

Die Verfassungsdynamik der europäischen Integration und demokratische Partizipation

**Erfahrungen und Perspektiven in Österreich
und der Schweiz**

Herausgegeben von

Andreas Glaser & Lorenz Langer



ISBN 978-3-03751-728-4 (Dike Verlag Zürich/St. Gallen)
ISBN 978-3-8487-1744-6 (Nomos Verlag, Baden-Baden)
ISBN 978-3-7089-1312-4 (facultas Verlag, Wien)

Bibliografische Information der <Deutschen Bibliothek>.

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

Alle Rechte, auch des Nachdrucks von Auszügen, vorbehalten. Jede Verwertung ist ohne Zustimmung des Verlages unzulässig. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronische Systeme.

© Dike Verlag AG, Zürich/St. Gallen 2015

Ein Europa-Artikel für die schweizerische Bundesverfassung

MATTHIAS OESCH

Inhaltsübersicht

I.	Einleitung	163
II.	Ausgangslage	165
	A. Aussenverfassung	165
	B. Volksinitiative «Gegen Masseneinwanderung»	170
	C. Europa-Artikel in den Verfassungen der EU-/EWR-Mitgliedstaaten	174
III.	Vorschläge	177
	A. Allgemeines Bekenntnis zu Europa	177
	B. Alternative zu Art. 121a und Art. 197 Ziff. 11 BV	180
IV.	Epilog	181

I. Einleitung

Die Bande zwischen der Schweiz und der Europäischen Union (EU) sind ausserordentlich eng. Die Schweiz ist – zumindest geographisch betrachtet – das Herzstück Europas. Politisch, gesellschaftlich und kulturell beruhen die Schweiz und die EU auf gemeinsamen Werten. Rechtsstaatlichkeit, Demokratie und Menschenrechte – das sind die grundlegenden Prinzipien, die dabei im Vordergrund stehen. Auch die wirtschaftliche Vernetzung ist gross. Die Schweiz verdient jeden dritten Franken im Austausch mit der EU.¹ Diese Interdependenz hinterlässt ihre Spuren auch im schweizerischen Recht, das in zunehmendem Masse europäisiert wird.² Dieser Prozess erfolgt wenig systematisch, kraft völkerrechtlicher Anbindung ebenso wie kraft selbstgewählter

¹ Im Jahr 2012 wickelte die Schweiz 75% ihrer Warenimporte und 56% ihrer Warenexporte mit dieser Region ab; Bericht zur Aussenwirtschaftspolitik 2013 und Botschaften zu Wirtschaftsvereinbarungen sowie Bericht über zolltarifarisches Massnahmen im Jahr 2013 vom 15. Januar 2014, BBl 2014 1185, 1240.

² MATTHIAS OESCH, «Die Europäisierung des schweizerischen Rechts», in: Thomas Cottier (Hrsg.), Die Europakompatibilität des schweizerischen Wirtschaftsrechts: Konvergenz und Divergenz, ZSR-Beiheft 50, Zürich 2012, S. 13.

Anpassung. Dabei gestalten sich die Einwirkungen im Vergleich zu manchen EU-Mitgliedstaaten komplexer, weil der Prozess weniger transparent und bewusst erfolgt und sich verfassungsrechtlich in einem Graubereich abspielt. Die schweizerische Bundesverfassung atmet zwar einen durchaus weltoffenen und völkerrechtsfreundlichen Geist. Gleichzeitig verzichtet sie aber darauf, sich inhaltlich zum Verhältnis der Schweiz zu Europa bzw. zu europäischen Organisationen – wie dem Europarat und der EU – oder zu europäischen Vertragswerken – wie der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK) – zu äussern. Sie enthält keinen Europa-Artikel, welcher über Grundsätze, Ziele oder Grenzen der schweizerischen Europapolitik Auskunft geben und den zuständigen Bundesorganen entsprechende Leitplanken setzen würde.

Die Europeutralität der Bundesverfassung wurde in einer breiteren Öffentlichkeit kaum hinterfragt – bis Volk und Stände am 9. Februar 2014 die Volksinitiative «Gegen Masseneinwanderung» angenommen haben. Seither steht die Europapolitik der Schweiz auf dem Prüfstand. Eine Umsetzung der neuen Art. 121a und Art. 197 Ziff. 11 BV, welche die Vorgaben dieser Bestimmungen *und* die Vorgaben des Freizügigkeitsabkommens zwischen der Schweiz und der EU von 1999 (FZA)³ respektiert, ist nicht möglich. Eine Fortsetzung des bilateralen Wegs – des schweizerischen «Königswegs» – kommt nur in Betracht, sofern die EU zu wesentlichen Anpassungen des Freizügigkeitsabkommens Hand bietet oder sofern Volk und Stände bereit sind, auf den Entscheid vom 9. Februar 2014 zurückzukommen und die Verfassung nochmals zu ändern.

In diesem Beitrag wird vorgeschlagen, im Rahmen einer nochmaligen Verfassungsrevision Art. 121a und Art. 197 Ziff. 11 BV aufzuheben und gleichzeitig einen neuen Europa-Artikel einzuführen. Im ersten Teil wird die schweizerische Aussenverfassung dargestellt, die Konsequenzen der Volksinitiative «Gegen Masseneinwanderung» für die schweizerische Europapolitik aufgezeigt und ein Seitenblick auf Europa-Artikel in den Verfassungen der EU-/EWR-Mitgliedstaaten gewagt (II.). Im zweiten Teil werden mögliche Varianten eines Europa-Artikels entworfen (III.). Ein Epilog rundet die Ausführungen ab (IV.).

³ Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft einerseits und der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten andererseits über die Freizügigkeit vom 21. Juni 1999 (SR 0.142.112.681).

II. Ausgangslage

A. Aussenverfassung

Die einschlägigen Bestimmungen der Bundesverfassung im Bereich der auswärtigen Angelegenheiten finden sich über den ganzen Verfassungstext verteilt. Sie befassen sich zuvörderst mit kompetenziellen Fragen:

- Art. 54 Abs. 1 BV regelt die vertikale Kompetenzverteilung. Er begründet eine umfassende Zuständigkeit des Bundes für die auswärtigen Angelegenheiten. Dabei handelt es sich grundsätzlich um eine ausschliessliche Zuständigkeit.⁴ Die Kantone können in ihren Zuständigkeitsbereichen Verträge mit dem Ausland abschliessen, sofern der Bund seine diesbezüglichen Kompetenzen nicht ausgeschöpft hat; Beispiele dafür finden sich insbesondere im Bereich der grenzüberschreitenden Zusammenarbeit (Art. 56 BV; sog. «kleine Aussenpolitik»⁵). Die Kantone sind an der Vorbereitung aussenpolitischer Entscheide zu beteiligen (Art. 55 BV).⁶ Im Bereich der Europapolitik dient insbesondere die Konferenz der Kantonsregierungen (KdK) dazu, die Willensbildung der Kantone und ihre Mitwirkung in Bundesgremien zu koordinieren. Praktische Erfahrungen im Rahmen der Verhandlungen zu den Bilateralen I und II haben gezeigt, dass das Verhältnis von Bund und Kantonen nicht ohne Spannungen ist. Die Kantone fordern seit Längerem eine stärkere Einbindung und konsequentere Berücksichtigung ihrer Interessen.⁷
- Art. 140, Art. 141, Art. 166 und Art. 184 BV regeln die horizontale Verteilung der Kompetenzen zwischen den Bundesbehörden. Der Bundesrat besorgt die auswärtigen Angelegenheiten. Er unterzeichnet Verträge,

⁴ GIOVANNI BIAGGINI, *BV-Kommentar*, Zürich 2007, Art. 54 Rzz. 5–10; BERNHARD EHRENZELLER, in: Bernhard Ehrenzeller et al. (Hrsg.), *St. Galler BV-Kommentar*, Zürich/St. Gallen 2014, Art. 54 Rzz. 6–10.

⁵ THOMAS PFISTERER, in: Bernhard Ehrenzeller et al. (Hrsg.), *St. Galler BV-Kommentar*, Zürich/St. Gallen 2014, Art. 56 Rzz. 7–14; MATTHIAS OESCH, «Wirtschaft», in: Hans Martin Tschudi et al. (Hrsg.), *Die Grenzüberschreitende Zusammenarbeit der Schweiz*, Zürich/St. Gallen 2014, S. 307, Rzz. 8–9.

⁶ Die Vorgaben von Art. 55 BV werden durch das Bundesgesetz über die Mitwirkung der Kantone an der Aussenpolitik des Bundes vom 22. Dezember 1999 (SR 138.1) konkretisiert.

