



P.P. CH-3003 Bern, BJ

An die Mitglieder der Arbeitsgruppe
«Auswirkungen der Masseneinwanderungs-
initiative auf die völkerrechtlichen Verträge
der Schweiz»

Referenz/Aktenzeichen: COO.2180.109.7.120199 / 612/2014/00524; 612-056 (01)

Ihr Zeichen:

Unser Zeichen: bj-drk; bj-fer; bj-krc

Bern, 8. April 2014

Angenommene Volksinitiative «Gegen Masseneinwanderung»: Auslegung der Artikel 121a und 197 Ziffer 9 der Bundesverfassung

Sehr geehrte Damen und Herren

Die Arbeitsgruppe «Auswirkungen der Masseneinwanderungsinitiative auf die völkerrechtlichen Verträge der Schweiz» hat am 3. März 2014 das Bundesamt für Justiz (BJ) gebeten, innert Wochenfrist eine Analyse zur Auslegung von Art. 121a BV zu entwerfen. Seither eingegangene Stellungnahmen der beteiligten Ämter zum Analyseentwurf vom 7. März 2014 sind in der vorliegenden Fassung weitgehend berücksichtigt.

Der Bundesrat hat in der Botschaft vom 7. Dezember 2012 zur Volksinitiative «Gegen Masseneinwanderung» zu ersten Auslegungsfragen Stellung genommen.¹ Daran anknüpfend vertieft diese Notiz die wichtigsten Auslegungsfragen, allerdings ohne den Anspruch einer umfassenden oder sogar abschliessenden Analyse erheben zu wollen. Vielmehr ist zu erwarten, dass im Rahmen der Arbeiten zum Umsetzungskonzept und zur Vernehmlassungsvorlage weitere verfassungsrechtliche Abklärungen nötig sein werden.

Die vorliegende Notiz zeigt durch Leitlinien den Spielraum auf für das bis Ende Juni 2014 zu erarbeitende Umsetzungskonzept. Nach einleitenden Bemerkungen zur Ausgangslage (Ziffer 1) und zur Methodik der Verfassungsauslegung (Ziffer 2) enthält Ziffer 3 eine Übersicht über die neuen Verfassungsbestimmungen. Im Einzelnen werden die Auslegungsfragen in den Ziffern 4–10 abgehandelt.

¹ BBI 2013 291 (insb. Ziff. 3.1 und 3.2).

1. Ausgangslage

1.1 Verfassungstext

Die Volksinitiative «Gegen Masseneinwanderung» wurde von Volk und Ständen am 9. Februar 2014 angenommen. Die neuen Verfassungsbestimmungen haben den folgenden Wortlaut:²

Art. 121 Sachüberschrift (neu)

Gesetzgebung im Ausländer- und Asylbereich

Art. 121a (neu) Steuerung der Zuwanderung

¹ Die Schweiz steuert die Zuwanderung von Ausländerinnen und Ausländern eigenständig.

² Die Zahl der Bewilligungen für den Aufenthalt von Ausländerinnen und Ausländern in der Schweiz wird durch jährliche Höchstzahlen und Kontingente begrenzt. Die Höchstzahlen gelten für sämtliche Bewilligungen des Ausländerrechts unter Einbezug des Asylwesens. Der Anspruch auf dauerhaften Aufenthalt, auf Familiennachzug und auf Sozialleistungen kann beschränkt werden.

³ Die jährlichen Höchstzahlen und Kontingente für erwerbstätige Ausländerinnen und Ausländer sind auf die gesamtwirtschaftlichen Interessen der Schweiz unter Berücksichtigung eines Vorranges für Schweizerinnen und Schweizer auszurichten; die Grenzgängerinnen und Grenzgänger sind einzubeziehen. Massgebende Kriterien für die Erteilung von Aufenthaltsbewilligungen sind insbesondere das Gesuch eines Arbeitgebers, die Integrationsfähigkeit und eine ausreichende, eigenständige Existenzgrundlage.

⁴ Es dürfen keine völkerrechtlichen Verträge abgeschlossen werden, die gegen diesen Artikel verstossen.

⁵ Das Gesetz regelt die Einzelheiten.

Art. 197 Ziff. 9³ (neu)

9. Übergangsbestimmung zu Art. 121a (Steuerung der Zuwanderung)

¹ Völkerrechtliche Verträge, die Artikel 121a widersprechen, sind innerhalb von drei Jahren nach dessen Annahme durch Volk und Stände neu zu verhandeln und anzupassen.

² Ist die Ausführungsgesetzgebung zu Artikel 121a drei Jahre nach dessen Annahme durch Volk und Stände noch nicht in Kraft getreten, so erlässt der Bundesrat auf diesen Zeitpunkt hin die Ausführungsbestimmungen vorübergehend auf dem Verordnungsweg.

² BBI 2011 6269.

³ Da die Volksinitiative keine Übergangsbestimmung der Bundesverfassung ersetzen will, erhält die Übergangsbestimmung zum vorliegenden Artikel erst nach der Volksabstimmung die endgültige Ziffer, und zwar aufgrund der Chronologie der in der Volksabstimmung angenommenen Verfassungsänderungen. Die Bundeskanzlei wird die nötigen Anpassungen vor der Veröffentlichung in der Amtlichen Sammlung des Bundesrechts (AS) vornehmen.

1.2 Inkrafttreten und direkte Anwendbarkeit

Die angenommene Verfassungsbestimmung regelt ihr Inkrafttreten selber nicht. Somit gilt die allgemeine Regel gemäss Art. 195 BV, wonach geänderte Verfassungsbestimmungen am Tag der Annahme von Volk und Ständen in Kraft treten. Art. 121a BV und Art. 197 Ziff. 9 BV sind somit am 9. Februar 2014 in Kraft getreten.

Verfassungsbestimmungen können genügend bestimmt sein, um mit ihrem Inkrafttreten ohne ausführende Gesetzgebung (ganz oder teilweise) die Rechtsstellung von *Privaten* direkt zu regeln. Genügende Bestimmtheit liegt vor, wenn Tatbestand und Rechtsfolge hinreichend genau formuliert sind, so dass der Einzelne sein Verhalten danach richten kann.⁴ Direkt anwendbare Verfassungsbestimmungen dienen den rechtsanwendenden Behörden als unmittelbare Verfügungsgrundlage (Justiziabilität). Direkt anwendbare Verfassungsbestimmungen sind selten.⁵ Den Regelfall bilden vielmehr Aufgaben- und Kompetenznormen, die als «Grundlage, Direktive und Schranke»⁶ beim Erlass von Gesetzen dienen.

Gemessen an diesen Grundsätzen sind die in den Art. 121a und 197 Ziff. 9 BV enthaltenen Bestimmungen nicht direkt anwendbar.⁷

An diese Einschätzung zur Tragweite der direkten Anwendbarkeit ist das Bundesgericht selbstverständlich nicht gebunden, wenn es in einer konkreten Streitigkeit mit dieser Rechtsfrage befasst wäre.

Nicht mit der direkten Anwendbarkeit von Verfassungsbestimmungen gegenüber *Privaten* zu verwechseln ist die Frage, inwiefern Art. 121a und Art. 197 Ziff. 9 BV den *Bundesbehörden* mit sofortiger Wirksamkeit Handlungs- und Unterlassungspflichten auferlegen:

- Hier steht zum einen Art. 121a Abs. 4 BV im Vordergrund, der eine behördliche *Unterlassungspflicht* statuiert: Seit dem 9. Februar 2014 ist den Behörden der Abschluss völkerrechtlicher Verträge untersagt, «die gegen diesen Artikel [121a BV] verstossen.» Der Prüfmasstab ist in der Verfassung selber angelegt und ergibt sich nicht erst durch den Erlass der Ausführungsgesetzgebung. Inhaltlich hat also Absatz 4 einen für die Behörden unmittelbar wirksamen Gehalt, der von der zukünftigen Konkretisierung von Art. 121a BV durch den Gesetzgeber unabhängig ist. Art. 121a Abs. 4 BV verbietet den Abschluss von Verträgen, welche grundlegend gegen die neuen Verfassungsbestimmungen gerichtet sind. Erfasst sind insbesondere diejenigen völkerrechtlichen Verträge, welche eine eigenständige Steuerung der Zuwanderung verunmöglichen oder welche es offenkundig nicht erlauben, einen Vorrang für Schweizerinnen und Schweizer zu verwirklichen.
- Zum anderen enthält Art. 197 Ziff. 9 BV unmittelbar wirksame behördliche *Handlungspflichten* in Bezug auf die Neuverhandlung und Anpassung von Staatsverträgen (Abs. 1) und in Bezug auf den Erlass von Ausführungsbestimmungen (Abs. 2).

⁴ BGE 139 I 16 E. 4.2.3 und 4.3.2 m.w.H.

⁵ Vgl. als Beispiele Art. 110 Abs. 3 Satz 2 BV (arbeitsrechtliche Behandlung des Bundesfeiertags) und Art. 121 Abs. 2 BV (Ausweisung von Ausländerinnen und Ausländern, welche die Sicherheit der Schweiz gefährden).

⁶ *Pierre Tschannen*, Systeme des Allgemeinen Verwaltungsrechts, 2008, Rz. 100.

⁷ So auch die Botschaft des Bundesrats (Fn. 1), S. 314 f., 322.

Trotz ihrer sofortigen Wirksamkeit dürfen die genannten Handlungs- und Unterlassungspflichten vom Gesetzgeber im Ausführungsrecht noch konkretisiert werden.

