

Gutachten

Zu Handen der SVP Schweiz

Zur Frage der Vereinbarkeit der Bilateralen III mit Art. 121a BV.

Inhalt

1.	Fragestellung	3
2.	Ausgangslage	4
3.	Vorbemerkungen.....	6
3.1	Art. 121a BV	6
3.2	Verhältnis zwischen Völkerrecht und Landesrecht und Tragweite von Art. 121a BV.....	7
3.3	Verhältnis zwischen Art. 121a BV und der Personenfreizügigkeit	7
3.4	Prüfprogramm.....	8
4.	Normgehalt von Art. 121a Abs. 1-3 BV.....	9
4.1	Keine unmittelbare Anwendbarkeit	9
4.2	Verbindlicher Inhalt.....	9
4.3	Offene Gestaltungsspielräume.....	12
4.4	Nur erstmalige Bewilligungen?	13
4.5	Dauerbewilligung, Niederlassungsbewilligung	15
5.	Tragweite des Verbots neuer Verträge (Art. 121a Abs. 4 BV).....	16
5.1	Unmittelbare Anwendbarkeit	16
5.2	Unzulässigkeit von Verträgen, welche Rechtsansprüche begründen	18
5.3	Limitierte Ansprüche.....	18
5.4	Erweiterung der Rechte in bestehenden Verträgen.....	19
5.4.1	Generell	19
5.4.2	Geographische Ausdehnung der Personenfreizügigkeit: Der Fall Kroatien	19
5.4.3	Materielle Ausdehnung der Personenfreizügigkeit	22
5.5	Ersatz bisheriger Verträge	22

5.6	Folgerung	24
6.	«Bilaterale III» und Art. 121a BV	24
6.1	Prüfungsthema und Referenzpunkt	24
6.2	Das Präjudiz Kroatien	24
6.3	Inhalt der neuen Abkommen im Bereich Personenfreizügigkeit	25
6.4	Unterschied FZA/Unionsbürgerrichtlinie	25
6.4.1	Originäre Aufenthaltsrechte:	25
6.4.2	Familiennachzug	27
6.4.3	Aufenthaltsrecht bei vorübergehender Beendigung der Erwerbstätigkeit	29
6.4.4	Verbleiberecht bei definitiver Beendigung der Erwerbstätigkeit	31
6.4.5	Aufenthaltsrecht der Familienangehörigen bei Wegzug des Aufenthaltsberechtigten oder Auflösung der Ehe	31
6.4.6	Daueraufenthaltsrecht	33
6.4.7	Hürden für Ausschaffung	34
6.4.8	Rechtsmissbrauch	36
6.4.9	Folgerung	36
6.5	Vorgesehene Ausnahmen und ihre Tragweite	38
6.5.1	Ausnahmen	38
6.5.2	Weitere Bestimmungen	41
6.5.3	Schutzklausel	42
6.5.4	Quintessenz	44
6.6	Verpflichtung zu dynamischer Rechtsübernahme	45
6.6.1	Grundsatz	45
6.6.2	Referendum gegen eine Rechtsübernahme?	46
6.6.3	Konsequenzen einer Ablehnung einer Rechtsübernahme	49
6.6.4	Rechtsänderung durch Gerichtspraxis	49
6.7	Folgerung: Verstoss gegen Art. 121a BV	51
7	Obligatorisches Referendum?	53
7.1	Mögliche Rechtsgrundlagen und bisherige Diskussion	53
7.2	Supranationalität	54
7.3	Staatsvertragsreferendum sui generis	55
7.4	Verankerung des Vertragsschlusses in der Verfassung	59
7.5	Obligatorisches Verfassungsreferendum wegen Verfassungswidrigkeit	59
8	Beantwortung der Fragen:	62
	Abkürzungen	64
	Materialien/Berichte usw.	66
	Literatur	66

1. Fragestellung

Die SVP Schweiz hat den Unterzeichneten mit der Erstellung eines Gutachtens zur Frage der Vereinbarkeit der Änderung des Freizügigkeitsabkommen im Rahmen der sog. «Bilateralen III» mit Art. 121a, insbesondere Abs. 4, BV beauftragt. Eine erste Fassung des Gutachtens wurde im Juli 2024 erstellt auf der Basis des damals bekannten «Common Understanding», wobei in verschiedenen Bereichen noch das endgültige Verhandlungsergebnis vorbehalten werden musste. Inzwischen hat der Bundesrat am 13. Juni 2025 die endgültigen Verträge samt der schweizerischen Umsetzungsgesetzgebung und einem ausführlichen erläuternden Bericht und weiteren Unterlagen publiziert. Das Gutachten wurde aufgrund dieser neuen Unterlagen aktualisiert.

Zu den Bilateralen III gehören insbesondere das Änderungsprotokoll zum bestehenden FZA (im Folgenden: ÄP-FZA) sowie das Institutionelle Protokoll zum Abkommen über die Freizügigkeit (im Folgenden: IP-FZA). Diese beiden Abkommen stellen eine Änderung des bestehenden FZA dar. In diesem Gutachten wird der Ausdruck «neue[s] Abkommen über die Freizügigkeit» als Oberbegriff für diese beiden Abkommen verwendet.

Die Fragestellung lautet nunmehr:

1. Ist das neue Abkommen über die Freizügigkeit mit Art. 121a BV vereinbar?
2. Untersteht das Abkommen dem obligatorischen Staatsvertragsreferendum?

Für die erste Frage steht im Vordergrund, dass mit dem neuen Abkommen die sog. Unionsbürgerrichtlinie der EU (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; im Folgenden UBRL) mit einigen Ausnahmen zu übernehmen ist. Weiter ist vorgesehen, dass zukünftige Änderungen des EU-Personenfreizügigkeitsrechts von der Schweiz übernommen werden (sog. dynamische Rechtsübernahme). Es fragt sich also, ob die Übernahme der UBRL mit Art. 121a BV vereinbar ist, und wenn nein, ob die ausgehandelten Ausnahmen ausreichen, um die Verfassungswidrigkeit zu beheben.

Zur Tragweite der Fragestellung ist zu bemerken, dass die sog. Bilateralen III zwei Teile umfassen:

- Der erste Teil umfasst alle Abkommen, die der Stabilisierung der bilateralen Beziehungen dienen. Dazu gehören die institutionellen Protokolle sowie die Änderungsprotokolle zu den bestehenden Abkommen Personenfreizügigkeit, Luft- und Landverkehr, Gegenseitige Anerkennung von Konformitätsbewertungen (MRA) und Landwirtschaft, die Protokolle über staatliche Beihilfen zu den Land- und Luftverkehrsabkommen, das Beitragsabkommen, das Abkommen zur Teilnahme an der EU-Weltraumagentur EUSPA sowie das Abkommen zur Teilnahme an verschiedenen EU-Programmen. Das Inkrafttreten dieser Abkommen ist durch eine vertragliche Klausel miteinander verbunden. Diese Abkommen und Protokolle sollen daher in einem Bundesbeschluss gemeinsam vorgelegt werden.
- Der zweite Teil umfasst drei neue Abkommen in den Bereichen Gesundheit, Strom und Lebensmittelsicherheit. Dabei handelt es sich um Weiterentwicklungen der bilateralen Beziehungen. Diese drei Abkommen sollen in drei separaten Bundesbeschlüssen vorgelegt werden. Die Abkommenstexte sehen vor, dass die Weiterentwicklungen nur in Kraft treten können, wenn auch der Stabilisierungsteil in Kraft tritt. Hingegen kann die Schweiz zum Stabilisierungsteil JA sagen, aber eines oder mehrere der Weiterentwicklungs-Abkommen ablehnen. Das heisst, der Stabilisierungsteil kann auch in Kraft treten, wenn alle oder einzelne der neuen Abkommen abgelehnt werden.

Diese Koppelung der Abkommen hat zur Folge, dass die Antwort auf die Fragestellung zwar formell nur für das neue Abkommen über die Freizügigkeit gilt, im praktischen Ergebnis aber für das ganze Vertragspaket. Denn wenn das Abkommen über die Freizügigkeit mit der Verfassung nicht vereinbar ist bzw. dem obligatorischen Referendum untersteht, können auch die anderen Abkommen nicht ohne Verfassungsverletzung abgeschlossen werden bzw. untersteht das ganze Stabilisierungspaket

dem obligatorischen Referendum, im Falle einer Ablehnung auch mit Auswirkungen auf den Weiterentwicklungsteil.

2. Ausgangslage

In dem im Jahre 2021 ausgehandelten Entwurf zu einem Rahmenabkommen war die Frage, ob die Schweiz die UBRL zu übernehmen hätte, nicht geregelt. Innenpolitisch stiess die Übernahme der UBRL auf erheblichen Widerstand. Die unklare Lage um die Übernahme der UBRL war wohl ein wesentliches Element, welches zum Abbruch der Verhandlungen führte.

Am 23./25. Februar 2022 entschied der Bundesrat, mit der EU exploratorische Gespräche aufzunehmen im Hinblick auf den Abschluss neuer bilateraler Abkommen (Bericht exploratorische Gespräche, S. 6). Er stützte sich dabei u.a. auf den Bericht Regelungsunterschiede vom 10. Januar 2022, welcher auf den S. 9 ff. die Unterschiede zwischen dem FZA und der Unionsbürgerrichtlinie auflistete (Bericht exploratorische Gespräche, S. 7). In der Folge wurden Sondierungsgespräche geführt. Das Ergebnis dieser Gespräche wurde in einem Common Understanding vom 27. Oktober 2023 festgehalten. Darin wurde in Art. 13 festgehalten, dass mit bestimmten Ausnahmen und Vorbehalten (exceptions und safeguards) die UBRL in der Schweiz übernommen werden sollte.

Am 8. März 2024 verabschiedete der Bundesrat sein «definitives Verhandlungsmandat» für Verhandlungen über ein Paket für die Stabilisierung und Weiterentwicklung der bilateralen Beziehungen zwischen der Schweiz und der Europäischen Union. Dieses enthält in Ziff. 8 folgende Aussagen zur Personenfreizügigkeit:

8. PFZ – Zuwanderung

8.1. Die Schweiz strebt die Angleichung des Rechts im Bereich der Zuwanderung gemäss Anwendungsbereich des FZA an das in diesem Bereich geltende EU-Recht an, mit dem Ziel (i) die Ausrichtung der Migration auf die Erwerbstätigkeit beizubehalten, um die Folgen für die Sozialsysteme zu begrenzen und Missbräuche zu bekämpfen, (ii) die Schweizer Bundesverfassung (BV) in Sachen strafrechtliche Landesverweisung zu respektieren und (iii) Meldeverfahren für wirtschaftlich motivierte Kurzaufenthalte zu bewahren.

8.2. Um dieses Ziel zu erreichen, soll das relevante EU-Recht einschliesslich der Richtlinie 2004/38/EG und der Verordnung (EU) 2019/1157 unter Beachtung der folgenden Elemente übernommen werden:

8.2.1. Ausnahmen, nach denen (i) die Schweiz die mit der BV nicht vereinbaren Bestimmungen der Richtlinie über den verstärkten Schutz vor strafrechtlicher Landesverweisung nicht übernimmt, (ii) das Daueraufenthaltsrecht auf Personen beschränkt ist, die erwerbstätig und nicht von Sozialhilfe abhängig sind, sowie auf ihre Familienmitglieder und (iii) die Schweiz eine Übergangsfrist für die Einführung eines biometrischen Personalausweises für Reisen in die EU erhält.

8.2.2. Klarstellungen, nach denen die Schweiz unter gewissen Voraussetzungen (i) den Aufenthalt von Personen beenden kann, die unverschuldet arbeitslos sind, wenn diese bei der Arbeitssuche nicht kooperieren und (ii) Meldeverfahren für erwerbstätige Personen im Kurzaufenthalt beibehalten kann.

8.3. Die Schweiz ist bestrebt, die Mechanismen des FZA zur Bewältigung unerwarteter Auswirkungen zu konkretisieren.

Der Bundesrat wollte also Sonderbestimmungen bzw. Ausnahmen erreichen insbesondere im Hinblick auf die Sozialhilfe, die Arbeitsmarktkontrollen sowie die verfassungsrechtlichen Bestimmungen

über die Ausweisung (Art. 121 Abs. 3-6 BV; vgl. auch erläuternder Bericht S. 212, 219). Hingegen sprach der Bundesrat die **Thematik von Art. 121a BV nicht an**.

Die EU-Kommission empfahl ihrerseits am 20. Dezember 2023 dem Rat ein Verhandlungsmandat auf der Basis des Common Understanding. Der Rat der EU beschloss daraufhin am 8. März 2024 folgendes:

1. The Commission is hereby authorised to open negotiations, on behalf of the Union, for a broad package of measures related to bilateral relations with the Swiss Confederation, comprising of: – institutional provisions in, and, where necessary, specific adaptations to, bilateral agreements; – an agreement on Switzerland's participation in Union programmes; – a legally binding mechanism to provide for mutually agreed and fair financial contributions by Switzerland towards reducing economic and social disparities between regions; and – provisions on Switzerland's financial contribution for its access and use of certain Union information systems.
2. The negotiations shall be conducted on the basis of the negotiating directives of the Council set out in the addendum to this Decision.

Deutsche Fassung:

- (1) Die Kommission wird ermächtigt, im Namen der Union Verhandlungen über ein umfangreiches Paket von Maßnahmen im Zusammenhang mit den bilateralen Beziehungen zur Schweizerischen Eidgenossenschaft aufzunehmen, das Folgendes umfasst: – institutionelle Bestimmungen in bilateralen Abkommen und erforderlichenfalls spezifische Anpassungen dieser Abkommen; – ein Abkommen über die Beteiligung der Schweiz an Programmen der Union; und – einen rechtsverbindlichen Mechanismus im Hinblick auf einvernehmlich vereinbarte und faire finanzielle Beiträge der Schweiz zum Abbau der wirtschaftlichen und sozialen Ungleichheiten zwischen den Regionen und – Vorschriften in Bezug auf den finanziellen Beitrag der Schweiz für den Zugang zu und die Verwendung von bestimmten Informationssystemen der Union.
- (2) Die Verhandlungen werden auf der Grundlage der im Addendum zu diesem Beschluss festgelegten Verhandlungsrichtlinien des Rates geführt.

In den Richtlinien für die Aushandlung institutioneller Bestimmungen für Abkommen zwischen der EU und der Schweiz mit Bezug zum Binnenmarkt sowie für Abkommen, die die Grundlage für die ständigen Beiträge der Schweiz zum Zusammenhalt der Union sowie für die Assoziierung der Schweiz mit Unionsprogrammen bilden, steht:

5.1. Freizügigkeit und langfristiger Aufenthalt

Unbeschadet der Verpflichtung, geltendes und künftiges Unionsrecht in das Abkommen über die Freizügigkeit aufzunehmen und dieses Unionsrecht im Einklang mit der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union auszulegen, und unter Achtung des Grundsatzes der Nichtdiskriminierung zwischen den Mitgliedstaaten und des Grundsatzes der Gegenseitigkeit können besondere Bestimmungen vereinbart werden, die der Schweiz unabhängig vom künftigen Unionsrecht die Möglichkeit vorbehalten, bestimmte Maßnahmen zu treffen oder beizubehalten. Diese Maßnahmen könnten sich auf einen verstärkten Schutz vor Ausweisung, den dauerhaften Aufenthalt von wirtschaftlich inaktiven EU-Bürgerinnen und -Bürgern, Anforderungen im Zusammenhang mit biometrischen Identifikatoren auf nationalen Personalausweisen und geltende Ausnahmen von der Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit beziehen. Diese Maßnahmen sollten nicht zu einer Schmälerung der Rechte führen, die EU-Bürgerinnen und -Bürger derzeit im Rahmen des

Abkommens über die Freizügigkeit genießen. Überdies sollte gewährleistet sein, dass die Gewährung des Rechts zum langfristigen Aufenthalt für EU-Bürgerinnen und -Bürger diskriminierungsfrei erfolgt, insbesondere in Bezug auf die erforderliche Mindestdauer des vorherigen Aufenthalts von fünf Jahren. Möglicherweise muss auch der Beschreibung von Maßnahmen im Zusammenhang mit dem Aufenthaltsrecht von Personen ohne dauerhaftes Aufenthaltsrecht, die nach dem einschlägigen Unionsrecht derzeit zulässig sind, sowie Meldepflichten, denen Schweizer Arbeitgeber bei der Einstellung von Arbeitnehmern und in der Schweiz niedergelassene Selbstständige aus der EU unterliegen, Augenmerk gewidmet werden.

Nach Abschluss der Verhandlungen veröffentlichte der Bundesrat am 20. Dezember 2024 sog. Faktenblätter zu den einzelnen Themen der Bilateralen III. Im Faktenblatt Zuwanderung wurden die Ausnahmen und Absicherungen erwähnt, die in den Verhandlungen erreicht werden konnten. In Bezug auf die Verfassungsmässigkeit wird unter dem Thema «Landesverweisung» ausgeführt: «Hier hat die Schweiz mit der EU eine Ausnahme vereinbart. Damit kann die Schweiz die Vorgaben der Bundesverfassung zur strafrechtlichen Landesverweisung wahren. Die Schweiz übernimmt keine Bestimmung der UBRL, die betreffend Landesverweisung über das FZA hinausgeht.». Auch gemäss erläuterndem Bericht S. 212 wurden die Verhandlungsziele mit dem ausgehandelten Ergebnis vollumfänglich erreicht.

Auch hier ist die Thematik von Art. 121a BV nicht erwähnt. Es macht den Eindruck, dass der Bundesrat die Respektierung dieser Verfassungsbestimmung nicht als Verhandlungsziel definierte und sich im Rahmen der Verhandlungen um ihre Einhaltung auch nicht kümmerte. Erst im erläuternden Bericht vom 13. Juni 2025 wird dann auf einigen wenigen Seiten ausgeführt, die neuen Rechte, die sich aus der Teilübernahme der UBRL ergäben, stünden nicht im Widerspruch zu Art. 121a BV (erläuternder Bericht S. 386-389).

Das vorliegende Gutachten prüft, ob diese Aussage zutrifft.

3. Vorbemerkungen

3.1 Art. 121a BV

Art. 121a BV lautet:

121a Steuerung der Zuwanderung

¹ Die Schweiz steuert die Zuwanderung von Ausländerinnen und Ausländern eigenständig.

² Die Zahl der Bewilligungen für den Aufenthalt von Ausländerinnen und Ausländern in der Schweiz wird durch jährliche Höchstzahlen und Kontingente begrenzt. Die Höchstzahlen gelten für sämtliche Bewilligungen des Ausländerrechts unter Einbezug des Asylwesens. Der Anspruch auf dauerhaften Aufenthalt, auf Familiennachzug und auf Sozialleistungen kann beschränkt werden.

³ Die jährlichen Höchstzahlen und Kontingente für erwerbstätige Ausländerinnen und Ausländer sind auf die gesamtwirtschaftlichen Interessen der Schweiz unter Berücksichtigung eines Vorranges für Schweizerinnen und Schweizer auszurichten; die Grenzgängerinnen und Grenzgänger sind einzubeziehen. Massgebende Kriterien für die Erteilung von Aufenthaltsbewilligungen sind insbesondere das Gesuch eines Arbeitgebers, die Integrationsfähigkeit und eine ausreichende, eigenständige Existenzgrundlage.

⁴ Es dürfen keine völkerrechtlichen Verträge abgeschlossen werden, die gegen diesen Artikel verstossen.

⁵ Das Gesetz regelt die Einzelheiten.

Diese Verfassungsbestimmung wurde aufgrund einer Volksinitiative in der Volksabstimmung vom 9. Februar 2014 angenommen und trat gemäss Art. 195 BV am gleichen Tag in Kraft. Zugleich wurde in Art. 197 Ziff. 11 eine Übergangsbestimmung angenommen mit folgendem Wortlaut:

¹ Völkerrechtliche Verträge, die Artikel 121a widersprechen, sind innerhalb von drei Jahren nach dessen Annahme durch Volk und Stände neu zu verhandeln und anzupassen.

² Ist die Ausführungsgesetzgebung zu Artikel 121a drei Jahre nach dessen Annahme durch Volk und Stände noch nicht in Kraft getreten, so erlässt der Bundesrat auf diesen Zeitpunkt hin die Ausführungsbestimmungen vorübergehend auf dem Verordnungsweg.

3.2 Verhältnis zwischen Völkerrecht und Landesrecht und Tragweite von Art. 121a BV

Nach Annahme von Art. 121a BV setzte eine heftige politische Diskussion ein, wie die neue Verfassungsbestimmung umgesetzt werden könnte, ohne das FZA zu kündigen, und wie sich die Verfassungsbestimmung zum geltenden Völkerrecht verhält. Nach der Praxis des Bundesgerichts geht im Rahmen der Rechtsanwendung im Falle eines Normenkonflikts (unter Vorbehalt der Schubert-Praxis) das Völkerrecht dem Landesrecht vor. Das gilt insbesondere auch im Verhältnis zwischen Verfassung und FZA: Gemäss einem umstrittenen (vgl. Biaggini, Umsetzung, S. 594 f.; Musliu, S. 287 ff.) obiter dictum in BGE 142 II 35 E. 3 hat in der Rechtsanwendung das FZA absoluten Vorrang gegenüber dem Landesrecht, namentlich auch gegenüber Art. 121a BV (ebenso BGE 148 II 169 E. 5.2). Dies wird einerseits generell mit dem Rechtsanwendungsvorrang des Völkerrechts begründet, andererseits aber auch damit, dass Art. 121a BV nicht unmittelbar anwendbar ist.

Diese ganzen Diskussionen und diese Rechtsprechung sind aber nicht einschlägig, wenn es darum geht, neue völkerrechtliche Abkommen zu schliessen. Das Verbot von Art. 121a Abs. 4 BV bezieht sich auf den Abschluss *neuer* völkerrechtlicher Verträge, wenn diese der Bestimmung von Art. 121a BV widersprechen.

Beim Abschluss völkerrechtlicher Verträge haben die Bundesorgane die Verfassung zu beachten, so dass keine Verträge abgeschlossen werden dürfen, welche der Verfassung widersprechen (ebenso Epiney, 121a, Rz. 7). Da es hier nicht um das Verhältnis zwischen Verfassungsrecht und *geltendem* Völkerrecht geht, sondern um die Frage, ob *neues* Vertragsrecht geschaffen werden soll, steht der Vorrang des Völkerrechts einem solchen verfassungsrechtlichen Verbot nicht entgegen. Im Gegenteil gelten für neu abzuschliessende Abkommen die verfassungsrechtlichen Schranken.

3.3 Verhältnis zwischen Art. 121a BV und der Personenfreizügigkeit

Aktuell steht das FZA in Kraft, welches im Verhältnis zwischen der Schweiz und der EU die Personenfreizügigkeit festlegt und den EU-Angehörigen und ihren Familienangehörigen unter bestimmten Voraussetzungen einen Rechtsanspruch auf Aufenthalt in der Schweiz vermittelt. Art. 121a BV verlangt demgegenüber, dass alle ausländerrechtlichen Aufenthaltsbewilligungen nur nach Massgabe von Höchstzahlen und Kontingenten erteilt werden dürfen.

Ein Rechtsanspruch steht grundsätzlich im Widerspruch zu einem Kontingentssystem. Besteht ein Rechtsanspruch, können alle, welche die entsprechenden Voraussetzungen erfüllen, das entsprechende Recht in Anspruch nehmen, unabhängig davon, wie viele das sind. Eine Kontingentsregelung legt demgegenüber eine maximale Zahl von Bewilligungen fest. Ist diese Zahl erreicht, dürfen keine

weiteren Bewilligungen mehr erteilt werden. Auch ausländerrechtliche Kontingentsregelungen stehen in Widerspruch zu Rechtsansprüchen auf Aufenthalt.

Das FZA erlaubt gemäss seinem Art. 10 nur für bestimmte Übergangsfristen die Beibehaltung von Höchstzahlen. Nach Ablauf dieser Übergangsfristen sind diese Beschränkungen aufgehoben und die im FZA enthaltenen Rechtsansprüche auf Aufenthalte sind ohne zahlenmässige Begrenzung massgebend. Dies steht mit einem System von Höchstgrenzen und Kontingenten nicht im Einklang. Es ist denn auch unbestritten, dass zwischen Art. 121a BV und dem FZA ein Widerspruch besteht (statt vieler: Botschaft Masseneinwanderung, S. 293, 316 f., 335 f.; Umsetzungskonzept, S. 6 f., mit Hinweis auf weitere Gutachten und Dokumente der Bundesverwaltung, S. 17 f.; Biaggini, Umsetzung, S. 588 f.; Biaggini, Kommentar Art. 121a Rz. 2, 16; Boillet/Maiani, Art. 121a Rz. 3; Heselhaus/Hänni, S. 33 ff., 54 f.; Thurnherr, Art. 121a Rz. 46, 62; Uebersax, Kommentar, Art. 121a Rz. 30, 55, 71).

Gemäss Art. 197 Ziff. 11 BV hätte das FZA innerhalb von drei Jahren nach der Annahme von Art. 121a BV neu verhandelt und angepasst werden sollen. Eine solche Anpassung könnte allerdings nur im Einvernehmen mit dem Vertragspartner erfolgen und ist bisher nicht erfolgt. Die Verfassung lässt offen, was die Folge ist, wenn eine solche Anpassung nicht erfolgt. Sie schreibt insbesondere dem Bundesrat nicht vor, das FZA zu kündigen (Biaggini, Kommentar, Art. 121a Rz. 19; Uebersax, Umsetzung, Rz. 13; a.M. Musliu, S. 276 f.).

Jedenfalls steht das FZA nach wie vor in Kraft. Da eine gesetzgeberische Umsetzung des Kontingentsystems bisher nicht erfolgt ist und ohnehin gemäss Rechtsprechung des Bundesgerichts das FZA der Verfassung vorgeht (vorne 3.2), ist somit das FZA weiterhin anwendbar, obwohl es Art. 121a BV widerspricht.

Hingegen dürfen gemäss Art. 121a Abs. 4 BV keine *neuen* Abkommen geschlossen werden, welche gegen 121a BV verstossen.

Im Einzelnen ist allerdings die Tragweite dieses Verbots nicht völlig klar und näher zu prüfen. Denn einerseits stellt sich die Frage, unter welchen Umständen ein «Verstoss» vorliegt. Und andererseits stellt sich die Frage, ob ein konkret abzuschliessender Vertrag einen solchen Verstoss darstellt.

3.4 Prüfprogramm

Es besteht ein struktureller Unterschied zwischen den Abs. 1-3 von Art. 121a BV und seinem Abs. 4: Die Abs. 1-3 legen eine bestimmte Ausgestaltung der Zuwanderungspolitik fest. Abs. 4 verbietet den Abschluss von Verträgen, welche diesem Normgehalt widersprechen.

Es ist also wie folgt vorzugehen:

1. In einem ersten Schritt ist zu prüfen, was der materielle Normgehalt von Art. 121a Abs. 1-3 BV ist (hinten Ziff. 4)
2. In einem zweiten Schritt ist zu prüfen, was die Tragweite von Art. 121a Abs. 4 BV ist, d.h. unter welchen Umständen von einem «Verstoss» gegen diesen Normgehalt zu sprechen ist (hinten Ziff. 5).
3. In einem dritten Schritt ist zu prüfen, ob die ausgehandelten neuen Abkommen mit dem so umschriebenen Inhalt von Art. 121a BV vereinbar sind oder ob sie das Verbot von Art. 121a Abs. 4 BV missachten (hinten Ziff. 6).
4. In einem vierten Schritt wird sodann zu prüfen sein, ob sich aus einem allfälligen Widerspruch das Erfordernis des obligatorischen Referendums ableiten lässt (hinten Ziff. 7).

4. Normgehalt von Art. 121a Abs. 1-3 BV

4.1 Keine unmittelbare Anwendbarkeit

Die Abs. 1-3 von Art. 121a BV enthalten Grundsätze für die Ausgestaltung der Zuwanderungspolitik. Gemäss Abs. 5 regelt das Gesetz die Einzelheiten. Das deutet darauf hin, dass die Grundsätze von Abs. 1-3 nicht unmittelbar anwendbar sind, sondern der gesetzlichen Konkretisierung bedürfen (so auch BGE 142 II 35 E. 3). Das ergibt sich ebenso aus Art. 197 Ziff. 11 Abs. 2 BV, wonach der Bundesrat die Ausführungsbestimmungen erlässt, wenn sie auf dem Weg der Gesetzgebung nicht zustande gekommen ist.

Es verhält sich damit ähnlich wie mit vielen anderen Bestimmungen der Verfassung, welche bestimmte Grundsätze enthalten, die durch den Gesetzgeber zu konkretisieren sind. Das bedeutet aber nicht, dass die Grundsätze rechtlich unbedeutend wären. Die Verfassung enthält Leitplanken für den Gesetzgeber. Dieser hat innerhalb dieser Leitplanken einen gewissen Spielraum, aber er darf die Leitplanken nicht überschreiten.

Bei der Auslegung von Art. 121a BV ist somit zu unterscheiden, welches die verbindlichen Inhalte und welches die Gestaltungsspielräume des Gesetzgebers sind.

4.2 Verbindlicher Inhalt

Art. 121a Abs. 1 enthält den Grundsatz, dass die Schweiz die Zuwanderung eigenständig steuert. Mit dem Begriff «eigenständige Steuerung» soll zum Ausdruck gebracht werden, dass die Entscheidung, wer einwandern darf und wer nicht, den staatlichen Stellen in der Schweiz vorbehalten bleiben muss (Botschaft Masseneinwanderung S. 311). Die Schweiz soll über die Steuerung der Zuwanderung in quantitativer und qualitativer Hinsicht alleine entscheiden und nicht durch völkerrechtliche Verpflichtungen dazu gebracht werden kann, die Kontrolle über die Zuwanderung zu verlieren oder zu übertragen (erläuternder Bericht, S. 386 f.). In Verbindung mit Abs. 4 ergibt sich daraus, dass völkerrechtliche Abkommen über Zuwanderungsfragen zwar nicht ausgeschlossen sind, aber die eigenständige Steuerung und namentlich die Grundsätze der Abs. 2 und 3 nicht aufheben dürfen (Botschaft Masseneinwanderung, S. 312).

Auch soweit die Verfassung offene Spielräume in der Ausgestaltung dieser Grundsätze enthält (hinten 4.3), besagt Abs. 1, dass diese Ausgestaltung durch die schweizerischen Behörden eigenständig erfolgen können muss.

Art. 121a Abs. 2 BV schreibt zwingend vor, dass die Zahl der Bewilligungen für den Aufenthalt von Ausländerinnen und Ausländern in der Schweiz durch jährliche Höchstzahlen und Kontingente begrenzt wird. Dies ist der wesentliche Widerspruch zum Grundsatz der Personenfreizügigkeit (vorne 3.3).

Im Gegensatz zur sonst einhelligen Lehre vertritt Astrid Epiney in ihren neusten Aufsätzen (Epiney, Vereinbarkeit, S. 47 ff.; Epiney, 121a, Rz. 66 ff.) die Auffassung, dass Art. 121a BV keine Verpflichtung zur Einführung starrer Kontingente enthalte. Sie begründet diese Auffassung, die im Widerspruch zum klaren Wortlaut der Verfassung steht, damit, es bestehe ein innerer Widerspruch zwischen einem starren Kontingentssystem und dem gesamtwirtschaftlichen Interesse der Schweiz, auf welches die Höchstzahlen und Kontingente gemäss Abs. 3 von Art. 121a BV auszurichten seien. Auch andere verfassungsrechtliche Ziele und Grundsätze (Art. 5, 8, 13, 27, 54, 94 ff. BV) stünden in einem Spannungsverhältnis zu Art. 121a BV. Sodann sei das Verhältnis zu bestehenden völkerrechtlichen Verträgen unklar. Solange diese nicht neu ausgehandelt werden können, bestehe ein Zielkonflikt zwischen Art. 121a BV und Art. 5 Abs. 4 BV. Vor diesem Hintergrund sei davon auszugehen, dass im Sinne der praktischen Konkordanz dem Gesetzgeber ein beträchtlicher Spielraum eingeräumt sei, was dagegenspreche, dass die Verfassungsbestimmung zwingend die Einführung starrer jährlicher Kontingente verlange.

Diese Argumentation trifft nicht zu: Zunächst besteht kein unlösbarer immanenter Widerspruch zwischen dem Kontingentsystem und den gesamtwirtschaftlichen Interessen der Schweiz. Zwar ist eine Korrelation zwischen Zuwanderung und Wirtschaftswachstum plausibel, weil eine grössere Bevölkerung tendenziell eine grössere Wirtschaftsleistung erbringt als eine kleinere. Für die wirtschaftliche Wohlfahrt der Bevölkerung ist jedoch nicht die gesamte Wirtschaftsleistung des Landes relevant, sondern die Pro-Kopf-Wirtschaftsleistung. Diese korreliert klarerweise nicht mit der Grösse der Bevölkerung oder der Bevölkerungszunahme. Es ist daher auch keineswegs evident, dass eine Begrenzung des Bevölkerungswachstums, wie sie mit dem Kontingentsystem angestrebt wird, die Pro-Kopf-Wirtschaftsleistung reduziert. Ob dies der Fall ist, hängt wesentlich davon ab, wie das Kontingentsystem ausgestaltet wird. Werden die Kontingente prioritär denjenigen Branchen oder Betrieben zugeteilt (z.B. auf dem Wege der Versteigerung), welche eine überdurchschnittliche Wertschöpfung generieren, müsste mathematisch gesehen die Pro-Kopf-Wirtschaftsleistung zunehmen. Dadurch wären die gesamtwirtschaftlichen Interessen der Schweiz, von welchen Art. 121a Abs. 3 spricht, berücksichtigt und ein immanenter Widerspruch besteht nicht.

Was die praktische Konkordanz mit anderen Verfassungsbestimmungen betrifft, ist folgendes zu bemerken: Die Figur der praktischen Konkordanz kommt dort zum Tragen, wo es um Abwägung zwischen verschiedenen Interessen oder Grundrechtspositionen geht (BGE 140 II 384 E. 3.3.5; 144 II 77 E. 5.7; Urteil des Bundesgerichts 2C_405/2022 vom 17. Januar 2025 E. 8.3, zur Publ. vorgesehen). Ein Widerspruch zwischen konkret formulierten Rechtssätzen und anderen Verfassungsbestimmungen kann hingegen nicht einfach unter Hinweis auf praktische Konkordanz weginterpretiert werden (Biagini, Verfassungsauslegung, S. 244, 253 f., mit berechtigter Kritik an dem von Epiney a.a.O. Rz. 63 Fn. 69 erwähnten BGE 139 I 16 E. 4.2.1; ebenso Grüninger, S. 413 ff., 433). Ein klarer Verfassungswortlaut kann nicht unter Berufung auf die Einheit der Verfassung auf die Seite geschoben werden (Grüninger, S. 467 ff., m.w.H.). So kann z.B. Art. 59 Abs. 1 und 2 BV, wonach nur Männer, aber nicht Frauen wehrpflichtig sind, nicht auf dem Wege der praktischen Konkordanz mit Art. 8 Abs. 3 BV so uminterpretiert werden, dass auch Frauen wehrpflichtig sind, denn Art. 59 ist *lex specialis* gegenüber Art. 8 (Urteil des Bundesgerichts 2C_1051/2016 vom 24.8.2017 E. 3.4). Die 20%-Limite für Zweitwohnungen (Art. 75b BV) kann nicht unter Hinweis auf Eigentumsgarantie oder Wirtschaftsfreiheit relativiert werden (vgl. BGE 139 II 243 E. 10.5). Und das Verbot der Embryonenspende und der Leihmutterschaft (Art. 119 Abs. 2 Bst. d BV) kann nicht auf dem Wege der praktischen Konkordanz mit Art. 10 Abs. 2 oder Art. 14 BV ausgehebelt werden (BGE 141 III 312 E. 4.2).

Zudem besteht auch gar kein Widerspruch zwischen einem Kontingentsystem und anderen Verfassungsbestimmungen. Ein Kontingentsystem für ausländerrechtliche Bewilligungen wurde auch ohne ausdrückliche Verfassungsgrundlage bis zum Inkrafttreten des FZA generell und wird seither noch für Drittstaatsangehörige angewendet (Art. 20 AIG; Art. 18 ff. VZAE), ohne dass je die Auffassung vertreten worden wäre, dieses System sei verfassungswidrig. Art. 8 oder 13 BV geben grundsätzlich keinen Anspruch auf Einwanderung ausländischer Personen in die Schweiz, namentlich nicht auf Arbeitsmigration samt dem damit verbundenen Familiennachzug. Und die Wirtschaftsfreiheit wurde immer so verstanden, dass sie eine Erwerbstätigkeit ausländischer Personen nur nach Massgabe der ausländerrechtlichen Bestimmungen erlaubt (BGE 131 I 223 E. 1.1.).

Unerheblich ist schliesslich der Hinweis auf Art. 5 Abs. 4 BV, da es hier nicht um das Verhältnis zwischen dem geltenden FZA und dem Landesrecht geht, sondern um den Abschluss neuer Verträge (vorne 3.2). Dafür spielt Art. 5 Abs. 4 BV keine Rolle.

