

Andreas Glaser / Arthur Brunner

Politik in der Defensive: Zwischen Vorrang des FZA und dynamischer Rezeption der EuGH-Rechtsprechung

Anmerkung zum Urteil des Bundesgerichts 2C_716/2014 vom 26. November 2015

Das Bundesgericht hat kürzlich den unbedingten Vorrang des Freizügigkeitsabkommens Schweiz–EU vor dem innerstaatlichen Recht bekräftigt. Zudem erachtet die urteilende II. öffentlich-rechtliche Abteilung über den Wortlaut hinaus für die Auslegung des Abkommens auch die neuere Rechtsprechung des EuGH für massgeblich und vermag in dem in Art. 121a BV enthaltenen Ziel der Zuwanderungsbegrenzung keinen triftigen Grund für ein Abweichen von der Auslegung des EuGH zu erkennen. Die Autoren unterziehen das Urteil einer betont kritischen Analyse und würdigen es vor dem Hintergrund der gegenwärtigen europapolitischen Debatten in der Schweiz.

Beitragsarten: Urteilsbesprechungen

Rechtsgebiete: Ausländer- und Asylrecht; Staatsangehörigkeit. Bürgerrecht; Europarecht; Bilaterale Abkommen CH-EU

Zitiervorschlag: Andreas Glaser / Arthur Brunner, Politik in der Defensive: Zwischen Vorrang des FZA und dynamischer Rezeption der EuGH-Rechtsprechung, in: Jusletter 18. April 2016

Inhaltsübersicht

- I. Routinefall oder schleichender Staatsstreich?
- II. Die (irrelevante) Frage nach dem Anwendungsvorrang
 1. Bekräftigung des Vorrangs des Völkerrechts
 2. Keine Normkollision zwischen Art. 121a BV und FZA
- III. Die Entwicklung der dynamischen Rezeption der EuGH-Rechtsprechung durch das Bundesgericht
 1. Progressive Rechtsprechung der II. öffentlich-rechtlichen Abteilung
 2. Zurückhaltendere Rechtsprechung der sozialrechtlichen Abteilungen
 3. Dogmatisches Begründungsdefizit
- IV. Bedeutungslosigkeit von Verfassungsnormen im Anwendungsbereich des FZA aufgrund des Vorrangs des Völkerrechts?
 1. Unbeachtlichkeit programmatischer Verfassungsnormen für die Auslegung völkerrechtlicher Abkommen?
 2. Verfassungsrechtliche Pflicht zur Ausschöpfung völkerrechtlicher Spielräume
- V. Kritik an der methodischen Vorgehensweise des Bundesgerichts
 1. Grenzen der funktionalen Zuständigkeit des Bundesgerichts
 2. Koordination der verschiedenen Abteilungen des Bundesgerichts?
- VI. Rechtspolitische Implikationen
 1. Umsetzung von Art. 121a BV
 2. Institutionelle Reformen
 - a) Rahmenabkommen
 - b) Selbstbestimmungsinitiative
- VII. Dissenting opinion: Einen Versuch wert?

I. Routinefall oder schleichender Staatsstreich?

[Rz 1] Das Bundesgericht hatte sich in seinem zur amtlichen Publikation vorgesehenen Urteil 2C_716/2014 vom 26. November 2015 mit einem migrationsrechtlichen Routinefall zu befassen. Eine Staatsangehörige der Dominikanischen Republik führte Beschwerde gegen die Nichtverlängerung ihrer im Jahr 2003 erteilten Aufenthaltsbewilligung B und die damit verbundene Wegweisung aus der Schweiz. Die Aufenthaltsbewilligung war ihr seinerzeit erteilt worden, damit sie das Sorgerecht für ihren 2002 geborenen Sohn wahrnehmen konnte, der wie sein Vater die deutsche Staatsangehörigkeit besitzt und über eine schweizerische Niederlassungsbewilligung verfügt. Nach der Auflösung der Lebensgemeinschaft im Jahr 2004 hatte die Beschwerdeführerin mit ihrem Sohn bis im Jahr 2012 Sozialhilfeleistungen im Umfang von CHF 394'683.20 bezogen. Nachdem das Migrationsamt des Kantons Zürich die Beschwerdeführerin bereits mehrmals darauf hingewiesen hatte, dass ihre Aufenthaltsbewilligung bei andauernder Sozialhilfeabhängigkeit nicht mehr verlängert würde, lehnte es im Jahr 2012 die Erneuerung der Bewilligung aufgrund der fortdauernden Sozialhilfeabhängigkeit ab und verfügte die Wegweisung. Diesen Entscheid zog die Beschwerdeführerin zunächst erfolglos an das Verwaltungsgericht des Kantons Zürich weiter und unterlag nun auch vor dem Bundesgericht. Dieses wies die Beschwerde ab, da die Beschwerdeführerin auf der Grundlage des Freizügigkeitsabkommens (FZA)¹ ein Aufenthaltsrecht weder aus der ehemaligen Beziehung zum Vater des gemeinsamen Kindes² noch wegen ausrei-

¹ Abkommen vom 21. Juni 1999 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft einerseits und der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten andererseits über die Freizügigkeit, SRä0.142.112.681.

² E. 4.

chender finanzieller Mittel³ ableiten konnte und auch keinen Anspruch aus Art. 8 Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK) besass⁴.

[Rz 2] Vor diesem Hintergrund erstaunt es, dass das Urteil von alt Bundesrat CHRISTOPH BLOCHER unter (erneutem) Einsatz der Staatsstreicherhetorik in einem Atemzug mit dem mittlerweile legendären BGE 139 I 16 genannt und als (weiteres) Element auf einem angeblichen «Weg in die Diktatur» bezeichnet⁵ sowie in der Presse unter dem Titel «Der Volkswille spielt keine Rolle» referiert wurde⁶. Die Aufregung ist denn auch nicht auf den entschiedenen Einzelfall beziehungsweise die diesbezügliche Begründung des Bundesgerichts zurückzuführen.

[Rz 3] Verantwortlich für die heftigen Reaktionen ist vielmehr E. 3 des Urteils. In dieser Erwägung bestätigt die II. öffentlich-rechtliche Abteilung des Bundesgerichts ihre jüngere Rechtsprechung zu zwei Fragekomplexen, die schon jeweils für sich genommen nicht unumstritten sind. Zum einen bekräftigt das Bundesgericht den generellen Vorrang bestimmter unmittelbar anwendbarer völkerrechtlicher Normen vor dem Landesrecht, einschliesslich der Bundesverfassung. Zum anderen hält es seine bisherige Rechtsprechung aufrecht, wonach das FZA im Einklang mit der Rechtsprechung des Gerichtshofes der Europäischen Union (EuGH) zum Unionsrecht auszulegen ist (*dynamische Rezeption der EuGH-Rechtsprechung*).

[Rz 4] Der vorliegende Beitrag zeichnet zunächst die Evolution dieser beiden Rechtsprechungslinien nach und unterzieht sie einer kritischen Analyse (dazu II. und III.).⁷ Der Schwerpunkt des Beitrags liegt auf der Untersuchung der bundesgerichtlichen Verknüpfung des Anwendungsvorrangs der Bestimmungen des FZA mit den Auslegungsleitlinien zum FZA (dazu IV.). Anlass zu Bemerkungen gibt ausserdem die methodische Herangehensweise des Bundesgerichts (dazu V.). So ist nicht ohne weiteres verständlich, warum sich die II. öffentlich-rechtliche Abteilung im vorliegenden Urteil zu Fragen geäussert hat, die für den entschiedenen Einzelfall keine unmittelbare Bedeutung besitzen, im gegenwärtigen Umsetzungsprozess von Art. 121a Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft (BV) aber von grösster politischer Relevanz sind. Überdies ist fraglich, ob die Abteilung ein Koordinationsverfahren nach Art. 23 Bundesgerichtsgesetz (BGG) hätte anstrengen müssen. Im Anschluss daran werden die Auswirkungen des Urteils auf die Umsetzung von Art. 121a BV und auf mögliche institutionelle Reformen wie den Abschluss eines Rahmenabkommens mit der EU und die Volksinitiative «Schweizer Recht statt fremde Richter» (Selbstbestimmungsinitiative) beleuchtet (VI.). Abgerundet wird der Beitrag mit einem Seitenblick auf die derzeit diskutierte Einführung der Möglichkeit einer *dissenting opinion* am Bundesgericht (VII.).

³ E. 5.

⁴ E. 6.

⁵ CHRISTOPH BLOCHER, Auf dem Weg zur Diktatur, NZZ vom 4. Februar 2016, 11.

⁶ KATHARINA FONTANA, Der Volkswille spielt keine Rolle, NZZ vom 30. Januar 2016, 18.

⁷ Ausführlich zu diesen beiden Problemkreisen bereits ASTRID EPINEY, Auslegung und Verhältnis des Freizügigkeitsabkommens zum nationalen Recht, in: Jusletter 14. März 2016, Rz. 17 ff.

II. Die (irrelevante) Frage nach dem Anwendungsvorrang

1. Bekräftigung des Vorrangs des Völkerrechts

[Rz 5] Die Frage nach dem Anwendungsvorrang im Fall einer Normkollision zwischen Völkerrecht und Bundesverfassung beziehungsweise Bundesgesetzen ist in Rechtsprechung und Wissenschaft nach wie vor umstritten.⁸ Spätestens seit BGE 139 I 16⁹ ist völlig offen, ob die in BGE 99 Ib 39 begründete sogenannte «Schubert-Praxis» nach wie vor Bestand hat¹⁰ oder nicht¹¹ – und falls vom Weiterbestand der «Schubert-Praxis» auszugehen ist, welche völkerrechtlichen Abkommen im Sinne der in BGE 125 II 417 statuierten «PKK-Praxis» von ihr ausgenommen sind.

[Rz 6] Die II. öffentlich-rechtliche Abteilung bekräftigt in E. 3.2 unter Berufung auf die bisherige Rechtsprechungslinie¹² den vorbehaltlosen Vorrang menschenrechtlicher Bestimmungen des Völkerrechts vor bewusst abweichendem Gesetzesrecht.¹³ Sie betont explizit, dass die «Schubert-Praxis» im Verhältnis zum FZA nicht gelte, sondern die PKK-Rechtsprechung anzuwenden sei.¹⁴ Die Richter billigen dem FZA unter Berufung auf BGE 133 V 367 Vorrang gegenüber jeglichem abweichendem Gesetzesrecht zu.¹⁵ In dem in Bezug genommenen Urteil aus dem Jahr 2007 wurde den unmittelbar anwendbaren Bestimmungen des FZA anhand des Gleichbehandlungsgebotes (Anhang I Art. 9 Abs. 2 FZA) menschenrechtlicher Charakter im Sinne der PKK-Rechtsprechung beigemessen.¹⁶

[Rz 7] Bemerkenswert ist dabei die soweit ersichtlich erstmals angeführte Begründung für den unbedingten Vorrang des FZA. Die Abteilung zitiert die für die Rechtsordnungen der EU-Mitgliedstaaten fundamentalen Entscheidungen des EuGH¹⁷ zur direkten Anwendbarkeit der Grundfreiheiten (van Gend en Loos)¹⁸ und zum Vorrang des Unionsrechts vor mitgliedstaatlichem Recht (Costa/E.N.E.L.)¹⁹. Wörtlich heisst es in E. 3.2: «Die vorne erwähnte Ausnahme nach der sogenannten «Schubert-Praxis» gilt im Verhältnis zur Europäischen Union und den von der Schweiz

⁸ Siehe nur GIOVANNI BIAGGINI, Die Verfassung im Normengefüge, in: ders./Gächter/Kiener (Hrsg.), Staatsrecht, 2. Aufl., Zürich/St. Gallen 2015, § 9 Rz. 30 ff.

