

Jahrbuch für Annuaire du droit Migrationsrecht de la migration

2015/2016

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



Stämpfli Verlag

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

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

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

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

Jahrbuch für Migrationsrecht

Annuaire du droit de la migration

2015/2016

Alberto Achermann

Rechtsanwalt und assoziierter Professor an der Universität Bern

Cesla Amarelle

Professeure à l'Université de Neuchâtel

Martina Caroni

Professorin an der Universität Luzern

Astrid Epiney

Professorin an der Universität Freiburg

Jörg Künzli

Professor an der Universität Bern

Peter Uebersax

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

(Hrsg./éds.)



Stämpfli Verlag

Umschlaggestaltung: Magma, Bern

Publiziert mit Unterstützung des Staatssekretariats für Migration.

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

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

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

Information bibliographique de la Deutsche Nationalbibliothek

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

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

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

Gesamtherstellung:
Stämpfli Publikationen AG, Bern

Réalisation intégrale:
Stämpfli Publications SA, Berne

Printed in Switzerland

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

Dieses Werk ist in unserem Buchshop unter
www.staempfliverlag.com erhältlich.

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



Vorwort

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

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

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

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

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

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

Bern, im Juli 2016

Alberto Achermann
Martina Caroni
Jörg Künzli

Cesla Amarelle
Astrid Epiney
Peter Uebersax

Préface

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

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

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

¹ Traduit en français : « Europe, Europe ! », Gallimard 1988.

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

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

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

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

Berne, juillet 2016

Alberto Achermann
Martina Caroni
Jörg Künzli

Cesla Amarelle
Astrid Epiney
Peter Uebersax

Inhaltsverzeichnis – Table des matières

Teil A / Partie A: Referate – Rapports

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

Teil B / Partie B: Rechtsprechung – Jurisprudence

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

Zur schweizerischen Rechtsprechung zum Personenfreizügigkeits- abkommen.....	303
ASTRID EPINEY UND DANIELA NÜESCH	

Die Rechtsprechung des EuGH zum Europäischen Migrations- recht.....	345
SARAH PROGIN-THEUERKAUF UND CONSTANTIN HRUSCHKA	

Die Praxis internationaler Menschenrechtsorgane im Bereich Migrationsrecht	375
MARTINA CARONI UND NICOLE SCHEIBER	

Teil C / Partie C: Rechtentwicklungen – Développements juridiques

Rechtentwicklungen in der Schweiz	425
BARBARA VON RÜTTE	

Änderungen in der kantonalen Bürgerrechts-, Ausländer- und Asylrechtsgesetzgebung	479
ALEXANDRA BÜCHLER	

Internationale Entwicklungen mit Bedeutung für die Schweiz	487
ALBERTO ACHERMANN UND MARTIN HEMMI	

Teil D / Partie D: Bibliografie – Bibliographie

Bibliografie des schweizerischen Migrationsrechts 2015/2016	545
ALEXANDRA BÜCHLER	

Abkürzungsverzeichnis – Liste des abréviations	555
---	------------

Verzeichnis der Autorinnen und Autoren und der Heraus- geberinnen und Herausgeber – Liste des auteurs et éditeurs	569
--	------------

Teil A
Referate

Partie A
Rapports

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

Astrid Epiney

Inhaltsübersicht

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

I. Einleitung

Das **Freizügigkeitsabkommen** der Schweiz mit der EU¹ ist – wie auch die anderen Abkommen der sog. «Bilateralen I» – am 1. Juni 2002 in Kraft getreten, so dass auf eine rund 15-jährige Praxis zurückgeblieben werden kann. Diese hat sich mittlerweile etabliert, und es erscheint nicht übertrieben festzustellen, dass das Freizügigkeitsabkommen insgesamt recht reibungslos funktioniert, was wohl ein massgebliches Verdienst der Rechtsprechung (des Bundesgerichts) ist, die im Laufe der Zeit die für die Auslegung des Freizügigkeitsabkommens relevanten Grundsätze etabliert und damit wesentlich zur Rechtssicherheit in diesem Zusammenhang beigetragen hat. An dieser insgesamt sehr **positiven Bilanz** ändern auch einige wenige und in ihrer Bedeutung insgesamt letztlich zu vernachlässigende Meinungsverschiedenheiten mit der Union betreffend die Auslegung einzelner Aspekte des Abkommens² nichts.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

⁶ Hierzu noch unten II.1.c)bb.

