

Stefan G. Schmid

Verletzen die «Bilateralen III» Art. 121a Abs. 4 BV?

Eine Kurzreplik

Im «Jusletter» vom 18. Mai 2026 wandten sich zehn Autorinnen und Autoren in einem gemeinsamen Beitrag gegen Stimmen, die in der laufenden Diskussion über die «Bilateralen III» einen Konflikt zwischen dem Änderungsprotokoll zum Freizügigkeitsabkommen mit der Europäischen Union und Art. 121a Abs. 4 BV geltend machen. Der vorliegende Beitrag zeigt Schwächen in der Argumentation der Autorinnen und Autoren auf und erläutert die anlässlich der öffentlichen Anhörung der Staatspolitischen Kommission des Ständerates vom 27. März 2026 vom Verfasser vorgenommene Auslegung, wonach Art. 121a Abs. 4 BV neue Zuwanderungsrechte auch dann untersagt, wenn sie eine zahlenmässig geringfügige Personengruppe betreffen.

Beitragsart: Beiträge

Rechtsgebiete: Europarecht, Staatsrecht, Verfassungsrecht

Zitiervorschlag: Stefan G. Schmid, Verletzen die «Bilateralen III» Art. 121a Abs. 4 BV?, in: Jusletter 3. August 2026

Inhaltsübersicht

1. Einleitung
2. Untersagt Art. 121a Abs. 4 BV nur «neue Zuwanderungsrechte für eine zahlenmässig bedeutsame Personengruppe»?
 - 2.1. Auslegung nach «Gesamtzusammenhang» und «Zielsetzungen» statt nach Wortlaut?
 - 2.2. «Einhellige Lehre»?
 - 2.3. «Konstante Praxis»?
3. Schlussbetrachtung

1. Einleitung

[1] Nicht weniger als zehn Kolleginnen und Kollegen (unter-)schrieben im «Jusletter» vom 18. Mai 2026 gemeinsam einen Beitrag zur Frage der Vereinbarkeit der ausgehandelten Änderungen des Personenfreizügigkeitsabkommens Schweiz-EU (FZA) mit der Bundesverfassung.¹ Ihr Ergebnis lautet: Das Änderungsprotokoll zum FZA fällt nicht unter Art. 121a Abs. 4 BV². Die «Bilateralen III» verletzen den «Zuwanderungsartikel» 121a BV nicht.³

[2] Während sie sich zur Frage der dynamischen Rechtsübernahme, die im Hinblick auf die eigenständige Steuerung der Zuwanderung bzw. die Verfassungsmässigkeit des Änderungsprotokolls zum FZA ebenfalls bedeutsam ist,⁴ nicht äussern, halten sie in der Hauptsache dafür, Art. 121a Abs. 4 BV betreffe

- «nur Verträge, welche die Zuwanderung im Sinne von *neu* in die Schweiz kommenden Personen regeln» (Erstzuwanderungen);
- «nur neue Zuwanderungsrechte für eine *zahlenmässig bedeutsame* Personengruppe».⁵

[3] Der zweite Punkt bezieht sich auf die Argumentation des Verfassers anlässlich der öffentlichen Anhörung der Staatspolitischen Kommission des Ständerates (SPK-S) vom 27. März 2026 zur Referendumsfrage.⁶ Spät genug wird jetzt doch noch eine Diskussion über die Frage der Verfassungsmässigkeit der «Bilateralen III» geführt. Nachdem die SPK-S und ihre Schwesterkommission im Nationalrat (SPK-N) am 5. bzw. 21. Mai 2026 beschlossen hatten, eine entsprechende parlamentarische Initiative (pa.Iv.) auszuarbeiten,⁷ legte die SPK-S bereits am 29. Juni 2026

¹ ALBERTO ACHERMANN/VÉRONIQUE BOILLET/MARTIN DUMERMUTH/ASTRID EPINEY/MAYA HERTIG RANDALL/FRANCESCO MAIANI/ANDREAS TH. MÜLLER/BENEDIKT PIRKER/CHRISTA TOBLER/PETER UEBERSAX, Verletzen die Bilateralen III den Zuwanderungsartikel der Bundesverfassung?, in: Jusletter 18. Mai 2026.

² Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV; SR 101).

³ ACHERMANN u.a. (Fn. 1), Rz. 29.

⁴ Vgl. dazu etwa ANDREAS GLASER, Die Volksabstimmung über das Paket Schweiz-EU (Bibliothek zur Zeitschrift für Schweizerisches Recht, Beiheft 69), Basel 2025, S. 44, und hinten Rz. 24.

⁵ ACHERMANN u.a. (Fn. 1), Rz. 16 (Hervorhebungen hinzugefügt); vgl. auch Rz. 17.

⁶ Vgl. <https://www.youtube.com/watch?v=H7a0pJ-VPjA>. Einzelne Ausführungen, die der Verfasser anlässlich dieser öffentlichen Anhörung gemacht hat, werden hier noch einmal aufgegriffen. Sie werden auch im Bericht der SPK-S vom 29. Juni 2026 zur pa.Iv. (26.425) «Verfassungsanpassung betreffend die Bilateralen III» referiert.