⁹ Vgl. dort insbesondere E. 5.1, S. 29: «Der dargelegte Vorrang [des Völkerrechts vor dem Landesrecht, Anm. d. Verf.] besteht auch gegenüber späteren, d.h. nach der völkerrechtlichen Norm in Kraft getretenen Bundesgesetzen; [...]. Die Schweiz kann sich nicht auf ihr innerstaatliches Recht berufen, um die Nichterfüllung eines Vertrags zu rechtfertigen [...]. Entsprechend bleibt eine dem Völkerrecht entgegenstehende Bundesgesetzgebung regelmässig unanwendbar [...].»

¹⁰ Siehe dazu nur die umfassende Rechtsprechungsanalyse bei STEFAN SCHÜRER, Hat die PKK-Rechtsprechung die Schubert-Praxis relativiert?, ZBl 116/2015, 115 ff.

¹¹ Dieser Meinung ist z.B. YVO HANGARTNER, Bundesgerichtlicher Positionsbezug zum Verhältnis Bundesverfassung und Völkerrecht, AJP 2013, 698, 702.

¹² Unter anderem BGE 139 I 16 E. 5.1 S. 28 f.

¹³ Zustimmend EPINEY (Fn. 7), Rz. 31.

¹⁴ Ebenso die Bewertung bei CHRISTA TOBLER, Eine einvernehmliche Schutzklausel für das Vereinigte Königreich: Hoffnung für die Schweiz?, in: Jusletter 29. Februar 2016, Rz. 48.

¹⁵ Dazu TOBLER (Fn. 14), Rz. 50 f.

¹⁶ BGE 133 V 367 E. 11.2, 11.4 S. 388 f. Kritisch hierzu FELIX SCHÖBLI, Vorrang der EMRK vor Bundesgesetzen? – Bemerkungen zu BGE 136 III 168, recht 2010, 131, 134.

¹⁷ Zu dieser Einordnung nur RAINER WAHL, Das Recht der Integrationsgemeinschaft Europäische Union, in: Franziskus/Lejeune/von Lewinski/Messerschmidt/Michael/Rossi/Schilling/Wysk (Hrsg.), Beharren. Bewegen, Festschrift für Michael Klopfer zum 70. Geburtstag, Berlin 2013, 233, 246 f.

¹⁸ Urteil des EuGH vom 5. Februar 1963 C-26/62 *van Gend en Loos*, Slg. 1963, 3.

¹⁹ Urteil des EuGH vom 15. Juli 1964 C- 6/64 *Costa/E.N.E.L.*, Slg. 1964, 1141.

im Freizügigkeitsrecht staatsvertraglich eingegangenen Pflichten nicht, weil es dabei über die Realisierung der teilweise übernommenen Grundfreiheit um eine Angleichung der Rechtsordnung [...] geht, welche für die EU-Mitgliedstaaten ihrerseits direkt anwendbar ist [Verweis auf van Gend en Loos] und für welche kraft Unionsrechts der Vorrang dieser Rechtsordnung ebenfalls Geltung hat [Verweis auf Costa/E.N.E.L.]».

[Rz 8] Die Aussage nimmt darauf Bezug, dass die direkte Anwendbarkeit des Unionsrechts und dessen Vorrang vor abweichendem nationalem Recht zentrale Strukturprinzipien des Unionsrechts darstellen.²⁰ Dem Bundesgericht ist zuzustimmen, soweit es annimmt, dass der Zweck der Harmonisierung des Freizügigkeitsrechts nur dann erreicht werden kann, wenn die Auslegung der übernommenen Bestimmungen in der Schweiz in gleicher oder zumindest ähnlicher Weise erfolgt wie in der EU.²¹ Die aus dem supranationalen Charakter der EU resultierenden unionsrechtlichen Grundsätze der direkten Anwendbarkeit und des Vorrangs des Unionsrechts sind auf die als «klassische völkerrechtliche Verträge» ausgestalteten Bilateralen Verträge zwischen der Schweiz und der EU²² allerdings gerade nicht anwendbar.²³ Entsprechend kann daraus auch nicht ohne weiteres eine Pflicht der Schweiz abgeleitet werden, ihre Rechtsordnung derjenigen der Union fortlaufend anzugleichen, selbst wenn die EU-Mitgliedstaaten ihrerseits die Bilateralen Verträge in der Regel im Einklang mit der sich ständig weiterentwickelnden Rechtsprechung des EuGH auslegen. Der EuGH selbst zieht denn auch keine entsprechenden Parallelen.²⁴

[Rz 9] Es ist eines der Kennzeichen des bisherigen bilateralen Wegs, dass sich die Schweiz – von wenigen Ausnahmen abgesehen²⁵ – dazu verpflichtet hat, die Regelungen der Union lediglich in dem Umfang zu übernehmen, wie sie zum Zeitpunkt der Unterzeichnung der Verträge bestanden und dementsprechend auch die Rechtsprechung des EuGH nur bis zu diesem Zeitpunkt zu berücksichtigen (sog. *statische Übernahme*, wie sie etwa in Art. 16 Abs. 2 FZA zum Ausdruck gelangt).²⁶ Eine «Aufdatierung» beziehungsweise dynamische Anpassung der Bilateralen Verträge an die unionsrechtlichen Entwicklungen nach dem Vertragsschluss bedarf demgegenüber der Zustimmung der nach schweizerischem Verfassungsrecht zuständigen Organe.²⁷ Dies birgt zwar das Risiko eines Auseinanderdriftens des bilateralen Vertragsrechts und des Unionsrechts, welches sich insbesondere durch die Rechtsprechung des EuGH ständig weiterentwickelt; die verfas-

²⁰ Vgl. ROLAND BIEBER, Strukturprinzipien der EU-Verfassung, in: ders./Epiney/Haag, Die Europäische Union, 11. Aufl., Basel/Baden-Baden 2015, § 3 Rz. 35 ff.; ROLAND BIEBER/FRANCESCO MAIANI, Précis de droit européen, 2. Aufl., Bern 2011, 40 ff.; STEPHAN BREITENMOSER/ROBERT WEYENETH, Europarecht, 4. Aufl., Zürich/St. Gallen 2014, Rz. 21; MATTHIAS OESCH, Europarecht, Bern 2015, Rz. 319 f.

²¹ Vgl. THOMAS COTTIER/NICOLAS DIEBOLD, Warenverkehr und Freizügigkeit in der Rechtsprechung des Bundesgerichts zu den Bilateralen Abkommen, in: Jusletter 2. Februar 2009, Rz. 41; TOBIAS JAAG/JULIA HÄNNI, Europarecht, 4. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2015, Rz. 4018; TOBLER (Fn. 14), Rz. 54.

²² Vgl. ANDREAS GLASER/LORENZ LANGER, Die Institutionalisierung der Bilateralen Verträge: Eine Herausforderung für die schweizerische Demokratie, SZIER/RSDIE 4/2013, 563 ff., 568; ASTRID EPINEY/BEATE METZ/BENEDIKT PIRKER, Zur Parallelität der Rechtsentwicklung in der EU und in der Schweiz, Zürich/Basel/Genf 2012, 96.

²³ Siehe auch OESCH (Fn. 20), Rz. 905; HANSJÖRG SEILER, Dynamik oder Statik in der Rechtsprechung des Bundesgerichts zum EU-Recht?, in: Glaser/Langer (Hrsg.), Die Verfassungsdynamik der europäischen Integration und demokratische Partizipation, Zürich/St. Gallen 2015, 77, 84 f.

²⁴ Urteil des EuGH vom 12. November 2009 C-351/08 *Grimme*, Slg. 2009, I-10777 Rz. 29: «In diesem Zusammenhang kann die den gemeinschaftsrechtlichen Bestimmungen über den Binnenmarkt gegebene Auslegung nicht automatisch auf die Auslegung des Abkommens übertragen werden, sofern dies nicht im Abkommen selbst ausdrücklich vorgesehen ist». Dazu GLASER/LANGER (Fn. 22), 573 f.

²⁵ Vgl. OESCH (Fn. 20), Rz. 925 m. w. N.

²⁶ Vgl. EPINEY/METZ/PIRKER (Fn. 22), 97 f.; JAAG/HÄNNI (Fn. 21), Rz. 4018; SEILER, (Fn. 23), 81.

²⁷ GLASER/LANGER (Fn. 22), 568 f.; BIEBER/MAIANI (Fn. 20), 426; COTTIER/DIEBOLD (Fn. 21), Rz. 44.

sungsrechtlich zwingende demokratische Legitimation der Bilateralen Verträge kann aber mangels Übertragung von Hoheitsrechten auf die EU auf andere Weise nicht sichergestellt werden.²⁸ [Rz 10] In Übereinstimmung mit dieser materiellen Grundkonzeption sehen die Bilateralen Verträge keine dem Unionsrecht entsprechenden institutionellen Mechanismen vor. Überwachung und Streitbeilegung erfolgen im Verhältnis zur Schweiz nicht durch die Kommission beziehungsweise den EuGH im Rahmen des Vertragsverletzungs- und des Vorabentscheidungsverfahrens, sondern durch die Gemischten Ausschüsse und damit letztlich auf der politischen Ebene.²⁹ So stellt der Gemischte Ausschuss auf Antrag einer Vertragspartei die Auswirkungen der Rechtsprechung des EuGH nach Vertragsunterzeichnung fest, um das ordnungsgemässe Funktionieren des FZA sicherzustellen (Art. 16 Abs. 2 Satz 3 FZA).

[Rz 11] Der in den Bilateralen Verträgen vorgesehene Durchsetzungsmechanismus unterscheidet sich damit wesentlich von demjenigen im Rahmen der EMRK mit der Möglichkeit der Individualbeschwerde zum EGMR.³⁰ Während Art. 122 BGG vorsieht, dass die endgültige Feststellung einer Verletzung der EMRK durch den EGMR unter bestimmten Umständen einen Revisionsgrund darstellt, fehlt eine analoge Bestimmung für einen Feststellungsbeschluss im Sinne von Art. 16 Abs. 2 Satz 3 FZA. Es ist vielmehr umstritten, ob nicht nur die Verwaltung, sondern auch die Rechtsprechung an einen derartigen Beschluss gebunden ist.³¹ Die Argumentation des Bundesgerichts hinsichtlich des unbedingten Vorrangs der EMRK³² kann deshalb nicht ohne weiteres auf die Konstellation der Bilateralen Verträge übertragen werden.