2. Methode der Auslegung von Verfassungsnormen

2.1 Ausgangspunkt: Geltung der allgemeinen Auslegungsregeln

Die Auslegung des Verfassungsrechts folgt grundsätzlich denselben methodischen Regeln, wie sie für die Auslegung von Gesetzes- und Verordnungsrecht gelten. Auszugehen ist vom Wortlaut (*grammatikalisches* Auslegungselement), doch kann der Wortlaut einer Norm nicht allein massgebend sein. Besonders wenn der Text unklar ist oder verschiedene Deutungen zulässt, muss nach seiner wahren Tragweite gesucht werden unter Berücksichtigung weiterer Auslegungselemente, wie namentlich der Entstehungsgeschichte der Norm (*historisches* Auslegungselement) und ihrem Zweck (*teleologisches* Auslegungselement). Wichtig ist auch die Bedeutung, die der Norm im Kontext mit anderen Bestimmungen zukommt (*systematisches* Auslegungselement).⁸

Beruht wie hier eine Verfassungsbestimmung auf einer Volksinitiative, ist nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung das *subjektive Verständnis der Initianten* nicht massgeblich. Dagegen können die Begründung der Initiative sowie Argumente und Stellungnahmen der Initianten⁹ wie auch der Initiativgegner und der Behörden im Vorfeld der Abstimmung im Rahmen der historischen Auslegung berücksichtigt werden.¹⁰

Bei der Verfassungsauslegung besteht (wie bei der Gesetzes- und Verordnungsauslegung) keine Hierarchie der Auslegungselemente. Es findet nicht eine bestimmte Auslegungsmethode vorrangig oder sogar ausschliesslich Anwendung. Vielmehr werden die Auslegungselemente nebeneinander berücksichtigt und muss im Einzelfall abgewogen werden, welche Methode (bzw. Methodenkombination) geeignet ist, den Normsinn der auszulegenden Verfassungsbestimmung wiederzugeben (sog. *Methodenpluralismus*).¹¹

2.2 Verfassungsspezifische Auslegungselemente

Trotz der grundsätzlichen Geltung der allgemeinen Auslegungsregeln, weist die Verfassungsinterpretation Besonderheiten auf.¹²

Zunächst wegen der *Offenheit von Verfassungsnormen*. Namentlich die Gesetzgebungsaufträge in Aufgabennormen sind in ihrem Aussagegehalt oft relativ unbestimmt und halten nur

⁸ BGE 131 I 74 E. 4.1 S. 80; 128 I 327 E. 2.1 S. 330.

⁹ Vgl. die Erläuterungen des Initiativkomitees zum Initiativtext im «Argumentarium Volksinitiative <gegen Masseneinwanderung>» vom 17. Dezember 2013, einsehbar unter <<http://www.masseneinwanderung.ch>>.

¹⁰ BGE 139 II 243 E. 8 S. 249 m.w.H.

¹¹ Vgl. Häfelin/Haller/Keller, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 8. Aufl. 2012, N. 130.

¹² Pierre Tschannen, Staatsrecht der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 3. Aufl. 2011, § 4 N. 9–16.

(aber immerhin) einen ersten Konsens über Notwendigkeit, Bereich und Zweck einer Staatsaufgabe fest.

Ferner gilt der Grundsatz der *Gleichwertigkeit der Verfassungsnormen*, jedenfalls solange der Verfassungsgeber nicht selber einzelnen Verfassungsbestimmungen einen Vorrang zuweist. Zwei wichtige Einschränkungen relativieren den Grundsatz der Gleichwertigkeit der Verfassungsnormen:

- Die *zwingenden Bestimmungen des Völkerrechts* gehen der Bundesverfassung vor (vgl. Art. 193 Abs. 4 und Art. 194 Abs. 2 BV). Soweit die Bundesverfassung solche Normen ausdrücklich wiedergibt – etwa in Art. 25 Abs. 2 und 3 BV (Verbot der Rückschiebung in den Verfolgerstaat bzw. der Ausschaffung in einen Folterstaat) – müssen «gewöhnliche» Verfassungsnormen zurücktreten.
- Der Grundsatz der Gleichwertigkeit der Verfassungsnormen richtet sich lediglich gegen eine vorgegebene fixe Werthierarchie innerhalb der Verfassung. Er schliesst hingegen den Vorrang der einen Verfassungsbestimmung vor der anderen *im Einzelfall* nicht aus. Ein solches Ergebnis kann sich allerdings nur nach wertender und problembezogener Abwägung im Einzelfall ergeben und nicht aus der Ableitung einer vorgegebenen Werthierarchie. Bisweilen kann eine offene Normkollision zwischen Verfassungsbestimmungen nur noch durch Anwendung einer Kollisionsregel aufgelöst werden (z.B. Grundsätze «lex specialis derogat legi generali» oder «lex posterior derogat legi priori»).

Zwei *verfassungsspezifische Auslegungselemente* berücksichtigen die Offenheit und die Gleichwertigkeit der Verfassungsbestimmungen:

- *Völkerrechtskonforme Auslegung*: Das zwingende Völkerrecht steht über der Verfassung; die Normen des übrigen Völkerrechts sind zu *beachten* (Art. 5 Abs. 4 BV). Daraus resultiert die Verpflichtung aller Staatsorgane, im Rahmen ihrer rechtsetzenden oder rechtsanwendenden Tätigkeit darauf zu achten, dass das Völkerrecht respektiert wird und die Verfassungsnormen (soweit nötig und möglich) völkerrechtskonform auszulegen. Die völkerrechtlichen Grundsätze («pacta sunt servanda», Verbot der Berufung auf Landesrecht zur Rechtfertigung der Nichterfüllung völkerrechtlicher Verträge) sind für sämtliche Staatsorgane bindend.

Art. 121a Abs. 4 und Art. 197 Ziff. 9 Abs. 1 BV regeln ausdrücklich die Rechtsfolgen, wenn völkerrechtliche Verträge gegen die neuen Verfassungsbestimmungen verstossen, indem sie ein Abschlussverbot statuieren bzw. die Pflicht zur Neuverhandlung und Anpassung verankern. Die genannten Normen finden Anwendung, wenn trotz völkerrechtskonformer Auslegung ein unüberbrückbarer Widerspruch zwischen den neuen Verfassungsbestimmungen und völkerrechtlichen Verpflichtungen der Schweiz besteht.

- *Auslegung mit Blick auf die Einheit der Verfassung («harmonisierende» Auslegung)*: Der Gesetzgeber ist aus Anlass eines bestimmten Rechtsetzungsvorhabens gehalten, nicht nur auf die jeweils einschlägige Aufgabennorm abzustellen, sondern darüber hinaus alle von der Sache berührten Verfassungsanliegen mitzubedenken. Nur ein solches Vorgehen stellt sicher, dass die Rechtsordnung ein Mindestmass an Widerspruchsfreiheit aufweist.

3. Die neu eingefügten Verfassungsbestimmungen in der Übersicht

3.1 Systematische Stellung von Artikel 121a innerhalb der Bundesverfassung

Der neue Art. 121a ist in der Bundesverfassung im neunten Abschnitt des Kapitels über die Zuständigkeiten des Bundes eingeordnet. Dieser Abschnitt mit dem Titel «Aufenthalt und Niederlassung von Ausländerinnen und Ausländern» enthält nunmehr zwei Artikel:

- Art. 121 BV wurde aus gesetzestechnischen Gründen neu die Sachüberschrift «Gesetzgebung im Ausländer- und Asylbereich» zugeordnet. Diese Verfassungsnorm begründet in Abs. 1 eine umfassende, verpflichtende Gesetzgebungskompetenz des Bundes im Ausländer- und Asylwesen, allerdings ohne eine Zielvorgabe zu nennen. Mit Annahme der Ausschaffungsinitiative am 28. November 2010 hat der Verfassungsgeber in Art. 121 Abs. 3–6 BV Zielvorgaben für den Sachbereich der *Ausweisung von Ausländerinnen und Ausländern* verankert.
- Mit dem neuen Art. 121a BV enthält die Bundesverfassung auch Zielvorgaben im Sachbereich der *Zuwanderung von Ausländerinnen und Ausländern*. Aus der unmittelbar an Art. 121 BV anschliessenden Stellung von Art. 121a BV ergibt sich klar, dass die Umsetzung der verfassungsrechtlichen Vorgaben Sache des Bundes ist.

3.2 Grundaussagen und Normwecke der einzelnen Absätze

3.2.1 Erstes Hauptziel: Eigenständige Steuerung der Zuwanderung

Absatz 1 von Art. 121a BV ist als Ziel- und Zweckbestimmung formuliert und hat damit einen normativen und nicht lediglich informierenden (programmatischen Charakter). Dieser Absatz enthält das *erste Hauptziel* der neuen Verfassungsbestimmungen: Die eigenständige (autonome) Steuerung der Zuwanderung. Die Sachüberschrift «Steuerung der Zuwanderung» unterstreicht die vorrangige Bedeutung des in Absatz 1 genannten Ziels. Entsprechend seiner Funktion als Ziel- und Zweckbestimmung dient Absatz 1 auch als Anleitung für die Ausgestaltung der Einzelheiten im Gesetz (teleologisches Auslegungselement).

Die *Absätze 2 und 3* von Art. 121a BV enthalten Aussagen zum *Geltungsbereich* der Zuwanderungsregeln und setzen eine Reihe von *inhaltlichen Eckpunkten* des neuen Steuerungsmodells: Der Gesetzgeber muss ein Kontingentsystem einrichten (Absatz 2), dessen inhaltliche Ausgestaltung in den Grundzügen die Verfassung selber festlegt (Absatz 3).

3.2.2 Zweites Hauptziel: Begrenzung der Zuwanderung

Das *zweite Hauptziel* der neuen Verfassungsbestimmungen ist im Wortlaut von Absatz 2 Satz 1 angelegt, nämlich die *Begrenzung* der Zuwanderung von Ausländerinnen und Ausländern. Die beiden *Mittel* zur Zielerfüllung sind ebenfalls ausdrücklich in der Verfassungsbestimmung genannt: Zum einen die Festlegung von Höchstzahlen und Kontingenten (Abs. 2 Satz 1) und zum anderen die Ausrichtung der Höchstzahlen an den gesamtwirtschaftlichen Interessen der Schweiz unter Berücksichtigung eines Vorranges für Schweizerinnen und Schweizer (Abs. 3 Satz 1).

Ausdrücklich ist dem Verfassungstext eine *qualitative* Begrenzungsfunktion zu entnehmen. Das Kontingentsystem ist so auszugestalten, dass hauptsächlich solche Ausländerinnen und Ausländer in die Schweiz zuwandern können, die erhöhten Anforderungen genügen (vgl. insb. die Kriterien gemäss Abs. 3 Satz 2). Die grammatikalische Auslegung macht ferner deutlich, dass Art. 121a BV auch eine *quantitative* Begrenzung fordert, denn es ist ausdrücklich die *Zahl* der Bewilligungen, die es zu begrenzen gilt. Auch die in Absatz 2 Satz 3 vorgesehenen Möglichkeiten der Anspruchsbeschränkung belegen die angestrebte quantitative Begrenzung.

Hingegen macht der Wortlaut der Verfassungsbestimmung keine Aussage über den Umfang der quantitativen Begrenzung. Dementsprechend erhellt allein aus der grammatikalischen Auslegung nicht, ob zur Erfüllung des quantitativen Begrenzungsziels die gesetzliche Regelung zu Art. 121a BV so ausgestaltet werden muss, dass im Vergleich zu den Jahren vor Annahme der Initiative bzw. vor dem Inkrafttreten des Ausführungsrechts die Zahl der zuwandernden Ausländer abnimmt oder jedenfalls nicht mehr ansteigt. Immerhin ergeben sich zahlreiche Hinweise auf das Erfordernis einer solchen gesetzlichen Ausgestaltung namentlich aus der Entstehungsgeschichte von Art. 121a BV und aus dem Titel der Volksinitiative («Gegen Masseneinwanderung»)¹³.