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

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

II. Tragweite und Rechtswirkungen des FZA in der Schweiz

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

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

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

1. Rechtswirkungen und Verhältnis zum nationalen Recht

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

Es ist hier nicht der Ort, nochmals ausführlich auf alle sich in diesem Zusammenhang stellenden Fragen und die verschiedenen in der Literatur und von den Bundesbehörden vertretenen Ansichten im Einzelnen einzugehen.⁹ Vielmehr seien – ausgehend von der (wohl einhellig anerkannten) monistischen Konzeption des Verhältnisses von Völker- und Landesrecht in der Verfassung (a) – die diesbezüglichen, sich aus der Rechtsprechung ergebenden Grundsätze stichwortartig zusammengefasst (b), um sie dann in Beziehung zu den eingangs¹⁰ erwähnten Infragestellungen der Personenfreizügigkeit zu setzen (c).

⁸ Siehe z.B. den Bericht in: NZZ vom 9.2.2013.

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

¹⁰ Oben I.

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

Aus verschiedenen Bestimmungen der Bundesverfassung – insbesondere Art. 189, 190 BV¹¹ – erschliesst sich, dass die schweizerische Verfassungsordnung der **monistischen Konzeption** – wonach Völkerrecht und Landesrecht Teil einer einheitlichen Rechtsordnung sind – folgt. In der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ist denn auch anerkannt, dass völkerrechtliche Verträge mit ihrem Inkrafttreten auf völkerrechtlicher Ebene auch landesrechtliche Geltung erlangen.¹²

Auf dieser Grundlage können völkerrechtliche Bestimmungen auch **unmittelbar anwendbar** sein, d.h. sich nicht nur an staatliche Behörden wenden, sondern auch die Rechtsstellung Einzelner regeln. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung¹³ ist eine solche unmittelbare Anwendbarkeit unter folgenden Voraussetzungen zu bejahen:

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

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

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

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

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

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

b) *Zum Verhältnis von Völkerrecht und Landesrecht*

Dem monistischen Verständnis der Verfassung lässt sich keine Aussage über die Frage des **«Ranges» des Völkerrechts im Verhältnis zum nationalen Recht** entnehmen, geht es hier doch nur um die Frage der Inkorporation des Völkerrechts in das in dem jeweiligen Staat geltende Recht.¹⁶ Auch das Völkerrecht selbst (etwas anderes gilt nur für das EU-Recht, dem als solches sowohl unmittelbare Geltung als auch Vorrang gegenüber nationalem Recht der Mitgliedstaaten zukommt)¹⁷ regelt die «Rangfrage» nicht; zwar beansprucht das Völkerrecht als solches insofern «absolute» Geltung, als kein Staat sich unter Berufung auf sein innerstaatliches Recht seinen völkerrechtlichen Verpflichtungen entziehen kann (vgl. Art. 26, 27 Wiener Vertragsrechtskonvention, VRK¹⁸).¹⁹ Jedoch bezieht sich diese Aussage lediglich auf die völkerrechtliche Ebene, während sich das Hierarchieverhältnis von Völ-

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

¹⁵ BGE 138 II 43 E. 3.1.

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

¹⁷ Vgl. nur EuGH, Rs. C-26/62, *van Gend & Loos*, Slg. 1963, I, ECLI:EU:C:1963:1; Rs. C-6/64, *Costa/ENEL*, Slg. 1964, I141, ECLI:EU:C:1964:66.

¹⁸ Wiener Konvention über das Recht der Verträge vom 23.5.1969, SR 0.111.

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

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

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

aa. Völkerrecht und Bundesgesetze

In Bezug auf das Verhältnis von Bundesgesetzen und Völkerrecht kommen – wohl massgeblich vor dem Hintergrund des in der Verfassung zum Ausdruck gekommenen Grundsatzes des Vorrangs des Völkerrechts – nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung²⁴ folgende **Grundsätze** zum Zug (immer soweit ein Konflikt nicht durch eine völkerrechtskonforme Auslegung vermieden werden kann):²⁵

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

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

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

²³ S. insbesondere BGE 142 II 35, wo das Bundesgericht zur Begründung des Vorrangs auf Art. 27 VRK hinweist. Vgl. hierzu *Astrid Epiney*, *Auslegung und Verhältnis des Freizügigkeitsabkommens zum nationalen Recht. Zum Urteil des Bundesgerichts 2C_716/2014 vom 25. November 2016*, in: Jusletter vom 14.3.2016, Rz. 7, 24 ff.

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

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

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

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

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

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

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

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

bb. Völkerrecht und (späteres) Verfassungsrecht

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

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

ten Grundsätze des Völkerrechts zu lösen; diese Grundsätze seien für sämtliche Staatsorgane bindend, so dass im Konfliktfall das Völkerrecht grundsätzlich dem Landesrecht vorgehe); unklar jedoch BGE 136 III 168 E. 3.3.4; 136 II 120; den PKK-Entscheid ausdrücklich bestätigend BGE 131 II 352 E. 1.3.1; 136 II 241 E. 16.1; 129 II 193; 139 I 16 E. 5.1; siehe auch BGE 135 II 243 E. 3.1; 128 III 113 E. 3a; 128 IV 201 E.1.2; BGE 2C_459/2011 vom 26.4.2012.

