

Der Konkordanzartikel

*Ein direkter Gegenentwurf
zur Initiative
«Raus aus der Sackgasse» RASA*

foraus-Diskussionspapier Nr. 28 / April 2016
Programm Europa

foraus
Forum Aussenpolitik
Forum de politique étrangère
Forum di politica estera



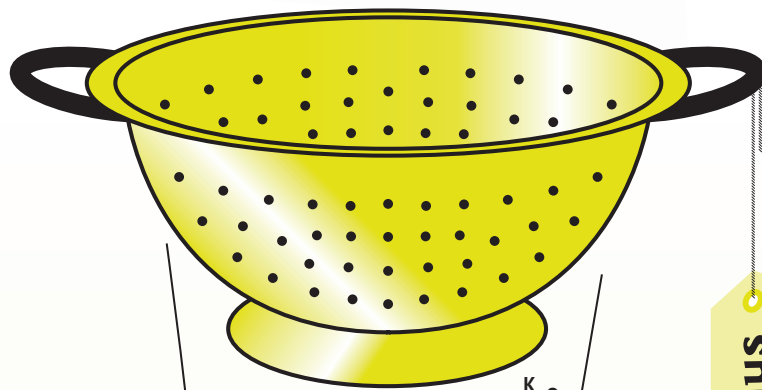
MIGRATIONS-
POLITIK

PERSONEN-
FREIZÜGKEIT

RECHTS-
UNSICHERHEIT

EUROPA-
POLITIK

RASA **MEI**



foraus

§ KONKORDANZ

§ KONKORDANZ

§ KONKORDANZ

§ KONKORDANZ

§ KONKORDANZ

KONKORDANZ
Art.

NEU



Die Annahme der Masseneinwanderungsinitiative MEI hat zu einer erheblichen Rechtsunsicherheit in der Migrations- und Europapolitik der Schweiz geführt.

Konsultationen mit der Europäischen Union EU über die Möglichkeit, das Freizügigkeitsabkommen so zu interpretieren, dass die Anliegen der MEI zumindest teilweise umgesetzt werden können, haben bislang nicht zu tangiblen Ergebnissen geführt. Es bleibt zu hoffen, dass die Gespräche noch Früchte tragen. So ganz scheint aber selbst der Bundesrat von seinem «Plan A» nicht überzeugt zu sein. Denn als alternativen «Plan B» schlug er eine einseitige Schutzklausel vor - eine Schutzklausel, die gegen das Personenfreizügigkeitsabkommen verstösst und vom Bundesgericht nicht angewendet würde.

Die Gefahr besteht also, dass weder «Plan A», noch «Plan B» funktionieren werden. In diesem Fall wird die Volksinitiative «Raus aus der Sackgasse» RASA zur Abstimmung gelangen. Sie hat zum Ziel, die Bestimmungen der MEI vollständig wieder aus der Verfassung zu streichen. Ein Anliegen, dessen Chancen auf Erfolg zurzeit sehr gering sind. Die Ablehnung der RASA aber, wäre ein weiterer Rückschlag für die Schweizer Europapolitik.

Allerdings bietet sich Bundesrat und Parlament nun die Möglichkeit, der RASA-Initiative einen direkten Gegenentwurf gegenüberzustellen. Bereits kursieren mehrere Vorschläge für einen solchen Gegenentwurf. Von diesen konnte jedoch bislang keiner politisch und inhaltlich überzeugen.

Im vorliegenden Diskussionspapier präsentieren die Autoren einen Gegenentwurf. Dieser kann als «Konkordanzartikel» betrachtet werden, da er einerseits Anliegen der Befürworter der MEI aufnimmt, und andererseits die Grundlage schafft, um die Personenfreizügigkeit weiterzuführen. Dies, indem der Artikel festlegt, dass die Schweiz die Zuwanderung eigenständig und unter Berücksichtigung ihrer gesamtwirtschaftlichen Interessen steuert. Als Mittel dieser Steuerung nennt er insbesondere auch Abkommen zur Personenfreizügigkeit, welche eine Steuerung gemäss liberalen Marktprinzipien vorsieht. Weiter macht der Artikel deutlich, dass es auch mit der Personenfreizügigkeit keinen Zuwanderungsfreipass für Bürgerinnen und Bürger aus den EU/EFTA-Staaten gibt, sondern gewisse Voraussetzungen erfüllt werden müssen. Schliesslich zeigt der Artikel auf, mit welchen Massnahmen die Zuwanderung freizügigkeitskonform beschränkt werden kann. Denn diesbezüglich besteht in der Schweiz ein grosser Konsens: Es muss einen Weg geben, dem Anliegen nach selbständiger Steuerung der Zuwanderung Rechnung zu tragen, ohne die Bilateralen zu gefährden.

Mit diesem «Konkordanzartikel» bietet sich die Chance, in zwei der wichtigsten politischen Dossiers der Schweiz - der Migrations- und Europapolitik - eine ver-

nünftige Kompromisslösung zu finden, ein starkes verfassungsrechtliches Fundament zu legen, und die momentane Rechtsunsicherheit zu beenden.

Art. 121a BV (neu) Steuerung der Zuwanderung

¹ Die Schweiz steuert die Zuwanderung von Ausländerinnen und Ausländern eigenständig unter Berücksichtigung ihrer gesamtwirtschaftlichen Interessen.

² Zu diesem Zweck können auch völkerrechtliche Verträge abgeschlossen werden. Insbesondere zur Freizügigkeit von Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern, selbständig erwerbstätigen Personen, nicht erwerbstätigen Personen sowie Grenzgängerinnen und Grenzgängern.

³ Massgebende Kriterien für die Erteilung von Aufenthaltsbewilligungen sind insbesondere ein Arbeitsverhältnis mit einem Arbeitgeber der Schweiz, der Nachweis einer selbständigen Erwerbstätigkeit, eine ausreichende, eigenständige Existenzgrundlage, die asylrechtlichen Vorgaben oder die ausländerrechtlichen Vorgaben.

⁴ Der Bund kann begleitende Massnahmen zur Beschränkung der Zuwanderung ergreifen. Dazu gehören insbesondere flankierende Massnahmen, um Erwerbstätige vor der missbräuchlichen Unterschreitung der in der Schweiz geltenden Lohn- und Arbeitsbedingungen zu schützen, Massnahmen die das inländische Arbeitskräftepotenzial fördern und in Hinblick auf den Arbeitsmarkt besser nutzen, sowie Massnahmen zur Beschränkung des Anspruches auf Sozialleistungen.

Art. 197 Ziff. 11 BV Übergangsbestimmung zu Art. 121a (Steuerung der Zuwanderung)

¹ aufgehoben

² aufgehoben

L'acceptation de l'initiative contre l'immigration de masse a mené à une incertitude juridique considérable dans les domaines de la migration et de la politique européenne de la Suisse.

Les consultations avec l'Union européenne (UE) pour trouver des possibilités d'interpréter l'accord sur la libre circulation d'une manière qui soit au moins partiellement compatible avec l'initiative contre l'immigration de masse n'ont pour l'heure pas abouti à des résultats tangibles. Il reste à espérer que les discussions avec l'UE s'avèrent bientôt fructueuses. Toutefois, il semble que même le Conseil fédéral ne soit pas convaincu par son « plan A ». Comme « plan B », le Conseil fédéral a proposé une clause de sauvegarde unilatérale – une clause de sauvegarde qui est contraire à l'accord sur la libre circulation des personnes et qui ne serait pas appliquée par le Tribunal fédéral.

Par conséquent, le danger grandit que ni le « plan A » ni le « plan B » ne fonctionne. Dans ce cas, l'initiative populaire « Sortons de l'impasse » (« Raus aus der Sackgasse », RASA) serait soumise au vote populaire. Elle a comme objectif de supprimer les dispositions liées à l'initiative contre l'immigration de masse. A l'heure actuelle, les chances de succès de RASA peuvent être qualifiées de très faibles. Le rejet de RASA serait un nouveau revers pour la politique européenne de la Suisse. Le Conseil fédéral et le Parlement ont maintenant l'opportunité de proposer un contre-projet direct à RASA. Plusieurs propositions de contre-projet sont déjà en circulation. Parmi celles-ci, aucune n'a réussi à convaincre par son contenu ou à dégager une majorité politique.

Les auteurs de ce papier de discussion présentent un contre-projet. Celui-ci peut être considéré comme un « article de concordance ». Il faut d'une part prendre en compte les préoccupations des partisans de l'initiative contre l'immigration de masse et, d'autre part, poser les bases qui vont permettre de conserver la libre circulation des personnes. Notre proposition défend l'idée que la Suisse peut gérer l'immigration de manière autonome en prenant en compte ses intérêts économiques globaux. Pour parvenir à cette fin, la Suisse peut choisir de conclure des accords de libre circulation prévoyant une gestion de l'immigration en fonction de critères de marché. De plus, l'article de « concordance » montre clairement qu'un tel accord n'implique pas une immigration sans conditions pour les citoyens de l'UE ou de l'AELE. Finalement, notre proposition énonce des mesures qui permettraient néanmoins de limiter l'immigration tout en étant conformes à la libre circulation. Il y a en effet un large consensus en Suisse : on doit trouver un moyen de réguler de manière autonome l'immigration, sans mettre en péril les accords bilatéraux.

