



Schweizerische Eidgenossenschaft
Confédération suisse
Confederazione Svizzera
Confederaziun svizra

Eidgenössisches Justiz- und Polizeidepartement EJPD
Bundesamt für Justiz BJ

Paket Schweiz–EU: Verhältnis von Völker- und Landesrecht

Bundesgericht, 29. August 2025
Dr. iur. Michael Schöll, Direktor

Für das Bundesgericht hat die Freizügigkeit mit der EU Vorrang vor der Verfassung

Die Politik redet über einseitige Schutzklauseln bei der Zuwanderung, doch dürften diese in Lausanne scheitern

KATHARINA FONTANA

Als Justizminister Beat Jans Ende März vor den Medien die Haltung des Bundesrates zur SVP-Volksinitiative «Keine 10-Millionen-Schweiz» darlegte, kam er etwas ins Schleudern. Jans führte aus, dass die Initiative höchst gefährlich sei und die Landesregierung sie ohne Gegenentwurf zur Ablehnung empfehle. Gleichzeitig lobte er die Schutzklausel, die der Bundesrat mit der EU ausgehandelt hat: Man könne sie als eine Art Gegenentwurf zur SVP-Initiative verstehen. Sie ermögliche es der Schweiz, den Zustrom von EU-Bürgern in wirtschaftlich schwierigen Zeiten über Kontingente eigenständig zu steuern. Den Einwurf eines Journalisten, dass die EU die Sachlage anders darstelle und die Schweiz gerade nicht eigenständig Schutzmassnahmen ergreifen und von der Personenfreizügigkeit abweichen könne, versuchte Jans zu entkräften. Die Politik redet über einseitige Schutzklauseln bei der Zuwanderung, doch dürften diese in Lausanne scheitern ...



sche Menschenrechtskonvention) handelt. Das Freizügigkeitsabkommen ist keine internationale Menschenrechtsgarantie, und trotzdem hat das Bundesgericht die Schubert-Praxis bei der Personenfreizügigkeit gestrichen und den Spielraum des Parlaments damit empfindlich beschnitten.

Gefällt wurde das umstrittene Urteil von der II. öffentlichrechtlichen Abteilung. Präsident der fünfköpfigen Abteilung war damals Andreas Zünd, der heute Schweizer Richter am Strassburger Menschenrechtsgerichtshof ist. Drei der Richter sind noch im Amt. Der fünfte, Hansjörg Seiler, ist pensioniert. Er hatte sich 2015 gegen seine Kollegen gestellt und dazu aufgerufen, angesichts des Volksentscheids zur Zuwanderung bei der Auslegung des Freizügigkeitsabkommens und der Übernahme von neuem EuGH-Recht Zurückhaltung zu üben – ohne Erfolg. Laut Seiler gilt die Rechtsprechung von 2015 noch heute.

NZZ vom 28. April 2025

«Die Politik redet über einseitige Schutzklauseln bei der Zuwanderung, doch dürften diese in Lausanne scheitern ...

Das Freizügigkeitsabkommen ist keine internationale Menschenrechtsgarantie, und trotzdem hat das Bundesgericht die Schubert-Praxis bei der Personenfreizügigkeit gestrichen.

Es ist davon auszugehen, dass das Bundesgericht ... in einem konkreten Streitfall der Personenfreizügigkeit den Vorrang geben würde.»

«Der EuGH wird Sorgfalt walten lassen»

Der Rechtsprofessor Matthias Oesch ist hierzulande einer der besten Kenner des Europäischen Gerichtshofs. Im Gespräch mit Fabian Schäfer erklärt er, weshalb er die Rolle des EuGH bei der geplanten Streitbeilegung Schweiz - EU für unbedenklich hält

Herr Oesch, was hat Sie bei der Lektüre der neuen Abkommen mit der EU am meisten überrascht?

