

## Rechtsgutachten

über

**die Vereinbarkeit der Initiative «gegen Masseneinwanderung» und der ECOPOP-Initiative «Stopp der Überbevölkerung – ja zur Sicherung der natürlichen Lebensgrundlagen» mit dem Personenfreizügigkeitsabkommen zwischen der Schweiz und der Europäischen Union (FZA), die Anwendung der «Guillotine»-Klausel und einer allfälligen Neuverhandlung des FZA**

von

Christine Kaddous

Professorin an der Universität Genf

Jean-Monnet-Lehrstuhl *ad personam*

Leiterin des Forschungszentrums für europäisches Recht

(Centre d'études juridiques européennes)

## Executive Summary

Ziel der Arbeit ist eine Untersuchung zur Vereinbarkeit der Initiative «gegen Masseneinwanderung» und der ECOPOP-Initiative «Stopp der Überbevölkerung» mit dem Personenfreizügigkeitsabkommen zwischen der EU und der Schweiz (FZA). Auch wenn einzelne durch das Personenfreizügigkeitsabkommen garantierte Rechte nicht berührt werden, kommt die Untersuchung zum Schluss, dass beide Initiativen in mehreren Regelungsbereichen mit den Bestimmungen des FZA unvereinbar sind.

### **Unvereinbarkeit der Initiativen mit dem FZA im Einzelnen:**

Beide Initiativen verstossen gegen die *stand still*-Klausel des Artikels 13 FZA, da sie neue Massnahmen einführen, welche die durch das FZA garantierte Freizügigkeit der Staatsangehörigen von Mitgliedstaaten der Europäischen Union einschränken.

Durch die Einführung einer Regel der nationalen Bevorzugung widerspricht die Masseneinwanderungsinitiative dem Gleichbehandlungsprinzip und verletzt insbesondere das im FZA festgelegte Verbot der Diskriminierung aufgrund der Staatsangehörigkeit.

Beide Initiativen widersprechen dem im FZA festgeschriebenen **Recht der EU-Staatsangehörigen auf Aufenthalt und Zugang zu einer selbständigen oder unselbständigen Erwerbstätigkeit und deren Ausübung**.

Die Masseneinwanderungsinitiative verstösst gegen das FZA weil sie jährliche Kontingente für ausländische Arbeitnehmer und Selbständige einführen will und dabei auch Grenzgänger mit einschliesst. Zudem verlangt die Initiative eine unterschiedliche Behandlung von Schweizer Bürgerinnen und Bürgern gegenüber Staatsangehörigen von EU-Mitgliedstaaten bei einer Reihe von Rechten, die zum Arbeitnehmer- bzw. Selbständigen-Status gehören.

Die ECOPOP-Initiative verstösst ebenso gegen diese Bestimmungen des FZA, im Prinzip jedoch lediglich in Bezug auf die Staatsangehörigen von EU-Mitgliedstaaten, die eine unselbständige oder selbständige Erwerbstätigkeit von mindestens 12 Monaten ausüben wollen. Diejenigen, die in der Schweiz einer kürzer dauernden Tätigkeit nachgehen wollen, sind im Prinzip jedoch nicht von der Initiative betroffen. Die ECOPOP-Initiative will auch keine unterschiedliche Behandlung von Staatsangehörigen aus EU-Mitgliedstaaten gegenüber Schweizerinnen und Schweizern betreffend Rechten aus dem Arbeitnehmer- oder Selbständigen-Status einführen, die sich aus dem FZA ergeben.

In Bezug auf die **Erbringung von Dienstleistungen** ist zwischen denen von kurzer Dauer (nicht länger als 90 Tage) und denen von einer längeren Dauer zu unterscheiden. Beide Initiativen zielen grundsätzlich darauf ab, die Einwanderung in die Schweiz zu begrenzen. Sie haben also nicht zum Ziel, die vom FZA garantierte **Erbringung von Dienstleistungen von kurzer Dauer** (nicht länger als 90 Tage) einzuschränken.

Die Einführung von Kontingenten für Dienstleistungserbringungen von kurzer Dauer verstösst gegen Artikel 5 FZA und gegen Artikel 20 Absatz 1 des Anhangs I, die Einführung von Kontingenten für **Dienstleistungserbringungen von längerer** Dauer

verstösst gegen die Rechte, welche sich aus Artikel 17 Buchstabe b und aus Artikel 20 Absatz 2 des Anhangs I ergeben.

Da die ECOPOP-Initiative zum Ziel hat, die Anzahl der Aufenthalte von Ausländern von 12 oder mehr Monaten zu beschränken, betrifft sie die Erbringung von Dienstleistungen von kurzer Dauer nicht. Hingegen würde sie gegen das FZA verstossen, weil sie Staatsangehörigen von EU-Mitgliedstaaten verbieten will, während mehr als 12 Monaten Dienstleistungen in der Schweiz zu erbringen.

Die Rechte der Empfänger von Dienstleistungen und der entsandten Mitarbeiter könnten von beiden Initiativen ebenfalls eingeschränkt werden.

Beide Initiativen verstossen gegen das im FZA garantierte **Aufenthaltsrecht von Personen ohne Erwerbstätigkeit**, da sie darauf abzielen, das Aufenthaltsrecht der Staatsangehörigen der Mitgliedstaaten der Europäischen Union, die keine Wirtschaftstätigkeit ausüben, nämlich Studierende, Rentner und andere Personen ohne Erwerbstätigkeit, einzuschränken. Auch hier würde die ECOPOP-Initiative nur auf Aufenthalte von mehr als 12 Monaten abzielen.

Beide Initiativen verstossen gegen das **Recht auf Familiennachzug**, das in Artikel 7 Buchstaben d und e FZA und in den Artikeln 1, 3 und 4 des Anhangs I garantiert wird.

Beide Initiativen verstossen gegen das **Verbleiberecht von EU-Staatsangehörigen** in der Schweiz, das in Artikel 7 Buchstabe c FZA und in Artikel 4 des Anhangs I garantiert wird.

Lediglich die Masseneinwanderungsinitiative verstösst gegen das **Gleichbehandlungsprinzip** in Artikel 2 FZA, welches in Bezug auf **soziale Vergünstigungen** in Artikel 9 Absatz 2 des Anhangs I und in Bezug auf **soziale Sicherheit** in Artikel 8 Buchstabe a FZA konkretisiert wird, da sie vorsieht, das Recht auf Sozialleistungen für Ausländer zu beschränken.

Das FZA enthält eine **allgemeine Schutzklausel** in Artikel 14 Absatz 2, die von einer Vertragspartei ausserhalb der Übergangsperiode **im Falle schwerwiegender wirtschaftlicher und sozialer Probleme** geltend gemacht werden kann. Angesichts der insgesamt zufriedenstellenden wirtschaftlichen Situation der Schweiz scheint eine Aktivierung dieser Klausel auf Verlangen der Schweiz zur Beschränkung der Zuwanderung undenkbar.

### **Aufhebung des FZA und Anwendung der «Guillotine»-Klausel**

Eine erfolgreiche Neuverhandlung des FZA nach der Annahme einer der beiden Initiativen durch die Schweizer Bevölkerung und Kantone mit dem Ziel, den Inhalt der Initiativen in den Inhalt des Abkommens zu integrieren, scheint unwahrscheinlich, da die von den Initiativen vorgeschlagenen Massnahmen gegen die grundlegenden Bestimmungen der durch das Abkommen garantierten Personenfreizügigkeit verstossen.

Die Aufkündigung oder Nichtverlängerung des FZA durch eine der Parteien hätte zur Folge, dass die Abkommen der Bilateralen I sechs Monate nach der Notifikation der Aufkündigung gemäss der «Guillotine»-Klausel ausser Kraft treten. Auch das Abkommen über die wissenschaftlich-technische Zusammenarbeit könnte – obwohl nicht mehr formell an die «Guillotine»-Klausel gebunden – nicht verlängert werden.

## Inhaltsverzeichnis

	Seite
<b>Gegenstand des Rechtsgutachtens</b>	5
<b>Fragestellungen und Vorgehen</b>	5
<b>I. Gegenüberstellung der Initiativen und des FZA</b>	5
A. Gegenstand der beiden Initiativen	5
B. Grundzüge des FZA	10
<b>II. Prüfung der Vereinbarkeit der Initiativen mit dem FZA</b>	18
A. Die <i>stand still</i> -Klausel	19
B. Recht auf Gleichbehandlung	20
C. Recht auf Einreise	22
D. Recht auf Aufenthalt und Zugang zu einer Erwerbstätigkeit	24
E. Recht auf Ausübung einer unselbständigen Erwerbstätigkeit	31
F. Recht auf Ausübung einer selbständigen Erwerbstätigkeit	35
G. Recht auf Erbringung von Dienstleistungen	38
H. Recht auf Aufenthalt von Personen ohne Erwerbstätigkeit	45
I. Recht auf Familiennachzug	47
J. Verbleiberecht	50
K. Recht auf Gleichbehandlung und soziale Vergünstigungen sowie Anspruch auf soziale Sicherheit	51
<b>III. Prüfung der Anwendung der Ausnahmen, von denen einige Mitgliedstaaten hinsichtlich Personenfreizügigkeit profitieren</b>	53
A. Kontext der Beschränkung der Freizügigkeit in Spanien	54
B. Anwendung der Freizügigkeitsbeschränkungen durch die Schweiz	56
<b>IV. Prüfung der Möglichkeit von Neuverhandlungen des FZA</b>	58
<b>V. Prüfung einer allfälligen Kündigung des FZA</b>	61
A. Bestimmungen der Kündigungsklausel	61
B. Funktionsmechanismus der «Guillotine-Klausel»	62
<b>Schlussfolgerungen</b>	65

## **Gegenstand des Rechtsgutachtens**

Die Verfasserin wurde von *economiesuisse* beauftragt, ein Gutachten über die rechtlichen Auswirkungen einer Annahme der Initiativen „gegen Masseneinwanderung“ und „Stopp der Überbevölkerung“ auf das Freizügigkeitsabkommen zwischen der Schweiz und der Europäischen Union aus dem Jahr 1999 (FZA) zu erstellen. Die Studie zeigt insbesondere auf, in welchen Punkten die Initiativen mit dem FZA nicht vereinbar sind, und klärt die mögliche Anwendbarkeit allfälliger Ausnahmen von der vollen Personenfreizügigkeit ab. Schliesslich werden die Folgen einer Kündigung des FZA durch die Schweiz oder die Europäische Union näher untersucht.

## **Fragestellungen und Vorgehen**

Zum Verständnis der von *economiesuisse* aufgeworfenen Fragen ist eine Stellungnahme zu einer Reihe von Punkten erforderlich. Zunächst erfolgt eine Gegenüberstellung der Initiativen und des FZA in Form einer Erörterung des Gegenstandes der beiden Initiativen und der Grundzüge des FZA (I). Danach wird zur Vereinbarkeit der Initiativen mit dem FZA Stellung bezogen (II). In der Folge wird eine allfällige Anwendung der Ausnahmen betrachtet, von denen einige Mitgliedstaaten in Bezug auf die Personenfreizügigkeit profitieren (III). Im Weiteren werden die Möglichkeiten einer Neuverhandlung des FZA (IV) sowie die Folgen einer allfälligen Kündigung des FZA und die Anwendung der «Guillotine-Klausel» (V) behandelt. Schliesslich werden die erzielten Ergebnisse tabellarisch dargestellt.

### **I. Gegenüberstellung der Initiativen und des FZA**

Im Folgenden werden der Gegenstand der beiden Initiativen (A) und die Grundzüge des FZA (B) nacheinander dargelegt.

#### **A. Gegenstand der beiden Initiativen**

Um die Vereinbarkeit der beiden Initiativen «Gegen Masseneinwanderung» und «Stopp der Überbevölkerung – zur Sicherung der natürlichen Lebensgrundlagen» (nachstehend ECOPOP-Initiative genannt) mit dem FZA<sup>1</sup> zu prüfen, wird zunächst deren Gegenstand dargelegt.

##### **1. Initiative «Gegen Masseneinwanderung»**

Diese Initiative, die am 14. Februar 2012 bei der Bundeskanzlei eingereicht worden ist, hat das Ziel, die Masseneinwanderung zu stoppen<sup>2</sup>. Sie fordert eine allgemeine Neuausrichtung der Schweizer Einwanderungspolitik sowie eine Verankerung des Prinzips, nach dem *«die Schweiz die Zuwanderung von Ausländerinnen und*

---

<sup>1</sup> Abkommen vom 21. Juni 1999 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft einerseits und der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten andererseits über die Freizügigkeit, SR 0.142.112.681; ABl. L 114 vom 30. April 2002, S. 6.

<sup>2</sup> Argumentarium Volksinitiative «gegen Masseneinwanderung» vom 25. Juli 2011, S. 29, im Internet unter der folgenden Adresse verfügbar: <http://www.masseneinwanderung.ch/argumente/index.html> (konsultiert am 12. August 2013).

*Ausländern eigenständig steuert*»<sup>3</sup>, in der Bundesverfassung. Die Initianten geben an, dass «*die Entscheidung, wer in die Schweiz einwandern darf und wer nicht, von der Schweiz (eigenständig) entschieden werden muss*» und dass folglich «*keine internationale Bindung eingegangen werden darf, welche die Steuerbarkeit der Zuwanderung durch die Schweiz verunmöglicht*»<sup>4</sup>.

Der Initiativtext fordert die Einführung von Höchstzahlen für die Aufenthaltsbewilligungen. Er sieht Folgendes vor: «*Die Zahl der Bewilligungen für den Aufenthalt von Ausländerinnen und Ausländern in der Schweiz wird durch jährliche Höchstzahlen und Kontingente begrenzt. Die Höchstzahlen gelten für sämtliche Bewilligungen des Ausländerrechts unter Einbezug des Asylwesens. Der Anspruch auf dauerhaften Aufenthalt, auf Familiennachzug und auf Sozialleistungen kann beschränkt werden.*»<sup>5</sup> Die Initianten erklären, dass es nicht darum geht, eine einzige Höchstzahl festzulegen, in der alle Ausländerkategorien zu integrieren sind. Vielmehr sollen für alle Kategorien separate Kontingente festgelegt werden, z. B. für Kurzaufenthalter, Grenzgänger usw.<sup>6</sup> Das vorgesehene System liesse – immer gemäss den Initianten – eine hohe Flexibilität in Bezug auf die Zahl der Personen, die einwandern dürfen, und deren Funktion auf dem Arbeitsmarkt zu. Die Initiative würde es auch erlauben, die gesamtwirtschaftlichen Bedürfnisse, die Interessen der Bevölkerung und eine nachhaltige Entwicklung optimal zu berücksichtigen (Vorteil gegenüber der Nennung einer fixen Zahl für die Einwanderung oder gegenüber einem Ausländerbestand in Prozenten der Gesamtbevölkerung). Dieses System, mit dem auch die Länge der Aufenthaltsdauer bestimmt werden soll, würde die Entscheidung ermöglichen, dass «*wer in der Schweiz keine Arbeit mehr hat, das Land auch wieder verlassen muss*»<sup>7</sup>.

Die Initianten halten weiter fest, dass die festzulegenden Höchstzahlen auch für den Asylbereich gelten müssen, damit verhindert wird, dass dieser ausserhalb des Anwendungsbereichs der Verpflichtung fällt, die Zuwanderung gemäss den Vorgaben der Initiative zu steuern. Laut den Initianten sind unter dem Vorbehalt des zwingenden Völkerrechts die Formen des Asylaufenthalts zu definieren, die in die besagten Höchstzahlen miteinzubeziehen sind. Schliesslich hält das «Argumentarium» fest, dass die Schweiz die Freiheit haben muss, den Anspruch auf dauerhaften Aufenthalt, auf Familiennachzug und auf Sozialleistungen zu begrenzen<sup>8</sup>.

Die Höchstzahlen sind auf der Grundlage einer Reihe von Kriterien festzulegen. Der Initiativtext sieht Folgendes vor: «*Die jährlichen Höchstzahlen und Kontingente für erwerbstätige Ausländerinnen und Ausländer sind auf die gesamtwirtschaftlichen Interessen der Schweiz unter Berücksichtigung eines Vorranges für Schweizerinnen und Schweizer auszurichten; die Grenzgängerinnen und Grenzgänger sind einzubeziehen. Massgebende Kriterien für die Erteilung von Aufenthaltsbewilligungen sind insbesondere das Gesuch eines Arbeitgebers, die Integrationsfähigkeit und eine*

---

<sup>3</sup> Artikel 121 a (neu), Absatz 1, der Initiative.

<sup>4</sup> Argumentarium Volksinitiative «gegen Masseneinwanderung» vom 25. Juli 2011, S. 29.

<sup>5</sup> Artikel 121 a (neu), Absatz 2, der Initiative.

<sup>6</sup> Argumentarium Volksinitiative «gegen Masseneinwanderung» vom 25. Juli 2011, S. 29.

<sup>7</sup> Argumentarium Volksinitiative «gegen Masseneinwanderung» vom 25. Juli 2011, S. 29.

<sup>8</sup> Argumentarium Volksinitiative «gegen Masseneinwanderung» vom 25. Juli 2011, S. 30.

*ausreichende, eigenständige Existenzgrundlage.»*<sup>9</sup> Die Initianten betonen insbesondere, dass für die Erteilung einer Bewilligung das volkswirtschaftliche Interesse der Schweiz massgebend sein muss, dass also nicht individuelle Interessen im Vordergrund stehen dürfen. Ein weiteres Ziel der Initianten ist die Aufhebung der aktuellen Unterscheidung aufgrund des Herkunftsstaates. Es soll so erreicht werden, dass für alle erwerbstätigen Ausländerinnen und Ausländer mit gleicher beruflicher Qualifikation und Integrationsfähigkeit identische Zulassungsbedingungen herrschen, unabhängig davon, ob sie aus einem Mitgliedstaat der Europäischen Union oder aus den Vereinigten Staaten kommen<sup>10</sup>. Das „Argumentarium« hält des Weiteren fest, dass die jährlichen Höchstzahlen und Kontingente unter Berücksichtigung eines Vorranges für Schweizerinnen und Schweizer festzulegen sind, damit verhindert wird, dass Ausländern Bewilligungen erteilt werden, wenn es auf dem Markt genügend Schweizer Arbeitskräfte gibt. Besonders erwähnt werden die Grenzgänger, die in die vorgesehenen Höchstzahlen miteinzubeziehen sind, da sie wie alle Ausländer Auswirkungen auf die Belastung der Infrastrukturen und auf das Lohnniveau in den Grenzregionen haben<sup>11</sup>. Die Aufzählung der für eine Erteilung von Aufenthaltsbewilligungen massgebenden Kriterien ist nicht abschliessend. Sie umfasst insbesondere das Gesuch des Arbeitgebers, die Integrationsfähigkeit und eine ausreichende eigenständige Existenzgrundlage. Laut Initianten ist die Aufzählung im Gesetz und in den Verordnungen, die im Falle einer Annahme der Initiative verabschiedet würden, zu vervollständigen<sup>12</sup>.

Des Weiteren verbietet die Initiative den Abschluss von Staatsverträgen, die gegen die vorgeschlagene neue Norm verstossen, das heisst Verträge, die die Steuerung der Zuwanderung, wie sie von den Initianten verstanden wird, verunmöglichen. Der Text sieht Folgendes vor: *«Es dürfen keine völkerrechtlichen Verträge abgeschlossen werden, die gegen diesen Artikel verstossen.»*<sup>13</sup> Es soll also das Risiko verringert werden, dass es zu Widersprüchen zwischen dem Verfassungstext und Staatsverträgen kommt<sup>14</sup>.

Schliesslich fordert die Initiative die Einführung einer Übergangsbestimmung in der Bundesverfassung, die vorsehen würde, dass die völkerrechtlichen Verträge, die gegen die Initiative verstossen, nach Annahme der neuen Verfassungsnorm durch Volk und Stände *«innerhalb von drei Jahren neu zu verhandeln und anzupassen sind»*<sup>15</sup>. Das „Argumentarium« hält fest, dass das FZA zu jenen Verträgen gehört, die neu verhandelt werden müssen, da es eine Steuerung über Höchstzahlen und Kontingente nicht zulässt<sup>16</sup>. Die Initianten betonen hingegen, dass die Übergangsbestimmung für die Europäische Menschenrechtskonvention (EMRK) nicht gelten würde<sup>17</sup>.

Die geplante Übergangsbestimmung sieht schliesslich vor, dass *«der Bundesrat die nötigen Ausführungsbestimmungen vorübergehend auf dem Verordnungsweg erlässt»*,

---

<sup>9</sup> Artikel 121 a (neu), Absatz 3 der Initiative.

<sup>10</sup> Argumentarium Volksinitiative «gegen Masseneinwanderung» vom 25. Juli 2011, S. 30.

<sup>11</sup> Argumentarium Volksinitiative «gegen Masseneinwanderung» vom 25. Juli 2011, S. 31.

<sup>12</sup> Argumentarium Volksinitiative «gegen Masseneinwanderung» vom 25. Juli 2011, S. 31.

<sup>13</sup> Artikel 121 a (neu), Absatz 4, der Initiative.

<sup>14</sup> Argumentarium Volksinitiative «gegen Masseneinwanderung» vom 25. Juli 2011, S. 31.

<sup>15</sup> Artikel 197, Ziffer 9 (neu), Absatz 1, der Initiative.

<sup>16</sup> Argumentarium Volksinitiative «gegen Masseneinwanderung» vom 25. Juli 2011, S. 32.

<sup>17</sup> Ebda.

wenn die Ausführungsgesetzgebung drei Jahre nach der Annahme der vorgeschlagenen Verfassungsnorm durch Volk und Stände noch nicht in Kraft getreten ist<sup>18</sup>. Laut Initianten ist das Ziel dabei die Gewährleistung, dass die neue Verfassungsbestimmung innerhalb eines absehbaren Zeitraums umgesetzt wird<sup>19</sup>.

Der Bundesrat hat die Botschaft zur Initiative am 7. Dezember 2012 verabschiedet<sup>20</sup>. Der Ständerat lehnt die Initiative mit 37 zu 5 Stimmen ab, der Nationalrat mit 140 zu 54 Stimmen<sup>21</sup>.

## **2. Die Initiative «Stopp der Überbevölkerung – zur Sicherung der natürlichen Lebensgrundlagen» (ECOPOP-Initiative)**

Diese Initiative, die am 2. November 2012 bei der Bundeskanzlei eingereicht worden ist, will durch die Unterstützung freiwilliger Familienplanung das Wachstum der Weltbevölkerung senken und die Nettozuwanderung in die Schweiz beschränken<sup>22</sup>. Sie will weltweit und in der Schweiz die Bevölkerungsdichte den zur Verfügung stehenden Lebensgrundlagen anpassen. Der Initiativtext fordert Folgendes: «*Der Bund strebt auf dem Gebiet der Schweiz eine Einwohnerzahl auf einem Niveau an, auf dem die natürlichen Lebensgrundlagen dauerhaft sichergestellt sind. Er unterstützt dieses Ziel auch in anderen Ländern, namentlich im Rahmen der internationalen Entwicklungszusammenarbeit.*»<sup>23</sup> Gemäss den Initianten hat sich die Weltbevölkerung seit 1990 vervierfacht; sie liegt heute bei 7 Milliarden. Dieses starke Wachstum belastet die Erde, denn die natürlichen Ressourcen werden knapp<sup>24</sup>. Die Initianten möchten die Zahl der Bewohner auf dem Gebiet der Schweiz beschränken, indem ein Niveau festgelegt wird, das nicht überschritten werden darf und auf dem die natürlichen Lebensgrundlagen dauerhaft sichergestellt sind. Sie schlagen ausserdem vor, dass die Schweiz dieses Ziel auch in anderen Ländern unterstützt, namentlich durch das Ergreifen von Massnahmen im Rahmen der internationalen Entwicklungszusammenarbeitspolitik.

Der Initiativtext schlägt Folgendes vor: «*Die ständige Wohnbevölkerung in der Schweiz darf infolge Zuwanderung im dreijährigen Durchschnitt nicht um mehr als 0,2 Prozent pro Jahr wachsen.*»<sup>25</sup> Laut den Initianten liegt das jährliche Bevölkerungswachstum in der Schweiz seit der Aufhebung der Einwanderungsbeschränkung für EU-Bürger zwischen 1,1 % und 1,4 %. Der Anteil der Zuwanderung daran beträgt gemäss den Initianten 80 %. Die Einwohnerzahl der Schweiz wächst – gemäss den Initianten – fünfmal schneller als diejenige Europas, und diese Zuwachsrates entspricht derjenigen von Schwellenländern wie Indien<sup>26</sup>.

---

<sup>18</sup> Artikel 197, Ziffer 9 (neu), Absatz 2, der Initiative.

<sup>19</sup> Argumentarium Volksinitiative «gegen Masseneinwanderung» vom 25. Juli 2011, S. 32.

<sup>20</sup> BBI 2013 291.

<sup>21</sup> Der Bundesrat, der National- und Ständerat empfehlen eine Ablehnung der Initiative, 27. September 2013.

<sup>22</sup> ECOPOP-Website, konsultiert am 12. August 2013: <http://www.ecopop.ch/joomla15/index.php?lang=de>

<sup>23</sup> Artikel 73 a (neu), Absatz 1, der Initiative.

<sup>24</sup> Argumente zur Ecopop-Initiative, am 12. August 2013 im Internet unter folgender Adresse konsultiert: [http://www.ecopop.ch/joomla15/index.php?option=com\\_content&view=article&id=325&Itemid=336&lang=de](http://www.ecopop.ch/joomla15/index.php?option=com_content&view=article&id=325&Itemid=336&lang=de).

<sup>25</sup> Artikel 73 a (neu), Absatz 1 der Initiative.

<sup>26</sup> Argumente zur Ecopop-Initiative, am 12. August 2013 im Internet unter folgender Adresse konsultiert: [http://www.ecopop.ch/joomla15/index.php?option=com\\_content&view=article&id=325&Itemid=336&lang=de](http://www.ecopop.ch/joomla15/index.php?option=com_content&view=article&id=325&Itemid=336&lang=de).



Diese hohe Zunahme der Bevölkerung in der Schweiz führe zu einer Überlastung der Natur und der Infrastruktur des Landes (Zubetonierung der Schweiz, Stau auf den Strassen, überfüllte Züge, steigende Mieten, überbautes Kulturland, Artensterben). Diese Entwicklung bestimmt den Wunsch nach einer Festlegung der Einwanderungsgrenze.

Des Weiteren vergleichen die Initianten die Situation in der Schweiz mit jener in der Europäischen Union (EU). Demzufolge lag der durchschnittliche EU-Wanderungssaldo 1997–2007 bei 0,26 % – ohne Spanien, Italien und Grossbritannien gar unter 0,2 %. Die geforderte Grenze ist deshalb nach Ansicht der Initianten europakompatibel, denn die Schweiz würde immer noch eine höhere Nettoeinwanderung als die meisten EU-Länder aufweisen<sup>27</sup>. Darüber hinaus sei diese Begrenzung der Einwanderung wirtschaftlich verkraftbar. Jährlich verlassen – immer laut den Initianten – 1,1 % der Bevölkerung die Schweiz. Um eine Nettoeinwanderung von 0,2 % zu erreichen, könnten immer noch jährlich 1,3 % der Bevölkerung neu in die Schweiz kommen. Somit könnte ein grösserer Anteil Fachkräfte einwandern als in den meisten EU-Ländern<sup>28</sup>.

Die Initiative sieht ausserdem Folgendes vor: *«Der Bund investiert mindestens 10 % seiner in die internationale Entwicklungszusammenarbeit fliessenden Mittel in Massnahmen zur Förderung der freiwilligen Familienplanung.»*<sup>29</sup> Die Initianten wollen dadurch den Handlungsspielraum des Bundes bei der Mittelzuteilung für die Entwicklungszusammenarbeit beschränken und den Bund dazu zwingen, mindestens 10 % in die Familienplanung zu investieren. Sie stellen fest, dass Frauen in den 50 ärmsten Ländern im Schnitt 5-6 Kinder haben, die ersten oft schon im Alter von 15 Jahren. Diese Situation belastet ihrer Meinung nach die Gesundheit der Mütter und bremst die wirtschaftliche und soziale Entwicklung dieser Länder. Gemäss den Initianten würden viele Frauen gerne verhüten, haben aber keinen Zugang zu den entsprechenden Mitteln. Armut und Arbeitslosigkeit sind die hauptsächlichen Gründe, dass Bewohner dieser Länder nach Europa oder in die USA emigrieren wollen, wobei die Schweiz zu den attraktivsten Zielländern gehört. Der Vorschlag der Initianten in Bezug auf eine freiwillige Familienplanung soll die gesundheitliche, wirtschaftliche und soziale Entwicklung in den Entwicklungsländern fördern und die Natur schonen<sup>30</sup>.

Schliesslich schlägt die Initiative Folgendes vor: *«Der Bund darf keine völkerrechtlichen Verträge abschliessen, die gegen [die Verfassungsbestimmung] verstossen oder Massnahmen verhindern oder erschweren, die zur Erreichung der [in besagter Bestimmung vorgesehenen] Ziele geeignet sind.»*<sup>31</sup>

Auch im Rahmen dieser Initiative wird für bestehende Abkommen und Verträge eine Übergangsbestimmung vorgeschlagen. Diese sieht Folgendes vor: *«Völkerrechtliche Verträge, die den Zielen [der vorgeschlagenen Verfassungsbestimmung] widersprechen, müssen schnellstmöglich angepasst werden, spätestens aber innert vier*

---

<sup>27</sup> Ebda.

<sup>28</sup> Ebda.

<sup>29</sup> Artikel 73 a (neu), Absatz 3, der Initiative.

<sup>30</sup> Argumente zur Ecopop-Initiative, am 12. August 2013 im Internet unter folgender Adresse konsultiert: [http://www.ecopop.ch/joomla15/index.php?option=com\\_content&view=article&id=325&Itemid=336&lang=de](http://www.ecopop.ch/joomla15/index.php?option=com_content&view=article&id=325&Itemid=336&lang=de).

<sup>31</sup> Artikel 73 a (neu), Absatz 4, der Initiative.

Jahren» und «nötigenfalls sind die betreffenden Verträge zu kündigen.»<sup>32</sup> Um die völkerrechtlichen Abkommen mit der vorgeschlagenen Verfassungsbestimmung kompatibel zu machen, fassen die Initianten die Möglichkeit einer Anpassung der bestehenden Abkommen ins Auge, die innerhalb von spätestens vier Jahren erfolgen muss, sowie, falls erforderlich, die Möglichkeit einer Kündigung besagter Verträge.

Die Initiative sieht eine schrittweise Umsetzung der Einwanderungsobergrenze vor. Nach der Annahme der vorgeschlagenen neuen Bestimmung «*darf die ständige Wohnbevölkerung in der Schweiz infolge Zuwanderung im ersten Kalenderjahr nicht um mehr als 0,6 % und im zweiten Kalenderjahr nicht um mehr als 0,4 % zunehmen. Ab diesem Zeitpunkt, und bis die Ausführungsgesetzgebung in Kraft gesetzt wird, darf die ständige Wohnbevölkerung nicht um mehr als 0,2 % pro Jahr zunehmen. Eine höhere Zunahme [...] muss innerhalb von fünf Jahren nach Inkraftsetzung dieser Ausführungsgesetzgebung ausgeglichen werden*»<sup>33</sup>. Das Prinzip einer schrittweisen Umsetzung wird klar zum Ausdruck gebracht. Dennoch wären für den Satz zu einem allfälligen Ausgleich innerhalb von 5 Jahren einige Erklärungen von Seiten der Initianten wünschenswert gewesen.

Die Initiative wird zurzeit von den Schweizer Behörden behandelt. Der Bundesrat hat angekündigt, er werde seine Botschaft am 2. November 2013 der Bundesversammlung vorlegen<sup>34</sup>.

Diese Initiative besteht aus zwei Teilen: dem Teil bezüglich der Einwanderung und dem Teil bezüglich der Entwicklungszusammenarbeit. Im vorliegenden Gutachten wird nur der erste Teil untersucht.

## **B. Grundzüge des FZA**

Um die Vereinbarkeit der Initiativen mit dem FZA prüfen zu können, seien hier die wesentlichen Punkte des Abkommens, die der Analyse zugrunde liegen werden, erörtert.

Das FZA wurde am 21. Juni 1999 im Rahmen der bilateralen Abkommen von 1999 («Bilaterale I») unterzeichnet und trat am 1. Juni 2002 in Kraft. Es gewährt den Staatsangehörigen der Vertragsparteien das Recht auf Personenfreizügigkeit<sup>35</sup>. Die Anwendung des FZA wurde auf die Staaten ausgeweitet, die 2004<sup>36</sup> und 2007<sup>37</sup> der

---

<sup>32</sup> Artikel 197, Ziffer 9 (neu), Absatz 1, der Initiative.

<sup>33</sup> Artikel 197, Ziffer 9 (neu), Absatz 2, der Initiative.

<sup>34</sup> Medienmitteilung des Bundesrates vom 29. Mai 2013

<sup>35</sup> Das Personenfreizügigkeitsabkommen ist Teil der ersten Serie bilateralen Abkommen, die am 21. Juni 1999 abgeschlossen wurden und am 1. Juni 2002 in Kraft traten. Die sieben bilateralen Abkommen von 1999 («Bilaterale I») beinhalten darüber hinaus das Abkommen über den Luftverkehr, das Abkommen über den Güter- und Personenverkehr auf Schiene und Strasse, das Abkommen über die gegenseitige Anerkennung von Konformitätsbewertungen, das Abkommen über bestimmte Aspekte des öffentlichen Beschaffungswesens, das Abkommen über den Handel mit landwirtschaftlichen Erzeugnissen sowie das Abkommen über die wissenschaftliche und technologische Zusammenarbeit, das zweimal erneuert wurde: 2004 und 2007 (7. FRP, 2007-2013).

<sup>36</sup> Siehe Erweiterungsprotokoll, unterzeichnet am 26. Oktober 2006, AS 2006 995, ABl. L 89 vom 28. März 2006, S. 30. Das FZA wurde erweitert auf die Tschechische Republik, die Republik Estland, die Republik Zypern, die Republik Lettland, die Republik Litauen, die Republik Ungarn, die Republik Malta, die Republik Polen, die Republik Slowenien und die Slowakische Republik.

<sup>37</sup> Protokoll vom 27. Mai 2008 zum Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft einerseits und der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten andererseits über die Personenfreizügigkeit im

Europäischen Union beigetreten waren. Sie wurde bislang nicht auf Kroatien ausgedehnt, das der Europäischen Union mit Wirkung auf den 1. Juli 2013 beitrug. Die Verhandlungen über ein neues Zusatzprotokoll (Protokoll III) zur Festlegung der Übergangsregelungen der Personenfreizügigkeit mit Kroatien wurden im Frühjahr 2013 aufgenommen und das Protokoll III wurde inzwischen paraphiert<sup>38</sup>. Wie bei den vorhergehenden Erweiterungen erfordert die Erweiterung des Anwendungsbereichs des FZA auf Kroatien die Verabschiedung eines dem fakultativen Referendum unterstellten Bundesbeschlusses<sup>39</sup>.