⁷ Pa.Iv. SPK-S (26.425) «Verfassungsanpassung betreffend die Bilateralen III» vom 5. Mai 2026; pa.Iv. SPK-N (26.427) «Verfassungsanpassung betreffend die Bilateralen III» vom 21. Mai 2026. Dagegen stimmte die Aussenpolitische Kommission des Nationalrates (APK-N) am 2. Juni 2026 dem Beschluss der SPK-S nicht zu (Medienmitteilung der APK-N vom 2. Juni 2026).

den Entwurf für eine Änderung der Bundesverfassung vor.⁸ Obwohl ein möglicher Verfassungskonflikt und entsprechender Verfassungsänderungsbedarf schon seit Langem absehbar waren,⁹ drehte sich die Verfassungsdiskussion spätestens seit dem Gutachtensauftrag des Bundesrates an das EJPD vom 8. März 2024 zur «Referendumpflichtigkeit des mutmasslichen Ergebnisses der laufenden Verhandlungen» – in falscher Prioritätenordnung – fast ausschliesslich um das «ungeschriebene» obligatorische Staatsvertragsreferendum «sui generis».¹⁰

[4] Die Autorinnen und Autoren des Diskussionsbeitrags wenden sich mit ihrer Kritik gegen «zwei Argumentationslinien zur Verletzung von Art. 121a Abs. 4 BV»,¹¹ die – so das Fazit – «nicht nur im Widerspruch zur [bis anhin] [...] einhelligen Lehre und konstanten Praxis stehen», sondern «insbesondere einer näheren Prüfung nicht standhalten» würden:

«Sie beruhen auf einer selektiven und den Gesamtzusammenhang der Vorschrift bzw. deren Zielsetzungen nicht bzw. ungenügend berücksichtigenden Bezugnahme auf Teile des Wortlautes – möglicherweise mit dem einzigen Ziel, einen zuwanderungsrechtlichen Ansatzpunkt zu finden, damit der Stabilisierungsteil der Bilateralen III dem obligatorischen Referendum unterstellt werden müsste.»¹²

[5] Die im Diskussionsbeitrag dargelegten Argumente sollen nun ihrerseits einer kurzen Prüfung unterzogen werden. Es versteht sich von selbst, dass es dabei allein um *verfassungsrechtliche* Gesichtspunkte gehen kann. Der im vorstehenden Zitat angedeutete Vorwurf politisch motivierter Argumentation liesse sich, träfe er zu, nur allzu leicht an die Absenderinnen und Absender zurückspielen.

[6] Wenn die Autorinnen und Autoren kritisieren, die «zwei Argumentationslinien» würden zugunsten von «Teile[n] des Wortlauts» «den Gesamtzusammenhang der Vorschrift bzw. deren Zielsetzungen nicht bzw. ungenügend» berücksichtigen,¹³ so nehmen sie umgekehrt für sich in Anspruch, Gesamtzusammenhang¹⁴ und Zielsetzungen¹⁵ einzubeziehen. Entsprechend kommen sie gestützt auf systematische, am Grundsatz der praktischen Konkordanz ausgerichtete, sowie teleologische Überlegungen und in Übereinstimmung mit dem Bundesrat zum Schluss, dass die im Rahmen des Änderungsprotokolls zum FZA neu vorgesehenen Statusänderungen bei den Aufenthaltsrechten nicht zu berücksichtigen seien, weil es sich um keine «Erstzuwanderung» handle, und dass die durch das Änderungsprotokoll zum FZA zu erwartende bloss geringfügige Zahl neu Zuwandernder bzw. Zuwanderungsberechtigter dazu führe, dass Art. 121a Abs. 4 BV nicht greife.¹⁶

⁸ Bundesbeschluss über die Abkommen über die Stabilisierung der Beziehungen zwischen der Schweiz und der EU (Bilaterale III), Vorlage 1, Entwurf; Bericht der SPK-S vom 29. Juni 2026 (Fn. 6).

⁹ Vgl. STEFAN G. SCHMID, Das «ungeschriebene» obligatorische Staatsvertragsreferendum. Verfassungsrechtliche Würdigung im Hinblick auf eine Abstimmung über die zurzeit verhandelten bilateralen Verträge Schweiz-EU, ZBl 125/2024, S. 519 ff., 549.

¹⁰ Bundesamt für Justiz, Das Staatsvertragsreferendum im Bundesverfassungsrecht. Rechtliche Übersicht und Analyse vom 27. Mai 2024, insbes. S. 3, 4 ff., abrufbar unter <https://www.bj.admin.ch/de/rechtliche-uebersicht-und-analyse-des-bundesamtes-fuer-justiz-vom-27-mai-2024>.

¹¹ ACHERMANN u.a. (Fn. 1), Ziff. II.

¹² ACHERMANN u.a. (Fn. 1), Rz. 26.

¹³ ACHERMANN u.a. (Fn. 1), Rz. 26.

¹⁴ ACHERMANN u.a. (Fn. 1), Rz. 10, 19 f.

¹⁵ ACHERMANN u.a. (Fn. 1), Rz. 11, 13 ff., 23.

¹⁶ ACHERMANN u.a. (Fn. 1), Rz. 27 f.

2. **Untersagt Art. 121a Abs. 4 BV nur «neue Zuwanderungsrechte für eine zahlenmässig bedeutsame Personengruppe»?**

2.1. **Auslegung nach «Gesamtzusammenhang» und «Zielsetzungen» statt nach Wortlaut?**

[7] Diese systematisch-teleologische Auslegung ist vor allem mit Blick auf den letzteren Punkt, also die «Bedeutung der Grösse der berechtigten Personengruppen»¹⁷ zu hinterfragen. Die Autorinnen und Autoren des Diskussionsbeitrags halten dafür, dass Neuzuwanderungsrechte für eine zahlenmässig bloss geringfügige Personengruppe trotz Art. 121a Abs. 4 BV möglich seien. Die eigenständige Steuerung der Zuwanderung nach Abs. 1 werde (faktisch) nicht infrage gestellt, weshalb entsprechende neue völkerrechtliche Verträge abgeschlossen werden dürften.¹⁸ Im Ergebnis wird also aufgrund einer allein an Abs. 1 von Art. 121a BV ausgerichteten Auslegung bloss danach gefragt, ob die Schweiz mit dem infrage stehenden Abkommen die Zuwanderung *tatsächlich* (nicht: rechtlich) noch eigenständig steuern kann oder nicht. Der Wortlaut von Abs. 2, der ganz klar die Instrumente dieser eigenständigen Steuerung benennt, wird damit schlicht «weginterpretiert»¹⁹. Was eine «tatsächliche» eigenständige Steuerung *ohne* diese Instrumente aber bedeuten soll, bleibt letztlich schleierhaft.