Schliesslich ist das unter Ziff. 3.2.1 genannte erste Hauptziel der eigenständigen Steuerung eine Vorbedingung für die Erfüllung des zweiten Hauptziels der Zuwanderungsbegrenzung.

3.2.3 Umgang mit widersprechenden völkerrechtlichen Verträgen

Absatz 4 von Art. 121a BV hält ausdrücklich fest, dass keine *neuen* widersprechenden völkerrechtlichen Verträge abgeschlossen werden dürfen. Absatz 1 von Art. 197 Ziff. 9 BV zielt auf *bestehende*, mit Art. 121a BV im Konflikt stehende völkerrechtliche Verträge, die nach ausdrücklicher Vorschrift neu zu verhandeln und anzupassen sind (vgl. für Näheres unten Ziff. 9).

3.2.4 Gesetzgebungsauftrag

Absatz 5 enthält den Auftrag an den Gesetzgeber (des Bundes) die Einzelheiten zu regeln. Dieser Auftrag muss gemäss Absatz 2 von Art. 197 Ziff. 9 BV innert drei Jahren erfüllt werden, ansonsten der Bundesrat auf diesen Zeitpunkt hin das Nötige in einer verfassungsunmittelbaren Verordnung zu regeln hat (vgl. für Näheres unten Ziff. 10).

4. Eigenständige Steuerung der Zuwanderung

Zur Sicherstellung der in Absatz 1 verankerten eigenständigen Steuerung der Zuwanderung gebieten Art. 121a Abs. 4 und Art. 197 Ziff. 9 Abs. 1 BV, dass das verfassungsrechtlich vorgegebene Steuerungsmodell nicht durch – neu abzuschliessende oder bestehende – völkerrechtliche Verträge unterlaufen werden darf; Verträge über den freien Personenverkehr sind

¹³ Das Argumentarium der Initianten (vgl. Fn. 9) macht dieses Anliegen an zahlreichen Stellen deutlich, vgl. namentlich Ziff. 1.1, 1.5, 1.6 und 2.

wohl mit dem in Art. 121a Abs. 1 BV verankerten Ziel der eigenständigen Steuerung unvereinbar. Die genannten Bestimmungen belassen allerdings der Schweiz auch einen beträchtlichen Spielraum, namentlich in folgender Hinsicht:

- Die Schweiz darf (bilaterale oder multilaterale) völkerrechtliche Verträge fortführen oder neu abschliessen, wenn diese mit den inhaltlichen Vorgaben gemäss den Absätzen 2 und 3 von Art. 121a BV vereinbar sind.
- Es ist zulässig, Ausländerinnen und Ausländern innerhalb der *einseitig* von der Schweiz festgelegten Höchstzahlen und Kontingente staatsvertraglich einen Aufenthalts- oder Niederlassungsanspruch einzuräumen.
- Zulässig sind auch gesetzliche bzw. völkervertragliche Regelungen, welche innerhalb der Höchstzahlen und Kontingente die Zuwandernden aus bestimmten Staaten gegenüber solchen aus anderen Staaten privilegieren.¹⁴

Als Adressat ist in Absatz 1 die *Schweiz* (und nicht der Bund) angesprochen. Damit soll lediglich betont werden, dass im Sachbereich der Zuwanderung von Ausländerinnen und Ausländern und im Kontext internationaler Beziehungen die Schweiz als Staat auftritt. Diese Begrifflichkeit ändert freilich nichts an der in Art. 121 Abs. 1 BV statuierten umfassenden Gesetzgebungskompetenz des Bundes im Ausländerwesen.

Ausdruck der Eigenständigkeit ist ferner die durch Art. 121a BV Abs. 2 Satz 3 dem Gesetzgeber – in der Form einer «Kann-Vorschrift» – eingeräumte Möglichkeit, den Anspruch auf dauerhaften Aufenthalt, auf Familiennachzug und auf Sozialleistungen zu beschränken.

Der Begriff der «Zuwanderung» ist ein Element des *Geltungsbereichs* der Verfassungsbestimmung (vgl. dazu sogleich Ziff. 5).

5. Champ d'application personnel

5.1 Introduction

L'art. 121, al. 1, Cst. attribue à la Confédération une compétence législative globale dans le domaine des étrangers. Cette compétence législative concerne donc 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 un domaine bien précis qui est celui de la gestion de l'immigration. Ces instructions données au législateur ne concernent donc pas la législation relative à tous les étrangers mais uniquement celle relative aux étrangers qui immigreront en Suisse.

Le terme "étranger" désigne les personnes qui n'ont pas la nationalité suisse¹⁵.

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

¹⁴ Vgl. so schon die Botschaft des Bundesrats (Fn. 1), S. 313.

¹⁵ *Pascal Mahon*, in Jean-François Aubert/Pascal Mahon, *Petit commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999, 2003*, sous art. 121, n°8.

durée, dans un autre lieu. Les frontaliers, les touristes et les personnes séjournant brièvement dans un pays n'entrent pas dans la définition courante du terme (pour les frontaliers voir le ch. 5.2, 3ème paragraphe). Les avis divergent cependant en ce qui concerne les travailleurs migrants saisonniers¹⁶.

Les "étrangers qui immigreront en Suisse", sont donc les étrangers qui quittent leur pays pour séjourner en Suisse de manière durable.

La question se pose alors de savoir comment doit être définie la notion d'"étrangers qui immigreront en Suisse". Cette question requiert une analyse poussée qui devra vraisemblablement encore être approfondie. A ce stade de l'analyse, deux interprétations semblent cependant possibles. En effet, si dans le message relatif à l'initiative, il est fait une interprétation large de cette notion : sont concernées les personnes qui immigreront en Suisse et qui sont titulaires d'une autorisation de séjour selon le droit des étrangers (variante 1), l'art. 121a Cst. laisserait toutefois une certaine marge de manœuvre ayant pour conséquence d'exclure de la notion tous les titulaires d'une autorisation de courte durée de moins d'une année et les requérants d'asile (critère de la durée du séjour, variante 2). Le critère du moment de l'immigration pourrait constituer un critère complémentaire ayant pour conséquence d'exclure du champ d'application de la norme, les personnes séjournant déjà en Suisse et qui changent de statut (critère du moment de l'immigration, sous-variante 2). Les variantes 1 et 2 sont présentées dans un schéma figurant en annexe.

5.2 Variante 1 (critère de la gestion de tous les étrangers)

Selon l'interprétation soutenue dans le message¹⁷, la notion d'étrangers qui immigreront en Suisse comprend tous les étrangers titulaires d'une autorisation de séjour au sens de la loi sur les étrangers, indépendamment du type d'autorisation dont ils disposent. Conformément à l'interprétation grammaticale, 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.

L'art. 121a Cst. prévoit certes, à son al. 2, première phrase, que le contrôle de l'immigration se fait par une limitation du nombre "des autorisations délivrées pour le séjour des étrangers en Suisse". Cette formulation pourrait laisser penser que seules les autorisations de séjour ou d'établissement sont concernées. Il est toutefois précisé à l'al. 2, deuxième phrase, que la limitation du nombre des autorisations par des plafonds vaut "pour toutes les autorisations délivrées en vertu du droit des étrangers". La notion "d'autorisations délivrées pour le séjour des étrangers" ne doit donc pas être comprise au sens de la notion actuelle des "autorisations

¹⁶ Message du Conseil fédéral du 7 décembre 2012 relatif à l'initiative populaire "Contre l'immigration de masse", FF 2013 279, p. 302.

¹⁷ Message du Conseil fédéral du 7 décembre 2012 relatif à l'initiative populaire "Contre l'immigration de masse", FF 2013 279, p. 303

tions de séjour"¹⁸ mais au sens le plus large possible. Pratiquement toutes les catégories d'autorisations de séjour doivent par conséquent être incluses dans la notion¹⁹.

Les frontaliers ne répondent certes pas aux critères relatifs à la notion d'immigration étant donné qu'ils ne séjournent pas en Suisse. Les frontaliers entrent toutefois dans le champ d'application personnel de l'art. 121a, al. 3, Cst. dans la mesure où il y est précisé que les plafonds et les contingents "doivent inclure les frontaliers"²⁰. Les contingents relatifs à cette catégorie d'étrangers doivent remplir les conditions prévues à l'art. 121a Cst. (intérêts économiques globaux et préférence nationale, cf. ch. 7). Cette catégorie d'étrangers doivent en outre remplir toutes les conditions relatives à l'octroi d'une autorisation de séjour prévues par l'art. 121a, al. 3, Cst. (demande d'un employeur, capacité d'intégration et source de revenus suffisante et autonome, cf. ch. 8).

Par ailleurs, selon l'art. 121a Cst., sont concernés aussi bien les étrangers sans activité lucrative que les étrangers exerçant une activité lucrative. A son al. 1, la norme ne fait en effet pas de distinction entre ces deux catégories d'étrangers s'agissant de la fixation de plafonds et de contingents. Elle précise uniquement, à son al. 2, que certains critères sont à respecter (intérêts économiques globaux et préférence nationale) lors de la fixation des plafonds et des contingents pour les étrangers exerçant une activité lucrative.

Par "étrangers qui immigreront en Suisse", selon cette interprétation de l'art. 121a Cst., il faut donc comprendre, en particulier²¹:

- *Les étrangers titulaires d'une autorisation d'établissement* (permis C), ci-inclus les étrangers qui obtiennent une autorisation d'établissement après avoir été titulaires d'une autorisation de séjour (passage du permis B au permis C).
- *Les étrangers titulaires d'une autorisation de séjour* (permis B).
- *Les étrangers titulaires d'une autorisation de courte durée* (permis L). Sont toutefois exclus de cette catégorie les séjours de durée très limitée (cf. ci-dessous la liste des étrangers exclus de la notion d'étrangers qui immigreront).
- *Les frontaliers* (permis G).
- *Les étrangers du domaine de l'asile*. L'al. 2, deuxième phase précise que la limitation du nombre des autorisations par des plafonds vaut également pour le domaine de l'asile. Sont concernés 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).

¹⁸ Argumentaire Initiative populaire "Contre l'immigration de masse", www.immigration-massive.ch, p. 39.

¹⁹ Message du Conseil fédéral du 7 décembre 2012 relatif à l'initiative populaire "Contre l'immigration de masse", FF 2013 279, p. 301, et Argumentaire Initiative populaire "Contre l'immigration de masse", www.immigration-massive.ch, p. 39.

