

Calmez-vous: Die Schweiz hat ihre Schutzklausel in den Bilateralen III

Thomas Cottier*

Im Endspurt der Verhandlungen zu den Bilateralen III kam im Herbst 2024 unweigerlich die Frage der Schutzklausel beim freien Personenverkehr erneut auf; dies im Lichte der eingereichten [Begrenzungsinitiative](#) «Ja zur massvollen Einwanderung» der SVP, aber auch erneut im Lichte von Art. 121a BV, der die Steuerung der Zuwanderung vorsieht. Angesichts der Fundamentalopposition der SVP gegen die Bilateralen III und der Zuweisung aller Probleme auf die Einwanderung in einer durchaus wirksamen populistischen Rhetorik war der Bundesrat praktisch gezwungen, die Frage der Schutzklausel in das Verhandlungsmandat aufzunehmen und in den Verhandlungen aufzuwerfen. Dabei kursieren Vorschläge von der offensichtlich diskriminierenden und rechtswidrigen Sondersteuer für ausländischer Arbeitskräfte¹ bis hin zu mathematischen Automatismen der Beschränkung.²

I. Keine einseitige Schutzklausel im Vertrag

Die Antwort kannte der Bundesrat zum Voraus. Die Freizügigkeit kennt innerhalb der Europäischen Union keine dem Waren- und Dienstleistungsverkehr vergleichbaren Einschränkungen durch sogenannte *non-trade concerns*. Diese beschränken sich vielmehr im Wesentlichen auf polizeiliche und gesundheitliche Einschränkungen, die nach der Rechtsprechung seit langem eng ausgelegt werden.³ Eine Beschränkung, die sich an andern Politikzielen orientiert und insbesondere wirtschaftlichen Zwecken dient, ist nicht zugelassen. Denn es geht hier um Menschen, die im Vergleich zu Produkten in ihrer Existenz einer erhöhten Rechtssicherheit bedürfen. Der freie Personenverkehr gehört zum Kern der europäischen Integration. Er ist ihr

* Emeritierter Professor für Europa- und Wirtschaftsvölkerrecht an der Universität Bern. Matthias Oesch und Martin Gollmer danke ich für die kritische Durchsicht.

¹ «Die Zuwanderungskosten belasten die Allgemeinheit», sagt Reiner Eichenberger, [IWP 24.5.2024](#)

² Daniela S. Schärer, Nora Meier, Michael Ambühl, Konkretisierung der Schutzklausel in Art. 14(2) des Freizügigkeitsabkommens Schweiz–EU, [Jusletter 16.9.2024](#)

³ Grundlegend Rs. 36/75 Rutili c. Minister des Inneren, 28.10.1975, Slg. 1975, 01219; weitere Urteile bei Thomas Cottier, Rachel Liechti und Samuele Scarpelli, *Wirtschaftsrecht der Europäischen Union: Grundlegende Urteile*, 187-201 (Bern: Stampfli 2009); P.J.G. Kapteyn, P verloren van Theemat, Laurence W. Gormley, *Introduction to the Law of the European Communities*, 705-715 (London, The Hague Bosten: Kluwer International 1998). Zur jüngeren Rechtsprechung s. Astrid Epiney und Robert Mosters, *Die Rechtsprechung des EuGH zur Personenfreizügigkeit im Jahre 2023 und ihre Implikationen für das Freizügigkeitsabkommen Schweiz-EU*, *Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht 2023/24*, 79-108 (Zürich: Schulthess 2024) sowie die früheren Berichte im Schweizerischen Jahrbuch für Europarecht.

