Verfassungsmässigkeit des Entwurfs zur Umsetzung der parlamentarischen Initiative Barrile *19.464 Beseitigung und Verhinderung der Inländerinnen- und Inländerdiskriminierung beim Familiennachzug*

EJPD, Bundesamt für Justiz (Gutachten vom 24. April 2024)

Stichwörter: *Familiennachzug; Zulassungsvoraussetzungen; Schutz der Privatsphäre; Gleichbehandlungsgrundsatz; Diskriminierungsverbot; Steuerung der Zuwanderung; Höchstzahlen und Kontingente*

Regeste:

1. Der Entwurf der Staatspolitischen Kommission des Nationalrats (SPK-N) gleicht die Zulassungsvoraussetzungen für den Nachzug ausländischer Familienangehöriger von Schweizerinnen und Schweizern an die Regelung an, die für den Familiennachzug von Angehörigen der Europäischen Union (EU) und der Europäischen Freihandelsassoziation (EFTA) gelten. Die vorgeschlagene Regelung führt jedoch in Artikel 42 E-AIG eine Bestimmung ein, die zu einer neuen Ungleichbehandlung führt: die Möglichkeit, die Erteilung oder Verlängerung der Aufenthaltsbewilligung für nachzugsberechtigte Familienangehörige von Schweizerinnen und Schweizern vom Abschluss einer Integrationsvereinbarung abhängig zu machen, wenn ein besonderer Integrationsbedarf nach den Kriterien gemäss Artikel 58a AIG besteht.

2. Artikel 8 EMRK und Artikel 13 Absatz 1 BV gewährleisten kein Recht auf Asyl, Einreise und Aufenthalt; diese Bestimmungen gewähren deshalb zunächst kein Anwesenheitsrecht oder einen absoluten Anspruch auf Familiennachzug. Es besteht auch kein Anspruch darauf, das Familienleben an dem dafür geeignetsten Ort zu führen. Das Recht auf Achtung des Familienlebens umfasst nicht das Recht, das Familienleben am Aufenthaltsort eines beliebigen Familienmitglieds zu führen. Die neue Bedingung, die in Artikel 42 E-AIG hinzugefügt wird, liegt folglich innerhalb des Handlungsspielraums der Behörden bei der Steuerung der Zuwanderung und der Integration von Ausländerinnen und Ausländern in der Schweiz. Sie kann als eine Massnahme verstanden werden, die für das angestrebte legitime Ziel notwendig und verhältnismässig ist.

3. Die in Artikel 42 Absatz 2 E-AIG vorgesehene Massnahme führt zu einer Benachteiligung von Schweizerinnen und Schweizer und ihren Familienangehörigen und beruht auf dem Kriterium der Staatsangehörigkeit, weil die von dieser Benachteiligung betroffene Personengruppe dadurch definiert ist, dass die betroffene Person Schweizerin oder Schweizer bzw. Familienmitglied einer Schweizerin oder eines Schweizers ist. Eine unterschiedliche Behandlung von Schweizer Bürgerinnen und Bürgern und ausländischen Staatsangehörigen ist nicht von vornherein diskriminierend. Massnahmen in einem Gesetz im formellen Sinn, die eine derartige Unterscheidung oder Gleichsetzung beinhalten, sind mit Artikel 8 Absatz 2 BV vereinbar, wenn sie durch ein öffentliches Interesse gerechtfertigt sind und in einem angemessenen Verhältnis zum angestrebten Ziel stehen. Nicht jede Ungleichbehandlung führt zudem automatisch zu einer Verletzung von Artikel 14 EMRK. Eine Unterscheidung ist diskriminierend, wenn sie nicht auf einer objektiven und vernünftigen Rechtfertigung beruht. Vorliegend kann man davon ausgehen, dass die Massnahme ein Ziel von öffentlichem Interesse verfolgt und dass sie ein geeignetes Mittel zur Erreichung dieses Ziels darstellt. Es darf zudem davon ausgegangen werden, dass diese Massnahme notwendig und zumutbar ist.

4. Die von der SPK-N vorgeschlagene Änderung des AIG dürfte zu einem Anstieg der Gesuche auf Familiennachzug und damit der Einwanderung in die Schweiz führen. Der Entwurf sieht jedoch keine Kontingente vor. Artikel 121 Absatz 2 BV - der die Begrenzung der Zuwanderung durch die Festlegung von Höchstzahlen und Kontingenten vorschreibt - darf nicht wortwörtlich ausgelegt werden, sondern muss im Lichte von Absatz 1 interpretiert werden, der das Hauptziel der Verfassungsbestimmung, nämlich die eigenständige Steuerung der Zuwanderung, enthält (systematische und teleologische Auslegung). Soweit die vorgeschlagene Änderung nur eine vernachlässigbare Zahl von Personen betrifft, hat sie nur geringe Auswirkungen auf die Gesamtzuwanderung. Die geringe Auswirkung dieser vernachlässigbaren Zahl von Personen auf die Zuwanderung hat zur Folge, dass die zuständigen Behörden die Kontrolle über die Zuwanderung behalten. Ausserdem lässt die geringe Auswirkung auf die Zuwanderung die Möglichkeit der Schweiz, die Zuwanderung autonom zu steuern, sowie die Möglichkeit der Schweiz, diese Zuwanderung durch Höchstzahlen und Kontingente zu steuern, unberührt. Folglich können Vorlagen, die Erleichterungen bei den Zulassungsbedingungen für Ausländerinnen und Ausländer vorsehen und die den Kreis der Begünstigten erweitern, ohne eine Begrenzung der Höchstzahlen von Bewilligungen vorzusehen, , als mit Artikel 121a BV vereinbar erachtet werden,

wenn deren Umsetzung nur eine vernachlässigbare Zahl von in die Schweiz einwandernden Personen betrifft.

Rechtliche Grundlagen: *Art. 8 Abs. 1 und 2, 13 Abs. 1 und 121a BV; Art. 8 und 14 EMRK*

Im Rahmen ihrer Beratungen zur parlamentarischen Initiative Barrile *19.464 Beseitigung und Verhinderung der Inländerinnen- und Inländerdiskriminierung beim Familiennachzug* hat die Staatspolitische Kommission des Nationalrats (SPK-N) das Bundesamt für Justiz (BJ) beauftragt, die Verfassungsmässigkeit des Entwurfs zu prüfen, den sie zur Umsetzung der parlamentarischen Initiative erarbeitet hat.

