

---

## Inhaltsübersicht/ Table des matières

**Tagungen/Workshops** ..... 2

### **Aktuell/Actualité**

CHRISTA TOBLER

«Die Geister, die ich rief ...»

Zum Ja der Schweiz zur Masseneinwanderungsinitiative

und zum umgekehrten «Drei-Kreise-Modell» der EU..... 3

### **Artikel/Article**

ASTRID EPINEY

Abfallrecht in der EU:

Ausgewählte Aspekte unter besonderer Berücksichtigung

der Verwirklichung des Verursacherprinzips im Abfallrecht ..... 11

MINH SON NGUYEN

La gestion des déchets en droit administratif international ..... 45

TILMANN ALTWICKER & OLIVER DIGGELMANN

What Should Remain of the Critical Approaches to International Law?

International Legal Theory as Critique ..... 69

### **Praxis/Chronique**

LUCIUS CAFLISCH

La pratique suisse en matière de droit international public 2012 ..... 93

ROBERT KOLB

Chronique de la jurisprudence de la Cour internationale

de Justice en 2013 ..... 153

---

## «Die Geister, die ich rief ...»

### Zum Ja der Schweiz zur Masseneinwanderungsinitiative und zum umgekehrten «Drei-Kreise-Modell» der EU

von **Christa Tobler**<sup>1</sup>

Am 9. Februar 2014 entschied sich die stimmberechtigte und auch tatsächlich stimmende Schweiz mit hauchdünnem Volksmehr (50,3%, basierend auf einer Differenz von 19 526 Stimmen) und deutlichem Ständemehr (17 von 26 Kantonen) für die «Initiative gegen die Masseneinwanderung». Seither hat der Bundesrat aufgrund des durch die Initiative eingeführten, neuen Art. 121a der Schweizerischen Bundesverfassung einen doppelten Auftrag: Er soll einerseits die Ausführungsgesetzgebung zur Initiative vorbereiten und andererseits dem Art. 121a BV widersprechende, bereits bestehende völkerrechtliche Verträge anpassen. Dazu kommt das Verbot, neue völkerrechtliche Verträge abzuschliessen, die gegen die neue Verfassungsbestimmung verstossen.

Inhaltlich geht es bekanntlich darum, dass die Zahl der Bewilligungen für den Aufenthalt von Ausländerinnen und Ausländern in der Schweiz durch jährliche Höchstzahlen und Kontingente begrenzt wird, wobei dies für sämtliche Bewilligungen des Ausländerrechts unter Einbezug des Asylwesens gelten soll. Insbesondere kann der Anspruch auf dauerhaften Aufenthalt, Familiennachzug und Sozialleistungen beschränkt werden. Die Höchstzahlen und Kontingente für erwerbstätige Ausländerinnen und Ausländer sollen auf die gesamtwirtschaftlichen Interessen der Schweiz unter Berücksichtigung eines Vorranges für Schweizerinnen und Schweizer ausgerichtet werden, und zwar unter Einbezug der Grenzgängerinnen und Grenzgänger. Massgebende Kriterien für die Erteilung von Aufenthaltsbewilligungen sollen insbesondere das Gesuch eines Arbeitgebers, die Integrationsfähigkeit und eine ausreichende, eigenständige Existenzgrundlage sein.

Zu den bereits bestehenden Abkommen, welche nun angepasst werden sollten, gehört an erster Stelle das sog. Freizügigkeitsabkommen (FZA) mit der EU,<sup>2</sup> laut dem Forum Aussenpolitik (*foraus*) aber auch etwa das kürzlich mit

<sup>1</sup> Ord. Professorin für Europarecht an der Universität Basel; Mitglied des Redaktionskomitees.

<sup>2</sup> Abkommen vom 21. Juni 1999 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft einerseits und der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten andererseits über die Freizügigkeit, für die Schweiz SR 0.142.112.681, für die EG (heute die EU) und ihre Mitgliedstaaten ABl. 2002 L 114/6.