²⁰ La version allemande utilise le terme "einbeziehen" et laisse ainsi une marge de manœuvre au législateur pour déterminer les catégories de frontaliers à intégrer dans la notion d'étranger.

²¹ Les ressortissants UE/AELE actuellement titulaires d'une autorisation de séjour en vertu de l'ALCP et de la convention AELE entreraient désormais dans les catégories énumérées ci-dessus.

Dans ces catégories figurent notamment :

- *Les apatrides*, dans la mesure où ils séjournent en Suisse au bénéfice d'une autorisation délivrée en vertu du droit des étrangers.
- *Les étrangers travaillant dans le domaine international qui sont titulaires d'une autorisation délivrées en vertu du droit des étrangers*. Il peut s'agir du personnel des représentations étrangères recruté en Suisse, du personnel de certains bénéficiaires institutionnels au sens de 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, RS 192.12), selon l'étendue des privilèges et immunités qui leur sont consentis, du personnel des ONG (y compris les fédérations sportives internationales) et du personnel des entreprises prestataires de services sous contrat avec les organisations internationales ou les représentations étrangères. Ces catégories d'étrangers entrent dans le champ d'application de l'art. 121a Cst. dans la mesure où les personnes sont titulaires d'autorisations délivrées en vertu du droit des étrangers.
- Les membres de la famille des étrangers qui ont obtenu une autorisation dans le cadre du regroupement familial conformément au droit des étrangers.

Sont cependant exclus de la notion d'"étrangers qui immigrent en Suisse", notamment :

- *Les touristes, les visiteurs, etc. qui séjournent en Suisse moins de trois mois sans activité lucrative*. Ils n'ont pas à être munis d'une autorisation, mais peuvent (selon leur nationalité) être tenus de posséder un visa.
- *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*. Ils n'ont pas à être munis d'une autorisation, selon le droit en vigueur (art. 14, al. 1, de l'ordonnance relative à l'admission, au séjour et à l'exercice d'une activité lucrative [OASA, RS 142.201] pour les ressortissants de pays tiers).
- *Les étrangers titulaires d'une autorisation de courte durée (permis L) dont le séjour est de durée très limitée, par exemple :*
 - *Les étrangers exerçant une activité lucrative de quatre mois maximum sur une période de douze mois*. Ces personnes ne séjournent pas durablement en Suisse et l'art. 121a Cst. ne les mentionne pas expressément, contrairement aux frontaliers. Le droit actuellement en vigueur pour les ressortissants de pays tiers (art. 19, al. 4, let. a, OASA), prévoit d'ailleurs (sous certaines conditions), que cette catégorie d'étrangers n'est pas comptabilisée dans les contingents réservés aux ressortissants d'Etats tiers. Selon le droit en vigueur, les conditions de rémunération, de travail et d'ordre de priorité doivent toutefois être respectées.
 - *Les ressortissants d'Etats membres de l'UE/AELE, qui exercent une activité lucrative en Suisse dont la durée ne dépasse pas trois mois au total par année civile ou qui fournissent des services transfrontaliers en Suisse pendant 90 jours ouvrables au plus par année civile*. Selon le droit en vigueur, ces personnes sont dispensées d'un permis de séjour (art. 6, para. 2 et art. 20 para. 1 annexe 1 ALCP et art. 14, al. 1, de l'ordonnance

du 22 mai 2002 sur l'introduction progressive de la libre circulation des personnes entre, d'une part, la Confédération suisse et, d'autre part, l'Union européenne et ses Etats membres, ainsi qu'entre les Etats membres de l'Association européenne de libre-échange [OLCP, RS 142.203]). Elles sont soumises uniquement à la procédure de déclaration d'arrivée (art. 6 de la loi fédérale du 8 octobre 1999 sur les mesures d'accompagnement applicables aux travailleurs détachés et aux contrôles des salaires minimaux prévus par les contrats-types de travail [LDét, RS 823.20], art. 6 de l'ordonnance du 21 mai 2003 sur les travailleurs détachés en Suisse [Odét, RS 823.201] et art. 9, al. 1bis, OLCP).

- *Les artistes qui résident en Suisse durant un total de huit mois au maximum sur une période de 12 mois.* Ces étrangers qui exercent une activité en tant qu'artistes dans les domaines de la musique, de la littérature, du spectacle, des arts plastiques, du cirque ou des variétés, ne séjournent pas durablement en Suisse. Le droit actuellement en vigueur pour les ressortissants de pays tiers (art. 19, al. 4, let. b, OASA), prévoit d'ailleurs que cette catégorie d'étrangers n'est pas comptabilisée dans les contingents réservés aux ressortissants d'Etats tiers. Selon le droit en vigueur, les conditions de rémunération, de travail et d'ordre de priorité doivent toutefois être respectées.

- *Les étrangers membres des représentations étrangères (ambassades, postes consulaires, missions permanentes) et les étrangers fonctionnaires des organisations internationales avec lesquelles un accord relatif aux privilèges et immunités a été conclu, ainsi que les étrangers membres de leur famille et leurs domestiques privés étrangers* qui sont tous titulaires d'une carte de légitimation du DFAE. Ces étrangers n'entrent pas dans le champ d'application de l'art. 121a Cst. s'ils sont titulaires d'une autorisation en application de la législation relative aux privilèges, immunités et facilités accordés par la Suisse en tant qu'Etat hôte. En effet, l'art. 121a, al. 2, Cst., deuxième phrase, précise que la limitation du nombre des autorisations par des plafonds vaut "pour toutes les autorisations délivrées en vertu du droit des étrangers". Or le séjour des catégories d'étrangers précitées est réglé par la LEH. Le séjour de ces catégories d'étrangers ne relève pas du droit des étrangers mais du domaine des affaires étrangères (art. 54, al. 1, Cst.). Ces personnes sont titulaires d'une carte de légitimation du DFAE. La loi fédérale du 16 décembre 2005 sur les étrangers (LEtr, RS 142.20) précise d'ailleurs à son art. 2, al. 1, qu'elle s'applique "aux étrangers dans la mesure où leur statut juridique n'est pas réglé par d'autres dispositions du droit fédéral ou par des traités internationaux conclus par la Suisse". Par ailleurs, le droit international coutumier et conventionnel prévoit des obligations à charge de la Suisse dans ce domaine, notamment la Convention de Vienne sur les relations diplomatiques, la Convention de Vienne sur les relations consulaires et les accords relatifs aux privilèges et immunités. La Suisse ne peut donc pas gérer de manière autonome le séjour de ces catégories de personnes en Suisse.
- *Les étrangers membres de la famille des titulaires d'une carte de légitimation délivrée par le DFAE lorsqu'ils ont déposé leur propre carte de légitimation délivrée par le DFAE en échange d'un permis Ci afin de pouvoir exercer une activité lucrative.* Ces autorisations sont certes délivrées en vertu du droit des étrangers. Elles sont toutefois directement liées au droit à une carte de légitimation délivrée par le DFAE et leur durée de va-

lidité est limitée à la durée de la fonction du titulaire de la carte de légitimation. A cela s'ajoute que les personnes concernées ont quoi qu'il en soit un droit à l'obtention d'une carte de légitimation et ne reçoivent le permis Ci que pour pouvoir exercer une activité lucrative.

5.3 Variante 2 (critère de la durée du séjour et moment de l'immigration)

L'art. 121a Cst. laisse toutefois une certaine marge de manœuvre au législateur dans l'interprétation de la notion d'"étrangers qui immigreront en Suisse".

Cette notion peut, conformément à l'interprétation téléologique, être interprétée de manière à limiter sa portée aux étrangers qui entrent en Suisse pour y séjourner de manière durable; les étrangers ne séjournant en Suisse que pour une durée limitée étant exclus de la notion. Cette interprétation serait conforme au but de la disposition qui est de donner des instructions au législateur pour la gestion de l'immigration. Dans leur argumentaire, les initiants précisent d'ailleurs clairement que les catégories d'autorisations de séjour qui doivent être incluses dans les mesures de gestion prises par la Suisse, sont "celles qui influencent l'immigration"²².

A l'appui de cette interprétation, on peut mentionner encore le fait que les frontaliers soient expressément mentionnés à l'al. 3 afin d'être inclus dans le champ d'application personnel de la norme. Il est en effet possible d'en déduire que la disposition ne prévoit pas à priori d'intégrer dans son champ d'application personnel des étrangers qui ne séjournent en Suisse que pour une durée limitée. Les frontaliers seraient une exception, ce qui justifierait de les mentionner explicitement.

Cette interprétation a pour conséquence d'exclure du champ d'application personnel de la norme, en plus des catégories d'étrangers déjà exclues au ch. 5.2 précédent, tous les étrangers titulaires d'une autorisation de courte durée pour un séjour de moins d'une année (permis L) et les requérants d'asile (permis N).

- Permis L : La durée de validité des autorisations de courte durée n'est que d'un an maximum et ne peut être prolongée que jusqu'à 2 ans, selon le droit en vigueur. Un séjour supérieur à une année, toutefois, ne saurait être considéré comme un séjour de durée limitée. Par ailleurs, si ces personnes souhaitent rester en Suisse, à l'échéance de cette autorisation, elles devront déposer une demande d'autorisation de longue durée. Leur demande sera alors examinée dans le cadre des mesures de gestion (plafonds et contingents) prévues par l'art. 121a Cst. (Il conviendra toutefois, dans la législation de mise en œuvre, de veiller à ce que les règles relatives aux contingents pour les autorisations de séjour ne soient pas contournées par l'attribution d'autorisations de séjour de courte durée jusqu'à une année).
- Permis N : Il en va de même pour les requérants d'asile. La durée de validité du titre de séjour dont ils sont titulaires (permis N) est limitée à un an et ne peut être prolongée.

²² Argumentaire Initiative populaire "Contre l'immigration de masse", www.immigration-massive.ch, p. 40.

gée que le temps que dure la procédure d'asile. Tant que leur demande d'asile est pendante, ces personnes ne séjournent pas en Suisse de manière durable puisqu'elles sont autorisées à rester en Suisse uniquement le temps que leur demande soit examinée. Si leur demande d'asile est refusée et qu'une décision de renvoi de Suisse est prise, ces personnes sont tenues de quitter la Suisse. Si elles sont admises provisoirement (permis F), elles peuvent séjourner en Suisse aussi longtemps que leur renvoi n'est pas licite, raisonnablement exigible, ou possible. Dans la mesure où ce type de titre de séjour permet, dans les faits, de séjourner pour une longue durée en Suisse, les étrangers qui en sont titulaires doivent entrer dans le champ d'application personnel de l'art. 121a Cst. Enfin, si la demande d'asile est admise, l'étranger est titulaire d'une autorisation de séjour (permis B ou C), ayant pour but un séjour durable, et il entre ainsi dans le champ d'application personnel de l'art. 121a Cst.. A cela s'ajoute qu'il est difficile, voire impossible, pour la Suisse, comme pour tous les autres Etats, de gérer de manière autonome l'arrivée sur son sol de requérants d'asile. Ce type d'immigration est par définition difficile à anticiper et à gérer de manière autonome.