2. Keine Normkollision zwischen Art. 121a BV und FZA

[Rz 12] Das Bundesgericht hätte den Anwendungsvorrang im hier zu besprechenden Urteil nicht thematisieren müssen.³³ Es fehlt nämlich bereits an der Anwendbarkeit potenziell konfligierender Normen des Völkerrechts einerseits und des nationalen (Verfassungs-)Rechts andererseits. Auf der einen Seite ist unbestritten, dass die einschlägigen Bestimmungen des FZA (Art. 3 Abs. 6 Anhang I und Art. 24 Abs. 1 Anhang I FZA) unmittelbar anwendbar sind, können sie doch Grundlage für einen Einzelfallentscheid bei der Rechtsanwendung bilden.³⁴ Dass die bestehenden Verträge bis zur Neuaushandlung oder Kündigung unberührt bleiben sollen, dürfte auch dem in Art. 121a Abs. 4 und Art. 197 Ziff. 11 Abs. 1 BV zum Ausdruck gelangenden Verständnis entsprechen. Insofern ist den Erwägungen des Bundesgerichts (vgl. E. 3.2) zuzustimmen.

²⁸ Siehe auch SEILER (Fn. 23), 77 f.

²⁹ Ausgenommen ist die Streitbeilegung im Rahmen des Luftverkehrsabkommens, für welche der EuGH zuständig ist, vgl. JAAG/HÄNNI (Fn. 21), Rz. 4014, 4134b; OESCH (Fn. 20), Rz. 908, 914.

³⁰ Vgl. auch GIOVANNI BIAGGINI, Über die Auslegung der Bundesverfassung und ihr Verhältnis zur EMRK, ZBl 114/2013, 316, 331.

³¹ Siehe dazu JAAG/HÄNNI (Fn. 21), Rz. 4035a.

³² BGE 139 I 16 E. 5.2.3 S. 30.

³³ Anderer Meinung EPINEY (Fn. 7), Rz. 15, welche die Klärung der Normhierarchie zwischen Völkerrecht und innerstaatlichem Recht offenbar als Voraussetzung für die Beantwortung der Frage nach der anwendbaren Auslegungsmethodik ansieht. Vgl. zu dieser Fragestellung noch unten, IV. 2.

³⁴ Zur unmittelbaren Anwendbarkeit der Bestimmungen des FZA nur BGE 129 II 249 E. 3.3 S. 257.

[Rz 13] Ebenso dürfte es zutreffen, dass in E. 3.1 die direkte Anwendbarkeit von Art. 121a Abs. 1–3 BV im Einklang mit verschiedenen Stellungnahmen in der Literatur³⁵ mangels tauglicher Grundlage für eine Verwaltungsentscheidung im Einzelfall verneint wird. Verfassungsbestimmungen sind unmittelbar anwendbar, wenn sie genügend bestimmt sind, um mit ihrem Inkrafttreten ohne ausführende Gesetzgebung (ganz oder teilweise) mit Wirkungen auch für Private unmittelbare Anwendung zu finden.³⁶ Die unmittelbare Anwendbarkeit einer Verfassungsbestimmung setzt mit Blick auf die Einhaltung des Gesetzesvorbehalts und der Rechtssicherheit demnach voraus, dass Tatbestand und Rechtsfolgen genügend präzise formuliert sind, also eine hinreichende und angemessene Bestimmtheit aufweisen.³⁷

[Rz 14] Selbst die in Art. 121a Abs. 3 Satz 2 BV erwähnten Kriterien («Gesuch eines Arbeitgebers», «Integrationsfähigkeit» und «ausreichende, eigenständige Existenzgrundlage») dürften in diesem Sinne nicht hinreichend bestimmt sein, um aus Sicht der Migrationsbehörde jedenfalls bei Familiennachzug oder Nichterwerbstätigkeit über die Erneuerung einer Aufenthaltsbewilligung entscheiden zu können. Wie das Bundesgericht zu Recht ausführt, sprechen Art. 121a Abs. 4 und Abs. 5 sowie Art. 197 Ziff. 11 BV dafür, dass die Verfassungsbestimmung «der Umsetzung durch Verhandlung mit den Vertragsparteien und durch Gesetzgebung» bedarf. Im vorliegenden Fall waren also allein die Bestimmungen des FZA zugrunde zu legen, um über die Erneuerung der Aufenthaltsbewilligung und die daran anknüpfende Wegweisung zu entscheiden.

[Rz 15] Die Ausführungen des Bundesgerichts in Bezug auf die Normhierarchie zwischen FZA und innerstaatlichem Recht waren nach hier vertretener Auffassung aufgrund des Fehlens eines Normkonflikts also nicht entscheidungsrelevant. Hingegen hat sich das Bundesgericht im hier besprochenen Urteil zu Recht die Frage gestellt, ob sich an den bisherigen Auslegungsgrundsätzen zum FZA nach dem Inkrafttreten von Art. 121a BV etwas geändert hat, zumal die anwendbaren Vorschriften des FZA mit Inhalt gefüllt werden mussten (dazu sogleich).³⁸

III. Die Entwicklung der dynamischen Rezeption der EuGH-Rechtsprechung durch das Bundesgericht

1. Progressive Rechtsprechung der II. öffentlich-rechtlichen Abteilung

[Rz 16] Ursprünglich berücksichtigte das Bundesgericht die nach dem 21. Juni 1999 ergangene Rechtsprechung des EuGH bei der Auslegung des FZA lediglich neben anderen Gesichtspunk-

³⁵ ASTRID EPINEY, Zur rechtlichen Tragweite der Art. 121a, Art. 197 Ziff. 9 BV, in: Jusletter 2. Juni 2014, Rz. 1, 10; STEFAN SCHLEGEL/CHARLOTTE SIEBER-GASSER, Der Dritte Weg zur Vierten Freiheit, in: Jusletter 17. März 2014, Rz. 39; RAINER J. SCHWEIZER, in: Ehrenzeller/Mastronardi/Schweizer/Vallender (Hrsg.), Die schweizerische Bundesverfassung, 3. Aufl., Zürich/St. Gallen 2014, Art. 121a Rz. 22; PETER UEBERSAX, in: Waldmann/Belser/Epiney (Hrsg.), Bundesverfassung, Basel 2015, Art. 121a Rz. 9.

³⁶ BGE 139 II 243 E. 8 S. 249. Speziell zu Verfassungsbestimmungen, die auf Volksinitiativen zurückgehen, Yvo HANGARTNER, Unklarheiten bei Volksinitiativen – Bemerkungen aus Anlass des neuen Art. 121 Abs. 3–6 BV (Aus-schaffungsinitiative), AJP 2011, 471, 476. Allgemein ULRICH HÄFELIN/GEORG MÜLLER/FELIX UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 7. Aufl., Zürich/St. Gallen 2016, Rz. 59 ff.

³⁷ BGE 139 II 243 E. 10 S. 252.

³⁸ Zutreffend daher EPINEY (Fn. 7), Rz. 14, 16, soweit der obiter-dictum-Charakter der Ausführungen in E. 3 betreffend die Auslegung des FZA verneint wird.

ten als Auslegungshilfe mit.³⁹ Neuere Urteile des EuGH wurden für die Auslegung herangezogen, «vor allem wenn sie nichts anderes tun, als eine vorherige Rechtsprechung zu präzisieren [...]».⁴⁰ War dies nicht der Fall, bestand demnach keine Bindungswirkung und erfolgte keine automatische Rezeption.⁴¹

[Rz 17] Beginnend mit BGE 136 II 5 hält sich das Bundesgericht – und insbesondere die II. öffentlich-rechtliche Abteilung – bei der Auslegung des FZA grundsätzlich an die Rechtsprechung des EuGH, soweit das FZA unionsrechtliche Grundsätze in Bezug nimmt. Lediglich «aus triftigen Gründen» behält sich das Bundesgericht ein Abweichen vor, was es «aber mit Blick auf die angestrebte parallele Rechtslage nicht leichthin tun» werde.⁴² Diese Rechtsprechung hat zu einer Umkehr der Vorzeichen bei der Auslegung des FZA geführt: Die neuere Rechtsprechung des EuGH ist nicht mehr nur ein Auslegungsargument unter anderen, sondern hat sich zur dominierenden Auslegungsleitlinie entwickelt, von der in aller Regel nicht abgewichen wird.

[Rz 18] Die II. öffentlich-rechtliche Abteilung setzt im Rahmen des vorliegend besprochenen Urteils ihre inzwischen ständige Rechtsprechung fort.⁴³ Im Hinblick auf das in der Präambel und Art. 16 Abs. 1 FZA verortete Ziel einer «möglichst parallelen Rechtslage» solle «von der Auslegung abkommensrelevanter unionsrechtlicher Bestimmungen durch den EuGH nach dem Unterzeichnungsdatum nur bei Vorliegen triftiger Gründe» abgewichen werden. Ein Bestreben, ausdrückliche Entscheide des schweizerischen Gesetzgebers im Zweifelsfall auch bei gegenläufiger EuGH-Rechtsprechung zu schützen,⁴⁴ lässt sich dabei nicht erkennen.

2. Zurückhaltendere Rechtsprechung der sozialrechtlichen Abteilungen

[Rz 19] Gewisse Nuancen zu dieser eher progressiven Rechtsprechung der II. öffentlich-rechtlichen Abteilung⁴⁵ lassen sich in der Rechtsprechung der sozialrechtlichen Abteilungen erkennen.⁴⁶ Inhaltliche Differenzen zwischen den Abteilungen ergeben sich zwar bislang nicht, zumal in den einschlägigen Fällen regelmässig ein Beschluss des Gemischten Ausschusses betreffend Nichtübernahme der neueren Rechtsprechung vorlag; die Formulierungen in den Urteilen

³⁹ BGE 130 II 1 E. 3.6.1 S. 10 f.; BGE 130 II 113 E. 5.2 S. 119 f. Näher dazu HANSJÖRG SEILER, Einfluss des europäischen Rechts und der europäischen Rechtsprechung auf die schweizerische Rechtspflege, ZBJV 150/2014, 265, 275 f.

⁴⁰ BGE 134 V 428 E. 5 S. 434.

⁴¹ BGE 132 V 423 E. 9.4.3 S. 439.

⁴² BGE 136 II 5 E. 3.4 S. 13; BGE 136 II 65 E. 3.1 S. 71; BGE 139 II 393 E. 4.1.1 S. 398; BGE 140 II 112 E. 3.2 S. 117; BGE 140 II 364 E. 5.3 S. 372; BGE 141 II 1 E. 2.2.3 S. 6.

⁴³ Zustimmend EPINEY (Fn. 7), Rz. 17: «Die Ausführungen des Bundesgerichts zur Auslegung des Freizügigkeitsabkommens überzeugen in jeder Beziehung».

⁴⁴ So noch SEILER (Fn. 23), 86 f.