China geschlossene Handelsabkommen und sogar das WTO-Abkommen.<sup>3</sup> Bezüglich der letzteren beiden Abkommen war das wohl nicht die Absicht der Initiative. Über die Unverträglichkeit von Höchstzahlen und dem Prinzip des Inländervorrangs mit dem FZA bestand allerdings von Anfang an Klarheit, die dann auch von wissenschaftlicher Seite bestätigt wurde.<sup>4</sup> Tatsächlich waren Nachverhandlungen zum FZA, welche ein Regime im Sinne von Art. 121a BV mit dem Abkommen vereinbar machen sollen, von Anfang an ein erklärtes Ziel der Initiative. Dabei wurde davon ausgegangen, dass solche Nachverhandlungen durchaus möglich sein sollten, weil das Abkommen und das bilaterale Recht überhaupt auch im Interesse der EU lägen.

Bereits wenige Tage nach dem Abstimmungswochenende präsentierte sich die Lage allerdings wenig hoffnungsfroh. In einer Pressemitteilung vom Abstimmungssonntag schrieb die Europäische Kommission:

*«The European Commission regrets that an initiative for the introduction of quantitative limits to immigration has been passed by this vote. This goes against the principle of free movement of persons between the EU and Switzerland. The EU will examine the implications of this initiative on EU-Swiss relations as a whole. In this context, the Federal Council's position on the result will also be taken into account.»<sup>5</sup>*

In der Folge machte sich die EU daran, ihre Ankündigungen bzw. Hinweise aus der Zeit von vor der Abstimmung umzusetzen.<sup>6</sup>

In den darauf folgenden Tagen zeigten sich die ersten praktischen Folgen: Absage eines Gesprächstermins über das geplante Energie- bzw. Elektrizitätsabkommen,<sup>7</sup> die Ankündigung, dass eine weitere Beteiligung der Schweiz an den EU-Forschungs- und Bildungsprogrammen ohne Personenfreizügigkeit

<sup>3</sup> *foraus*, Die Grenzen der Kontingentierbarkeit. Wieso eine planwirtschaftliche Zuwanderungspolitik nicht im Interesse der Schweiz ist, Januar 2014, <[http://www.foraus.ch/media/medialibrary/2014/01/Die\\_Grenzen\\_der\\_Kontingentierbarkeit.pdf](http://www.foraus.ch/media/medialibrary/2014/01/Die_Grenzen_der_Kontingentierbarkeit.pdf)>.

<sup>4</sup> JULIA HÄNNI/SEBASTIAN HESELHAUS, «Die eidgenössische Volksinitiative «Gegen Masseneinwanderung» (Zuwanderungsinitiative) im Lichte des Freizügigkeitsabkommens und der bilateralen Zusammenarbeit mit der EU», 23 SZIER (2013), 19–64 (basierend auf einem Rechtsgutachten von 2011, siehe <[http://www.fdp.ch/images/stories/Dokumente/Medienkonferenzen/StudieBilaterale/20111010\\_FAC\\_Studie%20Bilaterale%20def\\_d.pdf](http://www.fdp.ch/images/stories/Dokumente/Medienkonferenzen/StudieBilaterale/20111010_FAC_Studie%20Bilaterale%20def_d.pdf)>) sowie CHRISTINE KADDOUS, Rechtsgutachten über die Vereinbarkeit der Initiative «gegen Masseneinwanderung» und der ECOPOP-Initiative «Stopp der Überbevölkerung – ja zur Sicherung der natürlichen Lebensgrundlagen» mit dem Personenfreizügigkeitsabkommen zwischen der Schweiz und der Europäischen Union (FZA), die Anwendung der «Guillotine»-Klausel und einer allfälligen Neuverhandlung des FZA, Genf 2013, <[http://www.economiesuisse.ch/de/SiteCollectionDocuments/Gutachten\\_Kaddous\\_20132111.pdf](http://www.economiesuisse.ch/de/SiteCollectionDocuments/Gutachten_Kaddous_20132111.pdf)>.

