



P.P. CH-3003 Bern, BJ

Aussenpolitische Kommission
des Ständerats
Parlamentsgebäude
3003 Bern

Referenz/Aktenzeichen: COO.2180.109.7.182289 / 612/2013/01141; 612-049

Ihr Zeichen:

Unser Zeichen: bj-fer

Bern, 18. Mai 2016

16.028 n Freizügigkeitsabkommen. Ausdehnung auf Kroatien

Sehr geehrter Herr Präsident
Sehr geehrte Damen und Herren

Sie haben das Bundesamt für Justiz gebeten, die anlässlich des Hearings vom 12. Mai 2016 vorgetragenen verfassungsrechtlichen und völkerrechtlichen Argumente zur Genehmigung des Kroatienprotokolls (auch: Protokoll III zum FZA)¹ schriftlich vorzulegen. Gerne kommen wir Ihrer Aufforderung mit diesem Schreiben nach, das sich im Wesentlichen auf die mündlichen Ausführungen stützt und diese punktuell ergänzt und präzisiert.

Nachfolgend sind zunächst die Rechtsnatur (Ziff. 1) sowie der Inhalt des Protokolls und dessen Verhältnis zu Art. 121a BV zu beleuchten (Ziff. 2). Es folgen Ausführungen über die Befugnis des Bundesrats zur *Unterzeichnung* und über die Befugnis der Bundesversammlung zur *Genehmigung* des Protokolls (Ziff. 3). Der Bericht schliesst mit Hinweisen zur Ratifikation des Kroatienprotokolls (Ziff. 4.).

¹ Protokoll zum Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft einerseits und der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten andererseits über die Freizügigkeit im Hinblick auf die Aufnahme der Republik Kroatien als Vertragspartei infolge ihres Beitritts zur Europäischen Union. Vgl. für die Botschaft des Bundesrats vom 4. März 2016: BBl 2016 2223 ff.; für den Entwurf eines Bundesbeschlusses über die Genehmigung und die Umsetzung des Kroatienprotokolls: BBl 2016 2257 ff.

1 Rechtsnatur: Kroatienprotokoll als völkerrechtlicher Vertrag

Laut dem in der Volksabstimmung vom 9. Februar 2014 angenommenen Art. 121a Abs. 4 BV «dürfen keine völkerrechtlichen Verträge abgeschlossen werden, die gegen diesen Artikel [Art. 121a BV] verstossen.» Vereinzelt wurde die Auffassung vertreten, beim Kroatienprotokoll handle es sich nicht um einen völkerrechtlichen Vertrag, der vom verfassungsrechtlichen Abschlussverbot gemäss Art. 121a Abs. 4 BV erfasst werde.² Wir teilen diese Auffassung nicht. Im Vordergrund stehen die folgenden Gründe, die für eine Qualifikation des Kroatienprotokolls als völkerrechtlicher Vertrag im Sinne von Art. 121a Abs. 4 BV sprechen:

- Das Kroatienprotokoll ist eine internationale Vereinbarung, die den beteiligten Staaten bzw. ihren Staatsangehörigen Rechte einräumt und Pflichten auferlegt. Das entspricht der *klassischen Definition* des völkerrechtlichen Vertrags. Die Begriffe *Protokoll* oder *Zusatzprotokoll* braucht man herkömmlich für Vereinbarungen, die einen zugrunde liegenden Vertrag ergänzen.³ Um eine solche Ergänzung handelt es sich auch hier: Das Kroatienprotokoll ergänzt das FZA, indem es dessen Geltungsbereich auf Kroatien ausdehnt.
- Bei den bilateralen Verträgen handelt es sich grundsätzlich um Verträge zwischen der Schweiz und der Europäischen Union (EU). Das FZA ist dagegen als *gemischtes Abkommen*⁴ konzipiert; es wurde von der Schweiz mit der Europäischen Gemeinschaft (EG) und ihren (damals) 15 Mitgliedstaaten abgeschlossen.⁵ Dementsprechend handelt es sich auch beim Kroatienprotokoll um ein gemischtes Abkommen. Es soll nicht nur zwischen der Schweiz und der EU abgeschlossen werden, sondern auch zwischen der Schweiz und allen (heute) 28 Mitgliedstaaten. Mit Kroatien soll eine neue Partei zum bestehenden Vertragsverhältnis hinzutreten (vgl. so ausdrücklich auch Art. 1 Abs. 1 des Protokolls). Mit diesem Staat schliesst die Schweiz erstmals einen Vertrag über die Personenfreizügigkeit ab, es kann sich somit nur um einen *neuen* Vertrag handeln.
- Das Kroatienprotokoll ändert nichts am *Inhalt* der im FZA verankerten Freizügigkeitsrechte (vgl. Art. 1 Abs. 2 des Protokolls). Das Kroatienprotokoll ist ferner in seinem Bestand vom Grundabkommen (FZA) abhängig.⁶ Das Kroatienprotokoll vergrössert aber die Zahl der freizügigkeitsberechtigten Personen sowie den territorialen Anwendungsbereich des FZA und damit die *Tragweite* des FZA. Das Parlament hat denn auch im Genehmigungsbeschluss zu den Bilateralen I im Jahr 1999 das Folgende festgehalten:⁷

² So etwa *Astrid Epiney*, Zur Auslegung von Art. 121a Abs. 4 BV im Zusammenhang mit dem möglichen Abschluss des Kroatien-Protokolls zum FZA, in: Jusletter vom 15. Juni 2015, Rz. 26 f., wonach es sich um *keinen neuen* völkerrechtlichen Vertrag handle. Vgl. auch *Thomas Cottier*, NZZ vom 31. März 2016, S. 13, wonach es sich *nur formell* um einen neuen Staatsvertrag handle.

³ Vgl. Praxisleitfaden Völkerrechtliche Verträge, Ausgabe 2015 (herausgegeben durch die Direktion für Völkerrecht), Rz. 1, 14.

⁴ *Thomas Cottier et al.*, Die Rechtsbeziehungen der Schweiz und der Europäischen Union, Bern 2014, S. 265.

⁵ Vgl. dazu Titel und Ingress des Abkommens vom 21. Juni 1999 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft einerseits und der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten andererseits über die Freizügigkeit (SR 0.142.112.681).

⁶ Vgl. Art. 8 des Protokolls: «Dieses Protokoll gilt für dieselbe Dauer und zu denselben Bedingungen wie das Abkommen [FZA].»

⁷ Art. 2 Bst. b des Bundesbeschlusses vom 8. Oktober 1999 über die Genehmigung der sektoriellen Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft einerseits und der Europäischen Gemeinschaft sowie gegebenenfalls ihren Mitgliedstaaten oder der Europäischen Atomgemeinschaft andererseits (AS 2002 1527).

«Die Bundesversammlung entscheidet mit einem Bundesbeschluss, der dem Referendum untersteht, über die Ausdehnung des Abkommens über die Freizügigkeit auf Staaten, die bei dessen Genehmigung nicht zur Europäischen Gemeinschaft gehörten.»

Die Ausdehnung des FZA auf die Staaten, welche der EU in den Jahren 2004 und 2007 beigetreten waren, erfolgte ebenfalls mit Protokollen (I und II), die dem Staatsvertragsreferendum nach Art. 141 Abs. 1 Bst. d Ziff. 3 BV unterstellt waren.⁸ Nicht anders verhält es sich beim Kroatienprotokoll. Dabei versteht sich von selbst, dass nur ein Staatsvertrag (völkerrechtlicher Vertrag) Gegenstand des Staatsvertragsreferendums sein kann.