⁴⁵ Als gewisse Relativierung dieser progressiven Rechtsprechung kann ein Diktum der II. öffentlich-rechtlichen Abteilung in BGE 139 II 393 E. 4.1.1 S. 398 angesehen werden: «Bezüglich «neuer» Entwicklungen besteht gestützt auf Art. 16 Abs. 2 FZA keine Befolungspflicht, sondern höchstens ein Beachtungsgebot in dem Sinn, dass diese nicht ohne sachliche Gründe unbeachtet bleiben sollen, aber aus der Sicht der Vertragspartner auch nicht zu einer nachträglichen Änderung des Vertragsinhalts führen dürfen. Für eine solche sind die Verfahren nach Art. 17 (Entwicklung des Rechts) und Art. 18 (Revision) FZA vorgesehen. Der Schweizer Richter muss die Tragweite der neuen Rechtsprechung des EuGH jeweils auf dem Stand des 1999 übernommenen «Acquis communautaire» würdigen und auslegungsweise klären, ob deren Gehalt (noch) dem Regelungsgegenstand des an sich statisch ausgestalteten FZA entspricht oder ausschliesslich Teil der dynamischen Weiterbildung des Unionsrecht seit dem 21. Juni 1999 bildet und jenen damit sprengt».

⁴⁶ Anders aber TOBLER (Fn. 14), Rz. 56.

erscheinen aber zurückhaltender. In BGE 132 V 423 liess es das Gericht für die Nichtberücksichtigung der neueren Rechtsprechung des EuGH schon genügen, dass der Gemischte Ausschuss keinen diesbezüglichen Beschluss gefällt hatte.⁴⁷ Die II. sozialrechtliche Abteilung betont in einem kürzlich ergangenen, zur Publikation vorgesehenen Urteil unter Bezugnahme auf BGE 132 V 423 nach wie vor die grundsätzliche Unverbindlichkeit der EuGH-Rechtsprechung nach dem 21. Juni 1999.⁴⁸ Ebenfalls aus jüngerer Zeit stammt die Aussage, wonach «später [nach dem 21. Juni 1999] ergangene Urteile [... des EuGH] heranzuziehen [sind], sofern sie sich darauf beschränken, bereits bekannte Grundsätze zu wiederholen und ohne neue Elemente auf einen gleichartigen Fall anzuwenden [...]».⁴⁹

[Rz 20] Das Bundesgericht hatte in BGE 132 V 423 explizit offengelassen, ob es der dynamischen Interpretation des FZA zuneige⁵⁰ und stattdessen festgehalten, bei Vorliegen eines Beschlusses des Gemischten Ausschusses werde es die Rechtsprechung des EuGH nach der Unterzeichnung des FZA nicht entgegen dem klaren Wortlaut dieses Beschlusses anwenden. Die II. sozialrechtliche Abteilung sieht auch gegenwärtig keinen Anlass, «de déroger aux principes exposés au consid. 9 de l'ATF 132 V 423, lesquels conservent aujourd'hui encore toute leur pertinence».⁵¹ Darüber hinaus heisst es, das Gericht würde sich über die in Art. 16 Abs. 2 FZA vorgesehene statische Ausgestaltung des FZA («la nature en soi statique de l'ALCP»), den völkervertragsrechtlichen Grundsatz des *pacta sunt servanda* sowie über die in Art. 18 FZA vorgesehene Kompetenzordnung und Verfahrensregelung hinwegsetzen, wenn es die Rechtsprechung des EuGH nach Unterzeichnung des FZA entgegen dem Wortlaut eines Beschlusses des Gemischten Ausschusses zugrunde legen würde.⁵²

3. Dogmatisches Begründungsdefizit

[Rz 21] Das Ziel einer möglichst parallelen Rechtslage durch Auslegung des FZA anhand der neueren EuGH-Rechtsprechung wird in der Literatur weitgehend geteilt und insbesondere mit einer Zusammenschau aus den in Art. 31 f. Wiener Übereinkommen über das Recht der Verträge (VRK)⁵³ enthaltenen allgemeinen Auslegungsgrundsätzen, der Präambel und Art. 16 Abs. 1 FZA begründet.⁵⁴ Bis heute haben aber weder das Bundesgericht noch die Wissenschaft einen dogmatisch hinreichend untermauerten Begründungsansatz hierfür entwickelt.⁵⁵ So überzeugt es im Hinblick auf die überaus präzisen Spezialregelungen in Art. 16 Abs. 2 FZA nicht auf Anhieb, die Berücksichtigung der EuGH-Rechtsprechung jenseits der Datumsgrenze unter Berufung auf die rechtlich unverbindliche Präambel als (viel unspezifischer umschriebene) «erforderliche Mass-

⁴⁷ BGE 132 V 423 E. 9.4 S. 438.

⁴⁸ Urteil des Bundesgerichts 9C_381/2015 vom 17. Dezember 2015, zur Publikation vorgesehen E. 6.3.3.

⁴⁹ BGE 138 V 258 E. 5.3.2 S. 268.

⁵⁰ BGE 132 V 423 E. 9.5.2 S. 440 f.

⁵¹ Urteil des Bundesgerichts 9C_381/2015 vom 17. Dezember 2015, zur Publikation vorgesehen E. 6.5.2.

⁵² Urteil des Bundesgerichts 9C_381/2015 vom 17. Dezember 2015, zur Publikation vorgesehen E. 6.5.2.

⁵³ Wiener Übereinkommen über das Recht der Verträge (VRK), SR 0.111.

⁵⁴ THOMAS COTTIER/NICOLAS DIEBOLD/ISABEL KÖLLIKER/RACHEL LIECHTI-McKEE/MATTHIAS OESCH/TETYANA PAYOSOVA/DANIEL WÜGER, Die Rechtsbeziehungen der Schweiz und der Europäischen Union, Bern 2014, Rz. 190; EPINEY/METZ/PIRKER (Fn. 22), 169 f.; MATTHIAS OESCH, Der Einfluss des EU-Rechts auf die Schweiz – von Gerichtsdolmetschern, Gerichtsgutachtern und Notaren, SJZ 112/2016, 53, 62.

⁵⁵ Mit vertiefenden – stark völkerrechtlich geprägten – Ansätzen nunmehr EPINEY (Fn. 7), Rz. 19 ff.

nahme» im Sinne von Art. 16 Abs. 1 FZA anzusehen. Auch die befürwortenden Stimmen in der Literatur räumen daher ein, dass «die genaue dogmatische Grundlegung und damit die genauen Voraussetzungen dieser Berücksichtigung etwas im Unklaren bleiben».⁵⁶

[Rz 22] Das pragmatische Vorgehen des Bundesgerichts wird mit Blick auf den statischen Charakter der Bilateralen Verträge als sachgerecht bezeichnet, da auf diese Weise ein Auseinanderdriften der beteiligten Rechtsordnungen und die hieraus allenfalls folgenden Nachteile für Schweizer Unternehmen vermieden werden könnten.⁵⁷ Wie das Bundesgericht ausführt, handelt es sich um eine Frage der Auslegung (E. 3.1). Auch in der Lehrbuchliteratur wird diese Problematik unter dem Titel der Auslegung behandelt.⁵⁸ Möglicherweise liesse sich daher mit dem Hinweis auf die Methoden der rechtsvergleichenden oder der europarechtskonformen Auslegung ein tragfähiger Begründungsstrang finden.⁵⁹ Dies verdiente eine vertiefte Betrachtung unter Berücksichtigung des sonstigen Rückgriffs auf rechtsvergleichende Argumente durch das Bundesgericht.

IV. Bedeutungslosigkeit von Verfassungsnormen im Anwendungsbereich des FZA aufgrund des Vorrangs des Völkerrechts?

1. Unbeachtlichkeit programmatischer Verfassungsnormen für die Auslegung völkerrechtlicher Abkommen?

[Rz 23] Die Behebung des Begründungsdefizits für die dynamische Rezeption der EuGH-Rechtsprechung bei der Auslegung des FZA liesse sich als blosses wissenschaftliches Desiderat abbuchen, wenn sich nicht aus der Vermischung mit der Frage nach dem anwendbaren Recht einschliesslich der hiermit eng verbundenen Kategorie der unmittelbaren Anwendbarkeit von Verfassungsnormen eine Schwächung der rechtlichen Steuerungskraft der Bundesverfassung im rein innerstaatlichen Bereich ergeben könnte.⁶⁰

[Rz 24] Zwar behält sich das Bundesgericht bei Vorliegen «triftiger Gründe» ein Abweichen vom Grundsatz der dynamischen Rezeption der EuGH-Rechtsprechung vor. So erwähnt es die Möglichkeit (E. 3.2 am Anfang), «triftige Gründe anzunehmen, welche nahelegen, die Rechtsprechung des EuGH, soweit sie nach dem Unterzeichnungsdatum erfolgt ist, nicht mehr zu befolgen.» Seitens des Bundesgerichts fehlt es aber an einer abstrakten Definition der triftigen Gründe.⁶¹ Triftige Gründe für ein Abweichen von der neueren EuGH-Rechtsprechung werden in der Literatur vor allem bei Unterschieden in der Zweckrichtung des sektoriellen Abkommens einerseits und des Unionsrechts andererseits angenommen.⁶² Unklar ist bislang, ob Vorschriften des nationalen Rechts überhaupt einen solchen Grund darstellen können. Insgesamt scheint der Abweichungs-

⁵⁶ EPINEY/METZ/PIRKER (Fn. 22), 171.

⁵⁷ BREITENMOSER/WEYENETH (Fn. 20), Rz. 701.

⁵⁸ OESCH (Fn. 20), Rz. 918 ff.

⁵⁹ Siehe zu den Auslegungsmethoden der Rechtsvergleichung und der Europarechtskonformität im Kontext des autonomen Nachvollzuges COTTIER/DIEBOLD/KÖLLIKER/LIECHTI-McKEE/OESCH/PAYOSOVA/WÜGER (Fn. 54), Rz. 239 f., 242 ff.

⁶⁰ Siehe zur Unterscheidung von Auslegung einerseits sowie Anwendbarkeit und Rang völkerrechtlicher Normen andererseits im Hinblick auf innerstaatliches Recht BARDO FASSBENDER, «Völkerrecht und Landesrecht», AJP 2014, 437, 443.

⁶¹ SEILER (Fn. 23), 84.