Cet « article de concordance » permet un triple objectif : 1) faire émerger un compromis raisonnable sur deux des plus importants dossiers politiques de la Suisse – la politique mi-gratoire et la politique européenne, 2) établir une base constitutionnelle solide et 3) mettre fin à l’incertitude juridique actuelle.

Art. 121a Cst. (nouveau) Gestion de l’immigration

¹ La Suisse gère l’immigration des étrangers de manière autonome en fonction de ses intérêts économiques globaux.

² A cette fin, des accords internationaux peuvent être conclus, portant notamment sur la libre circulation des travailleurs, les personnes exerçant une activité lucrative indépendante, les personnes sans activité lucrative et les frontaliers.

³ Les critères déterminants pour l’octroi d’autorisations de séjour sont en particulier un contrat de travail avec un employeur en Suisse, la preuve d’une activité indépendante, une source de revenus suffisante et autonome, les critères relevant du droit d’asile ou les critères relevant du droit des étrangers.

⁴ La Confédération peut édicter des mesures d’accompagnement pour limiter l’immigration. Celles-ci comprennent notamment des mesures visant à protéger les travailleurs contre le risque de sous-enchère salariale et sociale, des mesures visant à promouvoir et à exploiter le potentiel des travailleurs en Suisse, ainsi que des mesures visant à limiter le droit aux prestations sociales.

Art. 197 al. 11 Cst. dispositions transitoires Art. 121a (Gestion de l’immigration)

¹ abrogé

² abrogé

Autoren



Tobias Naef

MLaw BA Politikwissenschaft, ist Mitgründer und ehemaliges Vorstandsmitglied des Think-Tanks *foraus*. Er arbeitet am Lehrstuhl für Europarecht an der Universität Zürich und verfasst eine Doktorarbeit im Bereich Internet, Datenschutz und Wirtschaftsvölkerrecht. Daneben schreibt er regelmässig für *foraus* zum Verhältnis Schweiz-EU.



Maximilian Stern

M.A. Politikwissenschaft, ist Mitgründer von *foraus*, ehemaliger Geschäftsführer des Think-Tanks und Vorstandsmitglied. Er hat bereits an mehreren Studien von *foraus* zum Verhältnis zwischen der Schweiz und der EU mitgearbeitet. Nach Absolvieren des Mercator-Kollegs arbeitet er heute als Politikberater.



Nicola Forster

lic.iur. UZH, ist Präsident und Gründer des Think-Tanks *foraus*. Daneben ist er Partner der Innovationsberatung *crstl.io*, Founding Curator der WEF Global Shapers Bern und Vizepräsident von Science & Cité.

Impressum

Zitieren

foraus – Forum Aussenpolitik, 2016, *Der Konkordanzartikel. Ein direkter Gegenentwurf zur Initiative «Raus aus der Sackgasse» RASA*, Diskussionspapier Nr. 28, Zürich.

Danksagung

Die Autoren danken dem Team der Geschäftsstelle von *foraus* für ihre wertvolle Unterstützung, dem Senior Policy Fellow Europa von *foraus* Cenni Najy, dem Vizepräsidenten von *foraus* Johan Rochel, den Vorstandsmitgliedern Florian Egli und David Svarin für die hilfreichen Reviews, sowie vielen weiteren Experten aus Bundesverwaltung, Akademie und Politik für ihre Inputs.

Für die Realisierung der Infographik und weiterer graphischer Arbeiten ist überdies der Agentur eye-loveyou GmbH in Basel gedankt.

Disclaimer

Das vorliegende Diskussionspapier des *foraus*-Programms Europa gibt die persönliche Meinung der Autoren wieder und entspricht nicht zwingend derjenigen des Vereins *foraus*.

www.foraus.ch

Die Umsetzung der Masseneinwanderungsinitiative.....	1
Die Ausgangslage.....	1
Der Umsetzungsvorschlag des Bundesrats.....	2
<i>Plan A: Die einvernehmliche Lösung und das FZA.....</i>	<i>2</i>
<i>Plan B: Die einseitige Schutzklausel und das FZA.....</i>	<i>4</i>
Zwischenfazit.....	5
Die RASA-Initiative.....	6
Der Inhalt der Initiative.....	6
Die politische Bewertung der Initiative.....	6
Zwischenfazit.....	8
Der Konkordanzartikel.....	9
Ein Gegenentwurf zur RASA-Initiative.....	9
Kommentar des Gegenentwurfs zur RASA-Initiative.....	10
<i>Art. 121a Abs. 1 BV (neu) Steuerung der Zuwanderung.....</i>	<i>10</i>
<i>Art. 121a Abs. 2 BV (neu) Völkerrechtliche Verträge.....</i>	<i>10</i>
<i>Art. 121a Abs. 3 BV (neu) Aufenthaltsbewilligungen.....</i>	<i>10</i>
<i>Art. 121a Abs. 4 BV (neu) Begleitende Massnahmen zur Einschränkung.....</i>	<i>11</i>
Fazit.....	13

Die Umsetzung der Masseneinwanderungsinitiative

Die Ausgangslage

Volk und Stände haben am 9. Februar 2014 mit 50.3 Prozent und 14.5 Ständesstimmen die Initiative «Gegen Masseneinwanderung» (MEI) angenommen. Neu stehen Art. 121a und Art. 197 Ziff. 11 in der Bundesverfassung (BV).¹

Diese zwei Artikel sehen eine eigenständige Steuerung der Zuwanderung mittels Höchstzahlen sowie Kontingenten vor, welche unter Berücksichtigung eines Vorrangs für Schweizerinnen und Schweizer auf die gesamtwirtschaftlichen Interessen der Schweiz auszurichten ist.² Völkerrechtliche Verträge, die gegen Art. 121a BV verstossen, dürfen nicht mehr abgeschlossen werden und bestehende völkerrechtliche Verträge, die Art. 121a BV widersprechen, sind innerhalb von drei Jahren neu zu verhandeln und anzupassen.³ Falls eine Ausführungsgesetzgebung zu Art. 121a BV nach drei Jahren noch nicht in Kraft getreten ist, muss der Bundesrat die Ausführungsbestimmungen in einer selbständigen Bundesratsverordnung erlassen.

Bereits vor der Abstimmung war absehbar und wurde vom Bundesrat klar kommuniziert, dass die MEI das Freizügigkeitsabkommens zwischen der Schweiz und der EU von 1999 (FZA)⁴ tangiere,

¹ Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999, SR 101.

² Siehe zu diesem Widerspruch auch David Kaufmann/Philipp Lutz, Gefangen im Nullsummenspiel, *foraus*-Diskussionspapier Nr. 23, Februar 2015.

³ Siehe zum allfälligen Scheitern von Verhandlungen Astrid Epiney, Zur (teilweisen) «Unmöglichkeit» der Umsetzung von auf Volksinitiativen beruhenden Verfassungsbestimmungen am Beispiel der Art. 121a, 197 Ziff. 11 BV, Jusletter 10. August 2015.

⁴ Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft einerseits und der Europäischen Gemeinschaft und ihren

Art. 121a BV Steuerung der Zuwanderung

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

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

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

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

⁵ Das Gesetz regelt die Einzelheiten.

Art. 197 Ziff. 11 BV Übergangsbestimmung zu Art. 121a (Steuerung der Zuwanderung)

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

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

nicht mit dessen Prinzipien zu vereinbaren sei und mit grösster Wahrscheinlichkeit gekündigt werden müsste.⁵

Der Umsetzungsvorschlag des Bundesrats

An der Medienkonferenz vom 4. März 2016 hat der Bundesrat seinen Umsetzungsvorschlag für die MEI präsentiert. Dabei verfolgt er zwei Handlungsachsen: Einerseits strebt er eine einvernehmliche Lösung mit der EU an (Plan A).

Zwar gibt es von Seiten EU kein Mandat für Verhandlungen über das FZA, und es wird aller Wahrscheinlichkeit nach auch in Zukunft keines geben.⁶ Hingegen wird gegenwärtig in informellen Konsultationen sondiert, ob eine Möglichkeit besteht, im Gemeinsamen Ausschuss eine Lösung innerhalb des bestehenden Abkommens zu finden.⁷ Da die Umsetzung der MEI bis Februar 2017 abgeschlossen sein muss, und grosse Unsicherheit bezüglich einer einvernehmlichen Lösung besteht, hat der Bundesrat gleichzeitig einen Gesetzesentwurf mit einer einseitigen Schutzklausel vorgelegt (Plan B).⁸

Mitgliedstaaten andererseits über die Freizügigkeit vom 21. Juni 1999, SR 0.142.112.681.

5 Botschaft vom 7. Dezember 2012 zur Volksinitiative «Gegen Masseneinwanderung» BBl 2013 316-317 Ziff. 4.1-4.2.

6 Siehe u.a. Marcel Amrein, Kein Entgegenkommen vor Einigung mit Briten, NZZ, 22. Januar 2016, <http://bit.ly/265CPGH> (zuletzt aufgerufen am 15. April 2016).