Insgesamt besteht kein Grund, Art. 121a BV anders als nach den normalen Auslegungsregeln zu interpretieren.

Nach dem Willen der Initianten, der für die Auslegung einer Verfassungsbestimmung zwar nicht unbedingt ausschlaggebend ist, aber doch berücksichtigt werden kann (Heselhaus/Hänni, S. 25), ist mit dieser Regelung eine Rückkehr zum Kontingentsystem beabsichtigt, das bis zum Inkrafttreten der

Personenfreizügigkeit generell galt und auch heute noch für Drittstaatsangehörige gilt (Argumentarium, S. 34).

Es gibt jedoch einen wesentlichen Unterschied zwischen der bisherigen Regelung und Art. 121a BV:

Gemäss Art. 12 der früheren BVO von 1986 legte der Bundesrat periodisch Höchstzahlen für Bewilligungen fest. Diese galten allerdings nur für Jahresaufenthalter, die erstmals zur *Erwerbstätigkeit* einreisen oder erstmals eine *Erwerbstätigkeit* aufnehmen, sowie für Kurzaufenthalter. Für nicht Erwerbstätige galten diese Beschränkungen nicht, auch nicht für ausländische Familienangehörige von Schweizern (Art. 3 Abs. 1 lit. c BVO; BGE 123 I 212 E. 2c). Sodann waren gemäss Art. 13 BVO gewisse Kategorien von den Höchstzahlen ausgenommen. Auch nach der heute geltenden Regelung von Art. 20 AIG (die allerdings für EU-Angehörige nicht zum Tragen kommt, Art. 2 Abs. 2 AIG) kann der Bundesrat die Zahl der erstmaligen Kurzaufenthalts- und Aufenthaltsbewilligungen (Art. 32 und 33 AIG) *zur Ausübung einer Erwerbstätigkeit* begrenzen und für Bund und Kantone Höchstzahlen festlegen. Gestützt darauf hat der Bundesrat in Art. 18a ff. VZAE nur für bestimmte Kategorien von Aufenthalten mit Erwerbstätigkeit Höchstzahlen festgelegt. Die Höchstzahlen gelten demgegenüber insbesondere nicht für Studierende und Rentner (Art. 27 und 28 AIG; Art. 23-25 VZAE). Ebenfalls nicht den Höchstzahlen unterstehen die Bewilligungen, bei denen von den allgemeinen Zulassungsvoraussetzungen abgewichen wird (Art. 30 AIG), was zahlreiche sehr unterschiedliche Konstellationen betrifft. Nicht den Höchstzahlen unterliegen auch die Bewilligungen für den Familiennachzug, auf welche ein Rechtsanspruch besteht (Art. 42 ff. AIG). Sodann können gemäss Art. 46 AIG Ehegatten und Kinder von Schweizerinnen und Schweizern sowie von Personen mit einer Niederlassungs- oder Aufenthaltsbewilligung (Art. 42–44 AIG) eine selbständige oder unselbständige Erwerbstätigkeit in der ganzen Schweiz ausüben, ohne dass sie an die Höchstzahlen angerechnet werden (vgl. Art. 27 VZAE). Die bisherige Kontingentsregelung war bzw. ist also ausschliesslich *arbeitsmarktlich* ausgerichtet und zudem auch für die Erwerbstätigkeit nicht umfassend.

Demgegenüber gilt nach Art. 121a Abs. 2 Satz 2 BV die Kontingentspflicht ausdrücklich für sämtliche Bewilligungen des Ausländerrechts, also auch für Nichterwerbstätige, wie Studierende, Rentner, sowie für den Familiennachzug (Umsetzungskonzept, S. 18; Heselhaus/Hänni, S. 25 f.; Musliu, S. 259 f., 262; Thurnherr, Art. 121a Rz. 28, 41). Das ergibt sich aus dem klaren Wortlaut von Satz 2, aber auch aus dem Zusammenhang mit Satz 3, wonach der Anspruch auf Familiennachzug eingeschränkt werden kann (Botschaft Masseneinwanderung, S. 311, 314, 319; Uebersax, Zuwanderungssteuerung, Rz. 44).

Die Regelung von Art. 121a BV will also zwar die *Instrumente* der früheren Kontingentsregelung übernehmen, aber die *Stossrichtung* ist umfassender: Es geht nicht nur um die arbeitsmarktlichen Auswirkungen der Zuwanderung, sondern um die Zuwanderung generell. Diese Grundentscheidung ist verfassungsrechtlich verbindlich. Der Gesetzgeber darf also nicht wie bei der bisherigen Kontingentsregelung die Höchstzahlen z.B. auf Erwerbstätige beschränken. Es müssen für verschiedene Kategorien Höchstzahlen bzw. Kontingente festgelegt werden (Heselhaus/Hänni, S. 33 f.).

Allerdings besteht für Arbeitsmarktbelange insofern eine Sonderregelung, als gemäss Art. 121a Abs. 3 BV die Kontingente für Erwerbstätige *auf die gesamtwirtschaftlichen Interessen der Schweiz unter Berücksichtigung eines Vorrangs für Schweizer* auszurichten sind. Dabei ist insbesondere die Situation auf dem Arbeitsmarkt zu beachten (Botschaft Masseneinwanderung, S. 315). Die Bestimmung soll die schweizerischen Erwerbstätigen gegenüber ausländischer Konkurrenz schützen. Für Nichterwerbstätige sind demgegenüber wirtschaftliche, insbesondere arbeitsmarktliche Überlegungen nicht ausschlaggebend und die Frage eines Inländervorrangs stellt sich nicht. Zwar müssen auch die Nichterwerbstätigen einer Kontingentsregelung unterstellt werden, doch ergibt sich aus der differenzierten Regelung für Erwerbstätige und für andere Ausländer verfassungsrechtlich zwingend, dass separate Kontingente und Höchstzahlen für Erwerbstätige und Nichterwerbstätige vorzusehen sind.

Art. 121a Abs. 2 BV verlangt Höchstzahlen und Kontingente nur für die Zahl der Bewilligungen. Daraus folgt umgekehrt, dass keine Kontingente gelten, wenn gar keine Bewilligung erforderlich ist. Nach

dem Wortlaut der Verfassung könnte also der Gesetzgeber festlegen, dass für bestimmte Kategorien von Ausländern gar keine Bewilligung erforderlich ist, so dass diese auch keiner Kontingentsregelung unterstehen. Indessen nimmt die Verfassungsbestimmung offensichtlichen Bezug auf die vorbestehende ausländerrechtliche Gesetzgebung: Nach geltendem Recht ist (vorbehältlich allfälliger Visapflichten) ein bewilligungsfreier Aufenthalt möglich für einen Aufenthalt ohne Erwerbstätigkeit bis zu drei Monaten (Art. 10 Abs. 1 AIG), was für touristische und Besuchszwecke gedacht ist. Hingegen ist nach geltendem Recht die Ausübung einer Erwerbstätigkeit vom ersten Tag an bewilligungspflichtig. Die Literatur ist sich einig, dass auch unter der Geltung von Art. 121a BV der Gesetzgeber diese Regelung weiterführen und nach wie vor kurzfristige Aufenthalte in diesem bisherigen Rahmen (also ohne Erwerbstätigkeit) von der Bewilligungspflicht und damit auch von einer Kontingentierung ausnehmen kann (EJPD, Umsetzungskonzept, S. 14; Boillet/Maiani, Art. 121a Rz. 11, 14; Thurnherr, Art. 121a BV, Rz 27, 45; Uebersax, Kommentar, Art. 121a Rz. 17, 47; Uebersax, Zuwanderungssteuerung, Rz. 5, 33, 41).

Hingegen wäre es ein offensichtlicher Verstoß gegen Sinn und Geist der Verfassung, wenn generell ganze Kategorien von ausländerrechtlichen Aufenthalten von der Bewilligungspflicht befreit würden, um sie der Kontingentsbegrenzung zu entziehen. Daher ist auch das geltende FZA mit Art. 121a BV nicht vereinbar (vorne 3.3), auch wenn es auf dem Grundsatz beruht, dass die Aufenthaltsansprüche unmittelbar auf dem Vertrag beruhen und die Aufenthaltserlaubnis nur eine deklaratorische Bedeutung hat (BGE 141 II 1 E. 2.2.1; 136 II 329 E. 2.2).

4.3 Offene Gestaltungsspielräume

Offen lässt Art. 121a BV namentlich:

- Wer die Höchstzahlen festlegt. Diese Frage wird dem Gesetzgeber überlassen (Abs. 5). Das Gesetz könnte selber Höchstzahlen festlegen; es kann auch die Bundesversammlung ermächtigen, mit einer Verordnung der Bundesversammlung (Art. 22 Abs. 2 ParlG) oder mit einem nicht referendumpflichtigen Bundesbeschluss (Art. 163 Abs. 2 BV) die Höchstzahlen festzulegen. Es kann aber auch den Bundesrat dazu ermächtigen, was der Regelung sowohl im ANAG als auch im AIG entspricht.
- Wie hoch die jährlichen Höchstzahlen sind und nach welchen Kriterien sie festgelegt werden. Diese sind zwar für die Steuerung der Zuwanderung die entscheidende Grösse, lassen sich aber der Verfassung selber nicht entnehmen. Aus Abs. 1 ergibt sich nur, dass die Schweiz die Zuwanderung eigenständig steuert, und nach Abs. 3 sind die Höchstzahlen für erwerbstätige Ausländer auf die «gesamtwirtschaftlichen Interessen der Schweiz» auszurichten. Daraus ergibt sich aber keine verfassungsrechtliche Ober- oder Untergrenze. Je nachdem wie die gesamtwirtschaftlichen Interessen der Schweiz konkretisiert werden, können die Kontingente höher oder tiefer sein. Für Nichterwerbstätige ist dieses Kriterium ohnehin nicht massgebend. Es liegt somit im Ermessen des zuständigen Organs, aufgrund einer gesamtpolitischen Beurteilung die Höchstzahlen festzulegen.
- Wie die Kontingente bzw. Höchstzahlen auf die Anwärter aufgeteilt werden. Abs. 3 nennt zwar auch hier für erwerbstätige Ausländer gewisse Kriterien (Gesuch eines Arbeitgebers, Integrationsfähigkeit und ausreichende eigenständige Existenzgrundlage), doch sind auch diese sehr konkretisierungsbedürftig. Verfassungsrechtlich zulässig wäre wohl in diesem Rahmen auch, dass einfach diejenigen Gesuche, die im Laufe eines Jahres zuerst gestellt werden, bewilligt werden, solange bis die Höchstzahlen erreicht sind. Denkbar wäre auch eine Versteigerung von Kontingenten, ähnlich wie z.B. Einfuhrkontingente für Importgüter versteigert werden (etwa nach Art. 22 Abs. 2 lit. a LWG; vgl. BGE 140 II 194).

Ob auch für Grenzgänger das Kontingentssystem gilt, ist nicht ganz klar (vgl. Musliu, S. 259 f., 262; Thurnherr, Art. 121a Rz. 55). Nach Art. 121a Abs. 2 Satz 1 BV sollen die «Bewilligungen für den Aufenthalt» durch Höchstzahlen und Kontingente begrenzt werden. Grenzgänger haben an sich keinen Aufenthalt im Inland. Nach Satz 2 gelten aber die Höchstzahlen «für sämtliche Bewilligungen des

Ausländerrechts». Das würde auch Grenzgänger erfassen, die ebenfalls einer ausländerrechtlichen Bewilligung bedürfen (Art. 35 AIG). In der Systematik des geltenden Rechts werden die Grenzgänger (Art. 25 AIG) denn auch im Abschnitt «Zulassung zu einem Aufenthalt mit Erwerbstätigkeit» (Art. 18-26a AIG) geregelt (italienisch: «Ammissione per un soggiorno con attività lucrativa»; anders freilich französisch: «Admission en vue de l'exercice d'une activité lucrative»). Sie unterstehen allerdings nicht den Begrenzungsmaßnahmen (Art. 20 AIG e contrario). Nach Art. 121a Abs. 3 BV sind die Grenzgänger «einzubeziehen». Rein wörtlich könnte das auf zwei Arten verstanden werden: (1) Sie werden den Kontingenten und Höchstzahlen unterstellt. (2) Sie unterliegen zwar nicht selber den Höchstzahlen, doch ist ihr Bestand zu berücksichtigen bei den gesamtwirtschaftlichen Interessen, die für die Festlegung der Zahl der Kontingente für Aufenthaltsbewilligungen massgebend sind. Nach der Zielsetzung der ganzen Bestimmung ist aber eher anzunehmen, dass die Kontingente auch für die Grenzgänger gelten (ebenso Botschaft Masseneinwanderung, S. 311, 314; Argumentarium, S. 37).

4.4 Nur erstmalige Bewilligungen?

Es fragt sich, ob sich die Höchstzahlen nur auf erstmalige Bewilligungen beziehen oder auch auf Verlängerungen. Bisweilen wird die Auffassung vertreten, dass Art. 121a BV gemäss seinem Marginale und seinem Absatz 1 die «Zuwanderung» steuern will. Wer schon im Lande sei, wandere nicht mehr zu. Die Zuwanderungssteuerung bzw. die Kontingente und Höchstzahlen würden deshalb nur gelten für die erstmalige Zuwanderung, nicht für die blosser Verlängerung der Bewilligungen (Epiney, 121a, Rz. 72; Musliu, S. 260, 262; Uebersax, Kommentar, Art. 121a Rz. 18, 36, 45; Uebersax, Zuwanderungssteuerung, Rz. 7, 21, 32). Das ist auch die zentrale Argumentation, weshalb nach Auffassung des Bundesrates die neuen Abkommen mit Art. 121a BV vereinbar sind (hinten 6.7; ebenso implizit in der Antwort des Bundesrates auf die Interpellation 25.3046).

Diese Auffassung widerspricht Wortlaut, Systematik, Entstehungsgeschichte sowie Sinn und Zweck von Art. 121a Abs. 2 BV.

Nach dem klaren *Wortlaut* gelten die Höchstzahlen für «sämtliche Bewilligungen des Ausländerrechts» (französisch: «toutes les autorisations délivrées en vertu du droit des étrangers»; italienisch: «tutti i permessi rilasciati in virtù del diritto degli stranieri»). Nach geltendem Gesetzesrecht wird die Aufenthaltsbewilligung immer befristet erteilt (Art. 33 Abs. 3 AIG), die erstmalige Bewilligung für ein Jahr, die Verlängerungen jeweils um zwei Jahre (Art. 58 VZAE). Die Aufenthaltsbewilligungen können verlängert werden, wenn keine Widerrufsgründe vorliegen (Art. 33 Abs. 3 AIG), doch besteht darauf grundsätzlich kein Rechtsanspruch. Auch die Verlängerung einer Bewilligung ist eine Bewilligung und unterliegt daher nach dem Wortlaut von Art. 121a Abs. 2 BV den Höchstgrenzen.

Systematisch ist Satz 2 von Abs. 2 in Verbindung mit Satz 3 zu lesen, wonach ausdrücklich auch der dauerhafte Aufenthalt beschränkt werden kann. Das impliziert, dass die Bewilligungen befristet und ggfs. auch nicht verlängert werden können. Eine solche Beschränkung kann sich auch aus einer Kontingentierung ergeben. Auch aus Abs. 3 ergeben sich keine Hinweise, dass die Höchstzahlen nur für erstmalige Bewilligungen gelten sollen. Im Gegenteil können gesamtwirtschaftliche Interessen der Schweiz oder der Vorrang der Schweizerinnen und Schweizer nahelegen, dass auch bisherige Bewilligungen nicht verlängert bzw. kontingentiert werden können.

Entstehungsgeschichtlich finden sich keine Hinweise, dass nur erstmalige Bewilligungen kontingentiert werden sollen. Es war für alle Beteiligten immer klar, dass die Nettozuwanderung seit Einführung der Personenfreizügigkeit deutlich zugenommen hat (Botschaft Masseneinwanderung, S. 306 f.) und dass das durch die Zuwanderung verursachte Bevölkerungswachstum der zentrale Grund für die Masseneinwanderungsinitiative war (Botschaft Masseneinwanderung, S. 292; Abstimmungserläuterungen, S. 35, Argumente des Initiativkomitees), weil es negative Auswirkungen z.B. auf Wohnungsmarkt, Infrastruktur, Raumplanung und Bildungspolitik hatte (Botschaft Masseneinwanderungsinitiative, S. 309 f., 316, 328; Abstimmungserläuterungen, S. 31). In den Abstimmungserläuterungen werden die Argumente des Initiativkomitees so wiedergegeben, dass die Zuwanderung seit dem Jahre 2007 zu

einer Bevölkerungszunahme von rund 80'000 Personen pro Jahr geführt habe, was eine verhängnisvolle Entwicklung sei (Abstimmungserläuterungen, S. 35). Der Bundesrat wollte aber diese Auswirkungen mit anderen Mitteln bekämpfen (Botschaft Masseneinwanderung, S. 328 ff., 343; Abstimmungserläuterungen, S. 37).

Aus dieser Entstehungsgeschichte ergibt sich der klare *Sinn und Zweck* von Art. 121a BV: Diese Bestimmung will die migrationsbedingte Veränderung des Bestandes der Wohnbevölkerung steuern, also nicht primär die Zuwanderung als solche, sondern das zuwanderungsbedingte *Bevölkerungswachstum*. Dieses Wachstum ergibt sich nicht aus der Bruttozuwanderung, sondern aus der *Nettozuwanderung*, d.h. der Einwanderung minus der Auswanderung. Denn verantwortlich für die Probleme, die mit der Personenfreizügigkeit in Verbindung gebracht werden, ist nicht die Zuwanderung an sich, sondern die Nettozuwanderung (Botschaft Masseneinwanderung, S. 316; Scherer/Meier/Ambühl, Rz. 10 f.). Art. 121a BV will also die *Nettozuwanderung* steuern (Epiney, Tragweite, Rz. 81; Thurnherr, Art. 121a, Rz. 32). Der Gesamtbestand der Bewilligungen und der Wohnbevölkerung wird nicht nur durch die erstmaligen Einreisen, sondern auch durch die Länge der Aufenthaltsdauer beeinflusst (Heseler/Hänni, S. 33 f.). Auswanderungen beeinflussen die Nettozuwanderung. Deren Steuerung kann deshalb nicht nur durch Begrenzung erstmaliger Bewilligungen, sondern auch durch Verlängerung bzw. Nichtverlängerung von Aufenthaltsbewilligungen erfolgen. Rechtsansprüche auf Verlängerung der Bewilligung tangieren damit die durch Art. 121a BV beabsichtigte Steuerungsmöglichkeit.

Als Folgerung ergibt sich, dass der Begriff «Zuwanderung» («immigration», «immigrazione») im Marginalen und in Abs. 1 von Art. 121a BV die *Nettozuwanderung* meint. Die Verwendung des Begriffs «Zuwanderung» kann daher nicht bedeuten, dass nur die erstmaligen Einreisen in seinen Anwendungsbereich fallen. Vielmehr hängt die Nettozuwanderung auch davon ab, wie lange die Eingewanderten in der Schweiz verbleiben, so dass die Steuerung der Nettozuwanderung zwangsläufig auch die Aufenthaltsdauer der bereits Eingewanderten erfassen muss.

Zwar galten nach der Regelung von Art. 12 BVO die Höchstzahlen nur für Jahresaufenthalter, die *erstmalig* zur Erwerbstätigkeit einreisen oder *erstmalig* eine Erwerbstätigkeit aufnehmen, sowie für Ausländer, die bereits in der Schweiz erwerbstätig waren, ohne der zahlenmässigen Begrenzung zu unterstehen, und nun die Voraussetzungen für eine Ausnahme nicht mehr erfüllen. Auch nach geltendem Gesetzesrecht gelten die Höchstzahlen gemäss Art. 20 AIG nur für *erstmalige* Bewilligungen. Der Umstand, dass sich die Regelung von Art. 121a BV an die bisherige Kontingentsregelung anlehnen will, könnte dafürsprechen, dass auch nach der neuen Regelung die Kontingente nur für erstmalige Bewilligungen gelten.

Dabei ist jedoch zu differenzieren: Dass die blosser Verlängerung der bisherigen Bewilligung nicht kontingentspflichtig ist, gilt schon gemäss bisheriger Regelung nur für Verlängerungen innerhalb der bestehenden Aufenthaltskategorie, d.h. für die Verlängerung einer Bewilligung für die Erwerbstätigkeit. Etwas anderes gilt hingegen für den Wechsel von einer Kategorie zu einer anderen, z.B. von einer Bewilligung für Aufenthalt ohne Erwerbstätigkeit zu einer Bewilligung für Aufenthalt mit Erwerbstätigkeit: Schon nach der früheren Regelung galten die Höchstzahlen nicht nur für Jahresaufenthalter, die *erstmalig* zur Erwerbstätigkeit einreisen, sondern auch für solche, die nach einem Aufenthalt ohne Erwerbstätigkeit *erstmalig* eine solche aufnehmen (z.B. für Studierende nach Abschluss der Ausbildung), sowie für Ausländer, die bereits in der Schweiz erwerbstätig waren, ohne der zahlenmässigen Begrenzung zu unterstehen, und nun die Voraussetzungen für eine Ausnahme nicht mehr erfüllen (Art. 12 Abs. 1 Bst. a und Abs. 2 BVO). Auch nach der geltenden Regelung richtet sich der weitere Aufenthalt in der Schweiz nach Abschluss oder Abbruch einer Aus- oder Weiterbildung nach den allgemeinen Zulassungsvoraussetzungen (Art. 27 Abs. 3 AIG), somit auch nach den Höchstzahlen (Art. 20 AIG), abgesehen von einer Nebenbeschäftigung, die neben der Ausbildung bewilligt werden kann (Art. 30 Abs. 1 lit. g AIG; Art. 23 Abs. 4 und Art. 38-40 VZAE).

Das Umgekehrte (Wechsel von einer Bewilligung mit Erwerbstätigkeit zu einer solchen ohne Erwerbstätigkeit) unterlag allerdings bisher keiner Kontingentierung, da eben nach der bisherigen Regelung

überhaupt nur Bewilligungen für Erwerbstätige kontingentiert waren. Nachdem nun aber nach Art. 121a BV zwingend alle Aufenthaltskategorien der Kontingentierung unterstehen (vorne 4.2), muss auch der Wechsel von einer Bewilligung mit Erwerbstätigkeit zu einer solchen ohne Erwerbstätigkeit der Kontingentierung unterstehen.

Es steht zwar dem Gesetzgeber frei, für bestimmte Gruppen von Bewilligungen gesamthafte Kontingente festzulegen. Es steht ihm aber ebenso frei, getrennte Kontingente z.B. für Zwecke der Ausbildung, des Familiennachzugs, für Rentner usw. festzulegen. Mindestens für Erwerbstätige und Nichterwerbstätige müssen getrennte Kontingente gelten, werden doch erstere in Abs. 3 ausdrücklich anders behandelt als letztere (vorne 4.2). Eine Aufenthaltsbewilligung wird immer nur für einen bestimmten Aufenthaltswert erteilt (Art. 33 Abs. 2 AIG). Eine Bewilligung für eine Änderung des Aufenthaltswertes ist nicht eine blosse Verlängerung, sondern eine geänderte Bewilligung bzw. eine Bewilligung auf einer anderen Rechtsgrundlage. Sie unterliegt daher den Höchstzahlen bzw. Kontingenten für diese anderen Bewilligungen.

Das bedeutet zwar nicht zwingend, dass mit dem Wechsel von einem Aufenthaltswert zu einem anderen die bisherige Aufenthaltsbewilligung automatisch wegfällt und die betreffenden Personen ausreisen müssen. Es ist denkbar, eine Bewilligung für einen anderen Aufenthaltswert zu erteilen, z.B. eine Bewilligung für einen erwerbslosen Aufenthalt durch eine Bewilligung für einen Aufenthalt mit Erwerbstätigkeit zu ersetzen oder umgekehrt, doch müssen diese Bewilligungen dann an die entsprechenden Kontingente angerechnet werden.

Das gilt insbesondere, wenn eine Bewilligung bisher auf einem bestimmten Rechtstitel beruhte, dieser Rechtstitel weggefallen ist und sich die Frage stellt, ob eine neue Bewilligung aufgrund eines anderen Rechtstitels zu erteilen sei.

So werden z.B. die Bewilligung zum Zwecke einer Aus- und Weiterbildung von vornherein nur für eine bestimmte Dauer erteilt, in der Regel für längstens acht Jahre (Art. 23 Abs. 3 VZAE). Nach dieser Dauer entfällt grundsätzlich die Aufenthaltsberechtigung und der Betroffene muss ausreisen. Für einen Aufenthalt nach Beendigung der Ausbildung ist in jedem Fall eine neue Bewilligung erforderlich. Für diese müssen die entsprechenden Kontingente gelten.

Dasselbe gilt z.B. für die Bewilligung für Familiennachzug. Es handelt sich dabei um abgeleitete Bewilligungen, die von der originären Berechtigung des Ehegatten oder Elternteils abhängig sind. Reist der originär Aufenthaltsberechtigte aus der Schweiz aus oder wird die anspruchsbegründende Ehe aufgelöst oder getrennt, erlöschen auch die abgeleiteten Ansprüche der Familienangehörigen, sowohl nach AIG als auch nach FZA (BGE 140 II 129 E. 3.4; Bundesgericht, Urteile 2C_63/2023 vom 15.11.2023 E. 4.2; 2C_688/2017 vom 29.10.2018 E. 3.4; 2C_961/2013 vom 29.4.2014 E. 5.2/5.3), unter Vorbehalt von Ansprüchen nach Auflösung der Familiengemeinschaft (Art. 50 AIG). Die Betroffenen müssen grundsätzlich ausreisen. Eine neue, selbständige Bewilligung an diese ist zwar denkbar. Es handelt sich dann aber nicht um eine blosse Verlängerung der bisherigen Bewilligung, sondern um eine neue, eigenständige Bewilligung, die an die entsprechenden Kontingente angerechnet werden muss.

Insgesamt sind keine Argumente ersichtlich, weshalb die Kontingente und Höchstzahlen nur für erstmalige Bewilligungen bzw. für neu einwandernde Personen gelten sollen. Auch wenn man davon ausgeht, dass es dem Gesetzgeber freisteht, die Höchstzahlen bzw. Kontingente nicht für die blosse Erneuerung von Bewilligungen vorzusehen (so Boillet/Maiani, Art. 121a Rz. 12, 14), so hat er aber jedenfalls die Möglichkeit, für Bewilligungsverlängerungen Kontingente einzuführen, zumal diese ein wesentliches Element für die Steuerung der Nettozuwanderung sind. Diese Steuerungsmöglichkeit muss nach Art. 121a Abs. 1 BV erhalten bleiben.

4.5 Dauerbewilligung, Niederlassungsbewilligung

Die Aufenthaltsbewilligungen nach geltendem Recht sind immer befristet. Das erlaubt eine Steuerung der Nettozuwanderung, indem Bewilligungen nach Ablauf der Befristung nicht verlängert werden

(vorne 4.4). Eine dauerhaft, unbefristet erteilte Bewilligung hebt diese Steuerungsmöglichkeit auf. Art. 121a Abs. 2 Satz 3 BV sieht ausdrücklich vor, dass der Anspruch auf dauerhaften Aufenthalt beschränkt werden kann. Ein Rechtsanspruch auf eine dauerhafte Bewilligung steht deshalb ebenso im Widerspruch zu Art. 121a BV wie ein Rechtsanspruch auf Bewilligungen überhaupt (vorne 3.3).

Nach geltendem Recht ist die Niederlassungsbewilligung unbefristet (Art. 34 Abs. 1 AIG). Bisweilen wird die Auffassung vertreten, die in Art. 121a Abs. 2 BV vorgeschriebenen Kontingente bzw. Höchstzahlen würden für die Niederlassungsbewilligung nicht gelten. Dies wird begründet damit, dass die Kontingente nur für erstmalige Bewilligungen gelten (so Uebersax, Zuwanderungssteuerung, Rz. 32; anders Rz. 42 für die seltenen Fälle, in denen direkt Niederlassungsbewilligungen erteilt werden), was aber – wie oben 4.4 dargelegt – so nicht stimmt.

Art. 121a Abs. 2 Satz 1 BV spricht von «Bewilligungen für den Aufenthalt» (*autorisations délivrées pour le séjour des étrangers*), was man so verstehen könnte, dass die Niederlassungsbewilligung nicht darunterfällt, da sie nach der geltenden Gesetzesregelung etwas anderes ist als die Aufenthaltsbewilligung. Systematisch gesehen steht jedoch Art. 34 AIG, der die Niederlassungsbewilligung regelt, im Kapitel «Regelung des Aufenthalts» (Art. 32-41b AIG) (französisch: «*Réglementation du séjour*»; italienisch: «*regolamentazione del soggiorno*»). Auch die Niederlassung ist also nach der Konzeption des AIG eine (besondere) Form des Aufenthalts. Es entspricht auch dem allgemeinen Sprachgebrauch, dass sich auch Niedergelassene in der Schweiz aufhalten. Schliesslich verlangt Art. 121a Abs. 2 Satz 2 BV ausdrücklich Höchstzahlen für «sämtliche Bewilligungen des Ausländerrechts», mithin auch für die Niederlassungsbewilligung (ebenso Achermann, S. 2189 Rz. 14; Musliu, S. 262; Thurnherr, Art. 121a Rz. 45). Für die Kontingentspflicht für Niederlassungsbewilligungen spricht ferner, dass diese – anders als die Aufenthaltsbewilligung – nicht zwischen Erwerbstätigkeit und anderen Aufenthaltswegen unterscheidet: Der Niedergelassene kann jede beliebige Erwerbstätigkeit ausüben, aber auch auf eine solche verzichten. Wenn die Niederlassungsbewilligungen von den Höchstzahlen ausgenommen werden, könnte man somit die von der Verfassung beabsichtigten separaten Höchstzahlen für Erwerbstätige und Nichterwerbstätige unterlaufen. Das spricht dafür, dass auch Niederlassungsbewilligungen einem Kontingent zu unterstellen sind. Selbst wenn man davon ausgeht, dass der Gesetzgeber die Niederlassungsbewilligungen von der Kontingentierung ausnehmen darf (so Boillet/Maiani, Art. 121a Rz. 14), so muss er doch jedenfalls die Möglichkeit haben, sie der Kontingentspflicht zu unterstellen, und diese Möglichkeit darf ihm nach Art. 121a Abs. 1 BV nicht genommen werden.

5. Tragweite des Verbots neuer Verträge (Art. 121a Abs. 4 BV)

5.1 Unmittelbare Anwendbarkeit

In früheren Publikationen hat Astrid Epiney die Auffassung vertreten, Abs. 4 von Art. 121a BV sei nicht unmittelbar anwendbar. Denn da die Bestimmungen, gegen welche die Verträge nicht verstossen dürfen (nämlich die Abs. 1-3), ihrerseits nicht unmittelbar anwendbar seien, sondern einer gesetzlichen Ausführung bedürfen, könne auch Abs. 4 nicht unmittelbar anwendbar sein, bevor eine solche Ausführung erfolgt sei (Epiney, Tragweite, Rz. 32 ff.; Epiney, Auslegung, Rz. 17 ff.; ebenso Epiney, Verhältnis, Rz. 16). Unzulässig sei ein neu abzuschliessender Vertrag nur, wenn er mit der Umsetzungsgesetzgebung zu Art. 121a BV im Widerspruch stehe (Epiney, Auswirkungen, S. 16 f.).

Diese Argumentation ist in zweierlei Hinsicht unzutreffend:

Erstens verkennt sie die Normenhierarchie zwischen Verfassung und Gesetz. Die Tragweite einer Verfassungsbestimmung ergibt sich nicht aus ihrer gesetzlichen Konkretisierung, sondern umgekehrt: Die gesetzliche Konkretisierung hat sich nach der Verfassung zu richten. Zwar belässt Art. 121a BV dem Gesetzgeber gewisse Konkretisierungsspielräume (vorne 4.3), aber er gibt auch klare Schranken (vorne 4.2), an die sich die Gesetzgebung wie auch der Abschluss völkerrechtlicher Verträge zu orientieren hat. Der Umstand, dass auch verfassungswidrige Bundesgesetze und Staatsverträge für die Gerichte massgebend sind (Art. 190 BV), ändert daran nichts: Er bedeutet nur, dass die

Letztverantwortung für die Respektierung der Bundesverfassung nicht bei den Gerichten, sondern bei der Bundesversammlung liegt.

Zweitens beruht diese Auffassung auf einer grundlegend unzutreffenden Konzeption der unmittelbaren Anwendbarkeit. Die Frage, ob eine Norm (völkerrechtlicher Vertrag oder Verfassungsbestimmung) unmittelbar anwendbar ist, stellt sich im Rahmen der *Rechtsanwendung*: Damit die rechtsanwendenden Behörden eine Norm direkt gegenüber den Rechtsunterworfenen anwenden können, muss diese inhaltlich hinreichend bestimmt und klar sein, um im Einzelfall Grundlage eines Entscheides bilden zu können. Die Norm muss mithin justiziabel sein, d.h. es müssen die Rechte und Pflichten des Einzelnen umschrieben und der Adressat der Norm die rechtsanwendenden Behörden sein (BGE 140 II 185 E. 4.2; 139 II 243 E. 10 S. 252). Wenn die Bundesversammlung Gesetze erlässt oder Staatsverträge genehmigt, handelt sie jedoch nicht als rechtsanwendende Behörde gegenüber einem Einzelnen, sondern als *Legislative*. Es gibt zahlreiche Verfassungsbestimmungen, die nicht unmittelbar anwendbar sind, sondern einen Gesetzgebungsauftrag enthalten und dabei bestimmte Eckpunkte oder Rahmenbedingungen enthalten. Solche Bestimmungen können nicht ohne gesetzgeberische Umsetzung gegenüber Privaten angewendet werden, aber die Bundesversammlung ist selbstverständlich dennoch verpflichtet, bei ihrer gesetzgeberischen Umsetzung die verfassungsrechtlichen Vorgaben einzuhalten. Auch wo der Gesetzgeber einen Spielraum hat und eine direkte Anwendung gegenüber Einzelnen ausgeschlossen ist, bilden solche höherrangigen Normen Teil der objektiven Rechtsordnung und verpflichten den Gesetzgeber (BGE 147 I 308 E. 5.3; 147 I 103 E. 11.4; 137 I 305 E. 3-5).

Dasselbe gilt beim Abschluss bzw. bei der Genehmigung völkerrechtlicher Verträge. Das in Art. 121a Abs. 4 BV enthaltene verfassungsrechtliche Verbot, bestimmte Verträge abzuschliessen, hat zwar keine Rechtswirkungen im Sinne einer unmittelbaren Anwendbarkeit gegenüber Privaten, aber es ist auch ohne gesetzgeberische Konkretisierung für die Bundesbehörden direkt verbindlich. Das entspricht denn auch der Rechtsprechung (BGE 142 II 35 E. 3.2), der Lehre (Biaggini, Kommentar, Art. 121a Rz. 14; Boillet/Maiani, Art. 121a Rz. 23 f.; Musliu, S. 257, 272 f.; Schlegel/Sieber-Gasser, Rn. 56; Thurnherr, Art. 121a Rz. 23) und auch der Position des Bundesrates, wie sie schon in der Botschaft Masseneinwanderung (S. 316) und vor allem im Zusammenhang mit dem Beitritt von Kroatien zur EU und der damit einhergehenden Ausdehnung des FZA auf Kroatien vertreten wurde (Botschaft Kroatien, S. 2233). In ihrer neusten Publikation ist denn auch Astrid Epiney von ihrer früheren Auffassung abgerückt und anerkennt nun, dass Verträge, welche gegen die Grundsätze von Art. 121a Abs. 1-3 verstossen, nicht abgeschlossen werden dürfen und sich die Verfassungsmässigkeit nicht in Abhängigkeit von der Umsetzungsgesetzgebung bestimmen kann (Epiney, 121a, Rz. 52 ff., insbesondere 55, 64 f. 70).

Zwar bedürfen die Abs. 2 und 3 von Art. 121a BV der gesetzgeberischen Konkretisierung, legen aber doch bestimmte Leitplanken fest, an die sich der Gesetzgeber zwingend halten muss (vorne 4.2). Ein Vertrag, der gegen diese verbindlichen Leitplanken verstösst, ist unzulässig, auch wenn der Gesetzgeber noch keine Konkretisierung vorgenommen hat.