Das FZA ist ein Abkommen zur Liberalisierung des Personenverkehrs, das auf dem Prinzip der Gleichwertigkeit der Gesetzgebungen beruht. Die Vertragsparteien verpflichten sich, die erforderlichen Massnahmen zu treffen, um sicherzustellen, dass sich die Rechtsnormen, auf die sich das FZA bezieht, in den Beziehungen zwischen der EU und der Schweiz in Wirkung und Tragweite entsprechen. Das Abkommen besteht aus einem Grundtext und drei Anhängen. Der erste Anhang befasst sich mit der Personenfreizügigkeit (Anhang I), der zweite mit der Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit (Anhang II) und der dritte mit der gegenseitigen Anerkennung von Berufsqualifikationen (Anhang III). Die Anhänge und Protokolle sind Bestandteile des Abkommens (Art. 15 FZA).

Gemäss Artikel 1 FZA hat das Abkommen folgende Ziele:

- die Einräumung des Rechts auf Einreise, Aufenthalt, Zugang zu einer unselbständigen oder selbständigen Erwerbstätigkeit sowie auf Verbleib im Hoheitsgebiet der Vertragsparteien;
- die Erleichterung der Dienstleistungserbringung im Hoheitsgebiet der Vertragsparteien, insbesondere die Liberalisierung kurzzeitiger Dienstleistungen;
- die Einräumung des Rechts auf Einreise und Aufenthalt im Hoheitsgebiet der Vertragsparteien für Personen, die im Aufnahmestaat keine Erwerbstätigkeit ausüben; und
- die Einräumung der gleichen Lebens-, Beschäftigungs- und Arbeitsbedingungen wie für Inländer.

Um den rechtlichen Kontext darzustellen, in dem die beiden zu untersuchenden Initiativen analysiert werden sollen, werden im Folgenden die verschiedenen Punkte des FZA herausgestellt: schrittweise Umsetzung der Freizügigkeit, Anwendung der Schutzklausel und Rolle der *stand still*-Klausel (1.), Annahme flankierender Massnahmen durch die schweizerischen Behörden (2.), Begünstigte der Freizügigkeit und durch das FZA garantierte Rechte (3.) sowie anwendbare Prinzipien bei der Auslegung des FZA (4.).

---

Hinblick auf die Aufnahme der Republik Bulgarien und Rumäniens als Vertragsparteien infolge ihres Beitritts zur Europäischen Union (Protokoll II), SR 0.142.112.681.1, ABl. L 124 vom 20. Mai 2009, S. 53. Die Übergangsbestimmungen sind gemäss Art. 10 des FZA noch anwendbar.

<sup>38</sup> Die Vernehmlassung über das Ergebnis der Verhandlungen läuft bis zum 28. November 2013.

<sup>39</sup> Der Entwurf des Bundesbeschlusses ist unter folgender URL verfügbar: [http://www.ejpd.admin.ch/content/dam/data/migration/rechtsgrundlagen/gesetzgebung/ausdehnung-fza-kroatien/entw\\_bb-d.pdf](http://www.ejpd.admin.ch/content/dam/data/migration/rechtsgrundlagen/gesetzgebung/ausdehnung-fza-kroatien/entw_bb-d.pdf)

## 1. Schrittweise Umsetzung der Freizügigkeit, Anwendung der Schutzklausel und Rolle der *stand still*-Klausel (Stillhalteklausele)

Das FZA sieht eine schrittweise Umsetzung der Personenfreizügigkeit innerhalb einer Übergangszeit vor, die auf zwölf Jahre ab dem Inkrafttreten des Abkommens für die EU-Mitgliedstaaten (EU-15) am 1. Juni 2002 festgelegt wurde. Bei jeder Erweiterung des FZA auf neue Mitgliedstaaten der Europäischen Union wurde die Übergangszeit angepasst.

Gemäss Artikel 10 FZA kann die Schweiz während eines Zeitraums von maximal fünf Jahren nach Inkrafttreten dieses Abkommens Höchstzahlen (Kontingente) aufrechterhalten<sup>40</sup>. Ebenso kann jede Vertragspartei während eines Zeitraums von maximal zwei Jahren für die Staatsangehörigen der jeweils anderen Vertragspartei qualitative Normen anwenden (Prinzip des Vorrangs der inländischen Erwerbstätigen sowie der Kontrolle der Einhaltung der branchen- und ortsüblichen Entlohnungs- und Arbeitsbedingungen, einschliesslich der Dienstleistungen). Nicht erwerbstätige Personen, die ihr Recht auf Freizügigkeit ausüben, sind nicht von den Übergangszeiten betroffen und können die Freizügigkeitsregelung seit dem Inkrafttreten des FZA vollumfänglich nutzen.

Die Personenfreizügigkeit gilt seit dem 1. Juni 2007 uneingeschränkt für die Staatsangehörigen der 15 «alten» EU-Mitgliedstaaten sowie für Staatsangehörige von Zypern und Malta (EU-15 + 2). Die Schweiz kann jedoch gemäss Art. 10 Abs. 4 FZA bis zum 31. Mai 2014 eine Schutzklausel («Ventilklausel») anwenden. Wenn innerhalb eines bestimmten Jahres die Anzahl der neuen in Art. 10 Abs. 1 genannten Aufenthaltsbewilligungen (Aufenthalte von einem Jahr oder mehr und Aufenthalte von mehr als vier Monaten und weniger als einem Jahr) den Durchschnitt der drei vorhergehenden Jahre um mehr als 10 % übersteigt, kann die Schweiz unilateral für die Dauer von einem Jahr Höchstzahlen einführen. Die Voraussetzungen zur Anwendung der Schutzklausel lagen 2008 und 2009 vor, der Bundesrat verzichtete aber auf ihre Anrufung, da, wie er unterstrich, die Wiedereinführung der Kontingente nur eine «geringe Bremswirkung» und die qualifizierte Zuwanderung aus den EU-Staaten nicht zu einer «Verdrängung» von Schweizer Arbeitskräften geführt habe<sup>41</sup>. In den Jahren 2010, 2011 und 2012 lagen die Voraussetzungen zur Anwendung der Schutzklausel nicht vor<sup>42</sup>, da die quantitativen Anforderungen nicht erfüllt waren. Im

---

<sup>40</sup> Die Übergangsbestimmungen gemäss Artikel 10 FZA werden in der Verordnung über die schrittweise Einführung des freien Personenverkehrs zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Union und deren Mitgliedstaaten sowie unter den Mitgliedstaaten der Europäischen Freihandelsassoziation (Verordnung über die Einführung des freien Personenverkehrs, VEP) vom 22. Mai 2002 näher dargelegt (SR 142.203). Die Übergangsbestimmungen sind auch Gegenstand interner Richtlinien des Bundesamts für Migration (BFM), die unter folgender URL verfügbar sind: [http://www.bfm.admin.ch/content/dam/data/migration/rechtsgrundlagen/weisungen\\_und\\_kreisschreiben/weisungen\\_fza/weisungen-fza-d.pdf](http://www.bfm.admin.ch/content/dam/data/migration/rechtsgrundlagen/weisungen_und_kreisschreiben/weisungen_fza/weisungen-fza-d.pdf). Die aktuelle Version stammt vom 1. Mai 2011.

<sup>41</sup> Die weiteren angeführten Gründe sind in der Medienmitteilung des Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartements vom 20. Mai 2009 unter folgender URL einsehbar: [http://www.bfm.admin.ch/content/bfm/de/home/dokumentation/medienmitteilungen/2009/ref\\_2009-05-201.html](http://www.bfm.admin.ch/content/bfm/de/home/dokumentation/medienmitteilungen/2009/ref_2009-05-201.html).

<sup>42</sup> Medienmitteilung des Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartements vom 26. Mai 2010, verfügbar unter folgender URL: [http://www.bfm.admin.ch/content/bfm/de/home/dokumentation/medienmitteilungen/2010/ref\\_2010-05-262.html](http://www.bfm.admin.ch/content/bfm/de/home/dokumentation/medienmitteilungen/2010/ref_2010-05-262.html) und Medienmitteilung des Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartements vom 25. Mai 2011, verfügbar unter folgender URL:

Jahre 2013 beschloss der Bundesrat jedoch, die Schutzklausel für B-Bewilligungen für Staatsangehörige der EU-17 (Aufenthalte von fünf Jahren, Daueraufenthaltsbewilligung) anzuwenden und führte ab dem 1. Juni 2013 für die Dauer von einem Jahr bis zum 17. Mai 2014 ein Kontingent von 53'712 Bewilligungen ein<sup>43</sup>.

Die Erweiterung des FZA auf Mitgliedstaaten, die der Europäischen Union 2004 (EU-8) und 2007 (Bulgarien und Rumänien) beigetreten waren, wurde ebenfalls durch Übergangsbestimmungen geregelt. Diese wurden mittels der Protokolle von 2004<sup>44</sup> und 2008<sup>45</sup> in Art. 10 FZA integriert. Bei den acht Mitgliedstaaten, die der Europäischen Union 2004 beigetreten waren (EU-8), wurde die ursprünglich bis 31. Mai 2007 vorgesehene Übergangszeit zuerst bis 31. Mai 2009<sup>46</sup> und ein zweites Mal bis 30. April 2011<sup>47</sup> verlängert. Die Marktzugangsbeschränkungen wurden am 1. Mai 2011 aufgehoben. Die Schutzklausel des Art. 10 Abs. 4 FZA bleibt für die EU-8-Staaten jedoch bis 30. April 2014 bestehen, und der Bundesrat hat sie sowohl im Jahre 2012 als auch im Jahre 2013 angewendet. Ab dem 1. Mai 2012 wurden für den Zeitraum von einem Jahr Höchstzahlen für B-Bewilligungen (Aufenthaltsbewilligungen für fünf Jahre) für Staatsangehörige dieser Länder eingeführt. Die Anwendung der Schutzklausel wurde vom Bundesrat am 24. April 2013 für ein weiteres Jahr bis zum 30. April 2014 verlängert.

Die Erweiterung der Anwendung des FZA auf Bulgarien und Rumänien ist im Protokoll II geregelt, das eine schrittweise Einführung der Freizügigkeit vorsieht. Die Übergangszeit, während der die Höchstzahlen und arbeitsmarktrelevanten Vorschriften angewendet werden können, war ursprünglich bis 31. Mai 2011 vorgesehen, wurde jedoch bis zum 31. Mai 2014<sup>48</sup> verlängert. Sie kann bei Bedarf bis zum 31. Mai 2016 verlängert werden (Art. 10 Abs. 4 c Unterabsatz 2 FZA). Die Schutzklausel gemäss Art. 10 Abs. 4 FZA kann für Staatsangehörige von Rumänien und Bulgarien bis zu zehn Jahre nach Inkrafttreten des Protokolls, also bis zum 31. Mai 2019, angerufen werden.

Betont sei jedoch, dass die schrittweise Einführung der Personenfreizügigkeit in Art. 13 FZA mit einer *stand still*-Klausel (Stillhalteklause) versehen ist, gemäss der

---

[http://www.bfm.admin.ch/content/bfm/de/home/dokumentation/medienmitteilungen/2011/ref\\_2011-05-252.html](http://www.bfm.admin.ch/content/bfm/de/home/dokumentation/medienmitteilungen/2011/ref_2011-05-252.html).

<sup>43</sup> Die Obergrenze von 56'268 B-Bewilligungen wurde am 14. Mai 2013 überschritten. Die B-Bewilligungen für Staatsangehörige der EU-17 wurden ab 1. Juni 2013 kontingentiert. Die Begrenzung gilt bis zum 31. Mai 2014. Diese Zahl entspricht der Anzahl der in den vergangenen drei Jahren durchschnittlich ausgestellten B-Bewilligungen zuzüglich 5 %. Die quantitativen Bedingungen für eine Kontingentierung der Kurzaufenthaltsbewilligungen (L-Bewilligungen) für Staatsangehörige der EU-17 waren jedoch nicht erfüllt.

<sup>44</sup> Protokoll vom 26. Oktober 2004 zum Abkommen über die Freizügigkeit im Hinblick auf die Aufnahme der zehn neuen Mitgliedstaaten als Vertragsparteien infolge ihres Beitritts zur Europäischen Union (Protokoll I), AS 2006 995; ABl. L 89 vom 28. März 2006, S. 30. Dieses Protokoll wurde von der Schweizer Stimmbevölkerung am 25. September 2005 angenommen und trat am 1. April 2006 in Kraft.

<sup>45</sup> Protokoll vom 27. Mai 2008 zum Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft einerseits und der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten andererseits über die Freizügigkeit im Hinblick auf die Aufnahme der Republik Bulgarien und Rumäniens als Vertragsparteien infolge ihres Beitritts zur Europäischen Union (Protokoll II), SR 0.142.112.681.1, ABl. L 124 vom 20. Mai 2009, S. 53. Dieses Protokoll wurde von der Schweizer Stimmbevölkerung am 8. Februar 2009 angenommen und trat am 1. Mai 2009 in Kraft.

<sup>46</sup> Notifikation durch die Schweiz vom 29. Mai 2007 (AS 2008 573).

<sup>47</sup> Notifikation durch die Schweiz vom 29. Mai 2009 (AS 2009 3075).

<sup>48</sup> Notifikation durch die Schweiz vom 27. Mai 2011 (AS 2011 4127).

sich die Vertragsparteien verpflichten, in den unter dieses Abkommen fallenden Bereichen keine neuen Beschränkungen für Staatsangehörige der anderen Vertragsparteien einzuführen. Diese Klausel verhindert die Verabschiedung neuer Massnahmen, durch welche die von der FZA gewährten Rechte ausgehebelt würden<sup>49</sup>.

## **2. Von den schweizerischen Behörden erlassene flankierende Massnahmen**

Die flankierenden Massnahmen traten am 1. Juni 2004 in Kraft und waren erlassen worden, um zu vermeiden, dass durch die Öffnung des schweizerischen Arbeitsmarktes Druck auf die Löhne und die Arbeitsbedingungen entsteht. Infolge der Erweiterung des FZA auf die Länder, die 2004 der Europäischen Union beigetreten waren, wurden sie erstmals verschärft<sup>50</sup>. Infolge der Erweiterung des FZA auf Rumänien und Bulgarien wurden sie darüber hinaus verbessert, insbesondere durch die Einführung der Verpflichtung für Schweizer Kantone, eine hinreichende Anzahl an Inspektoren einzustellen sowie die Festlegung einer verbindlichen Anzahl jährlicher Kontrollen<sup>51</sup>. Zwar stellen die flankierenden Massnahmen eine effiziente Kontrolle des Arbeitsmarktes sicher, aber es wurde offenbar, dass die aktuelle Gesetzgebung lückenhaft war<sup>52</sup>. Diese Lücken wurden auf den 1. Januar 2013 geschlossen. Dank der Einführung einer Dokumentationspflicht sowie neuer Sanktionsmöglichkeiten erleichtern die neuen Vorschriften nun die Bekämpfung der Scheinselbständigkeit ausländischer Dienstleistungserbringer. Nunmehr können auch Arbeitgeber, die Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer in der Schweiz beschäftigen und gegen zwingende Mindestlöhne in Normalarbeitsverträgen (NAV) verstossen, mit Sanktionen belegt werden. Diese neuen und verschärften flankierenden Massnahmen sehen nun auch bei Verstössen gegen die Bestimmungen der erleichtert allgemeinverbindlich erklärten Gesamtarbeitsverträge (GAV) die Einführung von Sanktionen vor und verpflichten ausländische Arbeitgeber zur Mitteilung des Lohns der entsendeten Beschäftigten<sup>53</sup>. Seit dem 15. Juli 2013 sind schliesslich auch die Bestimmungen zur Verschärfung der Solidarhaftung der Generalunternehmer im Falle von Verstössen der Subunternehmer gegen die Entlohnungs- und Arbeitsbedingungen im Baugewerbe in Kraft<sup>54</sup>.

---

<sup>49</sup> Siehe hierzu unsere Erläuterungen unter III.A.

<sup>50</sup> Siehe Bundesbeschluss vom 17. Dezember 2004 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, AS 2006 979, sowie die Botschaft des Bundesrates vom 1. Oktober 2004 zum Bundesgesetz über die Revision der flankierenden Massnahmen zur Personenfreizügigkeit, BBl. 2004 6187.

<sup>51</sup> Siehe Botschaft des Bundesrates vom 14. März 2008 zur Verlängerung des Personenfreizügigkeitsabkommen und dessen Erweiterung auf Bulgarien, BBl. 2008 1927, 1953 ff. sowie die Abänderung vom 4. November 2009 der Verordnung vom 21. Mai 2003 über die in die Schweiz entsandten Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer (EntsV), AS 2009 5655.

<sup>52</sup> Der erläuternde Bericht des Staatssekretariats für Wirtschaft vom 23. September 2011 zum Entwurf für ein Bundesgesetz über die Anpassung der flankierenden Massnahmen zur Personenfreizügigkeit ist verfügbar unter der folgenden URL: <http://www.news.admin.ch/NSBSubscriber/message/attachments/24387.pdf>.

<sup>53</sup> Bundesgesetz vom 15. Juni 2012 über die Anpassung der flankierenden Massnahmen zur Personenfreizügigkeit, AS 2012 6703, und die Botschaft des Bundesrates vom 2. März 2012 über das Bundesgesetz über die Anpassung der flankierenden Massnahmen zur Personenfreizügigkeit, BBl. 2012 3161.

<sup>54</sup> Die Umsetzung der Solidarhaftung wird in der Verordnung über die in die Schweiz entsandten Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer (EntsV) konkret dargelegt, SR 823.201.

### 3. Begünstigte der Freizügigkeit und die durch das FZA garantierten Rechte

In diesem Abschnitt soll nun schrittweise untersucht werden, wer die Begünstigten der Freizügigkeit (a) und welches die durch das FZA garantierten Rechte (b) sind.

#### a. Begünstigte der Freizügigkeit

Das FZA richtet sich – von wenigen Ausnahmen abgesehen – an Staatsangehörige der Vertragsparteien, unabhängig davon ob es sich um natürliche oder juristische Personen handelt<sup>55</sup>.

Der Begriff «Staatsangehöriger einer Vertragspartei» (Art. 3 FZA) umfasst die Staatsangehörigen der EU-Mitgliedstaaten, Schweizer Staatsangehörige sowie deren Familienangehörigen<sup>56</sup>.

Das FZA richtet sich zwar *a priori* an alle Staatsangehörigen der Vertragsparteien, jedoch betreffen die durch das FZA gewährten Rechte nur bestimmte Personengruppen<sup>57</sup>: Unselbständigerwerbende, Selbständigerwerbende, Dienstleistungserbringer und -empfänger, nicht erwerbstätige Personen, Familienangehörige dieser Personen, Personen mit Bleiberecht nach der Beendigung ihrer Erwerbstätigkeit sowie, unter bestimmten Voraussetzungen, Stellensuchende.

Darüber hinaus gewährt das FZA folgenden Personengruppen Rechte: Familienangehörigen der Staatsangehörigen der Vertragsparteien (Anhang I Art. 3 Abs. 2), Arbeitnehmer eines Dienstleistungserbringers, die in den regulären Arbeitsmarkt einer Vertragspartei integriert sind (Anhang I Art. 17 Buchstabe b Ziffer ii)<sup>58</sup> und die zwecks Erbringung einer Dienstleistung in das Gebiet einer anderen Vertragspartei entsandt werden. Diese Rechte werden unabhängig von der Staatsangehörigkeit gewährt.

Grundsätzlich betrifft die Freizügigkeit im Rahmen des FZA ausschliesslich natürliche Personen<sup>59</sup>. Einerseits erläutert Art. 1 FZA, dass es Ziel des Abkommens ist, den Staatsangehörigen der Vertragsparteien Rechte zu gewähren (Zugangs-, Aufenthalts-,

<sup>55</sup> Wie deutlich werden wird, sind die durch das FZA gewährten Rechte der juristischen Personen im Vergleich zu den Rechten natürlicher Personen eingeschränkt. Darüber hinaus sieht Art. 3 Abs. 1 VEP in Verbindung mit Art. 43 der Verordnung über Zulassung, Aufenthalt und Erwerbstätigkeit vom 24. Oktober 2007 (VZAE) Sonderregelungen für drei Kategorien von EU- und EFTA-Staatsangehörigen vor, für die das FZA nicht gilt. Hierbei handelt es sich um Angehörige diplomatischer Vertretungen, ständiger Missionen oder konsularischer Posten, Beamte internationaler Organisationen mit Sitz in der Schweiz sowie andere bei diesen Organisationen tätige Personen sowie das Hauspersonal der genannten Personen, unabhängig von ihrer Staatsangehörigkeit, sofern sie eine vom EDA ausgestellte Legitimationskarte besitzen.

<sup>56</sup> Ein kosovarischer Staatsangehöriger, der weder die schweizerische Staatsangehörigkeit noch die Staatsangehörigkeit eines EU-Mitgliedstaates besitzt, kann sich somit gemäss Urteil des Bundesgerichts vom 22. März 2011, Ref. 2C\_13/2011, nicht auf das FZA berufen.

<sup>57</sup> Das Bundesgericht hat bestätigt, dass der Besitz einer EU-Staatsangehörigkeit nicht ausreicht, um in der Schweiz ein Aufenthaltsrecht zu erhalten. Darüber hinaus muss gemäss dem Bundesgerichtsurteil ein Grund für den Aufenthalt vorliegen. Siehe Bundesgerichtsurteil vom 14. Januar 2011, Ref. 2C\_633/2011, Erwägung 5.

<sup>58</sup> Die Voraussetzungen für das Vorliegen der Integration in den regulären Arbeitsmarkt einer Vertragspartei werden in der Weisung des BFM über die schrittweise Einführung des freien Personenverkehrs dargelegt, die bestimmt, dass die Person vorher bereits seit mindestens 12 Monaten auf dem regulären Arbeitsmarkt einer Vertragspartei zugelassen gewesen sein muss (Kap. 1.3.1, Buchstabe c).

<sup>59</sup> Siehe auch das *Grimme*-Urteil des EuGH vom 12. November 2009, Rechtssache C-351/08, Sammlung der Rechtsprechung 2009, Seite I-10777, Ziffern 33 bis 36. Siehe auch das Urteil des EuGH vom 11. Februar 2010, *Fokus Invest AG*, Rechtssache C-541/08, Slg. 2010, I-1025, Ziffern 29 bis 32.

Bleiberecht usw.). Andererseits beziehen sich die Personenkategorien, denen das FZA Rechte gewährt, ausschliesslich auf natürliche Personen (Unselbständigerwerbende, Selbständigerwerbende, Dienstleistungserbringer und -empfänger, nicht erwerbstätige Personen); ausgenommen hiervon sind die in Art. 5 FZA und Art. 18 des Anhangs I genannten Kategorien, die auch dienstleistungserbringende Unternehmen umfassen.

Hervorzuheben ist, dass die Freizügigkeit gemäss dem Abkommen vom 21. Juni 2001 zur Änderung des Übereinkommens zur Errichtung der Europäischen Freihandelsassoziation aus dem Jahre 1960 auch für die Staatsangehörigen Norwegens und Islands gilt<sup>60</sup>. Die Freizügigkeit für Staatsangehörige Liechtensteins ist Gegenstand eines Sonderprotokolls, das dem Übereinkommen zur Errichtung der Europäischen Freihandelsassoziation als Anhang beigefügt ist<sup>61</sup>. Staatsangehörige Liechtensteins haben seit dem 1. Januar 2005 das vollumfängliche Recht auf Freizügigkeit in der Schweiz<sup>62</sup>. Die im vorliegenden Dokument dargelegten Erläuterungen beziehen sich auf die Vereinbarkeit der Initiativen mit dem FZA und gelten hinsichtlich der Bestimmungen über die Personenfreizügigkeit grundsätzlich auch für die Vereinbarkeit derselben Initiativen mit dem EFTA-Übereinkommen. Das EFTA-Übereinkommen ist jedoch nicht Gegenstand der vorliegenden Studie.

## **b. Durch das FZA gewährte Rechte**

Das Personenfreizügigkeitsabkommen betrifft:

- die Personenfreizügigkeit (Unselbständigerwerbende, Selbständigerwerbende, nicht erwerbstätige Personen) zwischen der Schweiz und den EU-Mitgliedstaaten;
- die Liberalisierung der grenzüberschreitenden Dienstleistungserbringung durch natürliche Personen und Unternehmen bis zu maximal 90 effektiven Arbeitstagen pro Kalenderjahr;
- die Koordinierung der nationalen Sozialversicherungssysteme; und
- die gegenseitige Anerkennung von Berufsqualifikationen.

Art. 12 FZA sieht vor, dass das Abkommen günstigeren innerstaatlichen Bestimmungen, die den Staatsangehörigen der Vertragsparteien bzw. ihren Familienangehörigen eingeräumt werden, nicht entgegensteht. In einem unter die Bestimmungen des FZA fallenden Sachverhalt, für den in der Schweiz günstigere innerstaatliche Bestimmungen gelten, müssten also diese zur Anwendung gelangen.

Die durch das FZA gewährten Rechte decken folgende Bereiche ab: den Grundsatz der Gleichbehandlung, das Einreise- und Aufenthaltsrecht, das Recht auf Familiennachzug, das Recht auf Verbleib, das Recht auf Zugang zu einer

---

<sup>60</sup> Das Abkommen zur Änderung des Übereinkommens zur Errichtung der Europäischen Freihandelsassoziation wurde am 21. Juni 2001 in Vaduz unterzeichnet und trat am selben Tag in Kraft wie das FZA, d.h. am 1. Juni 2002 (BBl. 2001 4792; AS 2003 2685). Die konsolidierte Fassung des Übereinkommens zur Errichtung der EFTA in der durch das Übereinkommen abgeänderten Form ist einsehbar unter SR 0.632.31.

<sup>61</sup> Protokoll unterzeichnet in Vaduz am 21. Juni 2001, beigefügt zu Anhang K – Anlage 3 des Übereinkommens zur Errichtung der EFTA, SR 0.632.31.

<sup>62</sup> Zweiter Notenaustausch vom 21. Dezember 2004 zwischen dem Schweizer Bundesrat und der Regierung des Fürstentums Liechtenstein über die Umsetzung des Protokolls betreffend der Personenfreizügigkeit, unterzeichnet im Rahmen des Abkommens zur Änderung des Übereinkommens zur Errichtung der EFTA, SR 0.142.115.144.2.



unselbständigen Erwerbstätigkeit und deren Ausübung, das Recht auf Zugang zu einer selbständigen Erwerbstätigkeit und deren Ausübung, das Recht auf kurzzeitige Erbringung von Dienstleistungen, die Koordinierung der nationalen Sozialversicherungssysteme und die gegenseitige Anerkennung von Berufsqualifikationen.

In Abschnitt II des vorliegenden Dokuments werden nur diejenigen Rechte erörtert, die einen Bezug zu den Initiativen haben. Vor deren Prüfung ist es jedoch ratsam, die für die Auslegung der Bestimmungen des FZA anwendbaren Prinzipien darzulegen.

#### **4. Prinzipien bei der Auslegung der Bestimmungen des FZA**

Gemäss Art. 16 Abs. 2 FZA und insoweit als für die Anwendung des Abkommens Rechtsbegriffe der Europäischen Union heranzuziehen sind, berücksichtigen die schweizerischen Behörden die einschlägige Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union von vor dem Zeitpunkt der Unterzeichnung des Abkommens, dem 21. Juni 1999. Über die Rechtsprechung nach dem Zeitpunkt der Unterzeichnung dieses Abkommens wird die Schweiz «lediglich» unterrichtet. Art. 16 FZA legt jedoch auch dar, dass der Gemischte Ausschuss auf Antrag einer Vertragspartei die Auswirkungen dieser Rechtsprechung feststellt, um das ordnungsgemässe Funktionieren des Abkommens sicherzustellen. Um die Tragweite und Bedeutung einer erheblichen Anzahl von Rechtsbegriffen der Europäischen Union, die im FZA enthalten sind, festzustellen, ist die Heranziehung der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes unerlässlich.

Die einschlägige Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union von vor dem Zeitpunkt der Unterzeichnung des Abkommens ist dann zu berücksichtigen, wenn die Anwendung des Abkommens Rechtsbegriffe der Europäischen Union enthält. Tatsächlich ist ein Grossteil der Bestimmungen des FZA von innerhalb der Europäischen Union geltenden Normen inspiriert, oder diese wurden übernommen. So bestimmt zum Beispiel Anhang I Art. 5 Abs. 1, dass die durch das FZA eingeräumten Rechte nur durch Massnahmen eingeschränkt werden dürfen, «*die aus Gründen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit und Gesundheit gerechtfertigt sind*». Diese Rechtsbegriffe sind Gegenstand von Bestimmungen des AEUV und der innerhalb der Europäischen Union anwendbaren Richtlinien, auf die Anhang I Art. 5 Abs. 2 explizit Bezug nimmt. Gemäss Art. 16 Abs. 2 hat das Bundesgericht daher die auf der Grundlage der Richtlinien erfolgte Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes bei der Auslegung des Rechtsbegriffs der öffentlichen Ordnung berücksichtigt<sup>63</sup>.

Gemäss dem Bundesgericht ergibt sich die Grenze der zwingenden Übernahme der europäischen Rechtsprechung aus dem «relativ engen Rahmen», in den das FZA eingliedert ist. Die sieben Abkommen der «Bilaterale I» sind sektorielle Abkommen, die sich nur auf partielle Anwendungsbereiche der vier Freizügigkeiten beziehen, die den Binnenmarkt der Europäischen Union ausmachen. Es handelt sich daher nicht um eine vollumfängliche Teilnahme am Binnenmarkt der Europäischen Gemeinschaft<sup>64</sup>. Die Urteile des Europäischen Gerichtshofes, die auf Rechtsbegriffen oder Erwägungen beruhen, die über den relativ engen Rahmen hinausgehen, können

<sup>63</sup> Siehe insbesondere BGE 129 II 215 und 130 II 176.

<sup>64</sup> BGE 133 V 329, Erwägung 8.4 ; BGF 130 II 113, Erwägung 6.2.

daher nicht ohne weitere Überprüfung in die schweizerische Rechtsordnung umgesetzt werden. Das gilt zum Beispiel für den Begriff der Unionsbürgerschaft, der im FZA nicht erwähnt wird und somit auch in der Schweiz nicht anwendbar ist<sup>65</sup>.

In Bezug auf die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes nach dem Zeitpunkt der Unterzeichnung des Abkommens sieht das FZA innerhalb des Gemischten Ausschusses einen Informationsmechanismus vor. Über diese Rechtsprechung wird die Schweiz unterrichtet und der Gemischte Ausschuss stellt auf Antrag einer Vertragspartei die Auswirkungen dieser Rechtsprechung auf das ordnungsgemässe Funktionieren des FZA fest. In der Praxis haben die schweizerischen Gerichte, insbesondere das Bundesgericht, das Prinzip angenommen, dass es angemessen ist, sich von dieser Rechtsprechung inspirieren zu lassen, sofern diese eine Weiterentwicklung der früheren Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes darstellt (Bestätigung der Rechtsprechung)<sup>66</sup>. Das Bundesgericht hat sich darüber hinaus auf eine Auslegung des FZA gestützt, die den Parallelismus zwischen der juristischen Situation im Rahmen des internen Marktes der Europäischen Union und der Situation, die aus der Anwendung des FZA resultiert, bevorzugt (parallele Entwicklung des Rechts der Europäischen Union und des Rechtsinhalts des FZA) und auch Urteile und Entscheide des Europäischen Gerichtshofes berücksichtigt, die nach dem 21. Juni 1999 ergingen<sup>67</sup>. Das Bundesgericht stellt fest, dass es lediglich «aus triftigen Gründen» zu einer anderen Rechtsauffassung gelangen kann und dies mit Blick auf die angestrebte parallele Rechtslage nicht leichthin tun wird<sup>68</sup>.

## II. Prüfung der Vereinbarkeit der Initiativen mit dem FZA

Die Vereinbarkeit der Initiativen mit dem FZA wird auf der Grundlage der Bestimmungen und Rechte untersucht, die in dem Abkommen enthalten sind, das sie in Frage stellen oder in Frage stellen könnten.

Somit werden nacheinander folgende Aspekte geprüft: *stand still*-Klausel (A), Recht auf Gleichbehandlung (B), Recht auf Einreise (C), Recht auf Aufenthalt und Zugang zu einer Erwerbstätigkeit (D), Recht auf Zugang zu einer unselbständigen Erwerbstätigkeit und deren Ausübung (E), Recht auf Zugang zu einer selbständigen Erwerbstätigkeit und deren Ausübung (F), Recht auf kurzzeitige Erbringung von Dienstleistungen (G), Aufenthaltsrecht Personen ohne Erwerbstätigkeit (H), Recht auf Familiennachzug (I), Recht auf Verbleib (J), Recht auf Gleichbehandlung bei Sozialleistungen (K).

---

<sup>65</sup> Ebd.

<sup>66</sup> Siehe insbesondere die Übernahme des Entscheids *Akrich* aus dem Jahre 2001 durch das Bundesgericht in BGE 130 II 1. Ein Entscheid aus dem Jahre 2003 wurde insbesondere in BGE 134 II 10 vom 30. November 2007 bestätigt.

<sup>67</sup> BGE 136 II 5. Das Bundesgericht hat entschieden, das Urteil *Metock* des Europäischen Gerichtshofes aus dem Jahre 2008 zu übernehmen, und hat somit auf die sich aus dem Entscheid *Akrich* aus dem Jahre 2001 (sowohl das Urteil *Metock* als auch der Entscheid *Akrich* ergingen nach dem 21. Juni 1999) ergebende Voraussetzung verzichtet, die sich auf den vorherigen rechtmässigen Aufenthalt in einem EU-Mitgliedstaat bezieht, damit sich Familienangehörige von Staatsangehörigen eines EU-Mitgliedstaates auf den Tatbestand der Familiennachzug berufen können. Siehe EuGH, Urteil *Metock* vom 25. Juli 2008, Rechtssache C-127/08, Sammlung der Rechtsprechung 2008, S. I-6421, sowie EuGH, Entscheid *Akrich* vom 23. September 2001, Rechtssache C-109/01, Sammlung der Rechtsprechung 2001, S. I-9607.

<sup>68</sup> BGE 136 II 5, Erwägungen 3.4 und 3.6.

## A. Die *stand still*-Klausel

Art. 13 FZA legt fest, dass sich die Vertragsparteien verpflichten, in den unter das Abkommen fallenden Bereichen keine neuen Beschränkungen für Staatsangehörige der anderen Vertragspartei einzuführen.

Diese *stand still*-Klausel (Stillhalteklause) stützt innerhalb des FZA die Bestimmungen zur schrittweisen Umsetzung der Personenfreizügigkeit zwischen der Schweiz und der Europäischen Union. Es handelt sich hierbei nicht um eine Besonderheit des FZA. Solche Stillhalteklause sind ebenfalls in anderen von der Europäischen Union mit Drittstaaten geschlossenen internationalen Abkommen (zum Beispiel im Assoziierungsabkommen mit der Türkei)<sup>69</sup> oder in den Originalversionen der Gründungsverträge der Europäischen Gemeinschaften, insbesondere dem EWG-Vertrag, enthalten. Unabhängig davon, ob sie in internationalen Abkommen oder Gründungsverträgen stehen, sollen diese Klauseln die Umsetzung der Grundfreiheiten, die in ihren Wirkungsbereich fallen, unterstützen<sup>70</sup>.

