



Schweizerische Eidgenossenschaft
Confédération suisse
Confederazione Svizzera
Confederaziun svizra

Eidgenössisches Departement für Auswärtige Angelegenheiten EDA
Direktion für Völkerrecht DV

Auswirkungen der neuen Verfassungsbestimmungen Art. 121a und Art. 197 Ziff. 9 auf die völkerrechtlichen Verpflichtungen der Schweiz

26. Mai 2014

I. Einleitung	5
A. Darlegung der Problematik.....	5
B. Auslegung von Art. 121a und 197 Ziff.°9 BV – Leitlinien.....	5
C. Methodologie.....	8
II. Mögliche betroffene Abkommen	9
A. Abkommen im Bereich Freizügigkeit.....	9
1. FZA/EFTA-Konvention	9
2. Bilaterale Abkommen mit dem Fürstentum Liechtenstein (FL).....	11
a) Rahmenvertrag vom 3.12.2008 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und dem Fürstentum Liechtenstein über die Zusammenarbeit im Bereich des Visumverfahrens, der Einreise und des Aufenthalts sowie über die polizeiliche Zusammenarbeit im Grenzraum	11
b) Vertrag vom 29. März 1923 zwischen der Schweiz und Liechtenstein über den Anschluss des Fürstentums Liechtenstein an das schweizerische Zollgebiet	11
c) Übereinkunft von 1885 über die grenzüberschreitende Tätigkeit von Medizinalpersonen.....	12
d) Notenaustausch vom 4.2.1944 betreffend die Ausübung des Viehhändlerberufs in der Schweiz durch liechtensteinische Staatsangehörige	12
e) Niederlassungsvertrag vom 6. Juli 1874 zwischen der Schweiz und dem Fürstentum Liechtenstein	13
f) Abkommen über die Zulassung von liechtensteinischen Staatsangehörigen an schweizerischen Schulen	13
B. Abkommen im Bereich Migration	13
1. Vorbemerkung	13
2. Arbeitsmarkt.....	14
a) Grenzgängerabkommen.....	14
b) Abkommen zwischen der Schweiz und Italien über die Auswanderung italienischer Arbeitskräfte nach der Schweiz („Italienerabkommen“).....	14
c) Abkommen über die Anwerbung spanischer Arbeitskräfte und deren Beschäftigung in der Schweiz („Spanierabkommen“)	15
d) Niederlassungsabkommen	16
e) Migrationspartnerschaften	16
f) Vereinbarungen betreffend Medizinalpersonal	17
3. Ausbildung	18
a) Abkommen im universitären Bereich	18
b) Stagiairesabkommen	19
4. Asyl.....	20
Dublin-Assoziierungsabkommen	20
5. Kurzaufenthalt.....	21
a) Schengen-Assoziierungsabkommen	21
b) Visaabkommen	22
C. Abkommen im Bereich Menschenrechte	23
1. Recht auf Leben	23
2. Familienleben	23
a) Familienleben.....	23
b) Internationale Adoption / internationaler Kinderschutz	24
3. Non-Refoulement	24
D. Abkommen im Bereich Wirtschaftliche Zusammenarbeit.....	25
a) GATS/FHA	25
b) Abkommen mit Marktzugangsverpflichtungen betreffend öffentliches Beschaffungswesen.....	26
c) Investitionsschutzabkommen	27
d) Energiecharta.....	27

E.	Abkommen im Bereich Vorrechte und Immunitäten	28
a)	Traités internationaux relatifs aux privilèges et immunités et personnes accompagnantes.....	28
b)	Autres accords relatifs aux privilèges et immunités.....	29
c)	Prestataires de services	30
III.	Schlussfolgerungen	32
A.	Kategorisierung der völkerrechtlichen Verpflichtungen	32
B.	Zahlenmässige Gewichtung der völkerrechtlichen Verträge der Kategorie B	33

ABRÉVIATIONS

AELE	Association européenne de libre-échange
ALCP	Accord entre la Confédération suisse, d'une part, et la Communauté européenne et ses Etats membres, d'autre part, sur la libre circulation des personnes
ALE	Accord de libre-échange
AöB	Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Gemeinschaft über bestimmte Aspekte des öffentlichen Beschaffungswesens
AuG	Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer (Ausländergesetz)
BV	Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft
CAT	Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains dégradants / Übereinkommen gegen Folter und andere grausame, unmenschliche oder erniedrigende Behandlung oder Strafe
CERN	Organisation européenne pour la recherche nucléaire
CLaH93	La Convention de la Haye sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale
Cst	Constitution fédérale de la Confédération suisse
DAA	Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Gemeinschaft über die Kriterien und Verfahren zur Bestimmung des zuständigen Staates für die Prüfung eines in einem Mitgliedstaat oder in der Schweiz gestellten Asylantrags (Dublin- Assoziierungsabkommen)
ECT	Energy Charter Treaty (Vertrag über die Energiecharta)
EFTA	Europäische Freihandelsassoziation
EFTA-Konvention	Das Abkommen zur Änderung des Übereinkommens vom 4. Januar 1960 zur Errichtung der Europäischen Freihandelsassoziation
EMRK	Europäische Menschenrechtskonvention
EntsG	Bundesgesetz über die flankierenden Massnahmen bei entsandten Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern und über die Kontrolle der in Normalarbeitsverträgen vorgesehenen Mindestlöhne
EWR	Europäische Wirtschaftsraum
EU	Europäische Union
FHA	Freihandelsabkommen
FL	Fürstentum Liechtenstein
FLaM	Flankierende Massnahmen
FZA	Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft einerseits und der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten andererseits über die Freizügigkeit
GATS	Allgemeine Abkommen über den Dienstleistungshandel
GPA	Übereinkommen über das öffentliche Beschaffungswesen
HKsÜ	Übereinkommen über die Zuständigkeit, das anzuwendende Recht, die Anerkennung, Vollstreckung und Zusammenarbeit auf dem Gebiet der elterlichen Verantwortung und der Massnahmen zum Schutz von Kindern
ISA	Investitionschutzabkommen
LEH	Loi fédérale sur les privilèges, les immunités et les facilités, ainsi que sur les aides financières accordés par la Suisse en tant qu'Etat hôte
LEtr	Loi fédérale sur les étrangers
MEI	Masseinwanderungsinitiative
MoU	Memorandum of Understanding
OMC	Organisation mondiale du commerce
ONU	Organisation des Nations Unies
SAA	Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft, der Europäischen Union und der Europäischen Gemeinschaft über die Assoziierung dieses Staates bei der Umsetzung, Anwendung und Entwicklung des Schengen-Besitzstands (Schengen-Assoziierungsabkommen)
SDÜ	Schengener Durchführungsübereinkommen
UNO-Pakt	Internationaler Pakt über bürgerliche und politische Rechte
WTO	World Trade Organisation

I. Einleitung

A. Darlegung der Problematik

Der am 9. Februar 2014 angenommene Art. 121a der Bundesverfassung (BV)¹ steht potentiell mit bestehenden völkerrechtlichen Verpflichtungen der Schweiz im Konflikt. Nach Art. 197 Ziff. 9 Abs. 1 BV sind Verträge, die Art. 121a BV widersprechen, innerhalb von drei Jahren nach dessen Annahme durch Volk und Stände neu zu verhandeln und anzupassen (*Neuverhandlungs- und Anpassungsgebot*).

Im vorliegenden Bericht, der in enger Zusammenarbeit mit den für die einzelnen völkerrechtlichen Verträge federführend zuständigen Bundesämtern und Dienststellen erstellt wurde, sollen die bestehenden völkerrechtlichen Verpflichtungen der Schweiz auf ihre rechtliche Kompatibilität mit Art. 121a BV analysiert werden (vgl. Ziff. II nachstehend). Die Analyse stützt sich dabei auf die Leitlinien, welche das Bundesamt für Justiz (BJ) im Rahmen seines Gutachtens „Angenommene Volksinitiative «Gegen Masseneinwanderung»: Auslegung der Artikel 121a und 197 Ziffer 9 der Bundesverfassung“ vom 8. April 2014 ausgearbeitet hat (vgl. Ziff. I.B nachstehend). Darin werden eine weite (Variante 1) und eine enge Auslegung (Variante 2) der neuen Verfassungsbestimmung vorgeschlagen. Diese beiden Auslegungsvarianten legen den Ermessensspielraum fest, über den der Gesetzgeber bei der Umsetzung von Art. 121a BV verfügt. Je nachdem, welche Auslegungsvariante gewählt wird, können sich dabei unterschiedlich weit reichende Konsequenzen für die bestehenden völkerrechtlichen Verpflichtungen der Schweiz ergeben (vgl. Ziff. I.C nachstehend).

Der Bericht beschränkt sich auf die unmittelbaren Auswirkungen der neuen Verfassungsbestimmung auf die bestehenden völkerrechtlichen Verpflichtungen der Schweiz. Allfällige mittelbare Auswirkungen insbesondere gestützt auf die in den Verträgen der Bilateralen I enthaltene Guillotine-Klausel bilden Gegenstand eines separaten Berichts.

Die Frage, ob und in welchem Umfang Art. 121a BV mit völkerrechtlichen Verpflichtungen der Schweiz im Konflikt steht, kann im Übrigen von den Vertragsparteien der Abkommen unterschiedlich beurteilt werden, weshalb eine umfassende Beurteilung sämtlicher potentieller Konflikte nicht möglich ist. Im vorliegenden Bericht wird die Position der Schweiz dargelegt.

B. Auslegung von Art. 121a und 197 Ziff. 9 BV – Leitlinien

i) Introduction

Le 8 avril 2014, l'Office fédéral de la justice (OFJ) a rendu un avis qui, sans prétendre être exhaustif ou définitif, approfondit les principales questions relatives à l'interprétation des art. 121a et 197 ch. 9 de la Constitution fédérale (Cst)² abordées dans le message du Conseil fédéral du 7 décembre 2012 relatif à l'initiative populaire "Contre l'immigration de masse"³ (ci-après : le message/Botschaft). L'analyse de ces questions a été réalisée selon le principe du pluralisme des méthodes (interprétation grammaticale, historique, téléologique et systématique) et en tenant compte des règles spécifiques à l'interprétation de la Constitution. Les principaux offices et directions concernés de l'administration fédérale (Office fédéral des migrations/ODM, Direction du droit international public/DDIP, Direction des affaires européennes/DAE et Secrétariat d'Etat à l'économie/SECO) ont par ailleurs été consultés sur cet avis et il a été tenu compte de leur prise de position.

Il en ressort que l'art. 121a Cst. poursuit deux buts : la gestion autonome de l'immigration et la limitation de l'immigration. La disposition précise que pour atteindre ces buts, le législateur doit fixer des plafonds et contingents annuels limitant le nombre des autorisations délivrées pour le séjour des étrangers en Suisse et qu'aucun traité international contraire au présent article ne doit être conclu.

Il en ressort également que la nouvelle norme constitutionnelle n'est pas directement applicable dans la mesure où les particuliers ne peuvent pas l'invoquer directement devant une juridiction. Elle oblige toute-

¹ Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, SR 101

² Constitution fédérale de la Confédération suisse, RS 101.

³ FF 2013 279.

fois les autorités fédérales à prendre certaines mesures en ce qui concerne sa mise en œuvre et à s'abstenir de conclure des traités internationaux qui lui sont contraires.

L'OFJ a par ailleurs analysé la question du champ d'application personnel de la disposition (ii), du système des plafonds et contingents (iii), de la compatibilité de la disposition avec les traités internationaux (iv), et de sa mise en œuvre (v).

ii) Champ d'application personnel de l'art. 121a Cst.

Si l'art. 121, al. 1, Cst. attribue à la Confédération une compétence législative globale qui concerne tous les étrangers, l'art. 121a Cst., quant à lui, donne des instructions au législateur sur la manière dont la Confédération doit user de sa compétence dans le domaine de la gestion de l'immigration. Sont donc concernés uniquement les étrangers qui immigreront en Suisse. Le terme "étrangers" désigne les personnes qui n'ont pas la nationalité suisse. L'immigration désigne le fait pour une personne ou un groupe de personnes de quitter leur lieu de résidence pour s'établir de manière permanente, ou du moins pendant une certaine durée, dans un autre lieu. Partant de ces définitions, l'OFJ estime que deux interprétations de la notion "d'étrangers qui immigreront en Suisse" sont possibles :

Variante 1- Selon la première interprétation, la disposition s'applique à tous les étrangers titulaires d'une autorisation de séjour au sens de la loi fédérale du 16 décembre 2005 sur les étrangers (LEtr)⁴, indépendamment du type d'autorisation dont ils disposent, s'ils séjournent en Suisse de manière durable. La norme n'a pas pour seul objet la gestion de l'immigration des nouveaux arrivants, mais la gestion des séjours de tous les étrangers qui immigreront ou ont déjà immigré en Suisse.

Selon cette interprétation, sont inclus dans le champ d'application personnel de l'art. 121a Cst.:

- les titulaires d'une autorisation d'établissement (permis C) ;
- les titulaires d'une autorisation de séjour (permis B) ;
- les titulaires d'une autorisation de courte durée (permis L), exceptés ceux dont le séjour est de durée très limitée (inférieure à quelques mois) ;
- les frontaliers (permis G) ;
- les étrangers du domaine de l'asile : les requérants d'asile (permis N), les réfugiés (permis B ou C), les personnes admises provisoirement (permis F) et les personnes à protéger (permis S).

Sont toutefois exclus du champ d'application parce qu'ils ne séjournent pas de manière durable en Suisse ou parce que leur séjour ne relève pas du droit des étrangers, mais du domaine des affaires étrangères:

- les touristes, les visiteurs, etc. qui séjournent en Suisse moins de trois mois sans activité lucrative ;
- les étrangers qui fournissent une prestation transfrontière ou qui exercent une activité lucrative en Suisse sur mandat d'un employeur étranger moins de huit jours par année ;
- les étrangers titulaires d'une autorisation de courte durée (permis L) dont le séjour est de durée très limitée (inférieure à quelques mois), comme par exemple certains prestataires de service ou les artistes ;
- les étrangers membres des représentations étrangères, les fonctionnaires des organisations internationales, les étrangers membres de leur famille et leurs domestiques privés étrangers qui sont titulaires d'une carte de légitimation du DFAE ;
- les étrangers membres de la famille des titulaires d'une carte de légitimation délivrée par le DFAE lorsqu'ils sont titulaires d'un permis Ci.

Variante 2- Selon la deuxième interprétation, les étrangers ne séjournant en Suisse que pour une durée limitée (en ce qui concerne les autorisations de courte durée par ex. inférieure à un an) ou encore

⁴ RS 142.20.

ceux ayant déjà immigré en Suisse peuvent être exclus du champ d'application personnel de l'art. 121a Cst.

Selon cette interprétation, sont exclus du champ d'application personnel, en plus des catégories d'étrangers déjà exclues selon la première interprétation :

- les titulaires d'une autorisation de courte durée pour un séjour de moins d'une année (permis L) ;
- les requérants d'asile (permis N) ;
- les étrangers qui changent de statut après un séjour d'une certaine durée au bénéfice d'un autre titre de séjour, c'est-à-dire les étrangers qui ont déjà été inclus dans un contingent, respectivement qui ont déjà immigré (par ex. passage du permis B au C, ou du permis F au B)⁵.

iii) Le système des plafonds et contingents

Le législateur dispose d'une certaine marge de manœuvre en ce qui concerne le système des plafonds et des contingents. Les plafonds seraient des catégories générales, les contingents des sous-catégories. Il serait possible de fixer plusieurs plafonds et contingents, mais il serait aussi possible de fixer un seul plafond. Plusieurs contingents pourraient être fixés dans un plafond. Il serait également possible d'adapter les plafonds et contingents dans le courant d'une année si le but visant à la limitation de l'immigration est respecté. Enfin, l'art. 121a Cst. ne définit pas l'autorité fédérale qui fixera les plafonds et les contingents. Une répartition des compétences entre le Parlement (qui fixerait dans la loi les décisions de principe) et le Conseil fédéral (qui concrétiserait les décisions de principe dans des ordonnances et, cas échéant, par décision) serait la plus vraisemblable.

L'art. 121a, al. 3, Cst. précise que les plafonds et contingents pour les étrangers exerçant une activité lucrative doivent être fixés en fonction des intérêts économiques globaux de la Suisse et dans le respect du principe de la préférence nationale. Les intérêts économiques globaux constituant déjà un critère d'admission dans le droit en vigueur (art. 3, al. 1, et art. 23, al. 2, LEtr)⁶, il est possible de s'en tenir, pour l'interprétation de la norme, à la notion juridique qui figure dans le droit en vigueur. Rien n'empêche cependant le législateur de restreindre ou d'étendre le contenu de cette notion. L'art. 121a, al. 3, Cst. donne pour instruction au législateur d'appliquer la préférence « nationale » (en f) uniquement pour les citoyens suisses, contrairement au droit actuel qui prévoit que sont prioritaires, de manière indifférenciée, les citoyens suisses et les étrangers titulaires d'une autorisation de séjour ou d'établissement. Il est toutefois possible d'interpréter l'art. 121a Cst. de telle sorte qu'il soit possible de déroger à l'ordre de priorité. Telle qu'elle est formulée, la disposition permettrait en effet, comme c'est le cas dans le droit actuellement en vigueur (art. 21, al. 3 et 30, al. 1, LEtr), de déroger à l'ordre de priorité pour certaines catégories d'étrangers. Par ailleurs, l'art. 121a Cst. ne s'oppose pas à ce que, compte tenu des critères énoncés, un traitement privilégié soit accordé, parmi les étrangers eux-mêmes, à certaines catégories d'étrangers par exemple les étrangers immigrés de longue date par rapport aux étrangers arrivés récemment, ou les ressortissants de certains Etats.