- Im Kroatienprotokoll ist ein *schrittweiser Übergang* zur Personenfreizügigkeit vorgesehen (vgl. Art. 2 des Protokolls). Die Schweiz kann während höchstens 10 Jahren nach dem Inkrafttreten des Kroatienprotokolls arbeitsmarktliche Beschränkungen vorsehen bzw. einen Ventilklausel-Mechanismus aktivieren. Das Kroatienprotokoll erschöpft sich also nicht darin, die Personenfreizügigkeit auf Kroatien auszudehnen. Vielmehr enthält es auch ein differenziertes Übergangsregime, das zwar weitgehend aber nicht vollständig den in den Protokollen I und II verankerten Übergangsbestimmungen entspricht.⁹ Auch vor diesem Hintergrund lässt sich nicht argumentieren, es handle sich beim Kroatienprotokoll um keinen neuen bzw. nur in formeller Hinsicht um einen neuen völkerrechtlichen Vertrag.¹⁰
- Das Kroatienprotokoll selber hält in Art. 6 Abs. 1 ausdrücklich fest:
«Dieses Protokoll wird vom Rat der Europäischen Union im Namen der Mitgliedstaaten und der Europäischen Union und von der Schweiz in Übereinstimmung mit ihren jeweiligen Verfahren ratifiziert oder genehmigt.»

Ein solcher Vorbehalt, wie er auch im FZA selber (in Art. 25 Abs. 1 Satz 1) verankert ist, wäre sinnlos, wenn es sich beim Kroatienprotokoll nicht um einen völkerrechtlichen Vertrag handeln würde.

Als *Zwischenergebnis* lässt sich also festhalten: Beim Kroatienprotokoll handelt es sich um einen (neuen) völkerrechtlichen Vertrag im Sinne von Art. 121a Abs. 4 BV.

2 Inhalt des Kroatienprotokolls und Verstoß gegen Artikel 121a BV

Das in Art. 121a Abs. 4 BV verankerte Abschlussverbot betrifft nur solche völkerrechtliche Verträge, die gegen die Verfassungsbestimmungen über die Steuerung der Zuwanderung (Art. 121a BV) *verstossen*.

Zwar verankert das Kroatienprotokoll die schrittweise Einführung der Personenfreizügigkeit und sieht zu diesem Zweck ein zehnjähriges Übergangsregime vor. Das ändert freilich nichts daran, dass sich die Schweiz im Zeitpunkt der Ratifikation des Kroatienprotokolls auf die *volle Freizügigkeit* verpflichten würde, wie sie zehn Jahre nach Inkrafttreten des Protokolls zum Tragen käme.

Demgegenüber verlangen Art. 121a Abs. 1 und 2 BV, dass die Schweiz die Zuwanderung *eigenständig steuert* und die Zahl der Bewilligungen für den Aufenthalt von Ausländerinnen und Ausländern durch jährliche Höchstzahlen und Kontingente *begrenzt*. Weitere Vorgaben an den Gesetzgeber enthält Art. 121a Abs. 3 BV: Ausrichtung auf gesamtwirtschaftliche Inte-

⁸ Das Stimmvolk hat die beiden Protokolle in den Abstimmungen vom 25. September 2005 und vom 8. Februar 2009 gutgeheissen.

⁹ Vgl. Botschaft zum Kroatienprotokoll (Fn. 1), S. 2234 ff.

¹⁰ Vgl. dazu die Hinweise in Fn. 2.

ressen, Berücksichtigung eines Vorranges für Schweizerinnen und Schweizer, Einbezug von Grenzgängerinnen und Grenzgängern.

Dieser Verfassungsauftrag zur Verwirklichung eines Steuerungs- und Begrenzungsmodells im Bereich der Zuwanderung widerspricht der Personenfreizügigkeit gemäss FZA und somit auch gemäss Kroatienprotokoll.¹¹

Trotz dieses Normkonflikts – Verfassungsrecht einerseits, FZA und Kroatienprotokoll andererseits – war die am 4. März 2016 erfolgte Unterzeichnung des Kroatienprotokolls verfassungskonform und wäre auch die Genehmigung durch die Bundesversammlung rechtlich nicht zu beanstanden (vgl. zur Begründung sogleich Ziff. 3).