⁶² OESCH (Fn. 20), Rz. 921.

vorbehalt bloss rhetorischer Natur zu sein, ist das Bundesgericht doch noch nie infolge triftiger Gründe von der Auslegung in einem einschlägigen EuGH-Urteil abgewichen.⁶³ Jedenfalls besteht angesichts der mangelnden Präzisierung der auslegungsbedürftigen Übernahmekriterien und des rechtlichen Charakters dieser Selbstbindung grosse Rechtsunsicherheit.⁶⁴

[Rz 25] Im diskutierten Urteil schliesst das Gericht aus der mangelnden direkten Anwendbarkeit von Art. 121a BV in seiner zusammenfassenden E. 3.3 automatisch auf die Unbeachtlichkeit dieser Vorschrift bei der Auslegung des FZA: «Daraus [d.h. aus der fehlenden direkten Anwendbarkeit] erhellt zugleich, dass sich aus der Verfassungsbestimmung kein triftiger Grund ergeben kann, im Rahmen der Rechtsprechung vom Vertragsziel der parallelen Rechtslage im übernommenen Bereich abzuweichen». Die Vermischung der Anwendungs- und der Auslegungsebene führt dazu, dass nicht unmittelbar anwendbare Verfassungsnormen von vornherein nicht zu einer Abweichung von der dynamischen Rezeption der EuGH-Rechtsprechung führen können.

[Rz 26] Die Gleichsetzung von fehlender unmittelbarer Anwendbarkeit und völliger Irrelevanz einer Verfassungsbestimmung ist auf der Grundlage der bisherigen Rechtsprechung des Bundesgerichts, die einen unbedingten Vorrang des FZA annimmt, nachvollziehbar, soweit sich aus dem FZA völkerrechtlich verbindliche Vorgaben für die Schweiz ableiten lassen. Entsprechendes gilt für den Vorrang der EMRK, wie ihn das Bundesgericht in Bezug auf den seiner Ansicht nach ebenfalls nicht unmittelbar anwendbaren Art. 121 BV statuiert hat.

[Rz 27] Eine andere Frage ist jedoch, ob nicht unmittelbar anwendbare Verfassungsbestimmungen auch dann unbeachtlich sind, wenn dem Bundesgericht aus völkerrechtlicher Perspektive Auslegungsspielräume offenstehen. Hiervon scheint das Bundesgericht in E. 3.3 auszugehen. Ob die schweizerischen Behörden bei der Anwendung der Bestimmungen des FZA über Auslegungsspielräume verfügen, soll offenbar unerheblich sein. Damit schränkt das Bundesgericht den Gestaltungsspielraum des schweizerischen Verfassungsgebers unnötigerweise ein und statuiert neuerdings die grundsätzliche Unbeachtlichkeit nicht unmittelbar anwendbarer programmatischer Verfassungsnormen im Zusammenhang mit der Auslegung des Völkerrechts.

[Rz 28] Die weitreichenden Schlussfolgerungen, die das Bundesgericht aus dem Fehlen der unmittelbaren Anwendbarkeit einer Verfassungsbestimmung zieht, könnten die Tendenz verstärken, dass Initianten von Volksinitiativen überaus detaillierte Verfassungstexte formulieren und explizit deren direkte Anwendbarkeit vorsehen.⁶⁵ Indem das Bundesgericht im vorliegenden Fall den Zweck von Art. 121a BV völlig unberücksichtigt liess, setzt es womöglich den problematischen Anreiz für Initianten, ihre Begehren so auszuformulieren, dass bei der Umsetzung und Rechtsanwendung möglichst wenig Spielraum besteht. Das Bundesgericht trüge dadurch mittelbar zu einer Einengung der Spielräume seitens des Parlaments bei der Umsetzung verfassungsrechtlicher Zielnormen bei, wenngleich es letztlich den völkerrechtlichen Verpflichtungen ohnehin Vorrang einräumt.

⁶³ OESCH (Fn. 54), 56.

⁶⁴ EPINEY/METZ/PIRKER (Fn. 22), 172 f.

⁶⁵ Exemplarisch die in der Volksabstimmung vom 28. Februar 2016 abgelehnte Eidgenössische Volksinitiative «Zur Durchsetzung der Ausschaffung krimineller Ausländer (Durchsetzungsinitiative)».

2. Verfassungsrechtliche Pflicht zur Ausschöpfung völkerrechtlicher Spielräume

[Rz 29] Art. 16 Abs. 2 Satz 1 FZA zwingt die schweizerischen Behörden und Gerichte zur Beachtung der Rechtsprechung des EuGH bis zum 21. Juni 1999. Darüber hinaus besteht keine völkerrechtliche Verpflichtung, bei der Auslegung des Abkommens die Rechtsprechung des EuGH zu beachten.⁶⁶ Die Schweiz wird über die Rechtsprechung nach dem Zeitpunkt der Unterzeichnung des FZA lediglich *unterrichtet* (Art. 16 Abs. 2 Satz 2 FZA). Sobald die zwingenden Vorgaben des FZA nicht mehr eingreifen, stellt sich die Frage, ob auf die im nationalen Recht anerkannten Auslegungsmethoden zurückgegriffen werden muss.

[Rz 30] Es geht um die Berücksichtigung des Anliegens einer nicht unmittelbar anwendbaren verfassungsrechtlichen Norm bei der Auslegung und Handhabung einer anderen, Anwendungsspielraum eröffnenden unmittelbar anwendbaren Norm.⁶⁷ Generell ist es dabei «keineswegs ausgemacht, dass eine als nicht unmittelbar anwendbar einzustufende Verfassungsbestimmung für die Verwaltungs- und Gerichtspraxis belanglos ist [...]».⁶⁸ In der Verfassung enthaltene Gesetzgebungsaufträge und programmatische Normen sind vielmehr laut Bundesgericht ungeachtet ihrer fehlenden Justiziabilität im Rahmen der verfassungskonformen oder verfassungsbezogenen Auslegung zu berücksichtigen.⁶⁹ Yvo HANGARTNER führte zur Bedeutung derartiger Normen aus: «[...] die Programmatik [ist] als grundsätzliche Richtunggebung genügend bestimmt und deshalb auch ohne nähere gesetzliche Konkretisierung bereits von Verwaltung und Justiz zu berücksichtigen, soweit ihnen Ermessens- und Beurteilungsspielräume zustehen [...]».⁷⁰

[Rz 31] Im Hinblick auf die EMRK sprach sich das Bundesgericht ausdrücklich für die Beachtlichkeit einer nicht unmittelbar anwendbaren Verfassungsnorm bei der Ausfüllung völkerrechtlicher Auslegungsspielräume aus: «Der entsprechenden Wertung [des nicht unmittelbar anwendbaren Art. 121 BV] ist im Rahmen der Interessenabwägung nach Art. 8 Ziff. 2 EMRK [...] insoweit Rechnung zu tragen, als dies zu keinem Widerspruch zu übergeordnetem Recht beziehungsweise zu Konflikten mit dem Beurteilungsspielraum führt, den der EGMR den einzelnen Konventionsstaaten bei der Umsetzung ihrer Migrations- und Ausländerpolitik im Rahmen des Rechts auf Schutz des Privat- und Familienlebens belässt. Der Grundsatz, wonach unter mehreren möglichen Auslegungen diejenige zu wählen ist, die der Verfassung am besten entspricht, ist allgemein anerkannt [...] und bezieht sich insbesondere auch auf Verfassungsbestimmungen, die – wie die Regelung in Art. 121 Abs. 3–6 BV [...] – nicht unmittelbar anwendbar sind [...]».⁷¹

[Rz 32] Entscheidend ist somit nicht die Frage der unmittelbaren Anwendbarkeit, sondern wie die verfassungsrechtliche Zielbestimmung bei der Auslegung und Anwendung des FZA berücksichtigt werden muss.⁷² Diesem Kernproblem weicht das Gericht im hier besprochenen Urteil aus,

⁶⁶ BGE 130 II 1 E. 3.5 S. 9: «Das erwähnte Urteil datiert indes aus der Zeit nach der Unterzeichnung des Abkommens am 21. Juni 1999, so dass die Interpretation durch den Gerichtshof laut Art. 16 Abs. 2 FZA für die Anwendung des Abkommens nicht verbindlich ist».

⁶⁷ Yvo HANGARTNER, Unmittelbare Anwendbarkeit völker- und verfassungsrechtlicher Normen, ZSR 2007 I, 137, 139 f.

⁶⁸ BIAGGINI (Fn. 30), 316, 327.

⁶⁹ BGE 131 V 9 E. 3.5.1.2 S. 17. Siehe auch schon BGE 130 I 113 E. 3.3 S. 123 f.

⁷⁰ Yvo HANGARTNER, Anmerkung zu Bundesgericht, II. Öffentlichrechtliche Abteilung, 8. April 2004, A. c. Universitätsrat der Universität Basel, Staatsrechtliche Beschwerde, AJP 2004, 1250, 1254.

⁷¹ BGE 139 I 31 E. 2.3.2 S. 34.

⁷² Vgl. auch BIAGGINI (Fn. 30), 327.

indem die Begründung in inkonsistenter Weise zwischen der Rangfrage und der Auslegungsfrage hin und her springt. In E. 3.1 werden im zweiten Absatz die Auslegung des FZA und im dritten Absatz die direkte Anwendbarkeit von Art. 121a BV geprüft. Im ersten Absatz von E. 3.2 geht es wiederum um die Auslegung des FZA, während im zweiten Absatz unvermittelt der Anwendungsvorrang des FZA gegenüber dem nationalen Recht thematisiert wird. In E. 3.3 werden die beiden Ebenen dann in einem Absatz vermischt und aus dem schon für sich genommen umstrittenen Anwendungsvorrang des FZA vor dem innerstaatlichen Recht geschlossen, dass an der dynamischen Rezeption der EuGH-Rechtsprechung bei der Auslegung des FZA festzuhalten sei. Das Bundesgericht äussert sich hingegen nicht dazu, ob Art. 121a BV die schweizerischen Behörden und Gerichte als programmatische Norm verpflichtet, völkerrechtlich bestehende Spielräume bei der Auslegung des FZA auszunützen, beziehungsweise ob die in Art. 121a BV enthaltene Wertung einen triftigen Grund darstellt, der es rechtfertigt, von der dynamischen Auslegung des FZA abzuweichen.

[Rz 33] Eine unmittelbare Antwort auf diese Frage ergibt sich aus Art. 121a BV nicht. Aus Art. 121a Abs. 2 Satz 1 BV geht jedoch eindeutig hervor, dass die Zahl der Bewilligungen für den Aufenthalt von Ausländerinnen und Ausländern *begrenzt* werden soll. Art. 121a Abs. 2 Satz 3 BV hält ausserdem fest, dass der Anspruch auf dauerhaften Aufenthalt, auf Familiennachzug und auf Sozialleistungen *beschränkt* werden kann. Die Vorschrift bezweckt also insgesamt, die freizügigkeitsrechtliche Zuwanderung zu begrenzen. Aus der Pflicht zur Neuaushandlung oder Anpassung widersprechender völkerrechtlicher Verträge (Art. 197 Ziff. 11 Abs. 1 BV) kann demgegenüber nicht abgeleitet werden, dass die in Art. 121a BV enthaltenen Ziele nur nach Massgabe des Völkerrechts verfolgt werden sollen. Es vermag daher nicht zu überzeugen, wenn die Erwägungen des Bundesgerichts (auch) aus verfassungsrechtlicher Sicht als zutreffend bezeichnet werden.⁷³

[Rz 34] Unter der Annahme, dass solche Wertungsentscheide des Verfassungsgebers – wie vom Bundesgericht selbst postuliert⁷⁴ – für das Bundesgericht verbindlich sind, wäre anzunehmen, dass eine Berücksichtigung der Rechtsprechung des EuGH nach dem 21. Juni 1999 nur in Frage käme, wenn sie die Erteilung von Aufenthaltsbewilligungen im Verhältnis zum Normbestand bei Vertragsunterzeichnung zumindest nicht erleichtern würde. In aller Regel ist dies jedoch nicht der Fall, so dass die Rechtsprechung des EuGH nach dem 21. Juni 1999 in Ausfüllung des durch das FZA belassenen Auslegungsspielraumes nicht berücksichtigt werden dürfte. Der «schwebende» Gesetzgebungsauftrag in Art. 121a Abs. 5 BV entfaltet somit vor Ablauf der Umsetzungsfrist eine Sperrwirkung, wonach das Bundesgericht seine bisherige Praxis jedenfalls nicht lockern darf, sondern diese vielmehr verschärfen muss.⁷⁵ Werden in völkerrechtlichen Verträgen explizit belassene Spielräume im Sinne einer Programmnorm der nationalen Verfassung ausgeschöpft, lässt sich dies nur schwer als «Verabsolutierung» des Volkswillens einordnen.⁷⁶

⁷³ So aber EPINEY (Fn. 7), Rz. 23.

