

Direkte Demokratie versus EU-Recht?

Die Bewältigung von Konflikten zwischen Volksinitiativen und Personenfreizügigkeitsabkommen Schweiz–EU durch den schweizerischen Gesetzgeber am Beispiel der Masseneinwanderungsinitiative

Irina Lehner

A. Einführung

Am 9. Februar 2014 nahm die schweizerische Stimmbevölkerung die eidgenössische Volksinitiative «gegen Masseneinwanderung» mit 50.3 % Ja-Stimmenanteil bei einer aussergewöhnlich hohen Stimmbeteiligung an.¹ Die Schweiz sollte die Einwanderung neu mittels Höchstzahlen und Kontingenten «eigenständig regeln». Offenkundig stand diese Regelung im Konflikt mit dem Personenfreizügigkeitsabkommen Schweiz-EU (FZA). Im Rahmen der Umsetzungsgesetzgebung musste dieser Konflikt gelöst werden.

Die Umsetzung der neuen Verfassungsbestimmungen oblag dem Gesetzgeber. Damit stand das Parlament vor der spannungsgeladenen Aufgabe, mit FZA und Masseneinwanderungsinitiative «Feuer und Wasser zusammenzubringen»². Der vorliegende Beitrag zeigt anhand des Beispiels der Masseneinwanderungsinitiative auf, aus welchen Gründen diese Aufgabe bei neueren Volksinitiativen besonders schwierig ist, wie das Parlament dabei vorgeht und ob es seine Rolle bei der Bewältigung von Konflikten zwischen direktdemokratisch geschaffenen Normen und dem Personenfreizügigkeitsabkommen Schweiz-EU ausfüllen kann. Dabei soll er Anlass für Überlegungen zur Rolle der Legislative im Umgang mit direktdemokratischen Rechtsetzungsprojekten bieten.

1 BBl 2014 4117.

2 Votum Stöckli, AB SR 2016 931.

B. Konflikt Masseneinwanderungsinitiative – FZA

Mittels der Masseneinwanderungsinitiative wurden neue Bestimmungen in die schweizerische Bundesverfassung (BV) eingefügt: Die Schweiz soll die Zuwanderung von Ausländer*innen eigenständig steuern (Art. 121a Abs. 1 BV), insb. durch jährliche Höchstzahlen und Kontingente (Art. 121a Abs. 2 und 3 BV).³

Die Personenfreizügigkeit gilt gegenüber Angehörigen der EU-Mitgliedstaaten in der Schweiz seit 2001 durch das FZA, das einen zentralen Bestandteil des Pakets an Staatsverträgen der «Bilateralen I» darstellt.⁴ Insb. durch die Übernahme des zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses einschlägigen EU-Sekundärrechts in den Anhängen des FZA ist die Schweiz materiellrechtlich betrachtet mitgliedstaatsähnlich in die EU-Grundfreiheit des Personenverkehrs im Bereich der Arbeitnehmenden eingebunden.⁵

Die Festlegung von Höchstzahlen für den Aufenthalt von erwerbstätigen EU-Staatsbürger*innen ist nicht mit dem FZA, insb. Art. 4 i.V.m. Art. 6 Abs. 1 Satz 1 AH 1 FZA, vereinbar.⁶ Der Konflikt zwischen Masseneinwanderungsinitiative respektive neuem Art. 121a BV und FZA ist nicht nur auf die Kollision einzelner Normen beschränkt.

Die Masseneinwanderungsinitiative strebte eine eigenständige Steuerung der Einwanderung in die Schweiz an – mithin gerade die Abkehr von der Personenfreizügigkeit des FZA. Aus Sicht des Bundesrates vor der Abstimmung führte die Annahme der Initiative zu einer «grundsätzlichen Neuausrichtung der schweizerischen Zulassungspolitik, die mit dem FZA nicht vereinbar ist».⁷ Es kollidierten somit die Grundanliegen zweier Normkomplexe.

3 Botschaft zur Volksinitiative «Gegen Masseneinwanderung» vom 7. Dezember 2012, BBl 2013, 291 (292 und 312). Im vorliegenden Beitrag wird auf die «eigenständige Steuerung» der Zuwanderung mittels Höchstzahlen und Kontingenten fokussiert, die – im Gegensatz zu den Bestimmungen über die Neuverhandlung des FZA (Art. 121a Abs. 4 BV) – einen gesetzgeberischen Umsetzungsauftrag enthält.

4 *Matthias Oesch*, Schweiz – Europäische Union, 2020, Rn. 1 und 27.

5 Allerdings: Institutionell ist die Schweiz nicht ähnlich wie ein Mitgliedstaat der EU anzusehen. Das EU-Recht resp. das bilaterale Recht gilt in der Schweiz in völkerrechtlicher Form; es genießt bspw. keinen absoluten Vorrang und der EuGH ist nicht zuständig für Auslegungstreitigkeiten. *Oesch* (Fn. 4), Rn. 11.

6 Zum Ganzen Botschaft MEI (Fn. 3), 335 f.; siehe bspw. auch *Andreas Glaser*, Wandel der Volksrechte, in: *Diggelmann, Oliver/Hertig Randall, Maya/Schindler, Benjamin* (Hrsg.), *Verfassungsrecht der Schweiz*, Band I, 2020, 461 (Rn. 45).

7 Botschaft MEI (Fn. 3), 316.

C. Konfliktbewältigung im Spannungsverhältnis zwischen Volksinitiativen und bilateralem Recht

I. Verhältnis zwischen Volksinitiativen, Bundesverfassung und Völkerrecht

Volksinitiativen sind «Anträge aus dem Volk an das Volk»,⁸ die auf eine Änderung der Bundesverfassung abzielen.⁹ Das schweizerische Rechtssystem kennt keine inhaltlichen Anforderungen an die in der Verfassung enthaltenen Normen, weder an die «Verfassungswürdigkeit» eines Regelungsgebiets noch an den Detaillierungsgrad.¹⁰ Jede Bestimmung kann somit in die BV aufgenommen werden, sofern Volk und Stände ihr zustimmen.

Das Völkerrecht genießt in der Schweiz grundsätzlich Vorrang gegenüber dem Landesrecht.¹¹ Dieser Vorrang gilt allerdings nicht absolut,¹² ausser beim *ius cogens*.¹³ Die Bundesverfassung kann in Einzelfällen gegen völkerrechtliche Bestimmungen verstossen, ähnlich auch Bundesgesetze.¹⁴ Die Konfliktbewältigung kommt diesfalls der Judikative zu. Im konfligierenden Einzelfall wird das Bundesgericht nach ständiger Rechtsprechung grundsätzlich das Völkerrecht anwenden und das Landesrecht unangewendet lassen.¹⁵

8 Zur Terminologie *Corsin Bisaz*, Direktdemokratische Instrumente als «Anträge aus dem Volk an das Volk», 2020.

9 Vgl. Art. 138 f. BV. Thema des vorliegenden Beitrags ist nur die Bundesebene und bloss Volksinitiativen auf Teilrevision der BV in Form des ausgearbeiteten Entwurfs.

10 *Yvo Hangartner/Andreas Kley/Nadja Braun Binder/Andreas Glaser*, Die demokratischen Rechte in Bund und Kantonen der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 2. Aufl. 2023, Rn. 481 f. m.Hw. auf die historische Entwicklung; *Markus Schefer*, Die Kerngehalte von Grundrechten, 2001, 172.