3 Rechtliche Zulässigkeit der *Unterzeichnung* und der *Genehmigung* des Kroatienprotokolls

3.1 Der Grundsatz von Treu und Glauben

Unter einem völkerrechtlichen Vertrag ist eine dem Völkerrecht unterstehende ausdrückliche oder durch konkludente Handlung zustande gekommene Willenseinigung zwischen zwei oder mehreren Staaten oder anderen Völkerrechtssubjekten zu verstehen, in dem sich diese zu einem bestimmten Verhalten verpflichten.¹²

Der Wille ist an sich ein psychologisches Phänomen, das in erster Linie auf Individuen zugeschnitten ist. Vor diesem Hintergrund kann der Wille im eigentlichen Sinne bei demokratisch organisierten Staaten kaum als Ausgangspunkt vertraglicher Verpflichtung dienen, sondern kommt höchstens im Sinne einer Metapher zum Tragen.¹³

Vor diesem Hintergrund ist immer auch das gesamte Verhalten staatlicher Organe in seinem Kontext zu beachten, wie es nach Massgabe von Treu und Glauben zu verstehen ist. Art. 26 der Wiener Vertragsrechtskonvention (VRK)¹⁴ hebt den Grundsatz des Handelns nach Treu und Glauben als das fundamentale Prinzip des Vertragsrechts hervor und Art. 31 wiederholt ihn.¹⁵

Art. 26 Pacta sunt servanda

Ist ein Vertrag in Kraft, so bindet er die Vertragsparteien und ist von ihnen nach Treu und Glauben zu erfüllen.

Art. 31 Allgemeine Auslegungsregel

(1) Ein Vertrag ist nach Treu und Glauben in Übereinstimmung mit der gewöhnlichen, seinen Bestimmungen in ihrem Zusammenhang zukommenden Bedeutung und im Lichte seines Zieles und Zweckes auszulegen.
(2)–(4) [...]

Verpflichtend ist somit das typische, objektive Verhalten in seiner sozialen Bedeutung, der Eindruck, der bei den Rechtsgenossen entsteht.¹⁶ Es geht dabei im Wesentlichen auch um

¹¹ Vgl. so bereits die Botschaft des Bundesrats vom 7. Dezember 2012 zur Volksinitiative «Gegen Masseneinwanderung», BBl 2013 291 ff., 316 f.; vgl. ferner auch die Botschaft zum Kroatienprotokoll (Fn. 1), passim, sowie die Antwort des Bundesrats vom 11. Mai 2016 auf die Interpellation Vogt 16.3043.

¹² Walter Kälin/Astrid Epiney/Martina Caroni/Jörg Künzli, Völkerrecht, 3. Aufl., Bern 2010, S. 16.

¹³ Jörg Paul Müller, Vertrauensschutz im Völkerrecht, Köln 1971, S. 105.

¹⁴ Wiener Übereinkommen vom 23. Mai 1969 über das Recht der Verträge (SR 0.111); in Kraft getreten für die Schweiz am 6. Juni 1990.

¹⁵ Jörg Paul Müller, Vertrauensschutz im Völkerrecht, Köln 1971, S. 127.

¹⁶ Jörg Paul Müller (Fn. 15), S. 107.

Vertrauensschutz. Erklärungen sind somit im Lichte des Vertrauensprinzips zu verstehen, «wie sie nach ihrem Wortlaut und Zusammenhang sowie den gesamten Umständen verstanden werden durften und mussten.»¹⁷

3.2 Zuständigkeit zur Unterzeichnung und rechtliche Wirkungen

Die sogenannte *einfache Unterzeichnung* (unter Vorbehalt der Ratifikation) wird im Auftrag des Bundesrats durch ermächtigte Vertreter vorgenommen (vgl. Art. 184 Abs. 2 BV). Sie ist ein Zwischenschritt im Hinblick auf den Vertragsabschluss und bescheinigt die Echtheit und Unveränderlichkeit des ausgehandelten Vertragstextes. Mit der einfachen Unterzeichnung wird indessen der unterzeichnende Staat noch nicht zur Vertragspartei, ist noch nicht an den Inhalt des Vertrags gebunden, sondern gibt lediglich zu erkennen, dass er innerstaatlich prüfen wird, ob er zum Vertragsschluss bereit ist.¹⁸