⁷ Zur Rolle der Kantone im Integrationsprozess umfassend THOMAS COTTIER, NICOLAS DIEBOLD, ISABEL KÖLLIKER, RACEL LIECHTI-McKEE, MATTHIAS OESCH, TETYANA PAYOSOVA & DANIEL WÜGER, *Die Rechtsbeziehungen der Schweiz und der Europäischen Union*, Bern 2014, Rzz. 277–298.

unterbreitet sie der Bundesversammlung zur Genehmigung und ratifiziert sie. Verträge von einer gewissen Wichtigkeit unterstehen dem fakultativen oder obligatorischen Referendum. Gegen diverse Verträge der Schweiz mit der (damaligen) Europäischen Gemeinschaft (EG) wurde das fakultative Referendum ergriffen. Dazu gehören die Bilateralen I von 1999, die Assoziierungsabkommen zu Schengen und Dublin von 2004, die Ausdehnung des Freizügigkeitsabkommens (FZA) auf zehn neue EU-Mitgliedstaaten 2005 sowie die Weiterführung des Freizügigkeitsabkommens (FZA) und seine Ausdehnung auf Bulgarien und Rumänien 2009.⁸ Die Stimmberechtigten bestätigten in all diesen Fällen den europapolitischen Kurs von Bundesrat und Parlament. Der Beitritt der Schweiz zur Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK) 1974 war nach damaligem Recht nicht referendumpflichtig.⁹ Sowohl das Freihandelsabkommen (FHA) von 1972 als auch der geplante Beitritt zum Europäischen Wirtschaftsraum (EWR) 1992 wurden mit Blick auf die politische und wirtschaftliche Bedeutung dieser Vertragswerke dem obligatorischen Referendum unterstellt, wenngleich ein solcher Schritt verfassungsrechtlich nicht zwingend geboten schien.¹⁰ Volk und Stände hiessen das Freihandelsabkommen (klar) gut; den Beitritt zum EWR lehnten sie (knapp) ab.¹¹

Darüber hinaus äussert sich die Bundesverfassung auch inhaltlich zur Ausgestaltung der schweizerischen Aussenpolitik. Im Gegensatz zu den häufig detailliert formulierten Vorgaben im Binnenbereich bleibt die Steuerungskraft der aussenpolitisch einschlägigen Ziel- und Aufgabenbestimmungen allerdings bescheiden. Die Bundesverfassung bleibt der Tradition introvertierter, den Blick primär gegen innen gerichteter Verfassungsgebung treu. Immerhin hält die Präambel zu «Solidarität und Offenheit gegenüber der Welt» an. Art. 2 BV verpflichtet die Schweiz, sich «für eine friedliche und gerechte internationale Ordnung» einzusetzen. Schliesslich enthält Art. 54 Abs. 2 BV eine zent-

⁸ <www.europa.admin.ch> und Link zu Abstimmungen.

⁹ S. zur starken, auch direktdemokratischen Legitimation der EMRK mit Blick auf die Inkorporation der materiellen Garantien in die BV und die referendumpflichtige Genehmigung gewisser Protokolle Bericht des Bundesrates in Erfüllung des Postulats Stöckli 13.4187 «40 Jahre EMRK-Beitritt der Schweiz: Erfahrungen und Perspektiven» vom 12. Dezember 2013 vom 19. November 2014, BBl 2015 357.

¹⁰ Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung über die Genehmigung der Abkommen zwischen der Schweiz und den Europäischen Gemeinschaften vom 16. August 1972, BBl 1972 II 653, 735–738; Botschaft zur Genehmigung des Abkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum vom 18. Mai 1992, BBl 1992 IV 1, 541–542.

¹¹ <www.admin.ch> und Link zu Bundeskanzlei/Volksabstimmungen.

rale Ziel- und Aufgabennorm für die Gestaltung der auswärtigen Angelegenheiten:

Art. 54 Auswärtige Angelegenheiten

(...)

² Der Bund setzt sich ein für die Wahrung der Unabhängigkeit der Schweiz und für ihre Wohlfahrt; er trägt namentlich bei zur Linderung von Not und Armut in der Welt, zur Achtung der Menschenrechte und zur Förderung der Demokratie, zu einem friedlichen Zusammenleben der Völker sowie zur Erhaltung der natürlichen Lebensgrundlagen.

(...)

Diese Ziele sind auffällig offen formuliert. Sie bewegen sich auf einer hohen Abstraktionsebene und belassen den zuständigen Behörden einen erheblichen Gestaltungsspielraum.¹² Es ist symptomatisch, dass sich die Verfassung nicht zur Auflösung allfälliger Zielkonflikte – etwa zwischen Interessenwahrung und Förderung grundlegender Werte – äussert. Es obliegt den verfassungskonkretisierenden Bundesorganen, die Ziele zu gewichten und gegeneinander abzuwägen. Dabei ist denkbar, dass über Art. 54 Abs. 2 BV hinaus weitere Ziele einschlägig sein können (s. etwa Art. 101 BV mit dem verpflichtenden Auftrag, die Interessen der schweizerischen Wirtschaft im Ausland zu wahren).¹³ Schliesslich schweigt sich die Verfassung über das aussenpolitische Instrumentarium aus; zur Verfügung stehen sämtliche zweckdienlichen Instrumente und Handlungsformen.¹⁴

Damit atmet die Bundesverfassung – positiv gewendet – einen durchaus völkerrechtsfreundlichen und weltoffenen Geist.¹⁵ Sie setzt den zuständigen Behörden inhaltlich kaum Grenzen.¹⁶ Als inhaltliche Schranke für eine Verfassungsrevision nennen Art. 139 Abs. 3 und Art. 194 Abs. 2 BV einzig das zwingende Völkerrecht. Die Völkerrechtsfreundlichkeit wird durch die automatische Geltung des Völkerrechts im Landesrecht (Monismus) und die Verpflichtung zur Beachtung des Völkerrechts durch Bund und Kantone (Art. 5

¹² BIAGGINI (Fn. 4), Art. 54 Rz. 17; ASTRID EPINEY, «Beziehungen zum Ausland», in: Daniel Thürer, Jean-Francois Aubert & Jörg-Paul Müller (Hrsg.), *Verfassungsrecht der Schweiz*, Zürich 2001, Rzz. 4–18.

¹³ S. auch *Aussenpolitische Strategie 2012–2015: Bericht des Bundesrates über die aussenpolitischen Schwerpunkte der Legislatur*, hrsg. vom Eidgenössischen Departement für auswärtige Angelegenheiten (EDA), 2012.

¹⁴ BIAGGINI (Fn. 4), Art. 54 Rz. 12.

¹⁵ Ebenso ANDREAS AUER, GIORGIO MALINVERNI & MICHEL HOTTELIER, *Droit constitutionnel suisse, Volume I: L'Etat*, 3. Aufl., Bern 2013, Rz. 31.

¹⁶ RENÉ RHINOW & MARKUS SCHEFER, *Schweizerisches Verfassungsrecht*, 2. Aufl., Basel 2009, Rzz. 3488–3489.

Abs. 4 BV) zusätzlich betont.¹⁷ Demgegenüber fällt – negativ vermerkt – ins Licht, dass sich die Bundesverfassung über die enorme Bedeutung der staatsvertraglichen Einbindung der Schweiz in globale und regionale Organisationen und Vertragswerke und die damit einhergehenden Interdependenzen aus-schweigt. Die einzige internationale Organisation, welche namentlich genannt wird, sind die Vereinten Nationen (UNO). Der Beitritt der Schweiz zur UNO wurde 2002 von Volk und Ständen gutgeheissen und hat es immerhin in die Übergangsbestimmungen geschafft (Art. 197 Ziff. 1 BV). Weitere zentrale Organisationen und Vertragswerke wie etwa die UNO-Pakte I und II, die Welthandelsorganisation (WTO), die *Bretton Woods*-Institutionen (Weltbank-gruppe, Internationaler Währungsfonds), die Organisation für wirtschaftliche Zusammenarbeit und Entwicklung (OECD), die Organisation für Sicherheit und Zusammenarbeit in Europa (OSZE), die UNO-Kinderrechtskonvention, die Genfer Konventionen zum Schutz des humanitären Völkerrechts oder die Genfer Flüchtlingskonvention werden im Verfassungstext nicht abgebildet. Der Befund der Verfassungsblindheit in Bezug auf die Einbettung der Schweiz in die globale Staatengemeinschaft gilt ebenso für die Beteiligung der Schweiz am europäischen Integrationsprozess. Der geneigte Leser sucht die Begriffe «Europa», «Europäische Union», «Europäische Freihandelszone», «bilaterale Verträge», «Europarat» oder «Europäische Menschenrechtskonvention» in der Bundesverfassung vergeblich.¹⁸ Damit entsteht ein verzerrtes Bild. Weder die starke wirtschaftliche, politische, kulturelle und wissenschaftliche Vernetzung der Schweiz mit der EU noch die überragende Bedeutung der EMRK für den Grundrechtsschutz in Europa werden verfassungsrechtlich abgebildet. Es finden sich keine spezifischen Aussagen über die Grundsätze, Ziele oder Grenzen der schweizerischen Europapolitik. Unsere Bundesverfassung kommt gemäss bundesrätlicher Botschaft zur neuen Bundesverfassung von 1999 bewusst

¹⁷ S. zur grundsätzlich grosszügigen Bejahung der unmittelbaren Anwendbarkeit von justiziablen Völkerrechtsbestimmungen HELEN KELLER, *Rezeption des Völkerrechts*, Berlin 2003, S. 285–372, 587–690; DANIEL WÜGER, *Anwendbarkeit und Justiziabilität völkerrechtlicher Normen im schweizerischen Recht: Grundlagen, Methoden und Kriterien*, Bern 2005, S. 205–579.