³⁰ Unten II.1.c)bb.

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

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

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

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

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

Wendet man die soeben³⁵ skizzierten, in der Rechtsprechung (wie erwähnt) seit langem anerkannten Grundsätze auf das **Verhältnis des Freizügigkeitsabkommens zum nationalen Recht** an, so ergibt sich ein grundsätzlicher (Anwendungs-)Vorrang des Abkommens sowohl im Verhältnis zu Verfassungsrecht als auch im Verhältnis zu die Verfassung vollziehendem Gesetzesrecht. Dies soll nachfolgend anhand ausgewählter aktueller Rechtsentwicklungen oder Gesetzgebungsvorhaben im Einzelnen aufgezeigt werden. Zu unterscheiden ist auch hier zwischen dem Verhältnis zu Verfassungsrecht (aa) und demjenigen zu Gesetzesrecht (bb),³⁶ bevor in einem kurzen Zwischenfazit einige Schlussfolgerungen, unter besonderer Berücksichtigung ausgewählter, sich derzeit stellender Fragen, formuliert werden (cc).

aa. FZA und (späteres) Verfassungsrecht

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

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

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

³⁵ S. II.1.b).

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

als solche **unmittelbar anwendbar** ist. Dies wird häufig zu verneinen sein, wie auch das Bundesgericht in Bezug auf Art. 121 Abs. 3–6 BV³⁷ und Art. 121a BV³⁸ feststellte:

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

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

³⁷ BGE 139 I 16.

³⁸ BGE 142 II 35.

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

Fraglich könnte noch sein, ob eine **unmittelbare Anwendbarkeit** einer Verfassungsbestimmung zwingend immer dann anzunehmen ist, wenn sie als solche **explizit verankert** wird, wie dies in der von Volk und Ständen abgelehnten sog. «**Durchsetzungsinitiative**» geschehen ist. M.E. ist diese Frage zu verneinen: Denn auch «klare» Bestimmungen bedürfen der Auslegung, und die Kriterien für eine unmittelbare Anwendbarkeit⁴⁰ gehorchen auch einer gewissen inhärenten Logik (können doch insbesondere nur hinreichend klare Bestimmungen unmittelbar angewandt werden), die nicht durch einen zusätzlichen Satz obsolet werden. Daher ist in jedem Fall durch Auslegung zu ermitteln, ob eine Bestimmung unmittelbar anwendbar ist oder nicht, wobei selbstredend eine entsprechende «Klarstellung» hier einen Anhaltspunkt darstellen kann, dem jedoch andere Erwägungen (z.B. unzureichende Klarheit, aber auch ein Widerspruch zu grundlegenden Prinzipien des Rechtsstaats, die einer unmittelbaren Anwendbarkeit entgegenstehen können) gegenüberstehen können.⁴¹

Bemerkenswert ist in diesem Zusammenhang weiter, dass das **Bundesgericht** es **abgelehnt** hat, den **nicht unmittelbar anwendbaren Art. 121a BV** im Zusammenhang mit der **Auslegung des Freizügigkeitsabkommens** – das nach mittlerweile gefestigter Rechtsprechung grundsätzlich (soweit es auf Begriffe des Unionsrechts zurückgreift) parallel zum entsprechenden Unionsrecht auszulegen ist⁴² – zu berücksichtigen.⁴³ Die Einführung dieses Artikels

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

⁴⁰ Vgl. ausführlich zu diesen BGE 139 I 16.

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

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

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

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

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

⁴³ Vgl. BGE 142 II 35.

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

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

⁴⁶ S.o. II.1.a).

licher Verträge ausschliesslich die völkerrechtlichen Grundsätze relevant sind.⁴⁷

Soweit eine (neue) verfassungsrechtliche Bestimmung **unmittelbar anwendbar** ist, stellt sich im Falle eines Widerspruchs zum Freizügigkeitsabkommen (der auch nicht durch eine völkerrechtskonforme Auslegung «beseitigt» werden kann) die Frage nach der vorrangig anwendbaren Norm. Ausgehend von den dargelegten Grundsätzen⁴⁸ ist hier **Art. 190 BV** massgeblich. Diese Bestimmung findet auch in Bezug auf das Freizügigkeitsabkommen Anwendung, so dass mit diesem im Widerspruch stehende Verfassungsbestimmungen keine Anwendung finden können, eine zwar offenbar nicht vom Bundesrat und manchen Literaturvertretern,⁴⁹ jedoch wohl vom Bundesgericht geteilte Meinung.⁵⁰ Eine andere und gerichtlich noch nicht geklärte Frage ist diejenige danach, was gilt, wenn eine Verfassungsbestimmung selbst ausdrücklich ihren Vorrang vor (nicht zwingendem) Völkerrecht vorsieht, wie dies bei der sog. Durchsetzungsinitiative geplant war. Vieles spricht auch hier für einen differenzierten Ansatz.⁵¹