⁷⁴ Siehe Fn. 71.

⁷⁵ Analog zu Art. 121 BV BIAGGINI (Fn. 30), 328.

⁷⁶ In diese Richtung aber EPINEY (Fn. 7), Rz. 35.

V. Kritik an der methodischen Vorgehensweise des Bundesgerichts

1. Grenzen der funktionalen Zuständigkeit des Bundesgerichts

[Rz 35] Mangels Normkollision zwischen Völkerrecht und nationalem Recht⁷⁷ verwundert es, dass sich das Bundesgericht in E. 3.3 im Hinblick auf potenzielle künftige Normkonflikte dahingehend festlegt, dass das FZA «im Falle eines *tatsächlichen* [Hervorhebung durch Verf.] Normkonflikts» in der Rechtsanwendung vorgehe. Ein tatsächlicher Normkonflikt werde anzunehmen sein, «wenn eine Verhandlungslösung mit der EU [in Bezug auf die Umsetzung von Art. 121a BV] nicht möglich wäre, innerstaatliche Rechtsänderungen vom Freizügigkeitsabkommen abweichen sollten und diese nicht durch völkerrechtskonforme Auslegung in Übereinstimmung mit dem FZA angewendet werden könnten». Wie zutreffend bemerkt wurde, impliziert diese Aussage, dass eine «einseitige» Umsetzung von Art. 121a BV durch eine ohne Zustimmung der EU in Kraft gesetzte Schutzklausel ins Leere ginge, weil das Bundesgericht eine solche Schutzklausel nicht anwenden würde.⁷⁸

[Rz 36] Die Vorgehensweise des Bundesgerichts im vorliegenden Fall erinnert an BGE 139 I 16, als dem Bundesgericht ebenfalls vorgeworfen wurde, mittels nicht entscheidrelevanter Ausführungen (einem sog. *obiter dictum*) in einen laufenden gesetzgeberischen Umsetzungsprozess (zu Art. 121 BV) zu intervenieren.⁷⁹ Zwar ist einzuräumen, dass die massgebliche öffentliche Urteilsberatung stattfand, bevor der Bundesrat am 4. Dezember 2015 darüber informierte, dass die Zuwanderung notfalls durch eine unilateral auszulösende gesetzliche Schutzklausel gesteuert werde.⁸⁰ Die Publikation der schriftlichen Begründung erfolgte allerdings erst am 29. Januar 2016, weshalb die Möglichkeit bestanden hätte, die Urteilsbegründung abzuschwächen. Das Bundesgericht ist nicht verpflichtet, in der schriftlichen Urteilsbegründung sämtliche anlässlich der mündlichen Beratung erörterten Argumente wiederzugeben, wenn sie für den Ausgang des Verfahrens keine Bedeutung besitzen. *Obiter dicta* lassen sich grundsätzlich nur dann rechtfertigen, wenn durch sie eine «praxisrelevante abstrakte Rechtsfrage, über deren Einschätzung Unklarheiten und Missverständnisse bestehen, klar beantwortet werden» kann.⁸¹ Angesichts der unübersichtlichen rechtspolitischen Ausgangslage fehlt es, wie das Bundesgericht selbst einzuräumen scheint, gegenwärtig an der Praxisrelevanz.⁸²

[Rz 37] Die II. öffentlich-rechtliche Abteilung hat sich nicht zuletzt wegen der genannten *obiter dicta* als gewichtige Stimme in der Diskussion um Anwendung und Umsetzung rechtspolitisch überaus umstrittener Verfassungsartikel etabliert. Die politische Sensibilität und die un-zweideutigen Stellungnahmen verdienen im Interesse einer Information von Bundesrat, Bundes-

⁷⁷ Siehe oben II. 2.

⁷⁸ TOBLER (Fn. 14), Rz. 55. Vgl. auch die Äusserungen von OLIVER DIGGELMANN in: Foppa, Für Bundesgericht ist einseitige Schutzklausel nicht möglich, Tages-Anzeiger vom 5. Februar 2016, 5 (abrufbar unter <http://www.tagesanzeiger.ch/schweiz/standard/fuer-bundesgericht-ist-einseitige-schutzklausel-nicht-moeglich/story/29556056>, Alle Websites zuletzt besucht am 31. März 2016).

⁷⁹ Vgl. BIAGGINI (Fn. 30), 336 f.

⁸⁰ Die Urteilsberatung des besprochenen Entscheids fand am 26. November 2015 statt, der Bundesrat informierte hingegen erst am 4. Dezember 2015 über seine Bestrebungen; vgl. die Medienmitteilung vom 4. Dezember 2015, abrufbar unter <https://www.admin.ch/gov/de/start/dokumentation/medienmitteilungen.msg-id-59812.html>; siehe auch HEIDI GMÜR, Hintergründe eines umstrittenen Urteils, NZZ vom 19. Februar 2016, 16, wonach der unterlegene Richter HANSJÖRG SEILER auf die Klärung der Frage gedrängt habe, ob sich aus Art. 121a BV triftige Abweichungsgründe im Sinne der bisherigen Rechtsprechung ergäben.

⁸¹ HANGARTNER (Fn. 11), 701.

⁸² Anders aber EPINEY (Fn. 7), Rz. 35.

versammlung und Stimmberechtigten über komplexe rechtliche Zusammenhänge Anerkennung. In der Betonung der Bedeutung völkerrechtlicher Verpflichtungen kommt überdies die insoweit anerkannte verfassungsgerichtsähnliche Stellung des Bundesgerichts⁸³ zum Ausdruck. Die klare Linie des Bundesgerichts dient auch unbestrittenermassen den rechtsstaatlichen Anliegen der Rechtssicherheit und der Rechtsklarheit.

[Rz 38] Zweifelhaft ist allerdings, ob die Antizipation künftiger rechtlicher Entwicklungen durchgängig der Rolle eines Gerichts entspricht. Hier wären viel eher der Bundesrat in seiner politischen Leitungsfunktion gerade in der Aussenpolitik (Art. 180 Abs. 1, Art. 184 BV) und das Parlament als oberste Behörde des Bundes (Art. 148 Abs. 1 BV) gefragt. Eine funktionale Grenzüberschreitung durch das Bundesgericht scheint jedenfalls im Raum zu stehen, wenn politische Spielräume zu Lasten des Gesetzgebers entgegen der eindeutigen Wertung des Verfassungsgebers durch eigene Rechtsfortbildung ausgefüllt werden. Insoweit geht es nicht um einen «Ausgleich zwischen dem Rechtsstaats- und dem Demokratieprinzip»,⁸⁴ denn beide Prinzipien gebieten übereinstimmend die Umsetzung des in Art. 121a BV verankerten Verfassungsauftrages durch die Bundesversammlung und gegebenenfalls den Bundesrat. Dabei ist einzuräumen, dass Vergleichbares auch im Hinblick auf die Einhaltung des FZA gilt. Die Auflösung dieses Spannungsverhältnisses obliegt der Bundesversammlung und – im Fall eines Referendums – den Stimmberechtigten.

[Rz 39] Sollte die Bundesversammlung unilateral eine Schutzklausel in das Ausländergesetz (AuG)⁸⁵ aufnehmen, die mit dem FZA in Widerspruch stünde, würde sich die Ausgangslage jedoch ändern. Es wäre dem Bundesgericht dann unbenommen, die Frage des Vorrangs in einem konkreten Einzelfall zu entscheiden.⁸⁶ Es dürfte die Anwendung eines bewusst vom FZA abweichenden Gesetzes verweigern. Da Bundesrat und Parlament im Unterschied zum Bundesgericht⁸⁷ die politische Verantwortung für die Umsetzung von Art. 121a BV tragen,⁸⁸ ist allerdings nicht auszuschliessen, dass in der Folge ein echter institutioneller Konflikt entstünde.

2. Koordination der verschiedenen Abteilungen des Bundesgerichts?

[Rz 40] Mit dem vorliegenden Entscheid weicht die II. öffentlich-rechtliche Abteilung von ihrer eigenen Praxis ab, wonach bestehende völkerrechtliche Auslegungsspielräume in der Rechtsanwendung zugunsten der Wertungen des Verfassungsgebers auszunützen sind.⁸⁹ Sie weicht zudem von der abteilungsübergreifend in konstanter Rechtsprechung festgehaltenen Prämisse ab, dass unter mehreren möglichen Auslegungsoptionen diejenige zu wählen ist, die der Verfassung am

⁸³ ALAIN GRIFFEL, Rechtsschutz, insbesondere Verfassungsgerichtsbarkeit, in: Biaggini/Gächter/Kiener (Hrsg.), Staatsrecht, 2. Aufl. Zürich/St.Gallen 2015, § 27 Rz. 95.

⁸⁴ So EPINEY (Fn. 7), Rz. 37.

⁸⁵ Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer (AuG), SR 142.20.

⁸⁶ Vgl. auch EPINEY (Fn. 7), Rz. 36.

⁸⁷ Siehe GEROLD STEINMANN, Denk-würdige Wiederwahl der Bundesrichterinnen und Bundesrichter, ZBl 116/2015, 1 f., wonach «Wahltag ist Wahltag» bei Richterwahlen gerade nicht gelten sollte.

⁸⁸ Siehe auch TOBIAS JAAG, Die Beziehungen zwischen der Schweiz und der Europäischen Union nach dem 9. Februar 2014, in: Biaggini/Diggelmann/Kaufmann (Hrsg.), Polis und Kosmopolis, Festschrift für Daniel Thürer, Zürich/St. Gallen 2015, 323, 332.