11 *Hangartner/Kley/Braun Binder/Glaser* (Fn. 10), Rn. 508.

12 Vgl. Art. 5 Abs. 4 BV, der bloss von der «Beachtung» des Völkerrechts spricht. Statt vieler *Astrid Epiney*, in: Waldmann, Bernhard/Belser, Eva Maria/Epiney, Astrid (Hrsg.), BSK BV, 2015, Art. 5 Rn. 76.

13 Eingehend dazu *Bernhard Ehrenzeller/Gabriel Gertsch*, in: Ehrenzeller, Bernhard/Egli, Patricia/Hettich, Peter/Hongler, Peter/Schindler, Benjamin/Schmid, Stefan G./Schweizer, Rainer J. (Hrsg.), SGK BV, 4. Aufl. 2023, Art. 139 Abs. 3 Rn. 43 ff.

14 Zu unterscheiden ist das rechtliche Dürfen und das Können (vgl. *Hangartner/Kley/Braun Binder/Glaser* (Fn. 10), Rn. 513).

15 Diese Rechtsprechung findet eine Durchbrechung in der sog. Schubert-Praxis (BGE 99 Ib 39 E. 3.4 und 4) und diese wiederum eine Gegen Ausnahme in der PKK-Rechtsprechung (BGE 125 II 417 E. 4d). Statt vieler *Martin E. Looser*, in: Ehrenzeller, Bernhard/Egli, Patricia/Hettich, Peter/Hongler, Peter/Schindler, Benjamin/Schmid, Stefan G./Schweizer, Rainer J. (Hrsg.), SGK BV, 4. Aufl. 2023, Art. 190 Rn. 53 f.

II. Akteure und Prozesse zur Konfliktbewältigung bei Volksinitiativen

Volksinitiativen sind in das politische System und die Rechtsetzungsprozesse eingebettet, die sich seit der Einführung von Volksinitiativen auf Teilrevision der Verfassung im Jahr 1891¹⁶ entwickelt haben. So ist das «radikaldemokratische» Instrument¹⁷ der Volksinitiative durch verschiedene Prozesse und Verfahrensschritte in die repräsentative Demokratie miteingebunden. Dadurch kommen, bevor der durch eine direktdemokratische Volksinitiative geschaffene Verfassungstext umgesetzt werden muss, andere Akteure zum Zug. Diese können u.U. Konflikte mit anderen Normen bereits in einem frühen Stadium verhindern.

1. Eng beschränkte Gültigkeitsprüfung

Die grosse Offenheit der Bundesverfassung ist verbunden mit geringen materiellen Vorgaben für die Verfassungsrevision: Als einzige Schranke ist der Vorbehalt der zwingenden Bestimmungen des Völkerrechts von Bedeutung.¹⁸ Anliegen, die mit dem übrigen, nicht-zwingenden Völkerrecht in Konflikt stehen, können hingegen Gegenstand einer Verfassungsrevision bilden.¹⁹

Der materielle Vorbehalt des *ius cogens* wird bei Volksinitiativen im Rahmen der Gültigkeitsprüfung nach der Unterschriftensammlung durchgesetzt. Werden durch eine Volksinitiative Bestimmungen des *zwingenden* Völkerrechts wie das Non-Refoulement-Prinzip²⁰ verletzt, wird die betreffende Initiative für ungültig erklärt.²¹

Die Gültigkeitsprüfung verhindert die Entstehung von Konflikten zwischen Volksinitiativen und Völkerrecht also nur in den seltenen Fällen, in denen das zur Frage stehende Völkerrecht *ius cogens* ist. Im Bereich des bilateralen Rechts zwischen der Schweiz und der EU ist sie nicht wirksam, da dieses Recht nicht Teil des *ius cogens* bildet.²² Die Masseneinwanderungsin-

16 Hangartner/Kley/Braun Binder/Glaser (Fn. 10), Rn. 772 f.

17 Glaser (Fn. 6), Rn. 14.

18 Art. 139 Abs. 3 BV.

19 Statt vieler Ehrenzeller/Gertsch (Fn. 13), Art. 139 Abs. 3 Rn. 53.

20 Vgl. zur einzigen bisher erfolgten Ungültigerklärung einer Volksinitiative auf Bundesebene Botschaft über die Volksinitiativen «für eine vernünftige Asylpolitik» und «gegen die illegale Einwanderung» vom 22. Juni 1994, BBl 1994 III, 1486 (1500).

21 Vgl. Art. 75 BPR.

22 Glaser (Fn. 6), Rn. 41.

initiative musste daher für gültig erklärt und der Abstimmung unterbreitet werden.²³

2. Konflikte als Hinderungsgrund der direkten Anwendbarkeit

Wie im Allgemeinen bei Verfassungsrecht stellt sich nach der Annahme einer Initiative die Frage, ob die neuen Verfassungsbestimmungen unmittelbar anwendbar sind. Die Frage kann konkret in zwei Konstellationen aufgeworfen werden: Einerseits dann, wenn Einzelpersonen sich vor Gericht auf die neue Norm berufen oder aus anderen Gründen davon betroffen sind und ein Gericht über die Anwendbarkeit der Verfassungsbestimmungen entscheidet. Andererseits muss das Parlament entscheiden, ob die Verfassungsbestimmungen gesetzgeberisch umgesetzt werden müssen oder nicht – weil sie direkt anwendbar sind.

Voraussetzung der unmittelbaren Anwendbarkeit ist nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgericht die «hinreichende Bestimmtheit» von Tatbestand und Rechtsfolgen der Verfassungsbestimmung.²⁴ Bei neueren Volksinitiativen zeigt sich zunehmend, dass diese Formulierung zu kurz greift.²⁵ Relevant ist nicht nur die genügende Bestimmtheit der einzelnen Norm, sondern auch deren Verhältnis zu anderen Normen.²⁶ Mit anderen Worten darf kein klarer Normkonflikt vorliegen, der gesetzgeberisch beseitigt werden muss, bevor die Norm angewendet werden kann. So trägt die Klärung der Frage der direkten Anwendbarkeit dazu bei, Konflikte mit dem Völkerrecht zu identifizieren. Anschliessend obliegt es der Gesetzgebung, den Konflikt zugunsten der einen oder der anderen Norm aufzulösen.

Art. 121a BV war weder von der Bestimmtheit der einzelnen Normen noch vom Fehlen eines Normkonflikts her für die direkte Anwendbarkeit geeignet.²⁷

23 Botschaft MEI (Fn. 3); BBl 2013 7351.

24 Statt vieler BGE 139 II 243 E. 10.

25 Kritisch zur «genügenden Bestimmtheit» auch *Mathias Kaufmann*, Die unmittelbare Anwendbarkeit von Verfassungsnormen, dargestellt anhand der jüngeren bundesgerichtlichen Praxis, Jusletter vom 16. Oktober 2017.

26 Besonders beispielhaft die Rechtsprechung zu Art. 121 Abs. 3-6 BV (Ausschaffungsinitiative): Das Bundesgericht verneinte die direkte Anwendbarkeit der neuen Bestimmungen, da ein «wertungsmässig (...) erst noch zu konkretisierendes Gesamtsystem» fehlte (BGE 139 I 16 E. 4.3.2).