7 Vorabdruck der Botschaft zur Änderung des Ausländergesetzes (Steuerung der Zuwanderung und Vollzugsverbesserungen bei den Freizügigkeitsabkommen), noch nicht veröffentlicht im BBl, S. 10 Ziff. 1.1. Siehe auch den Vorschlag von Cenni Najy, Senior Policy Fellow Europa von *foraus*, im Interview mit Le Temps vom 24. Februar 2016, <http://bit.ly/1WNFkar> (zuletzt aufgerufen am 15. April 2016).

8 Wird eine einvernehmliche Lösung mit der EU gefunden, ist eine Anpassung des Gesetzesentwurfs oder des Gesetzes mit der einseitigen Schutzklausel nötig.

Plan A: Die einvernehmliche Lösung und das FZA

Zur Umsetzung von Plan A muss der Bundesrat mit der EU eine Lösung suchen, die keiner Änderung des FZA bedarf. Der Fokus liegt auf Art. 14 Abs. 2 FZA, der in bestimmten Situationen Massnahmen erlaubt, die nicht mit der Personenfreizügigkeit zu vereinbaren sind. Dieser Artikel bietet Hand für eine einvernehmliche Lösung. Dabei müsste eine gemeinsame Interpretation von Art. 14 Abs. 2 FZA

gefunden werden, welche die Definition der Begriffe «schwerwiegende wirtschaftliche oder so-

ziale Probleme», das Verständnis von geeigneten Abhilfemassnahmen und den Mechanismus der Beschlussfassung umfasst und mit der MEI in Einklang bringt.

Art. 14 FZA Gemischter Ausschuss

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

Bei einer wörtlichen Umsetzung der MEI müssten erstens die Steuerungselemente von Art. 121a BV (Kontingente, Höchstzahlen und Inländervorrang) als «geeignete Abhilfemassnahmen» definiert werden. Diese müssten zudem folgende Bedingungen von Art. 14 Abs. 2 FZA erfüllen: (1) „Diese Mass-

nahmen sind in Umfang und Dauer auf das zur Abhilfe erforderliche Mindestmass zu beschränken» und (2) dürfen sie «das Funktionieren dieses Abkommens so wenig wie möglich beeinträchtigen». Zweitens müsste die Höhe der Zuwanderung ab einem bestimmten Grenzwert als «schwerwiegendes wirtschaftliches oder soziales Problem» festgelegt werden. Und drittens müsste ein Mechanismus geschaffen werden, der bei Erreichen dieses Grenzwerts automatisch die vereinbarten Massnahmen erlaubt.

Die Schwierigkeit einer solchen einvernehmlichen Umsetzung besteht darin, dass die Steuerungselemente von Art. 121a BV (Kontingente, Höchstzahlen und Inländervorrang) relativ tiefe Eingriffe in «das Funktionieren» des FZA darstellen und es nicht «so wenig wie möglich beeinträchtigen». Hingegen könnten die jährlichen Kontingente und Höchstzahlen ab einem gewissen Grenzwert, wie sie der bundesrätliche Vorschlag für eine einseitige Schutzklausel auch vorsieht, durchaus als eine «in Umfang und Dauer als auf das zur Abhilfe erforderliche Mindestmass beschränkte» Lösung verstanden werden. Dazu müssten sie zeitlich eingegrenzt sein, regelmässig neu evaluiert werden und man dürfte sie nicht unverhältnismässig tief ansetzen. Herausfordernd ist ausserdem die Definition der «schwerwiegenden wirtschaftlichen oder sozialen Problemen» im Zusammenhang mit dem FZA und ausserhalb.⁹ Die Personenfreizügigkeit mit der EU hat für die Schweiz positive wirtschaftliche Auswirkungen und stellt kein schwerwiegendes wirt-

⁹ Siehe Christa Tobler, Schutzklauseln in der Personenfreizügigkeit mit der EU, Jusletter 16. Februar 2015, Rz. 28-31.

Die Schwierigkeit der einvernehmlichen Lösung besteht darin, dass Kontingente, Höchstzahlen und Inländervorrang tiefe Eingriffe in das «Funktionieren» des Freizügigkeitsabkommens darstellen.

schaftliches Problem dar.¹⁰ Auch sonst zeigen die wirtschaftlichen Kennzahlen der Schweiz keine schwerwiegenden Probleme (z.B. Arbeitslosenrate, Bruttoinlandprodukt etc.). Diese Kennzahlen könnten jedoch als Grundlage für eine quantitative Definition eines wirtschaftlichen Problems dienen, das Abhilfemassnahmen im Rahmen des FZA legitimiert. Zudem sind in der Schweiz, auch mit einem vergleichsweise hohen Ausländeranteil, keine schwerwiegenden sozialen Probleme auszumachen im Zusammenhang mit Personen, die einen Aufenthaltstitel unter dem FZA erhalten. Dies ist insbesondere der guten Integration der Personen aus den EU/EFTA-Staaten in den Schweizerischen Arbeitsmarkt und in die Bildungsinstitutionen zu verdanken.¹¹ Auch ausserhalb der Personenfreizügigkeit mit der EU finden sich intuitiv keine offensichtlichen schwerwiegenden sozialen Probleme in der Schweiz. Die Annahme der MEI durch Volk und Stände mag aber allenfalls ein Indikator sein, dass die Zuwanderung ab einem bestimmten Ausmass zu einem sozialen Problem führen könnte und damit Abhilfemassnahmen legitimiert wären.

¹⁰ Siehe u.a. Rudolf Minsch/Fabian Schnell/Roman Elbel, Entwicklung des BIP pro Kopf. Das Wachstum der Schweiz ist besser als sein Ruf, Economiesuisse Studie, März 2016, S. 16; Kai Gramke et al., Die mittel- und langfristigen Auswirkungen eines Wegfalls der Bilateralen I auf die Schweizerische Volkswirtschaft, BAKBASEL Studie, November 2015, S. 29-32; André Müller et al., Volkswirtschaftliche Auswirkungen eines Wegfalls der Bilateralen I, Ecoplan Studie, November 2015, S. 54-57; Michael Graff/Jan-Egbert Sturm, Längerfristige Wachstumseffekte des Personenfreizügigkeitsabkommens, in: KOF Konjunkturforschungsstelle (Hrsg.), Der bilaterale Weg – eine ökonomische Bestandsaufnahme, KOF Studien Nr. 58, 2015, S. 27.

¹¹ Siehe u.a. OECD/Europäische Union, Integration von Zuwanderern: Indikatoren 2015, OECD Studie, 2015, welche der Schweiz sehr gute Ergebnisse im Bereich der Integration von Zuwanderern und vergleichsweise wenig ausgeprägte Diskriminierungserfahrungen attestiert. Medienmitteilung online unter <http://bit.ly/1Rr9gYo> (zuletzt aufgerufen am 15. April 2016).

Schliesslich braucht es eine Art Automatismus, wobei der Gemischte Ausschuss nicht jedes Mal eine individuelle Lagebeurteilung vornimmt für seine Entscheidung zu Abhilfemassnahmen, sondern die beschlossenen Indikatoren und Grenzwerte automatisch zum Ergreifen der beschlossenen Abhilfemassnahmen berechtigen.

Zur Umsetzung der MEI und für den Erhalt des FZA und der Bilateralen I wäre eine solche einvernehmliche Lösung wünschenswert. Ob sie gefunden werden kann, werden die Resultate der Konsultationen zeigen.

Möglich ist auch, dass sich die EU nicht mit allen Vorstellungen des Bundesrats über die Interpretation von Art. 14 Abs. 2 FZA einig zeigt und eine weniger weit gehende Lösung gefunden wird. Als Massstab für das Ergebnis des Bundesrates kann das Ergebnis der Verhandlungen zwischen Grossbritannien und der EU über bestimmte Anpassungen der Sozialleistungen im Rahmen der Personenfreizügigkeit gelten.¹² Allenfalls untersteht eine einvernehmliche Lösung dem (fakultativen) Referendum. Dieses hat bessere Chancen, je weniger die Vereinbarung vom ursprünglichen Inhalt der MEI abweicht.

Plan B: Die einseitige Schutzklausel und das FZA

Das Prinzip der Nichtdiskriminierung aufgrund der Staatsangehörigkeit ist die Grundlage der Personenfreizügigkeit (Art. 2 FZA). Personen der anderen Vertragspartei sind im Aufnahmestaat gleich zu behandeln wie einheimische Personen, sofern diese über einen rechtmässigen Aufenthaltstitel

verfügen. Das FZA verpflichtet die Vertragsparteien Personen aus einem Vertragsstaat, nämlich selbständig Erwerbenden und Angestellten mit einem Arbeitsverhältnis in der Schweiz, eine Aufenthaltsbewilligung zur Ausübung ihrer Tätigkeit zu gewähren (Art. 4 FZA). Das Recht auf Einreise und Aufenthalt steht auch Familienangehörigen zu (Art. 3 Anhang I FZA). Ebenso nicht erwerbstätigen Personen, sofern sie über ausreichende finanzielle Mittel und einen Krankenversicherungsschutz verfügen (Art. 24 Anhang I FZA). Zudem untersagt Art. 13 FZA den Vertragsparteien neue Beschränkungen für Staatsangehörige der anderen Vertragsparteien einzuführen.