La norme prévoit en outre une liste non exhaustive de critères déterminants pour l'octroi d'autorisations de séjour à des étrangers exerçant une activité lucrative : la demande d'un employeur, la capacité d'intégration et une source de revenus suffisante et autonome. Il n'est pas exclu que ces deux derniers critères soient aussi applicables à l'ensemble des étrangers entrant dans le champ d'application personnel de la disposition.

iv) Vereinbarkeit der Verfassungsbestimmung mit neuen und bestehenden Verträgen

Nach Art. 121a Abs. 4 BV dürfen keine völkerrechtlichen Verträge abgeschlossen werden, die gegen Art. 121a BV verstossen. Die Bestimmung gilt seit der Annahme des neuen Art. 121a BV, d.h. seit dem 9. Februar 2014. Art. 197 Ziff. 9 Abs. 1 BV sieht zudem vor, dass völkerrechtliche Verträge, die Art. 121a BV widersprechen, innert drei Jahren, d.h. bis zum 9. Februar 2017 neu zu verhandeln und anzupassen sind.

⁵ Neben dem Statuswechsel ist auch die Verlängerung des Aufenthaltsrechts bereits kontingentierter resp. zugelassener Personen vom persönlichen Anwendungsbereich von Art. 121a BV ausgenommen.

⁶ Message du Conseil fédéral du 7 décembre 2012 relatif à l'initiative populaire "Contre l'immigration de masse", FF 2013 279, p. 304.

Ein völkerrechtlicher Vertrag läuft Art. 121a BV zuwider, wenn er mit Ziel und Zweck dieser Bestimmung nicht vereinbar ist. Das bedeutet, dass völkerrechtliche Verträge, welche die von der Verfassung verlangte autonome Steuerung und Begrenzung der Zuwanderung verunmöglichen, grundsätzlich verfassungswidrig sind.

Für den vorliegenden Bericht ist lediglich die Pflicht zur Neuverhandlung und Anpassung bestehender völkerrechtlicher Verträge in Art. 197 Ziff. 9 Abs. 1 BV relevant. Ziffer I.C des vorliegenden Berichts nimmt eine Kategorisierung der von den neuen Verfassungsbestimmungen möglicherweise tangierten völkerrechtlichen Verträge der Schweiz vor. Die dort in Kategorie A eingeordneten Verträge sind gemäss Art. 197 Ziff. 9 Abs. 1 BV innert drei Jahren vom Bundesrat neu zu verhandeln und anzupassen. Der Begriff des Anpassens ist mehrdeutig und kann einerseits gleichbedeutend mit "abgeschlossen", d.h. mit der Genehmigung, Unterzeichnung und gegebenenfalls Ratifizierung, ausgelegt werden. In diesem Fall kann sich eine objektive Unmöglichkeit der Fristeinholung ergeben, da die Einhaltung der Frist auch von den Verhandlungspartnern, von der Bundesversammlung und vom Volk abhängt. Nach einer breiteren Auslegung kann der Begriff "angepasst" so verstanden werden, dass der betreffende völkerrechtliche Vertrag bis zum Stichtag unterzeichnet sein muss.

Für den Fall, dass eine Neuverhandlung und Anpassung scheitert, wird im konkreten Fall zu prüfen sein, ob und wie der Normkonflikt mit Art. 121a BV ausgeräumt werden kann (Kündigung des völkerrechtlichen Vertrags, Anpassung des Landesrechts).

v) Mise en œuvre de l'art. 121a Cst.

En vertu de l'art. 121a, al. 5, Cst., le législateur fédéral est habilité à régler toutes les questions juridiques relatives à la mise en œuvre de la nouvelle disposition constitutionnelle.

En vertu de l'art. 197, ch. 9, al. 2, Cst., les autorités fédérales doivent faire leur possible pour que la législation de mise en œuvre puisse entrer en vigueur dans les trois ans à compter de l'acceptation de l'art. 121a Cst., c'est-à-dire d'ici le 9 février 2017. Seule l'Assemblée fédérale est tenue d'édicter les dispositions légales de mise en œuvre. En effet, la norme n'habilite pas le Conseil fédéral à édicter les dispositions de mise en œuvre, par voie d'ordonnance, pendant ce délai de trois ans. De plus, le délai de trois ans ne justifie pas à lui seul une urgence temporelle ou matérielle au sens de l'art. 165, al. 1, Cst.

C'est uniquement si la loi de mise en œuvre n'est pas entrée en vigueur dans ce délai de trois ans, que le Conseil fédéral est tenu d'édicter provisoirement les dispositions d'application nécessaires par voie d'ordonnance. Peu importe les raisons pour lesquelles la législation de mise en œuvre ne serait pas adoptée. Cela pourrait être par exemple, le refus du projet législatif par le peuple suite à un référendum.

C. *Methodologie*

Im Sinne einer Arbeitshypothese wird im Rahmen des vorliegenden Berichts mit einer Kategorisierung der verschiedenen von den neuen Verfassungsbestimmungen möglicherweise tangierten völkerrechtlichen Verträge der Schweiz gearbeitet. Die Verträge werden dabei unterteilt in die Kategorien A, B und C:

Kategorie A: Es besteht ein grundsätzlicher Normkonflikt zwischen der Verfassung und dem völkerrechtlichen Vertrag; der Vertrag ist entsprechend mit der neuen Zuwanderungsregelung unvereinbar. Gemäss Art. 197 Ziff. 9 Abs. 1 BV sind Verträge, welche in diese Kategorie fallen, vom Bundesrat neu zu verhandeln und anzupassen.

Kategorie B: Bei dieser Kategorie von Verträgen besteht ein potentieller Normkonflikt mit der neuen Verfassungsbestimmung. Betroffen sind dabei einerseits die Verpflichtung zur Festlegung von Höchstzahlen und Kontingenten und andererseits die Vorgabe zur Berücksichtigung eines Inländervorrangs. Im Rahmen der Umsetzung der neuen Zuwanderungsregelung gemäss Art. 121a BV kann diesen beiden Punkten jedoch Rechnung getragen werden. Dies, indem die gestützt auf diese Verträge allenfalls bestehenden Ansprüche auf Aufenthalt in der Schweiz bei der jährlichen Festlegung der Höchstzahlen und Kontingente sowie bei der Ausgestaltung des Inländervorrangs berücksichtigt werden. Dadurch kann ein allfälliger Konflikt zwischen diesen Verträgen und Art. 121a BV vollständig vermieden werden. Dies schliesst allerdings nicht aus, dass im Einzelfall versucht wird, gewisse Abkommen dieser Kategorie, welche potentiell eine sehr hohe Anzahl von Personen betreffen können, je nach Bedarf neu zu verhandeln oder anzupassen.

Kategorie C: Zu dieser Kategorie gehören jene Abkommen, die zwar einen thematischen Link zur neuen Verfassungsbestimmung aufweisen, mit dieser aber in *keinem* Normkonflikt stehen; sie sind daher ohne Weiteres mit der neuen Zuwanderungsregelung vereinbar. Diese Kategorie von Verträgen ist von Art. 197 Ziff. 9 Abs. 1 BV *nicht erfasst*, und es besteht diesbezüglich entsprechend keinerlei Handlungsbedarf.

Entscheidend für die Kategorisierung ist, wie der Gesetzgeber Art. 121a BV bezüglich des persönlichen Anwendungsbereichs umsetzen wird. So fallen zum Beispiel die Niederlassungsvereinbarungen je nach Auslegung von Art. 121a BV in unterschiedliche Kategorien. Diese Abkommen gewähren nach Ablauf einer bestimmten Aufenthaltsdauer einen Anspruch auf Erteilung einer Niederlassungsbewilligung. Entschieden sich der Gesetzgeber für eine Umsetzung der neuen Verfassungsbestimmung, bei der auch der Wechsel von einer B- zu einer C-Bewilligung kontingentiert wird (vgl. Ziff. I.B.ii variante 1), gehören diese Abkommen in die Kategorie B. Wird Art. 121a BV so umgesetzt, dass der Statuswechsel davon nicht erfasst wird (vgl. Ziff. I.B.ii variante 2), werden die Niederlassungsabkommen von der neuen Zuwanderungsregelung nicht berührt und fallen entsprechend in Kategorie C. Bei der nachfolgenden Analyse der verschiedenen Abkommen wird jeweils ausdrücklich darauf hingewiesen, wenn die Auslegung von Art. 121a BV eine Auswirkung auf deren Kategorisierung hat.

II. Mögliche betroffene Abkommen

A. Abkommen im Bereich Freizügigkeit

1. FZA/EFTA-Konvention

Mit dem bilateralen Abkommen vom 21. Juni 1999 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft einerseits und der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten andererseits über die Freizügigkeit (FZA)⁷ und dem Abkommen vom 21. Juni 2001 zur Änderung des Übereinkommens vom 4. Januar 1960 zur Errichtung der Europäischen Freihandelsassoziation (EFTA-Konvention)⁸, welches in Anhang K den Wortlaut des FZA übernimmt, wurde zwischen den EU/EFTA-Staaten und der Schweiz die Personenfreizügigkeit eingeführt. Das heisst, dass die Staatsangehörigen der EU/EFTA-Staaten sich unter bestimmten Voraussetzungen frei im Gebiet der Schweiz aufhalten und dort arbeiten können. Auf eine Kontrolle der Zuwanderung wird verzichtet; die Zuwanderung wird vielmehr durch die Nachfrage auf dem Arbeitsmarkt gesteuert.

Den vom FZA bzw. der EFTA-Konvention erfassten Personen werden dabei insbesondere folgende Rechte eingeräumt:

- Das Recht, in das Hoheitsgebiet der Schweiz einzureisen;
- Das Recht, sich in der Schweiz aufzuhalten;
- Das Recht, eine Arbeitsstelle anzunehmen;
- Das Recht, sich als Selbstständigerwerbender niederzulassen;
- Das Recht, unter Umständen nach Beendigung der Erwerbstätigkeit dauerhaft zu verbleiben;
- Das Recht, bei der Ausübung dieser Rechte nicht aufgrund der Staatsangehörigkeit diskriminiert zu werden;
- Das Recht auf Gleichbehandlung mit den Inländern in Bezug auf Zugang zum Arbeitsmarkt sowie Ausübung einer Erwerbstätigkeit;
- Das Recht auf berufliche und geographische Mobilität;
- Das Recht, auch als Nichterwerbstätige einzureisen und sich aufzuhalten, wenn sie genügend finanzielle Mittel und eine Krankenversicherung nachweisen können;
- Das Recht, kurzzeitige Dienstleistungen zu erbringen (bis zu 90 Tage pro Kalenderjahr);
- Das Recht sich in der Schweiz als Stellensuchende für maximal sechs Monate aufzuhalten;
- Das Recht der Familienangehörigen auf Aufenthalt und Erwerbstätigkeit (Familiennachzug), sofern sie für ihre Familie über eine Wohnung verfügen, die den für die inländischen Arbeitnehmer geltenden normalen Anforderungen entspricht.

⁷ SR 0.142.112.681.

⁸ SR 0.632.31.

Ergänzt wird dieses Freizügigkeitsrecht durch das Recht auf Erwerb von Immobilien⁹, durch die gegenseitige Anerkennung von Berufsdiplomen und die Koordination der Sozialversicherungssysteme.

Anspruchsberechtigt sind in erster Linie Staatsangehörige der Mitgliedstaaten der EU/EFTA in der Schweiz und Schweizer Staatsangehörige in der EU/EFTA. Weiter fallen darunter auch im Rahmen des Familiennachzugs zugelassene Angehörige von Drittstaaten sowie Arbeitnehmende aus Drittstaaten, welche von einem Arbeitgeber in der EU/EFTA zur Erbringung einer Dienstleistung entsendet werden.

Ein Kontingentsystem mit Höchstzahlen und einem Inländervorrang – wie von Art. 121a BV zur Steuerung der Zuwanderung gefordert – stellt in Bezug auf die Zuwanderung von EU/EFTA-Bürger in die Schweiz und umgekehrt mithin einen grundlegenden Paradigmenwechsel dar: weg von einer Nachfrage-Steuerung über den Arbeitsmarkt zu einer Steuerung via eine Bewilligungspflicht im Einzelfall. Ein solches Kontingentsystem lässt sich vom Grundsatz her nicht mit dem System der Personenfreizügigkeit gemäss FZA/EFTA-Konvention vereinbaren, da sich diese beiden Systeme gegenseitig ausschliessen. Konkret würde ein Kontingentsystem insbesondere in folgenden Punkten direkt oder potentiell im Konflikt mit dem FZA/der EFTA-Konvention stehen:

- Grundsatz der Nichtdiskriminierung bzw. Inländerbehandlung (Art. 2), welcher den Kerngehalt der Personenfreizügigkeit darstellt;
- „Stand still“-Klausel (Art. 13), gemäss welcher die Vertragsparteien keine neuen Beschränkungen für Staatsangehörige der anderen Vertragsparteien einführen dürfen;
- Anspruch auf Aufenthalt für unselbständig und selbständig Erwerbstätige (einschliesslich der Grenzgänger; Art. 4)
- Anspruch auf Aufenthalt für Dienstleistungserbringer bis zu 90 Arbeitstagen pro Kalenderjahr (Art. 5);
- Anspruch auf Aufenthalt von Personen ohne Erwerbstätigkeit, wenn sie über genügende finanzielle Mittel und eine Krankenversicherung verfügen (Art. 6);
- Anspruch auf Niederlassung unter bestimmten Voraussetzungen (gemäss Art. 4 bzw. Art. 6) auch nach Beendigung der Erwerbstätigkeit in einem anderen Vertragsstaat;
- Anspruch auf Familiennachzug, welcher den Anspruch auf den Nachzug von Familienangehörigen in auf- und absteigender Linie unter Vorbehalt des Erfordernisses einer ausreichenden Wohnung beinhaltet (Art. 7).

Im Grundsatz verstösst zudem auch ein Inländervorrang, d.h. eine gesetzlich vorgeschriebene bevorzugte Behandlung der Wohnbevölkerung der Schweiz gegenüber ausländischen Arbeitnehmern auf dem Arbeitsmarkt, wie er von Art. 121a BV ebenfalls vorgesehen wird, gegen den Grundsatz der Nichtdiskriminierung bzw. Inländerbehandlung gemäss Art. 2 des FZA/der EFTA-Konvention.

Bedeutung des FZA und der EFTA-Konvention: Die Personenfreizügigkeit verbessert insbesondere die Möglichkeiten für Schweizer Unternehmen, das geeignete und nötige Personal in ausreichender Zahl und rasch aus der EU/EFTA zu rekrutieren. Zudem können Schweizer Unternehmen ihre Angestellten leichter in die EU/EFTA-Staaten entsenden (bspw. zur Montage und Wartung von Maschinen und Apparaten der Maschinen-, Elektronik- und Metall-Industrien).

Die vom FZA abgedeckten Bereiche fallen nicht mehr in die alleinige Zuständigkeit der EU-Mitgliedstaaten, sondern entweder in die ausschliessliche Zuständigkeit der EU (z.B. betreffend Arbeitnehmerfreizügigkeit und Dienstleistungen) oder in die geteilte Zuständigkeit der EU und ihrer Mitgliedstaaten (z.B. Sozialversicherungen). Im Fall einer Kündigung des FZA könnten diese Bereiche daher nicht im selben Mass durch bilaterale Abkommen mit den einzelnen EU-Mitgliedstaaten geregelt werden. Des Weiteren ist das Bundesgesetz vom 8. Oktober 1999 über die flankierenden Massnahmen bei entsandten Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern und über die Kontrolle der in Normalarbeitsverträgen vorgesehenen Mindestlöhne (Entsendegesetz, EntsG¹⁰) gestützt auf Art. 15 Abs. 2 EntsG rechtlich mit dem FZA verknüpft. Der genannte Artikel sieht vor, dass das EntsG nur so lange gilt wie das FZA in Kraft ist. Durch Änderung von Art. 15 EntsG könnte die rechtliche Verknüpfung der Flankierenden Massnahmen (FlaM) mit dem FZA jederzeit aufgehoben und die FlaM weitergeführt werden, sofern dies dem Willen des Gesetzgebers entspricht.

⁹ Der Umfang des Rechts bestimmt sich nach dem Wohnsitz und dem Status der Berechtigten.

¹⁰ SR 823.20.

Fazit:

Der Konflikt zwischen der neuen Verfassungsbestimmung und dem FZA/der EFTA-Konvention (Anhang K) ist grundsätzlicher Natur und lässt sich auf dem Weg der Auslegung nicht auflösen. Dies gilt sowohl für die Begrenzung der Zuwanderung aus dem EU/EFTA-Raum durch Höchstzahlen und Kontingente wie auch für den Inländervorrang. Entsprechend fällt das FZA wie auch Anhang K der EFTA-Konvention in die **Kategorie A**.

2. Bilaterale Abkommen mit dem Fürstentum Liechtenstein (FL)

a) *Rahmenvertrag vom 3.12.2008 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und dem Fürstentum Liechtenstein über die Zusammenarbeit im Bereich des Visumverfahrens, der Einreise und des Aufenthalts sowie über die polizeiliche Zusammenarbeit im Grenzraum*

Der Rahmenvertrag¹¹ ist seit dem 19.12.2011 in Kraft und aktualisierte die bilateralen Regelungen betreffend beiderseitige Staatsangehörige und Ausländer im Zusammenhang mit dem Beitritt der beiden Nachbarstaaten zu Schengen/Dublin.