Herzstück und wesentlicher Teil europäischer Identitätsbildung. Eingebracht bei der Gründung der EWG als eine Freiheit zugunsten Italiens, im Gegenzug zum freien Warenverkehr (Deutschland, Benelux), einschliesslich der gemeinsamen Landwirtschaftspolitik (Frankreich), bewegte sie sich lange auf einem relativ tiefen Niveau und weitete sich wesentlich aus nach der Osterweiterung der EU im Jahre 2004. Betroffen von diesem Zuwachs sind prozentual vor allem kleinere Staaten, darunter mit dem Freizügigkeitsabkommen von 1999 auch die Schweiz. In der Europäischen Union besteht ein klarer Konsens, dass an der wirtschaftlich nicht beschränkbareren Personenfreizügigkeit als Kern des Binnenmarktes nicht gerüttelt werden darf. Die Mitgliedstaaten im Osten sind heute darauf besonders angewiesen. Sie ist zentraler Ausgleich zum freien Waren- und Dienstleistungsverkehr, von dem vor allem die hochindustrialisierten EU-Mitglieder im Westen profitieren. Will die Schweiz nicht nur Marktzugang, sondern eine gesicherte Marktbeteiligung, so muss sie sich diesem Befund anschliessen. Die Antwort des EU-Ministerrates und die Absage an die erneute Forderung einer einseitigen Schutzklausel im Personenverkehr der Schweiz im Europäischen Wirtschaftsraum war daher überhaupt keine Überraschung.⁴

In der Schweiz wird die einseitige Schutzklausel nun zum *make and break issue* hervorstiliert: ohne diese hätten die Bilateralen III vor dem Volk keine Chance.⁵ Diese Aussage wird nicht näher begründet. Sie findet keine Grundlage in den Fakten. Abstimmungen in der Schweiz zur Personenfreizügigkeit seit 2014 ergaben stets eine Mehrheit. Die demoskopischen Umfragen weisen stets eine Befürwortung solide geregelter Beziehungen der Schweiz zur Europäischen Union mit weit über 60 Prozent Zustimmung auf – ohne Vorbehalt.⁶ Klagen zur sogenannten Überfremdung kommen in erster Linie aus dem ländlichen Raum mit geringem Ausländeranteil, während dicht besiedelte Städte längst eine europäisch und weltweit geprägte Population aufweisen, die die Vorteile der Freizügigkeit bejaht. Die Forderung der Schutzklausel ist damit in erster Linie ein politisch motiviertes Argument der Gegner, die Bilateralen III zu bodigen, so wie dies auch der Zweck hängiger Volksinitiativen ist. Sachlich und bei Licht betrachtet, bedarf die Schweiz keiner besonderen Schutzklausel. Die bestehenden völkerrechtlichen Grundlagen genügen in Verbindung mit dem geplanten Streitbeilegungsverfahren im Rahmen der Bilateralen III.

II. Freizügigkeit und Streitbeilegungsverfahren

Das bestehende Freizügigkeitsabkommen schliesst im Unterschied zum Binnenmarktrecht wirtschaftlich oder sozial motivierte Einschränkungen nicht aus. Sie werden auf Antrag einer Partei ergriffen, unterliegen aber der gegenseitigen Zustimmung. Art. 14 Abs. 2 lautet wie folgt:⁷

⁴ Daniel Imwinkelried, EU-Absage an einseitige Schweizer Schutzklausel, NZZ 16.10.24, S. 21.

⁵ Christina Neuhaus, Bern an Brüssel: Es reicht nicht, NZZ 18.10.24, S. 17.

⁶ Martin Gollmer, [Klares Nein zu einer Réduit-Schweiz](#), La Suisse en Europe, 30.9.24, mit weiteren Nachweisen. Zuletzt die Ergebnisse der [GFS-Umfrage](#) (Oktober 2024), die eine verbreitete Skepsis und Ablehnung gegenüber der EU als Institution manifestiert, aber mit 70 Prozent der befragten Personen gute Beziehungen mit der EU im Sinne der bilateralen Verträge klar befürwortet.

⁷ SR 0.142.112.681.

(2) Bei schwerwiegenden wirtschaftlichen oder sozialen Problemen tritt der Gemischte Ausschuss auf Verlangen einer Vertragspartei zusammen, um geeignete Abhilfemassnahmen zu prüfen. Der Gemischte Ausschuss kann innerhalb von 60 Tagen nach dem Antrag über die zu ergreifenden Massnahmen beschliessen. Diese Frist kann der Gemischte Ausschuss verlängern. Diese Massnahmen sind in Umfang und Dauer auf das zur Abhilfe erforderliche Mindestmass zu beschränken. Es sind solche Massnahmen zu wählen, die das Funktionieren dieses Abkommens so wenig wie möglich beeinträchtigen.