Au vu de ce qui précède, selon cette interprétation, *sont exclus du champ d'application personnel* de la norme, en plus des catégories d'étrangers déjà exclues au ch. 5.2, *tous les étrangers titulaires d'une autorisation de courte durée pour un séjour de moins d'une année (permis L) et les requérants d'asile (permis N).*

Notons par ailleurs que le critère de la durée du séjour pourrait être combiné avec le moment de l'immigration. En effet, la notion d'immigration peut être comprise comme excluant du champ d'application de l'art. 121a Cst. les étrangers qui séjournent déjà en Suisse et qui ne pourraient dès lors plus être considérés comme des immigrants au sens de la norme. En effet, les étrangers qui séjournent déjà en Suisse et qui changent seulement de statut ne peuvent pas être considérés comme des immigrants du seul fait de ce changement de statut. Leur immigration aurait en quelque sorte déjà été gérée. Cette interprétation de la notion d'immigration aurait pour conséquence que l'octroi d'un nouveau titre de séjour qui intervient après un séjour d'une certaine durée au bénéfice d'un autre titre de séjour ne serait plus comptabilisé dans les plafonds et contingents. Ce serait en particulier le cas pour les titulaires d'un permis B qui obtiendraient un permis C, ou pour les titulaires d'un permis F qui obtiendraient un permis B.

En revanche, les personnes qui obtiennent, par exemple, d'emblée un permis B ou C sans avoir préalablement séjourné en Suisse au bénéfice d'une autre autorisation de séjour entreraient dans le champ d'application personnel de l'art. 121a Cst. puisqu'elles ne pourraient pas être considérées comme des immigrantes au sens de cette disposition avant l'attribution du permis B ou C.

6. Höchstzahlen und Kontingente

Kern des neuen Steuerungsmodells ist die Errichtung eines Kontingentssystems. Elemente dieses Kontingentssystems sind jährlich festzulegende Höchstzahlen und Kontingente. Aus-

gehend vom Wortlaut in den Absätzen 2 und 3 (Mehrzahl: «Höchstzahlen und Kontingente») können pro Jahr mehrere Höchstzahlen und Kontingente festgelegt werden. Weiter legen die grammatikalische²³ und die systematische Auslegung nahe, dass die Kontingente als Unterkategorie der Höchstzahlen funktionieren. Mit anderen Worten kann die für eine bestimmte Gruppe ausländischer Personen festgelegte Höchstzahl in mehrere Kontingente unterteilt werden. Verfassungsrechtlich nicht ausgeschlossen ist ferner die Festlegung nur einer Höchstzahl, welche sämtliche Ausländerinnen und Ausländer betrifft, die vom Geltungsbereich des Art. 121a BV erfasst sind.

Im Übrigen lässt das in den Absätzen 2 und 3 etablierte Kontingentssystem dem Gesetzgeber einen erheblichen Gestaltungsspielraum:

- Verfassungsrechtlich ist nicht ausgeschlossen, dass innerhalb der Höchstzahlen Kontingente verschoben werden.
- Zwar verlangt die Verfassung die *jährliche* Festlegung von Höchstzahlen und Kontingente. Diese Vorgabe schliesst indessen kurzfristige (unterjährige) Anpassungen nicht aus, soweit dies mit den in Art. 121a Abs. 2 und 3 BV genannten inhaltlichen Vorgaben vereinbar ist. Auch eine Verschiebung von Höchstzahlen und Kontingenten zwischen den Jahren ist verfassungsrechtlich möglich, jedenfalls solange damit das Begrenzungsziel von Art. 121a BV noch erreicht werden kann.
- Die Verfassung gibt nicht vor, wer (welche Bundesbehörde) die Höchstzahlen und Kontingente festlegt. Im Vordergrund dürfte eine Aufgabenteilung stehen, wonach das Parlament im Gesetz die (strategischen) Grundentscheide trifft, also insbesondere die Kriterien konkretisiert für die Festlegung der Höchstzahlen und Kontingente. Der Bundesrat könnte diese Grundentscheide im Verordnungsrecht konkretisieren und gegebenenfalls durch Beschlüsse (operative) Entscheide treffen.
- Nach ausdrücklicher Vorschrift im Absatz 2 gelten die Höchstzahlen für *sämtliche Bewilligungen des Ausländerrechts* unter Einbezug des *Asylwesens*. Das heisst (vgl. für Näheres zum Geltungsbereich oben Ziff. 5):
 - Während grundsätzlich alle ausländerrechtlich erteilten Aufenthalts- und Niederlassungsbewilligungen den Höchstzahlen und Kontingenten unterstehen, sind Personen ausgenommen, die sich gestützt auf die Gaststaatgesetzgebung in der Schweiz aufhalten (vgl. dazu ausführlich oben Ziff. 5.1).²⁴
 - Anerkannte Flüchtlinge und Personen, denen Asyl gewährt wurde, unterstehen ebenfalls den Höchstzahlen und Kontingenten. Ob auch Asylsuchende (mit Ausweis N) den Höchstzahlen und Kontingenten unterstehen hängt davon ab, ob der Begriff des Ausländers, der in der Schweiz verweilt, eng oder weit ausgelegt wird (vgl. oben Ziff. 5.1 und 5.2).

²³ Ausgehend von einer Interpretation, wonach Kontingente als «anteilmässige Anzahl» zu verstehen sind.

²⁴ Vgl. das Bundesgesetz vom 22. Juni 2007 über die von der Schweiz als Gaststaat gewährten Vorrechte, Immunitäten und Erleichterungen sowie finanzielle Beiträge (Gaststaatgesetz, GSG; SR 192.12) sowie die zugehörige Gaststaatverordnung (V-GSG; SR 192.121).

7. Critères pour la fixation des plafonds et contingents

7.1 Introduction

L'art. 121a, al. 3, Cst., première phrase, donne pour instruction au législateur de fixer les plafonds et contingents annuels pour les étrangers exerçant une activité lucrative selon certains critères. La norme précise en effet qu'ils doivent être fixés en fonction des intérêts économiques globaux de la Suisse et dans le respect du principe de la préférence nationale.

La première phrase de l'al. 3 se réfère à une catégorie spéciale d'étrangers : les étrangers exerçant une activité lucrative. Le législateur est donc tenu d'appliquer ces deux critères aux plafonds et contingents qu'il doit fixer pour les autorisations de séjour des étrangers exerçant une activité lucrative. On n'impose pas au législateur d'appliquer ces critères lors de la fixation des plafonds et contingents pour les étrangers n'exerçant pas une activité lucrative. Toutefois, rien n'empêche le législateur d'utiliser un ou les deux critères, lorsque la situation s'y prête, pour fixer les plafonds et contingents applicables aux autorisations de séjour visées par l'art. 121a, al. 2, Cst.

Rien ne s'oppose, par ailleurs, à ce que plusieurs plafonds soient fixés. Il ne serait en effet pas contraire à l'art. 121a Cst. de créer, par exemple, un plafond pour les étrangers n'exerçant pas une activité lucrative et un plafond pour les étrangers exerçant une activité lucrative. D'autres catégories de plafonds sont également possibles, dans la mesure où la norme ne donne pas d'instructions au législateur sur ce point. Il est en outre possible, pour les mêmes raisons, de fixer, dans le cadre de ces plafonds, plusieurs contingents.

Par ailleurs, les critères énoncés à l'al. 3 de l'art. 121a Cst. ne sont pas exhaustifs et n'empêchent donc pas le législateur de recourir à d'autres critères appropriés permettant la fixation des plafonds et des contingents.

7.2 Notion d'intérêts économiques globaux

Comme il est expliqué dans le message relatif à l'initiative, les intérêts économiques globaux constituent déjà un critère d'admission dans le droit en vigueur. L'admission des travailleurs en provenance de pays non membres de l'UE/AELE se fait aujourd'hui déjà en fonction des intérêts de l'économie suisse, des chances d'une intégration professionnelle et sociale durable et des besoins culturels et scientifiques de la Suisse (art. 3, al. 1, et art. 23, al. 2, LEtr)²⁵. Il est donc 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 dans les limites autorisées par la nouvelle disposition constitutionnelle.

²⁵ Message du Conseil fédéral du 7 décembre 2012 relatif à l'initiative populaire "Contre l'immigration de masse", FF 2013 279, p. 304.

7.3 Préférence nationale

En prévoyant que les plafonds et les contingents doivent être fixés dans le respect du principe de la préférence nationale, l'al. 3 donne pour instruction au législateur d'appliquer cette préférence uniquement pour les citoyens suisses. Le droit actuel (art. 21, al. 2, LEtr) prévoit certes déjà un ordre de priorité pour l'admission d'un étranger en vue de l'exercice d'une activité lucrative. Sont prioritaires toutefois en droit actuel, de manière indifférenciée, les citoyens suisses et les étrangers titulaires d'une autorisation de séjour ou d'établissement. L'art. 121a Cst., en utilisant l'expression "préférence nationale" en français, "principio di preferenza agli Svizzeri" en italien et "Vorranges für Schweizerinnen und Schweizern" en allemand, limite cette préférence aux citoyens Suisses. Il est cependant soutenu, dans le message relatif à l'initiative, qu'il est possible d'interpréter l'art. 121a Cst. de telle sorte qu'il soit possible de déroger à l'ordre de priorité : "Subordonner la fixation des plafonds et des contingents au «respect» du principe de la préférence nationale signifie que ce critère ne doit être négligé ni lors de l'examen de la situation, ni lors de la prise de décision proprement dite. La préférence nationale ne serait cependant pas absolue."²⁶ Il s'agirait, 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. Cette interprétation semble en effet possible, dans la mesure où la norme prévoit que la fixation des plafonds et des contingents se fait uniquement "dans le respect" en français, "nel rispetto" en italien et "unter Berücksichtigung" en allemand, de ce principe. La norme n'impose pas au législateur d'appliquer ce principe de manière absolue.²⁷

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. "L'émergence d'un système d'admission dual tel qu'il existait avant l'entrée en vigueur de l'ALCP ne serait alors pas exclue, une évolution que confirme aussi le fait que l'al. 3 n'énumère pas les conditions d'admission de manière exhaustive"²⁸.

