

1. Das Bundesgericht – genauer: die II. öffentlich-rechtliche Abteilung – äussert sich einleitend grundlegend zum Verhältnis des schweizerischen Rechts zum FZA. Es beschäftigt sich mit zentralen Rechtsfragen, welche sich seit der Annahme der Masseneinwanderungsinitiative am 9. Februar 2014 stellen, und steckt den Handlungsspielraum bei der Umsetzung der neuen Verfassungsbestimmung (Art. 121a BV) ab. Dabei handelt es sich um zwei *obiter dicta*, d.h. um rechtliche Aussagen, welche für die Beurteilung des hängigen Rechtsstreits zwar nicht entscheidend sind, in einem künftigen gerichtlichen Verfahren aber gleichwohl bedeutsam sein können (s. dazu auch *G. Biaggini*, in diesem Heft S. 169 f.).

2. Das erste *obiter dictum* betrifft das Gebot der europakompatiblen Auslegung. Das FZA wird gestützt auf die Auslegungsmethoden gemäss Art. 31–33 WVRK ausgelegt. In denjenigen Fällen, in denen eine Norm auf EU-Recht beruht und die *ratio legis* dahin geht, die Schweiz sektoriell in den europäischen Rechtsraum zu integrieren, kommt dem Ziel und Zweck der Norm eine besondere Bedeutung zu. Diesfalls sind die Behörden gehalten, eine möglichst parallele Rechtslage anzustreben und die Urteile des EuGH zu EU-rechtlichen Parallelbestimmungen zu befolgen. Dies gilt nicht nur für diejenigen Urteile, welche vor der Unterzeichnung des Abkommens (21. Juni 1999) ergangen sind und für die eine Berücksichtigungspflicht besteht (Art. 16 Abs. 2 FZA), sondern auch für die seither ergangene Spruchpraxis des EuGH. Abweichungen sind nur bei Vorliegen «triftiger» Gründe denkbar (E. 3.1).

Im vorliegenden Urteil stellt die II. öffentlich-rechtliche Abteilung klar, dass sich mit der Annahme der Masseneinwanderungsinitiative an der grundlegenden Bedeutung und Wirkungsweise des Gebots der europakompatiblen Auslegung nichts geändert hat. Art. 121a BV führt nicht dazu, dass das FZA restriktiv(er) ausgelegt werden soll; ebenso wenig stellt die Zielsetzung von Art. 121a BV, die Zuwanderung eigenständig zu steuern, in genereller Weise einen «triftigen» Grund dar, um die einschlägigen Präjudizien des EuGH nicht mehr zu befolgen (E. 3.2). Die Begründung verdient Zustimmung:

– Die Schweiz und die EU haben vertraglich vereinbart, die Freizügigkeit zwischen ihnen auf der Grundlage der in der EU geltenden Bestimmungen zu verwirklichen (Präambel). Damit hat sich die Schweiz bewusst dafür entschieden, sektoriell an den unionalen Rechtsraum «anzudocken». Mit Blick auf den Sinn und Zweck des FZA, sektoriell eine möglichst parallele Rechtslage zu schaffen, ist es dabei unumgänglich, dass die Behörden der Vertragsparteien die Präjudizienwirkung von einschlägigen EuGH-Urteilen grundsätzlich akzeptieren. Das gute Funktionieren der sektoriellen Teilhabe der Schweiz setzt voraus, dass die Rechte und Pflichten einheitlich ausgelegt und angewendet werden. Aus diesem Grund wäre es mit der in Art. 31 WVRK enthaltenen Verpflichtung, das FZA (auch) «nach Treu und Glauben» und «im Lichte seines Zieles und Zwe-

ckes» auszulegen, nicht leichthin vereinbar, unter Rekurs auf Art. 121a BV von der bewährten Methodik zur Auslegung des FZA abzurücken.

- Die II. öffentlich-rechtliche Abteilung begründet dieses Ergebnis weiter mit dem Vorrang des FZA (E. 3.3; s. unten 3.). Es wäre in der Tat merkwürdig, den umfassenden Vorrang des FZA damit zu begründen, dass es beim FZA «um eine Angleichung der Rechtsordnung (sektorielle Beteiligung am Binnenmarkt) geht» (E. 3.2), gleichzeitig jedoch die rechtsanwendenden Behörden anzuweisen, bei der Auslegung des FZA einschlägige Urteile des EuGH nur selektiv zu befolgen.