¹⁸ Vgl. einzig den Verweis in Art. 196 Ziff. 3 BV (Übergangsbestimmungen), wonach zu den Eisenbahngrossprojekten auch der Anschluss der Ost- und Westschweiz an das *europäische* Eisenbahn-Hochleistungsnetz gehört; s. zur «Konstitutionalisierung» internationalrechtlicher Verpflichtungen, etwa der Verfahrensgarantien der EMRK, GIOVANNI BIAGGINI, «Das Verhältnis der Schweiz zur internationalen Gemeinschaft: Neuerungen im Rahmen der Verfassungsreform», AJP (1999), S. 722 (727). – Vereinzelte enthalten Kantonsverfassungen Bezüge zu Europa, s. etwa Art. 54 Abs. 1 der Verfassung des Kantons Bern vom 6. Juni 1993.

«europaneutral» bzw. – in der französischen Fassung – «euro-impartial» daher.¹⁹

Die Europeutralität der Bundesverfassung wurde bis anhin kaum hinterfragt. Die Revision der Bundesverfassung von 1999 wurde nicht zum Anlass genommen, das Verhältnis zu Europa zu thematisieren. Die schweizerische Öffentlichkeit war nach der Ablehnung des Beitritts zum EWR 1992 verunsichert und in Bezug auf die Europafrage – die politische «Gretchenfrage» in diesem Land – gespalten. Bundesrat und Parlament konzentrierten sich darauf, durch den Abschluss von massgeschneiderten bilateralen Abkommen die Nachteile zu minimieren, welche als Folge der Ablehnung des Beitritts zum EWR prognostiziert wurden. Vor diesem Hintergrund scheint es verständlich, dass der Verfassungsgeber das Risiko scheute, die Konsensfähigkeit des neuen Texts durch konkrete Aussagen zum Verhältnis der Schweiz zur EU leichtthin aufs Spiel zu setzen.²⁰ Der Verfassungsgeber war nicht bereit, die Verfassungsreform mit einer grundsätzlichen Debatte zum Verhältnis der Schweiz zu Europa zu verknüpfen; er nahm die «Tabuisierung des Themas Europa» bewusst in Kauf.²¹ Während es der Schweiz in der Folge gelang, die Beziehungen zur EU *qua* bilateralen Abkommen auf eine tragfähige Basis zu stellen, wurde die Frage des Verhältnisses der Schweiz zu Europa verfassungsrechtlich ausdrücklich nur noch bei zwei Volksinitiativen von 1997 und 2001 aufgeworfen. Sowohl die Volksinitiative «EU-Beitrittsverhandlungen vors Volk!», welche den Abbruch sämtlicher bisher eingeleiteter Beitrittsverhandlungen mit der EU verlangt und die Aufnahme von neuen Verhandlungen von der Zustimmung von Volk und Ständen abhängig gemacht hätte, als auch die Volksinitiative «Ja zu Europa!», welche den Bund zur unverzüglichen Aufnahme von Beitrittsverhandlungen mit der EU verpflichtet hätte, wurden klar abgelehnt.²²

¹⁹ Botschaft über eine neue Bundesverfassung vom 20. November 1996, BBl 1997 I 1, 119; Message relatif à une nouvelle constitution fédérale du 20 novembre 1996, FF 1997 I 1, 552; BIAGGINI (Fn. 18), S. 724–72; s. für einen Vorschlag für einen Europa-Artikel (inkl. Bestimmungen für den Fall eines EU-Beitritts) ALFRED KÖLZ & JÖRG PAUL MÜLLER, *Entwurf für eine Bundesverfassung vom 16. Mai 1984*, 3. Aufl., Bern 1995, Art. 113.

²⁰ ANDREAS R. ZIEGLER & KERSTIN ODENDAHL, in: Bernhard Ehrenzeller et al. (Hrsg.), *St. Galler BV-Kommentar*, Zürich/St. Gallen 2014, Bundesverfassung und Völkerrecht, Rz. 39; ROLAND KLEY & ROLAND PORTMANN, in: Bernhard Ehrenzeller et al. (Hrsg.), *St. Galler BV-Kommentar*, Zürich/St. Gallen 2014, Vorbemerkungen zur Aussenverfassung, Rz. 44.

²¹ THOMAS COTTIER, «Die Bundesverfassung im postnationalen Europa: Vorbild oder Hemmschuh?», in: Georg Kreis (Hrsg.), *Erprobt und entwicklungsfähig: Zehn Jahre neue Bundesverfassung*, Zürich 2009, S. 177, 183.

²² <www.admin.ch> und Link zu Bundeskanzlei/Volksabstimmungen.

B. Volksinitiative «Gegen Masseneinwanderung»

Die Lage hat sich mit der Annahme der Volksinitiative «Gegen Masseneinwanderung» grundlegend geändert. Am 9. Februar 2014 sprachen sich 50,3 % der sich beteiligenden Stimmbürgerinnen und Stimmbürger sowie 12 Kantone und 5 Halbkantone für die Aufnahme von Art. 121a und Art. 197 Ziff. 11 BV (Übergangsbestimmungen) in die Bundesverfassung aus. Art. 121a BV verlangt, die Zuwanderung von Ausländerinnen und Ausländern eigenständig zu steuern. Zu diesem Zweck wird die Einwanderung durch jährliche Höchstzahlen und Kontingente begrenzt. Schweizerinnen und Schweizer sind bei der Stellensuche privilegiert zu behandeln. Die Einzelheiten werden in der Umsetzungsgesetzgebung zu regeln sein:

Art. 121a Steuerung der Zuwanderung

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

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

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

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

⁵ Das Gesetz regelt die Einzelheiten.

In den Übergangsbestimmungen zu Art. 121a BV wird der Bund beauftragt, völkerrechtliche Verträge, welche mit den Vorgaben von Art. 121a BV nicht vereinbar sind, an die geänderten Rahmenbedingungen anzupassen:

Art. 197 Ziff. 11 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.

Art. 197 Ziff. 11 BV zielt auf das bilaterale Freizügigkeitsabkommen vom 21. Juni 1999 (FZA).²³ Art. 2 FZA enthält das grundlegende Prinzip der Nichtdiskriminierung aufgrund der Staatsangehörigkeit im Anwendungsbereich des Abkommens. Diese Bestimmung verlangt, dass Personen der anderen Vertragspartei im Aufnahmestaat gleich behandelt werden wie einheimische Personen, sofern die ausländischen Personen über einen rechtmässigen Aufenthaltstitel verfügen. Art. 4 und Art. 5 i.V.m. Anhang I FZA verpflichten die Vertragsparteien, unselbständig Erwerbstätigen und selbständig Erwerbstätigen der anderen Vertragsparteien zur Ausübung der entsprechenden Tätigkeiten eine Aufenthaltsbewilligung zu gewähren.²⁴ Dienstleistungserbringern einschliesslich Gesellschaften wird das Recht eingeräumt, während 90 Arbeitstagen pro Kalenderjahr Dienstleistungen im Hoheitsgebiet der anderen Vertragsparteien zu erbringen. Das Recht auf Einreise und dauerhaften Aufenthalt steht auch nicht erwerbstätigen Personen zu, sofern sie über ausreichende finanzielle Mittel und einen Krankenversicherungsschutz verfügen, sowie Familienangehörigen. Schliesslich ist es gestützt auf die «Stand still»-Klausel gemäss Art. 13 FZA den Vertragsparteien untersagt, neue Beschränkungen für Staatsangehörige der anderen Vertragsparteien einzuführen.