Das Abkommen sieht damit einen gewissen Spielraum für verhältnismässige Massnahmen vor. Bestehen ernsthafte Probleme, so besteht durchaus die Möglichkeit, dass angemessene Lösungen gefunden werden können. Die EU-Kommission kann sich auf Grund des Textes solchen Massnahmen nicht grundsätzlich verschliessen. Das ist ein wichtiger Unterschied im Verhältnis zu den Mitgliedstaaten der Europäischen Union und zeigt, dass das Abkommen im vierten Kreis der Integration, und nicht in dessen Zentrum liegt. Durchaus möglich ist indessen, dass man sich nicht auf bestimmte Massnahmen einigen kann. Hier bietet das bestehende Abkommen keine Antwort und schliesst einseitig getroffene Massnahmen grundsätzlich aus. Eine Möglichkeit, solche der Streitbeilegung zu unterstellen, fehlt im Abkommen von 1999. Das ändert sich mit den Bilateralen III.

Mit der Einführung der gerichtlichen Schiedsgerichtsbarkeit verändert sich die Rechtslage zum Vorteil der Schweiz. Mit ihr wird grundsätzlich die Möglichkeit anerkannt, dass eine Partei ihrer Verpflichtung in Teilen nicht nachkommt oder nicht nachkommen kann. Die Bilateralen III sehen dafür ein rechtlich verfasstes Verfahren vor, das die bislang politischen Gegenmassnahmen ausschliesst. Können sich die Schweiz und die EU auf einschränkende Massnahmen nicht einigen, so kann die Schweiz angesichts «schwerwiegender wirtschaftlicher oder sozialer Probleme» nach Durchlaufen des Verhandlungsprozesses im Gemischten Ausschuss notfalls einseitige Massnahmen der Beschränkung ergreifen. Die EU kann nun in der Folge gegen diese Massnahmen Klage vor dem Schiedsgericht einreichen. Dieses beurteilt die Massnahme, stellt allenfalls eine Verletzung des Abkommens fest nach Vorlage an den Europäischen Gerichtshof, wenn die Auslegung eines EU-rechtlichen Begriffs (und nicht des FZA als völkerrechtliches Abkommen) erforderlich ist. Das Urteil erlaubt der Gegenpartei, verhältnismässige Ausgleichsmassnahmen zu ergreifen. Diese Ausgleichsmassnahmen wiederum können von der Schweiz als unverhältnismässig in Frage gestellt und erneut dem Schiedsgericht vorgelegt werden.

Es ist offensichtlich, dass diese Verfahren sich über eine längere Zeitdauer erstrecken werden. In dieser Zeit stehen die schweizerischen Massnahmen in Kraft und finden einseitig Anwendung. Bis der Fall entschieden ist, kann sich die Lage wieder verändern und die Massnahmen können rechtzeitig wieder zurückgezogen werden, bevor Ausgleichsmassnahmen im Personenverkehr oder in anderen Verträgen zur Anwendung kommen. Diese Zeitachse verschafft der Schweiz eine de facto einseitige Schutzklausel in Verbindung mit dem neuen Streitbeilegungsverfahren der Bilateralen III. Dieses Verfahren eignet sich mit anderen Worten, künftige Probleme fallweise zu lösen.⁸ Es genügt für die Schweiz, wenn sie in der Ausländergesetzgebung des Bundes eine Kompetenznorm schafft, damit der Bundesrat in Anwendung von Art. 14 Abs. 2 FZA situativ und angemessen agieren kann. Eine landesrechtliche Schutzklausel

⁸ Eingehend Thomas Cottier, Der Rechtsschutz im Rahmenabkommen Schweiz-EU: Kernstück des Abkommens und Instrument schrittweiser Rechtsentwicklung, Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht 2020/21, 325-352 (Zürich: Schulthess 2021).