Allerdings ist der unterzeichnende Staat auf Grund von Art. 18 VRK «verpflichtet, sich aller Handlungen zu enthalten, die Ziel und Zweck eines Vertrags vereiteln würden.» Der Unterzeichnerstaat ist mit anderen Worten an eine vorvertragliche Unterlassungspflicht gebunden; sie verlangt *gutgläubiges Verhalten* gegenüber den anderen Vertragsparteien.

3.3 Ursprüngliche Ausgangslage: Gründe für den vorläufigen Verzicht auf die Unterzeichnung

Mit Blick auf die soeben beschriebenen Rechtswirkungen der Unterzeichnung und angesichts des Normkonflikts zwischen Art. 121a BV und dem FZA konnte der Bundesrat unmittelbar nach der Volksabstimmung vom 9. Februar 2014 das Kroatienprotokoll nicht unterzeichnen. Es gab im damaligen Zeitpunkt seitens der EU keine Signale, die auf eine Lösung des Konflikts hindeuteten. Im Gegenteil: Alle Signale waren negativ; im ganzen Jahr 2014 war es nicht möglich, mit der EU Gespräche aufzunehmen.¹⁹

Es war in dieser Ausgangslage nur schwer vorstellbar, mit der EU eine Einigung erzielen zu können – der Normkonflikt zwischen dem Verfassungsrecht (Art. 121a BV) und dem FZA erschien *unüberbrückbar*. Weil das Kroatienprotokoll in seinem Bestand vom FZA abhängt und inhaltlich auf die im FZA verankerten Freizügigkeitsrechte abstellt, erstreckte sich der Normkonflikt auch auf das Kroatienprotokoll.

Hätte der Bundesrat trotzdem im Frühling 2014 das Kroatienprotokoll unterzeichnet, so hätte die Schweiz ihre damit verbundenen Pflichten zu gutgläubigem Verhalten gegenüber den Vertragsparteien kaum einhalten können. Denn damals musste eine FZA-widrige Umsetzung von Art. 121a BV als realistische und wohl sogar wahrscheinlichste Option gelten. Die Vertragsgegenseite hätte dem Bundesrat wohl zu Recht Treuwidrigkeit vorgeworfen, wenn er nach aussen (durch Unterzeichnung des Kroatienprotokolls) ein Bekenntnis zur Personenfreizügigkeit abgegeben hätte, obwohl aus landesrechtlicher Sicht nur eine FZA-widrige Umsetzung von Art. 121a BV möglich war.

¹⁷ BGE 131 III 467 E. 1.1.

¹⁸ Walter Kälin/Astrid Epiney/Martina Caroni/Jörg Künzli (Fn. 12), S. 23.

¹⁹ AB 2016 N 643 (Votum Bundesrätin Sommaruga).

3.4 Veränderte Ausgangslage: Gerechtfertigte Unterzeichnung aus völkerrechtlichem Blickwinkel

Die rechtliche Beurteilung, ob sich ein Unterzeichnerstaat gegenüber den anderen Vertragsparteien gutgläubig verhält, ist immer vom konkreten (politischen) Umfeld abhängig. Diesbezüglich haben sich in den vergangenen rund anderthalb Jahren wesentliche Änderungen ergeben:²⁰

Der Bundesrat hat am 11. Februar 2015 das Verhandlungsmandat zur Anpassung des FZA verabschiedet. Anfang Februar 2015 verständigte sich die Schweiz mit der EU auf Konsultationen, in denen ausgelotet werden sollte, ob es einen für beide Seiten gangbaren Weg gibt, den Verfassungsauftrag von Art. 121a BV bei gleichzeitiger Wahrung des bilateralen Wegs umzusetzen. Ende Dezember 2015 kam die Bundespräsidentin mit dem EU-Kommissionspräsidenten sowie mit dem EU-Ratspräsidenten überein, die Konsultationen fortzusetzen und zu intensivieren. Heute besteht zwischen der Schweiz und der EU Einigkeit, dass eine einvernehmliche Lösung über eine *gemeinsame Auslegung der bestehenden Schutzklausel* (Art. 14 Abs. 2 FZA) angestrebt werden soll.