Ein nüchterner Blick auf Art. 121a BV und das Freizügigkeitsabkommen zeigt deutlich: Eine Umsetzung von Art. 121a BV, welche sowohl die Vorgaben dieser Bestimmung als auch die Vorgaben des Freizügigkeitsabkommens respektiert, ist nicht möglich.²⁵ Dieser Schluss drängt sich zwingend auf, wenn

²³ S. zum Freizügigkeitsabkommen umfassend COTTIER et al. (Fn. 7), Rzz. 424–540, 554–586; CHRISTA TOBLER, *Grundzüge des bilateralen (Wirtschafts-) Rechts Schweiz-EU*, Zürich/St. Gallen 2013, S. 71–138. – Analoge Bestimmungen enthält das Abkommen zur Änderung des EFTA-Übereinkommens vom 21. Juni 2001, Anhang K (SR 0.632.31).

²⁴ Im Unterschied zum EU-Recht (Art. 49 ff. AEUV) regelt das FZA auch im Bereich der selbständigen Erwerbstätigkeit nur die Freizügigkeit von natürlichen Personen. Juristische Personen können keinen Anspruch auf Niederlassung geltend machen; MATTHIAS OESCH, «Niederlassungsfreiheit und Ausübung öffentlicher Gewalt im EU-Recht und im Freizügigkeitsabkommen Schweiz-EU», SZIER (2011), S. 583, 610.

²⁵ An dieser rechtlichen Einschätzung ändert auch die deutliche Ablehnung der Volksinitiative «Stopp der Überbevölkerung – zur Sicherung der natürlichen Lebensgrundlagen» (sog. Ecopop-Initiative) am 30. November 2014 nichts (<www.admin.ch> und Link zu Bundeskanzlei/Volksabstimmungen); damit haben sich Volk und Stände zwar gegen eine noch restriktivere Zuwanderungspolitik ausgesprochen; die Vorgaben von Art. 121a und Art. 197 Ziff. 11 BV bleiben davon aber offensichtlich unberührt; s. zur Auslegung von Art. 121a und Art. 197 Ziff. 11 BV auch ASTRID EPINEY, «Zur

man die juristische Methodenlehre ernst nimmt und Art. 121a BV – durchaus unter Ausnutzung vorhandener Spielräume – gestützt auf den Wortlaut, den Sinn und Zweck, die systematische Einbettung im Verfassungstext (inkl. Verhältnis zu weiteren Rechtsnormen) sowie die Entstehungsgeschichte und Materialien auslegt. Der Bundesrat hat in seiner Botschaft zur Volksinitiative ausdrücklich darauf hingewiesen, dass Art. 121a BV keine FZA-kompatible Umsetzung erlaubt.²⁶ Diverse Bundesbehörden haben diesen Befund im Nachgang zur Volksabstimmung bestätigt.²⁷

Im Ergebnis spricht sich die Verfassung seit dem 9. Februar 2014 damit gegen die Beteiligung der Schweiz am europäischen Integrationsprozess zumindest in der bisherigen Form aus. Vor diesem Hintergrund sind für das weitere Vorgehen grundsätzlich drei Szenarien denkbar:

- 1) Der Schweiz gelingt es, das Freizügigkeitsabkommen neu zu verhandeln und anzupassen. Der Bundesrat hat am 8. Oktober 2014 entschieden, unter Vorbehalt der notwendigen Konsultationen Verhandlungen mit der EU aufzunehmen.²⁸ Es ist fraglich, ob die EU dazu Hand bieten wird. Erste Verlautbarungen aus Brüssel lassen die Vermutung zu, dass die EU nicht gewillt ist, von den Grundprinzipien des Freizügigkeitsabkommens (Diskriminierungsverbot, Verbot von Kontingenten) abzurücken und der Schweiz substantielle Zugeständnisse zu machen. Die damalige Hohe Vertreterin für Aussen- und Sicherheitspolitik, Catherine Ashton, erklärte sich in einem Brief vom 24. Juli 2014 zuhänden des schweizerischen Bundespräsidenten, Didier Burkhalter, vorderhand einzig bereit, über «practical problems related to the implementation of the Agreement» zu diskutie-

rechtlichen Tragweite der Art. 121a, Art. 197 Ziff. 9 BV», Jusletter vom 2. Juni 2014; SEBASTIAN HESELHAUS & JULIA HÄNNI, «Die eidgenössische Volksinitiative «Gegen Masseneinwanderung» (Zuwanderungsinitiative) im Lichte des Freizügigkeitsabkommens und der bilateralen Zusammenarbeit mit der EU», SZIER (2013), S. 19; RAFFAELA 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: Bernhard 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 vom 14. April 2014.

²⁶ Botschaft zur Volksinitiative «Gegen Masseneinwanderung» vom 7. Dezember 2012, BBl 2013 291, 335, 336.

²⁷ S. etwa Eidgenössisches Justiz- und Polizeidepartement EJPD, Art. 121a BV (Steuerung der Zuwanderung): Umsetzungskonzept vom 20. Juni 2014, S. 6, <www.bfm.admin.ch> und Link zu Personenfreizügigkeit Schweiz-EU/EFTA.

²⁸ Pressemitteilung «Bundesrat will mit der EU über Personenfreizügigkeit verhandeln» vom 8. Oktober 2014, <www.news.admin.ch> und Link zu Dokumentation.

ren.²⁹ Der Rat bekräftigte im Dezember 2014 ausdrücklich, dass die EU nicht bereit ist, das Freizügigkeitsabkommen neu zu verhandeln.³⁰

- 2) Sofern es der Schweiz nicht gelingt, das Freizügigkeitsabkommen anzupassen, wird sie letztlich wohl kaum darum herumkommen, das Abkommen zu kündigen.³¹ Völkerrechtlich existiert zwar keine ausdrückliche Kündigungsverpflichtung für den Fall, dass eine Vertragspartei einen Vertrag nicht mehr einhalten kann. Mit Blick auf den Grundsatz von *pacta sunt servanda* und die Verpflichtung, einen Vertrag nach Treu und Glauben zu erfüllen (Art. 26 WVRK)³², würde ein solcher Schritt aber wohl zum guten Ton gehören und wäre nicht mehr als konsequent. Mit der Kündigung des Freizügigkeitsabkommens wäre automatisch auch das rechtliche Schicksal weiterer Abkommen, welche rechtlich (s. die *Guillotineklausele* gemäss Art. 25 Abs. 4 FZA) und/oder politisch (wie etwa die Schengen- und Dublin-Assoziierungsabkommen) mit dem Freizügigkeitsabkommen verbunden sind, ungewiss.
- 3) Als Alternative zur Kündigung des Freizügigkeitsabkommens kommt eine nochmalige Verfassungsrevision in Frage. Volk und Stände könnten sich *en pleine connaissance de cause*, d.h. vor allem auch im vollen Bewusstsein über die europapolitischen Konsequenzen von Art. 121a und Art. 197 Ziff. 11 BV, nochmals dazu äussern, ob das Freizügigkeitsabkommen sowie allenfalls weitere rechtlich und/oder politisch damit zusammenhängende Abkommen tatsächlich beendet werden sollen. Eine solche Abstimmung müsste zwingend die Verfassung bzw. – konkret – Art. 121a und Art. 197 Ziff. 11 BV zum Gegenstand haben. Die Initialzündung dazu könnte von den Stimmbürgerinnen und Stimmbürgern (Art. 139 BV), von der Bundesversammlung (Art. 194 BV) oder vom Bundesrat (Art. 181 BV) ausgehen. Eine Referendumsabstimmung über die Umsetzungsgesetzgebung von Art. 121a BV genügt demgegenüber nicht (Art. 141 BV), auch wenn eine solche Abstimmung faktisch einem Plebiszit über den aktuellen bilateralen Weg gleichkäme und mit einem solchen Vorgehen das doppelte Mehr von Volk und Ständen umgangen werden könnte – das wäre eine Schlaumeierei, und eine staatspolitisch gefährliche dazu. Der Auftrag

²⁹ Der Brief ist einsehbar auf <www.europa.admin.ch> und Link zu Personenfreizügigkeit; s. zur Frage der allfälligen Verhandlungsbereitschaft der EU auch CHRISTA TOBLER, «Die Geister, die ich rief...», SZIER (2014), S. 3, 6–8.

³⁰ Council conclusions on a homogeneous extended single market and EU relations with Non-EU Western European countries, General Affairs Council meeting, 16 December 2014, Rz. 45.

³¹ Ebenso Botschaft zur Volksinitiative «Gegen Masseneinwanderung» (Fn. 26), S. 336.

³² Wiener Übereinkommen über das Recht der Verträge vom 23. Mai 1969 (SR 0.111).

gemäss Art. 121a und Art. 197 Ziff. 11 BV, Kontingente und einen Schweizerzuvorrang einzuführen und das Freizügigkeitsabkommen anzupassen oder – implizit angelegt – zu kündigen, würde auch durch eine jüngere Bundesgesetzgebung nicht derogiert.