Vor allem will Art. 121a BV eine eigenständige schweizerische Zuwanderungspolitik ermöglichen, was sich aus seinem Abs. 1 ergibt (vorne 4.2; Musliu, S. 258 f.; Thurnherr, Art. 121a, Rz. 25). Die autonome Steuerung der Zuwanderung ist das zentrale Ziel von Art. 121a BV (Umsetzungskonzept, S. 14). Zwar hat der Gesetzgeber gewisse Spielräume (vorne 4.3). Insbesondere legt die Verfassung die Höchstzahlen für die Zuwanderung nicht selber fest. Aber sie verlangt klar, dass es die zuständigen *schweizerischen Behörden* sind, welche diese Zahlen festlegen. Es ist der wesentliche Sinn und Zweck von Art. 121a BV, dass diese Gestaltungsspielräume erhalten bleiben. Es steht dem zuständigen Organ (Gesetzgeber, Bundesversammlung, Bundesrat) frei, wie hoch die Kontingente und Höchstzahlen anzusetzen sind (Uebersax, Zuwanderungssteuerung, Rz. 4). Das zuständige Organ kann die Höchstzahlen hoch ansetzen, wenn es will, aber es kann sie auch tief ansetzen. Mit dem Begriff «eigenständige Steuerung» soll zum Ausdruck gebracht werden, dass die Entscheidung, wer einwandern darf und wer nicht, den staatlichen Stellen in der Schweiz vorbehalten bleiben muss (Botschaft Masseneinwanderung, S. 311). Der Bund darf keine staatsvertragliche Verpflichtung eingehen, die ihn hindert, diese

Autonomie wahrzunehmen (Heselhaus/Hänni, S. 27; Musliu, S. 272; Thurnherr, Art. 121a, Rz. 31 f., 60, 62). Ein Staatsvertrag, der dem zuständigen Organ diese Freiheit nimmt, steht daher im Widerspruch zur Verfassung, selbst wenn er nicht der aktuellen Zuwanderungspolitik widerspricht, aber der Schweiz die Möglichkeit nimmt, diese Politik in Zukunft eigenständig zu gestalten.

5.2 Unzulässigkeit von Verträgen, welche Rechtsansprüche begründen

Die Verfassung verlangt eine eigenständige Steuerung der Zuwanderung und ein System von Höchstzahlen und Kontingenten (vorne 4.2) und verbietet den Abschluss neuer völkerrechtlicher Verträge, welche diesem System widersprechen. Damit wird im Sachbereich der Zuwanderung die Kompetenz des Bundes zum Abschluss von völkerrechtlichen Verträgen verfassungsrechtlich ausdrücklich eingeschränkt (Botschaft Masseneinwanderung, S. 316).

Wie dargelegt (vorne 3.3), steht ein System von Rechtsansprüchen grundsätzlich im Widerspruch zu einem Kontingentsystem. Art. 121a BV schliesst zwar nicht aus, dass *landesrechtlich* gewisse Rechtsansprüche auf Bewilligungen gewährt werden, doch müssen diese unter dem Vorbehalt stehen, dass sie auf dem Wege der Gesetzgebung auch wieder eingeschränkt werden können, wenn sonst die vom zuständigen Organ festgelegten Höchstzahlen überschritten werden. Der nationale Gesetzgeber kann dies tun, denn nach demokratischen Grundsätzen kann die Rechtsordnung jederzeit geändert werden, und können auch bisher bestehende Rechtsansprüche unter Vorbehalt wohlerworbener Rechte wieder aufgehoben werden (BGE 134 I 23 E. 7.1, 7.6; 145 II 140 E. 4). Es verhält sich ähnlich wie mit einem Numerus Clausus für das Hochschulstudium oder für die Beschränkung der Ärztezahl gemäss Art. 55a KVG: Grundsätzlich gibt eine Matura das Recht, an einer Hochschule zu studieren, und die Wirtschaftsfreiheit gibt das Recht, als Arzt tätig zu sein. Wenn jedoch für einen Studiengang ein Numerus Clausus besteht oder die Zahl der zugelassenen Ärzte beschränkt ist, gelten diese Rechte nur, solange die festgelegten Höchstzahlen nicht überschritten sind.

Anders verhält es sich jedoch, wenn ein *völkerrechtlicher* Vertrag Rechtsansprüche gewährt: Diese können nicht mehr einseitig durch den nationalen Gesetzgeber aufgehoben werden, selbst wenn sie dazu führen, dass die Höchstzahlen überschritten werden. Eine staatsvertragliche Regelung, welche Rechtsansprüche auf Aufenthalt bzw. auf Freizügigkeit einräumt, steht daher grundsätzlich im Widerspruch zu einem System mit Kontingenten und Höchstzahlen (vorne 3.3) und ist deshalb unzulässig (Boillet/Maiani, Art. 121a Rz. 24; Thurnherr, Art. 121a Rz. 62).

Theoretisch könnte zwar ein Widerspruch im Ergebnis vermieden werden, indem die Kontingente so hoch angesetzt werden, dass sie ohnehin nicht erreicht werden. Das stünde jedoch im klaren Widerspruch zum Sinn der Verfassung: Art. 121a BV will gerade der Schweiz die Freiheit bewahren, die Höchstzahlen eigenständig festzulegen (vorne 5.1). Die Zahlen können je nach politischer Wünschbarkeit hoch angesetzt werden, aber die schweizerischen Behörden müssen die Freiheit haben, sie auch tief anzusetzen, wenn das politisch gewünscht ist. Zwar ist nicht ausgeschlossen, dass grundsätzlich ein Rechtsanspruch auf Aufenthaltsbewilligung anerkannt wird, doch muss dieser unter dem Vorbehalt stehen, dass er nur solange besteht, als die Höchstzahlen nicht überschritten sind. Ebenso ist nicht ausgeschlossen, dass den Angehörigen bestimmter Staaten Vorrang vor denjenigen anderer Staaten eingeräumt wird, jedoch nur im Rahmen von Art. 121a BV (Botschaft Masseneinwanderung, S. 313).

Die Verfassung verbietet somit grundsätzlich den Abschluss von Verträgen, welche eine Personenfreizügigkeit garantieren bzw. Rechtsansprüche auf Aufenthalt gewähren.

5.3 Limitierte Ansprüche

In der Literatur wird die Auffassung vertreten, dass der Abschluss von Verträgen zulässig ist, mit denen Rechtsansprüche an bestimmte Gruppen statuiert werden, soweit diese Rechtsansprüche in einem geringen Umfang bleiben, der Normenkonflikt auf der Stufe der Umsetzung gelöst werden kann bzw. insgesamt die Steuerung der Zuwanderung möglich bleibt, z.B. durch Ausgleichsmassnahmen,

sobald die Höchstzahlen erreicht werden (Biaggini, Kommentar, Art. 121a Rz. 16; Boillet/Maiani, Art. 121a Rz. 24, 25, m.H. auf das Freihandelsabkommen mit China; Epiney, 121a, Rz. 72; Musliu, S. 272; Thurnherr, Art. 121a Rz. 62; Uebersax, Kommentar, Art. 121a Rz. 30, 52, 71; Uebersax, Zuwanderungssteuerung, Rz. 66 f.). Die gleiche Auffassung vertritt der erläuternde Bericht, S. 387, m.H. auf die Freihandelsabkommen mit Japan und China. Diese gewähren allerdings nur Ansprüche auf Einreise und vorübergehenden Aufenthalt, Art. 65 FHA Japan (SR 0.946.294.632) bzw. Dienstleistungen, Art. 8 FHA China (SR 0.946.292.492).

Dem kann zugestimmt werden, wenn es sich um Ansprüche handelt, die zahlenmässig nicht ins Gewicht fallen und eine Kontingentsregelung bzw. eine Zuwanderungssteuerung nicht in Frage stellen. Zu denken wäre etwa an ein Abkommen, welches neu den Sitz einer internationalen Organisation in der Schweiz vorsieht und zur Folge hat, dass diese Organisationen bzw. ihre Angestellten von den schweizerischen Einreise- und Aufenthaltsbestimmungen befreit sind (vgl. Art. 3 Abs. 1 lit. i GSG). Ebenso sind andere Abkommen denkbar, welche in vergleichbarem Umfang Rechtsansprüche gewähren, die insgesamt vernachlässigbar sind.

5.4 Erweiterung der Rechte in bestehenden Verträgen

5.4.1 Generell

Zwar ist ein *bestehender* völkerrechtlicher Vertrag gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung aufgrund des Vorrangs des Völkerrechts anwendbar, auch wenn er gegen Art. 121a BV verstösst. Art. 121a BV tangiert nicht direkt bestehende Verträge, namentlich auch nicht das FZA (vorne 3.2). Hingegen ist ein *neuer* Vertrag, der gegen Art. 121a BV verstösst, unzulässig (vorne 5.2).

Ein Staatsvertrag kann durch Übereinkunft zwischen den Vertragsparteien geändert werden. Die Bestimmungen über Abschluss und Inkrafttreten von Verträgen finden auf eine solche Übereinkunft insofern Anwendung, als der Vertrag nichts anderes vorsieht (Art. 39 VRK). Auch ein Vertrag, mit welchem ein bisheriger Staatsvertrag geändert wird, ist ein Staatsvertrag und unterliegt dem Verbot von Art. 121a Abs. 4 BV. Unzulässig ist also eine Änderung eines bestehenden Vertrags, wenn diese Änderung als solche gegen Art. 121a BV verstösst (Epiney, Auslegung, Rz. 24; Epiney, Auswirkungen, S. 16; Epiney, Vereinbarkeit, S. 45; Musliu, S. 271; Thurnherr, Art. 121a Rz. 60), d.h. wenn damit zusätzliche, im bisherigen Vertrag nicht enthaltene Rechtsansprüche auf Aufenthalt begründet werden (vorne 5.2). Da die Personenfreizügigkeit gegen Art. 121a BV verstösst (vorne 3.3), sind somit auch Verträge, welche durch die Aufnahme neuer Verpflichtungen die mit dem FZA bestehende Personenfreizügigkeit *ausweiten*, mit Art. 121a BV nicht vereinbar (ebenso Epiney, 121a, Rz. 60).

5.4.2 Geographische Ausdehnung der Personenfreizügigkeit: Der Fall Kroatien

Der erste Anwendungsfall von Art. 121a Abs. 4 BV stellte sich im Zusammenhang mit der Ausweitung der Personenfreizügigkeit auf Kroatien. Für Zuwanderer aus Kroatien galten vor dem EU-Beitritt die Kontingente wie für andere Drittstaaten. Nachdem Kroatien am 1. Juli 2013 der EU beigetreten war, verlangte die EU von der Schweiz, das FZA auch auf Kroatien auszudehnen. Die entsprechenden Verhandlungen wurden am 25. April 2013 eröffnet und mit der Paraphierung eines Protokolls am 15. Juli 2013 noch vor der Annahme von Art. 121a BV offiziell beendet (Botschaft Kroatien, 2230). Vorgesehen war dabei, dass die Schweiz – ähnlich wie bei den früheren Beitritten – während einer gewissen Übergangszeit weiterhin Höchstzahlen anwenden kann, aber nicht dauernd.

Damit wurden die Freizügigkeitsansprüche gegenüber dem bestehenden FZA ausgeweitet. Nach der Abstimmung vom 9. Februar 2014 war es daher nicht möglich, das bereits paraphierte Protokoll zu unterzeichnen, da dies Art. 121a BV widersprochen hätte (ebenso Thurnherr, Art. 121a Rz. 63). Diese Position vertrat der Bundesrat bereits in seiner Antwort vom 18.2.2015 auf die Motion 14.4078 (Die Motion wurde daraufhin zurückgezogen). Mit Botschaft vom 4. März 2016 unterbreitete der Bundesrat dennoch das Protokoll der Bundesversammlung zur Genehmigung. In der Botschaft führte er aus (Botschaft Kroatien, S. 2233): «Nach der Abstimmung vom 9. Februar 2014 war es nicht möglich, das

Protokoll III zu unterzeichnen, da gemäss Artikel 121a BV keine neuen völkerrechtlichen Verträge abgeschlossen werden dürfen, welche dieser Bestimmung widersprechen». Es solle jedoch zusammen mit der EU ein Weg ausgelotet werden, um die Auffassungen der EU und die schweizerische Rechtsordnung in Einklang zu bringen. Eine solche einvernehmliche Lösung solle über eine gemeinsame Auslegung der bestehenden Schutzklausel (Art. 14 Abs. 2 FZA)¹ angestrebt werden. Diese Lösung soll die Anforderungen des FZA und der Schweizerischen Bundesverfassung in Einklang bringen. Mit dieser neuen Ausgangslage erachtete es der Bundesrat nun als sinnvoll, das Protokoll III trotz der festgestellten Unvereinbarkeit mit Art. 121a BV dem Parlament zur Genehmigung zu unterbreiten (Botschaft Kroatien, S. 2233). Er stellte sich auf den Standpunkt, die verschiedenen während der Übergangsphase anwendbaren Regelungen sowie die Flankierenden Massnahmen zum FZA seien ein wirksamer Schutz gegen eine unkontrolliert zunehmende Zuwanderung und deren allfälligen negativen Auswirkungen auf die inländischen Arbeitsbedingungen. Eine Nichtrealisierung der Personenfreizügigkeit zwischen der Schweiz und Kroatien würde zu einem Ungleichgewicht der vertraglichen Beziehungen zwischen der Schweiz und den 28 EU-Mitgliedstaaten führen. Die EU würde nicht akzeptieren, dass die Staatsangehörigen gewisser Mitgliedstaaten im Bereich Personenfreizügigkeit, abgesehen von zwischen den Vertragsparteien ausgehandelten zeitlich beschränkten Übergangsbestimmungen, anders behandelt würden als die übrigen EU-Bürgerinnen und -Bürger. Als Reaktion darauf könnte die EU das FZA kündigen, was gemäss der «Guillotine-Klausel» auch das Ende der übrigen betroffenen Abkommen (Bilaterale I) bedeuten würde, oder sie könnte andere Ausgleichsmassnahmen beschliessen. Selbst ohne Ausgleichsmassnahmen könnte aufgrund einer Nicht-Ausdehnung des FZA auf Kroatien eine Rechtsunsicherheit entstehen, die die Attraktivität und die Wettbewerbsfähigkeit der Schweiz beeinträchtigen könnte (Botschaft Kroatien, S. 2244 f.).

Im Nationalrat wurde ein Antrag gestellt, wegen des Widerspruchs zu Art. 121a BV auf den Beschlussesentwurf nicht einzutreten (AB N 2016 633 ff.). Der Antrag wurde abgelehnt (AB N 2016 645). Einzelne Votanten vertraten dabei die Auffassung, die Ausdehnung des FZA auf Kroatien sei gar nicht in Widerspruch zur Verfassung (z.B. AB N 2016 638 und 640, Voten Tornare und Glättli, N 2016 920 f., Votum Glättli). Diese Stimmen beriefen sich namentlich auf die Auffassung von Astrid Epiney, wonach die Genehmigung des Protokolls nicht im Widerspruch zu Art. 121a BV stehe (Epiney, Tragweite, Rz. 29 ff.; Epiney, Auslegung, Rz. 26; Epiney, Kroatien-Protokoll, Rz. 11). Sie begründete dies einerseits mit der (unzutreffenden, s. vorne 5.1) Auffassung, Art. 121a Abs. 4 BV sei nicht unmittelbar anwendbar, und andererseits damit, es handle sich nicht um einen neuen Vertrag, sondern nur um eine Ausdehnung der Verpflichtungen, die sich bereits aus dem FZA ergeben, vergleichbar mit der Vergrösserung eines bestehenden EU-Mitgliedstaates. Diese Auffassung ist aber schon deshalb nicht richtig, weil das FZA seitens der EU ein sog. gemischtes Abkommen ist, welches nicht allein mit der EU, sondern auch mit ihren Mitgliedstaaten abgeschlossen wird. Mit dem Protokoll wird mithin das FZA ausgeweitet auf einen neuen Vertragsstaat, mit welchem bisher kein solcher Vertrag bestand (ebenso Kommissionsprecher Levrat im Ständerat, AB S 2017 309 f.)

Die Mehrheit war denn auch zu Recht der Meinung, dass in der Tat ein Normwiderspruch zwischen Art. 121a BV und der Ausdehnung bestand, so insbesondere auch die Vertreterin des Bundesrates (z.B. AB S 2016 327 f., BR Sommaruga, N 2016 921 BR Sommaruga). Ebenso hatten zwei Gutachten des Bundesamtes für Justiz und der Direktion für Völkerrecht festgestellt, dass die Ausdehnung des

¹ Diese Bestimmung lautet: «(2) Bei schwerwiegenden wirtschaftlichen oder sozialen Problemen tritt der Gemischte Ausschuss auf Verlangen einer Vertragspartei zusammen, um geeignete Abhilfemassnahmen zu prüfen. Der Gemischte Ausschuss kann innerhalb von 60 Tagen nach dem Antrag über die zu ergreifenden Massnahmen beschliessen. Diese Frist kann der Gemischte Ausschuss verlängern. Diese Massnahmen sind in Umfang und Dauer auf das zur Abhilfe erforderliche Mindestmass zu beschränken. Es sind solche Massnahmen zu wählen, die das Funktionieren dieses Abkommens so wenig wie möglich beeinträchtigen.»

FZA auf Kroatien mit Art. 121a Abs. 4 BV nicht vereinbar ist (zitiert von Kommissionssprecher Levrat, AB S 2016 309 f.).

Dennoch war schliesslich eine Mehrheit für Genehmigung des Protokolls. Wie sich aus den Debatten ergibt, war dafür vor allem ausschlaggebend, dass man den Zugang zu den Forschungsprogrammen der EU erhalten wollte, welchen die EU nach der Annahme von Art. 121a BV sistiert hatte. Von Bedeutung war auch das Argument, dass es sich beim FZA um ein Abkommen mit der ganzen EU handelt und nicht ein einzelner EU-Mitgliedstaat diskriminiert werden sollte.

Um die verfassungsrechtlichen Bedenken zu beheben, beschloss aber der Ständerat, dem Genehmigungsbeschluss die Bestimmung beizufügen:

«Der Bundesrat wird ermächtigt, das Protokoll zu ratifizieren, wenn mit der Europäischen Union eine mit der Bundesverfassung vereinbare Regelung zur Steuerung der Zuwanderung besteht.» (AB S 2016 328).

In der Differenzbereinigung beantragte die Mehrheit der nationalrätlichen Kommission eine etwas geänderte Formulierung, nämlich: «Der Bundesrat wird ermächtigt, das Protokoll zu ratifizieren, wenn eine Regelung besteht, die die Vorgaben der schweizerischen Rechtsordnung mit denjenigen des Personenfreizügigkeitsabkommens in Einklang bringt.». Der Kommissionssprecher vertrat die Meinung, eine solche Ergänzung sei eigentlich unnötig, weil der Bundesrat ohnehin die Verfassung respektieren müsse (AB N 2016 922 f., Wehrli). Eine Minderheit beantragte, auf eine solche Ergänzung zu verzichten, wobei die Sprecherin dieser Minderheit die Auffassung vertrat, beim Protokoll handle es sich nicht um einen neuen Vertrag, sondern nur um eine Ergänzung eines bestehenden Vertrags, und zudem sei Art. 121a BV nicht unmittelbar anwendbar (AB N 2016 918, Schneider-Schneiter). Diese Minderheit obsiegte zunächst (AB N 2016 923).

Der Ständerat modifizierte darauf seine Fassung, indem er «eine mit der Bundesverfassung vereinbare Regelung» ersetzte durch «eine mit der schweizerischen Rechtsordnung vereinbare Regelung» ersetzte (AB S 2016 445 ff.).

Nachdem Nationalrat (AB N 2016 1048 ff.) und Ständerat (AB 2016 S 529 f.) je an ihren Positionen festgehalten hatten, einigte sich die Einigungskonferenz auf die ständerätliche Fassung, welcher schliesslich auch der Nationalrat zustimmte (AB N 2016 1121 ff.). Die Kommissionssprecher wiesen darauf hin, dass das an sich rechtlich überflüssig sei, da der Bundesrat ohnehin die Verfassung respektieren müsse, und dass ein Normenkonflikt zwischen der EU und der Schweiz bestehe (AB N 2016 1121, Voten Wehrli und Müller).

Der Genehmigungsbeschluss (Bundesbeschluss über die Genehmigung und die Umsetzung des Protokolls zum Freizügigkeitsabkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft einerseits und der Europäischen Gemeinschaft sowie ihren Mitgliedstaaten andererseits betreffend die Ausdehnung auf die Republik Kroatien vom 17. Juni 2016; AS 2016 5233) wurde demnach um folgende Bestimmung ergänzt:

2 Der Bundesrat wird ermächtigt, das Protokoll zu ratifizieren, wenn mit der Europäischen Union eine mit der schweizerischen Rechtsordnung vereinbare Regelung zur Steuerung der Zuwanderung besteht.

Der Genehmigungsbeschluss wurde dem fakultativen Referendum unterstellt. Dieses wurde nicht ergriffen. Daraufhin ratifizierte der Bundesrat das Protokoll.

Seither wird vorbehaltlich der gemäss den Übergangsbestimmungen (Art. 10 FZA) festgelegten Höchstzahlen für neue Bewilligungen (Art. 38 VFP i.d.F vom 3. März 2023, in Kraft seit 1. April 2023, AS 2023 123) das FZA auch auf Kroatien angewendet, namentlich Art. 5 Anhang I FZA betreffend Beendigung des Anwesenheitsrechts (Urteil Bundesgericht 2C_116/2017 vom 3.10.2017 E. 3.4.2), aber

auch seine anderen Bestimmungen (Urteil Bundesgericht 2C_471/2017 vom 22.12.2017 E. 2.1, in casu betreffend Verbleiberecht oder Aufenthaltsrecht als Nichterwerbstätige).

Ob diese Ausdehnung des FZA auf Kroatien mit Art. 121a BV vereinbar ist, wird in der Literatur bezweifelt (Biaggini, Kommentar, Art. 121a Rz. 18; Bollet/Maiani, Art. 121a Rz. 29).

5.4.3 *Materielle Ausdehnung der Personenfreizügigkeit*

Was für die *geographische* Ausdehnung der Personenfreizügigkeit gilt, gilt gleichermassen auch für eine *materielle* Ausdehnung:

Das FZA gibt den EU-Angehörigen und ihren Familienangehörigen gewisse Rechtsansprüche, die aber nicht unbeschränkt und bedingungslos sind. Soweit das FZA keine Rechtsansprüche gewährt, gilt weiterhin die Regelung des schweizerischen Rechts (vgl. Art. 2 Abs. 2 AIG). Insoweit ist auch das in Art. 121a BV vorgesehene Kontingentsystem nicht im Widerspruch zum FZA. Wenn nun die bisher durch das FZA gewährten Aufenthaltsansprüche ausgeweitet werden, wird insoweit auch der bisher verbleibende Anwendungsbereich der Kontingentsregelung und damit die bisher verbleibende Steuermöglichkeit der Schweiz aufgehoben. Ein Vertrag, welcher die Personenfreizügigkeit über das bestehende FZA hinaus ausdehnt bzw. gegenüber dem FZA neue, erweiterte Rechtsansprüche auf Aufenthalt gewährt, ist daher mit Art. 121a Abs. 4 BV nicht vereinbar (ebenso Epiney, Tragweite, Rz. 27).

Das gilt insbesondere auch dann, wenn diese neuen Rechtsansprüche darin bestehen, dass eine bisherige, auf einem bestimmten Rechtstitel beruhende Bewilligung durch eine andere, auf einem anderen Rechtstitel beruhende Bewilligung ersetzt wird, da für solche andere Bewilligungen separate Kontingente gelten (so für Erwerbs- und Nichterwerbstätige, vorne 4.2) oder der Gesetzgeber zumindest frei ist, dafür separate Kontingente festzulegen (vorne 4.3). Gerade diese gesetzgeberische Freiheit will Art. 121a BV bewahren (vorne 5.1 und 5.2).

Vorbehalten sind allenfalls limitierte Ansprüche, die quantitativ nicht ins Gewicht fallen und die Kontingentssteuerung nicht in Frage stellen (vorne 5.3).

5.5 Ersatz bisheriger Verträge

Eine andere Frage ist, ob ein neues Abkommen geschlossen werden darf, welches nur als Ersatz für ein bisheriges die bisher schon gewährten Rechte weiterführt.

Der Wortlaut der Verfassung verbietet, dass völkerrechtliche Verträge abgeschlossen werden, welche gegen Art. 121a BV verstossen. Dieser Wortlaut unterscheidet nicht danach, ob es sich um einen neuen Vertrag handelt oder um den Ersatz eines bisherigen.

Dagegen liesse sich einwenden, dass ein Staatsvertrag, der nur einen bisher bereits geltenden ersetzt und weiterführt, inhaltlich keine Änderung der Rechtslage darstellt und deshalb weiterhin abgeschlossen werden kann (so Epiney, 121a, Rz. 60; Thurnherr, Art. 121a Rz. 64). Eine solche Argumentation erkennt jedoch den Kontext von Art. 121a mit Art. 197 Ziff. 11: Die Übergangsbestimmung strebt an, dass das von Art. 121a BV angestrebte Ziel grundsätzlich auch gegenüber bereits bestehenden Verträgen zum Tragen kommen soll, weshalb diese neu ausgehandelt werden sollen. Damit ist zwar keine Garantie gegeben, dass das Ziel tatsächlich erreicht wird, da selbstverständlich Neuverhandlungen nur zum Ziel führen können, wenn der andere Vertragspartner zustimmt. Für den Fall, dass das nicht zutrifft, verzichtet die Verfassung darauf, ausdrücklich die Kündigung der bestehenden Verträge vorzuschreiben. Sie akzeptiert damit, dass bestehende Verträge weitergeführt werden können.

Anders ist aber die Lage, wenn sich die Parteien ohnehin einig sind, dass ein neuer Vertrag abgeschlossen werden soll. Dabei handelt es sich um einen eigenen, neuen Vertrag, der die Anforderungen von Art. 121a BV erfüllen muss.

Mutatis mutandis ist dies die analoge Lage wie bei der Anfechtung eines Gesetzes im Rahmen einer abstrakten Normenkontrolle:

- Ein (kantonales) Gesetz kann als solches innert einer Frist beim Bundesgericht angefochten werden (Art. 82 lit. b und Art. 101 BGG).
- Wird später das Gesetz geändert, so können nur die geänderten Bestimmungen angefochten werden; die nicht geänderten sind nur anfechtbar, sofern ihnen im Rahmen des geänderten Erlasses eine gegenüber ihrem ursprünglichen Gehalt veränderte Bedeutung zukommt (BGE 135 I 28 E. 3.1.1).
- Wird hingegen ein Gesetz total revidiert, so kann das ganze Gesetz angefochten werden, auch wenn es bloss die bisher bereits geltenden Bestimmungen übernimmt (BGE 135 I 28 E. 3.1.1, 3.1.2; 137 I 77 E. 1.2; 146 I 83 E. 1.1; 149 I 49, nicht publ. E. 1.1).

Ein total revidiertes Gesetz muss also auf seine Rechtmässigkeit hin überprüft werden können, auch wenn es inhaltlich bloss die bisherigen Regelungen weiterführt, während eine solche Überprüfung ausbliebe, wenn das bisherige Gesetz weiter bestünde.

Analog muss auch ein neuer Vertrag, der im Wesentlichen bloss die Regeln des bisherigen FZA weiterführt, den Anforderungen von Art. 121a BV entsprechen.

Das ist offensichtlich auch die Auffassung des Bundesrates: Die Frage stellte sich nach dem Austritt des Vereinigten Königreichs aus der EU, wodurch auch das FZA auf britische Staatsangehörige nicht mehr anwendbar war. Die Schweiz und das Vereinigte Königreich schlossen daraufhin das Abkommen über die Rechte der Bürgerinnen und Bürger infolge des Austritts des Vereinigten Königreichs aus der Europäischen Union und des Wegfalls des Freizügigkeitsabkommens (SR 0.142.113.672). Mit diesem Abkommen werden für Angehörige des Vereinigten Königreichs, welche Aufenthaltsrechte nach dem FZA erworben haben, diese Rechtsansprüche mit einigen Einschränkungen auch nach dem Wegfall des FZA weitergeführt (Art. 10 und 12 ff.). Darüber hinaus erhalten diese Staatsangehörige auch das Recht auf Familiennachzug, auch von Familienangehörigen, die im Zeitpunkt des Wegfalls des FZA noch nicht in der Schweiz lebten (Art. 10 Abs. 1 lit. e). Abgesehen davon verschafft das Abkommen keine Rechtsansprüche für Personen, die in diesem Zeitpunkt noch nicht in der Schweiz lebten.

Zur Vereinbarkeit dieses Abkommens mit Art. 121a BV führt der Bundesrat in der Botschaft aus (BBl 2020 1029, 1076):

«Das Abkommen ist ferner mit Artikel 121a BV vereinbar, da mit dem vorliegenden Abkommen die Rechte von jenen britischen Staatsangehörigen geregelt werden, die bereits im Rahmen des FZA in die Schweiz zugewandert sind und Rechte erworben haben. Es handelt sich deshalb nicht um Personen, die neu in die Schweiz zuwandern, sondern um die Ausgestaltung der Rechte britischer Staatsangehöriger, die bereits in die Schweiz zugewandert sind. Im Rahmen des Familiennachzugs können hingegen Familienangehörige, die sich noch nicht in der Schweiz aufhalten, nachgezogen werden. Das unterbreitete Abkommen sieht vor (Art. 10 Abs. 1 Bst. e), dass britische Staatsangehörige, die ein Aufenthaltsrecht gestützt auf das FZA erworben haben, ihre Kinder nach den Bestimmungen des FZA nachziehen können. Da dies bereits unter dem FZA möglich war, werden durch das Abkommen keine neuen völkerrechtlichen Verpflichtungen im Sinne von Artikel 121a Absatz 4 BV eingegangen, die gegen Artikel 121a BV verstossen. Beim Nachzug von Ehegatten bleiben die Bestimmungen des FZA während fünf Jahren nach dessen Wegfall bestehen, danach gelten die Regeln des AIG.»

Diese Haltung blieb in der Bundesversammlung unbestritten. Die Bundesbehörden waren also offensichtlich der Meinung, dass das Abkommen nur deshalb zulässig war, weil es die Freizügigkeitsansprüche (mit Einschluss des Rechts auf Familiennachzug, der ein abgeleitetes Recht des originär Aufenthaltsberechtigten ist) beschränkt auf Personen, welche diese Ansprüche bereits unter der Geltung

des FZA erworben haben. Hingegen wäre es nicht zulässig gewesen, mit dem Vereinigten Königreich ein Abkommen abzuschliessen, welches auch nachher die Personenfreizügigkeit weiterführt, obwohl damit nur die Regelung fortgeschrieben worden wäre, die bisher unter der Geltung des FZA bereits bestand.

Für neue Bewilligungen für Angehörige des Vereinigten Königreichs gelten denn auch seither wieder Höchstzahlen wie für andere Drittstaatsangehörige (Art. 19b und 20b VZAE).

5.6 Folgerung

- Der Abschluss von Verträgen, welche Rechtsansprüche von ausländischen Personen auf Aufenthalt begründen, steht grundsätzlich im Widerspruch zu Art. 121a Abs. 4 BV (vorne 5.1, 5.2).
- Vorbehalten sind quantitativ unbedeutende Ansprüche, die gesamthaft die Steuerbarkeit nicht in Frage stellen (vorne 5.3).
- Unzulässig ist auch die Änderung eines bestehenden Vertrags, wenn diese Änderung als solche gegen Art. 121a BV verstösst, d.h. wenn damit zusätzliche, im bisherigen Vertrag nicht enthaltene Rechtsansprüche auf Aufenthalt begründet werden (vorne 5.4.1).
- Da die Personenfreizügigkeit gegen Art. 121a BV verstösst (vorne 3.3), sind somit auch Verträge, welche die mit dem FZA bestehende Personenfreizügigkeit *ausweiten*, d.h. zusätzliche, im FZA nicht enthaltene Rechtsansprüche auf Aufenthalt begründen, mit Art. 121a BV nicht vereinbar (vorne 5.4.3).
- Dasselbe gilt für neu abgeschlossene Verträge, mit welchen bisherige Verträge ersetzt werden, auch wenn damit inhaltlich die bisherigen Regelungen weitergeführt werden (vorne 5.5).

6. «Bilaterale III» und Art. 121a BV

6.1 Prüfungsthema und Referenzpunkt

Die Fragestellung des Gutachtens lautet, ob die Bilateralen III mit Art. 121a BV vereinbar sind, wobei praktisch nur das AP-FZA sowie das IP-FZA relevant sind (vorne 1). Nicht Thema der Prüfung ist, ob das bestehende FZA mit Art. 121a BV vereinbar ist; das ist klarerweise zu verneinen, doch bleibt das FZA anwendbar, solange es nicht gekündigt wurde (vorne 3.3). Hingegen ist zu prüfen, ob mit den Bilateralen III gegenüber dem bestehenden FZA die bestehende Verfassungswidrigkeit verstärkt wird, was die Unzulässigkeit des Abschlusses zur Folge hätte.

Referenzpunkt ist also das bisherige FZA, nicht etwa die bisherige innerstaatliche Gesetzgebung oder Behörden- und Gerichtspraxis. Denn diese kann die Schweiz autonom ändern, wenn sie der Verfassung nicht entsprechen. Ein internationaler Vertrag, der solche Regeln enthält, hebt aber insoweit die autonome Gestaltungsmöglichkeit der Schweiz auf. Das zu verhindern ist gerade das Ziel von Art. 121a Abs. 4 BV. Wenn also die Bilateralen III z.T. Regelungen enthalten, die nicht über das bisherige Gesetzesrecht oder die bisherige Behörden- oder Gerichtspraxis der Schweiz hinausgehen, ist dies kein Argument für die Verfassungsmässigkeit. Entscheidend ist nur, ob sie *gegenüber dem FZA* neue internationale Verpflichtungen enthalten.

6.2 Das Präjudiz Kroatien

Im Falle von Kroatien war den Beteiligten mehrheitlich klar, dass die Ausdehnung des FZA auf dieses Land in Widerspruch zu Art. 121a BV stand, weil das bisher für Kroatien geltende Kontingentssystem durch ein System mit Rechtsansprüchen abgelöst wurde. Der Widerspruch wurde schliesslich in Kauf genommen (vorne 5.4.2), einerseits um die Forschungszusammenarbeit mit der EU nicht zu gefährden und andererseits, weil es darum ging, dass die EU eine Ungleichbehandlung eines einzelnen ihrer Mitgliedstaaten – über die Regelung von Übergangsbestimmungen hinaus – nicht akzeptieren würde

und die Schweiz dadurch die Kündigung der bilateralen Abkommen oder andere Ausgleichsmassnahmen seitens der EU in Kauf nehmen würde.

Die Situation bei einem neuen Abkommen ist diesbezüglich anders: Es geht nicht um eine Ungleichbehandlung einzelner EU-Mitglieder gegenüber anderen, sondern um eine Neuregelung des Verhältnisses zwischen der Schweiz und der gesamten EU.

Die Frage ist also, ob mit dem neuen Abkommen neue Rechtsansprüche geschaffen werden, die mit Art. 121a BV nicht vereinbar sind.

6.3 Inhalt der neuen Abkommen im Bereich Personenfreizügigkeit

Die neuen Abkommen enthalten den Grundsatz, dass die Schweiz die UBRL übernimmt, wobei bestimmte Anpassungen oder Ausnahmen vorgesehen werden (vorne Ziff. 2). Weiter ist vorgesehen, die Verordnung 2019/1157 zu übernehmen; diese betrifft die Sicherheitsanforderungen für Personalausweise und hat keinen Einfluss auf die Höhe der Zuwanderung. Sie wird daher im Folgenden nicht behandelt.

Die mit den neuen Abkommen zu übernehmenden neuen Rechtsgrundlagen enthalten teilweise bloss Rechtsansprüche, die bereits nach dem geltenden FZA bestehen. Hingegen ist die UBRL nicht Teil des geltenden FZA (149 I 248 E. 6.2). Sie enthält einige echte Neuerungen welche die bisherigen Aufenthaltsrechte der EU-Angehörigen in der Schweiz erweitern (ebenso Epiney, 121a, Rz. 6, 10).

Zu prüfen ist also

- Ob die UBRL gegenüber dem FZA neue, mit Art. 121a BV nicht vereinbare Rechtsansprüche enthält (hinten 6.4),
- wenn ja, ob diese Widersprüche mit den ausgehandelten Ausnahmen oder Absicherungen beseitigt werden können (hinten 6.5).

6.4 Unterschied FZA/Unionsbürgerrichtlinie

Im Folgenden werden die Unterschiede in den Aufenthaltsberechtigungen zwischen dem FZA und der UBRL dargestellt. Nicht behandelt werden die Ansprüche der Grenzgänger (Art. 7 und 13 Anhang I FZA) und der Dienstleistungserbringer und -empfänger (Art. 5 FZA und Art. 17-23 Anhang I FZA), da diese nicht Gegenstand der UBRL sind. Ebenfalls nicht behandelt werden einige Punkte, in denen streitig ist, ob die geltende schweizerische Praxis mit dem FZA vereinbar ist (vgl. Bericht Regelungsunterschiede, S. 10 f.), da es hier nicht um neue Rechtsansprüche, sondern um die Auslegung des bestehenden FZA geht.