1- Entwurf der Staatspolitischen Kommission des Nationalrats (SPK-N)

Die parlamentarische Initiative Barrile (*19.464 Beseitigung und Verhinderung der Inländerinnen- und Inländerdiskriminierung beim Familiennachzug)* verlangt, dass das Ausländer- und Integrationsgesetz (AIG)[1] geändert wird, um die Zulassungsvoraussetzungen für den Nachzug ausländischer Familienangehöriger von Schweizerinnen und Schweizern an die Regelung anzugleichen, die für den Familiennachzug von Angehörigen der Europäischen Union (EU) und der Europäischen Freihandelsassoziation (EFTA) gilt, wie dies das Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft einerseits und der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten andererseits über die Freizügigkeit (FZA)[2] vorsieht. Ziel ist es, die derzeit bestehende Ungleichbehandlung von Schweizerinnen und Schweizern gegenüber EU- und EFTA-Staatsangehörigen beim Familiennachzug zu beseitigen.

Der Entwurf der SPK-N hebt dementsprechend die im geltenden Recht bestehende Ungleichbehandlung auf. Die vorgeschlagene Änderung des AIG enthält die im AIG bestehende Bestimmung nicht mehr, wonach die aus Drittstaaten stammenden Familienangehörigen in aufsteigender Linie und diejenigen in absteigender Linie unter 21 Jahren für den Nachzug zu Schweizerinnen und Schweizern im Besitz einer dauerhaften Aufenthaltsbewilligung eines EU/EFTA-Mitgliedstaates sein müssen (Art. 42 Abs. 2 E-AIG). Ausserdem wird die Bestimmung aufgehoben, wonach ausländische Ehegatten von Schweizerinnen und Schweizern und ihre Kinder unter 18 Jahren mit diesen zusammenwohnen müssen, wenn sie keine dauerhafte Aufenthaltsbewilligung eines EU/EFTA-Mitgliedstaats besitzen (Art. 42 Abs. 1 E-AIG). Gemäss dem FZA und dem Abkommen vom 21. Juni 2001 zur Änderung des Übereinkommens zur Errichtung der Europäischen Freihandelsassoziation (EFTA-Übereinkommen)[3] muss eine «bedarfsgerechte Wohnung» vorhanden sein. Analog zum FZA und dem EFTA-Übereinkommen werden die Fristen für den Nachzug von ausländischen Familienangehörigen einer Schweizerin oder einem Schweizer aufgehoben. Die Artikel 47 und 49 AIG werden folglich ebenfalls geändert. Diese Änderungen erlauben es somit, in diesen Punkten die gewünschte Gleichbehandlung beim Familiennachzug zu erreichen.

Die von der SPK-N vorgeschlagene Regelung führt jedoch in Artikel 42 E-AIG eine Bestimmung ein, die zu einer neuen Ungleichbehandlung führt. Diese sieht vor, dass die Erteilung

[1] SR **142.20**

[2] SR **0.142.112.681**

[3] SR **0.632.31**

oder Verlängerung der Aufenthaltsbewilligung für nachzugsberechtigte Familienangehörige von Schweizerinnen und Schweizern vom Abschluss einer Integrationsvereinbarung abhängig gemacht werden kann, wenn ein besonderer Integrationsbedarf nach den Kriterien gemäss Artikel 58*a* AIG besteht (Art. 42 Abs. 2 E-AIG i.V.m. Art. 58*b* Abs. 4 E-AIG). Nach geltendem Recht sind solche Integrationsvereinbarungen beim Familiennachzug durch Schweizerinnen und Schweizer jedoch nicht vorgesehen (Art. 42 i.V.m. Art. 58*b* Abs. 4 AIG). Zudem verbieten das FZA und das EFTA-Übereinkommen den Abschluss von Integrationsvereinbarungen (Art. 3 Anhang I FZA, Art. 3 Anhang K Anlage 1 EFTA-Übereinkommen). Die vorgeschlagene Regelung führt daher zu einer neuen Ungleichbehandlung von Familienangehörigen von Schweizerinnen und Schweizern gegenüber den Familienangehörigen von Personen aus den EU- und EFTA-Mitgliedstaaten.

2- Schutz der Privatsphäre (Art. 13 BV und Art. 8 EMRK)

Gemäss Artikel 13 Absatz 1 BV hat jede Person insbesondere Anspruch auf Achtung ihres Privat- und Familienlebens. Diese Bestimmung stimmt mit Artikel 8 der Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK) überein, der ebenfalls unter anderem das Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens garantiert. Das Recht auf Schutz der Privatsphäre besteht gemäss dem Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) darin, «die Persönlichkeit jedes Einzelnen (insbesondere) in den Beziehungen zu seinen Mitmenschen ohne äussere Eingriffe zu entwickeln», was das Recht umfasst, Beziehungen zu Personen seiner Wahl zu unterhalten.[4] Ein Eingriff in das Recht auf Achtung des Familienlebens ist jede staatliche Massnahme, die geeignet ist, die Möglichkeit einzuschränken, die gewünschten familiären Beziehungen frei zu pflegen.[5] Die staatlichen Organe müssen daher von ungerechtfertigter Einmischung Abstand nehmen und sowohl individuell-konkrete als auch normative Schutzmassnahmen vorsehen. Die Behörden sind dafür verantwortlich, einen rechtlichen Rahmen zu schaffen, der geeignet ist, einen wirksamen Schutz der verschiedenen Komponenten der Privatsphäre zu gewährleisten.[6]

Nach einem bewährten Grundsatz des Völkerrechts haben die Staaten jedoch unbeschadet der Verpflichtungen, die sich für sie aus internationalen Verträgen ergeben, das Recht, die Einreise von Nichtstaatsbürgern in ihr Land zu kontrollieren.[7] Der EGMR hat wiederholt anerkannt, dass die Kontrolle der Einwanderung, die dem allgemeinen Interesse des wirtschaftlichen Wohlergehens des Landes dient, ein legitimes Ziel im Sinne von Artikel 8 EMRK verfolgt.[8] In Bezug auf die Einwanderung kann Artikel 8 EMRK nicht so ausgelegt werden, dass er eine allgemeine Verpflichtung für einen Staat beinhaltet, die Wahl des gemeinsamen Wohnsitzes von Ehepaaren zu respektieren und die Familienzusammenführung in seinem Hoheitsgebiet zu ermöglichen.[9] Artikel 8 EMRK garantiert nicht das Recht, den Ort zu wäh-

[4] MAYA HERTIG RANDALL/JULIEN MARQUIS: VINCENT MARTENET/JACQUES DUBEY (Hrsg), *Commentaire romand de la Constitution fédérale*, Helbing Lichtenhahn 2021, Basel (im Folgenden: Commentaire romand), Art. 13 BV Nr. 18, mit zitierter Rechtsprechung und Lehre.

[5] MAYA HERTIG RANDALL/JULIEN MARQUIS, *Commentaire romand*, Art. 13 BV Nr. 35.