Sofern das dritte Szenario favorisiert wird, d.h. eine nochmalige Verfassungsrevision, stehen inhaltlich drei mögliche Optionen im Vordergrund: Naheliegender wäre – erstens – die ersatzlose Aufhebung von Art. 121a und Art. 197 Ziff. 11 BV. Damit würde der *status quo ante* wiederhergestellt. Eine entsprechende Volksinitiative «Raus aus der Sackgasse! Verzicht auf die Wiedereinführung von Zuwanderungskontingenten» wurde Anfang Dezember 2014 eingereicht; zurzeit läuft die Frist für die Sammlung der für das Zustandekommen notwendigen 100'000 Unterschriften.³³ Denkbar wäre – zweitens – eine Ergänzung von Art. 121a BV, etwa mit einem Einschub, wonach völkerrechtliche Verpflichtungen der Schweiz vorbehalten bleiben. Dabei könnte ausdrücklich auch auf die bilateralen Verträge mit der EU und die EMRK Bezug genommen werden. Am anspruchsvollsten wäre – drittens – wohl, Art. 121a und Art. 197 Ziff. 11 BV zu streichen und gleichzeitig einen neuen Europa-Artikel zu schaffen. Bevor im nächsten Teil konkrete Vorschläge für einen Europa-Artikel skizziert werden, soll ein kurzer Seitenblick auf Europa-Artikel in den Verfassungen der EU-/EWR-Mitgliedstaaten gewagt werden – in der Hoffnung, sie als Inspirationsquelle für einen schweizerischen Europa-Artikel fruchtbar machen zu können.

C. Europa-Artikel in den Verfassungen der EU-/EWR-Mitgliedstaaten

Diverse Verfassungen von EU-Mitgliedstaaten enthalten Bestimmungen, welche sich spezifisch mit dem Verhältnis zur EU befassen.³⁴ Die gewählte Form und der konkrete Inhalt variieren dabei zum Teil erheblich. Auch der Kontext ihrer jeweiligen Entstehung und die Eigenheiten der mitgliedstaatlichen Verfassungstraditionen sind bei einer rechtsvergleichenden Analyse im Auge zu behalten. Immerhin zeigen sich gewisse Grundmuster:

³³ <www.admin.ch> und Link zu Bundeskanzlei/Volksabstimmungen.

³⁴ S. dazu die Übersichten bei CLAUS DIETER CLASSEN, *Nationales Verfassungsrecht in der Europäischen Union*, Baden-Baden 2013, S. 285–306; FRANZ C. MAYER & MATTHIAS WENDEL, «Die verfassungsrechtlichen Grundlagen des Europarechts», in: Armin Hatje & Peter-Christian Müller-Graff (Hrsg.), *Enzyklopädie Europarecht*, Band 1: Europäisches Organisations- und Verfassungsrecht, Baden-Baden 2014, S. 163–258; zur Thematisierung der EMRK in europäischen Verfassungen *infra* Fn. 42.

- Vereinzelt enthalten Verfassungen eine Grundnorm, welche die Mitgliedschaft in der EU und die Übertragung von Hoheitsrechten thematisiert. Teilweise werden diese Bestimmungen mit programmatischen Aussagen zum Charakter und Zweck der europäischen Integration angereichert; auch werden Integrationsschranken formuliert.³⁵ Symptomatisch dafür steht Art. 23 des deutschen Grundgesetzes (GG) vom 23. Mai 1949, welcher im Zug der Ratifikation des Vertrags von Maastricht 1992 in das deutsche Grundgesetz aufgenommen wurde. Art. 23 Abs. 1 GG enthält einen verbindlichen Auftrag, zur Verwirklichung eines vereinten Europas durch die Mitwirkung an der Entwicklung der EU beizutragen. Er formuliert gewisse Mindestanforderungen in Bezug auf die Struktur der EU und deren Kompetenzausübung und schlägt damit eine Brücke zu den Werten der EU (Art. 2 EUV).³⁶

Art. 23

(1) Zur Verwirklichung eines vereinten Europas wirkt die Bundesrepublik Deutschland bei der Entwicklung der Europäischen Union mit, die demokratischen, rechtsstaatlichen, sozialen und föderativen Grundsätzen und dem Grundsatz der Subsidiarität verpflichtet ist und einen diesem Grundgesetz im wesentlichen vergleichbaren Grundrechtsschutz gewährleistet. Der Bund kann hierzu durch Gesetz mit Zustimmung des Bundesrates Hoheitsrechte übertragen. Für die Begründung der Europäischen Union sowie für Änderungen ihrer vertraglichen Grundlagen und vergleichbare Regelungen, durch die dieses Grundgesetz seinem Inhalt nach geändert oder ergänzt wird oder solche Änderungen oder Ergänzungen ermöglicht werden, gilt Artikel 79 Abs. 2 und 3.

(...)

- Häufig regeln entsprechende Normen die Mitbestimmung des Parlaments und allenfalls weiterer Organe – in Bundesstaaten etwa von Gliedstaaten bzw. Bundesländern, sofern vorgesehen auch des Stimmvolks – bei EU-relevanten Angelegenheiten, sei's in Bezug auf die Änderung der Verträge, sei's in Bezug auf die innerstaatliche Mitwirkung an der europäischen Willensbildung im Allgemeinen.³⁷ Auch in dieser Hinsicht ist der Europa-

³⁵ S. etwa Art. 88-1 der französischen Verfassung, Art. 7 Abs. 6 und Art. 8 Abs. 4 der portugiesischen Verfassung, Kap. X § 6 der schwedischen Regierungsform.

³⁶ Die Vorgaben von Art. 23 GG wurden wesentlich durch das deutsche Bundesverfassungsgericht konkretisiert und weiterentwickelt, s. etwa RUDOLF STREINZ, «Art. 23», in: Michael Sachs (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, 6. Aufl., München 2011.

³⁷ S. etwa Art. 23a–23k, Art. 50 und Art. 50a des österreichischen Bundes-Verfassungsgesetzes, Art. 88-4-88-7 der französischen Verfassung, Art. 117 Abs. 5 der italienischen Verfassung, Art. 29 Abs. 4 der irischen Verfassung, Art. 168 der belgischen Verfassung.

Artikel des deutschen Grundgesetzes ein anschauliches Beispiel (Art. 23 Abs. 1a-6 GG).

Europa-Artikel übernehmen eine wichtige Scharnierfunktion zwischen der mitgliedstaatlichen und der unionalen Ebene. Sie tragen zur Entwicklung eines umfassenden Systems i.S. eines europäischen Verfassungsverbunds bei, in dem die verschiedenen Ebenen der Rechtsgewinnung und -durchsetzung sich gegenseitig ergänzen und beeinflussen und im Sinne vertikaler Gewaltenteilung auch kontrollieren. Dank ihrer betont europafreundlichen Ausrichtung erlauben sie den Mitgliedstaaten, sich aktiv und konstruktiv an der europäischen Integration zu beteiligen. Sie regeln die Übertragung von hoheitlichen Befugnissen und von Letztentscheidungsrechten in Sachbereichen, welche bis anhin typischerweise als Domänen nationalstaatlicher Souveränität galten. Damit offenbart sich, dass Europa-Artikel, wie sie in den Verfassungen von EU-Mitgliedstaaten anzutreffen sind, nur beschränkt für die Schweiz fruchtbar gemacht werden können. Die Gründe liegen auf der Hand. Die Mitwirkung der Schweiz bzw. ihre punktuelle Einbindung gehen offensichtlich deutlich weniger weit. Die bilateralen Verträge begründen keine Supranationalität. Ihr Geltungsbereich ist sektoriell begrenzt. Die Verträge sind grundsätzlich statischer Natur; jede Weiterentwicklung des Rechtsbestands bedarf der ausdrücklichen Zustimmung der Vertragsparteien.³⁸ Unter dem Strich verliert auch die Forderung nach umfassenden Mitwirkungsrechten des Parlaments und kantonalen Behörden etwas an Schärfe.

Vereinzelt verzichten Verfassungen von EU-Mitgliedstaaten auf eine ausdrückliche Bezugnahme auf die EU. Diesfalls beruht ihre Mitgliedschaft und die Übertragung entsprechender Hoheitsrechte in aller Regel auf Bestimmungen, welche sich im Allgemeinen mit dem Verhältnis zu internationalen Organisationen befassen. In manchen Fällen wurden diese Bestimmungen durch die nationalen Verfassungsgerichte spezifisch mit Blick auf die EU konkretisiert und weiterentwickelt. Auch in den Verfassungen der EWR-/EFTA-Mitgliedstaaten Island, Liechtenstein und Norwegen hat die Mitgliedschaft im EWR keine Spuren hinterlassen.³⁹ Damit zeigt sich, dass verfassungsrechtliche

³⁸ Einzig die Dublin- und Schengen-Assoziierungsabkommen sehen einen speziellen (dynamischen) Mechanismus für die Übernahme von neuem Sekundärrecht durch die Schweiz vor; gleichzeitig wird den Besonderheiten der schweizerischen Verfassungsordnung (insb. dem direktdemokratischen Gesetzgebungsverfahren inkl. Referendum) Rechnung getragen (s. Art. 4 DAA, Art. 7 SAA).