In Ergänzung zu den bundesgerichtlichen Erwägungen fällt ein weiteres Argument ins Licht: Es wäre enorm schwierig, die Konsequenzen einer Praxisänderung bei der Auslegung des FZA zuverlässig abzuschätzen. Die Rechtssicherheit wäre beeinträchtigt. In welchen Konstellationen würde eine restriktive(re) Auslegung der vertraglich gewährleisteten Freizügigkeitsrechte tatsächlich zum Tragen kommen? Würde sich die Anleitung, das FZA in bewusster Abweichung von EuGH-Präjudizien auszulegen, nur auf zukünftige EuGH-Urteile beziehen? Oder würde es auch allzu «freizügigkeitsfreundliche» EuGH-Präjudizien betreffen, welche zwischen 1999 und 2014 ergingen und vom Bundesgericht befolgt wurden, in Zukunft aber nicht mehr zu berücksichtigen wären?

Die bundesgerichtliche Bestätigung der zentralen Bedeutung des Gebots der europakompatiblen Auslegung bedeutet nicht, dass EuGH-Urteile blindlings befolgt werden müssen. Die II. öffentlich-rechtliche Abteilung betont zum wiederholten Mal, dass es in triftig begründeten Ausnahmefällen angezeigt sein kann, von einem EuGH-Urteil abzuweichen. Autonome Auslegungen bleiben ausnahmsweise möglich und sind zulässig (Art. 16 Abs. 2 FZA). Soweit ersichtlich ist das Bundesgericht bis anhin allerdings noch nie von einem einschlägigen EuGH-Urteil abgewichen; entsprechende Präjudizien sucht man vergeblich. Darüber hinaus – d.h. ohne Nachweis eines triftigen Grundes – drängt sich eine autonome Auslegung ohnehin immer dann auf, wenn eine bilaterale Norm einen anderen Zweck verfolgt als die ähnlich oder wortgleich formulierte Bestimmung des EU-Rechts, d.h. wenn die Zielsetzung gerade nicht darin liegt, das in der EU geltende Recht auf das Verhältnis zur Schweiz auszuweiten. Dies ist etwa dann der Fall, wenn Ansprüche nicht (primär) gestützt auf die klassischen Freizügigkeitsrechte (i.V.m. dem allgemeinen Diskriminierungsverbot) weiterentwickelt werden, sondern gestützt auf die Unionsbürgerschaft (Art. 20 AEUV) bzw. deren Kernbestand (E. 5.2; s. auch BGE 139 II 393, E. 4.1.2). Die Unionsbürgerschaft ist ein Institut zur «Schaffung einer immer engeren Union der Völker Europas» (Präambel zum EUV), welches im Verhältnis Schweiz-EU nicht greift.

3. Im zweiten *obiter dictum* etabliert die II. öffentlich-rechtliche Abteilung den Vorrang des FZA vor widersprechendem Gesetzesrecht. Daran ändert auch eine bewusste Missachtung der vertraglichen Verpflichtungen durch den Gesetzgeber nichts: Die sog. «Schubert-Praxis» gilt «im Verhältnis zur Europäischen Union und

den von der Schweiz im Freizügigkeitsrecht staatsvertraglich eingegangenen Pflichten nicht» (E. 3.2). Die II. öffentlich-rechtliche Abteilung beruft sich dabei auch auf ein Urteil von 2007, in dem die I. sozialrechtliche Abteilung den Vorrang des Diskriminierungsverbots gemäss Art. 9 Abs. 2 Anhang I FZA anerkannte (E. 3.2; BGE 133 V 367 = Pra 97 [2008] Nr. 71). Der bundesgerichtliche Grundentscheid für den umfassenden Vorrang des FZA folgt einer nachvollziehbaren Logik, wenngleich die Begründung dafür merklich knapp ausfällt und diverse Fragen aufwirft:

- Die II. öffentlich-rechtliche Abteilung verweist einleitend auf die ständige Praxis, wonach die Schubert-Praxis nicht gilt, wenn menschenrechtliche Verpflichtungen der Schweiz in Frage stehen (E. 3.2; sog. PKK-Gegenausnahme). Sie rekapituliert sodann einen Teil der Gründe, welche im Urteil von 2007 dazu führten, den Vorrang des Diskriminierungsverbots anzuerkennen (demokratische Legitimation des FZA durch Annahme in einer Volksabstimmung; Gewährleistung des gerichtlichen Rechtsschutzes, was toter Buchstabe bliebe, wenn die Behörden abweichendes nationales Recht anwenden würden; «Reziprozität» mit Blick auf die Tatsache, dass die EU-Mitgliedstaaten *qua* EU-Recht verpflichtet sind, dem FZA den Vorrang einzuräumen). Das zentrale Argument im Urteil von 2007, wonach das freizügigkeitsrechtliche Diskriminierungsverbot «den Bestimmungen des internationalen Rechts, die den Schutz der Menschenrechte zum Zweck haben, gleichzusetzen» (ibid., E. 11.2) ist und von der PKK-Gegenausnahme erfasst wird, findet im vorliegenden Urteil demgegenüber keinen Niederschlag. Die PKK-Gegenausnahme scheint für die II. öffentlich-rechtliche Abteilung mit Blick auf das FZA keine tragfähige Bedeutung zu haben. Diese Kehrtwende mag damit zusammenhängen, dass beim FZA – im Unterschied zur EMRK (s. Art. 46 EMRK) – kein gerichtsförmiger internationaler Durchsetzungsmechanismus besteht und damit ein zentrales Argument für die PKK-Gegenausnahme im bilateralen Verhältnis Schweiz-EU nicht greift. Des Weiteren wäre es – über das Diskriminierungsverbot hinaus – wohl kaum möglich, sämtliche Rechte im FZA dem internationalen Menschenrechtsschutz zuzuordnen.
- Stattdessen legt die II. öffentlich-rechtliche Abteilung eine neue Begründung vor. Die Schubert-Praxis gilt im Anwendungsbereich des FZA nicht, weil «es dabei über die Realisierung der teilweise übernommenen Grundfreiheit um eine Angleichung der Rechtsordnung (sektorielle Beteiligung am Binnenmarkt) geht, welche für die EU-Mitgliedstaaten ihrerseits direkt anwendbar ist (...) und für welche kraft Unionsrecht der Vorrang dieser Rechtsordnung ebenfalls Geltung hat (...)» (E. 3.2). Dabei verweist die II. öffentlich-rechtliche Abteilung auf die grundlegenden Urteile des EuGH zum Vorrang des EU-Rechts und zu seiner unmittelbaren Anwendbarkeit (Urteil van Gend en Loos, 26/62, EU:C:1963:1; Urteil Costa/E.N.E.L., 6/64, EU:C:1964:66). Im Ergebnis billigt die II. öffentlich-rechtliche Abteilung dem FZA damit – unausgesprochen – eine neuartige Rechtsqualität zu. Formell steckt das FZA zwar nach wie vor in einem klassisch völkerrechtlichen Kleid. Inhaltlich sprengt das FZA diesen Rahmen aber. Es visiert eine (deutlich) weiter gehende Integrationstiefe an. Die Schweiz beteiligt