[6] MAYA HERTIG RANDALL/JULIEN MARQUIS, *Commentaire romand*, Art. 13 BV Nr. 71.

[7] Siehe z. B. EGMR *Sen gegen Niederlande* vom 21. Dezember 2001, Nr. 31465/96, § 36.

[8] EGMR *Biao gegen Dänemark* vom 24. Mai 2016 (Grosse Kammer), Nr. 38590/10, § 117.

[9] Siehe z. B. EGMR *Gül gegen Schweiz* vom 19. Februar 1996, Nr. 23218/94 (1996) und Urteil *Jeunesse gegen Niederlande,* (Grosse Kammer) vom 3. Oktober 2014, Nr. 127338/10, § 107.

len, der am besten geeignet ist, um ein Familienleben zu entwickeln.[10] Der Staat muss somit die Möglichkeit haben, Bedingungen für die Familienzusammenführung zu stellen. Der Gerichtshof hat ausserdem festgestellt, dass "[...] Beziehungen zwischen Erwachsenen nicht notwendigerweise den Schutz von Artikel 8 geniessen, ohne dass das Vorhandensein zusätzlicher Elemente der Abhängigkeit, die über normale emotionale Bindungen hinausgehen, nachgewiesen wird (*Ezzouhdi gegen Frankreich* vom 13. Februar 2001, Nr. 47160/99, § 34; und *Kwakie-Nti und Dufie gegen Niederlande* vom 7. November 2000, Nr. 31519/96,)."[11]

Ebenso wenig wie Artikel 8 EMRK gewährleistet Artikel 13 Absatz 1 BV ein Recht auf Asyl, Einreise und Aufenthalt; diese Bestimmungen gewähren kein Anwesenheitsrecht oder einen absoluten Anspruch auf Familiennachzug. Es besteht auch kein Anspruch darauf, das Familienleben an dem dafür geeignetsten Ort zu leben. Denn das Recht auf Achtung des Familienlebens umfasst nicht das Recht, das Familienleben am Aufenthaltsort eines beliebigen Familienmitglieds leben zu können.[12]

Artikel 42 AIG regelt bereits den Familiennachzug, indem er Bedingungen aufstellt. Die neue Bedingung, die dem von der SPK-N ausgearbeiteten Artikel 42 E-AIG hinzugefügt wird, liegt folglich innerhalb des Handlungsspielraums der Behörden hinsichtlich der Steuerung der Zuwanderung und der Integration von Ausländerinnen und Ausländern in der Schweiz. Unter der folgenden Ziffer 3 wird dargelegt, dass diese Massnahme eine Massnahme darstellen kann, die für das angestrebte legitime Ziel notwendig und verhältnismässig ist.

3- Einhaltung des Gleichbehandlungsgrundsatzes und Diskriminierungsverbot (Art. 8 Abs. 1 und 2 BV und Art. 14 EMRK)

3.1. Das Kriterium der Nationalität

Der Grundsatz der Gleichbehandlung (Art. 8 Abs. 1 BV) verlangt, dass Gleiches nach Massgabe seiner Gleichheit und Ungleiches nach Massgabe seiner Ungleichheit ungleich behandelt wird. Der Grundsatz ist dann verletzt, wenn das Recht zwischen zwei vergleichbaren tatsächlichen Situationen Unterscheidungen trifft, für die es keinen relevanten oder vernünftigen Grund gibt.[13] Gesetze selber fallen unter diese Verfassungsbestimmung, was bedeutet, dass sie selber die Anforderungen von Artikel 8 Absatz 1 BV erfüllen müssen. Alle staatlichen Organe und Behörden sind verpflichtet, diesen Grundsatz beim Erlass von Rechtsnormen einzuhalten, wobei sie über einen weiten Gestaltungsspielraum für Unterscheidungen oder Gleichbehandlungen verfügen.[14]

---

[10] EGMR *Ahmut gegen Niederlande* vom 28. November 1996, Recueil CourEDH 1996-VI, § 71; Entscheidungen *Chandra und andere gegen Niederlande* vom 13. Mai 2003, Nr. 53102/99; *Benabar und andere gegen Niederlande* vom 5. April 2005, Nr. 43786/04.

[11] EGMR *Shala gegen Schweiz* vom 15. November 2012, Beschw. Nr. 52873/09, § 40; siehe auch *F.N. gegen Grossbritannien* vom 17. September 2013, Nr. 3202/09, § 36.

[12] STEPHAN BREITENMOSER, BERNHARD EHRENZELLER/PATRICIA EGLI/ PETER HETTICH/ PETER HONGLER/BENJAMIN SCHINDLER/STEFAN G. SCHMID/RAINER J. SCHWEIZER, *St. Galler Kommentar Bundesverfassung*, 4. Aufl., 2023, (im Folgenden: SGK), Art. 13 BV Nr. 52 mit zitierter Rechtsprechung.

[13] JACQUES DUBEY, *Droits fondamentaux*, volume II, éd. Helbing Lichtenhahn 2018, Bâle, Nr. 3188 f.

[14] VÉRONIQUE BOILLET/FRANCESCO MAIANI, *Commentaire romand*, Art. 8 BV Nr. 18 mit zitierter Rechtsprechung (BGE vom 8.6.2020, 1C_468/2019, E. 3) und Nr. 44 mit zitierter Rechtsprechung (BGE 142 I 195 E. 6.1);

Sowohl Differenzierungen als auch Gleichbehandlungen in Erlassen sind daher an den Merkmalen von Artikel 8 Absatz 1 BV zu messen. Beruhen diese Differenzierungen jedoch auf einem sensiblen Merkmal im Sinne von Artikel 8 Absatz 2 BV, oder verkennen oder ignorieren die Gleichbehandlungen dieses Merkmal oder verneinen sie sogar dessen Bestehen, ist die Analyse auf der Grundlage von Artikel 8 Absatz 2 BV[15] vorzunehmen, der Diskriminierung verbietet.

Wenn es um ein sensibles Kriterium geht, verlangt die Prüfung des Diskriminierungsverbots die Feststellung, dass die streitige Differenzierung oder Gleichbehandlung eine Benachteiligung der Person, die sich über eine Diskriminierung beschwert, zur Folge hat und dass sie auf keiner zulässigen und ausreichenden Rechtfertigung beruht.[16] Die Prüfung der Rechtfertigung der fraglichen Unterscheidung oder Gleichstellung erfolgt bei der Anwendung von Artikel 8 Absatz 2 BV mit einer höheren Intensität als unter Artikel 8 Absatz 1 BV. Massnahmen in einem Gesetz im formellen Sinn sind mit Artikel 8 Absatz 2 BV vereinbar, wenn sie durch ein öffentliches Interesse gerechtfertigt sind und in einem angemessenen Verhältnis zum angestrebten Ziel stehen. Es stellt sich die Frage, ob der Staat ein Ziel von allgemeinem Interesse anstrebt und ob dies in einem vernünftigen Verhältnis zwischen diesem angestrebten Ziel und dem gewählten Mittel in dem Sinne erfolgt, dass die Differenzierung geeignet, notwendig und zumutbar erscheint. Mit anderen Worten muss die Unterscheidung dem öffentlichen Interesse in verhältnismässiger Weise dienen.