³⁹ Eine Ausnahme stellt Art. 67 Abs. 3 der Verfassung des Fürstentums Liechtenstein vom 5. Oktober 1921 dar, welcher die Veröffentlichung von EWR-Rechtsvorschriften in einer EWR-Rechtssammlung vorsieht.

Europa-Artikel selbst für EU-/EWR-Mitgliedstaaten nicht zwingend eine *conditio sine qua non* darstellen – wenngleich mit Blick auf die Orientierungs- und Brückenfunktion von Verfassungen auch in diesen Fällen eine Bezugnahme auf den europäischen Integrationsprozess offenkundig zu wünschen wäre.⁴⁰

III. Vorschläge

Entscheidend für die konkrete Ausgestaltung eines Europa-Artikels ist der Sinn und Zweck, der damit verfolgt wird. Im Folgenden werden zwei mögliche Ziele identifiziert und entsprechend unterschiedlich formulierte Europa-Artikel vorgeschlagen. In systematischer Hinsicht scheint sinnvoll, formell keinen eigenständigen *Europa-Artikel* zu schaffen, sondern einen *Europa-Absatz*, welcher Art. 54 BV (Auswärtige Angelegenheiten) beigefügt wird. Gleichwohl wird – der Symbolik halber – im Folgenden von einem neuen Europa-Artikel gesprochen. Schliesslich sei wiederholt: Alle Varianten gehen stillschweigend davon aus, dass Art. 121a und Art. 197 Ziff. 11 BV aufgehoben werden. Diese beiden Bestimmungen zielen im aktuellen europapolitischen Kontext auf den Alleingang der Schweiz und sind mit den nachfolgend vorgeschlagenen Europa-Artikeln nicht vereinbar.

A. Allgemeines Bekenntnis zu Europa

Ein neuer Europa-Artikel könnte bezwecken, ein allgemeines Bekenntnis zur aktiven Mitwirkung der Schweiz am Prozess der europäischen Integration abzulegen. Ein neuer Art. 54 Abs. 2^{bis} BV könnte folglich wie folgt lauten:

Art. 54 Auswärtige Angelegenheiten

¹ Die auswärtigen Angelegenheiten sind Sache des Bundes.

² Der Bund setzt sich ein für die Wahrung der Unabhängigkeit der Schweiz und für ihre Wohlfahrt; er trägt namentlich bei zur Linderung von Not und Armut in der Welt, zur Achtung der Menschenrechte und zur Förderung der Demokratie, zu einem friedlichen Zusammenleben der Völker sowie zur Erhaltung der natürlichen Lebensgrundlagen.

^{2bis} *Er wirkt am Prozess der europäischen Integration mit. Er strebt eine aktive und enge Zusammenarbeit mit der Europäischen Union an.*

⁴⁰ S. zu diesen Verfassungsfunktionen BIAGGINI (Fn. 4), Einleitung Rz. 11.

³ Er nimmt Rücksicht auf die Zuständigkeiten der Kantone und wahrt ihre Interessen.

Dieser neue Absatz klärt das verfassungsrechtlich bis anhin ausgeklammerte Verhältnis der Schweiz zur EU in grundlegender Weise. Er verpflichtet den Bund, sich konstruktiv am europäischen Einigungsprozess zu beteiligen und eng mit der EU zusammenzuarbeiten. Er reflektiert eine betont europafreundliche Grundhaltung und schliesst einen Alleingang der Schweiz in Europa aus. Gleichzeitig verzichtet er darauf, die Art und Weise der Zusammenarbeit näher zu definieren. Auch das mögliche Instrumentarium wird bewusst offengelassen. Art. 54 Abs. 2^{bis} BV überlässt den Entscheid über weitere Integrationschritte – auch über den heutigen Stand hinaus – den dafür zuständigen Behörden, wobei zumindest bei einem EWR- oder EU-Beitritt ohnehin Volk und Stände das letzte Wort haben werden. Entsprechend mag dieser Vorschlag etwas blutleer und unspektakulär erscheinen. Gleichwohl sollte die rechtspolitische Bedeutung nicht unterschätzt werden. Implizit anerkennt die Verfassung damit die friedens- und wohlförderungsfördernden Leistungen der EU. Sie anerkennt die Grundwerte und Ziele der europäischen Integration, wie sie letztlich auch in der schweizerischen (Binnen- und Aussen-)Verfassung zum Ausdruck kommen. Dazu gehören zuvörderst die Achtung der Menschenwürde, Freiheit, Demokratie, Rechtsstaatlichkeit und die Wahrung der Menschenrechte (Art. 2 EUV). Des Weiteren unterstreicht die Verfassung damit die Wichtigkeit enger und stabiler Beziehungen der Schweiz zur EU, welche nicht nur für das wirtschaftliche Wohlergehen der Schweiz zentral sind, sondern auch eine Vielzahl weiterer Politikbereiche – wie etwa Wissenschaft und Kultur, Umweltschutz, Flüchtlingswesen und Grenzschutz – betreffen.

Dieser Vorschlag verpflichtet den Bund zu einer aktiven und engen Zusammenarbeit mit der EU. Darüber hinaus kommt durchaus in Betracht, auch weitere europäische Organisationen zu erwähnen. Im Vordergrund steht dabei der Europarat, welcher für die Entwicklung der Rechtsstaatlichkeit, der Demokratie und der Menschenrechte in Europa seit 1949 instrumental ist. Entsprechend könnte Art. 54 Abs. 2^{bis} BV wie folgt ergänzt werden:

Art. 54 Auswärtige Angelegenheiten

¹ Die auswärtigen Angelegenheiten sind Sache des Bundes.

² Der Bund setzt sich ein für die Wahrung der Unabhängigkeit der Schweiz und für ihre Wohlfahrt; er trägt namentlich bei zur Linderung von Not und Armut in der Welt, zur Achtung der Menschenrechte und zur Förderung der Demokratie, zu einem friedlichen Zusammenleben der Völker sowie zur Erhaltung der natürlichen Lebensgrundlagen.

^{2bis} Er wirkt am Prozess der europäischen Integration mit. «Die Schweiz ist Mitglied des Europarates und» strebt eine aktive und enge Zusammenarbeit mit der Europäischen Union an.

³ Er nimmt Rücksicht auf die Zuständigkeiten der Kantone und wahrt ihre Interessen.

Damit findet auch die zentrale Bedeutung des Europarats in angemessener Weise verfassungsrechtlich ihren Niederschlag. Der Europarat bildet als europäische «Basisorganisation» gerade für die Schweiz als Nicht-EU-Mitglied eine wichtige Plattform, um bei der paneuropäischen Weiterentwicklung in den vom Europarat abgedeckten Politikbereichen aktiv mitzuwirken. Zentral ist dabei die EMRK, welche in der Schweiz faktisch ohnehin bereits Verfassungsrang genießt und als Korrektiv für die nach wie vor fehlende Verfassungsgerichtsbarkeit auf Stufe Bund fungiert.⁴¹ Ein Seitenblick auf die Verfassungstradition in Europa zeigt, dass es durchaus Verfassungen gibt, in denen auf die zentrale Rolle des internationalen Menschenrechtsschutzes, unter Umständen unter direkter Bezugnahme auf die EMRK, hingewiesen wird.⁴²

Darüber hinaus wäre es denkbar, weitere für die Schweiz bedeutsame Organisationen und Vertragswerke (auch über Europa hinaus und damit den Rahmen eines Europa-Artikels sprengend) namentlich aufzuführen und verfassungsrechtlich auszuweisen. Dabei dürfte es sich als anspruchsvoll erweisen, eine stimmige Auswahl zu treffen. In jedem Fall darf die exklusive Bezugnahme im vorgeschlagenen Art. 54 Abs. 2^{bis} BV nur auf die EU und allenfalls den Europarat nicht als bewusste Gering(er)schätzung weiterer, nicht namentlich genannter Organisationen und Vertragswerke verstanden werden. Das müsste in den Materialien deutlich zum Ausdruck gebracht werden. Es liegt mit Blick auf die Bedeutung etwa der UNO-Pakte I und II, der Welthandelsorganisation (WTO), der *Bretton Woods*-Institutionen, der Organisation für wirtschaftliche

⁴¹ S. zum Verhältnis der BV zur EMRK BGE 139 I 16, 28ff. E. 5; GIOVANNI BIAGGINI, «Über die Auslegung der Bundesverfassung und ihr Verhältnis zur EMRK – Bemerkungen aus Anlass des denkwürdigen, aber nicht durchweg überzeugenden Urteils des Bundesgerichts 2C_828/2011 (= BGE 139 I 16) vom 12. Oktober 2012 i.S. X. betreffend die Tragweite der sog. Ausschaffungsinitiative (Art. 121 Abs. 3–6 BV)», ZBl (2013), S. 316; ULRICH HÄFELIN, WALTER HALLER, & HELEN KELLER, *Schweizerisches Bundesstaatsrecht*, 8. Aufl., Zürich 2012, Rzz. 235–242; zur fehlenden Verfassungsgerichtsbarkeit auch unten Fn. 47.