<sup>5</sup> Declaration of the European Commission following the popular vote in Switzerland on the «mass immigration» initiative, 9 February 2014, <[http://europa.eu/rapid/press-release\\_MEMO-14-96\\_en.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-14-96_en.htm)>.

<sup>6</sup> Vgl. «Die Leitsätze der EU im bilateralen Drama», NZZ vom 14. Februar 2014, 11.

<sup>7</sup> «EU stoppt Gespräche mit Schweiz über Stromabkommen», Handelszeitung vom 10. Februar 2014.

und insbesondere deren Ausdehnung auf Kroatien nicht zu haben sei,<sup>8</sup> sowie die Sistierung der Thematik der sog. institutionellen Fragen über die Funktionsweise der bilateralen Marktzugangsabkommen.<sup>9</sup> Da die EU den Abschluss neuer Marktzugangsabkommen an die Erneuerung der Funktionsweise der bereits bestehenden Abkommen in diesem Bereich geknüpft hat, bedeutet dies zugleich, dass auch Pläne für weitere solcher Abkommen auf Eis gelegt sind, z.B. ein Chemikalienabkommen (Teilnahme an der sog. REACH-Gesetzgebung der EU)<sup>10</sup> oder auch ein Finanzdienstleistungsabkommen zugunsten der Banken.<sup>11</sup> Andere, aus der Sicht der EU nicht mit Fragen des Marktzugangs verbundene Gespräche und Verhandlungen laufen dagegen weiter, z.B. zum Thema der Zinsbesteuerung.<sup>12</sup> Im Übrigen wartet die EU nun auf konkrete Vorschläge der Schweiz zum weiteren Vorgehen betr. die Personenfreizügigkeit, um dann die neue Sachlage im Gesamtkontext der bilateralen Beziehungen zu überdenken und über ihr weiteres Vorgehen zu entscheiden.

Währenddessen werden in der Schweiz auch extreme (z.Z. allerdings nicht sehr wahrscheinliche) Szenarien wie eine Kündigung des FZA und ihre Folgen erörtert. Dabei ist deutlich geworden, dass mit einer solchen Kündigung wegen der sog. Guillotineklausel (Art. 25 Abs. 4 FZA) nicht nur die übrigen Abkommen der sog. Bilateralen I automatisch ausser Kraft gesetzt würden, sondern darüber hinaus auch dem Schengenabkommen die Existenzgrundlage entzogen würde. Dieses Abkommen ist wegen des Schengenvisa für die schweizerische Tourismusbranche besonders wichtig. Da weiter das Dublinabkommen nur zusammen mit dem Schengenabkommen angewendet werden kann (Art. 15 Abs 4 Schengenabkommen), wäre auch dieses Abkommen gefährdet, obwohl es von der Thematik her nicht mit dem Binnenmarkt zusammenhängt. Auch hier gilt zudem, dass die Forschungs- und Bildungsabkommen gefährdet wären, wird doch in der EU die Freizügigkeit des Wissens (Forschende, Studierende) informell als fünfte Freiheit (neben dem freien Verkehr von Waren, Personen, Dienst-

<sup>8</sup> «Mini-Guillotine» für Forscher und Studenten», NZZ vom 11. Februar 2014, 9.

<sup>9</sup> «Institutionelle Fragen auf der langen Bank», NZZ vom 13. Februar 2014, 9.

<sup>10</sup> Verordnung 1907/2006/EG zur Registrierung, Bewertung, Zulassung und Beschränkung chemischer Stoffe (REACH), zur Schaffung einer Europäischen Agentur für chemische Stoffe, zur Änderung der Richtlinie 1999/45/EG und zur Aufhebung der Verordnung (EWG) Nr. 793/93 des Rates, der Verordnung (EG) Nr. 1488/94 der Kommission, der Richtlinie 76/769/EWG des Rates sowie der Richtlinien 91/155/EWG, 93/67/EWG, 93/105/EG und 2000/21/EG der Kommission, ABl. 2006 L 396/1, sowie Richtlinie 2006/121/EG zur Änderung der Richtlinie 67/548/EWG des Rates zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften für die Einstufung, Verpackung und Kennzeichnung gefährlicher Stoffe im Hinblick auf ihre Anpassung an die Verordnung (EG) Nr. 1907/2006 zur Registrierung, Bewertung, Zulassung und Beschränkung chemischer Stoffe (REACH) und zur Schaffung eines Europäischen Amtes für chemische Stoffe, ABl. 2006 L 396/852.