[8] Bei der Interpretation einer Verfassungsnorm ist – im Sinn der grammatikalischen Auslegung – grundsätzlich von deren Wortlaut auszugehen. Nur wenn «der *Text unklar* [ist]» oder «verschiedene Deutungen [zulässt]», ist nach dem wahren Sinn, der «wahren Tragweite» der Norm zu suchen.²⁰

[9] Die hier interessierenden Abs. 1, 2 und 4 von Art. 121a BV lauten nun wie folgt:

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. [...].*

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

[10] Wenn Abs. 4 verlangt, dass «keine völkerrechtlichen Verträge abgeschlossen werden [dürfen], die gegen diesen Artikel verstossen», so sind nicht nur die Vorgaben von Abs. 1, sondern (neben Abs. 3) auch diejenigen des hier interessierenden Abs. 2 einzuhalten. Entscheidend ist demnach, dass die Verfassungsbestimmung die *rechtliche* Möglichkeit der eigenständigen Steuerung durch jährliche Höchstzahlen und Kontingente für ausländerrechtliche Bewilligungen vorschreibt. Die von den Autorinnen und Autoren mit Blick auf Art. 121a BV insgesamt monierte «gewisse in-

¹⁷ ACHERMANN u.a. (Fn. 1), IV. 2. b).

¹⁸ ACHERMANN u.a. (Fn. 1), Rz. 23 f. und Rz. 27.

¹⁹ Vgl. auch HANSJÖRG SEILER, Obligatorisches Referendum für die «Bilateralen III»? in: Jusletter 15. September 2025, Rz. 64 (allgemein betr. die praktische Konkordanz).

²⁰ KASPAR EHRENZELLER, in: Bernhard Ehrenzeller/Patricia Egli/Peter Hettich/Peter Hongler/Benjamin Schindler/Stefan G. Schmid/Rainer J. Schweizer (Hrsg.), St. Galler Kommentar. Die schweizerische Bundesverfassung, 4. Aufl., St. Gallen 2023, Verfassungsinterpretation N 91, m.w.H. (Hervorhebung hinzugefügt).

haltliche Unbestimmtheit»²¹ besteht zumindest in Bezug auf Art. 121a Abs. 2 Satz 1 BV nicht. Im Gegenteil, der Wortlaut wird auch in der Literatur vielmehr als «unmissverständlich» und «eindeutig» bezeichnet.²² Es ist jedenfalls kein – juristischer(!) – Grund ersichtlich, weshalb unter Bezugnahme auf den «Gesamtzusammenhang» und die «Zielsetzungen» von Art. 121a BV nach einer anderen, «wahren Tragweite»²³ von Abs. 4 gesucht werden müsste und von dieser überaus klaren Vorgabe abgewichen werden könnte.

2.2. «Einhellige Lehre»?

[11] Ohne hier auf die «Auslegung gemäss der weit überwiegenden»²⁴, ja angeblich sogar «einhelligen Lehre»²⁵ im Einzelnen eingehen zu können, sei hier bloss festgehalten, dass sich die allgemeine Aussage, «wonach Art. 121a Abs. 4 BV nur auf Zuwanderungsrechte für eine zahlenmässig bedeutsame Personengruppe zielt»,²⁶ in der Literatur nur sehr vereinzelt findet.²⁷ Am weitesten geht soweit ersichtlich der «Basler Kommentar» zur Bundesverfassung, der festhält:

«Geht es um verfassungsrechtlich begründbare geringe Zuwanderungszahlen oder solche, die mit Ausgleichsmassnahmen kompensiert werden können, greift das Verbot von Art. 121a Abs. 4 mithin nicht. Sobald aber eine gewisse kritische Grenze erreicht wird bzw. konkret ein Kontrollverlust droht, ist der Vertragsabschluss untersagt.»²⁸

[12] Restriktiver fallen die Ausführungen im «St. Galler Kommentar» aus:

«Danach ist auf jeden Fall der Abschluss von Verträgen verboten, die zu einem grundsätzlichen, auch in der Rechtsanwendung nicht zu vermeidenden Normkonflikt mit Art. 121a führen, insbesondere solchen, die Ansprüche auf Freizügigkeit vermitteln würden.»²⁹

[13] Auch GIOVANNI BIAGGINI hält zu Art. 121a Abs. 4 BV ohne Bezugnahme auf eine zahlenmässig «kritische Grenze» fest:

²¹ ACHERMANN u.a. (Fn. 1), Rz. 9.

²² GIOVANNI BIAGGINI, Zur Umsetzung von Art. 121a BV durch die Bundesversammlung: Wo liegt und welcher Art ist das Problem (verfassungsrechtlich gesehen)?, ZBl 117/2016 S. 588 ff., S. 589 («Der Verfassungswortlaut ist unmissverständlich»; betr. Begrenzung der Zuwanderung durch jährliche Höchstzahlen und Kontingente); DANIELA THURNHERR, in: Bernhard Ehrenzeller/Patricia Egli/Peter Hettich/Peter Hongler/Benjamin Schindler/Stefan G. Schmid/Rainer J. Schweizer (Hrsg.), St. Galler Kommentar. Die schweizerische Bundesverfassung, 4. Aufl., St. Gallen 2023, Art. 121a N 70 (zit. SGK BV-THURNHERR) («aufgrund seines eindeutigen Wortlauts»; betr. Art. 121a BV insgesamt).

²³ Siehe Zitat bei Fn. 20.