⁴² S. etwa Art. 65 Abs. 1 der maltesischen Verfassung, Art. 20 der rumänischen Verfassung, Kap. II Art. 19 der schwedischen Regierungsform, Art. 7 Abs. 5 der slowakischen Verfassung; Art. 16a Abs. 5 des deutschen Grundgesetzes (wie notabene auch Art. 78 Abs. 1 AEUV) nimmt darüber hinaus spezifisch für den Bereich des Asylrechts auf die Genfer Flüchtlingskonvention Bezug.

Zusammenarbeit und Entwicklung (OECD), der Organisation für Sicherheit und Zusammenarbeit in Europa (OSZE), der UNO-Kinderrechtskonvention, der Genfer Konventionen zum Schutz des humanitären Völkerrechts oder der Genfer Flüchtlingskonvention für die Staatengemeinschaft und damit auch für die Schweiz folglich *kein* qualifiziertes Schweigen des Verfassungsgebers vor. Die exklusive Bezugnahme auf die EU und allenfalls den Europarat lässt sich vor dem Hintergrund rechtfertigen, dass ein Europa-Artikel als direkte Antwort auf den 9. Februar 2014 vorgeschlagen wird und gleichzeitig mit der Aufhebung von Art. 121a und Art. 197 Ziff. 11 BV eingeführt werden soll.

B. Alternative zu Art. 121a und Art. 197 Ziff. 11 BV

Es ist fraglich, ob ein allgemein gehaltener Europa-Artikel in Gestalt des vorgeschlagenen Art. 54 Abs. 2^{bis} BV in einer Volksabstimmung, in der gleichzeitig über die Aufhebung von Art. 121a und Art. 197 Ziff. 11 BV entschieden würde, realistische Chancen hätte. Er kommt wie erwähnt zumindest *prima vista* etwas blutleer und unspektakulär daher. Es kann mit guten Gründen argumentiert werden, die Verfassung müsse die Sorgen und Ängste, welche am 9. Februar 2014 zur Annahme der Volksinitiative «Gegen Masseneinwanderung» geführt haben, weiterhin reflektieren und Antworten darauf bereithalten. Vor diesem Hintergrund wäre denkbar, im Zug der Aufhebung von Art. 121a und Art. 197 Ziff. 11 BV nicht nur einen allgemein formulierten Europa-Artikel einzuführen, sondern zusätzlich einen Absatz, der den Bund verpflichtet, die negativen Folgen der Zuwanderung zu bedenken und flankierende Massnahmen zu erlassen. Ein Vorschlag könnte wie folgt lauten:

Art. 54 Auswärtige Angelegenheiten

¹ Die auswärtigen Angelegenheiten sind Sache des Bundes.

² Der Bund setzt sich ein für die Wahrung der Unabhängigkeit der Schweiz und für ihre Wohlfahrt; er trägt namentlich bei zur Linderung von Not und Armut in der Welt, zur Achtung der Menschenrechte und zur Förderung der Demokratie, zu einem friedlichen Zusammenleben der Völker sowie zur Erhaltung der natürlichen Lebensgrundlagen.

^{2bis} Er wirkt am Prozess der europäischen Integration mit. Die Schweiz ist Mitglied des Europarates und strebt eine aktive und enge Zusammenarbeit mit der Europäischen Union an.

^{«2ter} *Er berücksichtigt bei der Aushandlung und Umsetzung völkerrechtlicher Verträge insbesondere die gesamtwirtschaftlichen Interessen der Schweiz, die Bedürfnisse der Wohnbevölkerung und die natürlichen Lebensgrundlagen in der Schweiz. Er erlässt im Rahmen seiner Zuständigkeiten flankierende Massnahmen».*

³ Er nimmt Rücksicht auf die Zuständigkeiten der Kantone und wahrt ihre Interessen.

Auch Art. 54 Abs. 2^{ter} BV ist programmatischer Natur. Er verpflichtet den Bund bei der Gestaltung der auswärtigen Beziehungen nicht nur zur Berücksichtigung der gesamtwirtschaftlichen Interessen der Schweiz, sondern ausdrücklich auch zur Berücksichtigung der Bedürfnisse der Wohnbevölkerung und der natürlichen Lebensgrundlagen. Damit klingt die Nähe zu Art. 121a BV an. Stichworte dazu sind «Dichtestress», «Sozialtourismus», «Ausverkauf der Heimat», «Explosion der Mieten» oder «Lohndumping».⁴³ Der Bund wird beauftragt, in Ergänzung zur weiteren staatsvertraglichen Einbettung der Schweiz in die europäische und globale Staatengemeinschaft auf Gesetzes- und Verordnungsstufe begleitende Massnahmen zu treffen. Dieser Handlungsauftrag schafft keine neuen Bundeskompetenzen. Entsprechende Zuständigkeiten ergeben sich aus anderen Bestimmungen bzw. müssten bei Bedarf separat geschaffen werden.

Diese Variante wäre wohl die politisch chancenreichste, sofern Volk und Stände in naher Zukunft, d.h. zeitnah zur Annahme der Volksinitiative «Gegen Masseneinwanderung» vom 9. Februar 2014, nochmals über Art. 121a und Art. 197 Ziff. 11 BV und die damit unter Umständen verbundene radikale Abkehr von der aktuellen schweizerischen Europapolitik befinden werden.

IV. Epilog

Dieser Beitrag hat dargelegt, dass eine Umsetzung von Art. 121a BV, welche die Vorgaben dieser Bestimmung *und* die Vorgaben des Freizügigkeitsabkommens respektiert, nicht möglich ist. Damit ist die nochmalige Befassung durch Volk und Stände zwingend, sofern keine wesentliche Neuverhandlung des Abkommens gelingt und eine Kündigung des Abkommens nicht erwünscht ist. Diesfalls besteht die wohl eleganteste Lösung darin, Volk und Ständen die Aufhebung von Art. 121a und Art. 197 Ziff. 11 BV und gleichzeitig die Einführung eines neuen Europa-Artikels (Art. 54 Abs. 2^{bis} und Abs. 2^{ter} BV) vorzuschlagen.

Das Bewusstsein für die verfassungsrechtlichen Grenzen der Umsetzung von Art. 121a BV scheint allerdings gering. In der breiteren Öffentlichkeit herrscht

⁴³ S. zu den innenpolitischen Herausforderungen bei der Umsetzung der Volksinitiative «Gegen Masseneinwanderung» WALTER LEIMGRUBER, «Phantomschmerz der Globalisierung», NZZ vom 17. November 2014, S. 15.

die Meinung vor, wonach mittels «grosszügiger», «kreativer» oder «pragmatischer» Lesart von Art. 121a BV eine Umsetzungsgesetzgebung denkbar ist, welche das Fortbestehen des Freizügigkeitsabkommens nicht in Frage stellt – ganz im Sinne der guteidgenössischen Politik des *muddling through*.⁴⁴ Als Präjudiz für eine extrakonstitutionelle Auslegung einer Verfassungsbestimmung wird mitunter auf die Umsetzung von Art. 84 BV (Alpenschutzinitiative) hingewiesen, deren konkrete Verlagerungsvorgaben vor allem mit Blick auf die Verhandlungen über das schliesslich am 21. Juni 1999 unterzeichnete Abkommen zwischen der Schweiz und der EG über den Güter- und Personenverkehr auf Schiene und Strasse auf Gesetzesstufe «auf wundersame, verfassungsrechtlich schwer nachvollziehbare Weise»⁴⁵ in ein dehnbares, grosszügiges Verlagerungsziel umgedeutet wurden. Im Ergebnis offenbart sich dabei eine frappante Geringschätzung der Verfassung als «rechtlicher Grundordnung des Staates».⁴⁶ Die allgemein feststellbare Tendenz des schwindenden Respekts vor der Verfassung wird wohl nicht zuletzt durch die fehlende Verfassungsgerichtsbarkeit befördert.⁴⁷ Bundesgesetze sind gemäss Art. 190 BV für das Bundesgericht und die anderen rechtsanwendenden Behörden massgebend und können nicht auf ihre Verfassungsmässigkeit überprüft werden. Damit hat die Bundesversammlung auch im Rahmen der Umsetzungsgesetzgebung zu Art. 121a BV weitgehend freie Hand: *Berna locuta, causa finita*. Vor diesem Hintergrund sind auch diejenigen Stimmen zu verstehen, welche eine nochmalige Befassung von Volk und Ständen als Zwängerei bzw. als «grundfalsch» und «anmassend»⁴⁸ abtun. Dem ist offenkundig nicht so. Art. 192 Abs. 1 BV hält ausdrücklich fest, dass die Bundesverfassung *jederzeit* ganz oder teilweise revidiert werden kann; es gibt keine Karenz- oder Wartezeiten. Mit Blick auf Art. 121a und Art. 197 Ziff. 11 BV drängt die Zeit. Die Umsetzungsgesetzgebung muss drei Jahre nach Annahme der neuen Bestim-