27 Botschaft MEI (Fn. 3), 314 f.; *Daniela Thurnherr*, in: Ehrenzeller, Bernhard/Egli, Patricia/Hettich, Peter/Hongler, Peter/Schindler, Benjamin/Schmid, Stefan G./Schwei-

3. Knackpunkt: Umsetzung europarechtswidriger Volksinitiativen

Normkonflikte müssen nach dem Gesagten in erster Linie bei der Umsetzungsgesetzgebung gelöst werden. Der Gesetzgeber befindet sich in einer besonders schwierigen Lage, wenn er durch Volksinitiativen geschaffene Verfassungsnormen umsetzen muss, die mit den bilateralen Abkommen in einem offensichtlichen Konflikt stehen.²⁸ Er kann nicht gleichzeitig beiden Aufträgen in gleichem Masse gerecht werden.²⁹

III. Gesetzgeberische Umsetzung der Masseneinwanderungsinitiative

Es liegt in der alleinigen Kompetenz des Parlaments, Gesetze zu erlassen,³⁰ wobei der Bundesrat eine wichtige vorbereitende Funktion hat.³¹ Die Gesetzgebung stellt die «Stammfunktion» des Parlaments dar.³² Dies umfasst auch die Umsetzung höherrangiger Normen wie der Bundesverfassung oder völkerrechtlicher Verträge, an deren Ausarbeitung das Parlament nicht beteiligt war.

Wie geht nun der Gesetzgeber vor, wenn er im Rahmen der Umsetzungsgesetzgebung mit einem Normkonflikt zwischen dem durch Volksinitiati-

zer, Rainer J. (Hrsg.), *SGK BV*, 4. Aufl. 2023, Art. 121a Rn. 65; *Giovanni Biaggini*, *BV-Kommentar*, 2. Aufl. 2017, Art. 121a Rn. 110; eingehend *Nagihan Musliu*, *Die Umsetzung eidgenössischer Volksinitiativen*, 2019, 264 ff.

28 *Giovanni Biaggini*, *Zur Umsetzung von Art. 121a BV durch die Bundesversammlung: Wo liegt und welcher Art ist das Problem (verfassungsrechtlich gesehen)?*, *ZBl* 2016, 588 (588); *Matthias Oesch*, *Ein Europa-Artikel für die schweizerische Bundesverfassung*, in: Glaser, Andreas/Langer, Lorenz (Hrsg.), *Die Verfassungsdynamik der europäischen Integration und demokratische Partizipation*, 2015, 163 (183); *Martin Hirsbrunner/Tobias Weibel/Christian Scyboz*, *Die Umsetzung der Verfassungsbestimmung über die Steuerung der Zuwanderung (Art. 121a BV)*, *Zeitschrift für Europarecht* 2019, 30 (35).

29 *Biaggini* (Fn. 28), 591; *Oesch* (Fn. 28), 171.

30 Vgl. Art. 163 f. BV und Art. 22 ParlG; *Luzian Odermatt/Esther Tophinke*, in: Graf, Martin/Theiler, Cornelia/Von Wyss, Moritz (Hrsg.), *Komm. ParlG*, 2014, Art. 22 Rn. 8.

31 Vgl. Art. 181 BV und Art. 7 RVOG; *Jörg Künzli*, in: Waldmann, Bernhard/Belser, Eva Maria/Epiney, Astrid (Hrsg.), *BSK BV*, 2015, Art. 181 Rn. 10 und 13 f.; *Thomas Säggerer*, *RVOG-Kommentar*, 2. Aufl. 2022, Art. 7 Rn. 45; eingehend *Anne Benoit*, in: Martenet, Vincent/Dubey, Jacques (Hrsg.), *Commentaire Romand BV*, 2021, Art. 181 Rn. 22 f.

32 *René Rhinow/Markus Schefer/Peter Uebersax*, *Schweizerisches Verfassungsrecht*, 3. Aufl. 2016, Rn. 2340; *Pierre Tschannen*, *Staatsrecht der Schweizerischen Eidgenossenschaft*, 5. Aufl. 2021, Rn. 1110.

ven geschaffenen Verfassungsrecht und dem FZA befasst ist? Hier wird fokussiert auf das Rollenverständnis, das sich bei der Konfliktbeilegung zeigt. Fraglich ist also insb., welche Sicht das Parlament auf seine eigene, repräsentative Rolle im Umgang mit Normen, die durch direktdemokratische Methoden geschaffen wurden, entwickelt.

1. Ausgangslage: Besondere Drucksituation

Bei der Umsetzung von Art. 121a BV stand das Parlament unter grosser Beobachtung von verschiedenen Seiten. Dem Umsetzungsprozess kam etwa medial aussergewöhnlich viel Aufmerksamkeit zu, bis hin zu «Live-Tickern» zu den Parlamentsdebatten.³³

Die EU übte politischen Druck auf die Schweiz aus, die Anliegen der Initiative mit dem FZA konform umzusetzen. Als unmittelbare Folge der Abstimmung wurde das Protokoll zur Erweiterung der Personenfreizügigkeit auf den neuen EU-Mitgliedstaat Kroatien von der Schweiz gemäss dem neuen Art. 121a Abs. 4 BV zunächst nicht unterzeichnet.³⁴ Daraus ergaben sich weitere Auseinandersetzungen mit der EU, die bspw. die Teilnahme der Schweiz am Forschungsprogramm «Horizon 2020» zeitweise aussetzte.³⁵ Diese Auseinandersetzungen konnten erst beigelegt werden, als die tatsächlichen Folgen der Initiative – mithin die Umsetzung der Verfassungsbestimmungen auf Gesetzesstufe – geklärt waren.

2. Emanzipation gegenüber dem Text der neuen Verfassungsnormen

Ausgangspunkt der Auslegung und Umsetzung von Verfassungsbestimmungen ist deren Wortlaut.³⁶ In der typischen Formulierung des Bundesgerichts: «Vom klaren, eindeutigen und unmissverständlichen Wortlaut darf

33 Siehe etwa *Simon Hehli*, Nationalrat stimmt MEI-Umsetzung deutlich zu, *Neue Zürcher Zeitung* online vom 21.09.2016, <https://www.nzz.ch/schweiz/umsetzung-der-masseneinwanderungsinitiative-rueckweisungsantrag-von-amstutz-wird-klar-abgelehnt-ld.117950> (zuletzt abgerufen am: 10.8.2023).

34 Botschaft zur Ausdehnung des Freizügigkeitsabkommens auf Kroatien vom 4. März 2016, BBl 2016, 2223 (2233).

35 Medienmitteilung des Bundesrats vom 16.12.2016, «Schweiz ratifiziert Kroatien-Protokoll», <https://www.sbf.admin.ch/sbfi/de/home/aktuell/medienmitteilungen/news-anzeige-nsb.msg-id-64991.html> (zuletzt abgerufen am: 26.6.2023).