Sofern die Familienzusammenführung in den Anwendungsbereich von Artikel 8 EMRK fällt (vgl. Ziff. 2 oben), ist Artikel 14 EMRK anwendbar. Gemäss dieser Bestimmung ist der Genuss der in der Konvention anerkannten Rechte und Freiheiten ohne Diskriminierung insbesondere wegen des Geschlechts, der Rasse, der Hautfarbe, der Sprache, der Religion, der politischen oder sonstigen Anschauung, der nationalen oder sozialen Herkunft, der Zugehörigkeit zu einer nationalen Minderheit, des Vermögens, der Geburt oder eines sonstigen Status zu gewährleisten. Nicht jede Ungleichbehandlung führt jedoch automatisch zu einer Verletzung von Artikel 14 EMRK. Es muss nachgewiesen werden, dass Personen in ähnlichen oder vergleichbaren Situationen eine Vorzugsbehandlung geniessen und dass diese Unterscheidung diskriminierend ist.[17] Eine Unterscheidung ist diskriminierend, wenn sie nicht auf einer objektiven und vernünftigen Rechtfertigung beruht.[18] Die Vertragsstaaten verfügen über einen gewissen Ermessensspielraum bei der Entscheidung, ob und inwieweit Unterschiede zwischen ansonsten ähnlichen Situationen eine unterschiedliche Behandlung rechtfertigen.[19]

Die Frage, ob die «Herkunft» im Sinne von Artikel 8 Absatz 2 BV die Staatsangehörigkeit umfasst, ist in der Lehre umstritten.[20] Das Bundesgericht (BGer) scheint davon auszugehen,

---

Botschaft über eine neue Bundesverfassung, BBl 1997 I 141; GIOVANNI BIAGGINI, *Kommentar Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft*, 2. Auflage, 2017, Art. 8 BV Nr. 12 ; JACQUES DUBEY, *Droits fondamentaux*, volume II, 2018, und zitierte Rechtsprechung, Nr. 3195-3197 [3195 ff.].

[15] VÉRONIQUE BOILLET/FRANCESCO MAIANI, *Commentaire romand*, Art. 8 BV Nr. 20.

[16] VÉRONIQUE BOILLET/FRANCESCO MAIANI, *Commentaire romand*, Art. 8 BV Nr. 52; BERNHARD WALDMANN, BERNHARD WALDMANN/EVA MARIA BELSER/ASTRID EPINEY, *Basler Kommentar Bundesverfassung*, Helbing Lichtenhahn, Basel, 2015, (im Folgenden: BSK), Art. 8 Nr. 87.

[17] EGMR *Belli und Arquier-Martinez gegen Schweiz* vom 11. Dezember 2018, Nr. 6555/13, § 90 ff.

[18] Siehe z.B. EGMR *Burden gegen Grossbritannien* vom 29. April 2008 (Grosse Kammer), Recueil CourEDH 2008-III, § 60.

[19] Siehe z.B. EGMR *Hämäläimen gegen Finnland* vom 16. Juli 2014 (Grosse Kammer), Recueil CourEDH 2014-IV, § 108.

[20] VÉRONIQUE BOILLET/FRANCESCO MAIANI, *Commentaire romand* Art. 8 BV Nr. 73 mit zitierter Lehre.

dass Diskriminierungen aufgrund der nationalen Herkunft einer Person unter Artikel 8 Absatz 2 BV fallen.[21] Artikel 14 EMRK verbietet die Diskriminierung aufgrund der «nationalen Herkunft» ausdrücklich. Dieses Kriterium ist dem Begriff der Staatsangehörigkeit sehr ähnlich und wird teilweise sogar als Synonym verwendet.[22] Wie dem auch sei, eine unterschiedliche Behandlung von Schweizerinnen und Schweizern und ausländischen Staatsangehörigen ist nicht von vornherein diskriminierend.[23]

Im vorliegenden Zusammenhang beinhaltet die in Artikel 42 Absatz 2 E-AIG vorgesehene Unterscheidung eine Differenzierung zwischen der rechtlichen Situation der Familienangehörigen von Schweizerinnen und Schweizern und derjenigen der Familienangehörigen von Personen aus den EU- oder EFTA-Mitgliedstaaten. So kann der Nachzug von Familienangehörigen von Schweizerinnen und Schweizern an eine Bedingung geknüpft werden, die für den Nachzug von EU- oder EFTA-Staatsangehörigen nicht vorgesehen ist. Diese Ungleichbehandlung führt daher zu einer Benachteiligung von Schweizerinnen und Schweizer und ihren Familienangehörigen. Darüber hinaus beruht diese Ungleichbehandlung auf dem Kriterium der Staatsangehörigkeit, weil die von dieser Benachteiligung betroffene Personengruppe dadurch definiert ist, dass die betroffene Person Schweizerin oder Schweizer bzw. Familienmitglied einer Schweizerin oder eines Schweizers ist.

3.2 Die Rechtsprechung

Der EGMR hat die Frage, ob die unterschiedliche Behandlung, die sich aus Artikel 42 AIG ergibt, gegen die EMRK verstösst, (noch) nicht beurteilt. Er hat jedoch anerkannt, dass das nationale Recht den eigenen Staatsangehörigen oder Personen aus Ländern, mit denen das Land engere Verbindungen hat, eine günstigere Behandlung gewähren kann, ohne dass dies eine verbotene Diskriminierung darstellt.[24] Er entschied, dass eine Vorzugsbehandlung von Staatsangehörigen der anderen Mitgliedstaaten der Europäischen Gemeinschaften (jetzt EU) gegenüber Drittstaatsangehörigen auf einer objektiven und vernünftigen Rechtfertigung beruht.[25]

Das BGer hat sich bereits mit dem Einwand befasst, Artikel 42 Absatz 2 AIG in seiner aktuellen Fassung verstosse unter dem Gesichtspunkt des Diskriminierungsverbots gegen die Verfassung und die EMRK, und hat festgestellt, dass es ausreichende Gründe im Sinne von Artikel 8 BV und Artikel 14 EMRK gibt, die es rechtfertigen, dass Schweizerinnen und Schweizer bei der Familienzusammenführung anders behandelt werden als Staatsangehörige von EU-Mitgliedstaaten.