8. Critères pour l'octroi d'autorisations de séjour

La dernière phrase de l'art. 121a, al. 3, Cst., prévoit une liste non exhaustive de critères déterminants pour l'octroi d'autorisations de séjour. La norme laisse le soin au législateur de fixer en détail l'ensemble des critères déterminants et la procédure pour l'octroi d'autorisations de séjour. Elle mentionne uniquement trois critères : la demande d'un employeur, la capacité d'intégration et une source de revenus suffisante et autonome.

²⁶ Message du Conseil fédéral du 7 décembre 2012 relatif à l'initiative populaire "Contre l'immigration de masse", FF 2013 279, p. 305.

²⁷ Aux. art. 123a, al. 3, et 126, al. 2, Cst., l'expression "unter Berücksichtigung" est traduite en français par respectivement "prennent en considération" et "compte tenu".

²⁸ Message du Conseil fédéral du 7 décembre 2012 relatif à l'initiative populaire "Contre l'immigration de masse", FF 2013 279, p. 305.

Ces trois critères constituent déjà des critères d'admission dans le droit en vigueur (cf. s'agissant de la demande d'un employeur : art. 11, al. 3, LEtr, s'agissant par ex. de l'intégration : art. 3, al. 1, 23, al. 2, 50 et 54 LEtr et s'agissant par ex. de la source de revenu suffisant : art. 25 OASA). Le législateur avait décidé de prévoir ces critères sans qu'une norme constitutionnelle ne lui en donne l'instruction. L'art. 121a Cst. lui en donne désormais l'instruction. Il est donc tenu de prévoir ces critères d'admission lorsqu'il légifère en la matière. Il n'est toutefois pas lié par les critères du droit en vigueur et peut s'en écarter.

La question se pose de savoir si ces critères doivent s'appliquer à toutes les autorisations de séjour entrant dans le champ d'application de la norme ou seulement aux autorisations délivrées aux étrangers exerçant une activité lucrative. D'un point de vue systématique, le fait que ces critères soient énoncés uniquement dans l'alinéa 3 qui crée une catégorie spéciale d'étrangers (les étrangers exerçant une activité lucrative) peut laisser penser que ces critères ne s'appliquent qu'à cette catégorie. Il en est ainsi, par définition, du critère relatif à la demande de l'employeur. S'agissant du deuxième critère, dans la mesure où le terme "revenu" est utilisé, on pourrait également en conclure que la disposition prévoit que ce critère s'applique aux personnes qui reçoivent un salaire et donc aux personnes qui exercent une activité lucrative. La version allemande de la norme utilise toutefois l'expression "ausreichende, eigenständige Existenzgrundlage" ce qui semble exclure que les moyens financiers doivent provenir exclusivement d'une activité lucrative. Quant au critère de l'intégration, hormis le fait qu'il n'est mentionné que dans cet alinéa, rien ne permet de penser qu'il serait applicable uniquement aux demandes d'autorisations des personnes exerçant une activité lucrative. Il n'est donc 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. Dès lors, rien n'empêche le législateur d'utiliser certains de ces critères, s'ils s'y prêtent, pour l'octroi d'autorisations de séjour d'étrangers n'exerçant pas d'activité lucrative.

En revanche, l'art. 121a Cst. n'habiliterait pas le législateur à prévoir des exceptions aux conditions d'admission, à l'instar de la législation en vigueur (cf. art. 30 LEtr).

9. Umgang mit neuen und bestehenden völkerrechtlichen Verträgen

9.1 Vorbemerkungen

Nach Art. 121a Abs. 4 BV dürfen keine völkerrechtlichen Verträge abgeschlossen werden, die gegen Art. 121a BV verstossen. Gemäss Art. 197 Ziff. 9 Abs. 1 BV sind völkerrechtliche Verträge, die Art. 121a BV widersprechen, innert drei Jahren neu zu verhandeln und anzupassen. Gegenstand von Art. 121a Abs. 4 und Art. 197 Ziff. 9 Abs. 1 BV sind die *völkerrechtlichen Verträge* der Schweiz, die mit der neuen Verfassungsbestimmung im Konflikt stehen oder zukünftig stehen könnten. Tangiert wird damit ein Aspekt der auswärtigen Angelegenheiten und, damit verbunden, die Kompetenz des Bundes zum Abschluss von völkerrechtlichen Verträgen.

9.2 Begriff des völkerrechtlichen Vertrags

Art. 121a Abs. 4 BV ist hinsichtlich seines Gegenstands («völkerrechtliche Verträge») offen formuliert. Derselbe Begriff findet sich an mehreren anderen Stellen in der Verfassung. Es ist von einem weiten Anwendungsbereich auszugehen. Nach herrschender Lehre gilt als völkerrechtlicher Vertrag jede ausdrückliche oder durch konkludente Handlung zustande gekommene Willensübereinkunft zwischen zwei oder mehreren Staaten oder anderen Völkerrechtssubjekten, durch welche völkerrechtliche Rechte und Pflichten begründet werden. Dabei ist nicht ausschlaggebend, welchen Titel der Vertrag trägt. Gebräuchliche Bezeichnungen sind neben «völkerrechtlicher Vertrag» etwa «Abkommen», «Vereinbarung», «Übereinkommen», «Übereinkunft», «Protokoll», «Zusatzprotokoll». Aber auch Briefwechsel und Notenaustausche sind nach Massgabe ihres Inhalts als völkerrechtlicher Vertrag zu qualifizieren.

Konkret fallen unter den Begriff des völkerrechtlichen Vertrags:

- Bilaterale und multilaterale Verträge zwischen der Schweiz und einem oder mehreren anderen Staaten i.S.v. Art. 2 Abs. 1 Bst. a Wiener Übereinkommen über das Recht der Verträge (VRK)²⁹;
- Verträge zwischen der Schweiz und internationalen Organisationen, d.h. Gründungsverträge, Beitrittsverträge und im Rahmen dieser internationalen Organisationen angenommene Verträge (vgl. Art. 5 VRK).

Demgegenüber stellen namentlich Rechtsgeschäfte und politische Absichtserklärungen ohne rechtlichen Bindungswillen (oft als *Memorandum of Understanding (MOU)* bezeichnet) keine völkerrechtlichen Verträge im Sinne der Verfassungsbestimmung dar.³⁰

9.3 Begriff des Abschlusses

Gemäss Art. 121a Abs. 4 BV dürfen keine neuen der Bestimmung zuwiderlaufenden Verträge *abgeschlossen* werden. Adressaten der Bestimmung sind die Bundesbehörden.

Unter dem Begriff des *Abschlusses* ist zu verstehen:

- Die *Genehmigung* und gegebenenfalls (sofern im völkerrechtlichen Vertrag vorgesehen) die *Ratifikation* oder bei multilateralen Verträgen der *Beitritt*, wenn nach Art. 166 Abs. 2 Satz 1 BV die Bundesversammlung für die Genehmigung des völkerrechtlichen Vertrags zuständig ist; oder
- Die *Unterzeichnung* und gegebenenfalls die *Ratifikation* im Falle der selbständigen Vertragsabschlusskompetenz des Bundesrats nach Art. 166 Abs. 2 Satz 2 BV.

²⁹ Wiener Übereinkommen vom 23. Mai 1969 über das Recht der Verträge (VRK; SR 0.111).

³⁰ Les accords qui sont conclus par le Conseil fédéral en application de la loi sur l'Etat hôte avec des bénéficiaires institutionnels au sens de la LEH qui ne sont pas sujets de droit international ne tombent pas dans la catégorie des traités internationaux. Il y a néanmoins lieu de tenir compte de ces accords dans le cadre de la définition des contingents et des procédures applicables lorsque le personnel des bénéficiaires institutionnels concernés est titulaire d'une autorisation délivrée en vertu du droit des étrangers.

Der oder gegebenenfalls die für den Abschluss jeweils als massgebend erachteten Verfahrensschritte umfassen somit sowohl das innerstaatliche als auch das völkerrechtliche Element.

Das bedeutet für das innerstaatliche Verfahren:

- Die Bundesversammlung genehmigt den völkerrechtlichen Vertrag in der Form eines Bundesbeschlusses. In zeitlicher Hinsicht ergeht dieser zwischen der (sog. einfachen) Vertragsunterzeichnung und der Ratifikation bzw. der Beitrittserklärung, welche vom Bundesrat vorgenommen werden. Der Bundesbeschluss betrifft den völkerrechtlichen Vertrag als Ganzes; die Bundesversammlung kann ihn genehmigen oder die Genehmigung verweigern.³¹ Erst nach der Genehmigung eines völkerrechtlichen Vertrags durch das Parlament kann der Bundesrat den Vertrag ratifizieren. Für den so verstandenen Abschlussbegriff nicht relevant ist, ob ein völkerrechtlicher Vertrag dem fakultativen oder obligatorischen Staatsvertragsreferendum unterliegt (referendumsfähig ist der parlamentarische Genehmigungsbeschluss). Genehmigung und Ratifikation fallen aber in dieser Konstellation wegen der laufenden Referendumsabstimmung zeitlich auseinander oder es ergeht (für den Fall der Ablehnung des völkerrechtlichen Vertrags in der Volksabstimmung) keine Ratifikation.
- Nach Art. 166 Abs. 2, zweiter Satz BV i.V.m. Art. 7a Regierungs- und Verwaltungsorganisationsgesetz³² und Art. 24 Abs. 2 Parlamentsgesetz³³ kann ein Bundesgesetz oder ein von der Bundesversammlung genehmigter völkerrechtlicher Vertrag den Bundesrat zum selbstständigen Vertragsabschluss ermächtigen; Bundesverfassung und Gesetz verwenden hier ausdrücklich den Begriff *Abschluss* bzw. *conclusion*. Ist der Bundesrat für den Abschluss zuständig, so umfasst der Abschlussbegriff die Unterzeichnung des Vertrags durch den Bundesrat (oder eine vom ihm ermächtigte Person³⁴) als auch gegebenenfalls dessen Ratifikation, welche mit der Unterzeichnung zusammenfallen kann (auch «definitive» Unterzeichnung genannt).

Nach Art. 11 VRK sind verschiedene Formen der Äusserung des Bindungswillens möglich: die Unterzeichnung, der Austausch von Urkunden, die Annahme, die Genehmigung und der Beitritt.³⁵ Häufig ist die beidseitige Ratifikation zudem völkerrechtliche Inkraftretensvoraussetzung des Vertrags, wobei bei multilateralen Verträgen auch ein bestimmtes Quorum von Ratifikationen vertraglich festgelegt werden kann, bevor der Vertrag in Kraft tritt. Das Inkraft-

³¹ Mögliche (vorliegend inhaltliche kaum relevante) Sonderfälle umfassen die blosser Teilgenehmigung, die Genehmigung mit Vorbehalt, die Rückweisung an den Bundesrat mit der Anweisung, bestimmte Anpassungen im Vertrag anzustreben sowie den Auftrag an den Bundesrat, einen bestimmten Vorbehalt zum Staatsvertrag abzugeben, wonach z.B. eine einseitige Erklärung abzugeben ist, dass die Rechtswirkungen einzelner Vertragsbestimmungen auf die Schweiz nicht oder in abgeänderter Form anwendbar sind.