36 *Giovanni Biaggini*, Grundfragen der Verfassungsstaatlichkeit, in: ders./Gächter, Thomas/Kiener, Regina (Hrsg.), *Staatsrecht*, 3. Aufl. 2021, 81 (Rn. 45).

nur ausnahmsweise abgewichen werden, so etwa dann, wenn triftige Gründe dafür vorliegen, dass dieser nicht den wahren Sinn der Norm wiedergibt. Solche Gründe können sich aus der Entstehungsgeschichte der Bestimmung (historische Auslegung), aus ihrem Sinn und Zweck (teleologische Auslegung) oder aus dem Zusammenhang mit anderen Vorschriften ergeben (systematische Auslegung).»³⁷ Nicht entscheidend ist das Verständnis des Verfassungstexts durch das Initiativkomitee, wie es sich bspw. in Argumentarien findet.³⁸

In der Botschaft zur Masseneinwanderungsinitiative vertrat der Bundesrat den Standpunkt, dass die aus dem FZA fließenden Verpflichtungen der Schweiz bei einer Annahme der Initiative nicht eingehalten werden könnten und die Initiative in verschiedenen Punkten in Konflikt mit dem FZA stehe.³⁹ Der bundesrätliche Entwurf der Umsetzungsgesetzgebung sah die Möglichkeit vor, eine einseitige Schutzklausel gegenüber den Angehörigen von EU-Mitgliedstaaten zu aktivieren.⁴⁰ Damit bewegte sich dieser Erlassentwurf nahe am Verfassungstext und riskierte eine Verletzung des FZA.⁴¹

Der Nationalrat und dessen vorbereitende Kommission waren mit dieser potenziellen Verletzung des FZA nicht einverstanden. Stattdessen präsentierte diese Parlamentskammer eine Umsetzungsgesetzgebung, die anstrebte, das FZA nicht zu verletzen.⁴² Statt einer migrationspolitischen Steuerung der Zuwanderung insgesamt⁴³ wurde ein sog. «Inländervorrang light» im Ausländergesetz verankert. Inländische Personen erhalten bei der Stellensuche gewisse Vorteile, wenn Schwellenwerte der Arbeitslosigkeit im

37 Zu den Auslegungsmethoden des Landesrechts im Allgemeinen statt vieler BGE 147 I 103 E. 13.1.

38 BGE 139 I 16 E. 4.2.1; eingehend und differenzierend *Camilla Jacquemoud*, *Les initiants et leur volonté*, 2022, Rn. 1378 ff.; *Goran Seferovic*, *Volksinitiative zwischen Recht und Politik*, 2018, Rn. 166.

39 Botschaft MEI (Fn. 3), 335 ff.

40 Zu Schutzklauseln eingehend *Christa Tobler*, *Schutzklauseln in der Personenfreizügigkeit mit der EU*, Jusletter vom 16. Februar 2015.

41 Botschaft zur Änderung des Ausländergesetzes (Steuerung der Zuwanderung und Vollzugsverbesserungen bei den Freizügigkeitsabkommen) vom 4. März 2016, BBl 2016, 3007 (3009). Dazu eingehend *Peter Uebersax*, *Zum bundesrätlichen Vernehmlassungsentwurf zur Umsetzung von Art. 121a BV*, Jusletter vom 16. März 2015.

42 Vgl. bspw. *Votum Fluri*, *Berichterstatter*, AB NR 2016 1498.

43 *Votum Pfister*, AB NR 2016 2315.

jeweiligen Sektor überschritten werden.⁴⁴ Diese Variante der Umsetzung wurde mit einigen Anpassungen schliesslich von beiden Parlamentskammern genehmigt und auf den 1. Juli 2018 in Kraft gesetzt.⁴⁵

Das Parlament hat sich mit dieser Umsetzungsgesetzgebung zu Art. 121a BV weit vom Text dieser Norm entfernt, wie Parlamentsmitglieder auch selbst anmerkten.⁴⁶ Der «Inländervorrang light» entspricht kaum «Höchstzahlen und Kontingenten», wie sie im Text von Art. 121a BV zur Steuerung der Zuwanderung vorgesehen sind. Die Parlamentsmehrheit weitete ihren Blick: Statt sich am Text der *einzelnen* Verfassungsbestimmung zu orientieren, betrachtete sie die «Verfassung in ihrem Gesamtzusammenhang».⁴⁷

Damit hat sich das Parlament klar emanzipiert gegenüber der Auslegung – und wohl auch dem Kernanliegen – des Initiativkomitees. Stattdessen nahm es seine eigene Rolle selbständig wahr. Mit anderen Worten hat das Parlament mittels der Gesetzesänderungen eine Umsetzung der einzelnen Norm im Kontext der gesamten Verfassung vorgenommen, welche die Beachtung des Völkerrechts gem. Art. 5 Abs. 4 BV einschliesst. Das Parlament hat den Normkonflikt damit in Abweichung vom klaren Wortlaut der neuen Verfassungsbestimmung zugunsten des Europarechts aufgelöst.⁴⁸

Ein Abweichen vom Wortlaut der Verfassungsbestimmung bei der Umsetzung kann wie dargelegt u.U. gerechtfertigt sein. Je klarer dabei der Wortlaut der umzusetzenden Bestimmung ist, desto besser müssen die Gründe für diese Abweichung sein. Das Parlament stand bei der vom Wortlaut abweichenden Umsetzung von Art. 121a BV daher unter besonderem Rechtfertigungsdruck, um diese Entscheidung zu legitimieren.

3. Zurückhaltung im Verhältnis zur Justiz

Das Bundesgericht erliess am 26. November 2015 ein Urteil zum neuen Art. 121a BV.⁴⁹ Darin hielt es fest, dass Art. 121a BV nicht unmittelbar anwendbar sei, sondern durch den Gesetzgeber konkretisiert werden müsse.⁵⁰

44 BBl 2016 8917; Art. 21a Ausländergesetz (AuG), heute Art. 21a Ausländer- und Integrationsgesetz (AIG).

45 AS 2018 733 (737).

46 Bspw. Votum Humbel, AB NR 2016 1545 (Befürworterin der gewählten Umsetzungsvariante).

47 Votum Naef, AB NR 2016 1544.

48 Glaser (Fn. 6), Rn. 45; eingehend Musliu (Fn. 27), 296 ff.

49 BGE 142 II 35.

50 BGE 142 II 35 E. 3.1.

V.a. aber sandte es in einem *obiter dictum* eine Botschaft an den Gesetzgeber aus: Würde dieser den neuen Verfassungstext der Masseneinwanderungsinitiative so umsetzen, dass die Umsetzungsgesetzgebung im Konflikt mit dem FZA stünde, würde das Bundesgericht dem FZA einen Vorrang einräumen.⁵¹

Das Urteil fand bei der Erarbeitung der Umsetzungsgesetzgebung grosse Beachtung. Es wurde zu einem Zeitpunkt erlassen, in dem die vorbereiteten Umsetzungsarbeiten zu Art. 121a BV in vollem Gange waren, bevor jedoch deren Resultat bekannt war.⁵² In der bundesrätlichen Botschaft zum Erlassentwurf wurde das Szenario einer nicht mit dem FZA vereinbaren Umsetzungsvariante genauer erläutert. In der Rechtsanwendung wäre ein Umsetzungsgesetz mit einer einseitigen Schutzklausel nicht anwendbar, wenn das FZA nicht gekündigt werden würde.⁵³ Trotzdem favorisierte der Bundesrat diese Umsetzungsvariante, die nahe am Verfassungstext, aber nicht mit dem FZA konform gewesen wäre.⁵⁴