Art. 13 FZA untersagt also die Einführung neuer Beschränkungsmassnahmen gegenüber den Begünstigten des Abkommens. Er enthält eine von den Vertragsparteien unterzeichnete Verpflichtung, die darin besteht, davon abzusehen, neue einschränkende Massnahmen einzuführen. Wenn die unmittelbare Anwendbarkeit dieser Bestimmung anerkannt wird<sup>71</sup>, dann kann sie dazu dienen, die Anwendung aller gegenteiligen innerstaatlichen Bestimmungen auszuschliessen – also der Bestimmungen, die zum Zweck haben, den Staatsangehörigen der jeweils anderen Vertragspartei neue, restriktive Massnahmen aufzuerlegen, durch die die Ausübung der zwischen der Schweiz und der Europäischen Union garantierten Freizügigkeit schwieriger oder gar unmöglich wird.

**Die Masseneinwanderungsinitiative**, welche die Einführung von jährlichen Höchstzahlen und Kontingenten zur Begrenzung der Aufenthaltsbewilligungen für Ausländerinnen und Ausländer in der Schweiz vorsieht, unterscheidet nicht zwischen Angehörigen der Mitgliedstaaten der Europäischen Union und den Angehörigen sonstiger Staaten. Sie bezieht sich somit auf alle Ausländerinnen und Ausländer, die in

---

<sup>69</sup> Assoziierungsabkommen zwischen der EWG und der Türkei aus dem Jahre 1963, ABl. L 217 vom 29. Dezember 1964. Siehe Art. 41 Abs. 1 des Zusatzprotokolls aus dem Jahre 1970, der bestimmt, dass die Vertragsparteien untereinander ab dem Datum des Inkrafttretens des Zusatzprotokolls keine neuen Beschränkungen der Niederlassungsfreiheit und des freien Dienstleistungsverkehrs einführen werden, sowie Art. 13 des Beschlusses 1/80, der vorsieht, dass die EU-Mitgliedstaaten und die Türkei für Arbeitnehmer und deren sich rechtmässig in dem vom Aufenthalt und der Beschäftigung betroffenen Staat aufhaltende Familienangehörige keine neuen Beschränkungen des Zugangs zur Beschäftigung einführen können.

<sup>70</sup> Siehe insbesondere Art. 49 des EWG-Vertrags zur Freizügigkeit der Arbeitskräfte und Art. 53 des EWG-Vertrags zur Niederlassungsfreiheit. Die letztgenannte Bestimmung, die kürzer gefasst ist als Art. 49, bestimmt: «Soweit in diesem Vertrag nicht etwas anderes bestimmt ist, führen die Mitgliedstaaten in ihrem Hoheitsgebiet für Angehörige der anderen Mitgliedstaaten keine neuen Niederlassungsbeschränkungen ein.» Art. 53 a wurde durch den Vertrag von Amsterdam vom 2. Oktober 1977 aufgehoben, siehe ABl. C 340 vom 10. November 1997.

<sup>71</sup> Der Europäische Gerichtshof hat in Art. 41 Abs. 1 des Zusatzprotokolls aus dem Jahre 1970 zum Assoziierungsabkommen zwischen der EWG und der Türkei eine solche unmittelbare Anwendbarkeit anerkannt; siehe EuGH, Urteil *Savas* vom 11. Mai 2000, Rechtssache C-37/98, Sammlung der Rechtsprechung 2000, S. I-2927 sowie die darauffolgende Rechtsprechung. Zu dieser Fragestellung siehe Christine Kaddous, *Le rôle de la Cour de justice dans l'interprétation de l'accord d'association CEE-Turquie*, in: «La Turquie et l'Union européenne», Baptiste Bonnet (Hrsg.), Collection Droit de l'Union européenne, Bruylant (Brüssel), 2012, S. 79-103.

die Schweiz einwandern. Im Hinblick auf die Angehörigen der Mitgliedstaaten der Europäischen Union würde die Einführung solcher Höchstzahlen und Kontingente ausserhalb der Anwendung der Übergangsbestimmungen von Artikel 10 FZA neue Beschränkungen durch die Schweiz gegenüber den Begünstigten des FZA darstellen und somit **der Stillhalteklausele nach Artikel 13 widersprechen**.

**Die ECOPOP-Initiative** möchte bei der Einwanderung erreichen, dass die Wohnbevölkerung in der Schweiz einen Wert, der die Sicherung der natürlichen Lebensgrundlagen gestattet, nicht überschreitet. Hierzu soll das Wachstum der ständigen Wohnbevölkerung in der Schweiz durch die Nettozuwanderung im dreijährigen Durchschnitt auf 0,2 % pro Jahr begrenzt werden. Die von der Initiative geplante Beschränkung bezieht sich allein auf die Zuwanderung, d. h. auf die Ausländerinnen und Ausländer, die sich ständig in der Schweiz aufhalten werden. Die Initiative definiert nicht, was unter «*ständiger Wohnbevölkerung in der Schweiz*» zu verstehen ist, und auch die Argumentation enthält keine genaueren Angaben hierzu. Wir werden weiter unten im Zusammenhang mit weiteren vom FZA garantierten Rechten noch einmal auf diesen Begriff zurückkommen<sup>72</sup>.

Derzeit ist es für die Prüfung der Vereinbarkeit mit Artikel 13 FZA ausreichend, davon auszugehen, dass mit der Umsetzung der Initiative Kontingente zur Steuerung der Zuwanderung eingeführt werden, wobei die Zuwanderung den von der Initiative vorgegebenen Höchstwert nicht überschreiten soll. Da bei der Herkunft der Zuwanderer keine Unterscheidung getroffen wird (EU oder andere), werden die festgelegten Kontingente zwingend auch die Angehörigen der Mitgliedstaaten der Europäischen Union betreffen<sup>73</sup>. Somit werden sie, ausserhalb der Anwendung der Übergangsbestimmungen nach Artikel 10 Absatz 4 FZA, **neue Beschränkungen der Freizügigkeit, die Artikel 13 FZA widersprechen, darstellen**.

## **B. Recht auf Gleichbehandlung**

Das Diskriminierungsverbot aufgrund der Staatsangehörigkeit (oder das Recht auf Gleichbehandlung) ist eine zentrale Bestimmung des FZA, die in Artikel 2 der Vereinbarung sowie in weiteren Bestimmungen des FZA und dessen Anhängen ihren allgemeinen Ausdruck findet.

Artikel 2 FZA legt fest: «*Die Staatsangehörigen einer Vertragspartei, die sich rechtmässig im Hoheitsgebiet einer anderen Vertragspartei aufhalten, werden bei der Anwendung dieses Abkommens gemäss den Anhängen I, II und III nicht aufgrund ihrer Staatsangehörigkeit diskriminiert*».

Gemäss Artikel 7 Buchstabe a FZA ist das Recht auf Gleichbehandlung mit den Inländern in Bezug auf den Zugang zu einer Erwerbstätigkeit und deren Ausübung sowie auf die Lebens-, Beschäftigungs- und Arbeitsbedingungen von den Vertragsparteien gemäss Anhang I zu garantieren. Diese Bestimmung ist im Anhang I Artikel 9 in Bezug auf Arbeitnehmer, in Artikel 15 in Bezug auf Selbständige und in Artikel 19 in Bezug auf Dienstleistungserbringer weiter konkretisiert.

---

<sup>72</sup> Siehe unsere Ausführungen weiter unten in Abschnitt II. D.

<sup>73</sup> Es sei denn, die Kontingente werden so festgelegt, dass sie die gesamte Zuwanderung aus den Mitgliedstaaten der Europäischen Union betreffen.

Das Diskriminierungsverbot aufgrund der Staatsangehörigkeit gemäss Artikel 2 FZA hat einige Fragen zur Tragweite der Regel aufgeworfen, da eine strikt formale Auslegung der Bestimmung zur Anwendung des Nichtdiskriminierungsgrundsatzes allein auf die Bestimmungen der drei in Artikel 2 angegebenen Anhänge und nicht auf die Gesamtheit der Bestimmungen des FZA zu führen scheint. Dies ist jedoch nicht der Fall. Gemäss der Rechtsprechung zu Artikel 18 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEU-Vertrag) (der dem alten Art. 12 des EG-Vertrags entspricht) ist davon auszugehen, dass Artikel 2 FZA als *lex generalis* subsidiär auf die gesamte Vereinbarung Anwendung findet. Das Bundesgericht war darüber hinaus der Auffassung, Artikel 2 FZA gehöre zu den «Allgemeinen Bestimmungen» des FZA (Art. 1 bis 9 FZA), und eines der wesentlichen Ziele dieser Bestimmungen – zusammengefasst in Artikel 1 Buchstabe d FZA – sei es, den Angehörigen der Mitgliedstaaten der Europäischen Union die gleichen Lebens-, Beschäftigungs- und Arbeitsbedingungen wie Inländern einzuräumen<sup>74</sup>. Somit enthält das FZA in Artikel 2 eine *lex generalis* und in weiteren Bestimmungen der Vereinbarung, in denen der Nichtdiskriminierungsgrundsatz weiter präzisiert wird, verschiedene *lex specialis*.

Darüber hinaus verbietet die Gleichbehandlungsregel nicht nur direkte Einschränkungen aufgrund der Staatsangehörigkeit (direkte Diskriminierungen), sondern auch diejenigen, die durch die Anwendung anderer Unterscheidungskriterien als der Staatsangehörigkeit zu faktisch demselben Ergebnis führen (indirekte Diskriminierungen). Die beiden zur Prüfung vorgelegten Initiativen scheinen keine indirekten Diskriminierungen zu schaffen. Im Gegenzug schaffen sie klare Diskriminierungen aufgrund der Staatsangehörigkeit und stehen daher mit dem Verbot direkter Diskriminierungen in Widerspruch. Beide Initiativen beziehen sich auf «Ausländerinnen und Ausländer». Bei der Masseneinwanderungsinitiative geht es um die Frage des Aufenthalts von Ausländerinnen und Ausländern und die Beschränkung ihrer Rechte in der Schweiz, bei der ECOPOP-Initiative handelt es sich um eine Begrenzung der ständigen Wohnbevölkerung in der Schweiz über die Zuwanderung, was einer Unterscheidung aufgrund der Staatsangehörigkeit gleichkommt.

**Die Masseneinwanderungsinitiative** führt darüber hinaus an, dass bei den Grundsätzen für die Festsetzung der jährlichen Kontingente für Ausländerinnen und Ausländer, die einer Erwerbstätigkeit in der Schweiz nachgehen dürfen, der Vorrang von Personen mit Schweizer Staatsangehörigkeit zu berücksichtigen sei. Die Anwendung eines solchen Vorrangs würde eine Diskriminierung aufgrund der Staatsangehörigkeit zwischen Schweizer Staatsangehörigen und den Staatsangehörigen der Mitgliedstaaten der Europäischen Union in der Anwendung der Bestimmungen des FZA und der dort eingeräumten Rechte darstellen. Eine solche Diskriminierung **ist durch die Gleichbehandlungsregel des FZA untersagt**.

Die Regel des Inländervorrangs (in diesem Kontext definiert als Vorrang von Personen mit Schweizer Staatsangehörigkeit und von bereits auf dem Schweizer Arbeitsmarkt tätigen ausländischen Personen) wurde von der Schweiz für zwei Jahre, vom 1. Juni 2002 bis zum 31. Mai 2004, während der ersten Übergangsphase der Einführung der Freizügigkeit für Angehörige der Mitgliedstaaten der EU (EU-15) angewendet. Ein

---

<sup>74</sup> Entscheidung des Bundesgerichts vom 23. April 2003, Az. 2A.114/2003, Erwägung 4.2, bestätigt insbesondere durch BGE 133 V 265, Erwägung 5.2.

vergleichbares System wurde im Rahmen der Übergangsregelung für Angehörige der EU-8-Staaten sowie für Staatsangehörige Bulgariens und Rumäniens eingeführt. Seitdem wird ein solcher Grundsatz nicht mehr bei Angehörigen der EU-15- und EU-8-Staaten, sondern nur noch bei Staatsangehörigen Bulgariens und Rumäniens (bis zum 31. Mai 2014) angewendet<sup>75</sup>. Heute würde eine Regel des Inländervorrangs die Rechte der Angehörigen der Mitgliedstaaten der Europäischen Union, abgesehen von den Staatsangehörigen Bulgariens und Rumäniens (jedoch nur bis zum 31. Mai 2014), verletzen.

**Die ECOPOP-Initiative** beabsichtigt eine Beschränkung des Anstiegs der ständigen Wohnbevölkerung in der Schweiz durch Zuwanderung. Sie führt keine Diskriminierungen zwischen Schweizer Staatsangehörigen und Angehörigen der Mitgliedstaaten der Europäischen Union ein, nachdem sich diese legal auf Schweizer Hoheitsgebiet befinden. In diesem Zusammenhang kann davon ausgegangen werden, dass sie **den Gleichbehandlungsgrundsatz im engeren Sinne nicht verletzt**.

Im Weiteren sind die Initianten der Initiative der Auffassung, dass der von ihnen festgelegte Höchstwert mit dem der Europäischen Union vereinbar sei, da die durchschnittliche Nettozuwanderung in die Europäische Union zwischen 1997 und 2007 0,26 % betragen habe. Eine solche Argumentation ist jedoch nicht zulässig: Zum einen hat die Europäische Union keinen Höchstwert für den Anteil am Wachstum ihrer ständigen Wohnbevölkerung, der auf die Nettozuwanderung zurückzuführen ist, festgelegt und zum anderen muss die Prüfung der Vereinbarkeit der von der Initiative vorgeschlagenen Massnahmen in Bezug auf die Bestimmungen des FZA und nicht in Bezug auf eine eventuelle interne europäische Regelung, die zudem nicht existiert, vorgenommen werden.

### C. Recht auf Einreise

Das Recht der Staatsangehörigen einer Vertragspartei auf Einreise in das Hoheitsgebiet der anderen Vertragspartei wird durch Artikel 3 FZA gemäss den in Anhang I festgelegten Bestimmungen garantiert.

Dieses Recht wird sowohl erwerbstätigen Personen als auch nicht erwerbstätigen Personen eingeräumt. Anhang I enthält die wesentlichen geltenden Bestimmungen im Zusammenhang mit diesem Recht. Er sieht insbesondere spezielle Bestimmungen für alle im FZA genannten Personengruppen vor, vor allem für Arbeitnehmer, Selbständige<sup>76</sup>, Dienstleistungserbringer<sup>77</sup> und Personen ohne Erwerbstätigkeit.

Vorbild für die Regelungen des FZA zum Einreiserecht war Artikel 3 der Richtlinien 68/360 und 73/148<sup>78</sup>. Artikel 1 des Anhangs I legt fest, dass die Vertragsparteien den

---

<sup>75</sup> Verlängerung der Übergangsregelung für Staatsangehörige Bulgariens und Rumäniens, Mitglieder der EU seit 2007, von der Schweiz im Gemischten Ausschuss am 27. Mai 2011 notifiziert, AS 2011 4127.

<sup>76</sup> Die Unterscheidung zwischen Arbeitnehmern und Selbständigen ist nicht in den Allgemeinen Bestimmungen der Vereinbarung, sondern lediglich im Anhang I enthalten.

<sup>77</sup> Das Einreiserecht für Dienstleistungserbringer wird speziell durch Artikel 5 Absatz 2 FZA eingeräumt und ist ausführlich in Artikel 1 des Anhangs I geregelt.

<sup>78</sup> Richtlinie 68/360 des Rates vom 15. Oktober 1968 zur Aufhebung der Reise- und Aufenthaltsbeschränkungen für Arbeitnehmer der Mitgliedstaaten und ihre Familienangehörigen innerhalb der Gemeinschaft, ABl. L 257 vom 19.10.1968, S. 13, und Richtlinie 73/148 des Rates vom 21. Mai 1973 zur Aufhebung der Reise- und Aufenthaltsbeschränkungen für Staatsangehörige der Mitgliedstaaten innerhalb

Staatsangehörigen der anderen Vertragsparteien, deren Familienangehörigen (Anhang I Art. 3) und den entsandten Arbeitnehmern (Anhang I Art. 17) die Einreise in ihr Hoheitsgebiet gegen Vorlage eines gültigen Personalausweises oder Reisepasses gestatten. Diese Personen geniessen das Recht zur Einreise sowie das Recht zum Verlassen des Hoheitsgebiets unter denselben Bedingungen, d. h. gegen Vorlage eines gültigen Personalausweises oder Reisepasses (Ausreiserecht).

Jede weitere Formalität für die Ausübung sowohl des Rechts auf Einreise als auch auf Ausreise ist ausgeschlossen, wobei zu präzisieren ist, dass die Vertragsparteien gemäss Anhang I Artikel 2 Absatz 4 von den Staatsangehörigen der anderen Vertragsparteien verlangen können, dass sie ihre Anwesenheit in ihrem Hoheitsgebiet anzeigen, soweit es um ein Recht auf Aufenthalt und Zugang zu einer Erwerbstätigkeit geht<sup>79</sup>.

Von den Staatsangehörigen der Vertragsparteien darf kein Einreisevisum (bzw. Ausreisevisum) oder ein gleichartiger Nachweis<sup>80</sup> verlangt werden, ausgenommen hiervon sind Familienangehörige und entsandte Arbeitnehmer (Anhang I Art. 3 und 17), die nicht die Staatsangehörigkeit einer Vertragspartei besitzen. Diesen Personen sind jedoch «*alle Erleichterungen für die Beschaffung der gegebenenfalls benötigten Visa*» zu gewähren (Anhang I Art. 1 Abs. 1 Teil 2).

Staatsangehörigen der Vertragsparteien darf die Einreise nur in Einzelfällen, und wenn ihre Anwesenheit eine Bedrohung für die öffentliche Ordnung, die Sicherheit oder die öffentliche Gesundheit darstellt, verweigert werden (Anhang I Art. 5). Die Anwendungsbedingungen der letztgenannten Bestimmung werden weiter unten im Rahmen des Rechts auf Aufenthalt und Zugang zu einer Erwerbstätigkeit genauer untersucht<sup>81</sup>.

In der Praxis sind Grenzkontrollen durch die Schweiz infolge der Anwendung des Assoziierungsabkommens der Schweiz an Schengen (nachfolgend AAS)<sup>82</sup>, das die Umsetzung von Artikel 3 FZA stark erleichtert hat<sup>83</sup>, zu einer Ausnahme geworden.

**Die Masseneinwanderungsinitiative** will die Anzahl der Bewilligungen für den Aufenthalt von Ausländerinnen und Ausländern in der Schweiz beschränken. Es sollen *a priori* keine neuen Beschränkungen für die Einreise in das Schweizer Hoheitsgebiet geschaffen werden. Mit der Initiative wird nicht beabsichtigt, für Angehörige der Mitgliedstaaten der Europäischen Union ein Einreisevisum oder einen gleichartigen

---

der Gemeinschaft auf dem Gebiet der Niederlassung und des Dienstleistungsverkehrs, ABl. L 172 vom 28.6.1973, S. 14. Diese beiden Richtlinien wurden in der Europäischen Union durch die Richtlinie 2004/38 vom 29. April 2004 über das Recht der Unionsbürger und ihrer Familienangehörigen, sich im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten frei zu bewegen und aufzuhalten, ABl. L 158 vom 30.4.2004, S. 77, aufgehoben. Die Richtlinien 68/360 und 73/148 sind jedoch weiterhin im Rahmen des FZA anwendbar.

<sup>79</sup> Durch die VEP wurde ein Anmeldeverfahren hierzu eingeführt, siehe Art. 9 VEP.

<sup>80</sup> Der Begriff «gleichartiger Nachweis» wurde definiert mit «alle Förmlichkeiten, mit denen die Einreise in das Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaats erlaubt werden soll und die zur Kontrolle von Reisepass oder Personalausweis an der Grenze hinzukommen, unabhängig davon, wo, wann und in welcher Form diese Erlaubnis erteilt wird», EuGH, *Regina*-Urteil, 3. Juli 1980, Az. 157/79, Randnr. 10.

<sup>81</sup> Siehe unsere Ausführungen weiter unten in Abschnitt D.

<sup>82</sup> Abkommen vom 26. Oktober 2004 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft, der Europäischen Union und der Europäischen Gemeinschaft über die Assoziierung der Schweiz bei der Umsetzung, Anwendung und Entwicklung des Schengen-Besitzstands, SR 0.360.268.1. Das 2004 unterzeichnete Abkommen trat am 1. März 2008 formal in Kraft und wurde am 12. Dezember 2008 für die Landesgrenzen und am 29. März 2009 für die Luftbinnengrenzen umgesetzt.

<sup>83</sup> Die Verbindung zwischen FZA und AAS wird weiter unten in Abschnitt V untersucht.

Nachweis einzuführen. In diesem Zusammenhang **widerspricht die Initiative nicht dem mit dem FZA eingeräumten Einreiserecht**, allerdings soll an dieser Stelle betont werden, dass das Einreiserecht ein Bestandteil des Freizügigkeitsrechts ist, das das Recht zum Verlassen eines Hoheitsgebiets und zum Einreisen in ein anderes Hoheitsgebiet einschliesst.

Das Einreiserecht ist ausserdem eine Voraussetzung für das Aufenthaltsrecht, da letzteres nicht ohne ersteres ausgeübt werden kann; der umgekehrte Fall ist jedoch zumindest bei Personen, die nur eine Durchreise durch das Schweizer Hoheitsgebiet beabsichtigen, möglich.

**Die ECOPOP-Initiative** wiederum will den Anstieg der ständigen Wohnbevölkerung in der Schweiz begrenzen. Sie legt einen Prozentsatz (0,2 %) fest, der nicht überschritten werden darf und prinzipiell mit der nachhaltigen Erhaltung der natürlichen Ressourcen vereinbar ist. Es sollen *a priori* keine neuen Beschränkungen für die Einreise in das Schweizer Hoheitsgebiet geschaffen werden. Die Initiative will für Angehörige der Mitgliedstaaten der Europäischen Union, die in die Schweiz einreisen möchten, keine Visumpflicht oder einen gleichartigen Nachweis einführen. Somit **widerspricht die Initiative als solche nicht dem durch Artikel 3 FZA eingeräumten Einreiserecht**, allerdings ist der oben angeführte Einwand zur Verbindung zwischen Einreise- und Aufenthaltsrecht auch bei der ECOPOP-Initiative gültig.

Formal widersprechen die beiden Initiativen also nicht dem Einreiserecht, wie es vom FZA eingeräumt wird; materiell berechtigt das Einreiserecht (ohne Aufenthaltsrecht) nur zu Aufhalten von weniger als drei Monaten (die keine Aufenthaltsbewilligung erfordern) oder zu einer Durchreise durch das Schweizer Hoheitsgebiet.

## **D. Recht auf Aufenthalt und Zugang zu einer Erwerbstätigkeit**

Artikel 4 FZA und Anhang I Artikel 2 Absatz 1 gewähren den Staatsangehörigen der Vertragspartner ein Recht auf Aufenthalt und Zugang zu einer Erwerbstätigkeit (1), vorbehaltlich der Anwendung der Übergangsbestimmungen nach Artikel 10 FZA im Hinblick auf quantitative und/oder qualitative Beschränkungen. Beschränkungen dieses Rechts können auf der Grundlage von Anhang I Artikel 5 festgelegt werden (2).

### **1. Bedingungen für die Einräumung des Rechts auf Aufenthalt und Zugang zu einer Erwerbstätigkeit**

Das Recht auf Aufenthalt und Zugang zu einer Erwerbstätigkeit wird gemäss den Bestimmungen von Anhang I gewährt.

Artikel 2 des Anhangs I gibt die allgemeinen Bedingungen für die Erteilung der Aufenthaltserlaubnis vor, während die besonderen Bedingungen für die verschiedenen Personengruppen in einzelnen Bestimmungen des genannten Anhangs enthalten sind: in Artikel 6 für Arbeitnehmer, in Artikel 12 für Selbständige, in Artikel 7 für abhängig beschäftigte Grenzgänger, in Artikel 13 für selbständige Grenzgänger, in Artikel 20 für Dienstleistungserbringer und in Artikel 24 für nicht erwerbstätige Personen.



Im FZA ist festgehalten, dass das Aufenthaltsrecht mit der Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis festgestellt wird<sup>84</sup>. Dies bedeutet, dass die Aufenthaltserlaubnis keinen rechtsbegründenden, sondern nur deklaratorischen Charakter hat<sup>85</sup>. Solange jedoch die Arbeitsbewilligungen einer Kontingentierung unterliegen, ist die Aufnahme einer Beschäftigung ohne Aufenthaltsbewilligung illegal und wird strafrechtlich verfolgt<sup>86</sup>.

Das Schweizer Recht sieht verschiedene Kategorien der Aufenthaltserlaubnis vor, die den Angehörigen der Mitgliedstaaten der Europäischen Union oder der EFTA ausgestellt werden können und ihr Aufenthaltsrecht in der Schweiz belegen<sup>87</sup>. Diese Erlaubnis wird nur für Aufenthalte von mehr als 3 Monaten ausgestellt<sup>88</sup>. Grenzgänger, gleich ob abhängig beschäftigt (Anhang I Art. 7 Abs. 2) oder selbständig (Anhang I Art. 13 Abs. 2), benötigen keine Aufenthaltserlaubnis, die zuständige Behörde kann ihnen jedoch eine «Sonderbescheinigung» ausstellen.

Für Angehörige der Mitgliedstaaten der Europäischen Union und der EFTA sind die folgenden Kategorien der Aufenthaltserlaubnis vorgesehen:

- Kurzaufenthaltsbewilligung (Ausweis L EU/EFTA)<sup>89</sup>;
- Aufenthaltsbewilligung (Ausweis B EU/EFTA)<sup>90</sup>;
- Niederlassungsbewilligung (Ausweis C EU/EFTA)<sup>91</sup>;
- Grenzgängerbewilligung (Ausweis G EU/EFTA)<sup>92</sup>.

Diese Kategorien der Aufenthaltserlaubnis werden je nach Art und der Dauer der ausgeübten Tätigkeiten, der Dauer des Aufenthalts in der Schweiz oder der Situation der betreffenden Personen erteilt.

Seit dem 1. Juni 2007 gilt für Angehörige der EU-15-Staaten sowie für Staatsangehörige Maltas und Zyperns (EU-17) die volle Personenfreizügigkeit. Für Angehörige der EU-8-Staaten gilt sie seit dem 1. Mai 2011. Die Schutzklausel nach Artikel 10 Absatz 4 FZA wurde von der Schweiz gegenüber den EU-17-Staaten im

---

<sup>84</sup> Anhang I FZA Art. 2 Abs. 1 *in fine*.

<sup>85</sup> Anhang I Art. 2 Abs. 1. Der deklaratorische Charakter wurde durch konstante Rechtsprechung des Gerichtshofs festgestellt, siehe insbesondere EuGH, *Royer-Urteil* vom 8. April 1976, Az. 48/75, Slg. 1976, 497, Randnr. 33; EuGH, *Dias-Urteil* vom 21. Juli 2011, Az. C-325/09, Slg. 2011, I-6387, Randnr. 48. Zur Rechtsprechung des Bundesgerichts siehe BGE 134 IV 57, Erwägung 4.

<sup>86</sup> BGE 134 IV 57.

<sup>87</sup> Art. 6 VEP sieht vor, dass die Ausweise für EU-/EFTA-Angehörige gemäss Art. 71 und 72 der Verordnung vom 24. Oktober 2007 über Zulassung, Aufenthalt und Erwerbstätigkeit (VZAE) ausgestellt werden, SR 142.201.

<sup>88</sup> Dies ergibt sich ausdrücklich aus Anhang I Art. 6 Abs. 2 Teil 2 und Anhang I Art. 23 Abs. 1.

<sup>89</sup> Dieser Ausweis wird für Aufenthalte von mehr als drei Monaten und weniger als einem Jahr ausgestellt. Die Gültigkeit der Bewilligung entspricht der Dauer des Arbeitsvertrags.

<sup>90</sup> Dieser Ausweis wird ausgestellt, wenn die Dauer des Arbeitsverhältnisses ein Jahr oder mehr beträgt. Sie ist fünf Jahre lang gültig. Die Aufenthaltsbewilligung wird für Arbeitnehmer mit einem Beschäftigungsverhältnis von mehr als einem Jahr (364 Tage) sowie für Selbstständige ausgestellt.

<sup>91</sup> Diese Bewilligung ist nicht im FZA vorgesehen. Nach Schweizer Recht (AuG) kann die Bewilligung prinzipiell Ausländerinnen und Ausländern ausgestellt werden, die sich mindestens zehn Jahre lang mit Kurzaufenthaltsbewilligung oder Aufenthaltsbewilligung in der Schweiz aufgehalten haben, davon die letzten fünf Jahre ohne Unterbrechung mit einer Aufenthaltsbewilligung. Siehe insbesondere Artikel 34 AuG und VZAE.

<sup>92</sup> Gemäss Anhang I Art. 7 und 13 benötigen Grenzgänger keine Aufenthaltserlaubnis, allerdings kann ihnen die zuständige Behörde des beschäftigenden Staates eine Sonderbescheinigung ausstellen. Dieser Ausweis wird für eine Dauer von mindestens fünf Jahren oder für die Dauer des Beschäftigungsverhältnisses ausgestellt, sofern dieses mehr als drei Monate und weniger als ein Jahr beträgt.

Zusammenhang mit den Aufenthaltsbewilligungen B (Dauer fünf Jahre, langfristige Bewilligungen) in Anspruch genommen. Damit führte der Bundesrat wieder eine Kontingentierung in der Höhe von 53'712 Bewilligungen ein. Diese ist seit dem 1. Juni 2013 für ein Jahr bis zum 31. Mai 2014 gültig<sup>93</sup>.

Bei den Angehörigen der EU-8-Staaten wurden für die Aufenthaltsbewilligungen der Kategorie B (Dauer fünf Jahre, langfristige Bewilligungen) ab dem 1. Mai 2012 erneut Kontingente für ein Jahr eingeführt. Diese wurden um ein weiteres Jahr bis zum 30. April 2014 verlängert.

Bei den Staatsangehörigen Bulgariens und Rumäniens galt ursprünglich eine Übergangsfrist bis zum 31. Mai 2011, während der Kontingente und arbeitsmarktrechtliche Vorschriften angewendet werden können. Diese wurde jedoch bis zum 31. Mai 2014 verlängert<sup>94</sup>. Sie kann gegebenenfalls bis zum 31. Mai 2016 verlängert werden (Art. 10 Abs. 4c Teil 2 FZA). Die Schutzklausel nach Artikel 10 Absatz 4 FZA wiederum kann gegenüber diesen Staatsangehörigen bis zu zehn Jahre nach Inkrafttreten des Protokolls, also bis zum 31. Mai 2019, angewendet werden.

Gegenstand der beiden untersuchten Initiativen ist die Einführung neuer Beschränkungen des Aufenthaltsrechts ausserhalb der Anwendung von Artikel 10 Absatz 4 FZA und der bestehenden Beschränkungen für bulgarische und rumänische Staatsangehörige. Sie werden daher die Rechte der Angehörigen der Mitgliedstaaten der Europäischen Union einschränken.

Gegenstand der **Masseneinwanderungsinitiative** ist eine Begrenzung der Anzahl der Bewilligungen für den Aufenthalt von Ausländerinnen und Ausländern in der Schweiz durch jährliche Kontingente, die für alle einzelnen Personenkategorien festgesetzt werden sollen (Kurzaufenthaltsbewilligungen, Niederlassungsbewilligungen usw.). Sie will somit **neue quantitative Beschränkungen (Kontingente) des Rechts auf Aufenthalt und Zugang zu einer Erwerbstätigkeit einführen, die nicht mit dem FZA vereinbar sind**, und zwar ausserhalb der Anwendung der Übergangsbestimmungen von Artikel 10 Absatz 4 FZA, die der Bundesrat, wie oben angegeben, in Anspruch genommen hat. Darüber hinaus kommt die Regel des Vorrangs der Schweizerinnen und Schweizer, deren Einhaltung die Initianten der Initiative fordern, der Einführung **einer qualitativen Beschränkung der Freizügigkeit gleich, die ebenso vom FZA untersagt wird**, vorbehaltlich der Anwendung von Artikel 10 bei bulgarischen und rumänischen Staatsangehörigen.

**Die ECOPOP-Initiative** will durch die Festsetzung eines Höchstwerts für den jährlichen Anstieg der ständigen Wohnbevölkerung in der Schweiz Massnahmen einführen, die quantitativen Beschränkungen gleichzusetzen sind. Im Falle der Annahme durch Volk und Stände wird sie zudem für ihre Umsetzung die Einführung von Kontingenten fordern. Diese werden zwingend zu einer Begrenzung der Aufenthalte von Angehörigen der Mitgliedstaaten der Europäischen Union im

---

<sup>93</sup> Der Schwellenwert von 56'268 B-Bewilligungen wurde am 14. Mai 2013 erreicht. Die Aufenthaltsbewilligungen B für EU-17-Staatsangehörige sind seit dem 1. Juni 2013 kontingentiert. Diese Kontingentierung ist bis zum 31. Mai 2014 gültig. Diese Zahl entspricht der durchschnittlichen Zahl der ausgestellten B-Bewilligungen der letzten drei Jahre plus 5 %. Hingegen wurden die quantitativen Voraussetzungen für eine Kontingentierung der Kurzaufenthaltsbewilligungen L für EU-17-Staatsangehörige nicht erreicht.

<sup>94</sup> Notifikation der Schweiz vom 27. Mai 2011 (AS 2011 4127).

Schweizer Hoheitsgebiet führen, es sei denn, diese geniessen Vorrang vor allen anderen Ausländerinnen und Ausländern (was von der Initiative nicht vorgesehen ist) oder der Anstieg von 0,2 % ist ausreichend, um die gesamte Zuwanderung aus den Mitgliedstaaten der Europäischen Union abzudecken. Da die letztgenannten Fälle sehr unwahrscheinlich sind, verletzt die Initiative die Rechte dieser Staatsangehörigen aus dem FZA und **steht somit zu Artikel 4 FZA und Artikel 2 Absatz 1 des Anhangs I in Widerspruch.**

Im Rahmen dieser Untersuchung muss der in der Initiative verwendete Begriff «*ständige Wohnbevölkerung*» in der Schweiz genauer definiert werden<sup>95</sup>. Der Ausdruck ist weder im Text der Initiative noch in der Argumentation definiert. Daher stellt sich die Frage, wie dieser zu verstehen ist. Zunächst soll festgehalten werden, dass die Initianten der Initiative kurze Aufenthalte von längeren Aufenthalten, die als «ständig» betrachtet werden können, unterscheiden wollten. Angesichts dieses Elements und des Fehlens von präzisen Angaben zu diesem Begriff können andere Texte, in denen derselbe Ausdruck verwendet wird, herangezogen werden. Diese sind demnach hilfreich, um festzustellen, was unter «*ständiger Wohnbevölkerung*» zu verstehen ist. So enthält die Verordnung über die eidgenössische Volkszählung von 2008 eine entsprechende Definition unter Artikel 2 Buchstabe b<sup>96</sup>. Demnach sind unter der ständigen Wohnbevölkerung neben den Schweizerinnen und Schweizern die Angehörigen anderer Staaten, deren Aufenthaltsdauer mindestens 12 Monate beträgt, zu verstehen. Somit kann davon ausgegangen werden, dass die ECOPOP-Initiative nur eine Begrenzung der Aufenthalte ausländischer Staatsangehöriger mit einer Dauer von 12 Monaten oder mehr anstrebt. Kürzere Aufenthalte wären von der Initiative nicht betroffen.