6.4.1 Originäre Aufenthaltsrechte:

Das **FZA** gewährt den EU-Angehörigen gemäss seinem Anhang I folgende Aufenthaltsrechte:

- als Stellensuchender, der neu einreist oder nach Beendigung eines Arbeitsverhältnisses mit einer Dauer von weniger als einem Jahr in der Schweiz bleibt, während eines angemessenen Zeitraums von bis zu sechs Monaten, allerdings ohne Anspruch auf Sozialhilfe (Art. 2 Abs. (1) UA 2 Anhang I FZA; vgl. Art. 61a Abs. 3 AIG; BGE 141 V 321 E. 4.4; 141 II 1 E. 2.2.2).
- als Arbeitnehmer für ein Arbeitsverhältnis mit einer Dauer von höchstens drei Monaten ohne Bewilligung (Art. 6 Abs. (2) UA 2 Anhang I FZA), aber ohne Anspruch auf Sozialhilfe (Art. 24 Abs. (3) Anhang I FZA).
- Als Arbeitnehmer für ein Arbeitsverhältnis von mehr als drei Monaten, aber weniger als einem Jahr mit Arbeitserlaubnis (Art. 6 Abs. (2) UA 1 Anhang I FZA), aber ohne Anspruch auf Sozialhilfe (Art. 24 Abs. (3) Anhang I FZA).
- Als Arbeitnehmer für ein Arbeitsverhältnis von mindestens ein Jahr mit Arbeitserlaubnis (Art. 6 Abs. (1) Anhang I FZA).

- Als Selbständigerwerbender (Art. 12 Anhang I FZA).
- Als Person ohne Erwerbstätigkeit, sofern sie den Nachweis erbringt, dass sie für sich selbst und ihre Familienangehörigen über ausreichende finanzielle Mittel verfügt, so dass sie während ihres Aufenthalts keine Sozialhilfe in Anspruch nehmen muss und über einen Krankenversicherungsschutz verfügt, der sämtliche Risiken abdeckt (Art. 24 Abs. (1) Anhang I FZA). Es besteht also kein Aufenthaltsanspruch für Sozialhilfebezüger (BGE 131 II 339 E. 2). Ergänzungsleistungen gelten in diesem Zusammenhang (anders als beim Widerruf von Bewilligungen nach Art. 62 Abs. 1 Bst. e bzw. 63 Abs. 1 Bst. c AIG) auch als Sozialhilfe (BGE 135 II 265 E. 3.7; Bundesgericht, Urteil 2C_707/2022 vom 6.11.2023 E. 5.1). Als ausreichende Mittel gelten demgegenüber die Arbeitslosenentschädigungen (BGE 144 II 113 E. 4.3). Wenn diese aber wegfallen und keine anderen Mittel vorhanden sind, kann die Bewilligung widerrufen werden (Art. 24 Abs. (8) Anhang I FZA; BGE 135 II 265 E. 3.6; Bundesgericht, Urteil 2C_484/2022 vom 15.5.2023 E. 3.3.3).
- Als Studierender, sofern er glaubhaft macht, dass er über finanzielle Mittel verfügt, so dass er selber, sein Ehegatte und ihre unterhaltsberechtigten Kinder während ihres Aufenthalts keine Sozialhilfe des Aufnahmestaates in Anspruch nehmen müssen, an einer Lehranstalt zur Hauptsache zum Erwerb einer beruflichen Bildung eingeschrieben ist und über einen Krankenversicherungsschutz verfügt, der sämtliche Risiken abdeckt (Art. 24 Abs. (4) Anhang I FZA).

Gemäss Art. 3 Abs. (6) Anhang I FZA dürfen die Kinder eines Staatsangehörigen einer Vertragspartei ungeachtet dessen, ob er im Hoheitsgebiet der anderen Vertragspartei eine Erwerbstätigkeit ausübt oder keine Erwerbstätigkeit ausübt oder eine Erwerbstätigkeit ausgeübt hat, unter den gleichen Bedingungen wie die Staatsangehörigen des Aufnahmestaates, sofern sie in dessen Hoheitsgebiet wohnen, am allgemeinen Unterricht sowie an der Lehrlings- und Berufsausbildung teilnehmen. Die Rechtsprechung des EuGH hat aus der analogen Bestimmung der Verordnung (EWG) Nr. 1612/68 abgeleitet, dass die Kinder eines EU-Angehörigen ein selbständiges Aufenthaltsrecht haben, auch wenn sie selber nicht EU-Angehörige sind. Alsdann kann auch der die elterliche Sorge ausübende Elternteil - losgelöst von seiner eigenen Staatsangehörigkeit - sich beim Kind aufhalten, um diesem zu ermöglichen, sein Recht auf Ausbildung wahrzunehmen, wobei dieser Aufenthaltsanspruch nicht von ausreichenden Existenzmitteln abhängig gemacht werden darf und der Bezug von Sozialhilfeleistungen nicht ausgeschlossen werden darf (Urteile EuGH Baumbast [C-413/99 vom 17.9.2002], Ibrahim [C-310/08 vom 23.2.2010] und Teixeira [C-480/08 vom 23.2.2010]). Das Bundesgericht hat diese Rechtsprechung übernommen (BGE 142 II 35 E. 4).

Die **UBRL** gewährt im Prinzip die gleichen Rechte, nämlich Aufenthalt

- Bis zu drei Monaten ohne Bewilligung (Art. 6)
- Als Arbeitnehmer oder Selbständigerwerbende (Art. 7 Abs. (1) Bst. a)
- Als Nichterwerbstätige und Studierende (Art. 7 Abs. (1) Bst. b und c)
- Auch die Regelung gemäss Urteilen Baumbast, Ibrahim und Teixeira wird in der UBRL (Art. 12 Abs. (3)) weitergeführt.

Es gibt allerdings Unterschiede:

- Das bewilligungslose Aufenthaltsrecht bis zu drei Monaten gilt nach Art. 6 UBRL voraussetzungslos und nicht nur für Arbeitnehmer, sondern für alle Unionsbürger und ihre Familienangehörigen. Dass für einen Aufenthalt ohne Erwerbstätigkeit bis zu drei Monaten keine Bewilligung erforderlich ist, entspricht zwar auch bereits der *landesrechtlichen* Regelung von Art. 10 AIG. Als *staatsvertraglicher* Anspruch geht dieser Anspruch aber über das FZA hinaus (BGE 149 I 248 E. 6.2; 139 II 393 E. 4.1.2; 126 II 65 E. 2; Tobler, S. 445 f.; Epiney, 121a, Rz. 16 f.).
- Anders als nach FZA kann der Anspruch auf Sozialhilfe während den ersten drei Monaten nur für anderen Personen als Arbeitnehmer, Selbstständige oder Personen, denen dieser Status erhalten bleibt, und ihre Familienangehörigen ausgeschlossen werden (Art. 24 Abs. (2) UBRL). Die anderen nach Art. 6 Aufenthaltsberechtigten (also Arbeitnehmer, Selbstständige,

Personen, denen dieser Status erhalten bleibt, und ihre Familienangehörigen) haben Anspruch auf Sozialhilfe, solange sie diese «nicht unangemessen in Anspruch nehmen» (Art. 14 Abs. (1) UBRL; Epiney/Affolter, S. 63). Der EuGH hat dazu festgestellt, «dass die einem einzigen Antragsteller gewährte Hilfe schwerlich als „unangemessene Inanspruchnahme“ eines Mitgliedstaats im Sinne von Art. 14 Abs. (1) der Richtlinie 2004/38 eingestuft werden kann; eine solche Inanspruchnahme kann nämlich den betreffenden Mitgliedstaat nicht infolge eines einzelnen Antrags, sondern nur nach Aufsummierung sämtlicher bei ihm gestellten Einzelanträge belasten.» (Rs. C-67/14 vom 15.9.2015 Alimanovic, Rz. 62).

- Für Arbeitnehmer besteht Anspruch auf Sozialhilfe auch bei einem Arbeitsverhältnis von mehr als drei Monaten, aber weniger als einem Jahr, auch für Familienangehörige (Art. 24 Abs. (1) UBRL).
- Der Anspruch auf Aufenthalt zur Stellensuche ist nicht auf sechs Monate befristet. Vielmehr ist für Stellensuchende eine Ausweisung in jedem Fall unzulässig, solange sie weiterhin Arbeit suchen und begründete Aussicht haben, eingestellt zu werden (Art. 14 Abs. (4) Bst. b UBRL; EuGH, Rs. C-710/19 vom 17.12.2020, G.M.A.). Sie können jedoch vom Anspruch auf Sozialhilfeleistungen ausgeschlossen werden (Art. 24 Abs. (2) UBRL; EuGH Rs. C-67/14, Alimanovic, vom 15.9.2015).
- Für Nichterwerbstätige 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) Anhang I FZA erfüllen. Vorausgesetzt ist nach Art. 24 Abs. (1) Anhang I FZA, dass die finanziellen Mittel die ansonsten gewährten Sozialhilfeleistungen oder die Anspruchslimiten für Ergänzungsleistungen überschreiten (Art. 16 VFP; BGE 144 II 113 E. 4.1; 135 II 265 E. 3.8; 130 II 388 E. 2.1). Da die Inanspruchnahme von Sozialhilfe dazu führt, dass die Voraussetzungen des Art. 24 Abs. (1) Anhang I FZA für ein Aufenthaltsrecht nicht mehr gegeben sind, besteht auf der Grundlage des FZA somit ein Automatismus: Die Aufenthaltsberechtigung entfällt. Demgegenüber ist die fehlende Sozialhilfeabhängigkeit als Voraussetzung für das Aufenthaltsrecht von Nichterwerbstätigen in Art. 7 Abs. (1) Bst. b und c **UBRL** weniger streng formuliert als in Art. 24 Abs. (1) Anhang I FZA (Bundesgericht, Urteile 2C_484/2022 vom 15.5.2023 E. 3.4.2; 2C_121/2022 vom 24.11.2022 E. 6.2). Sodann darf nach Art. 14 Abs. (3) UBRL die Inanspruchnahme von Sozialhilfeleistungen durch einen Unionsbürger oder einen seiner Familienangehörigen im Aufnahmemitgliedstaat nicht automatisch zu einer Ausweisung führen, was impliziert, dass auch Nichterwerbstätige einen gewissen Anspruch auf Sozialhilfe haben können. Es kann nicht einfach ein Mindesteinkommen angenommen werden, unterhalb dessen ohne konkrete Prüfung angenommen wird, es fehle an ausreichenden Mitteln; vielmehr ist eine umfassende Beurteilung vorzunehmen, welche Belastung dem nationalen Sozialhilfesystem in seiner Gesamtheit aus der Gewährung der Leistungen nach Massgabe der individuellen Umstände entstünde; zudem sind die Dauer des Aufenthalts, die persönlichen Umstände des Betroffenen und der gewährte Sozialhilfebezug zu berücksichtigen und es ist unter Berücksichtigung aller Faktoren und des Grundsatzes der Verhältnismässigkeit zu prüfen, ob die Gewährung der Sozialhilfe an den Betroffenen eine Belastung für das ganze Sozialhilfesystem darstellt (EuGH, Rs. C-140/12 vom 19.9.2013, Brey, Rz. 63 ff.).

6.4.2 Familiennachzug

Nach Art. 3 Abs. (1) Anhang I **FZA** haben die Familienangehörigen von Aufenthaltsberechtigten das Recht, bei ihnen Wohnung zu nehmen. Als Familienangehörige gelten ungeachtet ihrer Staatsangehörigkeit (Art. 3 Abs. (2) UA 1 Anhang I FZA):

- a. der Ehegatte und die Verwandten in absteigender Linie, die noch nicht 21 Jahre alt sind oder denen Unterhalt gewährt wird;
- b. die Verwandten und die Verwandten des Ehegatten in aufsteigender Linie, denen Unterhalt gewährt wird;
- c. im Fall von Studierenden der Ehegatte und die unterhaltsberechtigten Kinder.

Nach Art. 2 Ziff. 2 **UBRL** gilt grundsätzlich dasselbe. Als Familienangehörige gelten die gleichen Personen wie nach FZA, zusätzlich aber auch die eingetragenen gleichgeschlechtlichen Lebenspartner, sofern die Partnerschaft nach dem Recht des Aufnahmemitgliedstaates der Ehe gleichgestellt ist (Bst. b), sowie deren Familienangehörigen (Epiney, 121a, Rz. 18). Die Rechtsprechung des Bundesgerichts hat dies allerdings schon unter dem FZA so anerkannt mit der Begründung, sonst würde das Diskriminierungsverbot gemäss Art. 2 FZA verletzt (Urteil 2C_202/2018 vom 19.7.2019 E. 3.2; Epiney, 121a, Rz. 19).

Es gibt jedoch folgende Unterschiede:

- Das voraussetzungslose Aufenthaltsrecht bis zu drei Monaten gilt nach **UBRL** auch für drittstaatsangehörige Familienangehörige, die den Unionsbürger begleiten oder ihm nachziehen (Art. 6 Abs. (2)).
- Nach **FZA** gelten die Ansprüche der Familienangehörigen auf Aufenthalt, um beim Aufenthaltsberechtigten «Wohnung zu nehmen», wobei der Arbeitnehmer für seine Familie über eine Wohnung verfügen muss, die den für inländische Arbeitnehmer geltenden normalen Anforderungen entspricht (Art. 3 Abs. (1) Anhang I FZA). Das Erfordernis einer angemessenen Wohnung erlaubt z.B., den Familiennachzug zu verweigern, wenn eine im Verhältnis zur Wohnungsgrösse zu grosse Familie nachgezogen werden soll (Bundesgericht, Urteil 2C_131/2016 vom 10.11.2016, E. 4.5). Nach **UBRL** steht das Aufenthaltsrecht dem Familienangehörigen zu, der den Unionsbürger «begleitet oder ihm nachzieht» (Art. 3 Abs. (1), Art. 6 Abs. (1), Art. 7 Abs. (1) Bst. d, Art. 7 Abs. (2) UBRL). Ein Wohnungserfordernis besteht nicht mehr (erläuternder Bericht S. 229). Es gibt damit keine Handhabe mehr für eine Begrenzung der Familiengrösse.
- Nach Art. 3 Abs. (5) Anhang I **FZA** haben die Ehegatten und Kinder einer Person mit Aufenthaltsrecht, die noch nicht 21 Jahre alt oder unterhaltsberechtig sind, ungeachtet ihrer Staatsangehörigkeit das Recht auf Zugang zu einer Erwerbstätigkeit. Nach **UBRL** sind alle Familienangehörigen eines Unionsbürgers, die das Recht auf Aufenthalt oder Daueraufenthalt haben, berechtigt, eine Erwerbstätigkeit als Arbeitnehmer oder Selbständigerwerbende aufzunehmen (Art. 23), also nicht nur Ehegatten und Kinder, sondern neu auch Enkel sowie die Verwandten in aufsteigender Linie. Zwar handelt es sich nicht um ein neues Aufenthaltsrecht, da die betroffenen Personen bisher bereits ein Aufenthaltsrecht besitzen (Epiney, 121a, Rz. 20). Da aber nach Art. 121a BV auch der Wechsel von einem Aufenthalt ohne Erwerbstätigkeit zu einem solchen mit Erwerbstätigkeit der Kontingentierung unterliegt (vorne 4.4), ist auch diese Erweiterung der Erwerbsberechtigung mit Art. 121a BV nicht vereinbar.

Für weitere Familienangehörige als die in Art. 3 Abs. (2) Anhang I FZA enthält das **FZA** in Anhang I Art. 3 Abs. (2) UA 2 nur die allgemeine Bestimmung: «Die Vertragsparteien begünstigen die Aufnahme aller nicht unter den Buchstaben a, b und c genannten Familienangehörigen, denen der Staatsangehörige einer Vertragspartei Unterhalt gewährt oder mit denen er im Herkunftsland in einer häuslichen Gemeinschaft lebt.» Daraus lassen sich rechtsprechungsgemäss keine Aufenthaltsrechte ableiten (Bundesgericht, Urteil 2C_1015/2021 vom 15.12.2021 E. 3.3).

Die **UBRL** formuliert in Art. 3 Abs. (2) demgegenüber:

«(2) Unbeschadet eines etwaigen persönlichen Rechts auf Freizügigkeit und Aufenthalt der Betroffenen erleichtert der Aufnahmemitgliedstaat nach Maßgabe seiner innerstaatlichen Rechtsvorschriften die Einreise und den Aufenthalt der folgenden Personen:

a) jedes nicht unter die Definition in Artikel 2 Nummer 2 fallenden Familienangehörigen ungeachtet seiner Staatsangehörigkeit, dem der primär aufenthaltsberechtigte Unionsbürger im Herkunftsland Unterhalt gewährt oder der mit ihm im Herkunftsland in häuslicher Gemeinschaft gelebt hat, oder wenn schwerwiegende

gesundheitliche Gründe die persönliche Pflege des Familienangehörigen durch den Unionsbürger zwingend erforderlich machen;

b) des Lebenspartners, mit dem der Unionsbürger eine ordnungsgemäss bescheinigte dauerhafte Beziehung eingegangen ist.

Der Aufnahmemitgliedstaat führt eine eingehende Untersuchung der persönlichen Umstände durch und begründet eine etwaige Verweigerung der Einreise oder des Aufenthalts dieser Personen.»

Zwar verweist die Bestimmung auf die innerstaatlichen Rechtsvorschriften, aber der letzte Satz weist auf eine stärkere Bindung hin. Der EuGH hat in der Rs. C-83/11 vom 5.9.2012 Rahman erkannt, zwar verpflichte Art. 3 Abs. (2) UBRL die Mitgliedstaaten nicht dazu, den dort genannten Personen (es ging um Geschwister und Neffen des drittstaatsangehörigen Ehemannes einer Unionsbürgerin) ein Recht auf Aufenthalt zuzuerkennen, wohl aber, Anträge solcher Personen «in gewisser Weise bevorzugt zu behandeln» (Rz. 21). Der Entscheid über ein Gesuch muss auf einer eingehenden Untersuchung der persönlichen Umstände beruhen und im Fall der Ablehnung begründet werden (Rz. 22). Zwar haben die Mitgliedstaaten einen grossen Ermessensspielraum, sie müssen aber Sorge tragen, dass seine Rechtsvorschriften Kriterien enthalten, die sich mit der gewöhnlichen Bedeutung des Ausdrucks «erleichtert» vereinbaren lassen und der Bestimmung von Art. 3 Abs. (2) nicht ihre praktische Wirksamkeit nehmen (Rz. 24). Die genannten Personen haben ein Recht darauf, durch ein Gericht überprüfen zu lassen, ob sich die nationale Regelung und ihre Anwendung in den Grenzen des von der Richtlinie definierten Ermessensspielraums halten (Rz. 25).

Das Urteil Rahman wurde namentlich im Urteil Coram Children's Legal Centre (Rs. C-129/18 vom 26.3.2019) bestätigt: Es ging um ein Kind, das nach algerischem Recht unter Vormundschaft eines Unionsbürgers stand, wobei aber diese Vormundschaft nicht ein Abstammungsverhältnis im Sinne von Art. 2 Abs. (2) Bst. c UBRL begründete. Der EuGH erwog, dass sich nach Abwägung der konkreten Umstände grundsätzlich die Verpflichtung zur Gewährung eines Rechts auf Aufenthalt ergeben könne.

6.4.3 Aufenthaltsrecht bei vorübergehender Beendigung der Erwerbstätigkeit

FZA: Nach Art. 6 Abs. (6) Anhang I FZA darf dem Arbeitnehmer eine gültige Aufenthaltserlaubnis nicht allein deshalb entzogen werden, weil er keine Beschäftigung mehr hat, entweder weil er infolge von Krankheit oder Unfall vorübergehend arbeitsunfähig ist oder weil er unfreiwillig arbeitslos geworden ist, sofern letzteres vom zuständigen Arbeitsamt ordnungsgemäss bestätigt wird. Ebenso darf dem Selbständigerwerbenden eine gültige Aufenthaltserlaubnis nicht allein deshalb entzogen werden, weil er auf Grund einer vorübergehenden Arbeitsunfähigkeit infolge von Krankheit oder Unfall keine Erwerbstätigkeit mehr ausübt (Art. 12 Abs. (6) Anhang I FZA). Während dieser Dauer besteht auch Anspruch auf Sozialhilfe (Art. 9 Anhang I FZA; BGE 141 V 321 E. 4.1; 141 V 688 E. 3.2), ausser wenn das Arbeitsverhältnis weniger als ein Jahr dauerte (Art. 24 Abs. (3) Anhang I FZA). Art. 61a AIG konkretisiert die vorübergehende Dauer als eine Dauer von bis zu sechs Monaten nach Ende der unfreiwilligen Arbeitslosigkeit oder die Bezugsdauer von Arbeitslosenentschädigung. Diese Bestimmung ist mit dem FZA vereinbar (BGE 147 II 1; Bundesgericht, Urteil 2C_162/2024 vom 30.1.2025 E. 5.6, zur Publikation vorgesehen).

Hingegen verliert ein Arbeitnehmer seinen freizügigkeitsrechtlichen Status als erwerbstätige Person und damit auch sein Aufenthaltsrecht, wenn er (1) *freiwillig arbeitslos* geworden ist, (2) aufgrund seines Verhaltens feststeht, dass keinerlei ernsthafte Aussichten (mehr) darauf bestehen, dass er in absehbarer Zeit eine andere Arbeit finden wird oder (3) sein Verhalten gesamthaft als *rechtsmissbräuchlich* bezeichnet werden muss, z.B. wenn er eine Erwerbstätigkeit rein fiktiv bzw. zeitlich kurz ausgeübt hat einzig zum Zweck, von günstigeren Sozialleistungen als im Heimat- oder einem anderen Vertragsstaat zu profitieren (BGE 141 II 1 E. 2.2.1; zit. Urteil 2C_162/2024 E. 5.6.2; Bundesgericht, Urteil 2C_699/2023 vom 19.5.2025 E. 5.2, zur Publ. vorgesehen).

Selbständigerwerbende müssen den Nachweis der selbstständigen Erwerbstätigkeit erbringen können. Als Nachweis genügt die Errichtung eines Unternehmens oder einer Betriebsstätte mit effektiver und existenzsichernder Geschäftstätigkeit in der Schweiz. Diese ist durch das Vorlegen von Geschäftsbüchern (Buchhaltung, Aufträge usw.) zu belegen (Weisungen VFP Ziff. 4.3.1/4.3.2). Besteht keine solche Erwerbstätigkeit (mehr), entfällt auch der Anspruch auf Aufenthalt. Er entfällt auch, wenn die betreffende Person Sozialhilfe bezieht (Weisungen VFP Ziff. 8.4.4.2).

UBRL: Nach Art. 7 Abs. (3) UBRL bleibt die Eigenschaft als Erwerbstätiger erhalten, auch wenn die Erwerbstätigkeit nicht mehr ausgeübt wird, in folgenden Fällen:

- a. er ist wegen einer Krankheit oder eines Unfalls vorübergehend arbeitsunfähig;
- b. er stellt sich bei ordnungsgemäß bestätigter unfreiwilliger Arbeitslosigkeit nach mehr als einjähriger Beschäftigung dem zuständigen Arbeitsamt zur Verfügung;
- c. er stellt sich bei ordnungsgemäß bestätigter unfreiwilliger Arbeitslosigkeit nach Ablauf seines auf weniger als ein Jahr befristeten Arbeitsvertrags oder bei im Laufe der ersten zwölf Monate eintretender unfreiwilliger Arbeitslosigkeit dem zuständigen Arbeitsamt zur Verfügung; in diesem Fall bleibt die Erwerbstätigeneigenschaft während mindestens sechs Monaten aufrechterhalten;
- d. er beginnt eine Berufsausbildung; die Aufrechterhaltung der Erwerbstätigeneigenschaft setzt voraus, dass zwischen dieser Ausbildung und der früheren beruflichen Tätigkeit ein Zusammenhang besteht, es sei denn, der Betroffene hat zuvor seinen Arbeitsplatz unfreiwillig verloren.

Die Beibehaltung der Eigenschaft als Erwerbstätiger hat zur Konsequenz, dass auch Anspruch auf Sozialhilfe besteht (Art. 24 Abs. (1) UBRL).

Bst. a und c entsprechen der Regelung des FZA bzw. Art. 61a AIG. Während der sechs Monate nach Bst. c behalten Staatsangehörige der EU-Mitgliedstaaten ihre Erwerbstätigeneigenschaft und können daher auch Sozialhilfe beziehen.

Bst. b sieht hingegen ein zeitlich nicht befristetes Aufenthaltsrecht vor, was weiter geht als die Regelung von Art. 61a AIG. Die Betroffenen müssen sich nach wie vor dem Arbeitsamt zur Verfügung halten. Gemäss der Gemeinsamen Erklärung über die Verweigerung von Sozialhilfe und die Aufenthaltsbeendigung vor Erwerb des Daueraufenthalts kann der Aufnahmestaat im Einzelfall und unter Anwendung der gleichen Massstäbe wie bei seinen eigenen Staatsangehörigen berücksichtigen, ob eine arbeitssuchende Person ernsthaft in gutem Glauben mit dem zuständigen Amt zusammenarbeitet, um wieder eine Beschäftigung auf dem Arbeitsmarkt zu finden. Andernfalls können die Erwerbstätigeneigenschaft und das damit verbundene Aufenthaltsrecht verloren gehen. Gemäss erläuterndem Bericht (S. 226) wird damit auch der missbräuchlichen Inanspruchnahme staatlicher Leistungen vorgebeugt.

Bst. b gilt zudem nicht nur für Personen, die als unselbständig Erwerbende gearbeitet haben, sondern – anders als nach FZA – auch für Personen, die eine mehr als einjährige selbstständige Erwerbstätigkeit wegen eines Mangels an Arbeit, der auf von ihrem Willen unabhängigen Gründen beruhte, aufgegeben haben (EuGH, Rs. C-442/16, Gusa, vom 20.12.2017; erläuternder Bericht S. 228 f., 304).

Bst. d findet sich im FZA nicht. Der EuGH hat allerdings im Urteil Lair (Rs. 39/86 vom 21.6.1988) erkannt, dass ein Angehöriger eines anderen Mitgliedstaats, der im Aufnahmestaat nach Ausübung einer Berufstätigkeit ein Hochschulstudium aufnimmt, das zu einem berufsqualifizierenden Abschluss führt, dann weiterhin als Arbeitnehmer im Sinne der früheren Verordnung Nr. 1612/68 (die dem FZA zugrunde liegt) anzusehen ist, wenn zwischen der früheren Berufstätigkeit und dem betreffenden Studium ein Zusammenhang besteht. Nicht im Entscheidungsspruch, aber in Rn. 37 wurde auch ausgeführt, dass im Falle unfreiwilliger Arbeitslosigkeit ein Zusammenhang zwischen der früheren Tätigkeit und der Ausbildung nicht erforderlich ist. Das Bundesgericht hat in BGE 131 II 339 E. 3.4 und 4.4 sowie BGE 130 II 113 E. 9.1 auf diesen Entscheid Bezug genommen, allerdings nur in Zusammenhang

mit einem möglichen Rechtsmissbrauch. Für Praktiken werden jedenfalls die normalen Kriterien für die Arbeitnehmereigenschaft angewendet (zit. Urteil 2C_699/2023 E. 7)

Dadurch, dass dieser Auszubildende weiterhin als Erwerbstätiger im Sinne von Art. 7 Abs. (1) Bst. a und nicht als Auszubildener im Sinne von Art. 7 Abs. (1) Bst. c UBRL gilt, besteht dieser Aufenthaltsanspruch auch dann, wenn Sozialhilfeabhängigkeit besteht.

6.4.4 Verbleiberecht bei definitiver Beendigung der Erwerbstätigkeit

FZA: Für den Fall einer definitiven Beendigung der Arbeitstätigkeit besteht nach Art. 4 Anhang I FZA ein Verbleiberecht unter den Voraussetzungen der VO 1251/70 bzw. der Richtlinie 75/34. Dieses gilt für (im Einzelnen s. die Darstellung bei Pirker, passim):

- a. Arbeitnehmer oder Selbständigerwerbender, der das ordentliche Rentenalter erreicht hat, im Aufenthaltsstaat mindestens in den letzten 12 Monaten eine Beschäftigung ausgeübt und sich dort seit mindestens drei Jahren ständig aufgehalten hat; wenn Selbständige keinen Anspruch auf Altersrente haben, ist die Altersvoraussetzung erfüllt, wenn das 65. Lebensjahr erreicht ist.
- b. Arbeitnehmer oder Selbständigerwerbender, der infolge dauernder Arbeitsunfähigkeit eine Beschäftigung im Lohn- oder Gehaltsverhältnis aufgibt, wenn er sich seit mindestens zwei Jahren im Hoheitsgebiet dieses Mitgliedstaats ständig aufgehalten hat. Der Betroffene muss im Zeitpunkt des Eintritts der dauernden Arbeitsunfähigkeit noch Arbeitnehmereigenschaft gehabt haben (BGE 147 II 35 E. 3.3; 141 II 1 E. 4.2.3). Die Voraussetzung einer bestimmten Dauer des ständigen Aufenthalts entfällt, wenn die dauernde Arbeitsunfähigkeit durch Arbeitsunfall oder Berufskrankheit eintritt, auf Grund derer ein Anspruch auf Rente entsteht, die ganz oder teilweise zu Lasten eines Trägers dieses Mitgliedstaats geht.
- c. Arbeitnehmer oder Selbständigerwerbender, der nach drei Jahren Beschäftigung und ständigem Aufenthalt im Hoheitsgebiet dieses Mitgliedstaats eine Tätigkeit im Hoheitsgebiet eines anderen Mitgliedstaats ausübt, seinen Wohnsitz jedoch im ersten Mitgliedstaat beibehält und in der Regel jeden Tag oder mindestens einmal in der Woche dorthin zurückkehrt.

Wenn der Arbeitnehmer das Verbleiberecht erworben hat, steht dieses auch seinen Familienangehörigen zu, und zwar auch nach seinem Tod (VO 1251/70 und RL 75/34, je Art. 3 Abs. (1)).

Ist der Arbeitnehmer oder Selbständigerwerbende im Laufe seines Erwerbslebens verstorben, bevor er das Verbleiberecht in dem betreffenden Mitgliedstaat erworben hat, haben gemäss VO 1251/70 und RL 75/34, je Art. 3 Abs. (2), seine Familienmitglieder das Recht, sich dort ständig aufzuhalten, wenn der Arbeitnehmer oder Selbständigerwerbende

- sich zum Zeitpunkt seines Todes seit mindestens 2 Jahren im Hoheitsgebiet dieses Mitgliedstaats ständig aufgehalten hat,
- oder infolge eines Arbeitsunfalls oder einer Berufskrankheit gestorben ist;
- oder sein überlebender Ehegatte die Staatsangehörigkeit dieses Mitgliedstaats besitzt oder sie durch Eheschließung mit dem Arbeitnehmer verloren hat.

UBRL: Dieses Verbleiberecht ist in grundsätzlich in gleicher Form in Art. 17 UBRL aufgenommen (vgl. Bundesgericht, Urteil 2C_13/2018 vom 16.11.2018 E. 4.3). Zwei Änderungen bestehen aber darin, dass das gesetzliche Rentenalter auch durch eine Vorruhestandsregelung ersetzt werden kann (Art. 17 Abs. (1) Bst. a UA 1 UBRL; erläuternder Bericht S. 243) und dass die Altersvoraussetzung bei Selbständigerwerbenden ohne Rentenanspruch bereits mit dem 60. Lebensjahr erfüllt ist (Art. 17 Abs. (1) Bst. a UA 2 UBRL).

6.4.5 Aufenthaltsrecht der Familienangehörigen bei Wegzug des Aufenthaltsberechtigten oder Auflösung der Ehe

FZA: Nach FZA ist der Aufenthaltsanspruch der Familienangehörigen ein abgeleiteter Aufenthaltsanspruch, der an den Fortbestand der Ehe und den Aufenthalt des originär aufenthaltsberechtigten EU-

Angehörigen in der Schweiz gebunden ist. Wird die Ehe aufgelöst, sei es durch Tod des originär Aufenthaltsberechtigten oder bei Scheidung oder Trennung der Ehe, oder reist der EU-Angehörige aus der Schweiz weg, entfällt dieser abgeleitete Aufenthaltsanspruch (BGE 144 II 1 E. 3.1; 139 II 393 E. 2.1; 137 II 1 E. 3.2; Bundesgericht, Urteile 2C_688/2017 vom 29.10.2018 E. 3.4; 2C_494/2013 vom 2.6.2013 E. 3.1; Art. 23 Abs. 1 VFP; Weisungen VFP, Ziff. 7.4.2, 7.4.3, 8.2.1). Die Familienangehörigen können, wenn sie selber EU-Angehörige sind, ein eigenes originäres Aufenthaltsrecht nach den Art. 6, 12 oder 24 haben. Im Übrigen besteht ein Verbleiberecht der Familienangehörigen nach dem Tod des originär Aufenthaltsberechtigten nur unter den Voraussetzungen von Art. 3 Abs. (2) der VO 1251/70 bzw. RL 75/34 (s. oben 6.4.4; BGE 139 II 393 E. 2.2; Bundesgericht, Urteil 2C_536/2016 vom 13.3.2017 E. 2.1/2.2).

UBRL: Gegenüber dem FZA statuiert die UBRL weitergehende Ansprüche der Familienangehörigen bei Tod oder Wegzug des Unionsbürgers oder bei Scheidung oder Aufhebung der Ehe:

Für Familienangehörige, die selber EU-Angehörige sind, besteht das Aufenthaltsrecht auch bei Tod oder Wegzug des Unionsbürgers oder bei Scheidung oder Aufhebung der Ehe weiterhin, solange sie die Voraussetzungen des Artikels 7 Absatz 1 Buchstabe a, b, c oder d erfüllen (Art. 12 Abs. (1), Art. 13 Abs. (1) UBRL). Das entspricht den originären Aufenthaltsrechten nach FZA mit den Erweiterungen, welche die UBRL gegenüber dem FZA bringt (vorne 6.4.1).

Neu gegenüber dem FZA ist aber die Weiterführung der Aufenthaltsrechte für Familienangehörige, die nicht selber EU-Angehörige sind. Für diese gilt:

- Bei Tod des Unionsbürgers besteht das Aufenthaltsrecht weiter, wenn sie sich vor dem Tod des Unionsbürgers mindestens ein Jahr lang im Mitgliedstaat aufgehalten haben (Art. 12 Abs. (2) UA 1 UBRL),
- Bei Scheidung oder Aufhebung der Ehe besteht das Aufenthaltsrecht weiter (Art. 13 Abs. (2) UA 1 UBRL), wenn
 - die Ehe oder die eingetragene Partnerschaft bis zur Einleitung des gerichtlichen Scheidungs- oder Aufhebungsverfahrens oder bis zur Beendigung der eingetragenen Partnerschaft mindestens drei Jahre bestanden hat, davon mindestens ein Jahr im Aufnahmemitgliedstaat (diese Regelung geht auch über die landesrechtliche Regelung von Art. 50 Abs. 1 Bst. a AIG hinaus, wonach der Anspruch der Ehegatten und der Kinder nach Auflösung der Ehe oder Familiengemeinschaft weiter besteht, wenn die Ehegemeinschaft mindestens drei Jahre *in der Schweiz* [BGE 136 II 113 E. 3.3] bestanden hat und die Integrationskriterien nach Artikel 58a erfüllt sind), oder
 - dem Ehegatten oder dem Lebenspartner aufgrund einer Vereinbarung der Ehegatten oder der Lebenspartner oder durch gerichtliche Entscheidung das Sorgerecht für die Kinder des Unionsbürgers übertragen wird oder
 - es aufgrund besonders schwieriger Umstände erforderlich ist, wie etwa bei Opfern von Gewalt im häuslichen Bereich während der Ehe oder der eingetragenen Partnerschaft, oder
 - dem Ehegatten oder dem Lebenspartner aufgrund einer Vereinbarung der Ehegatten oder der Lebenspartner oder durch gerichtliche Entscheidung das Recht zum persönlichen Umgang mit dem minderjährigen Kind zugesprochen wird, sofern das Gericht zu der Auffassung gelangt ist, dass der Umgang - solange er für nötig erachtet wird - ausschliesslich im Aufnahmemitgliedstaat erfolgen darf.

Bevor die Betroffenen das Recht auf Daueraufenthalt erwerben (hinten 6.4.6), bleibt ihr Aufenthaltsrecht an die Voraussetzung geknüpft, dass sie nachweisen können, dass sie Arbeitnehmer oder Selbstständige sind oder für sich und ihre Familienangehörigen über ausreichende Existenzmittel verfügen, so dass sie während ihres Aufenthalts keine Sozialhilfeleistungen des Aufnahmemitgliedstaats in

Anspruch nehmen müssen, und dass sie über einen umfassenden Krankenversicherungsschutz im Aufnahmemitgliedstaat verfügen oder dass sie bereits im Aufnahmemitgliedstaat als Familienangehörige einer Person gelten, die diese Voraussetzungen erfüllt (Art. 12 Abs. (2) UA 2; Art. 13 Abs. (2) UA 2 UBRL). Damit haben sie zwar keinen Anspruch auf Sozialhilfeleistungen, wohl aber auf Aufenthalt, was sie nach der Regelung des FZA nicht hätten (Bundesgericht, Urteile 2C_993/2014 vom 11.12.2014 E. 2.2.3; 2C_213/2012 vom 13.3.2012 E. 2.2.1).