Die in der vom Bundesrat vorgestellten Schutzklausel zur Umsetzung der MEI vorgesehenen Höchstzahlen und Kontingente widersprechen dem im FZA angelegten Nichtdiskriminierungsgebot, der Pflicht zur Gewährung von Aufenthaltsbewilligungen sowie dem Verbot zur Einführung neuer Beschränkungen. Der Umsetzungsvorschlag der einseitigen Schutzklausel ist entsprechend nicht mit dem FZA vereinbar. Sie stellt einen Vertragsbruch dar.

Die zweite öffentlich-rechtliche Abteilung des Bundesgerichts (BGer) hat in einem Urteil zudem festgehalten, dass dem FZA gegenüber bewusst abweichendem Gesetzesrecht der Vorrang zukommt.¹³ Damit findet die sogenannte Schubert-Rechtsprechung, welche das BGer als Ausnahme des Vorrangs von völkerrechtlichen Normen vor widersprechendem Landesrecht in der Rechtsanwendung¹⁴ ent-

Zur Umsetzung der MEI und für den Erhalt des FZA und der Bilateralen I wäre eine einvernehmliche Lösung wünschenswert.

Pflicht zur Gewährung von Aufenthaltsbewilligungen sowie dem Verbot zur Einführung neuer Beschränkungen. Der Um-

¹² Siehe Beschränkung der Sozialleistungen im Kommentar zu Art. 121a Abs. 4 BV (neu) Begleitende Massnahmen zur Einschränkung in diesem Diskussionspapier.

¹³ Urteil des Bundesgerichts 2C_716/2014 vom 26. November 2015 E.3.2. Siehe dazu auch Astrid Epiney, Auslegung und Verhältnis des Freizügigkeitsabkommens zum nationalen Recht, Jusletter 14. März 2016.

¹⁴ Art. 27 Wiener Übereinkommen über das Recht der Verträge

wickelt hat, keine Anwendung auf das FZA.¹⁵ Die Nichtanwendung der Schubert-Rechtsprechung auf das FZA wird hauptsächlich mit der besonderen Qualität des FZA als Integrationsabkommen begründet. Das BGer argumentierte, dass mit dem FZA eine Grundfreiheit der EU teilweise übernommen wird und das FZA eine Angleichung der Rechtsordnung der Schweiz an die europäischen Regeln des freien Personenverkehrs umfasst. Eine Ausnahme vom Vorrang des Völkerrechts würde diese im FZA angelegten Ziele untergraben.

Der Umsetzungsvorschlag der einseitigen Schutzklausel ist nicht mit dem FZA vereinbar.

Auch wenn diese Aussage des BGer noch vom (gesamten) BGer in der Sache bestätigt werden muss, zeigt sich bereits deutlich, dass das BGer bei der Rechtsanwendung nicht bereit ist, einer Klägerin oder einem Kläger die Rechte unter dem FZA zu verwehren. Mit hoher Wahrscheinlichkeit würde diese einseitige Schutzklausel vom BGer nicht angewendet, wenn eine unter dem FZA zu einem Aufenthaltstitel berechtigte Person den Klageweg beschreitet, weil sie ihre Rechte unter dem FZA aufgrund der Höchstzahlen und Kontingente nicht wahrnehmen kann.¹⁶

Zwischenfazit

Eine Umsetzung der MEI in der Schweiz, welche die Vorgaben der neuen Verfassungsartikel und die Vorgaben des FZA respektiert, stellt eine grosse Herausforderung dar.¹⁷ Kontingente und Inländer-

vorrang stehen dem Sinn und Zweck des FZA diametral entgegen. Der bundesrätliche Plan B einer einseitigen Schutzklausel verstösst gegen das FZA und hätte mit hoher Wahrscheinlichkeit Retorsionsmassnahmen der EU zur Folge. Wie weit solche Retorsionsmassnahmen reichen würden und ob davon auch der Bestand des FZA und der Bilateralen I bedroht wäre, kann heute weder vorhergesagt noch ausgeschlossen werden. Zudem hat das BGer angedeutet, dass Gesetzesrecht, welches bewusst gegen das FZA verstösst, nicht angewendet wird und dementsprechend weitgehend toter Buchstabe bleiben würde.

Plan A mit einer einvernehmlichen Lösung wäre deswegen wünschenswert. Solange es aber kein Einvernehmen zu dieser Lösung gibt, bleibt die Rechtsunsicherheit in den bilateralen Beziehungen der Schweiz zur EU bestehen. Für diesen Fall haben die Initianten der Volksinitiative «Raus aus der Sackgasse! Verzicht auf die Wiedereinführung von Zuwanderungskontingenten» (RASA), welche am 27. Oktober 2015 zustande gekommen ist, bereits angekündigt, dass sie ihre Initiative zur Abstimmung bringen werden.

vom 23. Mai 1969, SR 0.111.

15 BGE 99 Ib 39 E.3.

16 Siehe hierzu auch den Verweis im Vorabdruck der Botschaft zur Änderung des Ausländergesetzes (Steuerung der Zuwanderung und Vollzugsverbesserungen bei den Freizügigkeitsabkommen), noch nicht veröffentlicht im BBl, S. 14 Ziff. 1.2.4.

17 Siehe u.a. Matthias Oesch, Ein Europa-Artikel für die schwei-

zerische Bundesverfassung, in: Andreas Glaser/Lorenz Langer (Hrsg.), Die Verfassungsdynamik der europäischen Integration und demokratische Partizipation: Erfahrungen und Perspektiven in Österreich und der Schweiz, Zürich 2015, S. 165; Sebastian Heselhaus/Julia Hänni, Die eidgenössische Volksinitiative „Gegen Masseneinwanderung“ (Zuwanderungsinitiative) im Lichte des Freizügigkeitsabkommen und der bilateralen Zusammenarbeit mit der EU, SZIER, 2013, S. 19; Raffaella Kunz, Schweiz-EU: Wohin führt der bilaterale Weg nach der Annahme der Volksinitiative „Gegen Masseneinwanderung“, ZaöRV, 2014, S. 329, Rainer J. Schweizer/Bernhard Ehrenzeller/Peter Hettich, in: Ehrenzeller et al. (Hrsg.), St. Galler BV-Kommentar, Zürich/St. Gallen 2014, Art. 121a; Peter Uebersax, Die verfassungsrechtliche Zuwanderungssteuerung – Zur Auslegung von Art. 121a BV, Jusletter 14. April 2014.

Die RASA-Initiative

Der Inhalt der Initiative

Die RASA-Initiative wurde im Nachgang der Abstimmung zur MEI vom 9. Februar 2014 im Februar 2015 lanciert. Die Initianten der RASA-Initiative verstehen sich als Bürgerbewegung aus über 400 Personen, unterstützt vom Wirtschaftsverband Swissscleantech und der Gewerkschaft Verband des Personals Öffentlicher Dienste (VPOD). Innerhalb von nur acht Monaten reichte das Initiativkomitee die Initiative mit 130'000 Unterschriften bei der Bundeskanzlei ein.¹⁸ Es ist die Volksinitiative mit dem kürzesten Text in der Schweizer Geschichte:

Eidgenössische Volksinitiative «Raus aus der Sackgasse! Verzicht auf die Wiedereinführung von Zuwanderungskontingenten»

Die Bundesverfassung wird wie folgt geändert:

Art. 121a und 197 Ziff. 11

Aufgehoben

Die RASA-Initiative hat zum Ziel die beiden Artikel (Art. 121a und Art. 197 Ziff. 11 BV), die mit der MEI in die Verfassung aufgenommen wurden, wieder zu streichen. Damit beabsichtigt die Initiative den Konflikt zwischen der BV und dem FZA zu lösen. Für dieses Vorgehen geben die Initianten drei Gründe an: Erstens halten sie eine Verhandlungslösung innerhalb der gegebenen Fristen mit der EU für unsicher bis unwahrscheinlich. Zweitens erwarten sie grosse Nachteile bei einer einseitigen Einfüh-

rung von Kontingenten oder Schutzklauseln. Und drittens gehen sie davon aus, dass die Konsequenz einer einseitigen Massnahme die Kündigung der Personenfreizügigkeit (und damit möglicherweise eines ganzen Paketes von Bilateralen Abkommen)

Solange es kein Einvernehmen zu einer Lösung mit der EU gibt, bleibt die Rechtsunsicherheit in den bilateralen Beziehungen bestehen.

wäre - was nicht im Interesse der Bürgerinnen und Bürgern sei und worüber diese bei der MEI auch nicht abgestimmt hätten.¹⁹

So verstehen die RASA-Initiantinnen und -Initianten ihr Vorhaben denn auch als alternativen Plan: Sollten sich die EU und die Schweiz (wider Erwarten) auf eine Verhandlungslösung einigen und könnten damit die Bilateralen Abkommen gerettet werden, würden sie ihre Initiative zurückziehen.²⁰

Die politische Bewertung der Initiative

Die RASA-Initiative entstammt der Arbeit von Einzelpersonen und konnte nie auf eine breite Koalition von Verbänden oder Parteien zählen. Zwar vereint das Initiativkomitee mittlerweile über 400 Personen, darunter auch politische Prominenz wie alt Bundesrätin Micheline Calmy-Rey oder die ehemalige Nationalrätin Katharina Prelicz-Huber. Trotzdem muss von einer eher kleinen Trägerschaft gesprochen werden, was den politischen Chancen der Initiative nicht zuträglich ist. Allerdings ist auch zu sagen, dass verschiedene politische Exponenten der RASA-Initiative nur vorbehaltlich einer anderen Lösung bisher ihre Unterstützung entsagten.²¹ Sollte dereinst eine einvernehmliche Lösung mit

¹⁸ Medienmitteilung des Initiativkomitees vom 27. Oktober 2015, Die RASA-Initiative ist eingereicht, <http://bit.ly/1pM4XOr> (zuletzt aufgerufen am 15. April 2016).