⁴⁴ Thomas Cottier, Arena vom 3. Oktober 2014, <www.srf.ch> und Link zu Sendungen/Arena.

⁴⁵ BIAGGINI (Fn. 4), Art. 84 Rz. 9; s. auch MARTIN LENDI & STEFAN VOGEL, in: Bernhard Ehrenzeller et al. (Hrsg.), St. Galler BV-Kommentar, Zürich/St. Gallen 2014, Art. 84 Rz. 13; Art. 3 des Güterverkehrsverlagerungsgesetzes vom 19. Dezember 2008 (SR 740.1).

⁴⁶ WERNER KÄGI, *Die Verfassung als rechtliche Grundordnung des Staates*, Wädenswil 1945.

⁴⁷ S. zur Forderung der Einführung einer Verfassungsgerichtsbarkeit etwa ANDREAS AUER & ALAIN GRIFFEL, «Die schweizerische Bundesverfassung ohne Artikel 190», in: Justice – Justiz – Giustizia 2012/1; GIOVANNI BIAGGINI, «Ausbau der Verfassungsgerichtsbarkeit: ersatzlose Aufhebung von Art. 190 BV als optimaler Weg?», ZBJV (2012), S. 241, 260.

⁴⁸ NR GERHARD PFISTER, Arena vom 3. Oktober 2014, <www.srf.ch> und Link zu Sendungen/Arena.

mungen, d.h. bis 8. Februar 2017, in Kraft treten. Das Risiko einer Beendigung des Freizügigkeitsabkommens sowie allenfalls weiterer, rechtlich und/oder politisch damit zusammenhängender Abkommen ist damit real. Die Folgen einer Beendigung wären einschneidend. Vor diesem Hintergrund scheint eine nochmalige Verfassungsabstimmung ein Gebot der politischen Ehrlichkeit. Volk und Stände bleiben in ihrer Entscheidung selbstredend frei. Sie können den Entscheid vom 9. Februar 2014 bestätigen und die damit zusammenhängende Kursänderung der bisherigen schweizerischen Europapolitik ausdrücklich absegnen – oder sie können den Entscheid vom 9. Februar 2014 korrigieren und sich für die Weiterführung des bilateralen Wegs in seiner aktuellen Form aussprechen.

Die Volksinitiative «Gegen Masseneinwanderung» fügt sich nahtlos in eine Reihe von erfolgreichen Volksinitiativen ein, welche punktuell im Widerspruch zu völkerrechtlichen Verpflichtungen der Schweiz stehen. Im Vordergrund steht dabei die EMRK; auch die bilateralen Verträge mit der EU rücken vermehrt in den Fokus.⁴⁹ Das ist eine bedenkliche Entwicklung. Initiativtexte werden bewusst so formuliert, dass damit völkerrechtliche Verpflichtungen in Frage gestellt werden, ohne den direkten Angriff auf die entsprechenden Mitgliedschaften oder Vertragswerke zu wagen. Entsprechend schwierig gestaltet sich die Umsetzung von angenommenen Initiativtexten. Vor diesem Hintergrund wird vereinzelt gefordert, über den Ungültigkeitsgrund des zwingenden Völkerrechts (Art. 139 Abs. 3 und Art. 194 Abs. 2 BV) hinaus weitere materielle Ungültigkeitsgründe zu definieren. So wird etwa vorgeschlagen, Initiativen zu verbieten, welche gegen grundrechtliche Kerngehalte, generell gegen Grund- und Menschenrechte oder gegen völkerrechtliche Bestimmungen «von vitaler Bedeutung» für die Schweiz verstossen.⁵⁰ Des Weiteren wird angeregt,

⁴⁹ S. Art. 72 Abs. 3 BV (Volksinitiative «Gegen den Bau von Minaretten»), Art. 121 Abs. 3 BV (Volksinitiative «für die Ausschaffung krimineller Ausländer [Ausschaffungsinitiative]»), Art. 123a BV (Volksinitiative «Lebenslange Verwahrung für nicht therapierbare, extrem gefährliche Sexual- und Gewaltstraftäter»), Art. 123c BV (Volksinitiative «Pädophile sollen nicht mehr mit Kindern arbeiten dürfen»).

⁵⁰ Dazu etwa Bericht des Bundesrates über das Verhältnis von Völkerrecht und Landesrecht vom 5. März 2010, BBl 2010 2263; Zusatzbericht des Bundesrates vom 30. März 2011 über das Verhältnis von Völkerrecht und Landesrecht, BBl 2011 3613; ANDREAS AUER, NICOLAS AUBERT & EVREN SOMER, «So besser nicht: Kritische Anmerkungen zum materiellen Vorprüfungsverfahren für Volksinitiativen im Bund», AJP (2013), S. 659; BERNHARD EHRENZELLER & GABRIEL GERTSCH, in: Bernhard Ehrenzeller et al. (Hrsg.), St. Galler BV-Kommentar, Zürich/St. Gallen 2014, Art. 139 Rz. 53; HELEN KELLER, MARKUS LANTER & ANDREAS FISCHER, «Volksinitiativen und Völkerrecht: die Zeit ist reif für eine Verfassungsänderung», ZBl (2008), S. 121, 149; GIUSEP NAY, «Das Volk hat nicht immer Recht», in: Andrea Good & Bettina Platipodis (Hrsg.),

die Vermutung der völkerrechtskonformen Umsetzung von Volksinitiativen in der Bundesverfassung aufzunehmen.⁵¹ Auch mit Blick auf die Einführung eines Europa-Artikels stellt sich die Frage, ob ergänzend zu einem allgemeinen Bekenntnis zu Europa (Art. 54 Abs. 2^{bis} BV) und zum Auftrag, flankierende Massnahmen zu ergreifen (Art. 54 Abs. 2^{ter} BV), eine gewisse «Immunsisierung» des bilateralen *Acquis* und der EMRK anzustreben wäre. *Prima vista* scheint es wohl sinnvoller, einen dergestalt «qualifizierten Schutz» dieser für die Schweiz «vitalen» Vertragswerke systematisch nicht im Rahmen eines Europa-Artikels vorzusehen, sondern bei der Umschreibung von zusätzlichen materiellen Ungültigkeitsgründen in Art. 139 Abs. 3 und Art. 194 Abs. 2 BV. Auch eine zusätzliche «Immunsisierung» im Rahmen von Art. 190 BV oder die Aufnahme einer Vermutung zugunsten der Völkerrechtsvereinbarkeit eines Initiativtexts wären denkbar. Diese Fragen gehen letztlich über die Bewältigung der Folgen des Entscheids vom 9. Februar 2014 hinaus und betreffen das Verhältnis von direkter Demokratie und Völkerrecht in einer allgemeinen Form. Ein Europa-Artikel, wie er in diesem Beitrag vorgeschlagen wird, klammert diese Fragen – nicht zuletzt mit Blick auf seine Chancen in einer allfälligen Volksabstimmung – bewusst aus.

Direkte Demokratie, Festschrift für Andreas Auer zum 65. Geburtstag, Bern 2013, S. 163; MARKUS SCHEFER & ALEXANDRA ZIMMERMANN, «Materielle Schranken der Verfassungsgebung», *LeGes* (2011), S. 343; JOHANNES REICH, «Direkte Demokratie und völkerrechtliche Verpflichtungen im Konflikt», *ZaöRV* (2008), S. 979.

⁵¹ Volksinitiativen und Völkerrecht, Kurzanalyse von *foraus* vom November 2014, einsehbar unter <www.foraus.ch>.