Ebenso haben sie ihrerseits Anspruch auf Familiennachzug bei Gründung einer neuen Familie (Art. 2 Abs. (2) und Art. 3 Abs. (1) UBRL).

6.4.6 Daueraufenthaltsrecht

Neu gegenüber dem FZA ist das unbedingte Daueraufenthaltsrecht nach Art. 16 UBRL (Epiney, 121a, Rz. 14). Es gilt

- Für Unionsbürger, die sich rechtmässig ununterbrochen mindestens fünf Jahre im Aufnahme-
staat aufgehalten haben.
- Für drittstaatsangehörige Familienangehörige, die sich rechtmässig fünf Jahre lang ununter-
brochen mit dem Unionsbürger im Aufnahmestaat aufgehalten haben.
- Für drittstaatsangehörige Familienangehörige auch im Falle von Wegzug oder Tod des originär
Aufenthaltsberechtigten oder Auflösung der Ehe, wenn sie rechtmässig fünf Jahre lang unun-
terbrochen im Aufnahmestaat aufgehalten haben (Art. 18).

Wobei «ununterbrochen» auch bei Unterbrüchen von bis zu 6 Monaten oder unter bestimmten Um-
ständen auch länger, vorliegt (Art. 16 Abs. (3) UBRL).

Dieses unbedingte Daueraufenthaltsrecht besteht also namentlich auch für Personen, die die Er-
werbstätigkeit endgültig aufgegeben haben, aber kein Verbleiberecht (vorne 6.4.4) erworben haben,
oder für Familienangehörige, auch wenn sie selber nicht EU-Angehörige sind.

Das Daueraufenthaltsrecht besteht auch für Studierende nach Abschluss eines fünfjährigen Studiums,
auch für ihre Familienangehörigen, auch wenn diese nicht Unionsbürger sind und unter Umständen
auch wenn die Ehe inzwischen getrennt wurde (vorne 6.4.5).

Für das Daueraufenthaltsrecht besteht auch nicht die Voraussetzung, dass die Berechtigten genügend
eigene Mittel haben. Sie haben somit uneingeschränkt Anspruch auf Gleichbehandlung mit inländi-
schen Staatsangehörigen, also auch auf Ergänzungsleistungen und Sozialhilfe.

Ist das Daueraufenthaltsrecht einmal erworben, führt nur eine Abwesenheit, die zwei aufeinanderfol-
gende Jahre überschreitet, zu seinem Verlust (Art. 16 Abs. (4) UBRL).

Das Daueraufenthaltsrecht ist ein neues Aufenthaltsrecht, das nach FZA nicht besteht und klar über
das FZA hinausgeht (Epiney/Affolter, S. 61 f., 68, 74).

Es geht auch über die Niederlassungsbewilligung nach schweizerischem Recht hinaus: Sie setzt im Un-
terschied zu dieser (Art. 34 Abs. 2 Bst. c und Abs. 4 AIG) keine Anforderungen an die Integration und
die Sprachkenntnisse voraus. Die Niederlassungsbewilligungen können grundsätzlich erst nach fünf
bis zehn Jahren erteilt werden, wobei grundsätzlich kein Rechtsanspruch auf Niederlassungsbewilli-
gung besteht (Art. 34 AIG), sondern nur in bestimmten Fällen, nämlich für Ehegatten von Schweizer
Bürgern und Niedergelassenen nach fünf Jahren (Art. 42 Abs. 3 und 43 Abs. 5 AIG), allerdings nur,
wenn die Integrationskriterien erfüllt sind, sowie für die Kinder unter zwölf Jahren von Schweizer Bür-
gern und Niedergelassenen (Art. 42 Abs. 4 und Art. 43 Abs. 6 AIG). Auf das Daueraufenthaltsrecht
nach UBRL besteht demgegenüber nach Ablauf der fünf Jahre ein unbedingter Rechtsanspruch. Zu-
dem kann auch die Niederlassungsbewilligung widerrufen werden, wenn die Ausländerin oder der
Ausländer oder eine Person, für die sie oder er zu sorgen hat, dauerhaft und in erheblichem Mass auf
Sozialhilfe angewiesen ist (Art. 63 Abs. 1 Bst. c AIG). Demgegenüber kann das Daueraufenthaltsrecht

nach UBRL auch bei dauerhafter und erheblicher Sozialhilfeabhängigkeit nicht entzogen werden. Die UBRL geht also nicht nur über das FZA, sondern auch ganz wesentlich über das Landesrecht hinaus.

Gemäss dem erläuternden Bericht (S. 371) hielten sich im Jahr 2021 rund 690 000 Personen in der Schweiz auf, die die Voraussetzungen für das Daueraufenthaltsrecht in den Jahren 2017 bis 2021 erfüllten, und könnten jährlich rund 50 000 bis 70 000 Personen dazukommen, welche die Voraussetzungen zusätzlich erfüllen.

Zu beachten ist sodann, dass alle Daueraufenthaltsberechtigten ihrerseits wieder Anspruch auf Familiennachzug haben, auch wenn sie eine neue Familie gründen. Das gilt auch für Berechtigte, die gemäss FZA ihr Aufenthaltsrecht (z.B. wegen Verlusts der Arbeitnehmereigenschaft) verloren hätten und auch für drittstaatsangehörige Familienangehörige. Zwar erhalten die neuen Familienangehörigen nicht automatisch ein Daueraufenthaltsrecht und ihr Anspruch ist an die Voraussetzung von Art. 7, 12 oder 13 geknüpft. Unter diesen Voraussetzungen entstehen aber nach UBRL neue Familiennachzugsansprüche, die es nach FZA nicht gegeben hätte.

6.4.7 Hürden für Ausschaffung

FZA: Nach Art. 5 Anhang I FZA dürfen auf Grund dieses Abkommens eingeräumten Rechte nur durch Massnahmen, die aus Gründen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit und Gesundheit gerechtfertigt sind, eingeschränkt werden, wobei auf die Richtlinien 64/221/EWG, 72/194/EWG und 75/35/EWG Bezug genommen wird.

Die dazu ergangene Rechtsprechung des Bundesgerichts wird in BGE 145 IV 364 E. 3.5.2 wie folgt zusammengefasst:

Nach der ausländerrechtlichen Rechtsprechung des Bundesgerichts ist bei der Anwendung von Art. 5 Abs. 1 Anhang I FZA eine "spezifische Prüfung" unter dem Blickwinkel der dem Schutz der öffentlichen Ordnung innewohnenden Interessen verlangt (BGE 130 II 176 E. 3.4.1 S. 183 f.). Entfernungs- oder Fernhaltungsmassnahmen setzen eine hinreichend schwere und gegenwärtige Gefährdung der öffentlichen Ordnung durch den betreffenden Ausländer voraus (BGE 130 II 176 E. 3.4.1 S. 182 und E. 4.2 S. 185). Eine strafrechtliche Verurteilung darf nur insofern zum Anlass für eine derartige Massnahme genommen werden, als die ihr zugrunde liegenden Umstände ein persönliches Verhalten erkennen lassen, das eine gegenwärtige Gefährdung der öffentlichen Ordnung darstellt. Art. 5 Abs. 1 Anhang I FZA steht Massnahmen entgegen, die (allein) aus generalpräventiven Gründen (BGE 130 II 176 E. 3.4.1 S. 183) verfügt würden (Urteil 2C_828/2016 vom 17. Juli 2017 E. 3.1 mit Hinweisen). Auch vergangenes Verhalten (BGE 130 II 176 E. 3.4.1 S. 184 und E. 4.3.1 S. 186) kann den Tatbestand einer solchen Gefährdung der öffentlichen Ordnung erfüllen. Es kommt weiter auf die Prognose des künftigen Wohlverhaltens an, wobei eine nach Art und Ausmass der möglichen Rechtsgüterverletzung zu differenzierende hinreichende Wahrscheinlichkeit, dass der Ausländer künftig die öffentliche Sicherheit und Ordnung stören wird, verlangt ist. Ein geringes, aber tatsächlich vorhandenes Rückfallrisiko kann für eine aufenthaltsbeendende Massnahme im Sinne von Art. 5 Abs. 1 Anhang I FZA genügen, sofern dieses Risiko eine schwere Verletzung hoher Rechtsgüter wie z.B. die körperliche Unversehrtheit beschlägt (Urteile 2C_828/2016 vom 17. Juli 2017 E. 3.2). Die Prognose über das Wohlverhalten und die Resozialisierung gibt in der fremdenpolizeilichen Abwägung, in der das allgemeine Interesse der öffentlichen Ordnung und Sicherheit im Vordergrund steht, nicht den Ausschlag (BGE 130 II 176 E. 4.2 S. 185; 125 II 105 E. 2c S. 110). Bei Massnahmen aus Gründen der öffentlichen Ordnung sind die EMRK sowie der Grundsatz der Verhältnismässigkeit zu beachten (BGE 130 II 176 E. 3.4.2 S. 184). Mit dem Erfordernis der gegenwärtigen Gefährdung ist nicht gemeint, dass weitere Straftaten

mit Gewissheit zu erwarten sind oder umgekehrt solche mit Sicherheit auszuschließen sein müssten (Urteil 2C_108/2016 vom 7. September 2016 E. 2.3). Es ist vielmehr eine nach Art und Ausmass der möglichen Rechtsgüterverletzung zu differenzierende hinreichende Wahrscheinlichkeit verlangt, dass der Ausländer künftig die öffentliche Sicherheit oder Ordnung stören wird; je schwerer diese ist, desto niedriger sind die Anforderungen an die in Kauf zu nehmende Rückfallgefahr (BGE 130 II 176 E. 4.3.1 S. 186). Allerdings sind Begrenzungen der Freizügigkeit im Sinne von Art. 5 Anhang I FZA einschränkend auszulegen; es kann etwa nicht lediglich auf den Ordre public verwiesen werden, ungeachtet einer Störung der sozialen Ordnung, wie sie jede Straftat darstellt.

Diese Voraussetzungen gelten freilich dann nicht, wenn gar kein freizügigkeitsrechtlicher Aufenthaltsanspruch besteht (BGE 141 II 1 E. 2.2.1), also namentlich dann, wenn keine Erwerbstätigkeit mehr vorliegt und Sozialhilfeabhängigkeit besteht, weil dann schon gar kein Aufenthaltsrecht besteht.

UBRL: Nach Art. 27 Abs. (1) UBRL gilt:

(1) Vorbehaltlich der Bestimmungen dieses Kapitels dürfen die Mitgliedstaaten die Freizügigkeit und das Aufenthaltsrecht eines Unionsbürgers oder seiner Familienangehörigen, ungeachtet ihrer Staatsangehörigkeit, aus Gründen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit oder Gesundheit beschränken. Diese Gründe dürfen nicht zu wirtschaftlichen Zwecken geltend gemacht werden.

(2) Bei Maßnahmen aus Gründen der öffentlichen Ordnung oder Sicherheit ist der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zu wahren und darf ausschließlich das persönliche Verhalten des Betroffenen ausschlaggebend sein. Strafrechtliche Verurteilungen allein können ohne Weiteres diese Maßnahmen nicht begründen. Das persönliche Verhalten muss eine tatsächliche, gegenwärtige und erhebliche Gefahr darstellen, die ein Grundinteresse der Gesellschaft berührt. Vom Einzelfall losgelöste oder auf Generalprävention verweisende Begründungen sind nicht zulässig.

Art. 28 Abs. (1)

(1) Bevor der Aufnahmemitgliedstaat eine Ausweisung aus Gründen der öffentlichen Ordnung oder Sicherheit verfügt, berücksichtigt er insbesondere die Dauer des Aufenthalts des Betroffenen im Hoheitsgebiet, sein Alter, seinen Gesundheitszustand, seine familiäre und wirtschaftliche Lage, seine soziale und kulturelle Integration im Aufnahmemitgliedstaat und das Ausmaß seiner Bindungen zum Herkunftsstaat.

Strengere Anforderungen gelten bei Personen mit Daueraufenthaltsrecht:

Art. 28 Abs. (2)

(2) Der Aufnahmemitgliedstaat darf gegen Unionsbürger oder ihre Familienangehörigen, ungeachtet ihrer Staatsangehörigkeit, die das Recht auf Daueraufenthalt in seinem Hoheitsgebiet genießen, eine Ausweisung nur aus schwerwiegenden Gründen der öffentlichen Ordnung oder Sicherheit verfügen.

Sodann besagt Art. 28 Abs. (3)

(3) Gegen Unionsbürger darf eine Ausweisung nicht verfügt werden, es sei denn, die Entscheidung beruht auf zwingenden Gründen der öffentlichen Sicherheit, die von den Mitgliedstaaten festgelegt wurden, wenn sie

a) ihren Aufenthalt in den letzten zehn Jahren im Aufnahmemitgliedstaat gehabt haben oder

b) minderjährig sind, es sei denn, die Ausweisung ist zum Wohl des Kindes notwendig, wie es im Übereinkommen der Vereinten Nationen vom 20. November 1989 über die Rechte des Kindes vorgesehen ist.

Schliesslich besagt Art. 33 Abs. (2)

Wird eine Ausweisungsverfügung nach Absatz 1 mehr als zwei Jahre nach ihrem Erlass vollstreckt, so muss der Mitgliedstaat überprüfen, ob von dem Betroffenen eine gegenwärtige und tatsächliche Gefahr für die öffentliche Ordnung oder Sicherheit ausgeht, und beurteilen, ob seit dem Erlass der Ausweisungsverfügung eine materielle Änderung der Umstände eingetreten ist.

Diese Voraussetzungen sind insgesamt wohl strenger als diejenigen gemäss Art. 5 Anhang I FZA. Auf eine eingehende Prüfung wird mit Blick auf die vorgesehenen Ausnahmen (hinten 6.5.1) verzichtet.

6.4.8 Rechtsmissbrauch

FZA: Nach der Rechtsprechung zum FZA wird eine rechtsmissbräuchliche Anrufung der Freizügigkeitsrechte nicht geschützt. Rechtsmissbrauch liegt namentlich vor im Falle von Scheinehen: Nach der Rechtsprechung setzt zwar das Recht auf Familiennachzug der Ehegatten grundsätzlich nur das formale Bestehen einer Ehe voraus, doch steht es unter dem Vorbehalt des Rechtsmissbrauchs: Fehlt der Wille zur Gemeinschaft und dient das formelle Eheband ausschliesslich (noch) dazu, die ausländerrechtlichen Zulassungsvorschriften zu umgehen, fällt der Anspruch dahin (BGE 144 II 1 E. 3.1; 139 II 393 E. 2.1; 130 II 113 E. 9).

Daneben wird auch in anderen Konstellationen Rechtsmissbrauch angenommen, in denen die Berufung auf die Familiennachzugsansprüche des FZA nicht dazu dient, ein gemeinsames Familienleben zu ermöglichen (Bundesgericht, Urteil 2C_688/2017 vom 29.10.2018 E. 4) oder gar kein echter Aufenthalt beabsichtigt ist (Bundesgericht, Urteil 2C_363/2012 vom 3.8.2023 E. 6).

UBRL: Die UBRL enthält in Art. 35 einen allgemeinen Vorbehalt zum Rechtsmissbrauch:

Art. 35 Rechtsmissbrauch

Die Mitgliedstaaten können die Maßnahmen erlassen, die notwendig sind, um die durch diese Richtlinie verliehenen Rechte im Falle von Rechtsmissbrauch oder Betrug - wie z.B. durch Eingehung von Scheinehen - zu verweigern, aufzuheben oder zu widerrufen. Solche Maßnahmen müssen verhältnismässig sein und unterliegen den Verfahrensgarantien nach den Artikeln 30 und 31.

Solche Massnahmen müssen immer auf eine individuelle Prüfung des Einzelfalls gestützt werden und können nicht in einer allgemeinen Regelung getroffen werden. Der Nachweis einer missbräuchlichen Praxis setzt zum einen das Vorliegen einer Gesamtheit objektiver Umstände voraus, aus denen sich ergibt, dass trotz formaler Einhaltung der in der Unionsregelung vorgesehenen Bedingungen das Ziel dieser Regelung nicht erreicht wurde, und zum anderen ein subjektives Element, nämlich die Absicht, sich einen aus der Unionsregelung resultierenden Vorteil zu verschaffen, indem die Voraussetzungen für seine Erlangung künstlich geschaffen werden (EuGH, Rs. C-202/13 McCarthy, 18.12.2014 Rn 52-54). Das dürfte etwa der bisherigen Regelung entsprechen.

6.4.9 Folgerung

Die UBRL gibt in folgenden Punkten weitergehende Aufenthaltsrechte als das FZA:

- Voraussetzungsloses Recht auf Aufenthalt bis zu drei Monaten, auch für Familienangehörige (auch drittstaatsangehörige), u.U. auch mit Anspruch auf Sozialhilfe (vorne 6.4.1 und 6.4.2),
- Recht auf Aufenthalt mit Anspruch auf Sozialhilfe auch bei einem Arbeitsvertrag von weniger als einem Jahr (vorne 6.4.1),
- Recht auf Stellensuche während mehr als sechs Monaten (vorne 6.4.1),
- Voraussetzung der fehlenden Sozialhilfeabhängigkeit für Nichterwerbstätige weniger streng als nach FZA (vorne 6.4.1),
- Recht auf Erwerbstätigkeit nicht nur für Ehegatten und Kinder des originär Aufenthaltsberechtigten, sondern für alle Familienangehörigen, also auch in aufsteigender Linie (vorne 6.4.2),
- Kein Erfordernis einer angemessenen Wohnung für den Familiennachzug (vorne 6.4.2),
- Unter Umständen Recht auf Aufenthalt auch für weitere als die in Art. 2 Ziff. 2 UBRL genannten Familienangehörigen (vorne 6.4.2).
- Beibehaltung des Arbeitnehmerstatus auch bei längerdauernder Arbeitslosigkeit (vorne 6.4.3),
- Beibehaltung des Aufenthaltsrechts auch bei Aufgabe einer selbständigen Tätigkeit (vorne 6.4.3),
- Beibehaltung des Rechts auf Aufenthalt auch bei Aufgabe der Erwerbstätigkeit zum Zwecke der Ausbildung, auch mit Anspruch auf Sozialhilfe (vorne 6.4.3),
- Erweiterung des Verbleiberechts bei Beendigung der Erwerbstätigkeit (vorne 6.4.4),
- Beibehaltung des Rechts auf Aufenthalt der Familienangehörigen unter bestimmten Voraussetzungen nach dem Tod oder Wegzug des originär Aufenthaltsberechtigten oder bei Auflösung oder Trennung der Ehe, mit Anspruch auf erneuten Familiennachzug bei erneuter Familiengründung (vorne 6.4.5),
- Daueraufenthalt nach fünfjährigem rechtmässigem Aufenthalt, ungeachtet der finanziellen Situation, d.h. auch bei Sozial- oder EL-Bedürftigkeit; damit verbunden auch Recht auf Familiennachzug für neue Familienmitglieder z.B. infolge neuer Familiengründung (vorne 6.4.6),
- Strengere Voraussetzungen für den Wegfall des Aufenthaltsrecht bei Störung der öffentlichen Ordnung (vorne 6.4.7).

Es handelt sich dabei zwar mehrheitlich nicht um neue Ansprüche auf *erstmalige* Bewilligung, sondern um neue Ansprüche auf die Weiterführung bisheriger Aufenthaltsrechte. Das bedeutet jedoch nicht, dass dies unter dem Aspekt von Art. 121a BV irrelevant wäre:

- Erstens gilt die Kontingentierung nach Art. 121a BV auch für die Verlängerung bestehender Bewilligungen; mindestens muss der Gesetzgeber die Möglichkeit haben, dies eigenständig so zu regeln (vorne 4.4)
- Zweitens geht es dabei um Aufenthaltsrechte, die nach FZA erloschen wären und in der Regel denn auch zu einem Widerruf der Aufenthaltsbewilligung EU/EFTA führen (Art. 23 Abs. 1 VFP). Wird das Aufenthaltsrecht auf einer neuen Grundlage weitergeführt, liegt darin eine neue Rechtsgrundlage, die nach FZA nicht bestünde. Die auf dieser neuen Rechtsgrundlage erteilte Bewilligung kann daher unter der Geltung des FZA der Kontingentierung gemäss Art. 121a BV unterstellt werden (vorne 4.3, 4.4), was unter der Geltung der UBRL nicht mehr möglich ist. Anders als im Falle des Austritts des Vereinigten Königreichs aus der EU (vorne 5.5) geht es dabei auch nicht bloss um eine übergangsrechtliche Beibehaltung von Rechtsansprüchen, die unter dem bisherigen Recht erworben wurden, sondern um neue, dauerhafte Rechtsansprüche.
- Drittens handelt es sich im Falle des Daueraufenthaltsrechts (vorne 6.4.6) um eine neue Qualität der Berechtigung, die es unter der Regelung des FZA nicht gibt und die daher einer Kontingentierung unterstellt werden könnte oder müsste (vorne 4.5).
- Viertens folgen aus der Beibehaltung der Anspruchsberechtigungen, die nach FZA dahingefallen wären, auch wieder Ansprüche auf *neue* erstmalige Bewilligungen, namentlich für den

Familiennachzug infolge neuer Familiengründung durch die Berechtigten. So können z.B. auch drittstaatsangehörige Daueraufenthaltsberechtigte eine neue Ehe eingehen und ohne weitere Voraussetzungen nebst dem neuen Ehepartner auch dessen Kinder aus früheren Beziehungen nachziehen.

Diese Aufenthaltsansprüche sind auch nicht quantitativ vernachlässigbar, wie sich schon aus den Zahlen zu den Daueraufenthaltsberechtigten ergibt (vorne 6.4.6). Auch die übrigen Neuerungen dürften jedenfalls in ihrer Kumulation mehr als bloss quantitativ vernachlässigbar (vorne 5.3) sein.

Insgesamt schafft damit die UBRL Rechtsansprüche auf Aufenthalt, die über diejenigen nach FZA hinausgehen. Die staatsvertragliche Übernahme der UBRL verstösst daher grundsätzlich gegen Art. 121a Abs. 4 BV (vorne 5.4.3).

6.5 Vorgesehene Ausnahmen und ihre Tragweite

In den neuen Abkommen sind nun allerdings gewisse Ausnahmen von der UBRL und Absicherungen ausgehandelt worden, die im Text der Abkommen und in den dazugehörigen Gemeinsamen Erklärungen festgehalten sind. Für die Ausnahmen gilt auch die Pflicht zur dynamischen Rechtsübernahme (dazu hinten 6.6) nicht (Art. 5 Abs. 7 IP-FZA).

Es ist im Folgenden zu prüfen, ob diese Ausnahmen den Widerspruch zu Art. 121a BV aufzuheben vermögen.

6.5.1 Ausnahmen

Gemäss Faktenblatt vom 13.6.2025 gelten folgende Ausnahmen und Absicherungen:

Landesverweisung: Gemäss Art. 7h ÄP-FZA bleiben die vor Inkrafttreten des Änderungsprotokolls geltenden Verpflichtungen der Schweiz und der Mitgliedstaaten aus dem FZA bestehen (vgl. vorne 6.4.7). Daher finden die Weiterentwicklungen, die durch Kapitel VI UBRL eingeführt wurden und über diese Verpflichtungen hinausgehen, namentlich der in Artikel 28 Absätze 2 und 3 vorgesehene verstärkte Schutz vor Ausweisung, sowie die Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union zu diesen Bestimmungen keine Anwendung. Die Ausnahme soll die Weiterführung der Regelung von Art. 121 BV und der entsprechenden Umsetzungsgesetzgebung (Art. 66a ff. StGB) ermöglichen (erläuternder Bericht S. 246 ff.). Sie ist aber quantitativ für das Ausmass der Migration nicht bedeutsam und wird deshalb hier nicht näher behandelt. Sie hat keinen nennenswerten Einfluss auf die Thematik von Art. 121a BV.

Daueraufenthalt und Sozialhilfe: Gemäss Darstellung im Faktenblatt steht das Daueraufenthaltsrecht nur Erwerbstätigen und ihren Familienangehörigen offen.

Art. 7e FZA in der Fassung gemäss ÄP-FZA lautet:

Die Schweiz und die Mitgliedstaaten können beschliessen, das Recht auf Daueraufenthalt nach Artikel 16 der Richtlinie 2004/38/EG1 nur Unionsbürgern bzw. Schweizer Staatsangehörigen zu gewähren, die sich während insgesamt fünf Jahren rechtmässig als Arbeitnehmende oder Selbstständige im Aufnahmestaat aufgehalten haben, einschliesslich derjenigen, die diesen Status gemäss der genannten Richtlinie behalten, sowie den Familienangehörigen dieser Personen. Sofern die zu berücksichtigenden Zeiträume Teil eines einzigen Zeitraums mit rechtmässigem Aufenthalt im Aufnahmestaat sind, müssen sie nicht durchgehend sein, sondern können durch Zeiträume mit rechtmässigem Aufenthalt als Nichterwerbstätige unterbrochen sein.

Für die Berechnung der für den Erwerb des Rechts auf Daueraufenthalt erforderlichen Zeiträume gemäss dem ersten Unterabsatz können die Schweiz und die Mitgliedstaaten beschliessen, Zeiträume von sechs Monaten oder mehr, in denen die Person vollständig auf Sozialhilfe angewiesen ist, nicht zu berücksichtigen.

Vorbehaltlich der Gemeinsamen Erklärung über die Verweigerung von Sozialhilfe und die Aufenthaltsbeendigung vor Erwerb des Daueraufenthalts und gemäss Artikel 10 Absatz 6 des Institutionellen

Protokolls zu diesem Abkommen sind die in Artikel 7 der Richtlinie 2004/38/EG2 enthaltenen Aufenthaltsbestimmungen weiterhin auf Personen anwendbar, welche die Voraussetzungen für das Recht auf Daueraufenthalt nicht erfüllen.

Das Daueraufenthaltsrecht gemäss Art. 16 UBRL soll also nur EU-Angehörigen zustehen, die rechtmässig insgesamt mindestens fünf Jahre als Arbeitnehmer oder Selbständigerwerbende in der Schweiz gelebt haben, sowie für Familienangehörige dieser Personen. Für die Berechnung der Fünfjahresdauer kann entschieden werden, die Zeiten von mehr als sechs Monate nicht anzurechnen, während derer eine vollständige Sozialhilfeabhängigkeit bestand. Für Personen, die gemäss dieser Ausnahme kein Daueraufenthaltsrecht haben, bleibt Art. 7 UBRL anwendbar.

Diese Ausnahme hat eine Einschränkung der Rechte gemäss UBRL zur Folge, indem das Daueraufenthaltsrecht nicht besteht für Personen, die während fünf Jahren als Nichterwerbstätige in der Schweiz gelebt haben, sowie ihre Familienangehörige, sofern diese nicht selber EU-Angehörige sind oder ihrerseits fünf Jahre in der Schweiz erwerbstätig waren.

Hingegen erwerben und behalten Personen, die fünf Jahre lang als Erwerbstätige in der Schweiz gelebt haben, das Daueraufenthaltsrecht samt Anspruch auf Sozialhilfe auch dann, wenn sie in der Folge die Erwerbstätigkeit aufgeben. Die Aussage, das Daueraufenthaltsrecht stehe in der Schweiz nur erwerbstätigen EU-Staatsangehörigen und ihren Familienangehörigen zu (erläuternder Bericht S. 224, 242; Epiney, 121a, Rz. 15), ist also unpräzis: Sein Erwerb setzt zwar vorangegangene Erwerbstätigkeit voraus. Ist es aber einmal erworben, besteht es weiter, auch wenn die Erwerbstätigkeit aufhört und auch wenn Sozialhilfebedürftigkeit eintritt.

Weiter ist zu beachten, dass sich die Eigenschaft als Erwerbstätiger anders als im bisherigen FZA nicht nur auf Arbeitnehmer, sondern auch auf Selbständige bezieht (vorne 6.4.3). Zudem endet der Rechtsstatus als Erwerbstätige und das damit verbundene Aufenthaltsrecht nicht bereits mit dem Ende der effektiven Erwerbstätigkeit, sondern – nach mehr als zwölfmonatiger Erwerbstätigkeit – erst wenn sich der Betroffene nicht mehr dem zuständigen Arbeitsamt zur Verfügung stellt (Art. 7 Abs. (3) Bst. b UBRL; vgl. Art. 61a Abs. 2 Bst. c VE-AIG; erläuternder Bericht S. 270, 305), also mindestens solange er Arbeitslosenentschädigung bezieht. Die Bezugsdauer für Arbeitslosenentschädigung beträgt im Normalfall mindestens 260 Taggelder (Art. 27 Abs. 2 Bst. a AVIG), also rund ein Jahr.

Wer also nach dreieinhalb Jahren Erwerbstätigkeit arbeitslos wird und anschliessend ein Jahr Arbeitslosentaggelder bezieht, gilt nach wie vor als Erwerbstätiger und erhält das Daueraufenthaltsrecht.

Zudem gilt für die Familienangehörigen die Voraussetzung der Erwerbstätigkeit nicht: Sie müssen sich nur fünf Jahre im Aufnahmestaat mit dem Berechtigten aufgehalten haben (Art. 16 Abs. (2) UBRL). Dann haben auch sie ein Daueraufenthaltsrecht mit Einschluss des Anspruchs auf Sozialhilfe, auch wenn sie selber nicht Unionsbürger sind. Das gilt unter Umständen auch dann, wenn inzwischen der originär Aufenthaltsberechtigte gestorben ist oder die Schweiz verlassen hat oder wenn die anspruchsbegründende Ehe aufgehoben wurde (vorne 6.4.5).

Sodann definiert das Abkommen den Umfang der erforderlichen Erwerbstätigkeit nicht. Indem Art. 7e die EU-rechtlichen Begriffe des Arbeitnehmers und des Selbständigen übernimmt, ist davon auszugehen, dass auch für diese Begriffe die Grundsätze der einheitlichen Auslegung gelten (Art. 7 IP-FZA), dass also diese Begriffe im Einklang mit der Rechtsprechung des EuGH auszulegen sind. Nach der Praxis des EuGH gilt als Arbeitnehmer, wer für eine gewisse Zeit unter der Weisung eines Arbeitgebers gegen Entgelt tatsächliche und echte Tätigkeiten ausübt. Auch geringfügige Beschäftigungen können ausreichen, wenn sie nicht völlig untergeordnet oder unwesentlich sind. Auch kleine Teilzeitpensen schliessen eine Erwerbstätigkeit nicht aus. Entscheidend ist die Echtheit der Tätigkeit, nicht deren Umfang oder Einkommen. Wer eine tatsächliche und echte Teilzeitbeschäftigung ausübt, ist nicht von der Arbeitnehmerschaft ausgeschlossen allein deswegen, weil die aus dieser Tätigkeit herrührenden Einkünfte unter dem Existenzminimum liegen (EuGH, Rs. C-139/85 vom 3.6.1986, Kempf; EuGH Rs. C-14/09 vom 4.2.2010, Genc, Rdnr. 20; zit. Urteil 2C_699/2023 E. 5.1, 7.1). Es ist also davon

auszugehen, dass auch z.B. ein Student, der neben seinem Studium zu einem kleinen Pensum regelmässig erwerbstätig ist, als Arbeitnehmer gilt und nach fünf Jahren des Daueraufenthaltsrecht erwirbt.

Schliesslich müssen für die Berechnung der Fünfjahresfrist die Zeiträume der Sozialhilfeabhängigkeit von weniger als sechs Monaten mitgezählt werden (Art. 7e Abs. 2 ÄP-FZA). Und auch Zeiträume von mehr als sechs Monaten sind nur dann nicht anzurechnen, wenn eine *vollständige* Sozialhilfeabhängigkeit besteht. Wer für sich und/oder seine Familie fünf Jahre lang neben einer (kleinen) Erwerbstätigkeit teilweise Sozialhilfe bezieht, erwirbt dennoch das Daueraufenthaltsrecht.

Die Annahme, es würden Personen das Daueraufenthaltsrecht erhalten, die nachhaltig in den Arbeitsmarkt integriert sind (erläuternder Bericht S. 224 f.), ist deshalb schönfärberisch: Es sind sehr wohl Fälle denkbar, in denen Personen das Daueraufenthaltsrecht erwerben, die überhaupt nicht (mehr) in den Arbeitsmarkt integriert sind.

In all diesen Fällen haben zudem diese Daueraufenthaltsberechtigten ihrerseits wieder das Recht auf Familiennachzug, z.B. auch infolge neuer Familiengründung.

Alle diese Ansprüche gehen über die Ansprüche nach FZA hinaus (vorne 6.4.9).

Insgesamt kann die Ausnahme von Art. 7e den Widerspruch zwischen UBRL und Art. 121a BV reduzieren, aber nicht aufheben.

Entzug des Aufenthaltsrechts: Gemäss Faktenblatt kann die Schweiz den Aufenthalt als Erwerbstätige von unfreiwillig arbeitslosen Personen und ihren Familienangehörigen beenden, wenn diese sich nicht um ihre Erwerbsintegration bemühen. Der missbräuchliche Bezug von staatlichen Leistungen kann wie bisher zum Entzug des Aufenthaltsrechts führen.

Gemäss der Gemeinsamen Erklärung über die Verweigerung von Sozialhilfe und die Aufenthaltsbeendigung vor Erwerb des Daueraufenthalts können die Schweiz und die Mitgliedstaaten gemäss den Artikeln 14 und 15 der Richtlinie 2004/38/EG Personen ausweisen, die die Voraussetzungen für ein Aufenthaltsrecht nicht mehr erfüllen, beispielsweise Personen, die keinen Status als Arbeitnehmende oder Selbstständige mehr haben und denen kein Aufenthaltsrecht aufgrund anderer Bestimmungen der Richtlinie zusteht.

Damit sie den Status als Arbeitnehmende behalten, müssen unfreiwillig arbeitslos gewordene Arbeitnehmende oder Selbstständige – mit Ausnahme von Personen, die wegen einer Krankheit oder eines Unfalls vorübergehend arbeitsunfähig sind – sich beim zuständigen Arbeitsamt als Arbeitsuchende registrieren und die Voraussetzungen erfüllen, um weiterhin bei den öffentlichen Arbeitsverwaltungen als Arbeitsuchende registriert zu bleiben, vorausgesetzt diese Voraussetzungen sind nichtdiskriminierend. In diesem Zusammenhang kann der Aufnahmestaat im Einzelfall und unter Anwendung der gleichen Massstäbe wie bei seinen eigenen Staatsangehörigen berücksichtigen, ob eine arbeitssuchende Person ernsthaft in gutem Glauben mit dem zuständigen Amt zusammenarbeitet, um wieder eine Beschäftigung auf dem Arbeitsmarkt zu finden. Ziel dieser Zusammenarbeit ist es, dass Arbeitsuchende innerhalb eines angemessenen Zeitraums eine Stelle finden. Diese Absicherung soll getreu dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit angewendet werden.

Diese Regelung ist nicht eine Ausnahme von der UBRL, sondern soll nur verfahrensmässig sicherstellen, dass die Arbeitnehmereigenschaft als Voraussetzungen für ein Aufenthaltsrecht gemäss Art. 7 Abs. (1) Bst. a UBRL erfüllt ist, und entspricht der Regelung von Art. 7 Abs. (3) Bst. c UBRL. Sie ist nicht geeignet, den Widerspruch der UBRL zu Art. 121a BV zu beseitigen.

Meldepflicht: Gemäss Faktenblatt wird die Meldepflicht für Stellenantrretende im Kurzaufenthalt beibehalten.

Gemäss der Gemeinsamen Erklärung über die Meldung betreffend Stellenantritt teilen die Vertragsparteien die Auffassung, dass die dynamische Anpassung an Rechtsakte der Union im Bereich der

Freizügigkeit durch die Schweiz die Anwendung verhältnismässiger und nichtdiskriminierender administrativer Meldepflichten für Arbeitgeber betreffend Stellenantritt, beispielsweise das schweizerische Meldeverfahren für kurzfristige Erwerbstätigkeit, unberührt lassen soll, um den zuständigen Behörden die Durchführung effizienter Arbeitsmarktkontrollen zu ermöglichen. Solche Verwaltungsvorschriften sollen das Aufenthaltsrecht der betreffenden Personen nicht beeinträchtigen, auch nicht für die Zwecke des Erwerbs des Daueraufenthaltsrechts.

Die Meldung ist also ein rein administrativer Akt zur Arbeitsmarktkontrolle und zur Vermeidung von Umgehungen und beeinflusst das Ausmass der Zuwanderung nicht. Es wird im Gegenteil ausdrücklich statuiert, dass diese Kontrollen das Aufenthaltsrecht nicht tangieren sollen.

6.5.2 Weitere Bestimmungen

Das Abkommen enthält weitere «gemeinsame Erklärungen», mit denen gewisse Regelungen präzisiert werden sollen.