Parlamentsmitglieder der Mehrheit nahmen in der Debatte zur Umsetzungsgesetzgebung wiederholt auf das bundesgerichtliche Urteil Bezug. Der Entscheid wurde als klare Warnung an die Adresse des Gesetzgebers verstanden.⁵⁵ Das Parlament nahm dies ernst und wollte vermeiden, ein Gesetz zu erlassen, das «nie anwendbar» wäre, weil das Bundesgericht – wie im *obiter dictum* angekündigt – dem FZA einen Anwendungsvorrang einräumen würde.⁵⁶ So würde die Rechtsunsicherheit weiter bestehen, indem zwei (anwendbare) Normtexte in einem Konflikt miteinander stehen würden.⁵⁷

Das Parlament hat so dem Bundesgericht bei der Wahl der Umsetzungsvariante grosses Gewicht eingeräumt. Dies ist aus verschiedenen Gründen problematisch. Bei diesem *obiter dictum* handelt es sich um einen schwach begründeten Teil des Urteils.⁵⁸ *Obiter dicta* entfalten keine präjudizierende

51 Vgl. BGE 142 II 35 E. 3.2.

52 Umsetzungsentwurf des Bundesrats: 4. März 2016 (Botschaft Umsetzung MEI (Fn. 41)); das Parlament beschloss die Umsetzungsgesetzgebung am 16. Dezember 2016 (BBl 2016 8917).

53 Botschaft Umsetzung MEI (Fn. 41), 3023.

54 Botschaft Umsetzung MEI (Fn. 41), 3073 f.

55 Vgl. Votum Fluri, Berichterstatter, AB NR 2016 1499.

56 Votum Nantermod, AB NR 2016 1522.

57 Ebd.

58 *Biaggini* (Fn. 28), 594. Differenzierend *Matthias Oesch*, Bundesgericht, II. öffentlich-rechtliche Abteilung, 26. November 2015, 2C_716/2014, ZBl 2016, 197 (208 ff., insb. 210 ff.).

Wirkung für darauffolgende Gerichtsentscheide.⁵⁹ Entscheidend ist aber vor allem eine institutionelle Perspektive. Das Bundesgericht überschritt mit dem *obiter dictum* im Urteil BGE 142 II 35 die ihm eingeräumten Kompetenzen.⁶⁰ Bundesgesetze sind gemäss Art. 190 BV für das Bundesgericht massgebend und Bundesgerichtsentscheide binden den Gesetzgeber daher generell nicht.⁶¹ Die so verfassungsmässig vorgesehene grössere Gewichtung des Parlaments gegenüber der Justiz hat das Parlament *selbst* durchbrochen, indem es dem *obiter dictum* des Bundesgerichts folgte. Unabhängig davon, was das Bundesgericht (später) bei der konkreten Rechtsanwendung allenfalls entschieden hätte, wäre es der Bundesversammlung im Rahmen der Rechtsetzung freigestanden, eine andere als die vom Bundesgericht präferierte Umsetzung von Art. 121a BV zu wählen.⁶²

Das Parlament hat seine eigene Rolle bei einem eigentlich sachlich begründbaren Umsetzungsentscheid⁶³ minimiert. Damit wurde das Parlament dem besonderen Rechtfertigungsdruck, der sich aus dieser deutlichen Abweichung der Umsetzungsgesetzgebung von einem klaren Wortlaut der Verfassungsbestimmung ergab, nicht genügend gerecht. Unter dem Eindruck der grossen Beobachtung, unter der sie standen, beriefen sich Parlamentsmitglieder stattdessen auf das Bundesgericht.

D. Gesetzgeber in der Bredouille: Besondere Herausforderungen im Spannungsverhältnis FZA – Volksinitiativen

Bei der Umsetzung der Forderungen der Masseneinwanderungsinitiative respektive des neuen Art. 121a BV zeigten sich gewisse institutionelle Schwächen im Rollenverständnis des Parlaments. Die Aufgabe der Umsetzung und damit auch der Bewältigung des Konflikts zwischen Verfassungsnorm und FZA war aus verschiedenen Gründen eine besonders schwierige.

59 Statt vieler *Thomas Gächter*, Rechtsanwendung, in: Biaggini, Giovanni/Gächter, Thomas/Kiener, Regina (Hrsg.), Staatsrecht, 3. Aufl. 2021, 405 (Rn. 20a).

60 *Musliu* (Fn. 27), 287 f.; *Biaggini* (Fn. 28), 595.

61 Statt vieler vgl. *Tschannen* (Fn. 32), Rn. 1423.

62 So auch *Votum Caroni*, AB SR 2016 932; *Biaggini* (Fn. 28), 595.

63 Die gewählte Umsetzung begrüssend bspw. *Peter Uebersax*, Ist das vom Parlament beschlossene Ausführungsgesetz zu Art. 121a BV verfassungswidrig?, Jusletter vom 20. März 2017. A.A. zur Verfassungswidrigkeit *Glaser* (Fn. 6), Rn. 46; *Musliu* (Fn. 27), 305 f.; «verfassungsrechtlich problematisch» *Oesch* (Fn. 4), Rn. 63. Die Umsetzungsgesetzgebung unterstand dem fakultativen Referendum, das allerdings nicht zustande kam (siehe unten, D.II.1.b).

Einerseits lässt das FZA wenig Spielraum für die Bewältigung von Konflikten mit anderen Normen und weist insb. einen hohen Bestimmtheitsgrad auf.⁶⁴ Andererseits steuern Volksinitiativen wie die Masseneinwanderungsinitiative zunehmend direkt ihre eigene Umsetzung.

I. Aufträge mit externer Urheberschaft

Sowohl das FZA als auch Art. 121a BV wurden durch ein atypisches, vom üblichen parlamentarischen Rechtsetzungsverfahren abweichendes Verfahren geschaffen und mithin von anderen Akteuren entworfen. Damit hatte der Gesetzgeber, als er mit der Konfliktbewältigung der beiden Normen befasst war, mehrere Aufträge zu erfüllen, die er nicht selbst initiiert und formuliert hatte und die nicht auf Konsens mit anderen Rechtsnormen ausgerichtet waren.

1. Volksinitiativen als ausserparlamentarische Rechtsetzung

Volksinitiativen ermöglichen es, in einer Abkehr von den üblichen Rechtsetzungsverfahren ohne Einbezug des Parlaments neues Verfassungsrecht zu schaffen.⁶⁵ So ist in der Volksinitiative eine Durchbrechung des Prinzips der repräsentativen Demokratie zu erblicken, wonach Rechtsnormen von den repräsentativen Organen in Vertretung der (Stimm-)Bevölkerung geschaffen werden.⁶⁶ Der Gesetzgeber steht bei der Umsetzung des durch die Initiative geschaffenen neuen Verfassungstexts vor der Aufgabe, einen Auftrag zu verwirklichen, den er selbst nicht angestrebt hat, sondern der ihm fremdbestimmt durch die Initiative auferlegt wurde.⁶⁷

Anders als bei der parlamentarischen Rechtsetzung haben Volksinitiativen nicht die gesamte Rechtsordnung im Blick. Sie streben an, ihr Ziel in einer isolierten Betrachtungsweise möglichst umfassend zu verwirklichen. Die Einbettung der neuen Bestimmungen in das bestehende Normgefüge ist für die Initiativkomitees nicht von Bedeutung.⁶⁸ So auch bei Art. 121a BV, der sich im Gegenteil *gegen* bestehende Normen richtete.⁶⁹

64 Auch im Vergleich zu den übrigen bilateralen Abkommen ist das FZA eines der Abkommen mit dem höchsten Integrationsgrad. Vgl. *Oesch* (Fn. 4), Rn. 48.