Die Personenfreizügigkeit (inkl. grenzüberschreitende Dienstleistungserbringung) zwischen dem Fürstentum Liechtenstein und der Schweiz wird primär durch die EFTA-Konvention geregelt, worauf im Rahmenvertrag in zwei Bestimmungen verwiesen wird (Art. 6 Abs. 1 und Art. 9 Abs. 1). Darüber hinaus enthält der Rahmenvertrag die folgenden zusätzlichen Regelungen:

- Unselbständige Grenzgänger, die Staatsangehörige einer Vertragspartei sind und täglich an ihren Wohnort zurückkehren, sind von der Melde- und Bewilligungspflicht befreit (Art. 6 Abs. 3).
- Liechtensteinische Staatsangehörige erhalten nach einem ununterbrochenen und ordnungsgemässen Aufenthalt von fünf Jahren in der Schweiz eine Niederlassungsbewilligung (Art. 7 Abs. 1).
- Die Dienstleistungserbringung bis zu acht Tagen innerhalb von 90 Tagen ist für alle Branchen melde- und bewilligungsfrei (Art. 9 Abs. 2).
- Liechtensteinische Dienstleistungserbringer sind in der Schweiz generell von den Höchstzahlen befreit (Art. 9 Abs. 3).

Bezüglich Art. 6 Abs. 3 steht der Rahmenvertrag in einem klaren Normkonflikt mit Art. 121a BV, da er die unselbständigen liechtensteinischen Grenzgänger, die täglich an ihren Wohnort zurückkehren, von der Melde- und Bewilligungspflicht befreit. Das Gleiche gilt bezüglich Art. 9 Abs. 3, der liechtensteinische Dienstleistungserbringer allgemein, d.h. unabhängig von der Dauer der Dienstleistungserbringung bzw. ihres Aufenthalts in der Schweiz, von den Höchstzahlen befreit. Je nach Auslegung des personellen Anwendungsbereichs der neuen Verfassungsbestimmung könnte zudem auch der Anspruch auf die Erteilung einer Niederlassungsbewilligung nach einem ununterbrochenen Aufenthalt von fünf Jahren (Art. 7 Abs. 1) in der Schweiz problematisch sein. Die Befreiung der Dienstleistungserbringung bis zu acht Tagen innerhalb von 90 Tagen von der Melde- und Bewilligungspflicht (Art. 9 Abs. 2) dürfte hingegen mit Blick auf die neue Verfassungsbestimmung unproblematisch sein.

Fazit:

Der Rahmenvertrag enthält einzelne, wenn auch sehr untergeordnete Bestimmungen, die in einem Normkonflikt zu Art. 121a BV stehen. Er fällt deshalb in die **Kategorie A**.

b) *Vertrag vom 29. März 1923 zwischen der Schweiz und Liechtenstein über den Anschluss des Fürstentums Liechtenstein an das schweizerische Zollgebiet*

Mit dem Zollanschlussvertrag¹² wurde das Gebiet des Fürstentums Liechtenstein an das schweizerische Zollgebiet angeschlossen. Der Vertrag enthält keine Bestimmungen zur Personenfreizügigkeit. Einzig Art. 33 Abs. 1, wonach sich die Schweiz bereit erklärt, auf die fremdenpolizeiliche Grenzkontrolle zu

¹¹ SR 0.360.514.2.

¹² SR 0.631.112.514.

verzichten, solange FL dafür sorgt, dass die Umgehung der schweizerischen Vorschriften über Fremdenpolizei, Niederlassung, Aufenthalt usw. vermieden wird, befasst sich mit Personenkontrollen. Art. 121a BV betrifft jedoch das Aufenthaltsrecht in der Schweiz und hat keinen direkten Einfluss auf die Durchführung von Personenkontrollen an der schweizerisch-liechtensteinischen Grenze.

Fazit:

Der Zollvertrag enthält keine Bestimmung, die einen Bezug zu Art. 121a BV aufweist. Er fällt deshalb in die **Kategorie C**.

c) *Übereinkunft von 1885 über die grenzüberschreitende Tätigkeit von Medizinalpersonen*

Die Übereinkunft¹³ erlaubt den liechtensteinischen Ärzten, Tierärzten und Hebammen, welche in der Nähe der Grenze wohnhaft sind, ihre Berufstätigkeit auch in der Schweiz in gleichem Masse, wie ihnen das in der Heimat gestattet ist auszuüben (Art. 1). Eine dauerhafte Niederlassung ist explizit ausgeschlossen (Art. 2). Das Recht der Medizinalpersonen, unbeschränkt grenzüberschreitende Dienstleistungen in der Schweiz zu erbringen, steht potentiell in Konflikt zu der neuen Verfassungsbestimmung (vgl. Ausführungen unter Ziff. I.B.ii).

Fazit:

Die Übereinkunft erlaubt unbeschränkte grenzüberschreitende Dienstleistungserbringung für Medizinalpersonen weshalb ihr bei der Umsetzung der neuen Zuwanderungsregelung Rechnung zu tragen ist. Die Übereinkunft fällt somit in die **Kategorie B**.

Quantitative Einschätzung: Le nombre de personnes concernées ne peut pas être déterminé car les personnes qui viennent fournir une prestation en Suisse sur la base de cette convention ne doivent pas s'annoncer. Die Zahl der betroffenen Personen dürfte jedoch so klein sein, dass sie vorliegend vernachlässigbar ist.

d) *Notenaustausch vom 4.2.1944 betreffend die Ausübung des Viehhändlerberufs in der Schweiz durch liechtensteinische Staatsangehörige (nicht publiziert)*

Der Notenaustausch erlaubt den liechtensteinischen Viehhändlern, ihren Beruf weiterhin in der Schweiz auszuüben, solange in Liechtenstein die eidgenössische Tierseuchen- und Fleischschaugesetzgebung gilt und das Fürstentum einer interkantonalen Übereinkunft über den Viehhandel angehört. Es gelten dieselben Überlegungen wie bei der Übereinkunft von 1885 über die grenzüberschreitende Tätigkeit von Medizinalpersonen.

In einzelnen Kantonen sind zurzeit Bestrebungen im Gange, das Viehhandelskonkordat aufzuheben, weil es nicht mehr zeitgemäss sei. Da der Notenaustausch das Recht zur Ausübung des Viehhändlerberufs von Liechtensteinern in der Schweiz an die Voraussetzung knüpft, dass Liechtenstein dem Konkordat angehört, würde mit seiner Aufhebung auch der Notenaustausch obsolet.

Fazit:

Der Notenaustausch erlaubt unbeschränkte grenzüberschreitende Dienstleistungserbringung für Viehhändler, weshalb ihm bei der Umsetzung der neuen Zuwanderungsregelung Rechnung zu tragen ist (**Kategorie B**).

Quantitative Einschätzung: Le nombre de personnes concernées ne peut pas être déterminé car les personnes qui viennent fournir une prestation en Suisse sur la base de cette échange de note ne doivent pas s'annoncer. Die Zahl der betroffenen Personen dürfte jedoch sehr gering sein, was auch die Bestrebungen zur Aufhebung des Viehhändlerkonkordats bestätigen; sie kann vorliegend daher vernachlässigt werden.

¹³ SR 0.811.119.514.

e) *Niederlassungsvertrag vom 6. Juli 1874 zwischen der Schweiz und dem Fürstentum Liechtenstein*¹⁴

Wir verweisen diesbezüglich auf die allgemeinen Ausführungen zu den Niederlassungsabkommen (Niederlassungsverträge) unter Ziffer II.B.1.d.

f) *Abkommen über die Zulassung von liechtensteinischen Staatsangehörigen an schweizerischen Schulen*

Mehrere Verträge regeln die Zulassung von FL-Bürgern an schweizerischen Schulen, haben jedoch keinen Einfluss auf damit verbundene aufenthaltsrechtliche Fragen. Es sind dies:

- Vereinbarung vom 4. Dezember 2003 zwischen dem Schweizerischen Bundesrat und der Regierung des Fürstentums Liechtenstein betreffend die Teilnahme von Personen aus dem Fürstentum Liechtenstein an Ausbildungskursen des BABS (nicht publiziert)
- Abkommen vom 8. April 1981 über die Zusammenarbeit auf dem Gebiet von „Jugend und Sport“¹⁵
- Notenaustausch vom 19. Dezember 1974 zwischen dem Eidgenössischen Departement des Innern und der Regierung des Fürstentums Liechtenstein über die Zulassung von Inhabern liechtensteinischer Maturitätsausweise an schweizerische Hochschulen (nicht publiziert)

Fazit:

Die Abkommen über die Zulassung liechtensteinischer Staatsangehöriger an Schweizer Schulen sind mit der neuen Zuwanderungsregelung gemäss Art. 121a BV ohne Weiteres vereinbar und fallen deshalb in die **Kategorie C**.

B. *Abkommen im Bereich Migration*

1. **Vorbemerkung**

Ein Teil der Abkommen in diesem Bereich¹⁶ sind so genannte „schlafende Verträge“. D.h. diese Abkommen sind formal zwar noch in Kraft, werden aber inhaltlich vom FZA überlagert und daher seit dessen Inkrafttreten nicht mehr angewendet. Im Falle der Aufhebung des FZA werden diese Abkommen jedoch wieder „aufleben“; unter Umständen können sie zudem auch bereits bei einer Änderung des FZA wieder relevant werden.

Entsprechend sind diese Abkommen im Rahmen des vorliegenden Berichtes ebenfalls auf ihre Kompatibilität mit der neuen Zuwanderungsregelung zu überprüfen. Aufgrund der Tatsache, dass sie gegenwärtig nicht angewendet werden, sind diese Abkommen jedoch sehr schwer zu quantifizieren. Dies gilt insbesondere für das Italiener- und das Spanierabkommen, zu welchen überhaupt kein Zahlenmaterial vorliegt.

¹⁴ SR 0.142.115.141.

¹⁵ SR 0.415.951.41.

¹⁶ Grenzgängerabkommen (vgl. Ziff. 2a), Italienerabkommen (vgl. Ziff. 2b), Spanierabkommen (vgl. Ziff. 2c), Stagiairesabkommen mit EU/EFTA-Staaten (vgl. Ziff. 3b).

2. Arbeitsmarkt

a) *Grenzgängerabkommen*

Die von der Schweiz mit ihren Nachbarländern geschlossenen Grenzgängerabkommen¹⁷ regeln die Erwerbstätigkeit von Personen, die innerhalb der Grenzzone eines Nachbarstaates wohnen und in einer Grenzzone der Schweiz erwerbstätig sind. Sie legen die Grenzonen, die Bewilligungsvoraussetzungen, die Rückkehrpflicht an den Wohnort fest.

Weder die Wiedereinführung von Höchstzahlen und Kontingenten für Grenzgängerinnen und Grenzgänger noch die Berücksichtigung eines Vorrangs der Schweizerinnen und Schweizer hätte einen direkten Einfluss auf diese Abkommen. Der Grund liegt darin, dass die Vorschriften der Vertragsstaaten über die Ausübung einer Erwerbstätigkeit durch Ausländerinnen und Ausländer in den Abkommen ausdrücklich vorbehalten bleiben (siehe Grenzgängerabkommen mit Deutschland und Österreich) bzw. kein Rechtsanspruch auf Erteilung einer Grenzgängerbewilligung besteht (siehe Grenzgängerabkommen mit Frankreich).

Einzig der in Art. 5 Bst. b der Vereinbarung über die Arbeitskräfte im kleinen Grenzverkehr zwischen der Schweiz und Frankreich¹⁸ vorgesehene Rechtsanspruch auf Verlängerung der Grenzgängerbewilligung nach einer ununterbrochenen, zehnjährigen, unselbstständigen Tätigkeit als Grenzgänger könnte mit Blick auf Art. 121a BV allenfalls problematisch sein. Gemäss Gutachten des BJ fallen jedoch Verlängerungen von Bewilligungen – je nach Auslegungsvariante – nicht notwendigerweise unter die Höchstzahlen und Kontingente, sofern die verlängerten Bewilligungen bereits bei ihrer Ersterteilung durch das Kontingentsystem erfasst worden sind (analog der heutigen Regelung für Drittstaatsangehörige im Bundesgesetz vom 16. Dezember 2005 über die Ausländerinnen und Ausländer [AuG]¹⁹).

Fazit:

Variante 1: Wird die neue Verfassungsbestimmung so ausgelegt, dass auch Verlängerungen von Bewilligungen den Höchstzahlen und Kontingenten unterliegen, müsste die Vereinbarung zwischen der Schweiz und Frankreich über die Arbeitskräfte im kleinen Grenzverkehr, welche einen Anspruch auf Verlängerung der Grenzgängerbewilligung nach einer ununterbrochenen, zehnjährigen, unselbstständigen Tätigkeit vorsieht, bei der Umsetzung der neuen Zuwanderungsregelung berücksichtigt werden (**Kategorie B**).

Variante 2: Bei einer engen Auslegung der neuen Verfassungsbestimmung fällt die Verlängerung der Aufenthaltsbewilligung nach fünf Jahren nicht in den Anwendungsbereich von Art. 121a BV; die Grenzgängerabkommen sind diesfalls daher ohne Weiteres mit der neuen Zuwanderungsregelung vereinbar (**Kategorie C**).

Quantitative Einschätzung: Anfang des Jahres 2014 waren 43'812 französische Staatsbürgerinnen und Staatsbürger seit zehn Jahren oder länger im Besitz einer Grenzgängerbewilligung. Davon wurden 38'084 Bewilligungen vor Inkrafttreten des FZA (vor dem 1. Juni 2002) ausgestellt. Entsprechend kann die Zahl der anspruchsberechtigten französischen Grenzgänger auf ca. 500 pro Jahr geschätzt werden.

b) *Abkommen zwischen der Schweiz und Italien über die Auswanderung italienischer Arbeitskräfte nach der Schweiz („Italienerabkommen“)*

Bei einem Wegfall der heutigen Regelungen im FZA würde das Abkommen vom 10. August 1964 zwischen der Schweiz und Italien über die Auswanderung italienischer Arbeitskräfte nach der

¹⁷ Abkommen zwischen der Schweiz und Frankreich betreffend Grenzverkehr vom 1. August 1946, SR 0.631.256.934.91; Abkommen zwischen dem Schweizerischen Bundesrat und der Regierung der Bundesrepublik Deutschland über den Grenzübertritt von Personen im kleinen Grenzverkehr vom 21. Mai 1970, SR 0.631.256.913.63; Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Republik Österreich über den Grenzübertritt von Personen im kleinen Grenzverkehr vom 13. Juni 1973, SR 0.631.256.916.33; mit Italien hat die Schweiz ein nicht publiziertes Übereinkommen vom 21. Oktober 1928 über den Grenzverkehr getroffen.

¹⁸ Vereinbarung zwischen der Schweiz und Frankreich über die Arbeitskräfte im kleinen Grenzverkehr vom 15. April 1958, SR 0.142.113.498.

¹⁹ SR 142.20.

Schweiz²⁰ wieder aufleben. Es enthält grundsätzlich einen Anspruch auf Verlängerung der Aufenthaltsbewilligung sowie auf berufliche und geographische Mobilität nach einem Aufenthalt von fünf Jahren. Zudem sieht das Abkommen unter gewissen Bedingungen einen Anspruch auf den Nachzug der Ehegatten und der minderjährigen Kinder vor. Für den Fall, dass das Saisonierstatut wieder eingeführt würde, würde das Abkommen schliesslich auch einen Anspruch auf die Umwandlung einer Saisonbewilligung in eine Jahresbewilligung nach fünf aufeinanderfolgenden Saisonier-Jahren²¹ gewähren. Die Regelung der Zulassung von erwerbstätigen Personen erfolgt darüber hinaus gestützt auf die nationalen Vorschriften.

Fazit:

Variante 1: Wird die neue Verfassungsbestimmung so ausgelegt, dass auch Verlängerungen von Aufenthaltsbewilligungen den Höchstzahlen und Kontingenten unterliegen, müsste das Italienerabkommen bei der Umsetzung der neuen Zuwanderungsregelung berücksichtigt werden. Für den theoretischen Fall einer Wiedereinführung des Saisonierstatuts, auf welches im Abkommen speziell Bezug genommen wird, müssten zudem auch die staatsvertraglichen Ansprüche auf die Umwandlung der Saison- in eine Jahresbewilligung Berücksichtigung finden. Schliesslich muss auch dem Anspruch auf Nachzug der Ehegatten und minderjährigen Kinder bei der Umsetzung der Verfassungsbestimmung Rechnung getragen werden. Das Italienerabkommen fällt in dieser Variante entsprechend in die **Kategorie B**.

Variante 2: Bei einer engen Auslegung der neuen Verfassungsbestimmung fällt zwar der Anspruch auf Verlängerung der Aufenthaltsbewilligung sowie – im Falle einer Wiedereinführung des Saisonierstatuts – auch der Anspruch auf Umwandlung der Saisonier- in eine Jahresbewilligung nicht unter den Anwendungsbereich von Art. 121a BV. Hingegen ist das Italienerabkommen auch in diesem Fall bei der Umsetzung der neuen Zuwanderungsregelung zu berücksichtigen, insofern als dem Recht auf Familiennachzug Rechnung zu tragen ist (**Kategorie B**).