Ausschluss von der Sozialhilfe: Gemäss der Gemeinsamen Erklärung über die Verweigerung von Sozialhilfe und die Aufenthaltsbeendigung vor Erwerb des Daueraufenthalts können die Vertragsparteien

- Personen, die nicht Arbeitnehmende, Selbstständige oder Personen sind, die den Status als Arbeitnehmende oder Selbstständige behalten, und deren Familienangehörigen während der ersten drei Monate des Aufenthalts den Zugang zu Sozialhilfe verweigern, ohne die persönliche Situation der betreffenden Person zu prüfen;
- Nichterwerbstätigen, die die Anforderung der ausreichenden finanziellen Mittel für sich und ihre Familienangehörigen nicht erfüllen, die Gewährung von Sozialhilfe verweigern;
- Personen, die erstmals eine Arbeit suchen, und Personen, die den Status als Arbeitnehmende oder Selbstständige verloren haben, die Gewährung von Sozialhilfe verweigern, ohne die persönliche Situation der betreffenden Person zu prüfen.

Punkt (1) entspricht bereits Art. 24 Abs. (2) UBRL. Er betrifft nicht direkt das Aufenthaltsrecht, sondern nur den Anspruch auf Sozialhilfe. Die Regelung kann verhindern, dass Personen einzig deshalb in die Schweiz kommen, um hier Sozialhilfe zu erhalten. Der Einfluss auf die Zuwanderung ist wohl gering, zumal nur die ersten drei Monate betroffen sind und nur Personen, die nicht Arbeitnehmer oder Selbstständige sind oder die zum zweiten oder mehreren Mal eine Arbeit suchen, sowie ihren Familienangehörigen. Diesen genannten Personen kann also die Sozialhilfe nicht verweigert werden, auch in den ersten drei Monaten nicht.

Punkt (2) hat geringe selbständige Bedeutung, da Nichterwerbstätige, die nicht über genügend finanzielle Mittel verfügen, auch nach UBRL kein Aufenthaltsrecht haben, bevor sie ein Daueraufenthaltsrecht erworben haben. Die Tragweite von Punkt (2) besteht darin, dass die Erschwerungen, welche die UBRL für den Nachweis der fehlenden Mittel enthält (vorne 6.4.1), im Verhältnis zur Schweiz nicht anwendbar sind.

Punkt (3) bezieht sich offenbar auf die Rechtsprechung der EU, wonach auch Stellensuchende Anspruch auf Sozialhilfe haben, solange diese nicht unangemessen ist, was eine Einzelfallprüfung erfordert (vorne 6.4.1). Diese können also von der Sozialhilfe ausgeschlossen werden, ebenso wie die Personen, die nicht mehr erwerbstätig sind (vorne 6.4.3). Aus dem Satz folgt aber *e contrario* auch, dass Personen, die nicht zum ersten Mal Arbeit suchen, Anspruch auf Sozialhilfe haben. Unklar ist, wie es sich mit Personen verhält, die nicht mehr erwerbstätig sind, aber wieder eine Arbeit suchen. Nicht tangiert von diesem Satz sind sodann Personen, die nach Beendigung einer Erwerbstätigkeit eine Ausbildung beginnen, da diese nach wie vor als Erwerbstätige gelten (Art. 7 Abs. (3) Bst. d UBRL).

Die Gemeinsame Erklärung stellt insgesamt keine erhebliche Einschränkung der aus der UBRL fließenden Rechte dar.

Missbrauchsbekämpfung

Die Gemeinsame Erklärung über die Verhinderung und Bekämpfung des Missbrauchs der durch die Richtlinie 2004/38/EG gewährten Rechte lautet:

Die Vertragsparteien bekräftigen das gemeinsame Ziel, den Missbrauch der durch die Richtlinie 2004/38/EG29 gewährten Rechte im Einklang mit Artikel 35 der Richtlinie zu verhindern und zu bekämpfen, insbesondere in Bezug auf den Zugang zur Sozialhilfe.

Diese Bestimmung hat keine weitergehende Wirkung als Art. 35 UBRL (dazu vorne 6.4.8). Dabei ist primär z.B. an Fälle der Scheinehe zu denken, die immer auf einer individuellen Prüfung der Umstände beruhen.

Hingegen könnten damit nicht in genereller Weise bestimmte Verhaltensweisen, die gemäss UBRL zulässig sind, als rechtsmissbräuchlich bezeichnet werden.

Niederlassungsbewilligung

Die Niederlassungsbewilligung ist als solche an sich nicht Gegenstand des FZA, auch nicht gemäss den neuen Abkommen. Hingegen enthält das ÄP-FZA ein «Protokoll über Bewilligungen für Langzeitaufenthalte». Dieses hält fest, dass sich die Erteilung von Bewilligungen für Langzeitaufenthalte nach dem jeweiligen Recht der Union gemäss den Verträgen respektive dem Recht der Schweiz richtet und nicht in den Geltungsbereich des Freizügigkeitsabkommens fällt. Weiter ist aber festgehalten, dass, wenn die Schweiz und die Mitgliedstaaten der Union den Staatsangehörigen der anderen Vertragspartei nach dem unter Absatz 1 genannten jeweiligen Recht Bewilligungen für Langzeitaufenthalte erteilen, diese Bestimmungen nichtdiskriminierend angewendet werden, insbesondere was die erforderliche Mindestdauer des vorgängigen Aufenthalts von fünf Jahren betrifft.

Im Klartext bedeutet das, dass sich die EU und die Schweiz gegenseitig verpflichten, eine Bewilligung für Langzeitaufenthalt (Niederlassungsbewilligung) nach fünf Jahren zu erteilen (erläuternder Bericht S. 266). Die Einhaltung dieser Verpflichtung wird dem Verfahren vor dem gemischten Ausschuss und dem Schiedsgericht gemäss Art. 10 Abs. 1, 2 und 5 IP-FZA unterstellt.

Ein solcher Rechtsanspruch auf Niederlassungsbewilligung steht im Widerspruch zum geltenden AIG, wonach grundsätzlich kein Rechtsanspruch auf Niederlassungsbewilligung besteht (Art. 34 Abs. 2 AIG) ausser in bestimmten Familiennachzugssituationen (Art. 42 Abs. 3 und 4 sowie Art. 43 Abs. 5 und 6 AIG). Er steht auch im Widerspruch zu Art. 121a BV, wonach auch die Niederlassungsbewilligungen der Kontingentierung unterstehen oder zumindest der Gesetzgeber die Möglichkeit haben muss, sie der Kontingentierung zu unterstellen (vorne 4.5).

6.5.3 Schutzklausel

In den neuen Abkommen wurde zudem eine Schutzklausel vereinbart:

Das FZA enthält in der geltenden Fassung von Art. 14 Abs. (2) folgende Bestimmung:

(2) Bei schwerwiegenden wirtschaftlichen oder sozialen Problemen tritt der Gemischte Ausschuss auf Verlangen einer Vertragspartei zusammen, um geeignete Abhilfemassnahmen zu prüfen. Der Gemischte Ausschuss kann innerhalb von 60 Tagen nach dem Antrag über die zu ergreifenden Massnahmen beschliessen. Diese Frist kann der Gemischte Ausschuss verlängern. Diese Massnahmen sind in Umfang und Dauer auf das zur Abhilfe erforderliche Mindestmass zu beschränken. Es sind solche Massnahmen zu wählen, die das Funktionieren dieses Abkommens so wenig wie möglich beeinträchtigen.

Neu wird nun ein Art. 14a aufgenommen, welcher die Schutzklausel konkretisiert. Sein Abs. (1) lautet:

Bei schwerwiegenden wirtschaftlichen oder sozialen Problemen, die auf die Anwendung des Abkommens zurückzuführen sind, tritt der Gemischte Ausschuss auf Antrag einer Vertragspartei zusammen, um geeignete Schutzmassnahmen zu prüfen.

Der Gemischte Ausschuss kann innerhalb von 60 Tagen nach dem Antrag über die zu ergreifenden Massnahmen beschliessen. Diese Frist kann vom Gemischten Ausschuss verlängert werden.

Die folgenden Absätze regeln das Verfahren:

2. Fasst der Gemischte Ausschuss innerhalb der in Absatz 1 genannten Frist (oder in dringlichen Ausnahmesituationen, in denen einer Vertragspartei durch die Anwendung dieses Abkommens ein sehr schwerer wirtschaftlicher Schaden droht, innert 30 Tagen) keinen Beschluss über geeignete Schutzmassnahmen, so kann die Vertragspartei, die den Antrag gestellt hat, bei schwerwiegenden wirtschaftlichen Problemen ein Schiedsgericht anrufen. Das Schiedsgericht fällt seine endgültige Entscheidung innerhalb von sechs Monaten nach seiner Bestellung.

3. Falls das Schiedsgericht entscheidet, dass die vorgebrachten Probleme nachgewiesen auf die Anwendung dieses Abkommens zurückzuführen sind, kann die Vertragspartei, die den Antrag gestellt hat, geeignete Schutzmassnahmen ergreifen, um diese Probleme zu beheben. Schaffen die von einer Vertragspartei in Anwendung dieses Absatzes ergriffenen Massnahmen ein Ungleichgewicht zwischen den jeweiligen Rechten und Pflichten gemäss diesem Abkommen, so kann die andere Vertragspartei angemessene Ausgleichsmassnahmen ergreifen, um dieses Ungleichgewicht innerhalb des Geltungsbereichs dieses Abkommens zu beheben.

Mit der Änderung wird also insbesondere das Verfahren genauer geregelt, indem das Schiedsgericht angerufen werden kann. Nach wie vor ist aber materiellrechtliche Voraussetzung für solche Schutzmassnahmen, dass schwerwiegende wirtschaftliche oder soziale Probleme auftreten, wobei zusätzlich präzisiert wird, dass diese auf die Anwendung des Abkommens zurückzuführen sein müssen. Diese Regelung kann allenfalls dazu führen, dass in besonders gravierenden Situationen die Bestimmungen über die Personenfreizügigkeit ganz oder teilweise ausgesetzt werden. Sie ist aber kein Ersatz für das in Art. 121a BV vorgesehene Kontingentsystem: Dieses ist das ordentliche System für die Steuerung der Zuwanderung und kommt nicht erst bei schwerwiegenden Problemen zum Tragen, sondern will im Gegenteil solche Probleme bereits präventiv verhindern.

Zudem besteht das zentrale Anliegen von Art. 121a BV darin, der Schweiz eine autonome, nicht durch staatsvertragliche Regelungen oder internationale Gremien eingeschränkte Migrationspolitik zu ermöglichen (vorne 4.2). Auch dieses Ziel wird durch das Abkommen konterkariert: Wenn der gemischte Ausschuss solche Schutzmassnahmen nicht gutheisst (was Einstimmigkeit voraussetzt, d.h. Zustimmung der EU, wovon nicht ohne weiteres auszugehen ist), ist es Sache des Schiedsgerichts zu beurteilen, ob derartige schwerwiegende Probleme auftreten. Die Aktivierung der vertraglichen Schutzklausel ist also abhängig davon, dass das Schiedsgericht die schwerwiegenden Probleme nachweislich auf die Anwendung des Abkommens zurückführt. Trifft das Schiedsgericht einen negativen Entscheid, endet das Schutzklauselverfahren nach dem neuen Artikel 14a FZA (erläuternder Bericht S. 252). Ungeachtet der offenen Fragen im Zusammenhang mit der Schutzklausel kann diese jedenfalls für die Frage nach der Vereinbarkeit der Bilateralen III mit Art. 121a BV keine Rolle spielen, zumal sie die vertraglich vereinbarten Rechte und Pflichten als solche nicht relativieren (ebenso Epiney, Vereinbarkeit, S. 24; Epiney, 121a, Rz. 42).

Zwar sieht der Bundesrat vor, dass in diesem Fall die Schweiz unilateral Schutzmassnahmen treffen kann. Er will zu diesem Zweck im AIG eine entsprechende Regelung vorsehen, wonach Schutzmassnahmen auch dann möglich sind, wenn ein Schiedsspruch vorliegt, der festhält, dass die Voraussetzungen nicht erfüllt sind. Der Gesetzgeber soll damit bewusst die Möglichkeit schaffen, unter Inkaufnahme der staatsvertraglichen Konsequenzen (allfällige Ausgleichsmassnahmen der EU im Rahmen der Streitbeilegung) vom FZA abzuweichen (erläuternder Bericht S. 227, 252).

Gemäss Art. 21b Abs. 3 VE-AIG ist vorgesehen:

3 Ist der Bundesrat entgegen einem Entscheid des Schiedsgerichts gemäss Artikel 14a Absätze 2–4 FZA nach erneuter Prüfung weiterhin der Auffassung, dass die Anwendung des FZA zu schwerwiegenden wirtschaftlichen oder sozialen Problemen führt und dass daher Schutzmassnahmen zu ergreifen sind, so kann er vorübergehend Schutzmassnahmen nach den Absätzen 6 und 7 ergreifen. Die Verordnung über die Schutzmassnahmen tritt ausser Kraft, wenn:

- a. der Bundesrat nicht binnen zwölf Monaten ab deren Beginn der Bundesversammlung einen Erlassentwurf unterbreitet, der die ergriffenen Schutzmassnahmen im Gesetz regelt;
- b. die Bundesversammlung auf den Entwurf nach Buchstabe a nicht eintritt oder ihn ablehnt; oder
- c. das Gesetz nach Buchstabe a in Kraft tritt.

Der Bundesrat denkt dabei an gewisse quantitative Indikatoren, die zur Auslösung von Schutzmassnahmen führen können (VE-AIG Art. 21b Abs. 5; erläuternder Bericht S. 294 ff.).

Als Schutzmassnahmen sollen gemäss Abs. 6 in Frage kommen:

- a. die Anwendung bestimmter Zulassungsvoraussetzungen nach den Artikeln 18–29 oder der Abweichungen nach Artikel 30 auch auf Personen, für die das FZA gilt; als solche Massnahme kommt nach Art. 20 auch die Festlegung von Höchstzahlen in Frage.
- b. bei unfreiwilliger Arbeitslosigkeit der Entzug des Aufenthaltsrechts in Abweichung von Artikel 61a;
- c. die Beschränkung der Aufenthaltsdauer für die Stellensuche;
- d. die Prüfung der Einhaltung der Aufenthaltsvoraussetzungen für einen beabsichtigten Aufenthalt von mehr als drei Monaten bereits zum Zeitpunkt der Einreise.

Für andere Schutzmassnahmen wäre eine gesetzliche Regelung erforderlich (Abs. 8).

Trifft die Schweiz unilateral solche Schutzmassnahmen, die gegen das FZA verstossen, könnte die EU ihrerseits Ausgleichsmassnahmen verhängen.

Zudem ist höchst fraglich, ob das Bundesgericht im Streitfall solche unilateral (d.h. ohne dass das Schiedsgericht die Voraussetzungen für Schutzmassnahmen bejaht) verhängten Massnahmen schützen wird. Nach bisheriger Rechtsprechung des Bundesgerichts geht das FZA sämtlichem schweizerischen Recht vor, auch der Verfassung, und auch die Schubert-Praxis, auf welche sich der Bundesrat bei seinem Vorschlag offensichtlich bezieht, wird vom Bundesgericht im Verhältnis zum FZA verworfen (BGE 142 II 35 E. 3.2 und 3.3). Solange das Bundesgericht seine Praxis nicht ändert, wird es also auch die vom Bundesrat oder vom Bundesgesetzgeber einseitig verhängten Schutzmassnahmen als völkerrechtswidrig beurteilen und nicht anwenden.

Insgesamt kann also auch die Schutzklausel den Widerspruch zu Art. 121a BV nicht beheben.

6.5.4 Quintessenz

Die UBRL enthält mehrere Bestimmungen, welche gegenüber dem bestehenden FZA neue Rechtsansprüche auf Aufenthalt schaffen. Ihre Übernahme widerspricht damit Art. 121a BV. Die im Abkommen

ausgehandelten Ausnahmen von der Übernahme sowie die vorgesehene landesrechtliche Schutzklausel vermögen den Widerspruch nur teilweise zu beheben.

6.6 Verpflichtung zu dynamischer Rechtsübernahme

6.6.1 Grundsatz

Art. 5 Abs. 1 IP-FZA lautet:

1 Zur Gewährleistung der Rechtssicherheit und der Homogenität des Rechts im Bereich betreffend den Binnenmarkt, an dem die Schweiz durch das Abkommen teilnimmt, sorgen die Union und die Schweiz dafür, dass die in den Bereich des Abkommens fallenden Rechtsakte der Union nach ihrer Verabschiedung so rasch wie möglich in das Abkommen integriert werden.

Damit verpflichtet sich die Schweiz, Änderungen des EU-Rechts in den von den Abkommen erfassten Bereichen zu übernehmen (erläuternder Bericht S. 73), insbesondere also auch im Bereich der Personenfreizügigkeit (erläuternder Bericht S. 389).

Ausgenommen von der Verpflichtung zur Übernahme neuer EU-Regelungen sind die in Art. 5 Abs. 7 genannten Bereiche, welche die ausgehandelten Ausnahmen (vorne 6.5.1) absichern wollen, wie namentlich in Bezug auf das Daueraufenthaltsrecht (Art. 5 Abs. 7 IP-FZA i.V.m. Art. 7e ÄP-FZA). Abgesehen von diesen Ausnahmen gilt aber die Pflicht zur dynamischen Rechtsübernahme auch dann, wenn mit solchen künftigen Änderungen des EU-Rechts neue Rechtsansprüche auf Aufenthalt geschaffen werden. Nicht unter die Ausnahmen fällt z.B., wenn durch künftige Änderungen der UBRL die Anforderungen an den Aufenthalt von Personen ohne Erwerbstätigkeit (vorne 6.4.1) reduziert würden oder wenn die Aufenthaltsrechte bei vorübergehender oder definitiver Beendigung der Erwerbstätigkeit (vorne 6.4.3, 6.4.4) oder nach Auflösung der anspruchsbegründenden Ehe (vorne 6.4.5) erweitert würden. Solche neuen Rechtsansprüche auf Aufenthalt würden einen weiteren Verstoß gegen Art. 121a BV darstellen.

Die Verpflichtung, neues EU-Recht zu übernehmen, kann somit zur Folge haben, dass die Schweiz völkerrechtlich verpflichtet ist, Art. 121a BV zu verletzen. Das verstößt gegen diese Bestimmung.

Allerdings erfolgt gemäss Darstellung des Bundesrates die Übernahme des neuen EU-Rechts nicht automatisch, sondern dynamisch: Sie setzt in jedem Einzelfall einen Beschluss der EU und der Schweiz voraus (erläuternder Bericht S. 73, 389). Das Verfahren ist in Art. 5 Abs. 2-5 IP-FZA geregelt:

2. Rechtsakte der Union, die gemäss Absatz 4 in das Abkommen integriert werden, werden durch ihre Integration Teil der Schweizer Rechtsordnung, gegebenenfalls vorbehaltlich der vom Gemischten Ausschuss beschlossenen Anpassungen.

3. Verabschiedet die Union einen Rechtsakt in dem Bereich, der unter das Abkommen fällt, so informiert sie die Schweiz so rasch wie möglich über den Gemischten Ausschuss. Auf Antrag einer Vertragspartei führt der Gemischte Ausschuss in der Angelegenheit einen Meinungsaustausch durch.

4. Der Gemischte Ausschuss handelt gemäss Absatz 1 und fasst so rasch wie möglich einen Beschluss zur Änderung der Anhänge I bis III des Abkommens, einschliesslich der erforderlichen Anpassungen.

5. Falls dies zur Gewährleistung der Kohärenz des Abkommens mit seinem gemäss Absatz 4 geänderten Anhang erforderlich ist, kann der Gemischte Ausschuss den Vertragsparteien unbeschadet der Absätze 1 und 2 die Revision des Abkommens zur Genehmigung nach ihren internen Verfahren vorschlagen.

Die Beschlüsse des Gemischten Ausschuss treten sofort in Kraft, jedoch keinesfalls vor dem Beginn der Anwendbarkeit des entsprechenden Rechtsakts in der Union (Art. 5 Abs. 8).

Es trifft somit zu, dass die Rechtsübernahme nicht automatisch durch unilateralen Entscheid der EU erfolgt, sondern durch Beschluss des gemischten Ausschusses. Dies ändert allerdings nichts daran, dass die Schweiz vertraglich verpflichtet ist, das neue Recht zu übernehmen. Der gemischte Ausschuss ist nicht frei, diese Änderung abzulehnen.

6.6.2 *Referendum gegen eine Rechtsübernahme?*

Art. 6 IP-FZA behandelt die verfassungsrechtlichen Verpflichtungen der Schweiz: Erfordert der Beschluss gemäss Artikel 5 Absatz 4 die Erfüllung verfassungsrechtlicher Verpflichtungen seitens der Schweiz, um Rechtswirksamkeit zu erlangen, so verfügt die Schweiz ab dem Zeitpunkt der Mitteilung über eine Frist von höchstens zwei Jahren, wobei sich die Frist im Falle eines Referendums um ein Jahr verlängert (Abs. 2). Bis die Schweiz mitteilt, dass sie ihre verfassungsrechtlichen Verpflichtungen erfüllt hat, wenden die Vertragsparteien den Beschluss gemäss Artikel 5 Absatz 4 vorläufig an, es sei denn, die Schweiz teilt der Union mit, dass eine vorläufige Anwendung des Beschlusses nicht möglich ist, und begründet dies (Abs. 3).

Damit ist angesprochen, dass Gesetzes- und Staatsvertragsänderungen gemäss schweizerischem Recht der parlamentarischen Genehmigung und ggfs. dem Referendum unterstehen. Das Abkommen scheint insofern Rücksicht auf diese Anforderungen zu nehmen, indem sie der Schweiz Raum belässt, diese Genehmigungsverfahren durchzuführen. Allerdings wird trotzdem die neue EU-Regelung grundsätzlich vorläufig angewendet.

Bisweilen wird deshalb gesagt, damit werde das innerstaatliche Gesetzgebungsverfahren inklusive Gesetzesreferendum aufrechterhalten (so z.B. Epiney, Verhältnis, Rz. 9; Epiney, Vereinbarkeit, S. 29). Diese Aussage ist nur dort richtig, wo die Übernahme des EU-Rechts auf dem sog. Weg der Äquivalenz erfolgt, wie z.B. im MRA oder im Landverkehrsabkommen, da dort eine schweizerische Umsetzungsgesetzgebung erforderlich ist. Sie ist aber falsch in denjenigen Bereichen, in denen das EU-Recht durch die Abkommen unmittelbar Teil der schweizerischen Rechtsordnung wird (Integrationsmethode), was namentlich auch für die Personenfreizügigkeit gilt. In diesem Fall erfolgt die Übernahme des neuen EU-Rechts nicht durch eine Änderung der schweizerischen Gesetzgebung: Die zu übernehmenden EU-Rechtsakte sind nicht im Hauptteil des Abkommens aufgelistet, sondern in den Anhängen I-III FZA, insbesondere auch die UBRL. Sie ist im neuen Anhang I zum FZA aufgelistet. Die Pflicht zur dynamischen Übernahme neuen Rechts gilt auch für die Änderung der Anhänge (erläuternder Bericht S. 254). Wenn also in Zukunft die UBRL geändert oder durch eine neue Richtlinie ersetzt wird, so muss nicht ein schweizerisches Gesetz geändert werden, sondern nur der Anhang I FZA. Dadurch finden diese Änderungen als Teil eines völkerrechtlichen Vertrags unmittelbar in der Schweiz Anwendung (Art. 5 Abs. 2 IP-FZA; ebenso erl. Bericht S. 74 f., 232).

Das gilt entgegen einer in der politischen Diskussion bisweilen geäusserten Auffassung auch dann, wenn diese Rechtsänderungen im Widerspruch stehen zu geltenden schweizerischen Gesetzen, d.h. z.B. sie neue Aufenthaltsansprüche statuiert werden, die dem geltenden Recht widersprechen bzw. darin keine Grundlage finden. Denn der geänderte Anhang I FZA gilt als Völkerrecht und geht dem nationalen Gesetz vor, auch ohne dass dieses formell geändert oder aufgehoben wird. Es findet also kein innerstaatliches Gesetzgebungsverfahren statt, und es kann von vornherein kein Gesetzesreferendum gemäss Art. 141 Abs. 1 Bst. a BV geben.

Denkbar wäre allenfalls ein Staatsvertragsreferendum gemäss Art. 141 Abs. 1 Bst. d BV (ebenso erl. Bericht S. 76). Der Unterschied ist auf den ersten Blick unbedeutend, weil es in beiden Fällen ein Referendum gibt. Auf den zweiten Blick bestehen aber entscheidende Unterschiede:

Ein Gesetzesreferendum gibt es immer, wenn ein Gesetz formell geändert wird, auch wenn diese Änderung von relativ geringer Bedeutung ist. Ein Staatsvertragsreferendum gibt es jedoch nur, wenn der Vertrag «wichtige rechtsetzende Bestimmungen» enthält oder seine Umsetzung den Erlass von

Bundesgesetzen erfordert (Art. 141 Abs. 1 Bst. d Ziff. 3 BV). Die zweite Variante entfällt in denjenigen Fällen, in denen das EU-Recht unmittelbar Teil der schweizerischen Rechtsordnung ist von vornherein. In Bezug auf die zweite Variante kann man immer argumentieren, dass die Änderung nicht «wichtig» sei, so dass die Vorlage nicht dem Referendum zu unterstellen ist.

Vor allem aber kommt das Staatsvertragsreferendum nur zum Tragen, wenn die Genehmigung des Staatsvertrags der Bundesversammlung obliegt, nicht aber in denjenigen Fällen, in denen der Bundesrat in eigener Kompetenz Staatsverträge genehmigen oder ändern kann, also wenn ein Gesetz oder ein von der Bundesversammlung genehmigter völkerrechtlicher Vertrag den Bundesrat zum Vertragsabschluss ermächtigt (Art. 166 Abs. 2 BV; Art. 7a Abs. 1 RVOG).

In diesem Zusammenhang besteht nun ein wesentlicher Unterschied zwischen dem bisherigen FZA und dem neuen Abkommen: Nach dem bisherigen FZA kann der Gemischte Ausschuss nur die Anhänge II und III des FZA eigenständig ändern, während andere Änderungen, namentlich solche des Anhangs I, welcher die Personenfreizügigkeit regelt, auf dem Weg des ordentlichen Vertragsänderungsverfahrens erfolgen müssen (Art. 18 FZA), was dem Staatsvertragsreferendum unterliegt. Demgegenüber kann gemäss IP-FZA der Gemischte Ausschuss auch den Anhang I eigenständig abändern (Art. 5 Abs. 4 IP-FZA; erläuternder Bericht S. 389). Es handelt sich dabei um eine Ermächtigung an den Bundesrat, einen völkerrechtlichen Vertrag zu ändern, im Sinne von Art. 7a Abs. 1 RVOG. Es gibt damit kein parlamentarisches Genehmigungsverfahren gemäss Art. 166 Abs. 2 BV und somit von vornherein kein Staatsvertragsreferendum. Die Aussage im erläuternden Bericht S. 76, wonach die «Regel des sofortigen Inkrafttretens [...] zudem nicht [gilt] in Fällen, in denen die Schweiz verfassungsrechtliche Verpflichtungen erfüllen muss, damit der Beschluss des GA Rechtswirksamkeit erlangen kann, also wenn der Beschluss des GA zur Integration des neuen EU-Rechtsakts in das Abkommen vom Parlament oder sogar vom Stimmvolk genehmigt werden muss», ist daher irreführend; denn der Beschluss des Gemischten Ausschusses muss eben weder vom Parlament noch vom Stimmvolk genehmigt werden.

Der Gemischte Ausschuss kann zwar nicht das Abkommen als solches ändern, wohl aber die Anhänge. Die Regelungen für die Ausgestaltung der Personenfreizügigkeit finden sich jedoch im Hauptabkommen nur in den Grundzügen, während die Anhänge die massgebenden Regelungen des EU-Rechts enthalten, welche in das schweizerische Recht integriert werden, insbesondere die UBRL.

Im erläuternden Bericht wird ausgeführt (S. 224):

Mit dem Änderungsprotokoll werden gewisse Artikel im Hauptteil und im Anhang I des FZA inhaltlich angepasst und sämtliche materiellen Bestimmungen aus dem Anhang I in den Hauptteil des FZA verschoben. Die materiellen Bestimmungen im Hauptteil definieren den Geltungsbereich des FZA und begrenzen die dynamische Rechtsübernahme. Diese findet nur im Rahmen des durch den Hauptteil definierten Geltungsbereichs statt; Bestimmungen im Hauptteil können nur durch Revisionen des Abkommens, unter Zustimmung aller Vertragsparteien, abgeändert werden. Mittels Änderungsprotokoll werden dem FZA zudem drei neue Zusatzprotokolle, zwölf Gemeinsame Erklärungen sowie eine Einseitige Erklärung angehängt. Im Anhang I befinden sich künftig nur noch Verweise auf EU-Rechtsakte mit technischen Anpassungen, um den Ausnahmen und anderen abgesicherten Besonderheiten der Schweiz Rechnung zu tragen.

Diese Aussage ist ebenfalls irreführend: Das geänderte FZA enthält zwar gegenüber dem bisherigen einige materielle Präzisierungen insbesondere in Bezug auf die Dienstleistungserbringer und entsandte Arbeitnehmer (Art. 5a-5k, 7i), über Grenzgänger und Studierende (Art. 7a und 7b) sowie Einschränkungen der Personenfreizügigkeit (Art. 7c, 7d) und Ausnahmen, insbesondere in Bezug auf das Daueraufenthaltsrecht und die Ausweisung (Art. 7e und 7h). Nach wie vor steht aber in Art. 4:

Das Recht auf Aufenthalt und Zugang zu einer Erwerbstätigkeit wird nach Massgabe des Anhangs I eingeräumt.

Und in Art. 5 Abs. 4:

Die in diesem Artikel genannten Rechte werden gemäss den Bestimmungen der Anhänge I, II und III eingeräumt.

In Anhang I steht in Abschnitt 1:

Für die Zwecke der Anwendung der Artikel 2 bis 9 dieses Abkommens gelten die in Abschnitt 2 dieses Anhangs aufgeführten Rechtsakte der Union vorbehaltlich des Grundsatzes der dynamischen Anpassung gemäss Artikel 5 des Institutionellen Protokolls zu diesem Abkommen sowie vorbehaltlich der in Absatz 7 dieses Artikels aufgeführten Ausnahmen.

Abschnitt 2 nennt die Rechtsakte, auf die Bezug genommen wird, u.a. auch die UBRL. Die materiellrechtlichen Vorschriften über die Ansprüche auf Aufenthalt sind also entgegen der Darstellung im erläuternden Bericht nicht im Hauptteil des FZA enthalten, sondern in den EU-Rechtsvorschriften, auf welche in Anhang I verwiesen wird.

Eine Änderung der UBRL oder der Erlass neuer EU-Normen, welche die Personenfreizügigkeit regeln, wird somit – vorbehaltlich der in Art. 5 Abs. 7 IP-FZA garantierten Ausnahmen – durch Änderung des Anhangs I in das FZA übernommen, nicht durch eine formelle Änderung des FZA. Solche Änderungen können beileibe nicht nur technische Anpassungen betreffen, sondern auch materiellrechtliche Erweiterungen der personenfreizügigkeitsrechtlichen Ansprüche.

Eine Änderung der UBRL, durch welche die Ansprüche auf Personenfreizügigkeit ausgeweitet werden, kann somit durch den Gemischten Ausschuss in eigener Kompetenz durch Änderung des Anhangs I in das schweizerische Recht integriert werden. Damit steht auch die Kompetenz, die Übernahme eines EU-Aktes allenfalls zu verweigern, einzig dem Gemischten Ausschuss zu (erläuternder Bericht S. 389). Das Staatsvertragsreferendum kommt nicht zum Tragen. Dass das IP-FZA in Art. 6 Abs. 2 Bezug nimmt auf das Referendumsrecht, hat somit in Bezug auf die Personenfreizügigkeit keine Bedeutung, mit Ausnahme der im FZA im Hauptteil selber enthaltenen Regelungen. Es ist einzig die Vertretung der Schweiz im Gemischten Ausschuss, welche über die Änderung der massgebenden Rechtsvorschriften entscheidet.

Die Aussage im erläuternden Bericht, wonach die Referendumsrechte in vollem Umfang gewährleistet sind (S. 3, 56, 92 f.), ist demzufolge falsch. Sie gilt nur, soweit für die Umsetzung eine Änderung schweizerischer Gesetze oder des Hauptteils des Abkommens erforderlich ist, was aber u.a. im Bereich der Personenfreizügigkeit nicht zutrifft.

Staatsvertraglich ist also die Frage klar: Es liegt in der Kompetenz des Gemischten Ausschusses, über Rechtsänderungen zu beschliessen, welche allenfalls die Personenfreizügigkeit weiter ausweiten. Die *landesrechtliche* Frage ist höchstens die, wer dem Gemischten Ausschuss Instruktionen erteilen kann. Diese Frage ist bisher nirgends ausdrücklich geregelt. Aufgrund der allgemeinen ausserpolitischen Kompetenz des Bundesrates (Art. 184 BV) obliegt dies dem Bundesrat oder allenfalls dem zuständigen Departement (Oesch, S. 69). Denkbar wäre allerdings, dass der Gesetzgeber eine Regelung erlässt, wonach die schweizerische Vertretung im Gemischten Ausschuss einer Rechtsänderung nicht zustimmen darf, wenn diese dem schweizerischen Gesetz widerspricht. Damit wäre die schweizerische Zustimmung an die Voraussetzung einer vorgängigen Gesetzesänderung geknüpft, die wiederum dem fakultativen Gesetzesreferendum unterliegen würde. Der Bundesrat sieht allerdings in der Vernehmlassungsvorlage keine solche Regelung vor. Vorbehaltlich einer entsprechenden Gesetzgebung bleibt es somit beim Ausschluss des Referendums.

6.6.3 Konsequenzen einer Ablehnung einer Rechtsübernahme

Unabhängig davon, ob der Gemischte Ausschuss abschliessend zuständig ist, einer Rechtsübernahme zuzustimmen oder ob er dazu der Mitwirkung des Parlaments oder des Stimmvolks bedarf, stellt sich die Frage, was geschieht, wenn die Schweiz eine Rechtsübernahme ablehnt. Das Abkommen regelt diesen Fall nicht ausdrücklich. Der erläuternde Bericht geht davon aus, dass dies ein Anwendungsfall des in Art. 10 und 11 IP-FZA vorgesehenen Verfahrens ist (erläuternder Bericht S. 78). Nach diesem Verfahren wird «Im Falle von Schwierigkeiten bei der Auslegung oder Anwendung des Abkommens oder eines Rechtsakts der Union, auf den im Abkommen Bezug genommen wird», zunächst eine Lösung im Gemischten Ausschuss gesucht; wenn eine gütliche Lösung nicht zustande kommt, kann eine Partei die Sache dem Schiedsgericht vorlegen, welches – ggfs. nach Vorlage der Frage an den EuGH – über die Streitigkeit entscheidet. Die Vertragsparteien sind verpflichtet, den Spruch des Schiedsgerichts zu befolgen (Art. 10 Abs. 5 IP-FZA). Wenn eine Partei dem Schiedsspruch nicht Folge leistet, kann die andere Partei verhältnismässige Ausgleichsmassnahmen treffen; über die Verhältnismässigkeit entscheidet im Streitfall wiederum das Schiedsgericht (Art. 11 IP-FZA).

Gemäss dem erläuternden Bericht würde dieses Vorgehen etwa Anwendung finden, «wenn ein Bundesbeschluss zur Genehmigung einer Anpassung eines Abkommens in einer Referendumsabstimmung abgelehnt wird und definitiv auf eine neue Vorlage verzichtet wird» (erläuternder Bericht S. 78). Mit diesem Mechanismus bleibe die Schweiz frei, Rechtsübernahmen zu verweigern, die einen Widerspruch zu Art. 121a BV zur Folge hätte (erläuternder Bericht, S. 389).

Dazu ist folgendes zu bemerken:

- In den Fällen, in denen Änderungen des EU-Rechts zu einem Widerspruch gegen Art. 121a BV führen könnten, wird diese Änderung – wie dargelegt – gar nicht durch einen referendumspflichtigen Beschluss übernommen, sondern durch einen Beschluss des Gemischten Ausschusses. Ein Referendum kommt nicht zum Tragen. Es ist nicht anzunehmen, dass der Gemischte Ausschuss, bzw. der Bundesrat, welcher der schweizerischen Vertretung im Gemischten Ausschuss Weisungen erteilen kann, diese Verpflichtung verletzen will.
- So oder so ist die Schweiz völkerrechtlich zur dynamischen Rechtsübernahme verpflichtet. Das Schieds- und Ausgleichsmassnahmenverfahren gemäss den Art. 10 und 11 IP-FZA ändert nichts an dieser völkerrechtlichen Verpflichtung, sondern regelt nur die Folgen ihrer Verletzung.

6.6.4 Rechtsänderung durch Gerichtspraxis

Zu beachten ist sodann: Rechtsänderungen erfolgen in der EU nicht nur durch formelle Änderungen von Verordnungen und Richtlinien, sondern auch durch neue Rechtsprechungen des EuGH. Gerade im Bereich der Personenfreizügigkeit hat der EuGH verschiedene neue Aufenthaltsrechte eingeführt, die es im formellen Recht nicht gab.