Das BGer verlangte zwar zunächst, dass Artikel 42 Absatz 2 AIG an die 2008 ergangene *Metock-Rechtsprechung* des Gerichtshofs der Europäischen Union (EuGH) angepasst wer-

[21] BGE 129 I 392 E. 3.2.2. und 3.2.3 und BGE 143 V 114 E. 5.3.2.1.

[22] RAINER J. SCHWEIZER/KIM FANKHAUSER, *SGK*, Art. 8 BV Nr. 87 mit zitierter Lehre.

[23] VÉRONIQUE BOILLET/FRANCESCO MAIANI, *Commentaire romand,* Art. 8 BV Nr. 73 mit zitierter Rechtsprechung und Lehre; BERNHARD WALDMANN, *BSK*, 2015, Art. 8 BV Nr. 68.

[24] EGMR *Abdulziz, Cabales und Ballkandali gegen Grossbritannien* vom 28. Juni 1985, Serie A Nr. 94, § 84; BGE 2C_354/2011, E. 2.7 mit zitierter Rechtsprechung und Lehre.

[25] EGMR *Moustaquim gegen Belgien* vom 18. Februar 1991, Serie A Nr. 193, Nr. 49; BGE 2C_354/2011, E. 2.7 mit zitierter Rechtsprechung und Lehre.

den müsse[26] und forderte den Gesetzgeber auf, den Familiennachzug von Schweizerinnen und Schweizern an die neuen Bedingungen im Bereich des FZA anzupassen.[27] Das BGer kam jedoch später in einem Urteil vom 13. Juli 2012[28] auf diese Frage zurück. Es stellte in diesem Urteil fest, dass es im Bereich der Migrationspolitik nicht ungewöhnlich sei, dass die Staaten Drittstaatsangehörigen aufgrund ihrer Staatsangehörigkeit eine unterschiedliche Behandlung auf der Basis von Niederlassungsverträgen oder ähnlichen internationalen Verpflichtungen gewähren, ohne dass in diesem Fall eine verbotene Ungleichbehandlung vorliege.[29] Das BGer berücksichtigte auch die Argumente, die bei der Behandlung der parlamentarischen Initiative Tschümperlin[30] durch die Bundesversammlung vorgebracht wurden. Diese parlamentarische Initiative zielte darauf ab, die nach dem *Metock-Urteil* des EuGH entstandene Ungleichbehandlung von Schweizerinnen und Schweizer und Staatsangehörigen eines EU-Mitgliedstaats zu beseitigen. Es stellte fest, dass der Nationalrat in erster Linie die beträchtliche Einwanderung begrenzen wollte, die auf die Familienzusammenführung zurückzuführen ist.[31] Es erinnerte daran, dass die Umsetzung einer restriktiven Einwanderungspolitik ein wichtiges und schützenswertes öffentliches Interesse darstelle und dass in Anbetracht der bestehenden bilateralen Verträge und der diesbezüglichen Rechtsprechung die Kontrolle des Einwanderungsstroms umgesetzt werden könne, indem die Staatsangehörigkeit als Unterscheidungskriterium herangezogen werde. Damit lägen ausreichende ─ im Sinne von Artikel 14 EMRK nicht diskriminierende ─ Gründe vor, die es rechtfertigten, Schweizerinnen und Schweizer im Bereich der Familienzusammenführung anders zu behandeln als EU-Staatsangehörige.[32] Das BGer stellte zudem fest, dass wenn der Gesetzgeber der Meinung sei, dass eine restriktive Einwanderungspolitik betrieben werden müsse, und er zu diesem Zweck Grenzen setze, wo er über einen im Konventionsrecht vorgesehenen Handlungsspielraum verfügt, der Richter nicht an seine Stelle treten könne.[33] In der Folge wurde diese Rechtsprechung bestätigt.[34] In seinem Urteil vom 18. März 2020[35] erinnert das BGer daran: *"Das Bundesgericht hat den Einwand, Art. 42 Abs. 2 AIG sei konventions- und verfassungswidrig, bereits unter dem Aspekt des Diskriminierungsverbots beurteilt und erwogen, es gebe ausreichende Gründe im Sinn von Art. 14 EMRK, die es rechtfertigen, Schweizer Staatsangehörige beim Familiennachzug anders zu behandeln als Staatsangehörige der Europäischen Union (eingehend Urteil 2C_354/2011 vom 13. Juli 2012 E. 2.7.3). Es obliege dem Gesetzgeber, eine allfällige Anpassung von Art. 42 Abs. 2 AIG vorzunehmen, wobei er den Zeitpunkt unter Berücksichtigung der Entwicklung in der Rechtsprechung über einen grösse-*

[26] Urteil des EuGH vom 25. Juli 2008, Rs. C-127/08, Slg. 2008, S. I-6241: Dieses Urteil stellt insofern eine Änderung der Rechtsprechung dar, als der EuGH das auf dem FZA beruhende Recht auf Familienzusammenführung nicht mehr von einem vorherigen Aufenthalt der nachzuziehenden Person in einem Vertragsstaat des Abkommens abhängig machte.

[27] BGE 136 II 120 vom 22. Januar 2010 E. 3.3 f. und siehe dazu: BGE 2C-836/2019 vom 18. März 2020 mit zitierter Rechtsprechung.

[28] BGE 2C_354/2011 vom 13. Juli 2012.

[29] BGE oben erwähnt, E. 2.7.2.

[30] Parlamentarische Initiative Tschümperlin 10.427 vom 19. März 2010: *"Beseitigung von Diskriminierungen aufgrund des Landesrechts".*

[31] BGE oben erwähnt, E. 2.6 und 2.7.3.

[32] BGE oben erwähnt, E. 2.7.3

[33] BGE oben erwähnt, E. 2.7.3.

[34] BGE 2C_836/2019 vom 18. März 2020 E. 2; 2C_952/2016 vom 10. Oktober 2016 E. 3.3; 2C_438/2015 vom 29. Oktober 2015 E. 3.2; 2C_1071/2014 vom 28. Mai 2015 E. 2.1.

[35] BGE 2C-836/2019 vom 18. März 2020 E. 2.2.

ren Zeitraum hinweg selber bestimmen wolle (Urteil 2C_323/2018 vom 21. September 2018 E. 5.4)."