Quantitative Einschätzung: Eine quantitative Einschätzung ist nicht möglich, da nicht eruiert werden kann, wie viele italienische Arbeitskräfte sich zurzeit bereits seit fünf Jahren oder mehr bzw. seit mindestens 45 Monaten in fünf aufeinanderfolgenden Jahren ordnungsgemäss in der Schweiz aufhalten und hier arbeiten. Zum Familiennachzug siehe Ziff. II.C.2.a zu Art. 8 EMRK.

c) *Abkommen über die Anwerbung spanischer Arbeitskräfte und deren Beschäftigung in der Schweiz („Spanierabkommen“)*

Das Abkommen vom 2. März 1961 zwischen der Schweiz und Spanien über die Anwerbung spanischer Arbeitskräfte und deren Beschäftigung in der Schweiz²² dient den wirtschaftlichen Interessen beider Staaten, indem es zum Ziel hat, den Zugang von spanischen Arbeitskräften zum Schweizerischen Arbeitsmarkt zu erleichtern. Inhaltlich beschränkt es sich auf Bestimmungen zur Anwerbung und Stellenvermittlung, Verfahrensvorschriften über Aus- und Einreise sowie Arbeitsbedingungen und Sozialmassnahmen. Im Gegensatz zum „Italienerabkommen“ nimmt das „Spanierabkommen“ nur marginalen Bezug auf Saisonarbeitskräfte (Lohnabzug für Rückreisekosten) und gewährt insbesondere keine Umwandlungsrechte oder sonstige aufenthaltsrechtliche Besserstellungen wie Ansprüche auf Familiennachzug. Bezüglich der Voraussetzungen für die Einreise und den Aufenthalt in der Schweiz gilt die nationale Gesetzgebung. Entsprechend ist das Abkommen mit Bezug auf die neue Zuwanderungsregelung völlig unproblematisch.

Fazit:

Das Abkommen über die Anwerbung spanischer Arbeitskräfte und deren Beschäftigung in der Schweiz verweist für Einreise und Aufenthalt abschliessend auf die nationale Gesetzgebung und räumt – im Gegensatz zum „Italienerabkommen“ – keine Rechtsansprüche ein. Entsprechend ist es ohne Weiteres mit Art. 121a BV vereinbar (**Kategorie C**).

²⁰ SR 0.142.114.548.

²¹ Ordnungsgemässer Aufenthalt von mindestens 45 Monaten zur Arbeit in der Schweiz im Verlaufe von fünf aufeinanderfolgenden Jahren.

²² SR 0.142.113.328.

d) *Niederlassungsabkommen*

In die Kategorie der Niederlassungsabkommen fallen Niederlassungsverträge und Niederlassungsvereinbarungen.

i) Niederlassungsverträge

Niederlassungsverträge beinhalten Ansprüche auf die Niederlassung im anderen Vertragsstaat. Sie werden seit dem ersten Weltkrieg derart restriktiv ausgelegt, dass sie nur auf Personen Anwendung finden, die bereits über eine Niederlassungsbewilligung verfügen. Sie können gestützt auf diese Abkommen noch einen Anspruch auf den Kantonswechsel geltend machen (ein solcher Anspruch ergibt sich heute auch aus dem AuG). Für alle anderen Ausländerinnen und Ausländer gelten die Bestimmungen der Niederlassungsverträge bloss unter dem Vorbehalt des entgegenstehenden Landesrechts.²³ Damit lässt sich heute aus Niederlassungsverträgen kein Anspruch auf Erteilung einer Aufenthalts- oder Niederlassungsbewilligung mehr herleiten.²⁴

ii) Niederlassungsvereinbarungen

Niederlassungsvereinbarungen bilden eine Ergänzung zu den Niederlassungsverträgen und gewähren Anspruch auf Erteilung der Niederlassungsbewilligung nach einer in der Regel fünfjährigen Aufenthaltsdauer.

Wird Art. 121a Abs. 2 BV weit ausgelegt, fällt die Erteilung einer Niederlassungsbewilligung nach einem Voraufenthalt mit einer Aufenthaltsbewilligung (Statuswechsel) in dessen Anwendungsbereich und wird entsprechend kontingentiert; diesfalls ist die Niederlassungsvereinbarungen bei der Umsetzung der neuen Zuwanderungsregelung Rechnung zu tragen. Im Falle einer engen Auslegung der neuen Verfassungsbestimmung werden hingegen nur Personen erfasst, die neu in die Schweiz einreisen; der Statuswechsel ist diesfalls vom Anwendungsbereich von Art. 121a BV ausgenommen.²⁵

Fazit:

i) Die Niederlassungsverträge begründen keine Rechtsansprüche und sind daher ohne Weiteres mit Art. 121a BV vereinbar (**Kategorie C**).

ii) Niederlassungsvereinbarungen:

Variante 1: Niederlassungsvereinbarungen gewähren nach einer bestimmten Aufenthaltsdauer in der Schweiz Anspruch auf die Erteilung einer Niederlassungsbewilligung, weshalb ihnen im Rahmen der Umsetzung der neuen Zuwanderungsregelung Rechnung zu tragen ist (**Kategorie B**).

Variante 2: Niederlassungsvereinbarungen stehen in keinem Normkonflikt mit Art 121a BV (**Kategorie C**).

Quantitative Einschätzung: Im Falle der Variante 1 besteht gestützt auf Niederlassungsvereinbarungen jährlich schätzungsweise in rund 53'000 Fällen Anspruch auf Umwandlung einer Aufenthaltsbewilligung (B) in eine Niederlassungsbewilligung (C).

e) *Migrationspartnerschaften*

Die Rechtsgrundlage für die Migrationspartnerschaften findet sich in Art. 100 Abs. 1 des AuG. Demnach fördert der Bundesrat bilaterale und multilaterale Migrationspartnerschaften mit anderen Staaten. Art. 100 Abs. 1 AuG enthält keine näheren Bestimmungen zu Form und inhaltlicher Ausgestaltung dieser Partnerschaften. Eine Ausführungsverordnung zu Art. 100 Abs. 1 AuG besteht nicht.

Die Schweiz hat seit 2009 insgesamt fünf Migrationspartnerschaften in Form von Memoranda of Understanding (MoU) abgeschlossen²⁶. Diese MoU führen diverse Themenbereiche zur Migration auf, bei denen eine engere Zusammenarbeit angestrebt wird (z.B. im Fall von Tunesien: Rückübernahme, Rückkehrhilfe, Migrationsprävention, reguläre Migration). Hingegen stellen die MoU selbst keine verpflichten-

²³ BGE 106 Ib 128 m.w.H.

²⁴ Idem.

²⁵ So auch PETER UEBERSAX, Die verfassungsrechtliche Zuwanderungssteuerung – Zur Auslegung von Art. 121a BV, in: Jusletter 14. April 2014, S. 6, Rz 32.

²⁶ Serbien, Bosnien Herzegowina, Kosovo, Nigeria, Tunesien.

den Vereinbarungen dar, aus denen unmittelbar Ansprüche beispielsweise im Bereich Zuwanderung oder Arbeitsmigration geltend gemacht werden können.

Die verschiedenen Bereiche, in denen die Zusammenarbeit verstärkt werden soll, werden jeweils nachrangig im Rahmen spezieller Abkommen geregelt. Im Fall Tunesien gehören hierzu das Migrationsabkommen zur Rückübernahme sowie das Stagiairesabkommen.

Die Frage der Vereinbarkeit mit der neuen Verfassungsbestimmung stellt sich daher für die Migrationspartnerschaften als solche nicht, allenfalls jedoch für die einzelnen Abkommen, die im Rahmen der Partnerschaften abgeschlossen werden. Die Migrationspartnerschaft mit Tunesien ist dabei die einzige, die aufgrund des Stagiairesabkommens thematisch betroffen ist.

Dennoch kann die neue Verfassungsbestimmung indirekt Auswirkungen auf die Migrationspartnerschaften selbst haben. Wenn z.B. das im Rahmen der Partnerschaft mit Tunesien durch das Stagiairesabkommen vereinbarte Stagiaireskontingent aus Gründen des Gesamtkontingents nicht mehr erfüllt werden kann, kann dies negative Auswirkungen auf die Partnerschaft als Ganzes, insbesondere auf den Rückkehrbereich, haben.

Fazit:

Etant donné que les partenariats migratoires sont des instruments juridiquement non-contraignants, ils n'entrent pas dans la définition de « traité international » et ne font, dès lors, **pas l'objet d'une catégorisation** telle que prévue dans la méthodologie. Da keine völkerrechtlichen Verträge werden sie per se auch nicht von Art. 197 Ziff. 9 Abs. 1 BV erfasst und sind daher mit Blick auf die neue Zuwanderungsregelung unproblematisch.

Betreffend des im Rahmen der Migrationspartnerschaft mit Tunesien abgeschlossenen Stagiairesabkommens wird auf die nachfolgenden Ausführungen im Abschnitt „Stagiairesabkommen“ (Ziff. II.B.2.b) verwiesen.

f) Vereinbarungen betreffend Medizinalpersonal

Die Schweiz hat keine zwischenstaatlichen Abkommen explizit zum Austausch und zur Beschäftigung von Medizinalpersonal abgeschlossen. Die Zulassung in der Schweiz richtet sich ausschliesslich nach dem AuG und seiner Ausführungsverordnung. Es besteht lediglich mit Kanada seit dem 1. Mai 2003 ein MoU²⁷ betreffend den dauerhaften Aufenthalt für Staatsangehörige beider Parteien im jeweils anderen Staat, welches die Absicht zur Besserstellung bestimmter Berufskategorien – wozu auch „Berufstätige aus dem Gesundheitsbereich“ gehören – zum Gegenstand hat. Das MoU bezieht sich aber explizit auf das nationale Recht beider Staaten und generiert keine Rechtsansprüche. In diesem Sinne ist es mit Bezug auf die neue Zuwanderungsregelung unproblematisch.

Die Aus- und Weiterbildung bzw. die Spezialisierung von ausländischem Medizinalpersonal an Schweizerischen Universitätskliniken kann grundsätzlich im Rahmen von Stagiairesabkommen, im Rahmen von Entwicklungsprojekten oder auch über die Zulassung von Postdoktoranden, Gastärzten oder Stipendiaten stattfinden.²⁸ Zahlreiche Universitätskliniken der Schweiz unterhalten zudem Zusammenarbeitsvereinbarungen mit ausländischen Kliniken, die die organisatorischen Aspekte des zeitlich befristeten Austauschs von medizinischem Personal zum Gegenstand haben.²⁹ Diese Zusammenarbeitsvereinbarungen räumen jedoch ebenfalls keinen Anspruch auf Einreise oder Zulassung in der Schweiz ein, sondern beabsichtigen bloss eine verbesserte Zusammenarbeit zwischen den Vertragspartnern. Sie stellen im Übrigen keine völkerrechtlichen Verträge dar.

²⁷ Memorandum of Understanding (MoU) zwischen dem Schweizerischen Bundesrat und der Regierung von Kanada über die Rechtsstellung der Angehörigen des einen Staates im jeweils anderen Staat (BBL 2003 5303).

²⁸ Vgl. dazu unten II.B.2.b: Stagiairesabkommen.

²⁹ So bspw. Austauschvereinbarungen zwischen dem Inselspital Bern und Brunei zur Weiterbildung von Pflegefachpersonal bis zu vier Monaten; Partnerschaftsprogramm zwischen dem Kinderspital Zürich und dem Kinderspital Arabkir in Jerawan (Armenien) im Bereich Pädiatrie; Zusammenarbeit zwischen dem Universitätsspital Zürich, Kuwait und Saudi-Arabien zur Weiterbildung von Kardiologen; Zusammenarbeit in Ausbildungsbelangen der Radiologie zwischen der Universitätsklinik in Genf und der medizinischen Fakultät in Tunis.

Fazit:

Le MoU avec le Canada est un instrument juridiquement non-contraignant. Il n'entre pas dans la définition de « traité international » et ne fait, dès lors, **pas l'objet d'une catégorisation** telle que prévue dans la méthodologie. Da es keine völkerrechtlichen Verpflichtungen enthält, wird es per se auch nicht von Art. 197 Ziff. 9 Abs. 1 BV erfasst und ist daher mit Blick auf die neue Zuwanderungsregelung unproblematisch.

3. Ausbildung

a) *Abkommen im universitären Bereich*

i) Europarat und UNESCO

Seit den 1950er Jahren wurden vom Europarat fünf Hochschulkonventionen betreffend die Anerkennung von Reifezeugnissen, akademischen Graden sowie Stipendienfortzahlung bei Studien im Ausland erlassen. 1979 folgte eine inhaltlich ähnlich ausgerichtete Hochschulkonvention der UNESCO für die Region Europa. 1997 wurde die Lissabonner Konvention³⁰ abgeschlossen, welche das Ziel hatte, die Konventionen des Europarates und der UNESCO durch ein einziges Abkommen zu ersetzen und zu vereinfachen. Die Lissabonner Konvention wurde von über 50 Staaten unterzeichnet. Für Staaten, welche die Lissabonner Konvention nicht ratifiziert haben, bleiben die alten Konventionen in Kraft. Für die Schweiz gilt die Lissabonner Konvention seit 1. Februar 1999.

ii) Lissabonner Konvention

Die Lissabonner Konvention ist ein völkerrechtlicher Vertrag des Europarates und der UNESCO über die Anerkennung von Qualifikationen im Hochschulbereich. Gemäss Bundesratsantrag vom 16. Februar 1998 handelt es sich um einen nicht unmittelbar anwendbaren Vertrag, der keine direkt einklagbaren Rechtsansprüche von Einzelpersonen erzeugt. Er enthält Absichtserklärungen und Richtlinien für die zuständigen staatlichen Behörden.

Mit Urteil 2C.457/2013 vom 13. März 2014 wird dies vom Bundesgericht anders beurteilt: Die Lissabonner Konvention enthält Zulassungsbestimmungen, die „self-executing“, also direkt anwendbar und justiziabel sind. Nach Ansicht des Bundesgerichts begründet das Abkommen daher Ansprüche auf Anerkennung der Gleichwertigkeit ausländischer mit schweizerischen Bildungsabschlüssen, welche zur Zulassung an Schweizer Universitäten berechtigen.

iii) Staatsverträge mit Nachbarstaaten

Mit den Nachbarstaaten Österreich³¹, Deutschland³² und Italien³³ hat die Schweiz bilaterale Anerkennungsabkommen geschlossen, welche die Vergleichbarkeit von akademischen Studiengängen und Diplomen regeln. Ebenso, allerdings auf Stufe der Rektorenkonferenzen, existiert seit 1994 eine Vereinbarung mit Frankreich.³⁴ Inhaltlich handelt es sich bei den Abkommen mit den Nachbarstaaten um die Anerkennung von Studienzeiten, von Zwischenprüfungen und Abschlussdiplomen im Hinblick auf die Studienfortsetzung oder das weiterführende Doktoratsstudium im anderen Land. In den Abkommen mit Deutschland, Österreich und Italien sind zudem Anspruchsgrundlagen betreffend die Zulas-

³⁰ Übereinkommen vom 11. April 1997 über die Anerkennung von Qualifikationen im Hochschulbereich in der europäischen Region, SR 0.414.8.

³¹ Abkommen vom 10. November 1993 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Republik Österreich über die gegenseitige Anerkennung von Gleichwertigkeiten im Hochschulbereich (mit Notenwechsel), SR 0.414.991.631.

³² Abkommen vom 20. Juni 1994 zwischen der Regierung der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Regierung der Bundesrepublik Deutschland über die gegenseitige Anerkennung von Gleichwertigkeiten im Hochschulbereich (mit Briefwechsel), SR 0.414.991.361.

³³ Abkommen vom 7. Dezember 2000 zwischen dem Schweizerischen Bundesrat und der Regierung der Italienischen Republik über die gegenseitige Anerkennung von Gleichwertigkeiten im Hochschulbereich (mit Anhängen), SR 0.414.994.541.

³⁴ Da die französische Regierung explizit darauf verzichtet hatte, ein bilaterales Regierungsabkommen auszuhandeln, haben die Rektorenkonferenzen der Universitäten der beiden Länder 1994 ein Rahmenabkommen über die Anerkennung von Diplomen und Studienleistungen abgeschlossen. 2008 wurde das Abkommen erneuert und in der Schweiz auf die Fachhochschulen und die pädagogischen Hochschulen und in Frankreich auf die Ingenieurschulen ausgedehnt.

sung an Schweizer Universitäten enthalten; darüber hinaus wird in diesen Abkommen das Führen akademischer Grade im jeweils anderen Land geregelt.

iv) ERASMUS-Abkommen

1991 hat die Schweiz mit der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft für den universitären Bereich ein Abkommen vom 9. Oktober 1991 über die Zusammenarbeit im Bereich der allgemeinen beruflichen Bildung im Rahmen des ERASMUS-Programms³⁵ geschaffen, welches nebst der Schaffung eines europäischen Hochschulnetzes, Bestimmungen zu Stipendien beinhaltet und eine Verbesserung der Mobilität durch gegenseitige Anerkennungen zum Gegenstand hat. Nebst der Absichtserklärung, die Freizügigkeit von Studentenschaft und akademischem Personal zu erleichtern, räumt auch ERASMUS keine Ansprüche auf Zulassung an Universitäten ein. Nicht anders ist dies bei ERASMUS+³⁶, welches für die Jahre 2014-2020 das Kompetenzniveau und die Beschäftigungsfähigkeit junger Menschen verbessern und die Berufsbildung und Jugendarbeit modernisieren will.

Sämtliche Ansprüche im Bereich der Universitäten betreffen die Zulassung an Schweizer Universitäten, nicht aber den ausländerrechtlichen Aufenthalt, welcher sich gemäss den Bestimmungen des FZA und der EFTA-Konvention (EU/EFTA-Bürger; grundsätzlicher Anspruch gemäss FZA) oder aber des AuG (Drittstaatsangehörige, im Ermessen der kantonalen Behörden) bestimmt.