Beispiele:

- Gemäss Art. 12 Verordnung (EWG) Nr. 1612/68 (entspricht Art. 3 Abs. (6) Anhang I FZA) können die Kinder eines Staatsangehörigen eines Mitgliedstaats, der im Hoheitsgebiet eines anderen Mitgliedstaats beschäftigt ist oder beschäftigt gewesen ist, wenn sie im Hoheitsgebiet dieses Mitgliedstaats wohnen, unter den gleichen Bedingungen wie die Staatsangehörigen dieses Mitgliedstaats am allgemeinen Unterricht sowie an der Lehrlings- und Berufsausbildung teilnehmen. Diese Regelung begründet schon aufgrund ihrer systematischen Stellung keine Aufenthaltsansprüche, sondern regelt die Rechtsstellung von Personen, die sich aufgrund anderer einschlägiger Bestimmungen rechtmässig in einem anderen Mitgliedstaat aufhalten. Die Rechtsprechung des EuGH hat aber daraus abgeleitet, dass die Kinder eines EU-Angehörigen ein selbständiges Aufenthaltsrecht haben, auch wenn sie selber nicht EU-Angehörige sind. Alsdann kann auch der die elterliche Sorge ausübende Elternteil – losgelöst von seiner eigenen Staatsangehörigkeit – sich beim Kind aufhalten, um diesem zu ermöglichen,

sein Recht auf Ausbildung wahrzunehmen, wobei dieser Aufenthaltsanspruch nicht von ausreichenden Existenzmitteln abhängig gemacht werden darf und der Bezug von Sozialhilfeleistungen nicht ausgeschlossen werden darf (Urteile EuGH Baumbast [C-413/99 vom 17.9.2002], Ibrahim [C-310/08 vom 23.2.2010] und Teixeira [C-480/08 vom 23.2.2010]). Das Bundesgericht hat diese Rechtsprechung übernommen (BGE 142 II 35 E. 4; vorne 6.4.1).

- Im Urteil C-200/02 vom 19. Oktober 2004 Zhu und Chen, ging es um eine drittstaatsangehörige Frau, die zwecks Geburt ihres Kindes vorübergehend nach Irland reiste, worauf das in Irland geborene Kind aufgrund der dort geltenden Gesetzgebung die irische Staatsangehörigkeit und damit auch die Unionsbürgerschaft erhielt. Damit hatte das Kind grundsätzlich Anspruch auf Aufenthalt in der EU, seine Mutter aber nicht, da das Aufenthaltsrecht von Verwandten in aufsteigender Linie davon abhängt, dass sie vom originär Aufenthaltsberechtigten unterstützt werden (Art. 10 Abs. (1) Bst. b VO 1612/68 bzw. heute Art. 2 Ziff. 2 Bst. d UBRL). Dennoch erkannte der EuGH, dass die Mutter ebenfalls ein Aufenthaltsrecht in der EU hat.

Mit solchen Rechtsprechungen können die rechtlich vorgesehenen Aufenthaltsansprüche u.U. erheblich ausgeweitet werden. Der EuGH ist damit faktisch ebenfalls Rechtsetzer. Im Bewusstsein dieses Umstandes wurde im geltenden FZA in Art. 16 Abs. 2 ausdrücklich die Regelung aufgenommen, dass in der Schweiz die einschlägige Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften vor dem Zeitpunkt der Unterzeichnung berücksichtigt wird. Hingegen besteht keine Pflicht, die nach der Unterzeichnung ergangene Rechtsprechung zu berücksichtigen. Vielmehr wird darüber die Schweiz unterrichtet, worauf ggfs. auf politischem Weg eine Änderung des FZA bzw. seiner Anhänge erfolgen kann, im Bereich des Anhangs I (Personenfreizügigkeit) somit nur auf dem Wege der formellen Staatsvertragsänderung.

Im Gegensatz zu dieser geltenden Regelung ist nun in Art. 7 IP-FZA ausdrücklich der Grundsatz der einheitlichen Auslegung festgehalten: Die Rechtsakte der Union, auf die im Abkommen Bezug genommen wird, und die Bestimmungen des Abkommens, soweit ihre Anwendung unionsrechtliche Begriffe impliziert, werden gemäss der vor *oder nach* der Unterzeichnung des Abkommens ergangenen Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union ausgelegt und angewandt (Abs. 2).

Es ist also denkbar, dass der EuGH auf dem Wege der Rechtsprechungsänderung die bisherigen Aufenthaltsansprüche u.U. erheblich ausweitet. Diese ausgeweiteten Ansprüche gelten dann unmittelbar auch in der Schweiz, ohne dass ein nationales Genehmigungsverfahren erfolgt. Ein Referendum entfällt in solchen Fällen von vornherein.

Beispiel:

Das Aufenthaltsrecht der Familienangehörigen in aufsteigender Linie, denen von den Aufenthaltsberechtigten Unterhalt gewährt wird (Art. 2 Ziff. 2 Bst. d UBRL) wird bisher vom EuGH und auch vom Bundesgericht so ausgelegt, dass der Unterhalt bereits im Herkunftsland gewährt worden sein muss, wenn es um den Nachzug aus dem Ausland geht (Bundesgericht, Urteil 2C_307/2023 vom 14.1.2025 E. 6.2, m.H.), was die Tragweite dieses Aufenthaltsrechts wesentlich einschränkt. Es erscheint nicht ausgeschlossen, dass der EuGH zum Ergebnis kommt, dass dieses Erfordernis nicht gilt, dass somit die Familienangehörigen in aufsteigender Linie ein Aufenthaltsrecht immer haben, wenn ihnen nach ihrer Einreise Unterhalt gewährt wird. Damit würden die Aufenthaltsrechte erheblich ausgeweitet. Die Schweiz müsste diese Rechtsprechungsänderung übernehmen, ohne dass ein Referendum in Frage kommt.

Zwar hat schon bisher das Bundesgericht die nach Unterzeichnung des FZA ergangene Rechtsprechung des EuGH weitgehend befolgt, solange nicht triftige Gründe dagegen sprechen (BGE 147 II 1 E. 2.3). Dazu bestand aber keine völkerrechtliche Verpflichtung (BGE 149 I 248 E. 6.7). Zudem hat das Bundesgericht eine neue Rechtsprechung des EuGH nicht übernommen, wenn sie sich auf die Unionsbürgerschaft bzw. die UBRL bezog (BGE 147 II 1 E. 2.3; Bundesgericht, Urteil 2C_307/2023 vom 10.1.2025, zur Publ. Vorgesehen, E. 4.3). Neu würde aber eine völkerrechtliche Rechtspflicht bestehen zur Befolgung auch der zukünftigen Rechtsprechung des EuGH zur UBRL (abgesehen von den

darin vorgesehenen Ausnahmen), auch wenn diese eine Ausweitung der Aufenthaltsansprüche zur Folge haben.

Der erläuternde Bericht (S. 80) geht allerdings davon aus, dass auch im Rahmen der einheitlichen Auslegung die sog. Polydor-Rechtsprechung des EuGH Anwendung finden wird, wonach bei der Auslegung der in die bilateralen Abkommen Schweiz–EU übernommenen EU-Rechtsvorschriften der besondere Zweck des jeweiligen Abkommens zu berücksichtigen sei und die Rechtsprechung des EuGH zum EU-Recht deshalb nicht per se auf die bilateralen Abkommen übertragen werden könne. Diese Rechtsprechung bezieht sich aber auf die Auslegung der bilateralen Abkommen selber, welche nicht unbedingt mit dem entsprechenden EU-Recht übereinstimmen (Oesch, S. 53 ff.). Hingegen erscheint höchst fraglich, ob diese Praxis auch Anwendung findet auf die Auslegung von EU-Sekundärrecht, auf welches in den bilateralen Abkommen verwiesen wird. Denn dabei wird nicht das bilaterale Abkommen als solches ausgelegt, sondern das darin genannte EU-Sekundärrecht. Es ist kein Grund ersichtlich, weshalb der EuGH dieses Recht unterschiedlich auslegen wird, je nachdem ob es im Rahmen des bilateralen Verhältnisses Schweiz-EU oder innerhalb der EU angewendet wird.

Es ist folglich davon auszugehen, dass auch durch künftige Änderungen der Rechtsprechung des EuGH neue Rechtsansprüche auf Aufenthalt geschaffen werden können, die im Widerspruch zu Art. 121a BV stehen.

6.7 Folgerung: Verstoss gegen Art. 121a BV

Der erläuternde Bericht ist der Auffassung, die neuen Abkommen über die Personenfreizügigkeit stünden im Einklang mit Art. 121a BV. Er begründet das wie folgt (erläuternder Bericht, S. 386 ff.):

- Art. 121a BV sei nur anwendbar auf Ausländerinnen und Ausländer, die in die Schweiz einwandern, nicht auf solche, die bereits in die Schweiz eingewandert sind; er schliesse daher Verträge nicht aus, mit denen die Rechtsstellung von ausländischen Personen verbessert wird, die sich bereits in der Schweiz aufhalten.
- Art. 121a BV sehe keine fixe Obergrenze der Zuwanderung vor; es sei zulässig, bestehende Kompensationsmöglichkeiten innerhalb des dualen Zulassungssystems zu nutzen; Abkommen, die einem eng begrenzten Personenkreis Freizügigkeitsrechte einräumen, stellten die Eigenständigkeit der Schweiz nicht in Frage, wenn die Zuwanderung gering sei und eine allfällige Zunahme derselben im Rahmen der Kontingentierung für Drittstaatsangehörige berücksichtigt werden könnten.
- Wenn neue internationale Verpflichtungen nur eine geringe Zahl von Personen betreffen, hätten sie nur eine geringfügige Auswirkung auf die Zuwanderung.
- Das Protokoll zu Bewilligungen für Langzeitaufenthalte werde zwar in das FZA aufgenommen, diese Bewilligungen (Niederlassungsbewilligungen) lägen aber ausserhalb des Geltungsbereichs des FZA. Zudem betreffe das Protokoll nur Personen, die bereits in die Schweiz eingewandert sind.
- Mit der Teilübernahme der UBRL gehe die Schweiz neue Verpflichtungen ein durch Erweiterung des Kreises der Personen, die Anspruch auf Familiennachzug haben, auf eingetragene Partner und deren Angehörigen (Art. 2 Ziff. 2 Bst. b UBRL), Erweiterung des Personenkreises, der einen erleichterten Familiennachzug geltend machen kann (Art. 3 UA (2) Bst. a UBRL) sowie Wegfall der Bedingung einer angemessenen Wohnung. Es sei davon auszugehen, dass es sich dabei um eine vernachlässigbare Anzahl von zusätzlichen Personen handle, die aufgrund der neuen Rechte gemäss UBRL in die Schweiz einwandern würden; diese Zahl sei in jedem Fall nicht so gross, dass sie die eigenständige Steuerung der Zuwanderung unmöglich machen würde; einer allfälligen Zunahme der Zuwanderung könne durch Anpassungen der Kontingente für Drittstaatsangehörige Rechnung getragen werden.
- Auch die Pflicht zur dynamischen Übernahme neuen Rechts verstosse nicht gegen Art. 121a BV, da die neuen Rechtsakte nicht automatisch übernommen würden, sondern nur durch

einvernehmlichen Beschluss im Gemischten Ausschuss. Die Schweiz bleibe damit in der Lage, die Zuwanderung eigenständig zu steuern.

Diese Argumentation überzeugt aus mehreren Gründen nicht:

Die mit der UBRL neu eingeführten Rechtsansprüche auf erstmalige Aufenthaltsbewilligungen werden im erläuternden Bericht nicht vollständig aufgelistet. Es gibt weitere solche Ansprüche (vorne 6.4.9). Zudem wird die Annahme, dass diese Ansprüche quantitativ unbedeutend seien, im erläuternden Bericht nicht näher (etwa mit Statistiken oder Erfahrungswerten aus der EU) begründet. Jedenfalls die Kumulation dieser Ansprüche ist nicht offensichtlich quantitativ unbedeutend. Selbst wenn man konzediert, dass dies der Fall sein dürfte und diese neuen Ansprüche daher mit Art. 121a BV vereinbar wären (vorne 5.3), ist aber die Folgerung im erläuternden Bericht nicht zutreffend, aus folgenden Gründen:

Der erläuternde Bericht beruht zentral auf der Prämisse, dass Art. 121a BV nur gelte für Personen, die neu in die Schweiz einwandern, nicht aber auf solche, die bereits eingewandert sind; die Übernahme der UBRL habe aber kaum Auswirkungen auf neue erstmalige Zuwanderung (ebenso Epiney, Vereinbarkeit, S. 59, 61; Epiney, 121a, Rz. 73 ff). Diese Prämisse wird im erläuternden Bericht mit keinem Wort begründet. Sie trifft klarerweise nicht zu: Art. 121a BV will nicht bloss die Bruttozuwanderung begrenzen, sondern primär die Nettozuwanderung und zu diesem Zweck auch ermöglichen, die Verlängerung von Aufenthaltsbewilligungen und namentlich auch von Daueraufenthaltsbewilligungen zu begrenzen (vorne 4.4/4.5). Damit entfällt das zentrale Argument der bundesrätlichen Argumentation.

Art. 121a BV verlangt ausdrücklich, dass die Höchstzahlen für sämtliche Bewilligungen des Ausländerrechts gelten (Abs. 2 Satz 2). Zumindest dann, wenn nicht bloss eine bisherige Aufenthaltsbewilligung verlängert, sondern eine neue Kategorie von Aufenthaltsbewilligung erteilt wird, muss dies von Verfassung wegen der Kontingentierung unterstellt werden (vorne 4.4), namentlich auch die Niederlassungsbewilligung (vorne 4.5). Die Daueraufenthaltsbewilligung ist eine neue, im schweizerischen Ausländerrecht bisher nicht bekannte Bewilligungskategorie (zutreffend erläuternder Bericht S. 309), die sogar eine gegenüber der Niederlassungsbewilligung verstärkte Rechtsstellung verleiht (vorne 6.4.6). Auch wenn sie infolge der ausgehandelten Ausnahme eine vorangegangene Erwerbstätigkeit voraussetzt (vorne 6.5.1), muss sie den Höchstzahlen unterstellt werden. Art. 121a BV besagt zudem ausdrücklich, dass der Anspruch auf dauerhaften Aufenthalt beschränkt werden kann (Abs. 2 Satz 3). Dies muss den schweizerischen Behörden eigenständig möglich sein (Abs. 1). Völkerrechtliche Verträge, welche diese Möglichkeit aufheben oder einschränken, sind mit der Verfassung nicht vereinbar (Abs. 4). Ein Vertrag, welcher neue Rechtsansprüche auf Daueraufenthalt schafft, ist somit verfassungswidrig. Nachdem offenbar Hunderttausende von EU-Bürgern Anspruch auf die Daueraufenthaltsbewilligung hätten (vorne 6.4.6), kann diese Regelung auch nicht als quantitativ vernachlässigbar und aus diesem Grund als mit der Verfassung vereinbar (vorne 5.3) betrachtet werden.

Infolge des Änderungsprotokolls könnten zudem gemäss erläuterndem Bericht S. 372 jährlich zwischen 3000 und 4000 Personen zusätzlich Sozialhilfe beziehen. Dabei handelt es sich um Personen, die bisher infolge Sozialhilfeabhängigkeit das FZA-rechtliche Aufenthaltsrecht verloren hätten und die Schweiz hätten verlassen müssen. Auch dadurch wird die Nettozuwanderung in nicht vernachlässigbarem Umfang erhöht.

Daneben führt die UBRL weitere, gegenüber dem FZA neue, Ansprüche auf Beibehaltung bzw. Verlängerung einer Aufenthaltsbewilligung ein (vorne 6.4.9), die ebenfalls mit Art. 121a BV nicht vereinbar sind.

Zudem verkennt die Argumentation des EDA, dass mit den neuen Ansprüchen auf Verlängerung der Aufenthaltsbewilligungen und auf Daueraufenthalt dieser Personen auch wieder Rechtsansprüche auf neue Familiennachzugsbewilligungen entstehen können (auch z.B. infolge neuer Familiengründung), die nicht mehr erfolgen würden, wenn die betreffenden Personen die Schweiz wieder hätten verlassen müssen.

Auch der neu vorgesehene Anspruch auf Niederlassungsbewilligung nach fünf Jahren (vorne 6.5.2) verstösst gegen Art. 121a BV (vorne 4.5). Dass die Bewilligungen gemäss Protokoll über Langzeitaufenthalte ausserhalb des Geltungsbereichs des FZA liegen, ändert daran nichts: Entscheidend ist, dass diese neuen Ansprüche zusammen mit den Bilateralen III eingeführt werden. Ebenfalls unerheblich ist, dass für einen Teil der EU-Staaten die Gewährung von Niederlassungsbewilligungen nach fünf Jahren heute schon der Verwaltungspraxis entspricht, da Referenzpunkt nicht die heutige innerstaatliche Gesetzgebung oder Verwaltungspraxis ist, sondern einzig die bisherige staatsvertragliche Regelung (vorne 6.1).

Schliesslich kann auch die Pflicht zur dynamischen Rechtsübernahme (vorne 6.6) dazu führen, dass weitere Verstösse gegen Art. 121a BV erfolgen. Dies kann nicht damit relativiert werden, dass die Schweiz auf eine solche Übernahme verzichten könnte, wenn sie zu einem Widerspruch zu Art. 121a BV führen würde. Die dynamische Rechtsübernahme ist eine in den Abkommen vorgesehene völkerrechtliche Verpflichtung. Die Ausgleichsmassnahmen, welche die andere Vertragspartei treffen kann, wenn die Schweiz eine Rechtsänderung nicht übernimmt, und das Schiedsverfahren, welches über solche Massnahmen entscheidet, bedeuten nicht, dass die Nicht-Übernahme rechtmässig wäre (a.M. Epiney, Verhältnis, Rz. 37 ff., 46, wonach die im Abkommen adressierte Möglichkeit der Nichtübernahme eine Relativierung der abkommensrechtlichen Pflichten darstellen, und Epiney, 121a, Rz. 45, wonach eine Unvereinbarkeit mit Art. 121a BV nicht besteht, da es der Schweiz möglich ist, eine Übernahme abzulehnen), sondern sind bloss die Sanktion für die Rechtsverletzung. Die Argumentation im erläuternden Bericht bejaht im Ergebnis die Verfassungsmässigkeit des Vertrags damit, dass der Vertrag ja auch gebrochen werden könnte. Das ist aus rechtlicher Sicht gelinde gesagt eine höchst ungewöhnliche Argumentation. Genauso gut könnte man sagen, ein Delikt zu begehen sei rechtmässig, wenn man in Kauf nimmt, dafür bestraft zu werden.

Insgesamt ergibt sich die klare **Folgerung**: Die neuen Abkommen verstossen gegen Art. 121a, namentlich Abs. 4, BV.

7 Obligatorisches Referendum?

7.1 Mögliche Rechtsgrundlagen und bisherige Diskussion

Das BJ hat am 27. Mai 2024 ein Gutachten erstellt, worin es zum Ergebnis kam, dass die Bilateralen III dem fakultativen Staatsvertragsreferendum (Art. 141 Abs. 1 Bst. c Ziff. 3 BV) unterstehen, aber nicht dem obligatorischen Referendum. Im Nachgang zu diesem Gutachten wurde in der seitherigen Diskussion oft die Auffassung vertreten, ein obligatorisches Referendum sei nicht erforderlich oder gar verfassungswidrig. Wenn dennoch ein obligatorisches Referendum postuliert wurde, so geschah dies meist eher mit staatspolitischer als rechtlicher Begründung.

Das Gutachten des BJ ist jedoch unvollständig: Es befasst sich einzig mit der Frage des sog. Staatsvertragsreferendums sui generis (dazu hinten 7.3). Es verneint grundsätzlich die Verfassungsmässigkeit eines solchen Referendums und kommt im Eventualstandpunkt zum Ergebnis, selbst wenn ein solches Referendum bestünde, wären die Voraussetzungen dafür nicht erfüllt. Diese Beurteilung erscheint fraglich (hinten 7.3). Vor allem aber prüft das Gutachten die anderen in Frage kommenden Rechtsgrundlagen für ein obligatorisches Referendum gar nicht. Es kann daher nicht als Grundlage für eine abschliessende Beurteilung dienen.

Im erläuternden Bericht werden demgegenüber auch andere Rechtsgrundlagen geprüft und verworfen, nämlich die Frage der Supranationalität (hinten 7.2) sowie der Verfassungsänderung zum Zwecke des Vertragsschlusses (hinten 7.4). Nicht geprüft werden hingegen die Rechtsfolgen des Verstosses gegen Art. 121a BV, da der erläuternde Bericht (zu Unrecht, s. vorne 6.7) zum Ergebnis kommt, ein solcher Verstoß liege nicht vor.

7.2 Supranationalität

Ein obligatorisches Staatsvertragsreferendum ist nach Art. 140 Abs. 1 lit. b BV zwingend für den Beitritt zu Organisationen für kollektive Sicherheit oder zu supranationalen Gemeinschaften. Die Bilateralen III stellen keinen Beitritt zu einer Organisation für kollektive Sicherheit dar. Zu prüfen ist aber, ob sie einem Beitritt zu einer supranationalen Organisation gleichkommen. Das Gutachten BJ vom 27. Mai 2024 kommt zum Ergebnis, dass voraussichtlich keine Supranationalität vorliegt; eine abschliessende Beurteilung könne jedoch erst erfolgen, wenn ein paraphiertes Verhandlungsergebnis vorliegt. Im erläuternden Bericht (S. 884 f.) wird Supranationalität verneint.

Nach der Praxis des Bundesrates (Botschaft vom 18. Mai 1992 zur Genehmigung des Abkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum, BBl 1992 IV 1, 539) und der Literatur (Diggelmann, Art. 140 Rz. 23; Epiney/Diezig, Art. 140 Rz. 18; Tornay Schaller, Art. 140 Rz. 30) setzt Supranationalität voraus:

- Die Gemeinschaft verfügt über Organe, die unabhängig, das heisst nicht an Instruktionen der Vertragsparteien gebunden sind;
- Diese Organe treffen ihre Entscheide mit Mehrheitsbeschluss, nicht Einstimmigkeit.
- Die Entscheide dieser Organe sind für Einzelpersonen unmittelbar verbindlich;
- Sie haben relativ umfassende materielle Befugnisse.

Bei den Abkommen Schengen/Dublin wurden diese Voraussetzungen verneint, namentlich auch die ersten beiden, weil sich der durch die Abkommen geschaffene Gemischte Ausschuss aus Vertretern der Vertragsstaaten zusammensetzt und weil die Schweiz über die Annahme von Weiterentwicklungen des Rechts autonom entscheidet (Botschaft vom 1. Oktober 2004 zu den Bilateralen II, BBl 2004 5965, 6289 f.).

Der erläuternde Bericht zu den Bilateralen III verneint die Voraussetzungen der Supranationalität mit folgender Argumentation:

- Erstens schaffen die Bilateralen III im Bereich der Rechtsetzung keine Mechanismen, die einem unabhängigen Organ die Befugnis erteilen, verbindliche Rechtsanpassungen zu beschliessen. Die Schweiz entscheidet weiterhin autonom und nach ihren bestehenden Rechtsetzungsverfahren über das für sie geltende Recht.
- Zweitens schaffen die Verträge im Bereich der Rechtsanwendung keine von den Vertragsparteien unabhängigen Organe.
- Drittens ist die Zusammenarbeit mit der EU materiell auf einzelne Sektoren beschränkt.

Das erste Argument vernebelt das Entscheidende: Die Schweiz wird völkerrechtlich verpflichtet, künftiges EU-Recht zu übernehmen, an dessen Ausarbeitung sie nur konsultativ beteiligt war, über welches sie aber nicht bestimmen kann. Rechtlich besteht keine Autonomie in der Übernahme (vorne 6.6). Dass die EU Ausgleichsmassnahmen verhängen kann, wenn die Schweiz gegen das Abkommen verstossen hat, bedeutet nicht, dass ein solcher Verstoss rechtmässig wäre, sondern ist die Sanktion für eine Vertragsverletzung. Mit der Argumentation des erläuternden Berichts wäre auch der Beitritt zur EU kein Beitritt zu einer supranationalen Gemeinschaft, denn auch dort kann man faktisch die mitgliedsstaatlichen Pflichten verletzen, wenn man die Zwangsgelder in Kauf nimmt, welche der EuGH auf Antrag der Kommission gegen Mitgliedsstaaten verhängen kann, die gegen ihre vertraglichen Verpflichtungen verstossen (Art. 258 ff. AEUV).

Auch dass in den Abkommen die Erfüllung verfassungsrechtlicher Pflichten (womit auch das Referendum gemeint ist) vorbehalten wird, hat nicht die Tragweite, die der erläuternde Bericht erwähnt, denn wie dargelegt (vorne 6.6.2) kommt das Referendum in den meisten Fällen der dynamischen Rechtsübernahme von vornherein gar nicht zum Tragen. Selbst soweit ein Referendum zum Tragen käme, wird dadurch die völkerrechtliche Pflicht zur Rechtsübernahme nicht aufgehoben. Das Referendum bliebe damit zwar formal erhalten, aber der Druck, die Rechtsänderung zu übernehmen, wäre so gross, dass die Substanz der demokratischen Rechte ausgehöhlt wird (Oesch, S. 39 ff.). Von einer wirklichen Rechtsetzungsautonomie kann unter diesen Umständen nicht gesprochen werden.

Das zweite Argument verkennt, dass – anders als bei Schengen/Dublin – durch die Abkommen ein Schiedsgericht gebildet wird, welches sehr wohl ein von den Vertragsstaaten unabhängiges Organ ist. Seine Mitglieder sind nicht weisungsgebunden, das Gericht entscheidet mit Mehrheitsentscheid und seine Entscheide sind rechtswirksam für die Schweiz. Dass ein Mitglied des Schiedsgerichts von der Schweiz ernannt wird, ändert daran nichts. In der EWR-Botschaft hat denn auch der Bundesrat die dort vorgesehene Unterstellung der Schweiz unter den EFTA-Gerichtshof, für den ebenfalls ein Mitglied durch die Schweiz bezeichnet worden wäre, als supranationales Element beurteilt (BBl 1992 IV 540 f.; ebenso Brunner, S. 59 f.). Namentlich entscheidet das Schiedsgericht im Streitfall auch darüber, ob eine Vertragspartei ihre vertraglichen Pflichten verletzt hat und ggfs. über die Sanktionen, welche die andere Vertragspartei in diesem Fall treffen kann. Es verhält sich hier analog wie innerhalb der EU der EuGH über Vertragsverletzungen der Mitgliedstaaten und ggfs. über die zu bezahlenden Zwangsgelder entscheidet (Art. 258 ff. AEUV).

Zwar führt die Schaffung von Schiedsgerichten, wie sie in vielen anderen internationalen Abkommen üblich ist, nicht per se zu Supranationalität, schon deshalb nicht, weil ihre Zuständigkeit jeweils auf einen sehr engen Bereich begrenzt ist. Die Bilateralen III haben demgegenüber einen relativ breiten Anwendungsbereich. Zwar ist er weniger breit als beim EWR-Abkommen, bei welchem der Bundesrat einen materiell umfassenden Anwendungsbereich konstatierte (BBl 1992 IV 541), aber er ist wesentlich breiter als etwa bei Schengen/Dublin, wo schon aus diesem Grund im Ergebnis zu Recht Supranationalität verneint wurde. Auch das dritte Argument erscheint deshalb fraglich.

Schliesslich sind auch die von der Schweiz zu übernehmenden EU-Rechtsakte zu einem guten Teil für Einzelpersonen unmittelbar verbindlich.

Zwar wird durch die Bilateralen III nicht eine eigene Rechtspersönlichkeit gebildet. Deswegen die Supranationalität zu verneinen, erscheint aber sehr formalistisch. Sind die materiellen Voraussetzungen der Supranationalität erfüllt, kann sehr wohl der Tatbestand des obligatorischen Staatsvertragsreferendums bejaht werden, auch wenn rechtlich kein Beitritt zu einer Gemeinschaft erfolgt (ebenso Diggelmann, Art. 140 Rz. 25; Epiney, 121a, Rz. 9).

Insgesamt sprechen wesentliche Argumente dafür, die Bilateralen III dem obligatorischen Staatsvertragsreferendum nach Art. 140 Abs. 1 Bst. b BV zu unterstellen.

7.3 Staatsvertragsreferendum sui generis

Das obligatorische Staatsvertragsreferendum gemäss Art. 140 Abs. 1 lit. b BV sichert keine Parallelität von Verfassung und Staatsvertrag. Es ist möglich, dass ein Staatsvertrag nicht dem obligatorischen Staatsvertragsreferendum unterstellt wird, obwohl er der Verfassung widerspricht. Um dies zu vermeiden, könnte man postulieren, einen verfassungswidrigen Staatsvertrag dem obligatorischen Referendum zu unterstellen. Wird er dann von einer Mehrheit von Volk und Ständen angenommen, wäre die Verfassungsverletzung gewissermassen geheilt ist, weil damit das gleiche Organ, das für eine Verfassungsänderung zuständig wäre, seine Zustimmung zum Vertrag gegeben hat. Zwar kann streng rechtlich gesehen der Normwiderspruch zwischen Vertrag und Verfassung nicht dadurch behoben werden, dass der verfassungswidrige Vertrag dem obligatorischen Referendum unterstellt wird, denn Verfassung und Staatsvertrag sind unterschiedliche Rechtsquellen. Politisch oder demokratietheoretisch gesehen hat allerdings ein dem obligatorischen Staatsvertragsreferendum unterstellter Staatsvertrag die gleiche Legitimationsquelle wie die Verfassung. Es gab und gibt daher verschiedene Vorschläge, Staatsverträge, die der Verfassung widersprechen oder Verfassungsrang haben, zumindest in bestimmten Konstellationen dem obligatorischen Staatsvertragsreferendum zu unterstellen. Man spricht dabei von einem sog. obligatorischen Staatsvertragsreferendum sui generis (Dazu Diggelmann, Art. 140, Rz. 26-32; Tornay Schaller, Art. 140, Rz. 36-40).

Die Diskussion wird hier nicht in allgemeiner Weise vertieft, sondern als bekannt vorausgesetzt (eingehend dazu Schmid, passim). Hier soll nicht diese Diskussion generell wiederholt, sondern nur das

Gutachten des Bundesamtes für Justiz (BJ) vom 27. Mai 2024 «Das Staatsvertragsreferendum im Bundesverfassungsrecht; rechtliche Übersicht und Analyse» diskutiert werden.

Das BJ kommt darin zum Ergebnis, dass die Bundesverfassung das sog. obligatorische Staatsvertragsreferendum sui generis nicht kenne. Es folgert dies aus dem Fehlen einer entsprechenden Bestimmung in der Verfassung, dem Grundsatz, dass die Volksrechte in der schweizerischen Bundesverfassung einen nicht-plebiszitären Charakter haben (also nicht vom Gutdünken der Behörden abhängen), und aus der Entstehungsgeschichte, wonach verschiedentlich Vorstösse auf Erweiterung des obligatorischen Staatsvertragsreferendums gescheitert sind. Insbesondere Gewicht gelegt wird auf den gescheiterten Versuch einer Verfassungsänderung in den Jahren 2020/21. Die drei bisherigen Anwendungsfälle des sog. Staatsvertragsreferendums sui generis (Beitritt zum Völkerbund, Freihandelsabkommen Schweiz/EU sowie EWR) seien noch unter der alten Bundesverfassung erfolgt und ohnehin nicht geeignet, ein Verfassungsgewohnheitsrecht zu begründen. Ungeschriebenes Verfassungsrecht käme als Grundlage für ein Referendum sui generis, wenn überhaupt, nur in engsten Grenzen in Frage, wenn durch einen Staatsvertrag bestimmte Grundelemente der Bundesverfassung offenkundig ausgehebelt würden. Jedenfalls würde es nicht genügen, dass die Umsetzung eines Staatsvertrags bestimmte Änderungen der Bundesverfassung erfordert. Das vorgesehene Verhandlungspaket mit der EU gemäss Common Understanding habe jedenfalls keine derart grundlegende Bedeutung, dass es Grundelemente der Bundesverfassung offensichtlich aushebelt.

Das Gutachten enthält beachtliche Argumente. Namentlich kann mit guten Gründen die Auffassung vertreten werden, dass die Volksrechte abschliessend in der Verfassung vorgesehen sein sollten.

Die Argumentation des BJ ist aber teilweise unvollständig und ungenau: So wird (S. 7) die Auffassung vertreten, seit der Jahrtausendwende hätten sich diejenigen politischen Kräfte durchgesetzt, welche die plebiszitär anmutende Form des Staatsvertragsreferendums ablehnen. Dafür wird auf die Verfassungsrevision vom 9. Februar 2003 verwiesen, durch welche das 1977 eingeführte Behördenreferendum abgeschafft wurde. Indessen bezog sich diese Revision nicht auf das obligatorische Staatsvertragsreferendum, sondern einzig auf das fakultative. Ausdrückliches Ziel war, in Bezug auf dieses die Parallelität von innerstaatlicher Gesetzgebung und Staatsvertragsreferendum herbeizuführen (rev. Art. 141 Abs. 1 lit. d Ziff. 3 BV; vgl. Bericht der staatspolitischen Kommission des Ständerates vom 2. April 2001, BBl 2001 4803, 4837). Damit entfiel die Notwendigkeit eines fakultativen Behördenreferendums. Für eine generelle Position zu plebiszitären Referenden im Allgemeinen oder zum obligatorischen Staatsvertragsreferendum im Besonderen lässt sich daraus nichts herleiten.

Sodann legt das Gutachten (S. 9 f., 14, 16, 19) grosses Gewicht auf das Scheitern der Revisionsvorlage von 2020/21. Es gibt jedoch die Entstehungsgeschichte dieser Vorlage unvollständig wieder (detaillierte Darstellung dieser Vorlage bei Caroni/Kühne, passim):

Diese Vorlage ging zurück auf eine Motion 15.3557, welche von National- und Ständerat angenommen worden war und verlangte, für völkerrechtliche Verträge mit verfassungsmässigem Charakter ein obligatorisches Referendum vorzusehen. Als Vertrag mit verfassungsmässigem Charakter wäre auch ein Vertrag zu betrachten, der materiell einer bestehenden Verfassungsbestimmung widerspricht und diese damit inhaltlich abändert.

Entsprechend dieser Motion unterbreitete der Bundesrat der Bundesversammlung am 15. Januar 2020 eine Botschaft 20.016 (BBl 2020 1243) zum obligatorischen Referendum für völkerrechtliche Verträge mit Verfassungscharakter (Änderung von Art. 140 der Bundesverfassung). Er schlug darin eine neue lit. bbis von Art. 140 Abs. 1 BV vor mit folgendem Wortlaut:

b^{bis} völkerrechtliche Verträge, die Bestimmungen von Verfassungsrang enthalten oder deren Umsetzung eine Änderung der Bundesverfassung erfordert; Bestimmungen von Verfassungsrang sind namentlich Bestimmungen über:

1. den Bestand der Grundrechte, die Bürgerrechte und die politischen Rechte,

2. das Verhältnis von Bund und Kantonen und die Zuständigkeiten des Bundes,
3. die Grundzüge der Organisation und des Verfahrens der Bundesbehörden;

Er vertrat dabei wie schon bei früheren Gelegenheiten (z.B. Botschaft zu den Bilateralen II, BBl 2004 5965, 6288 f.) die Auffassung, es gebe bisher bereits ein ungeschriebenes obligatorisches Referendum sui generis. Er führte aus (BBl 2020 1244).

«Zusätzlich soll in der Bundesverfassung ausdrücklich auch das obligatorische Staatsvertragsreferendum für völkerrechtliche Verträge mit Verfassungscharakter verankert werden. Die Vorlage schafft nicht ein neues Referendumsrecht, sondern überführt im Wesentlichen ins geschriebene Verfassungsrecht, was heute bereits als Teil des ungeschriebenen Verfassungsrechts anerkannt ist.»

Und weiter (S. 1247):

«Nach der Praxis der Bundesbehörden und einem Teil der Lehre besteht die Möglichkeit, einen völkerrechtlichen Vertrag auch dann Volk und Ständen zu unterbreiten, wenn er aufgrund seiner Bedeutung auf der Stufe der Bundesverfassung steht. Ein solches nicht ausdrücklich im Verfassungstext verankertes Referendumsrecht ist nach verbreiteter Auffassung Teil des ungeschriebenen Verfassungsrechts.»

Gestützt auf die bisherige Praxis wird der Anwendungsbereich dieses Staatsvertragsreferendums sui generis wie folgt umschrieben (S. 1255):

«Ein völkerrechtlicher Vertrag ist dann dem Referendum sui generis zu unterstellen, wenn er entweder tiefgreifend in die verfassungsrechtliche Ordnung eingreift, eine grundsätzliche Änderung der schweizerischen Aussenpolitik mit sich bringt oder sehr bedeutende sachliche oder politische Gründe dafür sprechen.»