3.3 Der neue Artikel 42 Absatz 2 E-AIG

Der vorliegende Entwurf der SPK-N beseitigt die im geltenden Recht bestehenden Ungleichbehandlungen, führt aber mit Artikel 42 E-AIG eine neue Norm ein, die eine Ungleichbehandlung zur Folge hat. Es geht es also darum zu prüfen, ob es gerechtfertigt sein kann, die Möglichkeit vorzusehen, die Erteilung und Verlängerung der Aufenthaltsbewilligung für Familienangehörige von Schweizerinnen und Schweizern vom Abschluss einer Integrationsvereinbarung abhängig zu machen, während Familienangehörige von Personen aus den EU- oder EFTA-Mitgliedstaaten dieser Verpflichtung nicht unterstellt werden können.

Öffentliches Interesse

Nach Ansicht der SPK-N ist diese Massnahme durch einen Zweck, der im öffentlichen Interesse liegt, begründet. So geht denn auch aus dem erläuternden Bericht der SPK-N hervor, dass "*der Abschluss einer Integrationsvereinbarung [...] angezeigt sein [kann], wenn die Integrationskriterien nach Artikel 58a AIG nicht erfüllt sind. Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn die betreffende Person nicht über ausreichende Sprachkenntnisse verfügt, die öffentliche Sicherheit und Ordnung und namentlich familienrechtliche Unterhaltspflichten verletzt hat, betrieben wird, Beratungsangebote nicht wahrnimmt oder sich weigert, am Wirtschaftsleben teilzunehmen (namentlich dauerhafte und starke Abhängigkeit von der Sozialhilfe) oder eine Aus- bzw. Weiterbildung zu absolvieren. In der Integrationsvereinbarung ist festgehalten, welchen Beitrag die Person für ihre Integration leisten muss".*[36]

Nach Auffassung des BJ kann in der Tat von einem Ziel im öffentlichen Interesse ausgegangen werden. Angesichts der Erweiterung des Kreises der Begünstigten des Familiennachzugs, die der Gesetzesentwurf der SPK-N für Schweizerinnen und Schweizer mit sich bringt, und der durch diese Erweiterung im Bereich der Sozialversicherungen und der Sozialhilfe möglicherweise zusätzlich entstehenden Kosten kann sich diese Regelung als angemessen erweisen. Sie kann auch angezeigt sein, um eine Integration der betroffenen Personen in der Schweiz zu fördern, zu unterstützen und zu erreichen.

Verhältnismässigkeit

Das BJ ist der Ansicht, dass der Abschluss einer Integrationsvereinbarung als geeignetes Mittel zur Erreichung dieses Zwecks angesehen werden kann, da er es den Behörden und der betroffenen Person ermöglicht, eine Vereinbarung darüber zu treffen, wie eine erfolgreiche Integration erreicht und wie vermieden werden kann, dass der Aufenthalt dieser Person in der Schweiz Kosten zulasten der Gesellschaft verursacht. Dieses Mittel kann auch als notwendig angesehen werden, da es im Einzelfall das geeignetste Mittel sein kann, um die Integration einer ausländischen Person in die Gesellschaft zu fördern.

Auch das Mittel zur Erreichung dieses Ziels kann als zumutbar angesehen werden. Der Abschluss einer Integrationsvereinbarung ist in der Tat eine Massnahme, die nicht besonders einschneidend ist. Im Vorschlag der SPK-N ist der Abschluss einer Integrationsvereinbarung

[36] Bericht der Staatspolitischen Kommission des Nationalrates vom 22 Juni 2023 zur Initiative 19.464, S. 13, BBl 2023 1584.

im Übrigen eine "Kann"-Vorschrift. Ausserdem könnte eine gestützt auf Artikel 42 Absatz 1 E-AIG erteilte Aufenthaltsbewilligung nicht wegen Nichteinhaltung einer Integrationsvereinbarung widerrufen werden, weil der Aufenthaltsanspruch erlöschen werden kann, wenn ein Widerrufsgrund nach Artikel 63 AIG, nicht aber nach Artikel 62 AIG vorliegt (Art. 51 Abs. 1 Bst. b AIG)[37]. Die zuständigen Behörden sind ohnehin an den Grundsatz der Verhältnismässigkeit gebunden und berücksichtigen bei der Ermessensausübung die öffentlichen Interessen und die persönlichen Verhältnisse sowie die Integration der Ausländerinnen und Ausländer (Art. 96 AIG).

4- Vereinbarkeit mit Artikel 121*a* BV

Die von der SPK-N vorgeschlagene Änderung des AIG führt für ausländische Familienangehörige von Schweizerinnen und Schweizern im Rahmen des Familiennachzugs zu einer günstigeren Regelung der Zulassungsbedingungen. Einerseits wird der Kreis der Personen, die Anspruch auf Familiennachzug haben, erweitert, andererseits wird der Familiennachzug an weniger strenge Bedingungen geknüpft als dies nach geltendem Recht der Fall ist. Der Entwurf sieht jedoch keine Höchstzahlen vor. Die Änderung des AIG dürfte daher zu einem Anstieg der Gesuche um Familiennachzug und damit der Einwanderung in die Schweiz führen und wirft somit die Frage ihrer Vereinbarkeit mit Artikel 121*a* BV auf.

Artikel 121*a* BV verpflichtet den Bund, seine Kompetenz im Bereich des Ausländerrechts auszuüben, um die Steuerung der Zuwanderung zu gewährleisten, und schreibt dem Gesetzgeber detailliert vor, wie er diese Kompetenz auszuüben oder nicht auszuüben hat.[38] Artikel 121*a* BV hat in der Tat einen normativen (und nicht nur programmatischen) Charakter, indem er Verpflichtungen vorsieht, die er den Behörden des Bundes auferlegt.[39]

Absatz 1 enthält als erstes Hauptziel der Verfassungsbestimmung die eigenständige Steuerung der Zuwanderung. Die Sachüberschrift «Steuerung der Zuwanderung» unterstreicht die vorrangige Bedeutung dieses Ziels. Dieser Absatz dient auch als Anleitung für die Ausgestaltung der Einzelheiten im Gesetz (teleologisches Auslegungselement[40]): «Es handelt sich um eine normative Aufgabennorm, welche die zuständigen staatlichen Behörden dazu anhält, eine aktive Migrationspolitik zu betreiben und die Zuwanderung zu kontrollieren. Artikel 121*a* Absatz 1 wird in diesem Sinne auch als weit gefasste Zielnorm verstanden. Den zuständigen Behörden obliegt eine entsprechende, allerdings nicht erzwingbare, verfassungsrechtliche Pflicht.»[41]

Das zweite Hauptziel der Verfassungsbestimmung ist in Absatz 2 erster Satz angelegt, nämlich die Begrenzung der Zuwanderung von Ausländerinnen und Ausländern durch die Fest-

[37] MARC SPESCHA/SVEN KURY, Beseitigung der Inländerdiskriminierung vor dem Durchbruch?, in: Jusletter 22. April 2024, S. 27.