²⁴ ACHERMANN u.a. (Fn. 1), Fn. 23.

²⁵ ACHERMANN u.a. (Fn. 1), Rz. 26.

²⁶ ACHERMANN u.a. (Fn. 1), Rz. 24.

²⁷ So betreffen die in ACHERMANN u.a. (Fn. 1), Fn. 23, zitierten Literaturstellen in erster Linie die Frage, ob Art. 121a Abs. 4 BV nur Erstzuwanderungen oder auch Statusänderungen erfasse; a.a.O., Fn. 34, werden zur Frage, ob es nur um Zuwanderungsrechte für eine zahlenmässig bedeutsame Personengruppe gehe, zwei Literaturstellen zitiert.

²⁸ PETER UEBERSAX, in: Bernhard Waldmann/Eva Maria Belser/Astrid Epiney (Hrsg.), Basler Kommentar Bundesverfassung, 2. Aufl., Basel 2025, Art. 121a N 71.

²⁹ SGK BV-THURNHERR (Fn. 22), Art. 121a N 62.

- «Es geht vor allem um (neue) Verträge, die
- eine eigenständige Steuerung der Zuwanderung (Abs. 1) verunmöglichen oder
- sich mit einem Kontingentssystem (Abs. 2 und 3) nicht vertragen oder
- die Berücksichtigung eines Vorrangs für Schweizer (bzw. Inländer) verbieten (Abs. 3).»³⁰

[14] So «einhellig» scheint die Lehre in dieser Hinsicht also doch nicht zu sein.

2.3. «Konstante Praxis»?

[15] Die Autorinnen und Autoren des Diskussionsbeitrags versuchen, ihre Auslegung mit der bisherigen, «langjährigen», «konstanten» Praxis der Bundesbehörden³¹ zu untermauern, ja sie erwecken sogar den Eindruck, dass Bundesrat und Bundesversammlung bereits bei der Ausdehnung des FZA auf Kroatien das genannte zahlenmässige Argument verwendet hätten. So schreiben sie, man habe das damalige Vorgehen damit begründet, «dass trotz der Ausdehnung des FZA auf Kroatien insgesamt – auch und gerade aufgrund der Ausführungsgesetzgebung zu Art. 121a BV – eine eigenständige Steuerung der Zuwanderung möglich sei». Damit seien Bundesrat und Parlament «offenbar» vom Grundsatz ausgegangen, «dass der Abschluss eines neuen völkerrechtlichen Vertrages trotz der Einräumung neuer Freizügigkeits- und Aufenthaltsrechte dann mit Art. 121a Abs. 4 BV vereinbar» sei, wenn sichergestellt werden könne, «dass eine eigenständige Steuerung der Zuwanderung insgesamt möglich» bleibe.³²

[16] Als Quelle für diese Aussage wird die Botschaft zur Ausdehnung des Freizügigkeitsabkommens auf Kroatien vom 4. März 2016 angegeben.³³ Nur: Der Botschaft lässt sich in dieser Hinsicht nichts entnehmen. Der ebenfalls zitierte Genehmigungsbeschluss der Bundesversammlung vom 17. Juni 2016 enthielt bekanntlich sogar ausdrücklich einen Vorbehalt, wonach der Bundesrat das Protokoll nur hätte ratifizieren dürfen, «wenn mit der Europäischen Union eine mit der schweizerischen Rechtsordnung vereinbare Regelung zur Steuerung der Zuwanderung besteht».³⁴ Obwohl das schliesslich erlassene Umsetzungsgesetz zu Art. 121a BV³⁵ den Verfassungsvorgaben in keiner Weise nachkommt,³⁶ ratifizierte der Bundesrat das Protokoll,³⁷ was politisch begründet (Stichwort Vollassoziierung bei «Horizon 2020»),³⁸ rechtlich aber mehr als fragwürdig war.³⁹

³⁰ GIOVANNI BIAGGINI, in: Orell Füssli Kommentar, Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 2. Aufl., Zürich 2017, Art. 121a N 16 (zit. OFK BV-BIAGGINI).

³¹ ACHERMANN u.a. (Fn. 1), Fn. 23 und Rz. 26.

³² ACHERMANN u.a. (Fn. 1), Rz. 25.

³³ Botschaft vom 4. März 2016 zur Ausdehnung des Freizügigkeitsabkommens auf Kroatien (BBl 2016 2223 ff.).

³⁴ Art. 1 Abs. 2 des Bundesbeschlusses vom 17. Juni 2016 über die Genehmigung und die Umsetzung des Protokolls zum Freizügigkeitsabkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft einerseits und der Europäischen Gemeinschaft sowie ihren Mitgliedstaaten andererseits betreffend die Ausdehnung auf die Republik Kroatien (BBl 2016 4999 ff.).

³⁵ Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer (Ausländergesetz, AuG) (Steuerung der Zuwanderung und Vollzugsverbesserungen bei den Freizügigkeitsabkommen). Änderung vom 16. Dezember 2016 (AS 2018 733).

³⁶ Vgl. etwa OFK BV-BIAGGINI (Fn. 30), Art. 121a N 5 («nicht hinnehmbare[r] Widerspruch»).

³⁷ Vgl. OFK BV-BIAGGINI (Fn. 30), Art. 121a N 18, m.w.H.

³⁸ Vgl. OFK BV-BIAGGINI (Fn. 30), Art. 121a N 18 («Die Triebkraft [für die Ratifizierung] dürfte der Wille gewesen sein, die Teilnahme der Schweiz an bestimmten EU-Programmen zu ermöglichen [insb. Vollassoziierung bei «Horizon 2020» (...)].»).

³⁹ Vgl. OFK BV-BIAGGINI (Fn. 30), Art. 121a N 5 («Bundesrat und Bundesversammlung dürfen nicht ruhen, bevor der nicht hinnehmbare Widerspruch aufgelöst ist [...].»).