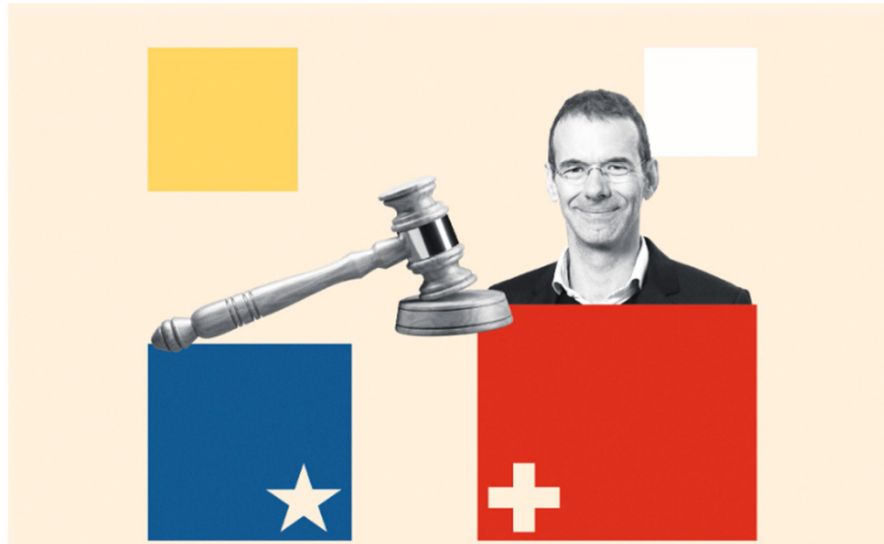
Die schiere Menge an Vertragstexten. Dass vier Jahre nach dem Scheitern des Rahmenabkommens ein derart umfassendes Werk auf dem Tisch liegt, ist eindrücklich. Rechte und Pflichten sind nun viel detaillierter geregelt als damals.

Hat Sie etwas negativ überrascht?

Inhaltlich nicht, aber ich bedaure, dass das Paket keinen richtigen Namen hat. Mir scheint «Bilaterale III» passend: Die Verträge stehen in der Tradition der Bilateralen I und II von 1999 und 2004. Sie ermöglichen die Weiterführung des bilateralen Wegs. Dies darf jedoch nicht darüber hinwegtäuschen, dass mit der dynamischen Rechtsübernahme und der Streitbeilegung institutionell und rechtskulturell ein erheblicher Integrationsschritt einhergeht.

Ein Streitthema sind die «fremden Richter»: Der Europäische Gerichtshof EuGH, das höchste Gericht der EU, würde bei Streitigkeiten mitreden. Wie funktioniert dieses Gericht?

Jeder EU-Staat entsendet eine Richterin



Rechtsverletzung beseitigt wird. Die EU könnte etwa die Zulassung von Produkten behindern oder Rechte von Schweizern in EU-Ländern einschränken, etwa bei der Stellensuche. Sie darf aber keine bereits erworbenen Rechte von Personen entziehen. Wenn umgekehrt die EU einen Vertrag verletzt, könnte die Schweiz die leistungsabhängige Schwerverkehrsabgabe erhöhen. Ein Schiedsgericht kann prüfen, ob die Massnahmen verhältnismässig sind. Zulässig sind sie nur bei den Binnenmarkt-Abkommen. Das ist ein Vorteil gegenüber heute, wo die EU auch vor sachfremden Massnahmen nicht zurückschreckt. Unangenehm ist jedoch, dass die Ausgleichsmassnahmen zum Voraus kaum bekannt sein werden.

Genau deshalb drohen schwierige Abstimmungen. Können die Bürger noch frei entscheiden, wenn sie befürchten müssen, dass die EU bei einem Nein irgendwelche Massnahmen ergreift?

Die dynamische Rechtsübernahme schränkt die Volksrechte formell nicht ein. Ohnehin werden die meisten Abstimmungen stattfinden wie bisher, ohne dass aussergewöhnliche Sachverhalte

Interview mit Prof. Oesch, NZZ vom 30. Juli 2025

«Das Bundesgericht geht heute von einem strikten Vorrang des [FZA] gegenüber Bundesgesetzen aus. Es gibt gute Gründe, davon abzurücken. Zum Beispiel bei der Spesenregelung ... Auch sonst wird das Bundesgericht Abweichungen von den Abkommen zulassen müssen. Dies wird der Fall sein, wenn die Schweiz ein Schiedsgerichtsurteil bewusst nicht umsetzt. Sonst ergeben die neuen institutionellen Regeln keinen Sinn.»