¹⁹ Volksinitiative «Raus aus der Sackgasse! Verzicht auf die Wiedereinführung von Zuwanderungskontingenten», <http://www.initiative-rasa.ch/> (zuletzt aufgerufen am 15. April 2016).

²⁰ Interview mit Franziska Barmettler, Mitinitiantin der RASA-Initiative, vom 28. Oktober 2015, Watson, <http://bit.ly/1SLqw1g> (zuletzt aufgerufen am 15. April 2016).

²¹ Simon Hehli, Die Initiative, auf die niemand gewartet hat, NZZ, 1. Dezember 2014, <http://bit.ly/1UpKc8a> (zuletzt aufgerufen am 15. April 2016).

der EU definitiv scheitern, bzw. wären die Bilateralen Abkommen noch akuter gefährdet als heute, könnte die RASA-Initiative weitere Unterstützung erhalten.

Obwohl die Schweiz in ihrer Geschichte wiederholt über das gleiche Sachgeschäft abgestimmt hat, wäre eine sofortige Löschung eines Verfassungsartikels, der mit einer Volksinitiative Eingang in die BV gefunden hat, Neuland. Der Vorwurf der Zwängerei liegt daher in der Luft. SVP-Fraktionschef Adrian Amstutz hat das Vorhaben denn auch bereits als «Missachtungsinitiative» bezeichnet und sieht in

Die RASA-Initianten verstehen ihr Vorhaben als alternativen Plan.

Kritik am Vorhaben der RASA-Initiative wurde bislang auch meist als erster Grund für die geringen Chancen der Vorlage angegeben.²²

Substantiellere Kritik an der RASA-Initiative betrifft die Tatsache, dass sie zwar den Konflikt zwischen BV und FZA ausräumen kann, allerdings der Mehrheit der Stimmbürgerinnen und Stimmbürger, welche die Zuwanderung beschränken wollten, keine Alternativen bietet. Insbesondere diejenigen Befürworter einer Zuwanderungsbeschränkung, die gleichsam die Bilateralen Abkommen erhalten möchten, werden sich kaum für die RASA-Initiative begeistern lassen, die ihr Kernanliegen wieder aus der BV streichen will.

Dabei muss die RASA-Initiative stark mobilisieren, um erfolgreich zu sein. Die MEI wurde am 9. Februar 2014 nicht nur von einer (knappen) Mehrheit der Stimmbürgerinnen und Stimmbürger angenommen (50.3 Prozent), sondern auch von einer

deutlichen Mehrheit der Kantone (14.5). Das Ständemehr, welches auch die RASA-Initiative gewinnen müsste, stellt demnach eine äusserst grosse Hürde dar.

Die Initianten haben wiederholt deutlich gemacht, dass sie ihre Initiative als *ultima ratio* sehen, falls alle anderen Versuche scheitern sollten, trotz MEI die Personenfreizügigkeit und damit die Bilateralen Abkommen zu erhalten. Wenn eine Lösung gefunden wird, welche die Anliegen der MEI aufnimmt und gleichzeitig die Personenfreizügigkeit zu erhalten vermag, möchten sie ihre Initiative zurückziehen.²³ Auch verweisen sie darauf, dass überhaupt erst die RASA-Initiative der Bundesversammlung die Möglichkeit gibt einen Gegenentwurf zu erarbeiten und diesen dem Volk vorzulegen.²⁴ So eröffnet die RASA-Initiative dem Gesetzgeber trotz ihrer Schwächen neue Lösungsmöglichkeiten.

Die RASA-Initiative kann als Druckmittel verstanden werden: Sollten Bundesrat und Parlament keinen Weg finden die MEI kompatibel mit dem FZA umzusetzen, wird sie zur Abstimmung gelangen. Eine solche Abstimmung wäre äusserst riskant, da ein «Nein» zur RASA-Initiative wohl auch als «Nein» zu den Bilateralen Abkommen interpretiert

Das Ständemehr stellt für die RASA-Initiative eine äusserst grosse Hürde dar.

werden müsste. Denn im Gegensatz zur Abstimmung über die MEI wird den Stimmbürgerinnen und Stimmbürgern bei der Abstimmung über die RASA-Initiative klar sein, dass es dabei um das Bestehen der Bilateralen Abkommen geht. Bundesrat

²² Simon Gemperli, Die Delete-Taste funktioniert nicht, NZZ, 27. Oktober 2015, <http://bit.ly/1UhiCJP> (zuletzt aufgerufen am 15. April 2016).

²³ Peter Blunsi, «Wir sind der Plan B» - so will die RASA-Initiative die Bilateralen mit der EU retten, Watson, 28. Oktober 2015, <http://bit.ly/1Slqw1g> (zuletzt aufgerufen am 15. April 2016).

²⁴ Medienmitteilung des Initiativkomitees vom 4. März 2016, RASA hat den besseren Plan B als der Bundesrat, <http://bit.ly/1RrzoSW> (zuletzt aufgerufen am 15. April 2016).

und Parlament haben durch die RASA-Initiative zusätzlich einen starken Anreiz die Lösung im Konflikt zwischen MEI und FZA zu finden.

Zwischenfazit

Die RASA-Initiative birgt einerseits ein grosses Risiko im Falle einer Ablehnung durch das Volk und/oder Stände. Ein «Nein» zu RASA müsste auch als «Nein» zum FZA und dem Prinzip der Personenfreizügigkeit und damit auch zu den Bilateralen Abkommen verstanden werden. Andererseits sind die politischen Chancen für eine Annahme gegenwärtig relativ klein. Die Gruppe der Unterstützerinnen und Unterstützer ist (noch) relativ klein, der Vorwurf der Zwängerei steht im Raum und das Kernanliegen der MEI - die Steuerung der Zuwanderung - wird von der RASA-Initiative nicht aufgenommen. Das Erreichen des Volks- und vor allem des Ständemehrs muss daher gegenwärtig als relativ unwahrscheinlich bezeichnet werden.

Die RASA-Initiative (wie jede Volksinitiative) bietet der Bundesversammlung jedoch die Möglichkeit Volk und Ständen einen direkten Gegenentwurf gemäss Art. 139 Abs. 5 BV vorzulegen. Bereits zirkulieren mehrere Vorschläge für direkte Gegenentwürfe zur RASA-Initiative. Bislang sind drei Ansätze unter diesen Entwürfen auszumachen:²⁵ Ein erster Vorschlag fügt in Art. 121a BV einen Absatz ein, welcher den Artikel um den «Erhalt der Bilateralen Verträge» bzw. um die Berücksichtigung völkerrechtlicher Verpflichtungen ergänzt.²⁶ Ein zweiter Vorschlag, zu dem gegenwärtig nur Skizzen vorliegen, möchte Art. 121a BV mit einem Absatz ergänzen,

welcher besagt, dass die Steuerung der Zuwanderung keine gröberen wirtschaftlichen Schäden verursachen darf. Ein dritter Vorschlag möchte Art. 121a BV vollständig streichen und unter Art. 54 BV einen neuen Absatz 2bis über die Mitwirkung der Schweiz am Prozess der Europäischen Integration einfügen. Ergänzend geht dieser Vorschlag in einem weiteren Absatz 2ter auf allfällige negative Auswirkungen völkerrechtlicher Verträge ein und nennt flankierende Massnahmen als Mittel um diese abzuwenden.²⁷

Alle drei Optionen müssen gegenwärtig als mangelhaft gelten. Dies vorab aus politischer Sicht, da im gegenwärtigen politischen Klima ein «Europaartikel» kaum reelle Chancen an der Urne hätte, selbst wenn dieser flankierende Massnahmen beinhalten soll um negative Auswirkungen abzufedern. Auch die Einfügung eines zusätzlichen Absatzes zur Berücksichtigung des Völkerrechts scheint zurzeit politisch eher unrealistisch. Zwar würde damit Art. 121a BV und folglich auch die Anliegen der MEI-Befürworter weiterhin im vollen Umfang bestehen bleiben. Die politische Debatte würde sich aber im Kern um das Völkerrecht drehen - ein gegenwärtig auch in anderem Kontext stark umstrittenes Thema.²⁸ Der Ansatz, welcher dem gesamtwirtschaftlichen Interesse

Die RASA-Initiative bietet der Bundesversammlung die Möglichkeit Volk und Ständen einen direkten Gegenentwurf vorzulegen.

der Schweiz (und damit den Bilateralen Abkommen) innerhalb von Art. 121a BV stärkeres Gewicht geben will, hätte argumentativ einen schweren Stand, da der MEI in Art. 121a Abs. 3 BV bereits eine Referenz an dieses Interesse vorweisen kann.