Auch bei einer Reduktion des Kreises der Angehörigen der Mitgliedstaaten der Europäischen Union, die von den durch die Initiative angestrebten Kontingenten betroffen wären, beschränkt diese die Rechte der Personen, die sich für eine Dauer von 12 Monaten oder mehr in der Schweiz aufhalten, **und steht somit im Widerspruch zu den durch Artikel 4 FZA und Anhang I Artikel 2 Absatz 1 eingeräumten Rechten.**

Das Recht auf Aufenthalt und Zugang zu einer Erwerbstätigkeit kann Beschränkungen unterliegen. Dieses Recht kann unter besonderen Bedingungen verwehrt oder eingeschränkt werden. Dabei sind zwei Fälle möglich. Zum einen kann eine Vertragspartei nach Artikel 14 Absatz 2 FZA, der eine «allgemeine Schutzklausel» enthält, schwerwiegende wirtschaftliche oder soziale Probleme geltend machen, um geeignete Abhilfemassnahmen zu treffen<sup>97</sup>. Zum anderen gestattet Anhang I Artikel 5

---

<sup>95</sup> Zur Erinnerung: Der Text der Initiative sieht vor, dass «*die ständige Wohnbevölkerung der Schweiz durch Zuwanderung im dreijährigen Durchschnitt nicht um mehr als 0,2 % pro Jahr wachsen*» soll.

<sup>96</sup> Artikel 2 Buchstabe d der Verordnung vom 19. Dezember 2008 (SR 431.112.1) sieht vor, dass unter «ständiger Wohnbevölkerung» Folgendes zu verstehen ist: jeweils am Hauptwohnsitz die Gesamtheit der

1. in der Schweiz gemeldeten Personen schweizerischer Staatsangehörigkeit,
2. ausländischen Staatsangehörigen ausserhalb des Asylprozesses mit einer Aufenthalts- oder Niederlassungsbewilligung für mindestens 12 Monate oder Kurzaufenthaltsbewilligungen für eine kumulierte Aufenthaltsdauer von mindestens 12 Monaten,
3. Personen im Asylprozess mit einer Gesamtaufenthaltsdauer von mindestens zwölf Monaten.

<sup>97</sup> Diese Klausel wird ausführlich im Zusammenhang mit der spanischen Situation untersucht. Siehe unsere Ausführungen weiter unten in Abschnitt III.

FZA eine Beschränkung der durch das FZA eingeräumten Rechte, sofern die Einschränkungen aus Gründen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit und Gesundheit gerechtfertigt sind. Die Auswirkungen dieser Bestimmungen werden im Anschluss untersucht.

## 2. Auswirkungen des Artikels 5 im Anhang I FZA

Artikel 5 des Anhangs I legt fest, dass die durch das FZA eingeräumten Rechte nur durch Massnahmen, die aus Gründen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit und Gesundheit gerechtfertigt sind, eingeschränkt werden dürfen, und verweist auf die Richtlinien 64/221, 72/194 und 75/35<sup>98</sup>. Artikel 5 findet somit nicht nur auf das Recht auf Aufenthalt und Zugang zu einer Erwerbstätigkeit, sondern auf alle durch das FZA eingeräumten Rechte Anwendung.<sup>99</sup>

Die Richtlinie 64/221, auf die das FZA verweist, betrifft die Bestimmungen zur Einreise in das Hoheitsgebiet, zur Ausstellung oder Verlängerung der Aufenthaltserlaubnis oder zur Abschiebung aus dem Hoheitsgebiet, die von den Mitgliedstaaten aus Gründen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit oder Gesundheit erlassen werden<sup>100</sup>. Auf das Verhältnis zwischen der Schweiz und der Europäischen Union angewendet, bedeutet dies, dass die Vertragsparteien solche Massnahmen gegenüber den Staatsangehörigen der anderen Partei nur treffen dürfen, wenn die in der Richtlinie festgelegten Bedingungen erfüllt sind.

Die Gründe der öffentlichen Ordnung, Sicherheit und Gesundheit, die nicht für wirtschaftliche Zwecke geltend gemacht werden dürfen<sup>101</sup>, sind Begriffe des Rechts der Europäischen Union, die unter Berücksichtigung der einschlägigen Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs auszulegen sind.

Gemäss Artikel 16 Absatz 2 FZA hat das Bundesgericht die Rechtsprechung des Gerichtshofs auf der Grundlage der in Anhang I Artikel 5 genannten Richtlinien bei der Auslegung des Begriffs «öffentliche Ordnung» berücksichtigt<sup>102</sup>. Nach dieser

---

<sup>98</sup> Richtlinie 64/221 des Rates vom 25. Februar 1964 zur Koordinierung der Sondervorschriften für die Einreise und den Aufenthalt von Ausländern, soweit sie aus Gründen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit oder Gesundheit gerechtfertigt sind, ABl. L 56 vom 4.4.1964, S. 850; Richtlinie 72/194 des Rates vom 18. Mai 1972 über die Erweiterung des Geltungsbereichs der Richtlinie vom 25. Februar 1964 zur Koordinierung der Sondervorschriften für die Einreise und den Aufenthalt von Ausländern, soweit sie aus Gründen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit oder Gesundheit gerechtfertigt sind, auf die Arbeitnehmer, die von dem Recht, nach Beendigung einer Beschäftigung im Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaats verbleiben zu können, Gebrauch machen, ABl. L 121 vom 26.5.1972, S. 32; Richtlinie 75/35 des Rates vom 17. Dezember 1974 zur Erweiterung des Geltungsbereichs der Richtlinie 64/221 zur Koordinierung der Sondervorschriften für die Einreise und den Aufenthalt von Ausländern, soweit sie aus Gründen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit oder Gesundheit gerechtfertigt sind, auf die Staatsangehörigen eines Mitgliedstaats, die von dem Recht, nach Beendigung einer selbständigen Tätigkeit im Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaats zu verbleiben, Gebrauch machen, ABl. L 14 vom 20.1.1975, S. 14. Diese drei Richtlinien wurden in der Europäischen Union durch die Richtlinie 2004/38 über die Unionsbürgerschaft aufgehoben, sind jedoch weiterhin im Rahmen des FZA anwendbar.

<sup>99</sup> Art. 5 Abs. 1 FZA. Die Richtlinie 64/221, auf die das FZA verweist, bezieht sich auf die Staatsangehörigen der Mitgliedstaaten, die sich zur Ausübung einer selbständigen oder unselbständigen Erwerbstätigkeit oder als Dienstleistungsempfänger in einem anderen Mitgliedstaat aufhalten oder in diesen einreisen. Sie gilt ebenfalls für die Ehegatten und die Familienmitglieder (Art. 1 der Richtlinie).

<sup>100</sup> Art. 2 Abs. 1 Richtlinie 64/221.

<sup>101</sup> Art. 2 Abs. 2 Richtlinie 64/221.

<sup>102</sup> Siehe insbesondere BGE 129 II 215 und 130 II 176.

Rechtsprechung lassen sich die Bedingungen für die Anwendung dieses Begriffs wie folgt zusammenfassen<sup>103</sup>: Restriktive Anwendung, der Begriff öffentliche Ordnung setzt das Bestehen einer realen Bedrohung eines bestimmten Schweregrads voraus, die ein grundlegendes Interesse der Gesellschaft beeinträchtigen muss<sup>104</sup>. Die Massnahmen aus Gründen der öffentlichen Ordnung können nur auf dem persönlichen Verhalten des Betreffenden fussen<sup>105</sup>. Die Gefährdung muss aktuell und präsent sein; das bloss Bestehen vorheriger strafrechtlicher Verurteilungen reicht nicht aus<sup>106</sup>; solche Verurteilungen können nur berücksichtigt werden, wenn sich aus deren Begleitumständen eine aktuelle Bedrohung für die öffentliche Ordnung ergibt<sup>107</sup>. Ausserdem müssen die Massnahmen aus Gründen der öffentlichen Ordnung notwendig sein und dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit entsprechen.

Der Begriff «öffentliche Sicherheit» wurde hingegen so ausgelegt, dass er sowohl die innere als auch die äussere Sicherheit eines Mitgliedstaats umfasst<sup>108</sup>. Im Bereich des Abschiebeschutzes war der Europäische Gerichtshof der Auffassung, dass der organisierte Drogenhandel geeignet ist, die Ruhe und die physische Sicherheit der Bevölkerung unmittelbar zu bedrohen<sup>109</sup>. Allgemein kann davon ausgegangen werden, dass unter «öffentliche Sicherheit» die innere und äussere Sicherheit im Sinne des Schutzes der Integrität des Hoheitsgebiets eines Mitgliedstaats und seiner Institutionen und unter «öffentliche Ordnung» die Vermeidung von Störungen der gesellschaftlichen Ordnung zu verstehen sind<sup>110</sup>.

Der Begriff «öffentliche Gesundheit» schliesslich, mit dem die Verweigerung der Einreise in das Hoheitsgebiet oder die Verweigerung der Ausstellung der ersten Aufenthaltserlaubnis begründet werden kann, ist so zu verstehen, dass er nur die in der Liste im Anhang der Richtlinie 64/221 angegebenen Krankheiten und Gebrechen umfasst<sup>111</sup>. Das Auftreten von Krankheiten oder Gebrechen nach der Ausstellung der ersten Aufenthaltserlaubnis hingegen rechtfertigt eine Versagung der Verlängerung der

---

<sup>103</sup> Für eine ausführliche Untersuchung der Begriffe öffentliche Ordnung, öffentliche Sicherheit und öffentliche Gesundheit siehe Ch. Kaddous/D. Grisel, *Libre circulation des personnes et des services*, Dossier de droit européen n° 26, Helbing und LGDJ, 2012, S. 123-138. Die Sicht des Bundesgerichts in diesem Bereich wird insbesondere durch BGE 130 II 493 verdeutlicht, in dem auf die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs verwiesen wird.

<sup>104</sup> BGE 130 II 493.

<sup>105</sup> EuGH, *Bonsignore*-Urteil vom 26. Februar 1975, Az. 67/74, Slg. 1975, 297, Randnr. 6.

<sup>106</sup> Art. 3 Abs. 1 und 2 der Richtlinie 64/221.

<sup>107</sup> Diese Bedingung bringt häufig eine Bewertung des Rückfallrisikos mit sich, die bei der Anwendung dieser Bestimmungen eine massgebliche Rolle spielt. Die Bewertung des Rückfallrisikos muss umso gewissenhafter erfolgen, je höher das bedrohte Rechtsgut einzustufen ist.

<sup>108</sup> EuGH, *Werner*-Urteil vom 17. Oktober 1995, Az. C-70/94, Slg. 1995, I-3189, Randnr. 25; EuGH, *Sirdar*-Urteil vom 26. Oktober 1999, C-273/97, Slg. 1999, I-7403, Randnr. 17; EuGH, *Kreil*-Urteil vom 11. Januar 2000, Az. C-285/98, Slg. 2000, I-69, Randnr. 17; EuGH, *Albore*-Urteil vom 13. Juli 2000, C-423/98, Slg. 2000, I-5965, Randnr. 18; EuGH, *Dory*-Urteil vom 11. März 2003, C-186/01, Slg. 2003, I-2479, Randnr. 32; EuGH, *Tsakouridis*-Urteil vom 23. November 2010, Az. C-145/09, Slg. 2010, I-11979, Randnr. 43.

<sup>109</sup> EuGH, *Tsakouridis*-Urteil vom 23. November 2010, Az. C-145/09, Slg. 2010, I-11979, Randnr. 47.

<sup>110</sup> Siehe Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament und den Rat vom 2. Juli 2009, Hilfestellung bei der Umsetzung und Anwendung der Richtlinie 2004/38 über das Recht der Unionsbürger und ihrer Familienangehörigen, sich im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten frei zu bewegen und aufzuhalten, KOM (2009) 313 endg., S. 10 und 11. Die Richtlinie 2004/38 übernimmt die Begriffe aus der Richtlinie 64/221.

<sup>111</sup> Art. 4 Abs. 1 Richtlinie 64/221. Der Anhang verweist auf ein Dokument der Weltgesundheitsorganisation (WHO) und enthält eine ausführliche Liste der berücksichtgbaren Krankheiten und Gebrechen, zum Beispiel Quarantäne-Krankheiten oder unter bestimmten Bedingungen Tuberkulose.

Aufenthaltserlaubnis oder die Abschiebung aus dem Hoheitsgebiet nicht<sup>112</sup>. Der Europäische Gerichtshof war insbesondere der Auffassung, dass nur Personen, die bereits vor der Ausstellung der ersten Aufenthaltserlaubnis von Krankheiten betroffen waren und eine reale Gefahr für die öffentliche Gesundheit darstellen, die Einreise und der Aufenthalt versagt werden dürfen<sup>113</sup>.

Ebenso wie die Massnahmen aus Gründen der öffentlichen Ordnung müssen auch diejenigen aus Gründen der öffentlichen Sicherheit oder Gesundheit notwendig sein und dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit entsprechen.

**Die Masseneinwanderungsinitiative** will, dass es zu einer allgemeinen Neuausrichtung der Schweizer Zuwanderungspolitik kommt. Sie möchte, dass die Schweiz die Zuwanderung von Ausländerinnen und Ausländern eigenständig steuert. Die im Falle der Annahme der Initiative durch Volk und Stände eingeführten jährlichen Kontingente würden Beschränkungen der durch das FZA eingeräumten Personenfreizügigkeit darstellen.

Die Kontingente würden auf der Grundlage globaler Kriterien, wie des Gesuchs eines Arbeitgebers, der Integrationsfähigkeit der ausländischen Person in der Schweiz und einer ausreichenden, eigenständigen Existenzgrundlage der betreffenden Person, festgelegt. Im Rahmen der Initiative wird das Verweigern der Ausstellung einer Aufenthaltsbewilligung allgemein auf der Grundlage festgelegter Kriterien beabsichtigt, die prinzipiell nicht auf dem persönlichen Verhalten der betreffenden Person oder Personen basieren, wie durch die Begriffe der öffentlichen Ordnung oder der öffentlichen Sicherheit des FZA gefordert wird. Die von der Initiative beabsichtigten Verweigerungsfälle beruhen zudem nicht auf dem Bestehen einer realen Gefahr für die Gesellschaft, wie es der Begriff der öffentlichen Gesundheit vorschreibt. Somit **kann Artikel 5 des Anhangs I in keinem Fall die von der Initiative beabsichtigten Kontingentierungsmassnahmen rechtfertigen**.

Im Fall der **ECOPOP-Initiative** würden die Beschränkungen der Personenfreizügigkeit durch die Anwendung der angestrebten Bestimmungen **ebenfalls nicht durch die Gründe der öffentlichen Ordnung, Sicherheit oder Gesundheit nach Artikel 5 des Anhangs I gerechtfertigt**. Die Bedingungen für die Geltendmachung dieser Gründe durch eine Vertragspartei des FZA setzen voraus, dass die Beschränkungen der Freizügigkeit Einzelmassnahmen, die in speziellen Fällen getroffen werden, und keine allgemeinen Massnahmen zur Begrenzung der Zuwanderung sind, die ohne jede individuelle Berücksichtigung der Situationen der betroffenen Personen getroffen werden.

Die in den beiden Initiativen geltend gemachten Gründe zur Rechtfertigung der Beschränkungen der Personenfreizügigkeit können nicht als durch die Begriffe der öffentlichen Ordnung, öffentlichen Sicherheit oder öffentlichen Gesundheit, wie sie

---

<sup>112</sup> Art. 4 Abs. 2 Richtlinie 64/221. Zu beachten ist, dass dieser Bereich heute in der Europäischen Union durch Art. 29 Abs. 1 der Richtlinie 2004/38 geregelt wird. Diese Bestimmung sieht vor, dass nur Krankheiten mit epidemischem Potenzial im Sinne der einschlägigen Rechtsinstrumente der WHO und sonstige übertragbare, durch Infektionserreger oder Parasiten verursachte Krankheiten, sofern gegen diese Krankheiten Massnahmen zum Schutz der Staatsangehörigen des Aufnahmemitgliedstaats getroffen werden, Massnahmen zur Beschränkung der Personenfreizügigkeit rechtfertigen. Somit lässt sich feststellen, dass der Begriff der öffentlichen Gesundheit sich seit der Richtlinie 64/221 nicht grundlegend geändert hat.

<sup>113</sup> EuGH, *Gül*-Urteil vom 7. Mai 1986, Az. 131/85, Slg. 1986, 1573.

sich aus Anhang I Artikel 5 FZA ergeben, abgedeckt betrachtet werden. Daher stehen die in den beiden Initiativen vorgesehenen Beschränkungen des Rechts auf Aufenthalt und Zugang zu einer Erwerbstätigkeit **in Widerspruch zu Artikel 4 FZA und zu Anhang I Artikel 2 Absatz 1** und können nicht auf der Grundlage von Anhang I Artikel 5 gerechtfertigt werden.

#### **E. Recht auf Zugang zu einer unselbständigen Erwerbstätigkeit und deren Ausübung**

In den Artikeln 6 bis 11 des Anhangs I FZA sind die Bedingungen der Freizügigkeit der Arbeitnehmer aufgeführt, die den Staatsangehörigen einer Vertragspartei gemäss Artikel 1 Buchstaben a und d und Artikel 4 des Abkommens gewährt wird.

Das FZA enthält keine Definition des Begriffs «Arbeitnehmer». Da es sich um einen Rechtsbegriff der Europäischen Union im Sinne des Artikels 16 Absatz 2 des Abkommens handelt, muss man sich bei seiner Auslegung auf die Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union beziehen, die weitgehend vom Bundesgericht übernommen wurde, insbesondere in einem Urteil von 2005<sup>114</sup>. Auf der Grundlage dieser Rechtsprechung wird eine Person als Arbeitnehmer betrachtet, wenn sie für eine bestimmte Zeit für eine andere Person und unter deren Leitung Leistungen erbringt, für die sie im Gegenzug eine Vergütung erhält<sup>115</sup>.

Das FZA sieht ebenfalls den Status des «Grenzgängers» vor, der Personen gewährt wird, die im Hoheitsgebiet einer Vertragspartei ansässig sind und eine unselbständige Erwerbstätigkeit im Hoheitsgebiet einer anderen Vertragspartei ausüben, wobei sie in der Regel jeden Tag oder mindestens einmal in der Woche an ihren Wohnort zurückkehren (Anhang I Art. 7 Abs. 1). Die Verpflichtung zur täglichen Rückkehr in das Herkunftsland wurde durch eine Verpflichtung zur wöchentlichen Rückkehr ersetzt<sup>116</sup>. Der Status des Grenzgängers ist nicht mehr an den Wohnsitz in den Nachbarstaaten der Schweiz gebunden, wie dies ursprünglich der Fall war, und kann folglich zum Beispiel einem britischen Staatsangehörigen mit Wohnsitz im Vereinigten Königreich gewährt werden<sup>117</sup>. Des Weiteren gibt es seit dem 1. Juni 2007 keine festgelegten Grenzgebiete mehr für die Grenzgänger aus den Mitgliedstaaten der EU-15 und aus Malta und Zypern; ihr Wohnsitz und ihr Arbeitsort müssen folglich nicht mehr zwingend im Grenzgebiet liegen. Diese Beschränkung wurde am 1. Mai 2011 auch für die Staatsangehörigen der Mitgliedstaaten der EU-8 aufgehoben. Sie gilt für die bulgarischen und rumänischen Staatsangehörigen noch bis zum 1. Juni 2016. Die Bewilligungen für Grenzgänger sind nicht kontingentiert.

---

<sup>114</sup> BGE 131 II 339, Erwägung 3, in der das Bundesgericht in Anlehnung an den Gerichtshof der Europäischen Union eine erweiterte Definition des Begriffs des Arbeitnehmers angenommen hat.

<sup>115</sup> EuGH, *Lawrie-Blum*-Urteil vom 3. Juli 1986, Rechtssache 66/85, Sammlung 1986, S. 2121, Ziffern 16 und 17, auf das insbesondere im *Raccanelli*-Urteil vom 17. Juli 2008, Rechtssache C-94/07, Sammlung 2008, S. I-5939, Ziffer 33 Bezug genommen wird; EuGH, *Genc*-Urteil vom 4. Februar 2010, Rechtssache C-14/09, Sammlung 2010, S. I-931, Ziffer 19.

<sup>116</sup> Siehe den ehemaligen Art. 6 der Verordnung vom 6. Oktober 1986, der die Zahl der Ausländer begrenzt (BVO). Diese Verordnung wurde durch die Verordnung vom 24. Oktober 2007 über Zulassung, Aufenthalt und Erwerbstätigkeit (VZAE), SR 142.201, aufgehoben.

<sup>117</sup> BGE 135 II 128, Erwägung 3.

Bei Arbeitssuchenden unterscheidet das FZA zwischen den in den Arbeitsmarkt integrierten Personen, die ihren Arbeitsplatz verlieren, und den arbeitslosen Personen, die sich in das Hoheitsgebiet einer Vertragspartei begeben, um dort eine Beschäftigung zu finden. Erstere behalten den Status des Arbeitnehmers und geniessen die mit diesem Status verbundenen Vorteile<sup>118</sup>; letztere, zu denen auch die Personen gezählt werden, die für weniger als ein Jahr in einem Beschäftigungsverhältnis standen, geniessen nicht den Status des Arbeitnehmers<sup>119</sup>.

Gemäss Artikel 2 Absatz 1 Satz 2 des Anhangs I haben die Staatsangehörigen der Mitgliedstaaten der Europäischen Union das Recht, innerhalb einer angemessenen Frist in der Schweiz eine Beschäftigung zu suchen. Gemäss der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union, die nach Artikel 16 Absatz 2 FZA berücksichtigt werden muss, wird eine Frist als angemessen angesehen, wenn sie nicht mehr als sechs Monate beträgt<sup>120</sup>.

So haben die Staatsangehörigen der Mitgliedstaaten der Europäischen Union das Recht, sich in die Schweiz zu begeben oder dort nach der Beendigung eines weniger als ein Jahr dauernden Arbeitsverhältnisses zu bleiben, um dort eine Beschäftigung zu suchen und sich dort für höchstens sechs Monate aufzuhalten. Diese Regelung gilt auch für Personen, die in Anbetracht ihrer Tätigkeit in der Schweiz keinen Anspruch auf Leistungen der Schweizer Arbeitslosenversicherung erworben haben. Ihnen wird eine Kurzaufenthaltsbewilligung zum Zwecke der Stellensuche erteilt<sup>121</sup>. Während dieser Zeit erhalten sie die gleiche behördliche Unterstützung wie arbeitssuchende Schweizer Staatsangehörige (Anhang I Art. 2 Abs. 1). Falls sie nach Ablauf der sechs Monate keine Beschäftigung gefunden haben, kann die Aufenthaltsbewilligung bis auf ein Jahr verlängert werden, sofern sie ihre Suchbemühungen nachweisen können und eine begründete Aussicht auf eine Beschäftigung besteht<sup>122</sup>. Sie haben jedoch keinen Rechtsanspruch auf die Verlängerung der Kurzaufenthaltsbewilligung. Gemäss den Artikeln 2 Absatz 1 und 24 Absatz 2 des Anhangs I haben sie auch keinen Anspruch auf Sozialleistungen. Als Nichterwerbstätige müssen sie über ausreichende finanzielle Mittel für sich und ihre Familienangehörigen verfügen, um während ihres Aufenthalts keine Sozialhilfe in Anspruch nehmen zu müssen, und über eine Krankenversicherung, die sämtliche Risiken abdeckt. Demnach können sie, wenn ihre finanziellen Mittel

---

<sup>118</sup> Die Personen, die den Status des Arbeitnehmers behalten, besitzen das Recht auf Aufenthalt und Sozialleistungen. Es muss jedoch unfreiwillige Arbeitslosigkeit bestehen. Wenn die Person die Arbeitslosigkeit freiwillig eingegangen ist, verliert sie den Status des Arbeitnehmers.

<sup>119</sup> Die Personen, die nicht den Status des Arbeitnehmers haben, können insbesondere nicht in den Genuss der gleichen Vorteile wie Inländer kommen und von der Sozialhilfe ausgeschlossen werden, siehe Art. 2 Abs. 1 Satz 2 des Anhangs I FZA.

<sup>120</sup> EuGH, *Antonissen*-Urteil vom 26. Februar 1991, Rechtssache C-292/89, Sammlung 1991, S. I-745, Ziffer 21. Der Gerichtshof fügt hinzu, dass der Betroffene, falls er nach Ablauf der besagten Frist nachweist, dass er weiterhin eine Beschäftigung sucht und dass er realistische Chancen hat, eingestellt zu werden, dennoch nicht gezwungen wird, das Gebiet des Aufnahmemitgliedstaates zu verlassen.

<sup>121</sup> Ziffer 8.2.5.2 der Weisung des Bundesamts für Migration (BFM) über die schrittweise Einführung der Personenfreizügigkeit (Stand am 1. Mai 2011), verfügbar unter der Adresse:  
[http://www.bfm.admin.ch/content/dam/data/migration/rechtsgrundlagen/weisungen\\_und\\_kreisschreiben/weisungen\\_fza/weisungen-fza-f.pdf](http://www.bfm.admin.ch/content/dam/data/migration/rechtsgrundlagen/weisungen_und_kreisschreiben/weisungen_fza/weisungen-fza-f.pdf)

<sup>122</sup> Art. 18 Abs. 3 VEP, SR 142.203.



nicht ausreichen, um ihren Lebensunterhalt zu bestreiten, und sie Sozialhilfe in Anspruch nehmen, ausgewiesen werden<sup>123</sup>.

Bei Staatsangehörigen der Mitgliedstaaten der Europäischen Union, die einen Anspruch auf Leistungen bei Arbeitslosigkeit erworben haben, muss die Arbeitslosenentschädigung bei der Berechnung der für den Aufenthalt ohne Erwerbstätigkeit erforderlichen finanziellen Mittel berücksichtigt werden (Anhang I Art. 24 Abs. 3). Diese Personen haben eine Erwerbstätigkeit mit einer Dauer von mindestens zwölf Monaten ausgeübt und erhalten eine Kurzaufenthaltsbewilligung für die Stellensuche. Die Bewilligung wird für die vorgesehene Zahlungsdauer der Arbeitslosenentschädigung erteilt, höchstens bis zur Erschöpfung der Bezugsberechtigung. Diese Personen haben im Übrigen Anspruch auf die gleiche behördliche Unterstützung wie die arbeitssuchenden Schweizer Staatsangehörigen<sup>124</sup>.

Schliesslich muss betont werden, dass der Arbeitnehmer das Recht auf Einreise und Ausreise für das Hoheitsgebiet einer Vertragspartei, das Recht auf Verbleib in diesem Hoheitsgebiet nach Beendigung seiner Erwerbstätigkeit<sup>125</sup>, das Recht auf Familiennachzug<sup>126</sup> sowie das Recht auf Gleichbehandlung in Bezug auf den Zugang zu einer Erwerbstätigkeit und deren Ausübung hat. Die Gleichbehandlung muss in Bezug auf die Beschäftigungs- und Arbeitsbedingungen, die steuerlichen und sozialen Vergünstigungen<sup>127</sup>, die berufliche Bildung, die gewerkschaftlichen und ähnliche Tätigkeiten und die Wohnung erfolgen. Das FZA gewährt ihm ebenfalls das Recht auf berufliche und geographische Mobilität im Hoheitsgebiet des Aufnahmestaates<sup>128</sup>.

Gemäss Artikel 10 FZA gelten in der Schweiz bis zum 31. Mai bzw. zum 30. April 2014 Kontingente für die Staatsangehörigen der Mitgliedstaaten der EU-17 und der EU-8 bezüglich der Aufenthaltsbewilligung B mit einer Gültigkeitsdauer von fünf Jahren, die Arbeitnehmern gewährt wird, die eine Erwerbstätigkeit mit einer Dauer von mehr als einem Jahr ausüben, sowie Selbständigen. Die Erteilung von Kurzaufenthaltsbewilligungen unterliegt keiner Beschränkung für die Staatsangehörigen der Mitgliedstaaten der EU-17 und der EU-8. Für die bulgarischen und rumänischen Staatsangehörigen wurde die Übergangszeit, in der Kontingente (Bewilligung L und Bewilligung B) und Bestimmungen bezüglich des Arbeitsmarktes zur Anwendung kommen können, bis zum 31. Mai 2014 verlängert<sup>129</sup>. Sie kann gegebenenfalls bis zum 31. Mai 2016 verlängert werden<sup>130</sup>. Die Schutzklausel des

---

<sup>123</sup> Ziffer 8.2.5.3 der Weisung des Bundesamts für Migration (BFM). Das FZA und das Bundesrecht sehen keinen Anspruch auf Sozialhilfe vor. Die Kantone sind nicht verpflichtet, sie finanziell zu unterstützen, aber sie können auf der Grundlage von kantonalen Bestimmungen entscheiden, ihnen andere Versicherungsleistungen zu zahlen. Das verfassungsmässige Recht auf Sicherung des Existenzminimums, das jeder Person unabhängig von ihrem Aufenthaltsstatus in der Schweiz gewährt wird, bleibt vorbehalten, siehe BGE 122 I 367 und Artikel 12 der Schweizer Verfassung.

<sup>124</sup> Ziffer 8.2.5.2 der Weisung des Bundesamts für Migration (BFM).

<sup>125</sup> Siehe *unten* unsere Ausführungen in Abschnitt II. J.

<sup>126</sup> Siehe *unten* unsere Ausführungen in Abschnitt II. I.

<sup>127</sup> Siehe *unten* unsere Ausführungen in Abschnitt II. K.

<sup>128</sup> Art. 7 Buchstabe b FZA und Art. 8 des Anhangs I. Die berufliche Mobilität umfasst den Wechsel des Arbeitgebers, der Arbeitsstelle, des Berufs und den Übergang von einer unselbständigen zu einer selbständigen Erwerbstätigkeit. Die geographische Mobilität umfasst den Wechsel des Arbeits- und des Aufenthaltsortes.

<sup>129</sup> Notifikation der Schweiz vom 27. Mai 2011, AS 2011 4127.

<sup>130</sup> Art. 10 Abs. 4c Satz 2 FZA.

Artikels 10 Absatz 4 FZA kann gegenüber diesen Staatsangehörigen bis zu zehn Jahre nach Inkrafttreten des Protokolls angerufen werden, also bis zum 31. Mai 2019.

Auf der Grundlage dieser Darlegungen zu den aus dem FZA resultierenden Rechten der Arbeitnehmer sind die Bestimmungen der beiden Volksinitiativen zu untersuchen.

**Die Masseneinwanderungsinitiative** hat zum Ziel, den Zugang zu einer unselbständigen Erwerbstätigkeit und deren Ausübung durch Staatsangehörige der Mitgliedstaaten der Europäischen Union mithilfe der Festlegung spezifischer Kontingente für diese Kategorie von Arbeitnehmern zu beschränken. Sie sieht ebenfalls eine mögliche Beschränkung der Sozialleistungen vor, die an diese Arbeitnehmer gezahlt werden können. Sie plant die Einführung eines Systems, das die Entscheidung ermöglicht, dass *«diese ausländischen Arbeitskräfte das Land auch wieder zu verlassen haben, wenn sie [in der Schweiz] keine Arbeit mehr haben»*. Neben den **oben aufgeführten unvereinbaren Punkten hinsichtlich der Beschränkung des Rechts auf Aufenthalt und auf Zugang zu einer Erwerbstätigkeit**<sup>131</sup> durch die Einführung von Kontingenten ausserhalb des Anwendungsbereichs von Artikel 10 Absatz 4 FZA **verstösst die Volksinitiative gegen das FZA, indem sie die mögliche Beschränkung der Sozialleistungen vorsieht**. Diese Beschränkung läuft dem Grundsatz der Gleichbehandlung der Arbeitnehmer hinsichtlich der sozialen Sicherheit zuwider, der in Artikel 8 FZA festgeschrieben ist<sup>132</sup>. Sie **verstösst ebenfalls gegen die Bestimmungen zu den Arbeitssuchenden**, die für einen Zeitraum von mehr als zwölf Monaten eine Erwerbstätigkeit in der Schweiz ausgeübt und die einen Anspruch auf Leistungen der Arbeitslosenversicherung erworben haben.

Durch die Einführung einer Regelung, laut der jede Person ohne Arbeit die Schweiz verlassen muss, **verstösst die Volksinitiative ebenfalls gegen das Recht jedes Staatsangehörigen der Mitgliedstaaten der Europäischen Union, sich in die Schweiz zu begeben oder dort nach der Beendigung eines weniger als ein Jahr dauernden Arbeitsverhältnisses zu verbleiben, um dort eine Beschäftigung zu suchen und sich dort für den angemessenen Zeitraum von sechs Monaten aufzuhalten** (Anhang I Art. 2 Abs. 1), sofern die Voraussetzungen hinsichtlich der ausreichenden finanziellen Mittel und des Krankenversicherungsschutzes erfüllt sind. Des Weiteren sieht Artikel 6 Absatz 6 des Anhangs I vor, dass *«eine gültige Aufenthaltserlaubnis dem Arbeitnehmer nicht allein deshalb entzogen werden darf, weil er keine Beschäftigung mehr hat, entweder weil er infolge von Krankheit oder Unfall vorübergehend arbeitsunfähig ist oder weil er unfreiwillig arbeitslos geworden ist, sofern Letzteres vom zuständigen Arbeitsamt ordnungsgemäss bestätigt wird»*. **Gegen diese Bestimmung des Artikels 6 Absatz 6 des Anhangs I würde ebenfalls verstossen werden**, falls der Grundsatz Anwendung findet, nach dem *«diese ausländischen Arbeitskräfte das Land auch wieder zu verlassen haben, wenn sie [in der Schweiz] keine Arbeit mehr haben»*.

Des Weiteren kann der Wunsch der Initianten nach einer Möglichkeit, das Recht auf Daueraufenthalt in der Schweiz zu beschränken, ebenfalls die Rechte der Staatsangehörigen der Mitgliedstaaten der Europäischen Union verletzen, die eine

---

<sup>131</sup> Siehe *oben* unsere Ausführungen in Abschnitt II. D.

<sup>132</sup> Siehe *unten* unsere Ausführungen in Abschnitt II. K.

unselbständige Erwerbstätigkeit mit einer Dauer von weniger als einem Jahr ausüben und die über eine Kurzaufenthaltsbewilligung verfügen, wenn sie nicht die Möglichkeit haben, ihr Recht auf berufliche Mobilität auszuüben, das insbesondere den Übergang von einer unselbständigen auf eine selbständige Erwerbstätigkeit umfasst (Anhang I Art. 8).