Übersicht

1. Ausgangslage
2. Institutionelle Protokolle: neuer Spielraum für Schubert-Praxis
3. Beispiele
 1. Schutzklausel
 2. Spesenregelung
 3. Strafrechtliche Landesverweisung



Bundesgerichtliche Rechtsprechung

- Völkerrechtskonforme Auslegung und allgemeine Vorrangregeln (insb. grundsätzlicher Vorrang des Völkerrechts)
- Unbedingter Vorrang des FZA (BGE 142 II 35; 148 II 169)
- Daraus würde folgen:
 - PKK-Rechtsprechung gilt für FZA
 - keine Anwendung der Schubert-Praxis
- Unsicherheiten:
 - Beide Urteile sind *obiter dicta*: Spielraum für Schubert-Praxis?
 - Begründung stützt sich u.a. auf Teilnahme am Binnenmarkt: unbedingter Vorrang anderer Binnenmarktabkommen?



Übersicht

1. Ausgangslage
- 2. Institutionelle Protokolle: neuer Spielraum für Schubert-Praxis**
3. Beispiele
 1. Schutzklausel
 2. Spesenregelung
 3. Strafrechtliche Landesverweisung



Institutionelle Protokolle: Streitbeilegung und Ausgleichsmassnahmen

- Streitbeilegungsverfahren (z.B. Art. 10 IP-FZA)
 - Bei Streitigkeit: Suche nach Einigung im Gemischten Ausschuss
 - Wenn keine Einigung: Paritätisches Schiedsgericht entscheidet, allenfalls mit Anrufung EuGH für Auslegung EU-Recht
- Annahme: Entscheid des Schiedsgerichts gegen die Schweiz
 - Entscheid stellt verbindlich eine Völkerrechtsverletzung fest
 - Schweiz verpflichtet, den Entscheid zu befolgen
 - Andernfalls Recht der EU, verhältnismässige Ausgleichsmassnahmen zu ergreifen
 - Schweiz kann Verhältnismässigkeit von Schiedsgericht prüfen lassen



Institutionelle Protokolle: Neuer Spielraum für Schubert-Praxis

- Völkerrechtswidrigkeit einer Massnahme wird neu in vertraglich
geregeltem Verfahren durch Schiedsspruch verbindlich festgestellt:
 - Feststellungscharakter: bestätigt die primäre völkerrechtliche Pflicht
 - Beinhaltet keine zusätzliche völkerrechtliche Verpflichtung
- Institutionelle Protokolle setzen voraus, dass die unterlegene Partei
darauf verzichten kann, den Schiedsspruch umzusetzen:
 - Dadurch entsteht erst Gegenrecht auf Ausgleichsmassnahmen
 - Ausgleichsmassnahmen beheben die Rechtswidrigkeit nicht,
sondern stellen ein Gleichgewicht an Rechten & Pflichten her
 - Neue völkerrechtliche Ausgangslage: Abkommen beinhalten
Spielraum, einseitig (zumindest vorläufig) darauf zu verzichten, den
Schiedsspruch umzusetzen



Institutionelle Protokolle: Neuer Spielraum für Schubert-Praxis (2)

Unbedingter Vorrang des FZA (und der weiteren Binnenmarktabkommen) vor Landesrecht hätte zur Folge:

- Verfahren der Institutionellen Protokolle (Streitbeilegung, Ausgleichsmassnahmen) würde ins Leere laufen
- Voraussetzungen für Ausgleichsmassnahmen wären gar nie erfüllt
- Vertragsparteien könnten den vertraglich vorgesehenen Handlungsspielraum (Nichtbefolgung des Schiedsspruchs unter Inkaufnahme der Konsequenzen) nicht nutzen
- Diplomatische Lösung der Streitigkeit (auch während oder nach einer Streitbeilegung möglich) würde verhindert