Fazit:

Bezüglich der Lissabonner Konvention und der Staatsverträge mit den Nachbarstaaten Österreich, Deutschland und Italien ist noch nicht abschliessend geklärt, ob diese Abkommen – auch wenn darauf gestützt ein Anspruch auf Zulassung an eine universitäre Hochschule geltend gemacht werden kann – damit auch einen Anspruch auf Aufenthalt in der Schweiz gewähren. Sollten sie einen Aufenthaltsanspruch gewähren, müsste ihnen bei der Umsetzung der neuen Zuwanderungsregelung Rechnung getragen werden (**Kategorie B**); andernfalls sind diese Abkommen ohne Weiteres mit der neuen Zuwanderungsregelung vereinbar (**Kategorie C**).

Das ERASMUS-Abkommen gewährt kein spezielles Aufenthaltsrecht und ist daher problemlos mit Art. 121a BV vereinbar (**Kategorie C**).

b) *Stagiairesabkommen*

Die Schweiz hat mit 33 Staaten ein Stagiairesabkommen abgeschlossen. Die Stagiairesabkommen dienen dem kulturellen Austausch sowie der beruflichen Weiterbildung und dem Spracherwerb. Jedes der Stagiairesabkommen sieht ein jährliches Kontingent für die Anzahl Stagiaires aus dem Partnerstaat vor. Die Kontingentszahlen bewegen sich pro Abkommen zwischen 20 und 500 und werden unabhängig von der Arbeitsmarktlage des Gaststaates erteilt.

Es sind 12 Abkommen mit Drittstaaten³⁷ (Nicht EU/EFTA-Staaten) in Kraft, wobei das Abkommen mit Chile noch nicht operationell ist. Ferner wurden Abkommen mit Paraguay, Tunesien und Brasilien unterzeichnet, aber noch nicht in Kraft gesetzt, weil die Ratifizierung von Seiten Partnerstaat noch fehlt (Paraguay/Brasilien) oder - im Fall von Tunesien - das mit dem Stagiairesabkommen verknüpfte Migrationsabkommen noch nicht ratifiziert ist³⁸. Die temporäre Zuwanderung in den Arbeitsmarkt über ein solches Stagiairesabkommen erfolgt heute gestützt auf Art. 30 Abs. 1 Bst. g AuG sowie Art. 42 der Verordnung über Zulassung, Aufenthalt und Erwerbstätigkeit (VZAE)³⁹ ausserhalb der Kontingente für Drittstaatsangehörige.

³⁵ SR 0.414.91.

³⁶ Nach dem Entscheid der EU-Kommission, die Schweizer Assoziation am Programm zu sistieren und die Schweiz für 2014 als Drittland (und nicht mehr Partnerstaat) zu behandeln, hat der Bundesrat am 7. März 2014 beschlossen, Übergangslösungen auszuarbeiten. Konkret bedeutet dies, dass analog zur Beteiligungsform vor 2011 eine komplementäre Finanzierung für die Förderung von Personen und Projekten mit eigenen Beurteilungs- und Finanzierungskriterien für Schweizer Institutionen ausgearbeitet werden soll.

³⁷ Argentinien, Australien, Chile, Japan, Kanada, Monaco, Neuseeland, Philippinen, Russland, Südafrika, Ukraine und den USA.

³⁸ Die Verfassungsgebende Versammlung Tunesiens hat das Migrationsabkommen am 7. April 2014 verabschiedet. Das Migrationsabkommen sowie das Stagiairesabkommen mit Tunesien werden voraussichtlich per Anfang Juni oder Juli 2014 in Kraft treten.

³⁹ SR 142.201.

Die restlichen 21 Abkommen wurden mit EU- bzw. EFTA-Staaten⁴⁰ abgeschlossen. Diese sind heute schlafende Verträge (vgl. Ausführungen unter Ziff. II.B.1 vorstehend).

In jedem Abkommen über den Austausch von Stagiaires sind die jährlichen Maximalzahlen für Stagiairesbewilligungen für den entsprechenden Vertragspartner festgelegt. Diese werden dabei jeweils unabhängig von der Arbeitsmarktlage und damit unabhängig von allfällig bestehenden nationalen Kontingenten gewährt. Entsprechend werden die in den Stagiairesabkommen zugesicherten Bewilligungen bei der Umsetzung der neuen Verfassungsbestimmung berücksichtigt werden müssen. Aufgrund der Tatsache, dass in den letzten Jahren jeweils ca. 50% der ausländischen Stagiaires länger als ein Jahr in der Schweiz verbleiben (Bewilligung für 18 Monate oder Verlängerung der Aufenthaltsbewilligung auf 18 Monate), gilt dies zudem sowohl im Falle der Auslegung gemäss Variante 1 wie im Falle der Auslegung gemäss Variante 2.

Wie bereits erwähnt, werden Stagiairesbewilligungen gemäss den Abkommen unabhängig von der Arbeitsmarktlage im Gastland und damit auch unabhängig vom Vorrang der Schweizerinnen und Schweizer erteilt. Die neue Verfassungsbestimmung verlangt die Berücksichtigung eines Inländervorrangs. Ein absoluter Vorrang ergibt sich gemäss Gutachten des BJ daraus jedoch nicht (siehe auch Ziffer 3.2 der Botschaft). Auch im geltenden Recht gibt es bei der Zulassung von Personen aus Drittstaaten gewisse Fälle, bei denen vom restriktiven Erfordernis des Inländervorrangs abgewichen werden kann. Dies ist bei den Stagiairesabkommen auch unter der neuen Verfassungsbestimmung weiterhin möglich, da es sich vergleichsweise nur um wenige Fälle handelt und die Abkommen in erster Linie der beruflichen Weiterbildung und dem Spracherwerb dienen.

Fazit:

Art. 121a BV kann so umgesetzt werden, dass die Stagiairesabkommen weitergeführt werden können. Dies setzt jedoch voraus, dass bei der Festlegung der Kontingente die in diesen Abkommen zugesicherten Stagiairesbewilligungen berücksichtigt werden (**Kategorie B**).

Quantitative Einschätzung: Insgesamt werden in den bestehenden Stagiairesabkommen jährlich 4'440 Stagiairesplätze garantiert. Im Jahr vor Einführung der Personenfreizügigkeit (2001) wurden insgesamt 1'276 Bewilligungen an ausländische Stagiaires erteilt.

4. Asyl

Dublin-Assoziierungsabkommen

„Dublin“ regelt die Zuständigkeit zwischen den Dublin-Staaten für die Behandlung von Asylgesuchen. Es soll vermieden werden, dass mehrere Verfahren für den gleichen Gesuchsteller oder die gleiche Gesuchstellerin durchgeführt werden. Dies geschieht, indem die betroffene asylsuchende Person, wenn sie in einem anderen Dublin-Staat bereits ein Asylgesuch gestellt hat, an diesen Erststaat rücküberstellt werden kann.

Die Schweiz ist via das Dublin-Assoziierungsabkommen (DAA)⁴¹ in die Dubliner Zusammenarbeit eingebunden. Die Dubliner Regeln sehen zwar in erster Linie ein Zuständigkeitssystem zur Prüfung von Asylgesuchen vor. Jeder Dublin-Staat ist in diesem Zusammenhang jedoch auch gehalten, die Personen, für deren Asylgesuch er zuständig ist, von einem anderen Dublin-Staat zu übernehmen.

Ob Personen während des Asylverfahrens (Bewilligung N) dem Anwendungsbereich von Art. 121a BV unterstehen oder nicht, ist eine Frage der Auslegung:

Wird die neue Verfassungsbestimmung weit ausgelegt, so dass auch Asylsuchende in deren Anwendungsbereich fallen, ist das DAA bei der Umsetzung von Art. 121a BV zu berücksichtigen. In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, dass die überwiegende Mehrheit der Personen, welche von der

⁴⁰ Belgien, Bulgarien, Dänemark, Deutschland, Finnland, Frankreich, Grossbritannien, Irland, Italien, Luxemburg, Niederlande, Norwegen, Österreich, Polen, Portugal, Rumänien, Schweden, Slowakei, Spanien, Tschechien und Ungarn.

⁴¹ Abkommen vom 26. Oktober 2004 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Gemeinschaft über die Kriterien und Verfahren zur Bestimmung des zuständigen Staates für die Prüfung eines in einem Mitgliedstaat oder in der Schweiz gestellten Asylantrags, SR 0.142.392.68.

Schweiz im Rahmen der Dubliner Zusammenarbeit rückübernommen werden muss, bereits bei der Stellung des Asylgesuchs in der Schweiz den Kontingenten angerechnet wurde; bei der Rückübernahme sind diese Personen kein zweites Mal zu kontingentieren. Eine geringe Anzahl von Personen (rund 10%) muss jedoch von der Schweiz gestützt auf die Dubliner Regeln übernommen werden, ohne dass sie in der Schweiz bereits ein Asylgesuch gestellt haben (bspw. Familienzusammenführung, Minderjährige). Hier müssten zusätzliche Kontingente bereitgestellt werden.

Sollte die neue Verfassungsbestimmung eng ausgelegt werden und Asylsuchende während des Asylverfahrens nicht in den Anwendungsbereich von Art. 121a BV fallen, da erst die Verleihung eines Schutzstatus (Anerkennung als Flüchtling) oder aber die gesicherte Wahrscheinlichkeit einer längeren Anwesenheit⁴² (vorläufige Aufnahme) eine Zuwanderung i.S.v. Art. 121a BV begründet, generiert das DAA in Bezug auf die neue Verfassungsbestimmung keinen Normkonflikt.

Fazit:

Variante 1: Wird der Anwendungsbereich der neuen Verfassungsbestimmung weit ausgelegt, so dass auch Asylsuchende darunter fallen, ist das DAA in die **Kategorie B** einzuordnen, d.h. es ist ihm bei der Umsetzung der neuen Zuwanderungsregelung Rechnung zu tragen.

Variante 2: Bei einer engen Auslegung des Anwendungsbereichs von Art. 121a BV ist das DAA ohne Weiteres mit der neuen Verfassungsbestimmung vereinbar (**Kategorie C**).

Quantitative Einschätzung: Basierend auf den Zahlen 2013 müssen bei der Variante 1 für Dublin-Fälle rund 200 Bewilligungen jährlich reserviert werden.

5. Kurzaufenthalt

a) Schengen-Assoziierungsabkommen

Die Schengen-Staaten haben ihre Personenkontrollen an den Binnengrenzen abgebaut und gleichzeitig zur Stärkung der inneren Sicherheit eine Reihe von Ausgleichsmassnahmen beschlossen (Verstärkung und Vereinheitlichung der Aussengrenzkontrollen, Verstärkung der Polizeizusammenarbeit, Vereinheitlichung der Visumpolitik im Bereich der Kurzzeitvisa, Erleichterungen in der Rechtshilfe in Strafsachen sowie Massnahmen zur Bekämpfung des Waffen- und Drogenmissbrauchs). Das Schengen-Assoziierungsabkommen (SAA)⁴³ gewährleistet der Schweiz die nahezu umfassende Beteiligung an dieser Schengener Zusammenarbeit, enthält aber auch die Pflicht, Weiterentwicklungen des Schengen-Besitzstandes grundsätzlich zu übernehmen.⁴⁴

Vertragsparteien des SAA sind die Schweiz und die EU. Alle EU-Mitgliedstaaten sind grundsätzlich auch Schengen-Mitgliedstaaten, wobei Dänemark, Irland und das Vereinigte Königreich über einen speziellen Status (partielle Teilnahme) verfügen. Island, Liechtenstein und Norwegen sind wie die Schweiz assoziierte Staaten und mittels separater Abkommen in das Regime der Schengen-Assoziierung der Schweiz eingebunden.

Das SAA enthält alle wichtigen Regeln zur konkreten Ausgestaltung der Assoziierung sowie den von der Schweiz im Moment der Unterzeichnung übernommenen Schengen-Besitzstand. Weiterentwicklungen dieses Besitzstands werden jeweils in der Form von Notenaustauschen übernommen.

In Bezug auf Aufenthalt und Niederlassung enthält der Schengen-Besitzstand lediglich Regeln betreffend den Aufenthalt von Staatsangehörigen aus Drittstaaten (Nicht-Schengen-Staaten) für Reisen zu Nichterwerbszwecken, welche 90 Tage innerhalb eines Zeitraums von 180 Tagen nicht überschreiten

⁴² So PETER UEBERSAX, S. 3.

⁴³ Abkommen vom 26. Oktober 2004 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft, der Europäischen Union und der Europäischen Gemeinschaft über die Assoziierung dieses Staates bei der Umsetzung, Anwendung und Entwicklung des Schengen-Besitzstands, SR 0.362.31.

⁴⁴ Seit der Unterzeichnung des SAA am 26. Oktober 2004 wurden der Schweiz 155 solche Weiterentwicklungen mitgeteilt (Stand März 2014). Zudem haben einige dieser Weiterentwicklungen den Abschluss von Zusatzvereinbarungen notwendig gemacht. Die Modalitäten der Teilnahmerechte der Schweiz an den Schengen-relevanten Ausschüssen der Europäischen Kommission, welche diese bei der Ausübung ihrer Durchführungsbefugnisse unterstützten, sind ebenfalls in einem gesonderten Abkommen geregelt.

(Art. 19 und 20 Schengener Durchführungsübereinkommen, SDÜ⁴⁵). Für Drittstaatsangehörige, welche in einem Schengen-Staat über eine Aufenthaltsbefugnis verfügen, regelt der Schengen-Besitzstand zudem in beschränktem Umfang den (visumsfreien) Aufenthalt für bis zu 90 Tage innerhalb eines Zeitraums von 180 Tagen in den übrigen Schengen-Staaten (Art. 21 SDÜ, Art. 5 Grenzkodex⁴⁶). Nach beiden im Gutachten des BJ vorgeschlagenen Auslegungsvarianten des Begriffs "Ausländer" werden diese Arten von Kurzaufenthaltern nicht vom persönlichen Geltungsbereich des Art. 121a BV erfasst und sind demnach auch nicht Kontingentsregelungen und Höchstzahlen unterworfen. Entsprechend ist das SAA mit Art. 121a BV vereinbar. Analoges gilt für die Nebenabkommen mit Dänemark⁴⁷, Norwegen und Island⁴⁸ sowie Liechtenstein⁴⁹.

Die Aufenthaltsvoraussetzungen für Angehörige der EU-Mitgliedstaaten sowie der assoziierten Staaten ergeben sich im Übrigen aus den jeweils anwendbaren Bestimmungen über die Personenfreizügigkeit.

Hingegen besteht ein mittelbarer Bezug zwischen dem SAA und Art. 121a BV. Dies insofern, als im Schengen-Besitzstand in einigen Rechtsakten für freizügigkeitsberechtigte Personen Sonderbehandlungen vorgesehen sind (so z.B. bei den Einreisevoraussetzungen oder den Grenzkontrollen an den Ausseengrenzen im Schengener Grenzkodex)⁵⁰. Schweizer Staatsangehörige und deren Familienangehörige fallen aufgrund des FZA unter die Definition der freizügigkeitsberechtigten Personen im Rahmen der Schengener Regeln: Bei einem Wegfall des FZA ohne eine in gegenseitigem Einvernehmen getroffene Lösung in dieser Frage wäre dies nicht mehr der Fall. Es handelt sich jedoch um ein Problem, das lediglich im Falle einer Kündigung des FZA aktuell würde.

Schliesslich ist auch zu beachten, dass das SAA über eine Klausel mit dem DAA verknüpft ist. Jedes dieser Abkommen gilt als gekündigt, wenn das jeweils andere gekündigt wird.

Fazit:

Der Schengen-Besitzstand regelt einzig Kurzaufenthalte (max. 90 Tage innerhalb eines Zeitraums von 180 Tagen) für Drittstaatsangehörige zu Nichterwerbszwecken. Diese Aufenthalte werden von der neuen Zuwanderungsregelung nicht berührt. Das SAA und die im Rahmen desselben übernommenen Weiterentwicklungen des Schengen-Besitzstandes sind daher mit Art. 121a BV vereinbar (**Kategorie C**).

b) Visaabkommen

i) Visumbefreiungsabkommen

Führt die EU für ein bestimmtes Land die Visumpflicht ein oder hebt sie diese auf, so gilt diese Änderung für den gesamten Schengen-Raum und damit auch für die Schweiz, sofern diese mit einer Erweiterung des Schengen-Besitzstands einhergeht, welche die Schweiz übernehmen muss (so Änderungen der Verordnung (EG) Nr. 539/2001). Die Einräumung des Gegenrechts durch den anderen Staat gilt hingegen bloss für die EU-Bürger, weshalb sich die Schweiz mittels Visumbefreiungsabkommen die Reisefreiheit ihrer Bürger analog den EU-Bürgern einräumen lässt, obgleich dazu keine rechtliche Verpflichtung besteht. Visumbefreiungsabkommen (sogenannte *Short Stay Visa Waiver*) regeln die

⁴⁵ Übereinkommen zur Durchführung des Übereinkommens von Schengen vom 14. Juni 1985 zwischen den Regierungen der Staaten der Benelux-Wirtschaftsunion, der Bundesrepublik Deutschland und der Französischen Republik betreffend den schrittweisen Abbau der Kontrollen an den gemeinsamen Grenzen; Amtsblatt der EU Nr. L 239 vom 22/09/2000 S. 0019 - 0062.

⁴⁶ Verordnung (EG) Nr. 562/2006 des Europäischen Parlaments und Rates vom 15. März 2006 über einen Gemeinschaftskodex für das Überschreiten der Grenze durch Personen.