<sup>11</sup> «Privatbanken wollen Abkommen mit Brüssel», NZZ vom 17. Januar 2014, 31.

<sup>12</sup> «Steuergespräche laufen weiter», NZZ vom 13. Februar 2014, 9.

leistungen und Kapital) aufgefasst, die logischerweise stark mit dem Personenverkehr zusammenhängt.<sup>13</sup>

In der Schweiz wurde angesichts dieser Entwicklungen und Szenarien Enttäuschung laut. Selbst angesehenen Tageszeitungen bzw. Korrespondenten schrieben von «Folterinstrumenten der EU».<sup>14</sup> In einigen Reaktionen, vor allem auf Internetforen von Medien, war zudem Überraschung über die als unerwartet harsch empfundene Reaktion der EU zu spüren. Man wollte die Begrenzung der Einwanderung und sieht sich nun mit zahlreichen Folgen in weiteren Dossiers konfrontiert – die Geister, die man rief, erweisen sich als zahlreicher und wohl auch als stärker als erwartet. Bundespräsident Burkhhalter dagegen betonte in den dem Abstimmungsantrag folgenden Pressekonferenzen mehrfach, die möglichen Konsequenzen einer Annahme der Initiative seien im Vorfeld bekannt gewesen und daher keine Überraschung. Es gelte nun, bei der Umsetzung der Initiative mit Besonnenheit das Bestmögliche für das Land und seinen Zusammenhalt zu erreichen.<sup>15</sup>

In diesem Rahmen geht es nun, abgesehen von zahlreichen rechtlichen Fragen zur Umsetzung (etwa welche Grenzen das Recht auf Familienleben nach Art. 8 EMRK einer Beschränkung des Familiennachzugs setzt), um die politische Frage, ob sich die EU auf eine Anpassung des FZA im Sinne der Initiative einlassen wird. Eine solche Bereitschaft hat die EU allerdings bereits im Vorfeld der Abstimmung verneint<sup>16</sup> und dies seither bestätigt.<sup>17</sup> Die EU weist dabei darauf hin, dass die Freizügigkeit eine Grundfreiheit des Binnenmarktes und als solche nicht teilbar ist. Kommissionsvizepräsidentin Viviane Reding wählte eine schweizerische Metapher: «*The single market is not a Swiss cheese. You cannot have a single market with holes in it.*»<sup>18</sup>

<sup>13</sup> Siehe z.B. die Rede von Kommissar Janez Potočnik zum Thema «The EU's Fifth Freedom: creating free movement of knowledge» vom 26. April 2007, <[http://europa.eu/rapid/press-release\\_SPEECH-07-257\\_en.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_SPEECH-07-257_en.htm)>.

<sup>14</sup> «Das gehört zu den Folterwerkzeugen der EU», Tages-Anzeigeronline 12. Februar 2014, <<http://www.tagesanzeiger.ch/ausland/europa/Das-gehoert-zu-den-Folterwerkzeugen-der-EU/story/14474468>>.

<sup>15</sup> Z.B. Pressekonferenz vom 12. Februar 2014, siehe <<http://www.tv.admin.ch/de/live>>.

<sup>16</sup> Siehe z.B. «Wenig Spielraum für Kompromisse mit der EU», NZZ vom 6. Februar 2014, 9.