mit detaillierten Kriterien, Kaskaden und Steigerungen ist nicht zielführend, da künftige Krisenlagen nicht hinreichend vorsehbar sind. Es genügt, wenn Art. 20 Abs. 1 des Ausländer- und Integrationsgesetzes (AIG) dahin ergänzt wird, dass der Bundesrat notfalls bei schwerwiegenden wirtschaftlichen sozialen Problemen von völkerrechtlich eingegangenen Verpflichtungen abweichen kann.⁹ Damit ist auch sichergestellt, dass die Gerichte bei vom Parlament bewusst in Kauf genommenen Abweichungen entsprechend getroffene Massnahmen respektieren werden.¹⁰ Der Vorrangregel des Völkerrechts in der Freizügigkeit und im Menschenrechtsschutz¹¹ wird Genüge getan, indem sich die Schweiz an die in den Bilateralen III vorgesehenen Verfahren der Streitbeilegung hält und bereit ist, verhältnismässige Ausgleichsmassnahmen zu gewärtigen. Sie bewegt sich damit im völkerrechtlich und europarechtlich zulässigen Spielraum. Wesentlich ist dabei, dass Einschränkungen der Personenfreizügigkeit gestützt auf die Schutzklausel nie dauerhaft sein können, sondern immer von vorübergehender Natur sind. Das gilt nicht nur hier und im Rahmen des schweizerischen Aussenwirtschaftsrechts¹², sondern stets auch im Recht der WTO¹³ wie auch unter dem EWR-Vertrag.

III. Die Regelung im EWR-Vertrag

Vergleicht man die Rechtslage mit dem Recht des EWR-Vertrags, so resultiert im Ergebnis ein vergleichbares Resultat. Gemäss Art. 112-114 EWR-Vertrag kann ein Mitgliedstaat bei

⁹ SR 142.20 Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer und über die Integration, Art. 20 Abs. 1 könnte wie folgt ergänzt werden (kursiv): Der Bundesrat kann die Zahl er erstmaligen Kurzaufenthalts- und Aufenthaltsbewilligungen (Art. 32 und 33) zur Ausübung einer Erwerbstätigkeit begrenzen. *Notfalls kann er bei schweren wirtschaftlichen und sozialen Problemen für so lange als es die Umstände erfordern von eingegangenen völkerrechtlichen Verpflichtungen vorübergehend abweichen.* Er hört vorgängig Kantone und Sozialpartner an.

¹⁰ Grundlegend Frigerio c. EVED, BGE 94 I 669, 678 (1968); Jörg Paul Müller und Luzius Wildhaber, Praxis des Völkerrechts, 3. Auflage, 167/168 (Bern: Staempfli 2001).

¹¹ Grundlegend S.A. c. Migrationsamt Zürich, BGE 142 II 35 (2015); S.A. c. Migrationsamt Kanton Thurgau, BGE 148 II 169 (2022). Eingehend dazu Matthias Oesch, Der EuGH und die Schweiz, 103-105, Ziff. 93-95 (Zürich EIZ 2023), noch ohne auf die Implikationen des neuen Streitbeilegungsverfahrens einzugehen.

¹² SR 946. 201, Bundesgesetz über aussenwirtschaftliche Massnahmen, Art. 1: Sofern ausländische Massnahmen oder ausserordentliche Verhältnisse im Ausland den Waren-, Dienstleistungs- oder Zahlungsverkehr der Schweiz derart beeinflussen, dass wesentlich schweizerische Wirtschaftsinteressen beeinträchtigt werden, kann der Bundesrat *für so lange als es die Umstände erfordern* [folgende Massnahmen treffen].

