser Norm widersprechen. Dementsprechend ist die im *Common Understanding* vorgesehene Anpassung des FZA nach geltendem Verfassungsrecht unzulässig. Sie darf nur erfolgen, wenn zuvor Art. 121a BV revidiert wird. Das bedeutet zugleich, dass der Ausweitung der Personenfreizügigkeit aufgrund der erforderlichen Revision von Art. 121a BV Volk und Stände zustimmen müssen.

VI. Beantwortung der Gutachterfragen

- 33 **1. Ist ein Vertrag der Schweiz mit der EU mit dem im «Common Understanding» umschriebenen Inhalt mit Art. 121a BV vereinbar?**

Nein. Die vorgesehene Anpassung des Freizügigkeitsabkommens ist nur zulässig, wenn Art. 121a BV revidiert wird (Verzicht auf die eigenständige Steuerung der Zuwanderung sowie auf die Einführung von Höchstzahlen und Kontingenten). Eine solche Verfassungsrevision erfordert die Zustimmung von Volk und Ständen.

2. Insbesondere: Ist die Übernahme der EU-Unionsbürgerrichtlinie (Richtlinie 2004/38/EG) durch die Schweiz (mit einigen kleineren Ausnahmen in den Bereichen Ausweisung und dem Recht auf Daueraufenthalt) mit Art. 121 Abs. 4 BV vereinbar?

Nein. Es gilt das zur Frage 1 Ausgeführte.

A handwritten signature in blue ink, reading "P. Karlen". The signature is written in a cursive style with a large initial "P" and a stylized "K".

Peter Karlen