⁴⁷ Abkommen vom 28. April 2005 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und dem Königreich Dänemark über die Begründung von Rechten und Pflichten zwischen diesen beiden Staaten hinsichtlich der Schengener Zusammenarbeit, SR 0.362.33.

⁴⁸ Übereinkommen vom 17. Dezember 2004 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft, der Republik Island und dem Königreich Norwegen über die Umsetzung, Anwendung und Entwicklung des Schengen-Besitzstands und über die Kriterien und Verfahren zur Bestimmung des zuständigen Staates für die Prüfung eines in der Schweiz, in Island oder in Norwegen gestellten Asylantrags, SR 0.362.32.

⁴⁹ Protokoll vom 28. Februar 2008 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft, der Europäischen Union, der Europäischen Gemeinschaft und dem Fürstentum Liechtenstein über den Beitritt des Fürstentums Liechtenstein zu dem Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft, der Europäischen Union und der Europäischen Gemeinschaft über die Assoziierung der Schweizerischen Eidgenossenschaft bei der Umsetzung, Anwendung und Entwicklung des Schengen Besitzstands, SR 0.362.311.

⁵⁰ Vgl. auch Verordnung (EG) Nr. 1987/2006 (SIS II); Verordnung (EG) Nr. 539/2001 (Visumsverordnung); Verordnung (EG) Nr. 810/2009 (Visakodex); Richtlinie 2008/115/EG (Rückführungsrichtlinie).

gegenseitige Befreiung von der Visumpflicht für Aufenthalte ohne Erwerbstätigkeit von maximal 90 Tagen innerhalb von 180 Tagen.

ii) Visaerleichterungsabkommen

Visaerleichterungsabkommen zwischen der EU und bestimmten Drittländern sehen für Staatsangehörige dieser Drittländer Erleichterungen bei der Visaerteilung vor (bspw. Gebührenermässigung, Ausstellung von Visa für mehrfache Einreisen für bestimmte Personengruppen, schnellere Bearbeitung), ohne dabei die Voraussetzungen für die Visaerteilung zu ändern (die Einreisebedingungen gelten für den Antragsteller nach wie vor). Die Schweiz hat mit Blick auf die im Rahmen der Schengener Zusammenarbeit angestrebte Schaffung einer „echten harmonisierten Visumpraxis“ (keine Rechtspflicht) ihre Regeln und ihre Praxis bei der Vergabe von Visa mit einer Aufenthaltsdauer von maximal 90 Tagen innerhalb von 180 Tagen („short-stay“) an diejenige der EU anzugleichen.

Die Visaabkommen (Visabefreiungs- und Visaerleichterungsabkommen) tangieren die Umsetzung von Art. 121a BV nicht, da sie sich bloss auf zeitlich befristete Einreise von maximal 90 Tagen innerhalb von 180 Tagen beziehen und damit keine Zuwanderung i.S.v. Art. 121a BV darstellen. Darüber hinaus gewähren sie auch keine Ansprüche auf Einreise in die Schweiz.⁵¹ Sie regeln lediglich, ob für die Einreise ein Visum benötigt wird bzw. ob bei der Erteilung des Visums gewisse administrative Erleichterungen gewährt werden.

Fazit:

Visaabkommen sind ohne Weiteres mit Art. 121a BV vereinbar, da sie keinen Anspruch auf Zulassung und Aufenthalt in der Schweiz beinhalten (**Kategorie C**).

C. Abkommen im Bereich Menschenrechte

1. Recht auf Leben

Für Staaten, die die Todesstrafe abgeschafft haben, folgt aus Art. 6 Abs. 2 UNO-Pakt II⁵², dass die Auslieferung einer Person bei drohender Todesstrafe gegen die Konvention verstösst. Dieselbe Verpflichtung erwächst der Schweiz aus Art. 2 EMRK⁵³ i.V.m. den Protokollen Nr. 6 und Nr. 13 zur EMRK. Das Verbot steht in Frage, wenn einer entsprechend bedrohten Person infolge Kontingenterreichung der Aufenthalt in der Schweiz verweigert werden müsste und sie ausgeliefert würde.

2. Familienleben

a) *Familienleben*

Art. 8 EMRK, Art. 17 UNO-Pakt II und Art. 3 und 16 Kinderrechtskonvention⁵⁴ gewährleisten u.a. das Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens. Daraus folgt kein Anspruch darauf, das Privat- und Familienleben uneingeschränkt in einem Land eigener Wahl zu leben. Der Grundsatz des Schutzes des Familienlebens beinhaltet keinen voraussetzungslosen Anspruch auf Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung oder auf Familienzusammenführung. Ein Eingriff in das Privat- und Familienleben bedarf einer gesetzlichen Grundlage, muss im öffentlichen Interesse liegen und in einer demokratischen Gesellschaft notwendig sein. Die Vertragsstaaten verfügen hierbei über einen Ermessensspielraum. Indes muss in jedem Einzelfall eine Abwägung zwischen dem privaten Interesse der Betroffenen an der Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung und den öffentlichen Interessen an deren Verweigerung vorgenommen werden. Die Verweigerung der Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung allein infolge Kontingenterreichung trägt den Vorgaben von EMRK, UNO-Pakt II und Kinderrechtskonvention nicht hinreichend Rechnung.

⁵¹ Urteil EuGH vom 19. Dezember 2012, RAHMANIAN KOUHAKI vs. Bundesrepublik Deutschland).

⁵² Internationaler Pakt vom 16. Dezember 1966 über bürgerliche und politische Rechte, SR 0.103.2.

⁵³ Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten vom 4. November 1950 (Europäische Menschenrechtskonvention), SR 0.101.

⁵⁴ Übereinkommen vom 20. November 1989 über die Rechte des Kindes, SR 0.107.

b) *Internationale Adoption / internationaler Kinderschutz*

La Convention de la Haye du 29.05.1993 sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale (CLaH93)⁵⁵, ratifiée par la Suisse, impose aux Etats contractants de prendre toutes mesures utiles pour que l'enfant reçoive l'autorisation d'entrée et de séjour permanent dans l'Etat d'accueil (art. 18 CLaH93). Cela concerne entre 100 et 200 enfants chaque année. Art. 33 des Haager Übereinkommens vom 19. Oktober 1996 über die Zuständigkeit, das anzuwendende Recht, die Anerkennung, Vollstreckung und Zusammenarbeit auf dem Gebiet der elterlichen Verantwortung und der Massnahmen zum Schutz von Kindern (Haager Kinderschutzübereinkommen, HKsÜ)⁵⁶ sieht die Möglichkeit der Aufnahme von Pflegekindern aus der Ausland in der Schweiz vor (bspw. Eltern im Ausland verstorben, Kinder sollen bei den einzigen Verwandten in der Schweiz platziert werden). Das betrifft jährlich meist weniger als 50 Kinder. Die Vertragsstaaten verfügen bei beiden Übereinkommen über Ermessensspielraum. Die Verweigerung der Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung allein infolge Kontingenterreichung ohne Berücksichtigung des Kindeswohls würde den Vorgaben der Übereinkommen allerdings nicht hinreichend Rechnung tragen.

3. Non-Refoulement

Aus Art. 3 EMRK folgt, dass kein Vertragsstaat eine Person in ein Land wegweisen darf, in welchem dieser Folter, unmenschliche oder erniedrigende Behandlung oder Strafe drohen. Dieselbe Garantie findet sich in Art. 7 UNO-Pakt II sowie, allerdings sachlich beschränkt auf Folter, in Art. 3 des Übereinkommen vom 10. Dezember 1984 gegen Folter und andere grausame, unmenschliche oder erniedrigende Behandlung oder Strafe (CAT)⁵⁷. Im Übrigen besagt Art. 33 Flüchtlingskonvention⁵⁸, dass – unter Vorbehalt der in Abs. 2 genannten besonderen Umstände – kein Flüchtling in das Gebiet eines Landes ausgewiesen werden kann, wo sein Leben oder seine Freiheit gefährdet wäre. Dieses Refoulementverbot könnte verletzt werden, wenn einer entsprechend bedrohten Person infolge Kontingenterreichung der Aufenthalt in der Schweiz verweigert würde. Trotz Verpflichtung zur Kontingentierung ist jedoch unbestritten, dass das Refoulementverbot beachtet werden muss, da es Teil des *ius cogens* ist (Botschaft, Ziff 1.3.2). Entsprechend wird insbesondere für den Fall einer akuten humanitären Krise eine gewisse Flexibilität bei der Festlegung der Kontingente erforderlich sein.

Fazit:

Den vorstehend erwähnten Verträgen im Bereich der Menschenrechte (EMRK, UNO-Pakt II, Kinderrechtskonvention, Haager Adoptions- und Haager Kinderschutzübereinkommen, CAT und Flüchtlingskonvention) kann bei der Umsetzung der neuen Zuwanderungsregelung Rechnung getragen werden. Dabei ist bei der Festlegung der Kontingente jeweils der potentielle Bedarf an Bewilligungen für diesen Bereich einzuberechnen. Zudem ist für den Fall einer unvorhergesehenen akuten humanitären Krise ein gewisser Spielraum für die allfällige Erhöhung der Kontingente im Bereich Non-Refoulement vorzusehen. Entsprechend sind diese Verträge der **Kategorie B** zuzuordnen.

Quantitative Einschätzung: Basierend auf einer Schätzung müssen für die völkerrechtlichen Verträge im Bereich der Menschenrechte insgesamt rund 60'000 Bewilligungen pro Jahr reserviert werden. Diese Zahl setzt sich aus 30'000 – 50'000 Bewilligungen gestützt auf Art. 8 EMRK/Familienleben, 2'500 – 5'000 Bewilligungen gestützt auf Art. 3 EMRK/Non-Refoulement sowie 1'000 – 2'000 Bewilligungen für Härtefälle mit völkerrechtlichem Bezug (z.B. Fälle von Menschenschmuggel) zusammen. Für die Bereiche Art. 2 EMRK/Recht auf Leben und internationale Adoptionen/internationaler Kinderschutz existieren keine Statistiken; die in diesen Bereichen jährlich erteilten Bewilligungen dürften jedoch gering sein, so dass für die Festlegung der Gesamtzahl keinen Rolle spielen.

⁵⁵ RS 0.211.221.311.

⁵⁶ SR 0.211.231.011.

⁵⁷ SR 0.105.

⁵⁸ Abkommen vom 28. Juli 1951 über die Rechtsstellung der Flüchtlinge, SR 0.142.30.

D. Abkommen im Bereich Wirtschaftliche Zusammenarbeit

a) GATS/FHA

Das Allgemeine Abkommen über den Handel mit Dienstleistungen der Welthandelsorganisation ("GATS")⁵⁹ legt Rechte und Pflichten betreffend Marktzugang und Inländerbehandlung für den internationalen Handel mit Dienstleistungen auf multilateraler Ebene fest. Die Schweiz hat bisher bilateral oder im Rahmen der EFTA Freihandelsabkommen ("FHA")⁶⁰ abgeschlossen, welche den Handel mit Dienstleistungen auf präferenzzieller Ebene regeln. GATS und FHA schliessen die Grenzüberschreitung bestimmter natürlicher Personen zur Erbringung von Dienstleistungen mit ein. Verschiedene FHA enthalten zudem Regelungen betreffend Investitionen ausserhalb des Dienstleistungssektors, die Bestimmungen über „*Key Personnel*“ einschliessen. Betreffend Grenzüberschreitung natürlicher Personen sehen weder GATS noch FHA den freien Personenverkehr vor. Insbesondere ist der Zugang Arbeitssuchender zum Arbeitsmarkt ausdrücklich nicht abgedeckt, und die Schweiz schliesst zusätzlich den Zugang Selbständigerwerbender aus. Die Verpflichtungen der Schweiz betreffen ausschliesslich den befristeten Aufenthalt eng definierter Kategorien von hochqualifizierten Personen ("unentbehrliches Schlüsselpersonal"), die von Firmen der Vertragspartner in Tochtergesellschaften transferiert (Kadertransfer, max. 5 Jahre ohne Bleibanspruch) oder für die Erfüllung von Dienstleistungsverträgen (max. 3 Monate pro Jahr) entsandt werden. Weiter bestehen Verpflichtungen für Geschäftsreisende zur Errichtung einer geschäftlichen Niederlassung oder zum Abschluss von Verträgen (max. 3 Monate pro Jahr). Analoge, wenn auch anders strukturierte Bestimmungen, finden sich im FHA mit Japan (separates Kapitel zu Grenzüberschreitungen natürlicher Personen). Die Bestimmungen über in Niederlassungen ausserhalb des Dienstleistungssektors entsandtes "*Key Personnel*" enthalten alle einen ausdrücklichen Vorbehalt zugunsten des nationalen Rechts ("*subject to its laws and regulations*"). Eine analoge Bestimmung findet sich im FHA mit Kanada (Artikel "*Temporary Entry*" im Kapitel "Dienstleistungen und Investitionen").

Aus der Verpflichtung des GATS und der FHA, einer eng umschriebenen Personenkategorie unter bestimmten Bedingungen eine zeitlich befristete Aufenthaltsbewilligung zu erteilen, resultiert ein zeitlich und quantitativ beschränkter Aufenthalt von ausländischen Personen, der für die Steuerung der Zuwanderung nicht ins Gewicht fällt, bzw. die unter GATS und FHA fallenden Bewilligungen lassen sich ohne weiteres unter die Spielräume der neuen Verfassungsbestimmungen subsumieren. Aufgrund des zeitlich und inhaltlich eng definierten Anwendungsbereichs der Vereinbarungen des GATS und der FHA (ausschliesslich Transfers durch ausländische Firmen, hohe Qualifikationsanforderungen, Befristung, Unentbehrlichkeit/Schlüsselpersonal, usw.) ist die jährliche Zahl von Bewilligungen, welche unter die Verpflichtungen des GATS und der FHA fallen, im Verhältnis zur Gesamtzahl der Bewilligungen gering.⁶¹ D.h. die Verpflichtungen lassen sich im Rahmen eines Kontingentierungssystems gemäss Art. 121a BV umsetzen. Die Schweiz setzt die Verpflichtungen des GATS und der FHA bereits heute im Rahmen der Kontingentierung für Drittstaatenangehörige um - in Bezug auf die firmeninternen Transfers im Rahmen des Globalkontingents, in Bezug auf die Vertragsdienstleister und Geschäftsreisenden durch (nicht kontingentierte) Bewilligungen für Kurzaufenthalter (unter 4 Monate). Bei einer restriktiven Auslegung des Begriffs des "Ausländers", welche auf dem Begriff des „dauernden Aufenthalts“ aufbaut, wären die Kategorien der Vertragsdienstleister und der Geschäftsreisenden vom Anwendungsbereich von Art. 121a BV ausgeschlossen. Die FHA sind wie schon unter der bisherigen Drittstaatenregelung auch mit dem Inländervorrang vereinbar, da unter diesen Abkommen nur die Kategorie des hochqualifizierten Schlüsselpersonals erfasst wird, welches bereits beim entsendenden Unternehmen im Ausland angestellt war; damit stellt sich die Frage des Inländervorrangs nicht. Zudem muss der Inländervorrang gemäss der neuen Verfassungsbestimmung nur "berücksichtigt" werden. Gemäss Gutachten des BJ ist der Vorrang damit nicht absolut, sondern es sind – insbeson-

⁵⁹ Abkommen vom 15. April 1994 zur Errichtung der Welthandelsorganisation, Anhang 1B, SR 0.632.20.

⁶⁰ Folgende 10 Freihandelsabkommen enthalten Bestimmungen betreffend Grenzüberschreitung natürlicher Personen im Rahmen von Verpflichtungen über den Handel mit Dienstleistungen: EFTA-Costa Rica/Panama, EFTA-Hong Kong, EFTA-Ukraine, EFTA-Kolumbien, EFTA-Golfkooperationsrat (GCC d.h. Vereinigte Arabische Emirate, Bahrein, Saudi-Arabien, Oman, Katar und Kuwait), EFTA- Korea, EFTA- Chile, EFTA- Singapur, EFTA- Mexiko und Schweiz-China. Das Freihandelsabkommen Schweiz-Japan enthält Bestimmungen betreffend Grenzüberschreitungen natürlicher Personen in einem separaten Kapitel. Das Freihandelsabkommen EFTA-Kanada enthält einen Artikel "Temporary Entry" im Rahmen des Kapitels "Dienstleistungen und Investitionen".

⁶¹ Das BFM schätzt die jährliche Anzahl auf einen Betrag im unteren dreistelligen Bereich. Die Zahl dürfte von Jahr zu Jahr variieren, bewegt sich jedoch weit unterhalb des Kontingents.

dere im gesamtwirtschaftlichen Interesse der Schweiz – auch (begrenzte) Ausnahmen möglich (wie schon bisher für den Kadertransfer).

Fazit:

Insofern, als das GATS und die FHA bestimmten, wenn auch eng begrenzten Personenkategorien (von Firmen der Vertragsstaaten in Tochtergesellschaften in der Schweiz transferierte oder zur Erfüllung von Dienstleistungsverträgen in die Schweiz entsandte Personen) zeitlich befristete Aufenthaltsrechte einräumt, ist diesen Abkommen bei der Umsetzung der neuen Zuwanderungsregelung Rechnung zu tragen. Die Abkommen fallen somit in die **Kategorie B**.