<sup>17</sup> Siehe z.B. «EU warns Switzerland after anti-migrant vote», euobserver, 10. Februar 2014, <<http://euobserver.com/justice/123060>>; «Swiss access to EU market under threat after immigration vote», Financial Times (online) 10. Februar 2014, <http://www.ft.com/intl/cms/s/0/f534a5fe-919c-11e3-8fb3-00144feab7de.html#axzz2v7kVmhWz>; «Swiss Migration Vote Threatens Europe Ties», Wall Street Journal (online), 10. Februar 2014, <<http://online.wsj.com/news/articles/SB10001424052702304104504579374541319660538>>.

<sup>18</sup> Siehe z.B. «Swiss access to EU market under threat after immigration vote», Financial Times (online), 9. Februar 2014.

Nun ist es bekanntlich so, dass die Schweiz am EU-Binnenmarkt nur selektiv teilnimmt.<sup>19</sup> Dies gilt auch für die Personenfreizügigkeit, wo z.B. die Niederlassung von juristischen Personen (z.B. Unternehmen) vom FZA nicht erfasst wird<sup>20</sup> (wohl aber vom Versicherungsabkommen<sup>21</sup> und vom Luftverkehrsabkommen<sup>22</sup> für jene wirtschaftlichen Sektoren).<sup>23</sup> Man könnte sich fragen, warum es unter diesen Umständen nicht möglich sein sollte, dass die ohnehin schon eingeschränkte Personenfreizügigkeit im Rahmen des FZA nicht noch weiter eingeschränkt wird, z.B. durch Höchstzahlen und Kontingente. Warum lehnt die EU dies nicht nur ab, sondern verbindet die Frage zugleich mit zahlreichen anderen Dossiers? Warum also kommen statt des einen Geistes der Personenfreizügigkeit gleich so viele andere mit auf den Plan und warum scheinen sie alle so unnachgiebig?

Die Erklärung liegt meines Erachtens darin, dass die EU mit Bezug auf den Binnenmarkt in einer Art Drei-Kreise-Modell denkt, in gewisser Weise ähnlich wie die Schweiz früher im Ausländerrecht, aber in der Wirkung sozusagen umgekehrt. Das schweizerische Drei-Kreise-Modell wollte die Einwanderung abhängig von der Herkunft der Einwanderungswilligen zulassen: aus dem ersten Kreis (EU- und EFTA-Staaten) sollten Arbeitskräfte grundsätzlich frei in die Schweiz einwandern können, aus dem zweiten Kreis (ursprünglich USA, Kanada, Australien, Neuseeland) eingeschränkt und aus dem dritten Kreis (Asien, Afrika, Lateinamerika) vom Grundsatz her eigentlich gar nicht.<sup>24</sup>

Die EU denkt mit Bezug auf die sie umringenden Länder, welche am EU-Binnenmarkt teilnehmen, ebenfalls in Kreisen, und zwar je nach der Intensität der rechtlichen Beziehungen. Den *ersten und innersten Kreis* bildet dabei die EU selber, mit ihrem auf den genannten vier Freiheiten beruhenden, starken Binnenmarkt. Den *zweiten Kreis* bildet der Europäische Wirtschaftsraum, wo-

<sup>19</sup> Vgl. etwa CHRISTA TOBLER/JACQUES BEGLINGER, Grundzüge des bilateralen (Wirtschafts-)Rechts. Systematische Darstellung in Text und Tafeln, 2 Bände (Text und Tafeln) Zürich/St. Gallen: Dike 2013, insbes. Tafel 26.

<sup>20</sup> TOBLER/BEGLINGER (Fn. 19), Tafel 26.

<sup>21</sup> Abkommen vom 10. Oktober 1989 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft betreffend die Direktversicherung mit Ausnahme der Lebensversicherung, für die Schweiz SR 0.961.1, für die EWG (heute die EU) ABl. 1991 L 205/3.

<sup>22</sup> Abkommen vom 21. Juni 1999 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Gemeinschaft über den Luftverkehr, für die Schweiz SR 0.748.127.192.68, für die EG (heute die EU) ABl. 2002 L 114/73.

<sup>23</sup> TOBLER/BEGLINGER (Fn. 19), Tafeln 57f.