Diese Lösung soll die Anforderungen des FZA und der Bundesverfassung in Einklang bringen, d.h. das FZA soll im Sinne von Art. 197 Ziff. 11 Abs. 1 BV angepasst werden. Wegen der Abhängigkeit des Kroatienprotokolls vom FZA würde eine solche einvernehmliche Lösung unmittelbar auch auf das Kroatienprotokoll durchschlagen.

Der Normkonflikt zwischen dem Verfassungsrecht und dem Kroatienprotokoll besteht nach wie vor – auch nach den in den letzten Monaten erfolgten Annäherungen zwischen der EU und der Schweiz. In der heutigen Perspektive scheint es sich jedoch um einen *überbrückbaren* Normkonflikt zu handeln. Dieser veränderte Kontext hat es dem Bundesrat (aus völkerrechtlicher Optik) ermöglicht, am 4. März 2016 das Kroatienprotokoll zu unterzeichnen.

Zwar steht die Unterzeichnung nach wie vor für das Bekenntnis der Schweiz, Handlungen zu unterlassen, die den Vertragszweck vereiteln könnten (vgl. Art. 18 VRK). Doch ist auch die EU an den Grundsatz von Treu und Glauben gebunden (siehe oben Ziff. 3.1). Konkret kennt die EU selbstverständlich den Verlauf und den Stand der Konsultationen. Insbesondere wissen unsere Vertragspartner, dass die Schweiz vor der Ratifikation des Kroatienprotokolls (vgl. unten Ziff. 4) eine einvernehmliche Lösung erzielen will. Die EU *kann und muss* also vor diesem Hintergrund nach Treu und Glauben die Tragweite der am 4. März 2016 erfolgten Vertragsunterzeichnung einordnen (relativieren). Auch muss die EU ihre berechtigten Erwartungen in Bezug auf die weiteren Handlungen der Schweiz den aktuellen Gegebenheiten anpassen. Vor diesem Hintergrund war die Unterzeichnung des Kroatienprotokolls mit dem Völkerrecht vereinbar.

3.5 Landesrechtliche Zulässigkeit der Unterzeichnung

Die völkerrechtliche Zulässigkeit der Vertragsunterzeichnung führt unmittelbar zur Frage, ob die Vertragsunterzeichnung auch landesrechtlich zulässig war. In diesem Zusammenhang ist vor allem zu klären, was unter dem Begriff des *Vertragsabschlusses* gemäss Art. 121a Abs. 4 BV zu verstehen ist: Gilt der völkerrechtliche Vertrag bereits mit der Unterzeichnung oder erst mit der Ratifikation als abgeschlossen?

Der *Wortlaut* von Artikel 121a Absatz 4 BV ist hier nicht hinreichend klar. Wenn man aber die weiteren Auslegungselemente heranzieht und insbesondere auf den *Zweck* des Abschluss-

²⁰ Vgl. Botschaft des Bundesrats vom 4. März 2016 zur Änderung des Ausländergesetzes (Steuerung der Zuwanderung und Vollzugsverbesserungen bei den Freizügigkeitsabkommen), BBl 2016 3007 ff., 3018 f.; Botschaft zum Kroatienprotokoll (Fn. 1), S. 2232 f.