**Die ECOPOP-Initiative** ist in sehr allgemeinen Begriffen verfasst und hat zum Ziel, die Einwanderung in die Schweiz zu beschränken, sei es aus Europa (Mitgliedstaaten der Europäischen Union), aus Afrika, Amerika oder Asien. Indem sie die Einwanderung aus Europa miteinbezieht, verstösst sie gegen die Bestimmungen und den Geist des FZA, das die Personenfreizügigkeit zwischen den Vertragsparteien begründet. Darüber hinaus nimmt die Initiative keine Unterscheidung bei den Personen vor, die potenziell von der Einwanderungsbeschränkung betroffen sind. So gilt die Bestimmung, nach der die auf den Wanderungssaldo zurückzuführende Wachstumsrate der ständigen Wohnbevölkerung pro Jahr nicht mehr als 0,2 % betragen darf (im dreijährigen Durchschnitt) für alle Kategorien von Personen, gleich ob sie Arbeitnehmer, Selbständige, Dienstleistungserbringer oder -empfänger, Personen ohne Erwerbstätigkeit oder Familienmitglieder sind, sofern sie sich für eine Dauer von mindestens 12 Monaten in der Schweiz aufhalten wollen (Daueraufenthalt). **Die Initiative** stellt also die Rechte all dieser Personen gemäss des FZA in Frage und **verstösst gegen die entsprechenden Bestimmungen des Abkommens**<sup>133</sup>, einschliesslich **gegen jene, die den Staatsangehörigen der Mitgliedstaaten der Europäischen Union das Recht auf Zugang zu einer unselbständigen Erwerbstätigkeit und deren Ausübung gewährt**, insbesondere den Personen, die für einen Zeitraum von mindestens 12 Monaten eine unselbständige Erwerbstätigkeit ausüben wollen. Grundsätzlich bleiben die Rechte der Staatsangehörigen der Mitgliedstaaten der Europäischen Union, die eine unselbständige Erwerbstätigkeit mit einer Dauer von weniger als 12 Monaten ausüben wollen, vom Initiativtext unberührt.

#### **F. Recht auf Zugang zu einer selbständigen Erwerbstätigkeit und deren Ausübung**

In den Artikeln 12 bis 16 des Anhangs I FZA sind die Bedingungen der Niederlassungsfreiheit geregelt, die den Staatsangehörigen einer Vertragspartei gemäss Artikel 1 Buchstaben a und d und Artikel 4 des Abkommens gewährt wird.

Gemäss Artikel 12 Absatz 1 des Anhangs I erhält ein Staatsangehöriger einer Vertragspartei, der sich zwecks Ausübung einer selbständigen Erwerbstätigkeit im Hoheitsgebiet einer anderen Vertragspartei niederlassen will, eine Aufenthaltserlaubnis mit einer Gültigkeitsdauer von mindestens fünf Jahren, gerechnet ab dem Zeitpunkt der Erteilung, sofern er den zuständigen nationalen Behörden nachweist, dass er zu diesem Zweck niedergelassen ist oder sich niederlassen will.

In der Europäischen Union wird der Status des Selbständigen allen Personen verliehen, die eine selbständige Erwerbstätigkeit ausüben<sup>134</sup>, also eine Tätigkeit, die im

---

<sup>133</sup> Siehe *unten* unsere Ausführungen in Abschnitt II, Buchstaben F, G, H und I.

<sup>134</sup> Siehe insbesondere EuGH, *Trojani*-Urteil vom 7. September 2004, Rechtssache C-456/02, Sammlung 2004, S. I-7573, Ziffern 22 bis 27.

Unterschied zu den Arbeitnehmern ohne jedes Subordinationsverhältnis zu einem Arbeitgeber ausgeübt wird.

Die Feststellung des Status des Arbeitnehmers oder des Selbständigen im Rahmen des FZA muss gemäss der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union erfolgen<sup>135</sup>. Die Weisungen des Bundesamts für Migration betonen in dieser Hinsicht, dass das entscheidende Merkmal einer selbständigen Erwerbstätigkeit darin besteht, dass sie «auf eigene Rechnung und Gefahr» ausgeübt wird und dass die Kantone «keine prohibitiven Hürden für die zum Nachweis der Ausübung einer selbständigen Erwerbstätigkeit verpflichteten Personen aufstellen dürfen», denn es obliegt dem Gesuchsteller, den Nachweis für seinen Status als Selbständiger zu erbringen<sup>136</sup>.

Das FZA sieht ebenfalls einen Status des «selbständigen Grenzgängers» vor. Artikel 13 des Anhangs I definiert ihn als den Status eines Staatsangehörigen einer Vertragspartei mit Wohnsitz im Hoheitsgebiet einer Vertragspartei, der eine selbständige Erwerbstätigkeit im Hoheitsgebiet der anderen Vertragspartei ausübt und mindestens einmal in der Woche an seinen Wohnort zurückkehrt. Die *oben* angeführten Bemerkungen zu den abhängig beschäftigten Grenzgängern<sup>137</sup> in Bezug auf die wöchentliche Rückkehr und das Grenzgebiet gelten hier *mutatis mutandis*.

Der Selbständige geniesst ebenfalls eine Reihe von Rechten und Vorteilen, darunter das Recht auf Gleichbehandlung<sup>138</sup> und das Recht auf berufliche und geographische Mobilität im gesamten Hoheitsgebiet des Aufnahmestaats<sup>139</sup>.

Artikel 15 Absatz 2 des Anhangs I sieht vor, dass dem Selbständigen im Aufnahmestaat hinsichtlich des Zugangs zu einer selbständigen Erwerbstätigkeit und deren Ausübung eine Behandlung gewährt wird, die nicht weniger günstig als die den eigenen Staatsangehörigen gewährte Behandlung ist. Im Übrigen wird auf die Bestimmungen des Artikels 9 des Anhangs I über die Gleichbehandlung im Abschnitt des FZA zu den Arbeitnehmern verwiesen, die *mutatis mutandis* ebenfalls für die Selbständigen gelten<sup>140</sup>. Darin geht es um die Anwendung der Bestimmungen zur Gleichbehandlung hinsichtlich der Beschäftigungs- und Arbeitsbedingungen, der steuerlichen und sozialen Vergünstigungen<sup>141</sup>, der beruflichen Bildung, der gewerkschaftlichen und ähnlicher Tätigkeiten und der Wohnung.

Gemäss Artikel 10 FZA gelten heute in der Schweiz bis zum 31. Mai 2014 Kontingente für die Staatsangehörigen der Mitgliedstaaten der EU-17 und bis 30. April 2014 für Staatsangehörige der EU-8 bezüglich der Aufenthaltsbewilligung B mit einer

---

<sup>135</sup> EuGH, *Jany*-Urteil vom 20. November 2001, Rechtssache C-268/99, Sammlung 2001, S. I-8615, Ziffer 34 sowie *Asscher*-Urteil vom 27. Juni 1996, Rechtssache C-107/94, Sammlung 1996, S. I-3089, Ziffern 25 und 26.

<sup>136</sup> Weisung des Bundesamts für Migration (BFM) über die schrittweise Einführung der Personenfreizügigkeit (Stand 1. August 2012), verfügbar unter folgender Internetadresse: [http://www.bfm.admin.ch/content/dam/data/migration/rechtsgrundlagen/weisungen\\_und\\_kreisschreiben/weisungen\\_fza/weisungen-fza-f.pdf](http://www.bfm.admin.ch/content/dam/data/migration/rechtsgrundlagen/weisungen_und_kreisschreiben/weisungen_fza/weisungen-fza-f.pdf), Ziffer 4.3.2.

<sup>137</sup> Siehe *oben* unsere Ausführungen in Abschnitt II. E.

<sup>138</sup> Art. 7 Buchstabe a FZA und Art. 15 des Anhangs I.

<sup>139</sup> Art. 7 Buchstabe b FZA und Art. 14 des Anhangs I. Die berufliche Mobilität umfasst den Wechsel des Berufs und den Übergang von einer selbständigen zu einer unselbständigen Erwerbstätigkeit. Die geographische Mobilität umfasst den Wechsel des Arbeits- und des Aufenthaltsortes.

<sup>140</sup> Siehe *oben* unsere Ausführungen in Abschnitt II. E.

<sup>141</sup> Siehe *unten* unsere Ausführungen in Abschnitt II. K.

Gültigkeitsdauer von fünf Jahren, die Arbeitnehmern gewährt wird, die eine Erwerbstätigkeit mit einer Dauer von mehr als einem Jahr ausüben, sowie Selbständigen. Für die bulgarischen und rumänischen Staatsangehörigen wurde die Übergangszeit, in der Kontingente und Bestimmungen bezüglich des Arbeitsmarktes zur Anwendung kommen können, bis zum 31. Mai 2014 verlängert<sup>142</sup>. Sie kann gegebenenfalls bis zum 31. Mai 2016 verlängert werden<sup>143</sup>. Ausserdem kann die Schutzklausel des Artikels 10 Absatz 4 FZA gegenüber diesen Staatsangehörigen bis zu zehn Jahre nach Inkrafttreten des Protokolls angerufen werden, also bis zum 31. Mai 2019.

**Die Masseneinwanderungsinitiative** unterscheidet bei der Einführung der jährlichen Höchstzahlen für die Kategorie der Selbständigen nicht zwischen den Staatsangehörigen der Mitgliedstaaten der Europäischen Union und anderen Ausländern. Indem sie sie nicht von den Höchstzahlen ausnimmt, verletzt sie die Rechte der Staatsangehörigen der Mitgliedstaaten der Europäischen Union, die sich zwecks Ausübung einer selbständigen Tätigkeit in der Schweiz niederlassen wollen. Sie ist folglich **unvereinbar mit Artikel 1 Buchstaben a und d, Artikel 4 FZA sowie mit den Artikeln 12 ff. des Anhangs I**, sofern es sich um ausserhalb des Anwendungsbereichs von Artikel 10 FZA geplante Höchstzahlen handelt. Der Wunsch der Initianten nach einer Möglichkeit, das Recht auf Daueraufenthalt in der Schweiz zu beschränken, verletzt ebenfalls die Rechte der anderen Staatsangehörigen der Mitgliedstaaten der Europäischen Union, die die durch das FZA festgelegten Voraussetzungen hinsichtlich der Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung der Kategorie B mit einer Gültigkeitsdauer von fünf Jahren erfüllen. Diese Bestimmung beträfe die selbständig erwerbstätigen Staatsbürger der Mitgliedstaaten der Europäischen Union, die Staatsangehörigen, die nach der Beendigung ihrer Erwerbstätigkeit im Schweizer Hoheitsgebiet bleiben wollen sowie die Nichterwerbstätigen, die sich in der Schweiz aufhalten wollen<sup>144</sup>.

**Die ECOPOP-Initiative**, die hinsichtlich der Anwendung einer Höchstgrenze für die auf den Wanderungssaldo zurückzuführende Wachstumsrate der ständigen Wohnbevölkerung in der Schweiz weder eine Unterscheidung auf der Grundlage der Herkunft der Einwanderer (Europa, Afrika, Amerika oder Asien) noch auf der Grundlage der Ausübung einer Erwerbstätigkeit vornimmt, verstösst zwangsläufig gegen die Bestimmungen des FZA, die den Staatsangehörigen der Mitgliedstaaten der Europäischen Union ein Recht auf Zugang zu einer selbständigen Erwerbstätigkeit und deren Ausübung in der Schweiz unter den gleichen Bedingungen, wie sie auch für Schweizer Staatsangehörige gelten, gewähren. Sie **verstösst somit gegen die Bestimmungen des Artikels 1 Buchstaben a und d, des Artikels 4 FZA sowie der Artikel 12 ff. des Anhangs I** in Bezug auf die Staatsbürger der Mitgliedstaaten der Europäischen Union, die eine selbständige Erwerbstätigkeit mit einer Dauer von mindestens 12 Monaten ausüben wollen. Grundsätzlich wären diejenigen, die eine selbständige Erwerbstätigkeit mit einer Dauer von weniger als 12 Monaten ausüben wollen, nicht vom Initiativtext betroffen.

---

<sup>142</sup> Notifikation der Schweiz vom 27. Mai 2011, AS 2011 4127.

<sup>143</sup> Art. 10 Abs. 4c Satz 2 FZA.

<sup>144</sup> Siehe *unten* unsere Ausführungen in Abschnitt II. J.

## **G. Recht auf kurzzeitige Erbringung von Dienstleistungen und Aufenthaltsrecht**

Das FZA gewährt das Recht, kurzzeitige Dienstleistungen im Hoheitsgebiet der Vertragsparteien zu erbringen (1), sowie das an die geplante Dauer der Dienstleistung gebundene Aufenthaltsrecht in diesem Hoheitsgebiet (2).

### **1. Bestimmungen des Rechts auf Erbringung von Dienstleistungen**

In Artikel 5 FZA und in den Artikeln 17 bis 23 des Anhangs I sind die Bedingungen des freien Dienstleistungsverkehrs aufgeführt, der den Staatsangehörigen einer Vertragspartei gemäss Artikel 1 Buchstabe b des Abkommens gewährt wird. Das Ziel des FZA in Bezug auf die Dienstleistungen ist die Liberalisierung der Erbringung von kurzzeitigen Dienstleistungen und die Vereinfachung der Erbringung von Dienstleistungen von längerer Dauer.

Das FZA liefert keine Definition der Dienstleistungen, deren Liberalisierung es beabsichtigt. Da es sich um einen Rechtsbegriff der Europäischen Union handelt, muss er nach Artikel 16 Absatz 2 des Abkommens gemäss der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union ausgelegt werden.

Die Grundbestimmung im Recht der Europäischen Union ist im AEU-Vertrag in Artikel 57 aufgeführt, der die Dienstleistungen definiert als «Leistungen, die in der Regel gegen Entgelt erbracht werden, soweit sie nicht den Vorschriften über den freien Waren- und Kapitalverkehr und über die Freizügigkeit der Personen unterliegen». In Absatz 2 dieser Bestimmung wird erläutert, dass Dienstleistungen insbesondere gewerbliche, kaufmännische, handwerkliche und freiberufliche Tätigkeiten umfassen.

Die Rechtsprechung des Gerichtshofs berücksichtigt die Vielfalt der unter den Begriff der Dienstleistungen fallenden Tätigkeiten. So wurden insbesondere die Tätigkeiten des Inkassowesens<sup>145</sup>, des Versicherungsmaklers<sup>146</sup>, Beförderungstätigkeiten<sup>147</sup>, medizinische Tätigkeiten<sup>148</sup> oder auch Lotterietätigkeiten<sup>149</sup> unter dem Blickwinkel der Bestimmungen des AEU-Vertrags über die Dienstleistungen untersucht. Allgemein kann festgestellt werden, dass der freie Dienstleistungsverkehr im Sinne des AEU-Vertrags wirtschaftliche Tätigkeiten<sup>150</sup> betrifft, die überwiegend immaterieller Natur sind<sup>151</sup> und die ohne jedes Subordinationsverhältnis<sup>152</sup> und vorübergehend<sup>153</sup> ausgeübt werden.

---

<sup>145</sup> EuGH, *Reisebüro Broede gegen Sandker*-Urteil vom 12. Dezember 1996, Rechtssache C-3/95, Sammlung 1996, S. I-6511.

<sup>146</sup> EuGH, *Coenen*-Urteil vom 26. November 1975, Rechtssache 39/75, Sammlung 1975, S. 1547.

<sup>147</sup> EuGH, *Corsica Ferries France*-Urteil vom 13. Dezember 1989, Rechtssache C-49/89, Sammlung 1989, S. 4441.

<sup>148</sup> EuGH, *Luisi et Carbone*-Urteil vom 31. Januar 1984, verbundene Rechtssachen 286/82 und 26/83, Sammlung 1984, S. 377.

<sup>149</sup> EuGH, *Schindler*-Urteil vom 24. März 1994, Rechtssache C-275/92, Sammlung 1994, S. I-1039.

<sup>150</sup> Die wirtschaftliche Natur der Dienstleistungstätigkeiten wird veranschaulicht durch den Ausdruck «in der Regel gegen Entgelt erbracht» in Art. 57 Abs. 1 AEUV.

<sup>151</sup> Das Merkmal der «Immaterialität» ermöglicht die Unterscheidung des freien Dienstleistungsverkehrs vom freien Warenverkehr.

<sup>152</sup> Das Nichtvorhandensein eines Subordinationsverhältnisses ermöglicht die Unterscheidung des freien Dienstleistungsverkehrs von der Freizügigkeit der Arbeitnehmer.

Das Bundesgericht hat im Rahmen der Anwendung des FZA eine erweiterte Definition der unter den Begriff der Dienstleistungen fallenden Tätigkeiten übernommen. Es hat insbesondere erwogen, dass mit der Prozessfinanzierung verbundene Tätigkeiten<sup>154</sup>, zahnärztliche Tätigkeiten<sup>155</sup> oder Tätigkeiten der Prostitution<sup>156</sup> unter diesen Begriff fallen.

Das FZA sieht zwar nur die Situation ausdrücklich vor, in der sich der Dienstleistungserbringer (aktive Dienstleistung, Art. 5 Abs. 1 und Abs. 2 FZA) oder der Dienstleistungsempfänger (passive Dienstleistung, Art. 5 Abs. 3 FZA und Art. 23 Anhang I) in das Hoheitsgebiet einer Vertragspartei begibt, doch die Dienstleistungserbringung, für die keine Einreise einer natürlichen Person erforderlich ist, wird ebenfalls durch das FZA abgedeckt. Dies ergibt sich einerseits aus der Tatsache, dass die Bestimmungen des Abkommens (und insbesondere die Art. 5 Abs. 1 FZA und 17 Buchstabe a und 19 Anhang I) weitgehend an den AEU-Vertrag angelehnt sind, der die Dienstleistungserbringung ohne Personenbewegung nicht ausführlicher regelt, der jedoch in den 90er Jahren dahingehend ausgelegt wurde, dass er sie abdeckt<sup>157</sup>. Andererseits, wenn die Vertragsparteien beabsichtigt hätten, diese Art der Dienstleistungserbringung auszuschliessen, hätten sie dies ausdrücklich geregelt, da sie dafür Sorge getragen haben, dass die durch das FZA gewährte Liberalisierung der Dienstleistungen auf Dienstleistungen beschränkt wird, deren Dauer 90 tatsächliche Arbeitstage pro Kalenderjahr nicht überschreitet.

Es werden jedoch nicht alle Dienstleistungen im Sinne des Artikels 57 des AEU-Vertrags durch das FZA abgedeckt, das bestimmte Ausschlüsse vorsieht. So sind die Tätigkeiten von Arbeitsvermittlungs- und -verleihunternehmen und Finanzdienstleistungen ausgeschlossen, für deren Ausübung eine vorherige Genehmigung erforderlich ist und deren Erbringer der Aufsicht der Behörden unterstehen (Anhangs I Art. 22 Abs. 3 Ziffern i und ii). Der letzte Ausschluss deckt praktisch sämtliche Tätigkeiten der Banken und Versicherungen sowie die Wertpapierdienstleistungen und Dienstleistungen des Zahlungsverkehrs ab.

In Artikel 5 Absatz 1 FZA wird des Weiteren präzisiert, dass die im Abkommen vorgesehenen Rechte im Bereich der Dienstleistungen «unbeschadet besonderer Abkommen über die Erbringung von Dienstleistungen zwischen den Vertragsparteien» gelten. Dieser Vorbehalt bezieht sich auf die zwischen den Parteien geschlossenen Abkommen, die bestimmte Sonderdienstleistungen betreffen, während die im FZA vorgesehene Teilliberalisierung der Dienstleistungen alle Arten von Dienstleistungen ganzheitlich abdeckt. In Artikel 5 wird ausdrücklich das Abkommen über das öffentliche Beschaffungswesen<sup>158</sup> genannt, doch es sind auch andere Abkommen

---

<sup>153</sup> Das Merkmal der zeitlichen Begrenztheit ermöglicht die Unterscheidung des freien Dienstleistungsverkehrs von der Niederlassungsfreiheit, da im Fall der Erbringung von Dienstleistungen dieses Merkmal der zeitlichen Begrenztheit mit der Nichteingliederung in die Wirtschaft des Aufnahmestaats einhergeht, wenn der Dienstleistungserbringer sich dorthin begibt.

<sup>154</sup> BGE 131 I 223.

<sup>155</sup> Urteil vom 17 Juni 2008, Az. 2C 151/2008.

<sup>156</sup> BGE Urteil des Bundesgerichts vom 14. Januar 2008, Az. 2C\_334/2007.

<sup>157</sup> EuGH, *Säger*-Urteil vom 25. Juli 1991, Rechtssache C-76/90, Sammlung 1991, S. I-4221, Ziffern 13 und 18, das Dienstleistungen zur Überwachung und Aufrechterhaltung von Patenten betrifft.

<sup>158</sup> Abkommen vom 21. Juni 1999 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Gemeinschaft über bestimmte Aspekte des öffentlichen Beschaffungswesens, SR 0.172.052.68, ABl. L 114 vom 30. April 2002, S. 430.

betroffen, wie das Landverkehrsabkommen<sup>159</sup>, das Luftverkehrsabkommen<sup>160</sup> oder das MEDIA-Abkommen im audiovisuellen Bereich<sup>161</sup>. Als Sonderregelungen haben diese Abkommen im Streitfall Vorrang vor dem FZA.

Artikel 5 FZA gewährt den Dienstleistungserbringern einschliesslich den Gesellschaften das Recht, eine Dienstleistung im Hoheitsgebiet der anderen Vertragspartei zu erbringen, doch dieses Recht ist auf die Erbringung von Dienstleistungen beschränkt, deren Dauer 90 tatsächliche Arbeitstage pro Kalenderjahr nicht überschreitet. Folglich werden nur kurzzeitige Dienstleistungen liberalisiert. Für die Dienstleistungen von längerer Dauer ermöglicht das Abkommen nur eine Vereinfachung der Dienstleistungserbringung.

Wenn die Dauer der Dienstleistung 90 Tage überschreitet, beruht das Recht, die Dienstleistung zu erbringen, entweder auf einer von den zuständigen Behörden erteilten Erlaubnis oder auf einem bereits zwischen der Schweiz und der Europäischen Union geschlossenen besonderen Abkommen (Art. 5 Abs. 2 Buchstaben a und b FZA).

Es ist anzumerken, dass das FZA im Bereich der Freizügigkeit der Arbeitnehmer und der Selbständigen nur auf die natürlichen Personen Bezug nimmt, während Artikel 18 des Anhangs I die Anwendung der Bestimmungen des Abkommens hinsichtlich der Dienstleistungen auch auf Gesellschaften ausweitet, die nach dem Recht eines Mitgliedstaats der Europäischen Union oder nach schweizerischem Recht gegründet wurden und ihren satzungsmässigen Sitz, ihre Hauptverwaltung oder ihre Hauptniederlassung im Hoheitsgebiet einer Vertragspartei haben. Die juristischen Personen sind folglich grundsätzlich in den Anwendungsbereich der Bestimmungen des FZA hinsichtlich der Dienstleistungen eingeschlossen und geniessen das Recht, eine Dienstleistung zu erbringen.

---

<sup>159</sup> Abkommen vom 21. Juni 1999 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Gemeinschaft über den Güter- und Personenverkehr auf Schiene und Strasse, SR 0.740.72, ABl. L 114 vom 30. April 2002, S. 91.

<sup>160</sup> Abkommen vom 21. Juni 1999 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Gemeinschaft über den Luftverkehr, SR 0.748.127.192.68, ABl. L 114 vom 30. April 2002, S. 73.

<sup>161</sup> Abkommen vom 11. Oktober 2007 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Gemeinschaft im audiovisuellen Bereich zur Festlegung der Voraussetzungen und Bedingungen für die Beteiligung der Schweizerischen Eidgenossenschaft am Gemeinschaftsprogramm MEDIA 2007, SR 0.784.405.226.8, ABl. L 303 vom 21. November 2007, S. 11.



## 2. An die Dienstleistungserbringung gebundenes Aufenthaltsrecht

Als direkte Folge des Rechts, eine Dienstleistung zu erbringen, wird den Dienstleistungen erbringenden Staatsangehörigen einer Vertragspartei durch Artikel 5 Absatz 2 FZA für die Dauer der Dienstleistung das Aufenthaltsrecht im Hoheitsgebiet einer anderen Vertragspartei gewährt.

Artikel 17 Buchstabe b des Anhangs I untersagt jede Beschränkung der Einreise und des Aufenthalts der Dienstleistungen erbringenden Staatsangehörigen einer Vertragspartei, die im Hoheitsgebiet einer Vertragspartei niedergelassen sind und die sich in das Gebiet einer anderen Vertragspartei begeben. Dieses Verbot von Beschränkungen der Einreise und des Aufenthalts der Dienstleistungserbringer gilt in den beiden in Artikel 5 Absatz 2 FZA erfassten Fällen, nämlich für die gemäss dem FZA liberalisierten Dienstleistungen, deren Dauer 90 Tage nicht überschreitet, und für die Erbringung von Dienstleistungen, die von den zuständigen Behörden genehmigt oder gemäss einem besonderen Abkommen liberalisiert wurden.

Gemäss Artikel 20 des Anhangs I benötigen die Dienstleistungserbringer keine Aufenthaltserlaubnis für Aufenthalte von höchstens 90 Tagen. Für längere Aufenthalte erteilen die zuständigen Behörden zur Feststellung dieses Rechts eine Aufenthaltserlaubnis, deren Gültigkeitsdauer der Dauer der Dienstleistung entspricht.

Artikel 17 Buchstabe a des Anhangs I bestimmt, dass jede Beschränkung grenzüberschreitender Dienstleistungen, deren Dauer 90 tatsächliche Arbeitstage pro Kalenderjahr nicht überschreitet, untersagt ist.

Unabhängig davon, ob es sich um eine gemäss dem FZA liberalisierte Dienstleistung von weniger als 90 Tagen oder eine durch die zuständigen nationalen Behörden genehmigte Dienstleistung handelt, gewährt Artikel 19 des Anhangs I den Dienstleistungserbringern Gleichbehandlung, das heisst das Recht, ihre Tätigkeit «unter den gleichen Bedingungen aus[zu]üben, wie dieser Staat sie für seine eigenen Staatsangehörigen vorschreibt».

Die Dienstleistungsempfänger (2.1) und die entsandten Arbeitnehmer (2.2) unterliegen einer besonderen Regelung.

### 2.1 Dienstleistungsempfänger

Artikel 5 Absatz 3 FZA sieht vor, dass natürliche Personen, die Staatsangehörige einer der Vertragsparteien sind und sich als Empfänger einer Dienstleistung in das Hoheitsgebiet einer anderen Vertragspartei begeben, das Einreise- und Aufenthaltsrecht geniessen<sup>162</sup>. Gemäss Artikel 23 des Anhangs I benötigt der Dienstleistungsempfänger keine Aufenthaltserlaubnis für Aufenthalte von höchstens drei Monaten. Für Aufenthalte von mehr als drei Monaten erhält der Dienstleistungsempfänger eine Aufenthaltserlaubnis, deren Gültigkeitsdauer der Dauer der Dienstleistung entspricht.

---

<sup>162</sup> In dieser Bestimmung werden die juristischen Personen als Empfänger von Dienstleistungen im Sinne des FZA nicht genannt. Der Gerichtshof der Europäischen Union hat im *Grimme*-Urteil von 2009 betont, dass «alle im FZA vorgesehenen Kategorien von Personen, mit Ausnahme der Dienstleistungserbringer und -empfänger, ihrem Wesen nach voraussetzen, dass es sich um natürliche Personen handelt», EuGH, *Grimme* - Urteil vom 12. November 2009, Rechtssache C-351/08, Sammlung 2009, S. I-10777, Ziffer 34.

Das FZA enthält für den Dienstleistungsempfänger keine Bestimmung ähnlich dem Artikel 17 Buchstabe a des Anhangs I, welche Beschränkungen grenzüberschreitender Dienstleistungen untersagt. Artikel 23 Absatz 1 *in fine* sieht lediglich die Möglichkeit vor, den Dienstleistungsempfänger während der Dauer seines Aufenthalts von der Sozialhilfe auszuschliessen.

## 2.2 Entsandte Arbeitnehmer

Gemäss Artikel 17 Buchstabe b Ziffer ii des Anhangs I geniessen entsandte Arbeitnehmer – unabhängig von ihrer Staatsangehörigkeit (Staatsangehörige der Mitgliedstaaten der Europäischen Union oder Staatsangehörige von Drittländern) – auf der Grundlage des FZA das Einreise- und Aufenthaltsrecht, wenn sie im Rahmen der Erbringung einer Dienstleistung in das Gebiet einer anderen Vertragspartei entsandt werden. Diese Arbeitnehmer müssen jedoch vor ihrer Entsendung in den regulären Arbeitsmarkt einer Vertragspartei integriert sein, wodurch verhindert werden soll, dass Staatsangehörige von Drittländern nur im Hinblick auf ihre Entsendung eingestellt werden<sup>163</sup>.

Artikel 22 Absatz 2 des Anhangs I sieht vor, dass das FZA die Anwendbarkeit der bestehenden Rechts- und Verwaltungsvorschriften für die entsandten Arbeitnehmer unberührt lässt. Diese Bestimmung nimmt Bezug auf die Richtlinie 96/71<sup>164</sup>, die darauf abzielt, einen fairen Wettbewerb zwischen den Wirtschaftsbeteiligten sowie die Wahrung der Rechte der Arbeitnehmer sicherzustellen. Die Richtlinie 96/71 enthält eine Reihe von Schutzbestimmungen, die der Dienstleistungserbringer im Falle einer Entsendung von Arbeitnehmern einhalten muss<sup>165</sup>. Die Mitgliedstaaten müssen für die Einhaltung dieser Bestimmungen sorgen. Die Schweiz hat ihrerseits im Rahmen der flankierenden Massnahmen zur Umsetzung des FZA ein Bundesgesetz über die entsandten Arbeitnehmer verabschiedet<sup>166</sup>. Dieses Gesetz soll verhindern, dass die Ausführung von Aufträgen durch entsandte Arbeitnehmer zu Lohn- und/oder Sozialdumping zum Nachteil der in den Schweizer Arbeitsmarkt integrierten Arbeitnehmer führt<sup>167</sup>. Die minimalen Arbeits- und Lohnbedingungen, die Arbeitgeber ihren in die Schweiz entsandten Arbeitnehmern gewähren müssen, sind in Artikel 2 Absatz 1 des Bundesgesetzes aufgeführt. Es handelt sich um die gleichen Bereiche, die auch in Artikel 3 der Richtlinie 96/71 genannt werden.

Artikel 6 des Bundesgesetzes über die in die Schweiz entsandten Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer sieht eine Meldepflicht für Arbeitgeber im Falle einer Entsendung

---

<sup>163</sup> Siehe Art. 2 Abs. 3 der VEP.

<sup>164</sup> **Richtlinie 96/71 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. Dezember 1996 über die Entsendung von Arbeitnehmern im Rahmen der Erbringung von Dienstleistungen, ABl. L 18 vom 21. Januar 1997, S. 1.**

<sup>165</sup> Art. 3 Richtlinie 96/71, in dem folgende Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen aufgeführt werden: Höchstarbeitszeiten, Mindestruhezeiten, bezahlter Mindestjahresurlaub, Mindestlohnsätze, Bedingungen für die Überlassung von Arbeitskräften, Sicherheit, Gesundheitsschutz und Hygiene am Arbeitsplatz, Schutzmassnahmen für Schwangere, Wöchnerinnen, Kinder und Jugendliche, Gleichbehandlung von Männern und Frauen.

<sup>166</sup> Bundesgesetz vom 8. Oktober 1999 über die minimalen Arbeits- und Lohnbedingungen für in die Schweiz entsandte Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer und flankierende Massnahmen (Bundesgesetz über die in die Schweiz entsandten Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer, EntsG.) SR 823.20.

<sup>167</sup> Botschaft des Bundesrates vom 23. Juni 1999 zur Genehmigung der sektoriellen Abkommen zwischen der Schweiz und der EG, BBl. 1999 5440, 5697.

vor und bestimmt in Absatz 3, dass die Arbeit frühestens acht Tage, nachdem der Einsatz gemeldet worden ist, aufgenommen werden darf («Acht-Tage-Regel»)<sup>168</sup>.

Seit dem 1. Mai 2013 bietet Artikel 6 Absatz 1 Buchstabe a EntSG infolge einer Änderung des Bundesgesetzes über die in die Schweiz entsandten Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer zur Anpassung der flankierenden Massnahmen zur Freizügigkeit die Rechtsgrundlage für die Forderung der Meldung von Angaben zur Identität und zum Lohn der in die Schweiz entsandten Personen, die aus den Mitgliedstaaten der Europäischen Union (und der EFTA) stammen. Die Änderung des Bundesgesetzes hat Änderungen der Verordnungen nach sich gezogen, darunter insbesondere Artikel 6 Absatz 4 Buchstabe a<sup>bis</sup> der Verordnung über die in die Schweiz entsandten Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer<sup>169</sup>. Gemäss letzterer Bestimmung, die seit dem 15. Mai 2013 in Kraft ist, sind ausländische Arbeitgeber verpflichtet, bei der Meldung entsandter Arbeitnehmer (im Online-Meldeverfahren) den Bruttostundenlohn, der tatsächlich für die angemeldete Dienstleistung in der Schweiz entrichtet wird, anzugeben<sup>170</sup>.

Auf der Grundlage dieser Darlegungen zum aus dem FZA resultierenden Recht, Dienstleistungen zu erbringen, sind die Bestimmungen der beiden Volksinitiativen zu untersuchen.

**Die Masseneinwanderungsinitiative** bezieht sich auf alle Ausländer und insbesondere auf jene, die eine Erwerbstätigkeit ausüben. Das FZA gewährt das Recht, eine Dienstleistung im Hoheitsgebiet der Schweiz zu erbringen, sowie das sich aus ersterem ergebende Recht, in dieses Hoheitsgebiet einzureisen und sich dort aufzuhalten. Die Staatsangehörigen der Mitgliedstaaten der Europäischen Union, die gemäss dem FZA zur Erbringung von Dienstleistungen berechtigt sind, benötigen für Aufenthalte von höchstens 90 Tagen keine Aufenthaltserlaubnis (Anhang I Art. 20 Abs. 1). Die Personen, die zur Erbringung von Dienstleistungen mit einer Dauer von mehr als 90 Tagen berechtigt sind oder denen eine Erlaubnis zur Erbringung einer solchen Dienstleistungen erteilt wurde, erhalten zur Feststellung dieses Rechts eine Aufenthaltserlaubnis, deren Gültigkeitsdauer der Dauer der Dienstleistung entspricht (Anhang I Art. 20 Abs. 2).