Quantitative Einschätzung: Bezüglich Bewilligungen für Kadertransfers liegen keine offiziellen Zahlen vor, da diese Kategorie statistisch nicht gesondert erfasst wird. Eine grobe Schätzung (2013) aller Kadertransfers (einschliesslich nicht durch vertragliche Verpflichtungen abgedeckte Kadertransfers) liegt bei 550 Bewilligungen für Drittstaatsangehörige bzw. 420 Bewilligungen für EU/EFTA-Staatsangehörige. In der Annahme, dass Aufenthalte unter 4 Monaten wie bisher auch weiterhin nicht kontingentiert werden, kann im Bereich GATS/FHA somit von insgesamt rund 1'000 zu berücksichtigenden Bewilligungen pro Jahr ausgegangen werden.

b) Abkommen mit Marktzugangsverpflichtungen betreffend öffentliches Beschaffungswesen

Le but des accords réglant l'accès aux marchés publics (Accord de l'Organisation mondiale du Commerce [OMC] sur les marchés publics/GPA⁶², Accord bilatéral UE-Suisse sur certains aspects des marchés publics/AöB⁶³, Annexe R de la Convention AELE, Accords de libre-échange [ALE] avec le Chili, le Mexique, le Pérou, la Colombie, le Conseil de Coopération du Golfe, l'Ukraine, l'Amérique centrale) consiste à offrir aux soumissionnaires des Parties la possibilité de participer à des soumissions publiques (à partir d'une certaine valeur de marché/seuils) sur la base des principes et règles de transparence, de non-discrimination, de sécurité et de protection du droit.

Für die Ausführung der Beschaffungsaufträge verweisen das GPA, das AöB, Anhang R der EFTA-Konvention und die relevanten FHA in Bezug auf die Erbringung von Dienstleistungen (was die Grenzüberschreitung von natürlichen Personen einschliesst) auf die schweizerischen Verpflichtungen im GATS. Damit sind die Verpflichtungen für den grenzüberschreitenden Personenverkehr zur Ausführung eines Beschaffungsauftrags hinsichtlich Umfang, Bedingungen und Einschränkungen durch die Liste der spezifischen Verpflichtungen der Schweiz im GATS definiert. Entsprechend sind diese Abkommen wie das GATS mit Art. 121a BV grundsätzlich vereinbar.

En ce qui concerne l'AöB, les personnes qui viennent pour l'exécution d'un contrat d'achat public jouissent – via l'ALCP – d'un régime plus libéral que celui du GATS. En fait, elles bénéficient d'un droit d'entrée et de séjour en Suisse pendant toute la durée nécessaire à l'exécution d'un contrat d'achat public, y compris lorsque cette période s'étend au-delà des 90 jours par an, et cela indépendamment du niveau de qualification⁶⁴. Dies vereinfacht insbesondere die Entsendung von Personen, die nicht "unentbehrlich" im Sinne des GATS sind, z.B. Personen mit tiefem Qualifikationsniveau. Cette situation est notamment déterminante pour le secteur de la construction (p. ex. en relation avec des grands projets publics de construction des infrastructures).

Man kann daher durchaus die Aussage machen, dass das FZA die rechtliche Voraussetzung schafft, damit grosse Infrastrukturprojekte unter Einbezug von EU-Firmen (einschliesslich ihrer Angestellten) realisiert werden können. Dies gilt umgekehrt auch für die Teilnahme schweizerischer Firmen an EU-Grossprojekten. Würde es im Falle einer Anpassung des FZA zu einer Beschränkung der heute im

⁶² Accord du 15 avril 1994 sur les marchés publics, RS 0.632.231.422.

⁶³ Accord du 21 juin 1999 entre la Confédération suisse et la Communauté européenne sur certains aspects relatifs aux marchés publics, RS 0.172.052.68. Le Protocole d'Accord entre la Commission suisse Marchés Publics Confédération-Cantons (CMCC) et l'« Autorità italiana per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture » constitue un accord complémentaire de mise en oeuvre sans pour autant contenir des obligations matérielles.

Das Kooperationsabkommen Galileo verweist auf das AöB und räumt Schweizer Anbietern zusätzlich einseitig das Recht ein, an Beschaffungen für GNSS-Dienste (z.B. Geometrische Dienste, Navigationsdienste) teilzunehmen, so dass sich für die Schweiz diesbezüglich keine zusätzlichen Verpflichtungen ergeben.

⁶⁴ Art. 5 Abs. 1 und Abs. 2 Bst. a FZA sowie Art. 17 Bst. b und Art. 20 Abs. 2 Anhang I FZA.

Bereich Dienstleistungen bestehenden Rechtsansprüche kommen, könnte dies folglich zu Einschränkungen bei der Ausführung von Beschaffungsaufträgen unter dem AöB führen.

Fazit:

Analog wie beim GATS ist auch den Abkommen betreffend das öffentliche Beschaffungswesen bei der Umsetzung der neuen Zuwanderungsregelung Rechnung zu tragen. Die Abkommen fallen entsprechend ebenfalls in **Kategorie B**.

Es ist zu beachten, dass ein enger Zusammenhang des AöB mit dem FZA besteht, da die beiden Abkommen gemeinsam abgeschlossen wurden. Gestützt auf das FZA besteht für die Umsetzung von Beschaffungsaufträgen, z.B. im Bauwesen (z.B. NEAT), ein Anspruch auf Aufenthalt während der Dauer der Erbringung der Dienstleistung. Bei einer Einschränkung der durch das FZA gewährten Rechtsansprüche könnte die Erfüllung von Beschaffungsaufträgen durch erfolgreiche EU-Anbieter gegebenenfalls erschwert oder gar verunmöglicht werden.

Quantitative Einschätzung: Zur Dienstleistungserbringung im Rahmen des öffentlichen Beschaffungswesens liegt keine offizielle Statistik vor, da diese Kategorie statistisch nicht gesondert erfasst wird. Basierend auf einer Schätzung (statistische Annäherung für das Jahr 2013) müssen in diesem Bereich etwa 1'200 Bewilligungen pro Jahr reserviert werden, vorausgesetzt Aufenthalte unter 4 Monaten werden wie bisher auch weiterhin nicht kontingentiert.

c) *Investitionsschutzabkommen*

Die Schweiz hat mehr als 120 bilaterale Investitionsschutzabkommen (ISA) abgeschlossen. Zweck der ISA ist es, den Investitionen von Schweizer Investoren in den Partnerstaaten – und umgekehrt Investitionen in der Schweiz aus diesen Staaten – staatsvertraglichen Schutz vor nichtkommerziellen Risiken zu gewährleisten (u.a. staatliche Diskriminierungen, unrechtmässige Enteignungen oder ungegerechtfertigte Behinderungen des Zahlungs- und Kapitalverkehrs). Praktisch alle ISA enthalten auch Bestimmungen zur Förderung, Erleichterung und Zulassung von Investitionen. Letztere Bestimmungen sehen u.a. vor, dass eine Vertragspartei nach der Zulassung einer Investition auf ihrem Hoheitsgebiet, in Übereinstimmung mit den nationalen Gesetzen und übrigen Rechtsvorschriften, alle erforderlichen Bewilligungen oder Genehmigungen, welche für die Tätigkeit der vom Investor ausgewählten Führungskräfte und des technischen Personals notwendig sind, erteilt.

Fazit:

Die ISA sind mit Art. 121a BV vereinbar, da sie einen ausdrücklichen Vorbehalt zugunsten des nationalen Rechts enthalten. Die Schweiz kann die Einreise und den Aufenthalt von Führungskräften und technischem Personal eigenständig regeln, ohne damit gegen die Bestimmung der ISA zu verstossen (**Kategorie C**).

d) *Energiecharta*

Der Vertrag über die Energiecharta (*Energy Charter Treaty, ECT*)⁶⁵ ist ein multilaterales Abkommen, das die Integration der Energiesektoren der Nachfolgestaaten der Sowjetunion und Osteuropas in die europäischen und globalen Märkte zum Ziel hat.⁶⁶ Der ECT beinhaltet den Schutz von Auslandsinvestitionen im Energiebereich, die Förderung der Energieeffizienz sowie nichtdiskriminierende Bedingungen für den Handel und Transit von Energieträgern und sieht die Lösung von Streitfällen durch Streitbeilegungsmechanismen vor.

In Bezug auf die Beschäftigung von "Personal in Schlüsselstellungen" durch ausländische Investoren verpflichten sich die Vertragsparteien unter Vorbehalt ihrer nationalen Gesetze und sonstigen Vorschriften, die Gesuche von Investoren einer anderen Vertragspartei und von Personal in Schlüsselstellungen, das von solchen Investoren beschäftigt wird, zur Einreise und zum vorübergehenden Aufenthalt in ihrem Staatsgebiet zu prüfen. Die Vertragsparteien sollen den auf ihrem Gebiet niedergelasse-

⁶⁵ Vertrag vom 17. Dezember 1994 über die Energiecharta, SR 0.730.0.

⁶⁶ Le traité est actuellement en vigueur pour 51 Etats et l'UE. 5 Etats l'ont signé, mais pas encore ratifié.

nen Investoren anderer Vertragsparteien erlauben, Personal in Schlüsselstellungen ungeachtet ihrer Staatszugehörigkeit frei zu wählen, sofern den entsprechenden Personen bewilligt worden ist, in das Gebiet der ersten Vertragspartei einzureisen, sich dort aufzuhalten und dort zu arbeiten, und sofern die Beschäftigung den Bedingungen, Auflagen und Fristen der Bewilligungen entspricht.

Fazit:

Die ECT ist mit Art. 121a BV vereinbar, da die Zulassung von natürlichen Personen unter dem ausdrücklichen Vorbehalt des nationalen Rechts steht und die Wahl des Personals auf Personen in Schlüsselpositionen beschränkt ist, welche bereits über eine Aufenthalts- und Arbeitsbewilligung nach nationalem Recht verfügen (**Kategorie C**).

E. Abkommen im Bereich Vorrechte und Immunitäten

a) Traités internationaux relatifs aux privilèges et immunités et personnes accompagnantes

La Suisse est partie à divers traités internationaux bilatéraux et multilatéraux relatifs aux privilèges et immunités des représentations étrangères (missions diplomatiques, missions permanentes, postes consulaires) et des organisations internationales. Il en découle le droit pour les Etats et organisations internationales concernés de choisir librement les membres de leur personnel ; ces traités ne confèrent en revanche pas de droit individuel aux personnes concernées à s'établir en Suisse.

Le principe de la préférence nationale n'est pas applicable pour cette catégorie d'étrangers. En effet, les membres des représentations étrangères ont, conformément au droit international, généralement la nationalité de l'Etat d'envoi et sont des employés dudit Etat. S'agissant des organisations internationales, elles doivent pouvoir assurer une représentativité équilibrée de leurs membres au sein de leur personnel (indépendance de l'organisation, non-ingérence de l'Etat hôte, budget financé par les Etats membres).

Les étrangers (membres des représentations étrangères, fonctionnaires des organisations internationales, personnes autorisées à les accompagner) titulaires d'une carte de légitimation du DFAE n'entrent pas dans le champ d'application de l'art. 121a Cst. En effet, leur séjour est réglé par la loi fédérale du 22 juin 2007 sur les privilèges, les immunités et les facilités, ainsi que sur les aides financières accordés par la Suisse en tant qu'Etat hôte (LEH)⁶⁷ et ne relève pas du droit des étrangers, mais du domaine des affaires étrangères (art. 54, al. 1, Cst.)⁶⁸. Les membres de famille qui sont autorisés à exercer une activité lucrative reçoivent un permis Ci en échange de la carte de légitimation du DFAE. Ils n'ont toutefois cette possibilité qu'aussi longtemps qu'ils remplissent les conditions pour bénéficier d'une carte de légitimation du DFAE. Ni la carte de légitimation du DFAE, ni le permis Ci ne donnent de droit à leur titulaire de poursuivre leur séjour en Suisse après que le droit à la carte de légitimation du DFAE a pris fin.

Des traités internationaux sont conclus avec certains Etats pour déterminer les procédures applicables à l'accès au marché du travail des membres de famille des membres des représentations suisses à l'étranger dans le même cadre que ce qui est accordé en Suisse aux membres de famille des membres des représentations étrangères. Ces traités internationaux ne confèrent aucun droit aux personnes visées à entrer sur le territoire suisse et à y séjourner. Ils n'entrent ainsi pas en conflit avec l'art. 121a Cst.

Fazit:

Les traités internationaux relatifs aux privilèges et immunités concernent des personnes dont le séjour ne relève pas du droit des étrangers, mais du domaine des affaires étrangères (art. 54, al. 1, Cst.). Cette catégorie d'étrangers n'entre pas dans le champ d'application personnel de l'art. 121a Cst. Les traités internationaux relatifs à l'accès au marché du travail pour les membres de famille des titulaires d'une

⁶⁷ RS 192.12.

⁶⁸ Art. 17 OLEH, RS 192.121, en application de l'art. 33, al. 1, LEH. Voir p. ex. art. 42 de l'Accord du 2 juin 1995 entre la Confédération suisse et l'Organisation mondiale du commerce en vue de déterminer le statut juridique de l'Organisation en Suisse, RS 0.192.122.632.

carte de légitimation du DFAE ne confèrent pas de droit à séjourner sur le territoire suisse. Les deux catégories de traités relèvent donc de la **catégorie C**.

b) *Autres accords relatifs aux privilèges et immunités*

Sur la base de la LEH, le Conseil fédéral est habilité à conclure des accords relatifs aux privilèges et immunités avec des bénéficiaires institutionnels conformément à l'art. 2, al. 1, LEH, qui ne sont pas des sujets de droit international. S'il s'agit d'accords internationaux, ils ne tombent toutefois pas dans la catégorie des traités internationaux visés par les nouvelles dispositions constitutionnelles. Ils prévoient cependant des obligations à charge de l'Etat hôte dont il y a lieu de tenir compte dans le cadre des mesures de mise en œuvre de l'art. 121a Cst.

i) Employés titulaires d'une carte de légitimation du DFAE :

Selon l'étendue des privilèges et immunités consentis à de tels bénéficiaires institutionnels sur la base de la LEH, leurs fonctionnaires et les personnes autorisées à les accompagner sont mis au bénéfice d'une carte de légitimation du DFAE conformément à la LEH pour la durée des fonctions officielles du titulaire principal. Ainsi, leur séjour est réglé par la LEH et ne relève pas du droit des étrangers, mais du domaine des affaires étrangères (art. 54, al. 1, Cst.)⁶⁹. Cette catégorie d'étrangers n'entre ainsi pas dans le champ d'application personnel de l'art. 121a Cst.

ii) Employés titulaires d'une autorisation relevant du droit des étrangers :

Dans le cadre de certains de ces accords relatifs aux privilèges et immunités conclus en application de la LEH, les employés des organisations concernées et les personnes autorisées à les accompagner ne sont pas mis au bénéfice d'une carte de légitimation du DFAE, mais d'une autorisation de séjour relevant du droit des étrangers. Cette catégorie d'étrangers entre ainsi dans le champ d'application personnel de l'art. 121a Cst.

- Certains de ces accords ne prévoient aucune modalité spécifique relative aux autorisations de séjour et ne sont ainsi pas en conflit avec l'art. 121a Cst.⁷⁰. Compte tenu de l'importance des organisations concernées pour la politique d'Etat hôte de la Suisse, il s'agira de tenir compte de leurs besoins dans la détermination des contingents.
- D'autres accords prévoient expressément que l'organisation est exemptée de l'application de la législation limitant le nombre des étrangers⁷¹. Il en découle, d'une part, que les autorisations sont actuellement délivrées en dehors des contingents (pour les catégories soumises à contingents) et, d'autre part, que la procédure d'octroi des autorisations est simplifiée (notamment pas de contrôle des salaires et des conditions de travail, domaine qui n'est pas touché par les nouvelles dispositions constitutionnelles). Lorsqu'une telle exemption est accordée, le titre de séjour n'est octroyé que pour l'accomplissement des fonctions au sein de l'organisation concernée et l'employé n'a pas un droit à changer d'emploi en Suisse. Celui qui entend prendre un emploi auprès d'un autre employeur en Suisse doit suivre les procédures ordinaires du droit des étrangers. Le principe de la préférence nationale s'applique difficilement à de tels bénéficiaires institutionnels. S'ils ne sont certes pas des sujets de droit international, ils sont néanmoins des acteurs importants des relations internationales. Comme le relevait le Conseil fédéral dans son message relatif à la loi sur l'Etat hôte⁷², la structure des relations multilatérales tend à se modifier. Les sujets de droit international doivent, dans l'élaboration de leurs politiques d'action, tenir compte des nouvelles formes de partenariat entre le secteur public et le secteur privé dans le cadre de la coopération multilatérale. Il en découle que les organisations concernées doivent, comme les sujets de droit international, pouvoir agir sans ingérence de l'Etat hôte et choisir librement leur personnel de façon à garantir un équilibre dans la représentativité des membres de l'organisation. En conséquence, il y aura lieu de tenir compte

⁶⁹ Voir p. ex. art. 23 de l'Accord du 13 décembre 2004 entre le Conseil fédéral suisse et le Fonds mondial de lutte contre le sida, la tuberculose et le paludisme en vue de déterminer le statut juridique du Fonds mondial en Suisse, RS 0.192.122.818.11.

⁷⁰ Voir p. ex. Accord du 17 décembre 1986 entre le Conseil fédéral suisse et l'Union internationale pour la conservation de la nature et de ses ressources (UICN) pour régler le statut fiscal de l'Union et de son personnel en Suisse, RS 0.192.122.451.

⁷¹ Voir p. ex. art. 6 de l'Accord du 16 décembre 2010 entre le Conseil fédéral suisse et GAIN (Global Alliance for Improved Nutrition) relatifs aux privilèges et immunités de GAIN en Suisse, RS 0.192.122.818.16.