¹³ Safeguard measures gemäss Art. XIX GATT und dem Schutzklausel-Abkommen der WTO sind auf eine Dauer von vier Jahren beschränkt und unterliegen der periodischen Überprüfung. Sie können bis zu maximal acht Jahren verlängert werden, Art. 7 Übereinkommen über Schutzmassnahmen, SR 0.632.20 Anhang 1 A. Eingehend Thomas Cottier, Matthias Oesch, International Trade Regulation, 486-508 (Bern, London: Staempfli Cameron May 2005).

schwerwiegenden wirtschaftlichen, sozialen oder ökologischen Problemen einseitige Massnahmen ergreifen.¹⁴ Diese müssen sich auf das Notwendige beschränken und dürfen nicht länger anhalten als erforderlich. Sie unterliegen der Notifikation und einer Beratung alle drei Monate im Gemischten Ausschuss. Soweit eine Schutzmassnahme ein Ungleichgewicht von Rechten und Pflichten schafft, sind die andern Parteien frei, ebenfalls einseitig Ausgleichsmassnahmen zu treffen (*«proportionate rebalancing measures as strictly necessary to remedy the imbalance»*), die wiederum der Notifikation und periodischen Überprüfung durch den Gemischten Ausschuss unterliegen. Diese Regeln finden auch im Verhältnis Schweiz-Liechtenstein Anwendung.¹⁵ Unklar ist in der Zwei-Säulen Struktur des EWR-Vertrags, ob einseitige Massnahmen seitens eines EFTA-Staats der Überwachungsbehörde, seitens eines EU-Mitgliedstaats der Kommission, sowie der Gerichtsbarkeit des EFTA-Gerichtshofs bzw. des Europäischen Gerichtshofs (EuGH) unterliegen.¹⁶ In der Praxis kam die Schutzklausel soweit ersichtlich noch nie zur Anwendung.

Die EWR-Regelung wurde vor der Osterweiterung getroffen und steht daher heute nicht mehr zur Verfügung. So oder so ist aber klar, dass Ausgleichsmassnahmen im Sinne des EWR und der Bilateralen III in der Praxis zu einem durchaus vergleichbaren Ergebnis führen. Der Unterschied liegt darin, dass einseitige Schutzmassnahmen im FZA eine Rechtsverletzung sind, die dem Schiedsverfahren unterliegen, während im EWR sie rechtmässige Handlungen sind. Beide sehen indessen Ausgleichsmassnahmen vor. Aus materieller Sicht ist die Regelung im FZA für die Schweiz von Vorteil, weil Ausgleichsmassnahmen ihrerseits wiederum der Anfechtung unterliegen und deren Verhältnismässigkeit überprüft werden kann. Diese Möglichkeit besteht im EWR nicht. Zeitlich ergibt sich der Vorteil, dass sich das Verfahren mit der EU über einen längeren Zeitraum erstreckt und bis zu seinem Abschluss sich die Lage wieder entspannt haben kann. Der negative Vergleich von FZA und EWR in der Presse hält der Prüfung daher nicht stand.¹⁷

Dazu kommt, dass die Wahrscheinlichkeit von Beschränkungen, welche das Abkommen verletzen, gering ist. Vorerst erfasst das Abkommen nur Personen mit ihren Angehörigen, die einen Arbeitsvertrag mit einer schweizerischen Unternehmung vorweisen. Selbständig Erwerbende und Nichterwerbende haben ein Recht auf Einreise und Aufenthalt von drei Monaten, nicht aber auf eine unbefristete Niederlassung. Weder die Erbringung ständiger Dienstleistungen noch die Niederlassung von Grenzgängern wird erfasst. Sie umfasst auch nicht Anstellungen in der öffentlichen Hand, bei Bund, Kantonen und Gemeinden. Sie umfasst, anders als der EWR-Vertrag, kein Niederlassungsrecht für ausländische Unternehmen.¹⁸ Die Ausweitung der sozialen Rechte in Anlehnung an die Unionsbürgerschaft erweitert den personellen Geltungsbereich des Abkommens nicht, sie bleibt auf Personen beschränkt, die hier während

¹⁴ Agreement on the European Economic Area, Amtsblatt der EU No L 3.1.1994, 3 ff.

¹⁵ [Protocol Regarding Free Movement of Persons between Switzerland and Liechtenstein](#), Ziff. 1.4.

¹⁶ Vgl. EFTA Bulletin, [Legal Notes by the EFTA Secretariat on the EEA Agreement](#) (Juni 2019).