Bei den von der Initiative vorgesehenen Höchstzahlen für Aufenthaltsbewilligungen für Ausländer, die zur Erbringung von Dienstleistungen in die Schweiz kommen, wird nicht zwischen Dienstleistungen mit einer Dauer von weniger oder mehr als 90 Tagen unterschieden. Es ist jedoch zu betonen, dass die Initiative das Ziel hat, die

---

<sup>168</sup> Diese Bestimmung ist ein Streitpunkt zwischen der Schweiz und der Europäischen Union im Zusammenhang mit der Anwendung des FZA, welche vor den Gemischten Ausschuss zum FZA gebracht wurde, ohne dass eine Entscheidung herbeigeführt werden konnte. Die Europäische Union ist der Ansicht, dass diese Bestimmung einen Verstoß gegen das FZA darstellt, was die Schweiz bestreitet. Siehe die Entschliessung des Europäischen Parlaments vom 7. September 2010, EWR-Schweiz: Hindernisse für die vollständige Verwirklichung des Binnenmarktes, Az. P7\_TA-PROV (2010) 0300, Rz. 12 und die Schlussfolgerungen des Rates vom 14. Dezember 2010 zu den Beziehungen der Europäischen Union zu den EFTA-Staaten, Ziffer 43. Diese Frage wird im vorliegenden juristischen Gutachten nicht behandelt.

<sup>169</sup> SR 823.201.

<sup>170</sup> Rundschreiben des BFM vom 29. April 2013 zur Einführung und Umsetzung der Lohnmeldung für in die Schweiz entsandte Dienstleistungserbringer, einzusehen unter der Adresse [http://www.bfm.admin.ch/content/dam/data/migration/rechtsgrundlagen/weisungen\\_und\\_kreisschreiben/weisungen\\_fza/20130429-rs-lohnmeldung-f.pdf](http://www.bfm.admin.ch/content/dam/data/migration/rechtsgrundlagen/weisungen_und_kreisschreiben/weisungen_fza/20130429-rs-lohnmeldung-f.pdf)

Einwanderung zu beschränken, die als die Tatsache definiert wird, dass Personen ihren Wohnort verlassen, um sich dauerhaft an einem anderen Ort niederzulassen<sup>171</sup>. Unter diesem Blickwinkel dürften die kurzzeitigen Dienstleistungen nicht in die von der Volksinitiative vorgesehenen Kontingentierungen eingeschlossen sein, wenn man sich den Begriff der Einwanderung und des dauerhaften Aufenthalts vor Augen hält, die Schlüsselbegriffe der Volksinitiative sind. Die Initianten der Initiative liefern diesbezüglich keinerlei genauere Angaben. Demzufolge **würde die Initiative gegen Artikel 5 FZA und Artikel 20 Absatz 1 des Anhangs I verstossen, wenn sie die Einführung von Höchstzahlen für kurzzeitige Dienstleistungen zum Ziel hat. Wenn sich die Volksinitiative auf Erbringer von Dienstleistungen mit einer längeren Dauer bezieht**, die sich aufgrund ihrer Tätigkeit dauerhaft in der Schweiz aufhalten und deren Situation mit einer Einwanderung vergleichbar ist, und sie zum Ziel hat, deren Aufenthalt für die Dauer der Dienstleistung im Hoheitsgebiet der Schweiz wesentlich zu beschränken, **würde sie gegen die Rechte verstossen, die sich aus Artikel 20 Absatz 2 des Anhangs I ergeben.**

Darüber hinaus scheint die Initiative auch **gegen die in Artikel 5 Absatz 3 FZA und Artikel 23 des Anhangs I gewährten Rechte der Dienstleistungsempfänger zu verstossen**, die gemäss dem FZA für die Dauer der Dienstleistung das Einreise- und Aufenthaltsrecht geniessen, das ihnen gewährt wird, wenn die Dienstleistung länger als drei Monate dauert.

**Entsante Arbeitnehmer** geniessen unter den in Artikel 17 Buchstabe b Ziffer ii des Anhangs I festgelegten Bedingungen das Einreise- und Aufenthaltsrecht. Diese Rechte könnten ebenfalls betroffen sein, sofern die Dauer der im Hoheitsgebiet der Schweiz ausgeübten Tätigkeit bei der Festlegung der Höchstzahlen berücksichtigt wird, so wie es die Initianten der Initiative angeben<sup>172</sup>. Auch in diesem Punkt **würde die Initiative gegen die Bestimmungen des FZA verstossen.**

**Die ECOPOP-Initiative** hat ebenfalls zum Ziel, die Zahl der Ausländer, die sich dauerhaft in der Schweiz aufhalten, zu beschränken. Der freie Dienstleistungsverkehr im Sinne des Artikels 5 FZA betrifft jedoch der Definition nach Tätigkeiten mit begrenzter Dauer, wodurch er sich von der Niederlassungsfreiheit im Sinne der Artikel 12 bis 16 des Anhangs I oder der Ausübung von unselbständigen Erwerbstätigkeiten unterscheidet, die eine längere Dauer haben. Des Weiteren ist bekannt, dass diese Initiative das Ziel hat, die Zahl der Ausländer, die sich für eine Dauer von mindestens 12 Monaten in der Schweiz aufhalten, zu beschränken. Auf der Grundlage dieses Sachverhalts **kann man davon ausgehen, dass die Initiative sich nur auf die Erbringer von Dienstleistungen mit einer Dauer von mindestens 12 Monaten bezieht**, die unter den Begriff «ständige Wohnbevölkerung in der Schweiz» fallen können. In diesem Fall würde die Initiative den aus dem FZA resultierenden Rechten zuwiderlaufen, die Staatsangehörigen der Mitgliedstaaten der Europäischen Union in der Eigenschaft als Dienstleistungserbringer, Dienstleistungsempfänger oder auch als entsante Arbeitnehmer, unabhängig davon, ob Letztere Staatsangehörige der Mitgliedstaaten der Europäischen Union oder von Drittstaaten sind, gewährt werden.

---

<sup>171</sup> Siehe auch die Auslegung in der Botschaft des Bundesrates vom 7. Dezember 2012 zur Masseneinwanderungsinitiative, BBl. 2013 279, 302.

<sup>172</sup> Argumentarium der Masseneinwanderungsinitiative vom 25. Juli 2011, S. 29.

**Sie würde gegen die Bestimmungen des Artikels 5 Absatz 2 FZA, des Artikels 17 Buchstabe b Ziffer i und des Artikels 20 Absatz 2 des Anhangs I (Dienstleistungserbringer), des Artikels 5 Absatz 3 FZA und des Artikels 23 des Anhangs I (Dienstleistungsempfänger) sowie des Artikels 17 Buchstabe b Ziffer ii des Anhangs I (entsandte Arbeitnehmer) verstossen.**

## **H. Aufenthaltsrecht von Personen ohne Erwerbstätigkeit**

Artikel 6 FZA garantiert Staatsangehörigen einer Vertragspartei, die keine Wirtschaftstätigkeit ausüben, das Aufenthaltsrecht auf dem Hoheitsgebiet einer Vertragspartei. Die Modalitäten des Aufenthaltsrechtes dieser Personen werden in Artikel 24 des Anhangs I präzisiert. Gemäss dieser letzten Bestimmung besteht das FZA auf dem subsidiären Charakter des Aufenthaltsrechtes dieser Personen, denn letzteres tritt nur ein, wenn ein Aufenthaltsrecht auf Grund anderer Bestimmungen nicht denkbar ist.

Die Personen ohne Erwerbstätigkeit wurden im Gegensatz zu unselbständigen Arbeitnehmern, Selbständigen und Dienstleistungserbringern keiner Übergangsregelung im Rahmen des FZA unterstellt. Sie geniessen seit dem Inkrafttreten des FZA eine völlige Freizügigkeit. Zu dieser Kategorie gehören nicht erwerbstätige Personen, Rentner und Studierende.

Ihr Aufenthaltsrecht wurde im Recht der Europäischen Union von drei Richtlinien geregelt, die in den 90er Jahren angenommen wurden: die Richtlinie 93/96/EWG über das Aufenthaltsrecht der Studenten<sup>173</sup>, die Richtlinie 90/365/EWG über das Aufenthaltsrecht der aus dem Erwerbsleben ausgeschiedenen Arbeitnehmer und Selbständigen<sup>174</sup> und die Richtlinie 90/364/EWG über das Aufenthaltsrecht<sup>175</sup>. Das FZA verweist nicht ausdrücklich auf diese Urkunden, die in der Europäischen Union zum Zeitpunkt der Unterzeichnung des Abkommens gegolten haben, jedoch entsprechen die im Abkommen formulierten Vorstellungen und Bedingungen grösstenteils denen in den besagten Richtlinien<sup>176</sup>. Diese drei Texte sind daher für die Anwendung des FZA relevant.

Gemäss Artikel 24 Absatz 1 des Anhangs I erhalten nicht erwerbstätige Personen eine Aufenthaltserlaubnis mit einer Gültigkeitsdauer von mindestens fünf Jahren; diese gilt für das gesamte Hoheitsgebiet des Staates, der sie erteilt hat. Die Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung verlangt von diesen Personen, dass sie den Nachweis dafür erbringen, dass sie für sich selbst und ihre Familienangehörigen über Folgendes verfügen:

- ausreichende finanzielle Mittel, so dass sie während ihres Aufenthalts keine Sozialhilfe in Anspruch nehmen müssen, und

---

<sup>173</sup> Richtlinie 93/96/EWG des Rates vom 29. Oktober 1993 über das Aufenthaltsrecht der Studenten, ABl. Nr. L 317 vom 18. Dezember 1993, S. 59.

<sup>174</sup> Richtlinie 90/365/EWG des Rates vom 28. Juni 1990 über das Aufenthaltsrecht der aus dem Erwerbsleben ausgeschiedenen Arbeitnehmer und Selbständigen, ABl. Nr. L 180 vom 13. Juli 1990, S. 28.

<sup>175</sup> Richtlinie 90/364/EWG des Rates vom 28. Juni 1990 über das Aufenthaltsrecht, ABl. Nr. L 180 vom 13. Juli 1990, S. 26.

<sup>176</sup> Diese drei Richtlinien wurden in der Europäischen Union aufgehoben und durch die Richtlinie 2004/38/EG vom 29. April 2004 über das Recht der Unionsbürger und ihrer Familienangehörigen, sich im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten frei zu bewegen und aufzuhalten, ABl. Nr. L 180 vom 30. April 2004, S. 77.

- einen Krankenversicherungsschutz, der sämtliche Risiken abdeckt.

Sind diese Bedingungen erfüllt, darf das Aufenthaltsrecht nur aus Gründen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit und Gesundheit verweigert werden (Art. 5 FZA)<sup>177</sup>.

In Bezug auf die ausreichenden finanziellen Mittel als Bedingung stellt der Artikel 24 Absatz 2 des Anhangs I fest: *«Die finanziellen Mittel gelten als ausreichend, wenn sie den Betrag übersteigen, unterhalb dessen die eigenen Staatsangehörigen auf Grund ihrer persönlichen Situation und gegebenenfalls derjenigen ihrer Familienangehörigen Anspruch auf Fürsorgeleistungen haben. Ist diese Bedingung nicht anwendbar, so gelten die finanziellen Mittel des Antragstellers als ausreichend, wenn sie die von der Sozialversicherung des Aufnahmestaates gezahlte Mindestrente übersteigen»*.

In der Schweiz gelten die Mittel als ausreichend, wenn sie die Fürsorgeleistungen übersteigen, die einem schweizerischen Staatsangehörigen gemäss den Richtlinien für die Ausgestaltung und Bemessung der Sozialhilfe (SKOS-Richtlinien<sup>178</sup>) (Art. 16 Abs. 1 VEP) zustehen. Für Rentenberechtigte gelten die Mittel als ausreichend, wenn sie den Betrag übersteigen, der zum Bezug von Ergänzungsleistungen berechtigt<sup>179</sup> (Art. 16 Abs. 2 VEP)<sup>180</sup>.

Gemäss Artikel 24 Absatz 4 des Anhangs I erhält ein Studierender eine Aufenthaltserlaubnis, deren Gültigkeit auf die Dauer der Ausbildung oder, wenn die Dauer der Ausbildung ein Jahr übersteigt, auf ein Jahr beschränkt ist. Die Aufenthaltserlaubnis wird jährlich um einen der Restdauer der Ausbildung entsprechenden Zeitraum verlängert (Art. 24 Abs. 5 Satz 2).

Neben den beiden allgemeinen Bedingungen in Bezug auf das Vorhandensein ausreichender finanzieller Mittel und der Abdeckung sämtlicher Risiken durch eine Krankenversicherung gemäss Art. 24 Abs. 1 des Anhangs I muss der Studierende in einer anerkannten Lehranstalt zur Hauptsache zum Erwerb einer beruflichen Bildung eingeschrieben sein (Anhang I Art. 24 Abs. 4).

Die Bedingung in Bezug auf ausreichende finanzielle Mittel ist für Studierende nicht auf gleiche Weise geregelt wie für andere Personen ohne Erwerbstätigkeit. Der Studierende muss nicht «beweisen», dass er über solche Mittel verfügt, sondern den nationalen Behörde lediglich durch eine Erklärung oder durch andere, zumindest gleichwertige Mittel seiner Wahl «glaubhaft machen», dass dies der Fall ist (Anhang I Art. 24 Abs. 4). Dieser Unterschied erklärt sich durch die Tatsache, dass der Studierende sich lediglich zeitweilig auf dem Gebiet des Aufnahmestaates befindet,

---

<sup>177</sup> Siehe unsere obigen Ausführungen in Abschnitt II. D.

<sup>178</sup> Die Richtlinien der Schweizerischen Konferenz für Sozialhilfe (SKOS) sind zu beziehen beim Sitz der Konferenz unter der Adresse Mühlenplatz 3, 3000 Bern 13. Siehe auch die Richtlinien des BFM über die schrittweise Einführung des freien Personenverkehrs, Stand: 1. Mai 2011, Ziffer 8.2.3.

<sup>179</sup> Bundesgesetz vom 6. Oktober 2006 über Ergänzungsleistungen zur Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenversicherung (Ergänzungsleistungsgesetz, ELG), SR 831.30.

<sup>180</sup> Da das FZA keine Bestimmungen über die Frage der Anerkennung von Beweisen enthält, müssen diese gemäss den Bestimmungen des kantonalen Rechts über das Verwaltungsverfahren erfolgen. Siehe Urteil des Bundesgerichtes vom 3. März 2010, Az. 2C.696/2009, Erwägung 3.

seine Situation jährlich von den zuständigen Behörden überprüft wird und er die ihm zur Verfügung stehenden Mittel ergänzen kann<sup>181</sup>.

Artikel 24 Absatz 4 letzter Satz hebt hervor, dass das FZA weder den Zugang zur Ausbildung noch die Unterhaltsbeihilfen für die unter diesen Artikel fallenden Studierenden regelt. Letztere, die ein Aufenthaltsrecht als Personen ohne Erwerbstätigkeit geniessen, haben keinen Zugang zu Stipendien und Studienkrediten und können zudem anderen Einschreibengebühren unterliegen als diejenigen, die von schweizerischen Studierenden bei der Einschreibung an einer schweizerischen Universität gezahlt werden (in der Praxis höher).

**Die Masseneinwanderungsinitiative** verstösst durch die geplante Beschränkung des dauerhaften Aufenthaltsrechts gegen das Recht von Staatsangehörigen von Mitgliedstaaten der Europäischen Union, die auf dem Staatsgebiet der Schweiz keiner Erwerbstätigkeit nachgehen, denen jedoch laut FZA ein Aufenthaltsrecht zusteht, wenn sie die durch das FZA festgelegten Bedingungen zum Erhalt dieses Rechts erfüllen. Die Initiative zielt, wenn sie angenommen wird, ohne Unterscheidung auch auf nicht erwerbstätige Personen, Rentner und Studierende ab. Die sich aus dem FZA ergebenden Rechte der Staatsangehörigen der Mitgliedstaaten der Europäischen Union, die unter diese Kategorie fallen, würden möglicherweise gemindert, wenn die sie betreffenden Kontingente erschöpft sein sollten. Die Initiative würde also Bestimmungen einführen, **die nicht mit den Rechten konform wären, die durch Artikel 6 FZA und durch die Artikel 2 und 24 des Anhangs I gewährt werden.**

**Die Initiative ECOPOP** verstösst durch die Beschränkung der auf den Wanderungssaldo zurückzuführende Wachstumsrate der ständigen Wohnbevölkerung in der Schweiz gegen die Rechte der Staatsangehörigen der Mitgliedstaaten der Europäischen Union, die unter die Kategorien der Rentner, Studierenden oder anderen Personen fallen, die in der Schweiz keiner Erwerbstätigkeit nachgehen sowie sich dauerhaft, also mehr als 12 Monate, dort aufhalten wollen. Damit **verstösst die Initiative** gegen die Rechte, die sich aus **dem Artikel 6 FZA und aus den Artikeln 2 und 24 des Anhangs I** ergeben.

## **I. Recht auf Familiennachzug**

Das Konzept des Familiennachzugs ergibt sich aus dem Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens, das in Artikel 8 der EMRK festgeschrieben ist. Es ist auch in das FZA integriert, denn das Recht auf Familiennachzug begünstigt die Personenfreizügigkeit, indem denjenigen, die sich in einen Staat begeben, der nicht ihr Herkunftsstaat ist, ermöglicht wird, sich besser auf dem Hoheitsgebiet des Aufnahmestaates in Begleitung ihrer Familienmitglieder zu integrieren.

Die Bestimmungen des FZA im Bereich der Freizügigkeit kommen den Familienmitgliedern der Staatsangehörigen der Vertragsparteien unabhängig von ihrer Nationalität zugute (Anhang I Art. 1).

Gemäss dem Artikel 3 Absatz 2 des Anhangs I umfasst der Begriff «Familienmitglied» folgende Personen: der Ehegatte<sup>182</sup> und die Verwandten in absteigender Linie, die

---

<sup>181</sup> EuGH, *Kommission/Italien-Urteil* vom 25. Mai 2000 in der Rechtssache C-424/98, Slg. 2000, I-4001, Randnr. 40 und 45.

noch nicht 21 Jahre alt sind oder denen Unterhalt gewährt wird; die Verwandten und die Verwandten des Ehegatten in aufsteigender Linie, denen Unterhalt gewährt wird; im Fall von Studierenden der Ehegatte und die unterhaltsberechtigten Kinder<sup>183</sup>.

Artikel 3 Absatz 2 letzter Unterabsatz des Anhangs I präzisiert, dass die Vertragsparteien die Aufnahme aller nicht den vorgenannten Kategorien zugehörigen Familienangehörigen, denen der Staatsangehörige einer Vertragspartei Unterhalt gewährt oder mit denen er im Herkunftsland in einer häuslichen Gemeinschaft lebt, begünstigen.

So ermöglicht das FZA einem Staatsangehörigen einer Vertragspartei, deren Aufenthaltsrecht er genießt, mit seinen Familienangehörigen zusammenzuleben; diese können sich mit ihm im Aufnahmestaat niederlassen. Dieses allgemeine, hergeleitete Recht umfasst ein *Recht auf Einreise und Ausreise* (Anhang I Art. 1 Abs. 1) und ein *Aufenthaltsrecht* (Art. 7 Buchstabe c FZA). Artikel 3 Absatz 1 Satz 2 des Anhangs I legt fest, dass der Arbeitnehmer, dem der Familiennachzug zugutekommt, über eine Wohnung für seine Familie verfügen muss, die den für die inländischen Arbeitnehmer geltenden normalen Anforderungen in dem Gebiet entspricht, in dem er beschäftigt ist<sup>184</sup>. Die Bedingung der «normalen» Wohnung sollte auch für die anderen Kategorien derer gelten, die durch das Abkommen einen Vorteil erhalten, nicht nur für die Arbeitnehmer<sup>185</sup>.

Der Ehegatte bzw. die Kinder einer Person mit Aufenthaltsrecht, die noch nicht einundzwanzig Jahre alt oder unterhaltsberechtig sind, haben ungeachtet ihrer Nationalität auch das Recht auf Zugang zu einer Erwerbstätigkeit (Art. 7 Buchstabe e FZA und Anhang I Art. 3 Abs. 5)<sup>186</sup>.

Die Familienmitglieder haben auch das Recht auf Aufenthalt auf dem Gebiet einer Vertragspartei (Anhang I Art. 4 Abs. 1). Zur Auslegung dieser Begriffe wird auf die Verordnung (EWG) Nr. 1251/70 und auf die Richtlinie 75/34/EWG verwiesen<sup>187</sup>.

---

<sup>182</sup> Gemäss der Rechtsprechung des Gerichtshofes, die bei der Unterzeichnung des Abkommens in Kraft war, schliesst der Begriff des Ehegatten den des Lebensgefährten und des eingetragenen Partners aus. Handelt es sich um einen eingetragenen Lebenspartner, ist die Situation durch die Anwendung des AuG günstiger, denn der Artikel 52 des AuG legt fest, dass die Bestimmungen des AuG für eingetragene Partner sinngemäss gelten.

<sup>183</sup> Dieser Begriff gründet sich auf das in der Europäischen Union zum Zeitpunkt der Unterzeichnung des FZA geltende Recht (Art. 10 und 11 der Verordnung Nr. 1612/68 über die Freizügigkeit der Arbeitnehmer und die entsprechenden Bestimmungen der Richtlinien 90/364/EWG (Personen ohne Erwerbstätigkeit), 90/365/EWG (Rentner) und 93/96/EWG (Studierende). Das Abkommen unterscheidet zwischen «Nachkommen absteigender Linie» und «Kindern» des Migrant. Was Studierende betrifft, so sind lediglich ihre Kinder vom Familiennachzug betroffen, wobei bei Arbeitnehmern, Selbständigen und Dienstleistungserbringern ihre Nachkommen in absteigender Linie (Kinder und Enkelkinder) betroffen sind. Ebenso wird allen Nachkommen in absteigender Linie des einwandernden Arbeitnehmers das Aufenthaltsrecht zugestanden, wobei nur seine Kinder das Recht auf Zugang zu einer Ausbildung oder einer Wirtschaftstätigkeit haben.

<sup>184</sup> Das Bundesgericht hat insbesondere eine aus dreieinhalb Zimmern bestehende Wohnung für eine Familien aus vier Personen als angemessen betrachtet (BGE 136 II 65, Erwägung 5.3).

<sup>185</sup> Dennoch wurde die Bedingung der normalen Wohnung im Sekundärrecht der Europäischen Union ausgelassen.

<sup>186</sup> Siehe unsere obigen Kommentare über das Recht auf Zugang zu einer Erwerbstätigkeit im Abschnitt III. D.

<sup>187</sup> Verordnung (EWG) Nr. 1251/70 der Kommission vom 29. Juni 1970 über das Recht der Arbeitnehmer, nach Beendigung einer Beschäftigung im Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaats zu verbleiben, ABl. Nr. L 142 vom 30. Juni 1970, S. 24, aufgehoben durch die Verordnung (EWG) Nr. 635/2006 der Kommission vom 25. April 2006, ABl. Nr. L 112 vom 26. April 2006, S. 9; Richtlinie 75/34/EWG des Rates vom 17. Dezember 1974



Artikel 3 Absatz 6 des Anhangs I gewährt den Kindern eines Staatsangehörigen einer Vertragspartei ebenso ein *Recht auf Ausbildung* (Teilnahme am allgemeinen Unterricht sowie an der Lehrlings- und Berufsausbildung unter den gleichen Bedingungen wie die Staatsangehörigen des Aufnahmestaates, sofern sie in dessen Hoheitsgebiet wohnen). Auf der Grundlage der ähnlichen, in der Europäischen Union anwendbaren Bestimmung (Art. 10 der Verordnung (EU) Nr. 492/2011, die den ehemaligen Art. 12 der Verordnung (EWG) Nr. 1612/68 ersetzt hat), hat der Gerichtshof bestimmt, dass die Kinder ehemaliger eingewanderter Arbeitnehmer ihr Studium im Aufnahmemitgliedstaat nachgehen können, auch wenn ihre Eltern dort nicht mehr wohnhaft sind, was einer von der Zuerkennung eines Aufenthaltsrechtes unabhängigen Anerkennung eines Aufenthaltsrechtes gleichkäme, das sich nicht auf die für den Familiennachzug geltenden Bedingungen stützt<sup>188</sup>.

**Die Masseneinwanderungsinitiative** plant eine allgemeine Beschränkung des Familiennachzugs für Ausländer, denen ein Aufenthaltsrecht in der Schweiz zustünde. Ebenso würden die Rechte der Staatsangehörigen von Mitgliedstaaten der Europäischen Union, denen im Rahmen des FZA ein Aufenthaltsrecht zusteht sowie diejenigen ihrer Familienmitglieder abgeschafft oder bedeutend eingeschränkt. Die Initiative widerspräche diesbezüglich **Artikel 7 Buchstabe e FZA und Artikel 1 Absatz 1 des Anhangs I**. Ebenso verstiesse sie gegen **Artikel 7 Buchstabe e FZA und Artikel 3 Absatz 5 des Anhangs I**, denn sie würde verhindern, dass der Ehegatte eines Staatsangehörigen eines Mitgliedstaates der Europäischen Union und dessen Kinder, die unter 21 Jahre alt oder unterhaltsberechtig sind, ihr Recht auf die Möglichkeit des Zugangs zu einer Erwerbstätigkeit in Anspruch nehmen können. Sie **verstiesse ebenso gegen Artikel 4 Absatz 1 des Anhangs I** in Bezug auf das Verbleiberecht **sowie gegen Artikel 3 Absatz 6 des Anhangs I insofern**, insofern als das Recht auf Ausbildung für die Kinder eines Staatsangehörigen eines Mitgliedstaates der Europäischen Union nicht in Anspruch genommen werden könnte.

**Die Initiative ECOPOP**, die plant, die durch das Wanderungssaldo verursachte Zuwachsrate der dauerhaft in der Schweiz wohnhaften Bevölkerung auf 0,2 % pro Jahr im dreijährigen Durchschnitt zu beschränken, würde die Rechte der durch das FZA begünstigten Personen einschränken, nämlich der Familienmitglieder eines Staatsangehörigen eines Mitgliedstaates der Europäischen Union, die in der Schweiz im Rahmen des Familiennachzugs ein dauerhaftes Aufenthaltsrecht für die Dauer von 12 Monaten in Anspruch nehmen wollen, wie auch die anderen einhergehenden Rechte, die ihnen diesbezüglich zustehen, insbesondere das Ausüben einer Erwerbstätigkeit und das Recht auf Ausbildung der Kinder. Die Initiative **verstiesse gegen dieselben Bestimmungen des FZA wie die Masseneinwanderungsinitiative**<sup>189</sup>.

---

über das Recht der Staatsangehörigen eines Mitgliedstaats, nach Beendigung der Ausübung einer selbständigen Tätigkeit im Hoheitsgebiet eines anderen Mitgliedstaats zu verbleiben, ABl. Nr. L 014 vom 20. Januar 1975, S. 10.

<sup>188</sup> EuGH, *Ibrahim*-Urteil, vom 23. Februar 2010 in der Rechtssache C-310/08, Slg. 2010, I-1065, Randnr. 23-41. EuGH, *Teixeira*-Urteil, vom 23. Februar 2010 in der Rechtssache C-480/08, Slg. 2010, I-1107, Randnr. 49 und 50.

<sup>189</sup> Siehe unsere obigen Ausführungen in demselben Abschnitt II. I.

## J. Verbleiberecht

Artikel 7 Buchstabe c FZA und Artikel 4 des Anhangs I gewähren den Staatsangehörigen einer Vertragspartei und ihren Familienmitgliedern ein Recht auf Verbleib auf dem Gebiet einer anderen Vertragspartei, nachdem sie dort einer Erwerbstätigkeit nachgegangen sind. Artikel 4 Absatz 2 des Anhangs I verweist auf die Verordnung (EWG) Nr. 1251/70 und auf die Richtlinie 75/34/EWG, wie sie zum Zeitpunkt der Unterzeichnung des FZA gegolten haben<sup>190</sup>.

Gemäss Artikel 2 der Verordnung (EWG) Nr. 1251/70 und Artikel 2 der Richtlinie 75/34/EWG muss das dauerhafte Verbleiberecht Arbeitnehmern und Selbständigen in drei Situationen erteilt werden: Wenn sie das nach der Gesetzgebung dieses Mitgliedstaats vorgeschriebene Alter für die Geltendmachung einer Altersrente erreicht haben und zu dem Zeitpunkt mindestens in den letzten zwölf Monaten dort ihre Tätigkeit ausgeübt und sich dort seit mindestens drei Jahren ständig aufgehalten haben; bei der Aufgabe ihrer Tätigkeit infolge dauernder Arbeitsunfähigkeit, wenn sie sich seit mehr als zwei Jahren im Hoheitsgebiet der Vertragspartei ständig aufgehalten haben; wenn sie nach drei Jahren Tätigkeit und ständigem Aufenthalts im Hoheitsgebiet dieser Vertragspartei ihre Tätigkeit im Hoheitsgebiet eines anderen Mitgliedstaats ausüben, ihren Wohnsitz jedoch im ersten Mitgliedstaat beibehalten und in der Regel jeden Tag, mindestens jedoch einmal in der Woche dorthin zurückkehren<sup>191</sup>.

Gemäss Artikel 3 der Verordnung (EWG) Nr. 1251/70 und Artikel 3 der Richtlinie 75/34/EWG erhalten die Familienmitglieder ein eigenes dauerhaftes Recht auf Verbleib auf dem Hoheitsgebiet einer Vertragspartei, wenn der Staatsangehörige einer Vertragspartei, mit dem sie zusammenwohnen, selbst das Recht auf Verbleib erworben hat.

Ist der Antragssteller verstorben, bevor er das Verbleiberecht erworben hat, so wird den Familienangehörigen in drei Fällen das Recht auf Verbleib zugestanden: wenn der Arbeitnehmer oder der Selbständige, dem die Familienmitglieder gefolgt sind, sich zum Zeitpunkt seines Todes seit mindestens zwei Jahren im Hoheitsgebiet der Vertragspartei ständig aufgehalten hat; wenn sein Tod die Folge eines Arbeitsunfalls oder einer Berufskrankheit war oder wenn sein überlebender Ehegatte die Staatsangehörigkeit dieser Vertragspartei besitzt oder sie durch die Eheschliessung mit dem Antragsteller verloren hat.

**Die Masseneinwanderungsinitiative** gibt nicht näher an, ob sie die Bedingungen des Erwerbs des Verbleiberechts auf schweizerischem Hoheitsgebiet zu ändern gedenkt. Sie begnügt sich damit, das allgemeine Ziel einer dauerhaften Einschränkung des

---

<sup>190</sup> Die Verordnung (EWG) Nr. 1251/70 der Kommission vom 29. Juni 1970 über das Recht der Arbeitnehmer, nach Beendigung einer Beschäftigung im Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaats zu verbleiben, ABl. Nr. L 142 vom 30. Juni 1970, S. 24, aufgehoben durch die Verordnung (EG) Nr. 635/2006 der Kommission vom 25. April 2006, ABl. Nr. L 112 vom 26. April 2006, S. 9; Richtlinie 75/34/EWG des Rates vom 17. Dezember 1974 über das Recht der Staatsangehörigen eines Mitgliedstaats, nach Beendigung der Ausübung einer selbständigen Tätigkeit im Hoheitsgebiet eines anderen Mitgliedstaats zu verbleiben, ABl. Nr. L 014 vom 20. Januar 1975, S. 10. In der Europäischen Union wurde das Wesentliche dieser Texte in Artikel 17 der Richtlinie 2004/38/EG aufgegriffen, die nicht ins FZA integriert wurde.

<sup>191</sup> Für die Einzelheiten der Bedingungen siehe die entsprechenden Artikel der Verordnung und der Richtlinie, ABl. Nr. L 142 vom 30.6.1970, S. 24 und ABl. Nr. L 14 vom 20.1.1975, S. 10.

Aufenthaltsrechts von Ausländern zum Ausdruck zu bringen. Es gilt zu beachten, dass dieses Ziel das Verbleiberecht betreffen würde, das ein Ausdruck des dauerhaften Aufenthaltsrechts ist. Die sich aus dem FZA ergebenden Rechte von Arbeitnehmerinnen und Selbständigen sowie ihrer Familienmitglieder würden durch die Initiative eingeschränkt. Diese will Höchstgrenzen und jährliche Kontingente einführen, um die Anzahl von in der Schweiz ausgestellten Aufenthaltserlaubnissen für Staatsangehörige von Mitgliedstaaten der Europäischen Union zu begrenzen. Die Initiative **verstiesse somit gegen Artikel 7 Buchstabe c des FZA und gegen Artikel 4 des Anhangs I.**

**Die Initiative ECOPOP** hätte dieselben einschränkenden Auswirkungen auf das durch das FZA garantierte Verbleiberecht wie die Masseneinwanderungsinitiative, denn die Begrenzung des durch den Wanderungssaldo verursachten Anstiegs der dauerhaft in der Schweiz wohnhaften Bevölkerung würde notwendigerweise die Kategorie der Personen umfassen, die infolge des FZA vom Recht auf Verbleib profitieren würden. Die Initiative **verstiesse somit gegen Artikel 7 Buchstabe c des FZA und gegen Artikel 4 des Anhangs I.**

#### **K. Recht auf Gleichbehandlung, soziale Vergünstigungen und Rechte der sozialen Sicherheit**

Artikel 9 Absatz 2 des Anhangs I FZA garantiert Arbeitnehmerinnen und ihren Familienmitgliedern die gleichen steuerlichen und sozialen Vergünstigungen wie den inländischen Arbeitnehmerinnen und ihren Familienmitgliedern.

Diese Rechtsbegriffe der Europäischen Union, die in Artikel 7 Absatz 2 der Verordnung (EU) Nr. 492/2011 (ehemaliger Art. 7 der Verordnung (EWG) Nr. 1612/68) aufgegriffen wurden, sind Gegenstand einer umfassenden Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes der Europäischen Union, auf die sich das Bundesgericht weitgehend bezogen hat<sup>192</sup>.

Als soziale Vergünstigungen gelten *«alle Vergünstigungen [...], die – ob sie an einen Arbeitsvertrag anknüpfen oder nicht – den inländischen Arbeitnehmerinnen hauptsächlich wegen ihrer objektiven Arbeitnehmereigenschaft oder einfach wegen ihres gewöhnlichen Wohnsitzes im Inland gewährt werden und deren Erstreckung auf Arbeitnehmer aus anderen Mitgliedstaaten deshalb geeignet erscheint, ihre Mobilität innerhalb der Gemeinschaft zu erleichtern»*<sup>193</sup>. Es existiert eine umfangreiche Rechtsprechung zum Thema, wodurch sich die Vielfalt dessen zeigt, was als «soziale Vergünstigungen» angesehen wird. Zu diesem Begriff zählen insbesondere: Sozialleistungen, die eine minimale Existenzgrundlage gewährleisten<sup>194</sup>; Erteilung

---

<sup>192</sup> Siehe beispielsweise das Urteil des Bundesgerichts vom 7. November 2003, Az. 2P.142/2003, Erwägung 3.4, worin es die Einstufung einer Erteilung einer Fischereierlaubnis als soziale Vergünstigung abgelehnt hat; BGE, 132 V 184, Erwägung 6, worin das Bundesgericht die Frage offen gelassen hat, ob schulische Ausbildungsmassnahmen im Sinne des Art. 19 IVG soziale Vergünstigungen darstellen.

<sup>193</sup> EuGH, *Martinez Sala*-Urteil vom 12. Mai 1998 in der Rechtssache C-85/96, Slg. 1998, I-2691, Randnr. 25.