65 *Seferovic* (Fn. 38), Rn. 115; *Hangartner/Kley/Braun Binder/Glaser* (Fn. 10), Rn. 778.

66 *Hangartner/Kley/Braun Binder/Glaser* (Fn. 10), Rn. 778.

67 Ähnlich *Pierre Tschannen*, *Stimmrecht und politische Verständigung*, 1995, Rn. 285.

2. FZA als Verhandlungsergebnis zwischen Bundesrat und EU

Staatsverträge werden vom Bundesrat respektive der Verwaltung ausgehandelt, unterzeichnet und – nach allfälliger parlamentarischer Genehmigung und möglichem fakultativem Referendum – ratifiziert.⁷⁰ Die Bundesversammlung kann wichtige völkerrechtliche Verträge lediglich genehmigen oder ablehnen, so auch beim FZA.⁷¹ Verglichen mit dem Bundesrat hat das Parlament somit im Bereich der Staatsverträge eine traditionell beschränkte Rolle mit wenigen Gestaltungsmöglichkeiten, die mit der zunehmenden Internationalisierung noch zusätzlich schrumpfen.⁷² Die gestaltende Aufgabe des Parlaments konzentriert sich bei Staatsverträgen somit auf deren Umsetzung.⁷³ Diese Aufgabe ist besonders herausfordernd, da das Parlament nicht selbst an der Ausarbeitung der konfligierenden Normen beteiligt war.

II. Aufträge mit beschränktem Umsetzungsspielraum

Sowohl das aufgrund von Volksinitiativen geschaffene Verfassungsrecht als auch das in der Schweiz anwendbare EU-Recht weisen unabhängig voneinander Eigenschaften auf, die das Konfliktpotenzial mit anderen Normen und Prinzipien erhöhen. Sie schränken den Spielraum bei der Umsetzung und/oder Anwendung ein. Dadurch bestehen weniger Möglichkeiten, einen Ausgleich mit abweichenden Interessen und divergierenden Regelungen zu erzielen, der die von den betreffenden Normen gewährten Spielräume nicht überschreitet.⁷⁴

68 Ähnlich *Kaspar Ehrenzeller*, Koordination von Verfassungsrecht im Widerspruch, 2020, Rn. 122.

69 Vgl. etwa Botschaft MEI (Fn. 3), 310.

70 Vgl. Art. 184 Abs. 2 BV; *Matthias Lanz*, Bundesversammlung und Aussenpolitik, 2020, Rn. 133.

71 Vgl. Art. 166 Abs. 2 BV; vgl. etwa *Bernhard Ehrenzeller*, Bundesversammlung, in: *Diggelmann, Oliver/Hertig Randall, Maya/Schindler, Benjamin* (Hrsg.), Verfassungsrecht der Schweiz, Band III, 2020, 1699 (Rn. 19); eingehend *Lanz* (Fn. 70), Rn. 325 und 329 ff.

72 *Lanz* (Fn. 70), Rn. 32.

73 *Thomas Cottier/Christophe Germann*, Die Partizipation bei der Aushandlung neuer völkerrechtlicher Bindungen: verfassungsrechtliche Grundlagen und Perspektiven, in: *Thürer, Daniel/Aubert, Jean-François/Müller, Jörg Paul* (Hrsg.), Verfassungsrecht der Schweiz, 2001, 77 (Rn. 22).

1. Einschränkungen des Umsetzungsspielraums im Initiativtext

Ausgangspunkt und zentrale Grundlage für die Auslegung und Umsetzung von Volksinitiativen ist der Text des neuen Verfassungsartikels. Die Initiativkomitees können daher bei der *Formulierung* ihres Initiativtexts den grössten Einfluss auf die Rechtsfolgen der Initiative nehmen. Es ist zu beobachten, dass Initiativkomitees dieses Mittel zunehmend stärker nutzen und so versuchen, die Umsetzung ihres Anliegens über den Verfassungstext bewusst in gewisse Bahnen zu lenken. Die Masseneinwanderungsinitiative wies verschiedene Merkmale auf, die darauf hindeuten.

a) Vorgeschriebene Mittel zur Zielerreichung

Volksinitiativen verankern häufig Zielbestimmungen.⁷⁵ Wie diese Ziele zu erreichen sind, wird hingegen meist der Gesetzgebung überlassen.⁷⁶ Dies erlaubt es ihr, Wege zu finden, um die durch die Volksinitiative geschaffenen Ziele im Gesamtzusammenhang der Rechtsordnung möglichst gut zu verwirklichen.

Initiativen können die zur Erreichung ihres Ziels einzusetzenden Mittel und Instrumente aber auch bereits im Verfassungstext festlegen. Dies war ein wichtiges Merkmal der Masseneinwanderungsinitiative. Der Verfassungstext schrieb vor, dass «Höchstzahlen und Kontingente» eingesetzt werden müssten, um den Aufenthalt ausländischer Staatsangehöriger in der Schweiz zu begrenzen (Art. 121a Abs. 2 und 3 BV). Dadurch stand es dem Gesetzgeber nicht mehr frei, auf welchem Weg er das Ziel, die Zuwanderung in die Schweiz zu steuern, erreicht.⁷⁷

b) Umsetzungsfristen zum Aufbau von Handlungsdruck

Typischerweise schreibt eine Volksinitiative mit Umsetzungsfrist vor, dass innert einer bestimmten Zeitspanne ihre Ziele erreicht oder die dafür

74 Das Argument, dass Spielräume genutzt werden können, um die Vereinbarkeit mit anderen Rechtsnormen herzustellen, wird auch in Botschaften des Bundesrats erwähnt. Vgl. beispielsweise Botschaft MEI (Fn. 3), 335.

75 *Hangartner/Kley/Braun Binder/Glaser* (Fn. 10), Rn. 800; *Astrid Epiney/Stefan Diezig*, in: Waldmann, Bernhard/Belser, Eva Maria/Epiney, Astrid (Hrsg.), BSK BV, 2015, Art. 139 Rn. 16.

76 *Biaggini* (Fn. 28), 597 f.

77 Zum Ganzen *Biaggini* (Fn. 28), 597 f.

notwendigen gesetzlichen Umsetzungsmassnahmen ergriffen worden sein müssen. Umsetzungsfristen erhöhen also den Handlungsdruck für die Legislative ebenfalls, doch – anders als die beiden vorherigen Merkmale – in erster Linie in *zeitlicher* Hinsicht.⁷⁸

Die Masseneinwanderungsinitiative setzte eine Frist von drei Jahren für das Inkrafttreten der Umsetzungsgesetzgebung (Art. 197 Ziff. 11 Abs. 2 BV). Die Änderungen des AuG wurden innerhalb der Frist beschlossen (16. Dezember 2016), konnten jedoch in diesem Zeitraum noch nicht in Kraft treten, da die Referendumsfrist abgewartet werden musste. Diese Frist verstrich am 7. April 2017, ohne dass die notwendige Unterschriftenzahl eingereicht worden war,⁷⁹ und so trat die Umsetzungsgesetzgebung am 1. Juli 2018 in Kraft.⁸⁰

2. Erhöhte Regelungsdichte des FZA

Bei Normen im Staatsvertragsrecht verkleinert sich der Umsetzungsspielraum für den nationalen Gesetzgeber, je mehr Vorgaben die staatsvertraglichen Regelungen bereits enthalten, je höher also ihre Regelungsdichte ist.⁸¹ Das FZA enthält zahlreiche Normen mit einer hohen Regelungsdichte. So sind die meisten Bestimmungen des FZA und des Anhangs I laut bundesrätlicher Botschaft für eine unmittelbare Anwendbarkeit geeignet.⁸²

Die bilateralen Verträge zeichnen sich zudem durch einen weitgehenden Einbezug des im Sektor zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses geltenden EU-Sekundärrechts aus.⁸³ Die Regelungsambition dieser Verträge erstreckt

78 Roger Nobs, *Volksinitiative und Völkerrecht*, 2006, 136; Musliu (Fn. 27), 323; René Rhinow, *Der Bundesrat als Ersatzgesetzgeber?*, ZBl 2015, 345 (345).