sich in den vom FZA erfassten Bereichen in einer mitgliedstaatsähnlichen Weise an der unionalen Personenfreizügigkeit. Vor diesem Hintergrund ist es ein kleiner Schritt, in Analogie zum EU-Recht von einem umfassenden Vorrang des FZA auszugehen und so die Funktionsfähigkeit des Abkommens zu sichern. Gleichzeitig äussert sich die II. öffentlich-rechtliche Abteilung nicht zu den Unterschieden in der Stellung der Schweiz zum europäischen Integrationsprozess im Vergleich zu den EU-Mitgliedstaaten. Die Schweiz ist und bleibt ein Drittstaat ohne institutionelle Einbindung und direkte Einflussmöglichkeit auf die Weiterentwicklung des EU-Rechts, welches nach seiner formellen Übernahme auch im bilateralen Verhältnis massgeblich ist (so hat es etwa der EFTA-Gerichtshof bis dato abgelehnt, einen Vorrang des EWR-Rechts und seine unmittelbare Anwendbarkeit anzuerkennen, s. Urteil E-9/07 und E-10/07, L'Oréal Norge, Rz. 22). Auch die Tatsache, dass in der EU mit dem Vorabentscheidungsverfahren (Art. 267 AEUV) ein Mechanismus zur Verfügung steht, mit dem mitgliedstaatliche Gerichte den EuGH mit der Auslegung des unionalen Primärrechts und der Auslegung und Gültigkeit des unionalen Sekundärrechts befassen können, zu dem schweizerische Gerichte aber keinen Zugang haben, wird nicht thematisiert. – Die bundesgerichtliche Begründung für die Anerkennung des Vorrangs des FZA löst eine Fülle von Fragen aus, welche vorderhand unbeantwortet bleiben. Es ist offen, ob der Vorrang auch gegenüber direkt anwendbarem Verfassungsrecht wirkt; die Ausführungen der II. öffentlich-rechtlichen Abteilung enthalten *prima vista* jedenfalls keine Anhaltspunkte, weshalb dies nicht der Fall sein sollte. Des Weiteren bleibt ungeklärt, ob sich der Vorrang auch auf weitere bilaterale Abkommen zwischen der Schweiz und der EU erstreckt. Offensichtliche «Kandidaten» dafür wären etwa das Luftverkehrsabkommen von 1999 (SR 0.748.127.192.68) und die Schengen- und Dublin-Assoziierungsabkommen von 2004 (SR 0.362.31; SR 0.142.392.68), welche in ähnlicher Weise wie das FZA eine sektoriell weitgehende Integration in den unionalen Rechtsraum vorsehen, im Unterschied zum FZA aber keine Rechtsangleichung *qua* Grundfreiheit avisieren. Schliesslich bleibt unbeantwortet, ob der Vorrang tatsächlich – wie die bundesgerichtlichen Ausführungen suggerieren – unbedingt bzw. schrankenlos wirkt, oder ob sich das Bundesgericht vorbehält, in Ausnahmefällen den Vorrang zu verneinen und die schweizerische Norm anzuwenden. So wäre es – etwa analog zu den vom deutschen Bundesverfassungsgericht bei der Anerkennung des Vorrangs von EU-Recht entwickelten Vorbehalten des hinreichenden Grundrechtsschutzes und der Ultra-vires-Kontrolle (s. dazu M. Oesch, *Europarecht*, 2015, Rz. 134–140, 330–338) – denkbar, dass das Bundesgericht eine bilateral einschlägige EU-Verordnung nicht anwendet, weil sie gegen Grundrechte verstösst, oder ein EuGH-Urteil zu einer EU-rechtlichen Parallelbestimmung nicht befolgt, weil der EuGH dabei die Grenzen der zulässigen Auslegung offensichtlich überschritten und das vertraglich Vorgesehene in unzulässiger Weise weiterentwickelt hat.

– Die II. öffentlich-rechtliche Abteilung unterstreicht ihr Diktum, das FZA beanspruche Vorrang vor kollidierendem Gesetzesrecht, mit dem Hinweis auf den Wortlaut und die Systematik von Art. 121a BV und – unausgesprochen – Art. 197 Ziff. 11 BV. Gemäss der II. öffentlich-rechtlichen Abteilung gehen diese Bestimmungen selbst von einem solchen Verständnis des Verhältnisses zwischen Völkerrecht und abweichendem Landesrecht aus (E. 3.2). Es ist allerdings fraglich, ob dies – wie das Bundesgericht etwas gar apodiktisch feststellt – in der Tat der Fall ist. Art. 121a und Art. 197 Ziff. 11 BV äussern sich nicht ausdrücklich zur Kollisionsfrage. Die Frage, wie die Behörden im Fall eines Widerspruchs vorzugehen haben, wird – aus Sicht der Initianten wohl bewusst (?) – offen gelassen. Die Botschaft, welche die II. öffentlich-rechtliche Abteilung mit der Anerkennung des umfassenden Vorrangs des FZA aussendet, ist klar: Sie erteilt den Vorschlägen eine Absage, Art. 121a BV notfalls – d.h. sofern keine Verhandlungslösung mit der EU zustande kommt – in FZA-widriger Weise umzusetzen. Im Fall eines Widerspruchs zwischen dem FZA und der landesrechtlichen Umsetzung von Art. 121a BV geht das Erstere vor. Die rechtsanwendenden Behörden wären weiterhin verpflichtet, freizügigkeitsrechtliche Ansprüche gestützt auf das FZA zu gewähren; FZA-widrige Umsetzungsmassnahmen blieben toter Buchstabe. Die Rechtsauffassung der II. öffentlich-rechtlichen Abteilung schafft – unter der Voraussetzung, dass sie dereinst auch von den anderen Abteilungen des Bundesgerichts geteilt wird – Rechtssicherheit und aussenpolitische Glaubwürdigkeit der Schweiz (eine Aufgabe, welche idealerweise wohl durch den Verfassungsgeber selbst wahrgenommen würde, was sich in der politischen Realität aber zunehmend als illusorisch erweist). Der Bundesrat nimmt in seiner Botschaft zur Änderung des Ausländergesetzes (Steuerung der Zuwanderung und Vollzugsverbesserungen bei den Freizügigkeitsabkommen) vom 4. März 2016 auf das bundesgerichtliche Diktum Bezug (ibid., S. 14). Nun liegt es am Parlament, die Kernaussage des Urteils zu beherzigen: Sofern keine Verhandlungslösung mit der EU zustande kommt, besteht die einzige Möglichkeit, die Zuwanderung nach Massgabe von Art. 121a BV eigenständig zu steuern und zu diesem Zweck jährliche Höchstzahlen und einen Schweizervorrang einzuführen, darin, das FZA zu kündigen. Sofern das FZA nicht gekündigt werden soll, führt nichts an einer nochmaligen Verfassungsabstimmung vorbei (s. *M. Oesch*, Ein Europa-Artikel für die schweizerische Bundesverfassung, in: *A. Glaser/L. Langer* (Hrsg.), *Die Verfassungsdynamik der europäischen Integration und demokratische Partizipation*, 2015, S. 163, 170–184).