²⁵ Hansueli Schöchli, Schwierige Suche nach einem schlaun Europa-Text, NZZ, 8. März 2016, <http://bit.ly/1RrxwNF> (zuletzt aufgerufen am 15. April 2016).

²⁶ Siehe Tobias Jaag, Die Beziehungen zwischen der Schweiz und der Europäischen Union nach dem 9. Februar 2014, in: Giovanni Biaggini/Oliver Diggelmann/Christine (Hrsg.), Festschrift für Daniel Thürer, Zürich/St. Gallen 2015.

²⁷ Siehe Matthias Oesch in Fussnote 17.

²⁸ Z.B. die Volksinitiative «Landesrecht vor Völkerrecht». Siehe dazu u.a. Markus Hofmann, Die SVP sieht die Souveränität zunehmend bedroht, NZZ, 25. Oktober 2014, <http://bit.ly/1tUu5Te> (zuletzt aufgerufen am 15. April 2016).

Keinem der drei Anliegen gelingt es ausserdem inhaltlich konkret aufzuzeigen, wie das MEI-Anliegen der Zuwanderungssteuerung mit dem Erhalt der

Nur ein Gegenentwurf zur RASA-Initiative, welcher auch Anliegen der MEI aufnimmt, hat bei einer Abstimmung reelle Chancen.

Personenfreizügigkeit einhergehen könnte. Damit wird allmählich deutlich, dass nur ein Gegenentwurf zur RASA-Initiative, welcher auch Anliegen der MEI-Sympathisantinnen und Sympathisanten aufnimmt, bei einer Volksabstimmung reelle Chancen hätte.

Der Konkordanzartikel

Ein Gegenentwurf zur RASA-Initiative

Im Folgenden wird ein möglicher Gegenentwurf für die RASA-Initiative vorgestellt, der eine konfliktfreie Beziehung zwischen BV und FZA garantieren soll und damit für Rechtssicherheit im Verhältnis zwischen der Schweiz und der EU sorgen kann. Damit wird auch das wirtschaftliche Erfolgsmodell der Bilateralen Abkommen gesichert. Im Gegensatz zur RASA-Initiative nimmt der vorliegende Gegenentwurf aber bestimmte Anliegen der MEI auf und formuliert sie in FZA-kompatibler Weise. Dieser neue Art. 121a BV adressiert die Zuwanderung

Im Gegensatz zur RASA-Initiative nimmt der Konkordanzartikel bestimmte Anliegen der MEI auf und formuliert sie in FZA-kompatibler Weise.

in einer umfassenden Weise und schliesst damit auf völkerrechtskonforme Art und Weise die von der MEI nur unzulänglich angegangene «Lücke» eines Zuwanderungsartikels in der BV.

Art. 121a BV (neu) Steuerung der Zuwanderung

¹ Die Schweiz steuert die Zuwanderung von Ausländerinnen und Ausländern eigenständig unter Berücksichtigung ihrer gesamtwirtschaftlichen Interessen.

² Zu diesem Zweck können auch völkerrechtliche Verträge abgeschlossen werden. Insbesondere zur Freizügigkeit von Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern, selbständig erwerbstätigen Personen, nicht erwerbstätigen Personen sowie Grenzgängerinnen und Grenzgängern.

³ Massgebende Kriterien für die Erteilung von Aufenthaltsbewilligungen sind insbesondere ein Arbeitsverhältnis mit einem Arbeitgeber der Schweiz, der Nachweis einer selbständigen Erwerbstätigkeit, eine ausreichende, eigenständige Existenzgrundlage, die asylrechtlichen Vorgaben oder die ausländerrechtlichen Vorgaben.

⁴ Der Bund kann begleitende Massnahmen zur Beschränkung der Zuwanderung ergreifen. Dazu gehören insbesondere flankierende Massnahmen, um Erwerbstätige vor der missbräuchlichen Unterschreitung der in der Schweiz geltenden Lohn- und Arbeitsbedingungen zu schützen, Massnahmen die das inländische Arbeitskräftepotenzial fördern und in Hinblick auf den Arbeitsmarkt besser nutzen, sowie Massnahmen zur Beschränkung des Anspruches auf Sozialleistungen.

Art. 197 Ziff. 11 BV Übergangsbestimmung zu Art. 121a (Steuerung der Zuwanderung)

¹ aufgehoben

² aufgehoben

Kommentar des Gegenentwurfs zur RASA-Initiative

Art. 121a Abs. 1 BV (neu) Steuerung der Zuwanderung

Bis anhin verfügte die BV über keinen Artikel, der das Thema Migration eingehend behandelt. Die MEI füllte diese «Lücke» jedoch ausschliesslich mit restriktiven Konzepten. Es gibt verschiedene Methoden die Zuwanderung zu steuern. Auch die souveräne Entscheidung Zuwanderung mittels der Freizügigkeit von Arbeitnehmenden und selbständig Erwerbenden gemäss liberalen Marktprinzipien zu steuern gehört dazu. Dabei führt das Bedürfnis des Arbeitsmarkts nach spezifischen Arbeitskräften zu höherer oder tieferer Zuwanderung. Die Methode der Freizügigkeit zeichnet sich gegenüber anderen Methoden durch ihren geringen bürokratischen Aufwand und ihre grosse Flexibilität für Arbeitgeber und Arbeitnehmer aus.²⁹ Der Verweis, dass die Schweiz die Zuwanderung in Hinblick auf die gesamtwirtschaftlichen Interessen des Landes steuern soll, entspricht diesem Verständnis. Zudem wird dadurch zum Ausdruck gebracht, dass die Zuwanderung keinen Selbstzweck darstellt, sondern der Schweiz und ihrer Wirtschaft dienen soll. Kontingente und Höchstzahlen bleiben nach wie vor eine zulässige Methode der Zuwanderungssteuerung und können abgesehen von anderweitigen völkerrechtlichen Vereinbarungen angewendet werden (derzeit z.B. in Bezug auf Drittstaaten ausserhalb des FZA).

²⁹ Siehe dazu auch Andreas Beerli/Christa Preisig/Ivo Scherrer/Stefan Schlegel, Die Grenzen der Kontingentierbarkeit, *foraus*-Diskussionspapier Nr. 20, Januar 2014.

Art. 121a Abs. 2 BV (neu) Völkerrechtliche Verträge

Um die Zuwanderung zu steuern soll der Bund innerhalb der von der BV vorgesehenen Mechanis-

Die Personenfreizügigkeit ist eine eigenständige Entscheidung die Zuwanderung gemäss den liberalen Marktprinzipien zu steuern.

men völkerrechtliche Verträge abschliessen können.³⁰ In Verbindung mit dem ersten Absatz muss dies ebenfalls in Hinblick auf die gesamtwirtschaftlichen Interessen der Schweiz geschehen. Mit der Referenz, dass insbesondere auch Abkommen zur Freizügigkeit von Arbeitnehmenden und selbständig Erwerbenden umfasst seien, wird wiederum das Verständnis dieses Vorschlags konkretisiert, dass auch die Freizügigkeit eine Methode der Steuerung der Zuwanderung darstellt. Ausserdem wird mit der expliziten Erwähnung der Freizügigkeit der vorrangigen ökonomischen Bedeutung dieses Instruments die entsprechende Prominenz eingeräumt.³¹

Art. 121a Abs. 3 BV (neu) Aufenthaltsbewilligungen

Mit diesem Absatz soll gezeigt werden, dass für eine Aufenthaltsbewilligung in der Schweiz verschiedene Vorgaben eingehalten werden müssen. Auch mit der Personenfreizügigkeit hat nicht jede Person aus den EU/EFTA-Staaten einen Zuwanderungsfreipass. Ein gültiges Arbeitsverhältnis mit einem Schweizer Arbeitgeber, nachgewiesene Selbständigkeit oder eine ausreichende, eigenständige Existenzgrundlage sind nötig. Dieser Absatz verdeutlicht das vorhandene rechtliche Kontrollregime der Schweiz.

³⁰ Siehe Art. 141 Abs. 1 lit. d und Art. 141a sowie Art. 166 Abs. 2 BV.

³¹ Siehe Fussnote 10.