⁸⁹ BGE 139 I 31 E. 2.3.2 S. 34.

besten entspricht.⁹⁰ Insofern hätte man ein Koordinationsverfahren aufgrund von Art. 23 Abs. 1 BGG in Betracht ziehen können. Dass hierauf verzichtet wurde, hat offenbar gerichtsintern Kritik ausgelöst.⁹¹

[Rz 41] Ein Koordinationsverfahren wäre auch aufgrund von Art. 23 Abs. 2 BGG in Frage gekommen. Von der mit vorliegendem Urteil des Bundesgerichts begründeten Rechtsprechung insbesondere zum unbedingten Vorrang des FZA vor dem Landesrecht und dessen Auswirkungen auf die Auslegung des FZA wird nicht nur die II. öffentlich-rechtliche Abteilung betroffen sein, sondern (zumindest) auch die strafrechtliche Abteilung und die sozialrechtlichen Abteilungen. Die strafrechtliche Abteilung wird sich in absehbarer Zukunft möglicherweise mit dem Verhältnis der am 1. Oktober 2016 in Kraft tretenden Ausführungsbestimmungen zu Art. 121 Abs. 3–6 BV in Art. 66a ff. Schweizerisches Strafgesetzbuch (StGB; neu)⁹² zu den Bestimmungen des FZA befassen müssen.

[Rz 42] Allerdings ist der Beizug der anderen Abteilungen bei solchen Präjudizien nicht zwingend, sondern liegt im pflichtgemässen Ermessen der jeweiligen Abteilung.⁹³ Ausserdem kann gegen ein Koordinationsverfahren eingewendet werden, dass es sich bei den strittigen Ausführungen der II. öffentlich-rechtlichen Abteilung des Bundesgerichts lediglich um *obiter dicta* handelte, die nach insofern einhelliger Lehre nicht Gegenstand eines Koordinationsverfahrens bilden können, weil sie keine Rechtsfragen im Sinne von Art. 23 Abs. 1 und 2 BGG darstellen.⁹⁴ Für den Fall der gesetzlichen Verankerung einer Schutzklausel ohne Abstimmung mit der EU hat die II. öffentlich-rechtliche Abteilung in E. 3.3 angekündigt, dem FZA weiterhin Vorrang einzuräumen. Sollte diese Rechtsprechung einmal in einem konkreten Fall zur Anwendung gelangen, wäre ein Koordinationsverfahren gemäss Art. 23 BGG geboten.⁹⁵

VI. Rechtspolitische Implikationen

1. Umsetzung von Art. 121a BV

[Rz 43] Die Bundesversammlung ist gemäss Art. 197 Ziff. 11 Abs. 2, Art. 121a Abs. 5 BV verpflichtet, bis zum 9. Februar 2017 ein Gesetz zur Umsetzung von Art. 121a Abs. 1–3 BV zu erlassen. Der Bundesrat fasst für den Fall des Scheiterns einer Anpassung des FZA auch eine nicht mit der EU abgestimmte Gesetzgebung zur eigenständigen Steuerung der Zuwanderung aus den EU-/EFTA-Staaten in Form einer «einseitigen Schutzklausel» ins Auge.⁹⁶ Kann die Dreijahresfrist für die Umsetzung durch Gesetz nicht eingehalten werden, ist der Bundesrat gemäss Art. 197 Ziff. 11

⁹⁰ Vgl. z.B. für die I. zivilrechtliche Abteilung BGE 131 III 623 E. 2.4.4 S. 630; für die strafrechtliche Abteilung (beziehungsweise damals den Kassationshof) BGE 131 IV 160 E. 3.3.1 S. 163.

⁹¹ Vgl. KATHARINA FONTANA, Sieben juristische «Königreiche», NZZ vom 19. Februar 2016, 16.

⁹² Siehe BBl 2015 2735.

⁹³ HANSJÖRG SEILER, in: ders./von Werdt/Güngerich/Oberholzer (Hrsg.), Handkommentar zum Bundesgerichtsgesetz, 2. Aufl., Bern 2015, Art. 23 Rz. 14.

⁹⁴ ALAIN WURZBURGER, in: Corboz/Wurzburger/Ferrari/Frésard/Aubry Girardin (Hrsg.), Commentaire de la LTF, 2. Aufl., Bern 2014, Art. 23 Rz. 8; GIOVANNI BIAGGINI/STEPHAN HAAG, in: Niggli/Uebersax/Wiprächtiger (Hrsg.), Basler Kommentar zum Bundesgerichtsgesetz, 2. Aufl., Basel 2011, Art. 23 BGG Rz. 6; YVES DONZALLAZ, Commentaire de la Loi sur le Tribunal fédéral, Bern 2008, Rz. 325 m. w. H.

⁹⁵ Analog in Bezug auf BGE 139 I 16 BIAGGINI (Fn. 30), 318.

⁹⁶ Schweizerischer Bundesrat, Vorabdruck der Botschaft zur Änderung des Ausländergesetzes, 14.

Abs. 2 BV verpflichtet, die Ausführungsbestimmungen vorübergehend auf dem Verordnungsweg zu erlassen.

[Rz 44] Das Bundesgericht hat mit seinen Äusserungen den in Anbetracht der Verhandlungsposition der Europäischen Kommission, des Rates und des Europäischen Parlamentes⁹⁷ ohnehin sehr begrenzten innenpolitischen Spielraum zusätzlich verengt.⁹⁸ So nimmt der Bundesrat ausdrücklich auf das Urteil des Bundesgerichts Bezug und geht im Anschluss an das Bundesgericht davon aus, dass das FZA in der Rechtsanwendung Vorrang genießt, eine einseitige Schutzklausel demnach nur umgesetzt werden könnte, nachdem das FZA gekündigt würde.⁹⁹ Es ist anzunehmen, dass die Parlamentarierinnen und Parlamentarier im Umsetzungsprozess die Ankündigung des Bundesgerichts ebenfalls prominent in ihre Überlegungen einbeziehen werden.

[Rz 45] Unter dem Gesichtspunkt einer adäquaten Zuordnung der Staatsfunktionen und damit der Gewaltenteilung wäre es bedenklich, wenn sich das Parlament seiner Befugnis begäbe, bewusst von einem völkerrechtlichen Vertrag abweichen zu dürfen. Art. 27 VRK schliesst lediglich die Rechtfertigung einer Vertragsverletzung durch die Berufung auf nationales Recht aus, beeinträchtigt aber nicht das rechtliche Können nationaler Parlamente, bedürfte es doch ansonsten der in Art. 60 VRK für den Fall einer Vertragsverletzung vorgesehenen Rechtsfolgen nicht. Die rechtspolitische Verselbstständigung des Bundesgerichtsurteils wäre umso bemerkenswerter, als es sich um ein *obiter dictum* handelt, die von der Politik in Bezug genommenen Ausführungen demnach für die Wahrnehmung der dem Bundesgericht zukommenden Rechtsprechungsfunktion (vgl. Art. 188 Abs. 1, Art. 189 BV) nicht unmittelbar von Bedeutung sind. Dem Bundesgericht oder einer seiner Abteilungen die Lösung einer zentralen europapolitischen Problematik überantworten zu wollen, würde eine Verkennung der Rolle eines Gerichts darstellen und könnte letztlich den politischen Akteuren als eine gewisse Handlungsschwäche ausgelegt werden.

[Rz 46] Da eine Einigung mit der EU zugleich schwierig zu erreichen sein wird, zeichnet sich eine weitere politische Zuspitzung ab.¹⁰⁰ Zum einen dürften sich die Chancen einer Annahme der im November 2015 zustande gekommenen Volksinitiative «Raus aus der Sackgasse! Verzicht auf die Wiedereinführung von Zuwanderungskontingenten»¹⁰¹ deutlich erhöhen, erweisen sich doch der Befund einer Sackgassensituation als zunehmend plausibel¹⁰² und der termingerecht lancierte Vorstoss als äusserst kluger politischer Schachzug. Auf der anderen Seite könnten sich die Urheber von Art. 121a BV veranlasst sehen, im Wege einer neuen Volksinitiative explizit die Kündigung des FZA zu verlangen. Je nach migrations- und arbeitsmarktpolitischen Umfeld wäre diese wohl ebenfalls nicht von vornherein chancenlos. Mittelfristig könnte eine verfassungsrechtliche Klärung unumgänglich sein,¹⁰³ unter Umständen unter Einfügung eines Europa-Artikels.¹⁰⁴

⁹⁷ Dazu OESCH (Fn. 20), Rz. 968.

⁹⁸ So auch JOËLLE DE SÉPIBUS/CENNI NAJY, Bundesgericht und Personenfreizügigkeit, NZZ vom 11. März 2016, 12.

⁹⁹ Schweizerischer Bundesrat (Fn. 96), 14

¹⁰⁰ Ebenso DE SÉPIBUS/NAJY (Fn. 98); JAAG (Fn. 88), 328.

¹⁰¹ Vgl. BBl 2014 9009; BBl 2015 8337.

¹⁰² So bereits JAAG (Fn. 88), 329.

¹⁰³ Siehe OESCH (Fn. 20), Rz. 970 f.

¹⁰⁴ Dafür MATTHIAS OESCH, Ein Europa-Artikel für die schweizerische Bundesverfassung, in: Glaser/Langer (Hrsg.), Die Verfassungsdynamik der europäischen Integration und demokratische Partizipation, Zürich/St. Gallen 2015, 163 ff.

2. Institutionelle Reformen

a) Rahmenabkommen

[Rz 47] Derzeit verhandeln die Schweiz und die EU über den Abschluss eines institutionellen Rahmenabkommens zu den Bilateralen Verträgen.¹⁰⁵ Umstritten ist dabei insbesondere, ob die Auslegung des EuGH zu bestimmten Rechtsfragen für die Schweiz verbindlich sein oder lediglich Gutachtencharakter haben soll.¹⁰⁶ Die Position der II. öffentlich-rechtlichen Abteilung kommt der Haltung der EU nahe, wonach eine Abweichung von Rechtssprüchen des EuGH nicht zulässig sein soll. Faktisch hat der EuGH schon heute mehr als die vorgesehene Gutachterfunktion: Das Bundesgericht zieht seine Rechtsprechung bei der Auslegung des FZA regelmässig heran; triftige Gründe zur Abweichung von der dynamischen Rezeption der EuGH-Rechtsprechung hat es bis anhin nie bejaht. So gesehen würde ein Rahmenabkommen mit Bindungswirkung der EuGH-Urteile kaum Änderungen in der Rechtspraxis herbeiführen, es sei denn, es würde ein Vorlageverfahren eingeführt. Ein solches würde aber das Auslegungsmonopol des Bundesgerichts eher schwächen, erst recht, wenn analog zum Unionsrecht eine Vorlagepflicht (vgl. Art. 267 Abs. 3 AEUV)¹⁰⁷ vorgesehen wäre.

b) Selbstbestimmungsinitiative

[Rz 48] Die Selbstbestimmungsinitiative nahm ihren Ausgangspunkt in dem umstrittenen BGE 139 I 16, soweit dort das Bundesgericht den Vorrang der EMRK vor Art. 121 BV und dem zu dessen Umsetzung erlassenen Bundesgesetz postulierte. Die dem hier besprochenen Urteil zugrunde liegende Konstellation des Verhältnisses von FZA und Bundesverfassung beziehungsweise Bundesgesetzen würde grundsätzlich von den mit der Selbstbestimmungsinitiative vorgeschlagenen Neuregelungen ebenfalls erfasst, wie sich aus der in der Übergangsbestimmung vorgesehenen Anwendbarkeit auf bestehende völkerrechtliche Verträge ergibt (Art. 197 Ziff. 12 (neu)). Dabei könnten zahlreiche rechtliche Streitfragen auftreten.