Diese Fälle sollen mit der vorgeschlagenen Fassung nicht unbesehen ins geschriebene Verfassungsrecht überführt werden, nämlich nur dann, wenn eine Bestimmung eines völkerrechtlichen Vertrags Verfassungsrang hat oder eine Änderung der Bundesverfassung erfordert. Hingegen soll der Fall, dass ein völkerrechtlicher Vertrag zwar keinen Verfassungscharakter hat, aber trotzdem vorgebracht wird, aufgrund seiner herausragenden politischen Bedeutung sei er im Rahmen einer obligatorischen Abstimmung Volk und Ständen zur Genehmigung zu unterbreiten, nicht ins geschriebene Recht überführt werden (S. 1255 f.). Aus der Botschaft geht nicht klar hervor, ob dieser Anwendungsfall weiterhin neben dem geschriebenen Verfassungsrecht gelten soll oder nicht.

Der Ständerat stimmte dem Vorschlag mit inhaltlichen Modifikationen zu. Nachdem aber der Nationalrat zweimal auf die Vorlage nicht eingetreten war (AB N 2021 814, 2380), war die Vorlage erledigt. Interessant ist allerdings die Begründung für das Nichteintreten:

Einhellig waren die Votanten der Meinung, das sog. Staatsvertragsreferendum sui generis gehöre zum ungeschriebenen Verfassungsrecht. Während die Befürworter der Vorlage dieses ungeschriebene Recht positivieren wollten, war die Mehrheit des Nationalrats der Meinung, dass der mit dem Vorschlag angestrebte Parallelismus von Staatsvertrag und Verfassung an sich plausibel sei; doch werfe die Formulierung Fragen auf, und zudem sei die Vorlage auch gar nicht nötig, da bisher schon die Bundesversammlung das obligatorische Staatsvertragsreferendum sui generis beschliessen könne auch ausserhalb der in Art. 140 Abs. 1 BV genannten Fälle (AB N 2021 805 ff., Kommissionssprecher Pfister und Gysin, ferner Voten Marti, Streiff-Feller, Kälin, Fluri, Moser). Auch im Ständerat vertrat die Minderheit, welche gegen das Eintreten war, die gleiche Position (AB 2020 S 678 f., Mazzone, 683, Zopfi).

Entgegen dem, was im Gutachten BJ dargelegt wird, ist also das Scheitern dieser Vorlage kein Argument gegen die Existenz des obligatorischen Staatsvertragsreferendums sui generis. Im Gegenteil: Nachdem Bundesrat und Bundesversammlung damals einhellig das obligatorische

Staatsvertragsreferendum sui generis als ungeschriebenes Verfassungsrecht bezeichnet haben und die Nationalratsmehrheit mit dieser Argumentation auf die Vorlage nicht eintrat, ist es schwierig und an der Grenze zum venire contra factum proprium, nun das Gegenteil zu behaupten.

Die rechtliche Verankerung des ungeschriebenen Verfassungsrechts ist zwar unklar. Es kommt aber auch in anderen Fällen vor, und zwar auch ausserhalb des Verfassungsgewohnheitsrechts. Unter der alten BV hat das Bundesgericht verschiedentlich ungeschriebene Grundrechte anerkannt, darunter auch solche, welche nicht gewohnheitsrechtlich anerkannt, sondern vielmehr umstritten waren, wie das Recht auf Existenzsicherung, auch für illegal anwesende Personen (BGE 121 I 367 E. 2). Auch unter der geltenden BV vertritt die Lehre teilweise die Auffassung, es könnten weitere ungeschriebene Grundrechte anerkannt werden (vgl. Martenet, passim). Bundesrat (Botschaft vom 20. Januar 2010 zu einer Teilrevision des Raumplanungsgesetzes, BBl 2010 1049, 1064) und Bundesgericht (BGE 147 I 309 E. 5.5) betrachten sodann den Grundsatz der Trennung von Bau- und Nichtbaugebiet als ungeschriebenes Verfassungsrecht. Entgegen der vom BJ vertretenen Auffassung ist also die Rechtsfigur des ungeschriebenen Verfassungsrechts durchaus bekannt.

Im erläuternden Bericht (S. 885-887) wird das Staatsvertragsreferendum sui generis nicht generell in Frage gestellt, aber verneint, dass die Voraussetzungen dafür gegeben seien: Die Bilateralen III bedeuteten keinen schwerwiegenden Eingriff in die innere Struktur der Schweiz und ihre verfassungsmässige Ordnung. Wörtlich wird ausgeführt (S. 887):

«Die völkerrechtlichen Verträge zur Stabilisierung der bilateralen Beziehungen wahren das Funktionieren der Schweizer Institutionen sowie die aus der direkten Demokratie, dem Föderalismus und der Unabhängigkeit des Landes fließenden Prinzipien. Namentlich wird die Schweiz weiterhin eigenständig, gemäss ihren bestehenden Rechtsetzungsverfahren und unter Wahrung der direktdemokratischen Rechte über alle Rechtsanpassungen entscheiden können.»

Wie vorne (6.6) dargelegt, ist diese Aussage in Bezug auf diejenigen Bereiche, in denen die Integrationsmethode erfolgt, falsch: Die Übernahme des neuen EU-Rechts erfolgt nicht gemäss den bestehenden Rechtsetzungsverfahren und unter Wahrung der direktdemokratischen Rechte, sondern durch Beschluss der Gemischten Ausschüsse, unter Ausschluss parlamentarischer oder direktdemokratischer Mitwirkung. Schon unabhängig von der Frage von Art. 121a BV stehen die Abkommen damit in einem Konflikt zu Art. 164 BV: Nach dieser Bestimmung sind alle wichtigen rechtsetzenden Bestimmungen in der Form des Bundesgesetzes zu erlassen, namentlich die Rechte und Pflichten von Personen (Abs. 1 Bst. c). Darin liegt eine Schranke für die Delegation von Rechtsetzungsbefugnissen an den Bundesrat. Es ist daher verfassungswidrig, ausländerrechtliche Rechtsansprüche auf dem Verordnungsweg zu statuieren, wenn sie im Gesetz nicht vorgesehen sind. Umso weniger ist es verfassungsmässig, die Einführung solcher Rechtsansprüche an die schweizerischen Vertreter im Gemischten Ausschuss zu delegieren, wie dies mit den neuen Abkommen geschieht. Erstaunlicherweise behandelt der erläuternde Bericht auf S. 97 f. nur die Verfassungsmässigkeit des Abschlusses der Abkommen als solchen und S. 394 f. nur die in den neuen Art. 13a und 21b VE-AIG vorgesehenen Kompetenzdelegationen an den Bundesrat, nicht aber die Kompetenzdelegation an den Gemischten Ausschuss, durch Änderung des Anhangs I FZA neue Rechtsansprüche auf Aufenthalt zu schaffen.

Zutreffend ist, dass auch im bisherigen Luftverkehrsabkommen gewisse Befugnisse an EU-Organe übertragen wurden und auch im Schengen/Dublin-Abkommen eine Pflicht zur Übernahme neuen EU-Rechts vorgesehen sind. Es handelt sich dabei aber um thematisch doch sehr eingeschränkte Bereiche. Demgegenüber betreffen die Bilateralen III einen erheblich breiteren Bereich.

Insgesamt wäre es jedenfalls vertretbar, wenn die Bundesversammlung den Genehmigungsbeschluss angesichts seiner staatspolitischen Tragweite dem obligatorischen Staatsvertragsreferendum sui generis unterstellt.

7.4 Verankerung des Vertragsschlusses in der Verfassung

Rechtlich möglich ist in jedem Fall, den Abschluss eines internationalen Abkommens oder den Beitritt zu einer internationalen Organisation zum Thema einer formellen Verfassungsbestimmung zu machen, wie das in Bezug auf den UNO-Beitritt erfolgte (Art. 197 Ziff. 1 BV). Damit wird im praktischen Ergebnis das Abkommen dem obligatorischen Verfassungsreferendum von Volk und Ständen (Art. 140 Abs. 1 Bst. a BV) unterstellt.

Der erläuternde Bericht (S. 887 f.) verneint die präjudizielle Tragweite des Falles des UNO-Beitritts mit zwei Argumenten: Erstens ging der UNO-Beitritt auf eine Volksinitiative zurück, wobei den Initianten einzig der Weg über eine Verfassungsrevision möglich war, da die Verfassung keine Staatsvertragsinitiative vorsieht. Zweitens betraf die Volksinitiative den Abschluss eines völkerrechtlichen Vertrags, der nach Artikel 140 Absatz 1 Buchstaben b BV ohnehin dem obligatorischen Referendum unterstanden hätte. Dass der UNO-Beitritt auf dem Weg einer Verfassungsrevision genehmigt wurde, hatte somit keine Auswirkungen auf die Zuständigkeitsordnung.

Diese Argumente treffen als solche zu. Sie ändern aber nichts daran, dass es rechtlich ohne weiteres zulässig ist, einen Staatsvertragsgenehmigung zum Gegenstand einer Verfassungsbestimmung zu machen. Es gibt allerdings dazu keine Verpflichtung; die Möglichkeit liegt im politischen Ermessen der Bundesversammlung.

Man kann ein solches Vorgehen als plebiszitär und systemfremd betrachten. Allerdings hat die Bundesversammlung auch in anderen Fällen eine rechtlich unnötige Verfassungsänderung vorgenommen, um einen politischen Entscheid dem obligatorischen anstatt bloss dem fakultativen Referendum zu unterstellen. So würde für die Abschaffung des Eigenmietwerts eine blosse Gesetzesänderung ausreichen. Die Bundesversammlung hat diese Gesetzesänderung (BBl 2025 23) aber an das Inkrafttreten einer Verfassungsänderung über die kantonalen Liegenschaftssteuern gekoppelt (BBl 2025 17). Im Ergebnis wurde damit die Abschaffung des Eigenmietwerts dem obligatorischen Referendum von Volk und Ständen unterstellt.

In weiteren Fällen hat die Bundesversammlung sogar Beschlüsse, die an sich überhaupt nicht dem Referendum unterstanden hätten, in die Form eines referendumspflichtigen Erlasses gekleidet, um eine Volksabstimmung zu ermöglichen. So sieht die BV kein Finanzreferendum vor, namentlich auch kein Rüstungsreferendum. In Bezug auf den Kauf neuer Kampfflugzeuge bestand aber der politische Wille, eine Volksabstimmung zu ermöglichen. Für den (vom Volk dann abgelehnten) Kauf des Gripen wurde zu diesem Zweck ein rechtlich nicht notwendiges Gesetz erlassen (Bundesgesetz vom 27. September 2013 über den Fonds zur Beschaffung des Kampfflugzeugs Gripen, BBl 2013 7369) und der Kauf so dem Referendum unterstellt. Für den Kauf des F-35 wurde unter Hinweis auf die vom Parlament überwiesene Motion 17.3604 und eine politische Erwartungshaltung ein rechtlich ebenfalls nicht nötiger Planungsbeschluss nach Art. 28 Abs. 3 ParlG erlassen (Bundesbeschluss vom 20. Dezember 2019 über die Beschaffung neuer Kampfflugzeuge, Vorlage 19.039; BBl 2019 8725), welcher nach Art. 163 Abs. 2 BV dem Referendum unterstand (Botschaft vom 26. Juni 2019 zu einem Planungsbeschluss über die Beschaffung neuer Kampfflugzeuge, BBl 2019 5081, 5092, 5097, 5112). In diesen Fällen ging es nicht nur um die Frage, ob eine Abstimmung mit einfachem Volksmehr oder eine mit Volks- und Ständemehr erfolgen soll, sondern um die viel grundlegendere Frage, ob überhaupt eine Volksabstimmung möglich sein soll. Würde man der Auffassung folgen, dass Volksrechte keinen plebiszitären Charakter haben dürfen, wäre auch dieses Vorgehen unzulässig gewesen.

7.5 Obligatorisches Verfassungsreferendum wegen Verfassungswidrigkeit

Das Gutachten BJ geht sodann mit keinem Wort auf die Thematik von Art. 121a BV ein.

In der genannten Botschaft zur Umsetzung der Motion 15.3557 (vorne 7.3) führte der Bundesrat zum Satzteil «oder deren Umsetzung eine Änderung der Bundesverfassung erfordert», aus (Botschaft, S. 1259):

«Diese Wendung bringt die Anbindung an die Verfassung im formellen Sinn zum Ausdruck. So enthalten beispielsweise die schwergewichtig in den Artikeln 54–125 BV verankerten Bundeskompetenzen teilweise auch recht detaillierte inhaltliche Vorgaben für die Ausführung im Bundesgesetz (vgl. z. B. Art. 95 Abs. 3 Bst. a–d, Art. 121 Abs. 3–6 und Art. 121a BV). Falls der beabsichtigte Vertragsschluss mit solchen verfassungsrechtlichen Vorgaben im Konflikt steht, untersteht der Vertrag schon aus diesem Grund dem obligatorischen Referendum.»

Der Bundesrat bringt damit richtigerweise zum Ausdruck, dass ein verfassungswidriger Staatsvertrag nicht ohne obligatorisches Referendum abgeschlossen werden darf, auch wenn man das obligatorische Staatsvertragsreferendum *sui generis* ablehnt. Es ist nämlich zu unterscheiden zwischen der Frage des Staatsvertragsreferendums und der Frage der Verfassungsmässigkeit.

Es ist die gleiche Situation wie in Bezug auf verfassungswidrige Bundesgesetze: Solche unterstehen (anders als die Verfassungsrevision) nur dem fakultativen Referendum mit einfacher Volksmehrheit. Wird das Referendum nicht ergriffen oder wird die Vorlage mit einfachem Volksmehr angenommen, so tritt das Gesetz in Kraft und ist aufgrund von Art. 190 BV massgebend. Das ändert aber nichts daran, dass das Vorgehen verfassungswidrig ist. Das korrekte Vorgehen besteht darin, zuerst die Verfassung zu ändern und alsdann das Gesetz zu erlassen.

Beim verfassungswidrigen Staatsvertrag ist es dasselbe: Wird er nur dem fakultativen Referendum unterstellt und wird das Referendum nicht ergriffen oder die Vorlage mit einfachem Volksmehr angenommen, so tritt der Vertrag in Kraft und ist aufgrund von Art. 190 BV massgebend (vgl. zur Ausdehnung des FZA auf Kroatien vorne 5.4.2).

Art. 190 ermächtigt aber die Bundesversammlung nicht, verfassungswidrige Staatsverträge abzuschliessen, sondern bedeutet nur, dass die Letztverantwortung für die Verfassungsmässigkeit von Staatsverträgen – gleich wie für die Verfassungsmässigkeit von Gesetzen (vorne 5.1) – nicht bei den Gerichten, sondern bei der Bundesversammlung (und ggfs. beim Volk) liegt. Er ändert nichts daran, dass der Abschluss eines Staatsvertrags, welcher der Verfassung widerspricht, verfassungswidrig ist. Das korrekte Vorgehen besteht darin, zuerst die Verfassung zu ändern und alsdann den Vertrag abzuschliessen. Auch wenn man der Auffassung des BJ folgt, dass das obligatorische Staatsvertragsreferendum *sui generis* nicht besteht, darf also ein Vertrag, der im Widerspruch zur Verfassung steht, nicht abgeschlossen werden, wenn nicht spätestens zusammen mit dem Genehmigungsbeschluss die Verfassung geändert wird (Epiney, 121a, Rz. 7).

Davon geht denn auch mit Recht die ständige Praxis von Bundesrat und Bundesversammlung aus: In den Botschaften zu Staatsverträgen wird regelmässig die Verfassungsmässigkeit des betreffenden Vertrags geprüft. Auch im erläuternden Bericht zu den Bilateralen III wird zu jedem einzelnen Abkommen die Verfassungsmässigkeit geprüft.

Materiell beruht der Bericht aber auf unzutreffenden Annahmen betreffend die Beibehaltung der verfassungsmässigen Rechtsetzungskompetenzen (vorne 6.6.2). Nach Art. 164 BV sind alle wichtigen rechtsetzenden Bestimmungen in der Form des Bundesgesetzes zu erlassen. Dazu gehören namentlich die Rechte und Pflichten von Personen (Abs. 1 Bst. c), also auch die Einräumung ausländerrechtlicher Aufenthaltsansprüche. Die Delegation von Rechtsetzungskompetenzen für wichtige rechtsetzende Bestimmungen an den Gemischten Ausschuss steht nicht im Einklang mit Art. 164 BV (vorne 7.3).

Insbesondere verneint der Bericht zu Unrecht einen Widerspruch zu Art. 121a BV (vorne 6.7). Abs. 4 dieser Bestimmung verbietet ausdrücklich den Abschluss von Verträgen, welche gegen diesen Artikel verstossen. Der Abschluss der neuen Abkommen betreffend Personenfreizügigkeit (und infolge des inhaltlichen Konnexes des gesamten Pakets, vorne Ziff. 2) ist daher nur zulässig, wenn vorgängig Art. 121a BV angepasst wird. Damit kann ein Widerspruch zwischen Verfassung und Vertrag vermieden werden. Art. 121a BV müsste dabei nicht generell aufgehoben werden. Es würde reichen, einen

neuen Absatz, oder evtl. auch eine Bestimmung in die Übergangsbestimmungen zur BV aufzunehmen, wonach für das mit der EU abzuschliessende Abkommen eine Ausnahme vom Verbot gemäss Art. 121a Abs. 4 BV gilt. In jedem Fall stellt dies aber eine Verfassungsänderung dar, die aufgrund von Art. 140 Abs. 1 Bst. a BV dem obligatorischen Verfassungsreferendum untersteht.

Zum praktischen Vorgehen: Denkbar ist, in einem ersten Schritt die Änderung von Art. 121a BV der Volksabstimmung zu unterstellen. Wird diese Vorlage abgelehnt, ist damit das Schicksal der Bilateralen III besiegelt. Wird die Änderung von Art. 121a BV angenommen, kann die Bundesversammlung die Bilateralen III genehmigen und den Genehmigungsbeschluss dem fakultativen oder dem obligatorischen (gemäss vorne 7.2 oder 7.3) Staatsvertragsreferendum unterstellen. Dieses Vorgehen ist allerdings kompliziert und braucht viel Zeit.

Eine einfachere Lösung besteht in Folgendem: Um einen Widerspruch zwischen Verfassung und Staatsvertrag zu vermeiden, sieht Art. 141a Abs. 1 BV die Möglichkeit vor, dass die Bundesversammlung, wenn ein Genehmigungsbeschluss eines völkerrechtlichen Vertrags dem obligatorischen Referendum untersteht, die Verfassungsänderungen, die der Umsetzung des Vertrags dienen, in den Genehmigungsbeschluss aufnehmen kann.

Die Anwendung dieser Bestimmung setzt nach ihrem Wortlaut voraus, dass es überhaupt ein obligatorisches Staatsvertragsreferendum gibt. Das BJ folgert in seinem Gutachten (S. 17, 20) im Umkehrschluss, dass ausgeschlossen sei, einen Staatsvertrag nur deshalb dem obligatorischen Staatsvertragsreferendum zu unterstellen, weil seine Umsetzung bestimmte Änderungen der Verfassung verlangt.

Diese Argumentation mag bei einer rein wörtlichen Auslegung zutreffen. Sie verkennt jedoch die *ratio legis* der Bestimmung, welche darin besteht, einen Widerspruch zwischen Staatsvertrag und Verfassung zu vermeiden. Vor allem aber ist die Überlegung nur zugeschnitten auf den Fall, dass die *Umsetzung* eines Staatsvertrags eine Verfassungsänderung verlangt. Zu denken ist etwa an den Fall, dass ein Staatsvertrag bestimmte Eingriffe verlangt, für welche die Verfassung keine Grundlage abgibt. Ist der Vertrag unmittelbar anwendbar, so ist er selber im Rahmen der Rechtsanwendung die Grundlage für den Eingriff, auch ohne Änderung der Verfassung. Ist hingegen der Vertrag nicht unmittelbar anwendbar, müsste die Verfassung geändert werden, damit die völkerrechtlichen Verpflichtungen, die sich aus dem Staatsvertrag ergeben, eingehalten werden können. Wird der Vertrag angenommen, aber alsdann die notwendige Verfassungsänderung abgelehnt, so entsteht ein ungelöstes Dilemma. Auf solche Fälle ist die Regelung von Art. 141a Abs. 1 BV zugeschnitten.

Anders verhält es sich, wenn die Verfassung nicht bloss keine Grundlage für die Umsetzung eines Vertrags enthält, sondern den Abschluss eines Vertrags direkt verbietet. Sein Abschluss ist überhaupt erst zulässig, wenn die Verfassung zuerst geändert wird. Nun ist es allerdings wenig sinnvoll, in einem ersten Schritt die Verfassung zu ändern, um den Abschluss des Vertrags zu ermöglichen, wenn dann in einem zweiten Schritt der Vertrag vielleicht trotzdem abgelehnt wird (was auch aus anderen Gründen erfolgen kann als denjenigen, welche der Verfassung zugrunde liegen). Die Verfassungsänderung wäre so unnötig gewesen.

Gerade für solche Situationen kann es sich daher aufdrängen, ein obligatorisches Staatsvertragsreferendum *sui generis* mit einer Änderung der Verfassung zu verbinden (vgl. auch Egli, Art. 141a, Rz. 34; Tornay Schaller, Art. 141a, Rz. 24). Der Beschluss zur Verfassungsänderung und der Genehmigungsbeschluss zum Staatsvertrag werden damit *uno actu* gefällt und gemeinsam dem obligatorischen Referendum unterstellt.

Das ist übrigens genau die Lösung, die bereits der Bundesrat in der Botschaft Masseneinwanderung (S. 316) vorgesehen hat. Er hat dort zu Art. 121a Abs. 4 BV ausgeführt:

«Damit wird – im begrenzten Sachbereich der Zuwanderung – die Kompetenz des Bundes zum Abschluss von völkerrechtlichen Verträgen verfassungsrechtlich ausdrücklich eingeschränkt. Auslegungsbedürftig ist vor allem der Begriff des «Abschlusses» gemäss Artikel 121a Absatz 4 BV. Damit wird dem Bundesrat nicht

untersagt, einen Staatsvertrag im Hinblick auf den parlamentarischen Genehmigungsbeschluss zu unterzeichnen. Denn die Bundesversammlung kann in Anwendung von Artikel 141a Absatz 1 BV allfällige Verfassungsänderungen, die der Umsetzung des Vertrags dienen, in den Genehmigungsbeschluss aufnehmen, der seinerseits dem obligatorischen Referendum untersteht.»

Auch der Bundesrat geht also davon aus, dass ein Vertrag, der mit Art. 121a BV nicht vereinbar ist, nur genehmigt werden darf, wenn gleichzeitig eine Verfassungsänderung beschlossen wird und aus diesem Grund das obligatorische Referendum erforderlich ist.

Dieses Vorgehen wurde bei der EWR-Vorlage gewählt, und zwar ohne ausdrückliche Verfassungsgrundlage: Es wurden uno actu der Genehmigungsbeschluss für das EWR-Abkommen und die Vorlage für zwei Verfassungsänderungen dem obligatorischen Referendum unterstellt (BBl 1992 VI 56; vgl. Botschaft zum EWR, BBl 1992 IV 1, 541).

Sollten an dieser Lage Zweifel bestehen, so bestünde eine weitere Möglichkeit darin, den Genehmigungsbeschluss für den völkerrechtlichen Vertrag (mit fakultativem Referendum) und die Verfassungsänderung (mit obligatorischem Referendum) in zwei separaten Bundesbeschlüssen zu beschliessen (ebenso Epiney, 121a, Rz. 7 Fn 15), wobei aber in den Genehmigungsbeschluss für den Vertrag die Bestimmung aufzunehmen wäre, dass dieser nur in Rechtskraft tritt, wenn auch die Verfassungsänderung angenommen wird. Ein analoges Vorgehen wurde gewählt für die Abschaffung des Eigenmietwerts (vorne 7.4), so dass im praktischen Ergebnis auch das Inkrafttreten der Gesetzesänderung dem obligatorischen Referendum unterstand.

Ausgehend von dieser Überlegung ergibt sich eine sowohl politisch als auch verfassungsrechtlich korrekte Lösung:

- Weil und soweit die Übernahme der UBRL einen Widerspruch zu Art. 121a Abs. 4 BV darstellt, ist der Genehmigungsbeschluss, mit dem ein solches Abkommen genehmigt wird, dem obligatorischen Staatsvertragsreferendum zu unterstellen.
- Der Genehmigungsbeschluss ist gemäss Art. 141a Abs. 1 BV mit einer Anpassung von Art. 121a BV zu verbinden. Damit kann ein Widerspruch zwischen Verfassung und Vertrag vermieden werden.

8 Beantwortung der Fragen:

1. Sind die Bilateralen III mit Art. 121a BV vereinbar?

Die in den neuen Abkommen vorgesehene Übernahme der UBRL sowie die im gleichen Rahmen geschaffenen Rechtsansprüche der EU-Angehörigen auf Niederlassungsbewilligung stehen im Widerspruch zu Art. 121a Abs. 1-3 BV. Die in den Abkommen ausgehandelten Ausnahmen von der Übernahme der UBRL vermögen den Widerspruch nur teilweise zu beheben. Die Verfassungswidrigkeit wird durch die in den Abkommen enthaltene Pflicht zur dynamischen Rechtsübernahme verstärkt. Der Abschluss des Abkommens verstösst damit gegen Art. 121a Abs. 4 BV.

2. Untersteht der Vertrag dem obligatorischen Staatsvertragsreferendum?

Unabhängig von den umstrittenen Fragen nach einer Anwendung des sog. Staatsvertragsreferendums sui generis oder eines obligatorischen Staatsvertragsreferendums nach Art. 140 Abs. 1 Bst. b BV (Beitritt zu einer supranationalen Gemeinschaft) führt der Widerspruch zwischen dem Abkommen und Art. 121a Abs. 4 BV dazu, dass der Vertrag erst geschlossen werden kann, wenn vorher (oder spätestens gleichzeitig) diese Verfassungsbestimmung geändert wird, was in jedem Fall dem obligatorischen Verfassungsreferendum (Art. 140 Abs. 1 Bst. a BV) unterliegt.

Münsingen, 2. September 2025

Hansjörg Seiler

Abkürzungen

AB	Amtliches Bulletin der Bundesversammlung
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union
AIG	Bundesgesetz vom 16. Dezember 2005 über die Ausländerinnen und Ausländer und über die Integration (Ausländer- und Integrationsgesetz), SR 142.20
ANAG	Bundesgesetz vom 26. März 1931 über Aufenthalt und Niederlassung der Ausländer, BS 1 121
ÄP-FZA	Änderungsprotokoll zum Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft einerseits und der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten andererseits über die Freizügigkeit.
AS	Amtliche Sammlung der eidgenössischen Gesetze
AVIG	Bundesgesetz vom 25. Juni 1982 über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzentschädigung (Arbeitslosenversicherungsgesetz, AVIG; SR 837.0)
BBl	Schweizerisches Bundesblatt
BGE	Bundesgerichtsentscheid
BGG	Bundesgesetz vom 17. Juni 2005 über das Bundesgericht (Bundesgerichtsgesetz), SR 173.110
BV	Bundesverfassung der schweizerischen Eidgenossenschaft, vom 18. April 1999, SR 101
BVO	Verordnung vom 6. Oktober 1986 über die Begrenzung der Zahl der Ausländer (AS 1986 1791)
FZA	Abkommen vom 21. Juni 1999 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft einerseits und der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten andererseits über die Freizügigkeit (Freizügigkeitsabkommen), SR 0.142.112.681
GSG	Bundesgesetz vom 22. Juni 2007 über die von der Schweiz als Gaststaat gewährten Vorrechte, Immunitäten und Erleichterungen sowie finanziellen Beiträge (Gaststaatsgesetz) SR 192.12
IP-FZA	Institutionelles Protokoll zum Abkommen zwischen der schweizerischen Eidgenossenschaft einerseits und der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten andererseits über die Freizügigkeit
KVG	Bundesgesetz vom 18. März 1994 über die Krankenversicherung, SR 832.10
LwG	Bundesgesetz vom 29. April 1998 über die Landwirtschaft (Landwirtschaftsgesetz), SR 910.1
ParlG	Bundesgesetz vom 13. Dezember 2002 über die Bundesversammlung (Parlamentsgesetz), SR 171.10
RVOG	Regierungs- und Verwaltungsorganisationsgesetz vom 21. März 1997 (SR 172.010)
StGB	Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21. Dezember 1937 (SR 311.0)
UBRL	Inoffizielle Abkürzung für die Richtlinie 2004/38/EG (Unionsbürgerrichtlinie)

VE-AIG	Vorentwurf zu einer Änderung des AIG (Vernehmlassungsvorlage vom 13. Juni 2025)
VFP	Verordnung vom 22. Mai 2002 über den freien Personenverkehr zwischen der Schweiz und der Europäischen Union und deren Mitgliedstaaten, zwischen der Schweiz und dem Vereinigten Königreich sowie unter den Mitgliedstaaten der Europäischen Freihandelsassoziation (Verordnung über den freien Personenverkehr, SR 142.203)
VRK	Wiener Übereinkommen vom 23. Mai 1969 über das Recht der Verträge, SR 0.111
VZAE	Verordnung vom 24. Oktober 2007 über Zulassung, Aufenthalt und Erwerbstätigkeit, SR 142.201

Materialien/Berichte usw.

- Abstimmungserläuterungen: Erläuterungen des Bundesrates zu den Volksabstimmungen vom 9. Februar 2014.
- Argumentarium: Überparteiliches Komitee gegen Masseneinwanderung, Argumentarium Volksinitiative «gegen Masseneinwanderung», 17. Dezember 2013
- Bericht exploratorische Gespräche: Bundesrat, Bericht zu den exploratorischen Gesprächen zwischen der Schweiz und der EU zur Stabilisierung und Weiterentwicklung ihrer Beziehungen, Bern 15. Dezember 2023.
- Bericht Regelungsunterschiede: Eidg. Justiz- und Polizeidepartement, Bericht an den Bundesrat, Regelungsunterschiede zwischen dem Schweizerischen Recht und dem Recht der Europäischen Union. Analyse der Möglichkeiten zur Anpassung des Schweizer Rechts zum Zwecke des Abbaus dieser Unterschiede. 10. Januar 2022.
- Botschaft Masseneinwanderung: Botschaft 12.098 vom 7. Dezember 2012 zur Volksinitiative «Gegen Masseneinwanderung», BBl 2013 291
- Botschaft Kroatien: Botschaft 16.028 vom 4. März 2016 zur Ausdehnung des Freizügigkeitsabkommens auf Kroatien, BBl 2016 2223.
- Gutachten BJ: Bundesamt für Justiz, Das Staatsvertragsrecht im Bundesverfassungsrecht. Rechtliche Übersicht und Analyse. 27. Mai 2024.
- Erläuternder Bericht: Eidg. Departement für auswärtige Angelegenheiten, Paket «Stabilisierung und Weiterentwicklung der Beziehungen Schweiz – EU», Erläuternder Bericht zur Eröffnung des Vernehmlassungsverfahrens, 13. Juni 2025
- Umsetzungskonzept: Eidg. Justiz- und Polizeidepartement (EJPD), Art. 121a BV (Steuerung der Zuwanderung), Umsetzungskonzept, 20. Juni 2014
- Weisungen VFP. Staatssekretariat für Migration, Weisungen und Erläuterungen zur Verordnung über den freien Personenverkehr, Stand Januar 2024

Literatur

- Achermann Alberto, Migrationsverfassung, in: Diggelmann/Hertig Randall/Schindler (Hrsg.), Verfassungsrecht der Schweiz, 2020, Bd. III S. 2183-2207.
- Biaggini Giovanni, *Kommentar Bundesverfassung*, 2. Aufl. 2017.
- Biaggini, Giovanni, Zur *Umsetzung* von Art. 121a BV durch die Bundesversammlung: Wo liegt und welcher Art ist das Problem (verfassungsrechtlich gesehen)? ZBl 2016 S. 588 ff.
- Biaggini, Giovanni, *Verfassungsauslegung*, in: Diggelmann/Hertig Randall/Schindler (Hrsg.), Verfassungsrecht der Schweiz, 2020, Bd. I S. 235 ff.
- Boillet Véronique/Maiani Francesco, Kommentar zu Art. 121a BV, in: *Commentaire Romand Constitution*, 2021.
- Brunner Babette, Das Staatsvertragsreferendum: Ein Volksrecht im Wandel, Zürich 2014.
- Caroni Andrea/Kühne Daniela, Das obligatorische Referendum für völkerrechtliche Verträge mit Verfassungscharakter. Eine Analyse des jüngsten Reformversuchs, ZBl 2022 343-368.
- Diggelmann Oliver, Kommentar zu Art. 140 BV, in: St. Galler Kommentar zur BV, 4. Aufl., 2023.
- Egli Patricia, Kommentar zu Art. 141a BV, in: St. Galler Kommentar zur BV, 4. Aufl. 2023.
- Epiney Astrid, Zur rechtlichen *Tragweite* der Art. 121 a, Art. 197 Ziff. 9 BV, Jusletter 2. Juni 2014.
- Epiney Astrid, Zur *Auslegung* von Art. 121a Abs. 4 BV im Zusammenhang mit dem möglichen Abschluss des Kroatien-Protokolls zum FZA, Jusletter, 15. Juni 2015.

- Epiney Astrid, Unterzeichnung, Genehmigung und Ratifizierung des *Kroatien-Protokolls* zum FZA, Jusletter, 13. Juni 2016.
- Epiney Astrid, Die dynamische *Rechtsübernahme* im Entwurf des Institutionellen Abkommens, aufgezeigt am Beispiel der Unionsbürgerrichtlinie, Zeitschrift für Europarecht, 2021, S. 4 ff.
- Epiney Astrid, Die «Bilateralen III» und ihre möglichen *Auswirkungen* auf das Migrationsrecht, Jahrbuch für Migrationsrecht 2023/2024 S. 3-44.
- Epiney Astrid, «Bilaterale III» und das *Verhältnis* zwischen Völker- und Landesrecht, jusletter 10. März 2025.
- Epiney Astrid, «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, Freiburger Schriften zum Europarecht Nr. 39, Mai 2025.
- Epiney Astrid, «Bilaterale III» und Art. 121a Abs. 4 BV, jusletter 2. Juni 2025.
- Epiney Astrid/Affolter Sian, Das Institutionelle Abkommen – unter besonderer Berücksichtigung der Unionsbürgerrichtlinie, Jahrbuch für Migrationsrecht 2018/2019, S. 43 ff.
- Epiney Astrid/Diezig Stefan, Kommentar zu Art. 140 BV, in: Basler BV-Kommentar, 2015.
- Grüninger Christoph, Aspekte der Verfassungsinterpretation in der Schweiz, Zürich, 2023.
- Heselhaus Sebastian/Hänni Julia, Die eidgenössische Volksinitiative «gegen Masseneinwanderung» (Zuwanderungsinitiative) im Lichte des Freizügigkeitsabkommens und der bilateralen Zusammenarbeit mit der EU, SZIER 2013 S. 19 ff.
- Martenet Vincent, La reconnaissance de droits fondamentaux non écrits, in : De Rossa/Bovey/Hurni (Hrsg.), Festschrift 150 Jahre Bundesgericht, 2025, S. 671-686.
- Musliu Nagihan, Die Umsetzung eidgenössischer Volksinitiativen, Zürich/St. Gallen 2019.
- Oesch Matthias, Schweiz – Europäische Union, 2. Aufl. 2025.
- Pirker Benedikt, Verbleibrechte gemäss dem Freizügigkeitsabkommen Schweiz – EU, AJP 2023 S. 860-870.
- Scherer Daniela S./Meier Nora/Ambühl Michael, Konkretisierung der Schutzklausel in Art. 14(2) des Freizügigkeitsabkommen Schweiz – EU, Jusletter 16. September 2024.
- Schlegel Stefan / Sieber-Gasser Charlotte, Der dritte Weg zur vierten Freiheit, Jusletter, 17. März 2014.
- Schmid Stefan, Das «ungeschriebene» obligatorische Staatsvertragsreferendum, ZBl 125/2024 S. 519-549.
- Thurnherr Daniela, Kommentar zu Art. 121a BV, in: St. Galler Kommentar zur BV, 4. Aufl. 2023.
- Tobler Christa, Personenfreizügigkeit mit und ohne Unionsbürgerrichtlinie, Reise- und Aufenthaltsrechte im Ankara-Abkommen, dem FZA Schweiz-EU und dem EWR-Recht, Schweiz. Jahrbuch für Europarecht 2017/2018, S. 433 ff.
- Tornay Schaller Bénédicte, Kommentar zu Art. 140 und 141a BV, in: Commentaire Romand Constitution, 2021.
- Uebersax Peter, Die verfassungsrechtliche *Zuwanderungssteuerung* – Zur Auslegung von Art. 121a BV, Jusletter vom 14.4.2014.
- Uebersax Peter, Zum bundesrätlichen Vernehmlassungsentwurf zur *Umsetzung* von Art. 121a BV, Jusletter, 16. März 2015
- Uebersax Peter, *Kommentar* zu Art. 121a BV, in: Basler Kommentar BV, 2015.