Nur am Rande sei in diesem Zusammenhang noch auf diejenige Konstellation hingewiesen, dass die in Art. 197 Ziff. 11 BV verankerte Dreijahresfrist für eine Umsetzung des **Art. 121a BV** durch eine bundesgesetzliche Regelung nicht eingehalten werden kann und daraufhin der **Bundesrat** die Verfassungsbestimmung auf dem **Verordnungsweg** umsetzt: Soweit das Verhältnis zum Völkerrecht betroffen ist, käme diesfalls der – soweit ersichtlich nicht bestrittene⁵² – **Vorrang des Völkerrechts vor Verordnungsrecht** des Bundesrates zum Zuge. Hiergegen kann auch nicht eingewandt werden, im Falle einer Umsetzung des Art. 121a BV durch eine Verordnung und ihrem Konflikt mit dem Völkerrecht gehe es insofern im Ergebnis nicht um das Verhältnis Völkerrecht – Verordnung, sondern um dasjenige zwischen Völkerrecht und Verfassung: Denn alle Verordnungen des Bundesrates müssen sich entweder auf die Verfassung oder auf ein Bundesgesetz stützen, so dass der allgemein anerkannte Grundsatz des Vorrangs des Völkerrechts vor bundesrätlichen Verordnungen letztlich häufig auch das Verhältnis der jeweiligen Rechtsgrundlage der Verordnung zum Völkerrecht betreffe. Zwar könnte man bei Art. 121a BV anführen, diese Bestimmung lasse «klar» erkennen, dass gewisse bestehende völkerrechtliche Verträge mit ihr in einem Spannungsverhältnis stehen, so dass – insoweit im Gegensatz zu anderen Rechtsgrundlagen – die Verfassung den Bundesrat auch inhaltlich (möglicherweise gar zu einem Verstoß gegen das Völkerrecht) verpflichtet. Zu überzeugen vermag freilich auch dieser denkbare Einwand nicht: Abgesehen davon, dass es grundsätzlich

⁴⁷ S. insoweit auch *Epiney*, in: BV-Kommentar (Anm. 9), Art. 5, Rn. 84 ff.
⁴⁸ Oben II.1.b)bb.

⁴⁹ Vgl. die Nachweise in Anm. 32.

⁵⁰ Vgl. BGE 139 I 16. Siehe auch schon BGE 133 II 460.

⁵¹ Vgl. im Einzelnen *Astrid Epiney*, Das Verhältnis von Völkerrecht und Landesrecht aus der Sicht des Bundesgerichts. Anmerkung zum BGE 2C_828/2011 vom 12. Oktober 2012, in: Jusletter vom 18.3.2013, Rz. 24.

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

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

bb. FZA und Bundesgesetze

Soweit das **Verhältnis des Freizügigkeitsabkommens zu Bundesgesetzen** betroffen ist, folgt aus der **jüngsten Rechtsprechung** des Bundesgerichts, dass die Schubert-Rechtsprechung⁵⁵ hier nicht anwendbar sei, sondern die **«Ausnahme von der Ausnahme»** auch in Bezug auf das Freizügigkeitsabkommen zum Zuge komme, so dass dieses auch dann Vorrang genieße, wenn der Bundesgesetzgeber «bewusst» gegen das Abkommen verstossen wollte.⁵⁶ Entwickelt worden war die Gegen Ausnahme im Zusammenhang mit menschenrechtlichen Verpflichtungen (sog. PKK-Rechtsprechung)⁵⁷, denen das Bundesgericht in BGE 142 II 35 – wie schon in einer früheren Entscheidung, der im Übrigen von der sozialrechtlichen Abteilung des Bundesgerichts stammt,⁵⁸ so dass es verfehlt ist anzunehmen, das neue Urteil reflektiere in diesem Punkt lediglich die Meinung einer Kammer – das Freizügigkeitsabkommen gleichstellt.

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

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

⁵³ Siehe insoweit auch noch unten II.1.c)cc.

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

⁵⁵ Zu dieser oben II.1.b)aa.

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

⁵⁷ BGE 125 II 417; 139 I 16.

⁵⁸ BGE 133 V 367 E. 11.4–11.6.

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

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

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

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

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

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

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