Ganz sicher ist die Ratifizierung des Kroatien-Protokolls aus verfassungsrechtlicher Sicht kein nachahmenswerter Präzedenzfall.

[17] Wie fragwürdig es ist, zur Umsetzung der eigenständigen Steuerung der Zuwanderung auf faktische anstatt auf juristische Parameter abzustellen, zeigt sich nicht zuletzt daran, dass die quantitativ «kritische » Grenze⁴⁰ der berechtigten Personengruppen ja objektiv kaum zu bestimmen ist und somit eine politische, willkürliche sein muss. Das veranschaulicht der Diskussionsbeitrag selbst aufs Schönste, indem er nicht nur andeutet, dass «auch die Wahrscheinlichkeit [der] Wahrnehmung» der «eingeräumten Rechte» zu berücksichtigen sei, und – auf welcher Rechtsgrundlage auch immer – behauptet, dass «die Zahlen in Verhältnis zu den Zuwanderungszahlen der letzten Jahre zu setzen» seien,⁴¹ sondern sogar das Kroatien-Protokoll von 2016 als Beispiel für einen zulässigen neuen völkerrechtlichen Vertrag anführt.⁴² Mit anderen Worten: Selbst die Einführung der Personenfreizügigkeit gegenüber einem neuen EU-Mitgliedstaat wird nach dieser Lesart von Abs. 4 nicht erfasst, weil «eine eigenständige Steuerung der Zuwanderung möglich» bleibe.⁴³ Die vollkommene Wirkungslosigkeit von Art. 121a BV wird auf der Grundlage eines verfassungswidrigen Anwendungsfalls für alle Zukunft sichergestellt.

[18] Die Autorinnen und Autoren des Diskussionsbeitrags argumentieren weiter mit der Praxis der Freihandelsabkommen.⁴⁴ Hier liegen denn auch die Anfänge der «Auslegungsgeschichte» von Art. 121a Abs. 4 BV, als deren vorläufiges Schlusskapitel die Interpretation erscheint, dass diese Verfassungsbestimmung «nur neue Zuwanderungsrechte für eine zahlenmässig bedeutsame Personengruppe» betreffe.⁴⁵

[19] Tatsächlich steht schon in einem viel zitierten Bericht der Direktion für Völkerrecht vom 26. Mai 2014 betreffend das «*Neuverhandlungs- und Anpassungsgebot*» von Art. 197 Ziff. 9 Abs. 1 BV (heute Art. 197 Ziff. 11 Abs. 1)⁴⁶, dass sich die Verpflichtungen aus den Freihandelsabkommen wegen der jeweils eng umschriebenen Personenkategorie, der ein Anspruch auf Aufenthaltsbewilligung zukommt, im Rahmen der – für Drittstaatsangehörige schon vor Inkrafttreten von Art. 121a BV geltenden – Kontingentierung umsetzen liessen. Das leuchtet ein, bewegen sich die Freihandelsabkommen doch «im Rahmen eines Kontingentierungssystems gemäss Art. 121a BV».⁴⁷ Die unter dem Gesichtspunkt von Art. 121a Abs. 4 BV einzig interessierenden, *nach* 2014 abgeschlossenen Freihandelsabkommen sehen denn auch regelmässig Kontingentsvorbehalte für Aufenthaltsrechte vor, um Art. 121a Abs. 4 BV Rechnung zu tragen, so auch die in Rz. 25 des Diskussionsbeitrags genannten Freihandelsabkommen mit Indien und Kosovo.⁴⁸ Bestehen solche Kontingentsvorbehalte, darf die Schweiz an sich berechtigten Personen wegen ausgeschöpfter Kontingente den Zugang verweigern.

⁴⁰ ACHERMANN u.a. (Fn. 1), Rz. 24.

⁴¹ ACHERMANN u.a. (Fn. 1), Rz. 24.

⁴² ACHERMANN u.a. (Fn. 1), Rz. 25.

⁴³ ACHERMANN u.a. (Fn. 1), Rz. 25.

⁴⁴ ACHERMANN u.a. (Fn. 1), Rz. 25.

⁴⁵ Vgl. vorn Rz. 2.

⁴⁶ Direktion für Völkerrecht, Auswirkungen der neuen Verfassungsbestimmungen Art. 121a und Art. 197 Ziff. 9 auf die völkerrechtlichen Verpflichtungen der Schweiz, 26. Mai 2014 (zit. DV, Auswirkungen), S. 5.

⁴⁷ DV, Auswirkungen (Fn. 46), S. 25.

⁴⁸ Botschaft vom 4. September 2024 zur Genehmigung des Handels- und Wirtschaftspartnerschaftsabkommens zwischen den EFTA-Staaten und Indien (BBl 2024 2382 ff., S. 40); Botschaft vom 3. September 2025 zur Genehmigung des Freihandelsabkommens zwischen den EFTA-Staaten und Kosovo (BBl 2025 2925 ff.).