³² Regierungs- und Verwaltungsorganisationsgesetz vom 21. März 1997 (RVOG; SR 172.010).

³³ Bundesgesetz vom 13. Dezember 2002 über die Bundesversammlung (Parlamentsgesetz, ParlG; SR 171.10).

³⁴ Entsprechendes gilt im Falle der Delegation der Abschlusskompetenz an untergeordnete Verwaltungseinheiten, z.B. ans Departement oder Bundesamt.

³⁵ Art. 2 Abs. 1 Bst. b VRK.

treten wie auch die Inkraftsetzung des völkerrechtlichen Vertrags sind indessen für den Begriff des Abschlusses im Sinne des Art. 121a Abs. 4 BV nicht entscheidend.

Der so verstandene *Abschluss* völkerrechtlicher Verträge bedeutet, dass Art. 121a Abs. 4 BV es dem Bundesrat theoretisch erlauben könnte, die folgenden Schritte zu unternehmen:

1. *Vertragsverhandlungen* über völkerrechtliche Verträge, die Art. 121a BV widersprechen. Dies umfasst sämtliche Phasen der Verhandlung (Instruktion, Inhaltsgebung, Ermächtigung zur Unterzeichnung);
2. *Paraphierung* eines völkerrechtlichen Vertrags (Art. 10 VRK), der (potentiell) gegen Art. 121a BV verstösst. Mit der Paraphierung, also der Initialisierung durch die Verhandlungsleitung, wird der Vertragstext als authentisch und endgültig festgelegt (Art. 10 Bst. b VRK), womit die Verhandlungen als abgeschlossen und der Vertragstext als angenommen gelten;
3. *Unterzeichnung* eines (potentiell) verfassungswidrigen völkerrechtlichen Vertrags im Hinblick auf den parlamentarischen Genehmigungsbeschluss (wenn die Bundesversammlung für die Genehmigung des völkerrechtlichen Vertrags zuständig ist (einfache Unterzeichnung)).

Solche Schritte sind allerdings weder völkerrechtlich (Prinzip von Treu und Glauben; völkerrechtliches *Estoppel* und *culpa in contrahendo*) noch landesrechtlich zulässig, wenn damit gerechnet werden muss, dass die Einhaltung des völkerrechtlichen Vertrags und seine Umsetzung nicht oder nicht vollständig gewährleistet werden kann. Denn mit der Paraphierung würde die Schweiz signalisieren, dass sie willens ist, das vertragliche Abschlussverfahren mit dem Ziel der Unterzeichnung und Ratifikation weiterzuführen. Noch problematischer wäre entsprechend die (einfache) Unterzeichnung des Vertrags: Hierbei würde die Schweiz sich darüber hinaus verpflichten, nichts zu unternehmen, was Ziel und Zweck des Vertrags vor seinem Inkrafttreten vereiteln könnte (Art. 18 Bst. a VRK). Aus verfassungsrechtlicher Sicht würden sich solche Schritte deshalb allenfalls dann rechtfertigen, wenn sich abzeichnet, dass das widersprechende Landesrecht, *in casu* die Verfassung, noch vor der Genehmigung des völkerrechtlichen Vertrags durch die Bundesversammlung angepasst wird. Hierzu ist anzumerken, dass die Bundesversammlung Verfassungsänderungen, die der Umsetzung des Vertrags dienen, in Anwendung von Art. 141a Abs. 1 BV auch in den Genehmigungsbeschluss aufnehmen und der Konflikt Landesrecht-Völkerrecht unter Umständen simultan aufgehoben werden kann. Dieser Beschluss untersteht dann seinerseits dem obligatorischen Referendum.

Nicht als Abschluss im Sinne von Art. 121a Abs. 4 BV gilt im Übrigen die *vorläufige Anwendung* eines völkerrechtlichen Vertrags. Jedoch muss die vorläufige Anwendung eines völkerrechtlichen Vertrags, bei dem bereits absehbar ist, dass er nicht abgeschlossen werden kann, als unzulässig betrachtet werden. Die vorläufige Anwendung des Vertrags würde zudem bereits die völkerrechtliche Bindungswirkung für die Schweiz auslösen und damit die Verfassungsbestimmung unterlaufen.

9.4 Begriffe des Neuverhandelns und Anpassens (Art. 197 Ziff. 9 Abs. 1 BV)

Nach Art. 197 Ziff. 9 Abs. 1 BV sind völkerrechtliche Verträge, die Art. 121a widersprechen, innerhalb von drei Jahren nach dessen Annahme durch Volk und Stände neu zu verhandeln und anzupassen. Adressat dieser Bestimmung ist der Bundesrat, in dessen ausserpolitische Kompetenz die Aushandlung internationaler Verträge fällt (Art. 184 Abs. 1 BV). Die Verfassungsbestimmung erteilt ihm einen klaren Auftrag (die betroffenen Verträge anzupassen) und setzt fest, mit welchem Mittel (durch Neuverhandlung) und innert welcher Frist (drei Jahre) dieser zu erfüllen ist.

Inhaltlich ist die Bestimmung so zu verstehen, dass ein Vertrag dann *neu verhandelt* ist, wenn der geänderte Vertragstext von beiden Vertragsparteien paraphiert ist (vgl. Art. 10 Bst. b VRK, wonach die Vertragsverhandlungen mit der Paraphierung abgeschlossen sind und der Vertragstext als angenommen gilt). *Angepasst* ist er dann, wenn die dem Verfassungstext widersprechenden Bestimmungen entfernt bzw. in verfassungskonformer Weise geändert worden sind.

In zeitlicher Hinsicht stellt sich, insbesondere mit Blick auf den Begriff des *Anpassens*, die Frage, bis wann welche Verfahrensetappe erfolgt sein muss, damit die Dreijahresfrist als eingehalten gilt. Mehrere Auslegungen sind möglich:

- Eine restriktive Auslegung setzt den Begriff *angepasst* gleichbedeutend mit *abgeschlossen* (zu diesem Begriff siehe Ziff. 9.3). Dies würde bedeuten, dass der revidierte völkerrechtliche Vertrag bis am 9. Februar 2017 genehmigt bzw. unterzeichnet und gegebenenfalls ratifiziert sein muss (siehe dazu Ziff. 9.3), damit der Bundesrat den Verfassungsauftrag rechtzeitig erfüllt hat. Bei dieser engen Auslegung ist nicht auszuschliessen, dass sie in der praktischen Auswirkung eine «objektive Unmöglichkeit» der Fristeinhaltung bewirkt. Die Einhaltung der Frist ist auch von den Verhandlungspartnern, von der Bundesversammlung und allenfalls vom Volk abhängig.
- Nach einer breiteren Auslegung kann der Begriff *angepasst* so verstanden werden, dass der völkerrechtliche Vertrag bis zum Stichtag von beiden Parteien *unterzeichnet* sein muss (zu diesem Begriff siehe Ziff. 9.3) sein muss, damit der Bundesrat den Verfassungsauftrag rechtzeitig erfüllt hat.

9.5 Begriffe des Verstosses und des Widerspruchs und ihre Rechtsfolgen

Ein Vertrag läuft Art. 121a BV zuwider, wenn er mit Ziel und Zweck dieser Bestimmung nicht vereinbar ist.³⁶ Wie oben unter Ziff. 3.2.1 und 3.2.2 ausgeführt, kennt die neue Verfassungsbestimmung zwei Hauptziele: *Erstens* die eigenständige (autonome) Steuerung der Zuwanderung und *zweitens* die Begrenzung der Zuwanderung von Ausländerinnen und Auslän-

³⁶ Was die Abweichung im deutschen Wortlaut in Art. 121a Abs. 4 BV gegenüber Art. 197 Ziff. 9 BV (gegen Art. 121a BV *verstossen*; Art. 121a BV *widersprechen*) betrifft, so können im Rahmen einer systematischen, historischen und teleologischen Auslegung keine Hinweise dafür ausfindig gemacht werden, wonach die unterschiedliche Formulierung bedeutete, dass eine Differenzierung zu erfolgen hat. Die französische und italienische Textfassung verwenden denn auch beide Male denselben Begriff (*contraire* bzw. *contraddictono*).

dern. Das bedeutet, dass völkerrechtliche Verträge, welche die von der Verfassung verlangte autonome Steuerung und Begrenzung der Zuwanderung verunmöglichen, grundsätzlich verfassungswidrig sind. Ermittelt wird der Normwiderspruch im Rahmen der Gegenüberstellung der Verfassungsinterpretation nach den unter Ziff. 2 genannten Grundsätzen einerseits und der Vertragsauslegung entsprechend den allgemeinen Regeln des Völkerrechts (Art. 26–38 VRK) andererseits.

Hinsichtlich bestehender völkerrechtlicher Verträge (Art. 197 Ziff. 9 Abs. 1 BV) wird im Sinne einer Arbeitshypothese mit einer Kategorisierung in A, B und C gearbeitet, wie sie in der Arbeitsgruppe «Auswirkungen der Masseneinwanderungsinitiative auf die völkerrechtlichen Verträge der Schweiz» vorgeschlagen wurde:

- *Kategorie A:* Es besteht ein *offensichtlicher Normkonflikt* zwischen der Verfassung und dem völkerrechtlichen Vertrag. Nach Art. 197 Ziff. 9 Abs. 1 BV sind solche Verträge innerhalb von drei Jahren nach der Annahme der neuen Verfassungsbestimmung durch Volk und Stände neu zu verhandeln und anzupassen (*Neuverhandlungs- und Anpassungsgebot*). Das bedeutet, dass sämtliche völkerrechtlichen Verträge, die klarerweise im Widerspruch zur neuen Verfassung stehen entsprechend den neuen verfassungsrechtlichen Vorgaben vom Bundesrat neu zu verhandeln und anzupassen sind (Ziff. 9.4).
- *Kategorie B:* Es besteht ein *potentieller Normkonflikt* zwischen der Verfassung und dem völkerrechtlichen Vertrag. Bei dieser Kategorie ist im Einzelfall zu prüfen, ob der Normkonflikt im Rahmen der Auslegung oder der Umsetzung beseitigt werden kann:
 - Gelingt die Beseitigung des Konflikts im Rahmen der Auslegung, so fällt der Vertrag in die Kategorie C.
 - Kann hingegen der Normkonflikt nur im Rahmen der Umsetzung – etwa durch die Ansetzung genügend hoher Kontingente – entschärft werden, so verbleibt der Vertrag in der Kategorie B.
 - Kann der Normkonflikt weder im Rahmen der Auslegung noch im Rahmen der Umsetzung beseitigt werden, so fällt der betreffende Vertrag in die Kategorie A.