In diesem Absatz wird die MEI ergänzt, indem in einer nicht abschliessenden Liste die tatsächlich massgeblichen Kriterien für die Erteilung von Auf-

Auch mit der Personenfreizügigkeit hat nicht jede Person aus den EU/EFTA-Staaten einen Zuwanderungsfreipass.

enthaltensbewilligungen formuliert werden. Denn im Gegensatz zur MEI führt dieser Absatz die Kriterien vorsichtiger und in Abstimmung mit den geltenden Bestimmungen für die Schweiz aus. Der Verweis auf die ausländerrechtlichen Vorgaben führt zu Kohärenz mit dem Ausländergesetz (AuG)³², welches auch für nicht EU/EFTA-Staatsangehörige gilt.³³ Der Verweis auf die asylrechtlichen Vorgaben führt zu Kohärenz mit dem Asylgesetz³⁴, welches in der Formulierung der MEI zu den Aufenthaltserlaubnissen nicht berücksichtigt wurde.³⁵ Die Erwähnung der Kriterien für eine Aufenthaltserlaubnis unter dem FZA führt dazu, dass dessen System wieder vereinbar ist mit der BV. Der Wortlaut der MEI, welche als Kriterium das Gesuch eines Arbeitnehmers definierte, entsprach zwar teilweise den Vorgaben des AuG aber nicht den Vorgaben des FZA und des AsylG.

Das Anliegen der MEI wird aufgenommen, aber unter Beachtung des Völkerrechts vereinbar mit den Prinzipien des FZA ausgestaltet.

Art. 121a Abs. 4 BV (neu) Begleitende Massnahmen zur Einschränkung

Dieser Absatz adressiert begleitende Massnahmen zur Einschränkung der Zuwanderung. Dabei handelt es sich um Massnahmen, welche einen indirekten Einfluss auf die Höhe resp. die Senkung der Zuwanderung haben. Der Absatz enthält eine nicht abschliessende Auflistung möglicher begleitender Massnahmen zur Einschränkung der Zuwanderung. Dass man diesen Massnahmen Verfassungsrang gibt, ist ein Ausdruck der Achtsamkeit gegenüber den negativen Auswirkungen der Zuwanderung in der Schweiz. Es zeigt den Willen diese Auswirkungen mit beschränkenden Massnahmen zu bekämpfen. Dieser Absatz zur Einschränkung der Zuwanderung mittels begleitenden Massnahmen zeichnet den vorliegenden Gegenentwurf speziell aus. Das Anliegen der MEI wird aufgenommen, aber unter Beachtung des Völkerrechts vereinbar mit den Prinzipien des FZA ausgestaltet.

Flankierende Massnahmen

Flankierende Massnahmen sollen Erwerbstätige vor der missbräuchlichen Unterschreitung der in der Schweiz geltenden Lohn- und Arbeitsbedingungen schützen. Mit der Einführung der Personenfreizügigkeit gegenüber den EU/EFTA-Staaten 2004 und deren Ausweitung auf die neuen EU-Mitgliedstaaten 2006 wurden in der Schweiz gleichzeitig zum Schutz der hiesigen Lohn- und Arbeitsbedingungen flankierende Massnahmen ergriffen. Sie umfassen u.a. die erleichterte Allgemeinverbindlicherklärung von Gesamtarbeitsverträgen, die Möglichkeit der erleichterten Einführung von Mindestlöhnen in Normalarbeitsverträgen, Regelungen

32 Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer vom 16. Dezember 2015 (Ausländergesetz, AuG), SR 142.20.

33 Insbesondere in Abstimmung mit Art. 18 und 19 AuG, aber auch mit Art. 27, 30, 31, 35 und 42 AuG, deren Inhalt in der Formulierung der MEI zu den Aufenthaltserlaubnissen nicht berücksichtigt wurden.

34 Asylgesetz vom 26. Juni 1999 (AsylG), SR 142.31.

35 Insbesondere Art. 60 Abs. 1, Art. 74 Abs. 2 sowie Art. 14 Abs. 2 AsylG.

der minimalen Lohn- und Arbeitsbedingungen von Arbeitskräften, welche von Unternehmen mit Sitz im Ausland in die Schweiz entsandt werden sowie weitreichende Strafen bei Missachtung dieser Regelungen (bis zum Ausschluss aus dem Schweizer Markt).³⁶ Weitere flankierende Massnahmen sind bereits aufgegleist und haben auch in Zukunft das Potential dem Wunsch einer tieferen Zuwanderung zu entsprechen.³⁷

Inländisches Arbeitskräftepotential

Massnahmen zur Förderung des inländischen Arbeitskräftepotentials sollen bereits in der Schweiz ansässige Personen (besser) in den Arbeitsmarkt integrieren.³⁸ Im Rahmen der bundesrätlichen «Fachkräfteinitiative» wird an verschiedenen Orten angesetzt:³⁹ Mit der gezielten Ausbildung von jungen Menschen und der gezielten Weiterbildung von älteren Arbeitnehmenden soll dem Mangel an Fachkräften, vor allem im Gesundheitsbereich, bei den technischen Berufen, sowie im Bau- und Gastgewerbe begegnet werden. Die Verbesserung der Vereinbarkeit von Beruf und

Familie kann das inländische Arbeitskräftepotential zusätzlich fördern. Dabei soll als erster Schritt die Benachteiligung von Ehepartnern bei der direkten Bundessteuer abgeschafft und die Finanzierung von Tagesstrukturen im Schulbereich angegangen werden. Die positive Entwicklung bei der Mobilisierung des inländischen Arbeitskräftepotentials kann mit diesen und weiteren Massnahmen erfolgreich fortgesetzt werden.⁴⁰

Beschränkung des Anspruchs auf Sozialleistungen

Schliesslich können Massnahmen zur Beschränkung des Anspruchs auf Sozialleistungen negative Anreize für die Zuwanderung setzen. Im Rahmen des Referendums über den Verbleib in der oder einen Austritt von Grossbritannien aus der EU (Brexit) hat der britische Premierminister David Cameron mit den Staats- und Regierungschefs der 28 EU-Mitglieder Verhandlungen über bestimmte Anpassungen der Sozialleistungen im Rahmen der Personenfreizügigkeit geführt. Die erzielte Vereinbarung, welche an dem Tag in Kraft tritt, an dem Grossbritannien die EU darüber informiert, dass es Mitglied bleibt, umfasst folgende Punkte:⁴¹ Zum einen können die Mitgliedstaaten künftig einen Schutzmechanismus anrufen, falls ein aussergewöhnlich hoher Zustrom von Arbeitnehmern aus anderen Mitgliedstaaten Probleme für das Sozialsystem oder den

³⁶ Siehe dazu u.a. Bericht der Arbeitsgruppe unter Leitung von Staatssekretärin Marie-Gabrielle Ineichen-Fleisch, Personenfreizügigkeit und Arbeitsmarktmassnahmen - Wirkungsweise und Handlungsbedarf, SECO, Februar 2014; Webseite des Staatssekretariats für Wirtschaft (SECO), Entsendung und Flankierende Massnahmen, <http://bit.ly/1SmDVnn> (zuletzt aufgerufen am 15. April 2016) und Bundesgesetz vom 8. Oktober 1999 über die flankierenden Massnahmen bei entsandten Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer und über die Kontrolle der in Normalarbeitsverträgen vorgesehenen Mindestlöhne (Entsendegesetz, EntsG), SR 823.20.

³⁷ Medienmitteilung des Bundesrats vom 4. März 2016, Bundesrat optimiert Missbrauchsbekämpfung auf dem Arbeitsmarkt, <http://bit.ly/1Sxoach> (zuletzt aufgerufen am 15. April 2016).

³⁸ Siehe diesbezüglich aber Victoria Popova/Philipp Lutz, Hausfrau gegen Einwanderer: Das Zauberwort «Inländerpotential» wirkt nicht, *foraus*-Blog 8. Oktober 2015, <http://bit.ly/1onWjEg> (zuletzt aufgerufen am 15. April 2016).

³⁹ Hierzu Webseite des SECO, Fachkräfteinitiative: Bessere Ausschöpfung des inländischen Fachkräftepotentials, <http://bit.ly/1WZCsag> (zuletzt aufgerufen am 15. April 2016).

⁴⁰ Siehe Nicole Rütli, Fachkräfteinitiative ist nötiger denn je, NZZ, 8. Januar 2016, <http://bit.ly/1q59YBV> (zuletzt aufgerufen am 15. April 2016).

⁴¹ Schlussfolgerungen des Europäischen Rates vom 18./19. Februar 2016, EUCO 1/16; dazu René Höltschi, Was Cameron bekommen hat, NZZ, 20. Februar 2016, <http://bit.ly/1M2PSIC> (zuletzt aufgerufen am 15. April 2016); für eine rechtliche Zusammenfassung siehe Christa Tobler, Eine einvernehmliche Schutzklausel für das Vereinigte Königreich: Hoffnung für die Schweiz?, Jusletter 29. Februar 2016, Rz. 12-45.

Arbeitsmarkt verursacht. Tun sie das, kann ihnen der Ministerrat auf Vorschlag der EU-Kommission erlauben, während sieben Jahren staatliche Lohnzuschüsse an neu ankommende Arbeitnehmer aus anderen EU-Staaten für je bis zu vier Jahre zu begrenzen. Zum anderen können Kinderzulagen für Arbeitnehmer, deren Kinder in anderen EU-Staa-

Dank der Einigung zwischen Grossbritannien und der EU könnten Massnahmen im Bereich der Sozialleistungen auch für die Schweiz gegenüber den EU/EFTA-Staaten möglich werden.

ten leben künftig an den Lebensstandard und an die Höhe des Kindergeldes im Wohnsitzland der Kinder angepasst werden. Obwohl dieses Verhandlungsergebnis spezifisch auf das System Grossbritanniens passt, könnten dank dieser Einigung zwischen Grossbritannien und der EU Massnahmen ähnlicher Art auch für die Schweiz gegenüber den EU/EFTA-Staaten möglich werden - nichtsdestotrotz müssen sie mit der EU verhandelt werden. Die konkrete Ausgestaltung solcher Massnahmen muss durch den Bundesrat vorgenommen werden. Gegebenenfalls ist eine Änderung des FZA notwendig. Gegenüber Drittstaaten ist eine Beschränkung im Bereich der Sozialleistungen bereits heute möglich.