[Rz 49] Es scheint, als ob das Bundesgericht den Initianten der Selbstbestimmungsinitiative wie schon seinerzeit denjenigen der Durchsetzungsinitiative zur Umsetzung von Art. 121 BV einen Schritt voraus sei. Auf der Grundlage der massgeblich auf die unmittelbare Anwendbarkeit abstellenden Rechtsprechung des Bundesgerichts könnte der vorgeschlagene Art. 5 Abs. 4 Satz 2 BV (neu) auch unter der Annahme, dass die Vorschrift ihrerseits unmittelbar anwendbar ist, jedenfalls in Bezug auf Art. 121a BV leer laufen, wenn man den Vorrang der Bundesverfassung vor dem Völkerrecht in restriktiver Auslegung auf unmittelbar anwendbare Verfassungsbestimmungen beschränken würde.¹⁰⁸ Ausserdem könnte das Bundesgericht auf der Grundlage seiner bisherigen Argumentation das FZA mit plausibler Begründung als immun gegenüber dem postulierten Vorrang der Bundesverfassung ansehen, solange Art. 27 VRK für die Schweiz gilt, wonach

¹⁰⁵ Im Überblick OESCH (Fn. 20), Rz. 956 ff.

¹⁰⁶ Siehe nur JAAG/HÄNNI (Fn. 21), Rz. 4052.

¹⁰⁷ Siehe dazu OESCH (Fn. 20), Rz. 601.

¹⁰⁸ Allgemein zur Reichweite der vorgeschlagenen Bestimmung im Hinblick auf das Völkerrecht: NAGIHAN MUSLIU, Schweizer Recht statt fremder Richter? Eine Analyse zur möglichen Umsetzungsproblematik bei Annahme der Selbstbestimmungsinitiative, in: Marschner/Zumsteg (Hrsg.), Risiko und Verantwortlichkeit, Zürich/St. Gallen 2016, 45, 54 f.

mit einer innerstaatlichen Vorschrift gleich welchen Ranges die Nichterfüllung eines völkerrechtlichen Vertrages nicht gerechtfertigt werden kann.

[Rz 50] Im Verhältnis zu abweichenden Bundesgesetzen, also beispielsweise zu einem Gesetz auf der Grundlage von Art. 121a Abs. 5 BV, bliebe es auch in Anbetracht von Art. 190 BV (neu), wonach Bundesgesetze und dem Referendum unterstellte völkerrechtliche Verträge massgeblich sein sollen, bei der bisherigen Rechtslage, was nach Auffassung des Bundesgerichts unverändert einen unbedingten Vorrang des FZA bedeuten würde, denn die Genehmigungsbeschlüsse zum FZA unterstanden jeweils dem Referendum.¹⁰⁹

[Rz 51] Selbst die im Fall eines Widerspruchs zwischen Bundesverfassung und völkerrechtlichem Vertrag eintretende Kündigungspflicht in Art. 56a Abs. 2 BV (neu) könnte sich vor diesem Hintergrund als ineffektiv erweisen, wenn, was angesichts der bisherigen Rechtsprechung des Bundesgerichts naheläge, ein Widerspruch eine Normkollision voraussetzen würde. Nicht unmittelbar anwendbare Verfassungsbestimmungen wie Art. 121a BV wären nach dieser Lesart von vornherein nicht geeignet, eine Normkollision mit unmittelbar anwendbaren völkerrechtlichen Regelungen wie dem FZA zu erzeugen.

[Rz 52] Der vorgeschlagene Art. 5 Abs. 1 Satz 2 BV (neu), wonach die Bundesverfassung die oberste Rechtsquelle der Schweizerischen Eidgenossenschaft ist, würde schliesslich lediglich eine deklaratorische Feststellung der geltenden Rechtslage bedeuten.¹¹⁰ Soweit die völkerrechtlichen Verträge gar keine verbindlichen Vorgaben machen, wie dies beim FZA bezüglich der vom Bundesgericht praktizierten dynamischen Rezeption der EuGH-Rechtsprechung der Fall ist, würde die Vorschrift indessen explizit daran erinnern, dass auch die nicht unmittelbar anwendbaren Bestimmungen der Bundesverfassung eine gebührende Beachtung verdienen. Der mit der Selbstbestimmungsinitiative artikulierten Kritik an einer überschüssenden Orientierung an internationalen Gremien könnte insoweit durch eine blosser Korrektur der bundesgerichtlichen Rechtsprechung und ohne Einbussen an der internationalen Glaubwürdigkeit der Schweiz Rechnung getragen werden.

VII. Dissenting opinion: Einen Versuch wert?

[Rz 53] Die Erwägungen 3.1 bis 3.3 des vorliegenden Urteils haben in verschiedener Hinsicht wegweisenden Charakter. Das Bundesgericht hat soweit ersichtlich erstmals den absoluten Vorrang des FZA und überdies womöglich eine Praxis zur Wirkungslosigkeit programmatischer Verfassungsartikel im Verhältnis zu völkerrechtlichen Bestimmungen etabliert.

[Rz 54] In einem gewissen Kontrast zur grossen rechtspolitischen Bedeutung des vorliegenden Urteilspruchs steht dessen diesbezüglich äusserst knappe Begründung. Dies mag darauf zurück-

¹⁰⁹ Bundesbeschluss vom 8. Oktober 1999 über die Genehmigung der sektoriellen Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft einerseits und der Europäischen Gemeinschaft sowie gegebenenfalls ihren Mitgliedstaaten oder der Europäischen Atomgemeinschaft andererseits, AS 2002 1527; Bundesbeschluss über die Genehmigung und Umsetzung des Protokolls über die Ausdehnung des Freizügigkeitsabkommens auf die neuen EG-Mitgliedstaaten zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft einerseits und der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten andererseits sowie über die Genehmigung der Revision der flankierenden Massnahmen zur Personenfreizügigkeit vom 17. Dezember 2004, AS 2006 979; Bundesbeschluss vom 13. Juni 2008 über die Genehmigung der Weiterführung des Freizügigkeitsabkommens zwischen der Schweiz und der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten sowie über die Genehmigung und die Umsetzung des Protokolls über die Ausdehnung des Freizügigkeitsabkommens auf Bulgarien und Rumänien, AS 2009 2411.

¹¹⁰ MUSLIU (Fn. 108), 45, 48.

zuführen sein, dass das Urteil nicht einstimmig ergangen ist¹¹¹ und die Mehrheit der Abteilung dem Minderheitsrichter nicht unnötigerweise Argumente in den Mund legen wollte, welche von diesem nicht geteilt werden. Die Knappheit der Begründung mag auch im konzisen und gradlinigen Argumentationsstil des Bundesgerichts begründet liegen, der sich durchaus wohltuend von demjenigen verschiedener Höchstgerichte im Ausland abhebt.

[Rz 55] Die kritische Auseinandersetzung mit der Rechtsprechung des Bundesgerichts könnte vor diesem spezifischen Hintergrund jedoch unter Umständen erleichtert werden, wenn die widerstreitenden Argumente offengelegt würden. So wäre zu überlegen, ob die von beiden Räten befürwortete Möglichkeit der Publikation einer Minderheitsmeinung in bundesgerichtlichen Verfahren mit öffentlicher Beratung¹¹² den Tiefgang der Argumentation befördern könnte.¹¹³ Jedenfalls wären die Mehrheitsrichterinnen und Mehrheitsrichter dadurch gezwungen, in besonders wichtigen Verfahren¹¹⁴ ihre Argumentation offenzulegen, zumal sie sich gegenüber der Meinung der Minderheit auch öffentlich behaupten müssten. Es ist nicht von der Hand zu weisen, dass die Möglichkeit der Publikation von *dissenting opinions* zu zusätzlichem Aufwand führen und den Richterinnen und Richtern gewisse – möglicherweise unerwünschte und dysfunktionale – Profilierungsmöglichkeiten eröffnen würde.¹¹⁵ Am Verwaltungsgericht und am Obergericht des Kantons Zürich hat man mit dem Institut der Minderheitsmeinung¹¹⁶ jedoch gute Erfahrungen gemacht,¹¹⁷ und es ist durchaus möglich, dass sich das Modell auch auf Ebene des Bundesgerichts allenfalls nach einer Versuchsphase bewähren würde.

PROF. DR. IUR. ANDREAS GLASER ist Inhaber des Lehrstuhls für Staats-, Verwaltungs- und Europa-recht unter besonderer Berücksichtigung von Demokratiefragen an der Universität Zürich und Direktionsmitglied am Zentrum für Demokratie Aarau.

MLAW ARTHUR BRUNNER ist Gerichtsschreiber am Bundesverwaltungsgericht sowie Assistent am Lehrstuhl von Prof. Dr. Andreas Glaser und promoviert im Forschungsbereich des Lehrstuhls.

¹¹¹ KATHARINA FONTANA, Wasser auf die Mühlen der SVP, NZZ vom 27. November 2015, 16.

¹¹² Motion der Kommission für Rechtsfragen des Nationalrats 14.3667 vom 14. August 2014, «Bundesgericht. Dissenting Opinions», welche von beiden Räten angenommen wurde.

¹¹³ Vgl. z.B. die Voten VOGLER und MERLINI, AB N 2015, 291 f. sowie BISCHOF, RECORDON und SCHMID, AB S 2015, 647 ff.

¹¹⁴ Vgl. die Voraussetzungen für öffentliche mündliche Beratungen gemäss Art. 58 f. BGG.

¹¹⁵ Vgl. das Votum BRAND, AB N 2015, 292 sowie die Voten HEFTI und MINDER, AB S 2015, 648 f.

¹¹⁶ Vgl. § 124 Gesetz über die Gerichts- und Behördenorganisation im Zivil- und Strafprozess (GOG), LS 211.1. Siehe ausserdem Art. 134 KV VD unter dem Titel «Opinions dissidentes»: «Les juges du Tribunal cantonal peuvent exprimer des avis minoritaires dans les jugements et arrêts».

¹¹⁷ Siehe ausführlich und mit insgesamt positiver Bewertung zum dissenting-opinion-Verfahren ARNOLD MARTI, Offenlegen von Minderheitsmeinungen («dissenting opinion») – eine Forderung von Transparenz und Fairness im gerichtlichen Verfahren, in: «Justice – Justiz – Giustizia» 2012/4. Ähnlich positiv BERNHARD EHRENZELLER, Politische Fragen vor Verwaltungsgerichten, ZBl 117/2016, 3, 19.