79 Das Referendum gegen Umsetzungsgesetzgebungen ist wenig attraktiv, da es in einer «Nulllösung» resultiert (Glaser (Fn. 6), Rn. 19).

80 AS 2018 733 (737).

81 Anna Petrig, *Sind die parlamentarische Genehmigung und das Referendum im Ausserbereich auf völkerrechtliche Verträge beschränkt?*, ZaöRV 2018, 93 (96); Tilmann Altwicker, *Verfassungsrechtliche Koordination des internationalen Staatshandelns*, in: Diggelmann, Oliver/Hertig Randall, Maya/Schindler, Benjamin (Hrsg.), *Verfassungsrecht der Schweiz*, Band III, 2020, 1989 (Rn. 6); zur Regelungsdichte des Bundesrechts und der Umsetzung im kantonalen Recht Tobias Jaag, *Rechtsetzung im Mehrebenensystem: Rechtliche Aspekte*, in: Uhlmann, Felix/Höfler, Stefan (Hrsg.), *Rechtsetzung im Mehrebenensystem: Gemeinden, Kantone, Bund*, 2020, 7 (15).

82 Botschaft zur Genehmigung der sektoriellen Abkommen zwischen der Schweiz und der EG vom 23. Juni 1999, BBl 1999 IV, 6128 (6438).

83 Oesch (Fn. 4), Rn. 48.

sich über die bloße zwischenstaatliche Zusammenarbeit hinaus auf eine Harmonisierung des innerstaatlichen Rechts und seiner Anwendung – wie es übrigens auch neueren Entwicklungen im allgemeinen Völkerrecht entspricht.⁸⁴ So findet sich in der Präambel des FZA die Formulierung, dass die Personenfreizügigkeit «auf der Grundlage der in der Europäischen Gemeinschaft geltenden Bestimmungen» verwirklicht werden soll. Daher verweist das FZA in den Anhängen II und III weitestgehend auf EU-Sekundärrechtsakte. So wird für die Schweiz EU-Recht anwendbar, das in ein «staatsvertragliches Gewand» gekleidet ist. Verordnungen der EU sind gemäss Art. 288 Abs. 2 AEUV von den Mitgliedstaaten unmittelbar anzuwenden, sodass ihre Regelungsdichte notwendigerweise hoch ist.⁸⁵ Richtlinien hingegen müssen von den EU-Mitgliedstaaten im Landesrecht umgesetzt werden (Art. 288 Abs. 3 AEUV). Richtlinien sollen Ziele vorschreiben, aber keine Mittel zu deren Erreichung. Dies spricht auf den ersten Blick zwar gegen einen hohen Detaillierungsgrad. Jedoch haben sich Richtlinien entgegen der primärrechtlichen Verankerung zu einer höheren Regelungsintensität hin entwickelt,⁸⁶ sodass den Mitgliedstaaten wenig Spielraum bei der Umsetzung ins nationale Recht verbleibt.⁸⁷ Auch Richtlinien als Bestandteil des FZA sind teilweise sehr detailliert.⁸⁸

Die zahlreichen detaillierten Normen, die für eine unmittelbare Anwendung geeignet erscheinen, sowie die häufigen Bezugnahmen auf EU-Sekundärrecht sind Anzeichen dafür, dass das FZA von einer hohen Regelungsdichte geprägt ist. Dadurch ist der Spielraum bei dessen Anwendung und Umsetzung eingeschränkt, was die Bewältigung von Konflikten zu anderen Rechtsnormen erschwert.

84 *Altwicker* (Fn. 81), Rn. 6.

85 *Andreas Glaser*, Umsetzung und Durchführung des Rechts der Bilateralen Verträge in der Schweiz, Institutionen und Verfahren, in: Glaser, Andreas/Langer, Lorenz (Hrsg.), *Die Verfassungsdynamik der europäischen Integration und demokratische Partizipation*, 2015, 131 (154).

86 *Thomas Von Danwitz*, *Europäisches Verwaltungsrecht*, 2008, 181; vgl. auch *Ines Härtel*, Integrative Wirkungen im föderalen Mehrebenensystem der Europäischen Union, Die Umsetzung des europäischen Rechts in das mitgliedstaatliche Recht, in: Härtel, Ines (Hrsg.), *Handbuch Föderalismus*, Band IV, 2012, 389 (395).

87 *Härtel* (Fn. 86), 395; *Matthias Ruffert*, in: Calliess, Christian/Ruffert, Matthias (Hrsg.), *EUV/AEUV*, 6. Aufl. 2022, Art. 288 AEUV Rn. 25; *Bernd Biervert*, in: Becker, Ulrich/Hatje, Armin/Schoo, Johann/Schwarze, Jürgen (Hrsg.), *EU-Kommentar*, 4. Aufl. 2019, Art. 288 AEUV Rn. 26.

88 Botschaft zur Genehmigung der sektoriellen Abkommen zwischen der Schweiz und der EG vom 23. Juni 1999, BBl 1999 VI, 6128 (6321).

E. Auswirkungen

Das Parlament stand insgesamt unter grossem Druck und verfügte gleichzeitig über wenig Spielraum, den Konflikt zwischen FZA und Art. 121a BV im Rahmen der Umsetzung des neuen Verfassungsartikels zu bewältigen. Das Rollenverständnis des Parlaments in dieser Situation hatte negative Konsequenzen.

I. Gegenreaktion in Form neuer Volksinitiativen

Nach der Umsetzung der Masseneinwanderungsinitiative im Jahr 2016 gelangten zwei neue Volksinitiativen der SVP zur Abstimmung. Im November 2018 stimmte die schweizerische Stimmbevölkerung über die Volksinitiative «Schweizer Recht statt fremde Richter (Selbstbestimmungsinitiative)» ab.⁸⁹ Die Initiative forderte die Verankerung eines Vorrangs des Verfassungs- gegenüber dem Völkerrecht (E-Art. 5 Abs. 4 BV). In Abweichung vom Titel der Initiative richtete sich diese auch gezielt gegen das Bundesgericht und dessen Urteile zu einem Vorrang des Völkerrechts gegenüber dem Verfassungsrecht.⁹⁰

Als unmittelbare Reaktion auf die Umsetzung der Masseneinwanderungsinitiative⁹¹ lancierte die SVP Ende 2017⁹² die sog. Begrenzungsinitiative, die sich direkt gegen das FZA richtete.⁹³ Sie forderte die eigenständige Steuerung der Zuwanderung ausdrücklich ohne Personenfreizügigkeit und die Ausserkraftsetzung oder Kündigung des FZA (E-Art. 121b und E-Art. 197 Ziff. 12 BV). Die Initiative war geprägt von einer sehr klaren Formulierung des Grundanliegens und einer ausdrücklichen Regelung des Verhältnisses zu widersprechenden Rechtsnormen.⁹⁴

89 BBl 2019 5931. Der Text der Initiative wurde noch vor der Umsetzung der Masseneinwanderungsinitiative verfasst (vgl. BBl 2015 1965).