[20] Die Botschaft zu den «Bilateralen III» macht aus der bisherigen Praxis der Freihandelsabkommen nun aber etwas anderes, indem sie die geschilderten, im Rahmen eines Kontingentierungssystems entwickelten Überlegungen zu Aufenthaltsansprüchen auf zahlenmässig potenziell unbegrenzte Freizügigkeitsansprüche anwendet. Ein Argument, das im Rahmen der Kontingentierung für Drittstaatsangehörige seinen guten Sinn hatte, wird in fragwürdiger teleologischer Überdehnung auf einen ganz anderen Kontext übertragen. So wird ausgeführt:

«Abkommen, die einem eng begrenzten Personenkreis Freizügigkeitsrechte einräumen, stellen die Eigenständigkeit der Schweiz [sic!] nicht in Frage. Solche Abkommen können mit der in Artikel 121a Absatz 2 BV geforderten Begrenzung der Zuwanderung durch Höchstzahlen und Kontingente vereinbar sein, wenn die Zuwanderung gering ist und eine allfällige Zunahme derselben im Rahmen der Kontingentierung für Drittstaatsangehörige berücksichtigt werden kann. Es ist somit zulässig, völkerrechtliche Abkommen abzuschliessen, solange die Schweiz die Kontrolle über die Zuwanderung nicht verliert und solange diese Verträge die Möglichkeit der Schweiz, die Zuwanderung durch Höchstzahlen und Kontingente zu steuern, weitgehend unberührt lassen.»⁴⁹

[21] Einer erhöhten Zuwanderung in die Schweiz im Sinn von Art. 121a BV durch die Teilübernahme der EU-Unionsbürgerrichtlinie (Richtlinie 2004/38/EG) könnte gemäss der Botschaft somit durch die Nutzung von «Kompensationsmöglichkeiten innerhalb des dualen Zulassungssystems der Schweiz»,⁵⁰ d.h. «durch eine Anpassung der jährlichen Höchstzahlen oder der Kontingente für Drittstaatsangehörige Rechnung getragen werden».⁵¹

[22] Die Botschaft zitiert, um diese Auslegung zu stützen, die Freihandelsabkommen mit Japan und China.⁵² Das Freihandelsabkommen mit Japan ist allerdings ohne Belang, da es längst vor Inkrafttreten von Art. 121a BV ratifiziert worden ist. Die bereits vor 2014 ratifizierten Freihandelsabkommen, die nach Inkrafttreten von Art. 121a BV gemäss der Übergangsbestimmung von Art. 197 Ziff. 11 BV überprüft werden mussten, betreffen eine andere Konstellation als diejenige von Art. 121a Abs. 4 BV; erstens, weil man in diesen Fällen (wie beim FZA) bereits an einen bestehenden Vertrag gebunden war, und zweitens, weil die Vorschrift betreffend Neuverhandlung und Anpassung als eine Art «Auftrag» an den Bundesrat ohne entsprechende Rechtsfolgen im Fall eines Scheiterns dieser Verhandlungen formuliert ist; Art. 197 Ziff. 11 BV unterscheidet sich in dieser Beziehung von Art. 121a Abs. 4 BV, der den Abschluss neuer völkerrechtlicher Verträge untersagt, die gegen den Artikel verstossen. Der Diskussionsbeitrag erwähnt diese Abkommen richtigerweise denn auch nur beiläufig.⁵³ Das sowohl in der Botschaft als auch im Diskussionsbeitrag⁵⁴ zitierte Freihandelsabkommen mit China stellt insofern einen zeitlichen Spezialfall dar,

⁴⁹ Botschaft vom 13. März 2026 über das Paket «Stabilisierung und Weiterentwicklung der Beziehungen Schweiz-EU (Bilaterale III)» (BBl 2026 615) (zit. Botschaft «Bilaterale III»), S. 460.

⁵⁰ Botschaft «Bilaterale III» (Fn. 49), S. 460.

⁵¹ Botschaft «Bilaterale III» (Fn. 49), S. 462.

⁵² Botschaft «Bilaterale III» (Fn. 49), S. 460, Fn. 419; Abkommen vom 19. Februar 2009 über Freihandel und wirtschaftliche Partnerschaft zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und Japan (SR 0.946.294.632); Freihandelsabkommen vom 6. Juli 2013 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Volksrepublik China (SR 0.946.292.492).

⁵³ ACHERMANN u.a. (Fn. 1), Fn. 37.

⁵⁴ ACHERMANN u.a. (Fn. 1), Rz. 25.

als das betreffende Genehmigungs- und Ratifizierungsverfahren praktisch mit dem Inkrafttreten von Art. 121a BV zusammenfiel (Genehmigung des Abkommens durch den Ständerat am 20. März 2014, wobei der Nationalrat das Abkommen schon am 10. Dezember 2013 genehmigt hatte und das Inkrafttreten per 1. Juli 2014 bereits ausgehandelt war).⁵⁵ Von den *nach* 2014 ratifizierten Abkommen könnte soweit ersichtlich einzig das (von den Autorinnen und Autoren des Diskussionsbeitrags nicht erwähnte) Freihandelsabkommen zwischen der EFTA und der Türkei⁵⁶ als möglicher Anwendungsfall von Art. 121a Abs. 4 BV herangezogen werden, da es keinen Kontingentsvorbehalt enthält. Die darin zugesicherten Bewilligungen sind aber derart eng umschrieben,⁵⁷ dass dadurch «jährlich höchstens rund zehn Bewilligungen» zu erwarten sind.⁵⁸ Diese lassen sich im Rahmen des bestehenden Kontingentierungssystems für Drittstaaten umsetzen – was nicht mit «Kompensationsmöglichkeiten innerhalb des dualen Zulassungssystems» gemäss der Botschaft zu den «Bilateralen III» zu verwechseln ist.⁵⁹ Letzteres wäre vielmehr eine neue, präzedenzlose Praxis.