[38] VÉRONIQUE BOILLET/FRANCESCO MAIANI, *Commentaire romand, Commentaire romand*, Art. 121*a* BV Nr. 6.

[39] VÉRONIQUE BOILLET/FRANCESCO MAIANI, *Commentaire romand,* Art. 121*a* BV Nr. 5 und Gutachten des Bundesamtes für Justiz vom 8. April 2014, Angenommene Volksinitiative «Gegen Masseneinwanderung»: Auslegung der Artikel 121*a* und 197 Ziffer 9 der Bundesverfassung [Gutachten BJ], S. 6, in der Beilage.

[40] Gutachten BJ, S. 6.

[41] PETER ÜBERSAX: BERNHARD WALDMANN/EVA MARIA BELSER/ASTRID EPINEY, *BSK*, 2015, Art. 121*a* BV, Nr. 11.

legung von Höchstzahlen und Kontingenten.[42] Artikel 121*a* Absatz 2 BV verpflichtet den Gesetzgeber, die Zuwanderung zu steuern, indem er die Zahl der erteilten Bewilligungen für den Aufenthalt von Ausländerinnen und Ausländern in der Schweiz durch jährliche Höchstzahlen und Kontingente begrenzt. Die Höchstzahlen betreffen – unabhängig vom Zulassungsgrund – alle Bewilligungen für einen dauerhaften Aufenthalt (von mehr als einem Jahr). Nach Ansicht des Bundesrats fallen Aufenthalte von weniger als einem Jahr nämlich nicht in den Anwendungsbereich von Artikel 121*a* BV.[43]

Eine wörtliche Auslegung von Artikel 121*a* Absatz 2 BV würde bedeuten, dass der Gesetzgeber verpflichtet ist, in jedem Fall Obergrenzen und Kontingente vorzusehen, wenn er die Zulassungsvoraussetzungen des aktuell geltenden Ausländerrechts ändern will, selbst wenn diese Änderungen zu einer vernachlässigbaren Zunahme der Einwanderung in die Schweiz führen[44]. Mit anderen Worten müsste jede Änderung des geltenden Rechts, mit der die Zulassungsvoraussetzungen für eine bestimmte Kategorie von ausländischen Staatsangehörigen erleichtert wird, mit einer weiteren Änderung des geltenden Rechts einhergehen, um Kontingente für die betreffenden Personengruppen einzuführen, auch wenn dies in der Praxis nur eine vernachlässigbare Anzahl von Personen betrifft, die in die Schweiz einwandern.

Die wörtliche Auslegung ist jedoch nur eine der Auslegungsmethoden, um den wahren Sinn einer Norm zu bestimmen. Es ist auch der Systematik von Artikel 121*a* BV Rechnung zu tragen. Die Auslegung von Absatz 2 ist daher mit der Auslegung von Absatz 1 zu koordinieren.

Eine wörtliche Auslegung von Artikel 121*a* Absatz 2 BV würde nämlich Absatz 1 der Verfassungsbestimmung seines Sinns entleeren. Die Auslegung von Artikel 121 Absatz 2 BV erster Satz muss durch das erste Hauptziel von Artikel 121*a* BV – die eigenständige Steuerung der Zuwanderung – relativiert werden. Änderungen der ausländerrechtlichen Gesetzgebung, wie die vorliegenden, lassen die Möglichkeit der Schweiz unberührt, die Einwanderung eigenständig zu steuern. Die geringe Auswirkung dieser vernachlässigbaren Zahl von Personen auf die Einwanderung hat zur Folge, dass die zuständigen Behörden die Kontrolle über die Einwanderung behalten und das Ziel der Verfassungsbestimmung, eine von der Bevölkerung akzeptierte und mitgetragene Zuwanderungsgrösse zu erreichen, nicht gefährdet wird.[45] Hinzu kommt, dass diese Auslegung die Möglichkeit der Schweiz, diese Zuwanderung durch Obergrenzen und Kontingente zu steuern, im Grossen und Ganzen unberührt lässt. Die vernachlässigbare Zahl neuer Bewilligungen, die sich aus diesen Gesetzesänderungen ergeben würde, hätte nur geringe Auswirkungen auf die quantitative Steuerung der Migration. Darüber hinaus können die zuständigen Behörden diese vernachlässigbare Zahl neuer Bewilligungen steuern, indem sie diese bei der Festlegung der derzeit geltenden Kontingente für Drittstaatsangehörige berücksichtigen. Mit anderen Worten sind die Gesetzesänderungen, die nur eine vernachlässigbare Zahl von Personen betreffen, nach Ansicht des BJ mit einer eigenständigen Steuerung der Zuwanderung auf der Grundlage quantitativer Massnahmen vereinbar, wie dies von der Verfassungsbestimmung gefordert wird.

[42] Gutachten BJ, S. 6.

[43] Botschaft des Bundesrats vom 4. März 2016 zur Umsetzung von Art. 121*a* BV. BBl 2016 3007, *3022*.

[44] Zu den vernachlässigbaren quantitativen und demografischen Auswirkungen des vorliegenden Entwurfs der SPK-N siehe : MARC SPESCHA/SVEN KURY, Beseitigung der Inländerdiskriminierung vor dem Durchbruch?, in : Jusletter 22. April 2024, S. 28.

[45] PETER ÜBERSAX, *BSK*, Art. 121*a* BV, Nr. 11 und 21.

Das BJ ist daher zum Schluss gekommen, dass Vorlagen, mit denen Zulassungsbedingungen für Ausländerinnen und Ausländer erleichtert werden und den Kreis der Begünstigten erweitern, ohne eine Begrenzung der Höchstzahlen von Bewilligungen vorzusehen, , als mit Artikel 121*a* BV vereinbar erachtet werden können, wenn deren Umsetzung nur eine vernachlässigbare Zahl von in die Schweiz einwandernden Personen betrifft. Diese Analyse gilt auch für Vorlagen, welche Ausnahmen von der Begrenzung der Höchstzahlen der ausländerrechtlichen Bewilligungen vorsehen, deren Umsetzung jedoch nur die Zuwanderung einer vernachlässigbaren Anzahl von Personen in die Schweiz betrifft.