Der besonderen Stellung völkerrechtlicher Verträge, die dauerhaft in der Kategorie B verbleiben, ist im Rahmen der Umsetzung der Verfassungsbestimmung gebührend Rechnung zu tragen. Durch eine entsprechende «Bewirtschaftung» dieser Verträge können allfällige Einzelfallkonflikte vollständig vermieden und die Kompatibilität langfristig sichergestellt werden. Völkerrechtliche Sanktionen und Kompensationsmassnahmen oder Entschädigungsleistungen, die im betroffenen Vertrag vorgesehen sind, wären damit mangels Vorliegen einer Vertragsverletzung ausgeschlossen.

- *Kategorie C:* Es besteht *kein Normkonflikt* zwischen der Verfassung und dem völkerrechtlichen Vertrag. Diese Kategorie von Verträgen ist von Art. 197 Ziff. 9 Abs. 1 BV nicht erfasst.

Für den Fall, dass die Neuverhandlung und Anpassung eines völkerrechtlichen Vertrags der Kategorie A scheitert – sei es, weil Neuverhandlungen objektiv nicht möglich sind, z.B. weil der Vertragspartner nicht willens ist zu verhandeln, oder weil die Anpassung

nicht erfolgen kann, weil keine verfassungskonforme Einigung erzielt wird –, besteht ein andauernder Konflikt zwischen dem völkerrechtlichem Vertrag und der Verfassung. Es wird deshalb im konkreten Fall zu prüfen sein, ob und wie der Normkonflikt ausgeräumt werden kann (Kündigung des völkerrechtlichen Vertrags³⁷, Anpassung des Landesrechts). Der Entscheid über eine allfällige Kündigung ist in Kenntnis der konkreten Umstände zu treffen. Erfolgt keine Kündigung, bleibt der betreffende völkerrechtliche Vertrag gültig und anwendbar (Art. 27 VRK).

10. Fristgebundener Auftrag zum Erlass von Ausführungsvorschriften

10.1 Umfassende Gesetzgebungskompetenz des Bundes und Verteilung der Rechtsetzungslast

Art. 121a Abs. 5 BV übernimmt eine in der Bundesverfassung verbreitete Terminologie, wonach das «Gesetz die Einzelheiten [zur Umsetzung der verfassungsrechtlichen Zielvorgaben] regelt.» Der Bund wird damit ermächtigt, alle bei der Umsetzung von Art. 121a BV aufscheinenden Rechtsfragen bis in die Einzelheiten erschöpfend zu beantworten. Mit Art. 121a BV verfügt der Bund nun im Sachbereich der Zuwanderungssteuerung über eine ausschliessliche Kompetenz mit ursprünglich derogierender Wirkung.

Art. 121a BV enthält mehrere offene und unbestimmte Begriffe. Diese zu konkretisieren ist unabhängig von Art. 121a Abs. 5 BV Aufgabe des Gesetzgebers. So betrachtet ist Art. 121a Abs. 5 BV an sich entbehrlich.

Trotz des Wortlauts in Art. 121a Abs. 5 BV sollte das Gesetz nicht die «Einzelheiten», sondern nach Massgabe von Art. 164 Abs. 1 BV das «Wichtige» regeln. Jedenfalls lässt die Formulierung in Art. 121a Abs. 5 BV die Kompetenz des Bundesrats zum Erlass von Ausführungsvorschriften in der Form von der Vollzugsverordnung unberührt (Art. 182 Abs. 2 BV). Ferner kann der Gesetzgeber nach den üblichen Grundsätzen den Bundesrat zum Erlass gesetzesvertretenden Ordnungsrechts ermächtigen.

Ob das Ausführungsgesetz dringlich erklärt und sofort in Kraft gesetzt werden kann, ist nach Massgabe von Art. 165 BV zu beurteilen. Die in Art. 197 Ziff. 9 Abs. 2 BV enthaltene Dreijahresfrist begründet für sich alleine noch keine zeitliche und sachliche Dringlichkeit im Sinne von Art. 165 Abs. 1 BV.

³⁷ Art. 197 Ziff. 9 Abs. 1 BV sieht die Kündigung nicht vor. Die Schweiz ist weder verfassungsrechtlich noch gemäss den anerkannten Prinzipien des Völkerrechts zur Kündigung eines Abkommens verpflichtet, wenn diese Verpflichtung nicht explizit im Abkommen vorgesehen ist. Vgl. demgegenüber den Initiativtext der Ecopop-Initiative, wonach die betreffenden völkerrechtlichen Verträge nötigenfalls zu kündigen sind (Abs. 2 der vorgeschlagenen neuen Übergangsbestimmung zu Art. 73a BV [Bevölkerungszahl]).

10.2 Dreijahresfrist für den Gesetzgeber und subsidiäre Pflicht des Bundesrats zum Erlass vorübergehenden Verordnungsrechts

Art. 121a Abs. 5 BV steht im engen Zusammenhang mit Art. 197 Ziff. 9 Abs. 2 BV; diese Norm bezweckt die rasche Umsetzung der neuen Verfassungsbestimmungen. Bundesrat und Bundesversammlung müssen das Nötige unternehmen, damit innert drei Jahren nach Annahme von Art. 121a BV, das heisst bis spätestens am 9. Februar 2017, die Ausführungsgesetzgebung in Kraft treten kann.

Demgegenüber hält beispielsweise Art. 197 Ziff. 8 BV fest, dass der Gesetzgeber innert fünf Jahren die nötigen Gesetzesänderungen zur Umsetzung von Art. 121 Abs. 3–6 zu *erlassen* hat. Massgebend für die Einhaltung dieser Fünfjahresfrist ist demnach die Schlussabstimmung in der Bundesversammlung.

Die Rechtsetzungszuständigkeiten bestimmen sich ferner danach, ob die Dreijahresfrist gemäss Art. 197 Ziff. 9 Abs. 2 BV eingehalten werden kann:

- Hält der Gesetzgeber die Dreijahresfrist ein, so fällt die in Art. 197 Ziff. 9 Abs. 2 BV enthaltene Ermächtigung an den Bundesrat zum vorübergehenden Erlass ausführenden Verordnungsrechts dahin. Art. 197 Ziff. 9 Abs. 2 BV macht ferner deutlich, dass es bis am 9. Februar 2017 ausschliesslich dem Gesetzgeber obliegt, Ausführungsbestimmungen zu erlassen. Der Bundesrat darf innerhalb von drei Jahren seit Annahme der neuen Verfassungsbestimmungen kein (verfassungsunmittelbares) Verordnungsrecht zur Ausführung von Art. 121a BV erlassen. Die neue Verfassungsbestimmung lässt auch keinen Raum für allfällige «Sofortmassnahmen», die der Bundesrat unmittelbar nach Annahme durch Volk und Stände auf dem Verordnungsweg erlassen sollte.³⁸
- Wird die Dreijahresfrist nicht eingehalten, so gilt Folgendes:
 - Der Bundesrat muss rechtzeitig tätig werden, damit er die Ausführungsbestimmungen zu Art. 121a BV in der Form der Rechtsverordnung auf den 9. Februar 2017 in Kraft setzen kann. Allerdings enthält weder Art. 197 Ziff. 9 Abs. 2 BV noch eine andere Verfassungsbestimmung eine Sanktionsvorschrift, falls der Bundesrat diese Pflicht nicht rechtzeitig erfüllt.
 - Das entsprechende Verordnungsrecht des Bundesrats gilt *nur «vorübergehend»*; das Parlament bleibt in der Pflicht die nötigen Gesetzesänderungen vorzunehmen und damit das bundesrätliche Verordnungsrecht (rasch) abzulösen.
 - Die Gründe für ein allfälliges Verstreichen der Dreijahresfrist sind unerheblich. Namentlich aktiviert sich Rechtsetzungspflicht des Bundesrats unabhängig davon, in welchem Stadium sich die nicht rechtzeitig in Kraft getretene Gesetzesvorlage am 9. Februar 2017 befindet (z.B. parlamentarische Phase, laufende Referendumsfrist, angesetzte aber noch nicht durchgeführte Referendumsabstimmung). Auch wenn das Stimmvolk in der Referendumsabstimmung den Gesetzesbeschluss verwirft, muss der Bundesrat vorübergehend Verordnungsrecht erlassen.

³⁸ Vgl. dazu Ziff. 4 der Interpellation der SVP-Fraktion (14.3032; Rasche Umsetzung der neuen Verfassungsbestimmung zur Begrenzung der Zuwanderung) und Ziff. 1 der Interpellation Minder (14.3027; Annahme der Volksinitiative gegen Masseneinwanderung. Wie weiter?).

Freundliche Grüsse


Bundesamt für Justiz BJ


A handwritten signature in blue ink, consisting of several fluid, connected strokes that form a cursive representation of the name Martin Dumermuth.


Martin Dumermuth
Direktor


Annexe : Champ d'application personnel de l'art. 121a Cst.

Séjour	<p>Visas Touristes Prestataires de services (séjour de moins de 8 jours)</p>	<p>Autorisation de courte durée Kurzaufenthaltsbewilligung</p> <p>durée très limitée</p> <p>L maximum une année</p> <p>plus d'une année</p>	<p>B ★</p> <p>Autorisation de séjour Aufenthaltsbewilligung</p>	<p>C ★</p> <p>Autorisation d'établissement Niederlassungsbewilligung</p>
Asile	<p>N Requérants Asylsuchende</p>	<p>F ★</p> <p>Admission provisoire Vorläufig Aufgenommene</p>	<p>S</p> <p>Personnes à protéger Schutzbedürftige</p>	
Frontaliers	<p>G</p>			
Personnes accompagnant les titulaires d'une carte DFAE	<p>Ci (avec activité lucrative)</p>			
Diplomatie et certaines organisations internationales	<p>Carte DFAE</p>			

 n'entre pas dans le champ d'application de l'art. 121a Cst.

 entre éventuellement dans le champ d'application de l'art. 121a Cst.

 entre dans le champ d'application de l'art. 121a Cst.

 pourrait être exclu du champ d'application de l'art. 121a Cst. s'il s'agit d'un changement de statut après immigration.