verbots abstellt, so ist es rechtlich vertretbar, den Begriff des Vertragsabschlusses *eng auszulegen*. Denn die Unterzeichnung gilt lediglich als Zwischenschritt im Hinblick auf den Vertragsabschluss (vgl. oben Ziff. 3.2). Erst mit der Ratifikation und damit mit dem Inkrafttreten ist die Schweiz definitiv an das Kroatienprotokoll gebunden (und wäre die Befreiung von diesen Vertragspflichten nur noch durch Kündigung möglich). Auch ist es nicht die Unterzeichnung, sondern erst das an die Ratifikation geknüpfte Inkrafttreten, das den Spielraum des nationalen Gesetzgebers (durch entsprechende völkervertragsrechtliche Vorgaben) einschränkt.²¹ Es lässt sich also vertreten, den Begriff des Abschlusses in Art. 121a Abs. 4 BV mit der Ratifikation des Vertrags gleichzusetzen.

Eine Unterzeichnung wäre – auch aus landesrechtlicher Optik – allenfalls dann problematisch gewesen, wenn damit seitens der Vertragsparteien berechnete, aber mit Art. 121a BV unvereinbare Erwartungen geweckt worden wären. Dies ist jedoch in der heutigen Perspektive nicht (mehr) der Fall (vgl. Ziff. 3.4 oben).

3.6 Zulässigkeit der parlamentarischen Genehmigung

Ist wie vorliegend die Unterzeichnung des Kroatienprotokolls aus völkerrechtlichem (Art. 18 VRK) und aus landesrechtlichem Blickwinkel (Art. 121a Abs. 4 BV) zulässig, so muss das Gleiche auch in Bezug auf die anstehende, vom Bundesrat beantragte Genehmigung gelten. Denn die parlamentarische Genehmigung führt ebenso wenig wie die Unterzeichnung zu einer definitiven Bindung an das Kroatienprotokoll.

Die Genehmigung eines völkerrechtlichen Vertrags ist ein landesrechtlicher Akt. Rechtlich gesehen ist die Genehmigung nicht Auftrag, sondern *Ermächtigung* zur Ratifikation; der Ermächtigungscharakter der parlamentarischen Genehmigung geht nach ständiger Praxis ausdrücklich aus dem betreffenden Genehmigungsbeschluss (Bundesbeschluss) hervor.²²

Nach erfolgter Genehmigung kann der Bundesrat den Zeitpunkt der Ratifikation nach politischer Opportunität und unter Berücksichtigung der rechtlichen Gegebenheiten festlegen, d.h. er kann sie unter Umständen hinauszögern oder sogar darauf verzichten. Dazu kann es etwa kommen, wenn Ereignisse eingetreten sind, welche die (sofortige) Ratifikation als widerrechtlich oder zumindest unzweckmässig erscheinen lassen. Es wäre also keine neue Situation, dass der Bundesrat nicht sofort nach der parlamentarischen Genehmigung den völkerrechtlichen Vertrag ratifiziert.²³ In jedem Falle ist der Bundesrat aber als Staatsorgan an das Recht, insbesondere die Verfassung, gebunden (Art. 5 BV).

Ergänzend ist anzumerken, dass es der Bundesversammlung offen steht, die Ermächtigung zur Ratifikation an Bedingungen zu knüpfen oder mit Auflagen zu versehen. Ferner kann die

²¹ Vgl. dazu anschaulich Art. 2 Abs. 1 des Bundesgesetzes über die Ausländerinnen und Ausländer (Ausländergesetz, AuG; SR 142.20): «Dieses Gesetz gilt für Ausländerinnen und Ausländer, soweit keine anderen Bestimmungen des Bundesrechts oder von der Schweiz abgeschlossene völkerrechtliche Verträge [insb. FZA] zur Anwendung kommen.»

²² Vgl. so auch Art. 1 Abs. 2 des Entwurfs eines Bundesbeschlusses über die Genehmigung und die Umsetzung des Kroatienprotokolls (BBI 2016 2257): «Der Bundesrat wird *ermächtigt*, das Protokoll zu ratifizieren.»