⁷² FF 2006 7603.

des besoins de ces organisations dans la détermination des contingents, tout en prenant en considération les facilitations de procédure découlant des accords conclus.

Fazit:

Les accords internationaux relatifs aux privilèges et immunités conclus avec des bénéficiaires institutionnels qui ne sont pas des sujets de droit international font partie de la **catégorie C** lorsqu'ils concernent des personnes dont le séjour ne relève pas du droit des étrangers, mais du domaine des affaires étrangères (art. 54, al. 1, Cst.).

Lorsqu'ils prévoient que les employés sont mis au bénéfice d'une autorisation de séjour relevant du droit des étrangers et que l'organisation ne bénéficie pas de l'exemption de l'application de la législation limitant le nombre des étrangers, ces accords internationaux relèvent de la **catégorie C**, car il n'y a aucune obligation conventionnelle de leur accorder des facilités en matière d'autorisations de séjour et de travail. Néanmoins, compte tenu de l'importance des organisations concernées pour la politique d'Etat hôte de la Suisse, il s'agira de tenir compte de leurs besoins dans la détermination des contingents. Le nombre de personnes potentiellement concernées est de **50 par année environ**.

De tels accords internationaux font partie de la **catégorie B** lorsqu'ils prévoient que les employés sont mis au bénéfice d'une autorisation de séjour relevant du droit des étrangers, mais que l'organisation bénéficie d'une exemption de l'application de la législation limitant le nombre des étrangers. Cette catégorie d'étrangers tombe dans le champ d'application personnel de l'art. 121a Cst. Il s'agira d'en tenir compte dans la détermination des contingents et de prévoir dans la législation d'application des procédures conformes aux facilitations découlant des accords conclus.

Evaluation quantitative : Le nombre de personnes potentiellement concernées par cette dernière catégorie d'accords internationaux dont il faut tenir compte dans le cadre de la mise en œuvre de l'art. 121a Cst. est de 150 par année environ.⁷³

c) *Prestataires de services*

Les traités internationaux conclus avec la France et l'Organisation européenne pour la recherche nucléaire (CERN) le 18 octobre 2010 concernant le droit applicable aux entreprises actives sur le domaine du CERN constituent un cas particulier et unique, découlant de la situation géographique du CERN sur les territoires suisse et français.

En dérogation au principe de la territorialité du droit, l'entreprise prestataire de services qui exécutera, dans le cadre d'un contrat conclu avec le CERN, des prestations de services à la fois sur la partie suisse et la partie française du domaine du CERN devra appliquer à ses salariés affectés à cette activité, les règles du droit applicable aux travailleurs détachés de l'Etat hôte sur le territoire duquel se situe la part prépondérante prévisible des prestations à effectuer. L'Etat sur le territoire duquel est effectuée la part prépondérante des prestations et dont les règles du droit applicable aux travailleurs détachés doivent être mises en œuvre, est responsable de délivrer les autorisations de travail nécessaires pour l'exécution du contrat sur l'ensemble du domaine du CERN⁷⁴.

Ainsi, si la part prépondérante est située sur la partie française du domaine du CERN, des salariés seront amenés à effectuer une partie de leur activité sur la partie suisse du domaine du CERN sans être soumis à l'obligation d'être munis d'une autorisation de travail suisse. La question se pose de savoir si la législation de mise en œuvre de l'art. 121a Cst. doit prévoir des dispositions spécifiques à cet égard puisque cette catégorie de travailleurs échappe au contrôle des autorités suisses. Inversement, si la part prépondérante est située sur la partie suisse du domaine du CERN, les travailleurs seront mis au bénéfice d'une autorisation de travail suisse, quel que soit leur lieu individuel d'activité sur la partie suisse ou française du site du CERN ; il s'agira donc d'en tenir compte dans la détermination des contingents.

⁷³ Sont compris dans ce nombre les besoins en nouveau personnel engagé à l'étranger pour les organisations avec lesquelles un accord a déjà été conclu, ainsi que les besoins prévisibles pour les organisations avec lesquelles un nouvel accord est envisagé.

⁷⁴ Art. 9 de l'annexe 2 à la Convention du 13 septembre 1965 entre le Conseil fédéral suisse et le Gouvernement de la République française relative à l'extension en territoire français du domaine de l'Organisation européenne pour la recherche nucléaire, RS 0.192.122.423.

Les autorisations de travail – suisses ou françaises – délivrées dans le cadre des traités du 18 octobre 2010 conclus avec la France et le CERN ne permettent pas aux salariés concernés de travailler sur le territoire suisse en dehors du domaine du CERN. En outre, le fait de disposer d'une autorisation de travail française ne dispense pas les travailleurs étrangers concernés qui souhaitent résider en Suisse de requérir une autorisation de séjour conformément au droit suisse.

Comme toutes les organisations internationales, le CERN est soumis à l'obligation – dans l'attribution de ses mandats de prestations de services – de procéder à des appels d'offres internationaux et d'assurer un équilibre, dans l'attribution des mandats, entre ses différents Etats membres. Le principe de préférence nationale est, dans ce contexte, difficilement applicable. Ces accords faciliteront en outre les procédures administratives pour les entreprises suisses qui emporteront les marchés sur le site du CERN.

Les traités sur le droit applicable aux entreprises actives sur le domaine du CERN ne règlent pas les conditions de séjour des travailleurs en Suisse. Leur portée est géographiquement limitée au domaine du CERN. Certains des travailleurs concernés pourraient être amenés à travailler sur la partie suisse du domaine du CERN sans avoir l'obligation de requérir une autorisation de travail lorsqu'ils sont soumis, en vertu de ces traités internationaux, aux dispositions du droit français applicables aux travailleurs détachés et ne résident pas en Suisse.

En dehors du cas du CERN tel que mentionné ci-dessus, il y a lieu de mentionner que les Etats pour leurs représentations et les organisations internationales ne peuvent pas faire valoir un droit conventionnel permettant aux entreprises prestataires de services suisses ou étrangères de faire appel à du personnel étranger. Ce type de personnel tombe donc dans le champ d'application de l'art. 121a Cst. Compte tenu toutefois de leur importance pour les Etats (travaux à effectuer au sein de leurs représentations diplomatiques ou consulaires), et pour les organisations internationales (équilibre de leurs dépenses de fonctionnement dans les différents Etats membres), il y aura lieu de tenir compte de cette catégorie de personnel dans le cadre des mesures de mise en œuvre des nouvelles dispositions constitutionnelles. Il n'est pas possible de chiffrer les besoins spécifiques des Etats et des organisations internationales dans ce domaine. Il y a lieu toutefois de relever que, dans un avenir proche, des travaux importants devront être entrepris par certaines organisations internationales à Genève pour la rénovation de leurs bâtiments administratifs, notamment le Palais des Nations.

Fazit:

Les traités conclus le 18 octobre 2010 avec la France et le CERN sur le droit applicable aux entreprises actives sur le domaine du CERN tombent dans la **catégorie B**. Ils ne règlent pas les conditions de séjour des travailleurs concernés en Suisse, mais prévoient la possibilité que des travailleurs étrangers soient actifs sur la partie suisse du domaine du CERN sans autorisation de travail suisse lorsque le droit applicable déterminé selon ces traités est le droit français. Ces travailleurs ne peuvent pas faire valoir un droit à exercer une activité en dehors du domaine du CERN.

Evaluation quantitative : Le nombre d'employés affectés à l'exécution des contrats de prestations de services conclus avec le CERN est déterminé par les entreprises. En moyenne, on compte environ 1'000 salariés étrangers présents quotidiennement sur le domaine du CERN pour l'exécution de contrats de prestations de services. Les traités conclus le 18 octobre 2010 avec la France et le CERN ne seront applicables qu'aux contrats conclus sur la base des appels d'offres lancés après le 18 janvier 2014, de sorte qu'il n'est pas encore possible de déterminer le nombre potentiel d'étrangers qui devront obtenir une autorisation suisse.

III. Schlussfolgerungen

Die vorstehende Analyse der bestehenden völkerrechtlichen Verpflichtungen der Schweiz und deren Vereinbarkeit mit dem neuen Art. 121a BV kommt zu folgendem Ergebnis^o:

A. Kategorisierung der völkerrechtlichen Verpflichtungen

Kategorie A-Verträge: Bei folgenden drei völkerrechtlichen Verträgen der Schweiz besteht ein *grundsätzlicher Normkonflikt* mit Art. 121a BV:

- FZA
- EFTA-Konvention (Anhang K)
- Rahmenvertrag Schweiz-Liechtenstein

Diese Verträge sind entsprechend nicht mit dem neuen Zuwanderungsregime vereinbar und daher gemäss Art. 197 Ziff. 9 Abs. 1 BV innerhalb von drei Jahren neu zu verhandeln und anzupassen.

Kategorie B-Verträge: Bei der Mehrheit der analysierten völkerrechtlichen Verträge besteht lediglich ein potentieller Normkonflikt mit Art. 121a BV. Diesen Verträgen ist im Rahmen der Umsetzung der neuen Zuwanderungsregelung gemäss Art. 121a BV insbesondere bei der Festlegung der Höchstzahlen und Kontingente Rechnung zu tragen.

Unabhängig davon, welche Auslegungsvariante bezüglich Art. 121a BV gewählt wird, fallen folgende völkerrechtliche Verträge in die Kategorie B:

- Italienerabkommen
- Stagiairesabkommen
- EMRK
- UNO-Pakt II
- Kinderrechtskonvention
- Haager Adoptions- und Haager Kindesschutzübereinkommen
- CAT
- Flüchtlingskonvention
- GATS
- Freihandelsabkommen, die den Handel mit Dienstleistungen auf präferenzzieller Ebene regeln
- Abkommen betreffend das öffentliche Beschaffungswesen⁷⁵
- Abkommen betreffend Vorrechte und Immunitäten mit institutionellen Begünstigten, welche keine Völkerrechtssubjekte sind, soweit sie Personen betreffen, die unter das Ausländergesetz fallen, und eine Befreiung von den Zulassungsbedingungen zum Arbeitsmarkt gemäss der schweizerischen Ausländergesetzgebung vorsehen
- Abkommen Schweiz-Frankreich-CERN über das Recht, das auf Unternehmen anwendbar ist, die zur Ausführung staatsübergreifender Dienstleistungen auf dem Gelände des CERN tätig sind
- Übereinkunft Schweiz-Liechtenstein im Bereich Medizinalpersonen
- Notenaustausch Schweiz-Liechtenstein im Bereich Viehhändler

Im Falle der Auslegungsvariante 1 (weite Auslegung des Begriffs „Ausländer, die in die Schweiz zuwandern“) fallen zusätzlich folgende völkerrechtliche Verträge in die Kategorie B:

- Grenzgängerabkommen
- Niederlassungsvereinbarungen
- Dublin-Assoziierungsabkommen

Wird die Auslegungsvariante 2 gewählt (enge Auslegung des Begriffs „Ausländer, die in die Schweiz zuwandern“), fallen diese drei völkerrechtlichen Verträge in die Kategorie C (siehe nachstehend).

⁷⁵ WTO-Übereinkommen über das öffentliche Beschaffungswesen, Abkommen über das öffentliche Beschaffungswesen Schweiz-EU, EFTA-Konvention Anhang R, diverse bilaterale Freihandelsabkommen.

Kategorie C-Verträge: Folgende völkerrechtliche Verträge haben zwar einen gewissen thematischen Bezug zu Art. 121a BV, stehen aber in *keinem Normkonflikt* zu dieser Bestimmung. Sie werden von Art. 197 Ziff. 9 Abs. 1 BV daher nicht erfasst, weshalb diesbezüglich kein Handlungsbedarf besteht.

Unabhängig davon, welche Auslegungsvariante bezüglich Art. 121a BV gewählt wird, fallen folgende völkerrechtliche Verträge in die Kategorie C:

- Spanierabkommen
- Niederlassungsverträge (inkl. Niederlassungsvertrag Schweiz-Liechtenstein)
- Schengen-Assoziierungsabkommen
- Visaabkommen
- Investitionsschutzabkommen
- Energiecharta
- Übereinkommen betreffend Vorrechte und Immunitäten (inkl. Übereinkommen betreffend Zugang zum Arbeitsmarkt für Begleitpersonen von Mitgliedern von diplomatischen oder konsularischen Vertretungen)
- Abkommen betreffend Vorrechte und Immunitäten mit institutionellen Begünstigten, welche keine Völkerrechtssubjekte sind, soweit sie nur Personen betreffen, die unter das Gaststaatesgesetz fallen oder – wenn sie auch Personen betreffen, die unter das Ausländergesetz fallen, – soweit sie die Vorschriften des nationalen Ausländerrechts ausdrücklich vorbehalten
- Abkommen im universitären Bereich⁷⁶
- Zollanschlussvertrag Schweiz-Liechtenstein
- Abkommen über die Zulassung von liechtensteinischen Staatsangehörigen an Schweizer Schulen

Im Falle der Auslegungsvariante 2 (enge Auslegung des Begriffs „Ausländer, die in die Schweiz zuwandern“) fallen - wie vorstehend bereits erwähnt - zusätzlich noch die folgenden drei völkerrechtlichen Verträge in die Kategorie C:

- Grenzgängerabkommen
- Niederlassungsvereinbarungen
- Dublin-Assoziierungsabkommen

Rechtlich unverbindliche Vereinbarungen: Zu erwähnen sind schliesslich noch die verschiedenen MoU im Bereich Migrationspartnerschaften und Austausch von Medizinalpersonal. Da diese Vereinbarungen rechtlich unverbindlicher Natur sind und mithin keine völkerrechtlichen Verträge darstellen, bilden sie formal nicht Gegenstand einer Kategorie gemäss der vorliegend verwendeten Methodologie. Da sie keine völkerrechtlichen Verpflichtungen enthalten, werden sie per se auch *nicht von Art. 197 Ziff. 9 Abs. 1 BV erfasst* und sind daher mit Blick auf die neue Zuwanderungsregelung unproblematisch.

B. Zahlenmässige Gewichtung der völkerrechtlichen Verträge der Kategorie B

Die Anzahl Personen, welche gestützt auf die völkerrechtlichen Verträge der Kategorie B jährlich theoretisch einen Anspruch auf die Erteilung einer Bewilligung zu Einreise/Aufenthalt bzw. zum Arbeiten in der Schweiz geltend machen könnten, konnte nicht genau eruiert werden. Einerseits gibt es Abkommen, wo gar keine Zahlen vorliegen, weil die Personen keinerlei Meldepflicht unterliegen (Abkommen mit dem Fürstentum Liechtenstein über die grenzüberschreitende Tätigkeit von Medizinalpersonen und Viehhändlern) oder weil die Abkommen seit dem Inkrafttreten des FZA nicht mehr angewendet werden (Grenzgängerabkommen, Italienerabkommen, Spanierabkommen). Andererseits fehlen insbesondere in den Bereichen Menschenrechte (vgl. Art. 2 EMRK/Recht auf Leben und internationale Adoptionen/internationaler Kinderschutz) und Wirtschaftliche Zusammenarbeit (vgl. GATS, FHA, Abkommen im Bereich öffentliches Beschaffungswesen) oft offizielle Statistiken, d.h. die betroffenen Personenkatego-

⁷⁶ Bezüglich der Lissabonner Konvention und der Staatsverträge mit den Nachbarstaaten Österreich, Deutschland und Italien ist noch nicht abschliessend geklärt, ob diese Abkommen nur einen Anspruch auf Zulassung an eine universitäre Hochschule oder allenfalls auch Anspruch auf Aufenthalt in der Schweiz gewähren. Sollten sie auch einen Aufenthaltsanspruch gewähren, fallen diesen Abkommen in die Kategorie B-Verträge.

rien werden statistisch nicht gesondert erfasst. Die im Bericht bei diesen Verträgen aufgeführten Zahlen sind daher als statistische Annäherung bzw. Schätzung zu verstehen. Die restlichen Zahlen beruhen auf statistisch erfassten Daten bzw. entsprechenden Hochrechnungen.

Eine eindeutige quantitative Einschätzung zur Anzahl Bewilligungen, die minimal benötigt wird, um die vertraglichen Verpflichtungen der Schweiz aus den Verträgen der Kategorie B auch unter der neuen Zuwanderungsregelung in jedem Einzelfall einhalten zu können, lässt sich daher nicht machen.

Gestützt auf die im Bericht angegebenen Zahlen ergeben sich jedoch folgende ungefähren jährlichen Zahlen:

- Auslegungsvariante 1: maximum ~ **121'450 / année**⁷⁷
- Auslegungsvariante 2: maximum ~ **67'750 / année**⁷⁸

Bei diesen Zahlen handelt es sich um Einwanderungszahlen, d.h. die Zahlen geben alleine die Anzahl der neu in der Schweiz angekommenen Personen wieder. Nicht berücksichtigt sind darin die Personen derselben Bewilligungskategorien, welche die Schweiz im gleichen Zeitraum wieder verlassen haben. Die Zahlen geben einen Hinweis darauf, wie viele Bewilligungen im Rahmen der allgemeinen jährlichen Höchstzahlen und Kontingente für die Verträge der Kategorie B mindestens vorgesehen werden müssen, damit diese Abkommen von der Schweiz auch tatsächlich eingehalten werden können und somit im Einzelfall kein Konflikt zwischen der Verfassung und diesen Abkommen entsteht.

⁷⁷ **Ne sont pas inclus** les nombres qui n'ont pas pu être déterminés.

⁷⁸ **Ne sont pas inclus** les nombres qui n'ont pas pu être déterminés.