Eine Auslegung von Artikel 121*a* Absatz 2 BV im Lichte des ersten Absatzes dieser Bestimmung ist kein neuer Ansatz. So wurde anerkannt, dass Aufenthalte von bis zu einem Jahr von den Begrenzungsmassnahmen ausgenommen werden können, weil sie nicht als Teil der Zuwanderung im Sinne von Artikel 121*a* Absatz 1 BV gelten und daher nicht in den Anwendungsbereich dieser Bestimmung fallen.[46] Neu ist der Umstand, dass das BJ davon ausgeht, dass Artikel 121*a* BV dem Gesetzgeber einen Gestaltungsspielraum einräumt, um neue Bewilligungen, die aufgrund von Änderungen des geltenden Rechts erteilt werden, von den Begrenzungsmassnahmen auszunehmen, wenn diese Änderungen nur eine vernachlässigbare Zunahme der Zuwanderung in die Schweiz zur Folge haben.

Absatz 4 dieser Bestimmung (Verbot des Abschlusses völkerrechtlicher Verträge, die gegen Artikel 121*a* BV verstossen) wurde ebenfalls im Lichte von Absatz 1 ausgelegt. So wird davon ausgegangen, dass völkerrechtliche Verträge, die Ausländerinnen und Ausländer von der Anwendung von Höchstzahlen und Kontingenten ausnehmen oder ihnen gar echte Freizügigkeitsrechte einräumen, nicht mit Artikel 121*a* Absatz 2 BV kollidieren, solange diese Verträge die Möglichkeit der Schweiz, die Zuwanderung über Höchstzahlen und Kontingente zu steuern, weitgehend unangetastet lassen. Aus diesem Grund wurden Abkommen, die eng begrenzten Kategorien von Personen das Recht auf Freizügigkeit einräumen, als mit Artikel 121*a* BV vereinbar erachtet.[47] Dies war beispielsweise der Fall beim Freihandelsabkommen mit China.[48]

---

[46] BBl 2016 3007 *3048.*

[47] VÉRONIQUE BOILLET/FRANCESCO MAIANI, *Commentaire romand* Art. 121*a* BV Nr. 25; GIOVANNI BIAGGINI, Kommentar Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 2. Auflage, 2017, Art. 121*a* BV Nr. 16; PETER UEBERSAX, BSK, Art. 121*a* BV Nr. 30, 52 und 71.

[48] AB BVers 2014, 359, Bundesrat Schneider-Ammann: *«Die Schweiz hat somit die Vereinbarungen in den Freihandelsabkommen bereits bisher im Rahmen eines Kontingentierungssystems umgesetzt. Aufenthaltsbewilligungen für die eng definierte Personenkategorie der Freihandelsabkommen werden schon heute den jährlich festgelegten Kontingenten für Drittstaaten angerechnet und erhöhen die Gesamtzuwanderung nicht. Dieses System lässt sich ohne Weiteres auch unter den neuen Verfassungsartikel subsumieren. Bei der eng abgegrenzten Personenkategorie handelt es sich um unentbehrliches Schlüsselpersonal, das von Firmen der Vertragspartner befristet in Tochtergesellschaften transferiert wird oder für die Erfüllung von Dienstleistungsverträgen in die Schweiz entsandt wird. Für die Steuerung der Zuwanderung fällt diese Kategorie nicht ins Gewicht. Der Zugang Stellensuchender zum Arbeitsmarkt wie auch der Zugang Selbstständigerwerbender ist in den Freihandelsabkommen nicht abgedeckt. Somit besteht kein Widerspruch zwischen dem Verfassungsauftrag, alle Ausländerbewilligungen Höchstzahlen und Kontingenten zu unterwerfen, und der in den Freihandelsabkommen vorgesehenen Vereinbarung, eine eng definierte, zahlenmässig kleine Kategorie von Personen nicht auch noch mengenmässig zu beschränken. Die Schweiz verzichtet in keinem Freihandelsabkommen, auch nicht in jenem mit China, auf das Instrument der Gesamtsteuerung der Zuwanderung, zum Beispiel durch Globalkontingente. Aus dieser Analyse folgt, dass die Freihandelsabkommen, einschliesslich jenes mit China, weder rechtlich noch praktisch den Auftrag des neuen Artikels 121a der Bundesverfassung behindern, nämlich den Auftrag, die Zuwanderung eigenständig zu steuern und zu begrenzen.»*

Diese Auslegung von Artikel 121*a* BV steht schliesslich auch nicht im Widerspruch zu derjenigen, die der Bundesrat in der Botschaft vom 7. Dezember 2012[49] zur Volksinitiative «Gegen Masseneinwanderung» und in der Botschaft vom 4. März 2016[50] zur Umsetzung von Artikel 121*a* BV vorgenommen hatte. Dabei ging es darum, die neue Verfassungsbestimmung umzusetzen und insbesondere den persönlichen Anwendungsbereich zu bestimmen. Vorliegend wird somit nicht die Tatsache in Frage gestellt, dass die von den Änderungen der ausländerrechtlichen Gesetzgebung im oben erwähnten Sinne betroffenen Personen in den persönlichen Geltungsbereich von Artikel 121*a* BV fallen und dass ihr Aufenthalt in der Schweiz den Höchstzahlen und Kontingenten unterstehen soll. Es geht darum, den Behörden einen praktikablen Gestaltungsspielraum bei der Steuerung der Zuwanderung zu belassen, wenn dieser Gestaltungsspielraum begrenzt ist und nicht im Widerspruch zu den in der Verfassungsbestimmung festgelegten Zielen und Mitteln steht.

Das BJ ist sich bewusst, dass es sich beim Begriff «vernachlässigbare Anzahl von Personen» um einen unbestimmten Rechtsbegriff handelt. Ab welcher Anzahl Personen soll die Vorlage nicht mehr mit Artikel 121*a* BV vereinbar sein? Wie wird die Anzahl der Personen berechnet? Diese Fragen könnten durch die Festlegung einer objektiven Berechnungsmethode gelöst werden, z. B. durch einen Prozentsatz der Anzahl der nach geltendem Recht erteilten Bewilligungen oder einen Prozentsatz des Migrationssaldos. Es liegt jedoch nicht in der Kompetenz des BJ, sich über die politische Zweckmässigkeit der Wahl einer bestimmten Berechnungsmethode gegenüber einer anderen zu äussern.

5- Schlussfolgerung

Es darf angenommen werden, dass genügend Gründe zur Rechtfertigung der neuen Einschränkung der Familienzusammenführung und damit der Ungleichbehandlung vorliegen, die in Artikel 42 Absatz 2 E-AIG durch den von der SPK-N ausgearbeiteten Entwurf zur Änderung des AIG eingeführt worden ist. Darüber hinaus kann der Entwurf der SPK-N als mit Artikel 121*a* BV vereinbar erachtet werden, sofern die Erleichterung der Zulassungsbedingungen zum Familiennachzug und die Erweiterung des Kreises der Begünstigten nur eine vernachlässigbare Anzahl von Personen betreffen.

[49] BBl 2013 291

[50] BBl 2016 3007