²³ Beispielhaft kann auf den Vertrag zwischen der Schweiz und Deutschland über die Auswirkungen des Betriebs des Flughafens Zürich auf das Hoheitsgebiet von Deutschland hingewiesen werden. Die Bundesversammlung hat den Vertrag am 21. Juni 2013 genehmigt, doch hat ihn der Bundesrat infolge der politischen Ausgangslage in Deutschland nicht ratifiziert (vgl. BBI 2013 533 ff. [Botschaft des Bundesrats vom 19. Dezember 2012] und 2013 4829 [Genehmigungsbeschluss der Bundesversammlung]).

Bundesversammlung nach der Vertragsgenehmigung (Ermächtigung zur Ratifikation) den Bundesrat mit einer Motion zur Ratifikation auffordern.²⁴

4 Ratifikation

Mit dem völkerrechtlichen Akt der Ratifikation erklärt die Schweiz mittels Unterschrift und Urkunde ihre Zustimmung, an das Kroatienprotokoll gebunden zu sein; sie wird in diesem Moment zur Vertragspartei. Das Inkrafttreten ist im Kroatienprotokoll geregelt; es tritt gemäss Art. 7 «am ersten Tag des Monats in Kraft, der auf den Tag folgt, an dem der Abschluss des letzten Ratifizierungs- oder Genehmigungsverfahrens notifiziert wurde.» Zuständig zur Ratifikation ist nach Art. 184 Abs. 2 BV der Bundesrat.

Mit der Ratifikation gilt das Kroatienprotokoll auch als «abgeschlossen». Folglich muss – um nicht gegen das Abschlussverbot gemäss Art. 121a Abs. 4 BV zu verstossen – im Zeitpunkt der Ratifikation des Protokolls der Normkonflikt zwischen der Verfassung und dem FZA gelöst sein.²⁵ In den folgenden Konstellationen wäre vor diesem Hintergrund eine Ratifikation unproblematisch:

- Mit der EU wird eine einvernehmliche Lösung zum FZA gefunden, die mit Artikel 121a BV vereinbar ist. Das FZA wäre damit im Sinne von Art. 197 Ziff. 11 Abs. 1 BV angepasst. Eine solche Lösung würde dazu führen, dass auch das Kroatienprotokoll nicht mehr gegen Art. 121a BV verstossen würde. – Der Normkonflikt würde vom FZA her aufgelöst.
- Gibt es mit der EU keine einvernehmliche Lösung oder ist die Lösung mit dem Zuwanderungsartikel nicht vereinbar, so würde das Abschlussverbot gemäss Art. 121a Abs. 4 BV weiter gelten. Ein Ausweg bestünde in einer Anpassung der Verfassung. Danach wäre auch in dieser Konstellation der Weg frei für eine Ratifikation. – Der Normkonflikt würde von der Verfassung her aufgelöst.

Ich hoffe, Ihnen mit diesen Ausführungen zu dienen; für weitere Auskünfte stehe ich gerne zur Verfügung.

Mit freundlichen Grüssen

Bundesamt für Justiz BJ



Martin Dumermuth
Direktor

²⁴ Allerdings wird in BGE 139 V 263 E. 7.2 die Kompetenz des Bundesrats in aussenpolitischen Belangen betont: « Die Bundesversammlung kann zwar mit Motionen [...], Postulaten und Initiativen den Bundesrat anhalten und auffordern, den Abschluss bestimmter Verträge an die Hand zu nehmen, doch kann sie ihn nicht verpflichten, bestimmte aussenpolitische Handlungen vorzunehmen, da diese in den dem Bundesrat vorbehaltenen Bereich der Führung der Aussenpolitik fallen.»; siehe auch *Felix Schwendimann/Binh Tschan-Truong/Daniel Thürer*, St. Galler Kommentar zu Art. 184 BV, 3. Aufl., Zürich 2014, Rz. 15.

²⁵ Vgl. so auch die Botschaft des Bundesrats zur Änderung des Ausländergesetzes (Steuerung der Zuwanderung und Vollzugsverbesserungen bei den Freizügigkeitsabkommen; Fn. 20), S. 3070.