3. Schlussbetrachtung

[23] Art. 121a BV ist bis heute «toter Buchstabe geblieben». ⁶⁰ Man scheint sich damit abgefunden zu haben; jedenfalls wird man kaum behaupten können, dass sich Bundesrat und Bundesversammlung noch ernsthaft darum bemühen würden, den nach wie vor bestehenden Widerspruch zwischen dieser Verfassungsvorgabe und dem geltenden Freizügigkeitsabkommen mit der EU aufzulösen.⁶¹ Im Gegenteil: Zur Debatte steht nun sogar noch eine Ausweitung des Verfassungskonflikts. Und dies, obwohl wir uns heute in einer grundlegend anderen Situation befinden als 2014. Es geht mit Blick auf das Änderungsprotokoll zum FZA nicht wie damals darum, sich (vorübergehend) entweder für Vertrags- oder für Verfassungstreue zu entscheiden, sondern schlicht darum, mit Art. 121a Abs. 4 BV einen Verfassungsartikel, der genau auf die vorliegende Konstellation abzielt und *rechtlich* problemlos anwendbar ist, zu beachten. Dass ein Anwendungsfall im Grundsatz vorliegt, lässt sich kaum ernsthaft bestreiten. Der Bundesrat macht aber eine Ausnahme geltend – die in dieser Form allerdings gerade *nicht* der bisherigen Praxis entspricht und von der Lehre bisher auch gar nicht erörtert worden ist.

[24] Die vorstehenden Ausführungen betreffen im Wesentlichen nur den *einen* Kritikpunkt in Bezug auf die Vereinbarkeit des Änderungsprotokolls zum FZA mit Art. 121a BV, da dieser anlässlich der öffentlichen Anhörung der SPK-S erstmals vorgebracht wurde. Die in der Literatur

⁵⁵ Bundesbeschluss vom 20. März 2014 über die Genehmigung des Freihandelsabkommens zwischen der Schweiz und China sowie des Abkommens zwischen der Schweiz und China über die Zusammenarbeit in Arbeits- und Beschäftigungsfragen (AS 2014 1315); Votum SR Gutzwiller (Kommissionssprecher) (AB 2014 S 350). Das Abkommen unterstand wegen der «Standardabkommen-Praxis» des Bundesrates nicht dem fakultativen Referendum.

⁵⁶ Bundesbeschluss vom 21. Juni 2019 über die Genehmigung des Freihandelsabkommens zwischen den EFTA-Staaten und der Türkei sowie des Landwirtschaftsabkommens zwischen der Schweiz und der Türkei (AS 2021 558).

⁵⁷ Vgl. Botschaft vom 21. November 2018 zur Genehmigung des Freihandelsabkommens zwischen den EFTA-Staaten und der Türkei sowie des Landwirtschaftsabkommens zwischen der Schweiz und der Türkei (BB1 2019 765 ff.) (zit. Botschaft EFTA-Türkei), S. 816.

⁵⁸ Botschaft EFTA-Türkei (Fn. 57), S. 802.

⁵⁹ Siehe dazu vorn Rz. 20.

⁶⁰ ALBERTO ACHERMANN, Migrationsverfassung, in: Oliver Diggelmann/Maya Hertig Randall/Benjamin Schindler (Hrsg.), Verfassungsrecht der Schweiz, Bd. III, Zürich 2020, VIII.5, N 14.

⁶¹ Siehe dazu vorn Rz. 16.

bereits behandelte Frage, ob die im Rahmen des Änderungsprotokolls zum FZA neu vorgesehenen Statusänderungen bei den Aufenthaltsrechten zu berücksichtigen sind, kann hier ebenso wenig vertieft werden wie die Bedeutung der dynamischen Rechtsübernahme für die Frage der Verfassungsmässigkeit des Änderungsprotokolls zum FZA. Es sei bloss darauf hingewiesen, dass ein künftiger EU-Rechtsakt, der unter die dynamische Rechtsübernahme fällt, in einem Konflikt mit Art. 121a BV stehen könnte. In diesen Fällen würde die Einhaltung der Verfassungsvorgaben einer völkerrechtlichen Verpflichtung entgegenstehen. Die Schweiz könnte zwar beschliessen, auf die endgültige Übernahme des verfassungswidrigen EU-Rechtsakts zu verzichten⁶² – dies allerdings unter dem Damoklesschwert der drohenden Ausgleichsmassnahmen im Rahmen des Streitbeilegungsverfahrens.

[25] Es bleibt somit einzig anzumehmen, Verfassungstreue nicht nur in Bezug auf Art. 140 BV und die Frage eines «ungeschriebenen» obligatorischen Staatsvertragsreferendums (das m.E. keine tragfähige Rechtsgrundlage hat),⁶³ sondern genauso mit Blick auf Art. 121a BV zu üben. Der von der SPK-S ausgearbeitete Entwurf für eine Änderung der Bundesverfassung⁶⁴ zeigt einen einfachen Weg auf, wie die Bundesversammlung in einem Akt nicht nur die «Stabilisierungsabkommen» genehmigen, sondern auch den Verfassungskonflikt mit Art. 121a Abs. 4 BV auflösen könnte.⁶⁵

[26] Was die in einem Beitrag zum Staatsvertragsreferendum im «Jusletter» vom 8. Juni 2026 erhobenen Einwände gegen ein solches Vorgehen angeht,⁶⁶ so ist bloss festzuhalten, dass Art. 121a Abs. 4 BV genau auf die vorliegende Konstellation abzielt, indem er den Abschluss abweichender völkerrechtlicher Verträge untersagt, weshalb er nicht etwa unter Berufung auf die Bundeskompetenz in auswärtigen Angelegenheiten nach Art. 54 BV übergangen werden kann.⁶⁷ Und genauso wenig, wie die Bundesversammlung ein verfassungswidriges Gesetz erlassen darf, weil dieses in der Anwendung durch das Massgeblichkeitsgebot von Art. 190 BV «immunisiert» wird, darf sie einen völkerrechtlichen Vertrag genehmigen, der gegen Art. 121a Abs. 4 BV verstösst, mit der Begründung, dass dieser «in seiner Anwendung ungeachtet solcher Bestimmungen» (wie Art. 121a Abs. 4 BV) vorgehe.⁶⁸ Eine Verfassungsänderung ist deshalb rechtlich erforderlich –

⁶² Botschaft «Bilaterale III» (Fn. 49), S. 462.