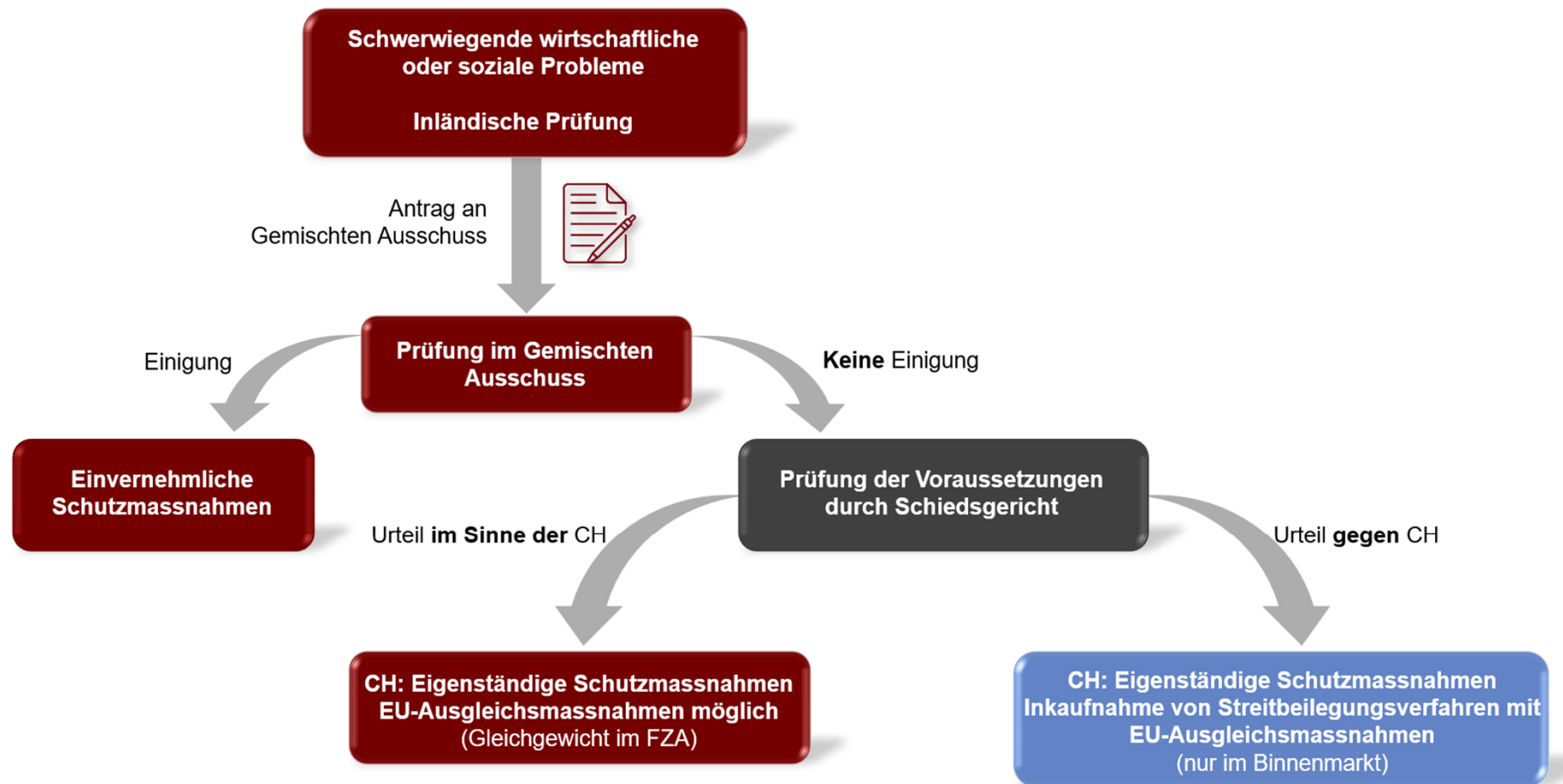


Übersicht

1. Ausgangslage
2. Institutionelle Protokolle: neuer Spielraum für Schubert-Praxis
- 3. Beispiele**
 1. Schutzklausel
 2. Spesenregelung
 3. Strafrechtliche Landesverweisung



Schutzklausel: Verfahren





Schutzklausel: Zwei Szenarien

- GA/Schiedsgericht bejaht Voraussetzungen:
 - Schutzmassnahmen sind völkerrechtskonform
 - Gegenpartei kann Ausgleichsmassnahmen im FZA ergreifen
- GA und Schiedsgericht verneinen Voraussetzungen:
 - Schutzmassnahmen sind völkerrechtswidrig
 - Gegenpartei kann nach Streitbeilegung Ausgleichsmassnahmen in allen Binnenmarktabkommen (ausser Landwirtschaft) ergreifen