90 Botschaft zur Volksinitiative «Schweizer Recht statt fremde Richter (Selbstbestimmungsinitiative)» vom 5. Juli 2017, BBl 2017, 5355 (5367).

91 Botschaft zur Volksinitiative «Für eine massvolle Zuwanderung (Begrenzungsinitiative)» vom 7. Juni 2019, BBl 2019, 5027 (5044).

92 Die Vorprüfung des Texts erfolgte am 29. Dezember 2017 (BBl 2018 108).

93 Botschaft Begrenzungsinitiative (Fn. 91), 5044.

94 Zu letzterem *Hangartner/Kley/Braun Binder/Glaser* (Fn. 10), Rn. 789.

Beide Volksinitiativen wurden deutlich abgelehnt⁹⁵ und stellten daher das Parlament nicht erneut vor eine noch schwierigere Aufgabe bei der Umsetzung ihres Anliegens. Die Thematik der Einwanderung, ebenso wie die institutionelle Dimension der Nutzung der Volksinitiative, beschäftigen die schweizerische Stimmbevölkerung auch in Zukunft. Eine neue Volksinitiative der SVP wurde am 14. Juni 2023 lanciert.⁹⁶ Die sog. Nachhaltigkeitssinitiative sieht in einem Text von aussergewöhnlicher Länge und Detailliertheit Massnahmen zur Begrenzung der schweizerischen Wohnbevölkerung vor, einschliesslich der Kündigung des FZA (E-Art. 73a BV, E-Art. 197 Ziff. 15 BV).

II. Gefahren

Die drei oben beschriebenen Initiativen sind Symptome einer Entwicklung, die zu einer Abwärtsspirale zu werden droht. Je mehr Spielräume sich das Parlament bei der Umsetzungsgesetzgebung einräumt, desto strikter werden neue Verfassungsinitiativen formuliert, um eine zukünftig engere Umsetzung zu forcieren, und desto weiter könnte sich eine neuerliche Umsetzungsgesetzgebung vom Wortlaut entfernen.⁹⁷ Um diese Entwicklung zu bremsen, muss der Gesetzgeber seine eigenen Umsetzungsentscheide eigenständig und aktiv begründen und Verantwortung dafür übernehmen. Nur so kann er hoffen, bei der Bevölkerung (weiterhin) Verständnis und Unterstützung für seine Lösung der herausfordernden Konflikte zu erhalten und seiner repräsentativen Funktion gerecht zu werden.

Das Parlament hat als Organ der repräsentativen Demokratie eine zentrale Scharnierfunktion zwischen direkter Demokratie und Europarecht.⁹⁸ Das Parlament muss sich seiner Rolle als «oberste Gewalt im Bund» bewusst sein, aber diese nichtsdestotrotz «unter Vorbehalt der Rechte von Volk und Ständen» ausüben.⁹⁹ Für die Konfliktbewältigung ist zentral, dass das Parlament diese Vorrangrolle tatsächlich und verantwortungsbewusst wahrnimmt. Ansonsten droht für das lange gewachsene, aber weiterhin

95 BBl 2019 5931; BBl 2020 8773.

96 BBl 2023 1588.

97 Ähnlich *Seferovic* (Fn. 38), Rn. 307.

98 Zur Scharnierfunktion vgl. *Andreas Kley*, *Demokratisches Instrumentarium*, in: Biagini, Giovanni/Gächter, Thomas/Kiener, Regina (Hrsg.), *Staatsrecht*, 3. Aufl. 2021, 360 (Rn. 1 und 3).

99 Art. 148 Abs. 1 BV.

prekäre Gefüge der institutionell eingebetteten und dadurch wirksamen Volksinitiative im europa- und völkerrechtlich vernetzten Staat langfristig Gefahr.

F. Ausblick und Schluss

Der Gesetzgeber hatte die Aufgabe, «Feuer und Wasser zu vereinigen»¹⁰⁰. Er hat diese im Falle der Umsetzung der Masseneinwanderungsinitiative durch eine Abkehr vom klaren Wortlaut der einzelnen, neuen Verfassungsbestimmungen zugunsten der Durchsetzung des FZA gelöst. Dem grossen Legitimationsdruck für diese Entscheidung entsprach das Parlament aber nicht genügend, indem es sich u.a. auf ein Urteil des Bundesgerichts stützte, das sich mit einem *obiter dictum* in einem (zu) frühen Stadium in den Umsetzungsprozess eingebracht hatte. Dadurch schwächte das Parlament die eigene Rolle zur Vermittlung einer heiklen, ihm aber zustehenden Entscheidung.

Direkt-demokratischen Systemen ist das Risiko inhärent, dass zwischen Volksentscheiden und anderen wichtigen Rechtsnormen Konflikte entstehen können. Eine Grundsatzentscheidung muss getroffen werden, ob solche Konflikte von vornherein unterbunden oder zugelassen und anhand weicher Kriterien entschieden werden. Durch eine Einschränkung entweder der Volksinitiativen oder der Bedeutung des Völkerrechts wäre es auch in der Schweiz möglich, Konflikte künftig früh zu vermeiden oder autoritativ zu entscheiden. Dies wäre allerdings eine grundlegend neue, m.E. weder realistische noch wünschenswerte Weichenstellung. Vielmehr sollte die Schweiz die eigene Konfliktfähigkeit und Konfliktlösungsfähigkeit pflegen und fördern. Dadurch wird es allerdings auch zukünftig zu im Einzelfall unbefriedigenden Momenten der Konfliktbewältigung kommen.

Nichtsdestotrotz zeigen derart klare Konfliktfälle wie die Masseneinwanderungsinitiative auf, dass Justierungen nötig sind. Dies betrifft weniger das materielle Recht denn die Praxis oder das Organisationsrecht des Parlaments. Die Rolle und das eigene Rollenverständnis des Parlaments bei der Konfliktbewältigung sollten gestärkt werden. Einige begrüssenswerte Ansätze davon sind beim Parlament selbst bereits erkennbar, so etwa in der

100 Votum Stöckli, AB SR 2016 931.

Einführung einer neuen parlamentarischen Subkommission für Europafragen.¹⁰¹

Insgesamt gilt allerdings weiterhin: Volksinitiativen sind in ein ausgeklügeltes System der Konfliktbewältigung in kleinen Schritten eingebettet.¹⁰² Es ist Sache des Parlaments, der Rechtswissenschaft wie auch der Stimmbevölkerung, dieses System zu pflegen, aber auch kritisch zu beobachten.

101 Bericht der Aussenpolitischen Kommission des Nationalrats «Ständige Subkommission für Europafragen der Aussenpolitischen Kommission» vom 19. Juni 2023, BBl 2023 1574.

102 Siehe oben, C.II.