<sup>194</sup> In den folgenden drei Urteilen handelt es sich um eine belgische Leistung, die eine minimale Existenzgrundlage (minimex) garantiert: EuGH, *Scriver und Cole*-Urteil vom 27. März 1985 in der Rechtssache 122/84, Slg. 1985, 1027; EuGH, *Hoeckx*-Urteil vom 27. März 1985 in der Rechtssache 249/83, Slg. 1985, 973; EuGH, *Grzelczyk*-Urteil vom 20. September 2001 in der Rechtssache C-184/99, Slg. 2001, I-6193, Randnr. 27. Siehe auch zu Personen ohne aktive Wirtschaftstätigkeit, EuGH, *Trojani*-Urteil vom 7. September 2004 in der Rechtssache C-456/02, Slg. 2004, I-7573, Randnr. 42.

einer Altersbeihilfe, die älteren Personen eine Mindesteinnahme garantiert<sup>195</sup> oder auch Vergünstigungen auf Preise für Fahrkarten durch eine nationale Eisenbahngesellschaft für Grossfamilien<sup>196</sup>.

Tatsächlich ist der Begriff der sozialen Vergünstigung geeignet, alle sozialen Leistungen abzudecken, die nicht unter die soziale Sicherheit im Sinne der ehemaligen Verordnung (EWG) Nr. 1408/71<sup>197</sup> oder heutzutage der Verordnung (EG) Nr. 883/2004 fallen. Die Anwendung des Begriffs der sozialen Vergünstigung ergänzt die Regelung in Bezug auf die Koordination der sozialen Sicherungssysteme.

Das FZA sieht ebenso die Angliederung der Schweiz an das in der Europäischen Union geltende System der Koordinierung der sozialen Sicherheit vor. Gemäss Artikel 8 FZA müssen die Vertragsparteien die Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit<sup>198</sup> im Anhang II des Abkommens regeln, insbesondere die Gleichbehandlung, die Festlegung der anwendbaren Gesetzgebung, die Aufsummierung aller Beitragszeiträume, die Zahlung von Leistungen an Personen, die auf dem Hoheitsgebiet der Vertragsparteien wohnhaft sind, die Amtshilfe und Verwaltungszusammenarbeit zwischen den Behörden und Institutionen.

Artikel 1 des Anhangs II sieht vor, dass die Vertragsparteien übereinkommen, im Bereich der Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit untereinander die im Anhang genannten Rechtsakte der Europäischen Union oder gleichwertige Vorschriften anzuwenden<sup>199</sup>. Das FZA bezieht sich seit Langem auf die Verordnungen (EWG) Nr. 1408/71 und Nr. 574/72, die in der Europäischen Union durch die Verordnungen (EG) Nr. 883/2004 und Nr. 987/2009 aufgehoben und ersetzt wurden<sup>200</sup>. Die letzten beiden Texte wurden durch eine Entscheidung des Gemischten Ausschusses zum FZA mit Wirkung zum 1. April 2012 in den Anhang II integriert<sup>201</sup>.

---

<sup>195</sup> EuGH, *Frascoigna*-Urteil vom 6. Juni 1985 in der Rechtssache 157/84, 1985, Slg. 1985, 1739; siehe im Weiteren das *Frascoigna* -Urteil vom 9. Juli 1987 in der Rechtssache 256/86, Slg. 1987, 3431. Siehe auch zu einem durch die Gesetzgebung eines Mitgliedstaates garantierten Einkommen für ältere Personen EuGH, *Castelli*-Urteil vom 12. Juli 1984 in der Rechtssache 261/83, 1984, Slg. 1984, 3199.

<sup>196</sup> EuGH, *Cristini*-Urteil vom 30. September 1975 in der Rechtssache 32/75, Slg. 1975, 1085, Randnr. 19.

<sup>197</sup> Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 des Rates vom 14. Juni 1971 zur Anwendung der Systeme der sozialen Sicherheit auf Arbeitnehmer und Selbständige sowie deren Familien, die innerhalb der Gemeinschaft ab- und zuwandern, ABl. Nr. L 149 vom 5. Juli 1971, S. 2.

<sup>198</sup> Folgende Zweige der sozialen Sicherheit werden in Betracht gezogen: Krankheit und Mutterschaft, Invalidität, Alter und Tod, Arbeitsunfälle und Berufskrankheiten, Sterbegeld, Arbeitslosigkeit, Frührente und Familienleistung.

<sup>199</sup> Theoretisch sind die Rechtsvorschriften der Europäischen Union, auf die im Anhang II in Bezug auf die soziale Sicherheit verwiesen wird, nicht direkt in der Schweiz anwendbar. Praktisch gesehen sind sie es, denn es steht ausser Frage, in jedes im Vorgang der Koordinierung inbegriffene Gesetz, Bestimmungen zu integrieren, die den langen und komplizierten in diesen Rechtsvorschriften aufgeführten Bestimmungen entsprechen. Der Bundesgesetzgeber hat sich daher darauf beschränkt, in die betreffenden Sozialversicherungsgesetze unter der Überschrift «Verhältnis zum europäischen Recht» eine allgemeine Verweisungsklausel einzuführen (Art. 153a AHVG, 80a IVG, 95a KVG, 115a UVG, 23a FLG, 121 AVIG, 32 ELG, 89a BVG, 25b FZG).

<sup>200</sup> Die oben genannte Verordnung (EWG) Nr. 1408/71; Verordnung (EWG) Nr. 574/72 des Rates vom 21. März 1972 über die Durchführung der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 über die Anwendung der Systeme der sozialen Sicherheit auf Arbeitnehmer und Selbständige sowie deren Familienangehörige, die innerhalb der Gemeinschaft zu- und abwandern, ABl. Nr. L 74 vom 27. März 1972, S. 1. Diese beiden Bestimmungen wurden in der Europäischen Union aufgehoben und ersetzt durch die Verordnung (EG) Nr. 883/2004 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29. April 2004 zur Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit, ABl. Nr. L 166 vom 30. April 2004, S. 1, und durch die Verordnung (EG) Nr. 987/2009 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. September 2009 zur Festlegung der Modalitäten für die

Das Prinzip der Gleichbehandlung, das in der Verordnung zur Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit (Art. 4 der Verordnung (EG) Nr. 883/2004) vorgesehen ist, impliziert insbesondere, dass in den Belangen, die in den Anwendungsbereich dieser Verordnung fallen, die Staatsangehörigen der Mitgliedstaaten der Europäischen Union das Recht auf entsprechende Leistungen zu denselben Bedingungen wie die schweizerischen Staatsangehörigen haben<sup>202</sup>.

**Die Masseneinwanderungsinitiative** sieht die Möglichkeit vor, das Recht auf Sozialleistungen für Ausländer zu beschränken. Sie führt keine Unterscheidung zwischen Ausländern aus den Mitgliedstaaten der Europäischen Union und irgendwelchen anderen Staaten herbei. Durch eine angestrebte Beschränkung des Rechts von Ausländern auf Sozialleistungen verletzt sie die Rechte, die die Staatsangehörigen von Mitgliedstaaten der Europäischen Union im Rahmen des FZA geniessen. Sie **verletzt das Prinzip der Gleichbehandlung, das in Artikel 2 des Abkommens festgeschrieben ist und bezüglich der Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit in Artikel 8 Buchstabe a FZA sowie bezüglich sozialer Vergünstigungen in Artikel 9 Absatz 2 des Anhangs I aufgegriffen wurde**, denn sie sieht vor, dass Ausländer, darin eingeschlossen Staatsangehörige von Mitgliedstaaten der Europäischen Union, anders als schweizerische Staatsangehörige behandelt werden.

**Die Initiative ECOPOP** zielt darauf ab, den Anteil des durch den Wanderungssaldo verursachten Anstiegs der dauerhaft in der Schweiz lebenden Bevölkerung zu begrenzen. Sie beeinträchtigt hauptsächlich das dauerhafte Aufenthaltsrecht auf schweizerischem Hoheitsgebiet. Die Rechte auf soziale Vergünstigungen der sich infolge des FZA legal auf schweizerischem Hoheitsgebiet aufhaltenden Staatsangehörigen der Mitgliedstaaten der Europäischen Union **würden im Prinzip nicht verletzt**, denn die Initiative hat nicht das Ziel, ebendiese Rechte zu beschränken. Das **Prinzip der Gleichbehandlung im Bereich der sozialen Sicherheit würde im Prinzip auch nicht verletzt**, da die Initiative nur die Beschränkung der dauerhaft in der Schweiz lebenden ausländischen Bevölkerung betreffe.

### **III. Untersuchung der Anwendung von Ausnahmen bei der Personenfreizügigkeit, von denen bestimmte Mitgliedstaaten profitieren**

Im vorliegenden Abschnitt gilt es zu untersuchen, ob die Ausnahmen, von denen bestimmte Mitgliedstaaten in Bezug auf die Anwendung der Personenfreizügigkeit profitieren, vorrangig Spanien, im Rahmen des FZA in der Schweiz anwendbar sind.

---

Durchführung der Verordnung (EG) Nr. 883/2004 über die Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit, ABl. Nr. L 284 vom 30. Oktober 2009, S. 1. In Bezug auf die erneute Aufnahme der Verordnungen (EG) Nr. 883/2004 und Nr. 987/2009 in den Beziehungen zwischen der Schweiz und der Europäischen Union, siehe Beschluss 2011/863/EU des Rates vom 16. Dezember 2011 über den Standpunkt der Europäischen Union im Gemischten Ausschuss, der mit dem Abkommen zwischen der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten einerseits und der Schweizerischen Eidgenossenschaft andererseits über die Freizügigkeit eingesetzt wurde, zur Ersetzung des Anhangs II des Abkommens über die Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit, ABl. Nr. L 341 vom 22.12.2011, S. 1.

<sup>201</sup> Beschluss Nr. 1/2012 des Gemischten Ausschusses zwischen der Schweiz und der EU vom 31. März 2012 zur Ersetzung des Anhangs II FZA, ABl. Nr. L 103 vom 13.4. 2012, S. 51.

<sup>202</sup> BGE 131 V 390, Erwägung 5.2.

Die entsprechende Ausnahme betrifft die Anwendung einer Schutzklausel (Schutz auf Grund einer schwerwiegenden Störung des Arbeitsmarktes) im Rahmen der in der Beitrittsakte von Bulgarien und Rumänien zur Europäischen Union vorgesehenen Übergangsperiode zur Personenfreizügigkeit.

Wir werden zuerst den Kontext der spanischen Situation darlegen (A) und diese mit der Situation der Schweiz im Rahmen des FZA vergleichen (B).

## **A. Kontext der in Bezug auf die Freizügigkeit getroffenen Einschränkungen in Spanien**

Die Beitrittsakte von Bulgarien und Rumänien zur Europäischen Union von 2005 sieht Übergangsbestimmungen in Bezug auf die Personenfreizügigkeit vor<sup>203</sup>. Gemäss diesen Bestimmungen können die Mitgliedstaaten der Europäischen Union den Zugang zu ihrem Arbeitsmarkt für Erwerbstätige aus diesen beiden Staaten begrenzen oder untersagen. Die betreffende für eine maximale Dauer von sieben Jahren (bis zum 31. September 2013) vorgesehene Übergangsperiode ist in drei einzelne Phasen eingeteilt (2+3+2 Jahre). Die für jede Phase zu befolgenden Bedingungen unterscheiden sich, wie dies auch im FZA vorgesehen ist. Die dritte und letzte Phase der Übergangsperiode hat am 1. Januar 2012 begonnen und endet am 31. Dezember 2013.

Gemäss Artikel 23 der Beitrittsakte<sup>204</sup> und der Anhänge VI und VII<sup>205</sup> können die Mitgliedstaaten restriktive Massnahmen in Bezug auf die Personenfreizügigkeit ergreifen<sup>206</sup>. Bezüglich Rumäniens ist vorgesehen, dass Artikel 39 und Artikel 49 Unterabsatz 1 des EG-Vertrages nur unter dem Vorbehalt der Übergangsbestimmungen in den Punkten 2 bis 14 vollständig angewendet werden<sup>207</sup>. Die Punkte 5 bis 7 sind besonders wichtig und werden in einer Fussnote wiedergegeben<sup>208</sup>.

---

<sup>203</sup> Siehe Artikel 20 ff. des Protokolls über die Bedingungen und Einzelheiten der Aufnahme der Republik Bulgarien und Rumäniens in die Europäische Union, ABl. Nr. L 157 vom 21. Juni 2005, S. 29.

<sup>204</sup> Im Artikel 23 der Akte über die Bedingungen des Beitritts der Bulgarischen Republik und Rumäniens und die Anpassungen der die Europäische Union begründenden Verträge heisst es: «Die in den Anhängen VI und VII aufgeführten Massnahmen gelten in Bezug auf Bulgarien und Rumänien unter den in jenen Anhängen festgelegten Bedingungen», ABl. Nr. L 157 vom 21. Juni 2005, S. 211

<sup>205</sup> Die Anhänge VI und VII tragen jeweils folgende Überschriften: «Liste nach Artikel 23 der Beitrittsakte: Übergangsmassnahmen, Bulgarien» und «Liste nach Artikel 23 der Beitrittsakte: Übergangsmassnahmen, Rumänien».

<sup>206</sup> Die beiden Anhänge wurden im Amtsblatt L 157 vom 21. Juni 2005, S. 278 und 311 veröffentlicht.

<sup>207</sup> Eine entsprechende Bestimmung ist im Anhang in Bezug auf Bulgarien vereinbart.

<sup>208</sup> Die Punkte 5 bis 7 lauten wie folgt: «5. Ein Mitgliedstaat, der am Ende des unter Nummer 2 genannten Zeitraums von fünf Jahren nationale oder sich aus bilateralen Abkommen ergebende Massnahmen beibehält, kann im Falle schwerwiegender Störungen seines Arbeitsmarktes oder der Gefahr derartiger Störungen nach entsprechender Mitteilung an die Kommission diese Massnahmen bis zum Ende des Zeitraums von sieben Jahren nach dem Tag des Beitritts weiter anwenden. Erfolgt keine derartige Mitteilung, so gelten die Artikel 1 bis 6 der Verordnung (EWG) Nr. 1612/68.

6. Während des Zeitraums von sieben Jahren nach dem Tag des Beitritts werden die Mitgliedstaaten, in denen gemäss den Nummern 3, 4 oder 5 die Artikel 1 bis 6 der Verordnung (EWG) Nr. 1612/68 für bulgarische Staatsangehörige gelten und die während dieses Zeitraums Staatsangehörigen Bulgariens zu Kontrollzwecken Arbeitsgenehmigungen erteilen, dies automatisch tun.

Spanien liberalisierte bereits zu Beginn der zweiten Phase der Übergangsperiode zum 1. Januar 2009 den Zugang zu seinem Arbeitsmarkt für rumänische Erwerbstätige und ihre Familienmitglieder. Das Land konnte den Zugang rumänischer Erwerbstätiger nur einschränken, indem es sich auf die «Schutzklausel» berief, die es einem Mitgliedstaat ermöglicht, Einschränkungen des freien Zugangs zum eigenen Arbeitsmarkt wieder einzuführen, wenn er in diesem Bereich schwerwiegende Störungen erfährt oder voraussieht. Am 28. Juli 2011 berief sich Spanien demnach in einem Brief an die Europäische Kommission auf die erwähnte Schutzklausel.

Diese erlaubte Spanien, rumänischen Erwerbstätigen den Zugang zu seinem Arbeitsmarkt auf Grund schwerwiegender Störungen zu beschränken, von denen der spanische Arbeitsmarkt in der Folge der Finanzkrise betroffen war.

Allerdings erinnerte die Kommission zuerst daran, dass die Freizügigkeit von Erwerbstätigen eine fundamentale Freiheit darstellt, die durch den Vertrag über die Europäische Union und den Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union garantiert wird; dass diese Freiheit den Bürgern der Europäischen Union ermöglicht, sich frei in einen anderen Mitgliedstaat zu begeben, um dort zu arbeiten und dort zu diesem Zweck zu leben; und dass jede Einschränkung der Freizügigkeit Erwerbstätiger eine Beeinträchtigung einer durch das Recht der Europäischen Union garantierten fundamentalen Freiheit darstellt, die durch dieses Recht zugelassen werden muss. Sie betonte, dass, selbst wenn die Übergangsbestimmungen der Beitrittsakte solche Beeinträchtigungen zulassen, diese zeitlich begrenzt bleiben müssen.

Die Kommission erlaubte Spanien, für den Zeitraum bis zum 31. Dezember 2012 zeitweilige Beschränkungen des Zugangs rumänischer Staatsangehöriger zu seinem Arbeitsmarkt umzusetzen, wobei sie sich auf die Tatsache stützte, dass die Bitte Spaniens durch konkrete Beweiselemente gestützt wurde und die Beitrittsakte für den Fall schwerwiegender Störungen des Arbeitsmarktes die Wiedereinführung restriktiver Massnahmen vorsieht. Diese Einschränkungen wurden auf alle Sektoren und Regionen angewandt. Die Entscheidung betraf jedoch nicht die bereits auf dem spanischen Arbeitsmarkt tätigen rumänischen Staatsangehörigen.

---

*7. Die Mitgliedstaaten, in denen gemäss den Nummern 3, 4 oder 5 die Artikel 1 bis 6 der Verordnung (EWG) Nr. 1612/68 für bulgarische Staatsangehörige gelten, können bis zum Ende eines Zeitraums von sieben Jahren nach dem Beitritt die in den folgenden Absätzen beschriebenen Verfahren anwenden.*

*Wenn einer der Mitgliedstaaten im Sinne des Unterabsatzes 1 auf seinem Arbeitsmarkt Störungen erleidet oder voraussieht, die eine ernstliche Gefährdung des Lebensstandards oder des Beschäftigungsstandes in einem bestimmten Gebiet oder Beruf mit sich bringen könnten, unterrichtet dieser Mitgliedstaat die Kommission und die anderen Mitgliedstaaten und übermittelt diesen alle zweckdienlichen Angaben. Der Mitgliedstaat kann die Kommission auf der Grundlage dieser Unterrichtung um die Erklärung ersuchen, dass die Anwendung der Artikel 1 bis 6 der Verordnung (EWG) Nr. 1612/68 zur Wiederherstellung der normalen Situation in diesem Gebiet oder Beruf ganz oder teilweise ausgesetzt wird. Die Kommission trifft über die Aussetzung und deren Dauer und Geltungsbereich spätestens zwei Wochen, nachdem sie mit dem Ersuchen befasst wurde, eine Entscheidung und unterrichtet den Rat von dieser Entscheidung. Binnen zwei Wochen nach der Entscheidung der Kommission kann jeder Mitgliedstaat beantragen, dass diese Entscheidung vom Rat rückgängig gemacht oder geändert wird. Der Rat beschliesst binnen zwei Wochen mit qualifizierter Mehrheit über diesen Antrag.*

*Ein Mitgliedstaat im Sinne des Unterabsatzes 1 kann in dringenden und aussergewöhnlichen Fällen die Anwendung der Artikel 1 bis 6 der Verordnung (EWG) Nr. 1612/68 aussetzen und dies der Kommission unter Angabe von Gründen nachträglich mitteilen».*

Die Situation in Spanien ist besonders schwierig. Dieses Land steht vor schwerwiegenden Störungen seines Arbeitsmarktes, die durch die höchste Arbeitslosenquote in der Europäischen Union gekennzeichnet sind (21 % im Juni 2011, im Vergleich zu durchschnittlich 9,4 % in der Europäischen Union und 9,9 % in der Eurozone) sowie durch einen langsamen wirtschaftlichen Aufschwung (das Wachstum des BIP lag im ersten Quartal 2011 bei nur 0,3 % im Vergleich zum vorigen Quartal, im Gegensatz zu 0,8 % in der Europäischen Union und der Eurozone)<sup>209</sup>.

Die von der Europäischen Kommission durchgeführte Analyse ergab insbesondere, dass die in Spanien lebenden rumänischen Staatsangehörigen besonders von Arbeitslosigkeit betroffen waren, zumal 30 % von ihnen keine Arbeit hatten. Auf der Grundlage dieser Erwägungen und anderer im Rahmen der Prozedur nachgewiesener Elemente genehmigte die Kommission die Umsetzung restriktiver Massnahmen, wobei sie sich das Recht vorbehält, jederzeit ihre Entscheidung zu ändern oder zu widerrufen, wenn sie dies für angebracht hielte<sup>210</sup>.

Am 13. Dezember 2012 baten die spanischen Behörden die Europäische Kommission, eine Verlängerung der zeitweiligen Beschränkungen des Zugangs rumänischer Erwerbstätiger zum spanischen Arbeitsmarkt auf Grund schwerwiegender Störungen des Arbeitsmarktes bis zum 31. Dezember 2013 zu genehmigen. Es handelte sich also um eine letzte Verlängerung, denn die zeitweiligen Beschränkungen der Freizügigkeit rumänischer und bulgarischer Erwerbstätiger müssen in allen Mitgliedstaaten zum 1. Januar 2014 aufgehoben sein.

Die Europäische Kommission genehmigte am 21. Dezember 2012 die Verlängerung, denn in Spanien hatte sich die Situation der Wirtschaft und des Arbeitsmarktes weiter verschlechtert. Spanien verzeichnete nie zuvor erreichte Arbeitslosenquoten. Die Gesamtquote belief sich auf 26,2 %, ein Jahr zuvor hatte sie noch 22,7 % betragen, und die Jugendarbeitslosigkeit lag bei 55,9 % (Zahlen vom Oktober 2012). Die Arbeitslosenquote unter den arbeitslosen rumänischen Staatsangehörigen war noch gestiegen. Als die Europäische Kommission diese Entscheidung traf, behielt sie sich erneut das Recht vor, jederzeit ihre Entscheidung zu ändern oder zu widerrufen, wenn sie es für angebracht hielt<sup>211</sup>.

Es gilt nun zu untersuchen, ob die Schweiz eine ähnliche Bestimmung im Rahmen des FZA geltend machen könnte.

## **B. Anwendung von Einschränkungen im Bereich der Freizügigkeit durch die Schweiz**

Das FZA sieht im Artikel 10 Übergangsbestimmungen zur progressiven Umsetzung der Personenfreizügigkeit zwischen der Schweiz und den Mitgliedstaaten der Europäischen Union für die Dauer von 12 Jahren vor. Die verschiedenen Phasen wurden weiter oben in Abschnitt I. B<sup>212</sup> dargelegt und analysiert. Die Schutzklausel

---

<sup>209</sup> In der Pressemitteilung IP/11/960 vom 11. August 2011 angegebene Zahlen.

<sup>210</sup> Für mehr Einzelheiten zu dieser Entscheidung siehe die Pressemitteilung IP/11/960 vom 11. August 2011.

<sup>211</sup> Für mehr Einzelheiten zu dieser Entscheidung siehe die Pressemitteilung IP/12/1440 vom Freitag, 21. Dezember 2012.

<sup>212</sup> Siehe hierzu die Ausführungen oben, S. 10 ff.



des Artikels 10 Absatz 4 kann für die EU-17 und die EU-8 bis zum 31. Mai 2014 angerufen werden. Für rumänische und bulgarische Staatsangehörige kann sie bis zum 31. Mai 2019 angerufen werden. Um Restriktionen der Freizügigkeit vorzunehmen, müssen die Anwendungsbedingungen der Schutzklausel des Artikels 10 Absatz 4, gebunden an die Anzahl der in der Schweiz ausgestellten Aufenthaltserlaubnisse kurzer oder langer Dauer, erfüllt sein. Sie betreffen jedoch nicht die schwerwiegenden Störungen des Arbeitsmarktes im Sinne dessen, was in der Beitrittsakte Bulgariens und Rumäniens vorgesehen ist.

Abgesehen von der Klausel des Artikels 10 Absatz 4 sieht das FZA ein mögliches Zurückgreifen auf Artikel 14 Absatz 2 vor, der den Fall von «schwerwiegenden wirtschaftlichen oder sozialen Problemen» behandelt. Gemäss dieser Bestimmung, tritt der Gemischte Ausschuss *«auf Verlangen einer Vertragspartei zusammen, um geeignete Abhilfemassnahmen zu prüfen»*. Er *«kann innerhalb von 60 Tagen nach dem Antrag über die zu ergreifenden Massnahmen beschliessen. Diese Frist kann der Gemischte Ausschuss verlängern. Diese Massnahmen sind in Umfang und Dauer auf das zur Abhilfe erforderliche Mindestmass zu beschränken. Es sind solche Massnahmen zu wählen, die das Funktionieren dieses Abkommens so wenig wie möglich beeinträchtigen»*.

Artikel 14 Absatz 2 ist eine allgemeine Schutzklausel, die darauf abzielt, bei wirtschaftlichen und sozialen Schwierigkeiten Abhilfe zu schaffen<sup>213</sup>. Es handelt sich um eine einvernehmliche Schutzklausel. Der Gemischte Ausschuss tritt auf Verlangen einer Vertragspartei zusammen und beschliesst die zu ergreifenden Massnahmen innerhalb von 60 Tagen. Darin unterscheidet sie sich von der Klausel des Artikels 10 Absatz 4 FZA, die eine unilaterale Klausel darstellt, die von der Schweiz eingeleitet wird. Sie unterscheidet sich auch von derjenigen der Beitrittsakte von 2005, deren Anwendung eine Genehmigung durch die Europäische Kommission auf Verlangen eines Mitgliedstaates erfordert.

Die Forderung der Schweiz nach einer möglichen Anwendung von Artikel 14 Absatz 2 FZA würde den Nachweis konkreter Elemente eines Vorhandenseins schwerwiegender wirtschaftlicher und sozialer Schwierigkeiten im Land erfordern, das die Wiedereinführung von Restriktionen bei der Personenfreizügigkeit für Staatsangehörige der Mitgliedstaaten der Europäischen Union notwendig machen würde. Diese Forderung würde vom Gemischten Ausschuss behandelt, der befugt ist, angemessene zu ergreifende Abhilfemassnahmen zu beschliessen. Auf jeden Fall wäre, in Anbetracht der insgesamt zufriedenstellenden wirtschaftlichen Leistung der Schweiz, eine solche Forderung schwer vorstellbar.

Gemäss den Angaben des Eidgenössischen Departements für Wirtschaft, Bildung und Forschung konnte sich *«[d]ie Schweizer Wirtschaft [...] auch im Frühjahr 2013 trotz anhaltender Rezession im Euroraum relativ gut behaupten. Allerdings verläuft die Entwicklung nach wie vor uneinheitlich zwischen robuster Inlandkonjunktur und gedämpften Exporten. Dieses konjunkturelle Muster dürfte sich auch im weiteren Jahresverlauf fortsetzen, bei insgesamt moderater Wachstumsdynamik und weiter*

---

<sup>213</sup> Eine ähnliche Klausel zu «schwerwiegenden Störung der Märkte» taucht in Artikel 10 Absatz 1 des Abkommens über den Handel mit landwirtschaftlichen Produkten auf. Dies sind nicht die einzigen Beispiele in der Reihe der Bilateralen I.

*leicht steigender Arbeitslosigkeit. Die Expertengruppe behält ihre Einschätzung der letzten Prognose (von März) weitgehend bei und rechnet für 2013 mit einem BIP-Wachstum von 1,4 %. Eine breiter abgestützte Konjunkturbelebung, die auch die Exportbereiche sowie den Arbeitsmarkt erfasst, wird für 2014 erwartet (BIP-Prognose +2,1 %). Voraussetzung dafür ist allerdings, dass die Weltwirtschaft Fahrt aufnimmt und insbesondere der Euroraum aus der Rezession findet, was derzeit noch ein erheblicher Unsicherheitsfaktor ist». Des Weiteren heisst es: «Angesichts der moderaten Konjunkturaussichten dürfte eine Verbesserung der Arbeitsmarktlage noch einige Zeit auf sich warten lassen. Bei der Beschäftigung zeichnet sich nach wie vor kein Rückgang, jedoch eine gebremste Zunahme ab. Der langsame Anstieg der Arbeitslosenzahlen dürfte sich in den kommenden Monaten noch weiter fortsetzen, ehe im Verlauf des kommenden Jahres mit anziehender Konjunktur eine Trendwende nach unten einsetzen könnte. Im Jahresdurchschnitt rechnet die Expertengruppe (unverändert wie bisher) mit Arbeitslosenquoten von jeweils 3,3 % für 2013 und 2014, nach 2,9 % in 2012 ».<sup>214</sup>*

Die wirtschaftliche Situation in der Schweiz ist keinesfalls mit der in Spanien vergleichbar, welche die Genehmigung restriktiver Massnahmen im Bereich des Zugangs rumänischer Erwerbstätiger zum spanischen Arbeitsmarkt durch die Europäische Kommission ermöglicht hat. Das spanische BIP lag bei 0,3 % (im Vergleich zu 1,4 % in der Schweiz) und die Gesamtarbeitslosenquote lag bei 25 % (im Vergleich zu 3,3 % in der Schweiz). Bedenkt man diese beiden Elemente – und wir sind uns dessen bewusst, dass eine umfassendere Analyse durchgeführt werden müsste<sup>215</sup>, so kann man doch sagen, dass die Situation in Spanien nichts mit der in der Schweiz gemeinsam hat. Unter diesen Umständen erscheint uns eine mögliche Aktivierung der einvernehmlichen Schutzklausel des Artikels 14 Absatz 2 FZA unvorstellbar und chancenlos in Bezug auf eine Zustimmung durch den Gemischten Ausschuss. In Anbetracht der allgemein zufriedenstellenden wirtschaftlichen Situation der Schweiz **kann Artikel 14 Absatz 2 FZA weder die durch die Texte der beiden untersuchten Initiativen vorgesehenen Massnahmen begründen noch rechtfertigen.** Zudem sind die in den beiden Initiativen angestrebten Massnahmen weder im Umfang der Anwendung noch in ihrer Dauer begrenzt, sie **erfüllen diesbezüglich nicht die in Artikel 14 Absatz 2 erwähnten Kriterien.**

#### **IV. Untersuchung der Möglichkeit einer Neuverhandlung des FZA**

Die Masseneinwanderungsinitiative und die Initiative ECOPOP sehen beide vor, dass in Zukunft kein völkerrechtliches Abkommen, das ihren Zielen entgegensteht, geschlossen werden kann. Es gilt, laut den Initianten der Initiativen, zu verhindern, dass ein völkerrechtliches Abkommen der Umsetzung der zur Erreichung der Ziele der

---

<sup>214</sup> Medienmitteilung vom 11. Juni 2013 des Eidgenössischen Departements für Wirtschaft, Bildung und Forschung (WBF), Staatssekretariat für Wirtschaft SECO, abrufbar unter der Adresse <http://www.seco.admin.ch/themen/00374/00375/00376/index.html?lang=de>. Die Expertengruppe des Bundes veröffentlicht jedes Quartal ihre Prognosen zur Konjunkturentwicklung der Schweiz. Die Medienmitteilung vom 19. September 2013 kündigt ein weiter aufgehelltes Konjunkturbild an und präsentiert vorteilhaftere Zahlen als die für März 2013.

<sup>215</sup> Für eine Analyse, die insbesondere die Zahlen der Einwanderung aus Mitgliedstaaten der Europäischen Union und die in der Schweiz von dieser Personenkategorie erreichte Arbeitslosenquote beachtet, siehe den 9. Bericht des Observatoriums zum FZA Schweiz-EU vom 11. Juni 2013, S. 14 ff.

Initiative geeigneten Massnahmen zuwiderhandelt, sie verhindert oder beeinträchtigt. In diesem Sinne müssen die bestehenden Abkommen neu verhandelt oder angepasst werden, um sie mit den Zielen und Texten der Initiative in Übereinstimmung zu bringen.

Die Masseneinwanderungsinitiative sieht vor, dass die Neuverhandlung und Anpassung der Abkommen, die die Steuerung der Einwanderung verhindern, innerhalb von drei Jahren zu erfolgen haben. Die Initiative «*Stopp der Überbevölkerung – zur Sicherung der natürlichen Lebensgrundlagen*» sieht ihrerseits eine Frist von vier Jahren vor, um bestehende Verträge zu ändern und nötigenfalls aufzukündigen. Die Initianten der Masseneinwanderungsinitiative verdeutlichen, dass das FZA neu verhandelt und angepasst werden muss, «da dieses eine Steuerung über Höchstzahlen und Kontingente nicht zulässt»<sup>216</sup>. Die Initianten der Initiative ECOPOP geben nicht an, welche Verträge neu verhandelt, angepasst oder aufgekündigt werden sollten.

Gemäss dem Prinzip «*pacta sunt servanda*» ist die Schweiz dazu verpflichtet, für sie verbindliche völkerrechtliche Verträge einzuhalten. Ist sie nicht mehr in der Lage, sie einzuhalten, muss sie sie aufkündigen, sofern es nicht möglich ist, sie neu zu verhandeln und an neue Bestimmungen des inländischen Rechts anzupassen<sup>217</sup>.

Das FZA wurde 1999 unterzeichnet, da die Vertragsparteien davon überzeugt waren, dass die Freiheit von Personen, sich auf ihrem Hoheitsgebiet frei zu bewegen, ein wichtiges Element für die harmonische Entwicklung ihrer Beziehung darstellt. In der Europäischen Union ist die Personenfreizügigkeit eine der Grundfreiheiten des Binnenmarktes, die durch den Vertrag über die Europäische Union und den Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union garantiert wird. Sie ermöglicht es jedem Bürger der Europäischen Union, also jedem Staatsangehörigen eines der 28 Mitgliedstaaten, sich frei in einen anderen Mitgliedstaat zu begeben, insbesondere um dort zu arbeiten (ohne eine Arbeitserlaubnis zu benötigen) und zu diesem Zwecke dort zu wohnen<sup>218</sup>. Jede Einschränkung der Freizügigkeit stellt eine Beeinträchtigung der durch das Recht der Europäischen Union garantierten Grundfreiheit dar und muss durch dieses Recht zugelassen sein.

Die untersuchten Initiativen sehen vor, die Einwanderung mithilfe einer Festlegung von nicht zu überschreitenden jährlichen Höchstgrenzen und Kontingenten oder der Festlegung einer Höchstgrenze für die auf den Wanderungssaldo zurückzuführende Wachstumsrate der ständigen Wohnbevölkerung in der Schweiz zu steuern. Sie beide zielen darauf ab, über die von der im FZA vorgesehenen Übergangsperiode hinaus für

---

<sup>216</sup> Argumentarium S. 33. In dem Text verdeutlichen die Initianten der Initiative zudem, dass mit anderen Ländern geschlossene Niederlassungsverträge nicht gekündigt werden müssten, wenn sie nur in bescheidenem Rahmen dazu führen, dass jährlich gewährte Aufenthaltsbewilligungen nach einer bestimmten Dauer in langdauernde Niederlassungen umgewandelt werden. Diese liessen sich laut den Initianten immer noch problemlos in ein System von Höchstgrenzen und Kontingenten integrieren. Die Initianten verdeutlichen ebenso, dass die EMRK nicht durch die Neuverhandlung und die Anpassung betroffen ist, denn diese lässt «*eine Beschränkung des Anspruchs auf dauerhaften Aufenthalt, eine Beschränkung des Familiennachzugs und eine Beschränkung der Sozialleistungen durchaus zu*», Argumentarium, S. 33.