¹⁷ Tobias Gafafer, Norwegen und Liechtenstein haben, was die Schweiz von der EU gerne hätte: Brüssel will Bern keine einseitige Schutzklausel zugestehen, wie es beim EWR der Fall war – wie könnte ein Ausweg aussehen?, NZZ 10.10.24, S. 9.

¹⁸ Eingehend Thomas Cottier et al, Die Rechtsbeziehungen der Schweiz und der Europäischen Union, 268-285 (Bern. Staempfli 2014); Matthias Oesch, Schweiz - Europäische Union: Grundlagen, bilaterale Abkommen, Autonomer Nachvollzug, 90-107 (Zürich: EIZ 2020).

mindestens fünf Jahren gearbeitet und gewohnt haben und in die Sozialwerke einbezahlt haben, mit Beiträgen und Steuern. Ob künftig Studierende eingeschlossen werden, ist Gegenstand heutiger Verhandlungen. Die Zuwanderung wird damit weiterhin wesentlich durch die Wirtschaft selbst gesteuert. Sie kommt so mit Bezug auf den Europäischen Wirtschaftsraum ohne bürokratisch verwaltete Kontingente und die damit verbundenen unlösbaren Verteilungskämpfe unter den Branchen, Kantonen und Landesteilen aus. Die hier tätigen EU- und EWR-Bürger geniessen die gleichen Rechte am Arbeitsplatz wie schweizerische Staatsangehörige, einschliesslich das Recht des Familiennachzugs. Darin besteht ein zentraler Anreiz, gut qualifizierte Arbeitskräfte zu gewinnen und die im Rahmen des Saisonier-Status praktizierten Verletzungen der Grundrechte zu vermeiden.

IV. Weiter Gestaltungsspielraum für eine prosperierende 10-Millionen Schweiz

Die meisten Massnahmen im Lichte einer wachsenden Wohnbevölkerung liegen ausserhalb des Geltungsbereiches der bilateralen Verträge. Sie beziehen sich auf die Raumplanung, die Wohnbauförderung, das Mietrecht, und die Förderung der Arbeitsintegration von Frauen und Männern mit Kleinkindern (KITA-Finanzierung) und eine smarte Transportregelung in Kombination von privatem und öffentlichem Verkehr. Die Vorstellung, dass die Schweiz nicht Platz bietet für mehr als zehn Millionen Einwohner, verkennt, dass damit Rezession und Wohlstandsverluste und der Zerfall des *service public* im Bereich der Gesundheitsversorgung verbunden sind.¹⁹ Die Schweiz ist auf gut qualifizierte Mitarbeiter und Mitarbeiterinnen aus dem EU-Raum angewiesen.²⁰ Sie verkennt auch, dass innovative Ideen, wie der Bau neuer Städte und Siedlungen mit einer umfassenden Infrastruktur für Wirtschaft und Bevölkerung im Raum der Voralpen durchaus noch vorhandene Reserven nutzbar machen kann, ohne dass die bestehenden Ballungszentren und Agglomerationen zusätzlich belastet werden müssen. Kreatives und gestaltendes Denken ist hier gefragt. Die Schutzklausel wird hier nicht weiterhelfen.

Gesamthaft belassen die bilateralen Verträge so einen hinreichenden Spielraum für die Gestaltung und Steuerung der Migration. Mit den Bilateralen III wird dieser Spielraum zum Vorteil der Schweiz verrechtlicht. Und wenn alle Stricke reissen, so kann sie stets ihre Souveränität unter Inkaufnahme verhältnismässiger Ausgleichsmassnahmen wahren. Das gilt nicht nur für die Personenfreizügigkeit, sondern für alle Verträge der Bilateralen III. Eine allgemeine Kompetenznorm für den Bundesrat über das Notrecht hinaus genügt.

¹⁹ Tobias Gafafer, «Wir werden im Zukunft eher einen Kampf um die Zuwanderung haben», Gespräch mit Jon Pult, NZZ vom 16.10.24 S. 9.

²⁰ Hansueli Schöchli, Die Gratisbremse für die Einwanderung gibt es nicht: Wer die Zuwanderung in der Schweiz senken will, muss die Wirtschaft schädigen, NZZ vom 21.10.24 S. 23.