⁶³ Vgl. SCHMID (Fn. 9), S. 548 f., und die Ausführungen anlässlich der öffentlichen Anhörung der SPK-S (Fn. 6).

⁶⁴ Siehe vorn Fn. 8.

⁶⁵ Vgl. schon SCHMID (Fn. 9), S. 549, und die Ausführungen anlässlich der öffentlichen Anhörung der SPK-S (Fn. 6).

⁶⁶ THOMAS COTTIER, Das Staatsvertragsreferendum: Verfassungsrecht oder Spielball der Europapolitik?, in: Jusletter 8. Juni 2026, Rz. 24 ff.

⁶⁷ Vgl. OFK BV-BIAGGINI (Fn. 30), Art. 54 N 12a («Wenn eine Verfassungsnorm – wie z.B. BV 121a Abs. 4 – den Abschluss abweichender Verträge *explizit für unzulässig erklärt*, dürfte es wohl kaum statthaft sein, unter Berufung auf BV 54 von der fraglichen Verfassungsnorm abzuweichen.»); ASTRID EPINEY, in: Bernhard Waldmann/Eva Maria Belser/Astrid Epiney (Hrsg.), Basler Kommentar Bundesverfassung, 2. Aufl., Basel 2025, Art. 54 N 15c («Allerdings enthält diese [= die Bundesverfassung] nur wenige unmittelbar anwendbare Schranken für das ausserpolitische Handeln [...]. Zu erwähnen ist aber Art. 121a Abs. 4, eine Bestimmung, die freilich zahlreiche Auslegungsfragen aufwirft [...].»); DIES., «Bilaterale III» und Art. 121a Abs. 4 BV. Zur Vereinbarkeit der im Rahmen der «Bilateralen III» vorgesehenen Änderungen des Freizügigkeitsabkommens Schweiz-EU mit Art. 121a Abs. 4 BV, in: Jusletter 2. Juni 2025, Rz. 8 («Falls somit die im Rahmen der «Bilateralen III» vorgesehenen Modifikationen des Freizügigkeitsabkommens nicht mit Art. 121a Abs. 4 BV in Einklang stünden, dürften sie nur unter der Voraussetzung abgeschlossen werden, dass diese Unvereinbarkeit durch eine Verfassungsänderung [...] beseitigt wird.»); ANAÏS MAROONIAN/ROBERT KOLB, in: Commentaire romand Constitution fédérale, Basel 2021, Art. 54 N 32 («Il s'agit [...] d'une *interdiction* formelle de déroger. Il faudra alors procéder à une modification constitutionnelle avant de conclure le traité.»).

⁶⁸ So aber COTTIER (Fn. 66), Rz. 25.

und überdies zulässig.⁶⁹ Der Bundesversammlung steht es frei, jeden Gegenstand, der die zwingenden Bestimmungen des Völkerrechts nicht verletzt, zu einer Verfassungsmaterie zu machen, auch die Genehmigung eines völkerrechtlichen Vertrags. Ein rechtlich verbindlicher materieller Verfassungsbegriff fehlt, und zusätzliche Schranken der Verfassungsrevision, wonach etwa die Genehmigungsverfahren für völkerrechtliche Verträge nicht durch eine Verfassungsänderung ersetzt werden dürften, sind nicht anerkannt.

[27] Ein solches Vorgehen ist zwar *staatsrechtlich* zulässig, aber – wie der Verfasser bereits anlässlich der öffentlichen Anhörung ausgeführt hat – mit gewissen *staatspolitischen* Gefahren verbunden. Denn die Bundesversammlung würde in einem Einzelfall ohne vorherige Zustimmung des Verfassungsgebers von sich aus vom rechtlich vorgesehenen Verfahren für die Genehmigung völkerrechtlicher Verträge abweichen und damit das notwendige Mehr «ad hoc» bestimmen. Die Bedenken, damit einen problematischen Präzedenzfall zu schaffen, verlieren aber stark an Gewicht, wenn – wie vorliegend – eine Verfassungsänderung ohnehin geboten ist.

STEFAN G. SCHMID, Prof. Dr. iur., ist Ordinarius für Öffentliches Recht mit Schwerpunkt Verfassungsrecht an der Universität St. Gallen. Der Verfasser dankt Lukas Huber, M.A. HSG in Rechtswissenschaft, für die tatkräftige Unterstützung bei der Recherche und Redaktion sowie Thomas Ritz, B.A. HSG in Rechtswissenschaft, und Lars Silvan Rohr für die Mithilfe bei der Textbereinigung.

⁶⁹ Vgl. auch Botschaft «Bilaterale III» (Fn. 49), S. 1038 («Die Revisionsschranken nach Artikel 194 Absatz 2 BV würden es nicht ausschliessen, die BV um eine Übergangsbestimmung zu ergänzen, welche vorsieht, dass die Abkommen zur Stabilisierung der Beziehungen Schweiz-EU genehmigt werden und der Bundesrat ermächtigt ist, sie zu ratifizieren.»); SEILER (Fn. 19), Rz. 49 («Im Ergebnis ist festzuhalten, dass es der Bundesversammlung freisteht, die Genehmigung der Bilateralen III zum Gegenstand einer Verfassungsbestimmung [etwa in den Übergangsbestimmungen] zu machen [...]»). A.M. MARTIN DUMERMUTH, Ständemehr ohne Verfassungsgrundlage? Das Staatsvertragsreferendum sui generis und die Bilateralen III, Zürich 2026, S. 112 ff., 117 («Das Genehmigungsverfahren für Staatsverträge darf nicht durch ein Verfassungsrevisionsverfahren ersetzt werden. Eine Substitution würde die verfassungsmässige Verfahrens- und Zuständigkeitsordnung verletzen.»).