Schutzklausel: Verhältnis von Völkerrecht und Landesrecht

- FZA und institutionelle Protokolle setzen voraus, dass die anrufende Partei Schutzmassnahmen auch dann ergreifen kann, wenn das Schiedsgericht die Voraussetzungen der Schutzklausel verneint
 - Dadurch entsteht erst Gegenrecht auf Ausgleichsmassnahmen
 - Neue völkerrechtliche Ausgangslage: Abkommen beinhalten Spielraum, einseitig an Schutzmassnahmen festzuhalten
 - Innerstaatliche Rechtsgrundlage solcher Massnahmen:
 - Verordnung gestützt auf Art. 21b Abs. 3 i.V.m. Abs. 6 VE-AIG
 - Schaffung einer formell-gesetzlichen Grundlage
- ➡ Vertraglich vorgesehene Ausgleichsmassnahmen würden ins Leere laufen, wenn die FZA-Verpflichtung ausnahmslos Vorrang hätte



Spesenregelung

- Vertragspaket enthält keine Ausnahme: EU-Entsenderecht sieht vor, dass Spesen gemäss Ansätzen des Entsendestaats gelten
- Art. 2a Abs. 2 VE-EntsG:
 - Sind in der Schweiz entstehende Auslagen nicht gedeckt, muss Arbeitgeber zusätzlich die Differenz bezahlen
 - Prinzip «gleicher Lohn für gleiche Arbeit am gleichen Ort»
- Erl. Bericht, S. 268: «maximale Nutzung des innenpolitischen Spielraums bei der Umsetzung der EU-Spesenregelung»
- Spannungsverhältnis zum FZA, aber keine Hinweise auf bewusste Abweichung des Gesetzgebers vom Völkerrecht i.S.v. Schubert (Parallele zu BGE 148 II 169 betreffend Dublin-Renitenzhaf)



Strafrechtliche Landesverweisung: Jüngeres oder älteres Bundesgesetz?

- Bei älterem Bundesgesetz: kein Raum für Schubert-Praxis, weil der Gesetzgeber nicht *bewusst* vom Völkerrecht abweichen konnte
- Landesverweisung aber speziell gelagert:
 - Art. 121 Abs. 3-6 BV nicht direkt anwendbar (BGE 139 I 16)
 - Konfliktlage StGB versus FZA: welche Norm ist älter?
 - Art. 7h Änderungsprotokoll FZA enthält Ausnahme bzgl. Landesverweisung: Schweiz behält nach Auffassung Bundesrat die Verpflichtungen gemäss FZA bei (Erl. Bericht, S. 384 ff.)
 - Das Bundesgesetz bleibt wohl die jüngere Norm => es besteht an sich Raum für Schubert-Praxis



Strafrechtliche Landesverweisung: Gesuch auf Überprüfung des Einreiseverbots

- Art. 32 Abs. 1 der sog. «Unionsbürgerrichtlinie»: Gesuch auf Aufhebung des Einreiseverbots drei Jahre nach Vollzug der Landesverweisung
- Aufgrund der EuGH-Rechtsprechung (Art. 16 FZA) seit Inkrafttreten des FZA für Schweiz verbindlich verpflichtet
- Spannungsverhältnis zu Art. 121 Abs. 5 BV (mind. fünf Jahre Einreiseverbot); Aufhebungsgesuch gesetzlich nicht vorgesehen
- Bundesrat hat darauf verzichtet, Gesetzesanpassungen zur Umsetzung von Art. 32 Abs. 1 UBRL vorzuschlagen
- Erl. Bericht, S. 386: «Diese Bestimmungen der Richtlinie 2004/38/EG sind direkt anwendbar und es obliegt wie bis anhin den Gerichten, die Einhaltung der internationalen Verpflichtungen zu prüfen.»



Fazit

1. Neue Ausgangslage: institutionelle Protokollen regeln selber die Konsequenzen einer Vertragsverletzung
2. Das eröffnet Spielraum, eine Verpflichtung (zumindest vorübergehend) einseitig nicht zu erfüllen, unter Hinnahme von Ausgleichsmassnahmen
3. Dieser völkerrechtlich vereinbarte Spielraum würde durch unbedingten Vorrang des Völkerrechts unterlaufen
4. Der Spielraum kann durch die Schubert-Praxis gewahrt werden (mit ihren etablierten, restriktiven Voraussetzungen)
5. Es wird auch Aufgabe des Bundesgerichts sein, diesem Spielraum eine Bedeutung zuzumessen



Danke für Ihre Aufmerksamkeit.

Hinweise bitte an:

michael.schoell@bj.admin.ch