<sup>217</sup> Siehe dazu insbesondere die Botschaft des Bundesrates zur Volksinitiative «Gegen Masseneinwanderung», BBl 2013 279, S. 311.

<sup>218</sup> Unter Vorbehalt der Anwendung der in den Beitrittsakten enthaltenen Übergangsbestimmungen.

Staatsangehörige von Mitgliedstaaten der Europäischen Union Restriktionen der Freizügigkeit und des Aufenthalts in der Schweiz einzuführen. Sie verstossen somit gegen den Grundgedanken und die Bestimmungen des FZA, das Einschränkungen des Freizügigkeitsprinzips nur dann zulässt, wenn sie auf der Grundlage der Bestimmungen «zugelassen» sind.

Wir konnten im vorigen Abschnitt feststellen, dass lediglich eine Anwendung von Artikel 14 Absatz 2 FZA nach dem Ende der Übergangsperiode infrage käme. Nun kann diese allgemeine Schutzklausel nur im Falle schwerwiegender wirtschaftlicher oder sozialer Probleme in Kraft treten und deren Anwendung muss durch ein gemeinsames Abkommen zwischen der Schweiz und der Europäischen Union im Rahmen des Gemischten Ausschusses des FZA beschlossen werden. Angesichts der im europäischen Vergleich gesamthaft zufriedenstellenden wirtschaftlichen und sozialen Situation in der Schweiz erscheint es fast unmöglich, die Berufung auf eine solche Klausel vor dem Gemischten Ausschuss des FZA zu rechtfertigen, der eine eventuelle Anwendung von Artikel 14 im Einvernehmen beider Vertragsparteien beschliessen muss.

In Anbetracht der Schwierigkeit, sich auf Artikel 14 FZA zu berufen, ist es angebracht, die Frage nach einer Neuverhandlung des FZA mit der Europäischen Union im Hinblick darauf zu untersuchen, ob es für die Schweiz möglich ist, neue Restriktionen der Freizügigkeit einzuführen, die es ihr ermöglichen würden, die Einwanderung auf ihr Hoheitsgebiet zu steuern und die Initiativen umzusetzen, vorausgesetzt, diese werden durch die Schweizer Bevölkerung und Kantone angenommen.

Die Neuverhandlung eines völkerrechtlichen Abkommens ist theoretisch immer möglich. Beide Vertragspartner müssen sich darauf verständigen, eine Vertragsänderung in die Wege zu leiten. Im Hinblick darauf, dass die Initiativen eine der Grundfreiheiten des europäischen Binnenmarktes in Frage stellen, handelt es sich hierbei unseres Erachtens lediglich um eine theoretische und unwahrscheinliche Option. Von schweizerischer Seite wäre es im Falle der Annahme der Initiativen angebracht, das FZA mit den neuen Bestimmungen des inländischen schweizerischen Rechts in Einklang zu bringen, die eine Beseitigung der Unvereinbarkeiten innerhalb von drei bzw. vier Jahren vorschreiben. Vonseiten der Europäischen Union würde die Neuverhandlung des FZA im oben genannten Sinne hauptsächlich bedeuten, der Wiedereinführung von Kontingenten und der nationalen Präferenz beim Zugang zu Arbeitsverhältnissen oder der Einführung einer prozentualen Obergrenze in Bezug auf das Wachstum der dauerhaft in der Schweiz lebenden Bevölkerung zuzustimmen. In diesen beiden Fällen handelt es sich um quantitative (und teilweise qualitative) Restriktionen, die grundlegend der Personenfreizügigkeit zuwiderlaufen, die durch das FZA in den bilateralen Beziehungen zwischen der Schweiz und der Europäischen Union garantiert wird. Diese Restriktionen würden Benachteiligungen zwischen Staatsangehörigen der Mitgliedstaaten der Europäischen Union und den schweizerischen Staatsangehörigen herstellen, was gegen das Grundprinzip verstösst, das dem FZA zugrunde liegt, nämlich dem Prinzip der Gleichbehandlung. **Eine diesbezügliche Neuverhandlung des FZA erscheint deshalb als höchst unwahrscheinlich.**

## V. Untersuchung einer allfälligen Aufkündigung des FZA

Artikel 25 Absatz 3 FZA sieht vor, dass «[d]ie Europäische Gemeinschaft (nach Inkrafttreten des Vertrages von Lissabon am 1. Dezember 2009 die Europäische Union<sup>219</sup>) oder die Schweiz [...] dieses Abkommen durch Notifikation gegenüber der anderen Vertragspartei kündigen [kann]. Im Falle einer solchen Notifikation findet Absatz 4 Anwendung».

Im Falle der Annahme der Initiativen durch die Schweizer Bevölkerung und Kantone könnte die Schweiz gegebenenfalls dazu gebracht werden, spätestens nach drei bzw. vier Jahren das FZA aufzukündigen, falls eine Anpassung des Abkommens nicht möglich wäre. Eine solche Aufkündigung hätte die Anwendung von Artikel 25 Absatz 4 mit einer «Guillotine»-Klausel zur Folge. Diese Bestimmung sieht Folgendes vor: «Die in Absatz 1 aufgeführten sieben Abkommen treten sechs Monate nach Erhalt der Notifikation über die Nicht-Verlängerung<sup>220</sup> gemäss Absatz 2 oder über die Aufkündigung gemäss Absatz 3 ausser Kraft».

Im vorliegenden Abschnitt gilt es, die Modalitäten der Aufkündigungsklausel von Artikel 25 Absatz 3 (A), den Funktionsmechanismus der «Guillotine»-Klausel von Artikel 25 Absatz 4 (B) und auch die denkbarsten Szenarios (C) zu untersuchen.

### A. Modalitäten der «Guillotine»-Klausel

Die Möglichkeit der Aufkündigung des FZA steht der Schweiz und der Europäischen Union gleichermassen zu, die es beide ohne zeitliche Einschränkung aufkündigen können, im Gegensatz zu dem, was in Artikel 25 Absatz 2 vorgesehen ist, worin es um die eventuelle Nicht-Verlängerung des FZA geht<sup>221</sup>, was jedoch, wie wir aufgezeigt haben, nicht mehr in die Tat umsetzbar ist. Die Aufkündigung kann also zu jedem beliebigen Zeitpunkt durch eine der beiden Vertragsparteien erfolgen.

Die Entscheidung, das FZA aufzukündigen oder nicht, ist eine Frage, die vom politischen Ermessen sowohl auf schweizerischer Seite als auch auf der der Europäischen Union abhängig ist. Dieser Aspekt liegt ausserhalb des Rahmens der rechtlichen Analyse, mit der wir beauftragt worden sind, und daher werden wir nicht darauf eingehen.

Wenn die Schweiz die Entscheidung trifft, das FZA aufzukündigen, muss sie sich an die Bestimmungen des inländischen Rechts halten. Wenn die Europäische Union eine solche Entscheidung trifft, muss sie sich ebenso an ihre internen Verfahrensregeln halten<sup>222</sup>.

---

<sup>219</sup> Gemäss Artikel 1 Unterabsatz 3 des Vertrages über die Europäische Union tritt ab dem 1. Dezember 2009 die Europäische Union «an die Stelle der Europäischen Gemeinschaft, deren Rechtsnachfolgerin sie ist».

<sup>220</sup> Eine solche Hypothese kann nicht mehr in die Tat umgesetzt werden. Das Schweizerische Parlament hat der Verlängerung des FZA und dem Protokoll II vom 13. Juni 2008 zugestimmt und die Annahme durch die Bevölkerung geschah am 8. Februar 2009.

<sup>221</sup> Artikel 25 Absatz 2 FZA sieht Folgendes vor: «Dieses Abkommen wird für eine anfängliche Dauer von sieben Jahren geschlossen. Es verlängert sich für unbestimmte Zeit, sofern die Gemeinschaft oder die Schweiz der anderen Vertragspartei vor Ablauf der anfänglichen Geltungsdauer nichts Gegenteiliges notifiziert. Im Falle einer solchen Notifikation findet Absatz 4 Anwendung».

<sup>222</sup> Artikel 218 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union enthält spezifische Bestimmungen zur Aussetzung von internationalen Übereinkünften, von denen die Europäische Union Vertragspartei ist, beinhaltet jedoch keine Regelung bezüglich der Aufkündigung von Übereinkünften. Dennoch erscheint es,

Die Frage einer Aufkündigung des FZA durch die Europäische Union ist bereits mehrmals in den Botschaften des Bundesrates in Bezug auf die Ausdehnung der Anwendung des FZA auf die neuen Mitglieder der Europäischen Union in den Jahren 2005 und 2008 sowie bei der Verlängerung des Abkommens erwähnt worden. Der Fall einer eventuellen Ablehnung der Ausdehnung durch die Schweizer Bevölkerung war in der Botschaft des Bundesrates von 2004 in Bezug auf das Zusatzprotokoll in folgenden Worten erwähnt worden: «*Lehnte die Schweiz die Ausdehnung des FZA ab, wäre daher mit der Aufkündigung dieses Abkommens durch die EU zu rechnen. Dies würde automatisch die Ausserkraftsetzung aller übrigen sektoriellen Abkommen der Bilateralen I bedeuten.*»<sup>223</sup> Oder auch: «*Schliesslich sind die Kantone überzeugt, dass eine Ablehnung der Ausdehnung des FZA und die sich daraus ergebende mögliche Folge des Dahinfallens sämtlicher sektorieller Abkommen infolge der Guillotineklausel zu einer schwerwiegenden Destabilisierung der Beziehungen zwischen der Schweiz und der EU führen würde, was insbesondere auch erhebliche negative Auswirkungen auf die Schweizer Wirtschaft haben würde.*»<sup>224</sup>

In der Botschaft des Bundesrates von 2008 wurde eine ähnliche Formulierung verwendet: «*Die Abkommen der Bilateralen I sind rechtlich miteinander verknüpft. Wird eines der Abkommen gekündigt bzw. nicht verlängert, so treten auch alle übrigen sechs Monate nach der entsprechenden Notifizierung automatisch ausser Kraft. Sollte die Schweiz die Weiterführung des FZA ablehnen, so hätte dies somit weitreichende Auswirkungen auf das bilaterale Vertragswerk insgesamt.*»<sup>225</sup> Die Frage der Aufkündigung des FZA, der Anwendung der «Guillotine»-Klausel und deren Folgen tritt häufig auf. Sie wird daher erneut auf den Tisch kommen, wenn es um die Ausdehnung der Anwendung des FZA auf Kroatien geht.

## **B. Funktionsmechanismus der «Guillotine»-Klausel**

Artikel 25 Absatz 4 FZA enthält die «Guillotine»-Klausel<sup>226</sup>. Gemäss dieser Klausel führt die Nicht-Verlängerung oder die Aufkündigung des FZA sechs Monate nach dem Erhalt der Notifikation über die Nicht-Verlängerung oder der Aufkündigung zur Beendigung der sechs anderen im Rahmen der Bilateralen I geschlossenen Abkommen. Die Schlussbestimmungen der anderen bilateralen Abkommen I enthalten die gleiche Klausel<sup>227</sup>.

---

auf der Grundlage der Achtung des Prinzips der Parallelität der Formen, logisch anzunehmen, dass die auf das Abschliessen von Übereinkünften anwendbaren Verfahrensregeln auch auf die Aufkündigung von Verträgen Anwendung finden dürften.

<sup>223</sup> Botschaft zur Genehmigung des Protokolls zum FZA zwischen der Schweiz und der EG vom 1. Oktober 2004, BBl 2004 5891, S. 5898.

<sup>224</sup> Ebda., S. 5914.

<sup>225</sup> Botschaft zur Weiterführung des Freizügigkeitsabkommens sowie zu dessen Ausdehnung auf Bulgarien und Rumänien vom 14. März 2008, BBl. 2008 2135, S. 2144.

<sup>226</sup> In Artikel 25 Absatz 4 heisst es: «Die in Absatz 1 aufgeführten sieben Abkommen treten sechs Monate nach Erhalt der Notifikation über die Nicht-Verlängerung gemäss Absatz 2 oder über die Aufkündigung gemäss Absatz 3 ausser Kraft.»

<sup>227</sup> In der Botschaft vom 23. Juni 1999 betreffend die bilateralen Verträge Schweiz-EU heisst es wie folgt: «Die Forderung des angemessenen Parallelismus zwischen den sieben Abkommen ergibt sich aus der Einschätzung der EU, dass nur die Gesamtheit dieser Verträge im gegenseitigen Interesse der Schweiz und der EU liege. Demzufolge werden die sieben Abkommen entweder gleichzeitig geschlossen, genehmigt und in Kraft gesetzt oder aber verhindert die Ablehnung eines einzigen Abkommens das Inkrafttreten der anderen

Somit sind betroffen:

- das Abkommen über bestimmte Aspekte des öffentlichen Beschaffungswesens;
- das Abkommen über die gegenseitige Anerkennung von Konformitätsbewertungen;
- das Abkommen über den Handel mit landwirtschaftlichen Erzeugnissen;
- Abkommen über den Luftverkehr;
- das Abkommen über den Güter- und Personenverkehr auf Schiene und Strasse und
- das Abkommen über die wissenschaftlich-technische Zusammenarbeit<sup>228</sup>.

Gemäss Artikel 25 besteht ein Automatismus zwischen der Notifikation der Aufkündigung des FZA und dem Ende der Anwendung der anderen Abkommen, der sich bloss durch den Ablauf einer Dauer von sechs Monaten ab Erhalt der Notifikation ausdrückt. Die in dieser Bestimmung ausgeführte Bestimmung ist klar und transparent. In diesem Zusammenhang ist es angebracht, daran zu erinnern, dass die Schweiz bei den Verhandlungen der Bilateralen I versuchte, die «Guillotine»-Klausel aufzulockern, indem sie darum bat, dass die Aufkündigung eines Abkommens nicht vor einer Periode von zwölf Monaten in Kraft treten kann, davon sechs Monate Konsultationen im Gemischten Ausschuss, wobei dieser festlegen kann, welche Abkommen aufgehoben oder nach der Aufkündigung eines Abkommens ausser Kraft treten<sup>229</sup>. Die Europäische Kommission und die Mitgliedstaaten lehnten eine solche Lockerung allerdings ab.

Nach der Aufkündigung des FZA kommt es mit sehr grosser Wahrscheinlichkeit zur Anwendung der «Guillotine»-Klausel. Es reicht aus, dass die Schweiz oder die Europäische Union eines der Abkommen der Reihe der Bilateralen I aufkündigt, damit der Mechanismus von Artikel 25 Absatz 4 in Kraft tritt. Diese Hypothese muss in dem Fall bedacht werden, dass die Schweiz gezwungen ist, das FZA nach der Annahme der einen oder anderen der beiden untersuchten Initiativen aufzukündigen, sollte ein Versuch der Neuverhandlung des FZA mit der Europäischen Union gescheitert sein. Sie muss auch in Erwägung gezogen werden, wenn die Europäische Union sich entschliessen würde, das Abkommen aufzukündigen, unter Berücksichtigung der Tatsache, dass die Annahme der einen oder der anderen der beiden Initiativen durch die Schweizer Bevölkerung und Kantone die Grundlage des FZA beseitigen würde. Die fünf anderen Abkommen der Bilateralen I würden sechs Monate nach der Notifikation der Aufkündigung ausser Kraft treten. Das Abkommen über die

---

sechs Abkommen. Gleichermassen hat die EU die Bedingung gestellt, dass im Falle der Aufhebung eines der Abkommen, die anderen sechs Abkommen ausser Kraft treten.» BBI 1999 6128, S. 6156.

<sup>228</sup> Die Gültigkeitsdauer des Forschungsabkommens, das Bestandteil der Bilateralen I war, wurde auf die Dauer der Forschungsrahmenprogramme begrenzt. Das nachfolgende Abkommen, das sich auf eine Beteiligung am siebten Forschungsrahmenprogramm (2007 bis 2013) erstreckt, fällt nicht mehr unter die Geltung der «Guillotine»-Klausel. Jedoch sieht die Entscheidung der Europäischen Union in Bezug auf die Annahme des Forschungsabkommens vor, dass dieses nicht verlängert würde, wenn es zu einer Nicht-Verlängerung oder Aufkündigung der bilateralen Abkommen I kommt. Siehe Artikel 3 des Beschlusses Nr. 2008/270 des Rates und der Kommission vom 25. Februar 2008 über den Abschluss des Abkommens über wissenschaftlich-technische Zusammenarbeit zwischen der Europäischen Gemeinschaft und der Europäischen Atomgemeinschaft einerseits und der Schweizerischen Eidgenossenschaft andererseits im Namen der Europäischen Gemeinschaft und der Europäischen Atomgemeinschaft, ABl. Nr. L 86 vom 28. März 2008, S. 25.

<sup>229</sup> Daniel Felder, *Appréciation juridique et politique du cadre institutionnel et des dispositions générales des accords sectoriels*, in: D. Felder/Ch. Kaddous (Hrsg.), *Accords bilatéraux Suisse-UE (Commentaires)*, Dossier de droit européen n° 8, Basel/Brüssel (Helbing & Bruylant), 117-149, S. 124.

wissenschaftlich-technische Zusammenarbeit von 2007 könnte auch betroffen sein, selbst wenn es streng genommen nicht an die «Guillotine»-Klausel gebunden ist, und zwar in Anbetracht des Entschlusses von Rat und Kommission aus dem Jahr 2008, der vorsieht, dass dieses Abkommen im Falle einer Nicht-Verlängerung oder Aufkündigung der Bilateralen Abkommen I nicht verlängert würde<sup>230</sup>. Das Risiko besteht also ebenso für dieses Abkommen, auch wenn es formell gesehen keine Bestimmung wie die von Artikel 25 Absatz 4 FZA enthält.

Die «Guillotine»-Klausel findet sich dagegen nicht in den Abkommen der Bilateralen II. Es gibt auch keine förmliche Verbindung zwischen den bilateralen Abkommen von 1999 und denen von 2004. Dennoch wäre unserer Ansicht nach die Aufkündigung des FZA für das Assoziierungsabkommen der Schweiz zum Schengen-Abkommen (SAA) nicht folgenlos, denn dessen Umsetzung ist eng mit der Personenfreizügigkeit verknüpft. Angesichts der materiellen Verknüpfung zwischen dem SAA und der Personenfreizügigkeit, die vom FZA garantiert wird, dürfte dessen Aufkündigung einen indirekten Effekt auf den Bestand und die Weiterführung des Assoziierungsabkommens der Schweiz zum Schengen-Abkommen und daraus folgend auf das Assoziierungsabkommen der Schweiz zum Abkommen von Dublin haben<sup>231</sup>, denn dieses ist rechtlich mit dem SAA verknüpft<sup>232</sup>.

In einer solchen Hypothese von Kaskadeneffekten käme die gesamte in diesen beiden Abkommen vorgesehene Zusammenarbeit zu einem Ende. Dies hätte weitreichende Konsequenzen: das Ende des in diesen Abkommen vorgesehenen Zugangs zu diversen Datenbanken, besonders SIS, VIS und Eurodac; das Ende der Erleichterungen im Bereich der durch diese beiden Abkommen eingeführten Zusammenarbeit: im Visabereich (Ende des Schengenvisums und Wiedereinführung der schweizerischen Visabestimmungen) und im Asylbereich (die Schweiz nimmt jetzt am Lastenverteilungssystem auf der Grundlage des DAA teil) sowie die Wiedereinführung systematischer Kontrollen an den Schweizer Grenzen, die dann nicht mehr Innengrenzen, sondern Aussengrenzen des Schengenraums wären, womit auch das Wiederaufkommen der Unannehmlichkeiten durch die Wartezeiten an den Landesgrenzen der Schweiz mit ihren Nachbarn wahrscheinlich würde, wie sie das Land früher schon erlebt hat.

Die Frage der Auswirkungen der Aufkündigung des FZA kann auch in Bezug auf die EFTA-Konvention aufkommen. Sollte das FZA aufgekündigt werden, wäre die EFTA-Konvention von 1960<sup>233</sup> weiterhin zwischen der Schweiz und ihren EFTA-Partnern in Kraft, nämlich Norwegen, Island und Liechtenstein. Diese Konvention, die nach Abschluss der bilateralen Abkommen I zwischen der Schweiz und der Europäischen Union neu formuliert wurde, enthält keine formell damit verknüpfte Bestimmung. Die Aufkündigung des FZA hätte somit keine Auswirkung auf die Anwendung der Konvention. Die neue Situation, die sich aus der Aufkündigung des FZA und der

---

<sup>230</sup> Artikel 3 des Beschlusses der Europäischen Union vom 25. Februar 2008, ABl. Nr. L 86 vom 28. März 2008, S. 25.

<sup>231</sup> Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Gemeinschaft über die Kriterien und Verfahren zur Bestimmung des zuständigen Staates für die Prüfung eines in einem Mitgliedstaat oder in der Schweiz gestellten Asylantrags, SR 0.142.392.68.

<sup>232</sup> Wenn eines der beiden Abkommen aufgekündigt wird, gilt dies automatisch für das andere, siehe Artikel 17 Absatz 2 des Schengen-Abkommens und Artikel 16 Absatz 2 des Dublin-Abkommens.

<sup>233</sup> Übereinkommen zur Errichtung der Europäischen Freihandelsassoziation vom 4. Januar 1960, SS 0.632.31.



Beibehaltung der EFTA-Konvention ergibt, würde zu einer unterschiedlichen Behandlung der Staatsangehörigen der Mitgliedstaaten der Europäischen Union und denen der EFTA auf schweizerischem Hoheitsgebiet führen, wobei letztere weiterhin die Vorteile der Freizügigkeit nutzen könnten. Allerdings widersprechen die Initiativtexte auch der EFTA-Konvention, die bei der Annahme einer der Initiativen durch Volk und Stände ebenfalls neu verhandelt werden müsste.

## Schlussfolgerungen

I. Die Untersuchung der Masseneinwanderungsinitiative und der Initiative ECOPOP hat eine gewisse Anzahl von Unvereinbarkeiten mit den Bestimmungen des FZA gezeigt. Dagegen gilt es zu unterstreichen, dass bestimmte im FZA garantierte Rechte durch die Initiativen nicht berührt werden. Wir stellen im Folgenden kurz die Ergebnisse dieser Analyse in Bezug auf jedes untersuchte Recht zusammen:

- Beide Initiativen verstossen gegen die **stand still-Klausel** des Artikels 13 FZA, da sie neue Massnahmen einführen, die die durch das FZA garantierte Freizügigkeit der Staatsangehörigen der Mitgliedstaaten der Europäischen Union einschränken.
- Die Untersuchung hat eine unterschiedliche Beziehung der beiden Initiativen zum **Gleichbehandlungsprinzip** ergeben, das in Artikel 2 FZA allgemein zum Ausdruck kommt. Dieses Prinzip wird in Artikel 7 Buchstabe a FZA konkretisiert, worin klargestellt wird, dass das Recht auf Gleichbehandlung der Staatsangehörigen in Bezug auf den Zugang zu einer Wirtschaftstätigkeit und deren Ausübung sowie auf die Lebens-, Erwerbs- und Arbeitsbedingungen von den Vertragsparteien garantiert werden müssen. Es wird insbesondere in den Artikeln 9 (Arbeitnehmer), 15 (Selbständige) und 19 (Dienstleistungserbringer) des Anhangs I aufgegriffen.

Die Masseneinwanderungsinitiative verstösst gegen das Gleichbehandlungsprinzip, da sie besonders die Regel der nationalen Präferenz einführen will, die eine durch das FZA untersagte Diskriminierung auf Grund der Nationalität darstellt.

Die ECOPOP-Initiative verstösst ihrerseits im strengen Sinne nicht gegen das Gleichbehandlungsprinzip, da sie keine Diskriminierungen zwischen schweizerischen Staatsangehörigen und denen der Mitgliedstaaten der Europäischen Union einführt, wenn diese sich bereits rechtmässig auf Schweizer Hoheitsgebiet aufhalten.

- Keine der beiden Initiativen widerspricht dem **Einreiserecht**, das durch Artikel 3 FZA garantiert wird. Die beiden Texte zielen von vornherein weder auf die Einführung eines Einreisevisums noch auf eine äquivalente Verpflichtung für Staatsangehörige der Mitgliedstaaten der Europäischen Union ab.
- Beide Initiativen widersprechen dem in Artikel 4 FZA und in anderen Worten in Artikel 2 des Anhangs I festgeschriebenen **Recht auf Aufenthalt und Zugang zu einer Erwerbstätigkeit**.

Die Masseneinwanderungsinitiative verstösst gegen diese Bestimmungen des FZA, denn sie zielt darauf ab, neue quantitative Restriktionen für diverse Kategorien von Personen, die vom FZA betroffen sind, einzuführen.

Die ECOPOP-Initiative, die lediglich zum Ziel hat, den Aufenthalt ausländischer Staatsangehöriger von 12 oder mehr Monaten einzuschränken, würde die Rechte der Staatsangehörigen der Mitgliedstaaten der Europäischen Union nur dann beeinträchtigen, wenn sie in der Schweiz für eine Dauer von mindestens 12 Monaten eine Wirtschaftstätigkeit ausüben.

- Beide Initiativen verstossen gegen das Recht auf Zugang zu einer unselbständigen Erwerbstätigkeit und deren Ausübung, das in Artikel 1 Buchstaben a und d FZA und anders formuliert in den Artikeln 6 bis 11 des Anhangs I festgeschrieben ist.

Die Masseneinwanderungsinitiative widerspricht diesen Bestimmungen des FZA, indem Kontingente für die Kategorie der Arbeitnehmer eingeführt werden und Diskriminierungen bei einer Anzahl von Arbeitnehmerrechten zwischen schweizerischen Staatsangehörigen und Arbeitnehmern von Mitgliedstaaten der Europäischen Union herbeigeführt werden.

Die ECOPOP-Initiative verstösst ebenfalls gegen diese Bestimmungen des FZA, im Prinzip jedoch lediglich in Bezug auf die Staatsangehörigen von Mitgliedstaaten der Europäischen Union, die eine unselbständige Erwerbstätigkeit von mindestens 12 Monaten ausüben wollen. Diejenigen, die einer kürzer dauernden Tätigkeit nachgehen wollen, sind im Prinzip nicht von der Initiative betroffen. Zudem werden die sich aus dem FZA ergebenden, dem Arbeitnehmerstatus zugehörenden Rechte nicht von der Initiative geändert. Diese bezweckt nicht, Diskriminierungen zwischen schweizerischen Arbeitnehmern und Arbeitnehmern aus Mitgliedstaaten der Europäischen Union herbeizuführen, wenn letztere einmal den Arbeitnehmerstatus erworben haben.

- Beide Initiativen verstossen gegen das **Recht auf Zugang zu einer selbständigen Erwerbstätigkeit und deren Ausübung**, das in Artikel 1 Buchstaben a und d sowie in Artikel 4 FZA und anders formuliert in den Artikeln 12 bis 16 des Anhangs I festgeschrieben ist.

Die Masseneinwanderungsinitiative verstösst gegen diese Bestimmungen des FZA, indem Kontingente für die Kategorie der Selbständigen eingeführt werden und indem Diskriminierungen zwischen schweizerischen Staatsangehörigen und Staatsangehörigen aus den Mitgliedstaaten der Europäischen Union in einer Reihe von zum Selbständigen-Status gehörenden Rechten herbeigeführt werden.

Die ECOPOP-Initiative widerspricht diesen Bestimmungen des FZA ebenfalls, jedoch lediglich in Bezug auf die Staatsangehörigen von Mitgliedstaaten der Europäischen Union, die eine selbständige Erwerbstätigkeit von mindestens 12 Monaten ausüben wollen. Diejenigen, die einer kürzer dauernden Tätigkeit nachgehen wollen, sind von der Initiative nicht betroffen. Zudem werden die sich aus dem FZA ergebenden Rechte von Selbständigerwerbenden von der ECOPOP-Initiative nicht berührt, da diese nicht darauf abzielt, Diskriminierungen zwischen schweizerischen Staatsangehörigen und

Staatsangehörigen aus Mitgliedstaaten der Europäischen Union herbeizuführen, sobald letztere den Selbständigen-Status einmal erworben haben.

- In Bezug auf die **Erbringung von Dienstleistungen** muss zwischen denen von kurzer Dauer (nicht länger als 90 Tage) und denen von einer längeren Dauer unterschieden werden.

Beide Initiativen zielen darauf ab, die Einwanderung in die Schweiz zu begrenzen. Sie haben also nicht zum Ziel, die vom FZA garantierte Erbringung von Dienstleistungen von kurzer Dauer (nicht länger als 90 Tage) einzuschränken.

Wenn die Masseneinwanderungsinitiative jedoch die Einführung von Kontingenten für Dienstleistungserbringungen von kurzer Dauer anstrebt, verstiesse sie infolgedessen gegen Artikel 5 FZA und gegen Artikel 20 Absatz 1 des Anhangs I. Wenn sie auf Dienstleistungserbringungen von längerer Dauer abzielt, könnte sie gegen die sich aus Artikel 17 Buchstabe b und aus Artikel 20 Absatz 2 des Anhangs I ergebenden Rechte verstossen. Die Rechte der Empfänger von Dienstleistungen und die der entsandten Mitarbeiter könnten ebenfalls durch die Initiative eingeschränkt werden.

Die Initiative ECOPOP, die zum Ziel hat, die Anzahl der Aufenthalte von Ausländern von 12 oder mehr Monaten zu beschränken, würde im Prinzip nur auf Dienstleistungserbringungen von 12 oder mehr Monaten abzielen. Diesbezüglich würde sie gegen die den Staatsangehörigen der Mitgliedstaaten der Europäischen Union durch das FZA eingeräumten Rechte verstossen. Die Rechte der Empfänger von Dienstleistungen und entsandten Mitarbeiter könnten auch von der Initiative eingeschränkt werden.

- Beide Initiativen verstossen gegen das in den Artikeln 6 FZA sowie 2 und 24 des Anhangs I garantierte Aufenthaltsrecht von Personen ohne Erwerbstätigkeit, insofern als sie darauf abzielen, das Aufenthaltsrecht der Staatsangehörigen der Mitgliedstaaten der Europäischen Union, die keine Wirtschaftstätigkeit ausüben, nämlich Studierende, Rentner und andere Personen ohne Erwerbstätigkeit, einzuschränken. Auch hier würde die Initiative ECOPOP nur auf Aufenthalte von mindestens 12 Monaten abzielen.
- Beide Initiativen verstossen gegen das Recht auf Familiennachzug, das in Artikel 7 Buchstaben d und e FZA und in den Artikeln 1, 3 und 4 des Anhangs I garantiert wird.

Die Masseneinwanderungsinitiative plant eine allgemeine Beschränkung des Familiennachzugs für Ausländer, denen ein Aufenthaltsrecht in der Schweiz zustände.

Die Initiative ECOPOP zielt ebenfalls darauf ab, das Recht der Staatsangehörigen der Mitgliedstaaten der Europäischen Union, die im Rahmen des FZA ein Aufenthaltsrecht geniessen, sich von Familienmitgliedern begleiten zu lassen, zu beschränken, wenn es sich um einen Aufenthalt von mehr als 12 Monaten Dauer handelt.

- Beide Initiativen verstossen gegen das Verbleiberecht, das in Artikel 7 Buchstabe c FZA und in Artikel 4 des Anhangs I garantiert wird.

Die Masseneinwanderungsinitiative zielt darauf ab, das dauerhafte Aufenthaltsrecht von Ausländern zu beschränken. Dieses Ziel würde notwendigerweise das Recht auf Verbleib betreffen, das ein Ausdruck des dauerhaften Aufenthaltsrechts ist. Die Staatsangehörigen der Mitgliedstaaten der Europäischen Union, die ihr Recht auf Verbleib zu nutzen wünschen, würden angesichts der umzusetzenden Kontingente in ihren Rechten eingeschränkt.

Die Initiative ECOPOP hätte dieselben einschränkenden Auswirkungen auf das Recht auf Verbleib wie die Masseneinwanderungsinitiative.

- Die Untersuchung hat eine unterschiedliche Beziehung der beiden Initiativen zum **Gleichbehandlungsprinzip** gezeigt, das in Artikel 2 FZA festgeschrieben ist und **in Bezug auf soziale Vergünstigungen** in Artikel 9 Absatz 2 des Anhangs I und **in Bezug auf soziale Sicherheit** in Artikel 8 Buchstabe a FZA konkretisiert wird.

Die Masseneinwanderungsinitiative sieht vor, das Recht auf Sozialleistungen für Ausländer zu beschränken. Sie verstösst somit gegen die oben aufgeführten Bestimmungen des FZA.

Die Initiative ECOPOP zielt nicht darauf ab, die sozialen Vergünstigungen oder die Rechte der sozialen Sicherung der Staatsangehörigen der Mitgliedstaaten der Europäischen Union, die ein Aufenthaltsrecht in der Schweiz nutzen könnten, einzuschränken. Sie verstösst somit im Prinzip nicht gegen die Bestimmungen des FZA zur Gleichbehandlung in Bezug auf soziale Vergünstigungen und soziale Sicherheit.

- II. Die Schutzklausel in Bezug auf eine **schwerwiegende Störung des Arbeitsmarktes**, die in der Beitrittsakte Rumäniens und Bulgariens zur Europäischen Union von 2005 festgeschrieben ist und auf die sich Spanien berufen hat, kann nur während der von der Beitrittsakte vorgesehenen Übergangsperiode in Kraft treten. Die von Spanien vorgeschlagenen restriktiven Massnahmen wurden angesichts der besonders schwierigen Situation des Arbeitsmarktes und der Wirtschaft in Spanien durch die Europäische Kommission genehmigt.

Das FZA enthält eine allgemeine Schutzklausel in Artikel 14 Absatz 2, die von einer Vertragspartei ausserhalb der Übergangsperiode im Falle **schwerwiegender wirtschaftlicher und sozialer Probleme** geltend gemacht werden kann. Angesichts der insgesamt zufriedenstellenden wirtschaftlichen Situation in der Schweiz scheint eine Aktivierung dieser Klausel auf Verlangen der Schweiz zur Beschränkung der **Zuwanderung zum heutigen Zeitpunkt undenkbar**.

- III. Eine Neuverhandlung des FZA nach Annahme einer der beiden Initiativen durch die Schweizer Bevölkerung und Kantone mit dem Ziel, den Inhalt der Initiativen in den Inhalt des Abkommens zu integrieren, scheint unwahrscheinlich, denn die von den Initiativen vorgeschlagenen Massnahmen verstossen im Grundsatz

gegen den Geist der grundlegenden Bestimmungen der durch das Abkommen garantierten Personenfreizügigkeit.

- IV. Die Aufkündigung des FZA hätte zur Folge, dass die Abkommen der Bilateralen I sechs Monate nach der Notifikation der Aufkündigung gemäss der «Guillotine»-Klausel ausser Kraft treten. Das Abkommen über die wissenschaftlich-technische Zusammenarbeit könnte – obwohl nicht mehr formell an die «Guillotine»-Klausel gebunden – nicht verlängert werden. Die indirekte Auswirkung der Aufkündigung des FZA auf ein Ausserkrafttreten der Assoziierungsabkommen der Schweiz zu Schengen und Dublin kann nicht ausser Acht gelassen werden.

Genf, den 29. September 2013.

Christine Kaddous