<sup>24</sup> Vgl. hierzu «Ausländerregelung 1998/99: Das Drei-Kreise-Modell wird abgelöst», Pressemitteilung des Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartementes vom 21. Oktober 1998. Vgl. hierzu im europäischen Kontext z.B. HEINZ FASSMANN/RAINER MÜNZ (Hrsg.), Migration in Europa: historische Entwicklung, aktuelle Trends und politische Reaktionen, Frankfurt a.M./New York: Campus 1996, S. 185 f.

durch der EU-Binnenmarkt weitestgehend (aber nicht vollständig) auf die EWR-EFTA-Staaten Island, Liechtenstein und Norwegen ausgedehnt wird. Diese Staaten haben sich verpflichtet, die Grundfreiheiten des EU-Binnenmarktes sowie die Wettbewerbsregeln der EU in ihr Recht zu übernehmen. Ausgeklammert bleibt dabei die Landwirtschaft (welche in der EU einen wichtigen, wenn auch besonderen Aspekt des Binnenmarktes darstellt; Art. 38 Abs. 1 AEUV), ausserhalb der Binnenmarktthemen aber auch die Zollunion und die Handelspolitik. Im *dritten Kreis* sodann ist allein die Schweiz als zusätzliches Land zu finden. Sie partizipiert am EU-Binnenmarkt weit mehr als irgendein anderes Land ausserhalb des EWR. Alle anderen Länder fallen in den Augen der EU in eine andere, weiter entferntere Kategorie, wo – und das ist für die vorliegende Thematik wichtig – nicht mehr von einer Beteiligung am Binnenmarkt gesprochen werden kann. Relativ gesehen am nächsten steht dabei noch die Türkei, weil das sog. Ankara-Assoziationsrecht Mitte der 1990er-Jahre zur Errichtung einer Zollunion geführt hat. In diesem einen Punkt ist die Türkei somit mehr mit der EU verbunden als die EWR-EFTA-Staaten und die Schweiz. Allerdings fehlen hier die anderen Freiheiten, insbesondere die Personenfreizügigkeit.

Nun ist gerade diese bzw. sind die daran partizipierenden Personen in der Optik der EU in der jüngeren Vergangenheit immer mehr ins Zentrum gerückt. Seit der Vertragsrevision von Lissabon steht nicht mehr der Binnenmarkt an erster Stelle der konkreten Ziele der Union, sondern vielmehr die Schaffung eines Raums der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts ohne Binnengrenzen für ihre Bürgerinnen und Bürger, «in dem – in Verbindung mit geeigneten Massnahmen in Bezug auf die Kontrollen an den Aussengrenzen, das Asyl, die Einwanderung sowie die Verhütung und Bekämpfung der Kriminalität – der freie Personenverkehr gewährleistet ist» (Art. 3 Abs. 2 EUV). Der Binnenmarkt wird erst unmittelbar danach erwähnt (Art. 3 Abs. 3 EUV). Durch diese Verschiebung des Fokus wird die Personenfreizügigkeit zu einem umso wichtigeren Teil des Binnenmarktes, der heute klar über dem Warenverkehr steht, welcher ursprünglich den Ausgangspunkt für die europäische Integration im Rahmen der europäischen Gemeinschaften bildete. Vielleicht wird aus dieser Optik begreiflicher, weshalb die EU der Personenfreizügigkeit eine besonders wichtige Rolle zumisst.

Doch zurück zu den drei Kreisen: Diese Kreise, welche, wenn auch in unterschiedlichem Mass, am EU-Binnenmarkt partizipieren, teilen in der Optik der EU ein Kernprojekt der Integration, für welches deshalb für alle Beteiligten im Rahmen ihrer grundsätzlich umfassenden Beteiligung auch grundsätzlich dieselben Regeln gelten müssen. Von daher erklärt sich die Thematik der institutionellen Fragen. Von daher erklärt sich aber auch, warum die EU der Schweiz zumindest in der heutigen Konstellation keine Sonderkonditionen im Bereich