Beachtung des Völkerrechts

Im Verhältnis zum Völkerrecht folgt die Schweiz der monistischen Theorie, wonach das Völkerrecht einen Bestandteil der innerstaatlichen Rechtsordnung bildet und somit unmittelbar gilt.⁴² Die Pflicht zur Beachtung des Völkerrechts findet sich unter den Grundsätzen rechtstaatlichen Handelns in

⁴² Siehe dazu stellvertretend für viele Daniel Thürer, *Perspektive Schweiz. Übergreifendes Verfassungsdenken als Herausforderung*, Zürich 1998, S. 68.

Art. 5 Abs. 4 BV.⁴³ Bei der Umsetzung des neuen Artikels muss das Völkerrecht beachtet werden. Die Formulierung in Art. 5 Abs. 4 BV stellt aber keine eigene Kollisionsnorm für Konflikte zwischen Lan-

Bei der Umsetzung des neuen Artikels muss das Völkerrecht beachtet werden.

des- und Völkerrecht auf, sondern überlässt es vor allem der Rechtsprechung die zwei Ebenen aufeinander abzustimmen.⁴⁴ In Bezug auf das FZA hat das BGer festgehalten, dass dem FZA gegenüber bewusst abweichendem Gesetzesrecht der Vorrang zukommt.⁴⁵ Dies verdeutlicht, dass der hier vorgeschlagene neue Zuwanderungsartikel in Art. 121a BV, insbesondere auch die begleitenden Massnahmen zur Einschränkung der Zuwanderung, mit dem FZA kompatibel umgesetzt werden müssen.

Fazit

Die Annahme der MEI hat zu einer erheblichen Rechtsunsicherheit in der Migrations- und Europapolitik der Schweiz geführt. Eine Umsetzung der MEI in der Schweiz, welche die Vorgaben der neuen Verfassungsartikel und die Vorgaben des FZA respektiert, ist aus rechtlicher Sicht praktisch nicht möglich. Der bundesrätliche Vorschlag einer einseitigen Schutzklausel verstösst gegen das FZA,

⁴³ Die ebenso verbindliche französische und italienische Fassung von Art. 5 Abs. 4 BV verwenden ein etwas zwingenderes Wort als «beachten»: «La Confédération et les cantons respectent le droit international.» und «La Confederazione e i Cantoni rispettano il diritto internazionale.»

⁴⁴ Botschaft vom 20. November 1996 über eine neue Bundesverfassung BBl 1997 135 Ziff. 212; siehe hierzu auch Thomas Cottier/Maya Randall, *Das Völkerrecht in der neuen Bundesverfassung: Stellung und Auswirkungen*, in: Ulrich Zimmerli (Hrsg.), *Die neue Bundesverfassung: Konsequenzen für Praxis und Wissenschaft*, Bern 2000, S. 12.

⁴⁵ Urteil des Bundesgerichts 2C_716/2014 vom 26. November 2015 E.3.2.

würde vom BGer nicht angewendet und hätte mit hoher Wahrscheinlichkeit Retorsionsmassnahmen der EU zur Folge, welche den Bestand des FZA und der Bilateralen I gefährden. Während die EU Verhandlungen über die Personenfreizügigkeit ablehnt, haben Konsultationen bislang noch keine Ergebnisse geliefert. Eine einvernehmliche Lösung mit einer gemeinsamen Auslegung von Art. 14 Abs. 2 FZA wäre wünschenswert, bleibt aber aufgrund des sehr limitierten Spielraums wenig realistisch. Da eine einvernehmliche Lösung den Vorgaben der MEI wahrscheinlich nie vollständig gerecht werden kann, dürfte sie auch innenpolitisch unter Beschuss geraten.

Ohne eine einvernehmliche Lösung, welche den Bestand des FZA und der Bilateralen I garantiert, wird die RASA-Initiative zur Abstimmung gelangen. Diese beinhaltet die Streichung von Art. 121a BV aus der Verfassung. Zurzeit scheinen ihre Chancen auf Annahme allerdings sehr gering. Eine Ablehnung birgt grosse Risiken, da sie als Ablehnung der Personenfreizügigkeit und allenfalls auch des Bilateralen Wegs interpretiert werden müsste. Die RASA-Initiative bietet der Bundesversammlung allerdings auch die Gelegenheit dem Volk einen Gegenentwurf vorzulegen. Bereits kursieren mehrere Vorschläge für einen solchen Gegenentwurf. Von diesen konnte jedoch bislang keiner politisch und inhaltlich überzeugen.

Dieses *foraus*-Diskussionspapier präsentiert einen Gegenentwurf zur RASA-Initiative, welcher auch als «Konkordanzartikel» verstanden werden kann. Einerseits einigt dieser Gegenentwurf die Bundesversammlung in der Absicht, die MEI umzusetzen

Dieses foraus-Diskussionspapier präsentiert einen Gegenentwurf zur RASA-Initiative, welcher auch als «Konkordanzartikel» verstanden werden kann.

und gleichzeitig die Personenfreizügigkeit mit der EU weiterzuführen. Alle Parteien haben sich in dieser Hinsicht geäussert und auch die SVP hat vor der Abstimmung zur MEI nicht von einer Kündigung des FZA gesprochen. Andererseits entspricht dieser Gegenentwurf damit auch dem Willen des Volkes. Dieses hat sich nämlich sowohl für die selbständige

Steuerung der Zuwanderung (MEI) ausgesprochen, als auch in mehreren Abstimmungen für die Personenfreizügigkeit

(zuletzt 2009 bei der Ausdehnung auf Rumänien und Bulgarien). Gemäss Umfragen tut es dies auch weiterhin.⁴⁶ Dieser Gegenentwurf nimmt im Sinne eines grossen Kompromisses die Anliegen der MEI-Befürworterinnen und -Befürworter auf, und vereint sie mit der Möglichkeit die Personenfreizügigkeit mit der EU beizubehalten.

Der Gegenentwurf von *foraus* bietet die Chance,

Der Gegenentwurf von foraus bietet die Chance eine vernünftige Kompromisslösung zu finden.

in zwei der wichtigsten politischen Dossiers der Schweiz - der Migrations- und Europapolitik - eine vernünftige Kompromisslösung zu finden, ein starkes verfassungsrechtliches Fundament zu legen, und die momentane Rechtsunsicherheit zu beenden.

⁴⁶ Umfrage des Forschungsinstitutes Sotomo im Auftrag der Sonntagszeitung, SZ, 6. März 2016, <http://bit.ly/1Y49fLz> (zuletzt aufgerufen am 15. April 2016).

Bei *foraus* aktiv werden

als Mitglied

Eine Mitgliedschaft in unserem einzigartigen Netzwerk und ein ehrenamtliches Engagement bei *foraus* steht jeder und jedem offen. Wir bieten Dir Zugang zu einem hochkarätigen Netzwerk, spannenden Persönlichkeiten der Schweizer Aussenpolitik und der Möglichkeit, Dein wissenschaftliches Know-How in die öffentliche Debatte zu tragen.

als Autor

foraus ermöglicht es dir, Herausforderungen der Schweizer Aussenpolitik konkret anzupacken und bietet dir eine Plattform, Deine innovativen Ideen für die Schweizer Aussenpolitik im Rahmen eines Diskussionspapiers oder einer Kurzanalyse zu publizieren.

als Gönner

Unser Gönnerverein «Cercle des Donateurs» trägt zur Verbreiterung der Trägerschaft bei und bietet interessierten Persönlichkeiten die Möglichkeit, *foraus* nachhaltig zu unterstützen und zu fördern.

Neuste Publikationen

foraus Kurzanalyse

Die neue Alpenraumstrategie der EU im Gesamtkontext europäischer Makroregionen. Lessons learned, Chancen und Herausforderungen für die Schweiz.

foraus Diskussionspapier 27

«Gemeinsame» statt «fremde Richter»: Ein Vorschlag zur Streitbeilegung als Teil des institutionellen Rahmenabkommens Schweiz-EU.

foraus Diskussionspapier 26

Geht es in Richtung Datenparadies? Die Schweiz und Cloud Computing in der Post-Snowden-Ära.

www.foraus.ch

Zürich | *foraus* - Forum Aussenpolitik | Röschibachstrasse 24 | 8037 Zürich
office@foraus.ch | +41 44 501 68 65

Geneve | *foraus* - Forum de politique étrangère | c/o IHEID | CP 136 | 1211 Genève 21
bureau_romandie@foraus.ch | +41 22 908 44 56

PC-Konto: 60-176892-9