4. In der Sache weist das Bundesgericht alle vorgebrachten Beschwerdegründe ab. Erwähnung verdienen die Ausführungen zum allfälligen (abgeleiteten) Anspruch der drittstaatsangehörigen Mutter des Sohnes, welcher sich in der Schweiz in Ausbildung befindet und gestützt auf Art. 3 Abs. 6 Anhang I FZA über ein gesichertes (originäres) Aufenthaltsrecht verfügt (E. 4). Die Mutter bringt vor, ihr stünde ein Aufenthaltsrecht zu, weil sie die elterliche Sorge über ihren Sohn wahrnehme; unbeachtlich sei mit Blick auf die Praxis des EuGH und des Bundes-

gerichts, dass sie Sozialhilfe beziehe. Das Bundesgericht verneint demgegenüber einen Aufenthaltsanspruch der Mutter. Es begründet dies damit, dass der Verbleib des Sohnes in der Schweiz bereits dadurch sichergestellt sei, dass sein Vater, zu dem der Sohn eine enge Beziehung unterhalte, in der Schweiz lebe; aus diesem Grund sei es nicht notwendig, dass die Mutter während der Ausbildung des Sohnes ebenfalls in der Schweiz verbleibe (E. 4.4). Das Bundesgericht scheint davon auszugehen, dass es sich ganz auf der Linie der bisherigen Praxis bewegt. Es zitiert mehrere eigene Urteile; auch fasst es die Entwicklung der EuGH-Rechtsprechung zu den EU-rechtlichen Parallelbestimmungen zusammen (E. 4.2 und 4.3). Bei genauer Lektüre der einschlägigen EuGH-Urteile scheint die Rechtslage allerdings nicht ganz so klar. In den vom Bundesgericht angeführten Urteilen Ibrahim (C-310/08, EU:C:2010:80) und Teixeira (C-480/08, EU:C:2010:83) entschied der EuGH nämlich, dass dem drittstaatsangehörigen Elternteil, der die elterliche Sorge über ein Kind wahrnimmt, ein Aufenthaltsrecht unabhängig davon zusteht, ob dieser Elternteil über ausreichende Existenzmittel verfügt; die allfällige Anwesenheit und Nähe des anderen Elternteils zum Kind mit der Folge, dass sich dieser Elternteil um das Kind kümmern kann, wurde in diesen Urteilen nicht thematisiert bzw. schien – je nach Lesart – irrelevant (s. auch Urteil Baumbast, C-413/99, EU:C:2002:493). Vor diesem Hintergrund kann mit guten Gründen argumentiert werden, dass die Mutter *in casu* durchaus über ein abgeleitetes Aufenthaltsrecht verfügt hätte. Hier werden künftige Fälle Klarheit schaffen müssen.

Anwaltsrecht

SOLOTHURN

Anwaltliche Berufsregeln, Zulässigkeit von Kritik an Behörden; Art. 12 lit. a BGFA. *In Anbetracht der weitgehenden Freiheit der Anwälte bei der Justizkritik hat die Disziplinarbehörde eine gewisse Zurückhaltung bei der Überprüfung zu üben* (E. 2.2). *Im konkreten Fall äusserte ein Anwalt bei einem Ausstandsgesuch Mutmassungen über angeblich sachfremde Motive eines Gerichts bei der Ankündigung einer reformatio in peius, würdigte diesen Verfahrensschritt u.a. als Massregelung bzw. Disziplinierung seiner Klientschaft und sprach von einem «kontaminierten» Verfahren* (E. 3.1). *Einstufung der fraglichen Ausführungen als nicht sanktionswürdige Übertreibungen* (E. 3.3).

(Bundesgericht, II. öffentlich-rechtliche Abteilung, 6. August 2015, 2C_55/2015.)